

Referentenentwurf

des Bundesministeriums für Wirtschaft und Klimaschutz

Entwurf eines Gesetzes zur Transformation des Vergaberechts

(Vergaberechtstransformationsgesetz – VergRTransfG)

A. Problem und Ziel

Das Vergaberecht setzt den Regelungsrahmen, in welchem der Staat im Zuge der Bedarfsdeckung den öffentlichen Einkauf organisiert. Angesichts eines jährlichen Auftragsvolumens im unteren dreistelligen Milliardenbereich ist die öffentliche Beschaffung nicht nur relevant für die Erfüllung staatlicher Aufgaben, sondern zugleich auch Wirtschaftsmotor und setzt dabei signifikante Investitionsanreize für Unternehmen. Seit der letzten umfassenden Reform des Vergaberechts im Jahr 2016 durch das Vergaberechtsmodernisierungsgesetz und die Vergaberechtsmodernisierungsverordnung (vgl. Bundestags-Drucksachen 18/6281 und 18/7318) hat sich der politische, wirtschaftliche und gesellschaftliche Rahmen, in dem sich die öffentliche Beschaffung bewegt, stark verändert. Obgleich sich das reformierte Vergaberecht in weitem Umfang bewährt hat, gehen mit diesen Veränderungen gestiegene Anforderungen an die öffentliche Beschaffung einher. Im Lichte der vielfältigen Herausforderungen und drängender Zukunftsfragen gilt es, das Vergaberecht zielgerichteter, bürokratieärmer und moderner auszurichten.

Das Vergaberecht muss angesichts seiner hohen Komplexität insbesondere vereinfacht werden. Die Verwaltung, gerade im kommunalen Bereich, und die Wirtschaft sollen von Regelungen entlastet werden, die einen unverhältnismäßig hohen Mehraufwand für alle Akteure verursachen. Zudem ist eine Beschleunigung der Vergabeverfahren von hoher Bedeutung. Die deutsche Wirtschaft und damit auch die öffentliche Beschaffung sehen sich großen und dringlichen Herausforderungen gegenüber. Dazu gehören etwa die nachhaltige Stärkung der Wettbewerbsfähigkeit, die beschleunigte Digitalisierung und die sozial-ökologische Transformation der Wirtschaft im Lichte der globalen Herausforderungen wie dem Klimawandel. Die öffentliche Beschaffung muss einfacher, schneller und flexibler werden, um die staatliche Reaktion auf diese Herausforderungen angemessen zu unterstützen. Dabei gilt es auch, die Digitalisierung im Vergaberecht weiter voranzutreiben. Das öffentliche Auftragswesen muss weitergehend an die digitale Arbeitswelt angepasst werden. Hierbei sollen weitere Voraussetzungen für eine moderne Auftragsvergabe geschaffen werden, um die Vorteile digitaler Prozesse zu nutzen und aufwändige analoge Arbeitsprozesse effizient zu ersetzen.

Zugleich ist das Vergaberecht eine wichtige Grundlage für den fairen Wettbewerb um öffentliche Aufträge, ein transparentes staatliches Handeln in der Beschaffung, die Gleichbehandlung der Unternehmen und Wahrung des freien Marktzugangs sowie einen wirtschaftlichen Umgang mit öffentlichen Haushaltsmitteln. Vergaberechtliche Vorschriften erfüllen dahingehend keinen Selbstzweck, sondern sind elementarer Bestandteil einer funktionierenden Sozialen Marktwirtschaft und einer effektiven Bedarfsdeckung zur Organisation der staatlichen Aufgaben.

Die öffentliche Beschaffung muss zudem ein Treiber der wirtschaftlichen Dynamisierung und der Transformation zu einer sozial-ökologischen Marktwirtschaft sein. Der Staat soll in diesem Bereich mit gutem Beispiel vorangehen, Planungs- und Investitionssicherheit für die Anbieter nachhaltiger Lösungen schaffen und so zugleich einen wirksamen Hebel für eine transformative Wirtschaft setzen. Dies trägt zur Schaffung grüner Leitmärkte bei. Die

öffentliche Beschaffung muss daher nachhaltig ausgerichtet werden und entsprechende sozial-ökologische Kriterien als Regelfall berücksichtigen. Wie die Vergabestatistik eindrücklich aufzeigt, gibt es in diesem Bereich Nachholbedarf. Im Jahr 2021 und im ersten Halbjahr 2022 wurden laut Vergabestatistik in nur knapp 12,5 % aller gemeldeten öffentlichen Aufträge nachhaltige Kriterien berücksichtigt. Es ist daher dringend geboten, die sozial-ökologisch nachhaltige Beschaffung zu stärken und eine größere Klarheit und Verbindlichkeit für die Berücksichtigung von sozialen und umweltbezogenen Kriterien gesetzlich zu verankern.

Auch der besonderen Rolle des Mittelstands als Rückgrat der deutschen Wirtschaft ist in der öffentlichen Beschaffung Rechnung zu tragen. Im Sinne des vergaberechtlichen Grundsatzes der Mittelstandsförderung gilt es, die Zugangshürden für den Mittelstand insgesamt nicht zu erhöhen, bürokratischen Aufwand für diesen zu senken und mittelständische Belange etwa bei Nachweisanforderungen stärker zu berücksichtigen sowie ihn in die digitalisierte Beschaffung - etwa über einheitliche Plattformen und Schnittstellen - stärker und einfacher einzubeziehen.

Zudem müssen die Teilnahmemöglichkeiten für junge und innovative Unternehmen an der öffentlichen Auftragsvergabe deutlich gestärkt werden, um die Innovationskraft der Wirtschaft zu unterstützen und für staatliche Aufgabenerfüllung zu nutzen. Hürden, etwa durch die Komplexität der Vergabeverfahren oder durch zu strikte Anforderungen, müssen gesenkt werden, damit innovative Lösungen gefördert und Anreize für zukünftige Investitionen gesetzt werden.

B. Lösung

Die Regierungsparteien haben sich im Koalitionsvertrag „Mehr Fortschritt wagen“ für die 20. Legislaturperiode zum Ziel gesetzt, aus den genannten Gründen das Vergaberecht umfassend zu reformieren. Mit der „Wachstumsinitiative – neue wirtschaftliche Dynamik für Deutschland“ hat die Bundesregierung diese Ziele im Lichte zusätzlicher Herausforderungen besonders hervorgehoben. Weitere Zielsetzungen der Reform hat die Bundesregierung in der Start-up-Strategie, in der Kreislaufwirtschaftsstrategie, in der Nationalen Strategie für Soziale Innovationen und Gemeinwohlorientierte Unternehmen, im Pakt für Planungs-, Genehmigungs- und Umsetzungsbeschleunigung zwischen Bund und Ländern, in der Leichtbaustrategie und in der Industriestrategie verankert.

Im Sinne einer besseren Rechtssetzung und für eine enge Einbeziehung aller Stakeholder hat das Bundesministerium für Wirtschaft und Klimaschutz (BMWK) zur Reform des Vergaberechts, dem sogenannten „Vergabetransformationspaket“, eine umfangreiche öffentliche Konsultation im ersten Halbjahr 2023 durchgeführt (vgl. <https://www.bmwk.de/Redaktion/DE/Artikel/Service/Gesetzesvorhaben/oeffentliche-konsultation-zur-transformation-des-vergaberechts.html>). In über 450 eingereichten Stellungnahmen und fünf Gesprächsrunden wiesen öffentliche Auftraggeber aus Bund, Ländern und Kommunen, Unternehmen, Sozial-, Umwelt- und Unternehmensverbände, Wissen- und Anwaltschaft sowie auch Privatpersonen auf den großen Reformbedarf im Vergaberecht hin und brachten ihre Perspektiven und Vorschläge umfassend ein. Es sind auch vielfach weitere Vorschläge, etwa aus der Verbändeabfrage zum Bürokratieabbau aus dem Frühjahr 2023 (vgl. <https://www.destatis.de/DE/Themen/Staat/Buerokratiekosten/Publikationen/Downloads-Buerokratiekosten/verbaendeabfrage.pdf?blob=publicationFile>), eingeflossen. Die verschiedenen, teils auch gegenläufigen Anliegen der Stakeholder wurden bei der Erarbeitung des Referentenentwurfs geprüft, bestmöglich miteinander in Ausgleich gebracht und entsprechend weitgehend berücksichtigt.

Das Vergabetransformationspaket umfasst neben dem vorliegenden Artikelgesetz auch eine Neufassung der Unterschwellenvergabeordnung (UVgO). Damit werden nahezu die gesamten bundesweiten vergaberechtlichen Regelungstexte überarbeitet.

Die nationalen Vergaberegeln oberhalb der europarechtlich vorgegebenen Schwellenwerte unterliegen den europarechtlichen Vergaberichtlinien und werden durch das Vergaberechtstransformationsgesetz angepasst, namentlich das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB), die Verordnung zur Vergabe öffentlicher Aufträge (VgV), die Verordnung über die Vergabe von öffentlichen Aufträgen im Bereich des Verkehrs, der Trinkwasserversorgung und der Energieversorgung (SektVO), die Verordnung über die Vergabe von Konzessionen (KonzVgV) sowie die Vergabeverordnung für die Bereiche Verteidigung und Sicherheit (VSVgV). Der zweite und dritte Abschnitt der Vergabe und Vertragsordnung für Bauleistungen – Teil A (VOB/A) sollen ebenfalls entsprechend angepasst werden. Da der europarechtliche Rahmen den Reformspielraum in der Oberschwelle einschränkt und nur gewisse Anpassungsmöglichkeiten eröffnet, die durch das vorliegende Gesetz genutzt werden, setzt sich die Bundesregierung auch auf europäischer Ebene für eine Reform der Vergaberichtlinien ein. In diesem Sinne wird die Bundesregierung konkrete Vorschläge auf europäischer Ebene, unter anderem auf Basis der öffentlichen Konsultation, einbringen.

Unterhalb der europäischen Schwellenwerte wird die Bundesregierung eine reformierte Neufassung der UVgO verabschieden, die sie unter Einbeziehung der Länder erarbeitet und von letzteren weitestmöglich in ihre Landesvergaberegeln übernommen werden soll. Entsprechendes soll für den ersten Abschnitt der VOB/A erfolgen. Damit wird auch das wichtige Ziel der Vereinheitlichung der unterschweligen Vergaberegeln zwischen Bund und Ländern, welches insbesondere für Unternehmen eine wichtige Bürokratieentlastung darstellt, weitestmöglich erreicht.

Vergabeverfahren werden durch das Vergabetransformationspaket vereinfacht und öffentliche Auftraggeber – gerade auch auf kommunaler Ebene – bei deren Durchführung maßgeblich entlastet. Der bürokratische Aufwand sowie etwaige Hürden für Unternehmen bei der Teilnahme an öffentlichen Vergaben werden dahingehend im Sinne des Bürokratieabbaus und der Stärkung des Wettbewerbs ebenfalls reduziert. Von solchen Vereinfachungen profitieren gerade junge, kleine und mittlere Unternehmen in besonderem Maße. Daneben werden zahlreiche Maßnahmen ergriffen, um die hohe Beteiligung kleiner und mittlerer Unternehmen am öffentlichen Auftragswesen zu stärken sowie die noch zu geringen Teilnahmemöglichkeiten von Start-ups und Unternehmen mit innovativen Angeboten zu erhöhen.

Zugleich werden Vergabe- und Nachprüfungsverfahren durch den Abbau von Bürokratie sowie durch die Einführung und Stärkung digitaler Prozesse beschleunigt. Die Digitalisierung entlastet dabei nicht nur Auftraggeber und Auftragnehmer, sondern ebenfalls die Vergabekammern in Bund und Ländern sowie die Oberlandesgerichte und ermöglicht schnellere Verfahren. Bestehende Rechtsunsicherheiten werden – wo möglich – beseitigt, etwa durch Angleichungen der nationalen an die europarechtlichen Vorgaben oder bezüglich verschiedener von der Europäischen Kommission in einem Vertragsverletzungsverfahren vorgetragener Umsetzungsdefizite.

Über das Vergabetransformationspaket hinaus wird die Digitalisierung der öffentlichen Beschaffung – und damit einhergehende Erleichterungen für Vergabestellen und Unternehmen gleichermaßen – im Rahmen paralleler Prozesse mit Hochdruck vorangetrieben. Dazu gehört insbesondere die Bund-Länder-Kooperation zur standardbasierten Digitalisierung des öffentlichen Einkaufs- und Beschaffungsprozesses. Die Initiative zur Umsetzung des Onlinezugangsgesetzes (OZG) entwickelt Standards und Online-Dienste zur kostenlosen Nutzung für digitale Beschaffungsprozesse. So wird der Zugang zur digitalen Beschaffung für Unternehmen attraktiver und Verwaltungen werden durch nutzerfreundliche Lösungen unterstützt. In diesem Zusammenhang wird durch das Vergabetransformationspaket der Datenservice Öffentlicher Einkauf (www.oeffentlichevergabe.de) zur zentralen Plattform, auf der alle öffentlichen Ausschreibungen in der Ober- wie auch in der Unterschwellenzone zu finden sind.

Darüber hinaus stärkt das Vergaberechtstransformationsgesetz die nachhaltige öffentliche Beschaffung. Verbindliche und zugleich einfache Vorgaben bei weiterhin hohem

Gestaltungsspielraum für öffentliche Auftraggeber werden für eine stärkere Berücksichtigung von umweltbezogenen und sozialen Kriterien sorgen. Damit trägt die öffentliche Beschaffung als treibende Kraft zu einer sozial-ökologischen Marktwirtschaft mit einer nachhaltigen Vergabe von öffentlichen Aufträgen bei.

Hervorzuheben sind dabei insbesondere folgende im Vergabetransformationspaket vorgesehenen Maßnahmen:

1. Maßnahmen zur Vereinfachung und zum Abbau von Bürokratie
 - Flexibilisierung des Losgrundsatzes mit Augenmaß (§ 97 GWB; § 22 UVgO)
 - Erleichterungen in der öffentlich-öffentlichen Zusammenarbeit (§ 108 GWB)
 - Vereinfachungen in der Leistungsbeschreibung (§ 121 GWB, § 23 UVgO)
 - Vereinfachungen bezüglich der Eignungskriterien und Nachweispflichten:
 - Stärkung des Grundsatzes der Eigenerklärungen sowie Anpassungen hinsichtlich Eignungskriterien und Nachweise (§ 122 GWB; § 48 VgV; §§ 33, 35 UVgO)
 - Vereinfachter Wertungsvorgang als Regelfall bei offenen Verfahren (§ 42 VgV; § 31 UVgO)
 - Vorlage der Nachweise nur von aussichtsreichen Bewerbern und Bietern (§ 122 GWB; § 48 VgV; § 35 UVgO)
 - Keine Eignungsprüfung, wenn Eignung innerhalb des vorangegangenen Jahres bei vergleichbaren Aufträgen festgestellt wurde (§ 35 UVgO)
 - Mehr Rechtssicherheit u.a. zur Vollständigkeit von Vergabeunterlagen (§ 41 VgV, § 29 UVgO), Nachforderung von Unterlagen (§ 56 VgV, § 41 UVgO)
 - Höhere EU-Schwellenwerte für Bundesoberbehörden (§ 106 GWB)
 - Absehen von der Unwirksamkeit des Zuschlags bei rechtswidrigen De-Facto Vergaben in Abwägung mit zwingenden Gründen eines Allgemeininteresses (§ 135 GWB)
 - Vereinfachung des Nachprüfungsverfahrens u.a. durch Beschränkung des Erfordernisses von Kammerentscheidungen (§§ 157, 162 f., 167 und § 169 GWB)
 - Weitergehende Maßnahmen zur Vereinfachung der Unterschwellenvergabe (größtenteils in parallelem Prozess über eine Neufassung der UVgO vorgesehen):
 - Substantielle Erhöhung der allgemeinen Direktauftragswertgrenze auf [15.000]¹⁾ Euro (§ 14 UVgO)
 - Schaffung eines rechtssicheren Krisenvergaberechts in der Unterschwelle: Erleichterte Vergabe in besonderen Krisensituationen (§ 14c UVgO)
 - Freie Verfahrenswahl für Verfahren mit Teilnahmewettbewerb in der Unterschwelle (§ 30 Haushaltsgrundsätzegesetz), außerdem freie Wahl der Beschränkten Ausschreibung ohne Teilnahmewettbewerb unter 100.000 Euro

¹⁾ Der Betrag wird im Rahmen der Länder- und Verbändeanhörung festzulegen sein, auch in Abgleich mit den (bisher sehr unterschiedlichen) Beträgen in den Ländern.

sowie freie Wahl der Verhandlungsvergabe ohne Teilnahmewettbewerb unter 50.000 Euro (und Vereinfachungen darüber) (§ 8 UVgO)

- Erleichterte Dokumentationspflichten (§ 6 UVgO)
- Neue Möglichkeit, in Verhandlungsvergaben mit Teilnahmewettbewerb das Verhandlungsverfahren per Bekanntmachung zu starten (§ 12 UVgO)
- Vereinfachte Verlängerungen von Rahmenvereinbarungen und vereinfachte Auftragsänderungen (§§ 15, 47 UVgO)
- Begrenzung der Anzahl der Bewerber durch Losverfahren (§ 36 UVgO)
- Veröffentlichung der Abweichungen von der UVgO in Länderregelungen auf den Internetseiten des BMWK (§ 1 UVgO)

2. Maßnahmen zur Beschleunigung und Digitalisierung

- Beschleunigung, weitreichende Digitalisierung und mehr Rechtssicherheit im Nachprüfungsverfahren (§§ 157 ff. GWB), unter anderem durch:
 - Vornehmliche Verfahrensführung der Nachprüfungsverfahren in Textform (§§ 158, 161 GWB etc.), elektronische Übermittlung von bzw. Einsicht in Akten (§§ 163, 165, 172 GWB) und virtuelle Durchführung von mündlichen Verhandlungen (§§ 166, 175 GWB)
 - Entscheidung nach Aktenlage (§ 166 GWB) und Begrenzung des Entscheidungszeitraums der Vergabekammern (§ 167 GWB)
- Weitergehende Nutzung von Verlinkungen in elektronischen Bekanntmachungen und von E-Mail in Vergabeverfahren (§ 122 GWB; § 7 UVgO)
- Neue Möglichkeit der Direktauftragsvergabe bis 50.000 Euro auf Online-Marktplätzen (§ 14a UVgO)
- Nutzung von schlankem eForms-Standard in der Unterschwelle ab [202X] (§§ 7, 28, 30 UVgO)
- Datenservice Öffentlicher Einkauf als zentrale Bekanntmachungsplattform in der Ober- und Unterschwelle (§ 7 UVgO)
- Vornehmlich digitale Durchführung der Markterkundung (§ 28 VgV, § 20 UVgO)

3. Maßnahmen für den Mittelstand und zur Stärkung von Start-ups und Innovation in der öffentlichen Beschaffung (über den Abbau von Bürokratie hinaus)

- Möglichkeit, Auftragnehmer zur Berücksichtigung mittelständischer Interessen zu verpflichten (§ 97 GWB, § 22 UVgO)
- Für KMU und junge Unternehmen: Berücksichtigung ihrer Umstände bei Eignungskriterien und -nachweisen (§ 42 VgV; § 33 UVgO); regelmäßige Angebotsaufforderung in Verfahren ohne Teilnahmewettbewerb (§ 17 VgV; §§ 11, 12 UVgO); geeignete Zahlungsmodalitäten (§ 29 VgV; § 21 UVgO)
- Neue Möglichkeit der Direktauftragsvergabe bis 100.000 Euro für Innovation (§ 14b UVgO)

- Entscheidungs- und Äußerungsgebot für eine stärkere Berücksichtigung von Nebenangeboten (§ 35 VgV, § 25 UVgO)
- Möglichkeit, ungeeignete Unterauftragnehmer zu ersetzen (§ 36 VgV, § 26 UVgO)
- Junges Alter eines Unternehmens als „berechtigter Grund“ für Vorlage alternativer Nachweise (§ 45 VgV, § 35 UVgO)

4. Maßnahmen im Sinne einer sozial und umweltbezogenen nachhaltigen Beschaffung

- Neue Zentralnorm zur nachhaltigen Beschaffung (§ 120a GWB, § 22a UVgO): Dreistufiges Konzept mit verbindlichen und gleichzeitig flexiblen Vorgaben zur Berücksichtigung sozialer und umweltbezogener Aspekte im Vergabeverfahren, dabei im Einzelnen:
 - Einführung einer allgemeinen Soll-Vorgabe zur Berücksichtigung mindestens eines sozialen oder eines umweltbezogenen Kriteriums bei der Leistungsbeschreibung oder auf einer anderen Verfahrensstufe
 - Einführung einer „Nachhaltigkeitsliste“ mit besonders für eine sozial und umweltbezogen nachhaltige Beschaffung geeigneten Beschaffungsgegenständen; verpflichtende Berücksichtigung sozialer bzw. umweltbezogener Kriterien bei deren Beschaffung
 - „Negativliste“ mit Gegenständen, die nicht beschafft werden dürfen
- Einbeziehung umweltbezogener, sozialer und innovativer Aspekte der Nachhaltigkeit bereits innerhalb der Markterkundung (§ 28 VgV, § 20 UVgO)

5. Sonstige Maßnahmen, etwa zur Stärkung der europäischen Souveränität sowie regionaler Märkte

- Schaffung einer Möglichkeit zum Ausschluss bestimmter Drittstaaten von öffentlichen Aufträgen im Bereich der kritischen Infrastruktur sowie im Bereich Verteidigung und Sicherheit (§ 112a GWB, § 2 UVgO)
- Umsetzung europarechtlicher Vorgaben aus einem laufenden Vertragsverletzungsverfahren (§§ 100 ff. GWB)
- Berücksichtigungsmöglichkeit regionaler Aspekte bei öffentlichen Aufträgen im Bereich der Gemeinschaftsverpflegung (§ 2 UVgO etc.)

C. Alternativen

Keine.

D. Haushaltsausgaben ohne Erfüllungsaufwand

Es entstehen keine Haushaltsausgaben ohne Erfüllungsaufwand durch das vorliegende Gesetz.

E. Erfüllungsaufwand

Der Erfüllungsaufwand für Wirtschaft und Verwaltung resultiert aus der Vergabe öffentlichen Aufträge. Für die Wirtschaft entsteht insbesondere ein Aufwand im Zuge der Teilnahme von Unternehmen als Bewerber oder Bieter an Vergabeverfahren und der hierfür erforderlichen Erstellung, Aufbereitung und Einreichung von Teilnahmeanträgen und Angeboten einschließlich aller geforderten Unterlagen. Darüber hinaus fungieren Unternehmen als Sektorenauftraggeber in den Bereichen der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie der Postdienste; für diese Unternehmen entsteht ein der Verwaltung entsprechender Aufwand bei der Durchführung der Vergabeverfahren. Die Verwaltung auf Bund-, Landes- und kommunaler Ebene ist als öffentliche Auftraggeberin an das Vergaberecht gebunden. Ein Erfüllungsaufwand entsteht insoweit bei der Durchführung der Verfahren zur Vergabe öffentliche Aufträge im Zuge des öffentlichen Einkaufs.

Etwaiger Mehrbedarf an Sach- und Personalmitteln beim Bund ist im jeweiligen Einzelplan durch Umschichtung auszugleichen.

In Abstimmung mit dem Statistischen Bundesamt umfasst der nachstehende Erfüllungsaufwand die Auswirkungen aller Maßnahmen, die zur Reform des Vergaberechts durch das Vergabetransformationspaket umgesetzt werden; umfasst sind damit Maßnahmen für die vergaberechtliche Oberschwelle als auch die Unterschwellen, womit neben den vergaberechtlichen Änderungen in der Oberschwelle durch das Vergaberechtstransformationsgesetz ebenfalls die Änderungen in der Unterschwellen durch die Neufassung der UVgO enthalten sind.

E.1 Erfüllungsaufwand für Bürgerinnen und Bürger

Bürgerinnen und Bürger sind durch das Vergaberecht nicht betroffen. Für die Bürgerinnen und Bürger ergibt sich durch das Vergabetransformationspaket kein zusätzlicher Erfüllungsaufwand.

E.2 Erfüllungsaufwand für die Wirtschaft

Für die Wirtschaft ergibt sich eine Reduzierung des jährlichen Erfüllungsaufwands in Höhe von rund 328,1 Millionen Euro, davon ist eine Reduzierung von 27,5 Millionen Euro den Bürokratiekosten aus Informationspflichten zuzurechnen. Es entsteht kein einmaliger Erfüllungsaufwand.

Der laufende Erfüllungsaufwand für die Wirtschaft unterliegt der „One-in-one-out“-Regel. Damit ergibt sich insgesamt ein „Out“ in Höhe von 328,1 Millionen Euro, welches dem Bundesministerium für Wirtschaft und Klimaschutz als Kompensation im Rahmen seiner Ressortbilanz zur Verfügung steht.

E.3 Erfüllungsaufwand der Verwaltung

Für die Verwaltung entsteht eine Reduzierung des jährlichen Erfüllungsaufwands von rund 985,3 Millionen Euro. Davon entfallen 120,5 Millionen Euro an jährlichen Erfüllungsaufwand auf den Bund und 864,8 Millionen Euro auf die Länder (inklusive Kommunen).

Der einmalige Erfüllungsaufwand beträgt rund 8,6 Millionen Euro. Davon entfallen 0,9 Millionen Euro an einmaligem Erfüllungsaufwand auf den Bund und 7,8 Millionen Euro auf die Länder (inklusive Kommunen).

F. Weitere Kosten

Der Wirtschaft, einschließlich mittelständischer Unternehmen, entstehen keine direkten sonstigen Kosten. Auswirkungen auf Einzelpreise und das Preisniveau, insbesondere auf das Verbraucherpreisniveau, sind nicht zu erwarten.

Referentenentwurf des Bundesministeriums für Wirtschaft und Klimaschutz

Entwurf eines Gesetzes zur Transformation des Vergaberechts

(Vergaberechtstransformationsgesetz – VergRTransfG)²⁾

Vom ...2024

Der Bundestag hat mit Zustimmung des Bundesrates das folgende Gesetz beschlossen:

Artikel 1

Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen

Das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen in der Fassung der Bekanntmachung vom 26. Juni 2013 (BGBl. I S. 1750, 3245), das zuletzt durch Artikel 5 des Gesetzes vom 21. Juli 2014 (BGBl. I S. 1066) geändert worden ist, wird wie folgt geändert:

1. Die Inhaltsübersicht wird wie folgt geändert:

a) Die Angabe zu § 108 wird wie folgt gefasst:

„§ 108 Anwendungsbereich bei öffentlich-öffentlicher Zusammenarbeit“

b) Nach der Angabe zu § 112 wird die folgende Angabe eingefügt:

„§ 112a Bewerber und Bieter aus Drittstaaten“

c) Die Angabe zu § 114 wird wie folgt gefasst:

„§ 114 Monitoring; Vergabestatistik; Datenservice Öffentlicher Einkauf“

d) Nach der Angabe zu § 120a wird die folgende Angabe eingefügt:

„§ 120a Berücksichtigung sozialer und umweltbezogener Kriterien“

²⁾ Artikel 1 Nummer 3 Buchstabe a sowie Artikel 1 Nummer 4 Buchstabe a dieses Gesetzes dienen der Umsetzung von Artikel 4 Absatz 3 der Richtlinie 2014/25/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Februar 2014 über die Vergabe von Aufträgen durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie der Postdienste und zur Aufhebung der Richtlinie 2004/17/EG (ABl. L 94 vom 28.3.2014, S. 243) – Richtlinie 2014/25/EU; Artikel 1 Nummer 5 dieses Gesetzes dient der Umsetzung von Artikel 13 der Richtlinie 2014/25/EU; Artikel 5 Nummer 1 und Nummer 3 dieses Gesetzes dient der Umsetzung von Artikel 13 der Richtlinie 2014/25/EU. Artikel 1 Nummer 4 Buchstabe b dieses Gesetzes dient der Umsetzung von Artikel 7 Absatz 2 der Richtlinie 2014/23/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Februar 2014 über die Konzessionsvergabe (ABl. L 94 vom 28.3.2014, S. 1) – Richtlinie 2014/23/EU; Artikel 1 Nummer 11 dieses Gesetzes dient der Umsetzung von Artikel 21 Absatz 3 der Richtlinie 2014/23/EU; Artikel 1 Nummer 22 dieses Gesetzes dient der Umsetzung von Artikel 46 Nummer 6 und Artikel 47 Nummer 6 der Richtlinie 2014/23/EU. Artikel 1 Nummer 14 dieses Gesetzes dient der Umsetzung von Artikel 7 der Richtlinie 2014/24/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Februar 2014 über die öffentliche Auftragsvergabe und zur Aufhebung der Richtlinie 2004/18/EG (ABl. L 94 v. 28.3.2014, S. 65).

e) Die Angabe zu § 158 wird wie folgt gefasst:

„§ 158 Einrichtung, Organisation, Form“

2. § 97 wird wie folgt geändert:

a) In Absatz 2 wird das Wort „dieses“ durch das Wort „eines“ ersetzt.

b) Absatz 4 wird wie folgt geändert:

aa) Satz 3 wird wie folgt gefasst:

„Mehrere Teil- oder Fachlose dürfen ganz oder teilweise zusammen vergeben werden, wenn wirtschaftliche, technische oder zeitliche Gründe dies rechtfertigen.“

bb) Nach Satz 3 wird folgender Satz eingefügt:

„Auftraggeber sollen Auftragnehmer verpflichten, bei der Erteilung von Unteraufträgen mittelständische Interessen besonders zu berücksichtigen.“

3. § 100 wird wie folgt geändert:

a) Dem Absatz 2 wird folgender Satz angefügt:

„Zu den in Satz 2 genannten Verfahren zählen dabei insbesondere solche, die in Anhang II der Richtlinie 2014/25/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Februar 2014 über die Vergabe von Aufträgen durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie der Postdienste und zur Aufhebung der Richtlinie 2004/17/EG (ABl. L 94 vom 28.3.2014, S. 243) genannt sind.“

4. § 101 wird wie folgt geändert:

a) Absatz 1 wird wie folgt geändert:

aa) In Nummer 2 wird die Angabe „6“ durch die Angabe „7“ ersetzt.

bb) In Nummer 3 wird die Angabe „6“ durch die Angabe „7“ ersetzt.

b) Dem Absatz 2 wird folgender Satz angefügt:

„Zu den in § 100 Absatz 2 Satz 2 genannten Verfahren zählen dabei insbesondere solche, die in Anhang III der Richtlinie 2014/23/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Februar 2014 über die Konzessionsvergabe (ABl. L 94 vom 28.3.2014, S. 1) genannt sind.“

5. § 102 wird wie folgt geändert:

a) Nach Absatz 6 wird folgender Absatz 7 eingefügt:

„(7) Sektorentätigkeiten im Bereich Postdienstleistungen sind

1. Postdienste,

2. andere Dienste als Postdienste, vorausgesetzt, dass diese Dienstleistungen von einer Stelle erbracht werden, die auch Postdienste im Sinne der Sätze 2

und 3 erbringt, und dass die in § 140 Absatz 1 genannten Bedingungen hinsichtlich der Dienstleistungen nach den Sätzen 2 und 3 nicht erfüllt sind.

Im Sinne dieses Gesetzes sind Postdienste Dienste, die die Abholung, das Sortieren, den Transport und die Zustellung von Postsendungen betreffen. Dies umfasst sowohl Dienstleistungen, die Universaldienstleistungen im Sinne des Postgesetzes darstellen, als auch Dienstleistungen, die nicht darunterfallen. Postsendungen sind adressierte Sendungen in der endgültigen Form, in der sie befördert werden, ungeachtet ihres Gewichts. Neben Briefsendungen handelt es sich dabei z. B. um Bücher, Kataloge, Zeitungen und Zeitschriften sowie um Postpakete, die Waren mit oder ohne Handelswert enthalten, ungeachtet ihres Gewichts. Andere Dienste als Postdienste sind

1. Managementdienste für Postversandstellen (Dienste vor dem Versand und nach dem Versand, wie beispielsweise Mailroom Management) sowie,

2. Dienste, die nicht unter Satz 4 erfasste Sendungen wie etwa nicht adressierte Postwurfsendungen betreffen.“

b) Der bisherige Absatz 7 wird Absatz 8.

6. In § 103 wird wie folgt geändert:

a) Dem Absatz 1 werden folgende Sätze angefügt:

„Ein Vertrag ist entgeltlich im Sinne von Satz 1, wenn sich jede Partei rechtsverbindlich verpflichtet, eine Leistung im Gegenzug für eine andere zu erbringen. Leistung und Gegenleistung sind rechtsverbindlich im Sinne des Satzes 2, wenn ihre Erfüllung einklagbar ist“.

b) Absatz 3 Satz 1 werden die Wörter „die gleichzeitige Planung und Ausführung“ durch die Wörter „sowohl die Planung als auch die Ausführung“ ersetzt.

7. § 105 wird folgender Satz angefügt:

„§ 103 Absatz 1 Satz 2 und 3 gelten entsprechend.“

8. § 106 wird wie folgt geändert:

a) In Absatz 2 Satz 1 Nummer 1 werden die Wörter „von allen obersten Bundesbehörden sowie allen oberen Bundesbehörden und vergleichbaren Bundeseinrichtungen“ durch die Wörter „vom Bundeskanzleramt und den Bundesministerien“ ersetzt.

b) Absatz 3 wird aufgehoben.

9. In § 107 Absatz 2 Satz 3 Nummer 2 Buchstabe a werden nach dem Wort „Kriminalität“ ein Komma ergänzt und die Wörter „für Zwecke nachrichtendienstlicher Tätigkeiten“ eingefügt.

10. § 108 wird wie folgt geändert:

a) In der Überschrift wird das Wort „Ausnahmen“ durch das Wort „Anwendungsbereich“ ersetzt.

b) Dem Absatz 4 werden folgende Sätze angefügt.

„Absatz 2 Satz 2 und Absatz 3 gelten entsprechend. An der gemeinsamen Kontrolle können auch solche juristischen Personen des öffentlichen Rechts beteiligt sein, die zu dem besonderen Zweck gegründet wurden, im Allgemeininteresse liegende Aufgaben nichtgewerblicher Art zu erfüllen, die die weiteren Voraussetzungen des § 99 Nummer 2 GWB nicht erfüllen.“

c) Absatz 6 wird wie folgt geändert:

aa) Im ersten Halbsatz wird das Wort „Verträge“ durch die Wörter „öffentliche Aufträge“ ersetzt.

bb) Nummer 1 wird wie folgt gefasst:

„1. der öffentliche Auftrag eine auf einer gemeinsamen Kooperationsvereinbarung beruhende Zusammenarbeit zwischen den beteiligten öffentlichen Auftraggebern zur Erreichung gemeinsamer Ziele begründet oder erfüllt,“

cc) In Nummer 2 wird das Wort „und“ durch ein Komma ersetzt.

dd) Nummer 3 wird wie folgt gefasst:

„3. die öffentlichen Auftraggeber die von der Zusammenarbeit erfassten Tätigkeiten zu weniger als 20 Prozent am offenen Markt gegenüber privaten Dritten erbringen und“

ee) Folgende Nummer 4 wird angefügt:

„4. kein privater Dritter unmittelbar aufgrund der Zusammenarbeit einen Vorteil gegenüber seinen Wettbewerbern erhält.“

ff) Folgender Satz wird angefügt:

„Absatz 4 Satz 3 gilt entsprechend.“

d) Nach Absatz 6 wird folgender Absatz 7 eingefügt:

„(7) Eine Betrauung nach Absatz 1 Nummer 2 liegt vor, wenn eine dem Zuständigkeitsbereich des öffentlichen Auftraggebers unterfallende Aufgabe durch einen erkennbaren und inhaltlich festgelegten rechtsverbindlichen Akt an die juristische Person des öffentlichen oder privaten Rechts übertragen wurde. Die Betrauung kann auch solche Tätigkeiten umfassen, die der öffentliche Auftraggeber oder eine andere von ihm kontrollierte juristische Person zur Erfüllung einer Zusammenarbeit nach Absatz 6 erbringt. Satz 1 und 2 gelten für eine Betrauung nach Absatz 4 Nummer 2 entsprechend.“

e) Die bisherigen Absätze 7 und 8 werden Absätze 8 und 9.

f) In Absatz 9 wird die Zahl „7“ durch die Zahl „8“ ersetzt.

g) Nach Absatz 9 wird folgender Absatz 10 angefügt:

„(10) Sonstige Formen öffentlich-öffentlicher Zusammenarbeit außerhalb dieses Teils bleiben unberührt. Dieser Teil ist insbesondere nicht anzuwenden, wenn Auftraggeber Leistungen selbst erbringen, auch in Zusammenarbeit mit anderen öffentlichen Stellen, oder Leistungen durch andere Mittel als öffentliche Aufträge, Konzessionen oder Wettbewerbe organisieren. Dieser Teil gilt ferner regelmäßig

nicht für die Erbringung von Leistungen auf Grundlage von Rechts- und Verwaltungsvorschriften.“

11. § 111 Absatz 4 Nummer 2 wird wie folgt gefasst:

„kann der Auftrag oder die Konzession, wenn Elemente enthalten sind, auf die § 107 Absatz 2 Nummer 1 oder 2 anzuwenden ist, ohne Anwendung der Vorschriften dieses Teils vergeben werden; andernfalls kann der Auftrag oder die Konzession gemäß den Vorschriften über die Vergabe von verteidigungs- oder sicherheitsspezifischen öffentlichen Aufträgen oder gemäß den Vorschriften über die Vergabe von Konzessionen vergeben werden.“

12. Nach § 112 wird folgender § 112a eingefügt:

„§ 112a

Bewerber und Bieter aus Drittstaaten

(1) Auftraggeber dürfen die Teilnahme an einem Vergabeverfahren ganz oder teilweise auf Bewerber oder Bieter beschränken, die ansässig sind

1. in einem Mitgliedstaat der Europäischen Union,
2. in einem Staat, der Vertragspartei des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum ist,
3. in einem Staat, der Vertragspartei des Übereinkommens über das öffentliche Beschaffungswesen von 1994 (ABl. C 256 vom 3.9.1996, S. 1), geändert durch das Protokoll zur Änderung des Übereinkommens über das öffentliche Beschaffungswesen (ABl. L 68 vom 7.3.2014, S. 2), ist, und
4. in einem Staat, der Vertragspartei eines anderen, für die Europäische Union bindenden internationalen Übereinkommens mit Regelungen zur öffentlichen Beschaffung ist.

(2) Abweichend von Absatz 1 dürfen Auftraggeber auch Bewerber und Bieter, die in einem Staat im Sinne von Absatz 1 Nummern 3 und 4 ansässig sind, ganz oder teilweise von der Teilnahme an einem Vergabeverfahren ausschließen, wenn der öffentliche Auftrag oder die Konzession nicht in den Anwendungsbereich des für den Bewerber oder Bieter maßgeblichen Abkommens oder Übereinkommens fällt.

(3) Die Berechtigung zur Beschränkung der Teilnahme an Vergabeverfahren nach den Absätzen 1 und 2 gilt nur für die Vergabe von öffentlichen Aufträgen und Konzessionen im Zusammenhang mit kritischen Dienstleistungen im Sinne des BSI-Gesetzes und für die Vergabe verteidigungs- oder sicherheitsspezifischer öffentlicher Aufträge).

(4) Beschränken Auftraggeber die Teilnahme an Vergabeverfahren auf Grundlage der Absätze 1 und 2, so geben sie dem erfolgreichen Bieter verbindlich vor,

1. keine Unteraufträge an Unternehmen zu vergeben, die in einem von der Beschränkung betroffenen Drittstaat ansässig sind,
2. dem Auftraggeber spätestens bei Vertragserfüllung auf Verlangen geeignete Nachweise vorzulegen und

3. im Falle einer Nichteinhaltung der Verpflichtung eine angemessene Vertragsstrafe zu zahlen, die verwirkt ist, wenn der erfolgreiche Bieter die Verpflichtung schuldhaft verletzt.

(5) Die Beschränkungen nach Absatz 1 und Absatz 2 sowie die Verpflichtungen nach Absatz 4 müssen mit Hinweis auf diese Vorschriften in der Auftragsbekanntmachung und den Vergabeunterlagen aufgeführt werden.

(6) Weitergehende Berechtigungen von Auftraggebern zur Beschränkung der Teilnahme an einem Vergabeverfahren in anderen Rechtsvorschriften bleiben unberührt.“

13. Der bisherige Wortlaut des § 113 wird zu Absatz 1 und es wird folgender Absatz 2 angefügt:

„(2) Die Bundesregierung wird ermächtigt, durch Rechtsverordnung ohne Zustimmung des Bundesrats die in Vorschriften dieses Gesetzes oder in einer auf Grund dieses Gesetzes erlassenen Rechtsverordnung enthaltenen Verweise auf die Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen zu ändern, soweit dies zur Anpassung an eine Änderung der Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen erforderlich ist.“

14. § 114 wird wie folgt geändert:

- a) Die Überschrift wird wie folgt gefasst:

„§ 114 Monitoring; Vergabestatistik; Datenservice Öffentlicher Einkauf“

- b) Folgender Absatz 3 wird angefügt:

„(3) Der Datenservice Öffentlicher Einkauf, über den elektronische Bekanntmachungen an das Amt für Veröffentlichungen der Europäischen Union durch öffentliche Auftraggeber im Sinne des § 98 zu übermitteln sind, ist beim Beschaffungsamt des BMI eingerichtet und wird dort betrieben.“

15. Dem § 116 wird folgender Absatz 3 angefügt:

„(3) Dieser Teil ist darüber hinaus nicht anzuwenden auf die Vergabe von öffentlichen Aufträgen durch einen Sektorenauftraggeber im Sinne von § 102 bei der Vergabe von Aufträgen, die der Durchführung einer der folgenden Tätigkeiten dienen:

1. Mehrwertdienste, die mit elektronischen Mitteln verknüpft sind und gänzlich mit diesen Mitteln erbracht werden (einschließlich der abgesicherten Übermittlung von verschlüsselten Dokumenten mit elektronischen Mitteln, Adressenverwaltungsdiensten und der Übermittlung von registrierten E- Mail-Sendungen,
2. Finanzdienstleistungen im Zusammenhang mit der Ausgabe, dem Verkauf, dem Kauf oder der Übertragung von Wertpapieren oder anderen Finanzinstrumenten, sowie gemäß den CPV-Codes 6610 00 00-1 bis 66720000-3, insbesondere Postanweisungen und -überweisungen,
3. philatelistische Dienstleistungen oder
4. logistische Dienstleistungen, bei denen die materielle Auslieferung, Lagerung oder eine Kombination des Vorgenannten mit anderen nicht postalischen Aufgaben kombiniert wird.“

16. Nach § 120 wird folgender § 120a eingefügt:

„§ 120a

Berücksichtigung sozialer und umweltbezogener Kriterien

(1) Bei der Vergabe öffentlicher Aufträge werden soziale und umweltbezogene Aspekte berücksichtigt. Zu diesem Zweck sollen öffentliche Auftraggeber im Rahmen der Leistungsbeschreibung oder, soweit im Einzelfall mit Blick auf den Auftragsgegenstand geeigneter, auf anderen Stufen des Vergabeverfahrens mindestens ein soziales oder ein umweltbezogenes Kriterium im Sinne der Absätze 2 und 3 berücksichtigen. Die Kriterien müssen mit dem Auftragsgegenstand in Verbindung stehen und zu dessen Wert und den konkreten Beschaffungszielen verhältnismäßig sein.

(2) Umweltbezogen ist ein Kriterium insbesondere dann, wenn es darauf abzielt, dass zu beschaffende Waren, Bau- und Dienstleistungen, soweit möglich über ihren gesamten Lebenszyklus, klimaschonend, biodiversitätsfördernd, rohstoffschonend, energiesparend, wassersparend, schadstoffarm, abfallarm, langlebig, reparaturfreundlich, wiederverwendbar, recyclingfähig, unter Einsatz von Abfällen oder Rezyklaten oder aus nachwachsenden Rohstoffen oder möglichst gut geeignet zur umweltverträglichen Abfallbewirtschaftung hergestellt, erbracht oder ausgeführt werden.

(3) Sozial ist ein Kriterium insbesondere dann, wenn es darauf abzielt, dass zu beschaffende Waren, Bau- und Dienstleistungen unter fairen Arbeits- und Handelsbedingungen, unter Ermöglichung der Beschäftigung von Langzeitarbeitslosen, Benachteiligten oder Menschen mit Behinderungen, unter Förderung der Gleichstellung von Geschlechtern, ethnischen Gruppen, Benachteiligten oder Menschen mit Behinderungen, unter Einsatz sozialer Innovationen, unter Beachtung der Menschen- und Arbeitnehmerrechte oder unter Beachtung der Kernarbeitsnormen der Internationalen Arbeitsorganisation (IAO) entlang der globalen Wertschöpfungskette hergestellt, erbracht oder ausgeführt werden. Sozial ist ein Kriterium auch dann, wenn es darauf abzielt, dass zu beschaffende Waren, Bau- und Dienstleistungen Benachteiligten oder Menschen mit Behinderungen in besonderem Maße zugänglich sind. Die Verpflichtung des Auftragnehmers zur Einhaltung tariflicher oder nicht-tariflicher Arbeitsbedingungen bei der Ausführung des Auftrags genügt den Anforderungen an das soziale Kriterium im Sinne der Absätze 1 und 4 nicht, soweit die Auferlegung dieser Verpflichtung in Erfüllung einer gesetzlichen Vorgabe oder einer Vorgabe auf Grund eines Gesetzes erfolgt.

(4) Bei der Beschaffung von Waren, Bau- und Dienstleistungen, die gemäß den auf Grundlage von Absatz 5 erlassenen allgemeinen Verwaltungsvorschriften für eine umweltbezogen nachhaltige Beschaffung besonders geeignet sind, müssen öffentliche Auftraggeber bei der Leistungsbeschreibung oder, soweit im Einzelfall mit Blick auf den Auftragsgegenstand geeigneter, auf anderen Stufen des Vergabeverfahrens mindestens ein umweltbezogenes Kriterium berücksichtigen. Satz 1 gilt hinsichtlich der Berücksichtigung mindestens eines sozialen Kriteriums entsprechend für die Beschaffung von Waren, Bau- und Dienstleistungen, die für eine sozial nachhaltige Beschaffung besonders geeignet sind. Absatz 1 Satz 3 gilt entsprechend.

(5) Die Bundesregierung erlässt mit Zustimmung des Bundesrates allgemeine Verwaltungsvorschriften über Leistungen, die

1. für eine umweltbezogen nachhaltige Beschaffung besonders geeignet sind,
2. für eine sozial nachhaltige Beschaffung besonders geeignet sind,

3. nicht beschafft werden dürfen; die Beschaffung solcher Leistungen bleibt hierbei erlaubt, wenn dies aus Gründen des öffentlichen Interesses dringend geboten ist.

Bei der Auswahl der in den allgemeinen Verwaltungsvorschriften nach Satz 1 Nummern 1 und 2 benannten Leistungen ist zu berücksichtigen, ob die Einhaltung der Vorgaben des Absatzes 4 bei der Beschaffung der betreffenden Leistung für die öffentlichen Auftraggeber mit vertretbarem Aufwand möglich ist. Zudem ist hierbei die Bedeutung einer sozial und umweltbezogen nachhaltigen Beschaffung gerade dieser Leistungen für die Förderung sozialer und umweltbezogener Nachhaltigkeit insgesamt zu berücksichtigen. Satz 3 gilt entsprechend für die Auswahl der in den allgemeinen Verwaltungsvorschriften nach Satz 1 Nummer 3 benannten Leistungen. In den allgemeinen Verwaltungsvorschriften nach Satz 1 kann die Bundesregierung allgemein oder für einzelne Leistungen vorgeben, dass die Vorgaben aus Absatz 4 auch bei der Beschaffung von Waren, Bau- und Dienstleistungen gelten, die in den allgemeinen Verwaltungsvorschriften nicht benannt sind, soweit dort als besonders geeignet benannte Waren oder Dienstleistungen ein nicht unerheblicher Bestandteil der zu beschaffenden Ware sind oder in nicht unerheblichem Maße für die Ausführung der zu beschaffenden Leistung verwendet werden.“

17. In § 121 Absatz 1 Satz 1 werden die Wörter „und erschöpfend“ gestrichen.

18. § 122 wird wie folgt geändert:

a) Absatz 3 wird wie folgt geändert:

aa) In Satz 1 werden nach der Angabe „124“ die Wörter „soll durch Eigenerklärungen erfolgen; über Eigenerklärungen hinausgehende Unterlagen sollen im Verlauf des Verfahrens nur von aussichtsreichen Bewerbern oder Bietern verlangt werden“ und ein Punkt eingefügt.

bb) Der Wortlaut nach der Angabe „124“ in Satz 1 wird zu Satz 2 und es werden die Wörter „Der Nachweis“ vorangestellt.

b) Absatz 4 wird wie folgt geändert:

aa) In Satz 1 werden nach dem Wort „Eignungskriterien“ die Wörter „und Eignungsnachweise“ sowie nach dem Wort „diesem“ die Wörter „sowie dem Auftragswert“ eingeführt.

bb) Nach Satz 1 wird folgender Satz angefügt: „Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit nach § 97 Absatz 1 Satz 2 ist zu wahren.“

cc) Der bisherige Satz 2 wird zu Satz 3 und es wird das Wort „aufzuführen“ durch das Wort „anzugeben“ ersetzt.

dd) Folgender Satz 4 wird angefügt:

„In der Bekanntmachung kann auf die elektronische Adresse der Vergabeunterlagen verwiesen werden, soweit aus der Bekanntmachung ausreichend transparent wird, an welcher Stelle der Vergabeunterlagen die Eignungskriterien aufgeführt sind.“

19. § 124 Absatz 1 Nummer 7 wird wie folgt gefasst:

„das Unternehmen bei der Erfüllung einer wesentlichen Anforderung bei der Ausführung eines öffentlichen Auftrags oder Konzessionsvertrags erhebliche oder dauerhafte Mängel erkennen lassen hat, die die vorzeitige Beendigung dieses früheren

Auftrags, Schadenersatz oder andere vergleichbare Rechtsfolgen nach sich gezogen haben,“

20. § 127 Absatz 1 Satz 4 wird wie folgt gefasst:

„Vorbehaltlich der in § 120a geregelten Vorgaben zur Berücksichtigung sozialer und umweltbezogener Kriterien können zu dessen Ermittlung neben dem Preis oder den Kosten auch qualitative, umweltbezogene oder soziale Aspekte berücksichtigt werden.“

21. § 128 Absatz 2 Satz 3 wird wie folgt gefasst:

„Vorbehaltlich der in § 120a geregelten Vorgaben zur Berücksichtigung sozialer und umweltbezogener Bedingungen können sie insbesondere wirtschaftliche, innovationsbezogene, umweltbezogene, soziale oder beschäftigungspolitische Belange oder den Schutz der Vertraulichkeit von Informationen umfassen.“

22. § 135 wird wie folgt geändert:

a) Absatz 2 wird wie folgt geändert:

aa) In Satz 1 werden nach dem Wort „Vertrags“ die Wörter „einschließlich einer Zusammenfassung der einschlägigen Gründe entsprechend § 134 Absatz 1 Satz 1“ eingefügt.

bb) Dem Satz 2 werden die Wörter „, sofern in der Bekanntmachung die Angaben entsprechend Absatz 3 Satz 2 enthalten sind.“ angefügt.

b) Dem Absatz 2 wird folgender Satz angefügt:

„Nach Ablauf der Fristen in Satz 1 und 2 ist ein Antrag nach § 160 unstatthaft.“

c) Folgender Absatz 4 wird angefügt:

„(4) Abweichend von Absatz 1 kann auf Antrag des Auftraggebers oder von Amts wegen ein Vertrag nicht als von Anfang an unwirksam erachtet werden, wenn nach Prüfung aller maßgeblichen Gesichtspunkte zwingende Gründe eines Allgemeininteresses es ausnahmsweise rechtfertigen, die Wirkung des Vertrages zu erhalten. In Fällen des Satzes 1 hat die Vergabekammer oder das Beschwerdegericht alternative Sanktionen zur Feststellung der Unwirksamkeit zu erlassen. Diese müssen wirksam, verhältnismäßig und abschreckend sein. Sie umfassen die Verhängung einer Geldsanktion gegen den Auftraggeber oder die Verkürzung der Laufzeit des Vertrages.“

23. § 145 wird wie folgt geändert:

a) In Nummer 1 werden nach dem Wort „Tätigkeiten“ ein Komma und die Wörter „einschließlich des militärischen Nachrichtenwesens,“ eingefügt.

b) In Nummer 7 Buchstabe c werden nach dem Wort „Zwecke“ ein Komma und die Wörter „einschließlich ihrer satzungsgemäßen Zwecke,“ eingefügt.

24. Dem § 152 wird folgender Absatz 5 angefügt:

„(5) Die Vorgaben des § 120a sind entsprechend anzuwenden.“

25. § 157 wird wie folgt geändert:

a) In Absatz 2 Satz 1 werden vor dem Punkt ein Komma die Wörter „soweit die Entscheidung in diesem Gesetz nicht dem Vorsitzenden oder hauptamtlichen Beisitzer übertragen ist“ eingefügt.

b) Dem Absatz 2 werden folgende Sätze angefügt:

„Der Vorsitzende oder der hauptamtliche Beisitzer trifft Verfahrensentscheidungen einschließlich verfahrensleitender Verfügungen. Die Vergabekammern können Einzelheiten in einer Geschäftsordnung regeln.“

c) In Absatz 3 Satz 2 wird das Wort „nur“ gestrichen und das Wort „wesentlichen“ durch das Wort „besonderen“ ersetzt.

d) Dem Absatz 4 wird folgender Satz angefügt:

„§ 839 Absatz 2 des Bürgerlichen Gesetzbuches gilt für die Mitglieder der Vergabekammer entsprechend.“

26. § 158 wird wie folgt geändert:

a) Dem Wortlaut der Überschrift werden ein Komma und das Wort „Form“ angefügt.

b) Folgender Absatz 3 wird angefügt:

„(3) Das Nachprüfungsverfahren wird in Textform geführt, soweit die Vergabekammer wegen besonderer Erfordernisse im Einzelfall keine abweichende Vorgabe macht. Alle Entscheidungen und Verfügungen der Vergabekammern sowie deren Übermittlung erfolgen in Textform, soweit dieser Teil nichts anderes vorsieht.“

27. § 160 wird wie folgt geändert:

a) Dem Absatz 2 wird folgender Satz angefügt:

„Die Antragsbefugnis entfällt bei Missbrauch des Antrag- oder Beschwerderechts gemäß § 180 Absatz 2.“

b) In Absatz 3 Satz 2 werden vor dem Punkt ein Komma und die Wörter „soweit nicht der Auftraggeber den Antragssteller über das Verfahren informiert hat“ eingefügt.

28. § 161 Absatz 1 wird wie folgt geändert:

a) Das Wort „schriftlich“ wird durch die Wörter „in Textform“ ersetzt.

b) Folgender Satz wird angefügt:

„Ein elektronisches Dokument ist eingegangen, sobald es auf der für den Empfänger bestimmten Einrichtung der Vergabekammer gespeichert ist.“

29. In § 162 Satz 2 werden nach dem Wort „Beiladung“ die Wörter „ergeht durch den Vorsitzenden oder den hauptamtlichen Beisitzer in Textform und“ eingefügt.

30. § 163 Absatz 2 Satz 1 bis 4 werden wie folgt gefasst:

„Der Vorsitzende oder der hauptamtliche Beisitzer prüft den Antrag darauf, ob er offensichtlich unzulässig oder unbegründet ist. Dabei berücksichtigt er auch einen vorsorglich hinterlegten Schriftsatz (Schutzschrift) des Auftraggebers. Sofern der Antrag

nicht offensichtlich unzulässig oder unbegründet ist, übermittelt der Vorsitzende oder der hauptamtliche Beisitzer dem Auftraggeber eine Kopie des Antrags in Textform und fordert beim Auftraggeber die Akten an, die das Vergabeverfahren dokumentieren (Vergabeakten). Der Auftraggeber hat die Vergabeakten der Kammer sofort nach den Vorgaben des Vorsitzenden oder hauptamtlichen Besitzers soweit möglich als elektronische Kopie zur Verfügung zu stellen.“

31. Dem § 165 Absatz 1 wird folgender Satz angefügt:

„Die Vergabekammer soll die Akteneinsicht elektronisch durch Übermittlung oder zum Abruf auf einem sicheren Übermittlungsweg gewähren.“

32. § 166 wird wie folgt geändert:

a) Dem Absatz 1 wird folgender Satz angefügt:

„Nach Lage der Akten kann auch entschieden werden, soweit dies der Beschleunigung dient und die Sache keine besonderen Schwierigkeiten in rechtlicher oder tatsächlicher Hinsicht aufweist.“

b) Folgende Absätze 3 und 4 werden angefügt:

„(3) Die Vergabekammer kann die mündliche Verhandlung auf Antrag oder von Amts wegen als Videoverhandlung durchführen, bei der die Verhandlung sowie etwaige Vernehmungen zeitgleich in Bild und Ton an den jeweiligen Aufenthaltsort der Beteiligten und der Mitglieder der Vergabekammer übertragen werden. Die Bild- und Tonübertragung kann auch nur für Teile der mündlichen Verhandlung, insbesondere Vernehmungen, oder für einzelne Beteiligte erfolgen. Absatz 2 sowie § 128 a Absatz 3 Satz 1 der Zivilprozessordnung gelten entsprechend.

(4) Entscheidungen nach Absatz 1 Satz 3 und 4 sowie Absatz 3 Satz 1 und 2 ergehen durch den Vorsitzenden oder den hauptamtlichen Beisitzer und sind unanfechtbar.“

33. § 167 Absatz 1 wird wie folgt geändert:

a) In Satz 2 werden hinter dem Wort „Vorsitzende“ die Wörter „oder der hauptamtliche Beisitzer“ eingefügt.

b) Dem Satz 3 werden vor dem Punkt die Wörter „und nicht durch erneute Entscheidung verlängert werden“ eingefügt.

c) In Satz 4 wird das Wort „schriftlich“ durch die Wörter „in Textform“ ersetzt.

34. In § 168 Absatz 3 Satz 1 werden nach dem Wort „ergeht“ die Wörter „in Textform“ eingefügt.

35. § 169 wird wie folgt geändert:

a) In Absatz 1 werden die Wörter „die Vergabekammer“ durch die Wörter „der Vorsitzende oder der hauptamtliche Beisitzer“ ersetzt.

b) In Absatz 4 Satz 1 werden die Wörter „die Vergabekammer“ durch die Wörter „den Vorsitzenden oder den hauptamtlichen Beisitzer“ und das Wort „vornehmen“ durch „veranlasst“ ersetzt.

36. Dem § 172 wird folgender Absatz 5 angefügt:

„(5) Die Vergabekammer übermittelt die Verfahrensakte einschließlich der Vergabeakte an das zuständige Oberlandesgericht in Textform. Die Übermittlung wird durch den Vorsitzenden oder den hauptamtlichen Beisitzer veranlasst.“

37. § 173 wird wie folgt geändert:

a) In Absatz 1 Satz 3 wird nach dem Wort „Beschwerde“ das Wort „ausnahmsweise“ eingefügt.

b) Absatz 2 wird wie folgt geändert:

aa) Satz 1 wird wie folgt gefasst:

„Das Gericht gibt dem Antrag nach Absatz 1 Satz 3 nur statt, wenn unter Berücksichtigung aller möglicherweise geschädigten Interessen die vorteilhaften Folgen einer Verzögerung der Vergabe bis zur Entscheidung über die Beschwerde die damit verbundenen Nachteile überwiegen.“

bb) In Satz 4 wird das Wort „auch“ durch das Wort „vorrangig“ ersetzt.

38. Dem § 175 Absatz 2 wird folgender Satz angefügt:

„Die mündliche Verhandlung kann im Wege der Bild- und Tonübertragung nach § 128a der Zivilprozessordnung durchgeführt werden.“

39. § 176 Absatz 1 wird wie folgt geändert:

a) In Satz 1 wird der Satzteil nach dem vierten Komma wie folgt gefasst:

„wenn unter Berücksichtigung aller möglicherweise geschädigten Interessen die vorteilhaften Folgen einer Verzögerung der Vergabe bis zur Entscheidung über die Beschwerde die damit verbundenen Nachteile nicht überwiegen.“

b) In Satz 4 wird das Wort „auch“ durch das Wort „vorrangig“ ersetzt.

40. § 177 wird aufgehoben.

41. In § 187 Absatz 2 werden die Angaben „18. April 2016“ jeweils durch die Angabe „[Einsetzen: Datum des Inkrafttretens dieses Gesetzes]“ ersetzt.

42. In § 114 Absatz 1 und Absatz 2 Satz 1 und Satz 3, § 143 Absatz 2 Satz 1, § 158 Absatz 1 Satz 4, § 183 Absatz 1, Absatz 2 und Absatz 3 sowie § 184 wird jeweils das Wort „Energie“ durch das Wort „Klimaschutz“ ersetzt.

43. In § 114 Absatz 2 Satz 3 werden die Worte „Bundesministerium des Innern, für Bau und Heimat“ durch die Worte „Bundesministerium des Innern und für Heimat“ ersetzt.

Artikel 2

Änderung haushaltsrechtlicher Gesetze

(1) Nach § 30 Satz 1 des Haushaltsgrundsätzegesetzes vom 19. August 1969 (BGBl. I S. 1273), das zuletzt durch Artikel 10 des Gesetzes vom 14. August 2017 (BGBl. I S. 3122) geändert worden ist, wird folgender Satz eingefügt:

„Unterhalb der Schwellenwerte gemäß § 106 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen kann dem Abschluss auch eine Verhandlungsvergabe oder eine freihändige Vergabe vorausgehen, sofern ein Teilnahmewettbewerb durchgeführt wird.“

(2) Nach § 55 Absatz 1 Satz 1 der Bundeshaushaltsordnung vom 19. August 1969 (BGBl. I S. 1284), die zuletzt durch Artikel 12 des Gesetzes vom 22. Dezember 2023 (BGBl. 2023 I Nr. 412) geändert worden ist, wird folgender Satz eingefügt:

„Unterhalb der Schwellenwerte gemäß § 106 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen kann dem Abschluss auch eine Verhandlungsvergabe oder eine freihändige Vergabe vorausgehen, sofern ein Teilnahmewettbewerb durchgeführt wird.“

Artikel 3

Folgeänderungen

(1) In § 9 des LNG-Beschleunigungsgesetzes vom 24. Mai 2022 (BGBl. I S. 802), das zuletzt durch Artikel 1 des Gesetzes vom 12. Juli 2023 (BGBl. 2023 I Nr. 184) geändert worden ist, werden Absatz 2 Nummer 1 Satz 2, Absatz 3 Nummer 5 und Nummer 6 Satz 2 aufgehoben.

(2) Das Bundeswehrbeschaffungsbeschleunigungsgesetz vom 11. Juli 2022 (BGBl. I S. 1078) wird wie folgt geändert:

1. § 3 wird wie folgt geändert:
 - a) Absatz 1 bis 3 werden aufgehoben.
 - b) Absatz 4 wird Absatz 1 und in Satz 1 werden die Wörter „Abweichend von“ durch die Wörter „Ergänzend zu“ ersetzt.
 - c) Absatz 5 wird Absatz 2.
 - d) Absatz 6 wird aufgehoben.
 - e) Absatz 7 wird Absatz 3.
2. In § 4 Absatz 1 werden nach der Zahl „2“ die Wörter „und unbeschadet des § 112a“ eingefügt.
3. § 5 Absatz 1 Satz 2 wird aufgehoben.
4. § 6 wird wie folgt geändert:
 - a) Absatz 2 Satz 2 wird gestrichen.
 - b) Absatz 4 wird aufgehoben.
 - c) Die bisherigen Absätze 5 und 6 werden Absätze 4 und 5.
5. § 7 wird wie folgt geändert:
 - a) Absatz 1 wird aufgehoben.

- b) Absatz 2 wird Absatz 1 und es werden nach der Zahl „2“ die Wörter „und unbeschadet des § 112a“ eingefügt.
- c) Absätze 3 und 4 werden aufgehoben.
- d) Absatz 5 wird Absatz 2.

(3) In § 130a Absatz 8a Satz 3 des Fünften Buchs Sozialgesetzbuch – Gesetzliche Krankenversicherung – (Artikel 1 des Gesetzes vom 20. Dezember 1988, BGBl. I S. 2477, 2482), das zuletzt durch Artikel 5b des Gesetzes vom 22. Dezember 2023 (BGBl. 2023 I Nr. 408) geändert worden ist, werden nach der Zahl „2“ die Wörter „und unbeschadet des § 112a“ eingefügt.

(4) § 8b des Personenbeförderungsgesetzes in der Fassung der Bekanntmachung vom 8. August 1990 (BGBl. I S. 1690), das zuletzt durch Artikel 23 des Gesetzes vom 2. März 2023 (BGBl. 2023 I Nr. 56) geändert worden ist, wird wie folgt geändert:

1. Absatz 2 Satz 2 wird wie folgt gefasst:

„Sie soll auf der Internetseite oeffentlichevergabe.de veröffentlicht werden.“

2. In Absatz 3 Satz 1 werden die Wörter „eindeutig und umfassend“ durch die Wörter „so eindeutig wie möglich“ ersetzt.
3. In Absatz 4 wird nach Satz 1 folgender Satz eingefügt:

„§ 112a Absätze 1 bis 5 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen gelten entsprechend.“

Artikel 4

Änderung der Verordnung über die Vergabe öffentlicher Aufträge

Aufgrund der §§ 113 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen in der Fassung der Bekanntmachung vom 26. Juni 2013 (BGBl. I S. 1750, 3245), das zuletzt durch Artikel 2 des Gesetzes vom 22. Dezember 2023 (BGBl. 2023 I Nr. 405) geändert worden ist, wird die Vergabeverordnung vom 12. April 2016 (BGBl. I S. 624), die zuletzt durch Artikel 1 der Verordnung vom 17. August 2023 (BGBl. 2023 I Nr. 222) geändert worden ist, wie folgt geändert:

1. In der Inhaltsübersicht wird die Angabe zu § 41 wie folgt gefasst:

„§ 41 Elektronische Bereitstellung von Vergabeunterlagen“

2. Dem § 2 wird folgender Satz 3 angefügt:

„Satz 2 gilt nicht für Planungsleistungen, die als Los eines Bauauftrags vergeben werden; auf ihre Vergabe ist diese Verordnung anzuwenden.“

3. § 8 Absatz 2 Satz 2 wird wie folgt geändert:

- a) In Nummer 11 wird das Wort „und“ gestrichen.

- b) In Nummer 12 wird der Punkt durch ein Komma ersetzt und das Wort „und“ angefügt.
- c) Nach Nummer 12 wird folgende Nummer 13 angefügt:

„13. gegebenenfalls die Gründe für die Nichtberücksichtigung eines sozialen oder eines umweltbezogenen Kriteriums bei der Ausgestaltung des Vergabeverfahrens.“

- 4. § 10a Absatz 5 Satz 2 wird aufgehoben.
- 5. In § 16 Absatz 1 Satz 3 wird das Wort „Informationen“ durch die Wörter „Unterlagen im Sinne des § 48 Absatz 1“ ersetzt.
- 6. § 17 wird wie folgt geändert:
 - a) In Absatz 1 Satz 3 wird das Wort „Informationen“ durch die Wörter „Unterlagen im Sinne des § 48 Absatz 1“ ersetzt.
 - b) In Absatz 5 wird nach Satz 1 folgender Satz eingefügt:

„Der Auftraggeber soll zwischen den Unternehmen, die zur Abgabe eines Erstangebots aufgefordert werden, wechseln und regelmäßig auch geeignete junge sowie kleine und mittlere Unternehmen zur Angebotsabgabe auffordern.“

- c) In Absatz 15 werden nach der Angabe „§§ 9 bis 13“ ein Komma und die Angabe „des § 15 Absatz 5 Satz 2“ eingefügt
- 7. In § 18 Absatz 2 Satz 3 wird das Wort „Informationen“ durch die Wörter „Unterlagen im Sinne des § 48 Absatz 1“ ersetzt.
- 8. In § 19 Absatz 2 Satz 3 wird das Wort „Informationen“ durch die Wörter „Unterlagen im Sinne des § 48 Absatz 1“ ersetzt.
- 9. Dem § 28 Absatz 2 wird folgender Satz angefügt:

„Die Markterkundung soll umweltbezogene, soziale und innovative Aspekte der Nachhaltigkeit umfassen und vornehmlich digital durchgeführt werden.“

- 10. Dem § 29 Absatz 2 werden folgende Sätze 3 und 4 angefügt:

„In den Vertragsunterlagen sollen geeignete Zahlungsmodalitäten vereinbart werden, um die Umstände von jungen sowie von kleinen und mittleren Unternehmen zu berücksichtigen. Das Bundesministerium für Wirtschaft und Klimaschutz kann eine neue Fassung des Teils B der Vergabe- und Vertragsordnung für Leistungen erlassen. Diese ist im Bundesanzeiger zu veröffentlichen. Bei jeder Änderung sind das Datum der Bekanntmachung im Bundesanzeiger und das Datum, ab dem die geänderte Fassung anzuwenden ist, anzugeben.“

- 11. § 31 Absatz 3 Satz 1 wird wie folgt gefasst:

„Vorbehaltlich der in § 120a des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen geregelten Vorgaben zur Berücksichtigung sozialer und umweltbezogener Kriterien bei der Ausgestaltung des Vergabeverfahrens können die Merkmale auch Aspekte der Qualität und der Innovation sowie soziale und umweltbezogene Aspekte betreffen.“

- 12. In § 35 Absatz 1 werden die Sätze 1 und 2 durch die folgenden Sätze ersetzt:

„Der öffentliche Auftraggeber gibt in der Auftragsbekanntmachung oder in der Aufforderung zur Interessensbestätigung an, ob er Nebenangebote zulässt, vorschreibt oder ausschließt. Eine Begründung ist nicht erforderlich.“

13. § 36 Absatz 5 wird wie folgt geändert:

a) Nach Satz 1 wird folgender Satz eingefügt:

„Dies umfasst die Ausschlussgründe nach den §§ 123 und 124 GWB sowie die Eignung des Unterauftragnehmers“.

b) Der bisherige Satz 2 wird zu Satz 3 und es werden nach dem Wort „Ausschlussgründe“ die Wörter „oder fehlender Eignung des Unterauftragnehmers“ eingefügt.

14. In § 39 Absatz 5 werden nach der Angabe „§ 10a“ die Wörter „spätestens 30 Tage nach der Änderung“ eingefügt.

15. Dem § 40 Absatz 1 wird folgender Satz angefügt:

„Wird bei der Übermittlung an das Amt für Veröffentlichungen der Europäischen Union ein späterer Tag zur Veröffentlichung angegeben, kommt es für Fristberechnungen nicht auf den Tag der Absendung oder dessen Bestätigung, sondern auf den angegebenen Tag zur Veröffentlichung an.“

16. § 41 wird wie folgt geändert:

a) Die Überschrift wird wie folgt gefasst:

„§ 41 Elektronische Bereitstellung von Vergabeunterlagen“

b) In Absatz 1 wird nach dem Wort „Vergabeunterlagen“ die Angabe „nach § 29 Absatz 1 Satz 1“ eingefügt.

17. § 42 wird wie folgt geändert:

a) Nach Absatz 1 wird folgender Absatz 2 eingefügt:

„(2) Bei der Auswahl der Eignungskriterien und Eignungsnachweise sind die besonderen Umstände von jungen sowie kleinen und mittleren Unternehmen zu berücksichtigen.“

b) Der bisherige Absatz 2 wird Absatz 3.

c) Der bisherige Absatz 3 wird Absatz 4 und wie folgt gefasst:

„(4) Bei offenen Verfahren führt der öffentliche Auftraggeber die Angebotsprüfung vor der Eignungsprüfung durch. Er kann von Satz 1 abweichen, soweit ein erhöhter Aufwand oder sonstige verfahrensbezogene Gründe entgegenstehen. Eine Begründung für die Abweichung ist nicht erforderlich.“

18. Dem § 45 Absatz 5 werden folgende Sätze angefügt:

„Ein berechtigter Grund kann insbesondere vorliegen, wenn es sich bei dem Bewerber oder Bieter um ein junges Unternehmen handelt. Der öffentliche Auftraggeber weist in den Vergabeunterlagen auf die Möglichkeit der Vorlage alternativer Unterlagen nach Satz 1 hin.“

19. In § 47 Absatz 1 werden nach dem Wort „vorlegt“ ein Semikolon und die Wörter „bei Eignungsleihe im Konzernverbund genügt eine entsprechende Angabe des Bewerbers oder Bieters“ eingefügt.

20. § 48 wird wie folgt geändert:

a) Absatz 1 wird wie folgt geändert:

aa) Vor dem Punkt werden die Wörter „und wann welche Unterlage vorgelegt werden muss (mit dem Angebot oder Teilnahmeantrag oder auf Anforderung des öffentlichen Auftraggebers)“ eingefügt.

bb) Folgender Satz 2 wird angefügt:

„§ 122 Absatz 4 Satz 3 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen gilt entsprechend.“

b) Absatz 2 Satz 1 wird durch die folgenden Sätze ersetzt:

„Der öffentliche Auftraggeber fordert über Eigenerklärungen hinausgehende Unterlagen, insbesondere Bescheinigungen und sonstige Nachweise, erst nach vorläufiger Prüfung entweder der Teilnahmeanträge in Verfahren mit Teilnahmewettbewerb oder der Angebote in Verfahren ohne Teilnahmewettbewerb an und dies nur von einem oder mehreren aussichtsreichen Unternehmen. Er setzt bei Anforderung der Unterlagen eine angemessene Frist zur Einreichung. Versäumt ein Unternehmen die Einreichung innerhalb der gesetzten Frist, wird sein Angebot oder Teilnahmeantrag gemäß § 57 ausgeschlossen. Soweit ein erhöhter Aufwand oder sonstige verfahrensbezogene Gründe entgegenstehen, kann der öffentliche Auftraggeber von Satz 1 abweichen. Eine Begründung für die Abweichung ist nicht erforderlich.“

21. § 56 Absatz 2 wird wie folgt gefasst:

„(2) Der öffentliche Auftraggeber kann den Bewerber oder Bieter unter Einhaltung der Grundsätze der Transparenz und der Gleichbehandlung auffordern, fehlende, unvollständige oder fehlerhafte Unterlagen zu übermitteln, zu ergänzen, zu erläutern oder zu vervollständigen.“

22. In § 58 Absatz 2 Satz 2 wird der Satzteil vor Nummer 1 wie folgt gefasst:

„Vorbehaltlich der in § 120a des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen gegebenen Vorgaben zur Berücksichtigung sozialer und umweltbezogener Kriterien bei der Ausgestaltung des Vergabeverfahrens können neben dem Preis oder den Kosten auch qualitative, umweltbezogene oder soziale Zuschlagskriterien berücksichtigt werden, insbesondere.“

23. In § 60 Absatz 3 Satz 1 wird das Wort „darf“ durch das Wort „soll“ ersetzt.

24. Der Wortlaut des § 64 wird wie folgt gefasst:

„Öffentliche Aufträge über soziale und andere besondere Dienstleistungen im Sinne von § 130 Absatz 1 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen werden nach den Bestimmungen dieser Verordnung und nach Maßgabe dieses Abschnittes unter Berücksichtigung der Besonderheiten der jeweiligen Dienstleistungen vergeben.“

Artikel 5

Änderung der Verordnung über die Vergabe von öffentlichen Aufträgen im Bereich des Verkehrs, der Trinkwasserversorgung und der Energieversorgung

Aufgrund der §§ 113 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen in der Fassung der Bekanntmachung vom 26. Juni 2013 (BGBl. I S. 1750, 3245), das zuletzt durch Artikel 2 des Gesetzes vom 22. Dezember 2023 (BGBl. 2023 I Nr. 405) geändert worden ist, wird die Sektorenverordnung vom 12. April 2016 (BGBl. I S. 624, 657), die zuletzt durch Artikel 2 der Verordnung vom 17. August 2023 (BGBl. 2023 I Nr. 222) geändert worden ist, wie folgt geändert:

1. Die Überschrift wird wie folgt gefasst:

„Verordnung über die Vergabe von öffentlichen Aufträgen im Bereich des Verkehrs, der Trinkwasserversorgung, der Postdienste und der Energieversorgung.“

2. In der Inhaltsübersicht wird die Angabe zu § 41 wie folgt gefasst:

„Vergabeunterlagen und deren elektronische Bereitstellung“.

3. In § 1 Absatz 1 werden nach dem Wort „Energieversorgung“ ein Komma und die Wörter „der Postdienste“ eingefügt.

4. In § 3 Absatz 6 wird der Satzteil hinter den Wörtern „getroffen hat“ gestrichen.

5. In § 6 Absatz 1 und Absatz 3 Nummer 3 Buchstabe b) wird das Wort „öffentlichen“ gestrichen.

6. § 8 Absatz 2 Satz 2 wird wie folgt geändert:

a) In Nummer 3 wird das Wort „und“ durch ein Komma ersetzt.

b) In Nummer 4 wird der Punkt durch ein Komma ersetzt und das Wort „und“ angefügt.

c) Nach Nummer 4 wird folgende Nummer 5 angefügt:

„5. gegebenenfalls die Gründe für die Nichtberücksichtigung eines sozialen oder eines umweltbezogenen Kriteriums bei der Ausgestaltung des Vergabeverfahrens.“

7. In § 17 Absatz 2 Satz 3 wird das Wort „Informationen“ durch die Wörter „Unterlagen im Sinne des § 46a Absatz 1“ ersetzt.

8. In § 18 Absatz 2 Satz 3 wird das Wort „Informationen“ durch die Wörter „Unterlagen im Sinne des § 46a Absatz 1“ ersetzt.

9. § 28 Absatz 3 Satz 1 wird wie folgt gefasst:

„Vorbehaltlich der in § 120a des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen gegebenen Vorgaben zur Berücksichtigung sozialer und umweltbezogener Kriterien bei der Ausgestaltung des Vergabeverfahrens können die Merkmale auch Aspekte der Qualität und der Innovation sowie soziale und umweltbezogene Aspekte betreffen.“

10. § 33 wird wie folgt geändert:

a) Absatz 1 wird wie folgt geändert:

aa) In Satz 1 werden das Wort „oder“ durch ein Komma ersetzt und nach dem Wort „vorschreiben“ die Wörter „oder ausschließen“ eingefügt.

bb) In Satz 2 wird das Wort „dabei“ durch die Wörter „Werden Nebenangebote zugelassen oder vorgeschrieben,“ ersetzt.

b) In Absatz 2 werden die Sätze 1 und 2 durch die folgenden Sätze ersetzt:

„Der öffentliche Auftraggeber gibt in der Auftragsbekanntmachung oder in der Aufforderung zur Interessensbestätigung an, ob er Nebenangebote zulässt, vorschreibt oder ausschließt. Eine Begründung ist nicht erforderlich.“

11. § 34 Absatz 5 wird wie folgt geändert:

a) Nach Satz 1 wird folgender Satz eingefügt:

„Dies umfasst die Ausschlussgründe nach den §§ 123 und 124 GWB sowie die Eignung des Unterauftragnehmers.“

b) Im neuen Satz 3 werden nach dem Wort „Ausschlussgründe“ die Wörter „oder fehlender Eignung des Unterauftragnehmers“ eingefügt.

12. § 41 wird wie folgt geändert:

a) Die Überschrift wird wie folgt gefasst:

„§ 41 Vergabeunterlagen und deren elektronische Bereitstellung“.

b) Es wird ein neuer Absatz 1 eingefügt:

„(1) Für Vergabeunterlagen gilt § 29 Absatz 1 der Verordnung über die Vergabe öffentlicher Aufträge entsprechend.“

c) Der Wortlaut des bisherigen Absatz 1 wird dem Absatz 2 vorangestellt und vor dem Wort „unentgeltlich“ wird die Angabe „nach Absatz 1“ eingefügt.

13. § 46 wird wie folgt geändert:

a) In Absatz 1 wird nach dem „anhand“ das Wort „angemessener und“ eingefügt.

b) In Absatz 2 wird vor den Wort „objektiven“ das Wort „angemessenen“ und ein Komma eingefügt.

c) In Absatz 3 wird das Wort „Auftraggeber“ durch das Wort „Auftraggeber“ ersetzt.

d) Nach Absatz 3 wird folgender Absatz 4 eingefügt:

„(4) Bei der Auswahl der Kriterien und Eignungsnachweise sind die besonderen Umstände von jungen sowie von kleinen und mittleren Unternehmen zu berücksichtigen.“

14. § 51 wird wie folgt geändert:

a) Dem Absatz 1 wird folgender Satz angefügt:

„Beim offenen Verfahren führt der Auftraggeber die Angebotsprüfung vor der Eignungsprüfung durch. Er kann von Satz 1 abweichen, soweit ein erhöhter Aufwand oder sonstige verfahrensbezogene Gründe entgegenstehen. Eine Begründung ist nicht erforderlich.“

b) Absatz 2 wird wie folgt gefasst:

„(2) Der Auftraggeber kann den Bewerber oder Bieter unter Einhaltung der Grundsätze der Transparenz und der Gleichbehandlung auffordern, fehlende, unvollständige oder fehlerhafte Unterlagen oder Unterlagen zu übermitteln, zu ergänzen, zu erläutern oder zu vervollständigen.“

15. In § 52 Absatz 2 Satz 2 wird der Satzteil vor Nummer 1 wie folgt gefasst:

„Vorbehaltlich der in § 120a des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen geregelten Vorgaben zur Berücksichtigung sozialer und umweltbezogener Kriterien bei der Ausgestaltung des Vergabeverfahrens können neben dem Preis oder den Kosten auch qualitative, umweltbezogene oder soziale Zuschlagskriterien berücksichtigt werden, insbesondere.“

16. In § 3 Absatz 1 Satz 4, Absatz 5 Satz 1, Absatz 6 sowie § 55 Absatz 1 Satz 2 wird jeweils das Wort „Energie“ durch das Wort „Klimaschutz“ ersetzt.

Artikel 6

Änderung der Verordnung über die Vergabe von Konzessionen

Aufgrund der §§ 113 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen in der Fassung der Bekanntmachung vom 26. Juni 2013 (BGBl. I S. 1750, 3245), das zuletzt durch Artikel 2 des Gesetzes vom 22. Dezember 2023 (BGBl. 2023 I Nr. 405) geändert worden ist, wird die Konzessionsvergabeverordnung vom 12. April 2016 (BGBl. I S. 624, 683), die zuletzt durch Artikel 4 der Verordnung vom 17. August 2023 (BGBl. 2023 I Nr. 222) geändert worden ist, wie folgt geändert:

1. § 6 wird wie folgt geändert:

a) Absatz 1 wird wie folgt gefasst:

„(1) Der Konzessionsgeber dokumentiert das Vergabeverfahren fortlaufend in Textform, sodass die einzelnen Stufen des Verfahrens, die einzelnen Maßnahmen sowie die Begründungen der einzelnen Entscheidungen festgehalten werden. Er erstellt einen zusammenfassenden Vergabevermerk in Textform.“

b) Absatz 2 wird aufgehoben.

c) Die bisherigen Absätze 3 und 4 werden Absätze 2 und 3.

2. § 15 Absatz 2 Satz 1 wird wie folgt gefasst:

„Vorbehaltlich der in § 120a des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen geregelten Vorgaben zur Berücksichtigung sozialer und umweltbezogener Kriterien bei der Ausgestaltung des Vergabeverfahrens können die Merkmale Aspekte der Qualität und Innovation sowie soziale und umweltbezogene Aspekte betreffen.“

3. In § 17 Absatz 1 wird nach dem Wort „Vergabeunterlagen“ die Angabe „nach § 16“ eingefügt.
4. Dem § 23 wird folgender Absatz 4 angefügt:

„(4) § 40 Absatz 1 Satz 3 der Vergabeverordnung gilt entsprechend.“
5. Dem § 25 Absatz 2 wird folgender Satz angefügt:

„Bei der Auswahl der Eignungskriterien und Eignungsnachweise sind die besonderen Umstände von jungen sowie von kleinen und mittleren Unternehmen zu berücksichtigen.“
6. § 26 wird wie folgt geändert:
 - a) Absatz 1 wird wie folgt gefasst:

„(1) Der Konzessionsgeber prüft die Eignung und das Nichtvorliegen von Ausschlussgründen grundsätzlich aufgrund der Vorlage von Eigenerklärungen, ansonsten von Nachweisen.“
 - b) Nach Absatz 3 wird folgender Absatz 4 angefügt:

„(4) Kann ein Bewerber oder Bieter aus einem berechtigten Grund die geforderten Unterlagen nicht beibringen, so kann er seine wirtschaftliche und finanzielle Leistungsfähigkeit durch Vorlage anderer, vom öffentlichen Auftraggeber als geeignet angesehener Unterlagen belegen. Ein berechtigter Grund kann insbesondere vorliegen, wenn es sich bei dem Bewerber oder Bieter um ein junges Unternehmen handelt.“
7. § 33 Absatz 6 wird wie folgt geändert:
 - a) Nach Satz 1 wird folgender Satz eingefügt:

„Dies umfasst die Ausschlussgründe nach den §§ 123 und 124 GWB sowie die Eignung des Unterauftragnehmers.“
 - b) Der bisherige Satz 2 wird zu Satz 3 und es werden nach dem Wort „Ausschlussgründe“ die Wörter „oder fehlender Eignung des Unterauftragnehmers“ eingefügt.

Artikel 7

Änderung der Vergabeverordnung Verteidigung und Sicherheit

Aufgrund der §§ 113 des [Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen in der Fassung der Bekanntmachung vom 26. Juni 2013 \(BGBl. I S. 1750, 3245\)](#), das zuletzt durch Artikel 2 des [Gesetzes vom 22. Dezember 2023 \(BGBl. 2023 I Nr. 405\)](#) geändert worden ist, wird die [Vergabeverordnung Verteidigung und Sicherheit vom 12. Juli 2012 \(BGBl. I S. 1509\)](#), die zuletzt durch Artikel 3 der [Verordnung vom 17. August 2023 \(BGBl. 2023 I Nr. 222\)](#) geändert worden ist, wie folgt geändert:

1. § 2 wird wie folgt geändert:
 - a) Dem Absatz 2 wird folgender Satz 3 angefügt:

„Satz 2 gilt nicht für Planungsleistungen, die als Los eines Bauauftrags vergeben werden; auf ihre Vergabe ist diese Verordnung anzuwenden.“

b) Folgender Absatz 4 wird angefügt:

„(4) Auftraggeber können Aufträge im Wege gelegentlicher gemeinsamer Auftragsvergabe oder zentraler Beschaffung entsprechend § 4 Vergabeverordnung vergeben.“

2. In § 7 Absatz 3 Satz 1 und 2, Absatz 5, Absatz 7 Sätze 1 bis 3 sowie Absatz 8 wird jeweils das Wort „Energie“ durch das Wort „Klimaschutz“ ersetzt.

3. § 9 wird wie folgt geändert:

a) Dem Absatz 1 wird folgender Satz 3 angefügt:

„Auftraggeber können von Bietern verlangen, in ihrem Angebot keine Unterauftragnehmer vorzusehen, die in einem Staat außerhalb der Europäischen Union ansässig sind, der nicht die notwendige Gewähr für die Wahrung der Sicherheitsinteressen der Bundesrepublik Deutschland bietet.“

b) Dem Absatz 2 wird folgender Satz 3 angefügt:

„Auftraggeber können dem Auftragnehmer vorgeben, keine Unterauftragnehmer zu beauftragen, die in einem Staat außerhalb der Europäischen Union ansässig sind, der nicht die notwendige Gewähr für die Wahrung der Sicherheitsinteressen der Bundesrepublik Deutschland bietet.“

c) Folgender Absatz 7 wird angefügt:

„(7) Absatz 1 Satz 3 und Absatz 2 Satz 3 gelten nicht in Bezug auf Auftragnehmer und Unterauftragnehmer, die in einem Staat ansässig sind, der Vertragspartei des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum ist. Sie gelten ferner nicht in Bezug auf Auftragnehmer und Unterauftragnehmer, die in einem Drittstaat ansässig sind, der dem Übereinkommen über das öffentliche Beschaffungswesen von 1994 (ABl. C 256 vom 3.9.1996, S.1) geändert durch das Protokoll zur Änderung des Übereinkommens über das öffentliche Beschaffungswesen (ABl. L 68 vom 7.3.2014, S. 2) oder anderen, für die Europäische Union bindenden internationalen Übereinkommen beigetreten ist, wenn der öffentliche Auftrag in den Anwendungsbereich des jeweiligen Übereinkommens fällt.“

4. § 10 wird wie folgt geändert:

a) Absatz 1 Satz 2 wird wie folgt gefasst:

„Mehrere Teil- oder Fachlose dürfen gemäß § 97 Absatz 4 Satz 3 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen ganz oder teilweise zusammen vergeben werden, wenn wirtschaftliche, technische oder zeitliche Gründe dies rechtfertigen, insbesondere weil die Leistungsbeschreibung die Systemfähigkeit der Leistung verlangt und dies durch den Auftragsgegenstand gerechtfertigt ist.“

b) In Absatz 3 werden nach der Angabe „(VOL/B)“ die Wörter „in ihrer jeweils aktuellen Fassung“ eingefügt.

c) Dem Wortlaut von Absatz 4 werden folgende Sätze vorangestellt:

„Vor der Einleitung eines Vergabeverfahrens soll der Auftraggeber Markterkundungen zur Vorbereitung der Auftragsvergabe und zur Unterrichtung der Unternehmen über seine Auftragsvergabepläne und -anforderungen durchführen. Grundsätzlich sind am Markt verfügbare Leistungen und Produkte zur Erfüllung der Fähigkeitsanforderungen zu identifizieren. Wird eine nicht bereits am Markt verfügbare Leistung beschafft, soll die Wirtschaftlichkeitsuntersuchung auch umfassen, aus welchen Gründen eine nicht auf dem Markt verfügbare Leistung beschafft wird und inwieweit welcher zusätzliche Nutzen damit im Zusammenhang stehende Zusatzkosten rechtfertigt.“

d) Folgender Absatz 6 wird angefügt:

„(6) Der Auftraggeber soll grundsätzlich erst dann ausschreiben, wenn die Vergabeunterlagen fertig gestellt sind und wenn innerhalb der angegebenen Fristen mit der Ausführung begonnen werden kann. Bei Vorliegen besonderer Verteidigungs- und Sicherheitsinteressen kann der Auftraggeber ein Vergabeverfahren einleiten, ohne dass dessen Finanzierung gesichert ist. Besondere Verteidigungs- und Sicherheitsinteressen liegen in der Regel vor, wenn der öffentliche Auftrag in unmittelbarem Zusammenhang steht mit

1. einer Krise,
2. einem mandatierten Einsatz der Bundeswehr,
3. einer einsatzgleichen Verpflichtung der Bundeswehr oder
4. einer Bündnisverpflichtung.

Die nicht gesicherte Finanzierung ist in den Vergabeunterlagen transparent zu machen.“

5. Dem § 18 wird Absatz 7 angefügt:

„(7) § 40 Absatz 1 Satz 3 der Vergabeverordnung gilt entsprechend.“

6. Dem § 21 Absatz 2 wird folgender Satz angefügt:

„Bei der Auswahl der Mindestanforderungen sind die besonderen Umstände von jungen sowie von kleinen und mittleren Unternehmen zu berücksichtigen.“

7. § 22 wird wie folgt geändert:

a) Absatz 1 wird wie folgt geändert:

aa) In Satz 1 wird das Wort „Nachweisen“ mit dem Wort „Unterlagen“ ersetzt und es werden nach dem Wort „haben“ die Wörter „und wann welche Unterlage vorgelegt werden muss (mit dem Angebot oder Teilnahmeantrag oder auf Anforderung des Auftraggebers)“ eingefügt.

bb) Es wird folgender Satz angefügt:

„Bei der Auswahl der Unterlagen sind die besonderen Umstände von jungen sowie von kleinen und mittleren Unternehmen zu berücksichtigen.“

b) In Absatz 2 werden die Wörter „können Auftraggeber zulassen“ durch die Wörter „fordern Auftraggeber grundsätzlich“ ersetzt.

- c) Nach Absatz 4 wird folgende Absatz 5 eingefügt:

„(5) Der öffentliche Auftraggeber fordert über Eigenerklärungen hinausgehende Unterlagen, insbesondere Bescheinigungen und sonstige Nachweise, erst nach vorläufiger Prüfung entweder der Teilnahmeanträge in Verfahren mit Teilnahmewettbewerb oder der Angebote in Verfahren ohne Teilnahmewettbewerb an und dies nur von einem oder mehreren aussichtsreichen Unternehmen. Er setzt bei Anforderung der Unterlagen eine angemessene Frist zur Einreichung. Versäumt ein Unternehmen die Einreichung innerhalb der gesetzten Frist, wird sein Angebot oder Teilnahmeantrag gemäß § 57 ausgeschlossen. Soweit ein erhöhter Aufwand oder sonstige verfahrensbezogene Gründe entgegenstehen, kann der öffentliche Auftraggeber von Satz 1 abweichen. Eine Begründung für die Abweichung ist nicht erforderlich.“

- d) Der bisherige Absatz 5 wird Absatz 6.

- e) Der bisherige Absatz 6 wird Absatz 7 und wie folgt gefasst:

„(7) Der Auftraggeber kann den Bewerber oder Bieter unter Einhaltung der Grundsätze der Transparenz und der Gleichbehandlung auffordern, fehlende, unvollständige oder fehlerhafte Unterlagen zu übermitteln, zu ergänzen, zu erläutern oder zu vervollständigen. Die Nachforderung von leistungsbezogenen Unterlagen, die die Wirtschaftlichkeitsbewertung der Angebote anhand der Zuschlagskriterien betreffen, ist ausgeschlossen. Dies gilt nicht für Preisangaben, wenn es sich um unwesentliche Einzelpositionen handelt, deren Einzelpreise den Gesamtpreis nicht verändern oder die Wertungsreihenfolge und den Wettbewerb nicht beeinträchtigen. Die Unterlagen sind vom Bewerber oder Bieter nach Aufforderung durch den Auftraggeber innerhalb einer von diesem festzulegenden angemessenen, nach dem Kalender bestimmten Frist vorzulegen. Die Entscheidung zur und das Ergebnis der Nachforderung sind zu dokumentieren.“

8. Dem Wortlaut des § 26 Absatz 2 werden folgende Sätze angefügt:

„Ein berechtigter Grund kann insbesondere vorliegen, wenn es sich bei dem Bewerber oder Bieter um ein junges Unternehmen handelt. Der Auftraggeber weist in den Vergabeunterlagen auf die Möglichkeit der Vorlage alternativer Unterlagen nach Satz 1 hin.“

9. § 32 Absatz 1 wird wie folgt geändert:

- a) Satz 1 wird durch die folgenden Sätze ersetzt:

„Der Auftraggeber gibt in der Auftragsbekanntmachung oder in der Aufforderung zur Interessensbestätigung an, ob er Nebenangebote zulässt, vorschreibt oder ausschließt. Eine Begründung ist nicht erforderlich.“

- b) Im bisherigen Satz 2 werden die Wörter „In diesem Fall“ mit den Wörtern „Werden Nebenangebote zugelassen oder vorgeschrieben,“ ersetzt und der bisherige Satz 2 wird zu Satz 4.

- c) Der bisherige Satz 4 wird gestrichen.

Artikel 8

Inkrafttreten

Dieses Gesetz tritt am Tag nach der Verkündung in Kraft.

Begründung

A. Allgemeiner Teil

I. Zielsetzung und Notwendigkeit der Regelungen

Die Regierungsparteien haben sich im Koalitionsvertrag „Mehr Fortschritt wagen“ für die 20. Legislaturperiode zum Ziel gesetzt, das Vergaberecht umfassend zu reformieren. Dabei sollen die öffentlichen Vergabeverfahren vereinfacht, professionalisiert, digitalisiert und beschleunigt werden. Die öffentliche Beschaffung und Vergabe soll wirtschaftlich, sozial, ökologisch und innovativ ausgerichtet und die Verbindlichkeit gestärkt werden, ohne dabei die Rechtssicherheit von Vergabeentscheidungen zu gefährden oder die Zugangshürden für den Mittelstand zu erhöhen.

Diese Zielsetzungen wurden durch die über 450 eingereichten Stellungnahmen im Zuge der öffentlichen ex-ante Konsultation zum Vergabetransformationspaket von Januar bis Juni 2023 bestätigt. Eine hohe Priorität liegt dabei insbesondere auf der Vereinfachung von Vergabeverfahren und dem Abbau von Bürokratie wie ebenfalls auf einer stärkeren und verbindlicheren Berücksichtigung von sozial-ökologisch nachhaltigen Kriterien. Eine Übersicht zu der öffentlichen Konsultation sowie Ergebniszusammenfassungen finden sich unter <https://www.bmwk.de/Redaktion/DE/Artikel/Service/Gesetzesvorhaben/oeffentliche-konsultation-zur-transformation-des-vergaberechts.html>. Die eingereichten Stellungnahmen sowie die Diskussionsbeiträge in den fünf Gesprächsrunden umfassten neben der Priorisierung zahlreiche Änderungsvorschläge, die in Vorbereitung dieses Entwurfs geprüft und bei Erstellung berücksichtigt wurden. Der Entwurf zum Vergaberechtstransformationsgesetz umfasst Rechtsänderungen im Oberschwellenbereich, die sich innerhalb des europarechtlich vorgegebenen Rahmens bewegen müssen. Insbesondere im Unterschwellenbereich ist der gesetzliche Gestaltungsspielraum deutlich größer, weswegen die Bundesregierung unter Einbeziehung der Länder gerade in diesem Bereich für Vereinfachungen und Bürokratieabbau sorgen kann und durch eine Neufassung der UVgO regeln wird, die durch die Länder im Sinne der Vereinheitlichung möglichst weitgehend übernommen werden soll.

Die Notwendigkeit einer Reform des Vergaberechts ergibt sich insbesondere aus den folgenden Erwägungen:

- Das Vergaberecht muss angesichts seiner hohen Komplexität vereinfacht werden, um die Verwaltung, gerade im kommunalen Bereich, und die Wirtschaft von Regelungen zu entlasten, die einen im Lichte der grundlegenden Funktionen des Vergaberechts (Wettbewerb, Transparenz, Gleichbehandlung und Marktzugang, Wirtschaftlichkeit) unverhältnismäßig hohen Mehraufwand für alle Akteure verursachen.
- Angesichts großer und dringlicher Herausforderungen wie etwa die sozial-ökologische Transformation oder die energiepolitische sowie innen- und verteidigungspolitische Lage muss die öffentliche Beschaffung einfacher, schneller und flexibler werden, um die staatliche Reaktion auf diese Herausforderungen angemessen zu unterstützen.
- Die Digitalisierung im Vergaberecht muss vorangetrieben werden, um das öffentliche Auftragswesen an die moderne und digitale Arbeitswelt anzupassen.
- Die öffentliche Beschaffung muss ein Treiber der Transformation zu einer sozial-ökologischen Marktwirtschaft sein. Es ist daher dringend geboten, die sozial-

ökologisch nachhaltige Beschaffung zu stärken und eine größere Verbindlichkeit für die Berücksichtigung von Nachhaltigkeitskriterien gesetzlich zu verankern.

- Im Sinne des vergaberechtlichen Grundsatzes der Mittelstandsförderung gilt es, die Zugangshürden für den Mittelstand nicht zu erhöhen, sondern durch eine weitgehende Bürokratieentlastung und Berücksichtigung mittelständischer Belange zu senken. Zudem müssen die Teilnahmemöglichkeiten für junge und innovative Unternehmen an der öffentlichen Auftragsvergabe deutlich gestärkt werden, um die Innovationskraft der Wirtschaft zu unterstützen und zu nutzen.

II. Wesentlicher Inhalt des Entwurfs

Das Vergabetransformationspaket reformiert das gesamte nationale Vergaberecht und umfasst dahingehend sowohl das Vergaberechtstransformationsgesetz als auch eine Neufassung der Unterschwellenvergabeordnung (UVgO). Oberhalb der europarechtlich vorgegebenen Schwellenwerte wird durch das Vergaberechtstransformationsgesetz das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB, Artikel 1), die Verordnung zur Vergabe öffentlicher Aufträge (VgV, Artikel 4), die Verordnung über die Vergabe von öffentlichen Aufträgen im Bereich des Verkehrs, der Trinkwasserversorgung und der Energieversorgung (SektVO, Artikel 5), die Verordnung über die Vergabe von Konzessionen (KonzVgV, Artikel 6) sowie die Vergabeverordnung für die Bereiche Verteidigung und Sicherheit (VSVgV, Artikel 8) reformiert. Darüber hinaus werden verschiedene vergaberechtliche Änderungen im Haushaltsgrundsätzegesetz und in der Bundeshaushaltsordnung (Artikel 2) sowie Folgeänderungen in dem LNG-Beschleunigungsgesetz, dem Bundeswehrbeschaffungsbeschleunigungsgesetz, dem Fünften Buch des Sozialgesetzbuches sowie dem Personenbeförderungsgesetz (Artikel 3) umgesetzt. Der zweite und dritte Abschnitt des Teils A der Vergabe und Vertragsordnung für Bauleistungen (VOB/A) sollen ebenfalls entsprechend angepasst werden.

Unterhalb der europäischen Schwellenwerte wird die Bundesregierung eine reformierte Neufassung der Unterschwellenvergabeordnung (UVgO) verabschieden, die sie unter Einbeziehung der Länder erarbeitet und von letzteren weitestmöglich in ihre Landesvergabeordnungen übernommen werden soll. Entsprechendes soll für den ersten Abschnitt der VOB/A erfolgen.

Die Maßnahmen des Vergabetransformationspakets lassen sich im Grundsatz verschiedenen Wirkungsbereichen zuordnen:

Maßnahmen zur Vereinfachung und zum Abbau von Bürokratie

Zur Vereinfachung und zum Bürokratieabbau soll der Losgrundsatz mit Augenmaß flexibilisiert werden (§ 97 Absatz 4 GWB; § 22 UVgO). Dabei wird der Grundsatz der Mittelstandsförderung beibehalten und bleibt ein wichtiger Pfeiler zur Stärkung von kleinen und mittleren Unternehmen in Deutschland. Das Regel-Ausnahme-Verhältnis des Losgrundsatzes bleibt bestehen. Hingegen soll angesichts der großen Transformationsvorhaben und Herausforderungen den Auftraggebern mehr Flexibilität gewährt werden. Deshalb werden die Abweichungsmöglichkeiten erweitert und die notwendige Begründungstiefe gesenkt, um den Auftraggebern mehr Ermessensspielraum bei der Anwendung zu ermöglichen.

Darüber hinaus werden Änderungen hinsichtlich der Eignungsprüfung und diesbezüglichen Nachweispflichten von Unternehmen vorgenommen, die zu Erleichterungen auf Auftraggeber- und Auftragnehmerseite führen sollen (§ 122 GWB, §§ 42, 48 VgV, §§ 31, 33, 35 UVgO). Der Grundsatz der Eigenerklärungen wird gestärkt und die notwendige Verhältnismäßigkeit der Kriterien und Unterlagen – hinsichtlich des Auftragsgegenstands, aber explizit auch des Auftragswerts – wird hervorgehoben. Zugleich führen der vereinfachte Wertungsvorgang (Angebotsprüfung vor Eignungsprüfung in offenen Verfahren) und die

Vorlage von Nachweisen nur noch von aussichtsreichen Bewerbern oder Bietern zu einem deutlich geringeren Aufwand für der Auftraggeber und Auftragnehmer. Im Unterschwellenbereich wird zudem ein „Once Only Light“-Prinzip eingeführt: Auftraggeber können auf die Eignungsprüfung von Unternehmen verzichten, soweit ihre Eignung in vergleichbaren Fällen innerhalb eines Jahres bereits festgestellt wurde. Auch Erleichterungen in der Leistungsbeschreibung (§ 121 GWB, § 22 UVgO) werden zu weniger umfangreichen Unterlagen und weniger Bürokratie führen. Hinzu kommen weitere Erleichterungen hinsichtlich der Vergabeunterlagen, insbesondere wird zum Beispiel mehr Rechtssicherheit für die Auftraggeber hinsichtlich der Nachforderung von Unterlagen geschaffen (§ 56 VgV).

Für die öffentlichen Auftraggeber werden zudem die öffentlich-öffentliche Zusammenarbeit erleichtert (§ 108 GWB) und die Anwendung der allgemeinen EU-Schwellenwerte für Bundesoberbehörden erlaubt (§ 106 GWB).

Vorgesehen sind zudem Regelungen zum Vergaberechtsschutz nach den §§ 155 ff. GWB (siehe unten). Ziel ist es, die Nachprüfungsverfahren zu vereinfachen, über das bereits bestehende Beschleunigungsgebot des § 167 GWB hinaus zu beschleunigen sowie weitestmöglich zu digitalisieren. Zugleich sollen die sich aus Artikel 19 Absatz 4 Grundgesetz (GG) ergebenden Anforderungen an einen effektiven Rechtsschutz sowie die Wahrung der richterlichen Unabhängigkeit gewährleistet bleiben. Die Änderungen berücksichtigen, dass im Bereich des Vergaberechtsschutzes der allgemeine Justizgewährleistungsanspruch (Artikel 20 Absatz 1 GG in Verbindung mit Artikel 3 Absatz 1 GG) den wesentlichen Maßstab darstellt und dem Gesetzgeber ein Ausgestaltungsspielraum zuzubilligen ist. Die Änderungen schöpfen die Möglichkeiten der EU-Rechtsmittelrichtlinien insbesondere bei den Rechtsfolgen weiter als bisher aus. An dem grundsätzlich bewährten zweistufigen Rechtsschutz vor der Vergabekammer und den Vergabesenaten der Oberlandesgerichte wird dabei festgehalten. Dieser wird jedoch auf beiden Stufen vereinfacht.

In der Neufassung der UVgO sind weitergehende Maßnahmen zur Vereinfachung der Unterschwellenvergabe vorgesehen. Dazu gehören insbesondere die substantielle Erhöhung der allgemeinen Direktauftragswertgrenze auf [15.000] Euro (§ 14 UVgO) sowie Erleichterung in der Wahl des Vergabeverfahrens (§ 30 HGrG), auch durch die Einführung von Wertgrenzen für die Beschränkte Ausschreibung ohne Teilnahmewettbewerb und die Verhandlungsvergabe ohne Teilnahmewettbewerb, unter denen die freie Wahl dieser Verfahrensarten ermöglicht wird (§ 8 UVgO). Es wird ein rechtssicheres Krisenvergaberecht mit einer erleichterten Vergabe in Krisensituationen in der Unterschwellen eingeführt (§ 14c UVgO). Hinzu kommen viele weitere Vereinfachungen in der Unterschwellen, etwa zu den Dokumentationspflichten (§ 8 UVgO).

Maßnahmen zur Beschleunigung und Digitalisierung

Die vorgenannten Maßnahmen tragen in gleichem Maße ebenfalls zur Beschleunigung der Vergabe öffentlicher Aufträge dabei. Auch führen digitalisierte Abläufe im Vergabe- wie auch im Nachprüfungsverfahren ebenfalls zu mehr Beschleunigung und Vereinfachung. Insofern bauen die verschiedenen Änderungen des Vergabetransformationspakets aufeinander auf und sind miteinander verbunden.

Gerade in Nachprüfungsverfahren wird durch das Vergabetransformationspaket die Beschleunigung des Verfahrens ermöglicht, ebenso wie eine weitreichende Digitalisierung eingeführt und die Rechtssicherheit gestärkt werden. So sollen Nachprüfungsverfahren vornehmlich in Textform geführt werden (§§ 158, 161 ff., 167, 172 GWB) und die Aktenübermittlung und -einsicht wie auch die Verhandlungen der Vergabekammern digitaler ausgestaltet werden (§§ 163, 165, 172, 175 GWB). Die Nachprüfungsentscheidungen werden beschleunigt; da Verfahrensentscheidungen nur durch den Vorsitzenden oder hauptamtlichen Beisitzer entschieden werden können (§ 157 GWB) und die Entscheidung nach Aktenlage erweitert wird (§ 166 GWB). Der Entscheidungszeitraum der Vergabekammern soll beschränkt werden (§ 167 GWB). Außerdem entfällt die Antragsbefugnis bei Missbrauch

des Antrags- oder Beschwerderechts (§ 160 GWB). Auch werden die Vergabekammern gestärkt, in dem das Spruchrichterprivileg gemäß § 839 Absatz 2 BGB auf ihre Mitglieder erweitert wird (§ 157 GWB).

Hinzu kommen verschiedene Digitalisierungsaspekte für die Vergabeverfahren, unter anderem durch eine weitergehende Nutzung von Email und Verlinkungen (§ 122 GWB; § 7 UVgO), die Ermöglichung von Direktaufträgen, wenn diese auf Online-Marktplätzen, die den Bezug von Liefer- und Dienstleistungen im transparenten und fairen Wettbewerb unter der Berücksichtigung von sozialen und umweltbezogenen Aspekten vermitteln, beschafft werden (§ 14a UVgO) und die vornehmlich digitale Durchführung der Markterkundung (§ 28 VgV). In der Unterschwelle soll ebenfalls die Einführung eines schlanken Standards „e-Forms in der Unterschwelle“ (eForms UnS) zu weiterer Digitalisierung führen (§§ 7, 28, 30 UVgO).

Maßnahmen für den Mittelstand und zur Stärkung von Start-ups und Innovation in der öffentlichen Beschaffung

Gerade der Mittelstand sowie junge und innovative Unternehmen profitieren maßgeblich von erleichterten Vergabeverfahren, da insbesondere für sie sich ein hoher bürokratischer Aufwand als Hürde darstellt. Über die skizzierten Vereinfachungen hinaus sind dabei weitere Maßnahmen im Sinne des Grundsatzes der Berücksichtigung mittelständischer Interessen wie auch zur Stärkung von Start-ups und Innovation im öffentlichen Auftragswesen vorgesehen.

Daher sollen die Umstände von kleinen und mittleren Unternehmen sowie von jungen Unternehmen stärker Berücksichtigung in der Konzeption von Vergabeverfahren finden; das heißt bei der Erstellung von Eignungskriterien und Anforderung von Nachweisen (§ 42 VgV; § 33 UVgO), bei der Angebotsaufforderung in Verfahren ohne Teilnahmewettbewerb (§ 17 VgV; §§ 11, 12 UVgO) und bei der Auswahl geeigneter Zahlungsmodalitäten (§ 29 VgV; § 21 UVgO). Es wird zudem klargestellt, dass ein junges Unternehmensalter ein sogenannter berechtigter Grund sein kann, dass das Unternehmen alternative Nachweise nach § 45 VgV vorlegt.

Als junge Unternehmen können in der Regel Unternehmen betrachtet werden, deren Gründung nicht länger als acht Jahre zurückreicht. Als kleine und mittlere Unternehmen können in der Regel Unternehmen betrachtet werden, die entsprechend von der europäischen Kommission definiert wurden (Empfehlung 2003/361/EG der Kommission vom 6. Mai 2003 betreffend die Definition der Kleinstunternehmen sowie der kleinen und mittleren Unternehmen).

Zur Stärkung von Unteraufträgen – gerade auch vor dem Hintergrund einer notwendigen Flexibilisierung des Losgrundsatzes – wird in § 97 GWB wird nunmehr die Möglichkeit für Auftraggeber vorgesehen, ihre Auftragnehmer zur Berücksichtigung mittelständischer Interessen zu verpflichten. Dies kann auch durch die Verpflichtung zur Vergabe von Unteraufträgen geschehen, bei denen häufig mittelständische Unternehmen profitieren. Darüber hinaus wird die Möglichkeit eingeführt, Unterauftragnehmer, die sich als ungeeignet erweisen, zu ersetzen (und nicht, wie zuvor, dass in diesem Fall der Auftragnehmer vom Verfahren ausgeschlossen werden muss, § 36 VgV).

Insbesondere zur Stärkung von Innovation werden – im Rahmen der europarechtlichen Möglichkeiten – Nebenangebote gestärkt (§ 35 VgV; § 25 UVgO). Darüber hinaus wird eine Sonderwertgrenze von 100.000 Euro eingefügt, unter welcher Auftraggeber Aufträge, die innovative Leistungen umfassen, an Start-ups sowie an gemeinwohlorientierte Unternehmen als Direktaufträge vergeben können. Durch diese vereinfachte Auftragsvergabe von innovativen Aufträgen entstehen Anreize für die öffentlichen Auftraggeber, innovative Aufträge zu vergeben und sich hierzu mit Start-ups oder innovativen gemeinwohlorientierten Unternehmen auszutauschen. Dadurch werden Berührungspunkte zwischen der

öffentlichen Beschaffung und der innovativen Wirtschaft gestärkt und unter anderem die Modernisierung der Verwaltung vorangetrieben.

Maßnahmen im Sinne einer sozial- und umweltbezogen nachhaltigen Beschaffung

In Umsetzung des Koalitionsvertrags wird die Verbindlichkeit einer sozial und umweltbezogen nachhaltigen Beschaffung gestärkt. Dazu werden neue Zentralnormen in § 120a GWB und § 22 UVgO eingeführt, die ein dreistufiges Konzept vorsehen, um soziale und umweltbezogene Aspekte im Vergabeverfahren zu berücksichtigen. Dabei wird die Berücksichtigung verbindlicher als bisher, zugleich aber einfach und praktisch umsetzbar ausgestaltet und den Auftraggebern ein hinreichender Spielraum bei der Ausgestaltung von Vergabeverfahren gewährt. Hierzu wird eine allgemeine Soll-Vorgabe eingeführt, durch die mindestens ein soziales oder umweltbezogenes Kriterium bei der Leistungsbeschreibung oder auf einer anderen Verfahrensstufe berücksichtigt werden soll. Zur besseren Anwendung in der Praxis werden umweltbezogene und soziale Kriterien in der Norm definiert. Eine Nachhaltigkeitsliste mit besonders für die sozial und umweltbezogen nachhaltige Beschaffung geeigneten Beschaffungsgegenständen wird – begleitend zu diesem Gesetz – in allgemeinen Verwaltungsvorschriften anlegt; die Berücksichtigung eines sozialen bzw. umweltbezogenen Kriteriums wird bei der Beschaffung dieser Leistungen verpflichtend, da es in diesen Fällen besonders einfach umsetzbar und zugleich wirksam ist. Die bekannte und erprobte Negativliste aus der Allgemeinen Verwaltungsvorschrift zur Beschaffung klimafreundlicher Leistungen (AVV Klima) findet durch das Vergabetransformationspaket Einzug in das allgemeine Vergaberecht.

Darüber hinaus wird in § 28 VgV geregelt, dass umweltbezogene, soziale und innovative Aspekte der Nachhaltigkeit bereits innerhalb der Markterkundung einbezogen werden können.

Sonstige Maßnahmen

Darüber hinaus sind weitere Maßnahmen vorgesehen, die Vergabeverfahren erleichtern und Rechtssicherheit stärken werden sowie maßgeschneiderte Lösungen für besondere Fallgestaltungen liefern. In einem neuen § 112a GWB wird die Möglichkeit vorgesehen, bei öffentlichen Aufträgen im Bereich der kritischen Infrastruktur sowie im Bereich Verteidigung und Sicherheit Bewerber und Bieter aus bestimmten Drittstaaten auszuschließen. In diesen sensiblen Bereichen erhöht dies die Sicherheit Deutschlands und erleichtert den entsprechenden Auftraggebern die sachgerechte Beschaffung in signifikantem Ausmaß.

Im Bereich der Gemeinschaftsverpflegung wird die Möglichkeit, regionale Aspekte bei öffentlichen Aufträgen zu berücksichtigen, im Unterschwellenbereich gestärkt (§ 2 UVgO).

Außerdem werden europarechtliche Vorgaben aus einem laufenden Vertragsverletzungsverfahren umgesetzt (§ 100 ff. GWB).

III. Alternativen

Keine.

IV. Gesetzgebungskompetenz

Die Gesetzgebungskompetenz des Bundes für die Änderung des vierten Teils des GWB beruht auf Artikel 74 Absatz 1 Nummer 11 GG (Recht der Wirtschaft), Artikel 74 Absatz 1 Nummer 16 GG (Verhütung des Missbrauchs wirtschaftlicher Machtstellung), Artikel 74 Absatz 1 Nummer 1 GG (gerichtliches Verfahren). Eine bundesgesetzliche Regelung ist auch im Sinne des Artikels 72 Absatz 2 GG sowohl hinsichtlich des Gesamtvorhabens als

hinsichtlich der wichtigsten Einzelregelungen zur Wahrung der Rechts- und Wirtschaftseinheit erforderlich. Die Änderungen befinden sich in einem Rahmen, der weitgehend durch die EU-Vergaberichtlinien vorgegeben ist. Im vergaberechtlichen Oberschwellenbereich würden sich divergierende Regelungen auf Bundes- und Länderebene in einem eng verflochtenen Wirtschaftsraum wie der Bundesrepublik Deutschland zu grundsätzlich unterschiedlichen wettbewerbs- und vergaberechtlichen Standards führen, was weder im Interesse des Bundes noch der Länder hingenommen werden könnte und eine unzumutbare Behinderung für Unternehmen darstellen würde, die sich bundesweit und über Landesgrenzen hinweg um öffentliche Aufträge und Konzessionen bewerben. Bereits die unterschiedlichen Bundes- und Länderregelungen im vergaberechtlichen Unterschwellenbereich, die durch diese Reform möglichst weitgehend vereinheitlicht werden sollen – jedoch flankierend zu diesem Gesetz durch eine Neufassung der UVgO und des ersten Abschnitts der VOB/A geregelt –, stellten deutliche bürokratische Belastungen für Unternehmen dar. Eine verbindliche bundeseinheitliche Regelung im Oberschwellenbereich ist daher unerlässlich. Auch soweit der vierte Teil des GWB von den Ländern als eigene Angelegenheit ausgeführt wird, ist dort ebenfalls eine einheitliche Regelung des Verwaltungsverfahrens der Vergabekammern aus Gründen der Wettbewerbsgleichheit unerlässlich.

V. Vereinbarkeit mit dem Recht der Europäischen Union und völkerrechtlichen Verträgen

Der Entwurf ist mit dem Recht der Europäischen Union und völkerrechtlichen Verträgen, die die Bundesrepublik Deutschland abgeschlossen hat, vereinbar. Dies gilt insbesondere für die Richtlinien für die Vergabe öffentlicher Aufträge (Richtlinie 2014/24/EU), die Richtlinie für die Auftragsvergabe in den Bereichen der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie der Postdienste (Richtlinie 2014/25/EU), die Richtlinie über die Vergabe von Konzessionen (Richtlinie 2014/23/EU) und die Verteidigungsvergaberichtlinie (Richtlinie 2009/81/EG). Diese wurden erstmals im Zuge des Vergaberechtsmodernisierungsgesetzes 2015 durch entsprechende Regelungen in GWB, VgV, SektVO, KonzVgV und VSVgV umgesetzt. Durch das vorliegende Gesetz werden die im europäischen Recht vorgesehenen Grenzen weiterhin eingehalten. Die bestehenden nationalen Regelungen werden angesichts eines laufenden Vertragsverletzungsverfahrens der Europäischen Kommission punktuell noch enger an die genannten europäischen Richtlinienvorgaben angepasst.

Die in dem Entwurf enthaltene Möglichkeit zum Ausschluss bestimmter Drittstaaten von öffentlichen Aufträgen im Bereich der kritischen Infrastruktur sowie im Bereich Verteidigung und Sicherheit (neuer § 112a GWB) ist mit dem Recht der Europäischen Union vereinbar, weil die EU-Vergaberichtlinien und damit insbesondere der durch sie niedergelegte Gleichbehandlungsgrundsatz nicht auf die ausschließbaren Drittstaaten anwendbar sind. Die Vereinbarkeit mit völkerrechtlichen Verträgen – insbesondere mit dem WTO-Beschaffungsübereinkommen – folgt aus dem Umstand, dass der neue § 112a GWB nur den Ausschluss solcher Drittstaaten von Vergabeverfahren erlaubt, die keinen völkerrechtlich privilegierten Zugang zum öffentlichen Beschaffungsmarkt der Europäischen Union besitzen.

VI. Gesetzesfolgen

1. Rechts- und Verwaltungsvereinfachung

Vergabeverfahren sollen durch das Vergabetransformationspaket vereinfacht, beschleunigt und digitalisiert werden. Für die einzelnen Maßnahmen wird auf Kapitel A.II (Wesentlicher Inhalt des Entwurfs) verwiesen. Durch die Maßnahmen wird der Aufwand für Unternehmen, an öffentlichen Aufträgen zu partizipieren und diese durchzuführen, gesenkt. Zugleich wird der Aufwand für die öffentliche Verwaltung, solche Aufträge zu organisieren und die Vergaben durchzuführen maßgeblich reduziert. Nachprüfungsverfahren werden ebenfalls wesentlich beschleunigt und digitalisiert.

2. Nachhaltigkeitsaspekte

Der Gesetzentwurf steht im Einklang mit der Nachhaltigkeitsstrategie der Bundesregierung. Insbesondere trägt er zur Erreichung des Nachhaltigkeitsziels 12 („Nachhaltige/r Konsum und Produktion“) bei, indem er – über die bestehenden „Kann“-Vorgaben hinausgehend – verbindliche Vorgaben zur Berücksichtigung sozialer und umweltbezogener Nachhaltigkeitskriterien bei der Ausgestaltung von Vergabeverfahren einführt sowie die Beschaffung bestimmter, nicht nachhaltiger Leistungen untersagt. Der Anteil nachhaltiger Vergaben wird hierdurch deutlich erhöht, zudem wird die öffentliche Hand auf diese Weise ihrer Vorbildwirkung für die nachhaltige öffentliche Beschaffung gerecht (siehe Indikatorenbereich 12.3 der Deutschen Nachhaltigkeitsstrategie). Mittels Stärkung der sozial-ökologisch nachhaltigen Beschaffung trägt der Gesetzentwurf ebenfalls zur Erreichung der Nachhaltigkeitsziele 5 („Geschlechtergleichstellung erreichen und alle Frauen und Mädchen zur Selbstbestimmung befähigen“) und 13 („Umgehend Maßnahmen zur Bekämpfung des Klimawandels und seiner Auswirkungen ergreifen“) bei.

3. Haushaltsausgaben ohne Erfüllungsaufwand

Es entstehen keine Haushaltsausgaben ohne Erfüllungsaufwand durch das vorliegende Gesetz.

4. Erfüllungsaufwand

Der Erfüllungsaufwand für Wirtschaft und Verwaltung resultiert aus der Vergabe öffentlichen Aufträge. Für die Wirtschaft entsteht insbesondere ein Aufwand im Zuge der Teilnahme von Unternehmen als Bewerber oder Bieter an Vergabeverfahren und der hierfür erforderlichen Erstellung, Aufbereitung und Einreichung von Teilnahmeanträge und Angebote einschließlich aller geforderten Unterlagen. Darüber hinaus fungieren Unternehmen als Sektorenauftraggeber in den Bereichen der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie der Postdienste; für diese Unternehmen entsteht ein der Verwaltung entsprechender Aufwand bei der Durchführung der Vergabeverfahren. Die Verwaltung auf Bund-, Landes- und kommunaler Ebene ist als öffentlicher Auftraggeber an das Vergaberecht gebunden. Ein Erfüllungsaufwand entsteht insoweit bei der Durchführung der Verfahren zur Vergabe öffentliche Aufträge im Zuge des öffentlichen Einkaufs.

In Abstimmung mit dem Statistischen Bundesamt werden nachfolgend die Maßnahmen, die innerhalb des Vergabetransformationspaket in Ober- und Unterschwellen zur Reform des Vergaberechts durchgeführt wurden, gebündelt aufgeführt. Damit umfasst der dargestellt Erfüllungsaufwand nicht nur die Auswirkungen des vorliegenden Gesetzentwurfs auf die Bürgerinnen und Bürger, die Wirtschaft und die Verwaltung (Bund, Länder und Kommunen), sondern auch jene der Neufassung der Unterschwellenvergabeordnung, die in einem parallelen Prozess durch die Bundesregierung unter Einbeziehung der Länder beschlossen und von den Ländern möglichst weitgehend umgesetzt wird. Nicht enthalten ist die durch entsprechende Anpassungen im ersten Abschnitt der VOB/A im Hinblick auf die Vergabe von Bauleistungen im Unterschwellenbereich zu erwartende, ebenfalls substantielle Reduzierung des Erfüllungsaufwands.

Die angegebenen Schätzungen der Reduzierung des Erfüllungsaufwands werden die Entlastung der Wirtschaft und Verwaltung voraussichtlich unterschätzen. Denn für eine valide quantitative Schätzung der Auswirkungen mancher Maßnahmen, die zu weiterer Entlastung für Wirtschaft und Verwaltung führen werden, ist keine ausreichende Datenbasis vorhanden oder eine Schätzung kann angesichts des weiterhin bestehenden hohen Gestaltungsspielraums für öffentliche Auftraggeber nicht valide durchgeführt werden. Darüber hinaus muss unter anderem angesichts fehlender neuerer Erhebungen auf das Ramboell-Gutachten von 2008 zurückgegriffen, um den Aufwand verschiedener Arbeitsschritte zu schätzen. Es ist davon auszugehen, dass sich dieser Aufwand in den letzten fünfzehn Jahren signifikant verändert hat. Auch Maßnahmen, die insbesondere der Beschleunigung dienen und

dahingehend den Verwaltungsaufwand reduziert, werden in der Schätzung des Erfüllungsaufwands nicht dargestellt.

Unter anderem die folgenden (entlastenden) Maßnahmen sind aus diesen Gründen derzeit nicht im Erfüllungsaufwand enthalten:

- Flexibilisierung des Losgrundsatzes (§ 97 GWB)
- Klarstellungen bei den Ausnahmen bei öffentlich-öffentlicher Zusammenarbeit (§ 108 GWB)
- Reduzierung der Begründungspflichten angesichts der Möglichkeit, Bewerber und Bieter aus Drittstaaten vom Vergabeverfahren auszuschließen (§ 112a GWB)
- Klarstellungen bezüglich der Nachforderung von Unterlagen (§ 56 VgV)
- Neue Möglichkeit der Direktauftragsvergabe über Online-Marktplätze (§ 14b UVgO)
- Auswirkungen des vereinfachten Krisenvergaberechts (§ 14c UVgO)

4.1 Erfüllungsaufwand für Bürgerinnen und Bürger

Für Bürgerinnen und Bürger gibt es keine Änderung im Erfüllungsaufwand.

4.2 Erfüllungsaufwand für die Wirtschaft

Für die Wirtschaft ergibt sich eine Reduzierung des jährlichen Erfüllungsaufwands in Höhe von rund 328,1 Millionen Euro. Es entsteht kein einmaliger Erfüllungsaufwand.

Davon Bürokratiekosten aus Informationspflichten

Davon entfällt eine Reduzierung von 27,5 Millionen Euro auf Bürokratiekosten aus Informationspflichten.

Zu den Schätzungen des Statistischen Bundesamts im Einzelnen:

1. Leistungsbeschreibung (§ 121 GWB)

Fallzahl	Zeitaufwand pro Fall (in Minuten)	Lohnsatz pro Stunde (in Euro)	Sachkosten pro Fall (in Euro)	Personalkosten (in Tsd. Euro)	Sachkosten (in Tsd. Euro)
99.500	-15	36,30		-903	
Änderung des Erfüllungsaufwands (in Tsd. Euro)				-903	

Durch die Streichung des „erschöpfend“ soll auch der Aufwand bei Unternehmen für das Durcharbeiten der Leistungsbeschreibung verringert werden. Da die Prozesse und der damit verbundene Aufwand im Detail nicht bekannt sind, ist die Abschätzung des Einsparpotentials sehr schwierig. Es wird angenommen, dass sich für interessierte Unternehmen der Aufwand bei der Erarbeitung der Leistungsbeschreibung reduziert und sich daraus eine Verringerung des Zeitaufwandes von 15 Minuten ergibt. Laut Vergabestatistik im Jahr 2021 betrug die Anzahl der gemeldeten Vergaben im Oberschwellenbereich 19.900. Auf diese bewerben sich durchschnittlich fünf Unternehmen; dies ergibt 99.500 Bewerbungen. Mit Lohnkosten der Gesamtwirtschaft in Höhe von 36,30 Euro pro Stunde ergibt sich somit eine Einsparung von rund 903.000 Euro.

2. Nachweiserbringung nur noch von aussichtsreichenden Bewerbern oder Bietern (§ 122 GWB, § 48 VgV, § 35 UVgO)

Fallzahl	Zeitaufwand pro Fall (in Minuten)	Lohnsatz pro Stunde (in Euro)	Sachkosten pro Fall (in Euro)	Personalkosten (in Tsd. Euro)	Sachkosten (in Tsd. Euro)
361.800	-25,3	36,30		-5.538	
977.700	-30	36,30		-17.745	

Änderung des Erfüllungsaufwands (in Tsd. Euro)	-23.283
--	---------

Im Zuge der Aufbereitung der Angebotsunterlagen und Teilnahmeanträge sind entsprechend der formellen Anforderungen auch Eignungsnachweise einzureichen. Der durchschnittliche Zeitaufwand allein für die Angaben zu den Eignungsnachweisen liegt bei etwa 30 Minuten und kann je nach Verfahren sehr stark variieren.

Die Anzahl der gemeldeten Vergaben insgesamt betrug laut Vergabestatistik im Jahr 2021 rund 182.000 (eine Meldepflicht besteht erst ab einem Auftragsvolumen von über 25.000 Euro). Hiervon abzuziehen sind die Bauleistungen im Unterschwellenbereich, sodass rund 91.140 Verfahren verbleiben. Wie viele Verfahren es mit einem Auftragswert zwischen 10.000³⁾ und 25.000 Euro gibt, ist nicht bekannt. Auf Basis der freiwillig gemeldeten Daten an die Vergabestatistik (für 2021 wurden 9.800 Aufträge und Konzessionen gemeldet) wird für die weitere Berechnung angenommen, dass etwa 80.000 Verfahren nicht gemeldet werden. Hiervon abzuziehen sind die Bauleistungen (ca. 40 Prozent), es verbleiben 48.000 Verfahren (Lieferungen und Dienstleistungen), die hinzuzurechnen sind. Somit beträgt die Anzahl der relevanten Vergaben zunächst 139.140.

Wurde die Eignung eines Unternehmens innerhalb eines Jahres bei einem hinsichtlich der Eignungsanforderungen vergleichbaren Auftrag vom Auftraggeber festgestellt, kann dieser bei Vergabeverfahren ohne Teilnahmewettbewerb auf eine Vorlage der Unterlagen zukünftig verzichten. Laut Vergabestatistik werden jährlich rund 43.400 Aufträge im Rahmen von beschränkten Ausschreibungen und Verhandlungsvergaben ohne Teilnahmewettbewerb vergeben. Bei diesen Verfahren fordert der Auftraggeber mehrere, grundsätzlich mindestens drei Unternehmen, zur Abgabe eines Angebots auf. Dahingehend sind 130.200 Unternehmen von der Änderung betroffen. Es könnte bei etwa 15 Prozent bzw. 19.530 Bewerbungen zukünftig komplett auf die Eignungsprüfung verzichtet werden, sodass hier die Nachweispflicht seitens der Unternehmen entfällt (durchschnittlich 30 Minuten pro Fall).

Alle weiteren aufgeführten Änderungen wirken in Summe und werden im Folgenden zusammengefasst betrachtet. Für die weitere Berechnung wird angenommen, dass sich der Zeitaufwand für die Bieter im Zuge der Aufbereitung der Angebotsunterlagen und Teilnahmeanträge um 25 Minuten reduziert. Einzelnachweise sollen zukünftig nur von aussichtsreichen Bewerbern oder Bietern vorzulegen sein (durchschnittlich 1,5 Bieter pro Verfahren). Auf Verfahren im Oberschwellenbereich bewerben sich durchschnittlich fünf Unternehmen und im Unterschwellenbereich durchschnittlich vier Unternehmen, woraus sich eine durchschnittliche Anzahl von rund 4,1 Unternehmen pro Verfahren ergibt. Entsprechend ausgehend von durchschnittlich 4,1 Bietern pro Verfahren entfällt dieser Arbeitsschritt für durchschnittlich 2,6 Unternehmen pro Verfahren. Dahingehend entfällt die Vorlage von insgesamt rund 342.270 Eignungsnachweisen. Für die Vorlage dieser Nachweise entfällt ein Zeitaufwand von durchschnittlich 25 Minuten.

Über alle 361.800 Fälle betrachtet beträgt damit die Zeitersparnis durchschnittlich 25,3 Minuten. Bei einer solchen Zeitersparnis und einem Lohnsatz von 36,30 Euro errechnet sich zunächst ein Einsparpotential von rund 5,5 Millionen Euro pro Jahr.

Darüber hinaus wird sich auch der Aufwand für das Einholen bzw. Aktualisieren von Einzelnachweisen, die nicht nur fallbezogen als Nachweis der Eignung dienen und damit mehrfach verwendet werden können (beispielsweise Unbedenklichkeitsbescheinigungen, Nachweis von Versicherungen, Auszug Handelsregister), reduzieren. Hinzu kommt, dass aufgrund der Erhöhung des Schwellenwertes für die Direktvergaben sich die Anzahl der förmlichen Verfahren reduzieren wird. Es kann daher von einem Einsparpotential von 20 Prozent ausgegangen werden. Etwa 850.000 Unternehmen bewerben sich regelmäßig auf öffentliche Ausschreibungen von Lieferungen und Dienstleistungen und 127.700 Unternehmen auf Bauleistungen. Der jährliche Zeitaufwand für das Einholen von

³⁾ Die Schätzung beruht z.Zt. auf einem Wert von 10.000 Euro, da Fallzahlen bis 15.000 Euro fehlen.

Eignungsnachweisen beträgt durchschnittlich 137 Minuten für Anbieter von Lieferungen und Dienstleistungen und 156 Minuten für Anbieter von Bauleistungen. Damit beträgt der durchschnittliche Zeitaufwand eines Unternehmens für das Einholen bzw. Aktualisierung von Einzelnachweisen rund 140 Minuten pro Jahr. Das prognostizierte Einsparpotential entspricht rund 30 Minuten pro Jahr. Bei einem Lohnsatz von 36,30 Euro ergibt sich eine Einsparung von rund 17,7 Millionen Euro pro Jahr. Dies ist als Informationspflicht zu klassifizieren.

3. Textform bei Nachprüfanträgen (§ 161 GWB)

Fallzahl	Zeitaufwand pro Fall (in Minuten)	Lohnsatz pro Stunde (in Euro)	Sachkosten pro Fall (in Euro)	Personalkosten (in Tsd. Euro)	Sachkosten (in Tsd. Euro)
140			-5,10		-0,7
Änderung des Erfüllungsaufwands (in Tsd. Euro)				-0,7	

Es ist vorgesehen, den Nachprüfantrag zukünftig in Textform (d.h. auch elektronisch per Mail) stellen zu können. Bisher haben Unternehmen den Antrag schriftlich und eigenhändig unterschrieben per Postversand oder per Telefax / eFax eingereicht. Bei Unternehmen mit anwaltlicher Vertretung wird der Antrag in der Regel über das Anwaltspostfach beBPO (besonderes elektronisches Behördenpostfach) eingereicht. Dieser Vorgang wird für in Zukunft einfacher, da der Antrag nicht mehr mit der Signatur versendet werden muss. Dabei entsteht eine Ersparnis der Sachkosten in den Fällen, bei denen die Anträge heute noch per Post eingereicht werden müssen. Die Anträge müssen nicht mehr ausgedruckt und versandt werden. Das betrifft schätzungsweise rund 140 Anträge, die Portokosten werden mit 5,10 Euro (Briefporto mit Einschreiben) angesetzt. Daraus ergibt sich eine Reduzierung der Sachkosten um rund 700 Euro pro Jahr.

4. Hybride oder virtuelle Verhandlungen (§ 166 GWB)

Fallzahl	Zeitaufwand pro Fall (in Minuten)	Lohnsatz pro Stunde (in Euro)	Sachkosten pro Fall (in Euro)	Personalkosten (in Tsd. Euro)	Sachkosten (in Tsd. Euro)
213	-480	36,30		-62	
Änderung des Erfüllungsaufwands (in Tsd. Euro)				-62	

Laut Einschätzung der befragten Vergabekammern werden die Verhandlungen von den meisten Verfahrensbeteiligten in schätzungsweise 70 Prozent der Verfahren nach wie vor persönlich wahrgenommen werden. Es ist davon auszugehen, dass sich die Beigeladenen (Mitbieter des betreffenden Verfahrens) häufiger virtuell beteiligen, da ihre Rolle eher zuhörenden Charakter hat. Deren Wegezeiten werden mit durchschnittlich 8 Stunden angesetzt, da beigeladene Mitbieter deutschlandweit mitbieten können. Für 30 Prozent der jährlich rund 710 Verfahren ergibt sich eine Einsparung von insgesamt rund 62.000 Euro.

5. Wertgrenzen für Beschränkte Ausschreibungen und Verhandlungsvergaben, jeweils ohne Teilnahmewettbewerb (§ 8 UVgO)

Fallzahl	Zeitaufwand pro Fall (in Minuten)	Lohnsatz pro Stunde (in Euro)	Sachkosten pro Fall (in Euro)	Personalkosten (in Tsd. Euro)	Sachkosten (in Tsd. Euro)
3.000	-132	36,30		-240	
Änderung des Erfüllungsaufwands (in Tsd. Euro)				-240	

Die Wirkungsweise jeder einzelnen Änderung kann nicht abgebildet werden, da diese sich teilweise überschneiden und die Wahl des Verfahrens nicht ausschließlich vom Auftragswert abhängt. Zudem sind die Wertgrenzen in den Ländern unterschiedlich hoch. In Summe ist jedoch davon auszugehen, dass sich die ausschreibenden Stellen sicher häufiger für weniger aufwendigere Verfahren entscheiden werden, d. h. weniger öffentliche

Ausschreibungen bzw. beschränkte Ausschreibungen mit Teilnahmewettbewerb durchführen werden. Für die Schätzung der Fallzahlen wurden die Wertgrenzen von 2023 herangezogen und den gemeldeten Vergaben je Verfahrensart laut Vergabestatistik (Stand 2021) gegenübergestellt. Ausgehend von dieser Datenbasis kann angenommen werden, dass Bundesländer mit bereits hohen Wertgrenzen von den gesetzlichen Neuerungen nicht betroffen sein werden; dies entspricht schätzungsweise knapp 15.000 Vergaben. Auch wird angenommen, dass davon knapp 3.000 Vergaben als Verhandlungsvergabe bzw. einer beschränkten Ausschreibung ohne Teilnahmewettbewerb durchgeführt werden. Bei einer öffentlichen Ausschreibung betragen die Kosten seitens der Bieter insgesamt 824 Euro pro Verfahren. Bei einer Verhandlungsvergabe bzw. einer beschränkten Ausschreibung ohne Teilnahmewettbewerb liegen die Kosten bei durchschnittlich 744 Euro pro Verfahren. Die Differenz von 80 Euro entspricht bei einem Lohnsatz von 36,30 Euro rechnerisch insgesamt etwa 2,2 Stunden pro Verfahren bei durchschnittlich vier Bietern. Der Erfüllungsaufwand reduziert sich somit insgesamt um rund 240.000 Euro pro Jahr.

6. Erhöhung der Direktauftragswertgrenze auf [15.000]⁴⁾ Euro (§ 14 UVgO)

Fallzahl	Zeitaufwand pro Fall (in Minuten)	Lohnsatz pro Stunde (in Euro)	Sachkosten pro Fall (in Euro)	Personalkosten (in Tsd. Euro)	Sachkosten (in Tsd. Euro)
-451.000	1.056	36,30		-288.135	
-451.000	21,2	36,30	8,80	-5.785	-3.969
Änderung des Erfüllungsaufwands (in Tsd. Euro)				-299.595	

Der größte Teil der Vergabeverfahren für Beschaffungen unter [15.000] Euro erfolgt im Wege der Verhandlungsvergabe ohne Teilnahmewettbewerb. Die durchschnittlichen Kosten pro Bieter betragen 166 Euro (basierend auf Angaben in der OnDEA-Datenbank sowie dem Ramboell-Gutachten aus 2008) bzw. pro Verfahren 664 Euro (bei durchschnittlich vier Bietenden, so das Ergebnis der letzten Nachmessungen zum Gesetz zur Modernisierung des Vergaberechts sowie zur UVgO auf Basis der Meldungen an die Vergabestatistik). Im Falle einer Direktvergabe entfallen diese Kosten, da die entsprechenden Arbeitsschritte entfallen. Denn es ist in der Regel kein Angebot mehr vorzulegen, die Vergabe erfolgt nach Preisvergleich formfrei an das ausgewählte Unternehmen.

Dabei ist zu beachten, dass von den Verfahrenskosten in Höhe von 664 Euro die Kosten zur Vorlage der Eignungsnachweise als Kosten aus Informationspflichten (Vorlage der Eignungsnachweise bei Lieferung und Leistung) zu klassifizieren sind. Diese entsprechen 6 Euro pro Bieter und entsprechend 24 Euro pro Verfahren, davon 8,80 Euro Sachkosten.

Für Vergaben unter 25.000 Euro Auftragswert besteht keine Meldepflicht gegenüber der Vergabestatistik, diese bietet daher keine Berechnungsbasis. Im Jahr 2022 entfielen auf Bundesebene rund 112.000 Vergaben von Lieferungen und Dienstleistungen mit einem Auftragswert zwischen 1.000 und 10.000⁵⁾ Euro. Der Anteil des Bundes im Unterschwellenbereich liegt laut Vergabestatistik bei rund 10 Prozent. Überträgt man diese Quote auf alle Vergaben des Bundes, der Länder und Kommunen, dann ist von einer Anzahl von rund 1,1 Millionen Vergaben pro Jahr auszugehen, die einen Auftragswert zwischen 1.000 und 10.000 Euro haben. Eine Verifizierung dieser Schätzung ist derzeit nicht möglich.

Verschiedene Bundesländer haben eigene Direktauftragswertgrenzen über 1.000 Euro. Eine Auswertung lässt den Rückschluss zu, dass aufgrund bereits höher geltender Wertgrenzen auf Bundes- und Landesebene rund 55 Prozent aller Verfahren mit einem Auftragswert zwischen 1.000 und 10.000 Euro bereits direkt vergeben werden. Dahingehend

⁴⁾ Der Betrag wird im Rahmen der Länder- und Verbändeanhörung festzulegen sein, auch in Abgleich mit den (bisher sehr unterschiedlichen) Beträgen in den Ländern.

⁵⁾ Die Schätzung beruht z.Zt. auf einem Wert von 10.000 Euro, da Fallzahlen bis 15.000 Euro fehlen.

könnten ca. 495.000 Vergaben pro Jahr zukünftig zusätzlich direkt vergeben werden, davon rund 55.180 auf Bundesebene und 439.820 auf Landesebene.

Es wird davon ausgegangen, dass der große Teil der Länder im Sinne einer Zielsetzung der Vereinheitlichung die Wertgrenzen übernehmen wird. Daneben könnte trotz der Möglichkeit eines Direktauftrags ein Vergabeverfahren durchgeführt werden. Unter diesen Voraussetzungen wird angenommen, dass in den Ländern rund 90 Prozent der möglichen Direktaufträge tatsächlich als solche genutzt werden. Es ergibt sich eine Gesamtfallzahl von rund 451.000 Direktaufträgen. Im Falle einer Direktvergabe entfallen seitens der Bieter Kosten von insgesamt 664 Euro pro Verfahren (bei durchschnittlich vier Bietern), sodass der jährliche Erfüllungsaufwand um schätzungsweise insgesamt rund 298 Millionen Euro sinkt. Davon sind knapp 9,8 Millionen Euro als Kosten aus Informationspflichten zu klassifizieren, die zukünftig entfallen.

7. Direktaufträge für Innovation (§ 14b UVgO)

Fallzahl	Zeitaufwand pro Fall (in Minuten)	Lohnsatz pro Stunde (in Euro)	Sachkosten pro Fall (in Euro)	Personalkosten (in Tsd. Euro)	Sachkosten (in Tsd. Euro)
-1.000	1.236	36,30		-748	
-1.000	21,2	36,30	8,80	-13	-9
Änderung des Erfüllungsaufwands (in Tsd. Euro)				-770	

Nach der Vergabestatistik wurden im Jahr 2021 etwa 2 050 Vergaben (davon jeweils hälftig Bauleistungen und Liefer- und Dienstleistungen) im Unterschwellenbereich mit einem Auftragswert von unter 100.000 Euro gemeldet, bei denen das Kriterium „innovativ“ berücksichtigt wurde, wobei die Berichtsstellen über einen gewissen Interpretationsspielraum verfügen. Es ist nicht bekannt, ob die Vergabe an Start-Ups oder gemeinwohlorientierte Unternehmen erfolgte. Da keine genaueren Daten vorliegen, dient eine Anzahl von jährlich 1.000 Vergaben von Lieferungen- und Dienstleistungen als Basis für die weitere Berechnung. Die durchschnittlichen Kosten einer Verhandlungsvergabe oder beschränkten Ausschreibung mit bzw. ohne Teilnahmewettbewerb können mit insgesamt rund 770 Euro pro Verfahren bzw. 206 Euro pro Bieter beziffert werden. Davon entfallen 24 Euro pro Verfahren auf Informationspflichten (Vorlage der Eignungsnachweise bei Lieferung und Leistung), davon 8,80 Euro Sachkosten. Im Falle einer Direktvergabe entfallen diese Aufwände. Wie viele Direktaufträge zukünftig unter diese Regelung fallen, ist nicht absehbar.

Wird davon ausgegangen, dass zukünftig mindestens 1.000 Vergaben unter die Neuregelung fallen und damit als Direktauftrag vergeben werden, dann reduziert sich der Erfüllungsaufwand um insgesamt rund 770.000 Euro pro Jahr. Davon entfallen rund 22.000 Euro auf Informationspflichten und rund 748.000 Euro auf weitere Vorgaben.

8. Rahmenvereinbarung (§ 15 UVgO)

Fallzahl	Zeitaufwand pro Fall (in Minuten)	Lohnsatz pro Stunde (in Euro)	Sachkosten pro Fall (in Euro)	Personalkosten (in Tsd. Euro)	Sachkosten (in Tsd. Euro)
-367	1.230	36,30		-273	
Änderung des Erfüllungsaufwands (in Tsd. Euro)				-273	

Der Abschluss einer Rahmenvereinbarung für Lieferungen und Dienstleistungen im Unterschwellenbereich erfolgt im Wege einer nach der UVgO anwendbaren Verfahrensart. Laut einer Auswertung der Vergabestatistik meist im Rahmen einer öffentlichen Ausschreibung und einer Verhandlungsvergabe ohne Teilnahmewettbewerb. Die durchschnittlichen Kosten für die am meisten angewandten Verfahrensarten betragen 744 Euro pro Fall. Dies

entspricht bei einem Lohnsatz von 36,30 Euro (Durchschnitt Gesamtwirtschaft) rechnerisch insgesamt etwa 20,5 Stunden pro Verfahren bei durchschnittlich vier Bietern.

Im Jahr 2021 wurden für den Bund 735 und für die Länder und Kommunen rund 2 930 Rahmenvereinbarungen an die Vergabestatistik gemeldet. Es wird eine Quote von zehn Prozent angenommen, dies entspricht insgesamt 367 betroffenen Verfahren. Bei einem Zeitaufwand von durchschnittlich 20,5 Stunden und einem Lohnsatz von 36,30 Euro ergibt sich eine Einsparung von 273.000 Euro.

9. Auftragsänderungen (§ 47 UVgO)

Fallzahl	Zeitaufwand pro Fall (in Minuten)	Lohnsatz pro Stunde (in Euro)	Sachkosten pro Fall (in Euro)	Personalkosten (in Tsd. Euro)	Sachkosten (in Tsd. Euro)
-5.960	1.290	36,30		-4.651	
Änderung des Erfüllungsaufwands (in Tsd. Euro)				-4.651	

Es wird angenommen, dass sich die Anzahl der förmlichen Verfahren im Unterschwellenbereich um etwa fünf Prozent reduzieren wird. Es kann von einer Anzahl von 119.240 Verfahren im Unterschwellenbereich mit einem Auftragswert ab 10.000 Euro ausgegangen werden. Es würden rund 5.960 Verfahren zukünftig entfallen. Die durchschnittlichen Kosten pro Verfahren liegen bei 780 Euro (bei durchschnittlich vier Bietern pro Verfahren). Dies entspricht bei einem Lohnsatz von 36,30 Euro rechnerisch insgesamt etwa 21,5 Stunden pro Verfahren. Dies ergibt seitens der Wirtschaft eine Einsparung von rund 4,7 Millionen Euro.

4.3 Erfüllungsaufwand für die Verwaltung

Für die Verwaltung entsteht eine Reduzierung des jährlichen Erfüllungsaufwand von rund 985,3 Millionen Euro. Davon entfallen 120,5 Millionen Euro an jährlichen Erfüllungsaufwand auf den Bund und 864,8 Millionen Euro auf die Länder (inklusive Kommunen).

Der einmalige Erfüllungsaufwand beträgt rund 8,6 Millionen Euro. Davon entfallen rund 0,9 Millionen Euro an einmaligem Erfüllungsaufwand auf den Bund und 7,8 Millionen Euro auf die Länder (inklusive Kommunen).

4.3.1 Erfüllungsaufwand für die Verwaltung des Bundes

Zu den Schätzungen des Statistischen Bundesamts im Einzelnen:

1. Höhere EU-Schwellenwerte für Bundesoberbehörden (§ 106 GWB)

Fallzahl	Zeitaufwand pro Fall (in Minuten)	Lohnsatz pro Stunde (in Euro)	Sachkosten pro Fall (in Euro)	Personalkosten (in Tsd. Euro)	Sachkosten (in Tsd. Euro)
400	-690	42,20		-196	
Änderung des Erfüllungsaufwands (in Tsd. Euro)				-196	

Es wird angenommen, dass seitens der Bundesbehörden jährlich rund 520 Vergaben von Lieferungen und Dienstleistungen mit einem Auftragswert von zwischen 143.000 und 220.000 Euro nach der VgV erfolgen. Abzüglich der Verfahren des Bundeskanzleramts und der Bundesministerien liegt die Anzahl bei schätzungsweise 400 Verfahren, die zukünftig nach der UVgO durchgeführt werden können und damit einen geringeren Verwaltungsaufwand haben. Laut Schätzungen aus dem Ramboell-Gutachten von 2008 betragen die durchschnittlichen Kosten für öffentliche und beschränkte Ausschreibungen nach der UVgO rund 3.270 Euro. Im Vergleich dazu können die Kosten bei Verfahren nach der VgV mit etwa 3.760 Euro beziffert werden. Daraus ergibt sich ein Einsparpotential von

durchschnittlich rund 490 Euro pro Fall. Dies entspricht bei durchschnittlichen Lohnkosten für den Bund in Höhe von 42,20 Euro pro Stunde etwa 11,6 Stunden pro Verfahren. Dieser Zeitaufwand entfällt zukünftig bei schätzungsweise 400 Verfahren pro Jahr, sodass sich ein Einsparpotential von rund 196.000 Euro ergibt.

2. Nachhaltige Beschaffung (§ 120a GWB, § 22a UVgO)

Fallzahl	Zeitaufwand pro Fall (in Minuten)	Lohnsatz pro Stunde (in Euro)	Sachkosten pro Fall (in Euro)	Personalkosten (in Tsd. Euro)	Sachkosten (in Tsd. Euro)
2.540	480	42,20		858	
Änderung des Erfüllungsaufwands (in Tsd. Euro)				858	

Einige Vergabestellen haben für sich zum Thema Nachhaltigkeit bereits heute eine Strategie entwickelt und konkrete Ziele definiert, die bei der öffentlichen Auftragsvergabe Berücksichtigung finden. Aus der Vergabestatistik (Berichtsjahr 2021) ist zu entnehmen, dass die Berücksichtigung von Nachhaltigkeitskriterien in etwa 13 Prozent der Vergaben erfolgt (Bund: 9 Prozent; Länder: 19 Prozent; Kommunen 11 Prozent).

Die genaue Anzahl der Vergabestellen ist nicht bekannt (teilweise wird nach wie vor von einer Anzahl von insgesamt 30.000 ausgegangen) und nicht alle potentiellen Vergabestellen schreiben regelmäßig selbst aus. Die registrierten Berichtsstellen der Vergabestatistik haben über 8.900 verschiedene Namen der Auftraggeber angegeben (Stand 2021). Für die weitere Berechnung wird angenommen, dass es insgesamt 15.000 öffentliche Auftraggeber gibt, die regelmäßig Ausschreibungen vornehmen, davon etwa 1.400 auf Bundesebene und 13.600 auf Landesebene (einschließlich der Kommunen). Wie viele Mitarbeitende pro Vergabestelle bzw. Behörde (als Multiplikatoren) zu schulen wären, ist seriös nicht abschätzbar, da die Größe und Struktur der Vergabestellen nicht bekannt sind. Anzusetzen wären eintägige Präsenz- oder Onlineschulungen für die Vergabestellen, bei denen Nachhaltigkeitsaspekte bisher wenig Berücksichtigung fanden (rund 1.270 auf Bundesebene). Es ist davon auszugehen, dass mindestens zwei verantwortliche Mitarbeitende pro Vergabestelle (als Multiplikator) an einer eintägigen Schulung teilnehmen werden müssen.

Unter diesen Annahmen errechnet sich für die Vergabestellen des Bundes ein einmaliger Erfüllungsaufwand von mindestens rund 858.000 Euro.

3. Leistungsbeschreibung (§ 121 GWB)

Fallzahl	Zeitaufwand pro Fall (in Minuten)	Lohnsatz pro Stunde (in Euro)	Sachkosten pro Fall (in Euro)	Personalkosten (in Tsd. Euro)	Sachkosten (in Tsd. Euro)
2.190	-65	42,20		-100	
Änderung des Erfüllungsaufwands (in Tsd. Euro)				-100	

Durch die Änderung soll der Aufwand beim Auftraggeber für die Erstellung der Leistungsbeschreibung verringert werden, da nicht alle Details festgelegt werden müssen (Vergabestellen können später, wenn notwendig nachjustieren). Es wird angenommen, dass für die Erstellung der Leistungsbeschreibung derzeit Kosten in Höhe von rund 920 Euro pro Verfahren entstehen. Dies entspricht bei durchschnittlichen Lohnkosten für die öffentliche Verwaltung in Höhe von 42,50 Euro pro Stunde etwa 21,6 Stunden pro Verfahren.

Da die Prozesse und der damit verbundene Aufwand im Detail nicht bekannt sind, ist die Abschätzung des Einsparpotentials sehr schwierig. Ein Teil des Zeitaufwandes könnte sich in eine andere Phase des Vergabeverfahrens lediglich verlagern. Es wird dahingehend von einer Verringerung des Zeitaufwandes in Höhe von 5 Prozent für die Erstellung der Leistungsbeschreibung auf Seiten der Vergabestellen angenommen, dies entspricht einer Einsparung von 65 Minuten. Die Anzahl der gemeldeten Vergaben im Oberschwellenbereich

betrug laut Vergabestatistik im Jahr 2021 rund 19.900, davon rund 2.190 Verfahren des Bundes. Somit ergibt sich eine Einsparung von rund 100.000 Euro.

4. Nachweiserbringung nur noch durch aussichtsreiche Bewerber oder Bieter (§ 122 GWB, § 48 VgV, § 35 UVgO) und Vereinfachter Wertungsvorgang (§ 42 VgV, § 31 UVgO)

Fallzahl	Zeitaufwand pro Fall (in Minuten)	Lohnsatz pro Stunde (in Euro)	Sachkosten pro Fall (in Euro)	Personalkosten (in Tsd. Euro)	Sachkosten (in Tsd. Euro)
24.950	-31,4	42,20		-551	
Änderung des Erfüllungsaufwands (in Tsd. Euro)				-551	

Die mit § 122 GWB, § 48 VgV sowie § 35 UVgO bereits erläuterten Änderungen reduzieren ebenfalls den Prüfaufwand seitens der Vergabestellen, da weniger Einzelnachweise zu prüfen sind (siehe oben). Die Anzahl der gemeldeten Vergaben im Oberschwellenbereich sowie im Unterschwellenbereich (nur Lieferungen und Dienstleistungen) betrug laut Vergabestatistik im Jahr 2021 rund 91.140, davon entfallen rund 11 Prozent auf den Bund (rund 10.000). Bei der Betrachtung auszuklammern sind die 5.685 Verfahren auf Bundesebene, die bereits von den Neuerungen mit § 42 Absatz 4 VgV und § 31 Absatz 4 UVgO profitieren. Damit verbleiben 4.315 Verfahren auf Bundesebene. Hinzu kommen schätzungsweise 48.000 Verfahren bei Lieferungen und Dienstleistungen mit einem Auftragswert zwischen 10.000 und 25.000 Euro, die nicht unter die Meldepflicht an die Vergabestatistik fallen. Auf den Bund entfallen hiervon schätzungsweise rund 5.280 Verfahren.

In insgesamt 19.530 Fällen, von denen schätzungsweise rund 2.150 Fälle auf den Bund entfallen, kann zukünftig auf die Eignungsprüfung komplett verzichtet werden, da die Eignung des Bieters innerhalb eines Jahres bei einem hinsichtlich der Eignungsanforderungen vergleichbaren Auftrag bereits festgestellt wurde. Die Zeitersparnis wird auf 45 Minuten pro Fall geschätzt.

Wie bereits bei der Wirtschaft dargestellt, wird für die weitere Berechnung eine Anzahl von 4,1 Bietern pro Verfahren angesetzt. Bei 2,7 Bietern soll zukünftig die Vorlage und damit auch die Prüfung der Eigenerklärungen genügen, die Prüfung von Einzelnachweisen entfällt. Damit ergibt sich eine Fallzahl von 22.800 Eignungsnachweisen, für die angenommen wird, dass sich der Prüfaufwand um durchschnittlich 30 Minuten reduziert.

Über alle 24.950 Fälle betrachtet beträgt die durchschnittliche Zeitersparnis 31,4 Minuten und somit errechnet sich ein Einsparpotential von rund 551.000 Euro pro Jahr für den Bund.

Vereinfachter Wertungsvorgang

Fallzahl	Zeitaufwand pro Fall (in Minuten)	Lohnsatz pro Stunde (in Euro)	Sachkosten pro Fall (in Euro)	Personalkosten (in Tsd. Euro)	Sachkosten (in Tsd. Euro)
5.685	-264	42,20		-1.056	
Änderung des Erfüllungsaufwands (in Tsd. Euro)				-1.056	

Da keine aktuelleren Kenntnisse vorliegen, wird auf Basis der Ramboell-Studie angenommen, dass eine Eignungsprüfung Kosten in Höhe von rund 300 Euro pro Verfahren (bei durchschnittlich fünf Bietern) verursacht.

Es bewerben sich durchschnittlich 4,1 Bieter pro Verfahren. Die gesetzliche Neuerung würde dazu führen, dass zukünftig nur noch ein Bieter hinsichtlich seiner Eignung geprüft wird, bevor dieser endgültig den Zuschlag erhält. Die Einsparung kann mit 186 Euro pro Fall beziffert werden. Dies entspricht bei durchschnittlichen Lohnkosten für die öffentliche Verwaltung in Höhe von 42,50 Euro pro Stunde etwa 4,4 Stunden pro Verfahren. Inwieweit dieses Vorgehen bereits heute erfolgt, ist nicht bekannt.

Die Anzahl der gemeldeten Vergaben im offenen Verfahren (Oberschwellenbereich) betrug laut Vergabestatistik im Jahr 2021 rund 10.940. Die Anzahl der Verfahren ohne Teilnahmewettbewerb für Lieferungen und Dienstleistungen im Unterschwellenbereich betrug 60.845. Für die weitere Berechnung wird angenommen, dass der sogenannte „vereinfachte Wertungsvorgang“ (bisher eine „Kann“-Regelung) in der Praxis in den meisten Fällen noch nicht angewandt wird. Schätzungsweise sind daher 57.428 Vergaben von der Regelung betroffen. Auch in Zukunft kann von dieser neuen „Soll-Regelung“ abgewichen werden; dahingehend verbleiben schätzungsweise 51.685 Verfahren, davon entfallen etwa 5.685 Verfahren auf den Bund. Bei einer Zeitersparnis von etwa 4,4 Stunden pro Fall (Lohnsatz Bund 42,20 Euro) beträgt die Einsparung rund 1,1 Millionen Euro pro Jahr.

5. Mehr Befugnisse für Einzelentscheidungen (§§ 157, 162, 163, 169 GWB)

Fallzahl	Zeitaufwand pro Fall (in Minuten)	Lohnsatz pro Stunde (in Euro)	Sachkosten pro Fall (in Euro)	Personalkosten (in Tsd. Euro)	Sachkosten (in Tsd. Euro)
120	-1.680	42,50		-143	
Änderung des Erfüllungsaufwands (in Tsd. Euro)				-143	

Da die Zwischen- und Verfahrensentscheidungen zukünftig keine vollbesetzte Kammer erfordern, entfällt der Zeitaufwand für zwei der Kammermitglieder. Es wird pro Person von einer Zeitersparnis von etwa 14 Stunden pro Verfahren ausgegangen (1.680 Minuten). Die Lohnkosten werden mit 42,50 Euro (Durchschnitt der öffentlichen Verwaltung) berechnet. Ehrenamtliche Beisitzer müssen über mehrjährige praktische Erfahrung auf dem Gebiet des Vergabewesens verfügen. Sie können die Erfahrung sowohl durch ihre Aufgaben in Kommunen, als auch in Landes- oder Bundesbehörden erworben haben. Daraus ergibt sich für den Bund bei 120 Verfahren pro Jahr eine Einsparung von rund 143.000 Euro.

6. Änderungen bei der Fristverlängerung (§ 167 GWB)

Fallzahl	Zeitaufwand pro Fall (in Minuten)	Lohnsatz pro Stunde (in Euro)	Sachkosten pro Fall (in Euro)	Personalkosten (in Tsd. Euro)	Sachkosten (in Tsd. Euro)
35	-55	58,50		-1,9	
Änderung des Erfüllungsaufwands (in Tsd. Euro)				-1,9	

Laut der Statistischen Meldungen über Vergabenachprüfungsverfahren werden bei der Vergabekammer des Bundes bei etwa 35 Verfahren pro Jahr (mindestens einmal) die Frist verlängert. Pro Verfahren kann eine Zeitersparnis von durchschnittlich 55 Minuten angenommen werden, da die Mitteilung an alle Beteiligten nun elektronisch erfolgen kann (Lohnkosten 58,50 Euro). Somit errechnet sich eine Ersparnis von rund 1.900 Euro pro Jahr.

7. Geringere Dokumentationspflichten (§ 6 UVgO)

Fallzahl	Zeitaufwand pro Fall (in Minuten)	Lohnsatz pro Stunde (in Euro)	Sachkosten pro Fall (in Euro)	Personalkosten (in Tsd. Euro)	Sachkosten (in Tsd. Euro)
11.900	-80	42,20		-670	
Änderung des Erfüllungsaufwands (in Tsd. Euro)				-670	

Auf Basis des Ramboell-Gutachtens von 2008 wird angenommen, der Dokumentationsaufwand in Form des Vergabevermerkes derzeit Kosten in Höhe von rund 150 Euro pro Verfahren verursacht. Dies entspricht bei durchschnittlichen Lohnkosten für die öffentliche Verwaltung in Höhe von 42,50 Euro pro Stunde etwa 3,5 Stunden pro Verfahren (210 Minuten). Die Anzahl der gemeldeten Vergaben von Lieferungen und Dienstleistungen im Unterschwellenbereich betrug laut Bericht der Vergabestatistik im Jahr 2021 rund 71.240 (eine Meldepflicht besteht erst ab einem Auftragsvolumen von über 25.000 Euro). Wie viele Verfahren es mit einem Auftragswert zwischen 10.000 und 25.000 Euro Auftragswert gibt, ist

nicht bekannt. Im Jahr 2021 wurden insgesamt rund 5.900 öffentliche Aufträge und Konzessionen (Lieferungen und Dienstleistungen) unter 25.000 Euro freiwillig an die Vergabestatistik gemeldet. Für die weitere Berechnung wird angenommen, dass etwa weitere 48.000 Verfahren nicht gemeldet werden. In Summe beträgt die Anzahl an kleinvolumigen Vergaben unter 25.000 Euro knapp 53.900.

Es wird angenommen, dass für 65.340 Verfahren das Einsparpotential rund 60 Minuten und für rund 53.900 kleinvolumige Vergaben rund 105 Minuten beträgt. Die durchschnittliche Zeitersparnis kann daher mit rund 80 Minuten pro Verfahren beziffert werden. Der Anteil des Bundes im Unterschwellenbereich liegt bei rund zehn Prozent. Bei jährlich 11.900 Verfahren auf Bundesebene und einer angenommenen Einsparung von 80 Minuten pro Fall (bei einem Lohnsatz im Bund von 42,20 Euro), reduziert sich der jährliche Erfüllungsaufwand um rund 670.000 Euro.

8. Wertgrenzen für Beschränkte Ausschreibungen und Verhandlungsvergaben, jeweils ohne Teilnahmewettbewerb (§ 8 UVgO)

Fallzahl	Zeitaufwand pro Fall (in Minuten)	Lohnsatz pro Stunde (in Euro)	Sachkosten pro Fall (in Euro)	Personalkosten (in Tsd. Euro)	Sachkosten (in Tsd. Euro)
300	-1.158	42,20		-244	
Änderung des Erfüllungsaufwands (in Tsd. Euro)				-244	

Es wird angenommen, dass bei Erhöhung der Wertgrenzen zukünftig 3.000 Vergaben von Lieferungen und Dienstleistungen weniger im Rahmen einer öffentlichen Ausschreibung erfolgen werden (siehe oben), davon entfallen 300 Fälle auf den Bund. Die Verwaltungskosten bei einer öffentlichen Ausschreibung betragen 3.520 Euro pro Verfahren. Bei einer Verhandlungsvergabe bzw. einer beschränkten Ausschreibung ohne Teilnahmewettbewerb liegen die Kosten bei durchschnittlich 2.700 Euro pro Verfahren. Die Differenz beträgt 820 Euro. Dies entspricht bei durchschnittlichen Lohnkosten für die öffentliche Verwaltung in Höhe von 42,50 Euro pro Stunde etwa 19,3 Stunden pro Verfahren. Bei jährlich 300 Verfahren seitens des Bundes und einer solchen Zeitersparnis (Lohnsatz Bund 42,20 Euro) beträgt die Einsparung rund 244.000 Euro pro Jahr.

9. Erhöhung der Direktauftragswertgrenze auf [15.000]⁶⁾ Euro (§ 14 UVgO)

Fallzahl	Zeitaufwand pro Fall (in Minuten)	Lohnsatz pro Stunde (in Euro)	Sachkosten pro Fall (in Euro)	Personalkosten (in Tsd. Euro)	Sachkosten (in Tsd. Euro)
-55.180	2.964	42,20		-115.033	
Änderung des Erfüllungsaufwands (in Tsd. Euro)				-115.033	

Es wird angenommen, dass 451.000 Vergaben, die bisher in einem förmlichen Verfahren liefen, zukünftig gemäß § 14 UVgO ebenfalls direkt vergeben werden (siehe oben). Von diesen fallen rund 55.180 auf Bundesebene und 395.820 auf Landesebene. Die in der On-Dea-Datenbank geführten Vorgaben zur UVgO bilden nur einen Teil des Gesamtprozesses eines Vergabeverfahrens ab. Insbesondere fehlen die Prozessschritte zur Erstellung von Vergabeunterlagen, die Angebotsauswahl und die Verhandlungsphase. Einen weitestgehend vollständigen Prozess bildet ein Ramboell-Gutachten aus dem Jahr 2008 ab. Zwar sind die Prozesse heute noch weitestgehend identisch, allerdings haben sich die Zeitaufwände mit Einführung der eVergabe geändert. Weiterhin ist das Lohnniveau um etwa 35 Prozent gestiegen. Ebenfalls zu berücksichtigen ist, dass die durchschnittliche Anzahl an Bietern im Gutachten von 2008 deutlich höher angesetzt wurde als dies heute noch der Fall ist. Diese Punkte wurden bei der Aktualisierung der Daten bestmöglich berücksichtigt.

⁶⁾ Der Betrag wird im Rahmen der Länder- und Verbändeanhörung festzulegen sein, auch in Abgleich mit den (bisher sehr unterschiedlichen) Beträgen in den Ländern. Die Schätzung beruht z.Zt. auf einem Wert von 10.000 Euro, da Fallzahlen bis 15.000 Euro fehlen.

Es entstehen Gesamtkosten einer Verhandlungsvergabe ohne Teilnahmewettbewerb in Höhe von 2.700 Euro. Die Gesamtkosten einer Direktvergabe werden auf 600 Euro geschätzt. Dahingehend entsteht ein Einsparpotential seitens der Verwaltung mit etwa 2.100 Euro pro Verfahren beziffert werden. Dies entspricht bei durchschnittlichen Lohnkosten für die öffentliche Verwaltung in Höhe von 42,50 Euro pro Stunde etwa 49,4 Stunden pro Verfahren. Bei jährlich 55.180 Verfahren auf Bundesebene und einer solchen Zeitersparnis (Lohnsatz Bund 42,20 Euro) beträgt die Einsparung rund 115 Millionen Euro pro Jahr.

10. Erhöhung der Direktauftragswertgrenze für Direktaufträge für Innovation auf 100.000 Euro (§ 14b UVgO)

Fallzahl	Zeitaufwand pro Fall (in Minuten)	Lohnsatz pro Stunde (in Euro)	Sachkosten pro Fall (in Euro)	Personalkosten (in Tsd. Euro)	Sachkosten (in Tsd. Euro)
-100	3.594	42,20		-253	
Änderung des Erfüllungsaufwands (in Tsd. Euro)				-253	

Analog der Berechnungen bei der Wirtschaft wird angenommen, dass sich die Anzahl förmlicher Verfahren um 1.000 Fälle pro Jahr reduziert, da stattdessen eine Direktvergabe erfolgt. Auf Bundesebene entspricht dies etwa 100 Verfahren.

Stellt man die Kosten einer Verhandlungsvergabe oder beschränkten Ausschreibung mit bzw. ohne Teilnahmewettbewerb in Höhe von durchschnittlich 3.145 Euro den Kosten einer Direktvergabe (600 Euro) gegenüber, dann errechnet sich ein Einsparpotential von 2.545 Euro pro Verfahren. Dies entspricht bei durchschnittlichen Lohnkosten für die öffentliche Verwaltung in Höhe von 42,50 Euro pro Stunde etwa 59,9 Stunden pro Verfahren. Bei jährlich 100 Verfahren und einer solchen Zeitersparnis pro Fall (Lohnsatz Bund 42,20 Euro) beträgt die Einsparung rund 253.000 Euro pro Jahr.

11. Rahmenvereinbarungen (§ 15 UVgO)

Fallzahl	Zeitaufwand pro Fall (in Minuten)	Lohnsatz pro Stunde (in Euro)	Sachkosten pro Fall (in Euro)	Personalkosten (in Tsd. Euro)	Sachkosten (in Tsd. Euro)
-74	4.380	42,20		-226	
Änderung des Erfüllungsaufwands (in Tsd. Euro)				-226	

Laut einer Auswertung der Vergabestatistik werden die meisten Rahmenvereinbarungen durch öffentliche Ausschreibungen und durch Verhandlungsvergaben ohne Teilnahmewettbewerb vergeben. Der Durchschnitt der Kosten für eine Verhandlungsvergabe ohne Teilnahmewettbewerb (2.700 Euro) und den Kosten einer öffentlichen Ausschreibung (3.520 Euro) beträgt 3.110 Euro. Dies entspricht bei durchschnittlichen Lohnkosten für die öffentliche Verwaltung in Höhe von 42,50 Euro pro Stunde etwa 73 Stunden pro Verfahren. Für den Bund wurden im Jahr 2021 735 Rahmenvereinbarungen als freiwillige Angabe an die Vergabestatistik gemeldet. Somit ergibt sich bei Annahme einer Quote von zehn Prozent eine Ersparnis bei 74 betroffenen Rahmenvereinbarungen, die ohne Vergabeverfahren verlängert werden können. Bei jährlich 74 Verfahren auf Bundesebene und einer Zeitersparnis von durchschnittlich 73 Stunden pro Fall (Lohnsatz Bund 42,20 Euro) beträgt die Einsparung rund 226.000 Euro pro Jahr.

12. Auftragsänderungen (§ 47 UVgO)

Fallzahl	Zeitaufwand pro Fall (in Minuten)	Lohnsatz pro Stunde (in Euro)	Sachkosten pro Fall (in Euro)	Personalkosten (in Tsd. Euro)	Sachkosten (in Tsd. Euro)
-600	4.548	42,20		-1.919	
Änderung des Erfüllungsaufwands (in Tsd. Euro)				-1.919	

Es wird angenommen, dass sich die Anzahl der förmlichen Verfahren im Unterschwellenbereich um 5.960 Verfahren reduzieren wird, davon entfallen rund 600 Verfahren auf den Bund. Es entstehen Einsparungen von durchschnittlich 3.220 Euro pro Verfahren. Dies entspricht bei durchschnittlichen Lohnkosten für die öffentliche Verwaltung in Höhe von 42,50 Euro pro Stunde etwa 75,8 Stunden pro Verfahren. Bei jährlich 600 Verfahren auf Bundesebene und einer solchen Zeitersparnis (Lohnsatz Bund 42,20 Euro) beträgt die Einsparung rund 1,9 Millionen Euro pro Jahr.

13. Änderungen des Erfüllungsaufwands in Höhe von unter 100.000 Euro

Vorgabe	Personalkosten (in Tsd. Euro)	Sachkosten (in Tsd. Euro)
Keine Veröffentlichung der EU-Schwellenwerte im Bundesanzeiger (§ 106 GWB)	-0,35	
Textform bei Nachprüfanträgen (§ 161 GWB)	-7	
Elektronische Bereitstellung der Akten bei Akteneinsicht (§ 165 GWB)	-39	
Virtuelle Verhandlungen (§ 166 GWB)	-3	
Änderungen bei der Fristverlängerung (§ 167 GWB)	-1,9	
Übermittlung der Verfahrensentscheidung in Textform (§ 168 GWB)	-1,2	-1,4
Übermittlung der Verfahrensakte in Textform (§ 172 GWB)	-2,7	
Veröffentlichung abweichender Länderregelungen in der Unterschwelle (§ 1 UVgO)	0,56	
Vier-Augen-Prinzip (§ 40 UVgO)	-42	

4.3.2 Erfüllungsaufwand für die Verwaltung der Länder und Kommunen

Zu den Schätzungen des Statistischen Bundesamts im Einzelnen:

1. Nachhaltige Beschaffung (§ 120a GWB, § 22a UVgO)

Fallzahl	Zeitaufwand pro Fall (in Minuten)	Lohnsatz pro Stunde (in Euro)	Sachkosten pro Fall (in Euro)	Personalkosten (in Tsd. Euro)	Sachkosten (in Tsd. Euro)
23.120	480	42,00		7.768	
Änderung des Erfüllungsaufwands (in Tsd. Euro)				7.768	

Auf Landesebene gibt es schätzungsweise 13.600 Vergabestellen, die regelmäßig selbst Ausschreibungen vornehmen. Es ist davon auszugehen, dass in etwa 11 560 Vergabestellen der Länder und Kommunen ein einmaliger Umstellungsaufwand entsteht. Für diese wird – analog zum Bund – angenommen, dass mindestens zwei Mitarbeitende pro Vergabestelle (als Multiplikator) an Schulungen teilnehmen werden. Der einmalige Erfüllungsaufwand kann somit mit rund 7,8 Millionen Euro beziffert werden.

2. Leistungsbeschreibung (§ 121 GWB)

Fallzahl	Zeitaufwand pro Fall (in Minuten)	Lohnsatz pro Stunde (in Euro)	Sachkosten pro Fall (in Euro)	Personalkosten (in Tsd. Euro)	Sachkosten (in Tsd. Euro)
2.190	-65	42,00		-806	
Änderung des Erfüllungsaufwands (in Tsd. Euro)				-806	

Auf Landes- und Kommunalebene wurden in der Oberschwelle 17.710 Vergaben durchgeführt. Analog zur Berechnung für den Bund wird auch hier mit einer Einsparung von 65 Minuten gerechnet. Somit ergibt sich eine Einsparung von rund 806.000 Euro.

3. Änderungen in der Eignungsprüfung (§ 122 GWB, § 48 VgV, § 35 UVgO) und vereinfachter Wertungsvorgang (§ 42 VgV, § 31 UVgO)

Fallzahl	Zeitaufwand pro Fall (in Minuten)	Lohnsatz pro Stunde (in Euro)	Sachkosten pro Fall (in Euro)	Personalkosten (in Tsd. Euro)	Sachkosten (in Tsd. Euro)
202.440	-31,4	-42,00		-4.450	
Änderung des Erfüllungsaufwands (in Tsd. Euro)				-4.450	

Bei der Bezifferung des Einsparpotentials seitens der Länder und Kommunen aufgrund der Stärkung der Eigenerklärung entfallen 81.140 Verfahren auf die Länder und Kommunen. Bei der Betrachtung auszuklammern sind knapp 46.000 Verfahren, die bereits von den Neuerungen des § 42 Absatz 3 VgV und § 31 Absatz 4 UVgO profitieren. Damit verbleiben 35.140 Verfahren auf Landes- und Kommunalebene. Hinzu kommen etwa 42.720 Verfahren mit einem Auftragswert zwischen 10.000 und 25.000 Euro, die nicht unter die Meldepflicht an die Vergabestatistik fallen. Es wird eine Anzahl von 4,1 Bietern pro Verfahren angesetzt. Bei 2,6 Bietern soll zukünftig die Vorlage und damit auch die Prüfung der Eigenerklärungen genügen, die Prüfung von Einzelnachweisen entfällt. Damit ergibt sich insgesamt eine Fallzahl von 185.060 Eignungsnachweisen, bei deren Prüfung eine Einsparung von 30 Minuten anfällt. Für weitere 17.380 Fälle kann zukünftig auf die Eignungsprüfung komplett verzichtet werden, da die Eignung des Bieters innerhalb eines Jahres bei einem hinsichtlich der Eignungsanforderungen vergleichbaren Auftrag bereits festgestellt wurde. Die Zeitersparnis wird analog zum Bund mit 45 Minuten pro Fall angesetzt.

Mit einer durchschnittlichen Zeitersparnis von 31,4 Minuten errechnet sich für die Länder und Kommunen ein Einsparpotential von rund 4,5 Millionen Euro pro Jahr.

Vereinfachter Wertungsvorgang

Fallzahl	Zeitaufwand pro Fall (in Minuten)	Lohnsatz pro Stunde (in Euro)	Sachkosten pro Fall (in Euro)	Personalkosten (in Tsd. Euro)	Sachkosten (in Tsd. Euro)
46.000	-264	42,00		-8.501	
Änderung des Erfüllungsaufwands (in Tsd. Euro)				-8.501	

Von den insgesamt 51 685 Verfahren (siehe oben), die zukünftig im vereinfachten Wertungsvorgang geprüft werden sollen, entfallen schätzungsweise 46.000 Verfahren auf die Vergabestellen der Länder und Kommunen. Es wird eine Zeitersparnis von etwa 4,4 Stunden pro Fall (Lohnsatz Durchschnitt Land/Kommunen 42,00 Euro) angesetzt, sodass sich ein Einsparpotential von rund 8,5 Millionen Euro pro Jahr errechnet.

4. Mehr Befugnisse für Einzelentscheidungen (§§ 157, 162, 163, 169 GWB)

Fallzahl	Zeitaufwand pro Fall (in Minuten)	Lohnsatz pro Stunde (in Euro)	Sachkosten pro Fall (in Euro)	Personalkosten (in Tsd. Euro)	Sachkosten (in Tsd. Euro)
590	-1.680	42,50		-702	
Änderung des Erfüllungsaufwands (in Tsd. Euro)				-702	

Wenn Zwischen- und Verfahrensentscheidungen zukünftig keine vollbesetzte Kammer mehr erfordern, dann reduziert sich der Zeitaufwand auch für die 590 Verfahren der

Vergabekammern der Länder. Die Lohnkosten werden ebenfalls mit 42,50 Euro pro Stunde angesetzt. Somit beträgt die Einsparung seitens der Länder rund 702.000 Euro pro Jahr.

5. Elektronische Bereitstellung der Akten bei Akteneinsicht (§ 165 GWB)

Fallzahl	Zeitaufwand pro Fall (in Minuten)	Lohnsatz pro Stunde (in Euro)	Sachkosten pro Fall (in Euro)	Personalkosten (in Tsd. Euro)	Sachkosten (in Tsd. Euro)
590	-330	54,55		-177	
Änderung des Erfüllungsaufwands (in Tsd. Euro)				-177	

In den Vergabekammern der Länder werden jährlich rund 590 Nachprüfungsverfahren durchgeführt. Im Falle der Möglichkeit der elektronischen Bereitstellung der Akten mit einer Zeitersparnis von etwa 5,5 Stunden pro Verfahren zu rechnen. Bei durchschnittlichen Lohnkosten von 54,55 Euro pro Stunden beträgt die Einsparung rund 177.000 Euro pro Jahr.

6. Veröffentlichung abweichender Länderregelungen in der Unterschwelle (§ 1 UVgO)

Fallzahl	Zeitaufwand pro Fall (in Minuten)	Lohnsatz pro Stunde (in Euro)	Sachkosten pro Fall (in Euro)	Personalkosten (in Tsd. Euro)	Sachkosten (in Tsd. Euro)
1	480	65,20		0,52	
Änderung des Erfüllungsaufwands (in Tsd. Euro)				0,52	

Es wird angenommen, dass für die unregelmäßige Mitteilung der Länderabweichungen von der UVgO durchschnittlich Personalkosten von einem Personentag pro Jahr pro Land anfallen (höherer Dienst). Daraus ergibt sich eine Erhöhung von rund 520 Euro.

7. Geringere Dokumentationspflichten (§ 6 UVgO)

Fallzahl	Zeitaufwand pro Fall (in Minuten)	Lohnsatz pro Stunde (in Euro)	Sachkosten pro Fall (in Euro)	Personalkosten (in Tsd. Euro)	Sachkosten (in Tsd. Euro)
107.340	-80	42,00		-6.011	
Änderung des Erfüllungsaufwands (in Tsd. Euro)				-6.011	

Auf Basis des Ramboell-Gutachtens von 2008 wird angenommen, der Dokumentationsaufwand in Form des Vergabevermerkes derzeit Kosten in Höhe von rund 150 Euro pro Verfahren verursacht. Dies entspricht bei durchschnittlichen Lohnkosten für die öffentliche Verwaltung in Höhe von 42,50 Euro pro Stunde etwa 3,5 Stunden pro Verfahren.

90 Prozent der schätzungsweise 119.240 Verfahren im Unterschwellenbereich (mit einem Auftragswert ab 10.000 Euro) erfolgen auf Landesebene, d.h. rund 107.340 Verfahren. Durch die Reduzierung der Dokumentationspflicht um durchschnittlich 80 Minuten pro Fall (Lohnsatz 42,00 Euro Durchschnitt Land/Kommunen) sinkt der jährliche Erfüllungsaufwand um rund 6,0 Millionen Euro.

8. Wertgrenzen für Beschränkte Ausschreibungen und Verhandlungsvergaben, jeweils ohne Teilnahmewettbewerb (§ 8 UVgO)

Fallzahl	Zeitaufwand pro Fall (in Minuten)	Lohnsatz pro Stunde (in Euro)	Sachkosten pro Fall (in Euro)	Personalkosten (in Tsd. Euro)	Sachkosten (in Tsd. Euro)
2.700	-1.158	42,00		-2.189	
Änderung des Erfüllungsaufwands (in Tsd. Euro)				-2.189	

Für die Vergabestellen des Landes und der Kommunen, bedeutet eine Erhöhung der Wertgrenzen für beschränkte Ausschreibungen und Verhandlungsvergabe ohne Teilnahmewettbewerb ebenfalls eine Zeitersparnis von 19,3 Stunden pro Verfahren, da zukünftig weniger öffentliche Ausschreibungen erfolgen müssen. Es wird mit einer Fallzahl von 2.700 Vergaben jährlich gerechnet. Bei einer Zeitersparnis von 19,3 Stunden pro Fall (Lohnsatz Durchschnitt Land/Kommunen 42,00 Euro) beträgt die Einsparung rund 2,2 Millionen Euro pro Jahr.

9. Erhöhung der Direktauftragswertgrenze auf [15.000]⁷⁾ Euro (§ 14 UVgO)

Fallzahl	Zeitaufwand pro Fall (in Minuten)	Lohnsatz pro Stunde (in Euro)	Sachkosten pro Fall (in Euro)	Personalkosten (in Tsd. Euro)	Sachkosten (in Tsd. Euro)
-395.820	2.964	42,00		-821.247	
Änderung des Erfüllungsaufwands (in Tsd. Euro)				-821.247	

Bei Erhöhung der Wertgrenze für Direktaufträge nach § 14 UVgO entfallen schätzungsweise 395.820 Verfahren auf die Länder und Kommunen. Analog zu der Darstellung auf Bundesebene beträgt die Zeitersparnis durchschnittlich 49,4 Stunden pro Fall, wenn statt einem förmlichen Verfahren (bspw. Verhandlungsvergabe ohne Teilnahmewettbewerb) eine Direktvergabe erfolgt. Bei einem anzusetzenden Lohnsatz von 42,00 Euro (Durchschnitt Land/Kommunen) beträgt die Einsparung rund 821 Millionen Euro pro Jahr.

10. Erhöhung der Direktauftragswertgrenze für Direktaufträge für Innovation auf 100.000 Euro (§ 14b UVgO)

Fallzahl	Zeitaufwand pro Fall (in Minuten)	Lohnsatz pro Stunde (in Euro)	Sachkosten pro Fall (in Euro)	Personalkosten (in Tsd. Euro)	Sachkosten (in Tsd. Euro)
-900	3.594	42,00		-2.264	
Änderung des Erfüllungsaufwands (in Tsd. Euro)				-2.264	

Bei Festsetzung einer Sonderdirektauftragswertgrenze für innovative Leistungen entfallen für die Betrachtung des Erfüllungsaufwandes schätzungsweise 900 Verfahren auf die Länder und Kommunen. Bei einer Zeitersparnis von durchschnittlich 59,9 Stunden pro Fall (Lohnsatz Durchschnitt Land/Kommunen 42,00 Euro) beträgt die Einsparung rund 2,3 Millionen Euro pro Jahr.

11. Rahmenvereinbarungen (§ 15 UVgO)

Fallzahl	Zeitaufwand pro Fall (in Minuten)	Lohnsatz pro Stunde (in Euro)	Sachkosten pro Fall (in Euro)	Personalkosten (in Tsd. Euro)	Sachkosten (in Tsd. Euro)
-293	4.380	42,00		-898	
Änderung des Erfüllungsaufwands (in Tsd. Euro)				-898	

Wie bereits für den Bund, wird ebenfalls für die Länder angenommen, dass zehn Prozent der Rahmenvereinbarungen verlängert werden. Der Durchschnitt der Kosten für die Durchführung eines Vergabeverfahrens beträgt – analog zu den Kosten des Bundes – 3.110 Euro. Dies entspricht bei durchschnittlichen Lohnkosten für die öffentliche Verwaltung in Höhe von 42,50 Euro pro Stunde etwa 73 Stunden pro Verfahren. Für die Länder und

⁷⁾ Der Betrag wird im Rahmen der Länder- und Verbändeanhörung festzulegen sein, auch in Abgleich mit den (bisher sehr unterschiedlichen) Beträgen in den Ländern. Die Schätzung beruht z.Zt. auf einem Wert von 10.000 Euro, da Fallzahlen bis 15.000 Euro fehlen.

Kommunen wurden rund 2.930 Rahmenvereinbarungen im Jahr 2021 an die Vergabestatik gemeldet.

Bei jährlich 293 Verfahren und einer Zeitersparnis von durchschnittlich 73 Stunden pro Fall beträgt die Einsparung (bei einem durchschnittlichen Lohnsatz von 42,00 Euro) rund 898.000 Euro pro Jahr.

12. Angebotsannahme (§ 40 UVgO)

Fallzahl	Zeitaufwand pro Fall (in Minuten)	Lohnsatz pro Stunde (in Euro)	Sachkosten pro Fall (in Euro)	Personalkosten (in Tsd. Euro)	Sachkosten (in Tsd. Euro)
214.630	-2,5	42,00		-376	
Änderung des Erfüllungsaufwands (in Tsd. Euro)				-376	

Im Unterschwellenbereich werden etwa die Hälfte aller Angebote noch in Papierform eingereicht bzw. angenommen. Der durchschnittliche Zeitaufwand beträgt nach aktuellem Kenntnisstand 7,5 Minuten pro Angebot. Im Falle der elektronischen Annahme entsteht ein Zeitaufwand von 5 Minuten und bei Annahme in Papierform von 10 Minuten. Bei Verzicht des Vier-Augen-Prinzipes halbiert sich der Zeitaufwand von 5 Minuten auf 2,5 Minuten pro Fall. Diese Zeitersparnis betrifft im Unterschwellenbereich knapp 238.480 Angebotsannahmen, davon entfallen 214.630 Fälle auf die Länder und Kommunen. Bei einer Zeitersparnis von 2,5 Minuten pro Fall (Lohnsatz Land und Kommunen 42,00 Euro) beträgt die Einsparung rund 376.000 Euro pro Jahr.

13. Auftragsänderungen (§ 47 UVgO)

Fallzahl	Zeitaufwand pro Fall (in Minuten)	Lohnsatz pro Stunde (in Euro)	Sachkosten pro Fall (in Euro)	Personalkosten (in Tsd. Euro)	Sachkosten (in Tsd. Euro)
-5.360	4.548	42,00		-17.064	
Änderung des Erfüllungsaufwands (in Tsd. Euro)				-17.064	

Es wird angenommen, dass sich die Anzahl der förmlichen Verfahren im Unterschwellenbereich um insgesamt etwa 5 Prozent reduzieren wird. Dies entspricht rund 5.360 Verfahren bei den Ländern und Kommunen. Bei einer Zeitersparnis von durchschnittlich 75,8 Stunden pro Fall und einem Lohnsatz von 42,00 Euro beträgt die Einsparung rund 17,1 Millionen Euro pro Jahr.

14. Änderungen des Erfüllungsaufwands in Höhe von unter 100.000 Euro

Vorgabe	Personalkosten (in Tsd. Euro)	Sachkosten (in Tsd. Euro)
Textform bei Nachprüfanträgen (§ 161 GWB)	-32	
Virtuelle Verhandlungen (§ 166 GWB)	-16	
Änderungen bei der Fristverlängerung (§ 167 GWB)	-15	
Übermittlung der Verfahrensentscheidung in Textform (§ 168 GWB)	-6,4	-7,4
Übermittlung der Verfahrensakte in Textform (§ 172 GWB)	-16	
Veröffentlichung abweichender Länderregelungen in der Unterschwelle (§ 1 UVgO)	0,52	

15. Weitere Kosten

Unmittelbar durch dieses Gesetz werden die Kosten für Unternehmen und Verbraucher nicht berührt. Auswirkungen auf Einzelpreise und das Preisniveau, insbesondere auf das Verbraucherpreisniveau, sind daher nicht zu erwarten.

16. Weitere Gesetzesfolgen

Die Regelungen haben keine spezifischen Auswirkungen für Verbraucherinnen und Verbraucher und insbesondere keine Auswirkungen auf die Gleichwertigkeit der Lebensverhältnisse der Menschen.

Die im Gesetz enthaltenen Regelungen betreffen das Verfahren zur Vergabe öffentlicher Aufträge und Konzessionen, die Gewährleistung der Gleichbehandlung von Unternehmen, den Anspruch auf Einhaltung der Vergabevorschriften und Nachprüfungsverfahren. Sie führen im Ergebnis zu keinen unterschiedlichen Auswirkungen bei Frauen und Männern und damit nicht zu auch nur mittelbaren Beeinträchtigungen. Die branchenübergreifend weitgehend gleichen Rahmenbedingungen für die Wirtschaft und die Auftraggeber werden Frauen und Männern gleichermaßen gerecht.

Durch das Gesetz wird zudem die Berücksichtigung sozialer Kriterien im Vergabeverfahren gestärkt. Soziale Kriterien umfassen nach der Gesetzesdefinition dabei auch gleichstellungsbezogene Aspekte, die sich förderlich auf die Gleichstellung relevanter Bevölkerungsgruppen auswirken. Folglich sind grundsätzlich positive gleichstellungspolitische Auswirkungen zu erwarten.

Die Regelungen sind entsprechend § 1 Absatz 2 Satz 1 Bundesgleichstellungsgesetz geschlechtergerecht formuliert.

VII. Befristung; Evaluierung

Eine Befristung ist nicht vorgesehen. Die Sicherstellung von wettbewerblichen und transparenten Verfahren für die Vergabe von öffentlichen Aufträgen ist eine dauerhafte Aufgabe, deren Erfüllung – auch im Sinne der Rechtssicherheit und Planbarkeit für Auftraggeber und Unternehmen gleichermaßen – einen konsistenten und langfristigen Rechtsrahmen voraussetzt. Dies erfordert unbefristete vergaberechtliche Regelungen.

Die Bundesregierung wird die Auswirkungen des Gesetzes nach fünf Jahren nach Inkrafttreten des Gesetzes evaluieren, darüber berichten und erforderlichenfalls Änderungen vorschlagen. Werden innerhalb der fünf Jahre nach Inkrafttreten weitere umfassende Rechtsänderungen im Vergaberecht notwendig, etwa durch Änderungen des europäischen Rechtsrahmens, kann die Bundesregierung von einer Evaluierung, falls sachlich gerechtfertigt, absehen.

B. Besonderer Teil

Zu Artikel 1 (Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen)

Zu Nummer 1 (Inhaltsübersicht)

Zu Buchstabe a

Die Inhaltsübersicht wird an die Änderung der Überschrift des § 108 angepasst.

Zu Buchstabe b

Die Inhaltsübersicht wird an die Einfügung den neuen § 112a angepasst.

Zu Buchstabe c

Die Inhaltsübersicht wird an die Änderung der Überschrift des § 114 angepasst.

Zu Buchstabe d

Die Inhaltsübersicht wird an die Einfügung den neuen § 120a angepasst.

Zu Buchstabe e

Die Inhaltsübersicht wird an die Änderung der Überschrift des § 158 angepasst.

Zu Nummer 2 (§ 97 GWB)

Zu Buchstabe a

Die Änderung in § 97 Absatz 2 trägt dem Umstand Rechnung, dass sich Gestattungen von Ungleichbehandlungen nicht mehr nur im Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen oder in auf Grundlage dieses Gesetzes erlassenen Rechtsnormen finden, sondern auch in anderen gesetzlichen Vorschriften wie etwa in § 4 Absatz 1 des Bundeswehrbeschaffungsbeschleunigungsgesetzes vom 11. Juli 2022 (BGBl. I S. 1078) oder in § 130a Absatz 8a Fünftes Buch Sozialgesetzbuch.

Zu Buchstabe b

Zu Doppelbuchstabe aa

Mit den Änderungen an § 97 Absatz 4 wird der Losgrundsatz auch als Ergebnis der frühen Konsultation der Öffentlichkeit mit Augenmaß flexibilisiert. Die Grundsätze der mittelstandsfreundlichen Vergabe und der grundsätzlichen Aufteilung in Fach- und Teillose nach Satz 1 und 2 bleiben unverändert erhalten.

Der Grundsatz des Mittelstandsschutzes nach Satz 1 ist weiterhin vornehmlich zu berücksichtigen. Damit steht er neben den weiteren, primären Vergabegrundsätzen nach Absatz 1 bis 3, namentlich der Wirtschaftlichkeit, des Wettbewerbs, der Transparenz, Gleichbehandlung und Verhältnismäßigkeit sowie der strategischen Ziele für Qualität, Nachhaltigkeit und Innovation.

Es bleibt auch beim Regel-Ausnahme-Verhältnis von Satz 2 und Satz 3, an das aber keine zu strengen Anforderungen gestellt werden sollen. Es bedeutet, dass es sich bei den Ausnahmetatbeständen zwar nicht um allein typischerweise auftretende Gründe handeln darf. Eine Gesamtvergabe ist aber nicht überhaupt nur bei Vorliegen eines objektiv zwingenden Grundes zulässig. Dem Auftraggeber kommt wegen der prognostischen, komplexen Entscheidung ein Beurteilungsspielraum unter anderem wegen konkreter projektbezogener Risikopotenziale zu. Er muss nicht alle zumutbaren Gestaltungsmaßnahmen ergreifen, um eine Fachlosbildung zu ermöglichen.

Auftraggeber können auch berücksichtigen, dass sich mittelständische Unternehmen je nach Leistungsgegenstand selbstverständlich auch direkt selbst auf Gesamtvergaben bewerben können, gegebenenfalls mit Eignungsleihe oder durch Bietergemeinschaften. Zudem werden kleine und mittlere Unternehmen bei Gesamtvergaben in der Regel vielfältig als Unteraufnehmer eingebunden. Dies stärkt zudem der neue Satz 4, nach dem das

Gebot zur Berücksichtigung des Mittelstandes ausdrücklich an den Auftragnehmer weitergegeben werden soll.

Die neue Fassung von Satz 3 stellt zum einen klar, dass die Zusammenfassung mehrerer Lose nicht zwingend zu einer Gesamtvergabe des gesamten Auftrags führen muss. Der Auftraggeber kann ausdrücklich auch nur einen Teil der Lose geeignet zusammenfassen und -vergeben. Dabei sind die konkreten Marktverhältnisse zu berücksichtigen, aber auch keine zu strengen Anforderungen an die Prüfung des jeweiligen Bietermarktes zu stellen.

Daneben werden die anerkanntswerten Gründe, die für eine gemeinsame Vergabe sprechen können, ergänzt.

So werden ausdrücklich auch zeitliche Gründe aufgenommen. Zeitlicher Aufwand wurde auch nach der bisherigen Rechtslage von der Rechtsprechung teilweise bereits als zulässiger wirtschaftlicher oder technischer Grund anerkannt. Zeitliche Gründe können aber auch aus sich selbst heraus eine Rechtfertigung sein. Sie können konkret projekt- bzw. auftragsbezogen auch auf Seiten des Auftraggebers begründet sein (zum Beispiel Personal-/Fachkräfte-/Baudispositions-/Koordinierungsmangel), soweit es sich nicht allein um typischerweise mit einer Losvergabe verbundenem Mehraufwand handelt. Zulässig können etwa Gesamtvergaben zur Vermeidung von Bauzeitverzögerungen, insbesondere für bedeutsame Infrastrukturvorhaben, sein.

Zudem können zeitliche Gründe auch bei gesamtgesellschaftlich besonders drängenden Vorhaben vorliegen. Diese können von für eine Region bedeutenden Brückenarbeiten bis zu insbesondere wichtigen Transformationsvorhaben der Wirtschaft oder für den Klimaschutz oder angesichts einer geänderten sicherheitspolitischen Lage vorliegen. So können zeitliche Vorteile bei einer Gesamtvergabe etwa bei Vorhaben vorliegen, für die ein überragendes öffentliches Interesse festgestellt wurde. In jüngster Zeit sind etwa die Beschaffungen von Flüssiggas (LNG) und für die Bundeswehr in Reaktion auf den russischen Angriffskrieg gegen die Ukraine hervorzuheben. Zukünftig können dies etwa der beschleunigte Ausbau der Infrastruktur für möglichst grünen Wasserstoff, aber auch insgesamt der Ausbau Erneuerbarer Energien, für Umwelt- und Ressourcenschutz zur Erreichung der Klimaziele und gegen die Erderwärmung sein.

Diese gesamtgesellschaftlich gewichtigen Gründe können auch mittelbar einen besonderen zeitlichen Aspekt für eine Gesamtvergabe oder Zusammenfassung möglicher Lose darstellen. Die Regelung bezweckt auch, die zusammengefasste Vergabe für diejenigen Fälle gesetzlich abzusichern, in denen die Interessen der Allgemeinheit oder Sinn und Zweck der Auftragsvergabe – unter Berücksichtigung des Grundsatzes der mittelstandsfreundlichen Vergabe, des Grundsatzes der Wirtschaftlichkeit und deutlicher erhöhter Kosten oder zeitlichen Aufwands bei Vergabe mehrerer Teil- oder Fachlose – dies aufgrund des erforderlichen Umsetzungstempos rechtfertigen. Auch hierbei sind die Einschätzungsprärogative und der Beurteilungsspielraum des Auftraggebers und die Vergabegrundsätze der Absätze 1 bis 3 zu berücksichtigen. Die Berücksichtigung der Erfordernisse von Klima- und Umweltschutz kann durch einheitliche, schnellere Gesamtvergaben häufig besser berücksichtigt werden, indem einfacher ganzheitliche und funktionale Anforderungen an den Auftragsgegenstand, etwa zu seiner Klimaneutralität, gestellt werden können. Auch komplexe Systemlösungen, die Nutzung neuartiger Vertragsmodelle oder digitaler Methoden wie des Building Information Modelings können über Gesamtvergaben häufig schneller effizient umgesetzt werden.

Zudem wird die Begründungstiefe vom Erfordern auf ein Rechtfertigen gesenkt. Hieran sind keine zu strengen Anforderungen zu stellen. Durch die Änderung wird der auftraggeberseitige Beurteilungsspielraum gestärkt. Das Tatbestandsmerkmal verschafft dem Auftraggeber im Einzelfall mehr Flexibilität und Eigenverantwortung, um eine sachgerechte Aufteilung des Auftrages zu gewährleisten. Erforderlich ist, dass die Prognoseentscheidung auf einer korrekten Sachverhaltserfassung beruht und ohne

Fehlbeurteilung, mithin willkürfrei erfolgt. Die Regelung dient dazu, einen klarstellenden und sicheren Rechtsrahmen zu schaffen für Fälle, in denen eine Gesamtvergabe vernünftigerweise geboten ist. Der Auftraggeber muss hinsichtlich der Abwägung zur Losvergabe sorgfältig handeln, aber keine Wagnisse oder vermeidbare Risiken eingehen. Er kann einen für das Projekt und den Auftragsgegenstand aus seiner Sicht sicheren Weg wählen.

Die Gründe gegen eine Losaufteilung sind zu dokumentieren. An die Abwägung und ihre Dokumentation sind aber keine zu strengen Anforderungen zu stellen.

Die Regelungen zur losweisen Vergabe in den Vergabeverordnungen werden entsprechend angepasst.

Zu Doppelbuchstabe bb

Der neue Satz 4 stellt klar, dass Auftraggeber Auftragnehmer bei der Vergabe von Unteraufträgen verpflichten sollen, die Interessen kleiner und mittlerer Unternehmen bei der Vergabe von Unteraufträgen besonders zu berücksichtigen. Dies wird regelmäßig relevant sein, soweit ein Auftraggeber eine Gesamtvergabe nach Satz 3 wählt, aber beim Auftragsgegenstand dennoch viel Potenzial besteht, den Mittelstand einzubeziehen. Über diesen ergänzenden Weg zur Änderung von Satz 3 wird eine Beteiligung von kleineren und mittleren Unternehmen insbesondere sichergestellt, wenn sie nicht selbst in der Lage sind, den Gesamtauftrag auszuführen. Im Einzelfall besteht durch die Soll-Vorgabe aber keine Pflicht zur Auferlegung der Berücksichtigungspflicht, insbesondere falls dies zu erheblichen Verzögerungen bei der Auftragsausführung führen könnte.

Ein bestimmter Weg, wie die mittelständischen Unternehmen durch den Auftragnehmer berücksichtigt werden sollen, wird durch Satz 4 nicht vorgegeben. Insbesondere muss anders als im folgenden Satz 5 nicht das Gebot der Losvergabe weitergegeben werden, um Effizienzgewinne auf der ersten Ebene der Auftragserteilung nicht auf der zweiten Ebene der Unterauftragsvergabe wieder zu verlieren. Auftragnehmer von Gesamtaufträgen können mittelständische Interessen aber insbesondere gut berücksichtigen, soweit sie Unteraufträge an kleine und mittlere sowie auch an wechselnde Unternehmen vergeben.

Zu Nummer 3 (§ 100 GWB)

Zu Buchstabe a

Der neu angefügte Satz 3 setzt Artikel 4 Absatz 3 der Richtlinie 2014/25/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Februar 2014 über die Vergabe von Aufträgen durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie der Postdienste und zur Aufhebung der Richtlinie 2004/17/EG (ABl. L 94 vom 28.3.2014, S. 243) um. Die Regelung konkretisiert insoweit den Begriff des Sektorenauftraggebers und stellt hierzu klar, dass zu den in § 100 Absatz 2 Satz 2 GWB genannten Verfahren, vor allem diejenigen zählen, die in Anhang II dieser Richtlinie aufgelistet werden.

Zu Nummer 4 (§ 101 GWB)

Zu Buchstabe a

Zu Doppelbuchstabe aa

Angesichts der Neufassung des § 102 Absatz 7 GWB wird der Kreis der Konzessionsgeber gemäß § 101 GWB erweitert. Hierunter fallen nun auch Sektorenauftraggeber gemäß § 100 Absatz 1 Nummer 1 GWB, die eine Sektorentätigkeit gemäß dem neugefassten § 102 Absatz 7 GWB und somit im Bereich der dort genannten Postdienstleistungen ausüben und eine Konzession zum Zweck der Ausübung dieser Tätigkeit vergeben.

Zu Doppelbuchstabe bb

Angesichts der Neufassung des § 102 Absatz 7 GWB wird der Kreis der Konzessionsgeber gemäß § 101 GWB erweitert. Hierunter fallen nun auch Sektorenauftraggeber gemäß § 100 Absatz 1 Nummer 2 GWB, die eine Sektorentätigkeit gemäß dem neugefassten § 102 Absatz 7 GWB und somit im Bereich der dort genannten Postdienstleistungen ausüben und eine Konzession zum Zweck der Ausübung dieser Tätigkeit vergeben.

Zu Buchstabe b

Der neu angefügte Satz 2 setzt Artikel 7 Absatz 2 der Richtlinie 2014/23/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Februar 2014 über die Konzessionsvergabe (ABl. L 94 vom 28.3.2014, S. 1) um. Die Regelung konkretisiert insoweit den Begriff des Konzessionsgebers und stellt hierzu klar, dass zu den in § 100 Absatz 2 Satz 2 GWB genannten Verfahren vor allem diejenigen zählen, die in Anhang III dieser Richtlinie aufgelistet werden.

Zu Nummer 5 (§ 102 GWB)

Zu Buchstabe a

Mit dem neuen Absatz 7 werden Sektorentätigkeiten auch für den Bereich Postdienstleistungen einschließlich bestimmter Begriffsbestimmungen definiert.

Hiermit wird Artikel 13 der Richtlinie 2014/25/EU vollständig umgesetzt und dessen Wortlaut übernommen. In der Bundesrepublik Deutschland gibt es angesichts des insofern liberalisierten Marktes zurzeit keine Anwendungsfälle für Sektorenauftraggeber im Bereich Postdienste.

Zu Buchstabe b

Es handelt sich um eine redaktionelle Folgeänderung.

Zu Nummer 6 (§ 103 GWB)

Zu Buchstabe a

Die neuen Sätze 2 und 3 sollen den sowohl in § 103 Absatz 1 GWB als auch in § 105 Absatz 1 GWB verwendeten Begriff des entgeltlichen Vertrages auf der Grundlage der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) gesetzlich klarstellen. Die Legaldefinition soll die der Praxis die Abgrenzung des Anwendungsbereichs des Vierten Teils des GWB vereinfachen.

Satz 2 ist eine eng an die Formulierung des EuGH angelehnte Legaldefinition des Begriffs des entgeltlichen Vertrags (siehe zuletzt und mit weiteren Nachweisen etwa EuGH, Urteil vom 10. September 2020, Tax-Fin-Lex, C-367-19, ECLI:EU:C:2020:685, Randnummer 25 und 26). Der Begriff des Vertrags ist dabei von außervertraglichen Rechtsgrundlagen wie insbesondere Rechts- und Verwaltungsvorschriften abzugrenzen (siehe Erwägungsgrund 5 der Richtlinie 2014/24/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Februar 2014 über die öffentliche Auftragsvergabe und zur Aufhebung der Richtlinie 2004/18/EG (ABl L 94 v. 28.3.2014) und die Begründung zur Einfügung von § 108 Absatz 10 Satz 3 GWB).

Nach der Rechtsprechung des EuGH bezeichnet der Begriff „entgeltlicher Vertrag“ – hier in Satz 1 – nach seiner gewöhnlichen rechtlichen Bedeutung einen Vertrag, mit dem sich jede Partei verpflichtet, eine Leistung im Gegenzug für eine andere zu erbringen. Ein wesentliches Merkmal eines öffentlichen Auftrags ist dieses Synallagma, wobei der synallagmatische Charakter eines Vertrags über einen öffentlichen Auftrag nach der

Rechtsprechung des EuGHs zwangsläufig zur Begründung rechtlich zwingender Verpflichtungen für jede der Vertragsparteien führt. Diese wechselseitige Verpflichtung wird nun ausdrücklich in Satz 2 niedergelegt.

Satz 3 konkretisiert den in Satz 2 verwendeten Begriff der Rechtsverbindlichkeit dahingehend, dass diese die Einklagbarkeit der Erfüllung von Leistung und Gegenleistung erfordert. Damit wird die vergaberechtliche Rechtsprechung des EuGH kodifiziert, wonach das für einen entgeltlichen Vertrag wesentliche Merkmal des Synallagmas nur gegeben ist, wenn die jeweilige Leistung für jede Vertragspartei rechtlich zwingend verpflichtend ist, ihre Erfüllung also jeweils einklagbar ist.

Der entgeltliche Charakter impliziert nach der Rechtsprechung des EuGH zudem, dass der öffentliche Auftraggeber, der einen öffentlichen Auftrag vergibt, gemäß diesem Auftrag gegen eine Gegenleistung eine Leistung erhält, die für den öffentlichen Auftraggeber von unmittelbarem wirtschaftlichen Interesse ist.

Zu Buchstabe b

Die Neuregelung entspricht genauer dem Wortlaut der zugrundeliegenden europäischen Regelung in Artikel 2 Absatz 1 Nummer 6 Buchstabe a, b der Richtlinie 2014/24/EU und überführt sie ins nationale Vergaberecht. Dadurch sollen die Legaldefinition öffentlicher Bauaufträge präzisiert und Missverständnisse bei der Auslegung der Norm verhindert werden.

Der bisherige Wortlaut der Regelung war dahingehend missverständlich, dass er von der gleichzeitigen Planung und Ausführung der Bauleistungen für einen Bauauftrag sprach. Dies könnte so verstanden werden, dass daraus eine gleichzeitige Ausschreibungspflicht für alle Teile der Planung und Ausführung eines Bauauftrages folge. Eine solche Pflicht ist dem Europarecht insbesondere bei einer losweisen Vergabe von Planungs- und Bauleistungen für einen einheitlichen Bauauftrag, aber nicht zu entnehmen.

Durch die Neuregelung wird verdeutlicht, dass es für das Vorliegen eines einheitlichen Bauauftrags genügt, dass der Bauauftrag sowohl die Planung als auch die Ausführung der Bauleistung enthält und ein zeitliches Element nicht zwingend ist. Der öffentliche Auftraggeber kann entscheiden, ob er die notwendigen Planungsleistungen gemeinsam mit der Ausführung der geplanten Bauleistung ausschreibt oder nicht.

Ergänzend wird in den Vergabeverordnungen klargestellt, dass die Vergabe von Planungsleistungen, die Teil eines Bauauftrags sind, aber losweise vergeben werden, sich nach dem sachnäheren für Lieferungen und Dienstleistungen geltenden Recht richtet und nicht nach der Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen.

Zu Nummer 7 (§ 105 GWB)

Der Verweis auf § 103 Absatz 1 Satz 2 und 3 stellt klar, dass auch bei Konzessionen ein entgeltlicher Vertrag nur vorliegt, wenn sich jede Partei jeweils rechtsverbindlich verpflichtet, eine Leistung im Gegenzug für eine andere zu erbringen; Erfüllung von Leistung und Gegenleistung also einklagbar sind. Auf die Begründung der Änderung von §103 Absatz 1 wird verwiesen.

Zu Nummer 8 (§ 106 GWB)

Zu Buchstabe a

Mit der Streichung wird der Kreis der zentralen Regierungsbehörden, die den niedrigeren EU-Schwellenwert für Liefer- und Dienstleistungen anzuwenden haben, auf den völker- und

europarechtlich notwendigen Kreis reduziert. Siehe dazu insbesondere Artikel 2 Absatz 1 Nummer 2 in Verbindung mit Anhang I der Richtlinie 2014/24/EU.

Die Liste der obersten und oberen Bundesbehörden sowie der vergleichbaren Einrichtungen gemäß § 106 Absatz 2 Nummer 1 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen nach Geschäftsbereich, die den niedrigeren Schwellenwert anwenden (BAnz. AT 01.07.2019 B1), ist soweit sie darüber hinausgeht mit dieser Änderung obsolet.

Die Bundesregierung setzt sich zudem dafür ein, die Schwellenwerte zur Anwendung des Vergaberechts im Europa- und Völkerrecht dauerhaft und jedenfalls der Inflation anzupassen.

Zu Buchstabe b

Die Regelung hebt die lediglich wiederholende Bekanntgabe der geltenden EU-Schwellenwerte im Bundesanzeiger auf. Die EU-Schwellenwerte werden bereits über die bestehenden dynamischen Verweise nach § 106 Absatz 2 verbindlich auf EU-Ebene festgelegt und im Amtsblatt der Europäischen Union veröffentlicht. Sie werden alle zwei Jahre gemäß den Vorgaben der Richtlinie technisch angepasst und treten jeweils zum 1. Januar gerader Jahre in Kraft.

Die interessierten Verkehrskreise können sich einfach und kostenlos im elektronischen Amtsblatt unter <https://eur-lex.europa.eu/oj/direct-access.html?locale=de> über Änderungen informieren. Das BMWK wird zudem wie bisher über seine Internetpräsenz und andere geeignete Wege, einschließlich Fachpublikationen, über Änderungen und geltende Werte informieren. Eine zusätzliche Veröffentlichung im Amtsblatt bringt keinen zusätzlichen Nutzen und wird im Sinne des Bürokratieabbaus und der Ressourceneffizienz aufgehoben.

Zu Nummer 9 (§ 107 GWB)

Die Ergänzung macht klar, dass auch Aufträge zum Zwecke nachrichtendienstlicher Tätigkeiten nicht dem Vergaberecht unterliegen, wenn sie nicht verteidigungs- und sicherheitsspezifisch im Sinne von § 104 in Verbindung mit der Ausnahme in § 145 Nummer 1 sind. Für Zwecke nachrichtendienstlicher Tätigkeiten ist häufig Ausrüstung erforderlich, die diese Anforderung nicht erfüllt (etwa für die verdeckte Tätigkeit).

Die Aufnahme der Nachrichtendienste in die allgemeinen Ausnahmen des § 107 macht damit klar, dass Beschaffungen für Zwecke nachrichtendienstlicher Tätigkeiten grundsätzlich dem Vergaberecht entzogen sind. Dies entspricht Artikel 15 Absatz 1 Buchstabe b der Vergaberichtlinie 2014/24/EU in Verbindung mit Artikel 13 Buchstabe b der Richtlinie 2009/81/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. Juli 2009 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe bestimmter Bau-, Liefer- und Dienstleistungsaufträge in den Bereichen Verteidigung und Sicherheit und zur Änderung der Richtlinien 2004/17/EG und 2004/18/EG (ABl. L 216 v. 20.8.2009). Die Neuregelung ist damit auch Ausfluss des Artikel 346 Absatz 1 Buchstabe a des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV), wonach ein Mitgliedstaat nicht verpflichtet ist, Auskünfte zu erteilen, deren Preisgabe seines Erachtens seinen wesentlichen Sicherheitsinteressen widerspricht.

Die ausdrückliche Ergänzung in § 107 dient damit der Stärkung der Sicherheitsinteressen der Bundesrepublik Deutschland.

Zu Nummer 10 (§ 108 GWB)

§ 108 GWB enthält Regelungen zur öffentlich-öffentlichen Zusammenarbeit (sog. Inhouse-Regelungen). Aufgrund der komplexen Regelungsstruktur und der

interpretationsbedürftigen Tatbestände bestehen in der Anwendungspraxis Rechtsunsicherheiten hinsichtlich des konkreten Anwendungsbereichs der Norm. Die offenen Formulierungen führen teilweise zu sehr einschränkenden Auslegungen und häufig zu komplexen Strukturen, die die Effizienz der Verwaltungskooperation unnötig belasten.

Eine effiziente Verwaltungskooperation ist jedoch insbesondere im Rahmen der Umsetzung des Onlinezugangsgesetzes sowie der notwendigen Digitalisierung der Verwaltung dringend erforderlich. Etwa zur Gewährleistung einer effektiven IT-Kooperation über das Modell „Einer für alle“ ist ein Leistungsaustausch öffentlicher Institutionen ebenso nützlich wie die gemeinsame Entwicklung von Systemen, Lizenzüberlassungen sowie die Erbringung von Implementierungs- und Systempflegeleistungen.

Anders als Zentralstaaten sind Bund und Länder ganz besonders auf eine starke Verwaltungskooperation im föderalen Mehr-Ebenen-System angewiesen. Auch europarechtlich ist die Organisationshoheit und Verwaltungsautonomie der Mitgliedstaaten zu achten.

Die Regelungen zur öffentlich-öffentlichen Zusammenarbeit in § 108 sollen vor diesem Hintergrund klarer gefasst werden. Ziel ist es, den öffentlichen Stellen eine Zusammenarbeit rechtssicherer und damit einfacher zu ermöglichen, ohne den Wettbewerb negativ zu beeinflussen. Dabei sollen die europarechtlichen Grenzen aus den EU-Vergaberichtlinien und der Rechtsprechung des EuGH vollständig gewahrt, aber die Möglichkeiten auch klarer wiedergegeben werden.

Private Wettbewerber sind vor Verletzungen ihrer sich aus dem Unionsrecht ergebenden Grundfreiheiten vergaberechtlich ausreichend durch das justiziable Besserstellungsverbot geschützt. Das vergaberechtliche Besserstellungsverbot ist eine Ausprägung des sich aus den Grundfreiheiten des Unionsrechts ergebenden Gleichbehandlungsgrundsatzes. Danach darf eine vom Anwendungsbereich ausgenommene öffentlich-öffentliche Zusammenarbeit keine Wettbewerbsverzerrung im Verhältnis unter privaten Wirtschaftsteilnehmern zur Folge haben, indem ein privater Dienstleister besser gestellt wird als seine Wettbewerber (siehe Erwägungsgrund der 31 Richtlinie 2014/24/EU; EuGH, Urteil vom 28. Mai 2020, C-796/18, EU:C:2020:395).

Zu Buchstabe a

Die Verwaltungskooperation stellt keine Ausnahme von der grundsätzlichen Ausschreibungspflicht der öffentlichen Hand dar, sondern ist nach der Rechtsprechung des EuGH bereits dem Anwendungsbereich des Vergaberechts entzogen. Die öffentlich-öffentliche Zusammenarbeit ist mit einer innerbehördlichen Eigenerledigung vergleichbar und unterfällt daher grundsätzlich nicht dem vergaberechtlichen Anwendungsbereich. Dieses Verhältnis soll schon durch die Neufassung der Überschrift deutlich gemacht werden. Zudem wird zur Klarstellung dieses grundlegenden Aspekts ein eigener Absatz 10 angefügt (vgl. Buchstabe g)).

Um die Fälle, die dem Vergaberecht als öffentlich-öffentliche Zusammenarbeit nicht unterfallen, deutlicher zu machen, werden zudem in § 108 einige Klarstellungen und Änderungen aufgenommen, die sich insbesondere aus der Anwendung in der vergaberechtlichen Praxis ergeben haben. Damit soll unter anderem die Verwaltungskooperation im IT-Bereich, etwa zur Umsetzung des Onlinezugangsgesetzes im Modell der Bund-Länder-Zusammenarbeit „Einer für alle“, rechtssicherer gemacht und dadurch auch beschleunigt werden.

Zu Buchstabe b

Die öffentlich-öffentliche Zusammenarbeit soll auch für diejenigen Fälle möglich sein, in denen mehrere öffentliche Auftraggeber eine juristische Person im Sinne des Absatz 4 gemeinsam kontrollieren, die Kontrollbeziehungen aber mittelbar (Absatz 2 Satz 2)

beziehungsweise invers oder in einer Schwesterkonstellation (Absatz 3) vorliegen. Dies hatte bereits die Gesetzesbegründung zur Einführung des § 108 GWB vorgesehen (Bundestag-Drucksache 18/6281, Seite 81) und wurde auch als richtlinienkonform angesehen (vgl. EuGH, Urteil vom 22.12.2022, C-383/21, C-384/21). Da die entsprechende Anwendung in der Praxis bisher umstritten ist, erfolgt nun eine ausdrückliche Klarstellung im Gesetz durch Verweis in Absatz 4 Satz 2 auf die entsprechenden Regelungen der alleinigen Kontrolle.

Der neue Absatz 4 Satz 3 trägt der Besonderheit des deutschen Staats- und Verwaltungsorganisationsrechts Rechnung, welches mit den Kammern juristische Personen des öffentlichen Rechts kennt, die im öffentlichen Interesse wesentliche öffentliche Aufgaben wahrnehmen (wie z. B. die Anerkennung der Gleichwertigkeit von Berufsqualifikationen nach § 8 des Berufsqualifikationsfeststellungsgesetzes), wegen ihrer mitgliedschaftlichen Finanzierung (abhängig von der konkreten Ausgestaltung) teilweise allerdings keine öffentlichen Auftraggeber im Sinne des § 99 Nummer 2 GWB sind. Da der bisherige Wortlaut des § 108 GWB nur Auftraggeber nennt, besteht bisher erhebliche Rechtsunsicherheit, ob und inwieweit auch Kammern in Strukturen der öffentlich-öffentlichen Zusammenarbeit eingebunden werden können. Würde man § 108 GWB dahingehend auslegen, dass Kammern nicht in derartige Strukturen eingebunden werden können, hätten sie insbesondere im Bereich der IT-Kooperationen einen erheblichen Nachteil im Vergleich zu anderen öffentlichen Aufgabenträgern. Sie könnten nicht an den auf Grundlage des Artikel 91c Grundgesetz und des IT-Staatsvertrages zur Bündelung der Ressourcen öffentlicher Aufgabenträger geschaffenen Strukturen der entgeltlichen Nachnutzung arbeitsteilig entwickelter und betriebener IT-Systeme teilnehmen. Zugleich ermöglicht der unionsprimärrechtliche Grundsatz der Achtung der Organisationshoheit der Mitgliedstaaten aus Art. 4 Abs. 2 Satz 1 des Vertrags über die Europäische Union und das darin zum Ausdruck kommende staatsorganisationsbezogene Diskriminierungsverbot des Unionsprimärrechts eine dahingehende Auslegung, da die Bundesrepublik Deutschland wegen ihrer gesamtstaatlichen Organisation sonst einen strukturellen Nachteil bei der Verwaltungsdigitalisierung gegenüber denjenigen europäischen Ländern erfahren würde, welche wegen ihrer zentralistischen Organisationsstruktur ein vergleichbares Kammerwesen nicht vorsehen. Satz 3 stellt daher klar, dass auch diese öffentlichen Einrichtungen an der öffentlich-öffentlichen Zusammenarbeit partizipieren können.

Zu Buchstabe c

Zu Doppelbuchstabe aa

Durch die Ersetzung des Wortes „Verträge“ durch „öffentliche Aufträge“ wird die ausführlich begründete Rechtsprechung des EuGH nachvollzogen, wonach der Begriff des „Vertrags“ in der zugrundeliegenden Vorschrift des Artikel 12 Absatz 4 der Richtlinie 2014/24/EU wie „öffentlicher Auftrag“ auszulegen ist (EuGH, Urteil vom 28. Mai 2020, C-796/18, EU:C:2020:395, Rn. 29 ff.).

Die Klarstellung soll in der Praxis das Verständnis dafür fördern, dass die Voraussetzungen des § 108 GWB erst relevant sind, wenn der Anwendungsbereich des Vergaberechts eröffnet ist.

Zu Doppelbuchstabe bb

Zur Anpassung des Wortlauts von „Vertrag“ zu „öffentlichen Auftrag“ siehe die Begründung zur Änderung des ersten Halbsatzes des Satzes 1.

Der angepasste Wortlaut in Nummer 1 setzt die durch den EuGH entwickelten Anforderungen an die „Zusammenarbeit“ im Sinne der Absatz 6 entsprechenden Regelung des Artikel 12 Absatz 4 RL 2014/24/EU um (siehe etwa Urteil vom 22.12.2022, C-383/21, C-384/21).

Der betreffende öffentliche Auftrag muss laut dem EuGH das Ergebnis einer Initiative zur Zusammenarbeit zwischen den beteiligten öffentlichen Auftraggebern sein, da der Aufbau einer Zusammenarbeit zwischen öffentlich-rechtlichen Einrichtungen ihrem Wesen nach eine kollaborative Dimension aufweist. Aus dem 33. Erwägungsgrund der Richtlinie 2014/24/EU ergibt sich, dass die Zusammenarbeit auf einem „kooperativen Konzept“ beruhen muss. Dieser Wortlaut findet sich auch etwa in der englischen, französischen und spanischen Sprachfassung von Artikel 12 Absatz 4 der Vergaberichtlinie.

Dieses Erfordernis legt der EuGH in dem oben genannten Urteil dahingehend aus, dass die Zusammenarbeit effektiv ausgestaltet sein muss. Öffentlichen Auftraggeber müssen dazu ein Kooperationskonzept festlegen. Dadurch werden mit Beginn der Zusammenarbeit sämtliche Aufgaben unter den öffentlichen Auftraggebern verteilt und so die Effektivität der Kooperation gesichert.

Weitergehende Anforderungen ergeben sich daraus nicht.

Zu Doppelbuchstabe cc

Es handelt sich um eine Folgeänderung aufgrund der Einfügung von Nummer 4.

Zu Doppelbuchstabe dd

Der in der alten Fassung von Nummer 3 gefasste Wortlaut war weit formuliert und daher einer missverständlichen Auslegung zugänglich, wodurch die Kooperationsmöglichkeiten der öffentlichen Hand abstrakt beschnitten wurden. Dies ergab sich daraus, dass der Wortlaut der alten Fassung weder den konkreten Leistungsempfänger benannte noch den Marktbezug eingrenzte.

Die neue Regelung konkretisiert den Marktbezug entsprechend Artikel 12 Absatz 4 Buchstabe c der Richtlinie 2014/24/EU, der eine Tätigkeit „auf dem offenen Markt“ verlangt.

Durch die neue Regelung soll die Nummer 3 nicht nur präzisiert, sondern auch der Schutzzweck der Norm besser verdeutlicht werden. Der Zweck der Regelung liegt darin, zu verhindern, dass sich der der Zusammenarbeit immanente wirtschaftliche Vorteil nicht dadurch wettbewerbsverzerrend auswirkt, dass gleichzeitig eine Leistung an private Dritte erbracht wird. Der öffentliche Auftraggeber soll demnach bei Erfüllung seiner öffentlichen Aufgaben im Rahmen der Zusammenarbeit grundsätzlich nicht in Konkurrenz mit Privaten am Markt treten. Die Vorschrift ist damit Ausfluss des in Erwägungsgrund 33 Unterabsatz 2 der Vergaberichtlinie formulierten Besserstellungsverbots, nach dem Private durch die öffentlich-öffentliche Kooperation keinen den Wettbewerb verzerrenden Vorteil erlangen sollen.

Zu Doppelbuchstabe ee

Mit der Ergänzung der Regelung soll die neuere Rechtsprechung des EuGH (Urteil vom 28.05.2020, C-796/18) ausdrücklich im nationalen Recht implementiert werden. Der EuGH führt aus, dass das im 33. Erwägungsgrund und in Artikel 18 Absatz 1 der Richtlinie 2014/24 normierte Besserstellungsverbot ein ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal der vom Vergaberecht ausgenommenen öffentlichen Zusammenarbeit ist. Demnach dürfen Wirtschaftsteilnehmer durch öffentlichen Auftraggeber nicht in diskriminierender Weise behandelt werden. Vielmehr sind die öffentlichen Auftraggeber zur Gleichbehandlung, Transparenz und Verhältnismäßigkeit verpflichtet. Dazu gehört auch, dass das Vergabeverfahren nicht mit der Absicht konzipiert werden darf, es vom Anwendungsbereich der Richtlinie auszunehmen oder den Wettbewerb künstlich einzuschränken. Eine Einschränkung des Wettbewerbs läge vor, wenn die öffentlichen Auftraggeber das Vergabeverfahren mit der Absicht konzipierten, bestimmte Wirtschaftsteilnehmer auf unzulässige Weise zu bevorzugen oder zu benachteiligen.

Die Regelung in Nummer 4 stellt eine inhaltliche und systematische Ergänzung zu dem in Nummer 3 genannten Besserstellungsverbot dar. Sie ist insbesondere zur Herstellung von Rechtssicherheit gedacht.

Zu Doppelbuchstabe ff

Der neue Satz 2 in Absatz 6 stellt klar, dass auch an den Kooperationen nach Absatz 6 die Kammern als juristische Personen des öffentlichen Rechts, die im öffentlichen Interesse wesentliche öffentliche Aufgaben wahrnehmen, partizipieren können. Siehe zur Begründung die Ausführungen zur Einfügung von Absatz 4 Satz 3.

Zu Buchstabe d

Der neue Absatz 7 soll die Voraussetzungen der Betrauung in Absatz 1 Nummer 2 und Absatz 4 Nummer 2 klarstellen. Nach Absatz 1 Nummer 2 und Absatz 4 Nummer 2 liegt eine dem Vergaberecht entzogene Eigenerledigung in Form einer Inhouse-Vergabe dann vor, wenn mehr als 80 Prozent der Tätigkeiten der juristischen Person der Ausführung von Aufgaben dienen, mit denen sie betraut worden ist. Der Schutzzweck der Regelung liegt darin, dass die beauftragte juristische Person ihre Tätigkeit im Wesentlichen für die jeweiligen öffentlichen Auftraggeber verrichten soll, da ihre Tätigkeit sonst im Schwerpunkt marktorientiert wäre und sie durch die als Inhouse-Geschäft übernommenen Aufträge eine den Wettbewerb verfälschende Zusatzposition inne hätte.

Satz 1 enthält nun eine Definition der Betrauung, da die Auslegung in der Praxis häufig unsicher ist. Die Definition ist angelehnt an Artikel 106 Absatz 2 AEUV. Die Betrauung muss nicht zwingend durch Hoheitsakt erfolgen; eine entsprechende Übertragung der öffentlichen Aufgabe etwa im Gesellschaftsvertrag kann ausreichen. In Satz 1 geht es dabei um den eigenen Aufgabenkreis des Auftraggebers.

Satz 2 erweitert die von der Betrauung umfassten Tätigkeiten auf den gemeinsamen Zuständigkeitsbereich kraft Kooperationsvereinbarung nach Absatz 6. Eine Marktverzerrung ist auch im Falle einer Betrauung mit einer Tätigkeit zur Erfüllung der Zusammenarbeit mit anderen öffentlichen Stellen nach Absatz 6 ebenfalls nicht zu befürchten, weil die Zusammenarbeit unter den in Absatz 6 genannten Voraussetzungen aufgrund ihres ausschließlich öffentlichen Interesses ihrerseits vergaberechtsfrei ist. Satz 2 soll daher klarstellen, dass auch die Erledigung gemeinsamer öffentlicher Aufgaben nach Absatz 6 zum 80 Prozent-Kontingent zählt.

Satz 3 stellt klar, dass die Definition der Betrauung und die Zurechnung der Tätigkeiten unter einer Kooperationsvereinbarung auch bei einer öffentlich-öffentlichen Zusammenarbeit mit gemeinsamer Kontrolle nach Absatz 4 entsprechend gelten.

Zu Buchstabe e

Es handelt sich um eine Folgeänderung zur Einfügung des neuen Absatz 7.

Zu Buchstabe f

Es handelt sich um eine Folgeänderung zur Einfügung des neuen Absatz 7.

Zu Buchstabe g

Die ausdrückliche Regelung zu weiteren Formen der Verwaltungszusammenarbeit außerhalb des GWB-Vergaberechts im neuen Absatz 10 kann der Rechtspraxis bei der weiteren Klärung der Abgrenzung seines Anwendungsbereichs – etwa im Bereich der föderalen Verwaltungsdigitalisierung – als normativer Anknüpfungspunkt dienen. Damit soll für die Praxis Klarheit darüber geschaffen werden, dass die Vorschriften des Vierten Teils des

GWB nur innerhalb seines Anwendungsbereichs gelten. Außerhalb dessen kommt es vergaberechtlich nicht darauf an, ob die Voraussetzungen von vergaberechtlichen Ausnahmenvorschriften (wie etwa dem § 108 GWB für die öffentlich-öffentliche Zusammenarbeit auf der Grundlage entgeltlicher Verträge) erfüllt sind.

Satz 1 stellt klar, dass § 108 die vergaberechtsfreie Verwaltungskooperation nicht abschließend regelt. Es gibt eine Vielzahl von Konstellationen, die dem Vergaberecht nach §§ 97 ff. GWB nicht unterfallen. § 108 bezweckt nicht, diese Fälle einzuschränken, sondern erweitert diese speziell für das Vergaberecht im Lichte der EU-Vergaberichtlinien und der Rechtsprechung des EuGH.

Die Sätze 2 und 3 sind an die Erwägungsgründe 5 und 31 der Richtlinie 2014/24/EU angelehnt. Ähnliches gilt nach dem Grundsatz der Verwaltungsautonomie des Artikel 2 Absatz 1 der Richtlinie 2014/23/EU, der nach der Rechtsprechung des EuGH auch auf öffentliche Aufträge anwendbar ist.

Satz 2 stellt dabei klar, dass der Anwendungsbereich des Vergaberechts nicht eröffnet ist, wenn Auftraggeber im Sinne des § 98 GWB Dienstleistungen selbst erbringen oder durch andere Mittel als öffentliche Aufträge im Sinne des § 103 GWB, Konzessionen im Sinne des § 105 GWB und Wettbewerben im Sinne des § 103 Absatz 6 organisieren. Eine Form der grundsätzlich vergaberechtsfreien Eigenerledigung ist nach dem Unions-Vergaberecht auch die Zusammenarbeit mit anderen öffentlichen Stellen (so ausdrücklich Erwägungsgrund 31 Absatz 2 der Richtlinie 2014/24/EU, Erwägungsgrund 45 der Richtlinie 2014/23/EU, deutlich auch Artikel 2 Absatz 1 der Richtlinie 2014/23/EU). Satz 2 steht damit in engem Zusammenhang mit den Absätzen 4 und 5.

Die Sätze 1 und 2 sollen im Zusammenhang verdeutlichen, dass die öffentlich-öffentlich Zusammenarbeit nur insoweit den Vorgaben des § 108 GWB unterliegt, wie der Anwendungsbereich des Vergaberechts eröffnet ist. Eine öffentlich-öffentliche Zusammenarbeit durch andere Mittel als öffentliche Aufträge, Konzessionen und Wettbewerbe im Sinne von § 103 bis § 105 GWB ist im Einklang mit dem Unions-Vergaberecht bereits deshalb vergaberechtsfrei, weil der sachliche Anwendungsbereich des Vierten Teils des GWB nicht eröffnet ist.

Satz 3 konkretisiert Satz 2 auf Basis von Erwägungsgrund 5 der Richtlinie 2014/24/EU dahingehend, dass der Vierte Teil des GWB regelmäßig nicht für die Erbringung von Dienstleistungen auf der Grundlage von Rechts- und Verwaltungsvorschriften gilt. Diese erfolgen grundsätzlich weder in der Form eines Vertrages noch mit einer synallagmatischen Entgeltverpflichtung. Im Sinne von Erwägungsgrund 34 der Richtlinie 2014/24/EU liegt vielmehr eine außervertragliche, rein administrative Beziehung vor. Auf der Grundlage einer Rechtsvorschrift wird eine Dienstleistung etwa dann erbracht, wenn ein technischer Dienst im Sinne der europäischen Rechtsprechung gegeben ist, da der Erbringer dann über keinen Spielraum hinsichtlich Ausführung oder Gebühren verfügt (EuGH, Urteil vom 19. April 2007, Asemfo/Tragsa, C-295/05, ECLI:EU:C:2007:227, Randnummer 54). Freilich ist das GWB-Vergaberecht nicht allein dadurch nicht anwendbar, dass ein an sich entgeltlicher Vertrag lediglich in Form einer Rechts- und Verwaltungsvorschrift niedergelegt wird.

Die im Erwägungsgrund 5 ebenfalls erwähnte Erbringung von Leistungen auf der Basis von Arbeitsverträgen sind bereits nach § 107 Absatz 1 Nummer 3 GWB von Teil 4 ausgenommen. Auch sie sind ein anderes Mittel der Leistungserbringung, das nicht dem GWB unterliegt. Auf eine Wiederholung der Ausnahme aus § 107 wird in § 108 verzichtet.

Zu Nummer 11 (§ 111 GWB)

Die Vorschrift setzt Artikel 21 Absatz 3 der Richtlinie 2014/23/EU um. Für Konstellationen objektiv nicht trennbarer Teile eines öffentlichen Auftrags, die jeweils unterschiedlichen

rechtlichen Regelungen unterliegen (sog. gemischte Aufträge), wird hiermit die Möglichkeit ergänzt, auch nach Konzessionsvergaberecht zu beschaffen.

Zu Nummer 12 (§ 112a GWB)

Der neue § 112a ermöglicht Auftraggebern, den Zugang zu Vergabeverfahren mit Blick auf die Ansässigkeit der Bewerber oder Bieter in bestimmten Drittstaaten zu beschränken. § 112a normiert insoweit eine gesetzlich gestattete Ungleichbehandlung im Sinne von § 97 Absatz 2.

Die Beschränkungsmöglichkeit ist unionsrechtlich zulässig. Zwar legen Artikel 18 der Richtlinie 2014/24/EU, Artikel 36 der Richtlinie 2014/25/EU, Artikel 3 der Richtlinie 2014/23/EU und Artikel 4 der Richtlinie 2009/81/EG fest, dass Auftraggeber alle Wirtschaftsteilnehmer bei der Vergabe öffentlicher Aufträge und Konzessionen in gleicher und nichtdiskriminierender Weise zu behandeln haben, wobei die genannten Normen nicht nach der Herkunft der Wirtschaftsteilnehmer unterscheiden. Artikel 25 der Richtlinie 2014/24/EU und Artikel 43 der Richtlinie 2014/25/EU geben allerdings vor, dass die Auftraggeber Bauleistungen, Lieferungen, Dienstleistungen und Wirtschaftsteilnehmer aus Drittstaaten nicht anders als solche aus EU-Staaten behandeln, soweit die EU völkerrechtlich einen entsprechenden Zugang zu ihrem Beschaffungsmarkt eingeräumt hat. Artikel 25 der Richtlinie 2014/24/EU und Artikel 43 der Richtlinie 2014/25/EU wären unnötig, wenn aus Artikel 18 der Richtlinie 2014/24/EU und aus Artikel 36 der Richtlinie 2014/25/EU bereits ohnehin eine allgemeine Pflicht zur Gleichbehandlung aller Wirtschaftsteilnehmer unabhängig von ihrer Herkunft folgen würde. Die Richtlinie 2014/23/EU und die Richtlinie 2009/81/EG enthalten zwar keine Vorschriften, die Artikel 25 der Richtlinie 2014/24/EU und Artikel 43 der Richtlinie 2014/25/EU entsprechen. Da die vergaberechtlichen Vorgaben der Richtlinie 2014/23/EU und der Richtlinie 2009/81/EG gerade im Vergleich zu den Vorgaben der Richtlinie 2014/24/EU die Vergabegrundsätze weniger streng ausbuchstabieren, kann für ihre Regelungsregime mit Blick auf den Ausschluss von Drittstaaten kein strengerer Maßstab gelten als für das Regelungsregime der Richtlinie 2014/24/EU. Für eine unionsrechtliche Zulässigkeit der Regelung spricht insoweit auch der Erwägungsgrund 65 der Richtlinie 2014/23/EU sowie der Erwägungsgrund 10 der Verordnung (EU) 2022/1031 vom 23. Juni 2022 (Instrument über das Internationale Beschaffungswesen – IPI).

Eine unionsrechtliche Unzulässigkeit der Beschränkungsmöglichkeit folgt auch nicht aus einem Rückschluss aus Artikel 85 der Richtlinie 2014/25/EU (so aber etwa OLG Düsseldorf, Beschluss vom 1.12.21 – VII-Verg 55/20, NZBau 2023, 128, 131). Nach dieser Norm kann bei der Vergabe eines Lieferauftrags ein Angebot zurückgewiesen werden, bei dem der Anteil der Erzeugnisse mit Ursprung in Drittländern mehr als 50 % des Gesamtwertes der in dem Angebot erhaltenen Erzeugnisse beträgt. Drittländer werden dabei definiert als diejenigen Staaten, mit denen die Union keine Übereinkunft in einem multilateralen oder bilateralen Rahmen geschlossen hat, durch die ein tatsächlicher Zugang der Unternehmen der Union zu den Märkten dieser Länder unter vergleichbaren Bedingungen gewährleistet wird. Da Art. 85 der Richtlinie 2014/25/EU lediglich an die Warenherkunft anknüpft und nicht an die Ansässigkeit der Wirtschaftsteilnehmer, lässt sich aus der Existenz der Norm nicht der Rückschluss ziehen, dass eine Beschränkung von Vergabeverfahren auf Grundlage der Ansässigkeit (und nicht der Warenherkunft) außerhalb ihres Anwendungsbereichs unzulässig sei.

Für die unionsrechtliche Zulässigkeit der Beschränkungsmöglichkeit spricht schließlich in systematischer Hinsicht, dass die Rechtsgrundlagen der EU-Vergaberichtlinien die Artikel 53 Absatz 1, Artikel 62 und Artikel 114 AEUV sind. Diese Vorschriften betreffen jeweils das Niederlassungsrecht, die Dienstleistungsfreiheit und den Erlass von Maßnahmen zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten, die die Errichtung und das Funktionieren des Binnenmarkts zum Gegenstand haben. Nach ständiger Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs sind die genannten Freiheiten jedoch auf Dienstleistungen und Gesellschaften aus Drittländern nicht anwendbar (vgl. zum freien

Dienstleistungsverkehr Urteil vom 3. Oktober 2006, Fidium Finanz, C-452/04, EU:C:2006:631, Rn. 25 und 50; zur Niederlassungsfreiheit vgl. Urteil vom 1. April 2014, Felixstowe Dock and Railway Company u. a., C-80/12, EU:C:2014:200, Rn. 39).

Auch die Europäische Kommission geht von der Zulässigkeit von entsprechenden Ungleichbehandlungen von Bieter und Bewerbern aus Drittstaaten aus (siehe Ziffer 1 der Leitlinien zur Teilnahme von Bieter und Waren aus Drittländern am EU-Beschaffungsmarkt, Mitteilung vom 24.7.2019, ABI. C 271 vom 13.8.2019, S. 43 (46)). Auch andere EU-Mitgliedstaaten wie etwa Österreich (siehe § 20 Absatz 2 des Bundesvergabegesetzes 2018), die Niederlande (siehe Artikel 1.23 des Vergabegesetzes 2012 (Aanbestedingswet 2012)) sehen in ihrem nationalen Vergaberecht (ohne weitere Einschränkungen) Möglichkeiten zur Ungleichbehandlung von Bewerbern und Bieter vor. Das dänische Vergaberecht schreibt Auftraggebern sogar den Ausschluss von Bewerbern oder Bieter aus Staaten ohne völkerrechtlich garantierten Zugang zum öffentlichen Beschaffungsmarkt vor, wenn diese Staaten in der EU-Liste der nicht kooperativen Steuergebiete aufgeführt sind (siehe § 134a Vergabegesetz (Udbudsloven) in der Fassung vom 6.1.2023).

Im deutschen Recht findet sich eine Gestattung der Ungleichbehandlung auf Grundlage der Ansässigkeit eines Bewerbers oder Bieter – allerdings im Verteidigungsbereich – bereits in § 4 Absatz 1 des Bundeswehrbeschaffungsbeschleunigungsgesetzes.

Zu Absatz 1:

Absatz 1 enthält die Gestattung der Ungleichbehandlung und konkretisiert, auf welche Bewerber oder Bieter Vergabeverfahren beschränkt werden dürfen. Eine Beschränkung darf auf diejenigen Bewerber oder Bieter erfolgen, die in einem Staat ansässig sind, dem der Zugang zum deutschen öffentlichen Beschaffungsmarkt auf unions- oder völkerrechtlicher Grundlage garantiert ist.

Die Beschränkung kann „ganz oder teilweise“ erfolgen. Auftraggeber können somit wählen, ob sie im konkreten Einzelfall sämtliche auf Grund ihrer Ansässigkeit in einem Drittstaat ohne garantierten Zugang zum deutschen öffentlichen Beschaffungsmarkt ausschließbaren Bewerber oder Bieter ausschließen oder nur Bewerber oder Bieter aus bestimmten Drittstaaten dieser Gruppe.

Die Ausschlussmöglichkeit steht – innerhalb der weiteren Voraussetzungen des Absatzes 3 – im pflichtgemäßen Ermessen der Auftraggeber. Maßstab ist hierbei mangels Einschlägigkeit unions- und völkerrechtlicher Vorgaben zur Gleichbehandlung das dem Art. 3 Absatz 1 GG entnommene Willkürverbot (siehe etwa BVerfG, Beschluss vom 13.6.2006 – 1 BvR 1160/03, NZBau 2006, 791, 794). Eine Beschränkung des Teilnehmerkreises von Vergabeverfahren wegen der Herkunft der Bewerber oder Bieter muss somit auch nach § 112a Absatz 1 GWB auf Grundlage eines sachlichen Grundes erfolgen.

Zu Absatz 2:

Die Regelung in Absatz 2 widmet sich dem Umstand, dass das in Absatz 1 Nummer 3 genannte WTO-Übereinkommen über das öffentliche Beschaffungswesen und die für die Europäische Union bindenden internationalen Übereinkommen mit Regelungen zur öffentlichen Beschaffung im Sinne von Absatz 1 Nummer 4 den jeweiligen Drittstaaten nicht für sämtliche Güter und Dienstleistungen einen unbeschränkten Zugang zum öffentlichen Beschaffungsmarkt der EU und damit Deutschlands garantieren. Absatz 2 erlaubt Auftraggebern daher über die in Absatz 1 Nummern 3 und 4 aufgeführten Beschränkungsmöglichkeiten hinaus, auch solchen Bewerbern oder Bieter den Zugang zu Vergabeverfahren zu verwehren, die zwar in einem Vertragsstaat der genannten Übereinkommen ansässig sind, denen das einschlägige Übereinkommen im konkreten Fall aber keinen Zugang zum EU-Beschaffungsmarkt garantiert.

Zu Absatz 3:

Absatz 3 grenzt den Anwendungsbereich der Beschränkungsmöglichkeiten aus den Absätzen 1 und 2 abschließend ein.

Die Teilnahme an Vergabeverfahren darf auf Grundlage dieser Absätze nur bei öffentlichen Aufträgen und Konzessionen beschränkt werden, deren Vergabe im Zusammenhang mit kritischen Dienstleistungen im Sinne des BSI-Gesetzes steht. Einzeln benannt werden die kritischen Dienstleistungen im Sinne des BSI-Gesetzes in den §§ 2 bis 9 der Verordnung zur Bestimmung Kritischer Infrastrukturen nach dem BSI-Gesetz (BSI-Kritisverordnung) und dort jeweils im Absatz 1. Die Formulierung „im Zusammenhang“ macht deutlich, dass die Aufträge und Konzessionen nicht direkt der Erbringung der zur Eingrenzung der kritischen Dienstleistungen genannten Leistungen in den §§ 2 bis 9 der BSI-Kritisverordnung dienen müssen (siehe beispielsweise § 6 Absatz 2 BSI-Kritisverordnung, welcher die in § 6 Absatz 1 Nummer 2 genannte kritische Dienstleistung „Versorgung mit unmittelbar lebenserhaltenden Medizinprodukten, die Verbrauchsgüter sind“ auf die Bereiche „Herstellung und Abgabe“ eingrenzt). Abzustellen ist vielmehr auf den weiteren Begriff der jeweiligen Absätze 1 der §§ 2 bis 9 der BSI-Kritisverordnung.

Ein weiterer Bereich, in die Teilnahme an Vergabeverfahren auf Grundlage der Absätze 1 und 2 beschränkt werden darf, ist die Vergabe verteidigungs- oder sicherheitsspezifischer öffentlicher Aufträge im Sinne von § 104 Absatz 1 GWB.

Zu Absatz 4:

Absatz 4 lehnt sich an die Regelung in Artikel 8 Absatz 1 Buchstaben a), c) und d) der Verordnung (EU) 2022/1031 vom 23. Juni 2022 (Instrument über das Internationale Beschaffungswesen – IPI) an. Die Regelung des Absatz 4 dient dazu, Umgehungen einer Teilnahmebeschränkung durch mehrheitliche Untervergabe des Auftrags oder der Konzession an Unternehmen aus ausgeschlossenen Drittstaaten zu verhindern.

Zu Absatz 5:

Absatz 5 legt fest, dass Beschränkungen nach Absatz 1 und Absatz 2 in der Auftragsbekanntmachung oder den Vergabeunterlagen mit Hinweis auf diese Ausnahme aufzunehmen sind. Dies dient der Transparenz und soll frühzeitig den zulässigen Bieterkreis bekanntgeben. Die Regelung entspricht § 4 Absatz 1 Satz 3 des Bundeswehrbeschaffungsbeschleunigungsgesetzes.

Zu Absatz 6:

Absatz 6 stellt klar, dass (bestehende oder zukünftige) weitergehende Möglichkeiten zur Beschränkung der Teilnahme an Vergabeverfahren in anderen Rechtsvorschriften unberührt bleiben.

Zu Nummer 13 (§ 113 GWB)

Die Detailregelungen für den Baubereich im zweiten und dritten Teil der VOB/A erlangen ihre Verbindlichkeit erst durch die statischen Verweise in § 2 Satz 2 VgV und § 2 Absatz 2 Satz 2 VSVgV. Nach der derzeitigen Systematik von § 113 GWB muss dieser statische Verweis durch eine Verordnung der Bundesregierung mit Zustimmung des Bundesrates nach Zuleitung an den Bundestag angepasst werden. Da der für die Änderung der VOB/A zuständige Deutsche Vergabe- und Vertragsausschuss (DVA) die Änderungen im GWB vor Beschluss des Bundestages und des Bundesrates nicht vollumfassend antizipieren kann, ist eine Änderung des Verweises auf eine entsprechend aktualisierte VOB/A mit dem vorliegenden Gesetz kaum möglich. Durch das derzeit in Satz 3 bis 7 vorgesehene Verfahren verzögert sich die Inkraftsetzung der angepassten VOB/A daher erheblich und sollte daher

im Sinne eines gleichzeitigen Inkrafttretens der Vergaberechtsreform für alle Bereiche des Vergaberechts angepasst werden.

Die Bundesregierung wird daher durch den neuen Absatz 2 in § 113 nach Artikel 80 GG ermächtigt, den Verweis auf die neue Fassung der VOB/A in § 2 Satz 2 VgV und § 2 Absatz 2 Satz 2 VSVgV zu aktualisieren, ohne dass der Bundestag und der Bundesrat erneut beteiligt werden müssen. Auch die Bundesländer sind im DVA vertreten und dahingehend in den Reformprozess des Bauvergaberechts eingebunden.

Dieses Vorgehen sichert ein möglichst zügiges und gleichzeitiges Inkrafttreten des Vergabetransformationspaketes ab.

Zu Nummer 14 (§ 116 GWB)

Zu Buchstabe a

Die Ergänzung der Überschrift reflektiert den Regelungsgehalt des neuen Absatz 3.

Zu Buchstabe b

Nachdem die zentrale Rolle des Datenservices Öffentlicher Einkauf für die Übermittlung der Bekanntmachungen nationaler Auftraggeber oberhalb der EU-Schwellenwerte zunächst in § 10a Absatz 5 VgV verankert wurde, wird dies durch die korrespondierende Aufgabenzuweisung und Regelung auf gesetzlicher Ebene in § 114 Absatz 3 nun zusätzlich gefestigt und herausgehoben.

Die Nutzung des Datenservices Öffentlicher Einkauf hat rechtliche, prozessuale und strategische Gründe. In rechtlicher Hinsicht dient der Datenservice Öffentlicher Einkauf als technische Komponente der Umsetzung der Durchführungsverordnung (EU) 2019/1780 der Kommission vom 23. September 2019 zur Einführung von Standardformularen für die Veröffentlichung von Bekanntmachungen für öffentliche Aufträge und zur Aufhebung der Durchführungsverordnung (EU) 2015/1986 (elektronische Formulare — eForms) . In strategischer Hinsicht soll es perspektivisch ermöglicht werden, über den Datenservice Öffentlicher Einkauf Daten zu aktuellen Ausschreibungen und Bekanntmachungen bereit zu stellen, die zukünftig auch als Datengrundlage etwa für strategische Beschaffungsentscheidungen herangezogen werden können. Der Datenservice Öffentlicher Einkauf leistet insoweit einen Beitrag sowohl zur Datenstrategie der Bundesregierung als auch zur Digitalisierung des öffentlichen Einkaufs. Prozessual unterstützt der eSender des Datenservices die Umwandlung der eingehenden Bekanntmachungen in das für die Veröffentlichung nun notwendige eForms-EU-Format. So übernimmt der Datenservice eine wichtige technische Übersetzungsfunktion nationaler Spezifika auf das europäische TED-Meldesystem. Eine Dateninkonsistenz bei unterschiedlichen Meldewegen wird so vermieden.

Der Datenservice Öffentlicher Einkauf ist beim Beschaffungsamt des BMI eingerichtet und wird dort zentral geführt bzw. betrieben. Die betriebliche Zusammenführung aller Komponenten des Datenservices Öffentlicher Einkauf unter einem Dach im Sinne eines „Single Point of Contact“ dient der qualitativen Steigerung der angebotenen Kunden- und Dienstleistungen. Durch die Vorgabe eines einheitlichen nationalen eForms-Standards soll sich auch der Aufwand bei den Fachverfahrensherstellern verringern und die Kohärenz der nicht gesondert zu übermittelnden oder zu erhebenden Daten sichergestellt werden. Hierdurch verbleibt auch die Freiheit, unter Nutzung des Datenstandards eForms auf nationaler Ebene weitere Datenfelder festzulegen und so z. B. auf aktuelle und zukünftige Monitoringpflichten flexibel zu reagieren.

Im Weiteren wird auf die Begründung der Verordnung vom 23. August 2023 zur Anpassung des Vergaberechts an die Einführung neuer elektronischer Standardformulare („eForms“)

für EU-Bekanntmachungen und an weitere europarechtliche Anforderungen (BGBl. I Nr. 222) verwiesen (Bundestags-Drucksache 20/6118).

Zu Nummer 15 (§ 116 GWB)

Mit dem neu angefügten Absatz 3 wird die Vergabe von öffentlichen Aufträgen durch Sektorenauftraggeber im Sinne von § 102 GWB vom Anwendungsbereich der §§ 97 ff. GWB ausgenommen, sofern die Vergabe der Durchführung bestimmter Tätigkeiten (bestimmte Mehrwertdienste, Finanzdienstleistungen, logistische Dienstleistungen sowie philatelistische Dienstleistungen) dient.

Hiermit wird Artikel 7 der Richtlinie 2014/23/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Februar 2014 über die öffentliche Auftragsvergabe und zur Aufhebung der Richtlinie 2004/18/EG (ABl. L 94 v. 28.3.2014, S. 65) umgesetzt. Die Pflicht zur Umsetzung dieser Richtlinienorm besteht ungeachtet des Umstands, dass der betreffende Markt liberalisiert ist, das heißt der Zugang zu der Tätigkeit nicht eingeschränkt wird.

Zu Nummer 16 (§ 120a GWB)

Der neue § 120a konkretisiert § 97 Absatz 3 mit Blick auf die Berücksichtigung sozialer und umweltbezogener Aspekte bei der Vergabe öffentlicher Aufträge. Während die Berücksichtigung dieser Aspekte nach bisheriger Rechtslage im freien Ermessen der öffentlichen Auftraggeber stand, begrenzt § 120a dieses Ermessen nun durch eine Soll-Vorgabe. Für Waren, Bau- und Dienstleistungen, die für eine umweltbezogen oder sozial nachhaltige Beschaffung besonders geeignet sind, legt § 120a zudem eine Muss-Vorgabe zur Berücksichtigung von Nachhaltigkeitsaspekten nieder. Schließlich legt § 120a die Grundlage für die Normierung von Beschaffungsverböten.

Da § 120a die Ausgestaltung von Vergabeverfahren regelt, ist die Norm trotz ihrer Verortung in Kapitel 1 Abschnitt 2 des Vierten Teils des GWB und trotz des Wortlauts des § 115 ihrer Natur nach nicht direkt auf Wettbewerbe im Sinne von § 103 Absatz 6 anwendbar. Werden Wettbewerbe einem Vergabeverfahren vorgeschaltet oder in ein Vergabeverfahren eingebaut, muss das Vergabeverfahren den Anforderungen des § 120a freilich dennoch genügen; dies kann mittelbar auch Einfluss auf die Ausgestaltung des Wettbewerbs haben. Für Rahmenvereinbarungen gilt § 103 Absatz 5 Satz 2.

Zu Absatz 1:

Satz 1 greift den Vergabegrundsatz nach § 97 Absatz 3 GWB im Hinblick auf die Berücksichtigung sozialer und umweltbezogener Aspekte bei der Vergabe öffentlicher Aufträge auf. Satz 2 begrenzt vor diesem Hintergrund das bisher freie Ermessen der öffentlichen Auftraggeber zur Berücksichtigung sozialer und umweltbezogener Kriterien bei der Vergabe öffentlicher Aufträge durch eine Soll-Vorgabe. Außer in atypischen Fällen haben öffentliche Auftraggeber nun bei der Leistungsbeschreibung oder – soweit im Einzelfall geeigneter – auf einer anderen Stufe des Vergabeverfahrens (Wahl der Eignungs- oder Zuschlagskriterien oder bei der Festlegung der Ausführungsbedingungen) mindestens ein soziales oder ein umweltbezogenes Kriterium zu berücksichtigen. Die Berücksichtigung bereits spezifisch durch Vergaberecht des Bundes und der Länder vorgeschriebener sozialer oder umweltbezogener Kriterien im Vergabeverfahren reicht zur Erfüllung dieser Pflicht aus; ausgenommen sind hiervon die Vorgaben der sogenannten Tariffreugesetze des Bundes und der Länder (siehe Absatz 3 Satz 3).

Bei der Wahl der Verfahrensstufe, auf der die Kriterien berücksichtigt werden, besteht grundsätzlich ein freies Ermessen der Auftraggeber nach Maßstäben der größeren Geeignetheit, wobei die Leistungsbeschreibung regelmäßig die am besten geeignete Stufe darstellt. Es ist davon auszugehen, dass auch in der bestehenden Vergabepaxis eine Berücksichtigung von Nachhaltigkeitskriterien bereits vornehmlich bei der Leistungsbeschreibung

erfolgt, sodass für viele Auftraggeber in der praktischen Anwendung keine Umstellung im Hinblick auf die maßgebliche Verfahrensstufe erforderlich wird. Insbesondere bei Beschaffungsgegenständen mit einer geringen Anbieterzahl könnte dagegen eine Berücksichtigung im Rahmen der Zuschlagskriterien nachhaltige Ansätze belohnen, ohne Gefahr zu laufen, keine Angebote im Vergabeverfahren zu erhalten. Die Möglichkeit der Abweichung von der Ebene der Leistungsbeschreibung auf die jeweils geeignetste Stufe im Vergabeverfahren gibt den Auftraggebern daher die notwendige Gestaltungsfreiheit, um den Anforderungen des einzelnen Vergabeverfahrens bzw. des konkreten Auftragsgegenstandes hinreichend Rechnung zu tragen. Da „mindestens“ ein soziales oder ein umweltbezogenes Nachhaltigkeitskriterium zu berücksichtigen ist, können darüber hinausgehend auch mehrere dieser Kriterien auf einer oder mehreren (auch jeweils unterschiedlichen) Stufen des Vergabeverfahrens berücksichtigt werden, zum Beispiel kombiniert bei der Leistungsbeschreibung und den Zuschlagskriterien.

Atypische Fälle, bei denen die Soll-Vorgabe des Satz 1 nicht gilt, können etwa bei Beschaffungsgegenständen vorliegen, die ihrer Natur nach nicht zur nachhaltigen Beschaffung geeignet sind; zu denken ist mit Blick auf die umweltbezogene Nachhaltigkeit insbesondere an Dienstleistungen ohne Umwelrelevanz, wie etwa viele geistige Dienstleistungen.

Satz 2 stellt entsprechend der unionsrechtlichen Vorgabe des Auftragsgegenstandsbezugs klar, dass die Nachhaltigkeitskriterien stets mit dem Auftragsgegenstand in Verbindung stehen müssen. Darüber hinaus weist Satz 2 auf die Geltung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit auch für die Soll-Berücksichtigung von Nachhaltigkeitskriterien hin.

Zu Absatz 2:

Absatz 2 konkretisiert den Begriff des „umweltbezogenen Kriteriums“ in einer – nicht abschließenden – multikriteriellen Aufzählung möglicher, im Vergabeverfahren zu fordernder Eigenschaften, Herstellungs-, Erbringungs-, Ausführungs- oder Entsorgungsbedingungen der zu beschaffenden Waren, Bau- und Dienstleistungen. Die genannten Eigenschaften stammen insbesondere aus etablierten gesetzlichen Vorgaben zum Klima- und Umweltschutz, insbesondere aus § 45 Absatz 2 des Kreislaufwirtschaftsgesetzes und § 15 Absatz 2 des Bundes-Klimaschutzgesetzes und haben den Anspruch, alle zum Schutz der natürlichen Lebensgrundlagen wichtigen Bereiche abzubilden, wie etwa den Klimaschutz, den Artenschutz oder eine funktionierende Kreislaufwirtschaft (auch verstärkte Nutzung industrieller Nebenprodukte). Die genannten Eigenschaften und Bedingungen sollen – soweit möglich – den gesamten Lebenszyklus des Beschaffungsgegenstandes in den Blick nehmen, beispielsweise durch Berücksichtigung der Kosten der verursachten Treibhausgasemissionen während des gesamten Lebenszyklus der Leistung („CO₂-Schattenpreis“).

Zu Absatz 3:

Absatz 3 Sätze 1 und 2 konkretisieren den Begriff des „sozialen Kriteriums“ in einer – nicht abschließenden – multikriteriellen Aufzählung möglicher, im Vergabeverfahren zu fordernder Herstellungs-, Erbringungs- oder Ausführungsbedingungen der zu beschaffenden Waren, Bau- und Dienstleistungen. Die Aufzählung orientiert sich an Anlage 9 zur Verordnung zur Statistik über die Vergabe öffentlicher Aufträge und Konzessionen und bezieht sich insoweit auf bereits etablierte Anhaltspunkte zur statistischen Erfassung von sozialer Nachhaltigkeit. Ergänzt wird die Aufzählung aus Anlage 9 um den Aspekt des fairen Handels sowie den Einsatz sozialer Innovationen im Sinne der „Nationalen Strategie für Soziale Innovationen und Gemeinwohlorientierte Unternehmen“ der Bundesregierung.

Satz 3 regelt, dass die Vorgaben der Absätze 1 und 4 bei der Ausgestaltung von Vergabeverfahren nicht erfüllt werden können, indem den Auftragnehmern (in Form von Ausführungsbedingungen) Verpflichtungen auferlegt werden, die von den sogenannten Tariftrugesetzen des Bundes und der Länder oder auf deren Grundlage eingefordert werden.

Zu Absatz 4:

Absatz 4 legt die Grundlage für sogenannte Nachhaltigkeitslisten mit Waren, Bau- und Dienstleistungen, die für eine umweltbezogen oder sozial nachhaltige Beschaffung besonders geeignet sind und bei denen deshalb eine Berücksichtigung sozialer und umweltbezogener Nachhaltigkeitsaspekte auf mindestens einer Stufe des Vergabeverfahrens – regelmäßig der Leistungsbeschreibung – nicht wie in Absatz 1 lediglich als Soll-Vorgabe niedergelegt ist, sondern zwingend vorgegeben wird.

Konkret benannt werden die Beschaffungsgegenstände, auf welche die verpflichtende Vorgabe nach Absatz 4 Anwendung findet, in allgemeinen Verwaltungsvorschriften der Bundesregierung nach Maßgabe des Absatz 5 und auf Grundlage von Artikel 86 GG und Artikel 84 Absatz 2 GG (siehe den Entwurf der Allgemeinen Verwaltungsvorschrift zur Berücksichtigung sozialer und umweltbezogener Kriterien bei der Vergabe öffentlicher Aufträge (AVV Sozial und umweltbezogen nachhaltige Beschaffung)).

Die verpflichtende Vorgabe des Absatzes 4 gilt für soziale und umweltbezogene Vergabekriterien jeweils nur, wenn der Beschaffungsgegenstand in den oben genannten allgemeinen Verwaltungsvorschriften benannt ist. So kann es etwa sein, dass die Vorgabe mit Blick auf einen bestimmten Beschaffungsgegenstand nur für ein Kriterium betreffend die soziale Nachhaltigkeit gilt und nicht auch für ein Kriterium betreffend die umweltbezogene Nachhaltigkeit. In diesem Fall wäre lediglich ein soziales Kriterium verbindlich zu berücksichtigen. Wie auch die Soll-Vorgabe des Absatz 1 gibt Absatz 4 nicht die Nutzung eines bestimmten Nachhaltigkeitskriteriums verbindlich vor: Ist ein Beschaffungsgegenstand in einer der „Nachhaltigkeitslisten“ der AVV Sozial und umweltbezogen nachhaltige Beschaffung aufgeführt, so sind Auftraggeber zwar bei der Beschaffung dieser Leistung verpflichtet, ein Nachhaltigkeitskriterium vorzugeben; das Kriterium als solches ist aber in pflichtgemäßem Ermessen frei wählbar.

Zur Absicherung hinreichender Gestaltungsfreiheit räumt Absatz 4 – wie auch die Soll-Vorgabe des Absatzes 1 – den öffentlichen Auftraggebern bei der Bestimmung der geeignetsten Verfahrensstufe, auf der ein oder mehrere Kriterien berücksichtigt werden, einen Ermessensspielraum ein.

Auch die auf Grundlage der Berücksichtigungspflicht des Absatzes 4 ausgewählten Vergabekriterien müssen einen Bezug zum Auftragsgegenstand aufweisen sowie verhältnismäßig sein.

Zu Absatz 5:

Gemäß Absatz 5 Satz 1 Nummern 1 und 2 erlässt die Bundesregierung mit Zustimmung des Bundesrates allgemeine Verwaltungsvorschriften, in denen sie im Sinne sog. „Nachhaltigkeitslisten“ Waren, Bau- und Dienstleistungen benennt, die für eine umweltbezogen und sozial nachhaltige Beschaffung besonders geeignet sind und bei deren Beschaffung Auftraggeber daher nach Absatz 4 Satz 1 und Satz 2 mindestens ein umweltbezogenes und/oder soziales Kriterium berücksichtigen müssen.

Hinsichtlich der besonderen Geeignetheit von Leistungen für eine sozial oder umweltbezogen nachhaltige Beschaffung geben die Sätze 2 und 3 Leitlinien vor: Bei der Auswahl der Leistungen ist zum einen gemäß Satz 2 zu berücksichtigen, ob die Einhaltung der Vorgaben des Absatzes 4 bei der Beschaffung der betreffenden Leistung für die öffentlichen Auftraggeber mit vertretbarem Aufwand möglich ist. Dieses Kriterium zielt auf die hinreichende Praktikabilität einer sozial und umweltbezogen nachhaltigen Beschaffung gerade dieser Leistungen ab. Anhaltspunkte hierfür können insbesondere das Vorliegen hinreichend etablierter Anforderungen an eine sozial und umweltbezogen nachhaltige Beschaffung dieser Leistungen sein sowie das Vorliegen etablierter Praxishilfen und Leitfäden. Gemäß Satz 3 ist bei der Benennung von Leistungen in den allgemeinen Verwaltungsvorschriften nach

Satz 1 Nummern 1 und 2 zudem die Bedeutung einer sozial und umweltbezogen nachhaltigen Beschaffung gerade dieser Leistungen für die Förderung sozialer und umweltbezogener Nachhaltigkeit insgesamt zu berücksichtigen. Diese Leitlinie für die Auswahl der Leistungen stellt auf die Umweltrelevanz der Leistungen ab und auf die Frage, ob gerade bei der Herstellung, Erbringung oder Ausführung dieser Leistungen typischerweise soziale Standards verletzt werden und daher soziale Nachhaltigkeitsanforderungen bei ihrer Beschaffung erforderlich sind.

Der Auftrag aus Satz 1 zum Erlass allgemeiner Verwaltungsvorschriften soll in Form der oben genannten „AVV Sozial und umweltbezogen nachhaltige Beschaffung“ umgesetzt werden. Den vorgenannten Leitlinien aus den Sätzen 2 und 3 folgend, werden dabei in § 2 Absatz 1 und § 3 Absatz 1 der AVV Sozial und umweltbezogen nachhaltige Beschaffung zunächst nur solche Leistungen benannt, für deren Beschaffung das Maßnahmenprogramm Nachhaltigkeit – Weiterentwicklung 2021 („Nachhaltigkeit konkret im Verwaltungshandeln umsetzen“) der Bundesregierung vom 25. August 2021 („Maßnahmenprogramm Nachhaltigkeit“) und der Gemeinsame Erlass zur Beschaffung von Holzprodukten vom 22. Dezember 2010 („Holzerlass“) bereits Vorgaben aufgestellt haben. Bei diesen Leistungen ist davon auszugehen, dass sowohl hinreichend etablierte, für die Praxis hilfreiche Anforderungen und Standards für eine sozial und umweltbezogen nachhaltige Beschaffung vorliegen. Zudem zeigt das Vorhandensein von Beschaffungsvorgaben gerade für diese Leistungen im Maßnahmenprogramm Nachhaltigkeit und im Holzerlass, dass sie eine hinreichende Umweltrelevanz aufweisen bzw. dass bei Herstellung oder Erbringung dieser Leistungen typischerweise soziale Standards verletzt werden.

Der Fokus des Vergabetransformationspakets liegt mit Blick auf die Stärkung der Berücksichtigung sozialer und umweltbezogener Nachhaltigkeitskriterien auf der Anlage eines langfristig nutzbaren Instrumentariums in Form der Nachhaltigkeitslisten und der „Negativliste“ (siehe unten). Die vorgenannten Listen in den §§ 2 und 3 der AVV Sozial und umweltbezogen nachhaltige Beschaffung sind noch relativ kurz, sollen aber durch das Bundesministerium für Wirtschaft und Klimaschutz, gestützt auf fachliche Unterstützung des Interministeriellen Ausschusses für nachhaltige öffentliche Beschaffung (IMA nöB) und in Abstimmung mit den Ländern, fortlaufend um weitere Produktgruppen und Dienstleistungen erweitert werden. Zudem wird die Bundesregierung – soweit mit Blick auf konkrete Beschaffungsgegenstände sachgerecht – im Bereich der in den Nachhaltigkeitslisten benannten Leistungen Praxishilfen wie etwa Textbausteine für die Leistungsbeschreibung zur Verfügung stellen, um die sozial und umweltbezogen nachhaltige Beschaffung solcher Leistungen für die Auftraggeber so einfach wie möglich zu gestalten.

Nach Satz 1 Nummer 3 erlässt die Bundesregierung mit Zustimmung des Bundesrates allgemeine Verwaltungsvorschriften über Leistungen, die nicht beschafft werden dürfen, es sei denn die Beschaffung solcher Leistungen ist aus Gründen des öffentlichen Interesses dringend geboten („Negativliste“). Gemäß Satz 4 ist bei der Auswahl der hier benannten Leistungen die Anforderung des Satz 3 entsprechend zu beachten; auch bei der Zusammenstellung der Negativliste ist somit der Umweltrelevanz und den sozialen Wirkungen gerade dieser Leistungen Rechnung zu tragen. Die Anforderung nach Satz 2 (hinreichende Praktikabilität einer sozial und umweltbezogenen Beschaffung) ist bei der Zusammenstellung der Negativliste nicht zu berücksichtigen, weil im Fall einer Benennung einer Leistung auf der Negativliste gerade keine Beschaffung erfolgen darf und sich somit auch nicht die Frage stellt, ob eine nachhaltige Beschaffung dieser Leistung hinreichend praktikabel ist.

Die in dem auf Grundlage dieser Vorgaben entworfenen § 4 der AVV Sozial und umweltbezogen nachhaltige Beschaffung aufgeführten Produktkategorien entsprechen weitestgehend den bisher in der Anlage 1 zur Allgemeinen Verwaltungsvorschrift zur Beschaffung klimafreundlicher Leistungen (AVV Klima) vom 19. Oktober 2021 aufgeführten Produktkategorien (12 von 13 Produktkategorien übernommen). Der Inhalt der nur für Beschaffungen des Bundes geltenden „Negativliste“ der AVV Klima wird hiermit in das „allgemeine“ oberschwellige Vergaberecht übernommen, weil diese Negativliste bereits seit dem 1. Januar

2022 gilt und damit entsprechend in der Praxis erprobt ist. Zudem deckt die Negativliste der AVV Klima im Sinne eines multikriteriellen Ansatzes verschiedene Umweltaspekte ab wie etwa Klimaschutz, Ressourceneffizienz (zum Beispiel mit Blick auf Einweggeschirr) oder die Vermeidung von Mikroplastik. Wie die Nachhaltigkeitslisten in den §§ 2 und 3 der AVV Sozial und umweltbezogen nachhaltige Beschaffung soll auch die „Negativliste“ fortlaufend erweitert werden.

Nach Satz 5 kann die Bundesregierung in den allgemeinen Verwaltungsvorschriften nach Satz 1 allgemein oder für einzelne Leistungen vorgeben, dass die Vorgaben aus Absatz 4 auch bei der Beschaffung von Waren, Bau- und Dienstleistungen gelten, die in den allgemeinen Verwaltungsvorschriften nicht benannt sind, soweit dort als besonders geeignet benannte Waren oder Dienstleistungen ein nicht unerheblicher Bestandteil der zu beschaffenden Ware sind oder in nicht unerheblichem Maße für die Ausführung der zu beschaffenden Leistung verwendet werden. Diese Regelung soll verhindern, dass die Vorgaben des Absatzes 4 und der Nachhaltigkeitslisten zu oft ins Leere laufen, weil nicht direkt eine der in den Nachhaltigkeitslisten benannte Leistung beschafft wird, sondern eine übergeordnete Leistung, bei deren Herstellung Erbringung oder Ausführung eine in den Nachhaltigkeitslisten benannte Leistung aber eine nicht nur unerhebliche Rolle spielt. In § 2 Absatz 2 und § 3 Absatz 2 der AVV Sozial und umweltbezogen nachhaltige Beschaffung wird von dieser Möglichkeit mit Blick auf bestimmte Holzprodukte Gebrauch gemacht. Wird beispielsweise eine Bauleistung beschafft, die weder auf der sozialen noch auf der umweltbezogenen Nachhaltigkeitsliste in § 2 Absatz 1 oder § 3 Absatz 1 der AVV aufgeführt ist, und werden zur Ausführung der Bauleistung Holzprodukte im Sinne von § 2 Absatz 1 Nummer 11 der AVV in nicht unerheblichem Maß verwendet, so müssen öffentliche Auftraggeber bei der Beschaffung der Bauleistung mit Blick auf diese Holzprodukte auf mindestens einer Stufe des Vergabeverfahrens ein umweltbezogenes und – da die Holzprodukte auch in der sozialen Nachhaltigkeitsliste nach § 3 Absatz 1 der AVV benannt werden – auch ein soziales Kriterium berücksichtigen.

Zu Nummer 17 (§ 121 GWB)

Durch die Streichung der Anforderung einer erschöpfenden Leistungsbeschreibung soll deutlich gemacht werden, dass die Leistung zwar so eindeutig wie möglich beschrieben werden muss, sodass alle Unternehmen sie im gleichen Sinne verstehen und die Angebote miteinander verglichen werden können. Dies allein ist jedoch auch entscheidend und ausreichend. Es kommt darauf an, dass der Auftraggeber ausreichend Informationen zur Verfügung stellt, um vergleichbare Angebote zu erhalten. Es kommt daneben nicht darauf an, dass er alle Unterlagen und Informationen, die ihm darüber hinaus vorliegen, zur Verfügung stellt. Es sollten aber alle interessierten Unternehmen insbesondere den Auftragsgegenstand und die Vergabebedingungen für ihre Zwecke (z.B. Angebotskalkulation und -erstellung) ausreichend erfassen können.

Durch die Änderung soll sowohl der Aufwand beim Auftraggeber für die Erstellung der Leistungsbeschreibung als auch der Aufwand bei den Unternehmen für die Analyse und Bewertung der Leistungsbeschreibung verringert werden.

Zudem soll die Streichung Auftraggeber dazu ermutigen, vermehrt funktionale Leistungsbeschreibungen beziehungsweise mehr Funktionsanforderungen zu nutzen. Dies soll auch den Ideen- und Innovationsreichtum auf Unternehmensseite besser durch Auftraggeber nutzbar machen. Sie sollen den Wettbewerb nicht durch unter Umständen veraltete Kataloge künstlich einengen, sondern die Unternehmen mehr Flexibilität bei Planung und Ausführung des Auftrags erlauben.

Anreize für funktionalere und innovativere Beschaffungen werden auch in den Vergabeverordnungen umgesetzt.

Zu Nummer 18 (§ 122 GWB)

Durch die Änderungen in § 122 werden Eigenerklärungen gestärkt, Nachweispflichten für Unternehmen reduziert, die Vorlage von Nachweisen auf aussichtsreiche Unternehmen begrenzt, die Verhältnismäßigkeit der Eignungskriterien sichergestellt und die Veröffentlichungsform der Eignungskriterien und -nachweise klargestellt.

In Verbindung mit den entsprechenden Anpassungen in den Vergabeverordnungen und in der Unterschwellenvergabeordnung vereinfachen sie die Vergabeverfahren, reduzieren den bürokratischen Aufwand für Unternehmen und Vergabestellen gleichermaßen, erhöhen den Anreiz zur Teilnahme an öffentlichen Ausschreibungen und stärken den Wettbewerb in Vergabeverfahren.

Zu Buchstabe a

Zu Doppelbuchstabe aa

Mit der Einfügung erhält der entsprechende Passus aus § 48 Absatz 2 VgV den Rang eines formellen Gesetzes. Dies hebt die Bedeutung von Eigenerklärungen als Nachweisstandard hervor. Eigenerklärungen sollen grundsätzlich das Mittel zum Eignungsnachweis und zum Nachweis des Nichtvorliegens von Ausschlussgründen nach den §§ 123 und 124 darstellen.

Über Eigenerklärungen hinausgehende Unterlagen, insbesondere Bescheinigungen und sonstige Nachweise, sollen nur noch im Verlauf des Verfahrens von aussichtsreichen Bewerbern oder Bietern verlangt werden. Näheres hierzu wird durch Änderungen in § 48 VgV geregelt; auf die dortige Begründung wird verwiesen.

Zu Doppelbuchstabe bb

Es handelt sich um eine redaktionelle Folgeänderung. Präqualifikationssysteme sind weiterhin ein wichtiges Instrument zur Vereinfachung und zur Entlastung insbesondere von Unternehmen, die ihre Eignung und das Nichtvorliegen von Ausschlussgründen durch Nutzung dieser Systeme mit wenig Aufwand nachweisen können. Die Nutzung der Präqualifikationssysteme soll zudem zukünftig gestärkt werden; dazu wird insbesondere ihre digitale Anbindung an den Datenservice Öffentlicher Einkauf im Rahmen der Umsetzung des Onlinezugangsgesetzes ausgebaut.

Zu Buchstabe b

Zu Doppelbuchstabe aa

Eignungsnachweise müssen mit dem Auftragsgegenstand in Verbindung und zu diesem in einem angemessenen Verhältnis stehen; diese Notwendigkeit ist bereits mittelbar über die Eignungskriterien gegeben. Die entsprechende Einfügung in Satz 1 dient daher lediglich der Rechtsklarheit.

Außerdem hat die Angemessenheitsprüfung der Eignungskriterien und -nachweise neben dem Auftragsgegenstand auch den Auftragswert zu berücksichtigen, um die bürokratische Belastung und vergaberechtlichen Hürden für (potentielle) Bewerber und Bieter gerade bei Aufträgen mit niedrigem Auftragswert gering zu halten.

Zu Doppelbuchstabe bb

Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit ist bereits in § 97 Absatz 1 Satz 2 auch als vergaberechtlicher Grundsatz verankert und im gesamten Vergabeverfahren zu wahren.

Der erneute Verweis hierauf in § 122 Absatz 4 trägt der besonderen Bedeutung dieses Grundsatzes insbesondere bei der Aufstellung der Eignungskriterien Rechnung. Dies soll – entsprechend den in der öffentlichen Konsultation vorgebrachten Bedenken – künftig verhindern, dass die gestellten Anforderungen an Unternehmen über das erforderliche Maß gehen. Öffentliche Auftraggeber haben in jedem einzelnen Vergabeverfahren zu prüfen, welches die geeigneten, erforderlichen und angemessenen Kriterien und Nachweise sind, mit denen sich die Eignung eines Unternehmens prüfen lässt. Dabei muss der Bezug und das angemessene Verhältnis zum Auftragsgegenstand und zum Auftragswert gewahrt werden. Anforderungen, die über die für die Sicherstellung der Unternehmenseignung erforderlichen Kriterien und Nachweise hinausgehen, sind unverhältnismäßig.

Zu Doppelbuchstabe cc

Die geänderte Fassung gibt genauer den Wortlaut des zugrundeliegenden Europarechts wieder (vgl. insbesondere Artikel 58 Absatz 5 der Richtlinie 2014/24/EU).

Dadurch wird deutlicher, dass nicht zwingend in der Bekanntmachung selbst alle Eignungskriterien aufgeführt und ausgeführt werden müssen. Dies ist schon aufgrund ihres Umfangs und der technischen Limitierungen der Bekanntmachungsformulare und -felder nicht immer umfassend möglich. Häufig wird daher auf die Vergabeunterlagen verwiesen. Dies ist auch in den entsprechenden europäischen Formularen und Feldern vorgesehen und wird in den Mitgliedstaaten entsprechend praktiziert.

Sinn und Zweck der Veröffentlichung der Eignungskriterien ist, dass potenzielle Bieter bereits unmittelbar mit der Auftragsbekanntmachung anhand der Anforderungen erkennen können, ob eine Teilnahme an dem Vergabeverfahren für sie sinnvoll ist. Interessierte Unternehmen sollen rechtzeitig wissen, anhand welcher Kriterien der Auftraggeber die Eignung prüfen will.

Dieser Zweck wird aber auch durch die Angaben in den Vergabeunterlagen erreicht, da diese mit der Bekanntmachung unentgeltlich, uneingeschränkt, vollständig und direkt elektronisch zur Verfügung gestellt werden müssen (§ 41 Absatz 1 VgV). Angesichts der teilweisen Fülle und Komplexität der Kriterien kann es sogar geboten sein, aus Verständnisgründen auf die vollständige Angabe in den Vergabeunterlagen zu verweisen und so den Aufwand für Auftraggeber, Auftragnehmer und Nachprüfungsinstanzen zu verringern.

Zu Doppelbuchstabe dd

Der neue Satz 3 stellt über die Änderung in Satz 2 hinaus klar, dass für die Bekanntmachung der Eignungskriterien auch auf die elektronische Adresse der Vergabeunterlagen verwiesen werden kann.

Nicht immer ist dies technisch durch eine direkte Verlinkung auf den Teil der Vergabeunterlagen möglich, der die Eignungskriterien enthält, etwa wegen der Dokumentenstruktur oder der Plattformzugänge.

Es sind daher, wie in der Rechtsprechung teilweise gefordert, nicht nur sogenannte Deeplinks bis zur genauen Fundstelle zulässig, sondern es reicht aus, wenn sich die Stelle der Bekanntmachung der Eignungskriterien aus der Bekanntmachung ausreichend deutlich ergibt. Dies wird regelmäßig an einer Stelle der Vergabeunterlagen sein, kann aber auch aus Komplexitäts- oder Übersichtlichkeitsgründen in mehreren Dokumenten der Fall sein. Dann ist ausreichend deutlich auf all diese Dokumente zu verweisen.

Bisher bestand ein hohes Maß an Rechtsunsicherheit, insbesondere da eine fehlerhafte Bekanntmachung regelmäßig dazu führen kann, dass das Vergabeverfahren in den Zustand vor Auftragsbekanntgabe zurückzusetzen ist. Die Beteiligten haben daher ein

hohes Bedürfnis nach Rechtsklarheit und Rechtssicherheit. Die vorliegende vereinheitlichende Regel trägt diesem Bedürfnis Rechnung.

Zu Nummer 19 (§ 124 GWB)

Die Änderung führt den Wortlaut des Ausschlussgrundes von § 124 Absatz 1 Nummer 7 GWB insbesondere mit dem Erkennenlassen näher an den Wortlaut der entsprechenden Ausschlussgründe der europarechtlichen Vergaberichtlinien heran. Sie soll zudem zum Ausdruck bringen, dass für einen Ausschluss keine strengen Anforderungen an die Feststellung mangelhafter Vertragserfüllung gestellt werden sollen.

Lediglich Behauptungen des Auftraggebers reichen hingegen weiterhin nicht aus. Der Maßstab liegt aber unter dem der Nachweislichkeit in § 124 Absatz 1 Nummer 1 und 3 GWB. Es reicht aus, wenn der Auftraggeber Indiztatsachen vorbringt, die von einigem Gewicht sind und auf gesicherten Erkenntnissen aus seriösen Quellen basieren und die die Entscheidung des Auftraggebers zum Ausschluss des Bieters als nachvollziehbar erscheinen lassen. Ein Rechtsstreit über die Schlechterfüllung oder gar eine Entscheidung über Kündigung, Schadensersatz oder vergleichbare Rechtsfolgen muss im Lichte der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs noch nicht vorliegen. Ihr Fehlen befreit den Auftraggeber nicht von seiner Prüfpflicht, ob ein Ausschluss geboten ist.

Dieser Maßstab ist auch sachgerecht, da der Auftraggeber in den Situationen der mangelhaften Erfüllung eines früheren öffentlichen Auftrags besonders sachnah selbst beurteilen kann, ob eine erneute Vertragsbindung an dieses Unternehmen entsprechende Probleme erwarten lässt. Insoweit sind subjektive Wertungskomponenten des Auftraggebers, soweit sie auf Fakten beruhen, ein wichtiger Teil dieser Einschätzung.

Dem Unternehmen bleibt es unbenommen, im Wege der Selbstreinigung gemäß § 125 GWB aufzuzeigen, dass eine erneute Schlechterfüllung nicht zu erwarten ist.

Zu Nummer 20 (§ 127 GWB)

Es handelt sich um eine Folgeänderung zum neuen § 120a. Durch die Änderung wird klar gestellt, dass das bisher durch § 127 Absatz 1 Satz 4 eingeräumte freie Ermessen der öffentlichen Auftraggeber zur Berücksichtigung umweltbezogener oder sozialer Aspekte auf Zuschlagsebene durch die Soll- und Muss-Vorgaben aus § 120a Absätze 1 und 4 beschränkt sein kann.

Zu Nummer 21 (§ 128 GWB)

Es handelt sich um eine Folgeänderung zum neuen § 120a. Durch die Änderung wird klar gestellt, dass das bisher durch § 128 Absatz 2 Satz 3 eingeräumte freie Ermessen der öffentlichen Auftraggeber zur Berücksichtigung umweltbezogener oder sozialer Aspekte im Vergabeverfahren durch die Vorgaben aus § 120a Absätze 1 und 4 beschränkt sein kann.

Zu Nummer 22 (§ 135 GWB)

Zu Buchstabe a

Zu Doppelbuchstabe aa

Die Änderung setzt Artikel 46 Nummer 6 und Artikel 47 Nummer 6 der Richtlinie 2014/23/EU und die bisherige nationale Rechtsprechung dazu ausdrücklich um. Hiermit wird der effektive Rechtsschutz bei Verstößen nach § 135 Absatz 1 Nummer 1 GWB (Verstoß gegen die Informations- und Wartepflicht nach § 134 GWB) deutlicher gefasst.

Der zur Unwirksamkeit des Auftrags führende Verstoß kann nur binnen einer Frist von 30 Kalendertagen nach der auftraggeberseitigen Information der betroffenen Bieter und Bewerber über den Vertragsschluss, jedoch nicht später als sechs Monate nach Vertragsschluss im Zuge des Nachprüfungsverfahrens festgestellt werden. Für die 30-tägige Ausschlussfrist wird im Interesse der Rechtssicherheit ausdrücklich festgehalten, dass die Bieter und Bewerber mit der Information über den Vertragsschluss auch über die einschlägigen Gründe für den Vertragsschluss entsprechend § 134 Absatz 1 Satz 1 GWB informiert werden müssen. Im Einzelnen bedeutet dies die Mitteilung des Namens des Unternehmens, dessen Angebot angenommen wurde, sowie der Gründe der Nichtberücksichtigung des betreffenden Bieters bzw. Bewerbers. Damit können die betroffenen Bieter und Bewerber die Erfolgsaussichten eines etwaigen Nachprüfungsantrags besser abschätzen. Der Auftraggeber kann jedoch beschließen, bestimmte Angaben nicht mitzuteilen, wenn die Offenlegung dieser Angaben den Gesetzesvollzug behindern, dem öffentlichen Interesse auf sonstige Weise zuwiderlaufen, die berechtigten Interessen öffentlicher oder privater Wirtschaftsteilnehmer schädigen oder den lautereren Wettbewerb zwischen ihnen beeinträchtigen würden.

Zu Doppelbuchstabe bb

Die Änderung setzt Artikel 46 Nummer 6 und Artikel 47 Nummer 6 der Richtlinie 2014/23/EU und die bisherige nationale Rechtsprechung dazu ausdrücklich um. Hiermit wird der effektive Rechtsschutz bei einem Verstoß nach § 135 Absatz 1 Nummer 2 GWB (Auftragsvergabe ohne die zuvor erforderliche Bekanntmachung im Amtsblatt der Europäischen Union) deutlicher gefasst. Der zur Unwirksamkeit des Auftrags führende Verstoß kann nur binnen einer Frist von 30 Kalendertagen nach der Veröffentlichung der Auftragsvergabe im Amtsblatt der Europäischen Union geltend gemacht werden. Die Ergänzung des § 135 Absatz 2 Satz 2 GWB stellt klar, dass für den Lauf dieser 30-tägigen Ausschlussfrist mit Veröffentlichung der Bekanntmachung der Auftragsvergabe im Amtsblatt der Europäischen Union durch den öffentlichen Auftraggeber diese Bekanntmachung den Anforderungen entsprechend § 135 Absatz 3 Satz 2 GWB genügen muss. Im Einzelnen bedeutet dies, dass neben den Kontaktdaten des öffentlichen Auftraggebers, der Beschreibung des Vertragsgegenstands und dem Namen und den Kontaktdaten des zum Zuge gekommenen Unternehmens insbesondere auch die Begründung der Entscheidung des Auftraggebers, den Auftrag ohne vorherige Veröffentlichung einer Bekanntmachung im Amtsblatt der Europäischen Union zu vergeben, enthalten sein muss. Hierdurch können die betroffenen Bieter und Bewerber die Erfolgsaussichten eines etwaigen Nachprüfungsantrags besser beurteilen.

Zu Buchstabe b

Der neu anzufügende Satz 3 stellt aus Gründen der Rechtssicherheit und zur Entlastung der Nachprüfungsinstanzen ausdrücklich klar, dass ein Nachprüfungsantrag nach § 160 GWB in den Fällen unstatthaft ist, in denen wegen Fristablaufs die Unwirksamkeit eines öffentlichen Auftrags wegen Verstößen nach § 135 Absatz 1 nicht mehr festgestellt werden kann.

Ist der Antragsteller nach Ablauf der in § 135 Absatz 2 Satz 1 und 2 GWB vorgesehenen Fristen mit der Geltendmachung der Unwirksamkeit des Auftrags präkludiert, entfällt insofern der Entscheidungsgegenstand und damit das berechtigte Interesse an der Durchführung eines Nachprüfungsverfahrens.

Zu Buchstabe c

Bei fristgemäß und erfolgreich geltend gemachten Verstößen nach § 135 Absatz 1 Nummer 1 oder 2 GWB war bislang als alternativlose Rechtsfolge die im Nachprüfungsverfahren festzustellende Unwirksamkeit des Vertrags von Anfang an vorgesehen. Diese Rechtsfolge ist nicht für alle Fälle eine angemessene Sanktion und auch

in der europäischen Rechtsmittelrichtlinie (Richtlinie 2007/66/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Dezember 2007 zur Änderung der Richtlinien 89/665/EWG und 92/13/EWG des Rates im Hinblick auf die Verbesserung der Wirksamkeit der Nachprüfungsverfahren bezüglich der Vergabe öffentlicher Aufträge, ABl. L 335/31 vom 20.12.2007) nicht alternativlos vorgesehen. Im LNG- und Bundeswehrbeschaffungsbeschleunigungsgesetz sind bereits Abweichungen geregelt. Die Rechtsfolge wird mit dem neuen Absatz 4 nun auch allgemein für bestimmte Konstellationen flexibilisiert.

Entsprechend den hierzu in der europäischen Rechtsmittelrichtlinie vorgesehenen Möglichkeiten sieht die Regelung das ausnahmsweise Absehen von der Feststellung der Unwirksamkeit und stattdessen den Erlass alternativer Sanktionen durch die Nachprüfungsinstanzen vor. Hierzu haben die Nachprüfungsinstanzen auf Antrag des Auftraggebers oder von Amts wegen eine Abwägungsentscheidung zu treffen.

Die Regelung beschränkt im Interesse eines starken Bieterschutzes das Absehen von der Unwirksamkeitsfolge auf Konstellationen, in denen nach Prüfung aller maßgeblichen Gesichtspunkte zwingende Gründe eines Allgemeininteresses die Erhaltung des Vertrags ausnahmsweise rechtfertigen. Die alleinige Nichtigkeitsfolge kann insbesondere bei Leistungen der Daseinsvorsorge, die nicht unterbrochen werden dürfen, in kaum auflösbarem Konflikt zur Funktionsgewährleistungspflicht im Sinne des Artikel 14 AEUV stehen. Wirtschaftliche Interessen an der Wirksamkeit des Vertrages dürfen nach Artikel 2d Absatz 3 der Rechtsmittelrichtlinie nur dann als zwingende Gründe gelten, wenn die Unwirksamkeit in Ausnahmesituationen unverhältnismäßige Folgen hätte. Wirtschaftliche Interessen in unmittelbarem Zusammenhang mit dem betreffenden Vertrag sind jedoch keine zwingenden Gründe eines Allgemeininteresses. Zu den wirtschaftlichen Interessen in unmittelbarem Zusammenhang mit dem Vertrag gehören unter anderem die durch die Verzögerung bei der Ausführung des Vertrags verursachten Kosten, die durch die Einleitung eines neuen Vergabeverfahrens verursachten Kosten, die durch den Wechsel des Wirtschaftsteilnehmers, der den Vertrag ausführt, verursachten Kosten und die Kosten, die durch rechtliche Verpflichtungen aufgrund der Unwirksamkeit verursacht werden.

Angesichts der dargelegten Funktionsgewährleistungspflicht im Sinne des Artikel 14 AEUV hat sich die bisher vorgesehene automatische Nichtigkeitsfolge gerade im Bereich der Daseinsvorsorge nicht immer als ausreichende Sanktionsmöglichkeit erwiesen, sodass in vergangenen Fällen selbst bei rechtskräftig festgestellter Unwirksamkeit eines geschlossenen Vertrages dieser im Interesse der Gewährleistung zentraler Aufgaben der Daseinsvorsorge faktisch dennoch durchgeführt wurde. Bleibt somit der die Unwirksamkeit des Vertrags begründende Verstoß gegen vergaberechtliche Vergaben im Ergebnis sanktionslos, birgt dies ein erhebliches Missbrauchspotential.

Die Rechtsmittelrichtlinie bietet hierfür und für vergleichbare Fälle eine Lösungsmöglichkeit durch die Verhängung alternativer Sanktionen im Sinne des Artikel 2d Absatz 3 sowie des Artikel 2e der Richtlinie. Deren Umsetzung in nationales Recht ist geboten, um einerseits die kontinuierliche Bereitstellung der Leistungen der Daseinsvorsorge und andererseits den effektiven Rechtsschutz der Bieter sowie eine ausreichende Abschreckungswirkung zu gewährleisten. Aufgrund der europarechtlichen Bestimmungen gilt, dass die alternativen Sanktionen wirksam, verhältnismäßig und abschreckend sein müssen.

Die Rechtsmittelrichtlinie erlaubt es den Mitgliedstaaten, hierzu den Nachprüfungsstellen einen weiten Ermessensspielraum einzuräumen, damit diese alle relevanten Faktoren berücksichtigen können, einschließlich der Schwere des Verstoßes, des Verhaltens des öffentlichen Auftraggebers und des Umfangs, in dem der Vertrag seine Gültigkeit behält.

Die Zuerkennung von Schadensersatz – etwa an den unterlegenen Bieter – stellt hingegen keine angemessene Sanktion nach der Rechtsmittelrichtlinie dar. Die Möglichkeit der Geltendmachung von Schadensersatz außerhalb des Nachprüfungsverfahrens bleibt

jedoch auch neben alternativen Sanktionen möglich. Die Kompensation des Antragstellers kann in solchen Fällen damit nicht wie allgemein häufig in einem möglichen neuen Vergabeverfahren bestehen, sondern in der Möglichkeit, beruhend auf der Nachprüfungsentscheidung Schadensersatz separat im Sekundärrechtsschutz geltend zu machen.

Die vorgesehene Flexibilisierung der Unwirksamkeitsfolge kann im Vorfeld zudem zu einer Beschleunigung von Vergabeverfahren führen, da Vergabestellen – fernab von Konstellationen vorsätzlichen oder grob fahrlässigen Handelns – die Verfahren aus Furcht vor einer drohenden Unwirksamkeit ihres Auftrages nicht über Gebühr gegen mutmaßliche Unsicherheiten mit Blick auf § 135 Absatz 1 Nummer 2 GWB verfahrensrechtlich abzusichern versuchen.

Zu Nummer 23 (§ 145 GWB)

Zu Buchstabe a

Die Änderung überführt § 7 Absatz 1 Bundeswehrbeschaffungsbeschleunigungsgesetz (BwBBG) dauerhaft in das Vergaberecht für verteidigungs- und sicherheitsspezifische öffentliche Aufträge. Sie steht im Einklang mit den europarechtlichen Vorgaben und ermöglicht eine rechtssichere Beschaffung auch im militärischen Nachrichtenwesen (vgl. Bundestags-Drucksache 20/2353, Seite 23 f.). Zur Absicherung der sonstigen nachrichtendienstlichen Beschaffungen siehe die Änderungen an § 107 Absatz 2 GWB.

Zu Buchstabe b

Die Änderung überführt § 3 Absatz 6 BwBBG dauerhaft in das Vergaberecht für verteidigungs- und sicherheitsspezifische öffentliche Aufträge. Sie steht im Einklang mit den europarechtlichen Vorgaben und ermöglicht rechtssichere internationale Beschaffungen im Verteidigungs- und Sicherheitsbereich (vgl. Bundestags-Drucksache 20/2353, Seite 17 f.).

Zu Nummer 24 (§ 152 GWB)

Es handelt sich um eine Folgeänderung zum neuen § 120a. Dessen Anwendungsbereich wird durch den neuen § 152 Absatz 5 auf die Vergabe von Konzessionen erstreckt.

Zu Nummer 25 (§ 157 GWB)

Zu Buchstabe a

Die Regelung stellt ausdrücklich klar, dass in den neu vorzusehenden Fällen der gesetzlichen Übertragung der Entscheidung auf den Vorsitzenden oder hauptamtlichen Beisitzer (siehe Änderungen zu §§ 162 f., § 167 und § 169) eine Entscheidung der Vergabekammer in voller Besetzung mit einem Vorsitzenden und einem haupt- sowie einem ehrenamtlichen Beisitzer nicht erforderlich ist.

Hiermit wird dem hohen Arbeits-, Zeit- und Personalaufwand Rechnung getragen, den eine Vollbesetzung der Vergabekammer verursacht. Denn nicht alle Kammern verfügen über eine ausreichende stehende Besetzung, auf die zeitnah und ohne größeren Aufwand zurückgegriffen werden kann. So musste bislang bei einigen Kammern bei jedem Nachprüfungsverfahren zunächst eine erneute Kammerbesetzung erfolgen. Hierzu muss der Vorsitzende für jede anstehende Entscheidung zwei der bestellten Beisitzer kontaktieren und ihre zeitliche und fachliche Verfügbarkeit, ihre persönliche Bereitschaft und die fehlende Befangenheit bzw. Interessenkollision prüfen. Dies kann bei enger Personalausstattung, hohen Krankenständen und in Urlaubszeiten Schwierigkeiten bereiten und ist mit einem hohen Zeit- und Arbeitsaufwand verbunden, der mit vielen

insbesondere jenseits der Sachentscheidung nach § 168 Absatz 3 GWB zu treffenden Entscheidungen in keinem angemessenen Verhältnis steht.

Die derzeitige Regelung des § 157 Absatz 3 GWB bietet keine ausreichende Hilfestellung, weil die dort vorgesehene Übertragung zur alleinigen Entscheidung zuvor eine Beschlussfassung im konkreten Einzelfall durch die vollbesetzte Kammer voraussetzt.

Zu Buchstabe b

Mit der Regelung wird im Interesse der Verfahrensvereinfachung gewährleistet, dass die zur Vorbereitung der Sachentscheidung zu treffenden Verfahrensentscheidungen nicht jeweils eine Entscheidung der vollbesetzten Vergabekammer erfordern. Stattdessen sind gemäß der neuen Sätze 6 und 7 Verfahrensentscheidungen (wie z.B. die Ladung zur mündlichen Verhandlung, aber auch sonstige verfahrensfördernde Handlungen) allein durch den Vorsitzenden oder den hauptamtlichen Beisitzer zu treffen.

Die genaue Aufgabenverteilung und Verfahrensweise der jeweiligen Kammer können im Rahmen einer Geschäftsordnung festgelegt werden.

Zu Buchstabe c

Durch die Streichung entfällt die ausdrückliche Begrenzung der Übertragung der alleinigen Entscheidung auf den Vorsitzenden oder den hauptamtlichen Beisitzer nur auf Fälle ohne besondere Schwierigkeiten und ohne grundsätzliche Bedeutung. Dies kann im Einzelfall zur Verfahrensvereinfachung und -beschleunigung beitragen. Angesichts der in § 157 Absatz 2 GWB vorgesehenen Anforderungen an die berufliche Qualifikation des Vorsitzenden sowie des hauptamtlichen Beisitzers wird effektiver Rechtsschutz auch durch eine Einzelentscheidung gewährleistet.

Die Kammer wird bei ihrer Übertragungsentscheidung jedoch weiterhin zu berücksichtigen haben, dass diese insbesondere für einfach gelagerte Konstellationen vorgesehen ist.

Mit der Ersetzung der Worte „wesentlichen“ durch „besonderen“ erfolgt aus Gründen der Rechtseinheitlichkeit eine Angleichung an die Terminologie des neu zu schaffenden § 166 Absatz 1 Satz 4 GWB bzw. des § 6 Absatz 1 Satz 1 Nummer 1 der Verwaltungsgerichtsordnung und der §§ 348 Absatz 3 Satz 1 Nummer 1, 348a Absatz 1 Satz 1 Nummer 1 der Zivilprozessordnung. Sie bringt zudem zum Ausdruck, dass Einzelentscheidungen insbesondere fallen können, falls es sich um bereits bekannte tatsächliche oder rechtliche Fragestellungen handelt, auch wenn sie im Einzelfall wesentlich sind.

Zu Buchstabe d

Mit der Ergänzung findet das für Richter geltende Haftungsprivileg des § 839 Absatz 2 BGB für die Tätigkeit der Mitglieder der Vergabekammern ausdrücklich entsprechend Anwendung. Danach haftet ein Beamter bei dem Urteil in einer Rechtssache nur dann, wenn die Amtspflichtverletzung mit der Verwirklichung eines Straftatbestandes einhergeht. Zu nennen sind hier insbesondere die vorsätzliche Rechtsbeugung sowie die Richterbestechlichkeit (vgl. §§ 339, 332 Absatz 2 StGB).

Die Gleichstellung bei der Haftung entspricht der besonderen Rolle der Mitglieder der Vergabekammern im Nachprüfungsverfahren. Mit Urteil vom 18. September 2014 hat der EuGH erstmals ausdrücklich entschieden, dass die deutschen Vergabekammern Gerichte im Sinne des Artikel 267 AEUV sind. Der Rechtsschutz, der in Deutschland erstinstanzlich durch die Vergabekammern gewährt wird, bietet einen sehr umfassenden und ausdifferenzierten Rechtsschutz, der auch und insbesondere im europäischen Vergleich herausragend ist. Dies ist unter anderem darauf zurückzuführen, dass die Verfahrensbeteiligten insbesondere durch ein sehr weitgehendes, eigenständiges

Akteneinsichtsrecht und durch den Anspruch auf Durchführung einer mündlichen Verhandlung umfassende prozessuale Rechte haben, die durch die Vergabekammern zu garantieren sind. Ebenso sind die den deutschen Vergabenachprüfungsverfahren zu Grunde liegenden Streitwerte auch im europäischen Vergleich deutlich herausragend.

Ein hohes Risikopotential für die Mitglieder der Vergabekammer liegt unter anderem in der der Vorbereitung der mündlichen Verhandlung dienenden Gewährung von Akteneinsicht. Da die Ermessensausübung hinsichtlich des Umfangs der zu gewährenden Akteneinsicht für die Mitglieder der Vergabekammern im Gegensatz zu allen anderen Bundes- oder Landesbediensteten Tagesgeschäft ist, liegt mit Blick auf § 203 Absatz 2 des Strafgesetzbuchs (StGB) eine gefahrgeneigte Tätigkeit vor, da nicht auszuschließen ist, dass im Einzelfall mit der Akteneinsicht auch Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse offenbart werden. Gerade aber hier trifft die Mitglieder der Vergabekammern in der Ausübung ihres Dienstes ein hohes Maß an Verantwortung und damit einhergehend bisher an Haftungsrisiko.

Vor diesem Hintergrund sollen die Mitglieder der deutschen Vergabekammern auch durch das für Richter geltende Haftungsprivileg des § 839 Absatz 2 BGB (Spruchrichterprivileg) abgesichert werden. Einer ausdrücklichen Übernahme des Spruchrichterprivilegs bedarf es deshalb, weil die der Verwaltung zugeordneten Kammern keine Gerichte im verfassungsrechtlichen Sinne sind und ihre Beschlüsse ausdrücklich als Verwaltungsakte ausgestaltet sind, sodass sie nicht unter den Wortlaut der Regelung des § 839 Absatz 2 BGB fallen.

Die Umsetzung entspricht auch einer Forderung des Bundesrates (vgl. Bundestags-Drucksache 18/6281, Seite 156 ff.).

Zu Nummer 26 (§ 158 GWB)

Zu Buchstabe a

Mit der Ergänzung der Überschrift wird dem neuen Absatz 3 Rechnung getragen.

Zu Buchstabe b

Die Änderung soll die Verfahren vor und in der Vergabekammer weiter digitalisieren und den Rechtsverkehr vereinfachen. Absatz 3 trifft dabei eine allgemeine Regelung zur Einführung der Textform, die durch spezielle Vorgaben in Abschnitt 2 ergänzt wird.

Mit der Neuregelung in Satz 1 wird die einfache Korrespondenz zwischen der Vergabekammer und den Beteiligten (z.B. Terminabsprachen, Übersendung von Schriftsätzen) im Wege der Textform (§ 126b BGB) auf eine gesetzliche Grundlage gestellt. Die meisten Vergabekammern korrespondieren mit der Verwaltung sowie Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälten bereits jetzt durch einfache E-Mail, ggf. gegen elektronische Eingangsbestätigung. Korrespondenz mit nicht anwaltlich vertretenen Beteiligten erfolgt hingegen aus Gründen der Rechtssicherheit bei vielen Kammern teils noch in Schriftform gegen Postzustellungsurkunde als Zugangsnachweis; eine elektronische Kommunikation findet nur statt, wenn sich die Partei hiermit einverstanden erklärt hat. Der mit der Wahrung der Schriftform verbundene Verfahrensaufwand soll mit der Neuregelung im Sinne der Bürokratieentlastung reduziert werden. Hierbei bleibt zu beachten, dass die elektronische Kommunikation nach § 3a Absatz 1 der Verwaltungsverfahrensgesetze (VwVfG) mit nicht anwaltlich vertretenen Beteiligten erfolgen kann, soweit die Beteiligten hierfür den Zugang eröffnet haben.

Einfache Ermittlungshandlungen sowie die einfache Korrespondenz zwischen Vergabekammer und Beteiligten sollen mit der Neuregelung jedoch nicht in jedem Fall der Textform unterworfen und damit unnötig verkompliziert werden. Sie können als

abweichende Vorgabe der Vergabekammer im Einzelfall auch etwa fernmündlich erfolgen bzw. vorbesprochen werden (z.B. zur Abstimmung von Terminen).

Satz 2 regelt die Form der Übermittlung von Entscheidungen und Verfügungen der Vergabekammern. Hierfür fehlten bislang Regelungen in den §§ 155 ff. GWB. Lediglich für die Sachentscheidung gilt das Erfordernis der Zustellung nach dem Verwaltungszustellungsgesetz über die Verweisung in § 168 Absatz 3 Satz 4 auf § 61 Absatz 1 GWB. Wie zu Satz 1 ausgeführt übermitteln in der Praxis viele Vergabekammern auch etwa verfahrensleitende Verfügungen aus Gründen der Rechtssicherheit etwa per Postzustellungsurkunde. Dieses Vorgehen bedeutet einen hohen Arbeits- und Ressourcenaufwand und behindert die Digitalisierung. Mit dem neu angefügten Satz 2 soll daher klargestellt werden, dass für die betreffenden Verfügungen der Vergabekammern (z.B. die Ladung zur mündlichen Verhandlung), die selbst in Textform ergehen können, auch die elektronische Übermittlung im Wege einfacher E-Mail ausreichend ist. Auch hierbei ist zu beachten, dass die elektronische Kommunikation nach § 3a Absatz 1 VwVfG erfolgen kann, soweit die Beteiligten hierfür den Zugang eröffnet haben.

Zu Nummer 27 (§ 160 GWB)

Zu Buchstabe a

Durch die missbräuchliche Ausübung des Antrags- oder Beschwerderechts entstehen nicht hinzunehmende Verzögerungen von Vergabeverfahren. § 180 GWB sieht für derart rechtsmissbräuchliches Verhalten als Rechtsfolge eine Schadensersatzpflicht des Antragstellers bzw. Beschwerdeführers vor. Diese Sanktion mag eine gewisse Abschreckungswirkung entfalten, hindert den betreffenden Antragsteller bzw. Beschwerdeführer jedoch nicht an der Einlegung eines Rechtsbehelfs.

Die Ergänzung des § 160 Absatz 2 GWB sieht daher nunmehr ausdrücklich vor, dass in Konstellationen rechtsmissbräuchlicher Geltendmachung von Rechtsbehelfen die Antragsbefugnis von vorneherein entfällt. Dies gilt über den Verweis auf § 180 Absatz 2 GWB insbesondere, sofern die Aussetzung oder die weitere Aussetzung des Vergabeverfahrens durch vorsätzlich oder grob fahrlässig vorgetragene Angaben erwirkt wird, die Überprüfung mit dem Ziel beantragt wird, das Vergabeverfahren zu behindern oder Konkurrenten zu schädigen oder einen Antrag in der Absicht zu stellen, ihn später gegen Geld oder andere Vorteile zurückzunehmen. In diesen Fällen ist ein berechtigtes Interesse des Antragstellers an der Verfolgung seines Rechtsbehelfs nicht erkennbar.

Zu Buchstabe b

§ 160 Absatz 3 Satz 1 GWB sieht im Interesse der Verfahrensbeschleunigung in bestimmten Konstellationen die Unzulässigkeit des Nachprüfungsverfahrens vor, in welchen der Antragsteller mit seinem Rechtsschutzbegehren nicht mehr schützenswert und daher präkludiert ist. Nach Satz 2 der Norm gilt dies jedoch nicht bei einem Antrag auf Feststellung der Unwirksamkeit des Vertrags, sofern der öffentliche Auftraggeber den Auftrag ohne vorherige Veröffentlichung einer Bekanntmachung im Amtsblatt der Europäischen Union vergeben hat, ohne dass dies aufgrund dieses Gesetzes gestattet ist (§ 135 Absatz 1 Nummer 2 GWB).

In Fällen, in denen der Auftraggeber den Antragsteller jedoch nachweislich über das betreffende Verfahren informiert hat, ist es dem Antragsteller zuzumuten, den Verstoß gegen die Pflicht zur Bekanntmachung gegenüber dem Auftraggeber rechtzeitig zu rügen und sein Interesse an der Teilnahme am Vergabeverfahren kundzutun, anstatt sich im Nachhinein auf die Unwirksamkeit des geschlossenen Vertrages wegen Verstoßes gegen die Veröffentlichungspflicht zu berufen. Die neu geschaffene Regelung sieht daher in dieser Konstellation zur Beschleunigung des Vergabeverfahrens und zur Entlastung der Vergabekammern die Unzulässigkeit des Nachprüfungsantrags vor.

Zu Nummer 28 (§ 161 GWB)

Zu Buchstabe a

Das bisher vorgesehene Schriftformerfordernis für die Einreichung eines Nachprüfungsantrags steht einer digitalen Verfahrensabwicklung entgegen. Nach bisheriger Praxis erfolgte die Einreichung durch Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte häufig noch per Faxgerät.

Nach der Neuregelung genügt sowohl für die Einreichung als auch für die Begründung des Nachprüfungsantrags eine Einreichung in Textform (§ 126b BGB). Für die Einreichung genügt damit die Übermittlung des Nachprüfungsantrags per einfacher E-Mail, soweit sie den Anforderungen des § 126b BGB genügt.

Hintergrund der Änderung ist, dass die bislang vorgesehene Schriftform nach § 3a Absatz 2 und 3 VwVfG nur ersetzt werden kann durch E-Mail mit qualifizierter elektronischer Signatur, Abgabe in einem elektronischen Formular oder die Nutzung von weiteren elektronischen Übermittlungsmöglichkeiten, welche jeweils ebenfalls eine elektronisch signierte Erklärung vorsehen. Daher bestehen bei den meisten Vergabekammern praktische Hindernisse für die elektronische Antragseinreichung: Die elektronische Signatur ist in der Bevölkerung kaum verbreitet und das Elektronische Gerichts- und Verwaltungspostfach (EGVP) ist – anders als im Gerichtsverfahren (siehe § 130a Absatz 3 und 4 Zivilprozessordnung (ZPO), § 55a Absatz 3 und 4 Verwaltungsgerichtsordnung (VwGO)) – bisher nicht als „sonstiges sicheres Verfahren“ zugelassen. Deshalb müssten Anwälte ihre über das besondere Anwaltspostfach (beA) eingereichten Anträge zur Vergabekammer mit elektronischer Signatur versehen, zum Gericht hingegen nicht. Für Naturalparteien ist eine technische Anbindung an das Elektronische Gerichts- und Verwaltungspostfach ohnehin erst perspektivisch über das sogenannte Bürgerkonto nach § 3 Onlinezugangsgesetz möglich.

Angesichts der dargestellten hohen Hürden bei der Ersetzung der bislang in § 161 Absatz 1 GWB vorgesehenen Schriftform wurde ein großer Teil der Nachprüfungsanträge bislang auf dem Papierweg bei den Vergabekammern eingereicht und sodann unter Medienbruch elektronisch weitergeleitet. Diese Vorgehensweise erzeugt einen hohen Verfahrensaufwand und hindert die Digitalisierung. Die mit der Neuregelung vorgesehene Einreichungsmöglichkeit in Textform hilft insofern ab.

Zu Buchstabe b

Die Regelung lehnt sich an § 130a Absatz 5 Satz 1 ZPO bzw. § 55a Absatz 5 VwGO an. Sie stellt im Interesse der Rechtssicherheit klar, dass für den Zugangszeitpunkt des Nachprüfungsantrags auf den Eingang der E-Mail auf dem Server der jeweiligen Vergabekammer abzustellen ist.

Die Regelung ist erforderlich, weil der Antrag nach der geltenden höchstrichterlichen Rechtsprechung nach bisheriger Rechtslage erst mit dem Ausdruck durch die Geschäftsstelle wirksam eingegangen ist. Die Rechtsprechung ermöglicht unter bestimmten Voraussetzungen zwar die Antragsübermittlung per einfacher E-Mail, setzt aber nach wie vor für den Antragszugang einen Papierausdruck durch die Vergabekammer voraus. Diese Verfahrensweise stellt einen Medienbruch dar und steht einer weiteren Digitalisierung des Nachprüfungsverfahrens entgegen. Zudem ist sie für den Antragsteller mit erheblicher Rechtsunsicherheit behaftet.

Die vorgesehene Regelung ermöglicht eine medienbruchfreie Verfahrensausgestaltung und schafft Rechtssicherheit hinsichtlich des Zugangszeitpunkts des Nachprüfungsantrags für alle Beteiligten.

Zu Nummer 29 (§ 162 GWB)

Die Regelung stellt zur Verfahrensvereinfachung klar, dass auch die Entscheidung über die Beiladung nicht den Anforderungen der Schriftform genügen muss, sondern in Textform (§ 126b BGB) ergehen kann. Zudem kann sie ebenfalls entweder durch den Vorsitzenden oder den hauptamtlichen Beisitzer getroffen werden und muss nicht durch die gesamte Kammer entschieden werden.

Zu Nummer 30 (§ 163 GWB)

Aus den zur Ergänzung des § 157 Absatz 2 Satz 1 GWB näher ausgeführten Gründen der Verfahrensvereinfachung und -beschleunigung sieht die Änderung vor, dass die Prüfung des Nachprüfungsantrags auf offensichtliche Unzulässigkeit oder Unbegründetheit ebenso wie die Übermittlung des Antrags an den Auftraggeber in Kopie und die Anforderung der Vergabeakten keine Entscheidung der vollbesetzten Kammer erfordert, sondern durch den Vorsitzenden oder den hauptamtlichen Beisitzer erfolgt.

Angesichts der in § 157 Absatz 2 GWB vorgesehenen Anforderungen an die berufliche Qualifikation des Vorsitzenden sowie des hauptamtlichen Beisitzers wird effektiver Rechtsschutz auch mit Blick auf die weitreichende Folge dieser Verfahrensschritte in Gestalt der ausnahmsweisen Nichtauslösung oder der Auslösung des Suspensiveffekts nach § 169 Absatz 1 GWB gewährleistet.

In der Praxis erfolgt die Übermittlung des Nachprüfungsantrags an den Auftraggeber in Kopie zugleich mit der in § 169 Absatz 1 GWB vorgesehenen Information des Auftraggebers in Textform über den Antrag. Die Neuregelung des § 163 Absatz 2 Satz 3 stellt hierzu klar, dass auch die Übermittlung der Kopie des Nachprüfungsantrags an den Auftraggeber in Textform (§ 126b BGB) erfolgen kann.

Die Änderung in § 163 Absatz 2 Satz 4 GWB hinsichtlich der Übermittlung der Vergabeakten an die Kammer berücksichtigt, dass die Vergabestellen ihre Akten mittlerweile ohnehin vornehmlich digital in eVergabe-Systemen führen. Da eine elektronische Aktenvorlage theoretisch auf mehreren Wegen denkbar ist (z.B. auf Datenträger, als Leserecht, über eine Internetplattform oder Cloud-Lösung oder als PDF-Datei per E-Mail), muss sie den rechtlichen Erfordernissen und technischen Möglichkeiten der jeweiligen Vergabekammer entsprechen. So wird etwa die Einräumung bloßer Leserechte der Kammer im eVergabe-System aus Rechtsgründen abzulehnen sein, weil damit das Leseverhalten der Kammer nachvollziehbar und Veränderungen der Akte im laufenden Nachprüfungsverfahren noch möglich wären. Die Übermittlung der elektronischen Akte auf einem körperlichen Datenträger (z.B. USB-Stick) kann im Einzelfall (z.B. bei größeren Datenmengen, bei technischen Störungen der anderen Tools) erforderlich sein, könnte aber ebenso wie die Nutzung von Internetplattformen mit Sicherheitsbedenken verbunden sein. Sofern bei den Kammern schon vorhanden, dürfte im Regelfall die Cloud-Lösung mit einem gesicherten Zugangslink gegenwärtig das vorzugswürdige Tool sein. Es ist aber anzunehmen, dass künftige technische Weiterentwicklungen etwa der verschiedenen eVergabe-Plattformen für das Nachprüfungsverfahren relevant werden. Auch muss sichergestellt sein, dass die Kammer auch bei der elektronischen Vergabeakte einen ausreichenden Geheimschutz nach § 165 Absatz 2 und 3 GWB im Rahmen der Akteneinsicht gewährleisten kann. Die Neuregelung berücksichtigt, dass jede Kammer hierzu über eigene technische Lösungen verfügt und sie daher dem Antragsgegner vorerst die Weise der elektronischen Aktenübermittlung im Einzelfall vorgeben können muss.

Die Regelung spricht in Satz 4 von einer elektronischen Kopie, da es sich bei der Generierung von Daten aus einem elektronischen Aktenführungssystem nicht um die elektronische Vergabeakte selbst handelt, sondern um eine Kopie ihres Inhalts (vgl. § 100 Absatz 2 VwGO und § 120 Absatz 2 Sozialgerichtsgesetz (SGG)). Deshalb können

elektronische Dokumente zur Verfügung gestellt werden, die den vollständigen Inhalt der elektronisch geführten Vergabeakten mit Ausnahme der nur für die Datenverarbeitung notwendigen Struktur-, Definitions- und Schemadateien wiedergeben.

Die Einschränkung „soweit möglich“ berücksichtigt Konstellationen, in denen eine sofortige Überführung der vollständigen Vergabeakten in eine elektronische Form objektiv nicht möglich oder nur mit unverhältnismäßigem Aufwand zu bewerkstelligen ist (z.B. Vergabeakte enthält physische Baumodelle oder beinhaltet Verweise auf eine Vielzahl von Papierakten).

Zu Nummer 31 (§ 165 GWB)

Mit der Regelung wird die Gewährung der Akteneinsicht in elektronischer Form durch Übermittlung oder zum Abruf auf einem sicheren Übermittlungsweg zum anzustrebenden Regelfall. Sie trägt damit zur weiteren Digitalisierung des Nachprüfungsverfahrens bei.

Die Auswahl der konkreten Form der elektronischen Übermittlung (z.B. Einräumung eines Leserechts, Internetplattform, Cloud, geschwärzte PDF-Datei) bleibt hierbei vorerst der einzelnen Vergabekammer überlassen, damit diese wie bereits zu den Änderungen von § 163 Absatz 2 Satz 4 GWB erläutert gemäß ihren technischen und praktischen Erfordernissen im Einzelfall passende Lösungen auswählen können. Zugleich bleibt genügend Spielraum, etwaige technische Weiterentwicklungen nutzen zu können. Die elektronische Übermittlung oder die Bereitstellung zum Abruf soll auf einem sicheren Übermittlungsweg zu erfolgen, um den Inhalt vor unbefugtem Zugriff Dritter zu schützen.

Zu Nummer 32 (§ 166 GWB)

Zu Buchstabe a

Die Änderungen in § 166 treffen gewisse Verfahrenserleichterungen hinsichtlich der Notwendigkeit und der Art der Durchführung einer mündlichen Verhandlung im Nachprüfungsverfahren vor den Vergabekammern.

Absatz 1 Satz 3 sieht bereits Ausnahmen für die obligatorische Durchführung einer mündlichen Verhandlung im Nachprüfungsverfahren vor. Diese Ausnahmen werden mit der Neuregelung ähnlich der Regelungen im LNG- und Bundeswehrbeschaffungsgesetz erweitert: Soweit es der Beschleunigung dient und die Sache keine besonderen Schwierigkeiten in rechtlicher oder tatsächlicher Hinsicht aufweist, kann die Vergabekammer ebenfalls nach Lage der Akten entscheiden. Rechtliches Gehör kann den Beteiligten in Konstellationen ohne besondere Schwierigkeiten in rechtlicher und tatsächlicher Hinsicht ausreichend durch schriftliche Äußerungsmöglichkeiten gewährt werden, wie es auch sonst im Verwaltungsverfahren üblich ist. Die Vergabekammer wird bei ihrer Entscheidung über das Absehen von einer mündlichen Verhandlung allerdings auch zu beachten haben, dass eine mündliche Verhandlung im Einzelfall zu einer schnelleren Entscheidung beitragen kann.

Zu Buchstabe b

Die Regelung ermöglicht es der Vergabekammer ausdrücklich, die mündliche Verhandlung auf Antrag oder von Amts wegen im Wege der Videoverhandlung durchzuführen. Sie dient der Beschleunigung, Vereinfachung und durch die Ersparnis einer persönlichen Anreise der ökologischen Nachhaltigkeit.

Viele Vergabekammern führen ihre mündlichen Verhandlungen spätestens seit der Corona-Pandemie im Frühjahr 2020 als Videoverhandlung im Wege der Bild- und Tonübertragung oder in hybrider Form durch. Dieses Vorgehen wird mit der Anpassung nun auf eine ausdrückliche gesetzliche Grundlage gestellt. Im LNG- und Bundeswehrbeschaffungsgesetz

beschleunigungsgesetz waren bereits ähnliche, systematisch aber anders aufgebaute Regelungen enthalten.

Zu beachten ist, dass Absatz 3 die Durchführung der mündlichen Verhandlung im Wege der Videoverhandlung insbesondere nicht von der Zustimmung der Beteiligten abhängig macht. Hiermit wird vermieden, dass eine Verweigerung der Zustimmung zur Abhaltung der mündlichen Verhandlung in Form einer Videoverhandlung als Verzögerungstaktik insbesondere des Antragstellers eingesetzt wird, die mit dem Beschleunigungsgebot des § 167 GWB nicht vereinbar ist.

Die Regelung lehnt sich an die entsprechende Ergänzung der Gerichtsprozessordnungen (§ 128a ZPO, § 102 VwGO) an, berücksichtigt jedoch, dass die Verfahrensbeschleunigung ein bestimmendes Wesensmerkmal des Nachprüfungsverfahrens ist, für das als nicht-öffentliches Verwaltungsverfahren die strengen Voraussetzungen der Gerichtsöffentlichkeit nicht übertragbar sind. Sie schafft hierzu die Möglichkeit, dass gerade auch die Mitglieder der Kammer in der Lage sind, die mündliche Verhandlung als Videoverhandlung etwa aus dem Homeoffice durchzuführen; sie muss mithin nicht aus dem Sitzungszimmer der Vergabekammer heraus stattfinden. Auch für die Beigeladene, die der Verhandlung im Regelfall ohne eigene Anträge beiwohnt, bietet die Videoverhandlung eine zeit- und kostensparende Teilnahmemöglichkeit.

Macht ein Beteiligter geltend, dass er nicht über die technischen Möglichkeiten zur virtuellen Teilnahme an der Verhandlung verfügt oder sich hierdurch anderweitig in seinen Rechten eingeschränkt fühlt, wird die Kammer dies im Zuge ihrer Entscheidung über die Form der Durchführung der mündlichen Verhandlung zu berücksichtigen haben. Sie kann insbesondere berücksichtigen, dass die mündliche Verhandlung auch nur teilweise per Videokonferenz bzw. durch einzelne Videovernehmungen oder für einzelne Beteiligte erfolgen kann.

Der Verweis in Absatz 3 Satz 3 auf Absatz 2 macht deutlich, dass auch das Nichterscheinen eines Beteiligten per Video bei ordnungsgemäßer Ladung eine Verhandlung in der Sache und Entscheidung nicht verhindert. Der Verweis auf § 128a Absatz 3 Satz 1 ZPO macht klar, dass eine Aufzeichnung der Übertragung – hier: der Videoverhandlung – nicht erfolgt.

Die Regelung in Absatz 4 sieht die Unanfechtbarkeit der Entscheidung der Vergabekammer über den Verzicht auf eine mündliche Verhandlung oder über die Durchführung der mündlichen Verhandlung ganz oder zum Teil im Wege der Videoverhandlung vor. Hierdurch wird im Interesse der Verfahrensbeschleunigung eine Verzögerung des Nachprüfungsverfahrens durch das Ergreifen von Rechtsbehelfen gegen derartige Verfahrensentscheidungen vermieden, welche aber gerade eine Beschleunigung der Verfahren bezwecken. Aus diesen Gründen kann die Entscheidung ebenso durch den Vorsitzenden oder den hauptamtlichen Beisitzer getroffen werden.

Zu Nummer 33 (§ 167 GWB)

Zu Buchstabe a

Die Regelung ermöglicht eine ausnahmsweise Verlängerung der Frist zur Entscheidung der Vergabekammer nicht nur wie bisher durch den Vorsitzenden, sondern auch durch den hauptamtlichen Beisitzer. Da nicht in allen Vergabekammern beide hauptamtlichen Mitglieder gemeinsam, sondern entweder der Vorsitzende oder der hauptamtliche Beisitzer für die Verfahrensführung und Verhandlungsvorbereitung zuständig sind, sollte auch der hauptamtliche Beisitzer aufgrund seiner Sachnähe nach § 167 Absatz 1 Satz 2 bis 4 GWB über die Fristverlängerung entscheiden und sie begründen können.

Zu Buchstabe b

Satz 3 sieht im Interesse einer weiteren Verfahrensbeschleunigung vor, dass die ohnehin nur im Ausnahmefall verlängerbare Frist zur Entscheidung der Vergabekammer nicht erneut verlängert werden soll. Mit der Ausgestaltung als Soll- und nicht als zwingende Regelung bleibt in Einzelfällen, insbesondere bei im Zeitpunkt der erstmaligen Fristverlängerung unvorhersehbaren besonderen tatsächlichen oder rechtlichen Schwierigkeiten, eine weitere Fristverlängerung möglich. Die ausnahmsweise Notwendigkeit bedarf jedoch eines besonderen Begründungsaufwands durch den Vorsitzenden bzw. des hauptamtlichen Beisitzers.

Zu Buchstabe c

Mit der Änderung in Satz 4 wird die Begründung der Verlängerung der Entscheidungsfrist der Vergabekammer in Textform (§ 126b BGB) ermöglicht. Eine Übermittlung der entsprechenden Verfügung reicht demnach insbesondere auch im Wege einfacher E-Mail aus. Die Regelung dient damit der Digitalisierung und Vereinfachung des Verfahrens. Näheres kann der Begründung des neu angefügten § 158 Absatz 3 GWB entnommen werden.

Zu Nummer 34 (§ 168 GWB)

Die Änderung sieht im Interesse der Digitalisierung vor, dass die Entscheidung der Vergabekammer in Textform (§ 126b BGB) ergeht und erleichtert damit den elektronischen Erlass der Entscheidung.

Die Sach- und Kostenentscheidung der Vergabekammer ergeht nach § 168 Absatz 3 Satz 1 GWB durch Verwaltungsakt, für den – abgesehen von dem Verweis in § 168 Absatz 3 Satz 4 GWB auf die entsprechende Anwendung von § 61 Absatz 1 und 2 GWB – bislang zwar grundsätzlich keine gesonderten Formvorschriften gelten (siehe § 37 Absatz 2 Satz 1 VwVfG). Ein elektronischer Verwaltungsakt ist auf Verlangen des Betroffenen allerdings nach § 37 Absatz 2 Satz 3 VwVfG schriftlich zu bestätigen. Da die Ersetzung der Schriftform wegen der fehlenden Anerkennung des Elektronischen Gerichts- und Verwaltungspostfachs (EGVP) im Rahmen von § 3a Absätze 2 und 3 VwVfG zu praktischen und rechtlichen Unwägbarkeiten führt, fertigen die Vergabekammern nach bestehender Rechtslage ihre Beschlüsse oftmals noch in Papier aus.

Mit der Neuregelung soll dieses Erfordernis entfallen. Zu beachten bleibt jedoch weiterhin die Anforderung der Zustellung an die Beteiligten nach § 61 Absatz 1 GWB, insbesondere um Klarheit hinsichtlich des Beginns der Frist für eine sofortige Beschwerde zu schaffen. Das Verwaltungszustellungsgesetz erlaubt hierzu unter bestimmten Voraussetzungen die elektronische Zustellung.

Zu Nummer 35 (§ 169 GWB)

Zu Buchstabe a

Aus den zur Ergänzung des § 157 Absatz 2 Satz 1 GWB näher ausgeführten Gründen der Verfahrensvereinfachung und -beschleunigung berücksichtigt die Änderung, dass die Information des Auftraggebers über den Nachprüfungsantrag keine Entscheidung der vollbesetzten Kammer erfordert, sondern durch den Vorsitzenden oder den hauptamtlichen Beisitzer erfolgt. Sie stellt eine Folgeänderung zur Neuregelung in § 163 Absatz 2 Satz 1 bis 4 GWB dar, wonach die Prüfung des Antrags auf offensichtliche Unzulässigkeit oder Unbegründetheit nicht mehr durch die gesamte Kammer, sondern nur durch den Vorsitzenden oder den hauptamtlichen Beisitzer erfolgt.

Zu Buchstabe b

Aus den zur Ergänzung des § 157 Absatz 2 Satz 1 GWB näher ausgeführten Gründen der Verfahrensvereinfachung und -beschleunigung sieht die Neuregelung vor, dass die Zustellung eines Schriftsatzes, mit dem der Auftraggeber das Vorliegen der Voraussetzungen nach § 117 Nummer 1 bis 3 oder § 150 Nummer 1 oder 6 GWB geltend macht, an den Antragsteller unverzüglich alternativ seitens des Vorsitzenden oder des hauptamtlichen Beisitzers zu veranlassen ist. Als reiner Verfahrensschritt ist eine Veranlassung der Zustellung durch die vollbesetzte Kammer demnach nicht erforderlich; sie würde der Unverzüglichkeit der Zustellung vielmehr hinderlich sein.

Zu Nummer 36 (§ 172 GWB)

Die Ergänzung sieht im Falle einer sofortigen Beschwerde eine Vereinheitlichung von Umfang sowie Form der Übermittlung der Verfahrensakte der Vergabekammer an das Oberlandesgericht vor.

Während bislang einige Vergabekammern nur ihre Verfahrensakte übermitteln und das Oberlandesgericht die Vergabeakte selbst bei der Vergabestelle anfordert, nehmen andere Vergabekammern eine gemeinsame Übermittlung von Vergabe- und Verfahrensakte vor. Mit Absatz 5 wird nun auch im Interesse der Rechtssicherheit einheitlich geregelt, dass sowohl Vergabe- als auch Verfahrensakte seitens der Vergabekammer zu übermitteln sind. Hierzu bedarf es keiner Entscheidung der vollbesetzten Vergabekammer, vielmehr erfolgt die Übermittlung auf Veranlassung des Vorsitzenden oder hauptamtlichen Beisitzers. Um eine Übermittlung auf elektronischem Wege zu ermöglichen, sieht die Regelung eine Übermittlung in Textform (§ 126b BGB) vor, ohne hierzu nähere Vorgaben zu machen. Die jeweilige Vergabekammer kann demnach gemäß ihren technischen Möglichkeiten vorerst die konkrete Art der Übermittlung in Textform wählen.

Zu Nummer 37 (§ 173 GWB)

Zu Buchstabe a

Nach § 173 Absatz 1 Satz 1 hat eine sofortige Beschwerde grundsätzlich zwar aufschiebende Wirkung gegenüber der Entscheidung der Vergabekammer. Nach Satz 2 entfällt diese jedoch automatisch zwei Wochen nach Ablauf der Beschwerdefrist. Satz 3 sieht vor, dass diese auf Antrag des Beschwerdeführers im Falle der Ablehnung des Nachprüfungsantrags durch die Vergabekammer bis zur Entscheidung über die Beschwerde verlängert werden kann.

Obwohl die Verlängerung der aufschiebenden Wirkung mithin ein Ausnahmefall ist, war sie praktisch der Regelfall bei sofortigen Beschwerden durch den Antragsteller. Dies gewährleistet zwar einen besonders effektiven Primärrechtsschutz, da der Zuschlag in der Zwischenzeit nicht erteilt werden kann. Aufgrund der häufig sehr langen Beschwerdeverfahren vor den Oberlandesgerichten führt dies jedoch teilweise zu sehr erheblichen Verzögerungen öffentlicher Aufträge trotz eines nicht nur vor der Vergabekammer, sondern auch schlussendlichen Obsiegens des Auftraggebers.

Um die hierdurch für den Auftraggeber – zu dessen Gunsten die Vergabekammer bereits in der Sache entschieden hat – entstehende Verzögerung mit Blick auf die Erteilung des Zuschlags zu minimieren, stellt die Neuregelung klar, dass eine Verlängerung der aufschiebenden Wirkung nur im Ausnahmefall gewährt werden darf. Der Maßstab für diese Prüfung ist § 173 Absatz 2 GWB zu entnehmen.

Zu Buchstabe b

Zu Doppelbuchstabe aa

Die Neufassung des § 173 Absatz 2 Satz 1 GWB betont im Lichte des neu gefassten Absatz 1 Satz 3 den Ausnahmecharakter der gerichtlichen Verlängerung der aufschiebenden Wirkung der sofortigen Beschwerde nach einer ablehnenden Entscheidung der Vergabekammer und verschiebt den Überwiegensmaßstab leicht zugunsten der Nachteile für die Allgemeinheit.

Die Verlängerung darf durch das Beschwerdegericht nur erfolgen, sofern die Vorteile einer weiteren Verzögerung der Vergabe bis zur Entscheidung in der Hauptsache die hiermit verbundenen Nachteile überwiegen. Im Interesse der Beschleunigung des Abschlusses von Vergabeverfahren muss die Entscheidung andernfalls zugunsten des Auslaufens der aufschiebenden Wirkung ausfallen. Das Interesse des Beschwerdeführers an einem effektiven Rechtsschutz ist durch das Beschwerdegericht zu berücksichtigen. Allerdings ist er im Falle eines Zuschlags auch nicht rechtsschutzlos, sondern kann auf Basis einer Feststellungsentscheidung Schadensersatz ersuchen.

Zu Doppelbuchstabe bb

Die Regelung stellt klar, dass das Beschwerdegericht im Zuge seiner Abwägungsentscheidung über die Verlängerung der aufschiebenden Wirkung insbesondere die Erfolgsaussichten der Beschwerde, die allgemeinen Aussichten des Antragstellers im Vergabeverfahren, den öffentlichen Auftrag oder die Konzession zu erhalten, und das Interesse der Allgemeinheit an einem raschen Abschluss des Vergabeverfahrens als wesentliche Aspekte zu berücksichtigen hat. Diese Aspekte sind für die Entscheidung wesentlich und nicht nur neben anderen Aspekten auch zu berücksichtigen.

Zu Nummer 38 (§ 175 GWB)

Satz 2 ermöglicht klarstellend ausdrücklich die Durchführung einer mündlichen Verhandlung im Wege der Bild- und Tonübertragung in Ergänzung zu den allgemeinen Möglichkeiten nach §§ 175 Absatz 2, 72 GWB in Verbindung mit § 128a ZPO. Dabei wird für die Oberlandesgerichte anders als für die Vergabekammern in § 166 GWB statt eine Sonderregelung zu schaffen auf die Vorschriften der ZPO verwiesen, die die Oberlandesgerichte auch in ihren anderen Verfahren anzuwenden haben. Die ausdrückliche Verankerung der Videoverhandlung soll der Digitalisierung, ökologischen Nachhaltigkeit und Beschleunigung des gerichtlichen Verfahrens dienen.

Zu Nummer 39 (§ 176 GWB)

Zu Buchstabe a

Die Umkehr des Überwiegens in der Abwägungsentscheidung am Ende des § 176 Absatz 1 Satz 1 GWB erleichtert im Interesse der Verfahrensbeschleunigung die Vorabgestattung des Zuschlags durch das Beschwerdegericht. Die Vorabgestattung des Zuschlags kann demnach erfolgen, wenn der Primärrechtsschutz für den unterlegenen Bieter nicht wichtiger als das Interesse der Allgemeinheit am baldigen Zuschlag ist.

Diese Überwiegensumkehr entspricht der Überwiegensumkehr im neuen § 173 Absatz 1 Satz 3. Stellt das Gericht im Nachhinein fest, dass der Zuschlag nicht hätte erteilt werden dürfen, kann der unterlegene Bieter aufgrund der Feststellungsentscheidung Sekundärrechtsschutz ersuchen.

Zu Buchstabe b

Die Ersetzung entspricht der Änderung in § 173 Absatz 2 Satz 4. Auf die dortige Begründung wird verwiesen.

Zu Nummer 40 (§ 177 GWB)

Die Regelung hebt die Fiktionswirkung über die Beendigung des Vergabeverfahrens in § 177 GWB nach einer negativen Entscheidung über die Vorabgestattung des Zuschlags entsprechend der Nichtanwendungsbefehle im LNG- und Bundeswehrbeschaffungsbeschleunigungsgesetz auf.

Die mit § 177 GWB ursprünglich bezweckte Beschleunigung von Verfahren tritt zurück hinter dem Interesse des Auftraggebers, mit der Beantragung der Vorabgestattung des Zuschlags nicht das Risiko eingehen zu müssen, das Vergabeverfahren ohne Hauptsacheentscheidung neu beginnen zu müssen. Der damit zwingend einhergehende erhebliche Zeitverzug ist bei öffentlichen Aufträgen in der Regel nicht hinnehmbar.

Die Regelung trägt darüber hinaus zum effektiven Rechtsschutz und zur Wahrung der richterlichen Unabhängigkeit bei, indem nicht automatisch mit der beschleunigt zu fällenden Eilentscheidung die Möglichkeit zur Hauptsacheentscheidung entfällt. Sie dient auch der Beschleunigung, da ohne diese Fiktionswirkung voraussichtlich vermehrt von Anträgen über die Vorabentscheidung des Zuschlags Gebrauch gemacht werden wird.

Zu Nummer 41 (§ 187 GWB)

Hiermit wird der Übergang hinsichtlich für zum Zeitpunkt des Inkrafttretens dieses Gesetzes bereits begonnene Vergabe- oder Nachprüfungsverfahren geregelt. Ein Vergabeverfahren ist im Sinne dieser Übergangsregelung auch begonnen, wenn eine Aufforderung zum Teilnahmewettbewerb oder zur Angebotsabgabe ohne vorherigen Teilnahmewettbewerb erfolgt ist.

Zu Nummer 42

Die Änderung aktualisiert die Bezeichnung des in den Normen genannten Bundesministeriums für Wirtschaft und Klimaschutz.

Zu Nummer 43

Die Änderung aktualisiert die Bezeichnung des in den Normen genannten Bundesministeriums des Innern und für Heimat.

Zu Artikel 2 (Änderung haushaltsrechtlicher Gesetze)

Zu Absatz 1 (§ 30 HGrG)

Mit der Änderung in § 30 Haushaltsgrundsätzegesetz wird den Auftraggebern wie im Sektorenvergaberecht ermöglicht, auch unterhalb der EU-Schwellenwerte eine Verhandlungsvergabe (Liefer- und Dienstleistungen) bzw. eine freihändige Vergabe (Bauleistungen) nach ihrer freien Wahl durchzuführen. Dies steigert die Flexibilität der Auftraggeber und vereinfacht die Vergabeverfahren in den Fällen, in denen die Auftraggeber die Möglichkeit von Verhandlungen als Vereinfachung ansehen, ohne dass weitere Voraussetzungen vorliegen müssen. Im Einzelfall, insbesondere bei standardisierten Leistungen kann das offene Verfahren auch das einfachste Verfahren sein.

Im Interesse des Wettbewerbs und der Transparenz gilt diese Wahlmöglichkeit aber nur, wenn der Verhandlungsvergabe bzw. der freihändigen Vergabe wie im Sektorenvergaberecht ein öffentlicher Teilnahmewettbewerb vorgeschaltet ist.

Das Vergaberecht nach Satz 1 Halbsatz 2 kann weiterhin sonstige Fälle vorsehen, in denen die Natur des Geschäfts oder besondere Umstände eine Ausnahme, insbesondere das Absehen von einem Teilnahmewettbewerb rechtfertigen.

Zu Absatz 2 (§ 55 BHO)

Die Ergänzung von § 55 Absatz 1 Bundeshaushaltsordnung übernimmt die Änderung des § 30 Haushaltsgrundsätzegesetzes für dem Bundesrecht unterliegende Stellen. Auf die dortige Begründung kann verwiesen werden.

Die Anpassung soll entsprechend in den Verwaltungsvorschriften zu § 55 Bundeshaushaltsordnung und in der Unterschwellenvergabeordnung möglichst zeitgleich nachgezogen werden.

In und mit den Bundesländern werden möglichst einheitliche Regelungen angestrebt.

Zu Artikel 3 (Folgeänderungen)

Zu Absatz 1 (§ 9 LNGG)

Die durch diese Aufhebungen entfallenden Regelungen im LNG-Beschleunigungsgesetz sind allein Folgeänderungen, da ihr Regelungsgehalt durch die Änderungen in Artikel 1 dieses Gesetzes nunmehr dauerhaft im GWB enthalten ist.

Zu Absatz 2 (§§ 3 bis 7 BwBBG)

Die durch diese Aufhebungen und Anpassungen entfallenden bzw. geänderten Regelungen im BwBBG sind allein Folgeänderungen, da ihr Regelungsgehalt in Artikel 1 dieses Gesetzes nunmehr dauerhaft im GWB enthalten ist.

Zu Absatz 3 (§ 130a SGB V)

Es handelt sich um eine Folgeänderung zum neuen § 112a des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen.

Zu Absatz 4 (§ 8b PBefG)

Zu Nummer 1

Diese Änderung reflektiert, dass Bekanntmachungen nun nicht mehr über die Seite service.bund.de zentral gesammelt werden. Vielmehr fungiert nun der Datenservice Öffentlicher Einkauf als zentraler nationaler Bekanntmachungs-Hub. Auf dessen Bekanntmachungsservice wird daher hier verwiesen. Siehe dazu auch die Einfügung des § 114 Absatz 3 GWB und die Änderungen an § 28 VgV.

Die Bekanntmachung auf der zentralen Seite steht auch nicht mehr im freien Ermessen des Auftraggebers. Sondern sie soll aus Transparenzgründen in der Regel, und zwar soweit möglich, beim Bekanntmachungsservice aufzufinden sein, um interessierten Unternehmen eine Teilnahme am Vergabeverfahren zu ermöglichen.

Zu Nummer 2

Diese Änderung zieht die Änderung in § 121 Absatz 1 Satz 1 aus entsprechenden Gründen nach .

Zu Nummer 3

Die Änderung stellt klar, dass auch bei wettbewerblichen Vergabeverfahren nach § 8b Unternehmen aus Drittstaaten entsprechend der Neuregelung in § 112a GWB vom Vergabeverfahren ausgeschlossen werden können.

Zu Artikel 4 (Änderung der Verordnung über die Vergabe öffentlicher Aufträge)

Zu Nummer 1

Die Inhaltsübersicht wird an die Änderung der Überschrift des § 41 angepasst.

Zu Nummer 2 (§ 2 VgV)

Werden Planungsleistungen als Teil eines Bauauftrags vergeben, unterliegt ihre Vergabe nach § 2 grundsätzlich der Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen. Dies ist jedoch nicht sachgerecht, wenn die Planungsleistungen als eigenständiges Los vergeben werden. Dann soll aufgrund der größeren Sachnähe dieses Los nach den Regelungen der VgV, einschließlich der Regelungen für Besondere Vorschriften für die Vergabe von Architekten und Ingenieurleistungen in Abschnitt 6 vergeben werden. Siehe dazu auch die Begründung zu der Änderung an § 103 Absatz 3 GWB.

Zu Nummer 3 (§ 8 VgV)

Der Soll-Regelung im neuen § 120a Absatz 1 Satz 1 GWB folgend, wird durch den neuen § 8 Absatz 2 Satz 2 Nummer 13 die Verpflichtung niedergelegt, die (nur in atypischen Fällen zulässige) Nichtberücksichtigung eines sozialen oder eines umweltbezogenen Kriteriums im Vergabevermerk zu dokumentieren.

Zu Nummer 4 (§ 10a VgV)

Es handelt sich um eine Folgeänderung zur Aufnahme des Datenservice Öffentlicher Einkauf in § 114 Absatz 3 GWB.

Zu Nummer 5 (§ 16 VgV)

Mit der Ersetzung von „Informationen“ mit „Unterlagen“ und dem Verweis auf § 48 Absatz 1 wird klargestellt, dass die vom öffentlichen Auftraggeber geforderten Unterlagen für die Eignungsprüfung nach Satz 3 entsprechend jene Unterlagen umfassen, die der öffentliche Auftraggeber in der Auftragsbekanntmachung oder Aufforderung zur Interessensbestätigung angibt. Nach dem neuen § 48 Absatz 2a werden Unterlagen, die über Eigenerklärungen hinausgehen, zwar zeitlich nach der Übermittlung des Teilnahmeantrags – auf Anforderung des öffentlichen Auftraggebers – übermittelt. Diese Unterlagen sind jedoch sachlich Teil des Teilnahmeantrags und damit Teil der vom öffentlichen Auftraggeber geforderten Unterlagen, die er zur Eignungsprüfung heranzieht.

Zu Nummer 6 (§ 17 VgV)

Zu Buchstabe a

Die Änderungen sind inhaltsgleich jenen in § 16 Absatz 1 für das nicht-offene Verfahren, hier entsprechend für das Verhandlungsverfahren. Auf die entsprechende Begründung wird verwiesen.

Zu Buchstabe b

Der öffentliche Auftraggeber soll bei seiner Aufforderung zur Abgabe eines Erstangebots im Teilnahmewettbewerb zwischen geeigneten Unternehmen wechseln, um ausreichenden Wettbewerb zu gewährleisten.

Junge Unternehmen sowie kleine und mittlere Unternehmen (KMU) haben – etwa aufgrund ihres Geschäftsmodells, geringerer Ressourcen, geringerer Fachkenntnisse im speziellen Gebiet des Vergaberechts und geringerer Erfahrungswerte mit der öffentlichen Beschaffung – häufig geringere Berührungspunkte mit öffentlichen Auftraggebern. Um diesen strukturellen Nachteil auszugleichen, sollen in Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb, in denen der öffentliche Auftraggeber Unternehmen direkt anspricht, regelmäßig auch geeignete junge Unternehmen sowie KMU in die Aufforderung zur Angebotsabgabe einbezogen werden. Die Anzahl und Auswahl der Unternehmen, die zur Angebotsabgabe aufgefordert werden, bleibt im Ermessen des Auftraggebers.

Als junge Unternehmen können in der Regel Unternehmen betrachtet werden, deren Gründung nicht länger als acht Jahre zurückreicht. Als kleine und mittlere Unternehmen können in der Regel Unternehmen betrachtet werden, die unter die entsprechende Definition der europäischen Kommission (Empfehlung 2003/361/EG) fallen.

Zu Buchstabe c

Es handelt sich um eine Folgeänderung aufgrund der Einfügung des neuen Absatz 5 Satz 2. Diese Regelung gilt nicht für das Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb.

Zu Nummer 7 (§ 18 VgV)

Die Änderungen sind inhaltsgleich jenen in § 16 Absatz 1 für das nicht-offene Verfahren, hier entsprechend für den Wettbewerblichen Dialog. Auf die entsprechende Begründung wird verwiesen.

Zu Nummer 8 (§ 19 VgV)

Die Änderungen sind inhaltsgleich jenen in § 16 Absatz 1 für das nicht-offene Verfahren, hier entsprechend für die Innovationspartnerschaft. Auf die entsprechende Begründung wird verwiesen.

Zu Nummer 9 (§ 28 VgV)

Soweit eine Markterkundung nach Satz 1 durchgeführt wird, soll diese sich auch darauf beziehen, inwieweit bei der Auftragsvergabe Nachhaltigkeitsaspekte berücksichtigt werden können. Dies soll auch der Vorbereitung dienen, welche Nachhaltigkeitskriterien nach § 120a GWB vorgegeben werden können.

Die Markterkundung soll vornehmlich digital durchgeführt werden und neben Online-Marktplätzen und sonstigen digitalen Plattformen etwa auch Fach- und Vergleichsportale und

Unternehmenswebseiten umfassen können. Eine Erkundung auf anderem Wege, etwa telefonisch oder in einschlägigen Fachzeitschriften, ist nicht ausgeschlossen.

Zu Nummer 10 (§ 29 VgV)

Mit der Regelung im neuen Satz 3 sollen Hürden, die junge Unternehmen sowie KMU an der Teilnahme an Vergabeverfahren der öffentlichen Hand hindern, verringert werden.

In der öffentlichen Konsultation wurden die Rechnungszyklen, das Zahlungsziel und ggfs. auch die Zahlungsmentalität öffentlicher Auftraggeber als teilweise große Hindernisse für die Teilnahme von KMU identifiziert. Denn diese Unternehmen sind unter Umständen mit anderen Voraussetzungen bei der Vorfinanzierung entsprechender Projekte konfrontiert, obgleich ihre Unternehmenseignung vorliegt. Dies gilt in besonderem Ausmaß auch für junge Unternehmen wie Start-ups. Daher sollte der öffentliche Auftraggeber bei der Auftragsvergabe darauf achten, dass die Zahlungsmodalitäten solche Umstände ausreichend berücksichtigen, etwa durch die Vereinbarung von Vorauszahlungen bei Auftragserteilung und -annahme, von ausreichenden Abschlagszahlungen bei Erreichung von Zwischenzielen oder von hinreichend kurzen Zahlungsfristen. So sollten öffentliche Auftraggeber ihre Rechnungen mindestens innerhalb von 30 Tagen nach Eingang der Rechnung, wie auch als Regelfall in § 17 des Teils B der Vergabe- und Vertragsordnung für Leistungen (VOL/B) angesetzt, bezahlen, und könnten beispielsweise mindestens 30 Prozent des Rechnungsbetrags als Vorauszahlung leisten.

Als junge Unternehmen können in der Regel Unternehmen betrachtet werden, deren Gründung nicht länger als acht Jahre zurückreicht. Als kleine und mittlere Unternehmen können in der Regel Unternehmen betrachtet werden, die unter die entsprechende Definition der europäischen Kommission (Empfehlung 2003/361/EG) fallen.

Die Vertragsunterlagen und damit die Zahlungsmodalitäten sind nach § 29 Absatz 1 Nummer 3 in der Regel Teil der Vergabeunterlagen. Damit sind die Zahlungsmodalitäten für potentielle Bewerber und Bieter ersichtlich.

Die aktuelle Fassung der VOL/B ist aus dem Jahr 2003. Im Sinne des Ziels der Vereinheitlichung des Vergaberechts soll ihre regelmäßige Einbindung in die Vertragsunterlagen öffentlicher Aufträge aber nicht aufgegeben werden. Das für das Vergaberecht federführend zuständige BMWK wird daher entsprechend dem neuen Satz 4 ermächtigt, die VOL/B zu überarbeiten und neu bekannt zu machen. Ab dem in der Bekanntmachung festgelegten Datum ist nach § 29 Absatz 2 die neue Fassung der VOL/B anzuwenden.

Zu Nummer 11 (§ 31 VgV)

Es handelt sich um eine Folgeänderung zum neuen § 120a GWB. Durch die Änderung wird klargestellt, dass das bisher durch § 31 Absatz 3 Satz 1 eingeräumte freie Ermessen der öffentlichen Auftraggeber zur Berücksichtigung umweltbezogener oder sozialer Aspekte im Vergabeverfahren durch die Berücksichtigungsvorgaben aus § 120a GWB beschränkt sein kann.

Zu Nummer 12 (§ 35 VgV)

Nebenangebote sind ein wirksames Mittel zur Förderung von innovativen Lösungen und der Teilnahme von innovativen Unternehmen an öffentlichen Vergabeverfahren. Durch die Zulassung von Nebenangeboten können innovative Lösungen, die vom öffentlichen Auftraggeber nicht vorhergesehen wurden, in ein Vergabeverfahren eingebracht werden und dieses gewinnen. Auf diese Weise profitieren nicht nur die öffentlichen Auftraggeber sowie das innovative Unternehmen, welches Zugang zur öffentlichen Beschaffung erhält, sondern es wird ein gesunder Wettbewerb um die besten Ideen mit einem Zugewinn an Lösungen und Angeboten gefördert. Der Staat kann als Innovationstreiber und Ankerkunde fungieren

und zugleich durch das große Kreativpotential der Unternehmen und deren innovative Lösungen einen höheren Wert der beschafften Leistung – gegebenenfalls über die Bedarfsdeckung hinaus – erhalten.

Durch die neuen § 35 Absatz 1 Sätze 1 und 2 wird ein Entscheidungs- und Äußerungsgebot bezüglich Nebenangeboten für die öffentlichen Auftraggeber eingeführt. Sie müssen diesbezüglich eine aktive Entscheidung treffen und diese in der Auftragsbekanntmachung oder in der Aufforderung zur Interessensbestätigung angeben. Eine Begründung der Entscheidung seitens des öffentlichen Auftraggebers ist nicht erforderlich.

Die Regelung soll eine vertiefte Auseinandersetzung des öffentlichen Auftraggebers mit dem positiven Nutzen des Instruments der Nebenangebote bewirken und dadurch deren Anwendung erhöhen, ohne den Auftraggeber mit dem zusätzlichen Aufwand einer gesonderten Begründung zu belasten. Daher bleibt es weiterhin den öffentlichen Auftraggebern überlassen, ob und wann sie Nebenangebote zulassen, vorschreiben oder ausschließen.

Zu Nummer 13 (§ 36 VgV)

Zu Buchstabe a

Die Einfügung stellt klar, dass die Gründe für den Ausschluss von Unterauftragnehmern nach Satz 1 sowohl die Ausschlussgründe als auch die Eignung umfassen. Dies stellte auch schon die Begründung der Vergaberechtsmodernisierungsverordnung klar (Bundestags-Drucksache 18/7318, S. 175), soll nun aber aus dem Normtext selbst deutlich werden. Der Umfang der Eignungsprüfung des Unterauftragnehmers liegt im Ermessen des öffentlichen Auftraggebers. Dabei kann er weiterhin auf Eigenerklärungen des Hauptauftragnehmers zurückgreifen und unter Berücksichtigung der Verhältnismäßigkeit auch weitere Nachweise insbesondere bei für die Leistungserfüllung wichtigen Unterauftragnehmern verlangen.

Zu Buchstabe b

Nach bisheriger Rechtslage wird ein Unternehmen, welches die Eignung eines Unterauftragnehmers nicht nachweisen kann, vom Vergabeverfahren ausgeschlossen. Durch die Einfügung im neuen Satz 3 wird diese Rechtsfolge abgemildert, indem der Auftraggeber nunmehr die Ersetzung des Unterauftragnehmers durch den Hauptauftraggeber verlangen kann und diesem hierdurch die Möglichkeit einräumt, sein bisheriges Angebot hinsichtlich des Unterauftragnehmers zu anzupassen. Die Folge der fehlenden Eignung eines Unterauftragnehmers wird damit derer im Falle des Vorliegens von zwingenden Ausschlussgründen bei einem Unterauftragnehmer angeglichen, um den Einsatz von Unterauftragnehmern zu erleichtern und dadurch Teilnahmemöglichkeiten und Wettbewerb sowie potentielle Unterauftragnehmer (insbesondere KMU) zu stärken.

Zu Nummer 14 (§ 39 VgV)

§ 39 Absatz 5 enthielt bisher keine Frist für die Veröffentlichung der Auftragsänderung. Zwar sieht auch die Richtlinie eine solche nicht vor. Aus Gründen einer zeitnahen Transparenz ist es jedoch sachgerecht die 30-Tages-Frist für abgeschlossene Verträge funktional entsprechend aus Absatz 1 zu übernehmen.

Zu Nummer 15 (§ 40 VgV)

Die Vergaberichtlinien und -verordnungen setzen zur Berechnung wichtiger Fristen, etwa zur Angebotsabgabe jedoch an den Tag der Absendung der Bekanntmachungen an (siehe etwa § 15 Absatz 2 VgV). Mit Einführung des Datenaustauschstandards eForms für Bekanntmachungen (vgl. § 10a VgV) kann in den Übermittlungen der Bekanntmachungen an das Amt für Veröffentlichungen der Europäischen Union auch ein späteres

Veröffentlichungsdatum angegeben werden (bis zu 60 Tage später). Offensichtlich ist jedoch, dass dann der Beginn der Mindestfrist (zum Beispiel 35 Tage) nicht vom Tag der Absendung der Bekanntmachung berechnet werden kann (gegebenenfalls erst 60 Tage in der Zukunft), sondern dann vom Tag der geplanten Veröffentlichung (also bis zu 60 Tage in der Zukunft plus beispielsweise 35 Tage). Dies wird durch den neuen Satz in Absatz 3 klargestellt. Alles andere wäre eine Umgehung von Transparenz und Wettbewerb für die Bewerber und Bieter.

Zu Nummer 16 (§ 41 VgV)

Zu Buchstabe a

Mit der Änderung wird klargestellt, dass in § 41 die elektronische Bereitstellung der Vergabeunterlagen geregelt wird. Die Vergabeunterlagen und ihr Umfang werden in § 29 geregelt. Siehe hierzu auch die Begründung zu b).

Zu Buchstabe b

Mit dieser Einfügung wird hinsichtlich der Vergabeunterlagen explizit auf § 29 VgV verwiesen. Dies soll der Klarstellung dienen, dass sich der Umfang der Vergabeunterlagen (und deren Vollständigkeit) nach der Definition in § 29 VgV richtet. Danach müssen Vergabeunterlagen alle Angaben umfassen, die erforderlich sind, um dem Bewerber oder Bieter eine Entscheidung zur Teilnahme am Vergabeverfahren zu ermöglichen. Ein Anspruch auf ausnahmslose Vollständigkeit leitet sich daraus gerade nicht ab; der Auftraggeber kann weitere Angaben, die nicht zur Teilnahmeentscheidung für Bewerber oder Bieter erforderlich sind, etwa konkrete Vertragsunterlagen oder in zweistufigen Verfahren nachrangige Unterlagen für die Angebots- oder Verhandlungsphase, im Verfahrensverlauf bekannt geben. Dies liegt – unter Berücksichtigung der Interessen der potentiellen Bewerber oder Bieter, sich ein für ihre Kalkulation und Teilnahmeentscheidung ausreichendes Bild des Auftrags zu machen – im Ermessen des Auftraggebers und kann insbesondere von der Verfahrensart abhängen.

In diesem Zusammenhang ist zu beachten, dass sich die Vollständigkeit der Vergabeunterlagen in § 41 Absatz 1 in Umsetzung des Artikel 53 Absatz 1 Unterabsatz 1 der Richtlinie 2014/24/EU auf ihre elektronische Verfügbarkeit bezieht (vgl. Bundestags-Drucksache 18/7318, Seite 180 sowie OLG Düsseldorf, Beschluss vom 17.10.2018 – Verg 26/18). Auf die Begründung zur Änderung von § 121 Absatz 1 GWB wird verwiesen.

Zu Nummer 17 (§ 42 VgV)

Zu Buchstabe a

Der neue § 42 Absatz 2 stellt sicher, dass die besonderen Umstände von jungen Unternehmen und KMU, die sie potentiell bei Vergabeverfahren benachteiligen können, von den öffentlichen Auftraggebern bei der Auswahl der Eignungskriterien und Eignungsnachweise berücksichtigt werden. Damit werden Nachteile und bürokratische Hürden für diese Unternehmen abgebaut, deren Teilnahmemöglichkeiten an öffentlichen Aufträgen erhöht und dadurch der Wettbewerb in Vergabeverfahren gestärkt.

Bei der Auswahl der Eignungskriterien und Eignungsnachweise besteht ein weiterer Beurteilungsspielraum für den öffentlichen Auftraggeber. Dieser muss – unter Wahrung der vergaberechtlichen Grundsätze nach § 97 GWB sowie insbesondere der Angemessenheit von Eignungskriterien nach § 122 Absatz 4 Satz 1 GWB – sicherstellen, dass öffentliche Aufträge nur an geeignete Unternehmen vergeben werden.

In der öffentlichen Konsultation zum Vergabetransformationspaket wurden insbesondere (zu) hohe Anforderungen etwa bezüglich der Höhe von Mindestjahresumsätzen oder der

Projektpreferenzen als Hürden für junge Unternehmen wie insbesondere Start-ups sowie KMU bei der Teilnahme an Vergabeverfahren identifiziert. Der neue Absatz 2 stellt sicher, dass im Auswahlprozess der Anforderungen und geforderten Unterlagen auch die besonderen Umstände von jungen Unternehmen sowie von KMU berücksichtigt werden. So besitzen etwa Start-ups häufig ein gegenüber etablierten Unternehmen verschiedenes gelagertes Geschäftsmodell, und können dadurch trotz ausreichender struktureller und finanzieller Ressourcen in ihrer Aufbauphase über noch geringe Umsätze verfügen.

Die Regelung steht außerdem im Einklang mit den vergaberechtlichen Grundsätzen der Innovations- und Mittelstandsförderung (vgl. auch Richtlinie 2014/24/EU, Erwägungsgründe 47 und 78), da junge Unternehmen wie Start-ups überproportional häufig innovative Lösungen anbieten, und stärkt in Umsetzung der Start-up-Strategie der Bundesregierung innovative Aspekte bei Vergaben.

Als junge Unternehmen können in der Regel Unternehmen betrachtet werden, deren Gründung nicht länger als acht Jahre zurückreicht. Als kleine und mittlere Unternehmen können in der Regel Unternehmen betrachtet werden, die unter die entsprechende Definition der europäischen Kommission (Empfehlung 2003/361/EG) fallen.

Zu Buchstabe b

Es handelt sich um eine redaktionelle Folgeänderung.

Zu Buchstabe c

In offenen Verfahren ist der sogenannte „vereinfachte Wertungsvorgang“, das heißt die Durchführung der Angebotsprüfung vor der Eignungsprüfung, bereits seit Langem in der Praxis anzufinden und geeignet, um den Prüfungsaufwand für öffentliche Auftraggeber zu begrenzen (vgl. z.B. Bundesgerichtshof, Urteil vom 15.04.2008 - X ZR 129/06).

Mit dem neuen § 42 Absatz 4 wird der vereinfachte Wertungsvorgang der neue Regelfall in der Prüfungsreihenfolge und trägt so – in Zusammenspiel mit dem ebenfalls angepassten § 122 Absatz 3 GWB sowie dem neuen § 48 Absatz 2a VgV – zu einer Bürokratieentlastung für öffentliche Auftraggeber und Unternehmen bei.

Dabei gilt weiterhin, dass öffentliche Auftraggeber sicherstellen müssen, dass die Prüfung des Nichtvorliegens von Ausschlussgründen und der Einhaltung der Eignungskriterien unparteiisch und transparent erfolgt, damit kein Auftrag an einen Bieter vergeben wird, der nach § 123 GWB hätte ausgeschlossen werden müssen, beziehungsweise der die Eignungskriterien des öffentlichen Auftraggebers nicht erfüllt. Die Abfrage des Wettbewerbsregisters erfolgt wie bisher nach § 6 Absatz 1 des Wettbewerbsregistergesetzes vor der Erteilung des Zuschlags und nur zu demjenigen Bieter, an den der öffentliche Auftraggeber den Auftrag zu vergeben beabsichtigt.

Der öffentliche Auftraggeber kann von der Durchführung des vereinfachten Wertungsvorgangs abweichen. Dies wird insbesondere der Fall sein, wenn durch den vereinfachten Wertungsvorgang ein deutlicher erhöhter Aufwand, etwa zeitlicher und/oder personeller Natur, entstehen würde. Dies gilt vor allem dann, wenn sich die Prüfung der Angebote als deutlich aufwändiger als die Prüfung der Eignung darstellt. In Betracht kommt dies zum Beispiel bei komplexen Angebotsprüfungen, etwa bei konzeptuellen Ausschreibungen, oder bei Eignungsprüfungen ohne hohen Aufwand, etwa bei der Prüfung von nur wenigen Eigenerklärungen. Auch potentielle unangemessene Verzögerungen im Vergabeverfahren können gegen die Anwendung des vereinfachten Wertungsvorgangs sprechen, zum Beispiel im Falle von dringlichen Vergaben.

Bei der Wahl der Prüfungsreihenfolge sollte der öffentliche Auftraggeber ebenfalls den Mehraufwand der Bieter bei der Vorlage von Nachweisen und Bescheinigungen beachten,

wenn vom vereinfachten Wertungsvorgang abgewichen wird. Denn bei Anwendung des vereinfachten Wertungsvorgangs kann der öffentliche Auftraggeber durch die Prüfung der Angebote die aussichtsreichen Bieter identifizieren und noch von diesen – in Anwendung von § 48 Absatz 2a – die Unterlagen verlangen, die über Eigenerklärungen hinausgehen.

Eine gesonderte Begründung seitens des öffentlichen Auftraggebers für die gewählte Prüfungsreihenfolge, insbesondere bei dem Abweichen vom Grundsatz nach Satz 1, ist nicht erforderlich.

Zu Nummer 18 (§ 45 VgV)

Zu den besonderen Umständen von jungen Unternehmen in Vergabeverfahren siehe die Begründung zu § 42 Absatz 2.

Die Sätze 2 und 3 sollen es jungen Unternehmen erleichtern, an Vergabeverfahren teilzunehmen. Mit Satz 2 wird ein entsprechender Passus aus der Begründung der Vergaberechtsmodernisierungsverordnung (vgl. Bundestags-Drucksache 18/7318, S. 183) in die Verordnung übernommen. Es hat sich gezeigt, dass gerade für junge Unternehmen die Vorlage von spezifischen vom Auftraggeber geforderten Unterlagen eine Hürde zur Teilnahme an Vergabeverfahren darstellen kann, obgleich die wirtschaftliche und finanzielle Leistungsfähigkeit vorliegt. Insbesondere falls aufgrund seines Unternehmensalters und des damit verbundenen Entwicklungspunkts oder des gegenwärtigen Geschäftsmodells innerhalb der verschiedenen Start-up-Phasen ein junges Unternehmen eine Unterlage nicht vorlegen kann, kann ein berechtigter Grund nach Satz 1 vorliegen. Satz 3 verpflichtet den öffentlichen Auftraggeber, auf die Möglichkeit der Vorlage alternativer Unterlagen nach Satz 1 in den Vergabeunterlagen hinzuweisen.

Als junge Unternehmen können in der Regel Unternehmen betrachtet werden, deren Gründung nicht länger als acht Jahre zurückreicht.

Zu Nummer 19 (§ 47 VgV)

Im Zuge der weiteren Erleichterungen zur Vorlage von Eigenerklärungen und sonstigen Nachweisen wird der Nachweis der Eignungsleihe im Konzernverbund vereinfacht. Im Konzernverbund ist regelmäßig davon auszugehen, dass die verbundenen Unternehmen sich – soweit das bewerbende oder bietende Unternehmen dies angibt – tatsächlich gegenseitig ihre Kapazitäten zur Verfügung stellen. Der jeweilige Bieter oder Bewerber hat sicherzustellen, dass diese Voraussetzungen im konkreten Fall auch erfüllt sind. Er muss dies dem Auftraggeber aber nicht gesondert nachweisen.

Die Ergänzung soll eigenständige, kleine und mittlere Unternehmen nicht benachteiligen. Unternehmen aus Konzernverbänden sind bei arbeitsteiligen Kapazitäten im Konzern mit der Vorlage entsprechender Nachweise über Landesgrenzen und Rechtssysteme hinweg jedoch häufig stark formal gebunden, ohne dass dies die Bewerbung oder das Angebot inhaltlich verändert oder verbessert.

Zu Nummer 20 (§ 48 VgV)

Die Änderungen in § 48 konkretisieren die in § 122 GWB Absatz 3 Satz 1 eingeführte Vorschrift, über Eigenerklärungen hinausgehende Unterlagen im Verlauf des Verfahrens nur von aussichtsreichen Bewerbern oder Bietern anzufordern.

Mit der Einführung eines neuen § 48 Absatz 2a werden Unternehmen bei der Teilnahme an Vergabeverfahren entlastet, da Bewerber und Bieter nicht mehr per se Unterlagen einreichen müssen, die über Eigenerklärungen hinausgehen. Diese Unterlagen, insbesondere Bescheinigungen und sonstige Nachweise, müssen nur noch die vom öffentlichen

Auftraggeber als aussichtsreich identifizierten Unternehmen vorlegen und zwar auf seine Anforderung hin.

In Zusammenspiel mit der verstärkten Nutzung von Eigenerklärungen und des vereinfachten Wertungsvorgangs in offenen Verfahren wird der bürokratische Aufwand für Unternehmen reduziert, der Anreiz, an öffentlichen Ausschreibungen teilzunehmen erhöht und der Wettbewerb in Vergabeverfahren gestärkt. Zugleich werden öffentliche Auftraggeber bei der Eignungsprüfung entlastet, da sie die Nachweise nur noch von aussichtsreichen Unternehmen prüfen werden.

Zu Buchstabe a

Zu Doppelbuchstabe aa

Die Ergänzung in Absatz 1 verpflichtet den öffentlichen Auftraggeber, in der Auftragsbekanntmachung oder in der Aufforderung zur Interessensbekundung auch anzugeben, wann welche Unterlagen eingereicht werden müssen. Dabei ist zu beachten, dass nach dem neu gefassten § 48 Absatz 2 grundsätzlich nur Eigenerklärungen mit dem Angebot (in Verfahren ohne Teilnahmewettbewerb) oder mit dem Teilnahmeantrag (in Verfahren mit Teilnahmewettbewerb) eingereicht werden müssen. Darüberhinausgehende Unterlagen müssen erst auf Anforderung des öffentlichen Auftraggebers vorgelegt werden.

Aufgrund der Konsequenzen etwa für das Fehlen von Unterlagen muss diese Differenzierung in der Bekanntmachung und den Vergabeunterlagen eindeutig sein. Auch falls der öffentliche Auftraggeber von der Vorgabe in § 48 Absatz 2 abweicht und die Bewerber oder Bieter die Unterlagen bereits zusammen mit dem Angebot oder Teilnahmeantrag eingereicht werden müssen, hat der öffentliche Auftraggeber dies in der Bekanntmachung anzugeben.

Damit wird sichergestellt, dass für die Bewerber oder Bieter deutlich erkennbar ist, welche Unterlagen sie zu welchem Zeitpunkt einzureichen haben. Auch die später nur von den aussichtsreichen Bewerbern oder Bieter einzureichenden Unterlagen müssen aber aus der Bekanntmachung erkennbar sein, damit jedes interessierte Unternehmen sich soweit erforderlich auf die spätere Anforderung einrichten und vorbereiten kann.

Zu Doppelbuchstabe bb

Die Ergänzung durch Verweis auf den neuen Satz 3 in § 122 Absatz 4 GWB macht deutlich, dass auch die Angabe der Nachweise schon aus Platzgründen nicht abschließend in der Bekanntmachung erfolgen muss, sondern ausreichend klar auch auf die Aufführung in den Vergabeunterlagen verwiesen werden kann. Siehe dazu die Begründung zur Änderung von § 122 Absatz 4 GWB.

Zu Buchstabe b

Mit der Änderung in § 122 Absatz 3 Satz 1 GWB erhält der bisherige § 48 Absatz 2 Satz 1 VgV Gesetzesrang und muss daher in der VgV nicht wiederholt werden. Auf die Begründung zur Änderung in § 122 Absatz 3 Satz 1 GWB wird verwiesen. Dahingehend wird Satz 1 gestrichen und durch die neuen Sätze 1 bis 5 ersetzt. Der bisherige Satz 2 bleibt erhalten und wird Satz 6.

Unterlagen zur Eignungsprüfung, die über Eigenerklärungen hinausgehen, fordert der öffentliche Auftraggeber nach dem geänderten § 48 Absatz 2 grundsätzlich nicht mehr mit dem Angebot bei Verfahren ohne Teilnahmewettbewerb oder mit dem Teilnahmeantrag bei Verfahren mit Teilnahmewettbewerb an. Sie müssen erst zu einem späteren Zeitpunkt und auf Anforderung des öffentlichen Auftraggebers eingereicht werden.

Über Eigenerklärungen hinausgehende Unterlagen sind insbesondere Bescheinigungen (Dritter) und sonstige Nachweise. Angaben hingegen können – abhängig von ihrer Natur – als Eigenerklärung oder Bescheinigung gelten.

Nach vorläufiger Prüfung der Angebote oder Teilnahmeanträge identifiziert der öffentliche Auftraggeber die aussichtsreichen Unternehmen, also jene, die nach Prüfung der vorliegenden Unterlagen nicht ungeeignet sind und die nach der vorläufigen Bewertung in der Gesamtschau der Angebote oder Teilnahmeanträge eine hohe Aussicht auf die Erteilung des Zuschlags, die Aufforderung zum Angebot oder die Einladung zum Dialog haben. Nur von diesen Unternehmen soll er Unterlagen, die über Eigenerklärungen hinausgehen, anfordern.

Im offenen Verfahren wird der öffentliche Auftraggeber nach dem neuen § 42 Absatz 4 die Angebotsprüfung in der Regel vor der Eignungsprüfung durchführen. Mit der Angebotsprüfung kann er daher bereits anhand der Wirtschaftlichkeit der Angebote die aussichtsreichen Bieter identifizieren. Nur Bieter, deren Angebote eine hohe Aussicht auf die Erteilung des Zuschlags haben, sollen (auf Anforderung des Auftraggebers) weitere Unterlagen einreichen müssen.

In Verfahren mit Teilnahmewettbewerb kann eine vorläufige Eignungsprüfung anhand der Teilnahmeanträge und damit vorliegenden Unterlagen erfolgen. Nur die verbliebenen Unternehmen können als im Teilnahmewettbewerb aussichtsreich gelten. Im Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb wird die Eignungsprüfung ebenfalls weiterhin vor der Angebotsprüfung durchgeführt, daher ist auch dort eine vorläufige Eignungsprüfung anhand der mit den Angeboten eingereichten Unterlagen vorzunehmen, bevor die verbliebenen aussichtsreichen Unternehmen zur Abgabe weiterer Unterlagen zur Eignungsprüfung aufgefordert werden.

Der Zeitpunkt der Anforderung bleibt dem öffentlichen Auftraggeber überlassen. Gleichwohl kann die Anforderung nur nach einer vorläufigen Prüfung aller vorliegenden Unterlagen und damit erst nach Ende der Angebots- oder Teilnahmefrist erfolgen. Zugleich muss der öffentliche Auftraggeber sicherstellen, dass die finale Eignungsprüfung einschließlich der Prüfung aller Unterlagen vor der Zuschlagserteilung in Verfahren ohne Teilnahmewettbewerb oder im Rahmen des Teilnahmewettbewerbs, das heißt vor der Aufforderung zur Angebotsabgabe, durchgeführt wird.

Die Anzahl der aussichtsreichen Unternehmen, von denen der öffentliche Auftraggeber die weiteren Unterlagen anfordert, liegt in seinem Ermessen. Ihm steht es frei, den Kreis der aussichtsreichen Unternehmen klein zu halten und etwa im offenen Verfahren auch nur ausschließlich das aussichtsreichste Unternehmen zur Einreichung der weiteren Unterlagen aufzufordern. Auch eine Begrenzung der Anzahl der Bewerber nach § 51 ist entsprechend zu berücksichtigen. Bei der Entscheidung über die Anzahl der aussichtsreichen Unternehmen sollte neben dem Risiko einer Verfahrensverzögerung durch die Nicht-Beibringung der Nachweise durch das oder die aussichtsreichen Unternehmen auch der Aufwand für Unternehmen für die Beibringung der zusätzlichen Unterlagen berücksichtigt werden.

Nach den neuen Sätzen 2 und 3 muss der öffentliche Auftraggeber eine angemessene Frist zur Einreichung der Unterlagen setzen. Werden die angeforderten Unterlagen nicht innerhalb der gesetzten Frist eingereicht, wird das entsprechende Angebot nach § 57 Absatz 1 Nummer 2 von der Wertung ausgeschlossen. § 57 Absatz 3 ist entsprechend anzuwenden.

Der neue Satz 4 erlaubt dem öffentlichen Auftraggeber die Abweichung von der Regelung in Satz 1. Dies gilt, soweit ein erhöhter Aufwand für Auftraggeber und Bewerber oder Bieter oder sonstige verfahrensbezogene Gründe der Anwendung entgegenstehen, zum Beispiel wenn mit dem in Satz 1 vorgesehenen Vorgehen eine erhöhte Komplexität und Prüfungsaufwand oder potentielle unangemessene Verzögerungen, insbesondere bei dringlichen Verfahren, einhergehen. Auch soweit der vereinfachte Wertungsvorgang nicht genutzt wird

(vgl. die Änderungen zur neuen Fassung des § 42 Absatz 4), ist eine Abweichung von Satz 1 in der Regel angebracht. Bei einer Abweichung müssen – wie bisher – die vollständigen Unterlagen zur Eignungsprüfung mit der Angebotsabgabe beziehungsweise mit dem Teilnahmeantrag eingereicht werden. Dies ist nach der Änderung in § 48 Absatz 1 in der Auftragsbekanntmachung oder in der Aufforderung zur Interessensbekundung anzugeben (s.o. unter a)).

Eine gesonderte Begründung für die Abweichung von Satz 1 ist nach dem neuen Satz 5 nicht erforderlich.

Zu Nummer 21 (§ 56 VgV)

Die Neufassung des Absatzes 2 zum Nachfordern von Unterlagen lehnt sich in seinem Wortlaut enger als bisher an die Richtlinienvorgabe nach Artikel 56 Absatz 3 der Richtlinie 2014/24/EU an. Hierbei wird die bislang in der Norm angelegte Unterscheidung zwischen dem Nachfordern unternehmensbezogener und leistungsbezogener Unterlagen aufgegeben, da dies in der Praxis teilweise zu Abgrenzungsschwierigkeiten führte (z.B. hinsichtlich Unterlagen, welche sich auf das ausführende Personal bezogen). Beibehalten wird jedoch die in § 56 Absatz 3 VgV vorgesehene strenge Begrenzung der Möglichkeit des Nachforderns von leistungsbezogenen Unterlagen, die die Wirtschaftlichkeitsbewertung der Angebote anhand der Zuschlagskriterien betreffen.

Die bisher in Absatz 2 ausdrücklich vorgesehene Möglichkeit zur Korrektur fehlerhafter Unterlagen hinsichtlich unternehmensbezogener Umstände soll mit der Neuregelung nicht generell beschnitten werden, da sie sich nach dem Willen des Verordnungsgebers ohnehin nur im Rahmen der Vorgabe der Richtlinie 2014/24/EU bewegte (vgl. Bundestags-Drucksache 18/7318, S. 192). So soll weiterhin verhindert werden, dass Unternehmen angesichts formeller Fehler bei der Angebotsabgabe vorschnell aus dem Vergabeverfahren ausscheiden müssen, obwohl in materieller Hinsicht die erforderlichen Kriterien durch das Unternehmen erfüllt werden.

Die Möglichkeit der Nachforderung von Unterlagen steht weiterhin im Ermessen des öffentlichen Auftraggebers. Hierbei liegt es in der besonderen Verantwortung des Auftraggebers, den Wettbewerbs- und Nichtdiskriminierungsgrundsatz zu wahren und die hierzu ergangenen Vorgaben der europäischen Rechtsprechung zu beachten.

Zu Nummer 22 (§ 58 VgV)

Es handelt sich um eine Folgeänderung zum neuen § 120a GWB. Durch die Änderung wird klargestellt, dass das bisher durch § 58 Absatz 2 Satz 2 eingeräumte freie Ermessen der öffentlichen Auftraggeber zur Berücksichtigung umweltbezogener oder sozialer Aspekte im Vergabeverfahren durch die Berücksichtigungsvorgaben aus § 120a GWB beschränkt sein kann.

Zu Nummer 23 (§ 60 VgV)

Mit der Änderung wird entsprechend der Entscheidungspraxis deutlich gemacht, dass es sich bei erfolglosem Aufklärungsversuch eines ungewöhnlich niedrigen Angebotes in der Regel um ein intendiertes Ermessen zum Ausschluss dieses Angebotes handelt. Durch die Soll-Vorgabe werden seriöse Bieter vor Dumping-Konkurrenten geschützt. Der Auftraggeber hat dennoch einen verbleibenden Spielraum, um im Ausnahmefall auch das nicht vollends aufgeklärte ungewöhnlich niedrige Angebot anzunehmen.

Zu Nummer 24 (§ 64 VgV)

Die Verschiebung des Satzteils zur Berücksichtigung der Besonderheiten der jeweiligen Dienstleistungen an das Ende des Satzes soll klarer machen, dass bei allen sozialen und

anderen besonderen Dienstleistungen, die unter § 130 GWB fallen, auch die besonderen, vor allem erleichternden Verfahrensregelungen nach diesem dritten Abschnitt, also nach §§ 65 und 66 VgV, angewendet werden können. Die jeweiligen Besonderheiten sind nicht umgekehrt Voraussetzung, dass etwa die besonderen Regelungen zur Angebotsbewertung durch den Auftraggeber angewendet werden können. Diese Grundsatzentscheidung hat der europäische Gesetzgeber durch die Listung der sozialen und anderen besonderen Dienstleistungen bereits getroffen. Diese Änderung soll mithin Rechtssicherheit für eine vereinfachte Vergabe sozialer und anderer besonderer Dienstleistungen schaffen.

Zu Artikel 5 (Änderung der Verordnung über die Vergabe von öffentlichen Aufträgen im Bereich des Verkehrs, der Trinkwasserversorgung und der Energieversorgung)

Zu Nummer 1

Es handelt sich um eine Folgeänderung des neu angefügten § 102 Absatz 7 GWB, mit welchem zur Umsetzung des Artikel 13 der Richtlinie 2014/25/EU Sektorentätigkeiten auch für den Bereich Postdienstleistungen einschließlich bestimmter Begriffsbestimmungen definiert werden.

Zu Nummer 2

Die Inhaltsübersicht wird an die Änderung in der Überschrift des § 41 angepasst.

Zu Nummer 3 (§ 1 SektVO)

Es handelt sich um eine weitere Folgeänderung des neu angefügten § 102 Absatz 7 GWB.

Zu Nummer 4 (§ 3 SektVO)

Entsprechend der Änderung in § 106 Absatz 3 GWB wird auch in § 3 die Pflicht zur nochmaligen Veröffentlichung nach Publikation der Kommissionsfeststellung im Amtsblatt der Europäischen Union aufgehoben. Die direkt betroffenen Unternehmen werden schon von der Kommission als Beteiligte im Verfahren von der Entscheidung informiert. Weitere betroffene Unternehmen und Kreise können davon aus den frei verfügbaren Veröffentlichungen im EU-Amtsblatt erfahren. Das BMWK kann zudem die Öffentlichkeit auf geeignete Weise auf die Entscheidung aufmerksam machen. Vergleiche zur ausreichenden Transparenz auch die Begründung zu § 106 Absatz 3 GWB.

Zu Nummer 5 (§ 6 SektVO)

Es handelt sich hierbei um eine redaktionelle Änderung.

Zu Nummer 6 (§ 8 SektVO)

Der Soll-Regelung im neuen § 120a Absatz 1 Satz 1 GWB folgend, wird durch den neuen § 8 Absatz 2 Satz 2 Nummer 5 die Verpflichtung niedergelegt, die (nur in atypischen Fällen zulässige) Nichtberücksichtigung eines sozialen oder eines umweltbezogenen Kriteriums im Vergabevermerk zu dokumentieren.

Zu Nummer 7 (§ 17 SektVO)

Mit der Änderung in § 17 Absatz 2 wird die Änderung in § 18 Absatz 2 VgV in diese Verordnung übernommen. Auf die entsprechende Begründung wird verwiesen.

Zu Nummer 8 (§ 18 SektVO)

Mit der Änderung in § 18 Absatz 2 wird die Änderung in § 19 Absatz 2 VgV in diese Verordnung übernommen. Auf die entsprechende Begründung wird verwiesen.

Zu Nummer 9 (§ 28 SektVO)

Es handelt sich um eine Folgeänderung zum neuen § 120a GWB. Durch die Änderung wird klargestellt, dass das bisher durch § 28 Absatz 3 Satz 1 eingeräumte freie Ermessen der Sektorenauftraggeber zur Berücksichtigung umweltbezogener oder sozialer Aspekte im Vergabeverfahren durch die Berücksichtigungsvorgaben aus § 120a GWB beschränkt sein kann.

Zu Nummer 10 (§ 33 SektVO)

Die Änderungen in § 33 entsprechen inhaltlich der Änderung in § 35 VgV und setzen das „Äußerungs- und Entscheidungsgebot“ bezüglich der Zulassung, Vorschrift oder Ausschluss von Nebenangeboten auch in dieser Verordnung um.

Zu Buchstabe a

Zu Doppelbuchstabe aa

Die Änderungen stellen klar, dass der Auftraggeber Nebenangebote auch ausschließen kann.

Zu Doppelbuchstabe bb

Es handelt sich um eine redaktionelle Folgeänderung.

Zu Buchstabe b

Hiermit wird das Entscheidungs- und Äußerungsgebot des öffentlichen Auftraggebers zu Nebenangeboten in § 35 VgV in diese Verordnung übernommen. Auf die entsprechende Begründung wird verwiesen.

Zu Nummer 11 (§ 34 SektVO)

Die Änderungen in § 34 Absatz 5 entsprechen den Änderungen in § 36 Absatz 5 VgV. Auf die entsprechende Begründung wird verwiesen.

Zu Nummer 12 (§ 41 SektVO)

Mit dieser Änderung des § 41 wird die Definition von Vergabeunterlagen nach § 29 Absatz 1 VgV in diese Verordnung übernommen. Vergabeunterlagen müssen alle Angaben umfassen, die erforderlich sind, um dem Bewerber oder Bieter eine Entscheidung zur Teilnahme am Vergabeverfahren zu ermöglichen. Ein Anspruch auf ausnahmslose Vollständigkeit leitet sich daraus gerade nicht ab; der Auftraggeber kann weitere Angaben, die nicht zur Teilnahmeentscheidung für Bewerber oder Bieter erforderlich sind, etwa konkrete Vertragsunterlagen oder in zweistufigen Verfahren nachrangige Unterlagen für die Angebots- oder Verhandlungsphase in zweistufigen Verfahren, im Verfahrensverlauf bekannt geben. Dies liegt – unter Berücksichtigung der Interessen der potentiellen Bewerber oder Bieter, sich ein für ihre Kalkulation und Teilnahmeentscheidung ausreichendes Bild des Auftrags zu machen – im Ermessen des Auftraggebers und kann insbesondere von der Verfahrensart abhängen. Siehe ebenfalls die Begründung zur Änderung von § 41 Absatz 1 VgV.

Während der neue Absatz 1 auf die Definition der Vergabeunterlagen in der VgV verweist, werden die bisherigen Absätze 1 und 2 in Absatz 2 nun zusammengefasst. Die Absätze 3 und 4 bleiben unverändert.

Zu Nummer 13 (§ 46 SektVO)

Zu Buchstabe a

Mit einer Einfügung der Angemessenheit von Kriterien soll klargestellt werden, dass auch Sektorenauftraggeber keine überzogenen Anforderungen an die Unternehmen stellen sollen, vielmehr sollen auch hier Kriterien möglichst auf das erforderliche Maß reduziert werden. Dabei gilt auch weiterhin, die Auftraggeber im Sektorenbereich im Gegensatz zur klassischen Auftragsvergabe größere Spielräume bei der Festlegung von Auswahlkriterien für Unternehmen an einem Vergabeverfahren besitzen. Bei der Auswahl der Unternehmen und der Durchführung der Eignungs- und Angebotsprüfung hat der Sektorenauftraggeber bereits jetzt einen hohen Gestaltungsspielraum und kann dabei etwa vom sogenannten vereinfachten Wertungsverfahren Gebrauch machen. Auch kann er Nachweise nur von aussichtsreichen Unternehmen anfordern (siehe entsprechend die Änderung in § 48 Absatz 2 VgV); dies bietet auch dem Auftraggeber erhebliches Erleichterungspotential.

Zu Buchstabe b

Es handelt sich um eine redaktionelle Folgeänderung.

Zu Buchstabe c

Es handelt sich um eine redaktionelle Änderung.

Zu Buchstabe d

Der neue § 46 Absatz 4 entspricht im Wesentlichen dem neuen § 42 Absatz 2 VgV. Auf die entsprechende Begründung wird verwiesen.

Als junge Unternehmen können in der Regel Unternehmen betrachtet werden, deren Gründung nicht länger als acht Jahre zurückreicht. Als kleine und mittlere Unternehmen können in der Regel Unternehmen betrachtet werden, die unter die entsprechende Definition der europäischen Kommission (Empfehlung 2003/361/EG) fallen.

Zu Nummer 14 (§ 51 SektVO)

Zu Buchstabe a

Mit den Änderungen in § 51 Absatz 1 wird der neugefasste § 42 Absatz 4 VgV und damit die Anwendung des vereinfachten Wertungsverfahrens als neuen Regelfall auch in dieser Verordnung umgesetzt. Auf die entsprechende Begründung wird verwiesen.

Zu Buchstabe b

Die Neufassung des Absatzes 2 zum Nachfordern von Unterlagen lehnt sich in seinem Wortlaut enger als bisher an die Richtlinienvorgabe nach Artikel 76 Absatz 4 der Richtlinie 2014/25/EU an und entspricht insofern der Änderung in § 56 Absatz 2 VgV. Auf die entsprechende Begründung wird verwiesen.

Zu Nummer 15 (§ 52 SektVO)

Es handelt sich um eine Folgeänderung zum neuen § 120a GWB. Durch die Änderung wird klargestellt, dass das bisher durch § 52 Absatz 2 Satz 2 eingeräumte freie Ermessen der

Sektorenauftraggeber zur Berücksichtigung umweltbezogener oder sozialer Aspekte im Vergabeverfahren durch die Berücksichtigungsvorgaben aus § 120a GWB beschränkt sein kann.

Zu Nummer 16

Die Änderung aktualisiert die Bezeichnung des in den Normen genannten Bundesministeriums für Wirtschaft und Klimaschutz.

Zu Artikel 6 (Änderung der Verordnung über die Vergabe von Konzessionen)

Zu Nummer 2 (§ 6 KonzVgV)

Die Konzessionsvergaberichtlinie 2014/23/EU enthält keine Mindestvorgaben zur Dokumentation der Vergabeverfahren. Zur Vereinfachung sollen die Dokumentationspflichten gegenüber denen in § 8 VgV daher auf das erforderliche Maß heruntergesenkt werden. Satz 1 formuliert den Grundsatz der Dokumentation daher entsprechend § 6 Absatz 1 UVgO. Satz 2 nimmt darüber hinaus die Verpflichtung für einen zusammenhängenden Vergabevermerk auf, was insbesondere mit Blick auf die bei Konzessionsvergaben möglichen Nachprüfungsverfahren sinnvoll ist.

Zu Nummer 3 (§ 15 KonzVgV)

Es handelt sich um eine Folgeänderung zum neuen § 120a GWB. Durch die Änderung wird klargestellt, dass das bisher durch § 15 Absatz 2 Satz 1 eingeräumte freie Ermessen der Konzessionsgeber zur Berücksichtigung umweltbezogener oder sozialer Aspekte im Vergabeverfahren durch die Berücksichtigungsvorgaben aus § 120a GWB beschränkt sein kann.

Zu Nummer 4 (§ 17 KonzVgV)

Mit dieser Einfügung wird hinsichtlich der Vergabeunterlagen explizit auf § 16 KonzVgV verwiesen. Dies soll der Klarstellung dienen, dass sich der Umfang der Vergabeunterlagen (und deren Vollständigkeit) nach der Definition in § 16 KonzVgV richtet. In diesem Zusammenhang ist zu beachten, dass sich die Vollständigkeit der Vergabeunterlagen in § 17 Absatz 1 in Umsetzung des Artikel 34 Absatz 1 der Richtlinie 2014/23/EU auf ihre elektronische Verfügbarkeit bezieht (vgl. Bundestags-Drucksache 18/7318, Seite 260). Siehe im Einzelnen die Begründung zu § 41 Absatz 1 VgV.

Zu Nummer 5 (§ 23 KonzVgV)

Mit den eForms kann auch ein späterer Tag der Veröffentlichung der Bekanntmachung gewählt werden. Dies darf aber nicht dazu führen, dass Mindestfristen unterlaufen werden. Auf die Begründung zu § 40 Absatz 1 Satz 3 VgV wird verwiesen.

Zu Nummer 6 (§ 25 KonzVgV)

Mit den Änderungen in § 25 Absatz 2 wird der neue § 42 Absatz 2 VgV auch in diese Verordnung überführt. Es wird damit sichergestellt, dass die nachteiligen Umstände von jungen Unternehmen und KMU von den Konzessionsgebern bei der Auswahl der Eignungskriterien und Eignungsnachweise berücksichtigt werden. Damit werden Nachteile und bürokratische Hürden für diese Unternehmen abgebaut, deren Teilnahmemöglichkeiten an öffentlichen Aufträgen erhöht und dadurch der Wettbewerb in Vergabeverfahren gestärkt.

Als junge Unternehmen können in der Regel Unternehmen betrachtet werden, deren Gründung nicht länger als acht Jahre zurückreicht. Als kleine und mittlere Unternehmen können in der Regel Unternehmen betrachtet werden, die unter die entsprechende Definition der europäischen Kommission (Empfehlung 2003/361/EG) fallen.

Zu Nummer 7 (§ 26 KonzVgV)

Zu Buchstabe a

Mit der Neufassung von § 26 Absatz 1 wird der Grundsatz der Eigenerklärung, der in § 122 GWB gesetzlich festgeschrieben wird, auch für die Vergabe von Konzessionen festgelegt. Auf die entsprechende Begründung verwiesen.

Zu Buchstabe b

Mit dem neuen § 26 Absatz 4 wird § 45 Absatz 5 VgV auch in diese Verordnung überführt. Damit sollen Unternehmen, die ihre wirtschaftliche und finanzielle Leistungsfähigkeit zwar belegen, dies aber nicht durch die vom Konzessionsgeber geforderten Unterlagen können, die Möglichkeit erhalten, alternative Unterlagen vorlegen. Auf die entsprechende Begründung verwiesen.

Als junge Unternehmen können in der Regel Unternehmen betrachtet werden, deren Gründung nicht länger als acht Jahre zurückreicht.

Zu Nummer 8 (§ 33 KonzVgV)

Mit den Änderungen wird die Änderung in § 36 Absatz 5 VgV auch in diese Verordnung überführt. Auf die entsprechende Begründung verwiesen.

Zu Artikel 7 (Änderung der Vergabeverordnung Verteidigung und Sicherheit)

Zu Nummer 1 (§ 2 VSVgV)

Zu Buchstabe a

Werden Planungsleistungen als Teil eines Bauauftrags vergeben, unterliegt ihre Vergabe nach § 2 grundsätzlich der Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen. Dies ist jedoch nicht sachgerecht, wenn die Planungsleistungen als eigenständiges Los vergeben werden. Dann soll aufgrund der größeren Sachnähe dieses Los nach den Regelungen der VgV. Siehe dazu auch die Begründung zu der Änderung an § 103 Absatz 3 GWB.

Zu Buchstabe b

Die Änderung stellt klar, dass auch bei verteidigungs- und sicherheitsspezifischen öffentlichen Aufträgen zentrale Beschaffungsstellen genutzt werden können. Dies dient der durch Zentralisierung vereinfachten Beschaffung.

Zu Nummer 2 (§ 7 VSVgV)

Die Änderung aktualisiert die Bezeichnung des in § 7 genannten Bundesministeriums für Wirtschaft und Klimaschutz.

Zu Nummer 3 (§ 9 VSVgV)

Mit den Änderungen werden die im BwBBG vorgesehenen Sicherheitsmaßnahmen dauerhaft in die VSVgV übernommen. Es handelt sich um eine Folgeänderung zur Aufhebung im BwBBG. Auf die dortige Begründung und die Begründung in Bundestags-Drucksache 20/2353, Seite 24 f., verwiesen.

Zu Nummer 4 (§ 10 VSVgV)

Zu Buchstabe a

Es handelt sich um eine Folgeänderung zur Änderung an § 97 Absatz 4 Satz 3 VgV. Auf deren Begründung wird verwiesen. Eine zusätzliche Ergänzung zur Weitergabe der mittelstandsfreundlichen Vergabe wie im neuen § 97 Absatz 4 Satz 4 VgV ist nicht erforderlich, weil für den Verteidigungs- und Sicherheitsbereich dazu bereits Sondervorschriften entsprechend der Richtlinie 2009/81/EG gelten (siehe §§ 9, 38 bis 41 VSVgV).

Zu Buchstabe b

Durch die Einfügung wird deutlich gemacht, dass über den nun vorgesehenen Mechanismus in § 29 Absatz 2 Satz 3 eine aktualisierte Fassung der VOL/B zu erwarten ist. Aus Gründen der Vereinheitlichung soll diese zukünftig ab ihrer Geltung auch bei Vergaben nach VSVgV verwendet werden.

Zu Buchstabe c

Ähnlich der Vorgaben in § 3 Absatz 7 BwBBG sollen auch bei sonstigen Vergaben nach VSVgV grundsätzlich Markterkundungen durchgeführt werden. Dies soll zu einer sowohl zeit- als auch kosteneffizienten Beschaffung im Bereich der Verteidigungsgüter beitragen. Siehe dazu die Begründung in Bundestags-Drucksache 20/2353, S. 18.

Zu Buchstabe d

Der neue Absatz 6 dient der Klarstellung. Trotz ungesicherter Finanzierung bei Ausschreibungsstart von verteidigungs- und sicherheitsspezifischen Leistungen soll in den benannten Ausnahmefällen der Beginn eines Vergabeverfahrens möglich sein, um für die beschriebenen Fälle eine beschleunigende Wirkung herbeiführen zu können. Die Fälle entsprechen den auch in anderen Normen vorgesehenen Ausnahmefällen (vgl. etwa zur Vorabgestattung des Zuschlags in § 169 Absatz 2 Satz 3 GWB). Für die Bieter ist ihr Risiko einer Beteiligung am Vergabeverfahren trotz möglicher Finanzierungslücke in der Bekanntmachung transparent zu machen.

Zu Nummer 5 (§ 18 VSVgV)

Mit den eForms kann auch ein späterer Tag der Veröffentlichung der Bekanntmachung gewählt werden. Dies darf aber nicht dazu führen, dass Mindestfristen unterlaufen werden. Auf die Begründung zu § 40 Absatz 1 Satz 3 VgV wird verwiesen.

Zu Nummer 6 (§ 21 VSVgV)

Mit dem neuen Satz 4 in § 21 Absatz 2 wird der neue § 42 Absatz 2 VgV bezüglich der Eignungskriterien/Anforderungen auch in diese Verordnung überführt. Es wird so sichergestellt, dass die nachteiligen Umstände von jungen Unternehmen und KMU von den Auftraggebern bei der Auswahl der Eignungskriterien und Eignungsnachweise berücksichtigt werden. Damit werden Nachteile und bürokratische Hürden für diese Unternehmen abgebaut, deren Teilnahmemöglichkeiten an öffentlichen Aufträgen erhöht und dadurch der Wettbewerb in Vergabeverfahren gestärkt.

Als junge Unternehmen können in der Regel Unternehmen betrachtet werden, deren Gründung nicht länger als acht Jahre zurückreicht. Als kleine und mittlere Unternehmen können in der Regel Unternehmen betrachtet werden, die unter die entsprechende Definition der europäischen Kommission (Empfehlung 2003/361/EG) fallen.

Zu Nummer 7 (§ 22 VSVgV)

Mit den Änderungen wird der Grundsatz der Eigenerklärungen (siehe die Änderung zu § 122 Absatz 1 GWB) sowie das Prinzip der Vorlage von Bescheinigungen und Nachweisen nur von aussichtsreichen Unternehmen (siehe die Änderungen in § 48 VgV) auch in diese Verordnung übernommen.

Die Besonderheiten junger sowie kleinerer und mittlerer Unternehmen sind auch hier zu beachten. Als junge Unternehmen können in der Regel Unternehmen betrachtet werden, deren Gründung nicht länger als acht Jahre zurückreicht. Als kleine und mittlere Unternehmen können in der Regel Unternehmen betrachtet werden, die unter die entsprechende Definition der europäischen Kommission (Empfehlung 2003/361/EG) fallen.

Zu Buchstabe a

Zu Doppelbuchstabe aa

Die Ersetzung stellt eine redaktionelle Änderung und Angleichung an § 48 Absatz 1 VgV dar. Mit der Einfügung wird die Änderung in § 48 Absatz 1 VgV in diese Verordnung übernommen. Auf die entsprechende Begründung wird verwiesen.

Zu Doppelbuchstabe bb

Mit der Anfügung in Absatz 1 wird der neue § 42 Absatz 2 VgV bezüglich der Nachweise auch in diese Verordnung überführt. Es wird so sichergestellt, dass die nachteiligen Umstände von jungen Unternehmen und KMU von den Auftraggebern bei der Auswahl der Unterlagen berücksichtigt werden. Damit werden Nachteile und bürokratische Hürden für diese Unternehmen abgebaut, deren Teilnahmemöglichkeiten an öffentlichen Aufträgen erhöht und dadurch der Wettbewerb in Vergabeverfahren gestärkt.

Zu Buchstabe b

Mit der Änderung in Absatz 2 wird der Grundsatz der Eigenerklärung, der mit der Änderung in § 122 GWB gesetzlich festgeschrieben wird, auch in diese Verordnung übernommen. Auf die entsprechende Begründung wird verwiesen.

Zu Buchstabe c

Mit dem neuen § 22 Absatz 4a wird der neue § 48 Absatz 4a VgV in diese Verordnung übernommen. Offene Verfahren stehen bei Anwendung der VSVgV nicht zur Verfügung, dahingehend wurde der Wortlaut angepasst. Auf die entsprechende Begründung wird verwiesen.

Zu Buchstabe d

Es handelt sich um eine redaktionelle Folgeänderung.

Zu Buchstabe e

Mit der Neufassung werden die Regelungen über das Nachreichen von Unterlagen im Interesse der Rechtseinheitlichkeit an die betreffenden Vorgaben in § 56 Absatz 2 VgV und § 51 Absatz 2 SektVO angeglichen. Für den Regelungsinhalt wird auf die Begründungen zu den Änderungen dieser beiden Normen verwiesen.

Zu Nummer 8 (§ 26 VSVgV)

Die Änderungen in § 26 Absatz 2 entsprechen inhaltlich der Anfügung in § 45 Absatz 5 VgV. Auf die entsprechende Begründung wird verwiesen.

Als junge Unternehmen können in der Regel Unternehmen betrachtet werden, deren Gründung nicht länger als acht Jahre zurückreicht.

Zu Nummer 9 (§ 32 VSVgV)

Die Änderungen in § 32 Absatz 1 entsprechen inhaltlich der Änderung in § 35 VgV und setzen das Äußerungs- und Entscheidungsgebot bezüglich der Zulassung, Vorschrift oder Ausschluss von Nebenangeboten auch in dieser Verordnung um. Auf die entsprechende Begründung wird verwiesen.

Zu Artikel 8 (Inkrafttreten)

Artikel 8 regelt das Inkrafttreten dieses Gesetzes.