



30. April 2010

Stellungnahme zu dem Entwurf einer Änderungsverordnung zur Schleswig-Holsteinischen Vergabeverordnung (SHVgVOÄndVO)

Die Wirtschaftsprüferkammer hat mit Schreiben vom **20. April 2010** gegenüber dem Ministerium für Wissenschaft, Wirtschaft und Verkehr des Landes Schleswig-Holstein zu dem Entwurf einer Änderungsverordnung zur Schleswig-Holsteinischen Vergabeverordnung (SHVgVOÄndVO) wie nachfolgend wiedergegeben Stellung genommen:

Wir bedanken uns für die Möglichkeit, zum Entwurf einer Änderungsverordnung zur Schleswig-Holsteinischen Vergabeverordnung Stellung nehmen zu dürfen. Die Wirtschaftsprüferkammer (WPK) ist eine Körperschaft des öffentlichen Rechts, deren Mitglieder alle Wirtschaftsprüfer, vereidigten Buchprüfer, Wirtschaftsprüfungsgesellschaften und Buchprüfungsgesellschaften in Deutschland sind. Die WPK hat ihren Sitz in Berlin und ist für ihre über 20.000 Mitglieder bundesweit zuständig.

Artikel 1 Nr. 2 des Entwurfs sieht derzeit vor, dass öffentliche Auftraggeber (nach § 14 Abs. 2 Nr. 1 bis 3) bei der Vergabe von Liefer- und Dienstleistungsaufträgen die Bestimmungen des 1. Abschnitts des Teils A der Vergabe- und Vertragsbedingungen für Leistungen (VOL/A) vom 20. November 2009 anzuwenden haben.

Hierdurch wird auch bei freiberuflichen Leistungen, wie z.B. die Vergabe eines Auftrages an einen Wirtschaftsprüfer (WP) oder vereidigten Buchprüfer (vBP), ein Verfahren vorgesehen, welches sich mit der freiberuflichen Leistungserbringung und mit den Berufspflichten der WP/vBP in vielen Punkten nicht im Einklang befindet.

Aus unserer Sicht ist auch im Bereich unterhalb der EU-Schwellenwerte bei freiberuflichen Leistungserbringungen ein an die VOF angelehntes Vergabeverfahren erforderlich, da es insgesamt weniger formalisiert als das VOL-Verfahren und zudem auch eher mit berufsrechtlichen Vorgaben vereinbar ist (siehe dazu noch unten). Die VOF ist naturgemäß inhaltlich und strukturell auf die Bedürfnisse und Besonderheiten beim Anbieten freiberuflicher Dienstleistungen besser zugeschnitten als die VOL, da sie anders als diese gerade für diesen Zweck geschaffen wurde.

Der entscheidende Gesichtspunkt für die Abgrenzung zwischen VOL(-ähnlichem) und VOF(-ähnlichem) Verfahren sollte u. E. daher nicht ein formales Kriterium wie das Erreichen bestimmter Schwellenwerte sein, sondern in einem inhaltlichen Kriterium gesehen werden: nämlich Tätigkeiten, deren Gegenstand eine Aufgabe, deren Lösung nicht vorab eindeutig und erschöpfend beschrieben werden kann (vgl. § 1 Abs. 1 VOF). Freiberufliche Leistungen sind regelmäßig individuell und nicht reproduzierbar, also Unikate und nicht wie Lieferungen, häufig aber auch nicht-freiberufliche Dienstleistungen, Massenprodukte.

Die Anwendung eines „VOF-ähnlichen“ Verfahrens für Vergaben freiberuflicher Dienstleistungen unterhalb der Schwellenwerte wäre ebenso wenig unrechtmäßig wie die des „VOL-ähnlichen“ Verfahrens, weil die Verwaltung im Bereich unterhalb der Schwellenwerte die Anwendung der Verdingungsordnungen allein durch verwaltungsinterne Anwendungserlasse steuern kann (vgl. *Ax/Schneider*, Auftragsvergabe, Berlin 2007, Kap. 1 Rn. 82 und – ausdrücklich die Möglichkeit der freiwilligen VOF-Anwendung bejahend – Rn. 132).

Einige wesentliche Unterschiede zwischen einem „VOL-“ und einem „VOF-ähnlichen“ Verfahren lassen sich u. E. wie folgt skizzieren (beispielhaft und ohne Anspruch auf Vollständigkeit):

- Während nach der VOL/A der Grundsatz der öffentlichen Ausschreibung gilt (§ 3 Abs. 2 VOL/A), ist nach der VOF die direkte Anwendung des Verhandlungsverfahrens möglich (§ 3 Abs. 1 VOF).
- Die VOL/A enthält bei Einungsnachweisen anders als § 5 Abs. 1 Satz 1 VOF keine Bezugnahme auf berufsrechtliche Vorschriften. Dies ist mit Blick auf die Verschwiegenheitspflicht des WP/vBP gem. § 43 Abs. 1 S. 1 WPO insbesondere dann relevant, wenn der Auftraggeber vom Bieter Referenzlisten verlangt.
- Die VOL/A enthält anders als § 5 Abs. 5 a) VOF keine Regelung, wonach die fachliche Eignung bereits durch die Berufszulassung erbracht werden kann.
- Die VOL/A regelt in § 9 zivilrechtlich relevante Inhalte und schränkt insoweit die Vertragsfreiheit ein (insbesondere bzgl. Regelungen zu AGB, Vertragsstrafen, Verjährung und Sicherheitsleistungen), in der VOF fehlen entsprechende Beschränkungen.
- Die VOL/A enthält, anders als § 4 Abs. 2 und 4 VOF, keine Regelung, dass Auskunftsansprüche an Bieter und die Erteilung des Auftrags an eine Bietergemeinschaft in einer vom Auftraggeber bestimmten Rechtsform unter dem Vorbehalt der Vereinbarkeit mit berufsrechtlichen Vorschriften stehen.

Wir hoffen, dass wir Ihnen mit den obigen Ausführungen vermitteln konnten, warum uns die Frage der VOF-Anwendung im Unterschwellenbereich beschäftigt.

Wir sprechen uns daher dafür aus, nach § 15 Nr. 2 MFG eine abweichende Regelung von den nach § 14 Abs. 3 anzuwendenden VOL/A und VOB/A zu treffen und § 2 Absatz 1 der Vergabeverordnung dahingehend zu ändern, dass für freiberufliche Leistungen die Anwendung der VOF vorgesehen wird.