

Referentenentwurf Vergabetransformationspaket

Stellungnahme der KOALITION für HOLZBAU (KfH)

I. Änderungen GWB

Geltende Fassung	Referentenentwurf Vergaberechtstransformationsgesetz	Stellungnahme KfH
§ 97	§ 97	§ 97
Grundsätze der Vergabe	Grundsätze der Vergabe	Grundsätze der Vergabe
<p>(4) Mittelständische Interessen sind bei der Vergabe öffentlicher Aufträge vornehmlich zu berücksichtigen. Leistungen sind in der Menge aufgeteilt (Teillose) und getrennt nach Art oder Fachgebiet (Fachlose) zu vergeben. <i>Mehrere Teil- oder Fachlose dürfen zusammen vergeben werden, wenn wirtschaftliche oder technische Gründe dies erfordern.</i> Wird ein Unternehmen, das nicht öffentlicher Auftraggeber oder Sektorenauftraggeber ist, mit der Wahrnehmung oder Durchführung einer öffentlichen Aufgabe betraut, verpflichtet der öffentliche Auftraggeber oder Sektorenauftraggeber das Unternehmen, sofern es Unteraufträge vergibt, nach den Sätzen 1 bis 3 zu verfahren.</p>	<p>(4) Mittelständische Interessen sind bei der Vergabe öffentlicher Aufträge vornehmlich zu berücksichtigen. Leistungen sind in der Menge aufgeteilt (Teillose) und getrennt nach Art oder Fachgebiet (Fachlose) zu vergeben. Mehrere Teil- oder Fachlose dürfen ganz oder teilweise zusammen vergeben werden, wenn wirtschaftliche, technische oder zeitliche Gründe dies rechtfertigen. Auftraggeber sollen Auftragnehmer verpflichten, bei der Erteilung von Unteraufträgen mittelständische Interessen besonders zu berücksichtigen. Wird ein Unternehmen, das nicht öffentlicher Auftraggeber oder Sektorenauftraggeber ist, mit der Wahrnehmung oder Durchführung einer öffentlichen Aufgabe betraut, verpflichtet der öffentliche Auftraggeber oder Sektorenauftraggeber das Unternehmen, sofern es Unteraufträge vergibt, nach den Sätzen 1 bis 3 zu verfahren</p>	<p>§ 97 Abs. 4 GWB stellt einen wesentlichen Hemmschuh für die Holzmodulbauweise ebenso wie für das serielle Sanieren dar. Das serielle und modulare Bauen kollidiert in zweifacher Hinsicht mit dem im GWB normierten Grundsatz der Losaufteilung – einmal in Zusammenhang auf die gemeinsame Vergabe von Bau- und Planungsleistungen und einmal im Zusammenhang mit dem – der Modulbauweise immanenten – Verzicht auf eine gewerkweise Ausschreibung der Bauleistungen. Dabei ist zu betonen, dass auch eine modulare und/oder serielle Bauweise dem Mittelstandsgebot nicht zuwiderläuft. Sowohl die Modulbauunternehmen als auch die von diesen Unternehmen eingebundenen Unterauftragnehmer gehören dem Mittelstand an und werden durch die geltende Rechtslage behindert statt gefördert.</p>

		<p>Vor dem geschilderten Hintergrund ist die im Gesetzesentwurf enthaltene Abschwächung des Begründungsaufwands („rechtfertigen“ statt „erfordern“) zwar zu begrüßen, jedoch in praktischer Hinsicht nicht ausreichend. Es ist zu befürchten, dass öffentliche Auftraggeber den Begründungs- und Rechtfertigungsaufwand sowie die damit verbundenen Nachprüfungs- und Förderrisiken weiter scheuen und damit innovatives und umweltfreundliches Bauen behindern werden.</p> <p>Erforderlich ist daher eine weitere Abschwächung des Primats der Losvergabe in § 97 Abs. 4 GWB, etwa indem man in Abs. 4 S. 1 das Wort „<i>vornehmlich</i>“ streicht und in Satz 2 die Formulierung „<i>sind zu vergeben</i>“ durch „<i>können</i>“ oder „<i>sollen</i>“ vergeben werden ersetzt.</p> <p>Eine solche Anpassung wäre europarechtlich unbedenklich. Der Grundsatz der Losvergabe ist so in den europäischen Richtlinien nicht vordefiniert. Art. 46 Abs. 1 der Richtlinie 2014/24/EU bestimmt lediglich: „<i>Die öffentlichen Auftraggeber können einen Auftrag in Form mehrerer Lose vergeben sowie Größe und Gegenstand der Lose bestimmen.</i>“</p>
--	--	--

	§ 120a (neu)	§ 120a (neu)
	Berücksichtigung sozialer und umweltbezogener Kriterien	Berücksichtigung sozialer und umweltbezogener Kriterien
	<p>(1) Bei der Vergabe öffentlicher Aufträge werden soziale und umweltbezogene Aspekte berücksichtigt. Zu diesem Zweck sollen öffentliche Auftraggeber im Rahmen der Leistungsbeschreibung oder, soweit im Einzelfall mit Blick auf den Auftragsgegenstand geeigneter, auf anderen Stufen des Vergabeverfahrens mindestens ein soziales oder ein umweltbezogenes Kriterium im Sinne der Absätze 2 und 3 berücksichtigen. Die Kriterien müssen mit dem Auftragsgegenstand in Verbindung stehen und zu dessen Wert und den konkreten Beschaffungszielen verhältnismäßig sein.</p>	<p>Die Einführung einer neuen Zentralnorm zur nachhaltigen Beschaffung ist zu begrüßen.</p>
	<p>(2) Umweltbezogen ist ein Kriterium insbesondere dann, wenn es darauf abzielt, dass zu beschaffende Waren, Bau- und Dienstleistungen, soweit möglich über ihren gesamten Lebenszyklus, klimaschonend, biodiversitätsfördernd, rohstoffschonend, energiesparend, wassersparend, schadstoffarm, abfallarm, langlebig, reparaturfreundlich, wiederverwendbar, recyclingfähig, unter Einsatz von Abfällen oder Rezyklaten oder aus nachwachsenden Rohstoffen oder möglichst gut geeignet zur umweltverträglichen Abfallbewirtschaftung</p>	<p>Aus Sicht der KfH kommt der Lebenszyklusbetrachtung eine ganz maßgebliche Rolle zu. Die im Zusammenhang mit der Lebenszyklusbetrachtung vorgenommene Einschränkung „soweit möglich“ sollte daher gestrichen werden. Umweltbezogene Kriterien sollten regelmäßig dem Lebenszyklusansatz folgen.</p> <p>Die öffentliche Hand wird zudem ihrer auch im Gesetzesentwurf hervorgehobenen Vorreiterrolle im Bereich der Nachhaltigkeit nicht gerecht, wenn umweltbezogene Kriterien in der Vergabe auch</p>

	hergestellt, erbracht oder ausgeführt werden.	solche sein können, die sich ohnehin aus gesetzlichen Vorgaben (etwa des Abfallrechts) ergeben. Es ist nicht nachvollziehbar, wieso bei den sozialen Kriterien in Absatz 3 S. 3 des Entwurfs allein die Einhaltung gesetzlicher Vorgaben zu tariflichen und nicht tariflichen Arbeitsbedingungen nicht genügen soll, dies aber bei den umweltbezogenen Kriterien als ausreichend angesehen wird.
§ 121	§ 121	§ 121
Leistungsbeschreibung	Leistungsbeschreibung	Leistungsbeschreibung
(1) In der Leistungsbeschreibung ist der Auftragsgegenstand so eindeutig <i>und erschöpfend</i> wie möglich zu beschreiben, sodass die Beschreibung für alle Unternehmen im gleichen Sinne verständlich ist und die Angebote miteinander verglichen werden können. Die Leistungsbeschreibung enthält die Funktions- oder Leistungsanforderungen oder eine Beschreibung der zu lösenden Aufgabe, deren Kenntnis für die Erstellung des Angebots erforderlich ist, sowie die Umstände und Bedingungen der Leistungserbringung.	(1) In der Leistungsbeschreibung ist der Auftragsgegenstand so eindeutig wie möglich zu beschreiben, sodass die Beschreibung für alle Unternehmen im gleichen Sinne verständlich ist und die Angebote miteinander verglichen werden können. Die Leistungsbeschreibung enthält die Funktions- oder Leistungsanforderungen oder eine Beschreibung der zu lösenden Aufgabe, deren Kenntnis für die Erstellung des Angebots erforderlich ist, sowie die Umstände und Bedingungen der Leistungserbringung.	Die KfH begrüßt die mit der Anpassung in § 121 GWB verbundene Intention, die funktionale Leistungsbeschreibung zu stärken. Diese Anpassung wird allerdings für den Holzmodulbau wirkungslos bleiben, wenn ihr nicht auch eine Änderung der VOB/A nachfolgt: Die in der VOB/A (§ 7c) geregelte Nachrangigkeit der funktionalen Leistungsbeschreibung behindert den Holzmodulbau. Die Ausschreibung mit klassischen Bauleistungsverzeichnissen widerspricht der Prozesslogik des modularen Bauens, bei dem in aller Regel ab dem Zeitpunkt der Beauftragung des Modulbauers die Planung erst gemeinsam mit diesem weiterentwickelt wird. Hinzukommt, dass zu detaillierte Einzelvorgaben den Wettbewerb zwischen den Modulbauern einschränken, wenn nicht gar unmöglich machen oder aber diese ganz vom Wettbewerb ausschließen würden.

		<p>Dies gilt umso mehr, als das in den Regelverfahren (offenes und nicht-offenes Verfahren) jede Abweichung vom LV zum Ausschluss des Angebots führt.</p> <p>Die rechtlich einfachste Lösung wäre die Abschaffung der Nachrangigkeit der funktionalen Leistungsbeschreibung im Baubereich. Die Norm könnte auf den letzten Halbsatz zusammengestrichen werden und würde dann nur noch lauten <i>„Die Leistung durch ein Leistungsprogramm dargestellt werden“</i>.</p> <p>Damit würde lediglich im Baubereich umgesetzt was auf Ebene des GWB und in der Vergabeverordnung (VgV) ohnehin schon geregelt ist. Der KfH ist bewusst, dass eine Anpassung der VOB/A nicht Gegenstand des Vergabetransformationspaketes ist. Es wird dennoch an den Bund appelliert, sich für eine zeitnahe Anpassung der VOB/A einzusetzen.</p>
--	--	---

II. AVV Sozial und umweltbezogen nachhaltige Beschaffung

Referentenentwurf Vergaberechtstransformationsgesetz	Begründung zum Referentenentwurf	Stellungnahme KfH
§ 2		§ 2
Leistungen mit besonderer Eignung für eine umweltbezogen nachhaltige Beschaffung	Begründung zu § 120a GWB	Leistungen mit besonderer Eignung für eine umweltbezogen nachhaltige Beschaffung
<p>(1) Besonders für eine umweltbezogen nachhaltige Beschaffung geeignet sind folgende Leistungen:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. IT-Hardware und Zubehör, 2. Tintenpatronen und Tonerkartuschen mit Farbgebern, die in Bürogeräten mit elektro-fotografischer Druckfunktion oder Tintenstrahlgeräten eingesetzt werden, 3. Officepapiere (Multifunktions- und Kopierpapiere), Papierdruckerzeugnisse, 4. Hygienepapiere, die bestimmungsgemäß als Ärztekrepp, Dentalservietten, Handtücher, Kosmetiktücher, Küchenrollen, Putztücher, Servietten, Taschentücher und Toilettenpapier verwendet werden und dabei 	<p>Die vorgenannten Listen in den §§ 2 und 3 der AVV Sozial und umweltbezogen nachhaltige Beschaffung sind noch relativ kurz, sollen aber durch das Bundesministerium für Wirtschaft und Klimaschutz, gestützt auf fachliche Unterstützung des Interministeriellen Ausschusses für nachhaltige öffentliche Beschaffung (IMA nöB) und in Abstimmung mit den Ländern, fortlaufend um weitere Produktgruppen und Dienstleistungen erweitert werden. Zudem wird die Bundesregierung – soweit mit Blick auf konkrete Beschaffungsgegenstände sachgerecht – im Bereich der in den Nachhaltigkeitslisten benannten</p>	<p>Aus Sicht der KfH wird § 120a GWB jedenfalls für den Bausektor weitgehend leerlaufen, wenn die AVV nicht zeitnah um weitere Beschaffungsgegenstände, die für eine umweltbezogen nachhaltige Beschaffung geeignet sind, erweitert wird. Die Liste in Absatz 1 fokussiert sich aktuell auf Lieferleistungen und klammert damit den Baubereich (mit einer winzigen Ausnahme in Absatz 2, hierzu sogleich) komplett aus. Das ist angesichts des Umstands, dass der Bausektor mittlerweile 38 Prozent der globalen CO₂-Emissionen ausmacht, kaum nachvollziehbar.</p>

<p>unmittelbar mit dem menschlichen Körper und ggf. mit Lebensmitteln in Berührung kommen können,</p> <ol style="list-style-type: none"> 5. Wasch- und Reinigungsmittel mit Palmöl, Palmkernöl oder deren Derivaten und Fraktionen, 6. Textilien im Sinne des Leitfadens der Bundesregierung für eine nachhaltige Textilbeschaffung der Bundesverwaltung in der 2. Auflage, 7. Arbeitsschuhe, ausgenommen Sonderschuhwerk, 8. im Innenraum einzusetzende verwendungsfertige Möbel und Lattenroste, die zu mehr als 50 Volumenprozent aus Holz und/oder Holzwerkstoffen hergestellt werden, außer Fensterelementen und Halbzeugen, 9. im Innenraum einzusetzende verwendungsfertige Polstermöbel gemäß DIN 68880, die zu weniger als 50 Volumenprozent aus Holz und/oder Holzwerkstoffen (Spanplatten, Tischlerplatten, Faserplatten, Furnierplatten, jeweils unbeschichtet oder beschichtet) hergestellt werden, einschließlich Polstermöbel, die gelegentlich zum 	<p>Leistungen Praxishilfen wie etwa Textbausteine für die Leistungsbeschreibung zur Verfügung stellen, um die sozial und umweltbezogen nachhaltige Beschaffung solcher Leistungen für die Auftraggeber so einfach wie möglich zu gestalten.</p>	
---	---	--

<p>Schlafen genutzt werden können; nicht aber Polstermöbel (Bettmatten), die überwiegend zum Schlafen genutzt werden,</p> <p>10. Rohholz sowie Halb- und Fertigwaren der Forstwirtschaft und des produzierenden Gewerbes (Be- und Verarbeitung), bei denen Holz allein oder als wesentlichste Werkstoffgruppe in Kombination mit anderen Werkstoffen (z.B. Kunststoffen) verwendet wird.</p>		
<p>(2) Die Vorgaben aus § 120a Absatz 4 Sätze 1 und 3 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen gelten auch bei der Beschaffung nicht in Absatz 1 genannter Waren, Bau- und Dienstleistungen, soweit die in Absatz 1 Nummer 11 benannte Leistung ein nicht unerheblicher Bestandteil der zu beschaffenden Ware ist oder in nicht unerheblichem Maße für die Ausführung der zu beschaffenden Leistung verwendet wird.</p>	<p>Nach Satz 5 kann die Bundesregierung in den allgemeinen Verwaltungsvorschriften nach Satz 1 allgemein oder für einzelne Leistungen vorgeben, dass die Vorgaben aus Absatz 4 auch bei der Beschaffung von Waren, Bau- und Dienstleistungen gelten, die in den allgemeinen Verwaltungsvorschriften nicht benannt sind, soweit dort als besonders geeignet benannte Waren oder Dienstleistungen ein nicht unerheblicher Bestandteil der zu beschaffenden Ware sind oder in nicht unerheblichem Maße für die Ausführung der zu beschaffenden Leistung</p>	<p>Von der in § 120a GWB enthaltenen Möglichkeit, Nachhaltigkeitskriterien auch dann verpflichtend vorzugeben, soweit in der AVV als besonders geeignet benannte Waren oder Dienstleistungen ein nicht unerheblicher Bestandteil der zu beschaffenden Ware sind oder in nicht unerheblichem Maße für die Ausführung der zu beschaffenden Leistung verwendet werden, sollte in deutlich größerem Umfang Gebrauch gemacht werden, um auch im Baubereich den Nachhaltigkeitsgedanken zu stärken.</p>

	<p>verwendet werden. Diese Regelung soll verhindern, dass die Vorgaben des Absatzes 4 und der Nachhaltigkeitslisten zu oft ins Leere laufen, weil nicht direkt eine der in den Nachhaltigkeitslisten benannte Leistung beschafft wird, sondern eine übergeordnete Leistung, bei deren Herstellung Erbringung oder Ausführung eine in den Nachhaltigkeitslisten benannte Leistung aber eine nicht nur unerhebliche Rolle spielt. In § 2 Absatz 2 und § 3 Absatz 2 der AVV Sozial und umweltbezogen nachhaltige Beschaffung wird von dieser Möglichkeit mit Blick auf bestimmte Holzprodukte Gebrauch gemacht. Wird beispielweise eine Bauleistung beschafft, die weder auf der sozialen noch auf der umweltbezogenen Nachhaltigkeitsliste in § 2 Absatz 1 oder § 3 Absatz 1 der AVV aufgeführt ist, und werden zur Ausführung der Bauleistung Holzprodukte im Sinne von § 2 Absatz 1 Nummer 11 der AVV in nicht unerheblichem Maß verwendet, so müssen öffentliche Auftraggeber bei der Beschaffung der</p>	
--	--	--

	<p>Bauleistung mit Blick auf diese Holzprodukte auf mindestens einer Stufe des Vergabeverfahrens ein umweltbezogenes und – da die Holzprodukte auch in der sozialen Nachhaltigkeitsliste nach § 3 Absatz 1 der AVV benannt werden – auch ein soziales Kriterium berücksichtigen.</p>	
§ 4		§ 4
Leistungen, die nicht beschafft werden dürfen		Leistungen, die nicht beschafft werden dürfen
<p>Sofern eine Beschaffung nicht ausnahmsweise aus Gründen des öffentlichen Interesses dringend geboten ist, dürfen folgende Leistungen nicht beschafft werden:</p> <p style="padding-left: 40px;">1. Baustoffe, die teilhalogenierte Fluorchlorkohlenwasserstoffe und teilhalogenierte Fluorkohlenwasserstoffe enthalten oder unter Verwendung dieser Stoffe hergestellt wurden,</p> <p>(....)</p>		<p>In Ziff. 1 scheint ein redaktioneller Fehler unterlaufen zu sein (Doppelung teilhalogenierte Fluorkohlenwasserstoffe).</p> <p>Zudem sollte auch bei den Beschaffungsverboten ein ergänzendes Verbot für Leistungen, bei denen die genannten Produkte in erheblichem Maße für die Ausführung verwendet werden, aufgenommen werden. Ansonsten wäre zwar die unmittelbare Beschaffung bestimmter Baustoffe verboten, aber nicht ganz klar, ob das Verbot auch gilt, wenn die Beschaffung sich auf Bauleistungen bezieht, die unter Verwendung der genannten Baustoffe ausgeführt werden.</p>

III. Änderungen VgV

Referentenentwurf Vergaberechtstransformationsgesetz	Stellungnahme KfH
§ 8 Abs. 2 Nr. 13 (neu)	§ 8 Abs. 2 Nr. 13 (neu)
Dokumentation und Vergabevermerk	Dokumentation und Vergabevermerk
<p>(2) Der öffentliche Auftraggeber fertigt über jedes Vergabeverfahren einen Vermerk in Textform nach § 126b des Bürgerlichen Gesetzbuchs an. Dieser Vergabevermerk umfasst mindestens Folgendes:</p> <p>(...)</p> <p>Nr. 13 gegebenenfalls die Gründe für die Nichtberücksichtigung eines sozialen oder eines umweltbezogenen Kriteriums bei der Ausgestaltung des Vergabeverfahrens.</p>	<p>Die Ergänzung der Dokumentationsanforderungen für öffentliche Auftraggeber ist sinnvoll. Nr. 13 sollte der Vollständigkeit halber um das Thema Ausnahmen von Beschaffungsverböten ergänzt werden.</p>

KOALITION für HOLZBAU

Eine Initiative für das nachhaltige Bauen mit Holz
 Verfasserin der Stellungnahme: Dr. Rut Herten-Koch
 Partnerin & Fachanwältin für Vergaberecht
 Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH und Ambassadeurin KfH
 Friedrichstr. 79 | 10117 Berlin
 E-Mail: sun.jensch@koalition-holzbau.de
 Web: www.koalition-holzbau.de