

Auf einen Blick

Ministerverordnung zur Änderung der Verordnung PR Nr. 30/53 über die Preise bei öffentlichen Aufträgen (Preisverordnung)

Ausgangslage

Das Bundesministerium für Wirtschaft und Energie (BMWi) hat am 05. Mai 2021 den Entwurf der Ministerverordnung zur Änderung der Verordnung PR Nr. 30/53 über die Preise bei öffentlichen Aufträgen vorgelegt.

Bitkom-Bewertung

Geht in die richtige Richtung: Mit der Aktualisierung der Preisverordnung erfolgt eine Anpassung an veränderte vergabe-, handels- und steuerrechtliche Rahmenbedingungen. Den sich durch die Vorgaben des Vergaberechts für den besonderen Markt ergebenden Spezifika sollte dabei vollumfänglich Rechnung getragen werden.

Das Wichtigste

Im Bitkom sind neue Anbieter genauso wie Mitglieder mit großer Nähe zu den klassischen Diensten vertreten. Unser Papier zeichnet daher mögliche Kompromisslinien vor:

- **Die wettbewerbskonforme Preisbildung im Rahmen von Verhandlungsverfahren sollte adressiert werden.**
Das Vergaberecht sieht eine Vielzahl von alternativ zulässigen Verfahrensarten vor. Auch das Verhandlungsverfahren beachtet und implementiert das Wettbewerbsprinzip und ermöglicht eine wettbewerbskonforme Preisbildung. Es sollte deshalb in der Verordnung entsprechend Berücksichtigung finden.
- **Dienste mit nutzungsbasierter Preisbildung sind stärker in den Blick zu nehmen.**
Im ITK-Umfeld gewinnt eine dynamische Preisgestaltung zunehmend an Bedeutung. Generell sollten die Besonderheiten bei einer nutzungsbasierten Preisbildung im Vergabe- und Preisrecht aufgegriffen werden.

Stellungnahme

Entwurf einer Ministerverordnung zur Änderung der Verordnung PR Nr. 30/53 über die Preise bei öffentlichen Aufträgen

25.05.2021

Seite 2

Zusammenfassung

Das Bundesministerium für Wirtschaft und Energie (BMWi) hat am 05. Mai 2021 den Entwurf der Ministerverordnung zur Änderung der Verordnung PR Nr. 30/53 über die Preise bei öffentlichen Aufträgen vorgelegt.

Hintergrund der Preisverordnung ist der Schutz vor überhöhten Preisen bei öffentlichen Aufträgen. Seit ihrem Erlass im Jahr 1953 wurde die Preisverordnung materiell kaum geändert, während Rechtsbereiche mit Berührungspunkten zur Regelungsmaterie, insbesondere das Vergaberecht, aber auch das Handelsrecht und das Steuerrecht vielfältigen Änderungen unterlagen. Vor diesem Hintergrund soll die Preisverordnung aktualisiert und an die veränderten Rahmenbedingungen angepasst werden.

Im Folgenden gehen wir auf die vorgeschlagenen Änderungen ein und stehen selbstverständlich für weitere Gespräche zum Entwurf gerne zur Verfügung.

Bitkom
Bundesverband
Informationswirtschaft,
Telekommunikation
und Neue Medien e.V.

Marc Danneberg

Referent Public Sector

T +49 30 27576-526

E-Mail: m.danneberg@bitkom.org

Albrechtstraße 10
10117 Berlin

Präsident
Achim Berg

Hauptgeschäftsführer
Dr. Bernhard Rohleder

Das Verhandlungsverfahren als Instrument zur wettbewerbskonformen Preisbildung

Das nationale Preisrecht sollte nicht zur Illegitimierung einer auf nationaler sowie auf unionsrechtlicher Ebene vorgesehenen sowie anerkannten Vergabeverfahrensart, nämlich dem Verhandlungsverfahren, führen oder an dessen legitime Auswahl Rechtsfolgen knüpfen, die auf der Annahme eines essentiell fehlenden Wettbewerbs beruhen. Dies wäre nämlich unzutreffend. Denn auch das Verhandlungsverfahren beachtet und implementiert das Wettbewerbsprinzip und ermöglicht daher seinerseits eine wettbewerbskonforme Preisbildung. Grundsätzlich muss sichergestellt sein, dass vergaberechtliche Wettbewerbsdefinitionen auch als wettbewerbskonforme Preisbildung anerkannt werden (z.B. im Fall einer geringen Anzahl von Angeboten aufgrund einer besonderen Beschaffenheit der Ausschreibung).

Die Rechtsprechung des BVerwG (Urt. v. 13.04.2016 – 8 C 2.15) und des VGH München (Urt. v. 26.02.2019 – 22 B 16.1447), an welche der Begriff der Marktgängigkeit im Referentenentwurf angelehnt wird (vgl. Erläuterungen in B. Besonderer Teil zu Buchstabe a), sieht neben der Beschaffung im Wege eines Vergabeverfahrens die Möglichkeit der Einholung von Vergleichsangeboten im Vorfeld der Durchführung eines Verhandlungsverfahrens vor. Wir schlagen daher vor, den preisrechtlichen Tatbestand des besonderen Marktes nochmals vergabe- und unionsrechtskonform zu erweitern. Den sich durch die Vorgaben des Vergaberechts für den besonderen Markt ergebenden Spezifika sollte dadurch Rechnung getragen werden, dass bei Vergabeverfahren mehrere geeignete Angebote gefordert werden, sowie, dass – alternativ – die Einholung von Vergleichsangeboten im Vorfeld der Durchführung eines Verhandlungsverfahrens möglich ist und als gleichwertig angesehen wird.

Konkret schlagen wir deshalb vor, § 4 (Preise für marktgängige Leistungen) Absatz 2 wie folgt zu fassen:

*„(2) Marktgängig sind Leistungen, für die zum Zeitpunkt der Auftragsvergabe ein Markt mit funktionierendem Wettbewerb und wettbewerblicher Preisbildung existiert, auf dem diese Leistungen angeboten und nachgefragt werden (allgemeiner Markt). Marktgängig sind Leistungen **insbesondere** auch, wenn zu deren Beschaffung durch ein Vergabeverfahren ein Markt geschaffen wurde, auf dem mehrere **Anbieter** geeignete **Anbieter** Angebote abgegeben haben, **oder im Falle von Verhandlungsverfahren vorab konkrete Vergleichsangebote eingeholt wurden** (besonderer Markt).“*

In § 4 Absatz 4 wird für die Fälle, in denen sich auf dem allgemeinen Markt kein verkehrüblicher Preis ermitteln lässt, geregelt, unter welchen Voraussetzungen sich ein

Stellungnahme Preisverordnung

Seite 4|6

verkehrsüblicher Preis auf dem besonderen Markt bilden kann. Der besondere Markt wird durch das konkrete Vergabeverfahren geschaffen. Das unionsrechtlich geprägte Vergaberecht sieht eine Vielzahl von alternativ zulässigen Verfahrensarten vor. Der Gesetzgeber verfolgt damit den vordergründigen Zweck, Wettbewerb auf dem Markt um öffentliche Aufträge zu schaffen und zu erhalten sowie die öffentlichen Haushalte und deren knappe Mittel bei der staatlichen Beschaffung von Leistungen zu schonen.

Dies trifft insbesondere auch auf das Verhandlungsverfahren mit oder ohne Teilnahmewettbewerb gemäß § 17 Vergabeverordnung (VgV) zu. Solange diese Verfahrensart in rechtmäßiger und zulässiger Weise nach § 14 Abs. 3, 4 VgV innerhalb dessen anspruchsvoller Tatbestandsmerkmale gewählt wird, um einen Auftrag rechtlich beanstandungsfrei und korrekt zu vergeben, entspricht dies dem Wettbewerbsprinzip. Wettbewerbliche Bedingungen liegen dann vor und wurden rechtskonform beachtet. Zur Klarstellung schlagen wir daher vor, die rechtliche Begründung zu Buchstabe c (in B. Besonderer Teil des Referentenentwurfs) entsprechend zu ergänzen:

„Erstmals wird für die Fälle, in denen sich auf dem allgemeinen Markt kein verkehrsüblicher Preis ermitteln lässt, geregelt, unter welchen Voraussetzungen sich ein verkehrsüblicher Preis auf dem besonderen Markt bilden kann.

Da der besondere Markt ausschließlich durch das konkrete Vergabeverfahren geschaffen wird und mit Abschluss des Vergabeverfahrens beendet wird, entbehrt er der Dynamik des allgemeinen Marktes. Deshalb fordert § 4 Absatz 4, dass sich der Preis unter wettbewerblichen Bedingungen herausgebildet haben muss.

*Notwendig ist ein tatsächlicher Wettbewerb. Tatsächliche wettbewerbliche Bedingungen sind in einem Vergabeverfahren **insbesondere** dann anzunehmen, wenn mehrere – mindestens zwei – geeignete Angebote eingereicht wurden **sowie dann, wenn ein rechtmäßiges Verhandlungsverfahren durchgeführt wurde, welches den vergaberechtlichen Anforderungen insbesondere des Unionsrechts entsprach**. Zu verneinen wären wettbewerbliche Bedingungen zum Beispiel dann, wenn Angebote nur zum Schein oder in wettbewerbswidriger Verdrängungsabsicht abgegeben werden oder wenn **rechtswidrige** Absprachen zwischen Bietern stattgefunden haben.*

Ein Preis kann sich insbesondere auch dann unter wettbewerblichen Bedingungen herausgebildet haben, wenn Aufträge in ausreichender, nach dem einschlägigen Markt zu bestimmender zeitlicher Nähe zu der zu prüfenden Preisvereinbarung liegen und gleiche oder gleichartige Leistungen zum Gegenstand haben, der Bieter also z.B. im Verhandlungsverfahren innerhalb eines kurzen Zeitraums, z.B. eines Jahres, die betreffenden Preise für gleichartige Dienstleistungen gegenüber anderen Marktteilnehmern durchsetzen konnte.“

Ergänzende Hinweise zu Diensten mit nutzungsbasierter Preisbildung

In § 4 Absatz 2 wird der Begriff der „Verkehrsüblichkeit des Preises“ definiert. Demnach ist der für eine Leistung auf dem allgemeinen Markt gezahlte Preis verkehrsüblich, den der Anbieter für die Leistung im Wettbewerb zu anderen Anbietern regelmäßig durchsetzen kann. Kann für die Leistung des Unternehmens auf dem allgemeinen Markt ein verkehrsüblicher Preis ermittelt werden, ist dieser auch auf den besonderen Markt anzuwenden. Insbesondere beim Einsatz von Diensten mit nutzungsbasierten Preisen sind dabei die nachfolgenden Aspekte zu berücksichtigen. Da Vergabegegenstand, Volumen und Zeitraum definiert sein müssen, kann für bestimmte Produktgruppen die Festlegung von Unter- und Obergrenzen erforderlich sein, um rechtliche Grauzonen ausschließen zu können.

- **Dynamische Preisgestaltung:** Öffentliche Auftraggeber sollten die Möglichkeit haben, ein flexibles Preismodell umzusetzen, bei dem die Preise der Dienste und Leistungen je nach Marktpreis flexibel variieren können. Dieser Ansatz nutzt die dynamische und wettbewerbsorientierte Preisentwicklung bei innovativen Diensten wie z.B. Cloud-Diensten und unterstützt Innovation und Preissenkungen.
- **Nutzungsbasierte Abrechnung:** Öffentliche Auftraggeber sollten die Möglichkeit haben, ein nutzungsabhängiges Finanzierungsmodell zu nutzen, bei dem am Ende jedes Monats die genutzten Services abgerechnet werden können. Dieser Ansatz ist geeignet, um Nutzungs- und Ressourcenmetriken effizient abzubilden. In diesem Zusammenhang kann die Festlegung von Unter- und Obergrenzen erforderlich sein sowie die Implementierung der entsprechenden organisatorischen oder technischen Kontrollmechanismen (z.B. mittels Vorhersagemechanismus für das Erreichen einer Obergrenze).
- **Kontrolle über die Ausgaben:** Öffentliche Auftraggeber sollten die Möglichkeit haben, auf Berichts-, Überwachungs- und Prognosetools zuzugreifen, die es dem Auftraggeber ermöglichen, (1) Nutzung und Ausgaben in zusammenfassender und detaillierter Weise zu überwachen, (2) Benachrichtigungen zu erhalten, wenn Nutzung und Ausgaben definierte Werte überschreiten, und (3) Nutzung und Ausgaben zu prognostizieren, um künftige Budgets planen zu können.
- **Transparente Preisgestaltung:** Öffentliche Auftraggeber sollten die Möglichkeit haben, in Ausschreibungen auf öffentlich verfügbare oder anderweitig zugängliche allgemeine Preislisten zu verweisen.

Stellungnahme Preisverordnung

Seite 6|6

Bitkom vertritt mehr als 2.700 Unternehmen der digitalen Wirtschaft, davon gut 2.000 Direktmitglieder. Sie erzielen allein mit IT- und Telekommunikationsleistungen jährlich Umsätze von 190 Milliarden Euro, darunter Exporte in Höhe von 50 Milliarden Euro. Die Bitkom-Mitglieder beschäftigen in Deutschland mehr als 2 Millionen Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter. Zu den Mitgliedern zählen mehr als 1.000 Mittelständler, über 500 Startups und nahezu alle Global Player. Sie bieten Software, IT-Services, Telekommunikations- oder Internetdienste an, stellen Geräte und Bauteile her, sind im Bereich der digitalen Medien tätig oder in anderer Weise Teil der digitalen Wirtschaft. 80 Prozent der Unternehmen haben ihren Hauptsitz in Deutschland, jeweils 8 Prozent kommen aus Europa und den USA, 4 Prozent aus anderen Regionen. Bitkom fördert und treibt die digitale Transformation der deutschen Wirtschaft und setzt sich für eine breite gesellschaftliche Teilhabe an den digitalen Entwicklungen ein. Ziel ist es, Deutschland zu einem weltweit führenden Digitalstandort zu machen.