Stellungnahme

Öffentliche Konsultation zur Transformation des Vergaberechts ("Vergabetransformationspaket")

14. Februar 2023

Marc Danneberg
Bereichsleiter
Public Sector

M +49 151 148 24 526
m.danneberg@bitkom.org

Albrechtstraße 10
10117 Berlin

Ausgangslage

Die digitale Transformation der Verwaltung erfordert den gezielten Einsatz leistungsfähiger Informationstechnologie. Für den IT-Einkauf stehen den öffentlichen Verwaltungen von Bund, Ländern und Kommunen jährlich Summen in Milliardenhöhe zur Verfügung. Als größter IT-Einkäufer in Deutschland hat der Staat eine enorme Marktmacht und damit erheblichen Einfluss auf den Wettbewerb.

Vor diesem Hintergrund unterstützt die digitale Wirtschaft das im Koalitionsvertrag vereinbarte Ziel, öffentliche Vergabeverfahren zu professionalisieren und dabei ökologische und soziale Kriterien in den Blick zu nehmen. Von besonderer Relevanz ist die Praxistauglichkeit der Reformvorhaben. Die Erfahrungen und Erwartungen der digitalen Wirtschaft sind nachfolgend entlang der fünf vom Bundesministerium für Wirtschaft und Klimaschutz (BMWK) definierten Aktionsfelder dargestellt.

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?**

   Eine Stärkung der umwelt- und klimafreundlichen Beschaffung ist sehr zu begrüßen. Die Wirksamkeit und die Praxistauglichkeit der Maßnahmen müssen dabei im Fokus stehen. **Die Berücksichtigung von umwelt- und klimabezogenen Aspekten sollte sich deshalb am jeweiligen Beschaffungsgegenstand orientieren.**

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

   Die in der **Allgemeine Verwaltungsvorschrift zur Beschaffung klimafreundlicher Leistungen (AVV Klima)** skizzierten Maßnahmen (insb. Berechnung der Kosten der verursachten Treibhausgasemissionen) sind **methodisch und konzeptionell noch nicht hinreichend konkretisiert**, um in der Vergabepraxis Wirkung entfalten zu können.

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?**

   Wichtig ist eine Vergleichbarkeit der Angebote und deshalb eine Orientierung an **Umweltstandards, die sich bereits international etabliert haben**. Eine Verständigung auf geeignete Standards bzw. die Ausarbeitung entsprechender Handlungsempfehlungen sollte in Zusammenarbeit mit den Anbietern von Produkten und Dienstleistungen für den Öffentlichen Sektor erfolgen. Die IT-Wirtschaft hat in diesem Zusammenhang bereits gute Erfahrungen bei der Stärkung der sozialen Nachhaltigkeit in der Beschaffung gemacht. Die gemeinsam mit der Kompetenzstelle für Nachhaltige Beschaffung beim Beschaffungsamt des BMI ausgearbeitete Verpflichtungserklärung zur Einhaltung von Arbeits- und Sozialstandards in der öffentlichen ITK-Beschaffung (siehe auch: www.nachhaltige-beschaffung.info) hat sich als wirksames und praxistaugliches Instrument zur Stärkung der sozialen Nachhaltigkeit in der Beschaffung etabliert. **Die Verpflichtungserklärung zur sozialen Nachhaltigkeit könnte auch für den Bereich der umwelt- und klimafreundlichen Beschaffung beispielgebend sein.**

Generell sollten die geforderten Standards auf den jeweiligen Beschaffungsgegenstand Bezug nehmen und darüber hinaus eindeutig messbar sein. Es sollten **keine neuen, international noch nicht etablierten Zertifikate** eingeführt werden, da sich vor allem Startups und KMU von der Beteiligung an öffentlichen Ausschreibungen zurückziehen, wenn die finanziellen und organisatorischen Hürden zu hoch angesetzt werden. Hier ist es einfacher und zuführender auf etablierte Standards zu setzen. Zudem besteht die Möglichkeit von den Auftragnehmern eine Beschreibung ihrer Verfahren und Maßnahmen zur Stärkung der ökologischen Nachhaltigkeit zu verlangen - mit der Maßgabe diese bei Auftragserteilung auch zu prüfen.

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.**

   Die Digitalwirtschaft kann in der Breite (Hardware, Software, Clouddienstleistungen) einen wichtigen Beitrag zum Klimaschutz leisten, wenn die zu beschaffende Leistung ganzheitlich betrachtet wird. So können Prozesse mit weniger Material auskommen, wenn intelligente Lösungen zum Einsatz kommen. In der Softwareentwicklung besteht die Möglichkeit durch entsprechende Architekturen und deren programmtechnische Umsetzung Serveranfragen zu reduzieren, die jeweils zu transportierende Datenmenge zu reduzieren oder die Suchanfragen zu optimieren und Verfahren dadurch effizienter zu gestalten.

   Grundsätzlich ist die Umsetzbarkeit einer umwelt- und klimafreundlichen Beschaffung vor allem im produzierenden Gewerbe gegeben. Nachweise zu umwelt- und klimafreundlichen Produktionsverfahren oder die Berücksichtigung der Wiederverwendbarkeit von Stoffen sind darstellbar und könnten somit auch grundsätzlich bei der Vergabe öffentlicher Aufträge adressiert werden. Bei klassischen (IT-) Beratungsleistungen sind die Möglichkeiten zur umwelt- und klimafreundlichen Tätigkeit in der Regel schwer abzuleiten. Ein wichtiger Ansatzpunkt ist die Verringerung von Reiseaufwand. So sollten verstärkt Möglichkeiten geschaffen werden, die Leistungserbringung nicht nur remote, sondern auch aus dem Homeoffice anzubieten.

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?**

   Ein weiterer Aspekt einer sozial verantwortlichen Beschaffung ist die Adressierung der **ILO-Kernarbeitsnormen (in den Lieferketten)**.

   Zudem kann die Beschaffung als wichtiger **Hebel im Bereich der Innovationsförderung** genutzt werden, insbesondere durch den Abbau von Zugangshürden für kleine und mittlere Unternehmen (KMU) und Startups.

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

   Ebenso wie bei der Berücksichtigung von umwelt- und klimafreundlichen Aspekten empfiehlt sich die Anerkennung von Brancheninitiativen und bereits (weltweit) etablierten Zertifikaten. Die **Verpflichtungserklärung zur Einhaltung von Arbeits- und Sozialstandards in der öffentlichen ITK-Beschaffung** (siehe auch: www.nachhaltige-beschaffung.info) hat sich in diesem Zusammenhang als wirksames und praxistaugliches Instrument zur Stärkung der sozialen Nachhaltigkeit in der Beschaffung etabliert. In Zusammenarbeit mit der Wirtschaft konnte hier ein praxistauglicher Standard etabliert werden, der sich durch eine hohe Akzeptanz bei den Unternehmen und in der öffentlichen Verwaltung auszeichnet.

   Damit sich **KMU und Startups** erfolgreich an öffentlichen Vergabeverfahren beteiligen können, dürfen die rechtlichen und kaufmännischen Anforderungen nicht zu hoch sein. Sinnvoll könnte es daher sein, dass bestimmte Vorgaben (z.B. Vorlage von Nachweisen) erst ab einer gewissen Unternehmensgröße greifen. Für die Beschaffung von IT-Leistungen durch KMU und Startups wesentlich dürfte auch sein, dass der Anwendungsbereich der EVB IT Verträge ausgeweitet wird (insbesondere auch auf Ausschreibungen aller dem Bundesverteidigungsministerium untergeordneten Institutionen), da diese allen Bietern eine verlässliche Grundlage zur Bewertung von Risiken und Bepreisung liefern. KMU und Startups wird dadurch die kosten- und zeitintensive Prüfung individueller Ausschreibungsbedingungen (z.B. durch Einschaltung einer externen Kanzlei) erspart bzw. wird diese bei Prüfung der EVB IT Verträge nur initial erforderlich.

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

   Keine Antwort.

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?**

   Von den Bitkom-Mitgliedsunternehmen werden verschiedenste Portale und Informationsangebote genutzt. Häufig wird auf Dienstleistungsangebote zugegriffen, die in den öffentlichen Vergabeplattformen auf der Basis von Schlagworten nach geeigneten Ausschreibungen suchen. Zudem wird der Bekanntmachungsservice oder auch TED (Tenders Electronic Daily) der Europäischen Kommission verwendet.

   Wir begrüßen ausdrücklich eine **Vereinheitlichung von Verfahren und Vorlagen**. Würden bei den Vergaben von den ausschreibenden Stellen verlässlich die entsprechenden CSV-Codes verwendet, dann wäre eine strukturierte Suche dedizierter möglich.

   Leider sehen unsere Mitgliedsunternehmen in der Praxis immer wieder Medienbrüche. So enthalten aktuelle Formulare weiter Felder wie „Stempel und Unterschrift des Bieters“. Die Möglichkeit, auf Erklärungen oder Referenzen aus dem Amtlichen Verzeichnis zu verweisen, wird selten eröffnet. Schließlich wird die EEE (Einheitliche Europäische Eigenerklärung) überhaupt nicht genutzt. Bezeichnenderweise verlinkt das BeschA für deutsche Muster auf Seiten in Belgien, Polen und Spanien.[1]

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

   Nein. **Virtuelle mündliche Verhandlungen sollten bei Nachprüfungsverfahren auf jeden Fall zugelassen werden**, um Reiseaufwand zu minimieren.

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

    Ggf. könnte bei bestimmten Vergaben auch die **Textform** als ausreichend anzusehen sein. Zudem befürworten wir **Fristsetzungen auch für Auftraggeber** bezüglich der Beantwortung einer Rüge.

[1] Siehe auch: https://www.bescha.bund.de/e-Vergabe/DE/5%20Service/EEE/node_EEE.html

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?**

    Grundsätzlich gilt: Wünschenswert wäre eine **Ausweitung des Anwendungsbereichs der EVB-IT Verträge auf alle Behörden von Bund und Ländern**, insbesondere auch auf Ausschreibungen aller dem Bundesverteidigungsministerium untergeordneten Institutionen, da diese eine verlässliche Grundlage zur Bewertung von Risiken und Bepreisung für alle Beteiligten liefern.

    Das **Instrument der Präqualifizierung** ist hilfreich. Dieses könnte auf weitere Aspekte übertragen werden (z.B. Umweltkriterien). Derzeit stellen viele Bitkom-Mitgliedsunternehmen fest, dass **bereits abgegebene Eignungsnachweise und Eigenerklärungen** von den ausschreibenden Stellen regelmäßig erneut eingefordert werden. Dies führ zu vermeidbaren Prüf- und Dokumentationsaufwänden bei den ausschreibenden Stellen und bei den Unternehmen. Der Verweis auf das Amtliche Verzeichnis sollte allen Bietern und Nachunternehmern ermöglichen, dort enthaltende Erklärungen nicht nochmals abgeben zu müssen.

    Außerhalb der Präqualifizierung sollten für standardisierte Erklärungen (z.B. nach §§ 123, 124 GWB) eine **für alle Verfahren gültige Vorgabe** bestehen. Solche Erklärungen verbieten „Kreativität“ durch die Vergabestellen, die immense Prüfungsaufwände bei den Bietern nach sich ziehen, um den eigentlich klaren inhaltlichen Sachverhalt zu ermitteln.

    Eine **Begrenzung der Auswertungszeiten** wäre zu begrüßen. Allerdings müssen die ausschreibenden Stellen hierfür mit den erforderlichen Ressourcen ausgestattet werden. Fristen bei der Prüfung der Angebote sollten auch deshalb verkürzt werden, um die Marktentwicklung weniger riskant zu halten. Gerade in der aktuellen Preissituation werden hier auf Anbieterseite erhebliche Risiken eingegangen.

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

    Eine Flexibilisierung des Losgrundsatzes würde zu einer **Verengung des Wettbewerbs** führen und sollte nicht zum Nachteil von KMU und Startups erfolgen. Bei noch nicht definierten möglichen Innovationen kann eine Innovationsklausel ein sinnvolles Instrument sein, das die Flexibilität für Auftraggeber und Auftragnehmer zu erhöhen.

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?**

Wir unterstützen eine **Verschlankung und Vereinfachung der Ausschreibungsprozesse**, konkret die Ausweitung des Anwendungsbereichs der EVB IT Verträge auf alle Behörden von Bund und Ländern, da diese eine verlässliche Grundlage zur Bewertung von Risiken und Bepreisung für alle Beteiligten liefern. Insbesondere bei Ausschreibungen der Bundeswehr und ihr untergeordneter Institutionen besteht teilweise die Tendenz, Risiken einseitig auf die Auftragnehmerseite zu verschieben und auf die Anwendung der EVB IT Verträge zu verzichten. Die Eingehung **unbegrenzter Haftungsrisiken oder das Zurückhalten von Vergütung bis zur Vorlage von Bankbürgschaften oder anderer Sicherheiten** ist aber insbesondere für KMU und Startups unmöglich, da die Eingehung einer unbegrenzten Haftung existenzbedrohend sein kann und diese auf einen laufenden Cashflow angewiesen sind. Selbst global tätige IT-Konzerne, die auf das Know-how eines Startups als ihr Subunternehmer angewiesen sind, können dann nicht an bestimmten Ausschreibungen teilnehmen bzw. ziehen sich zurück, sobald selbst während eines Verhandlungsverfahrens keine ausreichende Anpassung der Verfahrensbedingungen erfolgt.

Umgekehrt entstehen auf Seiten des Auftraggebers bei einem Verzicht auf die Anwendung des EVB IT-Standards teilweise erhebliche Kosten für **externe Berater**. Die Einbindung von externen Beratern ist bei besonders komplexen Vergabeverfahren gerechtfertigt, führt aber auch regelmäßig dazu, dass die Verfahren zu lange dauern. Grundsätzlich muss es in den Behörden nach Einschätzung vieler Bitkom-Mitglieder mehr Verständnis dafür geben, was ein Bieter realistischerweise technisch wie rechtlich akzeptieren kann. Speziell im Bereich der ITK-Beschaffung halten Behörden häufig an (technischen) Anforderungen fest, die aus Sicht der Lösungsanbieter keinen erkennbaren Vorteil für die öffentliche Hand bieten, dafür jedoch den potenziellen Bieterkreis erheblich verkleinern. Im Ergebnis muss zu häufig neu ausgeschrieben werden. Eine Verengung des Bieterkreises wirkt sich darüber hinaus negativ auf den Innovationsdruck aus und gefährdet den Preiswettkampf zu Lasten des öffentlichen Auftraggebers.

Neben unbegrenzten Haftungsrisiken haben aufgrund der außergewöhnlich hohen und volatilen Inflationsraten zuletzt v.a. fehlende **Preisanpassungs- bzw. Preisgleitklauseln** dazu geführt, dass Unternehmen von einer Beteiligung an Ausschreibungsverfahren Abstand genommen haben. Die Vergabe öffentlicher Aufträge ist von der derzeit sehr schwierigen Prognostizierbarkeit der Teerungsraten aufgrund langfristig angelegter Ausschreibungsprozesse sowie mehrjähriger Rahmenverträge in besonderer Weise betroffen. Preisgleitklauseln stellen eine hilfreiche und gangbare

Möglichkeit dar, um den negativen Auswirkungen stark steigender Preise auf die Vergabe öffentlicher Aufträge im ITK-Bereich zu begegnen.[2]

Darüber hinaus gibt es eine Reihe weiterer Aspekte, die dazu geführt haben, dass Bitkom-Mitglieder in den zurückliegenden Monaten auf eine Beteiligung an öffentlichen Vergabeverfahren verzichtet haben:

- **Ausschreibungswellen:** Ausschreibungen, die ähnliche Leistungen und somit einen ähnlichen Bieterkreis betreffen, werden immer wieder in Wellen veröffentlicht. Das führt dazu, dass Bieter sich im Vorfeld zwischen Ausschreibungen entscheiden müssen, auf die sie bei sequenzieller Veröffentlichung geboten hätten. Dies benachteiligt insbesondere KMU und Startups.

- Übermäßig **aufwändige Anforderungen an die Angebotserstellung**. Dies betrifft insb. Rahmenverträge, bei denen eine sehr große Zahl von Profilen zur Bewertung einzureichen sind.

- Die Vergabestellen sind gelegentlich mit der **operativen Stelle** nicht hinreichend vernetzt und antworten auf Bieterfragen vornehmlich aus der rechtlichen Sicht.

- **Markteinschränkende Vergabekriterien** bzw. das Fehlen einer **technologieoffenen Vergabepraxis**, bei der alle vorhandenen Hardwareplattformen berücksichtigt werden.

- Es gibt keinen ausreichenden **Rechtsschutz gegen Bieter, die unterhalb der Kostengrenze anbieten**. Wenn es dann zu einer Insolvenz kommt, muss neu ausgeschrieben werden.

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

Dies wäre grundsätzlich zu begrüßen, **da eine Vereinheitlichung der Rechtsgrundlage Rechtssicherheit und schnellere Verfahren für alle Beteiligten bedeutet.** Auch dürfte sich dies positiv auf die Kosten einer Ausschreibung auswirken. Insbesondere wäre eine Vereinheitlichung der Begrifflichkeiten zwischen UvgO und VgO zielführend. Die beiden deutschen zentralen Vergabegesetze sind von der Begrifflichkeit nicht uniform und aufeinander abgestimmt. Das könnte in einem neuen Vergabegesetz berücksichtigt werden. Eine materielle Angleichung der beiden Gesetze ist nicht unbedingt notwendig.

[2] Vorschläge für die Ausgestaltung von Preisgleitklauseln sowie die Verwendung geeigneter Indizes hat der Bitkom Arbeitskreis Öffentliche Aufträge in der Handreichung „Auswirkungen steigender Inflationsraten auf die Vergabe öffentlicher Aufträge im ITK-Bereich“ gemacht.

Wünschenswert in dem Zusammenhang wäre außerdem eine **Vereinheitlichung der Vergabeprozesse für Bund, Ländern und Kommunen**. So sind nach wie vor viele Länder und die Kommunen nicht an die Anwendung der EVB IT Verträge gebunden, was zu einem Flickenteppich und unnötigem Zeit- und Kostenaufwand bei allen Beteiligten führt (z.B. für die Erstellung individueller Ausschreibungsbedingungen durch die Einbindung einer externen Kanzlei durch den Auftraggeber).

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?**

Öffentliche Aufträge sind für die viele Startups ein wichtiges Thema. So wünschen sich 84 Prozent aller Startups von der Politik einen vereinfachten, rechtssicheren Zugang zu öffentlichen Aufträgen. Doch eine stärkere Zusammenarbeit ist nicht nur für KMU und Startups, sondern für beide Seiten von zentraler Bedeutung. Startups können neben der Digitalisierung der Verwaltung auch Projekte wie die Verkehrs- und Energiewende voranbringen. Doch es bemühen sich nur 31 Prozent der Startups um öffentlich Aufträge. Hauptgrund ist häufig die Komplexität der Ausschreibungen. Zur besseren Einbeziehung von KMU und Startups lassen sich u.a. die folgenden Aspekte identifizieren.

- Um Startups echte Chancen bei Ausschreibungsverfahren zu geben, sollten **Mengenanforderungen an Projektreferenzen** abgesenkt sowie Wirtschaftskriterien verhältnismäßig angesetzt werden.
- Zudem sollte die rechtliche Verbindlichkeit **innovativer und weiterer strategischer Aspekte** gestärkt werden (z.B. Innovationsprämie für nachhaltige und zukunftsfähige Leistungen).
- Ein wichtiger Schritt wäre, die Ausschreibung von **Innovationspartnerschaften** auch in Vergabeverfahren unterhalb des EU-Schwellenwertes zu berücksichtigen.
- Vorbild könnte zudem Frankreich sein, wo seit 2019 über drei Jahre eine **Direktvergabe für innovative Produkte und Dienstleistungen** getestet wird.

- Die Einteilung in **Teil- und Fachlose** erleichtert KMU und Startups einen Zugang entweder durch ein alleiniges Angebot für ein einzelnes Los oder durch Teilnahme an Bieterkonsortien. In diesem Zusammenhang sollten Beschaffer sensibilisiert werden, die „Mittelstandsklausel“ (§97 Abs. 4 GWB) stärker zu berücksichtigen.

- Unabhängige **Beratungsstellen** für Startups – losgelöst von den Beschaffungsstellen aber mit diesen im Austausch stehend – könnten Startups über den Verlauf der Ausschreibung begleiten und unterstützen.

- Das Vorhaben der Bunderegierung eine **zentrale Vergabeplattform** zu installieren, über die Bekanntmachungsdaten zu möglichst allen Vergabeverfahren in Deutschland bereitgestellt werden, ist zu begrüßen.

- Beschaffer sollten Bieter auf offensichtliche **Formfehler** hinweisen können und ihnen die Möglichkeit geben, diese nachzubessern. Zudem sollten nicht bezuschlagte Bieter ein Feedback erhalten.

- Die Vorlage von bestimmten **Eignungsnachweisen** sollte erst ab einer gewissen Unternehmensgröße erforderlich sein, um die Schwelle zur Teilnahme an Ausschreibungen für KMU und Startups gering zu halten.

Technologieförderung und IP-Regelungen: Ein weiterer wichtiger Aspekt, der sich auf die Entwicklung hochinnovativer Produkte und Dienstleitungen bezieht, ist für die gesamte Digitalwirtschaft von hoher Relevanz, betrifft die Geschäftsmodelle von KMU und Startups jedoch in besonderer Weise. Zuletzt wurden in entsprechenden Ausschreibungen (bspw. im Bereich Quantum Computing) IP-Regelungen angestrebt, die eine vollständige Übertragung der IP an die öffentliche Hand vorsehen. Dadurch entzieht der Staat den Unternehmen die zukünftige Wirtschaftlichkeit. Um den Verbleib der IP in Deutschland zu sichern, gibt es effektivere Werkzeuge. Stattdessen ist eine faire Aufteilung von entstandener IP von zentraler Bedeutung, um die Entstehung eines Ökosystems zu fördern. Auch ist fraglich, inwiefern der Staat die IP pflegt und ob es z.B. eine Übertragung an potenzielle Wettbewerber kommen kann. Auch ist die Nutzung der IP für die Unternehmen über eine Rücklizenzierung hochproblematisch, da nicht verlässlich.

Haftung und Ausführungsbestimmungen: Ein weiterer kritischer Punkt sind regelmäßig auftretende Bestimmungen zur gesamtschuldnerischen Haftung: Gerade für Bietergemeinschaften zwischen unterschiedlich großen Firmen sind oft sehr problematische Haftungsbedingungen vorgesehen, die zu hohen und teilweise inakzeptablen Risiken für das wirtschaftlich stärkste Unternehmen führen. Bei Fehlverhalten oder Insolvenz z.B. von Startups in einer Bietergemeinschaft trägt das wirtschaftlich starke Unternehmen ggf. das gesamte Risiko. Das ist aus wirtschaftlicher Perspektive in vielen Fällen nicht akzeptabel und führt im Zweifel dazu, dass auf eine Einbindung von

KMU und Startups verzichtet wird. Es sollten deshalb festgelegt werden, dass eine gesamtschuldnerische Haftung für den Gesamtauftrag bei Bietergemeinschaften rechtlich nicht wirksam zu vereinbaren ist.

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

Im ITK-Bereich (v.a. Dienstleistungen) ist aufgrund besonders großer Rahmenvertragsvolumina die Einbeziehung von Unterauftragnehmern und die Bildung von Bietergemeinschaften für viele Unternehmen nahezu zwingend erforderlich (und eine alleinige Beteiligung von KMU und Startups vielfach ausgeschlossen). Grundsätzlich wäre eine Verschlankung des Prozesses zu begrüßen, um im Falle großer Auftragsvolumina einfacher Unterauftragnehmer einbeziehen zu können, bspw. im Rahmen einer vereinfachten Präqualifizierung.

Notwendigkeit einer Abgrenzung zwischen Unterauftragnehmern und Lieferanten: In einer stark spezialisierten und arbeitsteiligen Digitalwirtschaft basieren Produkte und Lösungen oft auf der Nutzung zugekaufter Standardkomponenten anderer Hersteller. SaaS-, PaaS- und IaaS-Leistungen basieren regelmäßig auf der Nutzung von Standard-Cloud-Leistungen globaler Cloud-Service-Provider. In der Vergabepraxis stellt sich für Leistungsanbieter oftmals die Frage, ob die Hersteller bzw. Provider derartiger Standardkomponenten, insbesondere die jeweiligen Cloud-Service-Anbieter, als Unterauftragnehmer oder – wie es typischerweise an sich dem Produktkonzept entspricht – als reine Lieferanten anzusehen sind. Diese Unterscheidung ist wichtig, weil die Ausschreibungsbedingungen oft detaillierte Anforderungen in Bezug auf Unterauftragnehmer (aber nicht an reine Lieferanten) enthalten, einschließlich der Notwendigkeit, bestimmte Angaben zu machen und Erklärungen vorzulegen ("Unterauftragnehmererklärungen", die sich insbesondere auf die Eignung des Unterauftragnehmers beziehen). Die Nichterfüllung dieser Anforderungen kann zum Ausschluss vom Vergabeverfahren führen. Das EU-Vergaberecht kennt die Begriffe „Unterauftragnehmer“ und „Lieferant“, definiert diese jedoch nicht (Art. 42 Richtlinie 2014/23/EU, Art. 71 Richtlinie 2014/24/EU, Art. 88 Richtlinie 2014/25/EU). Um die Rechtsicherheit zu erhöhen, sollte eine gesetzliche Definition erfolgen, die eine klare Abgrenzung von Unterauftragnehmern und Lieferanten ermöglicht. Eine gesetzliche Definition sollte an die folgenden Umstände anknüpfen:

- Erbringt der Dritte seine Leistungen direkt an den Endkunden als Teil der in der Ausschreibung beschriebenen Vertragsleistung (was auf einen Unterauftragnehmer hindeutet), oder erbringt er nur Dienstleistungen oder Lieferungen an den Hauptauftragnehmer, der sie als bloße Komponente oder als Werkzeug oder Vorleistung für seine eigenen vertraglichen Leistungen / Produkte verwendet (was auf einen Lieferanten hindeutet)?

- Erbringt der Dritte standardisierte Leistungen „von der Stange“ an den Hauptauftragnehmer (was auf einen Lieferanten hindeutet) oder erbringt er maßgeschneiderte Waren oder Dienstleistungen (was auf einen Unterauftragnehmer hindeutet)?

Alternativ oder ergänzend würde es sich anbieten, in den Vergabevorschriften zu regeln, dass Auftraggeber in Fällen, in denen Unterauftragnehmer Standardleistungen erbringen, auf die ansonsten üblichen Angaben bzw. Unterauftragnehmererklärungen in der Regel verzichten sollen. Die Vorschriften sind derzeit zwar ausgenommen im Fall des § 36 Absatz 3 Satz 1 VgV als „Kann“-Vorschrift ausgestaltet, viele Auftraggeber scheinen die Regelung jedoch als Soll-Vorschrift zu interpretieren oder fordern die betreffenden Angaben und Erklärungen aus überkommener Gewohnheit regelmäßig unabhängig davon ab, ob tatsächlich Anlass dazu besteht

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?**

Markterkundungen sowie funktionale Ausschreibungen bzw. innovative Vergabeverfahren sind geeignete Instrumente zur besseren Einbindung von KMU und Startups bei der öffentlichen Vergabe und sollten häufiger genutzt werden. Damit innovative Vergabeverfahren und Rahmenvereinbarungen mit Bieterkonsortien in der Praxis häufiger angewandt werden, sollten Beschaffer entsprechende Trainingsangebote verpflichtend wahrnehmen.

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

Keine Antwort.

Sonstiges

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

    Keine Antwort.

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

    Keine Antwort.

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

    Die Bedeutung von **etablierten Standards wie den EVB-IT** wurde bereits am Beispiel verschiedener Aktionsfelder verdeutlicht (z.B. Beschleunigung von Vergabeverfahren, stärkere Einbindung von Startups etc.). Es wäre aus Sicht der Digitalwirtschaft wünschenswert, dass die ausschreibenden Stellen immer auf bestehende Vertragswerke, insbesondere die EVB-IT zurückgreifen. Im Bundesbereich sollte insbesondere eine Ausweitung auf die Ausschreibungen aller dem Bundesverteidigungsministerium untergeordneten Institutionen erfolgen. Zudem wäre eine stärkere Nutzung durch die Behörden der Länder empfehlenswert. Dies ist zwar in den VV zu §55 BHO und in den VV zu §55 LHO einiger Bundesländern so vorgesehen, passiert aber tatsächlich viel zu selten. Vielmehr finden oft allein die VOL/B, die etwa keine Haftungsbeschränkung haben, gemeinsam mit selbst entworfenen Regelungen in den Leistungsbeschreibungen Anwendung. Hier finden sich teilweise Risiken, wie etwa zu Sonderkündigungsrechten, die nicht eingegangen werden können. Der Rückgriff auf EVB-IT Verträge als Standard würde sowohl den Prüfaufwand verringern als auch zu mehr Wettbewerb führen.

    Darüber hinaus sehen wir drei weitere wichtige Handlungsfelder, die bei der Transformation des öffentlichen Vergaberechts adressiert werden sollten:

    Vertrags- und Lizenzbedingungen Dritter: In einer stark spezialisierten und arbeitsteiligen Digitalwirtschaft basieren Produkte und Lösungen oft auf der Nutzung zugekaufter Standard-Komponenten anderer Hersteller. SaaS-, PaaS- und IaaS-Leistungen basieren regelmäßig auf der Nutzung von Standard-Cloud-Leistungen globaler Cloud-Service-Provider. Die Hersteller bzw. Provider solcher Standardleistungen verwenden oftmals standardisierte, global einheitliche Vertrags- und Lizenzbedingungen. Bieter im Vergabeverfahren, die solche Leistungen anbieten oder einsetzen wollen, haben daher regelmäßig nur die Wahl, diese herstellereigenen Vertrags- und Lizenzbedingungen zu verwenden bzw. zu akzeptieren. Diese weichen jedoch

oftmals von den vorgegebenen Vertragsbedingungen der Auftraggeber ab. Auftraggeber sind jedoch meist nicht bereit, ein „Durchreichen“ von herstellereigenen Vertrags- und Lizenzbedingungen zuzulassen. Hieraus können sich für die Bieter unzumutbare oder zumindest preistreibende Regelungslücken bzw. Haftungsrisiken ergeben. Sowohl Bieter als auch Auftraggeber drohen Lizenzverletzungen. Es muss allen Beteiligten klar sein, dass Lizenzbedingungen für einen Standardhersteller unverhandelbar sind, ein Einkauf „zu den Bedingungen der öffentlichen Hand“ geht an den Marktgegebenheiten vorbei. Um diese Hürde für eine effiziente Beschaffung auszuräumen, sollte daher in den Vergabevorschriften klargestellt werden, dass Auftraggeber in Fällen, in denen dies zweckmäßig erscheint, den Bietern gestatten können, ihren Angeboten eigene bzw. herstellereigene Vertragsbedingungen zugrunde zu legen (ähnlich wie dies in den EVB-IT Cloud bereits als Ausgestaltungsoption vorgesehen ist). Ein solches Vorgehen würde nicht gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz verstoßen, wenn etwaigen Unterschieden zwischen den Vertragsbedingungen verschiedener Bieter bzw. Hersteller im Rahmen der Angebotswertung Rechnung getragen wird.

Marktplätze / Plattform-Beschaffungen: Denkbar wäre, Wertgrenzen für Kleinvergaben zu definieren, bis zu denen Beschaffungen auch in einem vereinfachten Verfahren möglich sind. Die UVgO enthält einen solchen Mechanismus bereits in § 8 Abs. 4 Nr. 17, wonach Bund und Länder Wertgrenzen festsetzen können, bis zu denen unabhängig von den normalen Voraussetzungen eine Verhandlungsvergabe möglich ist. Allerdings sind auch Verhandlungsvergaben wettbewerblich, und es gelten die entsprechenden Regelungen. Außen vor blieben diese Regelungen bisher lediglich bei Direktaufträgen, die nach § 14 UVgO allerdings nur bis zur Wertgrenze von 1.000 EUR zulässig sind. Vorstellbar wäre bspw., Direktvergaben, die über eine Online-Plattform abgewickelt werden, auch für Aufträge mit einer höheren Wertgrenze zuzulassen. Bei Portalen, die viele Anbieter im Wettbewerb untereinander präsentieren, Preisvergleiche anstellen und auf diese Weise die Ermittlung des günstigsten Angebots ermöglichen, lassen sich die Grundsätze der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit auch entsprechend begründen.

Ausschluss der namentlichen Nennung von Personen im Angebot: In öffentlichen Ausschreibungen wird zunehmend die Nennung konkreter Namen von Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern im Angebot gefordert. IT-Dienstleister können jedoch nur Profile für bestimmte Dienstleistungen anbieten (mit Ausnahme von Schlüsselpositionen oder Ansprechpartnerinnen und Ansprechpartnern). Die namentliche Nennung von Personen im Angebot ist ein starkes Indiz für eine unerlaubte Arbeitnehmerüberlassung. Daher ist es aus rechtlichen Gründen in aller Regel unmöglich, die Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter im Angebot namentlich zu benennen. Daher wären Nutzerhinweise für öffentliche Auftraggeber wünschenswert, z.B. durch das Beschaffungsamt des BMI, wonach bei der Angebotsabgabe Profile von IT-Dienstleistern stets anonymisiert einzureichen sind. Dies sollte insbesondere

bei werkvertraglichen Leistungen gelten. Die möglichen Folgen einer unerlaubten Arbeitnehmerüberlassung (z.B. Bußgeld, Eintragung ins Gewerbezentralregister etc.) ist gerade für KMU und Startups potenziell existenzbedrohend. Hinzu kommt, dass Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter nicht in der Hoffnung auf einen Auftrag oder für unsichere Abrufe aus häufig von der öffentlichen Hand geschlossenen Rahmenverträgen von anderen Aufgaben freigestellt werden können. Das ginge nur, wenn die öffentliche Hand bereit wäre, solche Vorhaltekosten zu vergüten.

Bitkom vertritt mehr als 2.000 Mitgliedsunternehmen aus der digitalen Wirtschaft. Sie erzielen allein mit IT- und Telekommunikationsleistungen jährlich Umsätze von 190 Milliarden Euro, darunter Exporte in Höhe von 50 Milliarden Euro. Die Bitkom-Mitglieder beschäftigen in Deutschland mehr als 2 Millionen Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter. Zu den Mitgliedern zählen mehr als 1.000 Mittelständler, über 500 Startups und nahezu alle Global Player. Sie bieten Software, IT-Services, Telekommunikations- oder Internetdienste an, stellen Geräte und Bauteile her, sind im Bereich der digitalen Medien tätig oder in anderer Weise Teil der digitalen Wirtschaft. 80 Prozent der Unternehmen haben ihren Hauptsitz in Deutschland, jeweils 8 Prozent kommen aus Europa und den USA, 4 Prozent aus anderen Regionen. Bitkom fördert und treibt die digitale Transformation der deutschen Wirtschaft und setzt sich für eine breite gesellschaftliche Teilhabe an den digitalen Entwicklungen ein. Ziel ist es, Deutschland zu einem weltweit führenden Digitalstandort zu machen.