

Neues aus dem Vergaberecht

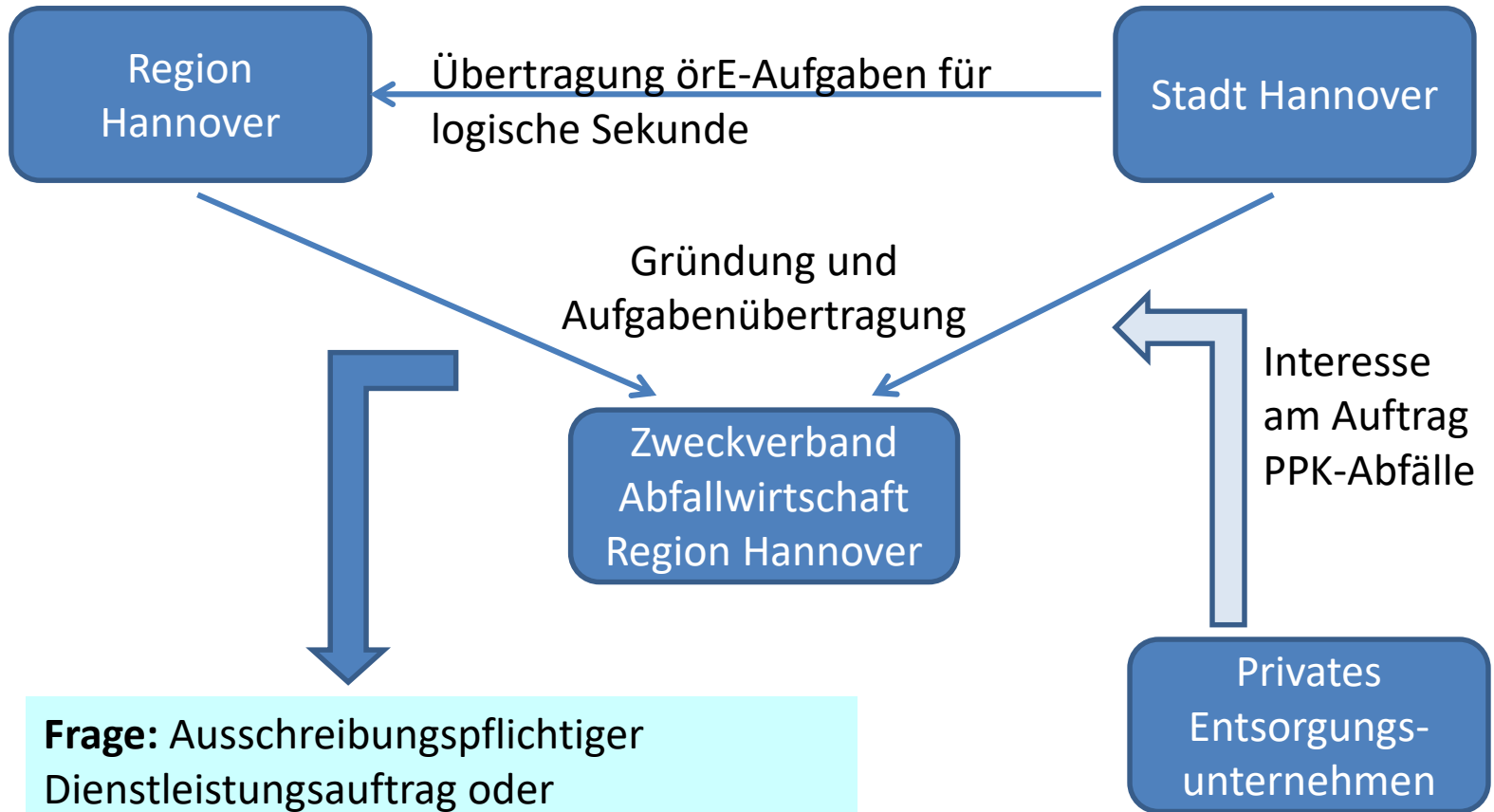
16. Umweltrecht aktuell

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?

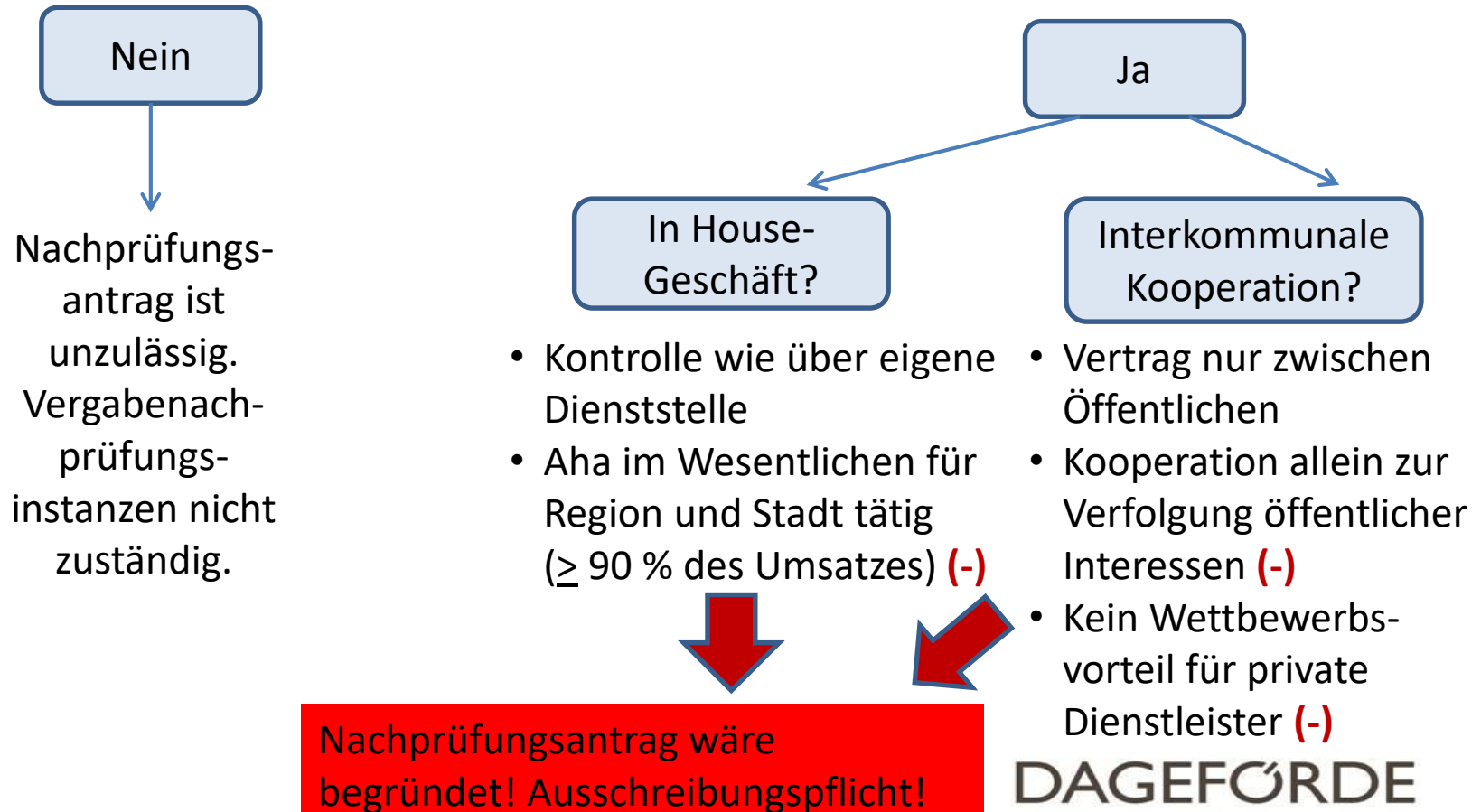
- Kontrolle wie über eigene Dienststelle?
- Aha im Wesentlichen für Region und Stadt tätig ($\geq 90\%$ des Umsatzes)?

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
($\geq 90\%$ des Umsatzes)?

kommunale
Kooperation?

- nur zwischen
...en?
- von allein zur
Verfü gung 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

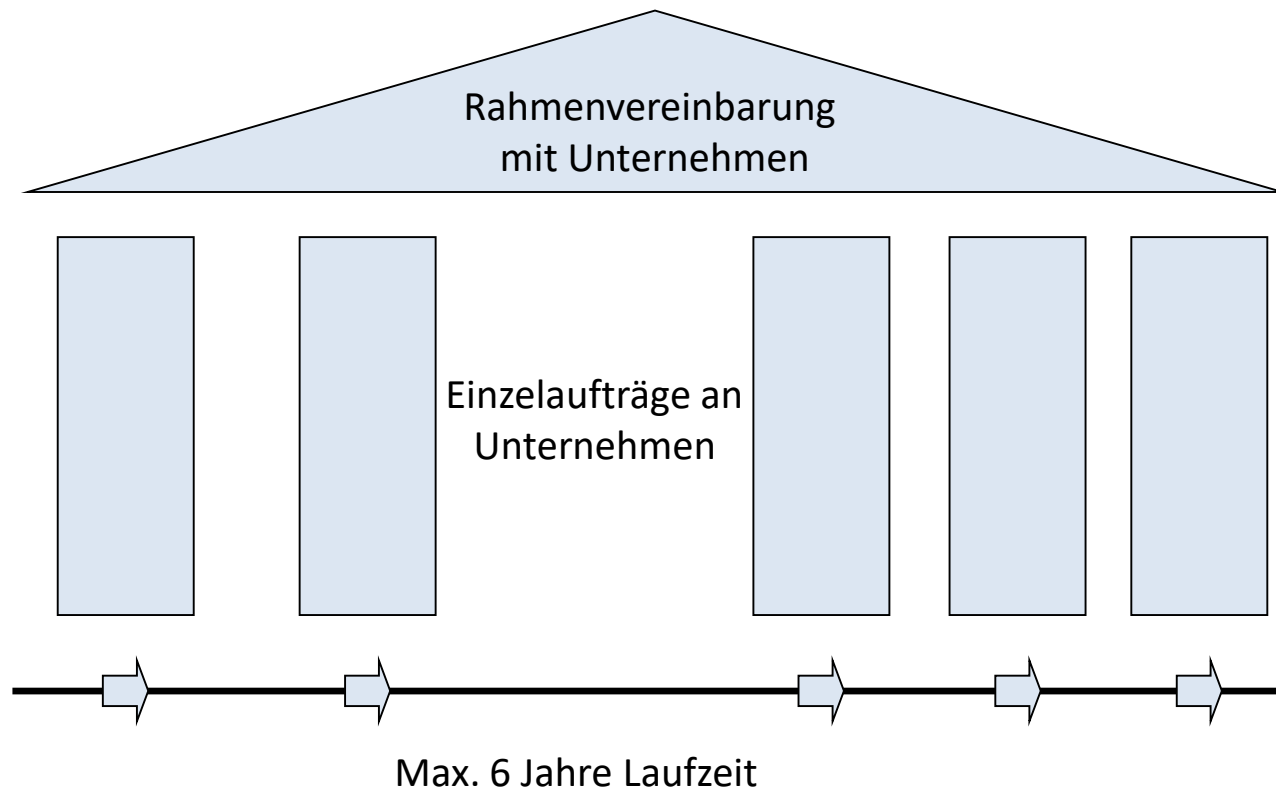
- Gleichstellung von öffentlicher Ausschreibung und beschränkter Ausschreibung mit Teilnahmewettbewerb: freie Wahl des Auftraggebers (§ 8 Abs. 2 UVgO).
- Beschränkte Ausschreibung ohne Teilnahmewettbewerb nur in Ausnahmefällen (öffentliche Ausschreibung ohne wirtschaftliches Ergebnis, öffentliche Ausschreibung 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 „Presetext-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