

Berlin, 1. November 2024

BDEW Bundesverband  
der Energie- und  
Wasserwirtschaft e.V.  
Reinhardtstraße 32  
10117 Berlin  
[www.bdeu.de](http://www.bdeu.de)

## Stellungnahme

# zur Reform des Vergaberechts (sog. Vergabetransformationspaket) vom 18.10.2024

Der Bundesverband der Energie- und Wasserwirtschaft (BDEW), Berlin, und seine Landesorganisationen vertreten über 1.900 Unternehmen. Das Spektrum der Mitglieder reicht von lokalen und kommunalen über regionale bis hin zu überregionalen Unternehmen. Sie repräsentieren rund 90 Prozent des Strom- und gut 60 Prozent des Nah- und Fernwärmeabsatzes, 90 Prozent des Erdgasabsatzes, über 90 Prozent der Energienetze sowie 80 Prozent der Trinkwasser-Förderung und rund ein Drittel der Abwasser-Entsorgung in Deutschland.

Der BDEW ist im Lobbyregister für die Interessenvertretung gegenüber dem Deutschen Bundestag und der Bundesregierung sowie im europäischen Transparenzregister für die Interessenvertretung gegenüber den EU-Institutionen eingetragen. Bei der Interessenvertretung legt er neben dem anerkannten Verhaltenskodex nach § 5 Absatz 3 Satz 1 LobbyRG, dem Verhaltenskodex nach dem Register der Interessenvertreter (europa.eu) auch zusätzlich die BDEW-interne Compliance Richtlinie im Sinne einer professionellen und transparenten Tätigkeit zugrunde. Registereintrag national: R000888. Registereintrag europäisch: 20457441380-38

## Inhaltsverzeichnis

<b>1</b>	<b>Vorbemerkung.....</b>	<b>4</b>
<b>2</b>	<b>Im Einzelnen .....</b>	<b>5</b>
2.1	Artikel 1: Änderungen GWB.....	5
2.1.1	§ 97 Abs. 4 GWB.....	5
2.1.2	§ 108 GWB .....	5
2.1.3	§ 114 Abs. 3 GWB.....	6
2.1.4	§ 116 Abs. 3 GWB.....	6
2.1.5	§ 116 Abs. 3 Nr. 2 GWB.....	7
2.1.6	§ 116 Abs. 3 Nr. 3 GWB.....	7
2.1.7	§ 116 Abs. 3 Nr. 4 GWB.....	7
2.1.8	§ 120a GWB .....	7
2.1.9	§ 120a Abs. 1.....	8
2.1.10	§ 121 GWB .....	8
2.1.11	§ 122 GWB .....	8
2.1.12	§ 124 Abs. 1 Nr. 7 GWB.....	10
2.1.13	§ 135 Abs. 2 GWB.....	10
2.1.14	§ 135 Abs. 4 GWB.....	10
2.1.15	§ 158 Abs. 3 GWB.....	10
2.1.16	§ 160 Abs. 2 GWB.....	10
2.1.17	§ 165 Abs. 1 GWB.....	11
2.1.18	§ 166 Abs. 1 GWB.....	11
2.2	Artikel 4: Änderungen VgV.....	<b>11</b>
2.2.1	§ 17 Abs. 5 VgV .....	12
2.2.2	§ 28 Abs. 2 VgV .....	12
2.2.3	§ 29 Abs. 2 VgV .....	13
2.2.4	§ 35 VgV .....	13

2.2.5	§ 42 Abs. 2 VgV .....	13
2.2.6	§ 45 Abs. 5 Satz 2f. VgV.....	14
2.2.7	§ 47 Abs. 1 VgV .....	14
2.2.8	§ 48 VgV .....	14
2.3	Artikel 5: Änderungen SektVO.....	<b>14</b>
2.3.1	§ 8 Abs. 5 SektVO .....	14
2.3.2	§ 17 Abs. 2 SektVO .....	15
2.3.3	§ 18 Abs. 2 SektVO .....	15
2.3.4	§ 28 Abs. 3 SektVO .....	15
2.3.5	§ 34 Abs. 5 SektVO .....	15
2.3.6	§ 41 Abs. 1 SektVO .....	15
2.3.7	§ 46 Abs. 1 und Abs. 2 SektVO .....	15
2.4	Änderungen UVgO .....	<b>15</b>
2.4.1	§ 14 Abs. 1 UVgO .....	15
2.4.2	§ 14a UVgO .....	16
2.5	Ergänzende Hinweise zum Lieferkettensorgfaltspflichtengesetz .....	16

## 1 Vorbemerkung

Der BDEW dankt zunächst für die Möglichkeit, zu diesem Entwurf Stellung zu nehmen. Als Verband mit über 2.000 Mitgliedsunternehmen aus den Bereichen Energie-, Wasser- und Abwasserwirtschaft vertritt der BDEW sowohl Sektorenauftraggeber als auch klassische Auftraggeber. Viele BDEW-Mitgliedsunternehmen sind zudem selbst als Bieter an Ausschreibungsverfahren beteiligt. Die BDEW-Mitglieder sind somit sowohl auf der Auftraggeberseite als auch auf der Bieterseite von den vergaberechtlichen Regelungen betroffen.

Insbesondere die Energiewirtschaft steht aktuell im Zuge der Energiewende und der Transformation hin zu einer klimaneutralen Energieversorgung vor erheblichen Herausforderungen. Um die von der Bundesregierung gesteckten Ziele für 2030 zu erreichen, sind Investitionen von insgesamt etwa 600 Milliarden Euro bis 2030 erforderlich. Angesichts dieser enormen Investitionssummen nimmt das öffentliche Beschaffungswesen eine besonders wichtige Rolle ein.

Der BDEW unterstützt die Zielsetzung des Referentenentwurfs und hält die angestrebte Vereinfachung und Straffung des Vergaberechts für dringend geboten. Die vorgeschlagenen Maßnahmen zur Vereinfachung und Flexibilisierung des Losgrundsatzes und der Leistungsbeschreibung sowie die Regelungen zur Beschleunigung und Digitalisierung werden vom BDEW größtenteils begrüßt. Verbesserungsbedarf sieht der BDEW jedoch bei der vorgesehenen Stärkung von Eigenerklärungen und den vereinfachten Nachweispflichten in der Eignungsprüfung. Die verbindliche Berücksichtigung sozialer und umweltbezogener Aspekte ist aus Sicht des BDEW für private Sektorenauftraggeber unangemessen.

Der Entwurf bietet die Chance, noch weitere terminologische, rechtliche und systematische Mängel zu beheben. Besonders hervorzuheben sind dabei die §§ 135 Abs. 2 und 166 Abs. 1 GWB sowie § 20 Abs. 2 VgV. Das Vergabetransformationsgesetz sollte zudem genutzt werden, um die Terminologie und Bezüge in GWB und SektVO zu überarbeiten. Nicht selten beziehen sich Regelungen, wie beispielsweise § 135 GWB, auf „öffentliche Auftraggeber“ gemäß § 99 GWB, obgleich § 135 GWB ebenfalls für Sektorenauftraggeber gilt. Hier sollte der Begriff „öffentliche Auftraggeber“ durch „Auftraggeber“ im Sinne von § 98 GWB ersetzt werden. Dies ist nur ein Beispiel unter vielen, das eine Anpassung in GWB und SektVO erforderlich macht.

Zwar werden einige dieser Begriffsungenauigkeiten in der SektVO durch den Entwurf adressiert, jedoch fehlt hier eine umfassende Korrektur. Eine redaktionelle Überarbeitung des Entwurfs erscheint daher dringend notwendig, um die gewünschten Vereinfachungspotentiale umfassend zu heben und Rechtsunsicherheiten in der praktischen Anwendung zu vermeiden.

Im Folgenden nimmt der BDEW detailliert zu den einzelnen Paragraphen des Entwurfs Stellung und fügt gegebenenfalls spezifische Kommentare hinzu.

Am Ende seiner Stellungnahme – siehe Ziff. 2.5 – greift der BDEW ergänzend das Lieferketten-sorgfaltspflichtengesetz auf. Obwohl dieser Themenbereich nicht unmittelbar Gegenstand des Vergabetransformationspakets ist, ist er doch eng mit diesem verknüpft, und seine Berücksichtigung kann maßgeblich dazu beitragen, die Ziele des Vergabetransformationspakets zu fördern und Vereinfachungen im Vergaberecht zu erzielen.

## **2 Im Einzelnen**

### **2.1 Artikel 1: Änderungen GWB**

#### **2.1.1 § 97 Abs. 4 GWB**

Der BDEW begrüßt die vorgesehene Flexibilität bei der Losvergabe. Die Soll-Vorschrift, die Auftragnehmer dazu verpflichtet, bei der Vergabe von Unteraufträgen mittelständische Interessen besonders zu berücksichtigen, sollte jedoch nur in Fällen Anwendung finden, in denen Auftraggeber Teil- oder Fachlose zusammen vergeben. Andernfalls würde entweder eine Begründungspflicht für die Vergabeakte entstehen, um darzulegen, warum von der Soll-Vorschrift abgewichen wird, oder die Vergabeunterlagen müssten eine Mittelstandsklausel enthalten – obwohl der Mittelstandsschutz bereits auf der ersten Ebene berücksichtigt wurde. Solche zusätzlichen Begründungspflichten erhöhen den bürokratischen Aufwand, und unnötige Klauseln könnten das Interesse der Bieter mindern sowie deren Lese- und Verhandlungsaufwand unnötig steigern.

Die Soll-Vorschrift sollte daher auf Fälle beschränkt werden, in denen Teil- oder Fachlose zusammen vergeben werden.

#### **2.1.2 § 108 GWB**

Der BDEW begrüßt die Klarstellungen und die Erweiterung des Anwendungsbereichs des § 108 GWB ausdrücklich. Insbesondere die erstmalige Definition des Betrauungsakts in § 108 Abs. 7 GWB schafft zusätzliche Rechtssicherheit in der Anwendung. Der BDEW sieht jedoch weiterhin Bedarf an zusätzlichen Klarstellungen.

Es wird angeregt, die Änderung des § 108 GWB zu nutzen, um bestehende Wettbewerbsverzerrungen zwischen Sektorenauftraggebern i.S.v. § 100 Abs. 1 Nr. 1 GWB und § 100 Abs. 1 Nr. 2 GWB auszugleichen. Der BDEW fordert daher eine Klarstellung, dass Umsätze, die im wettbewerblichen Umfeld erzielt werden, nicht zum inhouse-freundlichen Umsatzanteil zählen sollen.

Ein wiederkehrendes Problem bei Inhouse-Vergaben gemäß § 108 GWB besteht darin, dass beauftragte Unternehmen häufig in gewissem Umfang am Wettbewerb teilnehmen (vgl. z. B.

OLG Naumburg, Urteil vom 03.06.2022, 7 U 6/22 Kart). Ein Inhouse-Unternehmen, das in erheblichem Umfang im freien Wettbewerb agiert, ist jedoch nicht primär für die beauftragende Einheit tätig – selbst wenn es beispielsweise gegenüber den Einwohnern der Gemeinde die ihm übertragenen Leistungen erbringt.

Um Wettbewerbsverzerrungen zu vermeiden, sollte klargestellt werden, dass auch Umsätze von Tochter-, Enkel- oder anderen verbundenen Unternehmen zu berücksichtigen sind (vgl. OLG Celle, Urteil vom 29.10.2009, 13 Verg 8/09; Ziekow in Ziekow/Völlink, Vergaberecht, 5. Auflage 2024, § 108 Rn. 45). Diese Anpassung würde auch zu einer Annäherung an private Sektorenauftraggeber führen, die lediglich auf § 138 GWB verweisen können, da § 138 Abs. 4 unter bestimmten Voraussetzungen die Leistungen verbundener Unternehmen mit einbezieht. Angesichts der Tatsache, dass Sektorenauftraggeber nach § 100 Abs. 1 Nr. 1 GWB und nach § 100 Abs. 1 Nr. 2 GWB in der Regel in denselben Geschäftsfeldern tätig sind, erscheint die vorgeschlagene Regelung angemessen. Dies würde öffentlichen Auftraggebern auch die Möglichkeit nehmen, durch Auslagerung oder Umschichtung von Drittumsätzen auf verbundene Gesellschaften das Wesentlichkeitskriterium zu umgehen.

Darüber hinaus fordert der BDEW, dass die gemeinsame horizontale Inhouse-Vergabe zwischen sogenannten "Halbschwestern" zukünftig als unzulässig erklärt wird (vgl. OLG Naumburg, Urteil vom 03.06.2022, 7 Verg 1/22). Für Bieter ist würde damit mehr Rechtssicherheit geschaffen.

Für die notwendige Klarstellung des Anwendungsbereichs von § 108 GWB in § 108 Abs. 7 GWB sollte zudem ergänzt werden, dass eine Betrauung auch durch eine Festlegung im Gesellschaftszweck erfolgen kann.

### **2.1.3 § 114 Abs. 3 GWB**

Hier wird der Begriff „öffentliche Auftraggeber“ unzutreffend verwendet. § 98 GWB spricht vom Oberbegriff „Auftraggeber“, der hier korrekt wäre.

Es sollte insgesamt darauf geachtet werden, die Begriffe „öffentliche Auftraggeber“ (§ 99 GWB), „Auftraggeber“ (§ 98 GWB) und „Sektorenauftraggeber“ (§ 100 GWB) korrekt und konsequent zu verwenden.

### **2.1.4 § 116 Abs. 3 GWB**

Die Systematik des GWB sieht vor, dass spezielle Ausnahmen für Sektorenauftraggeber in § 137 GWB normiert sind. Entsprechend müssten die in Absatz 3 aufgeführten Tatbestände in § 137 GWB überführt werden.

Zudem ist redaktionell anzumerken, dass die Formulierung „Sektorenauftraggeber im Sinne von § 102“ nicht korrekt ist, da § 102 GWB lediglich die Sektorentätigkeiten aufführt. Der Verweis muss auf § 100 GWB erfolgen.

### **2.1.5 § 116 Abs. 3 Nr. 2 GWB**

Finanzdienstleistungen sind für Sektorenauftraggeber bereits gem. §§ 137 Abs. 1 Nr. 4, 116 Abs. 1 Nr. 4 GWB ausgenommen. Entsprechend beinhaltet die Neuregelung eine erhebliche Redundanz.

Zu ergänzen wäre § 137 Abs. 1 Nr. 4 GWB um den neuen Inhalt „*sowie gemäß den CPV-Codes 6610 00 00-1 bis 66720000-3, insbesondere Postanweisungen und -überweisungen*“.

### **2.1.6 § 116 Abs. 3 Nr. 3 GWB**

Philatelistische Dienstleistungen, z.B. das Sammeln von Briefen, dürften bereits keine Sektorentätigkeit i.S.v. § 102 GWB sein, weshalb es der Bereichsausnahme nicht bedarf.

### **2.1.7 § 116 Abs. 3 Nr. 4 GWB**

Es bedarf einer Klarstellung, dass die logistischen Dienstleistungen den Schwerpunkt der Beschaffung ausmachen müssen und es sich um eine notwendige Gesamtvergabe handelt. Ansonsten bestünde die Gefahr der Kombination mit nicht-postalischen Aufgaben zum Zwecke der Umgehung des Vergaberechts.

### **2.1.8 § 120a GWB**

Die Verwendung der Terminologie „öffentliche Auftraggeber“ (§ 99 GWB) sowie der Bezug auf Verwaltungsvorschriften in Absatz 5 lässt vermuten, dass § 120a GWB nicht für (private) Sektorenauftraggeber gem. § 100 GWB einschlägig ist. Hier besteht bei Verwendung der aktuellen Formulierung eine Rechtsunsicherheit.

Sollte § 120a GWB grundsätzlich für (private) Sektorenauftraggeber Anwendung finden, so können Abs. 4 und Abs. 5 mangels Rechtswirkung der Verwaltungsvorschriften für private Sektorenauftraggeber keine Anwendung finden. Die angestrebte und vollständige Regelung des § 120a GWB würde für private Sektorenauftraggeber somit auch bei einem „weiten“ Verständnis des Abs. 1 nicht erreicht.

Unter Berücksichtigung des Net-Zero Industry Act (NZIA,) der ebenfalls soziale und Umweltaspekte verpflichtend vorschreibt, **sollte § 120a GWB dahingehend klargestellt werden, dass private Sektorenauftraggeber nicht umfasst sind.** Dies auch um eine Ungleichbehandlung auf dem freien Markt zwischen Auftraggebern, die der SektVO unterliegen, und sonstigen Auftraggebern zu verringern.

Unabhängig davon besteht in vielen Bereichen der Beschaffung bereits heute ein sehr großer Anreiz, nachhaltige und soziale Kriterien im Rahmen der Ausführungsbedingungen und der Eignung zu etablieren. Wesentlicher Treiber ist der freie Markt über nachhaltige Finanzprodukte. Auch aus diesem Grund ist aus unserer Sicht von einer weiteren gesetzlichen Regulierung für private Sektorenauftraggeber abzusehen, da die Anforderungen des Finanzmarkts unmittelbar in Form von Finanzierungen genügend Anreize schaffen.

Darüber hinaus sind nach Ansicht des BDEW die Vorgaben zur Definition von „umweltbezogenen“ und „sozialen“ Kriterien sehr ausführlich. Insbesondere die Definition der „sozialen Kriterien“ sollte deutlich gestrafft werden.

Wichtig ist, dass die Regelung des § 120a GWB mit den Anforderungen aus Art. 25 der Netto-Null-Industrieverordnung im Einklang stehen.

In der auf § 120a GWB beruhenden Verwaltungsvorschrift sind die in § 2 „Leistungen mit besonderer Eignung für eine umweltbezogene nachhaltige Beschaffung“ oder § 3 „Leistungen mit besonderer Eignung für eine sozial nachhaltige Beschaffung“ genannten Leistungen hingegen sehr eng gefasst, ohne dass daraus abgeleitet werden kann, was konkret dies z. B. hinsichtlich Bauleistungen, Fahrzeugen, usw. bedeutet.

### **2.1.9 § 120a Abs. 1**

Die Terminologie „auf anderen Stufen des Vergabeverfahrens“ ist misslich, da man unter Stufen eher die chronologischen Abschnitte eines Vergabeverfahrens versteht. Da die Möglichkeiten des Einbringens dieser Kriterien begrenzt ist, wäre eine abschließende Aufzählung bestehend aus „Eignungskriterien, Zuschlagskriterien oder Ausführungsbedingungen“ sprachlich eindeutiger.

### **2.1.10 § 121 GWB**

Der BDEW begrüßt die Flexibilität bei der Gestaltung der Leistungsbeschreibung, da die Freiheit zur Nutzung funktionaler Leistungsbeschreibungen mehr Flexibilität gibt und praxisgerecht ist.

### **2.1.11 § 122 GWB**

Die Soll-Vorschrift, Unterlagen, die über eine Eigenerklärung hinausgehen, erst im Verlauf des Verfahrens von aussichtsreichen Bewerbern/Bietern zu verlangen, birgt rechtliche Risiken und Mehraufwände für den Auftraggeber.

- In einem zweistufigen Verfahren sollen Bieter erst bei vollständiger Eignungsprüfung die 2. Stufe betreten dürfen. Eine nachträgliche (vollständige) Eignungsprüfung widerspricht

diesem System und dem Grundsatz, nur geeignete Unternehmen anbieten zu lassen, was ungewollte Unklarheiten in den späteren Phasen des Vergabeverfahrens birgt. Das vorzeitige Erteilen einer Eignung verbunden mit einem späteren Aberkennen der Eignung führt zu großer Frustration und unnötigen Aufwänden bei den Bietern. Aus diesem Grund gibt es Rechtsprechung (insbes. OLG Düsseldorf), die auf den Bieterschutz bei bereits erteilter Eignung abstellt.

- Eine Soll-Vorschrift ist hier verfehlt, weil es typische Eignungsnachweise gibt, die stets eines Nachweises bedürfen, beispielsweise Referenzen. Bei einer Soll-Vorschrift muss der AG stets eine Begründung hinterlegen, wieso er sie nicht erfüllt, was einen erhöhten Aufwand bedeutet.
- Zweistufige Verfahren haben gerade den Vorteil, dass nur geeignete Unternehmen Angebote abgeben dürfen. Dies dient dem Zweck, den Prüfungsaufwand des Auftraggebers gering zu halten. Ist man gehalten, nur Eigenerklärungen zu prüfen und z. B. Referenzen nicht abzufragen, so besteht die Pflicht zur Prüfung und Verhandlung von weitaus mehr Angeboten. Sinn und Zweck des zweistufigen Verfahrens werden somit untergraben. Es entsteht ein deutlicher Mehraufwand beim Auftraggeber.
- Auftraggeber nutzen in zweistufigen Verfahren Eignungskriterien, um nicht leistungsfähige Unternehmen herauszufiltern. Dieser vom Gesetzgeber angestrebte Zweck kann nicht erreicht werden, wenn sich Auftraggeber auf Angaben der Bieter verlassen sollen. Die Praxis zeigt, dass viele Eigenerklärungen beschönigt sind, den Nachweisen nicht entsprechen und im Rahmen einer kritischen Prüfung zum Ausschluss führen.
- Ein erst nachträgliches Anfordern von Unterlagen von nur aussichtsreichen Bietern kann im Kontext mehrerer Verhandlungsrunden, insbesondere bei der Reduzierung der Bieteranzahl oder bei der Durchführung einer e-Auktion, zu ungewollten Situationen führen, in denen im ungünstigsten Fall nur ungeeignete Bieter in den letzten Runden verbleiben

Der BDEW schlägt daher vor, dass die Regelung für zweistufige Verfahren nur optional Anwendung findet.

Entsprechend wäre aus der Soll-Vorschrift eine Kann-Vorschrift zu machen. Somit bliebe es dem Auftraggeber ohne Begründungsaufwand überlassen, ob er die Eignung sofort vollständig prüft, etwa weil es ihm gerade auf die Eignungsprüfung als Vorselektion ankommt, oder ob er zum Zwecke der Beschleunigung und der Entlastung der Bieter bei der tatsächlichen Erbringung und nachgelagerten Prüfung der Eignungsanforderungen durch den Auftraggeber eine spätere Überprüfung anstrebt.

### **2.1.12 § 124 Abs. 1 Nr. 7 GWB**

Der Begriff „dauerhafte Mängel“ ist unüblich und unklar. Die Dauerhaftigkeit eines Mangels hängt wesentlich davon ab, ob und wie der Auftraggeber seine Mängelgewährleistungsrechte geltend macht. Es lässt sich nur schwer eindeutig festlegen, wann ein Mangel als dauerhaft einzustufen ist.

Der BDEW schlägt vor, stattdessen den Begriff „wiederkehrend“ zu verwenden oder auf eine „wiederkehrende“ oder „dauerhafte“ „Schlechtleistung“ abzustellen.

### **2.1.13 § 135 Abs. 2 GWB**

Der Einschub „einschließlich einer Zusammenfassung der einschlägigen Gründe entsprechend § 134 Abs. 1 S. 1 GWB“ ist aus Sicht des BDEW unpassend.

§ 134 GWB regelt die Informationspflicht gegenüber unterlegenen Bietern im Rahmen eines EU-Vergabeverfahrens und sieht unter anderem die Angabe der Gründe für die Nichtberücksichtigung vor (§ 134 Abs. 1 S. 1 GWB). § 135 Abs. 2 GWB bezieht sich jedoch auf die Unwirksamkeit nach § 135 Abs. 1 GWB, unter die auch der häufige Fall der de-facto-Vergabe fällt (gem. § 135 Abs. 1 Nr. 2 GWB). Da es bei einer de-facto-Vergabe kein EU-Vergabeverfahren gab, existieren auch keine unterlegenen Bieter, denen die Gründe der Nichtberücksichtigung mitgeteilt werden müssten.

Würde der Einschub in der derzeit vorgesehenen Form beibehalten, würde die 30-Tage-Frist im Falle einer de-facto-Vergabe erst zu laufen beginnen, wenn Gründe für die Nichtberücksichtigung von Angeboten genannt werden, die es tatsächlich nicht gab.

Der BDEW fordert daher, den Einschub ersatzlos zu streichen.

### **2.1.14 § 135 Abs. 4 GWB**

Der BDEW befürwortet diese Regelung angesichts des Umstands, dass Sektorenauftraggeber häufig zum Zwecke der Daseinsvorsorge beschaffen und befürchten müssen, ihrer gesellschaftlich wichtigen Aufgabe bei einem Vergabeverstoß nicht gerecht zu werden.

### **2.1.15 § 158 Abs. 3 GWB**

Der BDEW befürwortet das Führen des Nachprüfungsverfahrens in Textform.

### **2.1.16 § 160 Abs. 2 GWB**

Der BDEW begrüßt grundsätzlich die Neuregelung des Satzes 3. Allerdings bleibt unklar, welche Fälle umfasst sind. Der Antrag muss sich gem. § 180 GWB erst als missbräuchlich

erweisen. Entsprechend kann die Antragsbefugnis nicht schon im Vorfeld entfallen. Erweist sich der Antrag als missbräuchlich, ist er ohnehin als unzulässig abzulehnen, so dass sich kein Mehrwert aus der Ergänzung zu ergeben scheint.

Sollte die Intention sein, dass Unternehmen, deren Nachprüfungsanträge sich wiederholt als missbräuchlich erwiesen haben, temporär oder dauerhaft die Antragsbefugnis verlieren, bedarf es hier einer weitergehenden Ausformulierung, um Rechtssicherheit zu schaffen.

### **2.1.17 § 165 Abs. 1 GWB**

Der BDEW befürwortet die elektronische Akteneinsicht.

### **2.1.18 § 166 Abs. 1 GWB**

Der neu eingefügte Passus greift aus Sicht des BDEW zu stark in das rechtliche Gehör des Antragsgegners ein. Gemäß Satz 1 soll über offensichtlich unzulässige oder unbegründete Anträge nach Lage der Akten entschieden werden. Unter Satz 2 fallen demnach Verfahren, in denen die Anträge voraussichtlich zulässig und begründet sind und nach Aktenlage ein Vergaberechtsverstoß offensichtlich erscheint. Angesichts der erheblichen Konsequenzen, die ein festgestellter Vergaberechtsverstoß für den Auftraggeber haben kann, ist es jedoch untragbar, ihm die Möglichkeit zu verwehren, sich in einer mündlichen Verhandlung zu äußern.

Zudem besteht die Gefahr, dass diese Regelung zu häufig angewendet wird. Eine Entscheidung nach Aktenlage bedeutet nicht in jedem Fall eine Beschleunigung. Der Beschleunigungsgedanke ist hier fehl am Platz, da selbst rechtlich „einfache“ Fälle erhebliches Schadenspotenzial für den Auftraggeber bergen können. Außerdem wird dem Beschleunigungsgedanken bereits durch die Möglichkeit einer Videoverhandlung Rechnung getragen.

Der BDEW fordert daher, den Passus zu löschen.

Alternativ könnte die Formulierung aus dem LNG-Beschleunigungsgesetz entsprechend herangezogen werden: „... wenn kein unmittelbarer Eindruck der Parteien oder direkter Austausch des tatsächlichen und rechtlichen Vortrags erforderlich ist“.

## **2.2 Artikel 4: Änderungen VgV**

**Hinweis:** Die folgenden Kommentare zur VgV gelten entsprechend für die inhaltsgleichen Anpassungen der SektVO, die zur Vermeidung von Wiederholungen im Folgenden nicht nochmals aufgeführt werden.

### 2.2.1 § 17 Abs. 5 VgV

Da ein Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb nur in seltenen Ausnahmefällen zulässig ist und in solchen Fällen in der Regel nicht derselbe Markt angesprochen wird, erscheint die Formulierung, dass der Auftraggeber zwischen den Unternehmen „wechseln“ und „regelmäßig“ auch junge sowie kleine und mittlere Unternehmen einbeziehen soll, als unpassend. Zudem kann bei der Aufforderung zur Angebotsabgabe im Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb nicht im Voraus festgestellt werden, ob die jungen, kleinen und mittleren Unternehmen „geeignet“ sind; dies ist der Eignungsprüfung im Verhandlungsverfahren vorbehalten.

Der BDEW fordert, anstelle der gewählten Formulierung die Aufnahme eines allgemeinen Grundsatzes, wonach bei der Aufforderung zur Angebotsabgabe bei Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb auch junge, kleine und mittlere Unternehmen berücksichtigt werden sollen.

In diesem Zuge wäre auch eine Spezifizierung wünschenswert, wie lange ein Unternehmen als „jung“ gilt (z. B. max. fünf Jahre am Markt aktiv).

### 2.2.2 § 28 Abs. 2 VgV

Die Markterkundung ist ein dem Auftraggeber zur Wahl stehendes Mittel, den Markt in dem für den Auftraggeber erforderlichen Umfang zu erkunden. Die vorgeschlagene Soll-Regelung, dass die Markterkundung auch umweltbezogene, soziale und innovative Aspekte der Nachhaltigkeit erfassen soll, ist verfehlt. Der Auftraggeber darf sich nicht dafür rechtfertigen müssen, sich z. B. zum Zwecke der Auftragswertschätzung nur nach Preisen zu erkundigen oder um einen Marktüberblick an Fertigungskapazitäten für einen bestimmten Zeitraum zu erhalten. Da öffentliche Auftraggeber gem. § 120a GWB die vorgenannten Aspekte ohnehin berücksichtigen müssen, wird sich die Markterkundung ohnehin ganz automatisch auf diese Aspekte ausweiten, wenn der Bedarf besteht. Zusätzlicher Bürokratieaufwand sollte unbedingt vermieden werden, um die Anwendung des Vergaberechts zu vereinfachen.

Es wirkt insgesamt befremdlich, dass eine Markterkundung grds. freiwillig ist, aber eine Pflicht zur Erkundung vorgenannter Aspekte besteht, wenn man sich für eine Markterkundung entscheidet.

Ferner sollte es bei dem freiwilligen Mittel der Markterkundung dem Auftraggeber auch freistehen, wie er eine solche durchführt. Der Besuch von Messen ist eine hervorragende nicht-digitale Möglichkeit der Markterkundung. Warum man Vorgaben zur digitalen Durchführung macht, erschließt sich nur vor dem Hintergrund, dass mittels eines klar definierten Prozesses

Transparenz geschaffen werden soll, über die potenziellen Wissensvorsprünge der an der Markterkundung beteiligten Unternehmen, damit diese im Rahmen der Ausschreibung ausgeglichen werden können. Dies erklärt jedoch nicht die Pflicht zur Abfrage umweltbezogener, sozialer und innovativer Aspekte der Nachhaltigkeit, welche dann ggfs. nur als Vorwandfrage mit abgeprüft werden.

Der BDEW regt daher an, den Einschub ersatzlos zu streichen.

### **2.2.3 § 29 Abs. 2 VgV**

Das pauschale Fordern von Zahlungsmodalitäten zugunsten von jungen, kleinen und mittleren Unternehmen wird bei Marktansprachen, bei denen die Teilnahme solcher Unternehmen nicht zu erwarten ist, zur Last. Die Formulierung sollte sich daher auf Fälle reduzieren, bei denen die Teilnahme von jungen, kleinen und mittleren Unternehmen erwartet wird.

Zudem sind die Verhandelbarkeit von Zahlungsmodalitäten oder die Möglichkeit, verschiedene Zahlungspläne anhand definierter Meilensteine den Firmen zur Auswahl zu stellen und dies im Rahmen der Angebotsbewertung zu berücksichtigen, ein geeigneteres Vorgehen, um jungen, kleinen und mittleren Unternehmen entgegenzukommen.

### **2.2.4 § 35 VgV**

Der BDEW befürwortet den Vorschlag. Ganz allgemein sollte jedoch darüber nachgedacht werden, das Wort „vorschreibt“ zu löschen. Es ist kein Anwendungsfall denkbar, in dem der Auftraggeber eine Leistungsbeschreibung festlegt und zugleich den Bietern vorschreibt, von dieser über ein Nebenangebot abzuweichen.

### **2.2.5 § 42 Abs. 2 VgV**

Die derzeitige Formulierung birgt Rechtsunsicherheiten. Was sind „besondere Umstände“? Wann gelten diese als „berücksichtigt“? Sind die Umstände nur mittelstandsspezifisch oder gar marktspezifisch zu verstehen? Angelehnt an die Formulierung in § 120a GWB wäre diese Vorschrift als "Soll-Vorschrift" zu formulieren. Denn nicht selten wird ein Markt angesprochen, der keine jungen, kleinen, und mittleren Unternehmen führt. Dennoch wäre es ein Vergaberechtsverstoß, wenn die Kriterien nicht mittelstandsfördernd wären.

Zudem ist der Mittelstand durch das Bilden von Bewerbergemeinschaften und die Möglichkeit der Eignungslleihe bereits ausreichend berücksichtigt, so dass eine pauschale Berücksichtigung der Interessen, unabhängig der Beschaffungs- und Marktsituation, zu weit greifen würde und eine Ungleichbehandlung zulasten der übrigen Unternehmen darstellen würde.

### **2.2.6 § 45 Abs. 5 Satz 2f. VgV**

Grundsätzlich wird die Berücksichtigung junger Unternehmen begrüßt, um neue Marktteilnehmer und innovative Ideen im Rahmen der Ausschreibungen gewinnen zu können. Allerdings sieht der BDEW die Verpflichtung und die praktische Umsetzbarkeit des Nachweises durch „alternative Unterlagen“ kritisch. Zum aktuellen Zeitpunkt können junge Unternehmen als Nachunternehmer oder über Eignungsleihe an Ausschreibungen teilnehmen und somit besteht bereits jetzt die Möglichkeit zur erfolgreichen Teilnahme an Ausschreibungen. Die unspezifische Lockerung und allgemeine Verpflichtung für „junge Unternehmen“ alternative Unterlagen zuzulassen, widerspricht dem Grundsatz der Gleichbehandlung.

Der BDEW regt an, die vorgesehenen Änderungen ersatzlos zu streichen.

### **2.2.7 § 47 Abs. 1 VgV**

Der BDEW befürwortet den vorgesehenen Einschub, da die Eignungsleihe im Konzernverbund von vielen jungen, kleinen und mittleren Unternehmen Bewerbern/Bietern genutzt wird und so der Aufwand der Nachweiserbringung und -prüfung stark reduziert wird.

Der BDEW fordert, diesen Einschub ebenfalls in die wortgleiche Norm der SektVO zu übernehmen.

### **2.2.8 § 48 VgV**

Siehe hierzu bereits die Anmerkungen zu § 122 GWB.

## **2.3 Artikel 5: Änderungen SektVO**

### **2.3.1 § 8 Abs. 5 SektVO**

Aufgrund von Anforderungen zur Umsetzung nachhaltiger Kriterien aus den Bereichen Umwelt, Soziales und Innovation aus dem freien Markt, um finanzielle Mittel für neue Anlagen zu generieren, besteht schon eine allgemeine marktseitige Verpflichtung zur Einhaltung vorangehend genannter Anforderungen. Diesem Umstand und der dadurch entstehenden Prüf- und Dokumentationspflicht – falls ausnahmsweise keine Berücksichtigung nachhaltiger Kriterien stattfinden sollte – geschuldet, sieht der BDEW die vorgesehene Ergänzung kritisch. Es handelt sich hier um einen bürokratischen Aufwandstreiber.

Der BDEW fordert, die Ergänzung für die Sektorentätigkeit Energieversorgung zu streichen.

### **2.3.2 § 17 Abs. 2 SektVO**

Hier wird auf § 46a Abs. 1 SektVO verwiesen. § 46a SektVO existiert nicht. Sollte § 46 SektVO gemeint sein, so wird auf die nachfolgende Kommentierung zu dieser Norm verwiesen.

### **2.3.3 § 18 Abs. 2 SektVO**

Hier wird auf § 46a Abs. 1 verwiesen. § 46a SektVO existiert nicht. Sollte § 46 SektVO gemeint sein, so wird auf die nachfolgende Kommentierung zu dieser Norm verwiesen.

### **2.3.4 § 28 Abs. 3 SektVO**

Der Verweis auf § 120a GWB ist nicht korrekt. Aus § 120a GWB geht nicht hervor, dass dieser auch für (private) Sektorenauftraggeber Anwendung findet (s. Kommentar zu § 120a GWB). Ferner wäre selbst im Falle der Anwendung § 120a Abs. 4 und 5 nicht für (private) Sektorenauftraggeber anwendbar mangels Geltung der Verwaltungsvorschriften.

### **2.3.5 § 34 Abs. 5 SektVO**

§ 34 Abs. 5 SektVO stellt allein auf öffentliche Auftraggeber ab.

Der BDEW fordert eine Ergänzung, dass Sektorenauftraggeber, die die Voraussetzungen des öffentlichen Auftraggebers nicht erfüllen, ebenfalls zum Rückgriff auf § 34 Abs. 5 SektVO berechtigt werden.

### **2.3.6 § 41 Abs. 1 SektVO**

Ein Verweis auf die VgV ist der SektVO fremd. Der Text des § 29 Abs. 1 VgV wäre in die SektVO zu überführen. Die Praxis von Querverweisen in andere Vergabeverordnungen steht dem Ziel einer Vereinfachung der Anwendbarkeit entgegen.

### **2.3.7 § 46 Abs. 1 und Abs. 2 SektVO**

Der Begriff „angemessen“ wäre durch „verhältnismäßig“ zu ersetzen. Dies in Anlehnung an den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz und in Anlehnung an den Wortlaut des § 120a GWB.

## **2.4 Änderungen UVgO**

### **2.4.1 § 14 Abs. 1 UVgO**

Die Wertgrenze für Direktaufträge ist noch immer zu niedrig angesetzt. Mit Blick auf die jüngste Wertgrenzenerhöhung in Baden-Württemberg auf 100.000 EUR für Direktaufträge ist eine deutliche Erhöhung bzw. Angleichung auch in der UVgO angezeigt (Vorschlag: 100.000 EUR), um vergleichbare Erleichterungen unter den Bundesländern zu schaffen.

## 2.4.2 § 14a UVgO

Die vorgesehene Regelung ist unklar. Es stellt sich insbesondere die Frage, was unter einem Online-Marktplatz zu verstehen ist. Fällt beispielsweise auch eine Beschaffung bei Amazon hierunter? Eine entsprechende Klarstellung sollte auch in den Erläuterungen zu § 14a UVgO vorgenommen werden.

## 2.5 Ergänzende Hinweise zum Lieferkettensorgfaltspflichtengesetz

Der BDEW nutzt die Gelegenheit der Stellungnahme zum Vergabetransformationspaket zugleich, um auch das Lieferkettensorgfaltspflichtengesetz aufzugreifen. Obwohl dieses Thema nicht unmittelbar im Zusammenhang mit dem Vergabetransformationspaket steht, sind beide Themenkomplexe eng miteinander verknüpft. Die Berücksichtigung dieser Hinweise trägt maßgeblich dazu beitragen, die Ziele des Vergabetransformationspakets zu fördern und Vereinfachungen im Vergaberecht zu erzielen.

Lieferkettensorgfaltspflichtengesetz pragmatisch umsetzen

- Durchführung und Berichterstattung zur Risikoanalyse – Intervallfrequenz, § 5 Abs. 4 LkSG

Nach § 5 Abs. 4 LkSG ist die Risikoanalyse einmal im Jahr [...] durchzuführen. Die Intervallfrequenz ist sehr kurz und jede Risikoanalyse führt im Unternehmen zu großem Aufwand (insb., da Risikoanalysen u. a. auch in allen Mehrheitsbeteiligungen durchzuführen sind). Der Aufwand ist dadurch insb. in Konzernen sehr groß.

Des Weiteren können (umfangreiche) Präventions- und Abhilfemaßnahmen zumeist in den Unternehmen nicht innerhalb weniger Monate umgesetzt werden, sodass sich Risikoprofile innerhalb eines Jahres kaum ändern – trotzdem ist der große Aufwand der Durchführung und Berichterstattung von Risikoanalysen erforderlich.

Die Sinnhaftigkeit von jährlichen Risikoanalysen ist fraglich, weshalb eine Erweiterung der Intervallfrequenz wünschenswert wäre.

Der BDEW fordert daher folgende Anpassung:

Die Risikoanalysen sollten nur alle zwei oder drei Jahre – anstatt einmal im Jahr – durchzuführen sein.

- Sinnhaftigkeit der Risikoanalyse im eigenen Geschäftsbereich, § 5 Abs. 1 LkSG

Im Rahmen des Risikomanagements hat das Unternehmen eine angemessene Risikoanalyse [...] durchzuführen, um die menschenrechtlichen und umweltbezogenen Risiken im eigenen

Geschäftsbereich [...] zu ermitteln. In Deutschland bestehen z. B. insb. im Arbeitsschutz und im Umweltbereich bereits sehr strenge Regelungen. Es ist nicht ersichtlich, welchen Mehrwert die Pflichten des LkSG bzgl. dieser Themen bei Unternehmen in Deutschland haben.

Der BDEW fordert daher, bei der Risikoanalyse der Unternehmen im eigenen Geschäftsbereich die Themen Arbeits- und Gesundheitsschutz sowie Umwelt auszuklammern.

- Sinnhaftigkeit der Risikoanalyse hinsichtlich der Zulieferer – Bemühenspflicht, §§ 2 Abs. 1 i.V.m. 5 Abs. 1 LkSG

Unternehmen sind dazu verpflichtet, in ihren Lieferketten die in diesem Abschnitt festgelegten menschenrechtlichen und umweltbezogenen Sorgfaltspflichten in angemessener Weise zu beachten. Im Rahmen des Risikomanagements hat das Unternehmen eine angemessene Risikoanalyse [...] durchzuführen, um die menschenrechtlichen und umweltbezogenen Risiken [...] bei seinen unmittelbaren Zulieferern zu ermitteln.

Es ist unklar, wie weit die Bemühenspflicht des LkSG greift – z.B. wie viele Kontaktversuche hat ein Unternehmen beim (un)mittelbaren Lieferanten durchzuführen und zu dokumentieren?

Zudem gibt es Länder, die die ILO-Übereinkommen und internationalen Pakte nicht in nationales Gesetz umgesetzt haben. Teils bestehen sogar Gesetze, die z. B. Koalitionsfreiheit verbieten. Es ist unklar, wie in solchen Situationen vorzugehen ist und welche Anforderungen an die Dokumentation gestellt sind.

Der BDEW fordert daher, Klarheit zu schaffen hinsichtlich des Umfangs der Bemühenspflicht.

- Definition des Begriffs „Zulieferer“, § 2 Abs. 7 LkSG

Unmittelbarer Zulieferer im Sinne dieses Gesetzes ist ein Vertragspartner, dessen Zulieferungen für die Herstellung des Produktes des Unternehmens oder zur Erbringung und Inanspruchnahme der betreffenden Dienstleistung notwendig sind.

Der Begriff ist sehr weit gefasst – auch das BAFA hat diesen nicht enger gefasst. Das führt zu einer sehr großen Anzahl an Geschäftspartnern, die als Zulieferer gelten und somit bei der Erfüllung der Sorgfaltspflichten zu beachten sind.

Der BDEW fordert daher, die Definition des Begriffs „Zulieferer“ enger zu fassen.

- Fehlende Definition des Begriffs LkSG-Risiko (Netto- und/oder Brutto-Risiko), § 2 Abs. 2 und 3 i.V.m. 5 Abs. 1 LkSG

Ein Risiko im Sinne dieses Gesetzes ist ein Zustand, bei dem aufgrund tatsächlicher Umstände mit hinreichender Wahrscheinlichkeit ein Verstoß [...] droht.

Im Rahmen des Risikomanagements hat das Unternehmen eine angemessene Risikoanalyse [...] durchzuführen, um die menschenrechtlichen und umweltbezogenen Risiken zu ermitteln.

Es besteht keine Transparenz und Klarheit, ob im LkSG beim verwendeten Begriff "Risiko" Netto- oder Brutto-Risiken gemeint sind. Auch das BAFA hat in seiner Eingabemaske für den LkSG-Bericht den Begriff nicht konkretisiert. Dies führt zu unterschiedlichen Auslegungen und somit zu unterschiedlichen Risikoprofilen und Berichten. Eine Vergleichbarkeit ist somit nicht gegeben. Am Ende entsteht durch diese Unklarheiten zusätzlicher Aufwand.

Der BDEW fordert daher eine Klarstellung, wie der Risikobegriff des LkSG zu verstehen ist.

- Erstellung eines jährlichen Berichts über die Erfüllung der Sorgfaltspflichten, § 10 Abs. 2 LkSG

Der Bericht ist anhand einer Eingabemaske des BAFAs zu erstellen, dem BAFA zu übermitteln und auf der Internetseite des Unternehmens zu veröffentlichen.

Es gibt viele Überschneidungen mit der Grundsatzklärung, die auch anzufertigen und zu veröffentlichen ist; Fragen der Eingabemaske des BAFA häufig unklar; Eingabemaske nicht tauglich, um Inhalte verständlich darzustellen; Berichte daher oberflächlich und mit wenig Aussagegehalt und Mehrwert. Im Unternehmen entsteht dennoch viel Aufwand, um den Bericht zu erstellen.

Der BDEW fordert daher, den Bericht abzuschaffen.

- Verpflichtung zur eigenständigen Erstellung eines LkSG-Berichts für jedes verpflichtete Unternehmen im Konzern, § 10 Abs. 2 LkSG

Das Unternehmen hat jährlich einen Bericht über die Erfüllung seiner Sorgfaltspflichten im vergangenen Geschäftsjahr zu erstellen und öffentlich zugänglich zu machen. In einem Konzern muss jedes nach dem LkSG verpflichtete Unternehmen einen eigenständigen LkSG-Bericht (in der Eingabemaske des BAFA) erstellen und veröffentlichen – die Möglichkeit eines Konzern-LkSG-Berichts besteht nicht. Dies führt zu teils identischen Angaben und somit zu teils doppeltem Aufwand.

Der BDEW fordert daher, die Möglichkeit eines Konzern-LkSG-Berichts zu schaffen.