

An das
Bundesministerium für Wirtschaft und
Klimaschutz

11019 Berlin

Email-Versand:
vergabetransformation@bmwk.bund.de

Arbeitsgemeinschaft der
Wasserwirtschaftsverbände
in Nordrhein-Westfalen

Geschäftsführerin

Am Erftverband 6
50126 Bergheim

Tel. 02271 88-1278

Fax 02271 88-1365

Mobil 0162 2030247

www.agw-nw.de
info@agw-nw.de

Bergheim, 14. Februar 2023

Öffentliche Konsultation zur Transformation des Vergaberechts

Sehr geehrte Damen und Herren,
gerne beteiligen wir uns an der laufenden Konsultation Ihres Hauses zur Transformation des Vergaberechtes. Unsere Antworten finden Sie unten angefügt:

Aktionsfeld 1: Stärkung der umwelt- und klimafreundlichen Beschaffung

1. Auf welcher Stufe des Vergabeverfahrens können Sie sich eine (verpflichtende) Berücksichtigung von umwelt- oder klimabezogenen Aspekten am besten vorstellen? Eher in der Leistungsbeschreibung, bei den Eignungs- oder Zuschlagskriterien, in den Ausführungsbedingungen oder in einer Kombination davon?

In der Leistungsbeschreibung und den Ausführungsbedingungen gibt es u.E. die konkreteste Möglichkeit umwelt- und klimabezogene Aspekte auch prüfbar und mit dem geringstmöglichen bürokratischen Aufwand innerhalb einzelner Maßnahmen unterzubringen.

Eine Unterbringung solcher Aspekte in den Eignungs- und Zuschlagskriterien birgt die Schwierigkeit, für jede Auftragsvergabe eine sachgerechte Wertung dieser Kriterien frei von Manipulationsmöglichkeiten zu entwerfen. Gleichzeitig wäre es erforderlich, ein System für die objektive Feststellung der Eignung der Bieter in Bezug auf umwelt- und klimabezogene Aspekte über ein Güte-Siegel-System o.ä. zu etablieren. Dies würde aber zusätzlichen bürokratischen Aufwand sowie zusätzliche Kosten verursachen und in den konkreten Verfahren zusätzliche Risiken und Schwierigkeiten (vergaberechtliche, wirtschaftliche etc.) hervorrufen. Eignungsfeststellungen auf der Basis reiner Eigenerklärungen der Bieter werden nicht als hinreichend angesehen.

2. Existieren aus Ihrer Sicht bereits zielgerichtete und hinreichend praxistaugliche Vorbilder für die verbindliche Berücksichtigung von Nachhaltigkeitskriterien (welche?)?

Genauere Anforderungen im Verfahren, bzw. eine Aufnahme in den Vergabeunterlagen, wären hilfreich (z.B. Einführung eines VHB Formblatts oder eines Leitfadens). Bekannt ist der sog. „Kompass Nachhaltigkeit“. Dort sind umfassende Informationen inkl. bundesweiter Praxisbeispiele zu nachhaltiger Beschaffung aufgeführt. Des Weiteren gibt es Ansätze in den Regelungen des SaubFahrzeugBeschG, zumindest sind hier Mindestziele definiert.

3. Welche rechtlichen oder praktischen Punkte könnten aus Ihrer Sicht am besten zu einer nachhaltigen öffentlichen Beschaffung beitragen? Wie hilfreich wären z.B. praktische Anleitungen, Begründungspflichten, Selbstverpflichtungen, Quoten, Ge- und Verbote oder Mindeststandards?

Aus unserer Sicht wären bundeseinheitliche oder zumindest landeseinheitliche Mindeststandards bei der Erstellung von Vergabeunterlagen sehr hilfreich, da dann alle öffentlichen Auftraggeber die gleichen Standards verwenden. Das würde es den Auftragnehmern einfacher machen, an entsprechenden Vergaben teilzunehmen. Ferner würde dies auch dazu führen, dass sich das allgemeine Marktniveau entsprechend verbessert. Selbstverpflichtungen werden im Hinblick auf die erforderlichen – auch haushälterischen – Beschlüsse für öffentliche Auftraggeber in Zeiten angespannter öffentlicher Kassen als nicht vergleichbar effektiv eingeschätzt. Begründungspflichten verursachen in diesem Zusammenhang zusätzlichen bürokratischen Aufwand ohne inhaltliche Verbesserung. Als Hilfestellung für den Arbeitgeber wären praktische Anleitungen sinnvoll, um eine gleichbleibende Qualität der entsprechenden Vorgaben zu erhalten. Sollten seitens der Gesetzes- bzw. Verordnungsgeber entsprechende Verbote oder Quoten zwingend vorgegeben werden, so müssten diese bundeseinheitlich gleich sein, um einen einheitlichen Standard zu gewährleisten.

4. In welchen Branchen sehen Sie besondere Chancen für die umwelt- und klimafreundliche Beschaffung? Gibt es Ihrer Ansicht nach Leistungen, die keine entsprechende Umwelt- oder Klimarelevanz haben könnten? Bitte erläutern Sie.

Grundsätzlich bietet sich jede Branche für eine umwelt- und klimafreundliche Beschaffung an. Produkte, die energieverbrauchsrelevant (z. B. mit hohem Strom-, Gas- oder Ölverbrauch) sind, sollten hier besonders in den Blick genommen werden.

Auch sollten Branchen in den Blick genommen werden, bei denen auch der „nicht öffentliche Markt“ bereits klimafreundlichere Lösungen in technisch brauchbarer Ausführung bereithält. Dies gilt es zu analysieren. Hier kann die öffentliche Beschaffung Steuerungsmöglichkeiten zur Stärkung solcher Marktlösungen bieten.

Vorgaben in Bereichen, in denen öffentliche Auftraggeber sozusagen als „Vorreiter“ unterwegs sind, verursachen zusätzliche Schwierigkeiten für ein hinreichend großes Bieterfeld, welches

noch mit einem für die Wirtschaftlichkeit der Beschaffung erforderlichen Wettbewerb verbunden ist. Bereits heute existiert in manchen Branchen – aus unterschiedlichen Gründen – zu wenig Interesse des Marktes an der Beteiligung bei öffentlichen Ausschreibungen. Dies wird sich in Zeiten des Fachkräftemangels nicht verbessern.

Aktionsfeld 2: Stärkung der sozial-nachhaltigen Beschaffung

5. Welche Aspekte einer sozial verantwortlichen Beschaffung sollten über die Berücksichtigung von Tarifverträgen hinaus aus Ihrer Sicht prioritär bei der öffentlichen Beschaffung verfolgt oder intensiviert werden?

Prioritär gilt es, Lieferketten (u.a. Einhaltung von Mindestarbeitsbedingungen der ILO-Kernarbeitsnormen, Übernahme der Intention des Lieferkettensorgfaltspflichtengesetzes) in den Blick zu nehmen, da hier u.E. der konkreteste Bezug zu den jeweiligen Auftragsgegenständen besteht. In Bezug auf Vorgaben jedweder Art erscheint darüber hinaus die Schwierigkeit, solche, anders als durch Eigenerklärungen der Bieter, objektiv prüfbar zu gestalten. Reine Eigenerklärungen erscheinen uns in der Praxis ohne Prüfungsmöglichkeiten Schall und Rauch. Aber selbst wenn Prüfungsmöglichkeiten wie in der Vergangenheit z.B. wegen Regelungen in Tarifreuegesetzen vertraglich vereinbart wurden, haben diese u.E. keinerlei Bedeutung in der Praxis erlangt (Stichwort: Datenschutz, Betriebsdaten etc.). Praktisch hat es solche Überprüfungen u.E. so gut wie nicht gegeben.

Die Stärkung der Verbindlichkeit sozialer Anforderungen sind u.E. am ehesten mit direkten gesetzlichen Anforderungen in den jeweiligen Arbeitsbereichen zu erzeugen und nicht über den Umweg über die öffentliche Beschaffung.

Beispielhaft seien hier die Erfahrungen mit dem Themenfeld Vereinbarkeit von Familie und Beruf aus dem ehemaligen Tarifreuegesetz des Landes NRW vom 10. Januar 2012 erwähnt. Wünschenswerte Maßnahmen waren von den Bietern per Eigenerklärung zu bestätigen. Für die öffentlichen Auftraggeber existierten aber praktisch keinerlei Prüfungsmöglichkeiten, ob diese Maßnahmen auch tatsächlich bei den Bietern durchgeführt wurden. Die Marktteilnehmer gingen nach unserem Eindruck ganz unterschiedlich mit den Vergabeanforderungen um, ohne dass in der Vergabep Praxis der Eindruck gewonnen werden konnte, dass der angedachte Steuerungszweck jedenfalls auch nur annähernd erzielt wurde.

6. Wie könnte dies aus Ihrer Sicht am besten im Vergabeverfahren und -recht integriert werden?

Berücksichtigung von Vorgaben in Leistungsbeschreibung und Ausführungsbedingungen, aber auch in gesetzlichen Vorgaben und die Einführung von Standards.

7. Wie können soziale Innovationen wie z.B. Sozialunternehmen durch die öffentliche Vergabe gestärkt werden?

Praktisch (und einfach) sehen wir hier nur die Möglichkeit der bevorzugten Wertung von Sozialunternehmen z.B. durch reduzierte Umsatzsteuersätze oder entsprechende Vergabeerlasse im Unterschwellenbereich. Andere Ansätze der Stärkung sozialer

Innovationen über den Umweg der öffentlichen Vergabe halten wir für nicht effektiv. Soziale Innovationen, wie auch andere Innovationen, sollten u.E. – wenn politisch gewollt – direkt gefördert werden. In Betracht kommen aber auch Regelungen analog zu § 118 GWB.

Aktionsfeld 3: Digitalisierung des Beschaffungswesens

8. Welche der folgenden Dienste kennen Sie und welche davon nutzen Sie? Zentraler Bekanntmachungsservice, Datenservice öffentlicher Einkauf, die neuen elektronischen Standardformulare, weitere Projekte zur Digitalisierung des öffentlichen Einkaufs (bitte benennen). Was fehlt aus Ihrer Sicht zur vollumfänglichen Digitalisierung der Vergabeverfahren?

Genutzt werden unterschiedliche Vergabemanagementsysteme zur Veröffentlichung und Durchführung von Vergaben. Beispielsweise Cosinex, Subreport, Healy Hudson (Deutsche e-Vergabe), DTAD, DTVP, Vergabe 24. Die Auftragnehmer – insbesondere der Mittelstand – ist zum Teil überfordert mit den Unterlagen und der Vielzahl der unterschiedlichen Systeme. Zur vollumfänglichen Digitalisierung fehlt eine bundeseinheitliche Plattform, mit einheitlichen Vorgaben. Es gibt zwar auf Bundesebene die Plattform bund.de, wo alle Vergaben bekannt gemacht werden, jedoch muss ein Bieter immer noch auf die landesspezifische Plattform gehen, um an der Ausschreibung teilzunehmen. Eine bundeseinheitliche Plattform, wo der Bieter direkt auf die entsprechende Ausschreibung gelangt und dort auch das Angebot einstellen kann wäre hier eine große Erleichterung.

9. Spricht aus Ihrer Sicht etwas gegen die elektronische Einreichung von Nachprüfungsanträgen und virtuelle mündliche Verhandlungen in Nachprüfungsverfahren? Bitte erläutern Sie.

Aus unserer Sicht spricht nichts gegen eine elektronische Einreichung von Nachprüfungsanträgen. Auch virtuelle mündliche Verhandlungen sind durchaus sinnvoll, sie werden in Verfahren z. B. Arbeitsgericht, z. T. in der ordentlichen Gerichtsbarkeit durchgeführt. Die Durchführung von virtuellen Verhandlungen sollte in das Ermessen des Gerichts gestellt werden.

10. Welche weiteren Schritte sind praktisch und rechtlich zur Digitalisierung der Nachprüfungsverfahren aus Ihrer Sicht insbesondere erforderlich?

Dafür ist eine vollständige Regelung für das elektronische Verfahren sowie die Schaffung der technischen Voraussetzungen erforderlich.

Aktionsfeld 4: Vereinfachung und Beschleunigung der Vergabeverfahren

11. Welche Vereinfachungs- und Beschleunigungspotentiale sehen Sie noch im Vergaberecht? Wo setzen aus Ihrer Sicht Rechtssicherheit, Wirtschaftlichkeit oder das europäische Vergaberecht wichtige Grenzen?

Es ist immer noch so, dass die Länder die Möglichkeit haben, im Unterschwellenbereich eigene Landesvergabeordnungen zu erlassen. Dadurch herrscht in Deutschland in diesem Bereich keine einheitliche Regelung. Da jedes Land hier auch eigene Regelungen zu den entsprechenden Nachweisen vorgeben kann, ist eine einheitliche Vergabe nicht möglich. Bietern aus anderen Bundesländern macht es dadurch u. U. schwerer sich an entsprechenden Vergaben zu beteiligen, da sie sich immer auf die Vorgaben des jeweiligen Landes einstellen müssen. Hier wäre eine bundesweit einheitliche Vorgabe sinnvoller. Im Überschwellenbereich besteht u.E. Beschleunigungspotential, wenn Sonderregelungen wie der Abschnitt 6 der VgV für die Vergabe von Ingenieurleistungen, in denen beispielsweise Verhandlungsverfahren und wettbewerblicher Dialog als Standardverfahren für die Vergabe von Ingenieurleistungen vorgegeben werden, wegfielen. Ingenieurleistungen lassen sich u.E. vielfach auch im reinen Preiswettbewerb innerhalb von Offenen oder Nicht-offenen Verfahren nach öffentlichem Teilnahmewettbewerb – sorgfältige Eignungsprüfung vorausgesetzt – vergeben. Auch halten wir in diesem Zusammenhang eine Vereinheitlichung von Fristvorgaben für sinnvoll.

12. Inwieweit können Sie sich eine Flexibilisierung des Losgrundsatzes vorstellen, etwa für wichtige Transformationsvorhaben?

Sinnvoll ist unserer Einschätzung nach eine Flexibilisierung des Losgrundsatzes immer nur dort, wo Detaillösungen besser vom Markt angeboten werden können und die jeweilige Ausführung der Detaillösung für den Nutzer unerheblich ist.

Die Flexibilisierung des Losgrundsatzes in Bereichen, in denen dann in erster Linie Generalübernehmer nur noch Subunternehmer steuern, ist u.E. kontraproduktiv, da sich u.E. hierdurch öffentliche Aufträge in erster Linie verteuern, ohne dass damit inhaltliche Verbesserungen verbunden wären.

Im Gegenteil: U.E. werden damit kleine und mittelständische Unternehmen eben gerade nicht gefördert (s. Aktionsfeld 2 und 5). Ein Durchgriff des Auftraggebers auf die leistungsausführenden Unternehmen und deren Auftragsausführung wird erschwert. Erhoffte Aufwandsersparnisse (vorrangig personeller Aufwand) realisieren sich u.E. in vielen Fällen nicht, insbesondere wenn gleichzeitig die Qualität der eingekauften Leistungen vergleichbar sichergestellt werden muss. Leistungsbeschreibung und Ausführungsbedingungen, die wir als wesentlich in Bezug auf die Wirtschaftlichkeit und Qualität der von der öffentlichen Hand beschafften Waren und Leistungen ansehen, geraten dann in den Hintergrund.

Inhaltliche Verbesserungen sind unseres Erachtens besser durch ausreichend fachkundiges Personal auf Seiten der öffentlichen Auftraggeber sicherzustellen, als durch die Aufweichung des Losgrundsatzes und den verstärkten Einsatz von Generalübernehmern.

13. Wie kann die Vergabepraxis einfacher und schneller gelingen? Wie könnten Ihrer Ansicht nach Vergabeverfahren z.B. noch weiter professionalisiert werden? Warum haben Sie oder Ihr Unternehmen sich zuletzt gegebenenfalls nicht mehr an öffentlichen Vergabeverfahren beteiligt?

Grundsätzlich richtet sich diese Frage an die Bieter.

Dennoch kann auf Folgendes hingewiesen werden: Die reine Durchführung der Vergabeverfahren als solche ist derzeit nicht die größte Schwierigkeit bei der öffentlichen Beschaffung, sondern die zur Deckung des Beschaffungsbedarfs und zur Durchführung der Verfahren erforderlichen inhaltlichen Festlegungen und Vorbereitungen sowie die Umsetzung der entsprechenden Maßnahmen.

Dabei sind technische Bedarfsbeschreibungen, das Herausarbeiten und Anwenden von gesetzlichen Mindestanforderungen, die Vorgabe von marktgerechten Vertragsbedingungen, die Festlegungen auftragsgegenstandbezogener Eignungs- und Wertungskriterien etc. zu nennen. Dies kann u.E. nicht ohne ausreichendes Personal gelingen, das in der Lage ist, entsprechende im Rahmen von Vergabeverfahren abzuschließende Verträge vorzubereiten oder diese später abzuwickeln.

14. Inwieweit können Sie sich auch eine weitere Vereinheitlichung des Vergaberechts vorstellen (formell in einem „Vergabegesetz“ oder materiell stärkere Angleichungen)?

Sinnvoll wären einheitliche verbindliche Regelungen für den Unterschwellenbereich und für das Rechtsschutzverfahren.

Aktionsfeld 5: Förderung von Mittelstand, Start-Ups und Innovationen

15. Welche rechtlichen und praktischen Stellschrauben sehen Sie für eine starke Einbeziehung von kleinen und mittelständischen Unternehmen in die öffentliche Beschaffung?

Das ist sicherlich die Losaufteilung und ein einfacher Zugang zum Vergabeverfahren. Als Nachweis der Eignung ist die Forderung von Referenzen immer noch essentiell. Hier haben Startups oder kleine und mittelständische Unternehmen oft keine Chancen, sich an öffentlichen Vergaben zu beteiligen, da sie dieses Kriterium oft nicht erfüllen können. Hier müsste eine einheitliche Regelung erfolgen, wie diese Unternehmen, auch ohne entsprechende Referenzen, ihre Eignung darlegen können. Werkzeuge, um schnell und einfach vergaberechtlich unbedenkliche Losgrößen zu ermitteln, wurden in der Vergangenheit zwar entwickelt, später aber nur mit Daten aus einer sehr kleinen Anzahl von Branchen versehen (z.B. 2014, „Leitfaden mittelstandsgerechte Teillosbildung“, BMWK – Leitfaden mittelstandsgerechte Teillosbildung).

16. Welche Rolle spielen für Sie zum Beispiel Unteraufträge oder Bietergemeinschaften, Eignungskriterien oder Ausführungsbedingungen? Welche rechtlichen und/oder praktischen Herausforderungen sehen Sie hier?

Diese Möglichkeiten bestehen bereits. Unterauftragsverhältnisse und Bietergemeinschaften

kommen bei den hier beschafften Leistungen häufig vor und bereiten in der Regel keine besonderen Schwierigkeiten (Ausnahme Generalübernehmer-Verträge).

Die Festlegung von Eignungskriterien und insbesondere Wertungskriterien stellt hingegen in Vergabeverfahren eine besondere Herausforderung dar, da ihre Auswahl die Verfahren anfällig für vielerlei Risiken macht (vergaberechtliche, wirtschaftliche, Compliance-Risiken).

17. Wie stark nutzen Sie Markterkundungen oder funktionale Ausschreibungen bzw. innovative Vergabeverfahren, um Innovationen und Start-Ups im Design von Vergabeverfahren besser zu berücksichtigen? Welche praktischen oder rechtlichen Hürden sehen sie hier?

Diese werden selten genutzt, da Leistungsbedarfe häufig feststehen und auch so benötigt werden, beispielweise in der Anlagensanierung. Unter praktischen Aspekten sind u.E. funktionale Ausschreibungen dort sinnvoll, wo die Vorgabe von Detaillösungen unerheblich ist, und eine Vorgabe durch den öffentlichen Auftraggeber praktisch nicht gegeben werden kann oder dies nicht sinnvoll ist. Dennoch bedarf es entsprechender (vor allem auftragsbezogener technischer) Kenntnisse, um funktional aufgestellte Angebote ordnungsgemäß werten zu können, was insoweit einem Dilemma entspricht. Wenn funktionale Ausschreibungen für komplexe Lösungen genutzt wurden, waren die Erfahrungen eher negativ, da bei der Ausführungsqualität der Angebote häufig nicht die Langlebigkeit von Anlagen im Vordergrund stand und entsprechende Vorgaben aus den geschilderten Gründen nicht gemacht werden konnten. Die gesetzlichen oder üblichen vertraglichen Gewährleistungsfristen sind für solche Lösungen u.E. zu kurz, da sie die Nutzungsdauern um ein Vielfaches unterschreiten.

18. Was hat Sie ggf. bisher gehindert, innovative Vergabeverfahren (wie zum Beispiel dynamische Beschaffungssysteme oder elektronische Auktionen) zu nutzen?

Diese werden als aufwendig und komplex in der Umsetzung bewertet. Das angedachte/gewünschte Ergebnis wird auch selten realisiert.

Sonstiges

19. Wie priorisieren Sie die Aktionsfelder? Welche aufgeworfenen Fragen sind Ihnen besonders wichtig?

Die Priorität liegt bei der Vereinfachung der Verfahren. Dabei ist anzumerken, dass die Abwicklungen der Vergabeverfahren als solche nicht die schwierigste Aufgabenstellung bei der öffentlichen Beschaffung darstellt. Planung, Bedarfsbeschreibung, Aufstellung von Vertragsbedingungen und die spätere Vertragsabwicklung gestalten sich oftmals erheblich schwieriger als die Abwicklung der Verfahren als solche. In den Zeiten sich verschärfenden Fachkräftemangels gilt es, die Personalsituation öffentlicher Auftraggeber in den Blick zu nehmen.

20. Sehen Sie Zielkonflikte und falls ja, wie sollten diese aus Ihrer Sicht aufgelöst werden?

Anzunehmen ist, dass die Stärkung von klimafreundlicher und sozial-nachhaltiger Beschaffung sich im Zielkonflikt mit der Vereinfachung der Vergabeverfahren befindet. Wir halten die Steuerung politisch und gesellschaftlich wünschenswerter Zielsetzungen über den Umweg der öffentlichen Beschaffung nicht für effektiv, wenn diese im Bereich Eignungs- oder Wertungskriterien eingesetzt wird. Im Gegenteil besteht die Befürchtung, dass hierdurch eine weitere Verringerung des Wettbewerbs bei öffentlichen Beschaffungen stattfindet, was letztendlich zu unwirtschaftlichen Beschaffungen führen dürfte. Stattdessen halten wir gesetzliche Vorgaben bezogen auf den jeweiligen Auftragsgegenstand bzw. in den jeweiligen Politikfeldern für erheblich wirksamer und sinnvoller.

21. In welchen weiteren Bereichen sehen Sie rechtlichen Anpassungsbedarf der Vergabeverfahren? Welche praktischen Lösungen sehen Sie als besonders wichtig an?

Hier verweisen wir auf eine Vereinheitlichung von Regelungen, wie Fristen, Durchführung mittels e-Vergabe, Angebotswertung und Informationen im Verfahren und in der Vermeidung von landesrechtlichen „Sonder“-Vergaberegulungen (z. B. landeseigene Tariftreue Vorschriften). Wie oben beschrieben sollten besser bundeseinheitliche Regelungen eingeführt werden.

Mit freundlichen Grüßen

A handwritten signature in blue ink that reads 'J. Schäfer-Sack'.

Jennifer Schäfer-Sack

Die agw ist ein Zusammenschluss aus Aggerverband, Bergisch-Rheinischem Wasserverband, Emschergenossenschaft, Erftverband, Lineg, Lippeverband, Niersverband, Ruhrverband, Wahnbachtalsperrenverband, Wasserverband Eifel-Rur und dem Wupperverband. Die Verbände der agw decken etwa zwei Drittel der Fläche des Landes NRW ab und betreiben 285 Kläranlagen mit rund 18 Mio. Einwohnerwerten. Neben diesen betreiben sie noch 37 Talsperren und sind für die Betreuung von rund 17.500 km Fließgewässer verantwortlich.

Die agw ist registrierte Interessenvertretung und wird im Lobbyregister des Bundes unter der Registernummer R002739 geführt.