



Stellungnahme zur öffentlichen Konsultation des Bundesministeriums für Wirtschaft und Klimaschutz zur Transformation des Vergaberechts (Vergabetransformationspaket)

Die Wirtschaftsprüferkammer bedankt sich für die Gelegenheit, sich zum sogenannten Vergabetransformationspaket zu äußern und nimmt diese gern wahr.

Aktionsfeld 1: Stärkung der umwelt- und klimafreundlichen Beschaffung

1. Auf welcher Stufe des Vergabeverfahrens können Sie sich eine (verpflichtende) Berücksichtigung von umwelt- oder klimabezogenen Aspekten am besten vorstellen? Eher in der Leistungsbeschreibung, bei den Eignungs- oder Zuschlagskriterien, in den Ausführungsbedingungen oder in einer Kombination davon?

Aus unserer Sicht sollten umwelt- und klimabezogene Aspekte auf verschiedenen Stufen des Vergabeverfahrens angesiedelt werden.

Es bietet sich an, über die Eignungskriterien den Fokus auf nachhaltig wirtschaftende Bieter zu legen (dazu auch Punkt 2). Dies kann den Druck auf Unternehmen erhöhen, nachhaltiger/umweltfreundlicher zu werden, um nicht von Vergabeverfahren ausgeschlossen zu werden.

Über die Leistungsbeschreibung kann geregelt werden, wie nachhaltig/umweltfreundlich die zu beschaffenen Produkte oder Dienstleistungen sein sollen.

2. Existieren aus Ihrer Sicht bereits zielgerichtete und hinreichend praxistaugliche Vorbilder für die verbindliche Berücksichtigung von Nachhaltigkeitskriterien (welche)?

Die Europäische Union verfolgt mit ihrer „Sustainable Finance Strategy“ das Ziel, die Kapitalströme in Europa in nachhaltige, grüne Investitionen zu lenken. Die relevanten Regelungen hierzu finden sich in der Sustainable Finance Disclosure Regulation (SFDR), der EU Taxonomie-Verordnung und der Corporate Sustainability Reporting Directive (CSRD).

Die EU-Taxonomie stellt innerhalb dieser Regelungen ein Klassifizierungssystem für ökologisch nachhaltige Wirtschaftstätigkeiten dar. Anhand vorgegebener Kriterien haben Unternehmen

aufzuzeigen, ob und wie „grün“ sie wirtschaften und investieren. Diese Kriterien werden unter anderem bei der Kreditvergabe eine große Rolle spielen.

Wir können uns vorstellen, dass zukünftig auch bei Vergabeverfahren auf ausgewählte Kennzahlen aus der EU-Taxonomie Verordnung abgestellt wird. So können bei der Prüfung der Bietereignung nachhaltig wirtschaftende Unternehmen identifiziert werden.

3. Welche rechtlichen oder praktischen Punkte könnten aus Ihrer Sicht am besten zu einer nachhaltigen öffentlichen Beschaffung beitragen? Wie hilfreich wären z.B. praktische Anleitungen, Begründungspflichten, Selbstverpflichtungen, Quoten, Ge- und Verbote oder Mindeststandards?

Wir präferieren die Einführung von Mindeststandards zur Bestimmung von Nachhaltigkeitskriterien. Solche Standards liegen für die „Sustainability Finance Strategie“ teilweise vor bzw. werden derzeit noch entwickelt. Standards ermöglichen eine diskriminierungsfreie Prüfung von Unternehmensangaben in Bieterverfahren.

Unternehmen, welche nach der CSRD berichtspflichtig sein werden, werden ihre nachhaltigkeitsbezogenen Informationen von einem unabhängigen Dritten – insbesondere WP/vBP – prüfen lassen müssen. Das hieraus resultierende Prüfungsurteil kann möglicherweise auch in ein Vergabeverfahren einbezogen werden.

Aktionsfeld 2: Stärkung der sozial-nachhaltigen Beschaffung

Bei der Kennzahlenermittlung nach der EU-Taxonomie Verordnung sind nicht nur umweltbezogene Kriterien zu beachten, sondern auch die Einhaltung sozialer Mindeststandards (z. B. UN-Leitprinzipien für Wirtschaft und Menschenrechte).

Eine Nutzung dieser Kennzahlen im Vergabeverfahren kann somit auch die sozial-nachhaltige Beschaffung stärken.

Aktionsfeld 4: Vereinfachung und Beschleunigung der Vergabeverfahren

11. Welche Vereinfachungs- und Beschleunigungspotentiale sehen Sie noch im Vergaberecht? Wo setzen aus Ihrer Sicht Rechtssicherheit, Wirtschaftlichkeit oder das europäische Vergaberecht wichtige Grenzen?

13. Wie kann die Vergabepaxis einfacher und schneller gelingen? Wie könnten Ihrer Ansicht nach Vergabeverfahren z.B. noch weiter professionalisiert werden? Warum haben Sie oder Ihr Unternehmen sich zuletzt gegebenenfalls nicht mehr an öffentlichen Vergabeverfahren beteiligt?

14. Inwieweit können Sie sich auch eine weitere Vereinheitlichung des Vergaberechts vorstellen (formell in einem „Vergabegesetz“ oder materiell stärkere Angleichungen)?

Wir möchten auf die oben genannten Fragen zusammen eingehen, da sich die Fragestellungen aus unserer Sicht teilweise überschneiden.

Die Mitglieder der WPK erbringen freiberufliche Dienstleistungen, für deren Vergabe ein offenes Verfahren bzw. ein nicht offenes Verfahren mit Teilnahmewettbewerb (oberhalb der EU-Schwellenwerte) oder eine öffentliche Ausschreibung bzw. eine beschränkte Ausschreibung mit Teilnahmewettbewerb (unterhalb der EU-Schwellenwerte) nicht in jedem Fall geeignet ist. Daher lässt das Vergaberecht es bereits de lege lata zu, dass freiberufliche Dienstleistungen im Verhandlungsverfahren mit oder ohne Teilnahmewettbewerb (oberhalb der EU-Schwellenwerte) bzw. in freihändiger Vergabe (unterhalb der EU-Schwellenwerte) vergeben werden.

Im Sinne der Rechtssicherheit sowohl für die Vergabestellen als auch für die Dienstleister könnte dieser im Vergaberecht angelegte Spielraum für die Vergabe freiberuflicher Dienstleistungen jedoch aus Sicht der WPK noch stärker konturiert werden, zumal sich insoweit in den letzten Jahren bei verschiedenen Novellierungen des Vergaberechts durchaus unterschiedliche Tendenzen zeigten:

Mit Inkrafttreten der Vergaberechtsnovelle 2016 entfiel zunächst die bisher oberhalb der EU-Schwellenwerte geltende Vergabeordnung für freiberufliche Dienstleistungen (VOF), die das Verhandlungsverfahren als Regel vorsah. Vor dem Hintergrund einer angestrebten und grundsätzlich zu begrüßenden Vereinfachung des Vergaberechts wurden die einzelnen Vergabeordnungen (frühere Verdingungsordnungen) aufgehoben und in einem integrativen Ansatz durch Regelungen in der normhierarchisch höheren Vergabeverordnung (VgV) ersetzt.

§ 14 Abs. 3 und § 65 Abs. 1 VgV sehen aber anders als die VOF nicht mehr ausdrücklich die Anwendbarkeit des Verhandlungsverfahrens für freiberufliche Leistungen vor. Nach Auffassung des Ordnungsgebers fällt ungeachtet dessen die Vergabe freiberuflicher Leistungen als Auftrag, der „konzeptionelle oder innovative Lösungen umfasst“ häufig unter den Ausnahmetatbestand gem. § 14 Abs. 3 Nr. 2 VgV (BT-Drs. 18/7318 vom 20. Januar 2016, S. 157). Im Ergebnis war somit offenbar keine Änderung der früheren Rechtslage betreffend die Vergabe freiberuflicher Leistungen im Oberschwellenbereich bezweckt. Man kann im Einzelfall zwar darüber diskutieren, ob jeder Dienstleistungsauftrag an einen WP/vBP „konzeptionelle oder innovative Lösungen umfasst“. Schon die VOF galt nach ihrem Wortlaut aber nur für freiberufliche Leistungen, „deren Lösung nicht vorab eindeutig und erschöpfend beschrieben werden kann“ (§ 1 Abs. 1 VOF). Für die Vergabe von WP-/vBP-Dienstleistungen oberhalb der Schwellenwerte lässt sich demnach grundsätzlich das Verhandlungsverfahren mit Teilnahmewettbewerb gem. § 14 Abs. 3 Nr. 2 VgV rechtfertigen.

Für das Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb sind dagegen nunmehr die in § 14 Abs. 4 VgV genannten Ausnahmetatbestände einschlägig. Auch nach der VOF war das Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb nur für sogenannte „nachrangige Dienstleistungen“ zulässig (§ 1 Abs. 3 i. V. m. Anhang I Teil B VOF). Zu diesen vergaberechtlich privilegierten Dienstleistungen zählten die klassischen WP-/vBP-Dienstleistungen nicht (vgl. Anhang I Teil A Nr. 9 VOF), so dass insoweit als „Regelverfahren“ ein Verhandlungsverfahren mit Teilnahmewettbewerb indiziert war (§ 3 Abs. 1 VOF). Ausnahmetatbestände waren in § 3 Abs. 4 VOF geregelt. Diese waren tendenziell eher enger gefasst als die Ausnahmetatbestände in § 14 Abs. 4 VgV. Auch sind bestimmte Zusatzvoraussetzungen wie beispielsweise die Deckelung auf 50 % des ursprünglichen Auftragsvolumens bei Nachbeauftragungen entfallen (vgl. etwa § 14 Abs. 4 Nr. 5 VgV gegenüber § 3 Abs. 4 d) VOF). Demnach erweist sich materiell das seit Inkrafttreten der Vergaberechtsnovelle 2016 geltende Verfahrensregime für die Beschaffung freiberuflicher Leistungen als tendenziell großzügiger als zuvor. Im Verordnungstext selbst kommt dies allerdings nicht unmittelbar zum Ausdruck.

Unterhalb der EU-Schwellenwerte gilt dagegen weiterhin für die Vergabe zunächst Haushaltsrecht (auf Bundesebene insbesondere § 55 BHO). Demnach sind Leistungen grundsätzlich in öffentlicher Ausschreibung zu vergeben, sofern nicht die Natur des Geschäfts oder besondere Umstände eine Ausnahme rechtfertigen. Für freiberufliche Dienstleistungen i.S.v. § 18 Abs. 1 Nr. 1 Satz 2 EStG, zu denen ausdrücklich auch die Dienstleistungen von WP/vBP gehören, bestimmt nunmehr die Unterschwellenvergabeordnung (UVgO), dass diese grundsätzlich im Wettbewerb zu vergeben sind (§ 50 UVgO). Es ist aber nur so viel Wettbewerb herzustellen, wie dies nach der Natur des Geschäfts oder den besonderen Umständen möglich ist. Dies geschieht ausweislich der Erläuterungen zur UVgO „ohne Bindung an die übrigen Vorschriften der UVgO“ (BANz AT vom 7. Februar 2017 B2, S. 14), somit auch unabhängig von in §§ 8 – 12 UVgO normierten Verfahrensarten für die Vergabe. Demnach besteht offenbar auch unterhalb der EU-Schwellenwerte für die Vergabe freiberuflicher Dienstleistungen eine mindestens ebenso große Flexibilität wie oberhalb der EU-Schwellenwerte, was nicht zuletzt auch aus wirtschaftlichen Gründen angezeigt erscheint.

Nach unserem Eindruck ist diese Flexibilität aber nicht allen Vergabestellen und auch Dienstleistern in hinreichendem Maße bewusst. Daher könnte es sich anbieten, unmittelbar im Normtext (VgV und UVgO) klarzustellen, dass für die Vergabe freiberuflicher Leistungen das offene Verfahren bzw. nicht offene Verfahren mit Teilnahmewettbewerb (oberhalb der EU-Schwellenwerte) oder eine öffentliche Ausschreibung bzw. eine beschränkte Ausschreibung mit Teilnahmewettbewerb (unterhalb der EU-Schwellenwerte) nicht als Regelverfahren stattfindet, es sei denn, die Vergabestelle entscheidet sich freiwillig dafür.

Sonstiges

20. Sehen Sie Zielkonflikte und falls ja, wie sollten diese aus Ihrer Sicht aufgelöst werden?

Unabhängig von der hier in Rede stehenden Vergabetransformation ist dem Vergaberecht seit jeher ein gewisses Maß an Zielkonflikten immanent. Hierauf möchten wir bei dieser Gelegenheit bezogen auf die Dienstleistungen unserer Mitglieder noch einmal eingehen.

Die WPK wird im Zusammenhang mit Vergabeverfahren der öffentlichen Hand sowohl von Auftraggeber- als auch von Bieterseite immer wieder auf Fragen angesprochen, die sich im Kern aus unterschiedlichen, teils einander widersprechenden Regelungsansätzen im Vergaberecht und im Berufsrecht der WP/vBP ergeben. Einige prominente Fragestellungen dürfen wir nachfolgend ausdrücklich ansprechen:

Weisungsbefugnisse der Vergabestelle

Sieht die Leistungsbeschreibung Weisungsbefugnisse der Vergabestelle vor, wie z. B. Vorlagepflichten oder spezifizierende Anforderungen an Ablauf und Dokumentation des Mandats, ist zu bedenken, dass die eigenverantwortliche Berufsausübung (§§ 43 Abs. 1 Satz 1 WPO, 12 Berufssatzung WP/vBP) ein fachliches Weisungsrecht weitgehend ausschließt. Berufsrechtlich grundsätzlich unzulässig ist insbesondere

- eine Festlegung von Wesentlichkeitsgrenzen durch den Auftraggeber,
- eine Verpflichtung von WP/vBP, Wesentlichkeitsgrenzen an den Mandanten vor oder während der Prüfung mitzuteilen,
- eine Festlegung von Anzahl, Art und Umfang der Stichproben und Stichprobenverfahren durch den Auftraggeber,
- eine Verpflichtung von WP/vBP, Stichprobenverfahren im Vorfeld der Prüfung mitzuteilen oder
- eine Verpflichtung von WP/vBP zur Vorlage von Arbeitspapieren.

Im Einzelnen hängen die zulässigen Weisungsbefugnisse des Auftraggebers von Art und Inhalt des Auftrags ab; dabei gilt die Faustregel: Weisungsbefugnisse können umso größer sein, je weniger das Mandat durch berufsständische oder gesetzliche Vorschriften geprägt ist. Bei Prüfungsaufträgen kann etwa die Vergabestelle zusätzliche Prüfungsschwerpunkte festlegen, soweit sie den von WP/vBP als erforderlich angesehenen Prüfungsumfang nicht beschränkt. Bei anderen Aufträgen bestehen größere Spielräume.

Bisher können Unstimmigkeiten bei der Mandatsabwicklung zumeist durch ergänzende Vertragsauslegung bereinigt werden. Im Zweifel wird auch aus dem objektiven Empfängerhorizont davon ausgegangen werden müssen, dass WP/vBP sich nur zu solchen Leistungen verpflichten wollten, die berufsrechtlich gestattet sind.

Nachweis von Referenzen

Um die geforderte Fachkunde des Bieters nachzuweisen (§§ 46 Abs. 3 Nr. 1 VgV, 33 Abs. 1 UVgO) wird nach wie vor verlangt, eine Anzahl vergleichbarer Referenzmandate mit Kontaktdaten des Mandanten zu benennen. Die berufsrechtliche Verschwiegenheitspflicht erfordert jedoch, dass Mandanten einer solchen Nennung zustimmen müssen (§§ 43 Abs. 1 Satz 1 WPO, 10 Berufssatzung WP/vBP). Für WP/vBP kann es in der Praxis aber schwierig sein, die Zustimmungserklärungen innerhalb der Angebotsfrist einzuholen, insbesondere wenn die Zustimmung von der Vergabestelle angeforderte Detailinformationen wie Auftragswerte und Leistungszeiten umfassen soll.

Eine anonymisierte Referenzliste begegnet dagegen keinen berufsrechtlichen Bedenken, so dass diese Option im Rahmen der Festlegung der Eignungskriterien durch die Vergabestelle vorrangig geprüft werden sollte. Ein weiterer Ansatz liegt in der Möglichkeit der Vergabestelle, im Rahmen ihres pflichtgemäßen Ermessens auch nachgereichte Unterlagen akzeptieren. Diese Möglichkeit könnte zum Beispiel genutzt werden, wenn im Einzelfall die Zustimmung eines Mandanten bis zum Ablauf der Angebotsfrist nicht vorliegt und der Vergabestelle vorher angekündigt wird, die – vervollständigte – Referenzliste innerhalb einer vor Zuschlagserteilung liegenden Frist nachzureichen.

Nachweis der Berufsqualifikation

Vergabestellen fordern (unbeschadet §§ 44 Abs. 2 VgV, 33 Abs. 2 UVgO) gelegentlich nicht einschlägige Nachweise wie die Gewerbeanmeldung oder -ummeldung. WP/vBP üben jedoch kein Gewerbe aus und unterliegt nicht dem Anwendungsbereich der Gewerbeordnung (§ 6 Abs. 1 Satz 1 GewO). Für die Auftragsdurchführung kommt es allein auf die entsprechende Bestellung als WP/vBP oder Anerkennung als Berufsgesellschaft (WPG/BPG) bzw. bei Pflichtprüfungsaufträgen auf die Befugnis zur Durchführung gesetzlicher Abschlussprüfungen an.

Die Wirtschaftsprüferkammer führt gem. § 37 Abs. 1 WPO ein [öffentliches Berufsregister/Abchlussprüferregister](#), das kostenlos elektronisch zugänglich ist. Die Vergabestelle kann somit ohne weiteres selbst nachprüfen, ob der Anbieter tatsächlich WP/vBP ist bzw. als WPG/BPG anerkannt ist.

Honorargestaltung

WP/vBP haben das Honorar so zu gestalten, dass die Qualität der Leistung sichergestellt wird. Pauschalhonorare für einen Prüfungs- oder Gutachtauftrag sind berufsrechtlich grundsätzlich nur statthaft, wenn eine Öffnungsklausel (sog. Escape-Klausel) vereinbart wird (§ 43 Abs. 2 Berufssatzung WP/vBP). Damit wird festgelegt, dass das Honorar für den Fall entsprechend erhöht werden kann, dass nicht vorhersehbare Umstände im Bereich des Auftraggebers eintreten, die den Bearbeitungsaufwand erheblich ausweiten. Dies kann in Konflikt zu der vergaberechtlich ausdrücklich vorgesehenen Befugnis der Vergabestelle stehen, Festpreise vorzugeben (§§ 58 Abs. 2 Satz 3 VgV, 43 Abs. 2 Satz 3 UVgO).

Um Honorarstreitigkeiten vorzubeugen, sollte insbesondere auch bei Prüfungs- oder Gutachtaufträgen das Angebot eines Pauschalhonorars mit Escape-Klausel als wertungsfähiges Angebot akzeptiert werden. WP/vBP kann die vertragliche Pflicht auferlegt werden, rechtzeitig Hinweise zu geben und darzulegen, aus welchen Gründen ein erhöhter Bearbeitungsaufwand erforderlich ist.

Fehlende Haftungsbegrenzung

In den Vergabeunterlagen werden häufig allgemeine Auftragsbedingungen des Bieters pauschal zurückgewiesen. Fügen WP/vBP ihrem Angebot diese dennoch bei, riskieren sie, von der Wertung ausgeschlossen zu werden, weil eigenmächtig Vergabeunterlagen ergänzt wurden. Dies gilt unbeschadet des durch die Rechtsprechung vollzogenen Paradigmenwechsels hinsichtlich des Ausschlusses von Angeboten (nur) aufgrund der Beifügung eigener Vertragsbedingungen (vgl. BGH, Urteil v. 18. Juni 2019, Az.: X ZR 86/17 - juris).

Die Tätigkeit des Berufsstands ist grundsätzlich gefahrgeneigt, weshalb der Gesetzgeber vorgesehen hat, dass in vorformulierten Vertragsbedingungen eine Haftungsbegrenzung i. H. v. 4 Mio. € vereinbart werden kann (§ 54a Abs. 1 Nr. 2 i. V. m. § 54 Abs. 1 WPO). Diese Regelung trägt den Interessen beider Vertragsseiten Rechnung, in dem der Auftraggeber einerseits auf eine noch finanzierbare, aber dennoch für den Normalfall ausreichende Haftungssumme zurückgreifen kann, andererseits WP/vBP als Auftragnehmer nicht dem unüberschaubaren Risiko einer potentiell unbegrenzten Haftung ausgesetzt sind.

WP/vBP ist es berufsrechtlich nicht gestattet, gesetzliche Haftungsbegrenzungen abzubedingen (vgl. § 18 Berufssatzung WP/vBP). Wird eine Haftungsvereinbarung entsprechend der gesetzlichen Regelung von der Vergabestelle dennoch nicht zugelassen, resultiert daraus eine zunächst unbeschränkte Haftung. Dies kann zu einer signifikanten Erhöhung des Preisniveaus führen, da WP/vBP dann ggf. mit dem Berufshaftpflichtversicherer erörtern müssen, ob und ggf. inwieweit ein zusätzlicher Versicherungsschutz für dieses Mandat vereinbart werden kann. Dessen Kosten werden kalkulatorisch zumeist in den Angebotspreis einfließen. Eine höhere Haftung des Dienstleisters bedingt daher in der Regel einen höheren Preis der Dienstleistung.

Möchte die Vergabestelle Vertragsbedingungen des Bieters dennoch grundsätzlich ausschließen, könnte sie alternativ in den Vergabeunterlagen eine Haftungsbeschränkung im gesetzlichen Sinne in einer separaten Klausel verankern oder eine solche – soweit es das gewählte Vergabeverfahren erlaubt – individuell aushandeln. Dem Vergaberecht ist der Rechtsgedanke, branchenübliche Vertragsbedingungen auch dann zu berücksichtigen, wenn diese die Haftung summenmäßig beschränken, zudem nicht grundsätzlich fremd (vgl. § 7 Nr. 2 Abs. 2 Satz 2 VOL/B).

Weitere Einzelfragen

Daneben ergeben sich in der Schnittstelle von Vergaberecht und Berufsrecht weitere Einzelfragen, die an dieser Stelle aus Platzgründen aber nicht im Einzelnen thematisiert werden sollen. Dazu zählen:

- Nichterstattung von Angebotskosten,
- nicht auftragsrelevante Versicherungsnachweise,
- Anfertigung und Aufbewahrung von Handakten/Arbeitspapieren,
- Verschwiegenheitserklärungen für Bieter und deren Beschäftigte,
- Vereinbarungen zur Auftrags(daten)verarbeitung,
- Vorlage von Transparenzberichten,
- Vorlage von Qualitätskontrollbescheinigungen / Ausnahmegenehmigungen und
- Nachweis von ISO-Zertifizierungen.

Im Detail verweisen wir insoweit auf unsere [„Hinweise für die Ausschreibung von Dienstleistungen von Wirtschaftsprüfern und vereidigten Buchprüfern“](#).

Wir freuen uns, wenn unsere Anregung im weiteren Verfahren berücksichtigt werden. Inhaltlich haben wir unsere Ausführungen auf Fragestellungen beschränkt, die die berufliche Stellung und Funktion unserer Mitglieder betreffen.
