Bauindustrieverband Ost e. V.
STELLUNGNAHME

BAU INDUSTRIE
Ost

Stellungnahme
des Bauindustrieverbandes Ost e. V.
zum

Referentenentwurf zum Sächsischen Vergabegesetz (SächsVergabeG-E) Februar 2024

Potsdam, 22. April 2024

Bauindustrieverband Ost e. V.
Karl-Marx-Str. 27
14482 Potsdam
www.bauindustrie-ost.de

Stellungnahme zum Referentenentwurf zum Sächsischen Vergabegesetz (SächsVergabeG-E) Februar 2024

Vorwort

Die Ausschreibung von Aufträgen öffentlicher Vergabestellen soll dazu dienen, Steuergelder so effizient wie möglich einzusetzen. Ein Vergabegesetz kann daher nur den Zweck haben, öffentliche Vergabeprozesse einfach, transparent und handhabbar durchzuführen. Diesen Vorgaben ist das Sächsische Vergabegesetze vom 14. Februar 2013 (SächsGVBl. S. 109), das zuletzt durch Artikel 2 Absatz 18 des Gesetzes vom 5. April 2019 (SächsGVBl. S. 245) geändert worden ist, im Wesentlichen gerecht geworden. In nur 11 Paragraphen sind Regelungen insbesondere zu Informationspflichten und zum Rechtsschutz im Unterschwellenbereich getroffen worden, die sich nicht bereits in anderen bundes- oder landesrechtlichen Rechtsvorschriften wiederfinden. Es handelt sich vielmehr um Sonderregelungen für den Freistaat Sachsen. Es wurden keine neuen bürokratischen Hürden aufgebaut, die Auftraggeber oder Auftragnehmer belastet hätten.

Der Referentenentwurf führt zu einem Paradigmenwechsel, weil nunmehr konkret geregelt werden soll, was öffentliche Auftraggeber und Unternehmer bei der Vergabe von Aufträgen zu beachten haben. Der Entwurf beinhaltet eine Fülle von neuen Aspekten, wie Tariftreue und Mindestentgeltregelungen, die Berücksichtigung von ILO-Kernarbeitsnormen und Kriterien des Fairen Handels sowie die Berücksichtigung sozialer Kriterien. Ferner ist ein umfangreicher Sanktionskatalog vorgesehen für jeden schuldhaften Verstoß gegen Verpflichtungen aus dem Gesetz.

Im Gegensatz zum bisherigen Sächsischen Vergabegesetz enthält der Entwurf mithin eine Vielzahl von Regelungen, die in keinem unmittelbaren Zusammenhang mit dem Auftragsgegenstand stehen und die zu einer Ausweitung von Bürokratie führen.

Nach einer Umfrage des Verbandes zum Bürokratieabbau werden von den sächsischen Bauunternehmen die Anzahl von Gesetzen und Verordnungen sowie die Vergabeverfahren als die größten bürokratischen Belastungen bezeichnet.

Im Rahmen der Diskussion über die Vergabetransformation, initiiert durch das Bundesministerium für Wirtschaft und Klimaschutz, gibt es derzeit Bemühungen, das Vergaberecht zu vereinfachen und Vergabeverfahren zu beschleunigen. Dabei sollte Rechtsanwendung grundsätzlich Vorrang vor Rechtsänderung haben. Dafür sind Kenntnisse der rechtlichen Möglichkeiten, ein entsprechender Gestaltungswille und ausreichende personelle und technische Ressourcen in der Praxis unerlässlich.

Bauindustrieverband Ost e. V.
Karl-Marx-Str. 27
14482 Potsdam
www.bauindustrie-ost.de

Ihr Ansprechpartner:
Hubertus Nelleßen
Tel.: 0351 31988-32
hubertus.nellessen@bauindustrie-ost.de

Wirkliche Vereinfachung bedeutet aber auch, den rechtlichen Flickenteppich im Unterschwellenbereich zu beseitigen. Im Interesse von Auftraggebern fordert die Allianz FÜR Vergaberecht, die von den führenden Arbeitgeber- und Wirtschaftsverbänden getragen wird, den Bund und die Bundesländer auf, auch unterhalb der europäischen Schwellenwerte für bundesweit einheitliche, einfache, objektive, transparente und wettbewerbliche Vergabebestimmungen zu sorgen, die praxisgerecht eingehalten und bei Bedarf überprüft werden können.

Dazu bietet es sich an, basierend auf einer gemeinsamen Rechtsgrundlage die in der Praxis bewährten Bestimmungen – die Unterschwellenvergabeordnung sowie die Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen (Teil A, Abschnitt 1) – bundesweit einheitlich für anwendbar zu erklären.

Wenn denn schon ein neues Sächsisches Vergaberecht verabschiedet werden sollte, hat es sich an den oben beschriebenen Leitgedanken zu orientieren, nämlich einfach, handhabbar und praxisgerecht zu sein. Diesen Forderungen wird der vorgelegte Entwurf jedenfalls nicht gerecht und ist deshalb abzulehnen

Kommentierung zu den einzelnen Vorschlägen

Im Einzelnen wird zu den Vorschlägen wie folgt Stellung genommen:

zu § 2 - Persönlicher Anwendungsbereich

Der vorgesehenen Fassung des § 2 SächsVergabe-E kann nicht zugestimmt werden. Die Vorschriften des Gesetzes sollten für alle öffentlichen Auftraggeber gelten, unabhängig davon, ob es sich um kommunale oder staatliche Auftraggeber handelt. Eine unterschiedliche Behandlung gerade bei Verbundmaßnahmen würde zu kaum lösbaren Problemen in der Praxis führen. Staat und Kommunen sind öffentliche Auftraggeber und arbeiten mit Steuergeldern. Deshalb sollten sie auch gleichbehandelt werden.

zu § 4 – Tariftreue und Mindestentgelt

Bei den Grundsätzen des Vergabeverfahrens (Abschnitt 2) sind die Vorschläge in § 4 Abs. 4 zur Tariftreue und zum Mindestentgelt abzulehnen.

Die Bezahlung nach für allgemeinverbindlich erklärten Entgelttarifen ist ohnehin zwingend vorgeschrieben. Was ist mit der Formulierung *„Soweit für die zu erbringende Leistung keine nach Absatz 1 Satz 1 bestimmten repräsentativen Tarifverträge ..... einschlägig sind“* gemeint? Bezieht sich die beabsichtigte Regelung nur auf den Personennahverkehr oder auch auf alle anderen Branchen der gesamten Auftragnehmerkette, die nunmehr ihre Mitarbeiter alle nach den sogenannten repräsentativen Tarifverträgen bezahlen sollen? Wird der Geset-

zesbegründung gefolgt, gilt diese Regelung nur für Dienstleistungen im Bereich des öffentlichen Personenverkehrs auf Straße und Schiene. Eine Klarstellung scheint in jedem Falle geboten.

Die Bezahlung nach Tarif obliegt den Unternehmen, je nachdem, ob sie eine Tarifbindung eingehen wollen (positive Koalitionsfreiheit) oder aber auch nicht (negative Koalitionsfreiheit). Staatlicher Zwang greift de facto in diese Vertrags- und Koalitionsfreiheit ein und ist deshalb abzulehnen.

Die Einführung eines Vergabemindestlohns wird ebenfalls abgelehnt. Der Landesgesetzgeber verkennt, dass bereits durch die Einführung und die (politisch) motivierte Anhebung des gesetzlichen Mindestlohns ab Januar 2024 auf 12,41 EUR ein staatlicher Vergabemindestlohn existiert. Für die Einführung eines weiteren, nunmehr landesspezifischen und höheren Vergabemindestlohns in Sachsen besteht keine Veranlassung. Ein Vergabemindestlohn wird zu einer weiteren Verteuerung der Bauvorhaben für die öffentlichen Auftraggeber führen.

Die Festlegung von Mindestarbeitsbedingungen, wie des Entgelts für Arbeitnehmer, ist jedenfalls alleinige Aufgaben der Tarifparteien, also der Arbeitgeber und der Gewerkschaften und nicht des Staates. Ebenso wie Tariftreueregelungen stellt ein gesetzlicher Vergabemindestlohn, der sich an dem Tarifvertrag für den öffentlichen Dienst der Länder orientiert und auf den die anderen Branchen keinen Einfluss haben, sich daher als eine Aushöhlung der verfassungsrechtlich geschützten Tarifautonomie der Tarifparteien gemäß Artikel 9 des Grundgesetzes dar.

Die Regelungen in § 4 des Entwurfs werden zudem zu einem erheblichen bürokratischen Mehraufwand für den öffentlichen Auftraggeber und die Bieter führen.

zu § 6 – Mittelstandsförderung, Berücksichtigung innovativer Aspekte
zu § 7 – Berücksichtigung von Aspekten des Umweltschutzes und der Energieeffizienz

Die Regelungen zu § 6 – Mittelstandsförderung, Berücksichtigung innovativer Aspekte sowie zu § 7 – Berücksichtigung von Aspekten des Umweltschutzes und der Energieeffizienz richten sich an die öffentlichen Auftraggeber, bedürfen unseres Erachtens aber keiner besonderen Regelungen, da sie nach den aktuellen gesetzlichen Regelungen ohnehin zu beachten sind.

zu § 8 – Berücksichtigung von ILO-Kernarbeitsnormen und Kriterien des Fairen Handels

Auch wenn die vorgeschlagene Berücksichtigung von ILO-Kernarbeitsnormen als Kann-Vorschrift formuliert ist, wird dies die Vergabestellen und die Bieter vor erhebliche praktische Schwierigkeiten stellen. Denn ein Nachweis ist nur schwerlich zu erbringen und stellt gerade kleinere Unternehmen vor unlösbare Aufgaben.

Bauindustrieverband Ost e. V.
Karl-Marx-Str. 27
14482 Potsdam
www.bauindustrie-ost.de

Ihr Ansprechpartner:
Hubertus Nelleßen
Tel.: 0351 31988-32
hubertus.nellessen@bauindustrie-ost.de

Außerdem gehören beide Regelungen, weil nicht auftragsbezogen, nicht in ein Vergabegesetz.

zu § 9 – Berücksichtigung sozialer Kriterien

Selbst wenn die Berücksichtigung sozialer Kriterien, wie die Bereitstellung von Ausbildungsplätzen, die Beschäftigung von schwerbehinderten Menschen und die Beschäftigung von Langzeitarbeitslosen, nicht zwingend vorgeschrieben ist, erschwert schon die Möglichkeit der Anwendung dieser Regelungen die Teilnahme an Ausschreibungen für viele Unternehmen, weil sie schlichtweg mangels Verfügbarkeit nicht erfüllbar sind.

Die Förderung der gleichberechtigten beruflichen Entwicklung von Frauen und Männern sowie Einleitung und Durchführung von Maßnahmen zur Verbesserung der Vereinbarkeit von Familie und Pflege mit der Berufstätigkeit gehen an der Realität vorbei. Unklar bleibt dabei, wie diese Maßnahmen nachgewiesen werden sollen.

Alle diese Kriterien stehen zudem nicht im direkten Zusammenhang mit dem Auftragsgegenstand, sind allein politisch motiviert und gehören nicht in ein Vergabesetz. Zudem greifen sie über Gebühr in unternehmerische Freiheiten ein und führen zu einem erhöhten bürokratischen Aufwand.

Auch bisher ist es den öffentlichen Auftraggebern unbenommen, in die Leistungsbeschreibung weitere geeignete auftragsbezogene Kriterien aufzunehmen. Dies können insbesondere Ortskenntnisse, schnelle Verfügbarkeit des Unternehmens, besondere Serviceleistungen, besondere Anforderungen an das Personal oder an die Ausrüstung sein.

zu § 12 – Sanktionen

Die zwingend zu vereinbarende Vertragsstrafenregelung des § 12 SächsVergabeG-E ist unverhältnismäßig, da bereits kleinste Fehler mit einer Vertragsstrafe von bis zu fünf Prozent des Gesamtauftragswertes geahndet werden können.

Darüber hinaus kann die Gefahr einer Doppelbestrafung nicht ausgeschlossen werden, da es bei der Erfüllung des Tatbestandes des § 12 Abs. 1 Nr. 1 und 2 SächsVergabeG-E sowohl zu einer Vertragsstrafe als auch zu einem zusätzlich verhängten Bußgeld kommen könnte. Die Gefahr der Doppelbestrafung könnte unter Umständen gegen den verfassungsrechtlichen Grundsatz des Doppelbestrafungsverbotes verstoßen, womit gegen eine solche Regelung auch verfassungsrechtliche Bedenken sprechen würden.

Gegen die in § 12 Abs. 3 zu vereinbarende Pflicht zur Vorlage der dort aufgeführten Unterlagen bestehen datenschutzrechtliche Bedenken.

zu § 13 Informationspflicht und Nachprüfverfahren

Ihr Ansprechpartner:
Hubertus Nelleßen
Tel.: 0351 31988-32
hubertus.nellessen@bauindustrie-ost.de

Positiv ist, dass der Gesetzesentwurf in § 13 wie bisher im Unterschwellenbereich einen (einfachen) Rechtsschutz für Bieter vorsieht. Insbesondere die normierte Informations- und Wartepflicht hat dazu geführt, die Schaffung von Fakten durch Zuschlagserteilung ohne Kenntnis des Bieters zu verhindern. Dadurch ist die Transparenz der Vergabeverfahren deutlich verbessert worden.

Dennoch handelt es sich bei dieser Nachprüfungsregelung lediglich um einen „Rechtsschutz light", der sich erheblich vom Rechtsschutz oberhalb der EU-Schwellenwerte unterscheidet.

Die Rechtmäßigkeit von Vergabeverfahren muss in einem Rechtsstaat unabhängig von Schwellenwerten oberste Priorität haben. Deshalb wird vorgeschlagen, ähnlich wie in Sachsen-Anhalt die Nachprüfung von Vergabeverfahren der Vergabekammer aufzuerlegen, und zwar durch Errichtung einer dritten Vergabekammer in Sachsen.

Fazit

Der Gesetzentwurf beinhaltet einige erstrebenswerte politisch-strategische Zielsetzungen. Solche Zielsetzungen und strategische Beschaffungsziele führen aber in der Vergabepraxis regelmäßig zu erheblichen praktischen Schwierigkeiten, sind kaum umsetzbar und gehören nicht in ein Vergabegesetz. Unabhängig davon machen viele Regelungen im Entwurf Vergabeverfahren erheblich aufwändiger und kostenintensiver, führen insbesondere zu einem Mehr an Bürokratie.

Das bisherige Sächsische Vergabegesetz war ob der Konzentration auf einige wesentliche, nur für den Freistaat geltende Regelungen, einfach und sowohl für Auftraggeber als auch Auftragnehmer handhabbar und praktikabel. Es wurde von vielen Länder- und Unternehmensvertretern als vorbildlich bezeichnet. Auch andere Bundesländer sind diesem Beispiel gefolgt und haben von politisch motivierten Vergabegesetzen Abstand genommen.

Im Rahmen der Evaluierung sollte sich der sächsische Gesetzgeber deshalb wie bisher auf einige wesentliche Regelungen, wie etwa die zwingende Anwendung der VOB/A 1. Abschnitt, die Einbeziehung der Unterschwellenvergabeordnung bei Vergaben von Dienst- und Lieferleistungen, den Verzicht auf Sicherheitsleistungen für Vertragserfüllung und für Mängelansprüche bei einer Auftragssumme unter 250 000 EUR (ohne Umsatzsteuer) im Anwendungsbereich der VOB (bisheriger § 7) sowie die Informationspflichten und den „Rechtsschutz unterhalb der Schwellenwerte", konzentrieren.

Bauindustrieverband Ost e. V.
Karl-Marx-Str. 27
14482 Potsdam
www.bauindustrie-ost.de

Ihr Ansprechpartner:
Hubertus Nelleßen
Tel.: 0351 31988-32
hubertus.nellessen@bauindustrie-ost.de