



Stellungnahme

des Deutschen Anwaltvereins durch
den Ausschuss Vergaberecht

zur öffentlichen Konsultation zur Transformation
des Vergaberechts
(„Vergaberechtstransformationspaket“)

Stellungnahme Nr.: 6/2023

Berlin, im Februar 2023

Mitglieder des Ausschusses

- Rechtsanwalt Dr. Olaf Otting, Hanau (Vorsitzender)
- Rechtsanwältin Dr. Nicola Ohrtmann, Essen
- Rechtsanwalt Prof. Dr. Marius Raabe, Kiel
- Rechtsanwalt Dr. Thomas Stickler, Leipzig
- Rechtsanwalt Bernhard Stolz, München
- Rechtsanwältin Dr. Andrea Vetter, Stuttgart

Zuständig in der DAV-Geschäftsstelle

- Rechtsanwältin Bettina Bachmann

Deutscher Anwaltverein

Littenstraße 11, 10179 Berlin

Tel.: +49 30 726152-0

Fax: +49 30 726152-190

E-Mail: dav@anwaltverein.de

Büro Brüssel

Rue Joseph II 40, Boîte 7B

1000 Brüssel, Belgien

Tel.: +32 2 28028-12

Fax: +32 2 28028-13

E-Mail: bruessel@eu.anwaltverein.de

EU-Transparenz-Registernummer:

87980341522-66

www.anwaltverein.de

Verteiler

Bundesministerium für Wirtschaft und Klimaschutz
Bundesministerium der Justiz
Wirtschaftsausschuss des Deutschen Bundestages
Rechtsausschuss des Deutschen Bundestages
Deutscher Vergabe- und Vertragsausschuss für Bauleistungen (DVA)
SPD-Fraktion im Deutschen Bundestag
CDU/CSU-Fraktion im Deutschen Bundestag
Fraktion Bündnis 90/Die Grünen im Deutschen Bundestag
FDP-Fraktion im Deutschen Bundestag
AfD-Fraktion im Deutschen Bundestag
Fraktion Die Linke im Deutschen Bundestag
Deutscher Verdingungsausschuss für Leistungen (DVAL)
Bundesverband der Deutschen Industrie e.V.
Deutscher Industrie- und Handelskammertag e.V.
Bundesverband der Freien Berufe
Hauptverband der Deutschen Bauindustrie e.V.
Deutsche Vereinigung des Gas- und Wasserfaches e.V.
Deutsche Vereinigung für Wasserwirtschaft, Abwasser und Abfall e.V.
Deutscher Baugerichtstag e.V.
Deutscher Städte- und Gemeindebund e.V.
Deutscher Landkreistag
Deutscher Städtetag
Bund Deutscher Baumeister, Architekten und Ingenieure e.V.
Institut für Baurecht Freiburg im Breisgau e.V.
Forum Vergabe e.V.
Bundesrechtsanwaltskammer
Bundesnotarkammer
Wirtschaftsprüferkammer
Deutscher Richterbund e.V.
Neue Richtervereinigung (NRV)
Bund Deutscher Verwaltungsrichter und Verwaltungsrichterrinnen (BDVR)
Vorstand und Geschäftsführung des Deutschen Anwaltvereins
Vorsitzende der Landesverbände des Deutschen Anwaltvereins

Vorsitzende der Gesetzgebungsausschüsse des DAV

Vorsitzende der Arbeitsgemeinschaften des DAV

Geschäftsführender Ausschuss der Arbeitsgemeinschaft Vergaberecht im DAV

Presse

Vergaberecht – Zeitschrift für das gesamte Vergaberecht

Verwaltungsblätter für Baden Württemberg (VBIBW)

VPR – Vergabepraxis- & -recht

NZBau - Neue Zeitschrift für Bau- und Vergaberecht

IBR Immobilien- und Baurecht

Redaktion NVwZ

Redaktion NJW

Der Deutsche Anwaltverein (DAV) ist der freiwillige Zusammenschluss der deutschen Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte. Der DAV versammelt mehr als 61.000 Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte sowie Anwaltsnotarinnen und Anwaltsnotare, die in 253 lokalen Anwaltvereinen im In- und Ausland organisiert sind. Er vertritt die Interessen der deutschen Anwaltschaft auf nationaler, europäischer und internationaler Ebene. Der DAV ist im Lobbyregister für die Interessenvertretung gegenüber dem Deutschen Bundestag und der Bundesregierung zur Registernummer R000952 eingetragen.

Einleitung

Der Deutsche Anwaltverein spricht sich im Rahmen der durch das Bundesministerium für Wirtschaft und Klimaschutz eingeleiteten öffentlichen Konsultation zur Transformation des Vergaberechts für eine Vereinheitlichung und Vereinfachung der Vergaberegeln aus, erinnert zugleich aber an die wichtige Funktion des Vergaberechts zur Gewährleistung wettbewerblicher, wirtschaftlicher und rechtsstaatlicher Beschaffungstätigkeit der öffentlichen Hand. Sowohl eine Reduzierung des Rechtsschutzes als auch eine Überfrachtung mit besser in fachrechtlichen Regelwerken aufgehobenen Vorgaben zum Gegenstand der Beschaffung gefährden diese elementare Funktion des Vergaberechts. Gleichwohl sieht der Deutsche Anwaltverein Potential für Reformen, die vor allem eine Digitalisierung und Beschleunigung des Vergabeverfahrens wie auch der Nachprüfungsverfahren ermöglichen können.

Aktionsfeld 1: Stärkung der umwelt- und klimafreundlichen Beschaffung

Zu 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?

Eine verpflichtende Berücksichtigung von umwelt- und klimabezogenen Aspekten erfordert deren Vorgabe in der Leistungsbeschreibung oder in Ausführungsbedingungen gem. § 128 Abs. 2 Gesetz gegen

Wettbewerbsbeschränkungen (GWB), die mit dem Auftragsgegenstand in Verbindung stehen. § 128 Abs. 2 S. 3 GWB lässt die Berücksichtigung umweltbezogener Belange ausdrücklich zu. Eine Gesetzesänderung ist insoweit nicht erforderlich.

Werden umweltbezogene Aspekte gem. § 127 Abs. 1 S. 3 GWB neben dem Preis oder den Kosten als Zuschlagskriterien berücksichtigt, können sie – je nach ihrer Gewichtung – bei der Bestimmung des wirtschaftlichsten Angebots nach dem besten Preis-Leistungs-Verhältnis gegenüber dem Preis zurücktreten. Eine verpflichtende Berücksichtigung umweltbezogener Aspekte ist nicht gesichert, wenn sie als Zuschlagskriterium festgelegt werden.

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

Das Vergaberecht regelt nicht, was der öffentliche Auftraggeber beschafft, sondern nur die Art und Weise der Beschaffung. Die Beschaffungsentscheidung für ein bestimmtes Produkt, eine Herkunft, ein Verfahren oder dergleichen unterliegt der Bestimmungsfreiheit des Auftragsgebers, deren Ausübung dem Vergabeverfahren vorgelagert ist. Die Entscheidung wird von zahlreichen Faktoren beeinflusst, unter anderem von technischen, wirtschaftlichen, gestalterischen oder Gesichtspunkten der sozialen, ökologischen oder ökonomischen Nachhaltigkeit. Die Beschaffungsentscheidung muss zunächst getroffen werden, um eine Nachfrage zu bewirken. Das Vergaberecht regelt nur, in welchem Verfahren die Nachfrage befriedigt wird (siehe dazu z.B. OLG Düsseldorf, B. v. 13.04.2016 – VII-Verg 47/15 – juris Rn. 20). Die ökologische Ausrichtung von Beschaffungen und die Stärkung umwelt- und klimabezogener Anforderungen bei Beschaffungen sind deshalb systematisch dem Vergaberecht vorgelagert; diese Anforderungen sind nicht im Vergaberecht, sondern im jeweiligen Fachrecht zu regeln. Das Vergaberecht stellt schon jetzt einen tauglichen Rahmen zur Verfügung, der die Berücksichtigung dieser fachlichen Anforderungen ermöglicht. Ein Beispiel für Vorgaben im Fachrecht findet sich in § 45 Abs. 2 Kreislaufwirtschaftsgesetz (KrWG), der die Behörden des Bundes

und die der Aufsicht des Bundes unterstehenden juristischen Personen des öffentlichen Rechts, Sondervermögen und sonstigen Stellung verpflichtet, bei der Beschaffung oder Verwendung von Materialien und Gebrauchsgütern, bei Bauvorhaben und sonstigen Aufträgen, Erzeugnissen den Vorzug zu geben, die

- in rohstoffschonenden, energiesparenden, wassersparenden, schadstoffarmen oder abfallarmen Produktionsverfahren hergestellt worden sind,
- durch Vorbereitung zur Wiederverwendung oder durch Recycling von Abfällen, insbesondere unter Einsatz von Rezyklaten oder aus nachwachsenden Rohstoffen hergestellt worden sind,
- sich durch Langlebigkeit, Reparaturfreundlichkeit, Wiederverwendbarkeit oder Recyclingfähigkeit auszeichnen oder
- im Vergleich zu anderen Erzeugnissen zu weniger oder schadstoffärmeren Abfällen führen oder sich besser zur umweltverträglichen Abfallbewirtschaftung eignen.

Entsprechende Bevorzugungspflichten regeln auch die Landeskreislaufwirtschaftsgesetze für die Behörden des Landes, die Gemeinden, die Landkreise und die sonstigen der Aufsicht des Landes unterstehenden Körperschaften, Anstalten und Stiftungen des öffentlichen Rechts – wenn auch in unterschiedlicher Verbindlichkeit (siehe z.B. § 3 Abs. 2 Niedersächsisches Abfallgesetz (NAbfG), § 2 Abs. 1 Landesabfallwirtschaftsgesetz Rheinland-Pfalz (LafWG RhPf), § 2 Abs. 3 Landeskreislaufwirtschaftsgesetz Baden-Württemberg (LkreiWiG BW), § 2 Abs. 1 S. 2 Landeskreislaufwirtschaftsgesetz Nordrhein-Westfalen (LKrWG NRW)).

Ob die Regelungen des Saubere-Fahrzeuge-Beschaffungs-Gesetzes (SaubFahrzeugBeschG) sich in der Praxis bewährt haben, wäre sorgfältig zu evaluieren, bevor nach diesem Muster vergleichbare neue Regelungen geschaffen werden.

Da die Beschaffungsentscheidung dem Vergabeverfahren vorgelagert ist, sind Vorgaben für die Beschaffungsentscheidung nicht Gegenstand des

Vergaberechts, das in die konkurrierende Gesetzgebungszuständigkeit von Bund und Ländern nach Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG fällt. Die Regelung einer Pflicht zur Berücksichtigung von umwelt- und klimabezogenen Aspekten, die den Beschaffungsgegenstand betreffen, muss auf die jeweilige Gesetzgebungskompetenz für das Fachrecht gestützt werden.

Zu 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?

Die verpflichtende Berücksichtigung von umwelt- oder klimabezogenen Aspekten bei der Beschaffung von Leistungen, die die Lieferung von Waren, die Ausführung von Bauleistungen oder die Erbringung von Dienstleistungen zum Gegenstand hat, steht in einem Spannungsfeld mit den das öffentliche Haushaltsrecht prägenden Grundsätzen der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit (siehe § 7 Bundeshaushaltsordnung (BHO) und die entsprechenden Regelungen in den Landeshaushaltsordnungen; § 77 Abs. 2 Gemeindeordnung Baden-Württemberg (GemO BW); § 75 Abs. 1 S. 2 Gemeindeordnung Nordrhein-Westfalen (GO NRW) und die entsprechenden Regelungen in den Gemeindeordnungen der anderen Länder). (Fach-)gesetzliche Vorgaben zur verpflichtenden Berücksichtigung von umwelt- oder klimabezogenen Aspekten und entsprechende Begründungsanforderungen erhöhen außerdem den Prüfaufwand in Vergabeverfahren hinsichtlich der angebotenen Leistung sowie den Prüfaufwand bei der Erbringung der Leistung, soweit es um Ausführungsbedingungen geht. Daraus ergibt sich ein Zielkonflikt zu der Zielsetzung der Vereinfachung und Beschleunigung der Vergabeverfahren. Wir appellieren deshalb an den Gesetzgeber, von verpflichtenden Beschaffungsvorgaben für Vergabeverfahren abzusehen. Dies gilt auch für Vorgaben, die umwelt- und klimabezogene Aspekte betreffen.

Praktische Hilfestellungen durch marktneutrale Handreichungen und Leitfäden sind hingegen für die Praxis begrüßenswert.

Zu 4: In welchen Branchen sehen Sie besondere Chancen für die umwelt- und klimafreundliche Beschaffung? Gibt es Ihrer Ansicht nach Leistungen, die keine entsprechende Umwelt- oder Klimarelevanz haben könnten? Bitte erläutern Sie.

Bei der Ausschreibung von Dienstleistungen oder standardisierten Lieferleistungen wird sich eine Umwelt- und Klimarelevanz häufig nicht oder allenfalls mittelbar feststellen lassen. Das für alle Branchen und Beschaffungsgegenstände einheitlich geltende Vergaberecht sollte auch aus diesem Grund nicht mit undifferenziert geltenden Vorgaben für alle Beschaffungsgegenstände überfrachtet werden.

Aktionsfeld 2: Stärkung der sozial-nachhaltigen Beschaffung

Die Verbindlichkeit sozialer Anforderungen zu stärken ist gerade in einer sozialen Marktwirtschaft ein wichtiges Ziel. Die Verbindlichkeit sozialer Anforderungen sollte aber für alle Marktteilnehmer gelten, nicht nur für Unternehmen, die sich um öffentliche Aufträge bewerben. Es erscheint deshalb fraglich, ob sich dieses Ziel über spezifische Neuregelungen zum Vergaberecht erreichen lässt. Sinnvoll erscheint es vielmehr, diese Verbindlichkeit über die entsprechenden Fachgesetze allgemein sicherzustellen und die Beachtung dieser Normen bei der öffentlichen Auftragsvergabe – wie bisher – über entsprechende Anknüpfungsnormen im Vergaberecht abzusichern.

Spezifische Neuregelungen für eine „sozial-nachhaltige Beschaffung“ innerhalb des Vergaberechts stehen im Widerspruch zu dem Ziel, das Vergaberecht zu vereinfachen und Beschaffungen zu beschleunigen (siehe Aktionsfeld 4). Sie sind zur Erreichung des Ziels der sozialen Ausrichtung der Beschaffung und der Stärkung der Verbindlichkeit sozialer Anforderungen auch nicht erforderlich, weil das Vergaberecht in seiner derzeitigen Struktur schon jetzt alle Möglichkeiten für eine sozial-nachhaltige Beschaffung eröffnet.

Verstöße von Unternehmen gegen verbindliche soziale Anforderungen sind im Rahmen der Ausschlussgründe zu prüfen (§§ 123 Abs. 4, 124 Abs. 2 GWB und

§ 2 Abs. 1 Nr. 2 Wettbewerbsregistergesetz (WRegG)). Zur Stärkung der Verbindlichkeit dieser Anforderungen könnte es allenfalls sinnvoll sein, zu prüfen, ob in den einschlägigen Fachgesetzen verschärfte oder zusätzliche zwingende Ausschlussgründe bei entsprechenden Verstößen vorgesehen werden sollten.

Die verbindliche Einhaltung sozialgesetzlicher Anforderungen bei der Ausführung öffentlicher Aufträge ist in § 128 Abs. 1 GWB bereits umfassend geregelt. Über die Einhaltung der bestehenden gesetzlichen Anforderungen hinaus sollten keine allgemein verbindlichen Regelungen für die öffentliche Auftragsvergabe vorgesehen werden. Vielmehr sollte es – wie in § 128 Abs. 2 GWB bereits geregelt – den öffentlichen Auftraggebern überlassen werden, unter Berücksichtigung des konkreten Auftragsgegenstandes zu prüfen, inwieweit weitere soziale Ausführungsbedingungen im Einzelfall in Abwägung mit dem Gebot der Wirtschaftlichkeit sinnvoll und umsetzbar sind. Dass solche Ausführungsbedingungen immer einen zumindest mittelbaren Auftragsbezug aufweisen müssen, ist durch die europäischen Vergaberichtlinien vorgegeben (siehe z.B. Art. 70 der RL 24/2014/EU). Diese eröffnen es den Mitgliedstaaten im Übrigen nicht, über die Einhaltung bestehender allgemeiner gesetzlicher Anforderungen hinaus für die öffentliche Auftragsvergabe verbindliche Ausführungsbedingungen vorzuschreiben. Entsprechende gesetzliche Regelungen dürften mithin gegen EU-Recht verstoßen (so auch Ziekow in Ziekow/Völlink, 4. Aufl. § 129 GWB Rn. 2 ff).

Bei der Ermittlung des wirtschaftlichsten Angebots im Rahmen der Zuschlagsentscheidung können schon auf der Grundlage der bestehenden Regelungen soziale Aspekte berücksichtigt werden (siehe z.B. § 127 Abs. 3 GWB, 58 Abs. 2 Vergabeverordnung (VgV)). Die Voraussetzung des zumindest mittelbaren Auftragsbezugs ist auch hier vom EU-Recht vorgegeben (siehe Art. 67 der RL 24/2014/EU). Auch für diesen Bereich erscheint es ratsam, die Entscheidung über die Aufnahme und ggfs. Gewichtung sozialer Zuschlagskriterien den öffentlichen Auftraggebern selbst zu überlassen, weil dies sinnvoll nur unter Berücksichtigung des konkreten Auftragsgegenstandes entschieden werden kann. In der Praxis wird dies in geeigneten Fällen bereits umgesetzt (z.B. Zusatzpunkte für Verpflichtung zur Zahlung von Tariflöhnen bei Entsorgungsaufträgen). Im Übrigen dürfte auch hier gelten, dass die EU-Vergaberichtlinien den Mitgliedstaaten keinen Spielraum eröffnen, die Aufnahme

sozialer Zuschlagskriterien verbindlich vorzuschreiben. Ausdrücklich zugelassen ist in diesem Bereich nur, dass die Mitgliedstaaten vorgeben, dass der Preis nicht als einziges Zuschlagskriterium vorgesehen werden darf (siehe Art. 67 Abs. 2 UAbs. 3 der RL 24/2014/EU).

Zu 5. Welche Aspekte einer sozial verantwortlichen Beschaffung sollten über die Berücksichtigung von Tarifverträgen hinaus aus Ihrer Sicht prioritär bei der öffentlichen Beschaffung verfolgt oder intensiviert werden?

Wichtig ist vor allem, dass gerichtlich festgestellte oder mit Bußgeldern geahndete Verstöße gegen bestehende sozialgesetzliche Vorschriften ab einer gewissen Schwelle konsequent zum Ausschluss in einem Vergabeverfahren führen.

Zu 6. Wie könnte dies aus Ihrer Sicht am besten im Vergabeverfahren und -recht integriert werden?

Dies sollte über eine Eintragung im Wettbewerbsregister für die öffentlichen Auftraggeber in jedem Fall erkennbar und verbindlich sein. Soweit keine Eintragungen im Wettbewerbsregister vorhanden sind, muss der öffentliche Auftraggeber davon ausgehen können, dass keine ausschlusrelevanten Verstöße gegen sozialgesetzliche Vorschriften begangen wurden. Wichtig wäre es im Sinne der Rechtssicherheit und Beschleunigung vor allem auch, dass der öffentliche Auftraggeber bei entsprechenden Eintragungen davon befreit wird, im Rahmen eines laufenden Verfahrens selbst prüfen zu müssen, ob eine hinreichende Selbstreinigung stattgefunden hat oder nicht. Dies sollte ausschließlich durch eine hierzu berufene Behörde geprüft und verbindlich festgestellt werden.

Zu 7. Wie können soziale Innovationen wie. z.B. Sozialunternehmen durch die öffentliche Vergabe gestärkt werden?

Nach § 118 GWB besteht für öffentliche Auftraggeber bereits die Möglichkeit, Vergabeverfahren auf Werkstätten für Menschen mit Behinderungen und

Unternehmen, deren Hauptzweck die soziale und berufliche Integration von Menschen mit Behinderungen oder von benachteiligten Personen ist, zu beschränken. In der Praxis wird von dieser Möglichkeit bislang eher selten Gebrauch gemacht. Es könnte deshalb sinnvoll sein, für von solchen Einrichtungen und Unternehmen typischerweise erbrachte Leistungen eine Prüfpflicht des öffentlichen Auftraggebers einzuführen, ob die Vergabe des Auftrags in einem Verfahren nach § 118 GWB durchgeführt werden kann. Eine Privilegierung von Sozialunternehmen im Rahmen von Vergabeverfahren, die auch gewerblich tätigen Unternehmen offenstehen, erscheint hingegen nicht sinnvoll, weil dies mit dem europarechtlich zu beachtenden Gleichbehandlungsgrundsatz nicht vereinbar sein dürfte und zum Teil für solche Einrichtungen ohnehin schon gewisse Wettbewerbsvorteile (etwa die Ausnahme von der Pflicht Mindestlohn zu bezahlen und steuerliche Privilegien) bestehen.

Aktionsfeld 3: Digitalisierung des Beschaffungswesens

Tatsächlich stellt die aktuelle Marktlage, in der zahlreiche voneinander optisch, systematisch und inhaltlich abweichende Beschaffungsplattformen betrieben werden, für die Bieterseite eine enorme Herausforderung dar. Die Marktseite muss sich, wenn sie öffentlichen Auftraggebern in der Breite Angebote offerieren möchte, mit einer Vielzahl von Vergabeplattformen auskennen. Neben der zentralen Bekanntmachungsplattform der EU (TED) und den beiden Vergabeplattformen des Bundes (www.bund.de und www.evergabe-online.de) existieren die 16 Plattformen der Länder, teilweise weitere Plattformen kommunaler Zusammenschlüsse (bspw. Vergabe Metropole Ruhr – www.vergabe.metropolerruhr.de oder OWL – www.owl.deutsche-evergabe.de) sowie mehrere privatwirtschaftliche Vergabeplattformen (z.B. von Cosinex, Administration Intelligence, aumass GmbH & Co. KG, bi Medien, Subreport Verlag Schawe GmbH, Vergabe24 GmbH, Deutsche eVergabe (HealyHudson), RIB Software SE). Manche großen Auftraggeber haben eigene Lösungen entwickelt. Auch wenn einige dieser Plattformen sich inhaltlich ähneln, weil private Anbieter sie für öffentliche Auftraggeber betreiben, ist doch der Bieteraufwand für Anmeldung, Pflege, Kenntnis und Überwachung all dieser Zugänge immens. Hinzu tritt die Fehleranfälligkeit bei der Bewerbung / Angebotsabgabe auf Grund der Unterschiede im Detail. Hierin können Gründe für den allgemein beklagten reduzierten Angebotserhalt auf Seiten

öffentlicher Auftraggeber liegen, wenn Bieter sich bspw. auf einige / wenige Plattformen konzentrieren. Insoweit ist eine Vereinheitlichung wünschenswert, nicht aber eine Ersetzung der gesunden, weil breiten Wettbewerbssituation der Plattformanbieter.

Klärungsbedürftig ist insoweit, was hier in der Einleitung des Aktionsfeldes 3 gemeint ist, wenn das Bundesministerium für Wirtschaft und Klimaschutz von der „Schaffung einer anwenderfreundlichen zentralen Plattform“ spricht. Dringend abzuraten ist von einer die Vielzahl der Plattformen ersetzenden zentralen Lösung nach dem Vorbild bspw. des beA, die an technischen (Kinder-)Krankheiten leidet und so in Übergangszeiträumen möglicherweise gar nicht in der Lage ist, das aktuelle – wenn auch anspruchsvolle, aber funktionierende – System zu ersetzen.

Ist jedoch der schon seit 2007 verfolgte Weg der sog. x-Vergabe gemeint, dessen Ziel es ist, einen einheitlichen Bieterzugang zu den unterschiedlichen Vergabepattformen der öffentlichen Hand zu schaffen, wäre dies zwar grundsätzlich begrüßenswert. Nach hiesigem Kenntnisstand begegnet dieses Projekt jedoch technischen Schwierigkeiten, die bis heute nicht gelöst zu sein scheinen. Ob insoweit eine höhere Bieterakzeptanz und somit eine höhere Beteiligung am digitalen Vergabeprozess kurzfristig erzielbar ist, erscheint nach der bisherigen Projektdauer der x-Vergabe von 15 Jahren mindestens fraglich.

Grundsätzlich ist eine Interoperabilität aller Plattformen mit einem einheitlichen Auftritt zum Bieter hin, so dass es für diesen unterschiedslos ist, auf welcher Plattform und bei welchem öffentlichen Auftraggeber er sich bewirbt, sehr wünschenswert im Sinne der Verfahrensvereinfachung, -sicherheit und -vereinheitlichung. Dazu gehören sollte auch eine Vereinheitlichung der Kommunikation, so dass Bieter nicht zahlreiche unterschiedliche Plattformen und Postfächer nebeneinander überwachen müssen, sondern lediglich auf einem einheitlichen Kommunikationsweg angesprochen werden. Schließlich wäre es begrüßenswert, wenn Bewerber und Bieter ihre Teilnahmeanträge und Angebote (oder jedenfalls Teile davon) in anderen Vergabeprozessen wiederverwenden könnten, so dass auch insoweit eine Vereinheitlichung der digitalen Vergabeprozesse zur Verschlinkung und Vereinfachung der Teilnahme am öffentlichen Beschaffungsprozess führen kann (vgl. auch die Ausführungen zu Aktionsfeld 5).

Zu 8. Welche der folgenden Dienste kennen Sie und welche davon nutzen Sie? Zentraler Bekanntmachungsservice, Datenservice öffentlicher Einkauf, die neuen elektronischen Standardformulare, weitere Projekte zur Digitalisierung des öffentlichen Einkaufs (bitte benennen).

Keine Stellungnahme.

Was fehlt aus Ihrer Sicht zur vollumfänglichen Digitalisierung der Vergabeverfahren?

Es fehlt die einheitliche und vollständige Abbildung vergaberechtlicher Instrumente. Zum Beispiel bieten die meisten Plattformbetreiber für dynamische Beschaffungssysteme (§§ 22 ff. VgV, §§ 20 ff. SektVO) und elektronische Auktionen (§§ 25 f. VgV, §§ 23 f. SektVO) sowie für die Einführung von Qualifizierungssystemen nach § 48 SektVO keine elektronische Lösung an. Von den Betreibern wird angeführt, dass es für diese vergaberechtlichen Instrumente keine hinreichende Nachfrage gebe, um eine Lösungsentwicklung wirtschaftlich zu rechtfertigen. Hierunter leidet die praktische Akzeptanz sinnvoller vergaberechtlicher Instrumente, die der Gesetzgeber / Verordnungsgeber eigentlich vorgesehen hat, die aber mangels elektronischer Umsetzungsmöglichkeit von den Beschaffern nicht genutzt werden (können).

Zu 9. Spricht aus Ihrer Sicht etwas gegen die elektronische Einreichung von Nachprüfungsanträgen und virtuelle mündliche Verhandlungen in Nachprüfungsverfahren? Bitte erläutern Sie.

Der Nachprüfungsantrag muss derzeit nach § 161 Abs. 1 Satz 1 GWB „schriftlich“ eingereicht werden. Wegen der Eilbedürftigkeit erfolgt die Übermittlung per Fax, was häufig auf technische Schwierigkeiten stößt. Eine Gesetzesänderung, die die Einreichung und die Kommunikation im Verfahren „in Textform“ ermöglicht, ist unbedingt zu begrüßen. Die (parallele) elektronische Einreichung von Nachprüfungsanträgen (per E-Mail in Textform oder über ein elektronisches Behördenpostfach) wird von vielen Vergabekammern bereits ermöglicht. Einzige Hürde insoweit kann die Übermittlung umfangreicher Anlagen

sein, die jedoch in der (anwaltlichen) Praxis in der Regel durch Übermittlung eines Links zum Upload der Dokumente seitens der Kammer an den anwaltlichen Vertreter gelöst wird.

Die virtuelle mündliche Verhandlung ist eine gute Möglichkeit zur Verfahrensvereinfachung, Steigerung der Prozessökonomie und Ressourceneinsparung bei den Beteiligten. Das Gesetz sieht bisher nur die mündliche Verhandlung sowie unter engen Voraussetzungen oder bei Einverständnis der Beteiligten den Verzicht auf diese vor. Auf § 128a ZPO wird nicht verwiesen. Durch den Verweis auf diese Vorschrift kann eine virtuelle Teilnahme ermöglicht werden. Eine virtuelle Durchführung der mündlichen Verhandlung sollte aber nur den Teilnehmern ermöglicht werden, die dies wünschen; eine Teilnahme vor Ort sollte immer möglich sein.

Zu 10. Welche weiteren Schritte sind praktisch und rechtlich zur Digitalisierung der Nachprüfungsverfahren aus Ihrer Sicht insbesondere erforderlich?

Zunächst einmal müsste durch den gesamten Instanzenzug eine einheitliche Kommunikation gewährleistet sein, beispielsweise indem dieselbe Plattform, auf die die Vergabeakte samt Anlagen hochgeladen wird, aber auch sämtliche erstinstanzliche Schriftsätze samt deren Anlagen nicht nur der Vergabekammer, sondern auch dem zweitinstanzlich zuständigen Vergabesenat zugänglich sind. In der aktuellen Praxis werden die anwaltlichen Vertreter zweitinstanzlich oftmals durch den Vergabesenat aufgefordert, die Vergabeakte samt Anlagen erneut zur Verfügung zu stellen, obwohl dies erstinstanzlich gegenüber der Vergabekammer bereits erfolgt ist. Hier scheint es technische bedingte Kommunikationsdefizite zwischen Vergabekammern und -senaten zu geben.

Ein weiteres Defizit besteht in der im Einzelfall nicht hinreichenden Vertrautheit der Nachprüfungsinstanzen mit Vergabemarktplätzen und deren Strukturierung. In der Regel wird der Vergabekammer nach Einleitung des Nachprüfungsverfahrens unverzüglich seitens des Auftraggebers ein Zugang zur Vergabe über den Vergabemarktplatz eingeräumt. Dieser Zugang scheint nicht immer genutzt zu werden, jedenfalls nicht immer zweitinstanzlich. Insoweit

erscheint eine Stärkung der Spruchkörper im Umgang mit den digitalisierten Aspekten des Vergabeverfahrens angezeigt.

Aktionsfeld 4: Vereinfachung und Beschleunigung der Vergabeverfahren

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

Vereinfachungs- und Beschleunigungspotenziale sind tatsächlich beschränkt, da die Vorgaben des europäischen Vergaberechts umgesetzt werden müssen. Die Bundesrepublik hat auch im Vergaberecht in den vergangenen Jahren vermehrt darauf verzichtet, das europäische Recht nicht nur eins zu eins umzusetzen, sondern dessen Regelungen durch zusätzliche Vorgaben zu verschärfen („Gold Plating“). Diese Zurückhaltung ist zu begrüßen.

Im allgemeinen Vergaberecht können Beschleunigungsmaßnahmen nach dem Vorbild des LNG-Beschleunigungsgesetzes oder der Reform der Beschaffung im Verteidigungswesen nicht ohne Verstoß gegen die europarechtlichen Vorgaben umgesetzt werden. Von einer damit verbundenen Rechtsunsicherheit und einer Verkürzung des Vergaberechtsschutzes ist abzuraten.

Im Bereich unterhalb der Schwellenwerte könnte eine Vereinfachung dadurch erreicht werden, dass der Betrag, bis zu dem Direktaufträge möglich sind (§ 14 Unterschwellenvergabeordnung (UVgO)), erhöht wird.

Zu 12. Inwieweit können Sie sich eine Flexibilisierung des Losgrundsatzes vorstellen, etwa für wichtige Transformationsvorhaben?

Eine Möglichkeit zur Vereinfachung wäre es, das Gebot zur Losvergabe (§ 97 Abs. 4 GWB) an die Vorgaben des Art. 46 Richtlinie 2014/24/EU anzupassen. Nach der europäischen Regelung steht es den Auftraggebern frei, Lose zu bilden. Nach den Bestimmungen des GWB sind sie dazu verpflichtet.

Diese Vorgabe führt zu zahlreichen Rechtsstreitigkeiten und zu einem nicht unerheblichen Prüfungs- und Begründungsaufwand auf Seiten der Auftraggeber.

Das Gebot der Losvergabe wird in der Regel mit dem Schutz mittelständischer Interessen begründet. Auch wenn der Auftraggeber selbst keine Lose bildet, werden mittelständische Unternehmen bei umfangreichen Verträgen in aller Regel durch den jeweiligen Auftragnehmer, der den Zuschlag erhalten hat, als Unterauftragnehmer eingeschaltet. Die Vorteile, die dadurch entstehen, dass mittelständische Unternehmen durch die Bildung von Losen einen direkten Auftrag seitens des öffentlichen Auftraggebers erhalten können, steht aus unserer Sicht in keinem angemessenen Verhältnis zu dem durch die Losbildung entstehenden zusätzlichen Aufwand.

Zu 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?

Keine Angabe.

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

Die Vereinheitlichung des Vergaberechts hat in den vergangenen Jahrzehnten erfreuliche Fortschritte gemacht. Hier sehen wir zwei weitere, wichtige Ansatzpunkte.

Zum einen wäre es aus unserer Sicht nach wie vor sinnvoll, die Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen – Teil A (VOB/A) aufzuheben und in die VgV bzw. die UVgO zu integrieren (hierzu Otting/Stickler/Stolz/Raabe/Vetter, Die VOB/A hat sich überlebt – für eine Vereinheitlichung des untergesetzlichen Regelwerks. VergabeR 2018, S. 373 ff.).

Ein echtes Hemmnis auf dem Weg zur Vereinheitlichung des Vergaberechts sind die unterschiedlichen Landesvergabegesetze. Hier bestehen auf Ebene der Bundesländer zum Teil sehr unterschiedliche Regelungen, die darüber hinaus oftmals in kurzen Abständen geändert werden. Der Aufwand für Bieter, alle landesrechtlichen Regelungen einzuhalten, ist erheblich. Dies gilt insbesondere dann, wenn Landesvergabegesetze Bestimmungen zu sozialen Anforderungen (gesonderter Mindestlohn, Zahlung von Tariflöhnen) enthalten, die Bieter im Fall der Zuschlagserteilung nur für einen bestimmten Auftrag erfüllen müssen. Der hiermit verbundene Aufwand ist immens.

Aktionsfeld 5: Förderung von Mittelstand, Startups und Innovationen

Zu 15. Welche rechtlichen und praktischen Stellschrauben sehen Sie für eine starke Einbeziehung von kleinen und mittelständischen Unternehmen in die öffentliche Beschaffung?

Zu 16. Welche Rolle spielen für Sie zum Beispiel Unteraufträge oder Bietergemeinschaften, Eignungskriterien oder Ausführungsbedingungen? Welche rechtlichen und/oder praktischen Herausforderungen sehen Sie hier?

Zu 17. Wie stark nutzen Sie Markterkundungen oder funktionale Ausschreibungen bzw. innovative Vergabeverfahren, um Innovationen und Start-Ups im Design von Vergabeverfahren besser zu berücksichtigen? Welche praktischen oder rechtlichen Hürden sehen sie hier?

Zu 18. Was hat Sie ggf. bisher gehindert, innovative Vergabeverfahren (wie zum Beispiel dynamische Beschaffungssysteme oder elektronische Auktionen) zu nutzen?

Eine generelle Privilegierung von Startups in der Durchführung von Ausschreibungen und anderen Vergabeverfahren ist nicht anzuraten, da sie mit dem europarechtlichen Grundsatz der Gleichbehandlung aller teilnehmenden Unternehmen unvereinbar wäre. Die Anforderungen etwa an die Eignung oder die Erbringung der Leistung müssen für

alle Unternehmen gleich sein. Gleichwohl existiert eine Reihe von Stellschrauben, um Vergabeverfahren und damit öffentliche Aufträge für junge und kleinere Unternehmen besser zugänglich zu machen.

Die überschießende Umsetzung europäischer Vorgaben („Gold Plating“) erweist sich tendenziell als ein Innovationshemmnis. So kann sich die 2009 zum Zwecke der Förderung des Mittelstands eingeführte Verschärfung des Gebots der losweisen Vergabe paradoxerweise diesbezüglich als hinderlich erweisen, weil die Vergabestellen selbst die Teilung der Aufträge festlegen, während innovative Lösungen in technischer und wirtschaftlicher Hinsicht häufig einen übergreifenden Charakter aufweisen. Insbesondere bei mit Fördermitteln finanzierten Projekten wird aus Angst vor späteren Mittelkürzungen die Losvergabe oft zur sicheren Seite hin praktiziert, was u.a. dazu führen kann, dass Innovationspotenziale ungenutzt bleiben. Daher sollte in § 97 Abs. 4 S. 2 GWB künftig wieder stärker auf den Maßstab der Zweckmäßigkeit statt auf strikte technische und wirtschaftliche Erfordernisse abgestellt werden oder die Losaufteilung grundsätzlich in das Ermessen des Auftraggebers gestellt werden (vgl. auch schon zum Aktionsfeld 4).

Funktionale Leistungsbeschreibungen sind grundsätzlich ein gutes Mittel zur Förderung von Innovationen und jungen Unternehmen. Bedauerlicherweise ist die Zulässigkeit in den Vergabeordnungen unterschiedlich geregelt: Die VOB/A stellt insoweit in § 7c (EU) höhere Anforderungen als die europäischen Vorgaben und insbesondere die VgV, welche die verschiedenen Beschreibungsarten gleichrangig regelt. Auch an dieser Stelle sollte eine Vereinheitlichung im Sinne der VgV erfolgen.

Markterkundungen sind oft ein gutes Mittel, stehen allerdings häufig vor dem Problem der Belastbarkeit der Auskünfte – auch deswegen, weil gerade innovative Unternehmen sich berechtigterweise scheuen, ihr Know-how allzu früh preiszugeben. Weitergehende Verpflichtungen zu Markterkundungen sind daher – und auch im Interesse eines schlanken Beschaffungsprozesses – nicht veranlasst.

Die Erteilung von Unteraufträgen sollte erleichtert werden. Im Bereich unterhalb der EU-Schwellenwerte wird insbesondere in der Bauvergabe oft noch von einem grundsätzlichen Selbstausführungsgebot ausgegangen (§ 6 Abs. 3 VOB/A). Dies sollte

an die Regelung der UVgO (dort § 26 Abs. 6) angeglichen werden, die der Vergabestelle eine solche Festlegung anheimstellt.

Unreflektiert in die Bekanntmachung bzw. die Vergabeunterlagen aufgenommene hohe Eignungsanforderungen im Hinblick auf Referenzen, Umsätze und dergleichen, aber auch betreffend eine gesamtschuldnerische Haftung im Falle der Eignungslleihe, behindern die Beteiligung von jungen Unternehmen als Newcomer. Die öffentliche Hand hat zwar ein legitimes Interesse an leistungsfähigen Vertragspartnern. Jedoch sollte in Betracht gezogen werden, den Vergabestellen eine Begründung der gestellten Eignungsanforderungen anhand der Erfordernisse des konkreten Auftrags in der Dokumentation des Vergabeverfahrens aufzuerlegen.

Insbesondere im Unterschwellenbereich behindert die Vielzahl der Landesvergabegesetze mit jeweils spezifischen Anforderungen an die Abgabe von Erklärungen etwa zu Mindestlöhnen oder anderen Randbedingungen eine länderübergreifende Betätigung von Unternehmen, da sie oftmals wegen der Nichterfüllung formeller Bedingungen ausgeschlossen werden. Im Interesse der Wirtschaftseinheit sollte das Erfordernis einer gesamtstaatlichen Vereinheitlichung durch den Bund neu bewertet werden.

Das oft in Vergabeverfahren verwendete und teils behördlich vorgegebene komplexe Formularwesen – beispielhaft ist das Vergabehandbuch des Bundes (VHB) im Bereich der Bauleistungen zu nennen – ist für im öffentlichen Auftragswesen noch unerfahrene Unternehmen oft ein Hindernis für die Beteiligung. Es sollten Möglichkeiten zur Entbürokratisierung geprüft werden.

Generell führt kein Weg an der Feststellung vorbei, dass die Aufladung des Vergaberechts mit strategischen Zielen die Beteiligung von jungen und kleinen Unternehmen tendenziell erschwert, weil damit oft anspruchsvolle unternehmensinterne Prozesse einhergehen (etwa im Hinblick auf Herkunftsnachweise von Stoffen, im Hinblick auf Tariftreue u. dgl.). Dies mag im Interesse des jeweiligen Ziels in Kauf zu nehmen sein. Es sollte jedoch die Summierung dieser Anforderungen bedacht werden, die den Markt eher verengt. Daher wäre eine gesamthafte Bestandsaufnahme aller

derartiger Regelungen und Praktiken nebst Evaluation ihrer Wirksamkeit (als wissenschaftliche Untersuchung) empfehlenswert.

Schließlich stellt auch die Vielzahl der eVergabe-Plattformen mit ihren jeweils unterschiedlichen Modalitäten der Abgabe von Teilnahmeanträgen und Angeboten gerade für junge und kleine Unternehmen eine Herausforderung dar. Da die Vergabestellen unterschiedliche (privatwirtschaftliche) Plattformen für die Durchführung der Verfahren verwenden, muss von den Unternehmen der Umgang mit der jeweiligen Plattform jeweils neu erlernt werden. Eine Vereinheitlichung des Zugangs zur Abgabe von Teilnahmeanträgen und Angeboten sowie zur Kommunikationsfunktion ist auch unter diesem Gesichtspunkt angezeigt.

6. Sonstiges

Über die aufgeworfenen Fragen hinaus sind Aussagen zum Vergaberechtsschutz angezeigt.

- a.** Im Bereich des Rechtsschutzes oberhalb der Schwellenwerte ist festzustellen, dass zahlreiche Vergabekammern die Entscheidungsfrist des § 167 Abs. 1 GWB von fünf Wochen zum Teil mehrmals um sehr lange Zeiträume verlängern. Dieses Vorgehen verstößt gegen § 167 Abs. 1 Satz 3 GWB, wird jedoch akzeptiert.

Seit Einführung des GWB im Jahr 1999 hat sich gezeigt, dass viele Vergabekammern in der Lage sind, innerhalb sehr kurzer Entscheidungsfristen qualitativ hochwertige Entscheidungen zu treffen. Trotz allem sind mehrwöchige Fristverlängerungen leider keine Ausnahme. In einigen krassen Ausnahmefällen dauern Nachprüfungsverfahren so lange, dass der Rechtsschutz praktisch ins Leere läuft und wichtige Beschaffungsprojekte nicht verwirklicht werden können.

Hier könnte sich eine neue gesetzliche Regelung anbieten, beispielsweise dahingehend, dass die regelmäßige Entscheidungsfrist von fünf auf sechs Wochen moderat verlängert wird und eine einmalige Verlängerung um allenfalls bis zu vier Wochen zulässig ist. Möglicherweise wird es wenige Ausnahmefälle

geben, die auch innerhalb dieses Zeitraums nicht abgeschlossen werden können. Eine solche weitere Verlängerung sollte dann aber qualifiziert begründet werden müssen. Eine Rückführung der Verfahrensdauern vor den Vergabekammern ist dringend geboten.

Dies könnte durch eine personelle Verstärkung der Vergabekammern durch die Länder unterstützt werden.

Eine Abschaffung der ersten Instanz wäre völlig falsch. Der Filter der ersten Instanz ist unverzichtbar, und viele Verfahren werden vor den Vergabekammern effizient und schnell erledigt, so dass die Oberlandesgerichte nicht belastet werden. Für die Beteiligten nicht entlastend wirkte der Verzicht auf die Kostenfestsetzung durch die Vergabekammern, weil sie im Streitfall auf den Klageweg – ggf. auch im Ausland – verwiesen werden.

- b.** Im Bereich der Nachprüfungsverfahren vor den Vergabesenaten der Oberlandesgerichte spielt § 173 GWB eine große Rolle. Danach entfällt die aufschiebende Wirkung der sofortigen Beschwerde gegen die Entscheidung einer Vergabekammer, die den Nachprüfungsantrag abgelehnt hat, innerhalb von zwei Wochen nach Ablauf der Beschwerdefrist, soweit sie von dem Senat nicht bis zur Entscheidung in der Hauptsache verlängert wird.

Es hat sich die Praxis etabliert, dass die Frist zunächst ohne Begründung verlängert wird und der Vergabesenat innerhalb der verlängerten Frist prüft, ob die Frist tatsächlich bis zur Entscheidung in der Hauptsache verlängert wird. Grund hierfür ist, dass sich herausgestellt hat, dass es innerhalb von zwei Wochen in aller Regel kaum möglich ist, die Erfolgsaussichten einer Beschwerde zu beurteilen.

Einige Oberlandesgerichte sind jedoch dazu übergegangen, die Frist ohne Begründung zu verlängern und bis zur mündlichen Verhandlung in der Hauptsache keine weitere Entscheidung über die Verlängerung der Frist zu treffen. Damit läuft § 173 Abs. 1 GWB leer. Der von dem Gesetzgeber beabsichtigte Beschleunigungseffekt entfällt vollständig.

Hier könnte sich anbieten, die Frist, nach deren Ablauf die aufschiebende Wirkung der sofortigen Beschwerde endet, von zwei auf vier Wochen zu verlängern. Gleichzeitig müsste vorgegeben werden, dass innerhalb dieser Frist endgültig darüber entschieden werden muss, ob eine weitere Verlängerung bis zur Entscheidung in der Hauptsache erfolgt.

Zusammenfassend ist daran zu erinnern: Das Vergaberecht dient der Gewährleistung fairen Wettbewerbs und der Gleichbehandlung der Bieter, der Transparenz der öffentlichen Beschaffung und der Wirtschaftlichkeit des Einkaufs der öffentlichen Hand. Diese Primärziele dürfen bei einer „Transformation“ nicht aus dem Auge verloren werden. So sinnvoll es ist, Vergabeverfahren zu beschleunigen, und so wertvoll die Nutzung des Beschaffungswesens zur Stimulierung strategischer Ziele sein kann, darf der wichtige Schutzzweck regelhafter Vorgaben für das Einkaufsverhalten der öffentlichen Hand nicht aus dem Blick geraten. Vergaberecht darf nicht als bürokratisches Hindernis für zielgerichtete und schnelle öffentliche Beschaffungen betrachtet werden, sondern als Instrument zur Gewährleistung wettbewerblicher und rechtsstaatlicher Vergabepaxis. Vergaberecht dient damit auch der Korruptionsprävention. Die in mancherlei Hinsicht berechtigte Klage über zu komplizierte und zu schwierige Regeln darf nicht dazu führen, diese wichtige Schutzfunktion des Vergaberechts zu unterminieren.