

Verband/Land/Stelle: Bundesverband öffentlicher Banken Deutschlands, VÖB
 Kontakt: ██████████ Direktor Recht und Kapitalmarkt, VÖB

Stellungnahme zum Vergabetransformationspaket vom 1. November 2024

Lfd. Nr.	Dokument	Bezug	Norm	Anmerkung / Änderung / Vorschlag / Synopse
1.	VergabeR-TransfG	Art. 1 Nr. 2 lit. b; Art. 1 Nr. 12; Art. 1 Nr. 16; Art. 4 Nr. 9; Art. 4 Nr. 10; Art. 4 Nr. 18;	Entwurf der § 97 IV 3 GWB; (§ 112a IV GWB); § 120a GWB, § 28 II VgV, § 29 II S. 3 u. 4 VgV; § 45 V VgV	<p>Das Vergabetransformationspaket stärkt an vielen Stellen Instrumente strategischer Beschaffung und gibt vor, dass öffentliche Auftraggeber Verpflichtungen an Bieter weitergeben sollen. Uns ist bewusst, dass öffentliche Beschaffungen aufgrund ihres hohen Gesamtvolumens eine wichtige Stellschraube für strategische Ziele, wie den Klima- und Umweltschutz oder gute Arbeitsbedingungen, sein können. Wir sind allerdings besorgt, dass die geplanten Vorgaben in Summe die Attraktivität öffentlicher Aufträge für potenzielle Bieter verringern. Denn bereits aktuell erhalten wir zum Teil das Feedback aus dem Markt, dass die umfangreichen formalen Vorgaben und anspruchsvollen Ausführungsbedingungen Unternehmen von einer Teilnahme an Vergabeverfahren abhalten. Gerade in Märkten, in denen wir mit Abnehmern aus der Privatwirtschaft konkurrieren, kann dies zu einem zu geringen Wettbewerb um die ausgeschriebenen Leistungen führen.</p> <p>Zudem ist die dezentrale Umsetzung einzelner Vorgaben an die Vertragsgestaltung mit den Auftragnehmern über die Verpflichtung der jeweiligen öffentlichen Auftraggeber ein suboptimaler Umsetzungsweg. Denn in der angedachten Ausgestaltung fällt der Umsetzungsaufwand dezentral und deutschlandweit viele tausend Male an, was zu einem sehr hohen administrativen Aufwand führt. Ferner erfolgt zwangsläufig eine bei den einzelnen Auftraggebern divergierende Umsetzung, die Mehrbelastungen bei potenziellen Bietern verursacht und der Rechtsicherheit abträglich ist. Zweckmäßiger wäre eine zentrale Umsetzung über eine Änderung der VOL/B und die VOB/B bzw. die VOB/C für umweltbezogene technische Vorgaben. Über eine solche Anpassung der Allgemeinen Vertragsbedingungen für öffentliche Aufträge könnte dasselbe Ergebnis mit einem deutlich geringeren Umsetzungsaufwand erzielt werden.</p>
2.	VergabeR-TransfG	Art. 1 Nr. 6	Entwurf des § 103 I GWB	Wir begrüßen die geplante Konkretisierung des „entgeltlichen Vertrags“ in § 103 Abs. 1 GWB-E. Diese schärft den Begriff auf Basis der aktuellen Rechtsprechung des EuGHs nach und schafft zusätzliche Rechtssicherheit für Finanzierungsverträge.

3.	VergabeR-TransfG	Art. 1 Nr. 16	Entwurf des § 120a GWB	<p>Nach dem geplanten § 120a Abs. 1 GWB-E i. V. m. der AVV soll in jedem Verfahren mindestens ein soziales oder ein umweltbezogenes Kriterium berücksichtigt werden. Wir halten es für wichtig, dass es hier bei einer „Soll-Vorschrift“ bleibt. Denn nicht alle Leistungen eignen sich gleichermaßen zur Verfolgung strategischer Ziele. Zudem können derartige Vorgaben schnell zum Selbstzweck werden, wenn unabhängig vom konkreten Auftragsgegenstand zwingend ein soziales oder umweltbezogenes Kriterium gesucht werden muss.</p> <p>Aus demselben Grund regen wir an, den geplanten § 120a Abs. 3 S. 3 GWB-E zu streichen. Denn der jeweilige öffentliche Auftraggeber kann auf Basis seines konkreten Leistungsgegenstandes am effektivsten selbst bewerten, inwieweit beispielsweise über das Tariftreuegesetz gemachte Vorgaben für den konkreten Auftrag bereits hinreichende soziale Standards etablieren. In letzter Konsequenz ist es nämlich das effizienteste, öffentliche Auftraggeber selbst eruieren zu lassen, inwieweit sich ihr Auftrag für die Verfolgung strategischer Ziele eignet.</p> <p>Um im Einzelfall passgenaue Lösungen zu ermöglichen, regen wir zudem eine Abschwächung der zwingenden Vorgabe aus § 120a Abs. 4 S. 1 GWB-E an. Dies gilt insbesondere für Konstellationen, in denen ohnehin schon hohe gesetzliche Standards gelten und zu befürchten ist, dass weitergehende Vorgaben das Bieterfeld zu sehr eingrenzen oder für öffentliche Auftraggeber nicht praktikabel sind. Es sollte deshalb eine Rückausnahme für Fälle einer Unverhältnismäßigkeit bzw. fehlender Praktikabilität zusätzlicher sozialer oder umweltbezogener Kriterien geschaffen werden.</p> <p>In Bezug auf umweltbezogenen Kriterien in § 120a Absatz 2 wäre eine Klarstellung bzw. Erläuterung dahingehend wünschenswert, welche diese umweltbezogenen Kriterien sich der Gesetzgeber bei zu beschaffenden Dienstleistungen vorstellt, die mit den dort genannten Kriterien vergleichbar sind.</p>
4.	VergabeR-TransfG	Art. 1 Nr. 18, Art. 4 Nr. 20	Entwurf des § 122 III GWB, § 48 II VgV	<p>Nach den geplanten § 122 Abs. 3 S. 2 GWB-E und § 48 Abs. 2 VgV-E sollen „über Eigenerklärungen hinausgehende Unterlagen im Verlauf des Verfahrens nur von aussichtsreichen Bewerbern oder Bieter verlangt werden“.</p> <p>Anknüpfungspunkt ist der unbestimmte Rechtsbegriff „aussichtsreicher Bieter“, analog zu der in § 48 Abs. 2 VgV geplanten Formulierung. Soll der Kreis aussichtsreicher Bietenden anhand der Rangfolge bestimmt werden oder ist der Maßstab „aussichtsreicher Bieter“ mit der Zuschlagsfähigkeit der Angebote gleichzusetzen? Hier wäre mehr Klarheit wünschenswert.</p> <p>Darüber hinaus würde diese Regelung gerade bei schnell prüfbaren Eignungsnachweisen wie z.B. DIN/ISO-Zertifizierungen zu einer aufwändigeren Eignungsprüfung und einer Verzögerung von Vergabeverfahren</p>

				<p>führen. Denn öffentliche Auftraggeber müssten dann in einem ersten Schritt die Eigenerklärungen zu diesen Eignungsnachweisen und dann in einem zusätzlichen Schritt den jeweiligen Nachweis (z.B. die DIN/ISO-Zertifizierung) abfragen und prüfen. D.h. im Ergebnis entsteht ein neuer Prüfungsschritt mit entsprechenden Vorlaufzeiten für Bieter und Dokumentationserfordernissen, was insgesamt zu einer Erhöhung der Aufwände und Verlängerung der Laufzeit eines Ausschreibungsverfahrens führen würde. Nach unserer Einschätzung führt diese Änderung nicht zu einer Vereinfachung der Vergaben, sondern erhöht im Ergebnis deren Komplexität weiter. Wir regen deshalb an, auf die geplanten Anpassungen in § 122 Abs. 3 S. 2 GWB-E zu verzichten.</p>
5.	<i>VergabeR-TransfG</i>	Art. 4 Nr. 10	Entwurf des § 29 II VgV	<p>Es ist geplant, dass in den Vertragsunterlagen geeignete Zahlungsmodalitäten vereinbart werden sollen, um die Umstände von jungen sowie von kleinen und mittleren Unternehmen zu berücksichtigen. Wir schlagen vor, hierzu ein Beispiel in die Regelung aufzunehmen. Welche Aspekte sind bei der Gestaltung von Zahlungsmodalitäten relevant, um der avisierten Regelung Rechnung zu tragen?</p> <p>Diese Regelung ist im Übrigen ein Musterbeispiel für die Zweckmäßigkeit einer zentralen Anpassung der Vertragsmodalitäten in den VOL/B und VOB/B (dazu bereits unter Nr. 1). Wenn jeder Auftraggeber dezentral eigene Regelungen zu Zahlungsmodalitäten entwerfen und implementieren muss, führt dies für alle Beteiligten zu unnötigen Mehraufwänden.</p>
6.	<i>VergabeR - TransfG</i>	Art. 4 Nr. 13	Entwurf des § 36 VgV	<p>Das gesetzgeberische Ziel, mit Art. 4 Nr. 13 des Vergabetransformationspaketes die Eignungsprüfung bei Unterauftragnehmern klarer zu regeln, ist grundsätzlich zu begrüßen. Die aktuell geplanten Anpassungen in § 36 Abs. 5 VgV-E drohen allerdings erhebliche rechtliche und praktische Unsicherheiten beim Umgang mit Unterauftragnehmern im Rahmen der Eignungsprüfung zu schaffen.</p> <p>Ausweislich der Begründung zu Art. 4 Nr. 13 des Vergabetransformationspaketes soll der Umfang der Eignungsprüfung des Unterauftragsnehmers im Ermessen des öffentlichen Auftraggebers stehen. Im Gegensatz dazu sieht der geplante neue § 36 Abs. 5 S. 2 VgV-E jedoch eine verpflichtende Prüfung der Eignung von Unterauftragnehmern vor. Anders als in der Begründung zu Art. 4 Nr. 13 angenommen, wäre dies auch keine bloße Klarstellung der bisherigen Rechtslage, sondern eine deutliche Erweiterung der bisherigen Eignungsprüfung. Denn bislang erstreckt sich diese nach den abschließenden gesetzlichen Vorgaben zur Eignungsprüfung nur dann auf Unterauftragnehmer, wenn diese als Eignungsverleiher eingesetzt werden.</p> <p>Grundsätzlich sehen wir die geplanten Präzisierungen der Eignungsprüfung bei Unterauftragnehmern positiv. Denn wenn Eignungskriterien für bestimmte Leistungsbestandteile besonders relevant sind, sollte gesetzlich klargestellt werden, dass auch die Eignung eines für diese Leistungsbestandteile vorgesehenen</p>

				<p>Unterauftragnehmers vom öffentlichen Auftraggeber geprüft werden darf. Mit dem Vergabetransformationspaket würde allerdings erstmalig eine verpflichtende <u>vollständige</u> Eignungsprüfung für Unterauftragnehmer eingeführt werden. Dies wäre mit einem hohen zusätzlichen Aufwand für öffentliche Auftraggeber verbunden. Auch erscheint es weder zielführend noch rechtlich durchsetzbar, dass ein nur für spezielle Leistungsbestandteile vorgesehener Unterauftragnehmer alle vom Auftraggeber vorgegebenen Eignungsanforderungen nachweisen muss, auch wenn diese möglicherweise keine Relevanz für die von ihm zu erbringenden Leistungsbestandteile haben. Was wäre z.B. mit im Rahmen der Eignungskriterien vorgegebenen Anforderungen zur IT-Sicherheit, wenn ein Unterauftragnehmer für einen Leistungsbestandteil ohne jeglichen IT-Bezug vorgesehen ist? Vor diesem Hintergrund sollte danach differenziert werden können, ob ein Eignungskriterium für bestimmte Unterauftragnehmer bzw. die von diesem zu erbringenden Leistungsbestandteile relevant ist oder nicht. Zudem dürfte die Eignungsprüfung in Anbetracht der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (BGH, Urteil vom 10.06.2008, AZ.: X ZR 78/07) nur für die Unterauftragnehmer des Bieters erfolgen, der auch für den Zuschlag vorgesehen ist. Denn es ist nach der Rechtsprechung unzumutbar, von allen Bietern bereits mit der Einreichung ihrer Angebote die Benennung aller Unterauftragnehmer zu fordern. Daher halten wir es für erforderlich, den vorgeschlagenen § 36 Abs. 5 VgV-E wie folgt zu konkretisieren (Änderungen rot hervorgehoben):</p> <p style="padding-left: 40px;"><i>(5) Der öffentliche Auftraggeber überprüft vor der Erteilung des Zuschlags, ob Gründe für den Ausschluss des Unterauftragnehmers des für den Zuschlag vorgesehenen Bieters vorliegen. Dies umfasst die Ausschlussgründe nach den §§ 123 und 124 GWB sowie nach dem Ermessen des öffentlichen Auftraggebers die Eignung des Unterauftragnehmers anhand der relevanten Eignungskriterien. Bei Vorliegen zwingender Ausschlussgründe oder fehlender Eignung des Unterauftragnehmers für die Erbringung seiner Leistungsbestandteile verlangt der öffentliche Auftraggeber die Ersetzung des Unterauftragnehmers. [...]</i></p>
7.	VergabeR-TransfG	Art. 4 Nr. 17 lit. c	Entwurf des § 42 IV VgV	<p>Mit dem geplanten § 42 Abs. 4 VgV-E soll eine vorgezogene Angebotsprüfung den neuen Regelfall in der Prüfungsreihenfolge in offenen Verfahren darstellen. Ausweislich der Begründung zum Vergabetransformationspaket soll dies zu einer Bürokratieentlastung beitragen. Bereits nach dem aktuellen § 42 Abs. 3 VgV kann ein Auftragnehmer jedoch frei entscheiden, in welcher Reihenfolge er Angebots- und Eignungsprüfung vornimmt. Die aktuelle Regelung ermöglicht es Auftraggebern folglich bereits jetzt hinreichend, die jeweils weniger aufwändige Prüfung aus verfahrensökonomischen Gründen vorzuziehen. Unsere Vergabepraxis zeigt, dass jedenfalls bei Vergabeverfahren, wo der Preis nicht des alleinige Zuschlagskriterium ist, die vorgezogene Eignungsprüfung verfahrenstechnisch der effizientere Weg ist.</p>

				Indem nunmehr ein Regelverfahren und Voraussetzungen für ein Abweichen davon vorgegeben werden sollen, wird im Zweifel zusätzliche Rechtsunsicherheit und ein zusätzlicher Prüfungsaufwand der öffentlichen Auftraggeber geschaffen, ohne dass ein Mehrwert zur aktuellen flexibleren Regelung ersichtlich ist. Wie ist es durch öffentliche Auftraggeber sicherzustellen, dass die Einbeziehung der Angebote ungeeigneter Unternehmen zu keiner Verzerrung des preislichen und / oder qualitativen Wertungsergebnisses führt? Vor diesem Hintergrund regen an, auf die geplanten Anpassungen in § 42 Abs. 4 VgV-E zu verzichten.
8.	VergabeR-TransfG	Art. 4 Nr. 21	Entwurf des § 56 VgV	Die Konformität der aktuellen Regelung bezüglich der Vervollständigung unternehmensbezogener Unterlagen wird in der Literatur hinsichtlich ihrer Konformität mit der RL (EU) 2014/24 angezweifelt. Es wäre wünschenswert, wenn der Verordnungsgeber die Gelegenheit für eine Klarstellung nutzen würde.
9.	VergabeR-TransfG	Art. 4 Nr. 23	Entwurf des § 63 III VgV	Nachdem der öffentliche Auftraggeber bislang den Zuschlag auf ein Angebot ablehnen „darf“, wenn er die Höhe des Preises / der Kosten eines Angebots nicht zufriedenstellend aufklären kann, ist nun eine Soll-Vorschrift geplant. Dies eröffnet eine Überprüfung auf Ermessensfehler. Das halten wir nicht für zielführend, da die „zufriedenstellende Preisaufklärung“ (unbestimmter Rechtsbegriff) in der Praxis ohnehin anspruchsvoll ist und auf diese Weise mit weiteren Risiken und Dokumentationsaufwänden behaftet sein wird. Nicht zuletzt liegt eine korrekte Preisaufklärung im ureigenen Interesse des öffentlichen Auftraggebers.
10.	Änderung UVgO	-	§ 1 II UVgO-E	<p>In den Erläuterungen zum Entwurf der UVgO wird darauf hingewiesen, dass der personelle Anwendungsbereich der UVGO weiterhin vom jeweiligen Anwendungsbefehl des Bundes und der Länder abhängt. Diese wichtige Einschränkung ergibt sich allerdings nicht unmittelbar aus dem geplanten Wortlaut der UVgO-E. Im Falle einer Beibehaltung der Vorschrift halten wir eine entsprechende Klarstellung im Text der Regelung für unerlässlich.</p> <p>Bezüglich der Auslegung des neuen § 1 Abs. 2 UVgO-E befürchten wir, dass Missverständnisse auftreten und somit Rechtsunsicherheit entstehen könnten. Aus dem Text des § 1 Abs. 2 UVgO-E ergibt sich nicht, ob die dortige Regelung von einer (haushaltrechtlichen) Anwendungsanordnung „aktiviert“ sein muss. Soweit sich die Anwendung der UVgO aus haushaltrechtlichen Vorgaben ergibt, handelt es sich bei diesen Regelungen um reine Selbstbindungsnormen zur Vergabe im Anwendungsbereich des Haushaltrechts (Leinemann/Otting/Kirch/Homann/Jentzsch, 1. Aufl. 2024, UVgO § 1 Rn. 4). Daneben regeln die Landesvergabegesetze einiger Länder die Anwendung der UVgO für einen ggf. über den haushaltrechtlichen Anwendungsbereich hinausgehenden Adressatenkreis und begründen durch diesen Anwendungsbefehl unabhängig vom Haushaltrecht vergaberechtliche Verpflichtungen (Leinemann/Otting/Kirch/Homann/Jentzsch, 1. Aufl. 2024, UVgO § 1 Rn. 5).</p> <p>Die vorgesehene Regelung könnte auch so verstanden werden, dass dieser bereits den Anwendungsbefehl oder aber die Festlegung des personellen Anwendungsbereichs im Falle eines anderweitigen</p>

				<p>Anwendungsbefehls beinhaltet. Letzteres wäre ein Systembruch und würde in die Regelungsautonomie der Bundesländer in unzulässiger Weise eingreifen. Dabei stellen sich auch verfassungsrechtliche Fragen in Bezug auf den Eingriff des Bundes in Regelungskompetenzen der Länder, auf die hier nicht näher eingegangen werden soll.</p> <p>Insgesamt trägt die Formulierung den unterschiedlich verbindlichen Anwendungsbefehlen (Selbstbindung der Verwaltung oder gesetzliche Verpflichtung) und unterschiedlichen Adressatenkreisen nicht Rechnung und dürfte daher zu Unsicherheiten bei den Adressaten und in der Rechtsanwendung führen. Dies wird auch nicht durch die nach § 1 V beabsichtigte Veröffentlichung abweichender Länderregelungen ausgeräumt, da die Wortlaute der Regelungen von Bund und Ländern mit ihren unterschiedlichen Anwendungsbefehlen nebeneinanderstehen.</p> <p>Wir gehen davon aus, dass der neue § 1 Abs. 2 UVgO-E an der bisherigen Regelungssystematik im Unterschwellenbereich nichts ändern sollte, und der Anwendungsbereich des Unterschwellenvergaberechts weiterhin vom Haushaltsrecht bestimmt werden soll. Darauf deuten die Erläuterungen und die neue Regelung in den neu vorgeschlagenen § 1 V UVgO-E hin. Die nachfolgend vorgeschlagene Änderung entspricht der bisherigen Rechtslage und ist geeignet, Missverständnisse auszuräumen bzw. zu vermeiden (Änderungen ist rot hervorgehoben):</p> <p>(2) Diese Verfahrensordnung gilt für Auftraggeber gemäß § 99 Nummer 1 bis 3 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen nach Maßgabe der haushaltrechtlichen Vorschriften des Bundes und der Länder.</p>
11.	Änderung UVgO		§ 8 III Nr. 1, § 8 IV Nr. 1	<p>Die jeweiligen Regelungen enthalten einen Schwellenwert für die sachgrundlose Zulässigkeit der beschränkten Ausschreibung ohne Teilnahmewettbewerb und der Verhandlungsvergabe ohne Teilnahmewettbewerb. Die Vergabegesetze der Länder bzw. auf deren Grundlage erlassene Rechtsverordnungen regeln z. T. eigene Schwellenwerte, die deutlich höher liegen (bis zum EU-Schwellenwert). Bei Beibehaltung der Länderregelungen führt das Nebeneinander der Regelungen zu Unsicherheiten bei den Adressaten und in der Rechtsanwendung. Sofern die Länder hierdurch veranlasst werden, ihre großzügigeren Regelungen anzupassen, würde dies der Erleichterung der Auftragsvergabe zuwiderlaufen.</p>

Stellungnahme des Bundesverbands öffentlicher Banken zum VTP vom 1. November 2024

12.	Änderung <i>UVgO</i>		§ 14 I UVgO	Die Vergabegesetze der Länder bzw. auf deren Grundlage erlassene Rechtsverordnungen regeln z. T. eigene Schwellenwerte für Direktaufträge. Sofern die Länder nicht gleichziehen, entstehen Unsicherheiten bei den Adressaten und in der Rechtsanwendung.
------------	-------------------------	--	-------------	--