

## **Vergaberecht**

# **Mandanteninformation 15/2024**

## **Vergabetransformationspaket – Befreiungsschlag oder Tropfen auf den heißen Stein?**

Mit dem Gesetz zur Transformation des Vergaberechts (sog. Vergabetransformationspaket), das jetzt als Referentenentwurf vorliegt, möchte das Bundesministerium für Wirtschaft und Klimaschutz (BMWK) Vergabeverfahren vereinfachen, beschleunigen und digitalisieren. Gleichzeitig möchte es die öffentliche Beschaffung sozial, ökologisch und innovativ ausrichten. Den Referentenentwurf hat das BMWK am 30.09.2024 an die Bundesressorts zur weiteren Abstimmung übermittelt.

Zentrale Aspekte des Entwurfs sind die Berücksichtigung von Nachhaltigkeit und Klimaschutz sowie die Digitalisierung der Vergabeprozesse. Dadurch sollen nicht nur der Wettbewerb verbessert und Innovationen gefördert, sondern auch die öffentliche Verwaltung entlastet werden.

### **I. Maßnahmen zur Vereinfachung des Verfahrens und zum Abbau von Bürokratie**

#### **Flexibilisierung des Losgrundsatzes „mit Augenmaß“**

Der neue § 97 Abs. 4 S. 2 GWB-E bzw. § 22 UVgO-E belassen es bei dem Regel-Ausnahme-Verhältnis von Los- und Gesamtvergabe. Allerdings werden die Anforderungen für eine Gesamtvergabe erheblich gesenkt. Eine Gesamtvergabe ist nicht mehr nur dann möglich, wenn wirtschaftliche oder technische Gründe dies „erfordern“. Vielmehr dürfen mehrere Teil- oder Fachlose ganz oder teilweise zusammen vergeben werden, wenn wirtschaftliche, technische oder zeitliche Gründe dies „rechtfertigen“.

Zeitliche Gründe werden als anerkannter Grund für gemeinsame Vergaben ergänzt. Diese können projekt-/auftragsbezogen auf Seiten des Auftraggebers begründet liegen oder auch bei gesellschaftlich besonders drängenden Vorhaben gegeben sein. Zudem wird die Begründungstiefe für das Vorliegen eines Grundes von einem Erfordernis auf ein Rechtfertigen abgesenkt. An diese Rechtfertigung sind laut Gesetzesbegründung keine zu strengen Anforderungen zu stellen.

Bereits nach aktueller Rechtslage steht der Vergabestelle ein weiter Beurteilungsspielraum zu, ob sie abweichend zur Losvergabe eine Gesamtvergabe vornimmt. Dieser Beurteilungsspielraum wird durch die Neuregelung erweitert. Denkbar ist, dass etwa eine nicht rechtzeitig begonnene Ausschreibung und somit die mangelnde Rüstzeit als Grund für eine Gesamtvergabe herangezogen wird. Während die Verfahrensvereinfachung zu begrüßen ist, können die erweiterten Ausnahmen auch kritisch gesehen werden, eröffnen sie doch die Möglichkeit der Gesamtvergabe auch dann, wenn die zeitlichen Gründe aus der Sphäre der Vergabestelle stammen.

### **Erleichterung bei öffentlich-öffentlicher Zusammenarbeit**

Nach § 108 GWB ist ein öffentlicher Auftrag im Fall der öffentlich-öffentlichen Zusammenarbeit vergaberechtsfrei. Neu gefasst wird u.a. § 108 Abs. 6 Nr. 1 GWB, wonach das Vergaberecht keine Anwendung findet auf einen öffentlichen Auftrag, der eine auf einer gemeinsamen Kooperationsvereinbarung beruhende Zusammenarbeit zwischen den beteiligten öffentlichen Auftraggebern zur Erreichung gemeinsamer Ziele begründet oder erfüllt.

Der Hauptstreitpunkt, was einen kooperativen Beitrag eines kommunalen Partners darstellt, bleibt hingegen bestehen. Dies gilt insbesondere für die umstrittene Frage, ob die reine Entgeltzahlung oder aber auch Mitbestimmungsrechte etwa über einen Aufsichtsrat solche Beiträge darstellen. In der Gesetzesbegründung wird ausgeführt, dass die Zusammenarbeit auf einem kooperativen Konzept beruhen muss. Dies könne auch darin bestehen, dass sämtliche Aufgaben unter den öffentlichen Auftraggebern verteilt werden und so die Effektivität der Kooperation gesichert wird. Dies spricht dafür, dass auch auftragsähnliche Kooperationsmodelle in Zukunft vergaberechtsfrei zwischen öffentlichen Auftraggebern vereinbart werden können.

### **Vereinfachungen in der Leistungsbeschreibung**

Nach § 121 Abs. 1 S. 1 GWB-E ist die Leistung zwar nach wie vor so eindeutig wie möglich zu beschreiben, sodass die Beschreibung für alle Unternehmen im gleichen Sinne verständlich ist und die Angebote miteinander verglichen werden können. Sie muss allerdings nicht mehr „erschöpfend“ beschrieben werden. Es genügt also, wenn der Auftraggeber ausreichend Informationen zur Verfügung stellt, um vergleichbare Informationen zu erhalten. Daneben kommt es laut Gesetzesbegründung nicht darauf an, dass der Auftraggeber alle Unterlagen und Informationen, die ihm darüber hinaus vorliegen, zur Verfügung stellt. Begründet wird die Änderung mit einem geringeren Verwaltungsaufwand. Zudem sollen Auftraggeber

ermutigt werden, mehr funktional auszuschreiben, um auch die Innovationsfähigkeit der Unternehmen zu fördern.

Die Änderung ist grundsätzlich positiv, könnte jedoch den Transparenzgrundsatz beeinträchtigen. Zudem wird auch der bereits jetzt begrenzte Schutz des Bieters vor unzumutbaren Bedingungen weiter eingeschränkt. Hierbei geht es um die Frage, welche Vertragsrisiken dem Auftragnehmer aufgebürdet werden dürfen. Indem die Leistung nicht mehr erschöpfend zu beschreiben ist, muss der Auftraggeber sich weniger festlegen und kann bei Abweichungen hiervon nicht mehr zur Verantwortung herangezogen werden. Bei funktionalen Ausschreibungen dürften Abweichungen im Rahmen der Leistungserbringung nunmehr ausschließlich dem Auftragnehmer zuzuordnen sein.

### **Mehr Eigenerklärungen zur Nachweisführung**

Mit § 122 Abs. 3 S. 2 GWB-E soll die Eigenerklärung vermehrt als Mittel zur Nachweisführung genutzt werden können. Über Eigenerklärungen hinausgehende Unterlagen sollen dann im weiteren Verlauf des Verfahrens nur von aussichtsreichen Bewerbern oder Bietern verlangt werden. § 122 Abs. 4 S. 1 GWB-E regelt zudem, dass Eignungskriterien und Eignungsnachweise mit dem Auftragsgegenstand in Verbindung zu diesem „sowie dem Auftragswert“ in einem angemessenen Verhältnis stehen müssen und verweist explizit auf den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit.

In § 48 Abs. 2 VgV-E wird die in § 122 Abs. 3 GWB-E vorgesehene Änderung, über Eigenerklärungen hinausgehende Nachweise nur von aussichtsreichen Bewerbungen anzufordern, weiter konkretisiert. Gleichzeitig wird der öffentliche Auftraggeber verpflichtet, in der Auftragsbekanntmachung oder in der Aufforderung zur Interessenbekundung auch anzugeben, wann welche Unterlagen eingereicht werden müssen. Grundsatz wäre danach, dass mit dem Angebot zunächst nur Eigenerklärungen eingereicht werden müssen, weitere Unterlagen dagegen erst auf Aufforderung.

Bemerkenswert ist das in § 48 Abs. 2 S. 4 VgV-E vorgesehene Nachforderungsrecht. Sofern nach derzeitiger Rechtslage Unterlagen nach Angebotsabgabe auf Verlangen vorzulegen sind, ist das Angebot zwingend vom Vergabeverfahren auszuschließen, wenn diese nicht vorgelegt wurden. Die neue Regelung sieht jedoch vor, dass dieses Recht nunmehr im Ermessen des Auftraggebers liegt („kann“), soweit ein erhöhter Aufwand oder sonstige verfahrensbezogene Gründe entgegenstehen, ohne dass der Auftraggeber dies begründen müsste.

Nennenswert ist in diesem Zusammenhang noch der § 47 Abs. 1 S. 1 Hs. 2 VgV-E. Bei der Eignungslleihe eines konzernverbundenen Unternehmens

muss keine Verpflichtungserklärung mehr vorgelegt werden. Ausreichend ist ein entsprechender Hinweis auf den Konzernverbund.

### **Angebotsprüfung vor Eignungsprüfung**

§ 42 Abs. 4 VgV-E (und § 31 UVgO-E) stellt ausdrücklich klar, dass bei offenen Verfahren die Angebotsprüfung vor der Eignungsprüfung erfolgen soll. Dieser sog. vereinfachte Wertungsvorgang würde somit den neuen Regelfall in der Prüfungsreihenfolge darstellen. Damit soll sowohl auf Seiten der öffentlichen Auftraggeber als auch bei den Unternehmen Bürokratie abgebaut werden.

### **Keine Eignungsprüfung bei bereits festgestellter Eignung**

Nach dem neuen § 35 Abs. 5 UVgO-E soll es dem Auftraggeber bei Vergabeverfahren ohne Teilnahmewettbewerb ermöglicht werden, auf die Vorlage von Eignungsnachweisen eines Unternehmens zu verzichten, wenn dessen Eignung bereits innerhalb eines Jahres vor der Auftragsbekanntmachung bei einem hinsichtlich der Eignungsanforderungen vergleichbaren Auftrag vom Auftraggeber festgestellt wurde.

### **Kein Nachweis der Schlechtleistung**

Mit § 124 Abs. 1 Nr. 7 GWB-E sollen die Anforderungen an den Nachweis des fakultativen Ausschlussgrunds der Schlechtleistung herabgesetzt werden. Danach sind erhebliche oder dauerhafte Mängel bei der Erfüllung einer wesentlichen Anforderung bei Ausführung eines öffentlichen Auftrags nicht mehr nachzuweisen. Vielmehr ist ausreichend, wenn das Verhalten des Unternehmens solche Mängel „erkennen lässt“.

Ein solcher Mangel könnte beispielsweise schon eine erfolgte Ersatzvornahme im Rahmen eines Vertrages sein. Unter der Neuregelung müsste also noch nicht einmal nachgewiesen werden, dass die Ersatzvornahme nachweislich zutreffend erfolgte. Indizien, die von einigem Gewicht sind und auf gesicherten Erkenntnissen basieren, sollen ausreichend sein. Dies wird damit begründet, dass es zum einen dem Wortlaut der entsprechenden Ausschlussgründe der EU-Vergaberichtlinien näherkommt und zum anderen die subjektiven Wertungskomponenten des Auftraggebers ein wichtiger Teil für die Einschätzung der Situationen der mangelhaften Erfüllung sind.

Die Absenkung der Nachweisanforderungen ist bedenklich. Sie könnte dazu führen, dass eine Auseinandersetzung zwischen Auftragnehmer und Auftraggeber bei der Vergabe neuer Aufträge sowie auch durch andere öffentliche Auftraggeber ausgenutzt wird, um einen Bieter vom Verfahren auszuschließen. Es wäre zu begrüßen, wenn die Schlechtleistung nach §

124 Abs. 1 Nr. 7 GWB-E, wie auch bei den Ausschlussgründen des Nr. 1 und Nr. 3, nachgewiesenermaßen erbracht worden sein muss. Subjektive Wertungskomponenten dürfen bei Ausschlussgründen keine Rolle spielen.

### **Keine zwingende Unwirksamkeit bei rechtswidrigen De-Facto Vergaben**

Der geplante § 135 Abs. 4 GWB-E sieht vor, dass auf Antrag des Auftraggebers oder von Amts wegen ein Vertrag im Fall einer sog. De-Facto Vergabe – also der vergaberechtswidrigen unmittelbaren Beauftragung eines Auftragnehmers – nicht als von Anfang an unwirksam erachtet werden kann, wenn nach Prüfung aller maßgeblichen Gesichtspunkte zwingende Gründe des Allgemeininteresses es ausnahmsweise rechtfertigen, die Wirkung des Vertrages zu erhalten. In diesem Fall hat die Vergabekammer oder das Beschwerdegericht alternative Sanktionen zur Feststellung der Unwirksamkeit zu erlassen.

Nach der Gesetzesbegründung liegen im Allgemeininteresse Leistungen der Daseinsvorsorge, die nicht unterbrochen werden dürfen und somit in kaum auflösbaren Konflikt zur Funktionsgewährleistungspflicht stehen. Wirtschaftliche Gründe dürfen nur ausnahmsweise herangezogen werden. Beispielsweise für den Entsorgungsbereich kommt diesem Ausnahmetatbestand erhebliche Bedeutung zu, weil es sich hierbei um fortlaufend durchzuführende Leistungen im Bereich der Daseinsvorsorge handelt.

## **II. Maßnahmen im Sinne einer sozialen und umweltbezogenen Beschaffung**

Die „neue Zentralnorm“ zur nachhaltigen Beschaffung soll § 120a GWB-E (sowie § 22a UVgO-E) werden. Danach sollen umweltbezogene und soziale Kriterien bei der Vergabe öffentlicher Aufträge berücksichtigt werden. Dies gilt zwingend („muss“) für Beschaffungsgegenstände, die für eine umweltbezogene oder sozial nachhaltige Beschaffung besonders geeignet sind.

Dazu findet sich in § 120a Abs. 4 und Abs. 5 GWB-E die Grundlage für eine Nachhaltigkeitsliste, also einer von der Bundesregierung mit Zustimmung des Bundesrats erlassenen allgemeinen Verwaltungsvorschrift („AVV“), die Leistungen auflistet, die für Beschaffungen im vorgenannten Sinne besonders geeignet sind. Abgerundet wird das Vorhaben durch eine AVV, die Leistungen aufzählt, die – außer in Ausnahmefällen – nicht beschafft werden dürfen. Damit soll der negativen Umweltrelevanz und den unerwünschten sozialen Wirkungen bestimmter Leistungen Rechnung getragen werden.

Erfreulich ist, dass öffentliche Auftraggeber verpflichtet werden, mindestens ein soziales oder ein umweltbezogenes Kriterium bei Vergaben

vornehmlich in der Leistungsbeschreibung, wohl durch Mindestanforderungen, zu berücksichtigen. Umweltkriterium ist unter anderem der Einsatz von Abfällen oder Rezyklaten. Einige Kriterien stammen ausweislich der Gesetzesbegründung ausdrücklich aus § 45 Abs. 2 KrWG. Damit würden auch Kommunen und Länder als öffentliche Auftraggeber nach § 45 Abs. 2 KrWG verpflichtet. Nachgekommen werden kann dieser Anforderung auch durch die übrigen umweltbezogenen Kriterien, etwa durch den gesamten Lebenszyklus der Ware/Dienstleistung, deren energiesparende Erbringung oder auch soziale Kriterien.

Perspektivisch sollten die AVV um weitere relevante Leistungen erweitert werden. Besser wäre es zudem, wenn sowohl soziale als auch umweltbezogene Kriterien kumulativ zwingend zu beachten wären.

### **III. Maßnahmen für den Mittelstand und zur Stärkung von Start-up und Innovation und sonstige Maßnahmen**

Das Vergabetransformationspaket enthält darüber hinaus Maßnahmen für den Mittelstand und zur Stärkung von Start-up und Innovation, etwa in § 97 GWB-E, wonach Auftragnehmer bei der Erteilung von Unteraufträgen zur Berücksichtigung mittelständischer Interessen verpflichtet werden können. Nach § 42 Abs. 2 VgV-E sind bei der Auswahl der Eignungskriterien und Eignungsnachweise die besonderen Umstände von jungen Unternehmen zu berücksichtigen. Als junge Unternehmen sollen nach der Gesetzesbegründung solche Unternehmen betrachtet werden, deren Gründung nicht länger als acht Jahre zurückliegt.

Mit § 29 Abs. 2 VgV-E soll – neben der Möglichkeit, geeignete Zahlungsmodalitäten zur Berücksichtigung von jungen oder mittleren Unternehmen zu berücksichtigen – das BMWK ermächtigt werden, die VOL/B zu überarbeiten und neu bekannt zu machen. Es ist deshalb davon auszugehen, dass die aus dem Jahr 2003 stammende VOL/B zeitnah auch überarbeitet wird. Hieraus ergeben sich viele Rechte des Auftragnehmers, die es bei der Überarbeitung der VOL/B im Blick zu halten gilt.

Zu den weiteren nennenswerten Änderungen gehört eine Änderung hinsichtlich der Nachforderung von Unterlagen. Der neue § 56 Abs. 2 VgV-E gibt die bisherige Unterscheidung zwischen unternehmens- und leistungsbezogenen Unterlagen auf. Unberührt bleibt dabei, dass leistungsbezogene Unterlagen nicht nachgefordert werden, wenn diese die Wirtschaftlichkeitsbewertung betreffen. Der Verzicht auf diese Unterscheidung ist sinnvoll, da eine Unterscheidung in der Praxis zu Abgrenzungsschwierigkeiten führt und somit weitere Rechtssicherheit gewonnen wird.

Hinsichtlich ungewöhnlich niedriger Angebote sieht § 60 Abs. 3 VgV-E vor, dass der Auftraggeber bei nicht zufriedenstellender Aufklärung den

Zuschlag ablehnen „soll“. Nach aktueller Rechtslage „darf“ er dies tun, wobei die Rechtsprechung dieses „darf“ als intendiertes Ermessen und somit bereits wie eine Soll-Vorgabe gehandhabt hat. Die avisierte Festlegung im Gesetz stärkt das Bieterrecht, dass unauskömmlichen Angeboten nicht der Zuschlag erteilt wird.

Neu ist, dass nach § 39 Abs. 5 VgV-E bestimmte Änderungen eines bestehenden Auftrags nunmehr binnen einer Frist von 30 Tagen nach erfolgter Änderung im TED bekanntzugeben sind. Dadurch wird vorgebeugt, dass diese Änderungen nach Ablauf von sechs Monaten nicht mehr angegriffen werden können.

#### **IV. Fazit**

Das Vergabetransformationspaket ist weit mehr als ein Tropfen auf den heißen Stein. Ob es der proklamierte Befreiungsschlag ist, wird vor allem das noch laufende Gesetzgebungsverfahren zeigen müssen. Viele auch für den Entsorgungsbereich bedeutsame Regelungen, etwa zur nachhaltigen Beschaffung, der überfälligen Digitalisierung sowie Vereinfachung von Verfahren, sind sinnvoll und können zusammengenommen durchaus Durchschlagskraft entwickeln.

30. Oktober 2024

okl & partner  
Rechtsanwälte PartG mbB

Büro Köln  
Von-Werth-Straße 2 | 50670 Köln  
T: +49 (0) 221 | 42 07 280  
koeln@oklp.de

Büro Berlin  
Jägerstraße 54-55 | 10117 Berlin  
T: +49 (0) 30 | 166 38 14 10  
berlin@oklp.de

[www.oklp.de](http://www.oklp.de)