

EnBW Energie Baden-Württemberg AG · Großkunden-PLZ: 76180 Karlsruhe



Bundesministerium für Wirtschaft und  
Klimaschutz

D-11019 Berlin

Durlacher Allee 93  
76131 Karlsruhe  
Großkunden-PLZ: 76180 Karlsruhe  
Telefon +49 721 63-0  
Telefax +49 721 63-12725  
www.enbw.com

Name

E-Mail

29. Oktober 2024

## **Stellungnahme der EnBW AG zum Referentenentwurf des Gesetzes zur Transformation des Vergaberechts“ (Vergaberechtstransformationsgesetz – VergRTransfG)**

Sehr geehrte Damen und Herren,

besten Dank für die Möglichkeit, sich in Bezug auf den aktuellen Referentenentwurf zur Reform des Vergaberechts mit einer fachlichen Stellungnahme einbringen zu dürfen.

Die EnBW Energie Baden-Württemberg AG befürwortet die Zielsetzung des Referentenentwurfs. Die Maßnahmen zur Vereinfachung und Flexibilisierung des Losgrundsatzes und der Leistungsbeschreibung sind weitestgehend gelungen. Ebenso die Regelungen zur Beschleunigung und Digitalisierung. Die Stärkung von Eigenerklärungen und die vereinfachten Nachweispflichten in der Eignungsprüfung sind jedoch überarbeitungswürdig. Die verbindliche Berücksichtigung von sozialen und umweltbezogenen Aspekten ist für private Sektorenauftraggeber unpassend. Insgesamt leidet der Entwurf an einigen terminologischen, rechtlichen und systematischen Mängeln. Besonders zu erwähnen sind in diesem Zusammenhang §§ 135 Abs. 2, 166 Abs. 1 GWB und § 20 Abs. 2 VgV. Nachfolgend die Stellungnahme im Detail.

Im Lobbyregister des Deutschen Bundestags ist die EnBW Energie Baden-Württemberg AG unter der Registernummer R002297 eingetragen.

Bei Rückfragen stehen wir Ihnen gerne zur Verfügung.

Freundliche Grüße

Sitz der Gesellschaft: Karlsruhe  
Amtsgericht Mannheim  
HRB Nr. 107956  
Steuer-Nr. 35001/01075

Vorsitzender des Aufsichtsrats:  
Lutz Feldmann

Vorstand:

Dr. Georg Stamatelopoulos  
(Vorsitzender)  
Thomas Kusterer (Stv. Vorsitzender)  
Dirk Güsewell  
Peter Heydecker  
Colette Rückert-Hennen

| Lfd. Nr. | Dokument         | Bezug         | Norm               | Anmerkung / Änderung / Vorschlag / Synopse/ Stellungnahme EnBW  |
|----------|------------------|---------------|--------------------|---|
| 1        | VergabeR-TransfG |               | <b>Allgemeines</b> | <p>Das Vergabetransformationsgesetz sollte genutzt werden, um die Terminologie in GWB, SektVO zu korrigieren.</p> <p>Nicht selten beziehen sich Normen, wie etwa § 135 GWB, auf „öffentliche Auftraggeber“. Hierunter sind Auftraggeber gem. § 99 GWB gemeint, siehe § 98 GWB. Allerdings ist anerkannt, dass § 135 GWB auch für Sektorenauftraggeber gilt. Entsprechend müsste der Begriff „öffentliche Auftraggeber“ in § 135 GWB durch „Auftraggeber“ ersetzt werden. Dies ist nur ein Beispiel von vielen in GWB und SektVO.</p> <p>Teilweise werden solche Fehler in der SektVO durch den Entwurf korrigiert – jedoch nicht flächendeckend.</p>  |
|          | VergabeR-TransfG |               | <b>GWB</b>         |   |
| 2        | VergabeR-TransfG | Art. 1 Nr. 2b | § 97 Abs. 4 GWB    | <p>Die gewonnene Flexibilität hinsichtlich der Losvergabe wird unsererseits befürwortet.</p> <p>Die Soll-Vorschrift, Auftragnehmer zu verpflichten bei der Erteilung von Unteraufträgen mittelständische Interessen besonders zu berücksichtigen, darf sich nur auf Fälle beziehen, in denen Auftraggeber Teil- oder Fachlose zusammen vergeben. Ansonsten bestünde <b>entweder</b> eine Begründungspflicht für die Vergabeakte, wieso man von der Soll-Vorschrift abweicht, <b>oder</b> die Vergabeunterlagen müssten eine entsprechende Mittelstands-Klausel beinhalten, obwohl der Mittelstandsschutz schon auf erster Ebene gewahrt wurde. Zusätzliche Begründungen erhöhen den bürokratischen Aufwand. Unnötige Klauseln bergen die Gefahr des Interessensverlusts beim Bieter und erhöhen dessen Lese- und Verhandlungsaufwand.</p> <p>Daher wäre die Soll-Vorschrift auf Fälle zu beschränken, bei denen Teil- oder Fachlose zusammen vergeben werden.</p> |
| 3        | VergabeR-TransfG | Art. 1 Nr. 10 | § 108 GWB          | <p>Es wird angeregt, eine Änderung des § 108 GWB zum Anlass zu nehmen, die bestehenden Wettbewerbsbeeinträchtigungen von Sektorenauftraggebern i.S.v. § 100 Abs. 1 Nr. 1 GWB gegenüber Sektorenauftraggebern nach § 100 Abs. 1 Nr. 2 GWB auszugleichen.</p>   |

|   |                  |               |                  |  |
|---|------------------|---------------|------------------|--|
|   |                  |               |                  | <p>1. Klarstellung aufnehmen, dass keine Umsätze zum inhouse-freundlichen Umsatz zählen, die im wettbewerblichen Umfeld getätigt werden.</p> <p>Ein regelmäßig wiederkehrendes Thema bei Inhouse-Vergaben nach § 108 GWB ist, dass das beauftragte Unternehmen auch in einem gewissen Umfang im Wettbewerb tätig wird (vgl. bspw. OLG Naumburg v 03.06.2022 -Kartellsenat 7 U 6/22 Kart).</p> <p>Ein Inhouse-Unternehmen, das in erheblichem Umfang im freien Wettbewerb gegenüber anderen Unternehmen agiert, auch wenn es bspw. gegenüber den Einwohnern der Gemeinde Leistungen, mit denen es betraut wurde, erbringt, wird nicht für die beauftragenden / betrauende Einheit tätig.</p> <p>Zur Vermeidung von Wettbewerbsbeeinträchtigungen sollte daher klargestellt werden, dass auch Umsätze von Tochter-, Enkel- oder anderen verbundenen Unternehmen zu berücksichtigen sind ( OLG Celle 29.10.2009 – 13 Verg 8/09; Ziekow in Ziekow/Völlink, Vergaberecht 5. Auflage 2024, § 108 Rn. 45). Damit würde auch eine Annäherung an die privaten Sektorenauftraggeber erreicht, die sich lediglich auf § 138 GWB berufen können. § 138 Abs. 4 bezieht unter bestimmten Voraussetzungen die Leistungen verbundener Unternehmen mit ein. Da die Sektorenauftraggeber nach § 100 Abs. 1 Nr. 1 GWB und die nach § 100 Abs. 1 Nr. 2 GWB in aller Regel in denselben Geschäftsbereichen tätig sind, erscheint die vorgeschlagene Regelung auch geboten. Öffentlichen Auftraggebern könnte dadurch die Möglichkeit genommen werden, trotz zunehmender oder zu hoher Drittumsätze, das Wesentlichkeitskriterium durch Auslagerung oder Umschichtung des Drittgeschäfts auf andere verbundene Gesellschaften, zu umgehen.</p> <p>2. Klarstellung: Die gemeinsame horizontale Inhouse-Vergabe zwischen Halb-Schwestern sollte als unzulässig beschrieben sein, vgl. dazu OLG Naumburg v. 03.06.2022 - 7 Verg 1/22.</p> |
| 4 | VergabeR-TransfG | Art. 1 Nr. 12 | § 112a GWB       | Die Teilnahmebeschränkung wird unsererseits befürwortet, da so den hohen Anforderungen an den Schutz unserer kritischen Infrastruktur besser Sorge getragen werden kann.   |
| 5 | VergabeR-TransfG | Art. 1 Nr. 14 | § 114 Abs. 3 GWB | Es wird mit „öffentliche Auftraggeber“ eine falsche Terminologie verwendet. § 98 GWB spricht von dem Oberbegriff „Auftraggeber“, der hier zu verwenden wäre.   |

|    |                  |               |                  |  |
|----|------------------|---------------|------------------|--|
|    |                  |               |                  | Im Übrigen sollte insgesamt darauf geachtet werden die Begriffe „öffentliche Auftraggeber“ (§ 99 GWB), „Auftraggeber“ (§ 98 GWB) und „Sektorenauftraggeber“ (§ 100 GWB) richtig zu verwenden.  |
| 6  | VergabeR-TransfG | Art. 1 Nr. 15 | § 116 Abs. 3 GWB | <ul style="list-style-type: none"> <li>- Die Systematik des GWB sieht vor, dass spezielle Ausnahmen für Sektorenauftraggeber in § 137 GWB normiert sind. Entsprechend müssten die in Absatz 3 aufgeführten Tatbestände in § 137 GWB überführt werden.</li> <li>- „Sektorenauftraggeber im Sinne von § 102“ ist inkorrekt, da § 102 GWB lediglich die Sektorentätigkeiten aufführt. Der Verweis auf § 100 GWB wäre der richtige.</li> </ul>   |
| 7  | VergabeR-TransfG | Art. 1 Nr. 15 | § 116 GWB        | Finanzdienstleistungen sind für Sektorenauftraggeber bereits gem. §§ 137 Abs. 1 Nr. 4, 116 Abs. 1 Nr 4 GWB ausgenommen. Entsprechend beinhaltet die Neuregelung eine erhebliche Redundanz. Zu ergänzen wäre § 137 Abs. 1 Nr. 4 GWB um den neuen Inhalt „sowie gemäß den CPV-Codes 6610 00 00-1 bis 66720000-3, insbesondere Postanweisungen und -überweisungen“.   |
| 8  | VergabeR-TransfG | Art. 1 Nr. 15 | § 116 GWB        | Philatelistische Dienstleistungen dürften bereits keine Sektorentätigkeit i.S.v. § 102 GWB sein, weshalb es der Bereichsausnahme nicht bedarf.   |
| 9  | VergabeR-TransfG | Art. 1 Nr. 15 | § 116 GWB        | Ggfs. bedarf es der Klarstellung, dass die logistischen Dienstleistungen den Schwerpunkt der Beschaffung ausmachen müssen und es sich um eine notwendige Gesamtvergabe handelt. Ansonsten bestünde die Gefahr der Kombination mit nicht-postalischen Aufgaben zum Zwecke der Umgehung des Vergaberechts.   |
| 10 | VergabeR-TransfG | Art. 1 Nr. 16 | § 120a GWB       | <p>Die Verwendung der Terminologie „öffentliche Auftraggeber“ (§ 99 GWB) sowie der Bezug auf Verwaltungsvorschriften in Absatz 5 lässt vermuten, dass § 120a GWB nicht für (private) Sektorenauftraggeber gem. § 100 GWB einschlägig ist. Hier besteht bei Verwendung der aktuellen Formulierung eine Rechtsunsicherheit.</p> <p>Sollte § 120a GWB grundsätzlich für (private) Sektorenauftraggeber Anwendung finden, so können Abs. 4 und Abs. 5 mangels Rechtswirkung der Verwaltungsvorschriften für private Sektorenauftraggeber keine Anwendung finden. Die angestrebte und vollständige Regelung des § 120a GWB würde für private Sektorenauftraggeber somit auch bei einem „weiten“ Verständnis des Abs. 1 nicht erreicht.</p> <p>Unter Berücksichtigung des NZIA, der ebenfalls soziale und Umweltaspekte verpflichtend vorschreibt, sollte § 120a GWB dahingehend klargestellt werden, dass private Sektorenauftraggeber nicht umfasst sind. Dies auch um eine Ungleichbehandlung auf dem freien Markt zwischen Auftraggebern, die der SektVO unterliegen, und sonstigen Auftraggebern zu verringern.</p> |

|    |                  |               |                  |   |
|----|------------------|---------------|------------------|---|
|    |                  |               |                  | <p>Unabhängig davon besteht in vielen Bereichen der Beschaffung bereits heute ein sehr großer Anreiz, nachhaltige und soziale Kriterien im Rahmen der Ausführungsbedingungen und der Eignung zu etablieren. Wesentlicher Treiber ist der freie Markt über nachhaltige Finanzprodukte. Auch aus diesem Grund ist aus unserer Sicht von einer weiteren gesetzlichen Regulierung für private Sektorenauftraggeber abzusehen, da die Anforderungen des Finanzmarkts unmittelbar in Form von Finanzierungen genügend Anreize schaffen.</p>   |
| 11 | VergabeR-TransfG | Art. 1 Nr. 16 | § 120a Abs.1 GWB | <p>Die Terminologie „auf anderen Stufen des Vergabeverfahrens“ ist etwas misslich, da man unter Stufen eher die chronologischen Abschnitte eines Vergabeverfahrens versteht. Da die Möglichkeiten des Einbringens dieser Kriterien begrenzt ist, wäre eine abschließende Aufzählung bestehend aus „Eignungskriterien, Zuschlagskriterien oder Ausführungsbedingungen“ sprachlich eindeutiger.</p>   |
| 12 | VergabeR-TransfG | Art. 1 Nr. 17 | § 121 GWB        | <p>Die gewonnene Flexibilität bei der Gestaltung der Leistungsbeschreibung wird befürwortet, da die Freiheit zur Nutzung funktionaler Leistungsbeschreibungen mehr Flexibilität gibt und praxisgerecht ist.</p>   |
| 13 | VergabeR-TransfG | Art. 1 Nr. 18 | § 122 GWB        | <p>Die Soll-Vorschrift, Unterlagen, die über eine Eigenerklärung hinausgehen, erst im Verlauf des Verfahrens von aussichtsreichen Bewerbern/Bietern zu verlangen, birgt rechtliche Risiken und Mehraufwände für den Auftraggeber.</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- In einem zweistufigen Verfahren sollen Bieter erst bei vollständiger Eignungsprüfung die 2. Stufe betreten dürfen. Eine nachträgliche (vollständige) Eignungsprüfung widerspricht diesem System und dem Grundsatz, nur geeignete Unternehmen anbieten zu lassen, was ungewollte Unklarheiten in den späteren Phasen des Vergabeverfahrens birgt. Das vorzeitige Erteilen einer Eignung, verbunden mit einem späteren Aberkennen der Eignung, führt zu großer Frustration und unnötigen Aufwänden bei den Bietern. Aus diesem Grund gibt es Rechtsprechung (insbes. OLG Düsseldorf), die auf den Bieterschutz bei bereits erteilter Eignung abstellt.</li> <li>- Eine Soll-Vorschrift ist hier verfehlt, weil es typische Eignungsnachweise gibt, die stets eines Nachweises bedürfen, wie etwa Referenzen. Bei einer Soll-Vorschrift muss der AG stets eine Begründung hinterlegen, wieso er sie nicht erfüllt, was einen erhöhten Aufwand bedeutet.</li> <li>- Zweistufige Verfahren haben gerade den Vorteil, dass nur geeignete Unternehmen Angebote abgeben dürfen. Dies dient dem Zweck, den Prüfungsaufwand des Auftraggebers gering zu halten. Ist man nun angehalten, nur Eigenerklärungen zu prüfen und z.B. Referenzen nicht abzufragen, so besteht die Pflicht zur</li> </ul> |

|    |                  |               |                        |   |
|----|------------------|---------------|------------------------|---|
|    |                  |               |                        | <p>Prüfung und Verhandlung weitaus mehr Angebote. Sinn und Zweck des zweistufigen Verfahrens werden somit untergraben. Ein deutlicher Mehraufwand beim AG entsteht.</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- Auftraggeber nutzen in zweistufigen Verfahren Eignungskriterien, um nicht leistungsfähige Unternehmen herauszufiltern. Dieser vom Gesetzgeber angestrebte Zweck kann nicht erreicht werden, wenn sich Auftraggeber auf Angaben der Bieter verlassen sollen. Die Praxis zeigt, dass viele Eigenerklärungen beschönigt sind, den Nachweisen nicht entsprechen und im Rahmen einer kritischen Prüfung zum Ausschluss führen.</li> <li>- Ein erst nachträgliches Anfordern von Unterlagen von nur aussichtsreichen Bietern kann im Kontext mehrerer Verhandlungsrunden, insbesondere bei der Reduzierung der Bieteranzahl oder bei der Durchführung einer e-Auktion, zu ungewollten Situationen führen, bei denen im ungünstigsten Fall nur ungeeignete Bieter in den letzten Runden verbleiben</li> </ul> <p>Vorschlag: Die Regelung findet für zweistufige Verfahren nur optional Anwendung.<br/>Entsprechend wäre aus der Soll-Vorschrift eine Kann-Vorschrift zu machen. Somit bliebe es dem AG ohne Begründungsaufwand überlassen, ob er die Eignung sofort vollständig prüft, etwa weil es ihm gerade auf die Eignungsprüfung als Vorselektion ankommt, oder ob er zum Zwecke der Beschleunigung und der Entlastung der Bieter bei der tatsächlichen Erbringung und nachgelagerten Prüfung der Eignungsanforderungen durch den AG eine spätere Überprüfung anstrebt.</p> |
| 14 | VergabeR-TransfG | Art. 1 Nr. 19 | § 124 Abs. 1 Nr. 7 GWB | <p>Die Terminologie „dauerhafte Mängel“ ist dem deutschen Zivilrecht nicht zuträglich. Die Dauerhaftigkeit eines Mangels hängt nicht unerheblich vom Verhalten des Auftraggebers ab bzgl. der Geltendmachung von Mängelgewährleistungsrechten. Wann ein Mangel aus dauerhaft einzustufen ist, wird juristisch nicht klar zu beantworten sein.</p> <p>Alternativ wäre der Begriff „wiederkehrend“ zu verwenden.<br/>Noch besser wäre es auf eine „wiederkehrende“ oder „dauerhafte“ „Schlechtleistung“ abzustellen.</p>  |
| 15 | VergabeR-TransfG | Art. 1 Nr. 22 | § 135 GWB              | <p>Der Einschub „einschließlich einer Zusammenfassung der einschlägigen Gründe entsprechend § 134 Abs. 1 S. 1 GWB“ ist verfehlt.<br/>§ 134 GWB regelt die Informationspflicht der unterlegenen Bieter im Rahmen eines EU-Vergabeverfahrens. § 134 Abs. 1 S. 1 GWB beinhaltet u.a. die Gründe der Nichtberücksichtigung.<br/>§ 135 Abs. 2 GWB bezieht sich jedoch auf die Unwirksamkeit nach § 135 Abs. 1, worunter auch der häufige Fall der de-facto-Vergabe fällt (als Fall des § 135 Abs. 1 Nr. 2). In Fällen der de-facto Vergabe gab es kein EU-</p>   |

|    |                  |                  |                  |   |
|----|------------------|------------------|------------------|---|
|    |                  |                  |                  | Vergabeverfahren. Somit gab es auch keine unterlegenen Bieter, denen man die Gründe der Nichtberücksichtigung nennen müsste. Würde man den Einschub so belassen, würde im Falle einer de facto Vergabe die 30 Tagesfrist nur zu laufen beginnen, wenn man Gründe der Nichtberücksichtigung von Angeboten nennt, die es nicht gab. Der Einschub ist daher ersatzlos zu streichen.  |
| 16 | VergabeR-TransfG | Art. 1 Nr. 22 c) | § 135 Abs. 4 GWB | Wird angesichts des Umstands, dass Sektorenauftraggeber häufig zum Zwecke der Daseinsvorsorge beschaffen und befürchten müssen, ihrer gesellschaftlich wichtigen Aufgabe bei einem Vergabeverstoß nicht gerecht zu werden, befürwortet.   |
| 17 | VergabeR-TransfG | Art. 1 Nr. 26    | § 158 Abs. 3 GWB | Das Führen des Nachprüfungsverfahrens in Textform wird befürwortet.   |
| 18 | VergabeR-TransfG | Art. 1 Nr. 27 b) | § 160 Abs. 2 GWB | Der neue Satz 3 wird grundsätzlich befürwortet. Allerdings bleibt unklar, welche Fälle umfasst sind. Der Antrag muss sich gem. 180 GWB erst als missbräuchlich erweisen. Entsprechend kann die Antragsbefugnis nicht schon im Vorfeld entfallen. Erweist sich der Antrag als missbräuchlich, ist er ohnehin als unzulässig abzulehnen, so dass sich kein Mehrwert aus der Ergänzung zu ergeben scheint.<br>Sollte die Intention sein, dass Unternehmen, deren Nachprüfungsanträge sich wiederholt als missbräuchlich erwiesen haben, temporär oder dauerhaft die Antragsbefugnis verlieren, bedarf es hier einer weitergehenden Ausformulierung, um Rechtssicherheit zu schaffen.   |
| 19 | VergabeR-TransfG | Art. 1 Nr. 31    | § 165 Abs. 1 GWB | Die elektronische Akteneinsicht wird befürwortet.   |
| 20 | VergabeR-TransfG | Art. 1 Nr. 32    | § 166 Abs. 1 GWB | Der neu eingeschobene Passus stellt einen zu großen Eingriff in das rechtliche Gehör des Antragsgegners dar. Gemäß S. 1 werden offensichtlich unzulässige oder unbegründete Anträge nach Lage der Akten entschieden. Entsprechend fallen unter S. 2 solche Verfahren, bei denen die Anträge zulässig/begründet sein werden und nach Aktenlage ein Vergaberechtsverstoß offensichtlich scheint. Angesichts der tiefgreifenden Folgen eines festgestellten Vergaberechtsverstoßes für den AG ist es kaum tragbar, ihm die Möglichkeit zu verwehren, sich im Rahmen der mündl. Verhandlung zu erklären.<br>Ferner besteht die Gefahr einer zu häufigen Anwendung dieser Fälle. Schließlich ist eine Entscheidung nach Lage der Akten stets eine Beschleunigung. Der Beschleunigungsgedanke ist hier fehl am Platz, da auch rechtlich |

|                 |                  |                  |                  |  |
|-----------------|------------------|------------------|------------------|--|
|                 |                  |                  |                  | <p>"einfache" Fälle großes Schadenspotential für AG bergen. Ferner wird dem Beschleunigungsgedanken bereits über die Möglichkeit der Videoverhandlung Rechnung getragen.</p> <p>Es wird angeregt den Passus zu löschen.<br/>Notfalls wäre die Formulierung aus dem LNG-Beschleunigungsgesetz zu übernehmen: „wenn kein unmittelbarer Eindruck der Parteien oder direkter Austausch des tatsächlichen und rechtlichen Vortrags erforderlich ist“.</p>   |
| 21              | VergabeR-TransfG | Art. 1 Nr. 32 b) | § 166 Abs. 3 GWB | Das Führen mündlicher Verhandlung via Videounterhaltung wird befürwortet.  |
| 22              | VergabeR-TransfG | Art. 1 Nr. 32    | § 166 Abs. 4 GWB | In Konsequenz zum vorherigen Kommentar wäre der Verweis auf § 166 Abs. 1 S. 4 zu löschen.  |
| 23              | VergabeR-TransfG | Art. 1 Nr. 37    | § 173 Abs. 1 GWB | Der Einschub „ausnahmsweise“ wird befürwortet.   |
| <b>Lfd. Nr.</b> | <b>Dokument</b>  | <b>Bezug</b>     | <b>Norm</b>      | <b>Anmerkung / Änderung / Vorschlag / Synopse/ Stellungnahme EnBW</b>  |
|                 | VergabeR-TransfG |                  | <b>VgV</b>       | Hinweis: Alle Kommentare zur VgV gelten selbsterklärend auf für die wortgleichen Anpassungen der SektVO, welche zur Vermeidung von Redundanzen nicht erneut aufgeführt werden.   |
| 24              | VergabeR-TransfG | Art. 4 Nr. 6     | § 17 Abs. 5 VgV  | <p>Da ein VhV o. TW nur in seltenen Ausnahmen möglich ist und im Falle einer solchen Ausnahme i.d.R. nicht derselbe Markt angesprochen wird, erscheint die Formulierung, der Auftraggeber solle zwischen den Unternehmen „wechseln“ und „regelmäßig“ auch junge sowie kleine/mittlere Unternehmen auffordern, unpassend. Ferner kann bei der Aufforderung zur Angebotsabgabe im VhV u. TW nicht abgesehen werden, ob die jungen, kleinen und mittleren Unternehmen „geeignet“ sind. Dies ist der Eignungsprüfung im Verhandlungsverfahren vorbehalten.</p> <p>Es sollte anstelle der gewählten Formulierung der allgemeine Grundsatz aufgenommen werden, dass bei der Aufforderung zur Angebotsabgabe bei VhV o. TW auch junge, kleine und mittlere Unternehmen berücksichtigt werden sollen.</p> <p>In diesem Zuge wäre auch eine Spezifizierung wünschenswert, wie lange ein Unternehmen als „jung“ gilt (z.B. max. 5 Jahre am Markt aktiv).</p> |



|    |                  |               |                 |  |
|----|------------------|---------------|-----------------|--|
| 25 | VergabeR-TransfG | Art. 4 Nr. 9  | § 28 Abs. 2 VgV | <p>Die Markterkundung ist ein dem AG zur Wahl stehendes Mittel, den Markt in dem für den AG erforderlichen Umfang zu erkunden. Die vorgeschlagene Soll-Regelung, dass die Markterkundung auf umweltbezogene, soziale und innovative Aspekte der Nachhaltigkeit erfassen soll, ist verfehlt. Der AG muss sich nicht dafür rechtfertigen müssen, sich z.B. zum Zwecke der Auftragswertschätzung nur nach Preisen zu erkundigen oder um einen Marktüberblick an Fertigungskapazitäten für einen bestimmten Zeitraum zu erhalten. Da öffentliche Auftraggeber gem. § 120a GWB die vorgenannten Aspekte ohnehin berücksichtigen müssen, wird sich die Markterkundung ohnehin ganz automatisch auf diese Aspekte ausweiten, wenn der Bedarf besteht.</p> <p>Es wirkt insgesamt befremdlich, dass eine Markterkundung grds. freiwillig ist, aber eine Pflicht zur Erkundung vorgenannter Aspekte besteht, wenn man sich für eine Markterkundung entscheidet.</p> <p>Ferner sollte es bei dem freiwilligen Mittel der Markterkundung dem Auftraggeber auch freistehen, wie er eine solche durchführt. Der Besuch von Messen ist eine hervorragende nicht-digitale Möglichkeit der Markterkundung. Warum man Vorgaben zur digitalen Durchführung macht, erschließt sich nur vor dem Hintergrund, dass mittels eines klar definierten Prozesses Transparenz geschaffen werden soll, über die potentielle Wissensvorsprünge der an der Markterkundung beteiligten Unternehmen, damit diese im Rahmen der Ausschreibung ausgeglichen werden können. Dies erklärt jedoch nicht die Pflicht zur Abfrage umweltbezogener, sozialer und innovativer Aspekte der Nachhaltigkeit, welche dann ggfs. nur als Vorwandsfrage mit abgeprüft werden.</p> <p>Daher wird angeregt, den Einschub ersatzlos zu streichen.</p> |
| 26 | VergabeR-TransfG | Art. 4 Nr. 10 | § 29 Abs. 2 VgV | <p>Das pauschale Fordern von Zahlungsmodalitäten zugunsten von jungen, kleinen und mittleren Unternehmen wird bei Marktansprachen, bei denen die Teilnahme solcher Unternehmen nicht zu erwarten ist, zur Last.</p> <p>Die Formulierung sollte sich auf Fälle reduzieren, bei denen die Teilnahme von jungen, kleinen und mittleren Unternehmen erwartet wird.</p> <p>Ferner sind die Verhandelbarkeit von Zahlungsmodalitäten oder die Möglichkeit verschiedene Zahlungspläne anhand definierter Meilensteine den Firmen zur Auswahl zu stellen und dies im Rahmen der Angebotsbewertung zu berücksichtigen, ein geeigneteres Vorgehen, um jungen, kleinen und mittleren Unternehmen entgegenzukommen.</p>  |
| 27 | VergabeR-TransfG | Art. 4 Nr. 12 | § 35 VgV        | <p>Der Vorschlag wird befürwortet.</p>   |

|                 |                  |               |                          |   |
|-----------------|------------------|---------------|--------------------------|---|
|                 |                  |               |                          | Ganz allgemein sollte jedoch darüber nachgedacht werden, das schon in der alten Fassung genutzte Wort „vorschreibt“ zu löschen. Es erschließt sich kein Anwendungsfall, bei dem der Auftraggeber eine Leistungsbeschreibung festlegt und zugleich den Bietern vorschreibt, von dieser über ein Nebenangebot abzuweichen.  |
| 28              | VergabeR-TransfG | Art. 4 Nr. 17 | § 42 Abs. 2 VgV          | Die derzeitige Formulierung birgt Rechtsunsicherheiten. Was sind „besondere Umstände“? Wann gelten diese als „berücksichtigt“? Sind die Umstände nur mittelstandsspezifisch oder gar marktspezifisch zu verstehen? Angelehnt an die Formulierung in § 120 a GWB wäre diese Vorschrift als "Soll-Vorschrift" zu formulieren. Denn nicht selten wird ein Markt angesprochen, der keine jungen/kleinen/mittleren Unternehmen führt. Dennoch wäre es ein Vergaberechtsverstoß, wenn die Kriterien nicht mittelstandsfördernd wären, wenn die Formulierung nicht in eine Soll-Vorschrift, bei der ein Abweichen unter Begründung möglich ist, umformuliert werden würden. Ferner ist der Mittelstand durch das Bilden von Bergergemeinschaften und die Möglichkeit der Eignungsleihe bereits ausreichend berücksichtigt, so dass eine pauschale Berücksichtigung der Interessen, unabhängig der Beschaffungs- und Marktsituation, zu weit greifen würde und eine Ungleichbehandlung zulasten der übrigen Unternehmen darstellen würde. |
| 29              | VergabeR-TransfG | Art. 4 Nr. 18 | § 45 Abs. 5 Satz 2f. VgV | Grundsätzlich wird die Berücksichtigung junger Unternehmen begrüßt, um frische Köpfe und innovative Ideen im Rahmen der Ausschreibungen gewinnen zu können. Zugleich werden die Verpflichtung und die praktische Umsetzbarkeit des Nachweises durch „alternative Unterlagen“ kritisch gesehen.<br>Zum aktuellen Zeitpunkt können junge Unternehmen als Nachunternehmer oder über Eignungsleihe an Ausschreibungen teilnehmen und somit besteht bereits jetzt die Möglichkeit zur erfolgreichen Teilnahme an Ausschreibungen. Die unspezifische Lockerung und allgemeine Verpflichtung, für „junge Unternehmen“ alternative Unterlagen zuzulassen, widerspricht dem Grundsatz der Gleichbehandlung. Entsprechend wird angeregt, die Änderung ersatzlos zu streichen.   |
| 30              | VergabeR-TransfG | Art. 4 Nr. 19 | § 47 Abs. 1 VgV          | Der Einschub wird befürwortet, da die Eignungsleihe im Konzernverbund von vielen jungen, kleinen und mittleren Unternehmen Bewerbern/ Bietern genutzt wird und so der Aufwand der Nachweiserbringung und -prüfung stark reduziert wird.<br>Allerdings wäre dieser ebenfalls in die wortgleiche Norm der SektVO zu übertragen.   |
| 31              | VergabeR-TransfG | Art. 4 Nr. 20 | § 48 VgV                 | Diesbezüglich wird auf unsere Ausführungen zu § 122 Abs. 4 GWB verwiesen.   |
| <b>Lfd. Nr.</b> | <b>Dokument</b>  | <b>Bezug</b>  | <b>Norm</b>              | <b>Anmerkung / Änderung / Vorschlag / Synopse/ Stellungnahme EnBW</b>   |

|    | VergabeR-TransfG |               | SektVO                       |   |
|----|------------------|---------------|------------------------------|---|
| 32 | VergabeR-TransfG | Art. 5 Nr. 6  | § 8 Abs. 5 SektVO            | Aufgrund von Anforderungen zur Umsetzung nachhaltiger Kriterien aus den Bereichen Umwelt, Soziales und Innovation aus dem freien Markt, um finanzielle Mittel für neue Anlagen zu generieren, besteht schon eine allgemeine marktseitige Verpflichtung zur Einhaltung vorangehend genannter Anforderungen. Diesem Umstand und der dadurch entstehenden Prüf- und Dokumentationspflicht, falls ausnahmsweise keine Berücksichtigung nachhaltiger Kriterien stattfinden sollte, geschuldet, ist diese Ergänzung kritisch zu hinterfragen für den Sektor der Energiewirtschaft und vor diesem Hintergrund als bürokratischer Aufwandstreiber zu streichen. |
| 33 | VergabeR-TransfG | Art. 5 Nr. 7  | § 17 Abs. 2 SektVO           | Es wird auf § 46a Abs. 1 verwiesen. § 46a SektVO existiert nicht. Sollte § 46 Abs. 4 SektVO gemeint sein, so wird auf unsere Kommentierung zu dieser Norm verwiesen.  |
| 34 | VergabeR-TransfG | Art. 5 Nr. 8  | § 18 Abs. 2 Satz 3 SektVO    | Es wird auf § 46a Abs. 1 verwiesen. § 46a SektVO existiert nicht. Sollte § 46 Abs. 4 SektVO gemeint sein, so wird auf unsere Kommentierung zu dieser Norm verwiesen.  |
| 35 | VergabeR-TransfG | Art. 5 Nr. 9  | § 28 Abs. 3 Satz 1 SektVO    | Der Verweis auf § 120a GWB ist nicht korrekt. Aus § 120a GWB geht nicht hervor, dass dieser auch für (private) Sektorenauftraggeber Anwendung findet (s. Kommentar zu § 120a GWB). Ferner wäre selbst im Falle der Anwendung § 120 a Abs. 4 und 5 nicht für (private) Sektorenauftraggeber anwendbar mangels Geltung der Verwaltungsvorschriften.   |
| 36 | VergabeR-TransfG | Art. 5 Nr. 12 | § 41 Abs. 1 SektVO           | Ein Verweis auf die VgV ist der SektVO fremd. Der Text des § 29 Abs. 1 VgV wäre in die SektVO zu überführen. Die Praxis von Querverweisen in andere Vergabeverordnungen steht dem Ziel einer Vereinfachung der Anwendbarkeit entgegen.  |
| 37 | VergabeR-TransfG | Art. 5 Nr. 13 | § 46 Abs. 1 und Abs.2 SektVO | Der Begriff „angemessen“ wäre durch „verhältnismäßig“ zu ersetzen. Dies in Anlehnung an den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz und in Anlehnung an den Wortlaut des § 120a GWB.  |