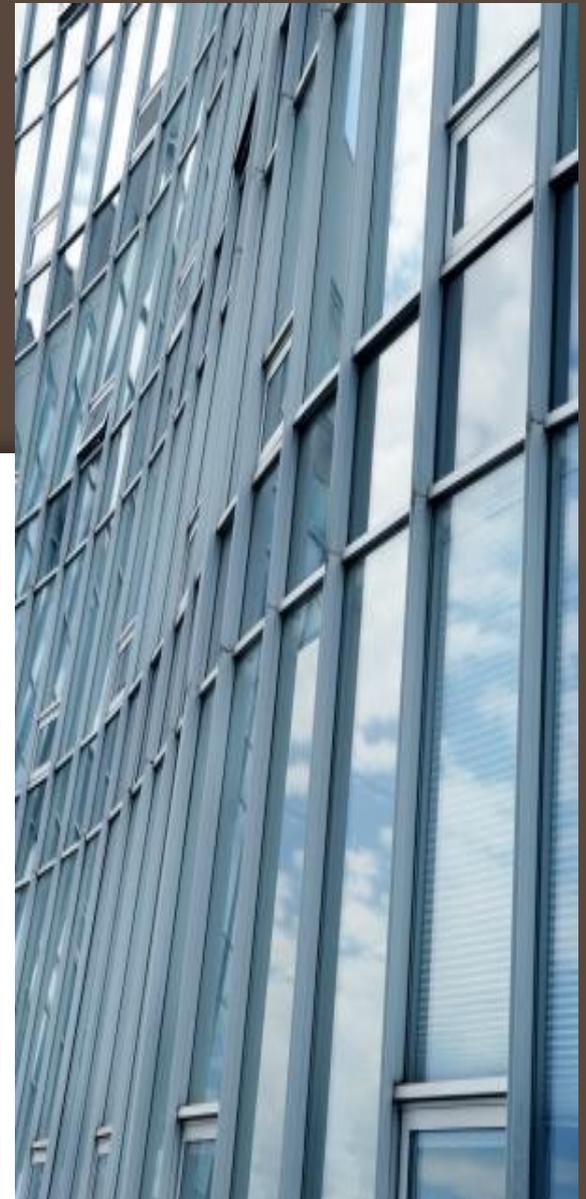


Neues aus dem Vergaberecht

14. Umweltrecht aktuell

9. Juli 2015

Hannover



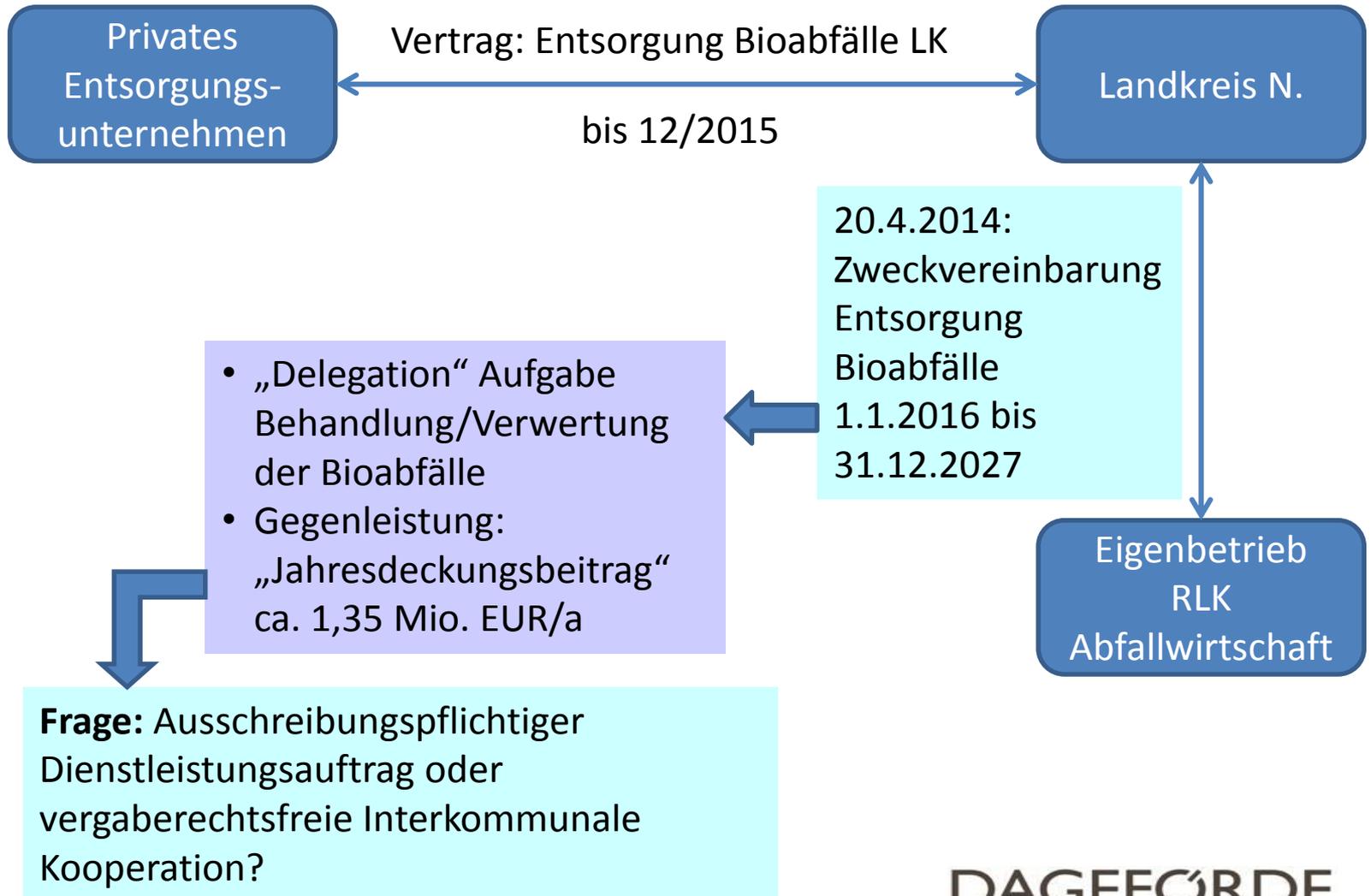
Rechtsprechung – eine Auswahl

- OLG Koblenz 3.12.2014 „Interkommunale Zusammenarbeit“ (Bioabfall).
- OLG Celle 17.12.2014 „Zweckverbandsbildung und Aufgabenübertragung“.
- BGH 11.11.2014 „Umgang mit Kalkulationsirrtum des Bestbieters“.

Umsetzung EU-Vergaberichtlinien

- Künftige Struktur des Vergaberechts in Deutschland.
- Ausnahmen vom Vergaberecht:
 - Horizontale Kooperation (Interkomm. Zusammenarbeit).
 - Vertikale Kooperation (In House-Geschäft)
- Verfahrensarten:
 - Gleichstellung offenes/nichtoffenes Verfahren.
 - Geschützte Werkstätten und Sozialunternehmen.
- Eignungsprüfung und Zuschlagskriterien.
- Auftragsänderungen während der Vertragslaufzeit.
- Vergabe von Konzessionen.
- **eVergabe (Fristen! Handlungsbedarf!).**

OLG Koblenz 3.12.2014



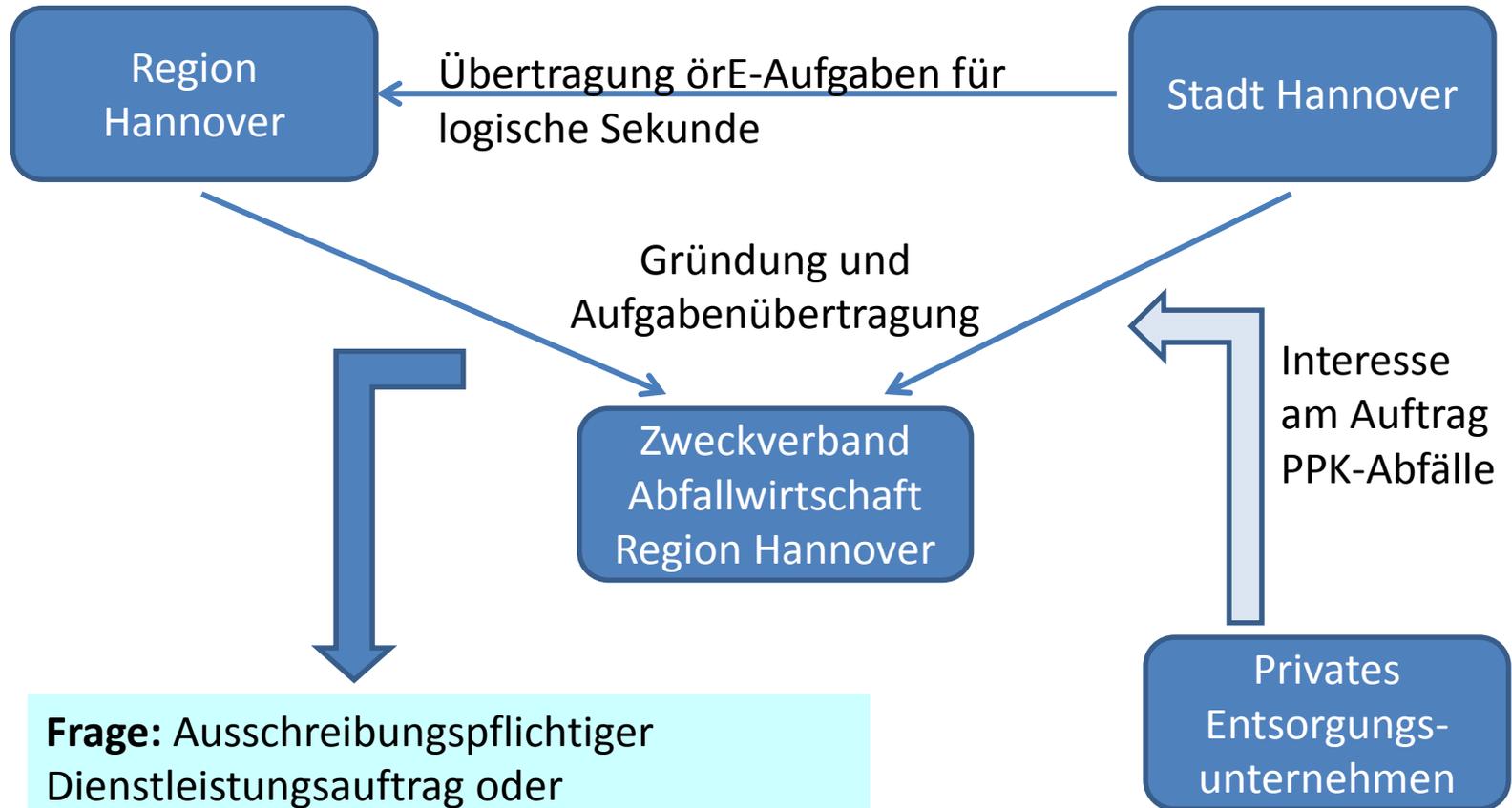
OLG Koblenz 3.12.2014

- Zweckvereinbarung erfüllt alle Merkmale des öffentlichen Auftrags (§ 99 GWB):
 - öffentlicher Auftraggeber (§ 98 Nr. 1 GWB)
 - überträgt Aufgabenerledigung einem Anderen
 - entgeltlich (1,35 Mio. EUR/a).
- Unerheblich ist dabei:
 - dass Vereinbarung öffentlich-rechtlicher Natur ist,
 - dass Ausführer selbst öffentlicher Auftraggeber ist,
 - ob Gegenleistung kostendeckend oder gar gewinnbringend ist.
- Zweckvereinbarung enthält keine kooperativen Elemente, die über bloße Erbringung einer Marktleistung gegen Entgelt hinausgehen. Vielmehr beinhaltet sie einen „normalen“ ausschreibungspflichtigen Dienstleistungsauftrag.

OLG Koblenz 3.12.2014 Leitsätze

- Durchführung der Abfallentsorgung ist marktfähige Leistung, die grundsätzlich nach den Regeln des Vergaberechts im Wettbewerb zu vergeben ist.
- Vereinbarung zwischen zwei kommunalen Gebietskörperschaften, die alle Merkmale eines öffentlichen Auftrags erfüllt, ist nicht allein deshalb „vergaberechtsfrei“, weil sie delegierende Aufgabenübertragung beinhaltet.
- Zusammenarbeit ist schon begrifflich mehr als bloße Leistung gegen Bezahlung und beinhaltet bewusstes Zusammenwirken bei der Verrichtung einer Tätigkeit zur Erreichung eines gemeinsamen Ziels.
- Art. 12 der Richtlinie 2014/24/EU meint Zusammenarbeit, die auf kooperativem Konzept beruht und bei der jeder Beteiligte einen Beitrag zur gemeinsamen Ausführung einer öffentlichen Dienstleistung erbringt.
- Für eine vergaberechtsfreie Kooperation reicht es nicht aus, wenn sich der „Beitrag“ eines Vertragspartners darauf beschränkt, den anderen für die Erbringung einer Leistung zu bezahlen.

OLG Celle 17.12.2014



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

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 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?
- Näher: Dageförde, VergabeNavigator Heft 2/15, Seite 24 ff.

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?

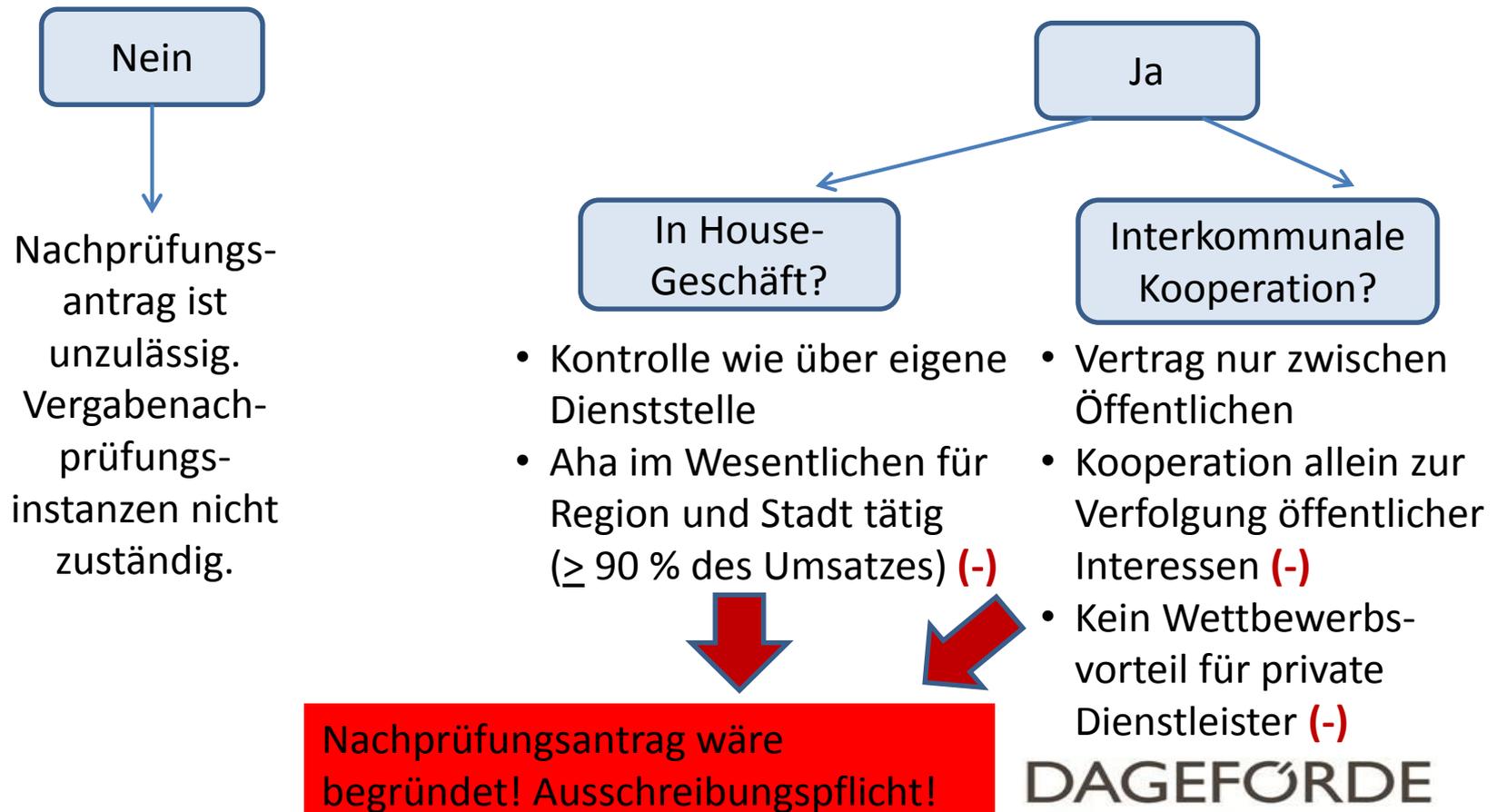
- Kontrolle wie über eigene Dienststelle?
- Aha im Wesentlichen für Region und Stadt tätig ($\geq 90\%$ des Umsatzes)?

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?



Warum wird der EuGH gefragt?

- § 99 Abs. 1 GWB: Öffentliche Aufträge sind
 - entgeltliche Verträge
 - zwischen öff. Auftraggeber und Unternehmen
 - über die Beschaffung einer Marktleistung.
- Für Auslegung und Verständnis maßgeblich: EG-VergabeRL, EuGH.
- EuGH: Vom Vergaberecht gänzlich ausgenommen:
 - In House-Geschäfte
 - Interkommunale (horizontale) Kooperation.
- Zweckverbandsgründung/Aufgabenübertragung im Vergaberecht, wenn Voraussetzungen des In House-Geschäfts oder der Interkommunalen Zusammenarbeit nicht vorliegen?
- Antwort lässt sich bisheriger EuGH-Rspr. nicht entnehmen.

BGH 11.11.2014

- Ausschreibung des Landes Nds. über Straßenbauarbeiten.
- Bieter beteiligt sich mit Angebot i. H. v. rd. 455.000 EUR.
- Nächstes Angebot: 621.000 EUR.
- Bestbieter hat EP bei einer LV-Pos. wegen falschen Mengensatzes falsch berechnet, Differenz: rund 224.000 EUR!
- Bieter erkennt Fehler VOR Zuschlag und bittet Vergabestelle um Ausschluss oder Aufklärungs-/Vergabegespräch gem. § 5 LVergG.
- Vergabestelle lehnt ab und erteilt den Zuschlag.
- Bieter verweigert die Ausführung.
- Land beauftragt anderes Unternehmen und verlangt Mehrkosten als Schadensersatz vom Bestbieter. Bestbieter zahlt nicht.
- Bei Folgeauftrag rechnet Land den Schadensersatzanspruch gegen den Werklohnanspruch des Unternehmens auf und zahlt nicht.

BGH 11.11.2014

- LG Hannover verurteilt Land zur Zahlung des Werklohns.
- Geltendmachung des Schadensersatzes ist unzulässige Rechtsausübung des Landes, Verstoß gegen Treu und Glauben!
- Berufung des Landes vor OLG Celle erfolglos.
- Revision des Landes vor BGH erfolglos.
- Land hat keinen Anspruch auf Schadensersatz.
- Bauvertrag zwar wirksam zustande gekommen.
- Bieter hatte auch keinen Anfechtungsgrund.
- Zuschlagserteilung aber schon Verstoß des Landes gegen Rechtspflicht zur Rücksichtnahme auf Interessen des Bieters (§§ 311 Abs. 2, 241 Abs. 2 BGB).

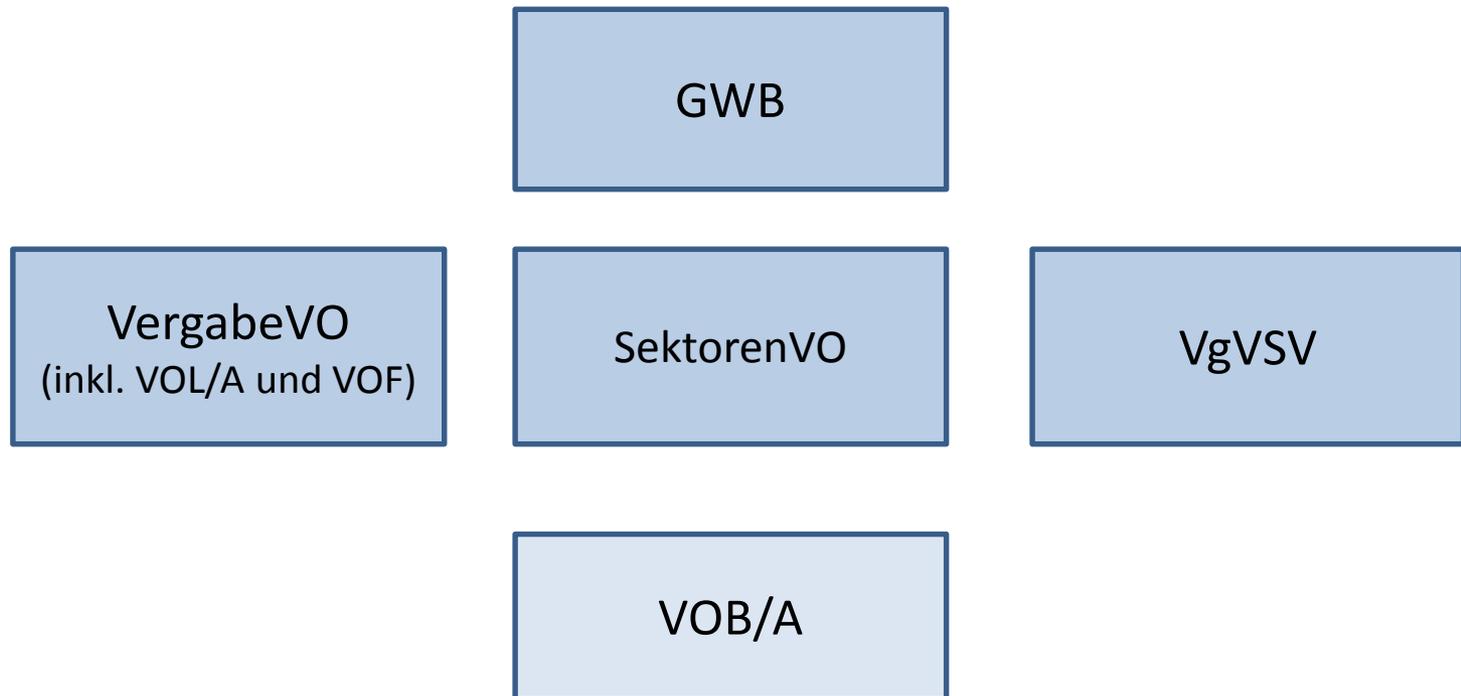
BGH 11.11.2014

- Pflichtenverstoß des Auftraggebers, wenn
 - für verständigen Auftraggeber bei wirtschaftlicher Betrachtung erkennbar
 - dass irrig kalkulierter Preis des Bieters keine auch nur annähernd äquivalente Gegenleistung für die zu erbringende Leistung ist („erkennbar unausträglich“).
- Rechtsfolge: Auftraggeber darf Bieter weder auf Leistung noch auf Schadensersatz in Anspruch nehmen (§§ 280 Abs. 1, 249 Abs. 1 BGB).
- Näher: Dageförde, VergabeNavigator Heft 1/15, Seite 11 f.

Umsetzung EU-Vergabe-RL in Deutschland

- Europäisches Paket zur Modernisierung des Vergaberechts:
 - RL 2014/24/EU („klassische Richtlinie“)
 - RL 2014/25/EU („Sektorenrichtlinie“)
 - RL 2014/23/EU („Konzessionsrichtlinie“).
- Umsetzungsfrist: April 2016.
- Beschluss Bundeskabinett Januar 2015: „Eckpunktepapier“.
- Referentenentwurf BMWi April 2015 für Vergaberechtsmodernisierungsgesetz (VergModG).
 - Umsetzung der wesentlichen Regelungen im Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB), §§ 97 – 186 GWB.
 - Abbildung des gesamten Vergabeverfahrens („vor die Klammer gezogen“).
 - Änderungen auf VO-Ebene (VgV, SektVO, VgVSV) im 2. Halbjahr 2015.

Künftige Struktur des Vergaberechts



Ausnahmen vom Vergaberecht

- Anwendungsbereich des Vergaberechts:
 - Öffentlicher Auftrag.
 - Öffentlicher Auftraggeber.
- Ausgenommen: Öffentlich-öffentliche Zusammenarbeit:
 - Vertikale Kooperation (In House-Geschäft).
 - Horizontale Kooperation (Interkommunale Zusammenarbeit).
- BMWi: *„Grundsätzlich sollen öffentliche Auftraggeber nicht in ihrer Freiheit beschränkt werden, die ihnen übertragenen Aufgaben gemeinsam mit anderen öffentlichen Auftraggebern oder Unternehmen zu erfüllen. Gleichzeitig sollen Wettbewerbsverzerrungen im Verhältnis zu privaten Unternehmen vermieden werden.“*

Vertikale Kooperation (In House-Geschäft)

- Voraussetzungen eines vergaberechtsfreien In House-Geschäfts:
 - Öffentlicher Auftraggeber vergibt Auftrag.
 - Auftragnehmer ist juristische Person des öffentlichen oder privaten Rechts.
 - Kontrollkriterium: Auftraggeber übt über Auftragnehmer Kontrolle wie über eigene Dienststellen aus (= ausschlaggebender Einfluss auf strategische Ziele und wesentliche Entscheidungen).
 - Wesentlichkeitskriterium: Auftragnehmer ist mehr als 80 % für diesen Auftraggeber tätig (oder für eine andere jur. Person, die ihrerseits vom Auftraggeber kontrolliert wird).
 - Keine direkte private Kapitalbeteiligung am Auftragnehmer.
- Umsetzung EuGH-Rspr. „Teckal“ (1999) und „Stadt Halle“ (2005).

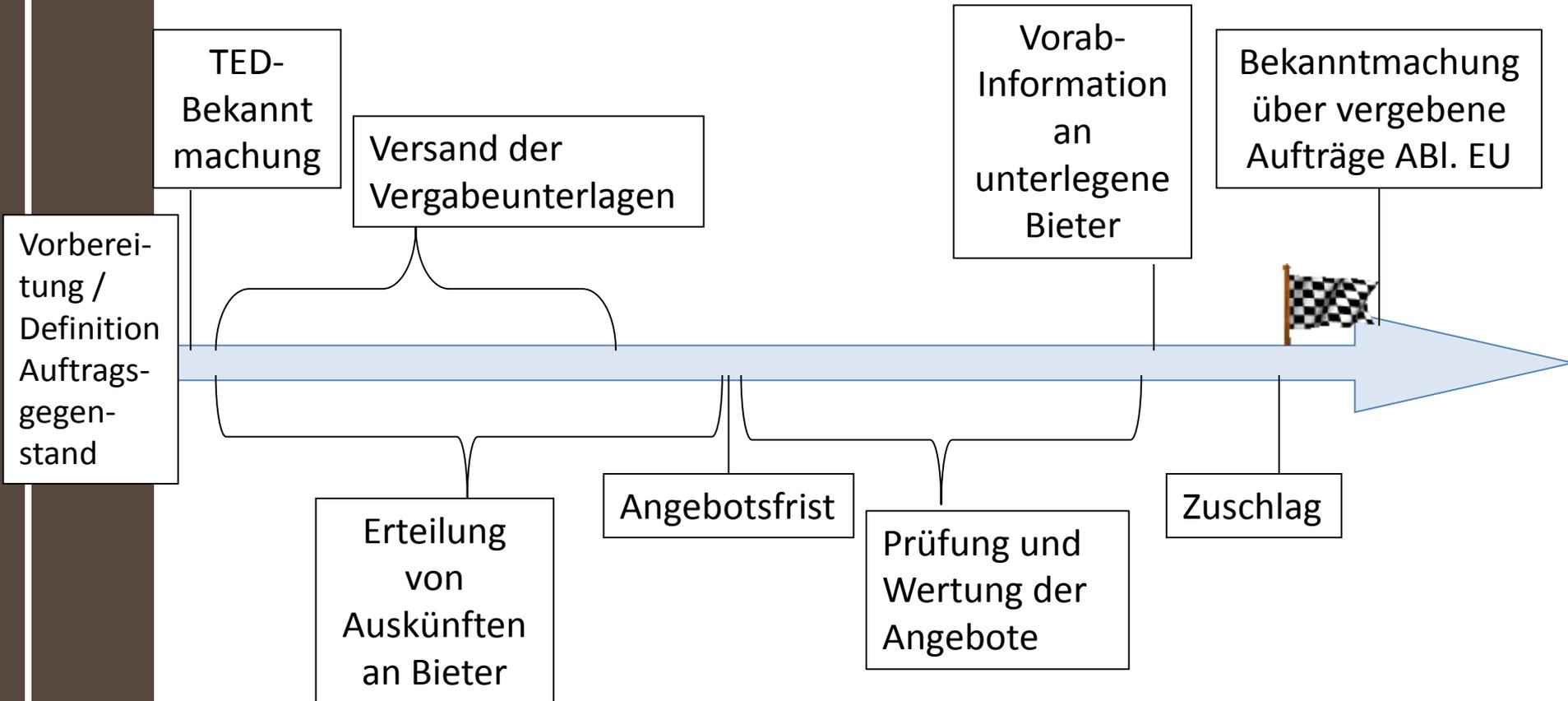
Horizontale Kooperation (Interkomm. Zusammenarbeit)

- Voraussetzungen einer vergaberechtsfreien horizontalen Kooperation:
 - An Vereinbarung sind nur öffentliche Auftraggeber beteiligt.
 - Durchführung der Zusammenarbeit ausschließlich von Erwägungen des öffentlichen Interesses bestimmt.
 - Kein privater Dienstleister erhält durch die Vereinbarung Vorteil gegenüber seinen Wettbewerbern.
 - Auftraggeber erbringen auf offenem Markt max. 20 % der Tätigkeiten, die von Vereinbarung erfasst werden.
- Umsetzung der EuGH-Rspr. „Piepenbrock“ (2013), „Lecce“ (2012) und „Kommission/Deutschland (2009).
- Entscheidendes Kriterium: Der Vereinbarung liegt ein kooperatives Konzept zugrunde (s.o. Beschluss OLG Koblenz).

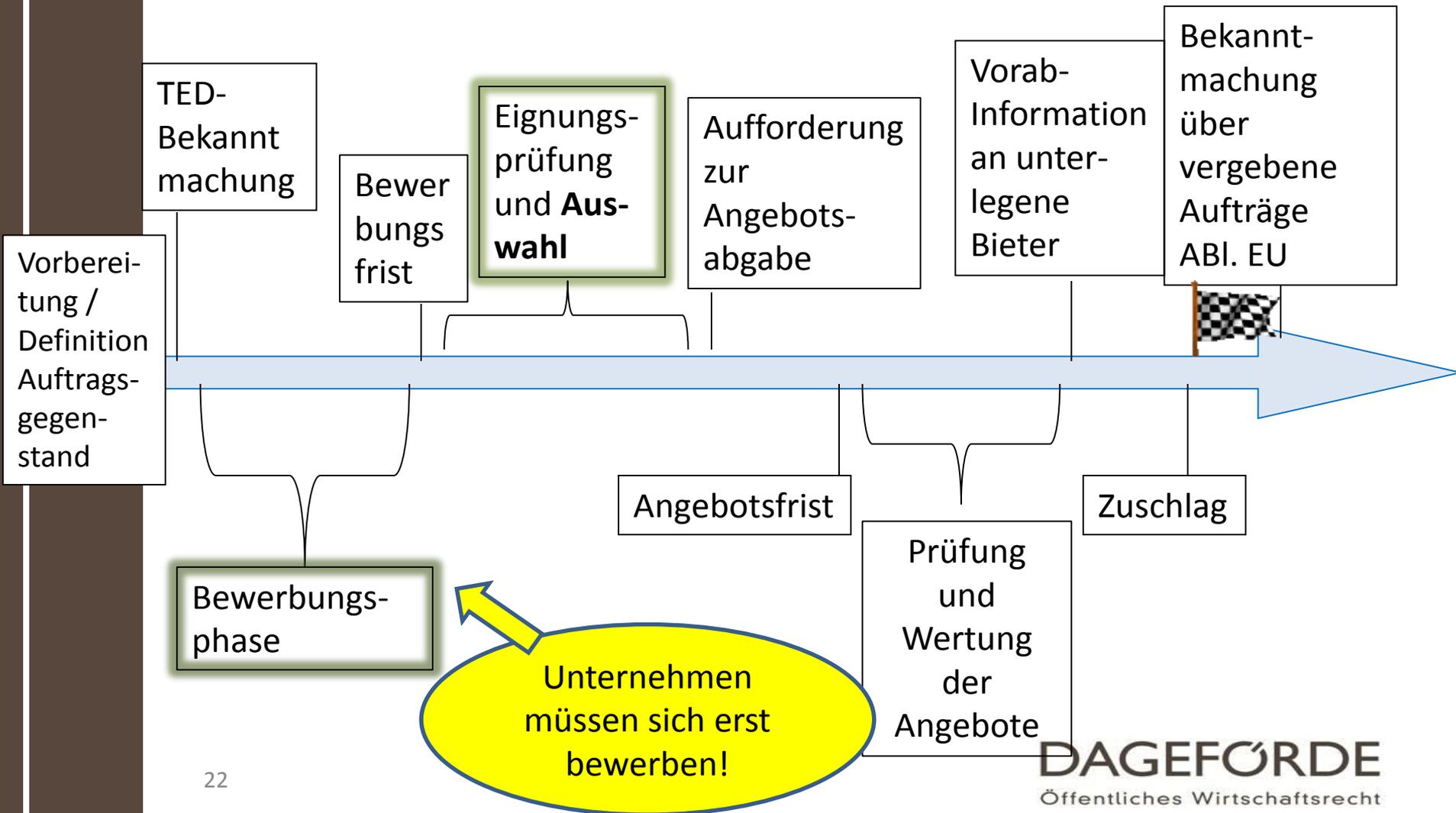
Verfahrensarten

- Bisher: Offenes Verfahren hat Vorrang vor Nichtoffenem Verfahren. Nichtoffenes Verfahren (immer inkl. Teilnahmewettbewerb) nur in Ausnahmegründen möglich (§ 3 VOB/A-EG, § 3 VOL/A-EG). Begründung bedarf der Dokumentation.
- Künftig: Auftraggeber haben freie Wahl zwischen Offenem Verfahren und Nichtoffenem Verfahren.
- Verhandlungsverfahren und Wettbewerblicher Dialog bleiben Ausnahmen vom Offenen Verfahren. Anwendungsvoraussetzungen sollen aber gelockert werden.
- Neues Verfahren: Innovationspartnerschaft:
 - Abwicklung auf Basis der Regeln für Verhandlungsverfahren.
 - Ziel: Entwicklung und unmittelbar anschließender Erwerb innovativer Bau-, Liefer- oder Dienstleistungen.

EU-Vergabeverfahren: Offenes Verfahren



EU-Vergabeverfahren: Nichtoffenes Verfahren



Geschützte Werkstätten und Sozialunternehmen

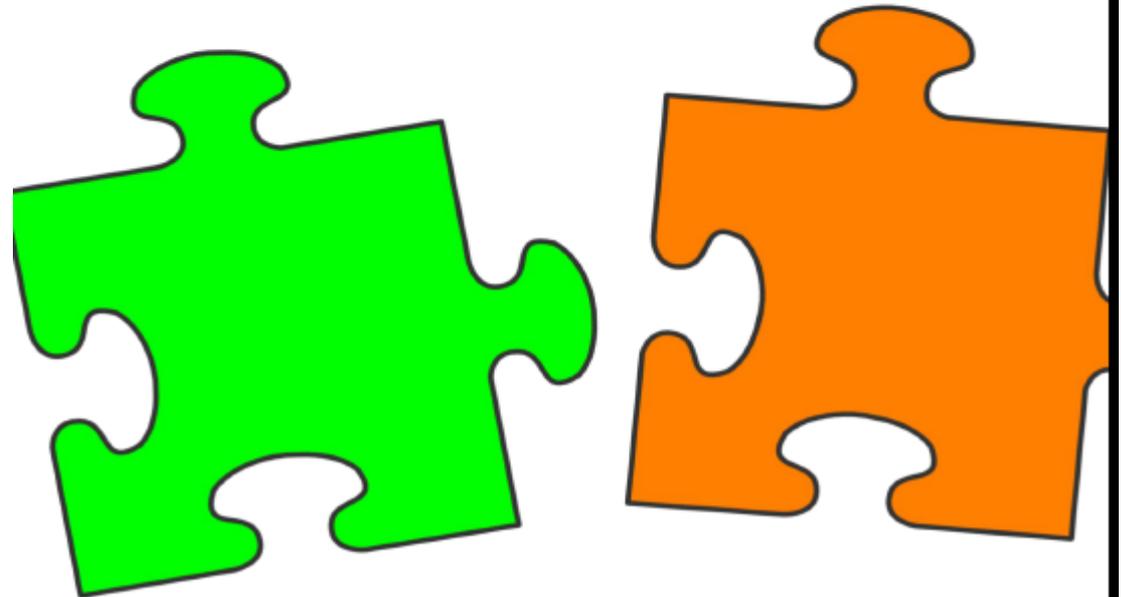
- Bislang: Im nationalen Bereich freihändige Vergabeverfahren nur mit Werkstätten für behinderte Menschen möglich (§ 3 Abs. 5 j VOL/A).
- Auftraggeber können Vergabeverfahren auch oberhalb der EU-Schwellenwerte künftig von vornherein beschränken auf:
 - geschützte Werkstätten und
 - Sozialunternehmen (Hauptzweck: soziale / berufliche Integration von Menschen mit Behinderungen und benachteiligten Personen).
- Gewerbliche Unternehmen können nicht anbieten.
- Interessant im Hinblick auf Zusammenarbeit mit Sozialbetrieben z. B. bei Vorbereitung zur Wiederverwendung (z. B. Elektro-Altgeräten).

Erhältlich beim
VKU
Geschäftsstelle
Abteilung
Abfallwirtschaft
und
Stadtreinigung
VKS

**Kooperationen zwischen
öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträgern
und sozialwirtschaftlichen Betrieben
bei der Vorbereitung zur Wiederverwendung
von Abfällen**

Ein Handlungsleitfaden vor dem Hintergrund des
Abfall- und Vergaberechtes

Von Rechtsanwältin Dr. Angela Dageförde, Hannover



Eignungsprüfung: fakultative Ausschlussgründe

- Neu: Ausschluss wegen des „Verstoßes gegen geltende umwelt-, sozial- und arbeitsrechtliche Verpflichtungen bei der Ausführung öffentlicher Aufträge“.
- Wettbewerbsverzerrende Absprachen.
- Interessenkonflikt.
- Wettbewerbsverzerrung aufgrund vorheriger Einbeziehung des Unternehmens.
- Mangelhafte frühere Auftragsausführung.
- Versuchte unzulässige Einflussnahme auf Entscheidungsfindung des öffentlichen Auftraggebers.

Eignungsprüfung: EEE

- EEE = Einheitliche Europäische Eigenerklärung.
- Erleichterung für Bieter durch Verzicht auf Vorlage von Nachweisen im Vergabeverfahren.
- Nur Bestbieter muss Eigenerklärung durch Nachweise verifizieren (Achtung: diese weitere „Schleife“ im Vergabeverfahren muss zeitlich eingeplant werden).
- Kommission hatte Ende 2014 ersten Entwurf für EEE vorgelegt (24 Seiten!). Nach heftiger Kritik von den Mitgliedstaaten gibt es jetzt zweiten Entwurf der Kommission und Alternativentwurf der NL.
- Ungeklärte Fragen:
 - Müssen Auftraggeber zwingend die EEE verwenden?
 - Müssen Auftraggeber EEE immer vollinhaltlich von den Bietern verlangen?

Zuschlag

- Es bleibt beim Zuschlagskriterium „wirtschaftlichstes Angebot“.
- „Wirtschaftlichstes Angebot“ = bestes Preis-Leistungs-Verhältnis.
- Angebotspreis oder Kosten müssen zur ausgeschriebenen Leistung ins Verhältnis gesetzt werden.
- Neben dem Preis können auch qualitative, umweltbezogene oder soziale Aspekte berücksichtigt werden.
- Öffentliche Auftraggeber sollen beim Einkauf nicht marktüblicher, nicht standardisierter Leistungen neben dem Preis weitere Kriterien (z. B. Qualität, technischer Wert) anwenden.
- Weitere Konkretisierung in der VgV zu erwarten (2. Jahreshälfte).

Auftragsänderungen während der Vertragslaufzeit

- Grundsatz: Wesentliche Änderungen erfordern ein neues Vergabeverfahren.
- Wesentliche Änderungen führen dazu, dass sich der Auftrag erheblich vom ursprünglich vergebenen Auftrag unterscheidet.
- Insbesondere der Fall, wenn:
 - Bedingungen eingeführt werden, die im ursprünglichen Verfahren die Zulassung anderer Bieter ermöglicht hätten, das Interesse weiterer Teilnehmer geweckt hätten, zur Annahme eines anderen Angebots geführt hätten.
 - das wirtschaftliche Gleichgewicht des Auftrags zugunsten des Auftragnehmers verschoben wird (so nicht vorgesehen).
 - der Umfang des Auftrags erheblich ausgeweitet wird.
 - der Auftragnehmer ausgewechselt wird.

Auftragsänderungen während der Vertragslaufzeit

- Künftig gelten eine Reihe von Ausnahmen, u. a.:
 - Zusätzliche (nicht vorgesehene) Leistungen, die erforderlich geworden sind und ein Wechsel des Auftragnehmers
 - aus wirtschaftlichen oder technischen Gründen nicht erfolgen kann und
 - mit erheblichen Schwierigkeiten oder beträchtlichen Zusatzkosten für den Auftraggeber verbunden sind.
 - Änderung wurde aufgrund von Umständen erforderlich, die der Auftraggeber im Rahmen seiner Sorgfaltspflicht nicht vorhersehen konnte.
 - In beiden Fällen max. 50 % vom ursprünglichen Auftragswert.
 - Mehrmals hintereinander möglich (jeweils max. 50 %!).
 - Keine Umgehung des Vergaberechts („mahnender Zeigefinger“).
 - Ex post-Bekanntmachung im Supplement ABl. (TED) erforderlich.

Vergabe von Konzessionen

- Dienstleistungskonzessionen bisher vom Vergaberecht gänzlich ausgenommen, aber bei Binnenmarktrelevanz „Vergaberecht light“ (Mitteilung der Kommission aus 2006).
- Konzessionen jetzt in eigener Richtlinie (2014/23/EU), um Klarheit und Rechtssicherheit zu schaffen.
- Eigenes Vergaberegime für Bau- und Dienstleistungskonzessionen mit Konzessionswert ab 5,186 Mio. EUR.
 - Konzessionsvergabeabsicht ist bekanntzumachen.
 - Verfahren kann grundsätzlich frei gestaltet werden. Auftraggeber sind aber den Grundsätzen Wettbewerb, Gleichbehandlung, Transparenz und Verhältnismäßigkeit verpflichtet.
- Konzessionsvergabe unterliegt künftig dem Rechtsschutz vor den Vergabenachprüfungsinstanzen (Vergabekammern, OLG-Vergabesenaten).

eVergabe

Art. 90 RL 2004/24/EU: Schrittweises Konzept für Umstellung auf e-Vergabe in EU:

1. Bestimmte Phasen des Verfahrens (Bekanntmachung, Verfügbarmachung von Ausschreibungsunterlagen) werden verbindlich elektronisch vorgeschrieben.
2. Zentrale Beschaffungsbehörden sollen vollständig auf e-Vergabe umstellen (Entgegennahme elektronischer Angebote wird Pflicht).
3. Nutzung elektronischer Kommunikationsmittel wird für alle öffentlichen Auftraggeber und alle Vergabeverfahren in allen Verfahrensstufen verbindlich (inkl. „eSubmission“).



bis
18.4.
2016

bis
18.4.
2017

bis
18.10.
2018

Verpflichtende elektronische Prozess- Schritte

- Bekanntmachung erfassen ✓
 - Bekanntmachung veröffentlichen ✓
 - Vergabeunterlagen bereitstellen ✓
 - Kommunikation mit Bietern ✓
 - Entgegennahme der Angebote ✓
 - Zuschlagsinformation ✓
-
- Nähere Ausgestaltung in Deutschland erfolgt in Verordnungen (2. Jahreshälfte).
 - Offene Frage: eVergabe nur verpflichtend im Bereich oberhalb der EU-Schwellenwerte, also bei EU-weiten Vergabeverfahren? Oder auch im nationalen Bereich? Zu erwarten ist einheitliche Regelung, unterhalb der Schwellenwerte ggfs. als „Kann“, nicht als „Muss“.

Vergabelandschaft Deutschland



Problem:
Plattformen sind
nicht kompatibel

Vereinfachung durch X-Vergabe?



www.xvergabe.org

- xVergabe = Kommunikations-Schnittstelle.
- Ziel: einheitlichen Bieterzugang in die unterschiedlichen Vergabeplattformen schaffen.
- Bieter brauchen dann nur einen Client.

eVergabe: dringender Handlungsbedarf

- Auftraggeber: Rechtzeitig um Ausschreibungsplattform kümmern.
- Achtung: Ggfs. Ausschreibungspflicht!
- Achtung: Nicht alle Ausschreibungsplattformen bieten Verknüpfung mit TED und www.bund.de!
- Achtung: Keine Gewinne für den Ausschreibungsplattformbetreiber auf Kosten der Bieter!
- Ausreichende Übergangszeit einplanen.
- Bieter rechtzeitig informieren, welche Ausschreibungsplattform genutzt wird. Informationsveranstaltung (wettbewerbsneutral) oder Hinweisblatt in Vergabeunterlagen bei allen heutigen Ausschreibungen.
- In Übergangszeit eVergabe und konventionelle Ausschreibung parallel ermöglichen.

DAGEFÖRDE

Öffentliches Wirtschaftsrecht



Vielen Dank für Ihre
Aufmerksamkeit!

Rechtsanwältin
Dr. jur. Angela Dageförde

Bödekerstraße 11 • 30161 Hannover

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

Konsulentin der Kanzlei

kaufmannrüedi
Rechtsanwälte

