



BUNDESRECHTSANWALTSKAMMER

Stellungnahme Nr. 11/2023 Februar 2023

zur Öffentliche Konsultation zur Transformation des Vergaberechts („Vergabetransformationspaket“) des BMWK

Mitglieder des Ausschusses Verwaltungsrecht

Rechtsanwältin Dr. Tina Bergmann (Berichterstatteerin)
Rechtsanwalt Dr. Peter Eichhorn
Rechtsanwalt Dr. Jost Hüttenbrink
Rechtsanwältin Dr. Lisa von Laffert
Professor Dr. Hans-Peter Michler
Rechtsanwältin Dr. Margarete Mühl-Jäckel, LL.M. (Harvard)
Rechtsanwältin Dr. Barbara Stamm
Rechtsanwalt Jan Weidemann
Rechtsanwältin Dr. Sigrid Wienhues (Vorsitzende)

Rechtsanwalt Michael Then, Bundesrechtsanwaltskammer
Rechtsanwältin Friederike Wohlfeld, Bundesrechtsanwaltskammer

Bundesrechtsanwaltskammer

The German Federal Bar
Barreau Fédéral Allemand
www.brak.de

Büro Berlin – Hans Litten Haus

Littenstraße 9 Tel. +49.30.28 49 39 - 0
10179 Berlin Fax +49.30.28 49 39 -11
Deutschland Mail zentrale@brak.de

Büro Brüssel

Avenue des Nerviens 85/9 Tel. +32.2.743 86 46
1040 Brüssel Fax +32.2.743 86 56
Belgien Mail brak.bxl@brak.eu

Verteiler: Bundesministerium für Wirtschaft und Klimaschutz
Bundesministerium der Justiz
Justizminister/Justizsenatoren der Länder
Präsident des Bundesverwaltungsgerichts
Bund Deutscher Verwaltungsrichter und Verwaltungsrichterrinnen
Bundesnotarkammer
Bundessteuerberaterkammer
Wirtschaftsprüferkammer
Bundesverband der Deutschen Industrie
Rechtsanwaltskammern
Deutscher Anwaltverein
Deutscher Notarverein
Deutscher Steuerberaterverband e. V.
Deutscher Richterbund
Bundesverband der Freien Berufe
Neue Richtervereinigung
Deutscher Industrie- und Handelskammertag
ABV e. V.
Redaktion der Neuen Juristischen Wochenschrift/NJW
Redaktion der Neuen Zeitschrift für Verwaltungsrecht/NVwZ
ZAP, AnwBl, FAZ, Süddeutsche Zeitung, Deubner Verlag Online Recht, Beck aktuell,
Jurion Expertenbriefing, Juris Nachrichten, LexisNexis Rechtsnews, Otto Schmidt Verlag

Die Bundesrechtsanwaltskammer (BRAK) ist die Dachorganisation der anwaltlichen Selbstverwaltung. Sie vertritt die Interessen der 28 Rechtsanwaltskammern und damit der gesamten Anwaltschaft der Bundesrepublik Deutschland mit etwa 166.000 Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälten gegenüber Behörden, Gerichten und Organisationen – auf nationaler, europäischer und internationaler Ebene.

Die BRAK bedankt sich für die Beteiligung durch das Bundesministerium für Wirtschaft und Klimaschutz (BMWK) im Rahmen der Vorbereitung des Vergabetransformationspakets. Entsprechend ihrer Funktion nimmt die BRAK hier nicht zu allen Fragen Stellung, sondern beschränkt sich auf Aussagen und Anregungen zu allgemein verfahrensrechtlichen und Rechtsschutzaspekten.

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?

Stellungnahme:

Wenn bei der Ausführung der zu beschaffenden Leistung zwingend umwelt- oder klimabezogene Aspekte beachtet werden sollen, müssen diese abhängig von der Art der Anforderung entweder in der **Leistungsbeschreibung** (§ 31 Abs. 3 VgV) oder als **Ausführungsbedingungen** (§ 128 Abs. 2 Satz 3 GWB) festgelegt werden. Nur dadurch ist gewährleistet, dass Angebote, die die umwelt- oder klimabezogenen Aspekte nicht beachten, ausgeschlossen werden können bzw. müssen, da sie von den Vergabeunterlagen abweichen (§ 57 Abs. 1 Nr. 5 VgV, § 16 EU Nr. 2 VOB/A i. V. m. § 13 EU Abs. 1 Nr. 5 VOB/A). Damit kommen nur die Angebote, die alle umwelt- und klimabezogenen Aspekte erfüllen, in die letzte Wertungsstufe, in der anhand der Zuschlagskriterien das wirtschaftlichste Angebot ausgewählt wird.

Wenn umwelt- oder klimabezogene Aspekte (neben anderen Zuschlagskriterien wie beispielsweise dem Preis) als **Zuschlagskriterien** festgelegt werden, kann die Bewertung der Angebote anhand der Zuschlagskriterien zu dem Ergebnis führen, dass das wirtschaftlichste Angebot nicht alle umwelt- oder klimabezogenen Aspekte erfüllt und daher bei diesen Zuschlagskriterien eine niedrige Punktzahl erzielt, dies aber dadurch kompensiert, dass bei den anderen Zuschlagskriterien, beispielsweise dem Preis, eine hohe Punktzahl erzielt wird und das Angebot daher in Summe das wirtschaftlichste ist und der Zuschlag auf dieses Angebot zu erteilen ist. Werden daher umwelt- oder klimabezogenen Aspekte nur als Zuschlagskriterien festgelegt, ist nicht gewährleistet, dass das Angebot, auf das der Zuschlag erteilt wird, auch alle umwelt- oder klimabezogenen Aspekte erfüllt.

Denkbar ist auch eine Kombination: Die umwelt- und klimabezogenen Aspekte, die aus Sicht des Auftragsgebers unabdingbar sind und daher in jedem Fall erfüllt werden müssen, werden in der Leistungsbeschreibung und/oder den Ausführungsbedingungen als zwingend einzuhalten vorgegeben (beispielsweise bei einer Catering-Ausschreibung ein Bioanteil der eingesetzten Zutaten von 40 %). Eine weitergehende Erfüllung der umwelt- und klimabezogenen Aspekte (in dem Beispiel ein Bioanteil von mehr als 40 %) kann dann bei den Zuschlagskriterien positiv bewertet werden.

Nach § 46 Abs. 3 Nr. 7 VgV kann als **Eignungskriterium** festgelegt werden, dass die Bewerber die Umweltmanagementmaßnahmen angeben müssen, die sie während der Auftragsausführung anwenden. Als Eignungskriterium könnten auch Referenzen über bereits erbrachte Leistungen gefordert werden, die umwelt- oder klimapolitische Aspekte berücksichtigt haben (§ 46 Abs. 3 Nr. 1 VgV). Eignungsanforderungen beziehen sich aber nur auf die Frage, ob ein Bewerber/Bieter grundsätzlich geeignet ist, die ausgeschriebene Leistung zu erbringen.

Konkrete Anforderungen an die zu erbringende Leistung müssen daher wie dargelegt in der Leistungsbeschreibung oder den Ausführungsbedingungen festgelegt werden.

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

Keine Stellungnahme durch die BRAK.

- (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?

Stellungnahme:

Das Vergaberecht regelt grundsätzlich nur das Wie der Beschaffung. Die Frage, was beschafft wird und damit auch die Anforderungen an die zu beschaffende Leistung, sind dem Vergaberecht vorgelagert und dem Regelungsbereich des Vergaberechts grundsätzlich entzogen. Die Anforderungen an die zu beschaffende Leistung und damit auch umwelt- und klimabezogene Aspekte können daher nur im Fachrecht (beispielsweise in den Landesbauordnungen, in der Energieeinsparverordnung, etc.) und nicht im Vergaberecht geregelt werden.

In der Praxis scheitert die Integration von umwelt- und klimabezogenen Aspekten in Vergabeverfahren in vielen Fällen auch nicht am fehlenden Willen, sondern daran, dass praktische Anleitungen fehlen, wie diese Aspekte vergaberechtskonform einbezogen werden können.

Praktische Anleitungen, wie umwelt- und klimabezogene Aspekte vergaberechtskonform einbezogen werden können, verbunden mit Praxisbeispielen wären daher hilfreich.

- (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.

Keine Stellungnahme durch die BRAK.

Aktionsfeld 2: Stärkung der sozial-nachhaltigen Beschaffung

- (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?

Keine Stellungnahme durch die BRAK.

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

Keine Stellungnahme durch die BRAK.

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

Keine Stellungnahme durch die BRAK.

Aktionsfeld 3: Digitalisierung des Beschaffungswesens

- (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). Was fehlt aus Ihrer Sicht zur vollumfänglichen Digitalisierung der Vergabeverfahren?

Keine Stellungnahme durch die BRAK.

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

Stellungnahme:

Derzeit muss ein Nachprüfungsantrag schriftlich bei der Vergabekammer eingereicht werden, § 161 Abs. 1 S. 1 GWB. Aufgrund der Eilbedürftigkeit muss die Einreichung per Telefax erfolgen. Dies ist umständlich, insbesondere bei Nachprüfungsanträgen mit umfangreichen Anlagen. Es ist zu begrüßen, wenn Nachprüfungsanträge zukünftig elektronisch in Textform i.S.v. § 126b BGB eingereicht werden könnten.

Es ist ferner zu begrüßen, wenn die virtuelle Teilnahme an der mündlichen Verhandlung entsprechend der Regelung in § 128a ZPO ermöglicht wird. Für die mündliche Verhandlung in Nachprüfungsverfahren sieht die BRAK keine Umstände, die in anderen Verfahren und Fachgerichtsbarkeiten rechtsstaatliche Bedenken begründen können.

- (10) Welche weiteren Schritte sind praktisch und rechtlich zur Digitalisierung der Nachprüfungsverfahren aus Ihrer Sicht insbesondere erforderlich?

Stellungnahme:

Es wäre wünschenswert, dass die Vergabeakte, die der Vergabekammer elektronisch zur Verfügung gestellt wird, im Beschwerdeverfahren von der Vergabekammer elektronisch an das OLG weitergeleitet wird und die Vergabeakte nicht nochmal beim OLG vorgelegt werden muss.

Es wäre zu begrüßen, wenn die Bestandteile der Vergabeakte, die von der Akteneinsicht nicht aus wichtigen Gründen i. S. v. § 165 Abs. 2 GWB ausgenommen sind, digital zur Einsichtnahme zur Verfügung gestellt werden.

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?

Stellungnahme:

Das Vergaberecht dient der Umsetzung des Wettbewerbsgrundsatzes, des Transparenzgrundsatzes, des Gleichbehandlungsgrundsatzes und der Grundsätze der Wirtschaftlichkeit und Verhältnismäßigkeit (§ 97 Abs. 1 und 2 GWB). Ab Erreichen der Schwellenwerte gewährleistet das Vergaberecht zudem einen effektiven Rechtsschutz von Bewerbern und Bietern (§ 97 Abs. 6 GWB, §§ 134, 135 GWB, § 155 ff GWB). Die Vergaberechtsgrundsätze einschließlich der Gewährleistung effektiven Rechtsschutzes sind ab Erreichen der Schwellenwerte durch die EU-Vergaberichtlinien vorgegeben.

Im allgemeinen Vergaberecht werden daher grundsätzlich keine großen Vereinfachungs- und Beschleunigungspotentiale gesehen, wie sie beispielsweise im LNG-Beschleunigungsgesetz (LNGG) oder im Bundeswehrbeschaffungsbeschleunigungsgesetz (BwBBG) aufgrund von Ausnahmeregelungen umgesetzt wurden.

Eine Ausnahme ist die in § 97 Abs. 4 GWB geregelte Verpflichtung zur Losvergabe, die über die Vorgaben der EU-Vergaberichtlinien (vgl. Art. 46 der Richtlinie 2014/24/EU) hinaus geht. Wenn es Auftraggebern entsprechend der Regelung in Art. 46 der Richtlinie 2014/24/EU freigestellt wird, Lose zu bilden, würde dies zur Vereinfachung und Beschleunigung von Vergabeverfahren beitragen.

Die BRAK spricht sich gegen eine Reduzierung des Nachprüfungsverfahrens auf eine Instanz aus. Die Vergabekammern mit den ehrenamtlichen Beisitzern, die neben gründlichen Kenntnissen des Vergaberechts auch über mehrjährige praktische Erfahrungen auf dem Gebiet des Vergaberechts verfügen sollen (§ 157 Abs. 2 Satz 4 GWB), haben sich als erste Instanz bewährt. Die OLG sind als zweite Instanz zur Vereinheitlichung der Rechtsprechung sinnvoll.

- (12) Inwieweit können Sie sich eine Flexibilisierung des Losgrundsatzes vorstellen, etwa für wichtige Transformationsvorhaben?

Stellungnahme:

Anstelle der in § 97 Abs. 4 GWB geregelten Verpflichtung zur Losvergabe könnte es Auftraggebern entsprechend der Regelung in Art. 46 der Richtlinie 2014/24/EU freigestellt werden, Lose zu bilden. Dies würde den Prüf- und Begründungsaufwand für Auftraggeber erheblich reduzieren und zum Wegfall einer nicht unerheblichen Anzahl von Nachprüfungsverfahren und Verfahren zur Rückforderung von Fördermitteln führen.

- (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 Stellungnahme durch die BRAK.

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

Stellungnahme:

Die Vergabe von Liefer-, Dienstleistungs- und Bauaufträgen durch öffentliche Auftraggeber sollte entsprechend der Richtlinie 2014/24/EU über die öffentliche Auftragsvergabe in einem Regelwerk bzw. maximal aufgeteilt auf den Vierten Teil des GWB und die Vergabeverordnung (VgV) geregelt werden. Das heißt, dass zumindest die VOB/A entfallen und in die VgV integriert werden sollte.

Die verschiedenen Landesvergabegesetze und die unterschiedlichen Regelungen im Unterschwellenbereich erschweren die Anwendung des Vergaberechts erheblich.

Aktionsfeld 5: Förderung von Mittelstand, Start-Ups und Innovationen

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

Stellungnahme:

In geeigneten Fällen kann eine Losaufteilung erfolgen. Eine grundsätzliche Verpflichtung zur Losaufteilung, wie sie in § 97 Abs. 4 GWB geregelt ist, führt jedoch dazu, dass die Auftragsvergabe komplizierter, angreifbarer und aufwändiger für Auftraggeber wird. Wenn es Auftraggebern entsprechend der Regelung in Art. 46 der Richtlinie 2014/24/EU freigestellt wird, Lose zu bilden, würde dies zur Vereinfachung und Beschleunigung von Vergabeverfahren beitragen.

Kleine und mittelständische Unternehmen haben die Möglichkeit, sich als Mitglied einer Bietergemeinschaft oder als Nachunternehmer an Vergabeverfahren zu beteiligen.

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

Stellungnahme:

Siehe Stellungnahme zur Frage 15.

Eignungskriterien und Ausführungsbedingungen müssen so festgelegt werden, dass sie mit dem Auftragsgegenstand in Verbindung und zu diesem in einem angemessenen Verhältnis stehen (§ 122 Abs. 4 S. 1 GWB, § 128 Abs. 2 S. 1 GWB). Dies wird teilweise weiter präzisiert. So regelt beispielsweise § 45 Abs. 2 VgV, dass zwar ein Mindestumsatz gefordert werden darf, dass dieser aber das Zweifache des geschätzten Auftragswertes nur überschreiten darf, wenn aufgrund der Art des Auftragsgegenstandes spezielle Risiken bestehen. Als weiteres Beispiel kann § 75 Abs. 4 Satz 2 VgV genannt werden, der für die Vergabe von Architekten- und Ingenieurleistungen präzisiert, dass Eignungskriterien bei geeigneten Aufgabenstellungen so zu wählen sind, dass sich kleinere Büroorganisationen und Berufsanfänger beteiligen können.

Wenn diese Vorgaben beachtet werden, können sich kleine und mittelständische Unternehmen auch außerhalb von Bietergemeinschaften als Einzelbieter an solchen Vergabeverfahren beteiligen, bei denen sie für die Auftragsausführung geeignet sind. Es macht jedoch keinen Sinn, Eignungskriterien und

Ausführungsbedingungen nur deshalb zu reduzieren, damit sich auch kleine und mittelständische Unternehmen beteiligen können, wenn dann nicht mehr gewährleistet ist, dass das Unternehmen, das den Zuschlag erhält, den Auftrag auch ordnungsgemäß ausführen kann.

Dass in der Praxis teilweise Eignungskriterien und Ausführungsbedingungen entgegen der gesetzlichen Vorgaben nicht mehr im Verhältnis zu dem zu vergebenen Auftrag stehen und KMUs sich deshalb nicht an einem Vergabeverfahren beteiligen können, muss von an dem Auftrag interessierten KMUs mittels Rüge und Nachprüfungsverfahren angegriffen werden.

- (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?

Stellungnahme:

Markterkundungen und funktionale Ausschreibungen eignen sich gut dazu, Innovationen und Start-Ups in Vergabeverfahren zu berücksichtigen. Da eine funktionale Ausschreibung mit der in § 97 Abs. 4 GWB geregelten Verpflichtung zur Losvergabe kollidiert, spricht dies ebenfalls dafür, die Losvergabe entsprechend der Regelung in Art. 46 der Richtlinie 2014/24/EU in das Ermessen des Auftraggebers zu stellen.

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

Keine Stellungnahme durch die BRAK.

Sonstiges

- (19) Wie priorisieren Sie die Aktionsfelder? Welche aufgeworfenen Fragen sind Ihnen besonders wichtig?

Stellungnahme:

Wichtig wäre zumindest eine Vereinheitlichung der Vergabe von Bau-, Liefer- und Dienstleistungsaufträgen im Oberschwellenbereich dadurch, dass die VOB/A in die VgV integriert wird (siehe Stellungnahme zur Frage 14). Wünschenswert wäre es ferner, wenn es Auftraggeber entsprechend der Regelung in Art. 46 der Richtlinie 2014/24/EU freigestellt wird, Lose zu bilden (siehe Stellungnahme zur Frage 12).

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

Keine Stellungnahme durch die BRAK.

- (21) In welchen weiteren Bereichen sehen Sie rechtlichen Anpassungsbedarf der Vergabeverfahren? Welche praktischen Lösungen sehen Sie als besonders wichtig an?

Keine Stellungnahme durch die BRAK.