

## **Neues aus dem Vergaberecht**

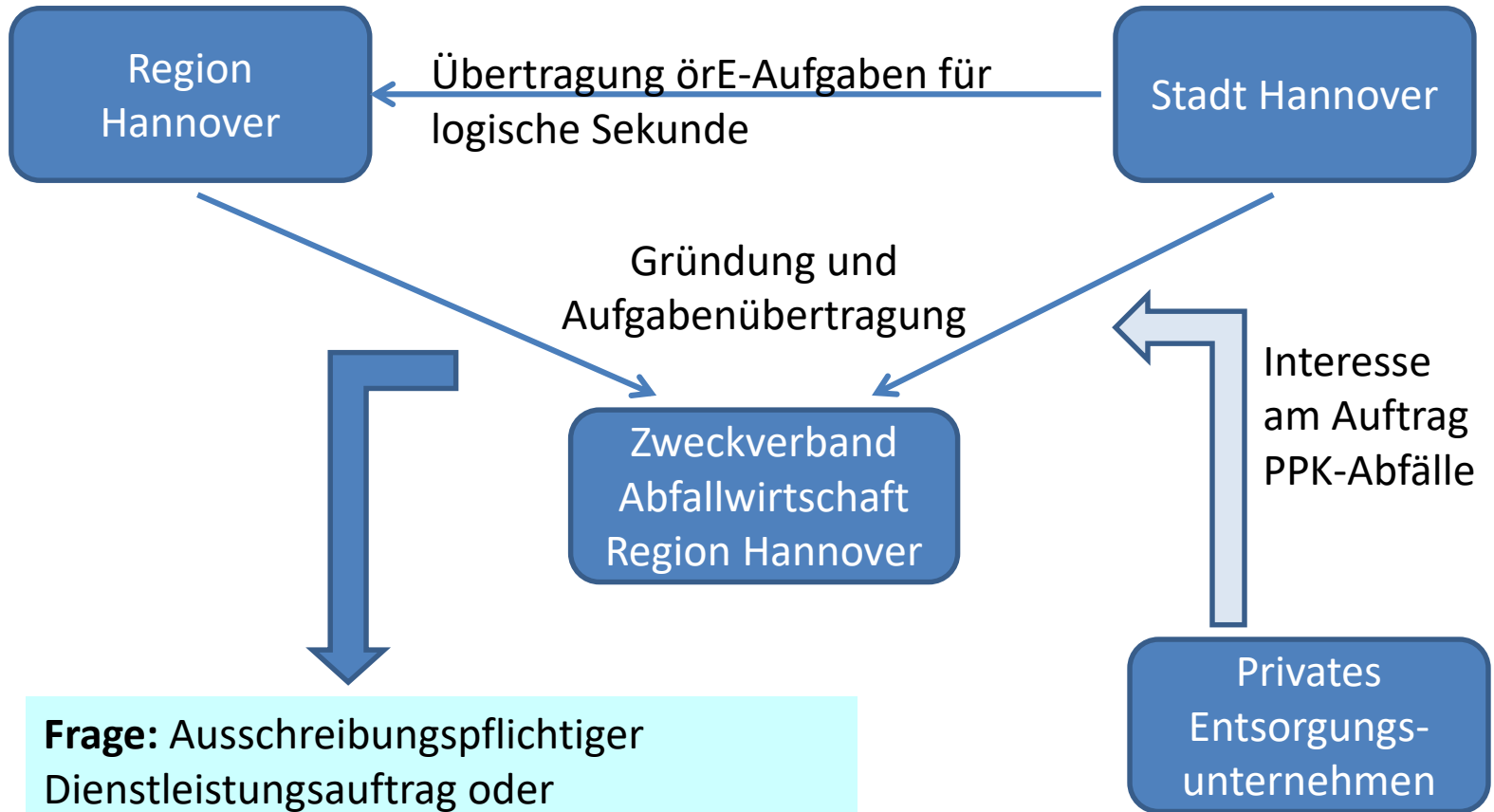
16. Umweltrecht aktuell

15. März 2017

Hannover



# EuGH Urteil vom 21.12.2016 Rs. C-51/15



**Frage:** Ausschreibungspflichtiger Dienstleistungsauftrag oder vergaberechtsfreies In House-Geschäft oder vergaberechtsfreie Interkommunale Kooperation?

# Vorlagebeschluss OLG Celle 17.12.2014

- Argumentation des privaten Entsorgungsunternehmens:
  - Region und Stadt können Zweckverband (aha) Aufgaben nicht vergaberechtsfrei übertragen. Dienstleistungsaufträge müssen ausgeschrieben werden.
  - Voraussetzungen In House-Geschäft liegen nicht (mehr) vor, weil aha mehr als 10 % Fremdgeschäft hat.
- OLG Celle legt dem EuGH mehrere Fragen zur Auslegung des Begriffs des öffentlichen Auftrags (§ 99 GWB) vor:
  - Ist Gründung eines Zweckverbandes und damit verbundener Aufgabenübergang überhaupt ein öffentlicher Auftrag?
  - Wenn ja: Finden die Grundsätze des In House-Geschäfts oder der Interkommunalen Kooperation Anwendung?

# Vorlagebeschluss OLG Celle 17.12.2014

Frage: Zweckverbandsgründung und  
Aufgabenübertragung = öffentlicher Auftrag?

Nein

Nachprüfungs-  
antrag ist  
unzulässig.  
Vergabenach-  
prüfungs-  
instanzen nicht  
zuständig.

Ja

In House-  
Geschäft?

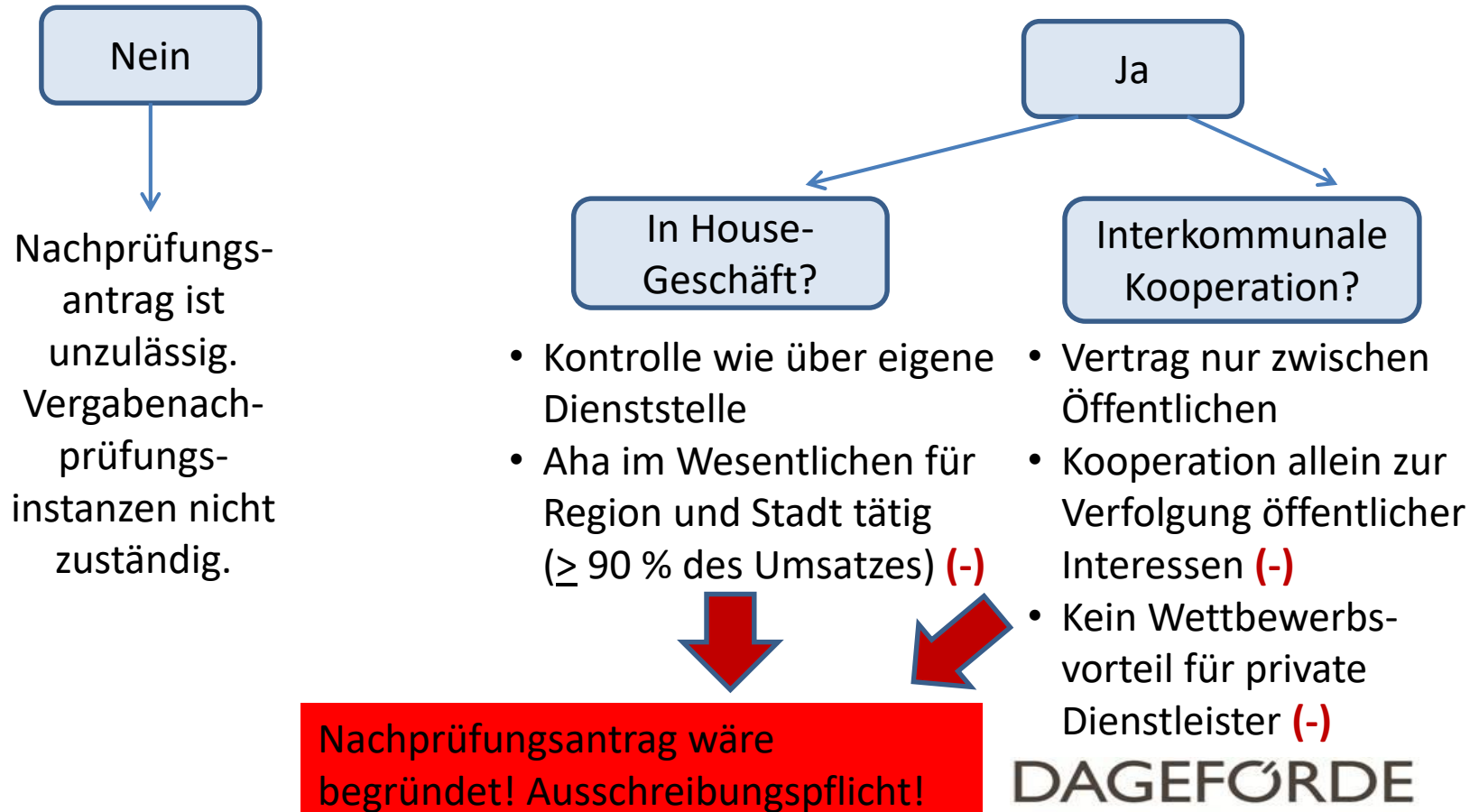
- Kontrolle wie über eigene Dienststelle?
- Aha im Wesentlichen für Region und Stadt tätig ( $\geq 90\%$  des Umsatzes)?

Interkommunale  
Kooperation?

- Vertrag nur zwischen Öffentlichen?
- Kooperation allein zur Verfolgung öffentlicher Interessen?
- Kein Wettbewerbsvorteil für private Dienstleister?

# Meinung des OLG Celle 17.12.2014

Frage: Zweckverbandsgründung und  
Aufgabenübertragung = öffentlicher Auftrag?



# EuGH Urteil vom 21.2.2016 Rs. C-51/15

Frage: Zweckverbandsgründung und  
Aufgabenübertragung = öffentlicher Auftrag?

Nein

Nachprüfungs-  
antrag ist  
unzulässig.  
Vergabenach-  
prüfungs-  
instanzen nicht  
zuständig.

In House  
Geschäft?

- Kontrolle wie über  
Dienststelle?
- Aha im Wesen  
Region und Stadt  
(≥ 90 % des Umsatzes)?

kommunale  
Kooperation?

- nur zwischen  
...en?
- ...ion allein zur  
Ver...ung öffentlicher  
Interessen?
- Kein Wettbewerbs-  
vorteil für private  
Dienstleister?

# EuGH Urteil vom 21.2.2016 Rs. C-51/15

- Zweckverbandsgründung und Aufgabenübertragung ist als Gesamtvorgang zu betrachten und rechtlich zu würdigen.
- Tatbestandsmerkmal „Entgeltlichkeit“ fehlt in dem Vorgang. Deshalb kein öffentlicher Auftrag im Sinne des Vergaberechts.
- Auch die finanzielle Ausstattung des Zweckverbandes ist nur „logische Folge“ der Gründung/Aufgabenübertragung und kein Entgelt im Sinne des öffentlichen Auftrags.
- Innerstaatliche Neuordnung und Kompetenzverlagerung unterliegt nicht dem Vergaberecht, wenn die öffentliche Stelle
  - finanziell und organisatorisch unabhängig ist,
  - die ihr übertragene Aufgabe selbständig und eigenverantwortlich wahrnimmt (Überwachung ist unschädlich, sofern Aufgabendurchführung weisungsfrei erfolgt).

# Fazit

- Urteil des EuGH ist – ebenso wie Schlussanträge des Generalanwalts – zutreffend.
- Zweckverbandsgründung und Aufgabenübertragung ist innerstaatliche Organisation und nicht öffentlicher Auftrag.
- Es geht nicht um entgeltliche Beschaffung einer Marktleistung.
- Es geht um Übertragung von Rechten und Pflichten zur Erfüllung von Aufgaben inklusive hoheitlicher Befugnisse (Stichwort: Satzungsbefugnis).
- Auch Funktion des (EU-) Vergaberechts erfordert es nicht, einen solchen Vorgang dem Vergaberecht zu unterwerfen.
- Ausgang des Verfahrens gibt – neben § 108 GWB – den Kommunen und kommunalen Entsorgungsbetrieben weiterhin Spielraum, sich in der Abfallwirtschaft rechtssicher aufzustellen.
- Kriterien des EuGH sind klar und verständlich für die Praxis (lesenswert auch: Schlussanträge des Generalanwalts vom 30.6.2016).



# Vergaberechtsreform Stufe 1

- Seit 18.4.2016: Neues EU-Vergaberecht: GWB, VgV, VOB/A-EU usw.
  - 4. Teil des GWB: Regeln zum Ablauf von Vergabeverfahren
    - Grundsätze (neu: Wirtschaftlichkeit, Verhältnismäßigkeit).
    - Strategische Ziele (Umwelt, Soziales, Innovation usw.).
    - Öffentlich-öffentliche Kooperation.
    - Zuschlag, Auftragsausführung, Auftragsänderung während der Vertragslaufzeit.
    - Nachprüfungsverfahren vor der VK.
  - VgV, SektVO, KonzVgV etc.: Einzelheiten des Verfahrens, Vervollständigung des GWB.
  - Wegfall der VOL/A-EU, Integration der VOF in VgV und dort in Abschnitte 5 und 6: „*Planungswettbewerbe, Besondere Vorschriften für die Vergabe von Architekten- und Ingenieurleistungen*“.
  - Aber: Wegfall der Kaskade ist unvollkommen, VOB/A-EU bleibt bestehen.

# Vergaberechtsreform Stufe 2

- Bundesanzeiger 7.2.2015: Neue Unterschwellenvergabeordnung.
- Verwaltungsvorschrift! Für Kommunen: Länderrecht.
- In Kraftsetzung für Nds. durch NTVergG: Nicht vor Sommer 2017.
- UVgO ersetzt VOL/A, 1. Abschnitt. VOL/B bleibt bestehen (dynamischer Verweis in § 21 Abs. 2 UVgO).
- Häufig Anlehnung an Oberschwellenrecht: Zahlreiche Verweise auf GWB/VgV (z. B. §§ 108, 123 ff., 132 GWB; §§ 3 ff., 50 VgV) erschweren Anwendbarkeit und Lesbarkeit.

# Gegenstand und Anwendungsbereich

- Öffentliche Liefer- und Dienstleistungsaufträge mit Auftragsvolumen unterhalb EU-Schwellenwert (aktuell: 209.000 EUR).
- Ausnahmen aus GWB greifen auch hier (Verweis in § 1 Abs. 2 UVgO auf §§ 107, 108, 109, 116, 117, 145 GWB):
  - Arbeitsverträge
  - Immobiliengeschäfte
  - Rettungsdienstleistungen durch gemeinnützige Organisationen
  - Öffentlich-öffentliche Zusammenarbeit
  - Rechtsdienstleistungen
  - F+E
  - Finanzielle Dienstleistungen

# Verfahren

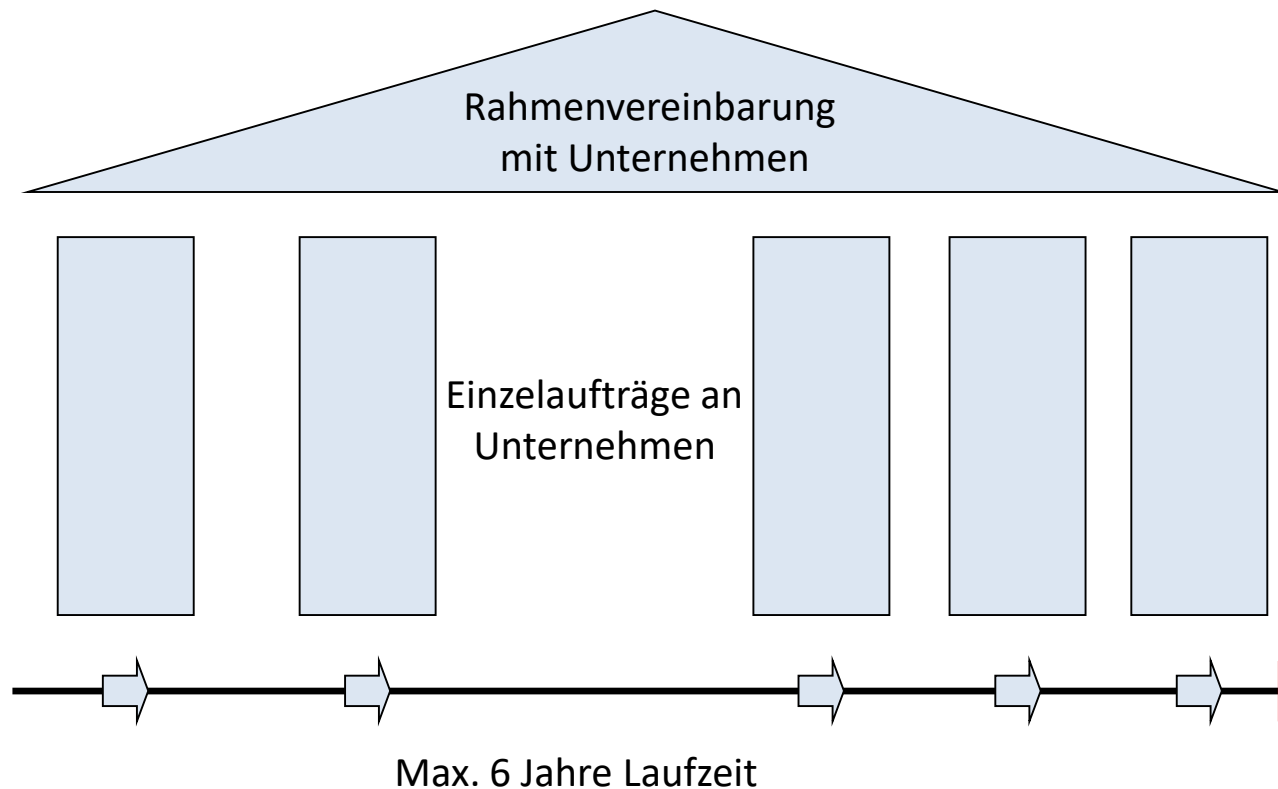
- Gleichstellung von öffentlicher Ausschreibung und beschränkter Ausschreibung mit Teilnahmewettbewerb: freie Wahl des Auftraggebers (§ 8 Abs. 2 UVgO).
- Beschränkte Ausschreibung ohne Teilnahmewettbewerb nur in Ausnahmefällen (öffentliche Ausschreibung ohne wirtschaftliches Ergebnis, öffentliche Ausschreibung oder beschränkte Ausschreibung mit TW zu hoher Aufwand – Missverhältnis zum Wert der Leistung oder zum erreichten Vorteil; § 8 Abs. 3 UVgO).
- Freihändige Vergabe heißt jetzt Verhandlungsvergabe.
- Verhandlungsvergabe mit oder ohne Teilnahmewettbewerb: freie Wahl des Auftraggebers (§ 8 Abs. 4 UVgO), aber beides nur in Ausnahmefällen möglich (konzeptionelle / innovative Lösungen, Verhandlungen wegen Komplexität o. ä. erforderlich, Leistung nicht beschreibbar etc.).

# Direktvergabe

- Verhandlungsvergabe ohne Teilnahmewettbewerb – nur ein Unternehmen wird beteiligt, nach § 12 Abs. 3 i. V. m. § 8 Abs. 4 Nr. 9 – 14 UVgO möglich:
  - Besondere Dringlichkeit.
  - Leistung kann nur von einem einzigen Unternehmen erbracht werden.
  - Ersatz-/Ergänzungsbeschaffung beim ursprünglichen AN.
  - Ersatzteile/Zubehörstücke vom ursprünglichen Lieferanten.
  - Vorteilhafte Gelegenheit (hier wieder eingeführt!).
- Direktauftrag bis 1.000 EUR netto (aber: Wirtschaftlichkeit / Sparsamkeit / Wechsel zwischen Unternehmen).

# Rahmenvereinbarung § 15 UVgO

- Eröffnung einer Geschäftsbeziehung für max. 6 Jahre.
- Flexible bedarfsgerechte Beschaffung dann über Einzelaufträge (ohne Vergabeverfahren).



# Unteraufträge, Selbstausführungsgebot

## § 26 UVgO

- Benennung der NU-Leistungen mit Angebot, Namen der NU nur „falls zumutbar“.
- Benennung der NU und Vorlage Verpflichtungserklärung vor Zuschlag von Bietern der engeren Wahl.
- Bei Eignungsleihe (§ 34 UVgO) ist Eignung des NU voll nachzuweisen (§ 35 UVgO).
- Auch NU aller Stufen haben Rechtsvorschriften inkl. Arbeitsrecht, Tarifverträge, Mindestlohn einzuhalten.
- AG kann vorschreiben, dass spätestens mit Auftragsbeginn NU mit Kontaktdaten und Lieferanten sowie im folgenden jede Änderung mitzuteilen sind.
- AG kann Ersetzung von NU verlangen, wenn Ausschlussgründe.
- Selbstausführungsgebot für ALLE Leistungen möglich!

# Eignungsprüfung

- § 124 Abs. 1 Nr. 7 GWB (Ausschluss wegen mangelhafter Ausführung in der Vergangenheit) in der UVgO auch ohne Sanktion möglich, also nur bei mangelhafter Schlechtleistung (§ 31 Abs. 2 UVgO).
- EEE-Verweis in § 35 Abs. 3 UVgO, aber: Keine Akzeptanzpflicht der EEE für AG, keine Pflicht zur Vorlage der Nachweise beim AG vor Zuschlagserteilung.



# eVergabe in der UVgO § 38 UVgO

- Bis 31.12.2018: AG legt Form / Übermittlung der Teilnahmeanträge und Angebote fest.
- Ab 1.1.2019: AG akzeptiert elektronische Einreichung von Teilnahmeanträgen und Angeboten in Textform nach § 126 b BGB.
- Ab 1.1.2020: AG gibt vor, dass Unternehmen Teilnahmeanträge und Angebote in Textform **ausschließlich** mit elektronischen Mitteln übermitteln.
- Ausnahmen: Bis 25.000 EUR Auftragswert / Beschränkte Ausschreibungen ohne Teilnahmewettbewerb / Verhandlungsvergabe ohne Teilnahmewettbewerb.

# Nachforderung von Unterlagen § 41 UVgO

- AG kann Bewerber/Bieter auffordern, **unternehmensbezogene** Unterlagen (insb. Eigenerklärungen, Angaben, Bescheinigungen, sonstige Nachweise) nachzureichen, zu vervollständigen oder zu korrigieren.
- AG kann Bieter auffordern, **leistungsbezogene** Unterlagen nachzureichen oder zu vervollständigen.
- AG kann in Bekanntmachung oder Vergabeunterlagen festlegen, dass er **keine** Unterlagen nachfordern wird.
- Nachforderung von **leistungsbezogenen** Unterlagen, die Wirtschaftlichkeitsbewertung anhand Zuschlagskriterien betreffen, ist ausgeschlossen (Ausnahme: Preisangaben = unwesentliche Einzelpositionen, deren Einzelpreise Gesamtpreis nicht verändern oder Wertungsreihenfolge und Wettbewerb nicht beeinträchtigen).
- AG setzt zur Nachreichung angemessene Frist und dokumentiert!

# Auftragsänderung § 47 UVgO

- Verweis auf (weitgehende, auftraggeberfreundliche) Regelung in § 132 Abs. 1, 2, 4 GWB:
  - Wesentliche Änderung: Kriterien aus „Pressetext-Urteil“.
  - Keine Wesentliche Änderung, wenn
    - Klare, eindeutige Überprüfungsklausel im Auftrag.
    - Zusatzleistungen erforderlich, Beauftragung eines anderen AN führt zu Inkompatibilität / Unwirtschaftlichkeit.
    - Änderung aufgrund unvorhersehbarer Umstände.
    - Ersatz des alten AN durch neuen AN, der genauso geeignet ist, im Rahmen Umstrukturierung etc.; Übernahme der NU vom insolventen GU durch AG.
- De minimis-Regelung: Bis 20 % des Ursprungsauftragswerts (bei mehreren aufeinanderfolgenden Änderungen ist Gesamtwert maßgeblich).

# Vergabe freiberuflicher Leistungen § 50 UVgO

- Freiberufliche Leistungen sind *„grundsätzlich im Wettbewerb zu vergeben. Dabei ist soviel Wettbewerb zu schaffen, wie dies nach der Natur des Geschäfts oder den besonderen Umständen möglich ist.“*
- Wie bisher: Einholung von Vergleichsangeboten, ggfs. Teilnahmewettbewerb, Eignungsprüfung, Streuung/Wechsel.
- Durchführung von Planungswettbewerben (§ 52 UVgO):  
*„Planungswettbewerbe können insbesondere auf den Gebieten der Raumplanung, des Städtebaus, des Bauwesens oder der Datenverarbeitung durchgeführt werden.“*

# DAGEFÖRDE

Öffentliches Wirtschaftsrecht



Vielen Dank für Ihre  
Aufmerksamkeit!

Rechtsanwältin  
Dr. jur. Angela Dageförde

Fachanwältin für Vergaberecht  
Fachanwältin für Verwaltungsrecht  
Fachanwältin für Bau- und Architektenrecht

Bödekerstraße 11 • 30161 Hannover

dagefoerde@kanzlei-dagefoerde.de  
[www.kanzlei-dagefoerde.de](http://www.kanzlei-dagefoerde.de)