



Stellungnahme

des Deutschen Anwaltvereins vorbereitet durch
den Ausschuss Vergaberecht

zum Referentenentwurf des Bundesministeriums für
Wirtschaft und Klimaschutz eines Gesetzes zur
Transformation des Vergaberechts
(Vergaberechtstransformationsgesetz – VergRTransfG)
Stand: 18.10.2024, 16:17 Uhr

Stellungnahme Nr.: 81/2024

Berlin, im Oktober 2024

Mitglieder des Ausschusses

- Rechtsanwalt Dr. Olaf Otting, Hanau (Vorsitzender)
- Rechtsanwältin Dr. Nicola Ohrtmann, Essen
- Rechtsanwalt Prof. Dr. Marius Raabe, Kiel
- Rechtsanwalt Dr. Thomas Stickler, Leipzig
- Rechtsanwalt Bernhard Stolz, München
- Rechtsanwältin Dr. Andrea Vetter, Stuttgart

Zuständig in der DAV-Geschäftsstelle

- Rechtsanwältin Bettina Bachmann, Geschäftsführerin, Berlin

Deutscher Anwaltverein

Littenstraße 11, 10179 Berlin
Tel.: +49 30 726152-0
Fax: +49 30 726152-190
E-Mail: dav@anwaltverein.de

Büro Brüssel

Rue Joseph II 40, Boîte 7B
1000 Brüssel, Belgien
Tel.: +32 2 28028-12
Fax: +32 2 28028-13
E-Mail: bruessel@eu.anwaltverein.de
EU-Transparenz-Registernummer:
87980341522-66

Der Deutsche Anwaltverein (DAV) ist der freiwillige Zusammenschluss der deutschen Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte. Der DAV versammelt ca. 60.000 Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte sowie Anwaltsnotarinnen und Anwaltsnotare, die in 253 lokalen Anwaltvereinen im In- und Ausland organisiert sind. Er vertritt die Interessen der deutschen Anwaltschaft auf nationaler, europäischer und internationaler Ebene. Der DAV ist im Lobbyregister für die Interessenvertretung gegenüber dem Deutschen Bundestag und der Bundesregierung zur Registernummer R000952 eingetragen.

I. Einleitung

Der Deutsche Anwaltverein begrüßt die mit dem Entwurf verfolgten **Ziele der Vereinfachung, Beschleunigung und Digitalisierung**. Viele der vorgeschlagenen Maßnahmen – etwa die praxisgerechte Möglichkeit, in Nachprüfungsverfahren in Textform zu kommunizieren – sind zielführend. Kontraproduktiv ist es indessen, wenn durch neue unbestimmte Rechtsbegriffe Rechtsunsicherheit geschaffen wird und die Dokumentationslast für die öffentlichen Auftraggeber erhöht wird.

Ganz erhebliche Bedenken hat der Deutsche Anwaltverein hinsichtlich durchaus spürbarer **Einschränkungen des Vergaberechtsschutzes**, insbesondere in der Beschwerdeinstanz, die mit dem Ziel der Beschleunigung nicht gerechtfertigt werden können. Ein effizienter Vergaberechtsschutz ist als Garant für eine rechtskonforme öffentliche Auftragsvergabe unabdingbar.

Der Deutsche Anwaltverein steht zu dem Ziel, **Umweltschutz und Nachhaltigkeit** bei der öffentlichen Beschaffung zu stärken. Jedoch ist das jeweilige Fachrecht, nicht das allgemeine Vergaberecht, der richtige Rahmen, um sektorspezifisch Regelungen zur Berücksichtigung solcher Aspekte zu statuieren. Der bestehende vergaberechtliche Rahmen ist dafür offen. Die neue Vorschrift des § 120a GWB und die vorgeschlagene Allgemeine Verwaltungsvorschrift werden hingegen die Praxis mit unnötigen Unsicherheiten belasten. Der Deutsche Anwaltverein lehnt daher den Vorschlag ab.

Der Deutsche Anwaltverein beschränkt sich angesichts der Kürze der Stellungnahmefrist im Folgenden auf die Kommentierung einiger wesentlicher Aspekte des Entwurfs.

II. Zu den Vorschriften im Einzelnen

1. Zu Art. 1 Nr. 2 § 97 GWB-E (Losvergabe)

1.1 Vorrang der Losvergabe weiter begrenzen

Der Deutsche Anwaltverein befürwortet die Flexibilisierung des Losgrundsatzes als Maßnahme zur Vereinfachung und zum Abbau von Bürokratie. Der Deutsche Anwaltverein würde sich aber eine noch weitergehende Liberalisierung wünschen.

Der Referentenentwurf sieht eine Anpassung des § 97 Abs. 4 S. 3 GWB vor, der die Rechtfertigungsschwelle senkt und die Rechtfertigungsgründe um zeitliche Aspekte ergänzt.

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

Der Referentenentwurf hält an der über das europäische Richtlinienrecht hinausgehenden Vorgabe der grundsätzlichen Aufteilung in Fach- und Teillose ausdrücklich fest, an die aber nach der Begründung des Referentenentwurfs keine zu strengen Anforderungen gestellt werden sollen. Das Losgebot soll nach dem Referentenentwurf auf tatbestandlicher Ebene zum einen durch die Hinzunahme von zeitlichen neben den wirtschaftlichen und technischen Gründen als Rechtfertigungstatbestände für ein Absehen von der Losvergabe und zum anderen durch die Herabsenkung der Begründungstiefe für die Gesamtvergabe/Zusammenfassung der Lose von einem „Erfordern“ auf ein „Rechtfertigen“ flexibilisiert werden. Mit den unbestimmten Rechtsbegriffen der „zeitlichen Gründe“ sowie des „Rechtfertigens“ wird indessen neue Rechtsunsicherheit geschaffen. In der Begründung des Referentenentwurfs werden die Anforderungen an die Rechtfertigung des Verzichts auf eine Losaufteilung

relativiert. Solange sich solche Überlegungen jedoch nicht im Gesetzeswortlaut explizit wiederfinden, der am klaren Regel-Ausnahme-Prinzip festhält, ist fraglich, ob die Nachprüfungsinstanzen den Erwägungen des Gesetzgebers in seiner Entwurfsbegründung folgen. Der Deutsche Anwaltverein regt an, wenigstens zwei Sachverhaltskonstellationen zur Rechtfertigung des Verzichts auf eine Losaufteilung in den Gesetzestatbestand ergänzend aufzunehmen:

a) So heißt es beispielsweise auf Seite 59 der Entwurfsbegründung, dass Interessen der Allgemeinheit, namentlich des Klima- und Umweltschutzes, mittelbar eine Gesamtvergabe begründen können. Dieser Ansatz wird ausdrücklich begrüßt. Er findet in dem neuen Gesetzeswortlaut jedoch nur unvollständig Aufnahme, indem zusätzlich lediglich auf zeitliche Gründe abgestellt wird. Eine beschleunigte Ausführung von Baumaßnahmen hat zwar oftmals positive Auswirkungen auf den Klima- und Umweltschutz. Nach zwei aktuellen Entscheidungen des OLG Düsseldorf vom 21.08.2024 (Verg VII-6/24 und 7/24) können jedoch im Rahmen des § 97 Abs. 4 Satz 3 GWB nachteilige Folgen für die Umwelt und die Volkswirtschaft nicht an die Stelle eines wirtschaftlichen Nachteils des öffentlichen Auftraggebers treten. Vor dem Hintergrund dieser Rechtsprechung regt der Deutsche Anwaltverein an, ausdrücklich klarzustellen, dass insbesondere klima- oder umweltschutzbezogene Gründe genügen, um eine Gesamtlosvergabe zu rechtfertigen.

b) Weiter regt der Deutsche Anwaltverein an, klarzustellen, dass in den Fällen der funktionalen Leistungsbeschreibung vom Grundsatz der Losaufteilung abgewichen werden kann. Eine funktionale Leistungsbeschreibung, die gerade in den Fällen innovativer und komplexer Beschaffung zweckmäßig ist, schließt in der Regel eine Losaufteilung der Beschaffung aus. Dies bedeutet jedoch keineswegs, dass KMU in der weiteren Ausführung unberücksichtigt bleiben. Hier kann – wo zweckmäßig (das heißt nicht in der Pauschalität des vorgesehenen neuen § 97 Abs. 4 S. 4 GWB-E) – gerade auch die Verpflichtung des Auftragnehmers zur Berücksichtigung des Losaufteilungsgebots in der nachgelagerten Beschaffung ein gutes Instrument zur Förderung der KMU-Belange sein.

1.2 Zeitliche Gründe – zu unbestimmter Rechtsbegriff

Der Referentenentwurf soll es dem Auftraggeber ermöglichen, nicht nur aus wirtschaftlichen und technischen Gründen, sondern auch aus zeitlichen Gründen ein Absehen von einer Losvergabe rechtfertigen zu können. Richtigerweise führt der Referentenentwurf dazu aus, dass bereits nach der bisherigen Rechtsprechung der zeitliche Aufwand als zulässiger wirtschaftlicher oder technischer Grund anerkannt wird. Dies will der Referentenentwurf nun weiter absichern, indem ein eigener Rechtfertigungsgrund mit den zeitlichen Gründen geschaffen wird.

Von besonderem Interesse sind die Ausführungen des Referentenentwurfs, in welchen Fällen zeitliche Gründe i.S.d. § 97 Abs. 4 S. 3 GWB-E vorliegen können. Ausweislich der Entwurfsbegründung können die zeitlichen Gründe

„konkret projekt- bzw. auftragsbezogen auch auf Seiten des Auftraggebers begründet sein (zum Beispiel Personal-/Fachkräfte-/Baudispositions-/Kordinierungsmangel), 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“.

Anzuerkennen ist der Versuch, auch Kapazitätsdefizite auf Seiten des öffentlichen Auftraggebers zur Rechtfertigung einer Gesamtvergabe heranzuziehen. Unter das Tatbestandsmerkmal der „zeitlichen Gründe“ lassen sich diese Erwägungen schwerlich subsumieren; gleiches gilt für die besondere Berücksichtigung der Dringlichkeit bestimmter kritischer Bauvorhaben. Soweit der Gesetzgeber die aktuelle und zukünftige Personal- und Ressourcenknappheit bei der öffentlichen Hand wirkungsvoll adressieren und zugleich den Bürokratieabbau vorantreiben möchte, wäre es konsequenter eine Abkehr vom jetzigen Regel-Ausnahme-verhältnis vorzunehmen und stattdessen stärker auf die Zweckmäßigkeit der Los- bzw. Gesamtvergabe abzustellen.

1.3 „rechtfertigen“ statt „erfordern“ – keine wirksame Reduzierung der Begründungstiefe

Nach Ansicht des Deutschen Anwaltvereins ist die Änderung der Begrifflichkeit „erfordern“ hin zu „rechtfertigen“ nur eingeschränkt geeignet, den Maßstab an die Begründungstiefe, Abwägung und Dokumentation zielgemäß zu reduzieren.

Ziel der Änderung soll es sein, Begründungs- und Dokumentationsanforderungen zu reduzieren. Nach der bisherigen Rechtsprechung muss sich der Auftraggeber im Einzelnen mit dem grundsätzlichen Gebot der Fachlosvergabe einerseits und den im konkreten Fall dagegensprechenden Gründen andererseits auseinandersetzen und sodann eine umfassende Abwägung der widerstreitenden Belange treffen, als deren Ergebnis die für eine zusammenfassende Vergabe sprechenden technischen und wirtschaftlichen Gründe überwiegen müssen. Hierbei ist nach allgemeinem Dafürhalten auch zu berücksichtigen, dass die Gesetzessystematik gerade von einem Regel-Ausnahme-Verhältnis ausgeht, für welches ebenfalls gelten muss, dass eine Ausnahme eng auszulegen ist. Da dieses Regel-Ausnahme-Verhältnis fortbestehen soll, werden in der Konsequenz an die Dokumentation der Gründe für die Abweichung von der Regel auch weiterhin strenge Anforderungen gestellt werden, unabhängig davon, ob diese die Abweichung „erfordern“ oder „rechtfertigen“. Das gilt nicht nur für die bereits bestehenden wirtschaftlichen und technischen Gründe, sondern auch für etwaige zukünftige zeitliche Gründe. Hierfür spricht zudem, dass das Mindestdokumentationserfordernis als solches, vgl. § 8 Abs. 2 Nr. 11 VgV, unverändert fortbesteht.

Die Ausführungen des Referentenentwurfs (S. 58 unten), wonach Auftraggeber auch berücksichtigen können,

„dass sich mittelständische Unternehmen je nach Leistungsgegenstand selbstverständlich auch direkt selbst auf Gesamtvergaben bewerben können, gegebenenfalls mit Eignungsleihe oder durch Bietergemeinschaften“

sowie dass kleinere und mittlere Unternehmen bei Gesamtvergaben vielfältig als Unterauftragnehmer eingebunden werden, sind nicht geeignet, die

Begründungstiefe und die Abwägung zu beeinflussen. Vielmehr geht diese Überlegung an der Gesetzssystematik vorbei, die gerade vorsieht, mittelständische Unternehmen auch als Einzelbieter zu berücksichtigen.

Im Ergebnis ist daher die durch den Referentenentwurf vorgeschlagene Änderung des Gesetzeswortlauts von § 97 Abs. 4 S. 2 GWB von einem „erfordern“ zum „rechtfertigen“ nach Ansicht des Deutschen Anwaltvereins nicht geeignet, die dadurch verfolgten Ziele rechtssicher zu erreichen.

1.4 Verpflichtung von Unterauftragnehmern fakultativ ausgestalten

Die Einbeziehung des Losaufteilungsgedankens auf allen Ausführungsebenen (soweit zweckmäßig) ist ein gutes Instrument zur Förderung der KMU. Wie oben unter 1.1 geschildert, drängt sie sich beispielsweise als Instrument der Mittelstandsförderung in Fällen der funktionalen Auftragsvergabe auf der zweiten und dritten Auftragsebene geradezu auf. Kontraproduktiv ist allerdings die Ausgestaltung als „Soll-Vorgabe“. Denn auch wenn § 97 Abs. 4 S. 4 GWB-E – wie auf S. 60 der Entwurfsbegründung ausgeführt – lediglich der Klarstellung dienen und die Soll-Vorgabe keine Berücksichtigungspflicht begründen soll, ist zu erwarten, dass die Rechtsprechung hieraus konkrete Pflichten ableiten wird. Wird die Regelung insoweit als intendierte Ermessensregelung dahingehend verstanden, dass im Regelfall eine Verpflichtung zur Unterauftragsvergabe vorzusehen ist, könnte dies zu einer unzumutbaren Erschwerung der Auftragsausführung und zur Abschreckung der Bieter führen, die schlimmstenfalls noch weniger Wettbewerb zur Konsequenz haben, als dies ohnehin schon in vielen Marktsegmenten der Fall ist. Ein Bedürfnis nach einer entsprechenden Verpflichtung zur Unterauftragsvergabe besteht auch nicht, da, wie aus Seite 58 der Entwurfsbegründung hervorgeht, kleine und mittlere Unternehmen bei Gesamtvergaben in der Regel ohnehin eingebunden werden. Der Deutsche Anwaltverein regt daher an, die Soll-Vorgabe in eine Kann-Option zu ändern, insbesondere für solche Fälle des Verzichts auf die Losvergabe, in denen eine Aufteilung in Unteraufträge erst auf unteren Ausführungsebenen zweckmäßig ist, wie beispielsweise großen Infrastrukturprojekten und Fällen der Vergabe auf der Grundlage einer funktionalen Leistungsbeschreibung. Auf diese Weise können öffentliche Auftraggeber ihren Verzicht auf das Losgebot auf der

oberen Auftragsebene durch eine entsprechende Verpflichtung des Auftragnehmers zur Unterauftragsvergabe weiter absichern. Alternativ ist die Regelung als letztlich vollständig entbehrlich zu streichen.

2. Zu Art. 1 Nr. 12 § 112 a GWB-E: Drittstaatenregelung klarer fassen

2.1 § 112 a GWB *ermöglicht* die Beschränkung des Zugangs zu Vergabeverfahren mit Blick auf die Ansässigkeit der Bewerber oder Bieter in bestimmten Drittstaaten. Die Entscheidung über die Zugangsbeschränkung steht im Ermessen des Auftraggebers; sie wird vom Gesetzgeber nicht verpflichtend vorgegeben.

Dies ist zu begrüßen. Die Entscheidung über Beschränkungen des Zugangs von Bewerbern und Bietern aus Drittstaaten zu Vergabeverfahren bei der jeweiligen Beschaffung durch den Auftraggeber lässt eine flexible und jeweils markt- und situationsangemessene Entscheidung zu und respektiert die Beschaffungsfreiheit des öffentlichen Auftraggebers.

Wünschenswert wäre die Klarstellung – zumindest in der Begründung des Gesetzes – ,dass der Verzicht auf eine Beschränkung des Zugangs zu Vergabeverfahren keiner Begründung bedarf und dass die Möglichkeit, den Zugang von Bewerbern und Bietern aus Drittstaaten zu beschränken, nicht den Interessen der in § 112 a Abs. 1 GWB genannten Bewerbern oder Dritten dient.

2.2 § 112 a Abs. 3 GWB beschränkt die Berechtigung zur Beschränkung der Teilnahme an Vergabeverfahren auf

- die Vergabe von öffentlichen Aufträgen und Konzessionen im Zusammenhang mit kritischen Dienstleistungen im Sinne des BSI-Gesetzes und
- auf die Vergabe verteidigungs- und sicherheitsspezifischer öffentlicher Aufträge.

Während die verteidigungs- oder sicherheitsspezifischen öffentlichen Aufträge in § 104 GWB klar umrissen sind, führt die Formulierung „im Zusammenhang“ bei

den kritischen Dienstleistungen im Sinne des Gesetzes über das Bundesamt für Sicherheit in der Informationstechnik (BSI-Gesetz – BSIG) zu Unklarheiten, die Rechtsunsicherheiten begründen. Der Hinweis in der Begründung zu § 112 a Abs. 3 GWB, es sei auf den weiteren Begriff der jeweiligen Absätze 1 der §§ 2 bis 9 der BSI-Kritisverordnung abzustellen, hilft insoweit nicht weiter, weil die Begriffe der Absätze 1 der §§ 2 bis 9 der BSI-Kritisverordnung durch die nachfolgenden Absätze jeweils definiert sind. Da § 112 a GWB eine Marktbeschränkung zulässt, ist eine eindeutige Regelung erforderlich, bei welchen Beschaffungen die Marktbeschränkung zulässig ist.

3. Zu Art. 1 Nr. 16 § 120a GWB-E und Folgeänderungen: Rechtsunsicherheit und Bürokratisierung der Vergabe

Der Deutsche Anwaltverein begrüßt es grundsätzlich, wenn soziale und umweltbezogene Kriterien bei der Vergabe öffentlicher Aufträge berücksichtigt werden. Aus Sicht des Deutschen Anwaltvereins bestehen allerdings schon heute aufgrund der gegenwärtig geltenden Rechtslage ausreichend Möglichkeiten für Auftraggeber, derartige Kriterien auf allen Stufen des Vergabeverfahrens zu berücksichtigen (Stellungnahme des Deutschen Anwaltvereins durch den Ausschuss Vergaberecht [Nr. 6/2023 vom Februar 2023](#)). Die Vorgabe, dass derartige Kriterien berücksichtigt werden sollen (§ 120a Abs. 1 GWB-E) bzw. unter bestimmten Umständen berücksichtigt werden müssen (§ 120a Abs. 4 GWB-E), ist aus Sicht des Deutschen Anwaltvereins hingegen nicht erforderlich. Den Auftraggebern wird damit eine wirtschaftlich sinnvolle und ihren Anforderungen entsprechende Definition der zu beschaffenden Leistungen erschwert. Darüber hinaus schafft die neue Regelung erheblichen bürokratischen Aufwand.

§ 120a GWB-E enthält eine Vielzahl unbestimmter Rechtsbegriffe, die durch die Rechtsprechung geklärt werden müssen und daher streitanfällig sind. Die Regelung führt daher nicht zur Vereinfachung, sondern zur Verkomplizierung der öffentlichen Beschaffung und widerspricht somit den Zielsetzungen des VergRTransfG.

a) Wie in der Gesetzesbegründung zu § 120a GWB-E zutreffend festgestellt wird, bestehen schon heute umfangreiche Möglichkeiten, soziale und umweltbezogene Kriterien bei der öffentlichen Vergabe zu berücksichtigen. Sie können als verbindliche Vorgaben der Leistungsbeschreibung definiert werden (§ 121 Abs. 1 GWB) oder als Ausführungsbedingungen (§ 128 Abs. 2 GWB). Daneben ist es möglich, derartige Kriterien als Zuschlagskriterien zu bestimmen (§ 127 Abs. 3 GWB; § 58 Abs. 2 VgV). Auftraggeber machen von diesen Möglichkeiten schon heute in großem Umfang Gebrauch, wobei soziale und umweltbezogene Kriterien regelmäßig im Rahmen der Leistungsbeschreibung berücksichtigt werden. Zutreffend führt die Gesetzesbegründung auf Seite 73 f. aus, dass daher die neue Regelung „für viele Auftraggeber in der praktischen Anwendung keine Umstellung im Hinblick auf die maßgebliche Verfahrensstufe erforderlich“ machen wird. Dies bedeutet zugleich, dass die Bestimmung letztlich nicht erforderlich ist, da die von ihr verfolgten Zwecke schon heute im großen Umfang erreicht werden.

b) Durch die neue Regelung wird die Freiheit der Auftraggeber, den Leistungsgegenstand zu beschreiben, unnötig eingegrenzt. Wie ausgeführt, berücksichtigen Auftraggeber schon heute umfangreich soziale und umweltbezogene Kriterien, wenn dies zur Erfüllung ihrer Zwecke sinnvoll ist. Eine Soll-Vorschrift, wonach dies in der Regel zwingend zu erfolgen hat, schränkt die Auftraggeber ein. Bei einer Soll-Vorgabe ist die zu treffende Entscheidung in der Regel zwingend vorgegeben. Sie räumt lediglich die Möglichkeit ein, in einem atypischen Fall von der gesetzlichen Vorgabe abweichen zu dürfen. Dem Auftraggeber steht zwar ein Ermessen zu, dieses steht aber unter der Bedingung, dass ein atypischer Fall vorliegt. Ist dies nicht der Fall, enthält eine Soll-Regelung eine zwingende Vorgabe. Für die Auftraggeber ergibt sich hierdurch zusätzlicher Abwägungs- und Begründungsbedarf, was sich unmittelbar auch aus § 8 Abs. 2 S. 2 Nr. 13 VgV-E ergibt.

c) Insbesondere haben Bewerber und Bieter, die an Vergabeverfahren teilnehmen, einen Anspruch darauf, dass die Bestimmungen des 4. Teils des

GWB eingehalten werden (§ 97 Abs. 6 GWB). Wenn ein Auftraggeber von der Ausnahmeregelung Gebrauch macht, besteht die Gefahr, dass dies von Wirtschaftsteilnehmern angegriffen wird. Wann eine Ausnahme gerechtfertigt ist, kann nur im jeweiligen Einzelfall entschieden werden. Die Regelung bringt daher nicht unerhebliche Rechtsunsicherheit mit sich.

d) Hinzu kommt, dass § 120a GWB-E eine große Anzahl bisher nicht definierter Rechtsbegriffe enthält. Deren Definition muss erst durch die Rechtsprechung erarbeitet werden. Es ist daher zu erwarten, dass die Regelung zumindest in den ersten Jahren nach ihrer Einführung zu einer Vielzahl von Rechtsstreitigkeiten führen wird, die eine Verzögerung der staatlichen Beschaffung mit sich bringen.

Zielsetzung des VergRTransfG ist es, die Vergabeverfahren zu vereinfachen und Verwaltung und Wirtschaft zu entlasten. § 120a GWB-E bewirkt das Gegenteil. Die staatliche Beschaffung wird bürokratischer, umständlicher, langwieriger und streitanfälliger.

Der Deutsche Anwaltverein schlägt daher vor, auf § 120a GWB-E zu verzichten.

4. Allgemeine Verwaltungsvorschrift zur Berücksichtigung sozialer und umweltbezogener Kriterien bei der Vergabe öffentlicher Aufträge (AVV Sozial und umweltbezogen nachhaltige Beschaffung)

Sollte auf § 120a GWB-E verzichtet werden, wäre diese AVV nicht nötig.

Gerade die Regelungen der AVV zeigen jedoch augenfällig die Folgen, die sich aus einer Einführung des § 120a GWB-E ergeben würden. Die Bestimmungen der AVV sind äußerst kleinteilig. Sie enthält detaillierte technische Vorgaben (z. B. § 2 Nr. 9 und 10 AVV-E), deren Überprüfung einen erheblichen Aufwand für die Auftraggeber bedeutet und streitanfällig ist. Der Aufwand, den Auftraggeber bei Erstellung eines Leistungsverzeichnisses betreiben müssen, um feststellen zu können, ob die Vorgaben der AVV eingehalten werden, ist erheblich und führt zu bürokratischen Mehrbelastungen.

Zudem hat der Deutsche Anwaltverein verfassungsrechtliche Bedenken, ob durch eine Verwaltungsvorschrift nicht in die Verwaltung eingegliederte öffentliche Auftraggeber (z.B. privatrechtlich organisierte nach § 99 Nr.2 GWB) verpflichtet werden können und durch Beschaffungsverbote in die Grundrechte von Unternehmen eingegriffen werden kann.

5. Zu Art. 1 Nr. 18 § 122 GWB-E, Nr. 19 § 124 GWB-E und Art. 4 Nr. 20 § 48 Abs. 2 VgV-E: Eignung, Ausschlussgründe und Nachweisführung wirklich vereinfachen

a) Zu § 122 Abs. 3 GWB-E und § 48 Abs. 2 VgV

Der Deutsche Anwaltverein begrüßt ausdrücklich die Absicht, Eigenerklärungen als Nachweisstandard im Rang eines formellen Gesetzes zu regeln. Im Anwendungsbereich der VgV hat sich dies bewährt. Diesem Ziel könnte jedoch die derzeitige Formulierung von § 122 Abs. 3 S. 2, 2. Hs. GWB-E (über Eigenerklärungen hinausgehende Unterlagen sollen im Verlauf des Verfahrens nur von aussichtsreichen Bewerbern oder Bietern verlangt werden) entgegenstehen, weil diese im Sinne eines intendierten Ermessens verstanden werden könnte. Der Deutsche Anwaltverein tritt deshalb dafür ein, dass entweder das Wort „sollen“ durch das Wort „dürfen“ ersetzt oder § 122 Abs. 3 S. 2, 2. Hs. GWB-E ganz gestrichen wird. Wäre die Regelung im Sinne eines intendierten Ermessens dahingehend zu verstehen, dass im Regelfall von den aussichtsreichen Bewerbern oder Bietern zusätzlich zu den Eigenerklärungen noch die entsprechenden Nachweise zu fordern sind, würde damit keine Vereinfachung und Beschleunigung, sondern – zumindest im Anwendungsbereich der VgV und SektVO – ein erheblicher Zusatzaufwand für Vergabestellen und Bieter geschaffen. Die Eigenerklärung würde dadurch nicht gestärkt, sondern geschwächt. Das Gleiche gilt hinsichtlich der vorgeschlagenen Formulierung des § 48 Abs. 2 VgV-E. Hier legt die Ausnahmeregelung in Satz 4 (Soweit ein erhöhter Aufwand oder sonstige verfahrensbezogene Gründe entgegenstehen, kann der öffentliche Auftraggeber von Satz 1 abweichen.) zusätzlich nahe, dass die Nachweisanforderung der Regelfall sein soll. Die Regelung wirft außerdem Fragen auf, weil eine Nachweisanforderung immer mit erhöhtem Aufwand verbunden ist. Der Deutsche Anwaltverein spricht sich im Sinne der Ziele des Vergabetransformationspakets für

eine klare und damit rechtsichere Regelung im Sinne der bisherigen Rechtslage nach der VgV und der Eigenerklärung als generellen Nachweisstandard aus. Zudem hält der Deutsche Anwaltverein den in § 48 Abs. 2 S. 3 VgV-E enthaltenen Verweis auf § 57 VgV rechtssystematisch für problematisch. Denn § 57 VgV enthält keinen Ausschlussstatbestand für den Fall, dass vorbehaltene Nachweise auf Anforderung nicht rechtzeitig eingereicht werden. Es wird deshalb empfohlen, Satz 3 in § 48 Abs. 2 VgV-E zu streichen und dafür § 57 VgV um einen entsprechenden Ausschlussstatbestand zu ergänzen.

b) Zu § 122 Abs. 4 Satz 4 GWB-E

Der Deutsche Anwaltverein begrüßt die Möglichkeit, in der Bekanntmachung auf die Vorgaben zur Eignung in den Vergabeunterlagen zu verweisen. Damit können Doppelungen und Widersprüche vermieden werden. In § 48 Abs. 1 Satz 2 VgV-E müsste sich der Verweis wohl auf diese Vorschrift, § 122 Abs. 4 S. 4 GWB (statt Satz 3), beziehen.

c) Zu § 124 Abs. 1 Nr. 7 GWB-E

Der Deutsche Anwaltverein begrüßt die Angleichung des Wortlauts der Regelung an den Richtlinien text. Der Deutsche Anwaltverein teilt indes nicht die in der Begründung zu § 124 Abs. 1 Nr. 7 GWB-E enthaltene Auffassung, dass damit „keine strengen Anforderungen an die Feststellung mangelhafter Vertragserfüllung“ mehr gestellt würden. Der Wortlaut dieser Vorschrift („erhebliche oder dauerhafte Mängel erkennen lassen hat, die ... nach sich gezogen haben“) verlangt – in Übereinstimmung mit der Art. 57 Abs. 4 g) RL 2014/24/EU – nach wie vor das Vorliegen erheblicher oder dauerhafter Mängel. Nur wenn solche Mängel vorliegen und diese für eine der aufgeführten Rechtsfolgen ursächlich waren, kann der öffentlichen Auftraggeber nach pflichtgemäßem Ermessen über den Ausschluss des Unternehmens entscheiden. Die in der Begründung enthaltene Aussage, der Auftraggeber könne aufgrund seiner vermeintlichen „Sachnähe“ selbst am besten beurteilen, ob er den Ausschluss eines früheren Auftragnehmers für veranlasst hält oder nicht, kann nichts daran ändern, dass das Vorliegen der Tatbestandsvoraussetzungen und die Ermessensentscheidung des öffentlichen

Auftraggebers von den Nachprüfungsinstanzen weiterhin voll überprüfbar sind. Allein die zivilrechtliche Wirksamkeit der Rechtsfolge unterliegt nur einer eingeschränkten Prüfpflicht der Nachprüfungsinstanzen.

c) Zu § 36 Abs. 5 VgV-E (Nachunternehmernachweise)

Die nach dem Wortlaut der Neufassung vorgesehene Überprüfung von Ausschlussgründen nach § 123 und § 124 GWB sowie der Eignung aller Nachunternehmer widerspricht dem Ziel der Beschleunigung und Aufwandsreduzierung. Eine solche Pflicht sollte nur für Nachunternehmer begründet werden, die wesentliche Teilleistungen erbringen. Bei Nachunternehmern, die nur für untergeordnete Teilleistungen vorgesehen sind, sollte es im Ermessen des Auftraggebers stehen, eine solche Prüfung vorzunehmen oder sogar auf die Benennung solcher Nachunternehmer ganz zu verzichten.

d) Zu § 42 Abs. 2 VgV-E (junge Unternehmen)

Der Deutsche Anwaltsverein lehnt die Einführung der neuen Kategorie des „jungen Unternehmens“ ab. Die Regelung führt für die Auftraggeber zu einem erhöhten Begründungsaufwand und birgt das Risiko, dass die Auftraggeber zum Schaden des Projektes keine adäquaten Eignungskriterien bestimmen.

e) Zu § 45 Abs. 5 VgV-E (alternative Eignungsnachweise)

Der Deutsche Anwaltsverein hält die Klarstellung in Satz 2 und die Ergänzung in Satz 3 von § 45 Abs. 5 VgV-E für konsequent. Es sollte aber klargestellt werden, dass dem öffentlichen Auftraggeber bei der Bewertung der Geeignetheit der alternativen Unterlagen als Nachweis der Leistungsfähigkeit ein Beurteilungsspielraum zusteht.

f) Zu § 56 Abs. 2 VgV-E (Nachforderung von Unterlagen)

Der Deutsche Anwaltverein begrüßt die Neufassung von § 56 Abs. 2 Satz 1 VgV und insbesondere die engere Anlehnung an Art. 56 Abs. 3 der Richtlinie 2014/24/EU. Da bislang noch nicht abschließend geklärt ist, ob nach dieser Vorschrift im Einzelfall auch die Korrektur materiell fehlerhafter Unterlagen zulässig sein kann, sollte in der Begründung nicht der Eindruck erweckt werden, dass diese Möglichkeit nur für die Behebung formeller Fehler gegeben sei. Zumal die Abgrenzung zwischen formellen und materiellen Fehlern oftmals schwierig ist.

Abgelehnt wird die Streichung von § 56 Abs. 2 S. 2 VgV, wonach der öffentliche Auftraggeber berechtigt ist, in der Auftragsbekanntmachung oder den Vergabeunterlagen festzulegen, dass er keine Unterlagen nachfordern wird. Es ist nicht ersichtlich, warum diese Möglichkeit zukünftig nicht mehr bestehen soll, zumal dies im Einzelfall ein sinnvolles Mittel zur Beschleunigung von Vergabeverfahren sein kann. Insbesondere sollte auch weiterhin die Möglichkeit bestehen, die Nachforderung auf bestimmte Unterlagen zu beschränken.

6. Verfahren vor der Vergabekammer

Der Deutsche Anwaltverein begrüßt die Verfahrenserleichterungen, die mit der Einführung der Textform verbunden sind (Art. 1 Nr. 26 § 158 Abs. 3 neu), ebenso die Möglichkeit einer Videoverhandlung. Damit wird einem dringenden praktischen Bedürfnis Rechnung getragen.

Bedenken bestehen hinsichtlich der Vorschläge, die zu einer Beschränkung des Rechtsschutzes führen können.

a) Zu Art. 1 Nr. 22 c) § 135 Abs. 4

Die Einfügung des neuen § 135 Abs. 4 GWB wird abgelehnt. Einem unter Missachtung grundlegender Verfahrensvorschriften abgeschlossenen Vertrag kann die Rechtsordnung die Wirksamkeit nicht attestieren; dem Belang der Rechtssicherheit ist durch die strengen Ausschlussfristen des § 135 Abs. 2 GWB

Rechnung getragen. Die Formulierung ist zu unbestimmt, weder ist klar, wann Gründe des Allgemeininteresse „zwingend“ sind und es zudem „ausnahmsweise“ rechtfertigen, alternative Sanktionen zu erlassen. Zudem bleibt offen, welche Sanktionen das sein sollten. Eine „Abschreckung“ sollte nicht erforderlich sein, da öffentliche Auftraggeber an Recht und Gesetz gebunden sind.

b) Zu Art. 1 Nr. 27 § 160 Abs 2 GWB

Der vorgeschlagene Satz (Wegfall der Antragsbefugnis bei Missbrauch des Beschwerderechts) sollte entfallen. Der Verweis auf die Schadensersatzvorschrift des § 180 Abs. 2 GWB geht fehlt. § 180 GWB ist seit 1999 praktisch nie zur Anwendung gekommen, die Vorschrift wird in der Literatur als „stumpfes Schwert“ bezeichnet (vgl. Antweiler, in: Burgi/Dreher/Opitz, 4. Aufl. § 180 Rn. 10). Ihre Ausweitung auf die Ebene des Primärrechtsschutzes wird keine Effekte erzielen. Ein Missbrauch des Antragsrechts kommt schon wegen der Kostenrisiken, die mit einem Nachprüfungsantrag für den Antragsteller verbunden sind, so gut wie nie vor.

c) Zu Art. 1 Nr. 32 § 166 Abs. 1:

Die erweiterte Möglichkeit zur Entscheidung nach Lage der Akten (§ 166 Abs. 1 S. 3 neu) ist abzulehnen. Es besteht die Gefahr, dass bei extensiver Anwendung die mündliche Verhandlung zur Ausnahme werden könnte.

7. §§ 171 bis 179 GWB-E: Gegen Rechtsschutzverkürzung im Recht der sofortigen Beschwerde

a) Zu Art. 1 Nr. 37 Buchst. a § 173 Abs. 1 GWB-E

Das Verfahren der sofortigen Beschwerde zum Vergabesenat des OLG gegen Entscheidungen der Vergabekammer bietet die erste und in aller Regel einzige Möglichkeit des vergaberechtlichen Primärrechtsschutzes vor einem organisatorisch und verfassungsrechtlich als Gericht verfassten Spruchkörper. Das Verfahren ist daher für den effektiven Vergaberechtsschutz von entscheidender Bedeutung. Zudem prägt die Rechtsprechung der Vergabesenate maßgeblich die vergaberechtliche Praxis. Bereits bislang ist in § 173 Abs. 1 GWB geregelt, dass die

aufschiebende Wirkung der Beschwerde (des unterlegenen Antragstellers) zwei Wochen nach Ablauf der Beschwerdefrist entfällt, sodass dann der Zuschlag erteilt werden kann. Da in dieser Zeit eine Hauptsacheentscheidung des Vergabesenats nur äußerst selten herbeigeführt werden kann, gibt § 173 Abs. 1 GWB dem Vergabesenat die Möglichkeit, auf Antrag die aufschiebende Wirkung bis zu Hauptsacheentscheidung zu verlängern. Dies erfolgt in der Praxis auch regelmäßig – sofern nicht der Auftraggeber auf Anfrage des Senats eine (im Gesetz nicht geregelte) Stillhalteerklärung abgibt.

Die Neuregelung sieht nunmehr vor, dass diese Verlängerung nur „ausnahmsweise“ erfolgt.

Diese Ergänzung lehnt der Deutsche Anwaltverein ab. Sie ist schon unklar. Soll sie statistisch gemeint sein, ist sie unbestimmt und stellt einen rechtsstaatlich ungeeigneten Maßstab dar. Soll sie so zu verstehen sein, dass besondere, im Regelfall nicht vorliegende Umstände gegeben sein müssen, widerspricht das dem Abwägungsmaßstab von § 173 Abs. 2 GWB, auf den die Entwurfsbegründung auf S. 92 ausdrücklich verweist. Denn dieser stellt auf eine Folgenabwägung ab, die – nach der Neuregelung noch klarer als zuvor – maßgeblich durch die Prognose der Erfolgsaussichten der Beschwerde determiniert wird. Dass eine sofortige Beschwerde Aussicht auf Erfolg hat, lässt sich aber nicht als besonderer, vom Regelfall abweichender Umstand verstehen. Der in der Entwurfsbegründung hervorgehobene Umstand, dass in diesen Fällen die Vergabekammer bereits zugunsten des Auftraggebers entschieden hat, kann keinen solchen besonderen Umstand darstellen, da das Beschwerdeverfahren gerade der vollständigen inhaltlichen Überprüfung dieser Entscheidung in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht dient. Dies werden sich die Vergabesenate auch nicht aus der Hand nehmen lassen. Das appellative „ausnahmsweise“ wird sich daher in der Praxis als gesetzgeberisches Placebo erweisen.

b) Zu Art. 1 Nr. 37 Buchst. b) Doppelbuchstabe aa) § 173 Abs. 2 Satz 1 GWB-E

Die Textänderung in § 173 Abs. 2 S. 1 GWB soll, so die Entwurfsbegründung, den Ausnahmecharakter der Verlängerung der aufschiebenden Wirkung betonen und

den „Überwiegensmaßstab leicht zugunsten der Nachteile für die Allgemeinheit“ verschieben.

Das Gericht gibt nach der Neuregelung dem Antrag nur statt, wenn „die vorteilhaften Folgen einer Verzögerung der Vergabe ... die damit verbundenen Nachteile überwiegen“. Dies ist unglücklich formuliert. Der Vorteil der Verlängerung der aufschiebenden Wirkung ist nie die Verzögerung der Vergabe, sondern die praktische Wirksamkeit des Rechtsschutzes; die Verzögerung ist eine damit einhergehende Folge.

Die Änderung ist auch aus inhaltlichen Gründen abzulehnen.

Das „Umdrehen“ des Abwägungsmaßstabs führt dazu, dass die Regelung nicht mit der Systematik von Art. 2 Abs. 5 der EU-Rechtsmittelrichtlinie 200/66/EG übereinstimmt, der bezogen auf das Nachprüfungsverfahren darauf abstellt, ob bei vorläufigen Maßnahmen „deren nachteilige Folgen die damit verbundenen Vorteile überwiegen könnten“.

Da der Entwurf in Satz 4 zugleich den Vorrang u.a. der Erfolgsaussichten bei der Abwägung betont, soll die Verschiebung wohl vor allem in den Fällen offener, im Eilverfahren schwer zu prognostizierender Erfolgsaussichten eingreifen. In diesen Fällen neigt die Rechtsprechung ungeachtet der allfälligen Betonung der Folgenabwägung im Einzelfall bislang zur Verlängerung der aufschiebenden Wirkung – und zwar zu Recht. Denn effektiver Primärrechtsschutz ist nicht nur in einfach zu beurteilenden Fällen zu gewährleisten.

Soweit die Begründung auf die verbleibende Möglichkeit verweist, nach Ablehnung der Verlängerung eine Feststellungsentscheidung zu erstreiten und dann Schadensersatz einzuklagen, ist darauf hinzuweisen, dass dies bislang in vielen Fällen am Schadensnachweis scheitert. Sollte sich daran im Gefolge der jüngsten EuGH-Rechtsprechung (Urt. v. 06.06.2024 C-547/22) zur Ersatzpflicht für die entgangene Zuschlagschance etwas ändern, würde die begünstigte Ablehnung andererseits den Auftraggebern wohl einen finanziellen Bärendienst erweisen.

c) Zu Art. 1 Nr. 37 Buchst. b) Doppelbuchstabe bb) § 173 Abs. 2 Satz 4 GWB-E

Die hier durch das Wort „vorrangig“ vorgesehene Hervorhebung der Bedeutung der Erfolgsaussichten und der Auftragschance einerseits sowie des Interesses der Allgemeinheit am raschen Verfahrensabschluss andererseits entspricht der Praxis und ist aus Sicht des Rechtsschutzes zu begrüßen.

d) Zu Art. 1 Nr. 38 § 175 GWB-E

Die ausdrückliche Klarstellung der Zulässigkeit der Durchführung der mündlichen Verhandlung als Videoverhandlung ist begrüßenswert.

e) Zu Art. 1 Nr. 39 § 176 GWB-E

Die beabsichtigten Anpassungen der Maßstäbe beim Antrag des Auftraggebers auf vorzeitige Zuschlagsgestattung im Beschwerdeverfahren korrespondieren den Änderungen in § 173 GWB, so dass auf die Stellungnahme dazu verwiesen wird.

f) Zu Art. 1 Nr. 40 § 177 GWB-E

Der vom Entwurf vorgesehene Entfall der Regelung über die Fiktion der Beendigung des Vergabeverfahrens ist zu begrüßen. Die Vorschrift war schon immer als rechtspolitisch zweifelhaft einzuordnen, da die Rechtsfolge dem Charakter einer vorläufigen Beurteilung im Verfahren nach § 176 GWB widersprach. In der Praxis hat sie auch keine messbare Bedeutung erlangt. Neben den in der Entwurfsbegründung genannten Gesichtspunkten ist auf folgenden Aspekt hinzuweisen: Die bisherige Regelung ist mit erheblichen Unsicherheiten verbunden, welche Maßnahmen sich aus dem Eilbeschluss des Vergabesenats „ergeben“ und ob sie „ergriffen“ worden sind. Zudem ließ sich der „Spieleinsatz“ des Auftraggebers bei Stellung eines Antrags nach § 176 GWB dadurch umgehen, dass das als Zuschlagsprätendent beigeladene Unternehmen den Antrag stellte.

Verteiler

Bundesministerium für Wirtschaft und Klimaschutz
Bundesministerium der Justiz
Wirtschaftsausschuss des Deutschen Bundestages
Rechtsausschuss des Deutschen Bundestages
Deutscher Vergabe- und Vertragsausschuss für Bauleistungen (DVA)
SPD-Fraktion im Deutschen Bundestag
CDU/CSU-Fraktion im Deutschen Bundestag
Fraktion Bündnis 90/Die Grünen im Deutschen Bundestag
FDP-Fraktion im Deutschen Bundestag
AfD-Fraktion im Deutschen Bundestag
Parlamentarische Gruppe Die Linke
Parlamentarische Gruppe BSW
Deutscher Vergabe- und Vertragsausschuss für Bauleistungen (DVA)
Bundesverband der Deutschen Industrie e.V.
Deutscher Industrie- und Handelskammertag e.V.
Bundesverband der Freien Berufe
Hauptverband der Deutschen Bauindustrie e.V.
Deutsche Vereinigung des Gas- und Wasserfaches e.V.
Deutsche Vereinigung für Wasserwirtschaft, Abwasser und Abfall e.V.
Deutscher Baugerichtstag e.V.
Deutscher Städte- und Gemeindebund e.V.
Deutscher Landkreistag
Deutscher Städtetag
Bund Deutscher Baumeister, Architekten und Ingenieure e.V.
Institut für Baurecht Freiburg im Breisgau e.V.
Forum Vergabe e.V.
Bundesrechtsanwaltskammer
Bundesnotarkammer
Wirtschaftsprüferkammer
Deutscher Richterbund e.V.
Neue Richtervereinigung (NRV)
Bund Deutscher Verwaltungsrichter und Verwaltungsrichterrinnen (BDVR)
Vorstand und Geschäftsführung des Deutschen Anwaltvereins

Vorsitzende der Landesverbände des Deutschen Anwaltvereins

Vorsitzende der Gesetzgebungsausschüsse des DAV

Mitglieder Gesetzgebungsausschuss Vergaberecht

Geschäftsführender Ausschuss der Arbeitsgemeinschaft Vergaberecht im DAV

Presse

Vergaberecht – Zeitschrift für das gesamte Vergaberecht

Verwaltungsblätter für Baden Württemberg (VBIBW)

VPR – Vergabepaxis- & -recht

NZBau - Neue Zeitschrift für Bau- und Vergaberecht

IBR Immobilien- und Baurecht

Redaktion NVwZ

Redaktion NJW