

Neues aus dem Vergaberecht

22. Nds. Bodenschutzforum
2. November 2023
Hannover



Änderung der EU-Schwellenwerte
ab 1.1.2024



EU-Schwellenwerte teilen Vergaberecht in 2 Bereiche – es geht um die sog. Binnenmarktrelevanz



Aufträge **über** EU-Schwellenwerten:

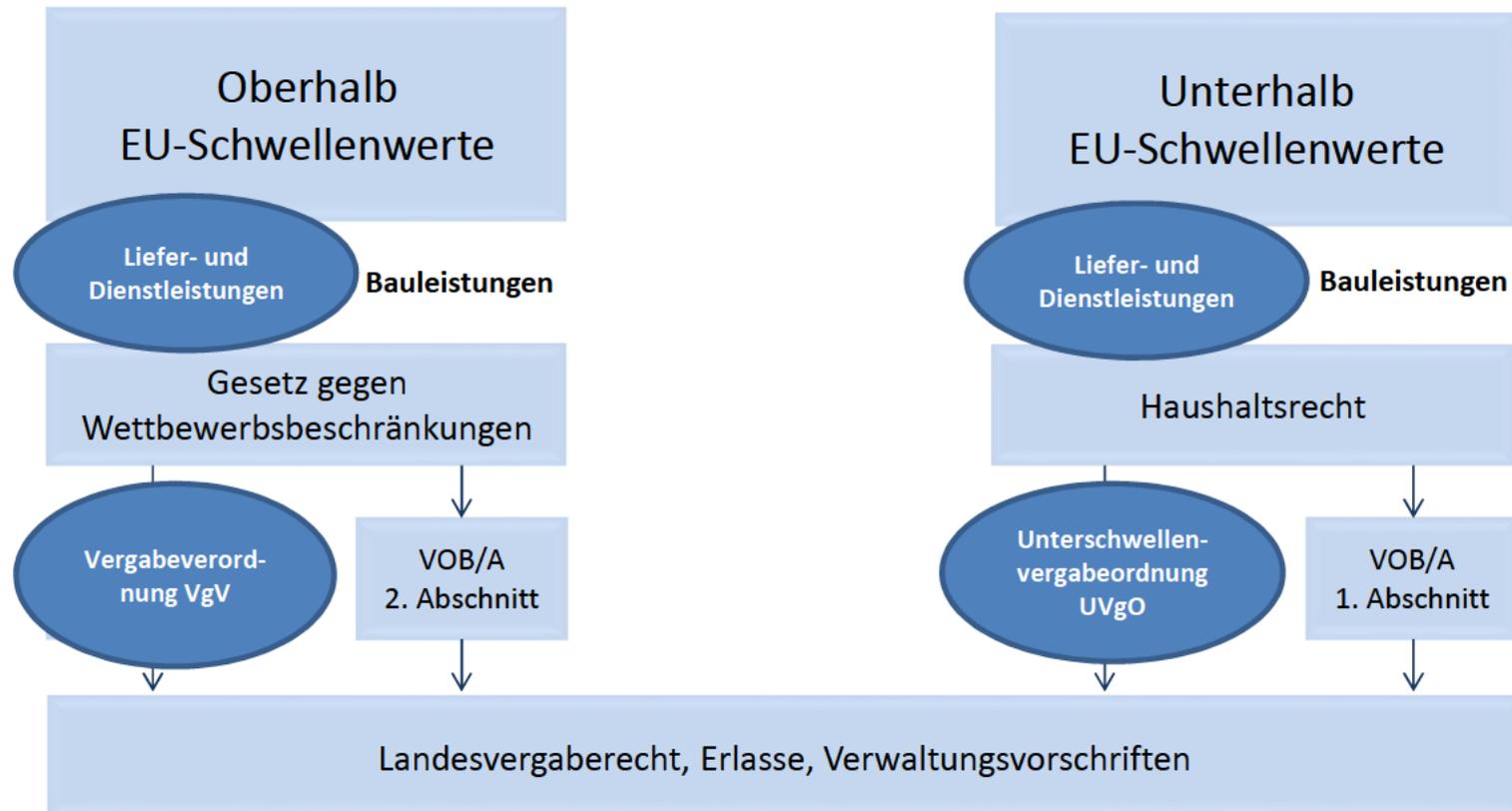
- Binnenmarktrelevanz.
- Risiko für den Auftraggeber: Rechtsschutz vor den Vergabekammern.

Aufträge **unter** EU- Schwellenwert:

- i.d.R. keine Binnenmarktrelevanz (str.).
- i. d. R. kein Rechtsschutz vor den Vergabekammern (nur vor Zivilgerichten).

Achtung: Vergaberecht unterhalb der EU-Schwellenwerte wird dem Bereich oberhalb der EU-Schwellenwerte immer weiter angenähert! Siehe UVgO, siehe eVergabe, siehe Vorabinformationspflicht.

Für die Verfahren gelten unterschiedliche Regelwerke



Die EU-Schwellenwerte werden sich am 1.1.2024 verändern. Dies sind noch die aktuell geltenden Werte:

Art des Auftrags/Auftraggebers	Wert (ohne Umsatzsteuer) 1.1.2022 – 31.12.2023
Baufträge	5.382.000 EUR
Bau- und Dienstleistungskonzessionen	5.382.000 EUR
Liefer- und Dienstleistungsaufträge	215.000 EUR
Aufträge über soziale und andere besondere Dienstleistungen	750.000 EUR
Liefer- und Dienstleistungsaufträge Sektorauftraggeber*	431.000 EUR
Liefer- und Dienstleistungsaufträge obere / oberste Bundesbehörden	140.000 EUR

* Wasser-, Energieversorgung (Elektrizität, Gas, Wärme), Verkehrsleistungen, Betreiber von Häfen/Flughäfen, Förderung von Öl/Gas/Kohle.

Lieferkettensorgfaltspflichten-
gesetz (Lieferkettengesetz)



Das LkSG verpflichtet Unternehmen zur Überprüfung ihrer Lieferketten.

- **Nachhaltige Lieferketten** zur Vermeidung von Menschenrechtsverletzungen und Umweltbeeinträchtigungen.
- Einhaltung von **menschenrechtlichen und ökologischen Sorgfaltspflichten** innerhalb der Lieferketten (= alle zur Herstellung der Produkte und der Erbringung der Dienstleistungen erforderlichen Schritte im In- und Ausland).
- Implementierung eines **Prüf- und Kontrollsystems** (Bemühens-, keine Erfolgspflicht).
- Betroffen: in Deutschland ansässige oder tätige **privatrechtliche und öffentlich-rechtliche Unternehmen** mit mehr als 3.000 Arbeitnehmenden (ab 2024 mehr als 1.000).

Verstöße gegen das LkSG können zur Vergabesperre führen.

- Rechtsverstöße werden mit **Bußgeldern** sowie Ausschluss von Vergabeverfahren (**Vergabesperre**) geahndet.
- Für die Entscheidung des Auftraggebers maßgeblich:
 - **Höhe** des Bußgeldes.
 - Grundsätzlich: mind. 175.000 Euro, § 22 Abs. 2 S. 1 LkSG.
 - Ausnahme: in bestimmten Fällen mind. 1,5 Mio. bzw. 2 Mio. Euro, § 22 Abs. 2 S. 2 LkSG.
 - **Art des Verstoßes** (Tatbestand des § 24 LkSG).
 - Verstöße gegen Sorgfaltspflichten §§ 4 ff. LkSG.
- Vergabesperre gemäß § 22 LkSG:
 - **Ausschluss** von Teilnahme an einem Vergabeverfahren.
 - Innerhalb von angemessenem Zeitraum (**bis zu 3 Jahre**) sind Ausschlüsse möglich.
 - Ausschluss **nur aus einzelnen Verfahren**, nicht pauschal für einen kompletten Zeitraum.
 - Wurde Zuschlag bereits erteilt: ggf. Kündigung (z.B. § 314 BGB)
 - Vergabesperre ist kein Verwaltungsakt, sondern privatrechtliches Handeln.

DAGEFÖRDE

Öffentliches Wirtschaftsrecht

Das neue Wettbewerbsregister



Das Wettbewerbsregister soll es Auftraggebern erleichtern, „schwarze Schafe“ zu erkennen.

Wettbewerbsregister = **Zentrales elektronisches Register** beim Bundeskartellamt über die einem Unternehmen **zurechenbaren Rechtsverstöße**, die zu dessen **Ausschluss vom Vergabeverfahren** führen müssen oder können.

- Ermöglicht eine **zentrale** und **einheitliche Überprüfung**, ob **Ausschlussgründe** vorliegen.
- Zum Beispiel:
 - Schwarzarbeit.
 - Steuerhinterziehung.
 - Betrug.
 - Wettbewerbsbeschränkende Abreden bei Ausschreibungen.
 - Verstöße gegen das Lieferkettensorgfaltspflichtengesetz.

Auftraggeber müssen ab 30.000 EUR eine Abfrage machen.

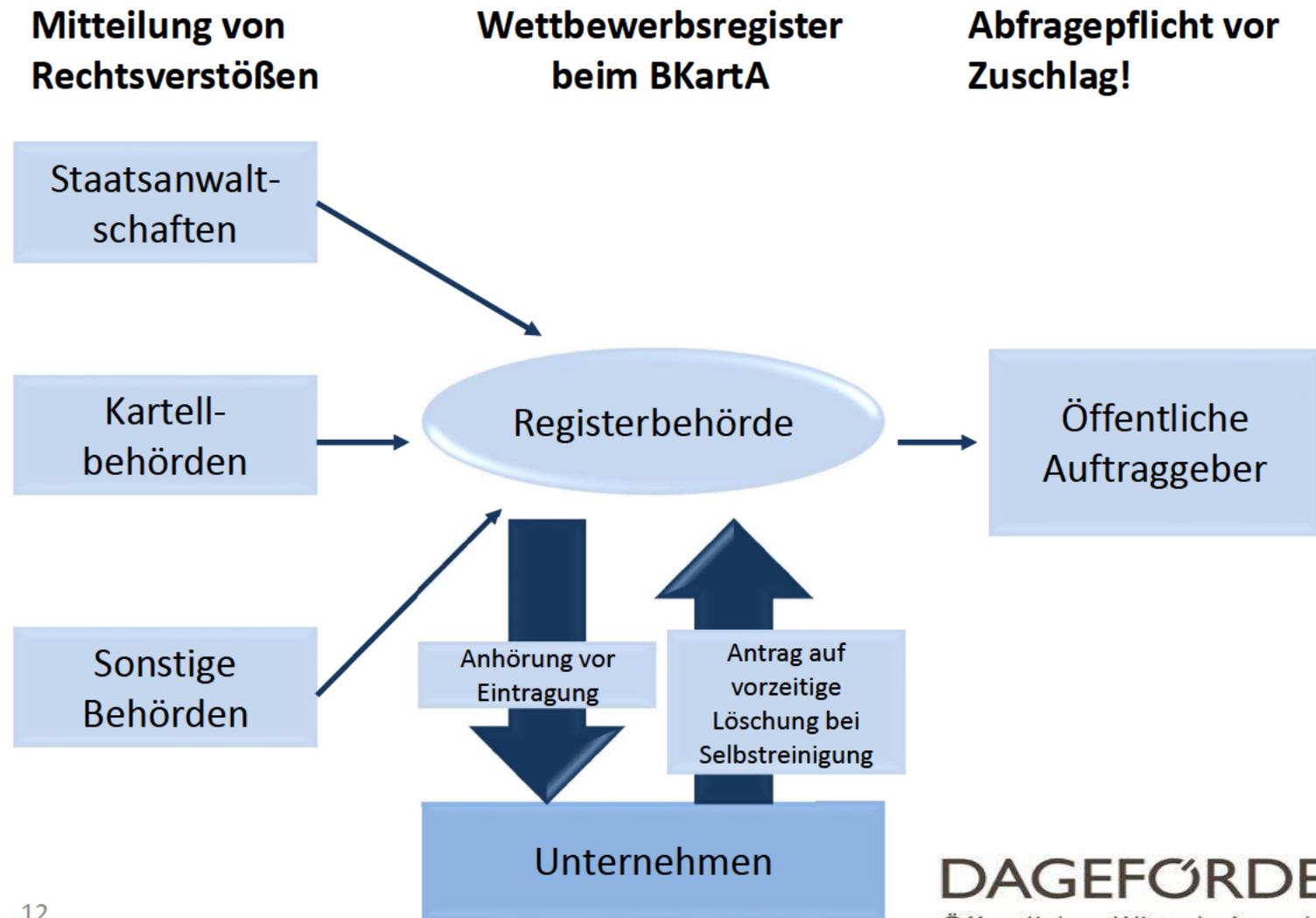
- Wettbewerbsregister stellt Basis für „**informierte Entscheidung**“ der öffentlichen Auftraggeber dar.

Beachte

§ 6 WRegG: Abfragepflicht für öffentliche Auftraggeber vor Zuschlagserteilung ab Auftragsvolumen von 30.000 Euro.

- Mehr **Rechtssicherheit** für Auftraggeber und Unternehmen.
- Verbesserung der **Bekämpfung von Wirtschaftskriminalität.**
- Stärkung von Compliance.

Das Wettbewerbsregister wird „befüllt“ von den Ermittlungsbehörden.



Die Abfrage läuft rein elektronisch – vorher muss man sich registrieren.

- Elektronisch über das Web-Portal der Registerbehörde (beim BKartA). <https://portal.wettbewerbsregister.de/webreg>
- Nach Anmeldung: Angaben über das Vergabeverfahren und über den Bieter, der für den Zuschlag vorgesehen ist (HR-Register, USt.-ID ...), in eine Eingabemaske eintragen. ACHTUNG: Daten im Vergabeverfahren mit TNA/Angebot von Bewerbern/Bietern abfragen!
- Ergebnis: Bereitstellung im Web-Portal für 7 Tage.
- Auftraggeber muss Vertraulichkeit sicherstellen (wie sonst auch im Vergabeverfahren).

In das Register werden Wirtschaftsdelikte eingetragen.

- **Rechtsverstöße** im Bereich der **Wirtschaftsdelikte** (Bestechung, Geldwäsche, Betrug, Steuerhinterziehung, etc.), die einem **Unternehmen zugerechnet** werden.
- Inhalt der Eintragung gem. § 2 Abs. 1 WRegG, insb.:
 - Rechtskräftige Strafurteile.
 - Rechtskräftige Strafbefehle.
 - Rechtskräftige Bußgeldbescheide ab 2.500 EUR.
- Dadurch wird die Prüfung der öffentlichen Auftraggeber erleichtert, ob hinsichtl. eines Unternehmens im **Vergabeverfahren** ein **Ausschlussgrund nach §§ 123, 124 GWB** vorliegt.

Bestimmte Straftaten führen zwingend zum Ausschluss des Bieters (§ 123 GWB).

- Abs. 1
- Rechtskräftige Verurteilung** einer Person, die dem Unternehmen nach Abs. 3 zurechenbar ist, wegen einer in § 123 Abs. 1 Nr. 1-10 **aufgezählten Straftaten** UND Kenntnis des öffentlichen Auftraggebers.
 - Rechtskräftige Festsetzung einer Geldbuße nach § 30 OWiG** gegen das Unternehmen wegen einer in § 123 Abs. 1 Nr. 1-10 aufgezählten Straftaten UND Kenntnis des öffentlichen Auftraggebers.
- Abs. 2
- Verurteilung oder Festsetzung einer Geldbuße nach vergleichbaren Vorschriften anderer Staaten UND Kenntnis des öffentlichen Auftraggebers.
- Abs. 4
- Rechtskräftige Gerichts- oder bestandskräftige Verwaltungsentscheidung**, dass Unternehmen **Zahlungsverpflichtung** von Steuern, Abgaben oder Beiträgen zur Sozialversicherung **nicht nachgekommen** ist.
 - Sonstiger geeigneter Nachweis** einer Verletzung der Zahlungspflicht.

Bei anderen Ausschlussgründen entscheidet der Auftraggeber selbst über den Ausschluss (§ 124 GWB)

1. **Verstoß gegen** geltende umwelt-, **sozial- und arbeitsrechtliche Verpflichtungen bei der Ausführung öffentlicher Aufträge** („nachweislich“).

2. Insolvenz.

3. Schwere Verfehlung, Integrität des Unternehmens infrage gestellt.

4. Wettbewerbsverzerrende Absprachen.

5. Interessenkonflikt im Hinblick auf Unparteilichkeit bei Auswahl.

6. Wettbewerbsverzerrung aufgrund vorheriger Einbeziehung des Unternehmens („Projektantenproblematik“).

7. Mangelhafte frühere Auftragsausführung („erheblich oder fortdauernd“) UND Sanktion des Auftraggebers erforderlich.

8. Schwerwiegende Täuschung, Nichterbringbarkeit von Nachweisen.

9. Versuchte unzulässige Einflussnahme auf Entscheidungsfindung des öffentlichen Auftraggebers.

Minimum
2.500 €

DAGEFÖRDE

Öffentliches Wirtschaftsrecht

Änderung von Bestandsverträgen
aufgrund von unvorhergesehenen
Sondersituationen
(Pandemie, Krieg ...)



Ausgangspunkt

- In Deutschland gilt: Pacta sunt servanda = Verträge sind einzuhalten.
- Das bedeutet: Auftragnehmer müssen das vertraglich geschuldete Leistungssoll wie beauftragt ausführen und sich an den vereinbarten Preisen festhalten lassen.
- Aber: Kriegsereignisse oder andere unvorhergesehene Ereignisse und dadurch (unmittelbar oder mittelbar) hervorgerufenen Materialengpässe und Materialpreissteigerungen **können** sich auf Bestandsverträge auswirken.
- Das greift aber **nicht „automatisch“**. Eine Vertragsanpassung kommt nur unter bestimmten Voraussetzungen in Betracht.
- In erster Linie gilt das, was der Vertrag regelt.
- Wenn im Vertrag keine Regelung enthalten ist: Was ergibt sich aus dem Gesetz (BGB, VOL/B ...).

Material ist nicht mehr verfügbar

- Auftragnehmer benötigt Materialien zur Ausführung des Auftrags.
- Beispiel: Diese Materialien kommen primär aus Russland oder der Ukraine (z. B. Stahl, Roheisen, Kabelstränge).
- Diese Materialien können aufgrund des Krieges (z. B. aufgrund von EU-Sanktionen) **nachweislich**
 - gar nicht
 - vorübergehend nicht
 - auch nicht gegen höhere Einkaufspreise am Markt beschafft werden.
- Nachweispflicht: Auftragnehmer.
- Höhere Gewalt = Vertragsstörung.
- Zivilrechtliche Rechtsfolge:
 - Keine Haftung des Auftragnehmers, keine Schadensersatzansprüche des Auftraggebers.
 - Auftraggeber kann geschuldete Leistung nicht einfordern. Anspruch wird gehemmt.
 - Ausführungsfrist verlängert sich um die Dauer der Nichtlieferbarkeit der Materialien zzgl. angemessenem Aufschlag für Vollendung der Leistung.

Material hat sich erheblich verteuert

- Auftragnehmer benötigt Materialien zur Ausführung des Auftrags.
- Diese Materialien können am Markt zwar beschafft werden, aber nur zu deutlich höheren Einkaufspreisen als ursprünglich kalkuliert.
- Materialbeschaffungsrisiko zwar grundsätzlich in **Risikosphäre des Auftragnehmers**.
- Auftragnehmer trägt grundsätzlich die Unwägbarkeiten des Wirtschaftslebens („Unternehmerrisiko“).
- Aber: Höhere Gewalt = Vertragsstörung wirkt sich auch hier ggfs. aus.
- Störung der Geschäftsgrundlage, § 313 BGB.

*„Haben sich Umstände, die zur Grundlage des Vertrags geworden sind, nach Vertragsschluss **schwerwiegend** verändert und hätten die Parteien den Vertrag nicht oder mit anderem Inhalt geschlossen, wenn sie diese Veränderung vorausgesehen hätten, so kann Anpassung des Vertrags **verlangt** werden, soweit einem Teil unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls, insbesondere der vertraglichen oder gesetzlichen Risikoverteilung, das Festhalten am unveränderten Vertrag **nicht zugemutet werden kann.**“*

Lieferfrist kann nicht gehalten werden

- Auftragnehmer ist auf Zulieferungen angewiesen, diese verzögern sich nachweislich.
- Diese Zulieferungen kann Auftragnehmer auch nicht anderweitig zeitnah einkaufen.
- Auch hier gilt: (Zulieferungs-)Beschaffungsrisiko zwar grundsätzlich in **Risikosphäre des Auftragnehmers**.
- Auftragnehmer trägt grundsätzlich die Unwägbarkeiten des Wirtschaftslebens („Unternehmerrisiko“).
- Aber: Höhere Gewalt = Vertragsstörung wirkt sich auch hier ggfs. aus.
- Störung der Geschäftsgrundlage, § 313 BGB.

*„Haben sich Umstände, die zur Grundlage des Vertrags geworden sind, nach Vertragsschluss **schwerwiegend** verändert und hätten die Parteien den Vertrag nicht oder mit anderem Inhalt geschlossen, wenn sie diese Veränderung vorausgesehen hätten, so kann Anpassung des Vertrags **verlangt** werden, soweit einem Teil unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls, insbesondere der vertraglichen oder gesetzlichen Risikoverteilung, das Festhalten am unveränderten Vertrag **nicht zugemutet werden kann.**“*

Frage: Wann liegt Unzumutbarkeit vor?

- (Erst) bei drohender Insolvenz? Nein.
- (Schon) wenn der kalkulierte Gewinn aufgezehrt wird? Nein.
- Wenn einzelne Preispositionen nicht mehr „passen“? Nein.
- Maßgeblich ist: **Gesamtbetrachtung**.
- Unzumutbarkeit (+) wenn es unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls, insbesondere der vertraglichen oder gesetzlichen Risikoverteilung, **unbillig** wäre, eine Partei am Vertrag festzuhalten.
- Zu fragen ist: Was hätten die Parteien geregelt, wenn sie das Ereignis vorausgesehen hätten? Wie hätte AN kalkuliert (wenn er überhaupt angeboten hätte)? Was hätte AG redlicherweise als Marktsituation akzeptiert?
- In Betracht kommen:
 - Stoffpreisgleitklausel.
 - Cost + Fee-Vereinbarung.
 - Andere preisbezogene Vereinbarung.
 - Grundlegende Neuordnung des Terminplans (und auch etwaiger Vertragsstrafen!).

Beispiele aus der früheren Rechtsprechung

- OLG Hamburg, Urteil vom 28.12.2005, Az. 14 U s124/05:
 - Stahlpreiserhöhung fällt allein in Risiko des AN.
 - AN hatte Angebot nur auf einem einzigen („freibleibenden“) Angebot eines Stahllieferanten kalkuliert.
 - Kein Anspruch aus § 313 BGB.
- OLG Düsseldorf, Urteil vom 19.12.2008, Az. I-23 U 48/08:
 - Vereinbarung eines Festpreises = stillschweigende Übernahme des Risikos von Kostenerhöhungen durch den AN.
 - Vereinbarter Festpreis bleibt grundsätzlich auch bei unerwarteten Kostenerhöhungen bindend.
 - Erhöhung von 430 EUR auf 600 EUR pro Tonne Stahl führt nicht zu Preisanpassungsanspruch aus § 313 BGB.

Rechtsfolge von § 313 BGB

- Häufige Risikoverteilung zwischen AG und AN.
- Vgl. OLG Dresden, Urteil v. 24.2.2021, Az. 5 U 1782/20 zur Geschäftsraummiete während des Corona-Lockdowns:

*Damit ist eine Absenkung der Kaltmiete um 50% gerechtfertigt, weil **keine der Vertragsparteien** eine Ursache für die Störung der Geschäftsgrundlage gesetzt oder sie vorhergesehen hat. Es ist demzufolge angemessen, die damit verbundene Belastung gleichmäßig auf beide Parteien zu verteilen.*

Dies entspricht der Lösung der Rechtsprechung bei Vertragszweckstörungen in der Vergangenheit (vgl. BGH - Aufteilung der Hotel-Stornokosten bei Reisekündigung wegen höherer Gewalt; ähnlich OLG Karlsruhe - Wegfall der beiderseitigen Leistungspflichten aus einem Vertrag über den Auftritt von Musikern auf einer Faschingsveranstaltung, welche wegen des Golfkriegs ausfiel).

Aber: Keine pauschale 50:50-Lösung!

- BGH, Urteil v. 12.01.2022, Az. XII ZR 8/21 (zu OLG Dresden):
 - Keine pauschale hälftige Aufteilung der Nachteile.
 - Umfassende einzelfallbezogene Abwägung der konkreten Folgen.
 - Verbot der Überkompensation.
 - Finanzielle Vorteile aus staatlichen Leistungen?
 - Welche Maßnahmen konnten konkret zur Verlustreduzierung ergriffen werden?
 - Gefährdung der wirtschaftlichen Existenz nicht erforderlich.
 - Interessen beider Parteien sind zu berücksichtigen.

BMWSB und BMDV Erlasse vom 25.3.2022

- Befristung zunächst bis 30.6.22, verlängert bis 30.06.2023.
- Hinweis auf hohe Anforderungen bzgl. Unzumutbarkeit für AN.
- *„Ereignisse sind grundsätzlich geeignet, die Geschäftsgrundlage des Vertrages zu stören.“*
- Wenn § 313 BGB (+): Preisanpassungsanspruch AN (aber nur zu den betroffenen Positionen, nur Materialpreise, nicht AGK, BGK, Wagnis und Gewinn).
- Tatsächliche Materialpreise im Verhältnis zu kalkulierten Preisen.
- BEACHTEN: § 313 BGB führt nicht zur vollständigen Übernahme der Mehrkosten durch den AG!
- *„Übernahme von mehr als der Hälfte der Mehrkosten wird regelmäßig unangemessen sein.“*

Darlegungs- und Beweislast beim AN

- Pauschaler Verweis auf Lieferkettenprobleme und Preisexplosionen, pauschale Behinderungsanzeigen reichen nicht aus.
- Als Nachweis kann dienen:
 - Urkalkulation/Preisblätter.
 - Nachweis tatsächliche Einkaufskosten und rechtsverbindliche Erklärung des AN, dass etwaige Rückvergütungen/Nachlässe o. ä. abgezogen sind.
 - Nachweis Marktüblichkeit der tatsächlichen Einkaufspreise durch Vorlage von Vergleichsangeboten.
- Da bei Frage der Zumutbarkeit/Unzumutbarkeit im Rahmen von § 313 BGB auch relevant, ob Gewinn des AN aufgezehrt: Gewinnspanne darlegen.

Und was sagt das Vergaberecht dazu?

- § 132 GWB/§ 47 UVgO Auftragsänderungen während der Vertragslaufzeit:
- Nur wesentliche Änderungen erfordern ein neues Vergabeverfahren.
- Wesentliche Änderung u. a. dann, wenn das wirtschaftliche Gleichgewicht des Auftrags zugunsten des AN verschoben wird.
- Unbeschadet dessen: Bei unvorhersehbaren Umständen Erhöhung bis zu 50 % des Ursprungsauftragswerts möglich.
- Schließlich: de minimis-Schwelle (Betrachtung des Werts der Änderung im Verhältnis zum EU-Schwellenwert und zum Ursprungsauftragswert).
 - Ursprungsauftrag > SW: Wert der Änderung < SW und max. 10 % des Ursprungsauftragswertes.
 - Ursprungsauftrag < SW: max. 20 % des Ursprungsauftragswertes.

Und was sagt das Haushaltsrecht dazu?

- Kann ein öffentlicher Auftraggeber nachträglich auf eine (vereinbarte) Vertragsstrafe verzichten? Auch wenn dadurch dem öffentlichen Haushalt Geld „verloren“ geht?
- Fachkommentierung: *„Der öffentliche Auftraggeber kann unter bestimmten Voraussetzungen aus Billigkeitsgründen Vertragsstrafen ganz oder teilweise erlassen, wenn die Einziehung für den Auftragnehmer eine besondere Härte bedeuten würde.“*
- BEACHTEN: Besonders begründeter Ausnahmefall erforderlich.
- In jedem Fall: Gesteigerte Nachweispflicht („Beweislast“) beim Auftragnehmer.

Erkenntnisse für künftige Vergabeverfahren?

- VK Niedersachsen, VgK – 27/2022 vom 01.02.2023 zum Weglassen einer Preisgleitklausel:
- Eine Vergabe ohne Berücksichtigung einer Stoffpreisgleitklausel kann rechtswidrig sein, wenn sie
 - Bieter bevorteilt, die in der Lage sind, sich mit einer erheblichen Materialbevorratung von kurzfristigen Preisschwankungen unabhängig zu machen.
- Forderung eines festen Preises in dieser Krisensituation kann ein ungewöhnliches Wagnis für Bieter darstellen.
- Verbot des ungewöhnlichen Wagnisses gibt es in VgV und UVgO – anders als in VOB/A – zwar nicht mehr.
- Aber: In VgV und UVgO gilt, dass der AG den Bietern eine kaufmännisch vernünftige Kalkulation ermöglichen muss.
- *„Der Ukraine-Krieg ist als Ereignis anzusehen, das den Bietern auch noch im Frühjahr 2023 eine kaufmännisch vernünftige Kalkulation ohne Preisgleitklausel unmöglich macht.“*

Stoffpreisgleitklausel

- Indexbasiert:
 - Kritische Materialien benennen.
 - Ankopplung an den „richtigen“ Index.
 - Keine Indexierung von Zuschlägen (z. B. AGK, Wagnis und Gewinn).
 - Relevanzschwelle = Eigenanteil des AN beachten.
 - BEACHTEN: Preisanpassung auch bei sinkendem Index.
- Kostenbasiert:
 - Urkalkulation hinterlegen.
 - Anpassung der Vergütung erfolgt durch Vergleich der tatsächlich erforderlichen Kosten mit den Kosten in Urkalkulation.
 - Nachweispflicht über Ist-Kosten und Erforderlichkeit.
 - Keine Zuschläge auf Mehrkosten.
 - Relevanzschwelle = Eigenanteil des AN beachten?

Fazit

- Bei künftigen Ausschreibungen faire Risikoverteilung erforderlich.
- ALSO: Vorschläge machen, wie die Vergabeunterlagen gestaltet sein müssen, um eine kaufmännisch vernünftige Kalkulation möglich zu machen.
- Bei älteren Bestandsverträgen, die nicht erfüllt werden können, erfolgt keine „automatische“ Preisanpassung.
- Sondern: Der Auftragnehmer muss „Butter bei die Fische“ geben.
- ALSO: keine „halben Sachen“, keine pauschalen Preisanpassungsbegehren, Behinderungsanzeigen etc.
- In Betracht kommen:
 - Anpassung Terminplanung.
 - Neue Vertragsstrafenvereinbarung.
 - Verzicht auf Vertragsstrafe.
 - Preisanpassungsregelung, Preisanpassungsklausel.
 - Mehrkostenregelung.
- ABER: Nur, wenn AN Beweislast erfüllt, beträchtliche Sondersituation objektiv gegeben und Festhalten am Vertrag für den AN unzumutbar.

DAGEFÖRDE

Öffentliches Wirtschaftsrecht

Ausblick



DAGEFÖRDE

Öffentliches Wirtschaftsrecht



Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit!

Rechtsanwältin
Prof. Dr. jur. Angela Dageförde

Fachanwältin für Vergaberecht
Fachanwältin für Verwaltungsrecht
Fachanwältin für Bau- und Architektenrecht
Honorarprofessorin der Leibniz Universität Hannover

Podbielskistraße 344 • 30161 Hannover

dagefoerde@kanzlei-dagefoerde.de
www.kanzlei-dagefoerde.de

