

**Verband/Land/Stelle:** Bundesarbeitsgemeinschaft der Freien Wohlfahrtspflege  
**Kontakt:** Dr. Friederike Mussgnug, [friederike.mussgnug@diakonie.de](mailto:friederike.mussgnug@diakonie.de)

Die BAGFW bedankt sich für die Möglichkeit zur Stellungnahme zu dem Vergabetransformationspakt.

Als gemeinsame Plattform der Spitzenverbände der Freien Wohlfahrtspflege vertritt sie die Belange ihrer Mitgliedsverbände und der in diesen organisierten gemeinnützigen Sozialunternehmen. Diese Mitglieder erleben Auftragsvergaben aus zwei unterschiedlichen Perspektiven. Zum einen organisieren Leistungsträger soziale Dienstleistungen zunehmend als öffentlichen Auftrag. In diesem Fall müssen sich die Mitgliedsunternehmen als Bieter an Ausschreibungen beteiligen. Daneben bewerben sich Sozialunternehmen um Fördermittel von Bund, Ländern und Kommunen. Wenn die Fördersummen die in den ANBest oder dem Förderbescheid genannten Bagatellgrenzen überschreiten, sind die Unternehmen ihrerseits verpflichtet, Aufträge nach Maßgabe des Unterschwellenvergaberechts zu vergeben.

Beide Perspektiven kommen in der folgenden Stellungnahme zum Ausdruck. Vorauszuschicken ist, dass die sozialen Unternehmen sowohl in der Rolle des Bieters als auch in der des Auftraggebers sowohl das Vergaberecht als auch die Vergabepaxis als deutliche Belastung erleben.

Als Bieter nehmen sie wahr, dass die Auftraggeber sozialer Dienstleistungen das Knowhow, das Erfahrungswissen und das Innovationspotential weitgehend ungenutzt lassen. Weder fragen die Leistungsbeschreibungen dieses nach noch honorieren die Zuschlagskriterien diese. Vielmehr lassen die Vergabeunterlagen Verständnis für den Auftragsgegenstand vermissen und sind vielmehr auf eine möglichst billige Beschaffung ausgerichtet. Dies geht nicht allein auf Kosten der sozialen Infrastruktur, sondern insbesondere auf Kosten derer, die auf diese Leistungen angewiesen sind aber keine bedarfsgerechten Leistungen erhalten. Gemessen an den Zielen des Sozialrechts wie denen des Wettbewerbs, die beide von einer diversifizierte Anbieterlandschaft profitieren und der Verantwortung der Leistungsträger für die soziale Infrastruktur, ist eine Transformation der gegenwärtigen Vergabepaxis unbedingt notwendig.

Zudem fordert die BAGFW eine Evaluation der Auswirkungen, die die Öffnung des Sozialrechts für die Auftragsvergabe erreicht hat. Auch wenn die BAGFW die Notwendigkeit anerkennt, die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit des Sozialsystems durch kostenbewusstes Agieren zu erhalten, tragen die Leistungsträger Verantwortung für den Bestand der sozialen Infrastruktur. Im Bereich sozialer Dienstleistungen kommt den Auftraggebern ein Nachfragemonopol zu: da sie weitgehend die einzigen Auftraggeber sind (z.B. im Bereich der Arbeitsmarktdienstleistungen für Langzeitarbeitslose oder Schuldnerberatungen) gibt es keine parallele Nachfrage vonseiten selbstzahlenden Kund:innen, sondern die Auftraggeber beschaffen diese Leistungen für ihre Zielgruppen.. Eine 20-jährige Ausschreibungspraxis bei sozialen Dienstleistungen hat gravierende Folgen für die gemeinnützigen Dienstleister gehabt. Eine Evaluation dieser Praxis und ihrer Auswirkungen auf den Markt, die Qualität der Leistungen und deren Nutzen für die Zielgruppen ist überfällig. In vielen Bereichen des Sozialrechts sind Auftragsvergaben als Instrument sozialrechtlich ausgeschlossen, ohne dass dadurch Wettbewerb verzerrt wird.

Diese Erfahrungen werden vor allem in der Stellungnahme zu den Änderungsvorschlägen zum GWB und der VgV zum Tragen kommen.

## Stellungnahme BAGFW zum VTP vom 1.11.2024

In der Rolle als Auftraggeber finden sich soziale Unternehmen mit der Verantwortung für hoch komplexe Verfahren konfrontiert. Anders als öffentliche Auftraggeber finden sie dabei aber so gut wie keine Unterstützung und tragen damit ein besonders hohes Risiko, dass die Mittelgeber die Förderungen wegen Verfahrensfehlern widerrufen und zurückfordern. Vor diesem Hintergrund hat die BAGFW Vorschläge zur Gestaltung angemessener [vergaberechtlichen Anforderungen](#) an Zuwendungsempfänger unterbreitet. Die BAGFW erkennt an, dass der vorgelegte Entwurf für die Überarbeitung der UVgO wertvolle Ansätze zur Erleichterung von Verfahrensanforderungen aufweist. Gleichwohl bleibt die grundlegende Herausforderung bestehen. Vor diesem Hintergrund regt die BAGFW an, die grundsätzliche Übertragung des Vergaberechts auf Zuwendungsempfänger jedenfalls insoweit auf den Prüfstand zu stellen, als diese nicht selber bereits öffentliche Auftraggeber sind. Es ist ein Widerspruch in sich, wenn der Aufwand für eine rechtssichere Auftragsvergabe für diese Unternehmen den eigentlichen Wert des Auftrags häufig deutlich übersteigt.

## Stellungnahme zum Vergabetransformationspaket vom 1.11.2024

Lfd. Nr.	Dokument	Bezug	Norm	Anmerkung / Änderung / Vorschlag / Synopse
0.				<p><b><u>Kommentierung Änderungsvorschläge VergabeRTransfG (GWB und VgV)</u></b>  <u>Wie eingangs dargestellt kommt dem GWB und der VgV insbesondere zum Tragen, wenn soziale Unternehmen sich als Bieter an Verfahren beteiligen müssen, um entsprechende soziale Angebote erbringen zu können. Entsprechend fließen in die nachfolgenden Ausführungen die Erfahrungen und Anliegen sozialer Unternehmen als Bieter ein.</u></p>
1.	<i>VergabeR-TransfG</i>	<i>Art. 1 Nr. 2 lit. b</i>	§ 97 IV S. 3 und 4 GWB	<p>Die weitere Öffnung für die Möglichkeit, Großaufträge an einen Generalbeauftragten zu vergeben, ist an sich bereits im Vergaberecht angelegt. Dann eine solche Bündelung und der Verzicht auf die Losbildung durch den Auftraggeber nun auch aus zeitlichen Gründen möglich sein soll, ist mit Blick auf das Beschleunigungsziel der Transformation nachvollziehbar. Allerdings stellt sich die Frage, wie weit dann sichergestellt ist, dass nicht gerade dieses Beschleunigungsargument gerade auch auf den nachgeordneten Ebenen der Projektumsetzung ebenfalls gegen eine Losbildung und damit die Einbeziehung von KMU und jungen Unternehmen zum Tragen kommt. Letztlich ist die Öffentliche Hand als die eigentliche Beschafferin für die Beachtung der Beschaffungsgrundsätze aus § 97 GWB verantwortlich. Ihr obliegt gerade in wirtschaftlich angespannten Zeiten die Verantwortung für die Einbindung von KMU und jungen Unternehmen und die Gewährleistung von Chancengleichheit. Die an sich nachvollziehbare Ausdehnung von Gründen für den Verzicht auf eine Losbildung kann nicht einer weiteren Delegation dieser Verantwortung Vorschub leisten.</p>

				<p>Vor diesem Hintergrund begrüßt die BAGFW den neu eingefügten S. 4. Allerdings spricht sich die BAGFW dafür aus, diese Verpflichtung verbindlicher zu formulieren. Als Sollvorschrift, die den Auftragnehmern nur die "besondere Berücksichtigung" mittelständischer Interessen auferlegt, bestehen nach wie vor Möglichkeiten, diese Belange zurückzustellen.</p> <p>Bereits an dieser Stelle zeigt sich, dass die Beschleunigung und Vereinfachung des Vergaberechts einhergeht mit der Reduzierung von Garantien und Verfahrensabsicherungen. Die BAGFW stellt sich auch im Interesse der Bieter dem Ziel der Verfahrensvereinfachung nicht entgegen. Sie weist aber darauf hin, dass z.B. gerade die Anforderungen an die Losbildung den Wettbewerb für hoch qualifizierte, innovative Anbieter öffnen und so den Qualitätswettbewerb stärken. Die Auswertung der Vergabestatistik und die Evaluation der Transformation und ihrer Auswirkungen wird deshalb besondere Aufmerksamkeit darauf richten müssen, ob und wie weit die Vereinfachungen auf Kosten eines Qualitäts- Wettbewerbs und der nachhaltigen Beschaffung gehen.</p> <p>Die BAGFW schlägt für S. 4 folgende Formulierung vor:  <b><u>"Auftraggeber verpflichten Auftragnehmer,</u></b> bei der Erteilung von Unteraufträgen mittelständische Interessen besonders zu berücksichtigen."</p>
2.	VergabeR-TransfG	Art. 1 Nr. 6 lit. a	§ 103 Abs. 1 GWB	<p>Die BAGFW begrüßt die Klarstellung in der Definition des öffentlichen Auftrags. Gerade auch aus Sicht der oft aus Fördermitteln finanzierten Freien Wohlfahrtspflege ist diese Ergänzung hilfreich. Sie weist insofern auf die Entscheidung des <a href="#">OLG Düsseldorf vom 11.7.2018 Az VII-Verg 1/18</a> hin, das die Bedeutung dieser Abgrenzung mit notwendiger Klarheit herausgehoben hat.</p> <p>Wichtig ist diese Abgrenzung auch gegenüber den Leistungs- und Vergütungsvereinbarungen des Sozialrechts (insb. nach §§ 132b SGB V, 78a ff SGB VIII, §§ 123 ff SGB IX, 82 ff SGB XI und 75 ff SGB XII). Die sozialgerichtliche Rechtsprechung hat mit mehreren wegweisenden Entscheidungen (BSG vom 17.5.2023 - B 8 SO 12/22 R, aber auch LSG NRW vom 26.01.2022 – L 9 SO 12/22 B ER, VGH München VGH München, Beschluss v. 06.12.2021 – 12 CE 21.2846, VGH Kassel, Beschl. v. 29.11.2023 – 8 B 1502/23) klargestellt, dass diese Vereinbarungen nicht entgeltlich sind, so dass bereits dieses konstitutive Element eines öffentlichen Auftrags nicht gegeben ist.</p> <p>Auch mit Blick auf das weitere vom EuGH mit der Open House-Rechtsprechung (2.10.2016 C-410/14 Dr. Falk Pharma und 1.3.2018 C-9/17 Tirkkonen) herausgearbeitete Merkmal "Exklusivität" hält die BAGFW eine Klarstellung für angezeigt. Die vorstehend zitierten sozialgerichtlichen Rechtsprechung weist zurecht darauf hin, dass es gerade die Exklusivität eines öffentlichen</p>

				<p>Auftrags ist, die diesen für die Anwendung in den sozialrechtlichen Dreieckskonstellationen schlechterdings untauglich macht. Die nach §§ 132* SGB V, 78a ff SGB VIII, §§ 123 ff SGB IX, 82 ff SGB XI und 75 ff SGB XII ausgehandelten Leistungs- und Vergütungsvereinbarungen haben einen ganz anderen Zweck als der öffentliche Auftrag: sie lassen Anbieter zum Wettbewerb um leistungs- und wahlberechtigte Kunden zu und eröffnen damit den Wettbewerb überhaupt erst. Dieser Wettbewerb und die von den Kunden zu treffende Auswahlentscheidung setzt begriffsnotwendig voraus, dass eine solche Auswahl unter Anbietern vorhanden ist. Trägerpluralität unter den Anbietern sozialer Dienste kommt allein dann zustanden, wenn die Leistungsträger ihre Versorgungsverträge mit allen geeigneten Anbietern schließen. Vor diesem Hintergrund hat die für die Frage nach dem Ob von Auftragsvergaben allein zuständige Sozialgerichtsbarkeit klargestellt, dass die Leistungs- und Vergütungsvereinbarungen nicht exklusiv und damit keine öffentlichen Aufträge sind. Um soziale Unternehmen und Partner dieser Vereinbarungen vor folgenschweren Fehleinschätzungen zu schützen, fordert die BAGFW, die Legaldefinition des § 103 Abs. 1 S. 1 wie folgt zu ergänzen:  " Öffentliche Aufträge sind entgeltliche <b>und exklusive</b> Verträge zwischen öffentlichen Auftraggebern oder Sektorenauftraggebern und Unternehmen über die Beschaffung von Leistungen, die die Lieferung von Waren, die Ausführung von Bauleistungen oder die Erbringung von Dienstleistungen zum Gegenstand haben."</p>
3.	VergabeRTransfG	Art. 1 Nr. 7	§ 105 Abs. 1 S. 1 GWB	<p>Entsprechend zu der vorstehend geforderten Ergänzung der Legaldefinition des Auftrags in § 103 Abs. 1 S. 1 fordert die BAGFW, das Kriterium der Exklusivität auch in der Legaldefinition der Konzession in § 105 Abs. 1 S. 1 zu ergänzen und schlägt dafür folgende Formulierung vor:  "Konzessionen sind entgeltliche <b>und exklusive</b> Verträge, mit denen ein oder mehrere Konzessionsgeber ein oder mehrere Unternehmen mit [...] betrauen."</p>
4.	VergabeR-TransfG	Art. 1 Nr. 10	§ 108 Abs. 1 (Nr. 2)	<p>Im Zusammenhang mit den Regelungen über die Inhousevergabe weist die BAGFW auf folgendes Problem hin:  Obwohl das Sozialgesetzbuch klar vom Grundsatz der Subsidiarität geprägt ist und insbesondere die §§ 17 SGB II, § 4 SGB VIII, § 124 SGB IX, § 75 SGB XII deutlich machen, dass die Leistungsträger keine eigenen Angebote einrichten sollen, wenn geeignete Angebote von freien Trägern vorhanden sind (oder kurzfristig bereitgestellt werden können), beobachtet die BAGFW, dass dieser Grundsatz in der Praxis leerläuft. Die für die Beschaffung von Waren oder Dienstleistungen außerhalb des Kanons von Anhang XIV der Vergaberichtlinie berechnete Frage, ob der</p>

				<p>Auftraggeber eine Leistung beschaffen oder aus eigenen Beständen erstellen kann, stellt sich im Bereich des Sozialrechts nur unter besonderen Bedingungen. Erst wenn sich zeigt, dass für bestimmte soziale Leistungen Anbieter weder bereitstehen noch für die Tätigkeit gewonnen werden können, kommt die sog. Ausfallgarantie des Sozialstaates zum Tragen und verpflichtet die Leistungsträger, die Versorgung der Leistungsberechtigten mit sozialen Leistungen mit eigenen Angeboten sicherzustellen.</p> <p>Die Praxis lässt derzeit erkennen, dass Leistungsträger diesen Grundsatz zunehmend aushöhlen, indem sie die Aufgaben sozialer Absicherung der Sache nach in die eigene Regie nehmen, indem sie Freie Trägern über die Auftragsvergabe nur noch als weisungsgebundene Erfüllungsgehilfen ohne eigene Gestaltungsspielraum einbeziehen oder indem sie trotz bestehender Angebote eigene Fachkräfte einstellen und die Leistungen in eigenen Einrichtungen und Konkurrenz zu den Freien Träger anbieten. Beide Vorgehensweisen widersprechen dem Subsidiaritätsgrundsatz. Insofern sollten bei der Vorbereitung von Inhouse-Vergaben stets auch die Frage mitspielen, ob eine Inhouse-Erledigung mit einer vorhandenen Infrastruktur korreliert und ob diese und deren Regularien (sozialrechtliches Dreiecksverhältnis, s. unter Nr. 2) durch eine solche Inhouseerledigung beeinträchtigt würde.</p>
5.	<i>VergabeR-TransfG</i>	<i>Art. 1 Nr. 11</i>	§ 111 Abs. 4 Nr. 1 und 2	<p>Im Zusammenhang mit der Regelung zur Ermittlung der für einen gemischten Auftrag geltenden Regelungen weist die BAGFW auf ein Problem hin, das offenbar vermehrt auftritt und die Bereichsausnahmen des § 107 Abs. 1 leerlaufen lässt:</p> <p>Es zeichnet sich ab, dass Auftraggeber die Bereichsausnahme des § 107 Abs. 1 Nr. 4 GG zugunsten von Rettungsdiensten, die mit Ehrenamtlichen arbeiten umgehen. Hierfür vergeben sie einen Auftrag, der sowohl die privilegierten Rettungsdienstleistungen als auch Krankentransporte umfasst und bei dem die Krankentransporte den Schwerpunkt des Auftrags ausmachen. Einem solcher Auftrag kommt die Bereichsausnahme des § 107 Abs. 1 Nr. 4 GWB nicht mehr zugute und der Auftrag ist in seiner Gesamtheit auszuschreiben (s. Den Sachverhalt, der dem Beschluss des OLG Düsseldorf v. 22.12.2021 – Az VII-Verg 16/21 zugrunde gelegen hat).</p> <p>Diese Vorgehensweise widerspricht dem Sinn der sowohl im GWB als auch in der Vergaberichtlinie verankerten Bereichsausnahme. Zudem hat der EuGH diese Regelung und ihre Begründung ausdrücklich als mit dem EU-Recht vereinbar anerkannt (EuGH Urteil vom 21.3.2019 C-465/17 Falck Rettungsdienste). Der EuGH weist in seinem Urteil auf den besonderen Zweck dieser Bereichsausnahme den speziellen Charakter dieser Organisationen zu wahren und ihnen eine sachgerechte Arbeit zu ermöglichen. Der EuGH erkennt ausdrücklich an, dass dies kaum</p>

				<p>möglich wäre, wenn “die Dienstleistungserbringer nach den in dieser Richtlinie festgelegten Verfahren ausgewählt werden müssten. ... Nach den Ausführungen des vorliegenden Gerichts sind diese gemeinnützigen Organisationen oder Vereinigungen nämlich gerade aufgrund ihrer Erfahrung durch Einsätze im alltäglichen Rettungsdienst einsatzbereit, wenn sie Leistungen im „Zivilschutz“ oder „Katastrophenschutz“ erbringen müssen”.</p> <p>Auch wenn der EuGH in seinem Urteil auch die Grenzen dieser Ausnahme deutlich markiert hat, darf das nicht als Signal dafür gelten, diese vielleicht kleinen, aber wichtigen Bereich leerlaufen zu lassen. Die gemeinnützigen von Ehrenamtlichen unterstützten Rettungsdienste leisten gerade auch in Bereichen, die für kommerzielle Anbieter unattraktiv sind, unverzichtbare Arbeit und erhalten ein zuverlässiges Rettungssystem aufrecht. Gerade wegen der sehr unterschiedlichen Zusammensetzung der einzusetzenden Teams (Rettungsdienst mit Sanitätern etc auf der einen und Fahrdienst für Krankentransporte ohne Betreuung) auf der anderen Seite lassen sich diese unterschiedlichen Aufträge sehr gut voneinander trennen. Gerade in diesem Fall gibt es keinen sachlichen Grund zwei sachlich und fachlich grundverschiedene Leistungen in einem Auftrag zusammenzufassen. Hier ist gerade auch kein Fall des neu gestalteten § 111 Abs. 4 gegeben, in denen sich die beiden Teile eines Auftrags nicht voneinander trennen lassen.</p> <p><b>Vor diesem Hintergrund fordert die BAGFW eine Klarstellung in der Begründung, dass eine Ausschreibung gemischter Rettungsdienst- und Krankentransport-Aufträge eine unzulässige Unterwanderung der Bereichsausnahme von § 107 Abs. 1 Nr. 4 GWB zugunsten gemeinnütziger Rettungsdienste und ihrer ehrenamtlichen Strukturen ist.</b></p>
6.	VergabeR-TransfG	Art. 1 Nr. 16	§ 120a	<p>Die BAGFW begrüßt ausdrücklich die Verankerung und Klarstellungen des § 120a GWB zur nachhaltigen Beschaffung. Sowohl die gegenwärtige wie auch die vorherige Bundesregierung haben mit ihrer Nachhaltigkeitsstrategie deutlich gemacht, wie dringend notwendig eine erfolgreiche sozial-ökologische Transformation für den Staat und das Gemeinwesen ist. Gerade der öffentlichen Beschaffung kommt dabei eine Hebelwirkung und ein Potential zu, die die öffentliche Hand nutzen muss. Das Finanz-Volumen und die Beträge, die der Staat mit seiner Beschaffung umsetzt, verleihen der öffentlichen Beschaffung Vorbildcharakter und machen die Bereitschaft der öffentlichen Hand zur nachhaltigen Beschaffung zu einer Frage der Glaubwürdigkeit.</p> <p>Entsprechend verleiht die Ausgestaltung von § 120a als Soll-Regelung der Forderung nach einer nachhaltigen Beschaffung die notwendige Verbindlichkeit und bleibt gleichzeitig offen für sachlich</p>

				<p>begründete Ausnahmen. Auch wenn zu erwarten ist, dass diese Neuregelung und ihre verbindlichen Vorgaben der nachhaltigen Beschaffung mehr Rückenwind gibt, stehen diese detaillierten Regelungen im Widerspruch zu dem Transformationsziel, das Vergaberecht einfacher und unbürokratischer zu machen. Ob sich diese Vorgaben (mindestens ein Kriterium für nachhaltige Beschaffung) in der Praxis bewähren, wird sich beweisen müssen.</p> <p>Zugleich bedauert die BAGFW, dass die überwiegend mehr als zögerliche Haltung der Auftraggeber in den vergangenen acht Jahren eine solch umfangreiche und komplizierte Regelung notwendig gemacht hat. Trotz zahlreicher, niedrigschwelliger und guter Unterstützungsangebote ist es nicht gelungen, die Auftraggeber flächendeckend für die Idee der nachhaltigen Beschaffung zu gewinnen. Die verbindlichen gesetzlichen Vorgaben reagieren insofern auf diese jahrelange Abwehr gegen eine dringend notwendige Entwicklung.</p> <p>Besonders offenkundig ist dies bei der Beschaffung von sozialen Dienstleistungen. Bei diesen Beschaffungen spielen Nachhaltigkeitsgedanken erst seit kurzem eine Rolle, soweit die Bundesagentur als Auftraggeber von Arbeitsmarktdienstleistungen vermehrt Vorgaben für die ökologisch nachhaltige Vertragserfüllung (§ 128 Abs. 2 GWB) macht. Andere Auftraggeber verwenden das Instrument der Auftragsvergabe für die Sicherstellung sozialer Dienstleistungen geradezu zielgerichtet dazu, um die bisherige Leistungserbringung auf einen exklusiven Wettbewerb umzustellen und diesen nicht nach Nachhaltigkeits- und damit Qualitätskriterien, sondern nach dem Kriterium des günstigsten Preises entscheiden zu können.</p> <p>Zu den einzelnen Absätzen des § 120a ist Folgendes anzumerken</p> <p>Abs. 1</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Verhältnis von Soll- und Muss-Regelung: diese Regelung ist sinnvoll. Denn sie zwingt die Auftraggeber nunmehr dazu, sich mit der Frage der Nachhaltigkeit auseinanderzusetzen und kehrt damit das Regel- Ausnahme-Verhältnis bei der Beachtung von Nachhaltigkeit um. Hinsichtlich der Ausnahme für atypische Fälle (s. Begründung S. 74) weist die BAGFW darauf hin, dass sozialen Dienstleistungen im Sinne des Anhang XIV zu RL 2014/24/EU nicht per se als atypisch gelten können. Wie eingangs dargelegt, bieten sich im Zusammenhang mit sozialen Dienstleistungen zahlreiche (und von der Bundesagentur für Arbeit punktuell erschlossene) Möglichkeiten, bei der Vertragsdurchführung ökologisch aber auch sozial nachhaltig zu arbeiten. Insofern erschöpft sich auch der soziale Charakter einer Beschaffung auch nicht in der sozialrechtlichen Einordnung der beschafften</li> </ul>
--	--	--	--	---

				<p>Dienstleistung. Deren Beschaffung ist nicht automatisch deshalb sozial nachhaltig, weil die beschaffte Dienstleistung an sich im sozialrechtlichen Kontext steht.</p> <p>Bedauerlicherweise belegt die Beschaffungs-Praxis, dass gerade die Beschaffung sozialer Dienstleistung und die dabei stattfindenden Vergaben zu einer deutlichen Prekarisierung der davon betroffenen Arbeitsverhältnisse geführt hat. Da Personalkosten der Schwerpunkt der in die Preise einkalkulierten Kosten ausmacht, entscheidet sich der Preiswettbewerb primär über die Personalkosten. Aber auch die Gestaltung und Beschreibung der zu beschaffenden Dienstleistungen lässt nicht erkennen, dass die Auftraggeber die von der Vergaberichtlinie 2014/24/EU Artikel 76 Abs. 2 genannten Gesichtspunkte sozialer Nachhaltigkeit in der Praxis umsetzen.</p> <p>Insofern ist zu hoffen, dass diese detaillierten Anleitungen zur nachhaltigen Beschaffung den Einstieg in eine breitenwirksame Beschaffungspraxis ebnen.</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Vorgabe mindestens eines Nachhaltigkeitskriterium: Diese Vorgabe ist grundsätzlich zu begrüßen, weil sie sicherstellt, dass Nachhaltigkeitsaspekte in die Ausschreibung einfließen; da sie "mindestens" ein Kriterium erfordert, lässt sie Raum für weitergehende Gestaltungen. Die positive Entwicklung hin zu einem professionelleren Umgang mit der nachhaltigen Beschaffung lässt sich aber nicht allein über zahlenmäßige Vorgaben bewirken. Ebenso wichtig ist es, Abläufe sicherzustellen, die die professionelle Beschaffung ermöglichen. So kommt es auf die rechtzeitige Kommunikation zwischen Bedarfsträger und Beschaffungsstelle an. Zudem müssen die Beteiligten die rechtlich geregelten Vergabeverfahren als Bestandteil eines umfassenden Beschaffungsprozesses verstehen. In diesem lassen sich zielführende Nachhaltigkeitsaspekte als Ergebnis einer sorgfältigen Vorbereitungsphase und Markterkundung ableiten, s. auch Artikel 4 Nr. 9 zu § 28 VgV Markterkundung (Nr. 21 in dieser Tabelle). Ob und wie weit es sinnvoll ist und dem Ziel der Rechtsvereinfachung entspricht, diese Aspekte professioneller Verfahrensgestaltung im eigentlichen Rechtstext zu verankern, ist fraglich. Es wäre wünschenswert, wenn über diese detaillierten gesetzlichen Vorgaben nun eine überfällige Haltungsänderung herbeigeführt wird. Zielführender wäre es gewesen, wenn die Auftraggeber die Zeit seit 2016 flächendeckend genutzt hätten, ein solches professionelles Beschaffungsverständnis zu entwickeln und nachhaltige Beschaffung "einzuüben". Aus Sicht der Bieter stellt die BAGFW fest, dass die bisherige Praxis den innovativen Anbieter nur minimale Chancen gelassen hat, ihre Potenziale in die öffentliche Beschaffung einzubringen. Wenn die Regelungen des § 120a GWB eine Chance</li> </ul>
--	--	--	--	--



				<p>eröffnen, dass die Auftraggeber diese Innovationspotential künftig gezielter abfragen, wäre dies eine positive Entwicklung, die den Beschaffern, den Anbietern und insbesondere auch den Zielgruppen dieser Beschaffung zugutekommen.</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Vorrang der Verankerung der Kriterien in der Leistungsbeschreibung: Diese Vorgabe, ist sinnvoll, da die Leistungsbeschreibung Mindestanforderungen formuliert und keine differenzierte Bewertung anhand der Wertungsmatrix notwendig ist. Damit verweist die Regelung Auftraggeber mit wenig Erfahrung zunächst auf die am einfachsten umsetzbare Ausrichtung der nachhaltigen Beschaffung und kann insofern die Vorbehalte abbauen, die auch 8 Jahre nach dem Inkrafttreten der Vergaberechtsreform der Öffnung für Nachhaltigkeitsgesichtspunkte entgegenstehen. Allerdings besteht die Gefahr, dass Auftraggeber mit zu hohen oder spezifischen Anforderungen viele an sich geeignete Bieter aus der Auswahl ausschließen müssen, weil sie ein Kriterium nicht erfüllen. Insofern regt die BAGFW an, die Öffnung für andere Verankerungsmöglichkeiten (insb. § 128 GWB-E) deutlicher hervorzuheben.</li> </ul> <p>Abs. 2</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Hinsichtlich der Definition umweltbezogener Kriterien weisen wir darauf hin, dass die aufgezählten Ansatzpunkte "Einsatz von Abfällen oder Rezyklaten oder aus nachwachsenden Rohstoffen oder möglichst gut geeignet zur umweltverträglichen Abfallbewirtschaftung hergestellt, erbracht oder ausgeführt..." im Rahmen des GWB sinnvollerweise abstrakt bleiben. In einem weiteren, untergesetzlichen Kontext bedürfen sie der näheren Konkretisierung.</li> <li>• Um sicherzustellen, dass z.B. Holz tatsächlich nachhaltig ist, müssen diese Nachhaltigkeitsanforderungen an die zu beschaffenden Güter nach der Herkunft oder einer möglichen Zertifizierung konkretisieren. Ähnliches gilt für die Anforderungen an den Einsatz von Abfällen oder Rezyklaten: Hier müsste der Auftraggeber spezifizieren, wie hoch der Anteil von Rezyklaten sein muss, der in der beschafften Ware verarbeitet sein soll</li> </ul> <p>Abs. 3</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Abgrenzung gegen die Bestimmungen des BundestariftreueG: Diese Klarstellung erscheint sinnvoll. Dies gilt umso mehr als die Nichtberücksichtigung dieses Gesetzes zu einem Ausschluss aus dem Vergabeverfahren führen kann (§ 124 Abs. 1 GWB oder § 14 BundestariftreueG).</li> </ul>
--	--	--	--	--

				<p>Auch wenn die Abgrenzung sozialer Nachhaltigkeitsgesichtspunkte von der Befolgung sozialgesetzlicher Vorgaben sinnvoll ist, sollten der Gesetzentwurf und die Begründung die Anforderungen an die Formulierung sozialer Nachhaltigkeitskriterien niedrigschwellig gestalten. Wichtig ist es, die sozial nachhaltige Beschaffung z.B. über vorbehaltene Aufträge und andere Gestaltungen zu fördern und deutlich zu machen, wo Stellschrauben für entsprechende Gestaltung im Vergaberecht liegen.</p> <p>Abs. 5</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• AVV mit Zustimmung des Bundesrates: Hier stellt sich die Frage, wie innovativ die in dieser Regelung festgehaltenen Ansatzpunkte sind und welche Impulse von der Allgemeinen Verwaltungsvorschrift ausgehen. Wenn diese Vorschrift mit Blick auf das Zustimmungsbedürfnis nur einen kleinsten Nenner beschreibt, wird die Reichweite der verbindlichen Regelung gering bleiben.</li> </ul>
7.	<i>VergabeR-TransfG</i>	<i>Art. 1 Nr. 17</i>	§ 121 GWB	<p>Grundsätzlich erscheint es sinnvoll, das Instrument der funktionalen Leistungsbeschreibung zu stärken. Denn damit lässt er den Potentialen der Bieter für Innovation deutlich mehr Raum als dies bei einer herkömmlichen Leistungsbeschreibung der Fall ist.</p> <p>Allerdings kommt diesem Instrument bei Werkverträgen oder Lieferleistungen, bei denen die Bieter einen bestimmten Erfolg erreichen sollen, mehr Bedeutung zu als bei Dienstleistungen. Hier kann der Auftraggeber zwar auch Kennzahlen vorgeben und deren Erreichung den Bietern überlassen. Gerade bei sozialen Dienstleistungen sind solche Kennzahlen und Benchmarks allerdings schwer zu definieren. Gerade § 65 Abs. 5 VgV weist einige hoch problematische Benchmarks (Berufsabschlüsse, Vermittlungserfolge, Abbruchquoten) auf, da die dort genannten Kriterien in der Regel gerade nicht allein auf die Performance der Bieter abstellen, sondern von Faktoren abhängen, die eher der Auftraggeber über die Zuweisung von Leistungsberechtigten zu geeigneten oder ungeeigneten Maßnahmen steuern kann.</p>
8.	<i>VergabeR-TransfG</i>	<i>Art. 4 Nr. 6</i>	§ 17 Abs. 3 VgV	<p>Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb zur Förderung von Start-ups und KMU</p> <p>Die BAGFW begrüßt, dass hier sowohl Start-ups als auch KMU genannt sind. Dies trägt dem Innovationspotential Rechnung, das sich auch dem reichhaltigen Erfahrungswissen und der Praxisnähe sozialer Unternehmen speist. Gerade gemeinnützige Unternehmen verfügen hier über ein besonderes Potential, da sie nicht auf Gewinnerzielung ausgerichtet sind und damit auch die Möglichkeit haben an Brennpunkten Erfahrungen zu sammeln, die gewinnorientierte</p>

				Unternehmen nicht vertreten sind. Gerade dies ermöglicht es aber, zielgruppenorientierte soziale Angebote zu entwickeln.
9.	<i>VergabeR-TransfG</i>	<i>Art. 4 Nr. 9</i>	§ 28 VgV	<p>Die Markterkundung ist eine essenzielle Schnittstelle für die Umsetzung der nachhaltigen Beschaffung und für die erfolgreiche Umsetzung der Vorgaben aus § 120a VgV. Vor diesem Hintergrund begrüßt die BAGFW, dass der Entwurf die Bedeutung der Markterkundung für die nachhaltige Beschaffung hervorhebt. Zugleich bedauert die BAGFW, dass die vorgesehene Neufassung des § 28 VgV mit der Priorisierung der digitalen Markterkundung die Möglichkeiten dieses Instruments wieder einschränkt.</p> <p>Die Markterkundung ist gerade für die zielgerichtete und erfolgreiche nachhaltige Beschaffung essenziell. Denn sie verschafft den Auftraggebern den notwendigen Überblick über mögliche Angebote, mit denen sie ihre Bedarfe decken können. Sie vermittelt notwendige Informationen über den state of the art der nachgefragten Beschaffungsgegenstände und kann ggf. auch auf alternative Lösungen hinweisen, mit denen der Auftraggeber sein Beschaffungsziel effizienter erreichen kann.</p> <p>Dieser Überblick über den Markt und mögliche Lösungen erschließt sich allerdings nicht allein über eine digitale Abfrage. Das mag bei Standardbeschaffungen möglich sein, die man nach Katalog beschaffen kann. Aber für weniger standardisierte Bedarfe ist die digitale Markterkundung allenfalls der erste Schritt. Die Fokussierung des Textes auf eine “vornehmlich” digitale Erkundung mag dem Interesse an der Beschleunigung und Vereinfachung entgegenkommen. Sie birgt aber auch die Gefahr, dass eine solche digitale Abfrage völlig von den Fragestellungen der Beschaffer abhängt. Sie kann somit den Blick auf andere, zulässige und weiterführende Informationsquellen verstellen. Insofern greift auch die Begründung zu § 28 VgV viel zu kurz. Indem sie andere Methoden nicht einmal dem Namen nach aufzählt, sondern nur generell auf deren Zulässigkeit hinweist, fördert sie die einseitige Fokussierung auf vorgestellte Lösungen. Auch wenn es nicht die Aufgabe der VgV selber ist, die einzelnen Methoden und Möglichkeiten der Markterkundung aufzuzählen, muss die Begründung diese aufführen. Gerade weil die Vergabetransformation den Anspruch erhebt, bislang ungenutzte Potentiale des Vergaberechts und Beschaffungswesens ein höheres Maß an Verbindlichkeit zu geben, ist es dringend notwendig, wenigstens in der Begründung z.B. den Bieterdialog und Messebesuche hinzuweisen. Andernfalls verstellt der Referententwurf die Möglichkeit, dass innovative Lösungen sich vorstellen können, das Interesse der Auftraggeber finden und nachgefragt werden. Letztlich</p>

				muss die Botschaft des § 28 sein, dass die digitale Markterkundung ein erster Schritt der Markterkundung ist und dass Auftraggeber weitere Methoden anwenden sollen, wenn das für eine bedarfsgerechte Beschaffung notwendig ist. Dies kann z.B. der Fall sein, wenn die Auftraggeber erstmals eine geeignete Lösung für neue, untypische Bedarfe finden und sich damit einen Markt erst erschließen müssen.
10.	VergabeR-TransfG	Art. 4 Nr. 24	§ 64 VgV	Die BAGFW begrüßt diese Änderung ausdrücklich. Die nun vorgeschlagene Regelung stellt klar, dass es für die Anwendbarkeit der §§ 64 ff VgV (und des insoweit nahezu wortgleichen § 130 GWB) ausschließlich darauf ankommt, ob man die jeweils ausgeschriebene Dienstleistung unter den Kanon des Anhang XIV zur RL 2014/24/EU subsumieren und sie einem der dort abschließend genannten CVP-Codes zuordnen kann (anders noch Beschluss der VK Westfalen (Vergabesenat), Beschluss vom 29.11.2021 – VK 1 – 43/21). In keinem Fall ergibt sich aus der Vergaberichtlinie ein zusätzliches Erfordernis oder die Notwendigkeit, die Rücksichtnahme auf den sozialen Charakter der Dienstleistungen besonders zu begründen.
11.				<b>Kommentierung Änderungsvorschläge UVgO</b> Wie eingangs dargestellt kommt der UVgO insbesondere bei der Durchführung von Auftragsvergaben durch soziale Unternehmen zum Tragen, die Fördergelder erhalten haben und aufgrund der ANBest und des Zuwendungsbescheides Aufträge nach Maßgabe der UVgO zu vergeben haben. Entsprechend fließen in die nachfolgenden Ausführungen die Erfahrungen und Anliegen sozialer Unternehmen als Auftraggeber ein.
12.	UVgO		§ 6	Grundsätzlich stellt eine transparente und umfangreiche Dokumentation ein probates Mittel gegen Korruption und Unregelmäßigkeiten dar. Gleichwohl begrüßen wir die zum Bürokratieabbau eingeleiteten Schritte zur Vereinfachung der Dokumentation unter Berücksichtigung des angemessenen Verhältnisses zum Auftragswert. Dies kommt insbesondere in zuwendungsrechtlichen Projektförderungen den Forderungen der Praktiker*innen entgegen. Weiterhin begrüßen wir die klar definierten Anforderungen an die Dokumentation unterhalb der Wertgrenze von 25.000 Euro Auftragswert.
13.	UVgO		Zu § 7 Abs. 4 Nr. 1 und 2	Wir begrüßen die explizite Benennung der Angebotseinholung per einfacher e-Mail, weisen jedoch darauf hin, dass es für die revisionssicheren Anwendung und der damit einhergehenden spürbaren Verfahrensverschärfung in der Praxis weiterer Präzisierungen bedarf. So stellt sich die Frage, welche Maßnahmen als ausreichend und praktikabel gelten, um einen vorfristigen Zugriff

				<p>zu auf Angebote zu verhindern. Hinweise wären auch zu der Frage notwendig, wie können die Anforderungen des § 39 eingehalten werden können.</p> <p>Weiterhin weisen wir darauf hin, dass die Verpflichtung zur Nutzung von eForms für die Unterschwelle (eForms UnS) bei Bekanntmachungen und Übermittlung an den Datenservice Öffentlicher Einkauf einen zusätzlichen bürokratischen Aufwand darstellt. Die bei der Angebotseinholung erreicht Niedrigschwelligkeit (e-Mail) wird durch diese Vorgabe deutliche geschmälert. Ein medienbruchfreies Verfahren ist somit per e-Mail nicht möglich.</p> <p>Mit Blick auf das Aufwand-Nutzen-Verhältnis plädieren wir für die Einführung einer Bagatellgrenze bei der quartalsweisen Übermittlung an den Datenservice Öffentlicher Einkauf.</p>
14.	UVgO		§ 8 Abs. 4 Nr. 6	<p>Mit Blick auf individuelle Notfallsituation (Gefahr im Verzug) und der daraus resultierenden Dringlichkeit muss eine Verknüpfung zum § 12 Abs. 3 erfolgen, da hier ein schnelles, unbürokratisches Handeln implizit notwendig ist.</p>
15.	UVgO		§ 8 Abs. 4 Nr. 8	<p>Diese neu eingeführte Regelung ist eine wichtige Ergänzung zur Verfahrensbeschleunigung und wird mit Blick auf die Erfahrungen in der Praxis grundsätzlich begrüßt. In Verbindung mit § 12 Abs. 3 kann zudem nur ein Unternehmen zur Angebotsabgabe aufgefordert werden. Damit ist "in Märkten mit äußerst knappen Marktressourcen oder sehr kurzen Bindefristen" immer die Verhandlung mit nur einem Auftragnehmer möglich. Da die Anwendung von § 12 Abs. 3 jedoch eng auszulegen ist, stellt sich die Frage, wie die Sachlage § 8 Abs. 4 Nr. 8 rechtssicher festgestellt werden kann.</p>
16.	UVgO		§ 8 Abs. 4 Nr. 11	<p>Es bleibt unklar, was mit der Voraussetzung, dass die zu beschaffende Dienstleistung "einem Grundprojekt entsprechen" soll, bedeutet. Weiterhin wünschen wir uns eine klare Abgrenzung zum § 47 Auftragsänderung im Vergleich zur Anwendung von § 8 Abs. 4 Nr. 11 in Kombination § 12 Abs. 3.</p>
17.	UVgO		§ 14a	<p>Online-Marktplätze auf denen öffentliche Auftraggeber standardisierte Produkte und Dienstleistungen direkt bei verschiedenen Anbietern kaufen können, ermöglichen es, die Angebote mehrerer Anbieter miteinander zu vergleichen und eine Bestellung effizient und rechtssicher durchzuführen. Ob hiervon die kommerziellen Marktplätze wie z.B. Amazon Business oder Mice erfasst sind, ist fraglich. Hier wären vertiefende Information wünschenswert, um eine prüfungssichere Anwendung zu ermöglichen. Sofern hier die kommerziellen Marktplätze nicht</p>

				<p>erfasst sind, ist der Vorteil der Regelung von geringerer Bedeutung, mehr noch: unerfahrene Anwender*innen (z.B. kleine Träger mit Projektförderung) könnten irrig von einer Niedrigschwelligkeit ausgehen, was zu Vergabefehlern führen kann.</p> <p>Sollte sich die Regelung nur auf klar definierte Online-Marktplätze beziehen (z.B. "Kaufhaus des Bundes"), müssen diese eindeutig benannt werden und die Zugangsvoraussetzungen für Zuwendungsempfänger geschaffen werden.</p>
18.	UVgO		§ 14b	<p>Wir begrüßen die Regelung, stellen aber die Frage, wie die Voraussetzungen nach Abs. 1 prüfungssicher erhoben und dokumentiert werden. Es bleibt z.B. unklar, zu welchem Zeitpunkt die Vorgaben erfüllt sein müssen, welche Nachweisdokumente erforderlich sind und wie der Wahrheitsgehalt der von den Unternehmen eingereichten Dokument sichergestellt wird bzw. wer im Falle eines Vergabefehlern bei einer nicht zulässigen Anwendung des § 14b aufgrund falscher Angaben haftbar gemacht wird (Kontrollpflicht des Auftraggebers). Gerade im zuwendungsrechtlichen Kontext muss Rechtssicherheit verbindlich hergestellt werden können. Zudem bitten wir in Abs, 1 S. 2 Nr. 2 nach dem Wort gemeinwohlorientiert die Worte "oder gemeinnützige" einzufügen; dies stellt klar, dass auch gemeinnützige Unternehmen i.s.v. §§ 52 ff AO umfasst sind und einen entsprechenden Direktauftrag erhalten können. Zudem trägt diese Ergänzung dem Innovationspotential gemeinnütziger Unternehmen Rechnung. Die verpflichtende Durchführung einer Markterkundung ist sinnvoll. Jedoch stellt die Vorgabe, die Qualität und Preise von mehreren Unternehmen zu vergleichen, eine Herausforderung dar. Oftmals sind Preismodelle unterschiedlich oder aufgrund des innovativen Charakters nicht existent.</p>
19.	UVgO		§ 14c	<p>Eine klare Unterscheidung zwischen akuten Notlagen und regulären Dringlichkeitsfällen schafft eine hilfreiche Balance zwischen Effizienz und Transparenz und berücksichtigt dabei die besonderen Anforderungen in Krisensituationen angemessen.</p> <p>Solche Regelungen sollten so gestaltet sein, dass sie den tatsächlichen Bedürfnissen in Krisen gerecht werden, ohne dabei den Grundsatz der wirtschaftlichen und fairen Vergabe zu gefährden.</p> <p>Der § 12 Abs. 3 sollte daher dringend um die Aufführung des § 14 c erweitert werden.</p> <p>Hinweis: Unklarer Verweis: Abs. 1 Nr. 4 -&gt; vermutlich § 15 Abs. 3 Satz 2</p>

Stellungnahme BAGFW zum VTP vom 1.11.2024

20.	UVgO		§ 15 Abs. 4	Für eine rechtssichere Anwendung in der Praxis wäre eine weiter Beschreibung der Kriterien wünschenswert, die für eine Begründung der Verlängerung hinreichend sind.
21.	UVgO		§ 22a	Wir begrüßen die verbindliche Berücksichtigung sozialer und umweltbezogener Kriterien da dies der gesellschaftlichen Verantwortung beim Einsatz öffentlicher Mittel gerecht wird.