



**ZENTRALVERBAND
DEUTSCHES
BAUGEWERBE** **ZDB**

**Referentenentwurf des Bundesministeriums für Wirtschaft und Energie zum Entwurf eines
Gesetzes zur Beschleunigung der Vergabe öffentlicher Aufträge**

Vergabebeschleunigungsgesetz

Stellungnahme

Der Zentralverband Deutsches Baugewerbe (ZDB) ist der größte und älteste Bauverband in Deutschland. Wir vertreten die Interessen von rund 35.000 Bauunternehmen aus Handwerk und Mittelstand, die familien- und inhabergeführt und größtenteils seit Generationen vor Ort tätig sind – im klassischen Hochbau, Straßen- und Tiefbau. Wir sind zudem die starke Stimme des Holzbaus und des Ausbaus. Wir schließen seit 125 Jahren Tarifverträge auf Bundesebene für das Bauhauptgewerbe ab. Wir beschäftigen rund 75 % aller Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer der deutschen Bauwirtschaft und bilden fast 80 % der Branchenlehrlinge aus. Das Baugewerbe steht für 85 % des Wohnungsbaus und leistet über 60 % des Infrastrukturbaus – insbesondere in den Kommunen vor Ort. Unsere Unternehmen bauen Häuser und Wohnungen, Schulen und Krankenhäuser, Straßen und Schienen für die Menschen in unserem Land. Sie erwirtschaften über 70 Prozent des Branchenumsatzes. Sie sind das Rückgrat der deutschen Bauwirtschaft.

A) Vorbemerkung

Das Bundesministerium für Wirtschaft und Energie hat am 22. Juli 2025 einen Referentenentwurf eines Gesetzes zur Beschleunigung der Vergabe öffentlicher Aufträge (Vergabebeschleunigungsgesetz) vorgelegt, der innerhalb der Bundesregierung bisher noch nicht abgestimmt ist. Ziel des Gesetzes ist es, dass die öffentliche Beschaffung unter Wahrung des fairen Wettbewerbs einfacher, schneller und flexibler wird.

Der ZDB begrüßt das Bestreben der Bundesregierung, das Vergaberecht zu stärken. Neben positiven Themen wie der Nutzung des Datenservice Öffentlicher Einkauf (www.oeffentlichevergabe.de) zur zentralen Plattform für alle öffentlichen Ausschreibungen im Ober- wie auch Unterschwellenbereich enthält der Referentenentwurf aber auch Vorschläge, die wir kritisch sehen.

Insbesondere soll unter Anknüpfung an das Sondervermögen Infrastruktur und Klimaneutralität nunmehr eine weitere Abweichungsmöglichkeit vom Grundsatz der Losvergabe nach § 97 Abs. 4 S. 4 GWB-E geschaffen werden. Bei dringlichen Infrastrukturprojekten ab ca. 14 Mio. EUR netto wird die Möglichkeit eröffnet, von dem Vorrang der Losvergabe abzuweichen, wenn die Realisierung des Infrastrukturprojekts dies erfordert. Der Vorrang der Losvergabe sichert kleinen und mittleren Unternehmen den unmittelbaren Zugang zu öffentlichen Aufträgen und schafft damit einen breiten Wettbewerb. Er stellt das zentrale Instrument zur Förderung des Mittelstands bei der öffentlichen Auftragsvergabe dar. Bei dem aktuellen Regelungsvorschlag bliebe der für die anstehenden Infrastrukturprojekte notwendige Mittelstand jedoch in einem noch ausreichenden Maße beteiligt.

Vor diesem Hintergrund sprechen wir uns aber klar gegen jegliche weitere Aufweichung des Losgrundsatzes nach § 97 Abs. 4 GWB aus den vorgenannten Gründen aus.

Die Einführung eines § 113 Absatz 1 S. 2 Nr. 9 GWB-E lehnen wir ab. Grundsätzlich zu begrüßen ist zunächst, dass § 120a GWB-E (Berücksichtigung sozialer und umweltbezogener Aspekte) gestrichen worden ist. Problematisch ist es jedoch, die Regelung stattdessen faktisch in § 113 Absatz 1 S. 2 Nr. 9 GWB-E als Ersatz hierzu einzufügen. Neben dem Auftragsgegenstand kann für klimafreundliche Leistungen auch an das Vergabeverfahren angeknüpft werden, insbesondere auch durch Anforderungen an die Unternehmen und deren Nachweise, etwa durch bestimmte Kennzeichnungssysteme. Hierdurch könnten KMU häufig faktisch von der öffentlichen Vergabe ausgeschlossen werden, weil sie entsprechende Nachweise zu ihren Unternehmen nicht einreichen können. Nachhaltigkeitsaspekte sollte der öffentliche Auftraggeber daher schon bei seiner Planung im Rahmen seiner Leistungsbeschreibung berücksichtigen (z.B. im Rahmen eines CO2-Schattenpreises).

Mit Blick darauf, dass die EU-Kommission bereits eine öffentliche Konsultation zur Reform der Vergaberichtlinien durchgeführt hat, wäre es sinnvoll, die neuen europäischen Regelungen abzuwarten, bevor man das Vergaberecht in Deutschland ändert. Darüber hinaus hat der Binnenmarktausschuss des EU-Parlaments eine Initiativstellungnahme zur Reform der EU-Vergaberichtlinien veröffentlicht. Eine Reform des Vergaberechts anzustoßen, kurz bevor es auf der Grundlage neuer europäischer Vorgaben ohnehin überarbeitet werden muss, macht aus der Perspektive aller mit der öffentlichen Vergabe Beteiligten keinen Sinn. Im Gegenteil würde dies im Ergebnis zu jahrelanger Unsicherheit führen. Das kann angesichts der enormen Herausforderungen niemand wollen. Warum sollten wir hier erneut vorpreschen?

B) Anmerkungen

Zu dem Entwurf des BMWV haben wir folgende Anmerkungen:

Zu den Vorbemerkungen des Referentenentwurfs

Wir begrüßen die allgemeine Absicht, den Datenservice Öffentlicher Einkauf (Bekanntmachungsservice unter www.oeffentlichevergabe.de) als zentrale Plattform, auf der alle öffentlichen Ausschreibungen im Ober- wie auch im Unterschwellenbereich zu finden sind, zu nutzen. Noch praxisgerechter wäre hingegen die Umsetzung einer einheitlichen, zentralen Datenbank für öffentliche Ausschreibungen, auf der direkt sämtliche Ausschreibungen eingestellt werden. Eine solche zentrale Vergabeplattform müsste idealerweise den gesamten Ausschreibungsprozess vom Finden der Ausschreibung über das Herunterladen der Ausschreibungsunterlagen, Bieteranfragen, Angebotsabgabe bis hin zur Zuschlagserteilung und Veröffentlichung über den Zuschlag abgewickelt werden. Dies wäre ein zentraler Baustein für die Vereinfachung von Vergabeverfahren aus Sicht der anbietenden Wirtschaft.

In der Unterschwelle sollte im vorigen Gesetzentwurf zudem die Einführung eines schlanken Standards „e-Forms in der Unterschwelle“ (eForms UnS) zu einer weiteren Digitalisierung führen, was aus unserer Sicht eine weitere Vereinfachung für Bieter darstellen würde. Auf kommunaler Ebene bestehen nämlich aktuell beispielsweise unterschiedliche Systeme für die Einreichung elektronischer Unterschriften. Auch werden bei Unternehmen mitunter vorhandene Präqualifikationen elektronisch nicht anerkannt, so dass die Unterlagen erneut zusammengestellt und übersandt werden müssen.

Dies bedeutet im Ergebnis einen unnötigen zeitlichen und finanziellen Mehraufwand für potentielle Bieter. Daher sollte die Einführung eines schlanken Standards „e-Forms in der Unterschelle“ (eForms UnS) wieder in den Referentenentwurf aufgenommen werden. Daneben sollte in Erwägung gezogen werden, die Kosten für den Abruf öffentlicher Ausschreibungen von privat betriebenen Vergabeplattformen zu reglementieren. Bieter, die sich nur für ein oder wenige Ausschreibungen interessieren, müssen derzeit für die Nutzung privater Vergabeplattformen einen Vertrag über einen längeren Zeitraum von häufig mehreren Monaten abschließen und haben somit nicht die Möglichkeit, einzelne öffentliche Ausschreibungen zu einem geringeren Preis abzurufen.

Artikel 1 - Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen

I. Weitere Ausnahme vom Losgrundsatz, § 97 Abs. 4 GWB

Der Referentenentwurf beinhaltet in § 97 Abs. 4 S. 4 GWB-E eine neue Sondervorschrift als Ausnahme vom Grundsatz der Losvergabe. Danach dürfen mehrere Teil- oder Fachlose auch zusammen vergeben werden, wenn die Realisierung dringlicher, aus dem Sondervermögen Infrastruktur und Klimaneutralität finanzierter Infrastrukturvorhaben, deren geschätzter Auftrags- oder Vertragswert ohne Umsatzsteuer die Schwellenwerte nach § 106 Absatz 2 GWB um das Zweieinhalbfache (ca. 14 Mio. EUR) übersteigt, dies erfordert.

Wir begrüßen es sehr, dass ein noch angemessener Kompromiss zwischen den Beteiligungsmöglichkeiten des Mittelstands an öffentlichen Aufträgen und dem Bedürfnis nach schnell umzusetzenden großen Infrastrukturvorhaben in Rahmen des Sondervermögens in dem Entwurf Berücksichtigung gefunden hat. Es sollte jedoch klargestellt werden, dass § 97 Abs. 4 S. 4 GWB-E nur dann anwendbar ist, wenn eine alleinige Finanzierung aus dem Sondervermögen Infrastruktur und Klimaneutralität vorliegt.

Der Vorrang der Losvergabe sichert kleinen und mittleren Unternehmen nämlich den unmittelbaren Zugang zu öffentlichen Aufträgen und schafft damit einen breiten Wettbewerb. Er stellt das zentrale Instrument zur Förderung des Mittelstands bei der öffentlichen Auftragsvergabe dar. Bereits nach aktueller Rechtslage sind Ausnahmen vom Losgrundsatz möglich, sofern wirtschaftliche oder technische Gründe dies erfordern. Diese Ausnahmemöglichkeiten bieten in der Praxis bereits aktuell großen Spielraum, in geeigneten Fällen von der Losvergabe abzuweichen.

Gerade mit Blick auf öffentliche Bauaufträge kommt dem Vorrang der Losvergabe eine besondere Bedeutung zu. Dies hängt mit der stark mittelständisch geprägten Struktur der Bauwirtschaft in Deutschland zusammen. Knapp 80 % aller Bauunternehmen in Deutschland haben weniger als 20 Mitarbeiter, etwa 96 % der Bauunternehmen weniger als 50 Mitarbeiter. Genau diese Unternehmen stellen den Adressatenkreis einer mittelstandsgerechten Auftragsvergabe dar. Die Zahlen machen deutlich, wie wichtig die mittelständischen Unternehmen für die Bauwirtschaft sind. Nicht nur, weil sie besonders viele gut ausgebildete Arbeitnehmer beschäftigen und besonders viele Lehrlinge ausbilden, sondern auch, weil sie mit hoher Qualität bauen und viele technische Innovationen entwickeln. Nur wenn die öffentliche Hand die mittelständischen Bauunternehmen bei der Vergabe öffentlicher Aufträge berücksichtigt, können die anstehenden immensen Bauaufgaben überhaupt bewältigt werden.

Dass es sich im Übrigen beim Vorrang der Losvergabe nicht bloß um eine Maßnahme der Mittelstandsförderung handelt, sondern dieser auch im ureigensten Interesse der öffentlichen Hand liegt, hat der Bundesrechnungshof in seiner Untersuchung der Wirtschaftlichkeit bei Baumaßnahmen

festgestellt. Er kommt zu dem Ergebnis, dass die in eine Gesamtvergabe gesetzten Erwartungen häufig nicht erfüllt werden. Überdies entstehen bei der Gesamtvergabe regelmäßig Mehrkosten. Diese Mehrkosten hat der Bundesrechnungshof im Mittel mit etwa 10 %, teilweise aber bis über 20 % beziffert. Sie resultieren daraus, dass bei einer Gesamtvergabe die ausgeschriebenen Leistungen vom Auftragnehmer nicht im eigenen Betrieb ausgeführt werden können (oder er dies nicht will) und er daher auf Subunternehmer zurückgreift.

Werden öffentliche Bauaufträge in Losen ausgeschrieben, können mehr Unternehmen ein Angebot abgeben. So wird der Wettbewerb gestärkt und mittelständischen Unternehmen ein unmittelbarer Zugang zu öffentlichen Bauaufträgen eröffnet. Dadurch kann der öffentliche Auftraggeber wirtschaftliche Preise erzielen.

Durch eine Gesamtvergabe nach § 97 Abs. 4 S. 4 GWB-E ist eine Beschleunigung von Bauprojekten auch nicht per se zu erwarten. Der Koordinierungsaufwand der verschiedenen Gewerke besteht unabhängig von der Vergabeart. Die einzige Frage ist, ob der öffentliche Auftraggeber selbst oder ein Generalunternehmer die Koordinierungsaufgabe übernimmt. Wir fordern, dass die öffentliche Bauverwaltung personell in die Lage versetzt wird, ihre Bauaufgaben selbständig zu koordinieren. Andernfalls droht langfristig eine Abhängigkeit der Bauverwaltung von einigen wenigen Generalunternehmern, die dann mangels Wettbewerbs bei großen Infrastrukturprojekten die Preise bestimmen werden.

Wir begrüßen überdies zwar grundsätzlich die vorgesehene Regelung in § 97 Abs. 4 S. 5 GWB, sind jedoch der Meinung, dass sie kaum praktische Auswirkungen haben wird. Hiernach können Auftraggeber Auftragnehmer verpflichten, bei der Erteilung von Unteraufträgen mittelständische Interessen besonders zu berücksichtigen. In der vorigen Version des Entwurfs war die aktuelle Kannvorschrift noch als eine Sollvorschrift ausgestaltet. Die ohnehin für den Schutz des Mittelstands eher schwache Regelung wurde damit nochmals in ihrer Wirkung abgeschwächt. Daher sollte zumindest wieder eine Sollvorschrift eingeführt werden. Abgesehen davon, dass keinerlei Kontrollmöglichkeiten seitens der Auftraggeber Eingang in den Referentenentwurf gefunden haben, enthält die Regelung auch keine konkrete Rechtsfolge, wie diese sogenannte Berücksichtigungspflicht umgesetzt werden soll. Insbesondere besteht keine Verpflichtung des Auftragnehmers, das Gebot der Losvergabe bei Unteraufträgen zu berücksichtigen. Im Ergebnis wird diese Vorschrift daher praktisch bedeutungslos bleiben. Der öffentliche Auftraggeber verlagert hierdurch die ihm obliegende Pflicht zur Berücksichtigung mittelständischer Interessen auf seine Vertragspartner. Das wird in der Praxis nicht funktionieren.

Vor diesem Hintergrund sprechen wir uns daher jedenfalls klar gegen jegliche weitere Aufweichung des Losgrundsatzes nach § 97 Abs. 4 GWB aus. Wie vorstehend erläutert, besteht für eine noch weitreichendere Lockerung auch kein Bedürfnis. Der aktuelle Regelungsvorschlag berücksichtigt die betroffenen Interessen in ausreichendem Maße. Der für die anstehenden Infrastrukturprojekte notwendige Mittelstand würde in einem noch ausreichenden Maße beteiligt.

II. Öffentlich-öffentliche Zusammenarbeit (Inhouse-Vergaben), § 108 GWB

Die Vorschläge sehen wir im Hinblick auf eine etwaige Einschränkung der Teilnahmemöglichkeit privater Unternehmen als kritisch an.

Die Zusammenarbeit öffentlicher Stellen soll im Ergebnis zwar rechtssicherer und einfacher ermöglicht werden, ohne den Wettbewerb negativ zu beeinflussen. Genau dies steht jedoch zu

befürchten. Laut Begründung kam es in der Vergangenheit mitunter zu einschränkenden Auslegung und komplexen Strukturen, die die Effizienz der Verwaltungskooperation unnötig belastet haben sollen. Der Entwurf beabsichtigt daher offensichtlich, Inhouse-Vergaben auszuweiten. Insbesondere ist es kritisch zu bewerten, wenn das Gesetz von zu gründenden juristischen Personen des öffentlichen Rechts spricht, die die gemeinsame Kontrolle ausüben. Es ist zu befürchten, dass hierdurch weitere staatliche Strukturen aufgebaut werden, die das Bauen im Ergebnis nicht erleichtern. Durch eine verstärkte öffentlich-öffentliche Zusammenarbeit wird die Bedarfsdeckung des Staates noch umfangreicher als bislang dem Vergaberecht entzogen. Wirtschaftliche Aktivitäten von öffentlichen Unternehmen, die über den engen Bereich der Daseinsvorsorge hinausgehen, sollten daher gerade bei der Umsetzung des Sondervermögens unterbleiben.

III. Verpflichtende Anforderungen an die Beschaffung von klimafreundlichen Leistungen § 113 Absatz 1 S. 2 Nr. 9 GWB-E

Vorab begrüßen wir, dass der vorige § 120a GWB gestrichen worden ist.

Problematisch ist es jedoch, die Regelung stattdessen faktisch in § 113 Absatz 1 S. 2 Nr. 9 GWB-E als Ersatz hierzu einzufügen. Diese beinhaltet zwar im Gegensatz zur vorigen Regelung ausschließlich klimafreundliche Leistungen, ist für kleine und mittlere Unternehmen jedoch in ihrer aktuellen Form kaum umsetzbar. Dies liegt daran, dass neben dem Auftragsgegenstand auch an das Vergabeverfahren angeknüpft werden kann, insbesondere auch durch Anforderungen an die Unternehmen und deren Nachweise, etwa durch bestimmte Kennzeichnungssysteme. Hierdurch könnten KMU häufig faktisch von der öffentlichen Vergabe ausgeschlossen werden, weil sie entsprechende Nachweise zu ihren Unternehmen nicht einreichen können. Nachhaltigkeitsaspekte sollte der öffentliche Auftraggeber daher schon bei seiner Planung im Rahmen seiner Leistungsbeschreibung berücksichtigen (z.B. im Rahmen des CO₂-Schattenpreises).

Bislang stand die Berücksichtigung klimafreundlicher Aspekte bei der Vergabe öffentlicher Aufträge im freien Ermessen der öffentlichen Auftraggeber. Durch die Möglichkeit von verpflichtenden Vorgaben müssen öffentliche Auftraggeber künftig die durch Rechtsverordnung festgelegten Kriterien bei der Vergabe berücksichtigen.

Positiv war bislang, dass der Gesetzentwurf in § 120a GWB-E bislang ausdrücklich klarstellte, dass das Kriterium in Verbindung mit dem Auftragsgegenstand stehen und zu dessen Wert und der konkreten Beschaffung verhältnismäßig sein musste. Diese Einschränkungen sind weggefallen. Es ist jedoch darauf zu achten, dass die jeweiligen Kriterien gerade auch für kleine und mittelständische Bauunternehmen praktikabel sind. Es dürfen daher keine zusätzlichen Anforderungen an potentielle Auftragnehmer gestellt werden, die das Vergabeverfahren unnötig verkomplizieren und weitere kleine und mittlere Unternehmen davon abhalten, sich auf öffentliche Aufträge zu bewerben. Dies ist bei den derzeitigen Anforderungen an die Unternehmen und deren Nachweise, etwa durch bestimmte Kennzeichnungssysteme, der Fall.

Es sollte daher direkt im Gesetzeswortlaut klargestellt werden, dass die Festlegung von klimafreundlichen Anforderungen nur beim Auftragsgegenstand und zudem regelmäßig am besten auf der Stufe der Leistungsbeschreibung zu erfolgen hat. Zudem müssen die Anforderungen verhältnismäßig in Bezug auf den Auftragsgegenstand sein. Dies kommt bislang nicht zur Geltung.

IV. Leistungsbeschreibung, § 121 GWB

Die im Referentenentwurf vorgeschlagene Streichung der Formulierung „und erschöpfend“ bei der Leistungsbeschreibung lehnen wir ab. Die in der Begründung des Entwurfs ausdrücklich genannte beabsichtigte Ausweitung funktionaler Leistungsbeschreibungen widerspricht nämlich sowohl den Interessen öffentlicher Auftraggeber als auch kleiner und mittlerer Unternehmen.

Um die Teilnahme mittelständischer Bauunternehmen an der Auftragsvergabe zu ermöglichen, muss der öffentliche Auftraggeber sein Projekt sorgfältig planen. Eine eindeutige Leistungsbeschreibung stellt die Beteiligung kleiner und mittlerer Betriebe sicher. Bei der Vergabe öffentlicher Bauaufträge gilt das Gebot der Ausschreibung mit Leistungsverzeichnis (§ 7b Abs. 1 VOB/A). Das heißt, der Auftraggeber muss die Leistung eindeutig und eben auch so erschöpfend beschreiben, dass alle Unternehmen die Beschreibung im gleichen Sinne verstehen müssen und ihre Preise sicher und ohne umfangreiche Vorarbeiten berechnen können. Hierzu muss der Auftraggeber die Leistung durch eine Baubeschreibung und ein in Teilleistungen gegliedertes Leistungsverzeichnis beschreiben. Die Planung des Bauvorhabens ist also grundsätzlich Aufgabe des Auftraggebers. Und das auch aus gutem Grund: Ausschreibungen mit Leistungsverzeichnis sichern eine zuverlässige Bearbeitung der Angebote durch die Bieter und eine gute Vergleichbarkeit bei der Wertung der Angebote durch den Auftraggeber. Letztlich sind sie Grundlage für eine reibungslose und technisch einwandfreie Ausführung der Leistung. Dies liegt zuvorderst auch im Interesse des öffentlichen Auftraggebers.

Von der Ausschreibung mit Leistungsverzeichnis darf der Auftraggeber bereits nach geltendem Recht durch eine sog. funktionale Ausschreibung abweichen, wenn es nach Abwägung aller Umstände zweckmäßig ist, zusammen mit der Bauausführung auch den Entwurf für die Leistungen dem Wettbewerb zu unterstellen, um die technisch, wirtschaftlich und gestalterisch beste sowie funktionsgerechteste Lösung der Bauaufgabe zu ermitteln (§ 7c Abs. 1 VOB/A). Bei einer funktionalen Ausschreibung übernimmt der Bieter Planungsleistungen, die eigentlich Aufgabe des Auftraggebers sind. Der Auftraggeber gibt dann keinen detaillierten Leistungskatalog vor, sondern definiert die zu erbringende Leistung nach dem zu erreichenden Ziel. Die konkrete Ausgestaltung der Leistung überlässt er dem Bieter. Von den Unternehmen wird hier also neben der eigentlichen Bauleistung eine eigene Planungsleistung verlangt. Dies schließt viele mittelständische Bauunternehmen von der Vergabe aus, da sie nicht über eigene Planungskapazitäten verfügen, wodurch der Wettbewerb zulasten kleiner und mittlerer Unternehmen eingeschränkt wird.

Einen weiteren gravierenden Nachteil der funktionalen Ausschreibung für den öffentlichen Auftraggeber stellen die erheblichen Mehrkosten dar, die durch diese Ausschreibungsmethode verursacht werden. Der Auftraggeber muss bei seiner Abwägung auch berücksichtigen, dass allen Bietern, die sich an der Ausschreibung beteiligen, durch ihre Planungsleistungen erhebliche Kosten entstehen, für die der Auftraggeber auch alle Bieter angemessen entschädigen muss (§ 8b Abs. 2 Nr. 1 S. 2 und 3 VOB/A). Die funktionale Ausschreibung ist daher regelmäßig deutlich teurer als eine Ausschreibung mit Leistungsverzeichnis.

Auch muss gerade mit Blick auf mittelständische Unternehmen berücksichtigt werden, dass die Bieter mit Übernahme der Planung auch die Verantwortung und Haftung für etwaige Planungsfehler übernehmen. Dies gilt nicht nur, wenn der Unternehmer die Planung durch eine eigene Planungsabteilung übernimmt, sondern auch dann, wenn er hierfür ein selbständiges Planungsbüro beauftragt. Auch dies behindert die Beteiligung mittelständischer Unternehmen.

Neben dem Kostenrisiko geht der Auftraggeber mit einer funktionalen Ausschreibung weitere Risiken ein. Diese resultieren aus der Umsetzung letztlich ungenau beschriebener Leistungen. Der

Auftraggeber muss bei einer funktionalen Ausschreibung sämtliche Leistungen für das Bauvorhaben in einem sehr frühen Projektstadium definieren und vertraglich festlegen. Da er die Leistung zu diesem Zeitpunkt aufgrund fehlender Planung nicht detailliert beschreiben kann, verursachen die hierdurch entstehenden Auslegungsspielräume das Risiko von Baumängeln, Mehrkosten, Verzögerungen und Konflikten. Insbesondere läuft der Auftraggeber bei funktionalen Ausschreibungen Gefahr, dass er am Ende nicht die Qualität erhält, die er sich vorgestellt hat. Sobald der Auftraggeber die Planungsverantwortung abgibt, werden Standard und Qualität maßgeblich vom Bieter vorgegeben. Der mit Planung und Bau beauftragte Unternehmer wird immer ein Interesse an einer möglichst kostengünstigen Erstellung haben und sich daher im Zweifel nicht am erhofften hohen Qualitätsstandard des Auftraggebers orientieren. Mangels eigener Planung und technischer Detailkenntnis ist es dem Auftraggeber außerdem kaum möglich, die Angebote im Hinblick auf Qualität und Wirtschaftlichkeit valide miteinander zu vergleichen. Damit bleibt die optimale und wirtschaftlichste Lösung oftmals auf der Strecke. Nur eine konkrete Planung des Auftraggebers kann am Ende die gewünschten Ergebnisse liefern.

Der öffentliche Auftraggeber sollte daher seine Bauvorhaben selbst sorgfältig planen und mit Leistungsverzeichnis ausschreiben. Damit ermöglicht er mittelständischen Unternehmen die Teilnahme. So sichert er sich auch die Vorteile eines breiten Wettbewerbs, der im Ergebnis zu bestmöglicher Qualität bei wirtschaftlichen Preisen führt.

V. Stärkung von Eigenerklärungen, § 122 GWB

Der Eignungsnachweis und das Nichtvorliegen von Ausschlussgründen sollen grundsätzlich durch Eigenerklärungen erfolgen. Nach der Neuregelung kann der Eignungsnachweis auch künftig durch die Teilnahme an einem Präqualifizierungsverfahren erbracht werden.

Um der Bedeutung des Präqualifizierungssystems ausreichend Rechnung zu tragen, sollte klargestellt werden, dass vor Zuschlagserteilung die Eigenerklärungen durch entsprechende Unterlagen zu belegen sind. Dadurch würde der Vorteil des Präqualifizierungssystems aufrechterhalten, in dem sämtliche Dokumente hinterlegt sind und somit bei Zuschlagserteilung auch nicht mehr vom Bieter nachgereicht werden müssen. Dies entspräche auch dem ausdrücklichen gesetzgeberischen Ziel, Präqualifizierungssysteme zukünftig zu stärken. Zudem würde dadurch verhindert, dass Zuschläge für öffentliche Aufträge erteilt werden, ohne dass sichergestellt ist, dass sämtliche Eignungsvoraussetzungen erfüllt sind.

VI. Reduzierung von Nachweispflichten, § 122 GWB

Nach der Neuregelung sollen über Eigenerklärungen hinausgehende Unterlagen nur von aussichtsreichen Bietern verlangt werden. Diese Einschränkung mit Blick auf das Abfordern von Unterlagen ist zu begrüßen. Sie entlastet Bieter vom unnötigen Beibringen von Unterlagen.

Wichtig ist in diesem Zusammenhang der im Gesetz vorhandene Hinweis, dass der Nachweis ganz oder teilweise durch die Teilnahme an Präqualifizierungssystemen erbracht werden kann. Auch dies entspricht wiederum dem gesetzgeberischen Ziel, Präqualifizierungssysteme zukünftig zu stärken.

VII. Ergänzende Vorschläge

Nebenangebote zulassen

Wir fordern eine generelle Zulassung von Nebenangeboten. Will der öffentliche Auftraggeber unternehmerisches Know-how einbinden, um intelligente Ergebnisse zu erzielen, so kann er auf eine bewährte Methode zurückgreifen, die – anders als die funktionale Ausschreibung - weder den Mittelstand ausgrenzt noch zu hohen Mehrkosten führt. Im Gegenteil: Durch die Zulassung von Nebenangeboten wird eine Beteiligung mittelständischer Unternehmen an der öffentlichen Auftragsvergabe wirksam gefördert. Der Auftraggeber kann die von ihm gewünschte Lösung der Bauaufgabe unter Mithilfe der Bieterseite durch eine Ausschreibung mit Leistungsverzeichnis mit der Zulassung von Nebenangeboten erreichen. Hierbei gibt der Auftraggeber zwar ein detailliertes Leistungsverzeichnis vor, ermöglicht es aber jedem Unternehmer, eigene Planungsideen in Form von Nebenangeboten in den Wettbewerb einzubringen.

Anders als bei der funktionalen Ausschreibung sind bei dieser Vorgehensweise nicht alle Bieter zu eigenen Planungsleistungen verpflichtet. Jeder Bieter kann selbst entscheiden, ob er auf das Leistungsverzeichnis des Auftraggebers anbietet, oder ob er stattdessen oder zusätzlich ein Nebenangebot abgibt, mit dem er eine technische, wirtschaftliche oder rechtliche Alternative anbietet. Hierdurch vergrößert sich der Bieterkreis auf all die innovativen kleinen und mittleren Fachunternehmen, die sich bei einer funktionalen Ausschreibung nicht am Vergabeverfahren beteiligen können. Auch entstehen dem Auftraggeber, anders als bei der funktionalen Ausschreibung, keine hohen Mehrkosten durch Mehrfachplanung.

Durch die Zulassung von Nebenangeboten erhält der Auftraggeber daher innovative und qualitativ hochwertige Angebote, die ihm zeigen, wie die von ihm gewünschte Leistung auch auf anderem Weg erbracht werden kann. Immer wieder führt dies in der Praxis dazu, dass Auftraggeber die von ihnen zu beschaffenden Bauleistungen innovativer, rationeller und kostensparender erhalten, da nicht nur der Bieterkreis, sondern auch die Ausführungsvarianten deutlich erhöht werden. Um unternehmerisches Know-how effektiv mit einzubeziehen, sollten daher bei Bauvergaben Nebenangebote generell zugelassen werden. Jedenfalls könnte eine Regelung wie in § 8 Abs. 2 Nr. 3 a) VOB/A aufgenommen werden, wonach Nebenangebote zulässig sind, sofern der Auftraggeber sie nicht ausdrücklich ausgeschlossen hat.

Landesvergabegesetze abschaffen

Das Vergabeverfahren könnte durch Abschaffung der Landesvergabegesetze vereinfacht werden. Diese enthalten eine Fülle von unterschiedlichen Regelungen auch für bundesweit anbietende Unternehmen, die infolgedessen unterschiedliche Anforderungen erfüllen müssen, je nachdem, in welchem Bundesland sie sich an der Vergabe öffentlicher Aufträge beteiligen wollen. Dies stellt in der Praxis eine hohe Hürde für mittelständische Unternehmen dar, sich an öffentlichen Vergaben zu beteiligen.

Artikel 2 - Änderung des Haushaltsgrundsätzegesetzes

Freihändige Vergabe mit Teilnahmewettbewerb, § 30 HGrG

Um einen fairen und transparenten Wettbewerb für Unterschwellenvergaben zu gewährleisten, sollte es dabei bleiben, dass grundsätzlich eine Öffentliche Ausschreibung oder eine Beschränkte Ausschreibung mit Teilnahmewettbewerb durchgeführt werden. Die künftige Möglichkeit, nun ohne Weiteres auch eine Freihändige Vergabe zu wählen, lehnen wir ab.

Eine Freihändige Vergabe hat insbesondere den Nachteil, dass die teilnehmenden Bieter die Submissionsergebnisse der Mitbewerber nicht kennen. Zudem sind bei Freihändigen Vergaben Nachverhandlungen mit den Bietern möglich.

Für gesetzliche Änderungen besteht auch kein Bedürfnis. Für Bauvergaben existieren nach § 3a Absatz 3 VOB/A bereits heute zahlreiche Ausnahmetatbestände, nach denen Aufträge in einer Freihändigen Vergabe ausgeschrieben werden können. An dieser Systematik sollte festgehalten werden.

C) Gesamtbewertung

Wir begrüßen es sehr, dass ein noch angemessener Kompromiss zwischen den Beteiligungsmöglichkeiten des Mittelstands an öffentlichen Aufträgen und dem Bedürfnis nach schnell umzusetzenden großen Infrastrukturvorhaben in Rahmen des Sondervermögens in dem Entwurf Berücksichtigung gefunden hat. Es sollte jedoch klargestellt werden, dass § 97 Abs. 4 S. 4 GWB-E nur dann anwendbar ist, wenn eine alleinige Finanzierung aus dem Sondervermögen Infrastruktur und Klimaneutralität vorliegt.

Der Vorrang der Losvergabe nach § 97 Abs. 4 GWB sichert kleinen und mittleren Unternehmen nämlich den unmittelbaren Zugang zu öffentlichen Aufträgen und schafft damit einen breiten Wettbewerb. Er stellt das zentrale Instrument zur Förderung des Mittelstands bei der öffentlichen Auftragsvergabe dar. Bereits nach aktueller Rechtslage sind Ausnahmen vom Losgrundsatz möglich, sofern wirtschaftliche oder technische Gründe dies erfordern. Diese Ausnahmemöglichkeiten bieten in der Praxis bereits aktuell großen Spielraum, in geeigneten Fällen von der Losvergabe abzuweichen.

Unter Anknüpfung an das Sondervermögen Infrastruktur und Klimaneutralität soll laut dem Referentenentwurf nunmehr eine weitere Abweichungsmöglichkeit vom Grundsatz der Losvergabe geschaffen werden. Bei dringlichen Infrastrukturprojekten ab ca. 14 Mio. EUR netto wird die Möglichkeit eröffnet, von dem Vorrang der Losvergabe abzuweichen, wenn die Realisierung des Infrastrukturprojekts dies erfordert. Damit bliebe jedoch der für die anstehenden Infrastrukturprojekte notwendige Mittelstand in einem noch ausreichenden Maße beteiligt. Vor diesem Hintergrund sprechen wir uns aber klar gegen jegliche weitere Aufweichung des Losgrundsatzes nach § 97 Abs. 4 GWB aus. Wie vorstehend erläutert, besteht für eine noch weitreichendere Lockerung auch kein Bedürfnis.

Auch die Stärkung von Eigenerklärungen sowie die Reduzierung von Nachweispflichten begrüßen wir.

Trotz zu begrüßender Streichung des vorigen § 120a GWB-E ist es jedoch problematisch, dass diese Regelung stattdessen faktisch in § 113 Absatz 1 S. 2 Nr. 9 GWB als Ersatz hierzu aufgenommen werden soll. Diese beinhaltet zwar im Gegensatz zur vorigen Regelung ausschließlich klimafreundliche Leistungen, ist für kleine und mittlere Unternehmen jedoch in ihrer aktuellen Form kaum umsetzbar. Dies liegt daran, dass neben dem Auftragsgegenstand auch an das Vergabeverfahren angeknüpft werden kann, insbesondere auch durch Anforderungen an die Unternehmen und deren Nachweise, etwa durch bestimmte Kennzeichnungssysteme. Hierdurch könnten KMU häufig faktisch von der öffentlichen Vergabe ausgeschlossen werden, weil sie entsprechende Nachweise zu ihren Unternehmen nicht einreichen können. Nachhaltigkeitsaspekte sollte der öffentliche Auftraggeber daher schon bei seiner Planung im Rahmen seiner Leistungsbeschreibung berücksichtigen (z.B. im Rahmen des CO₂-Schattenpreises).

Den Regelungsvorschlag in § 113 GWB-E lehnen wir daher in der jetzigen Form ab. Bislang stand zudem die Berücksichtigung klimafreundlicher Aspekte bei der Vergabe öffentlicher Aufträge im freien Ermessen der öffentlichen Auftraggeber. Durch die Möglichkeit von verpflichtenden Vorgaben müssen öffentliche Auftraggeber künftig die durch Rechtsverordnung festgelegten Kriterien bei der Vergabe berücksichtigen.

Es sollte daher direkt im Gesetzeswortlaut klargestellt werden, dass die Festlegung von klimafreundlichen Anforderungen nur beim Auftragsgegenstand und zudem regelmäßig am besten auf der Stufe der Leistungsbeschreibung zu erfolgen hat. Zudem müssen die Anforderungen verhältnismäßig in Bezug auf den Auftragsgegenstand sein. Dies kommt bislang nicht zur Geltung.

Auch die im Referentenentwurf angedachte Streichung der Formulierung „und erschöpfend“ bei der Leistungsbeschreibung in § 121 GWB lehnen wir ab. Die in der Begründung des Entwurfs ausdrücklich genannte Ausweitung funktionaler Leistungsbeschreibungen widerspricht nämlich – wie vorstehend ausführlich erläutert – sowohl den Interessen öffentlicher Auftraggeber als auch denen kleiner und mittlerer Unternehmen.

Soll dem im Referentenentwurf genannten vergaberechtlichen Grundsatz der Mittelstandsförderung ausreichend Rechnung getragen werden, müssen Beteiligungsmöglichkeiten von kleinen und mittleren Betrieben an Vergabeverfahren gestärkt werden. Jegliche weitere Aufweichung des Losgrundsatzes nach § 97 Abs. 4 GWB würde dem entgegenstehen.