

Neues aus dem Vergaberecht

Vergaberechtsreform 2016

16. Niedersächsisches Bodenschutzforum

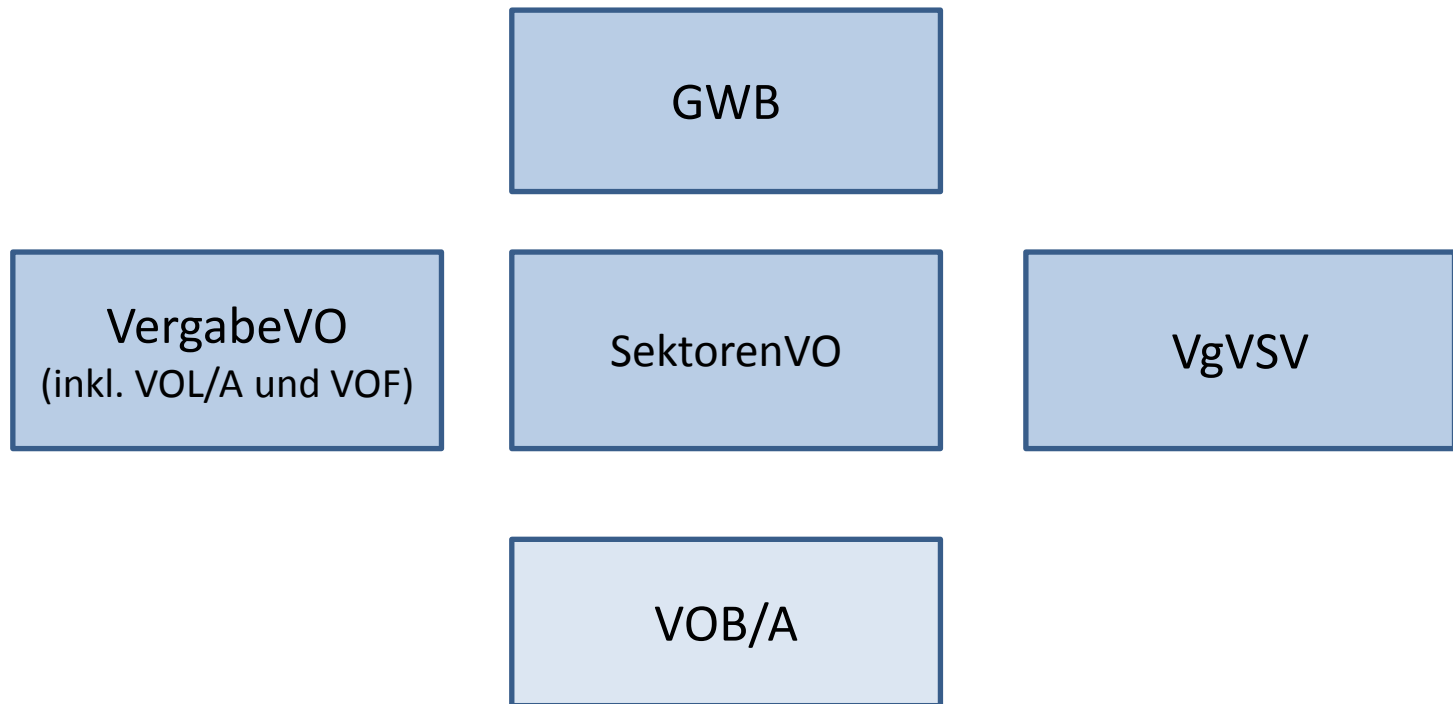
17. November 2015



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“).
 - Umfassende VO-Ermächtigung für BReg. (§ 113 GWB-E).
- Änderungen auf VO-Ebene (VgV, SektVO, VgVSV) im 2. Halbjahr 2015.

Künftige Struktur des Vergaberechts



Allgemeine Ausnahmen vom Vergaberecht

- Anwendungsbereich des Vergaberechts:
 - Öffentlicher Auftrag (§ 103 Abs. 1 GWB-E).
 - Öffentlicher Auftraggeber (§ 99 GWB-E).
- Allgemeine Ausnahmen (§ 107 GWB-E):
 - Schiedsgerichts- und Schlichtungsdienstleistungen.
 - Erwerb, Miete, Pacht von Grundstücken, vorhandenen Gebäuden oder anderem unbeweglichen Vermögen.
 - Arbeitsverträge.
 - Dienstleistungen des Katastrophenschutzes, des Zivilschutzes und der Gefahrenabwehr, die von gemeinnützigen Organisationen oder Vereinigungen erbracht werden (CPV 75250000-3, 75251000-9, 75251100-1, 75251110-4, 75251120-7, 75252000-7, 75222000-8, 98113100-9, 85143000-3).

Besondere Ausnahmen vom Vergaberecht

§ 116 GWB-E

- Rechtsdienstleistungen mit folgendem Inhalt:
 - Vertretung im Gerichts- oder Verwaltungsverfahren
 - Vertretung im Schieds- oder Schlichtungsverfahren
- Rechtsberatung zur Vorbereitung eines der o.g. Verfahren.
- Forschungs- und Entwicklungsdienstleistungen:
- Finanzielle Dienstleistungen.
- Kredite und Darlehen.
- Dienstleistungsaufträge an einen öffentlichen Auftraggeber nach § 99 Nr. 1 bis 3 GWB („staatliche Auftraggeber“), der Ausschließlichkeitsrecht kraft Gesetz oder Verordnung für diese Leistung hat.

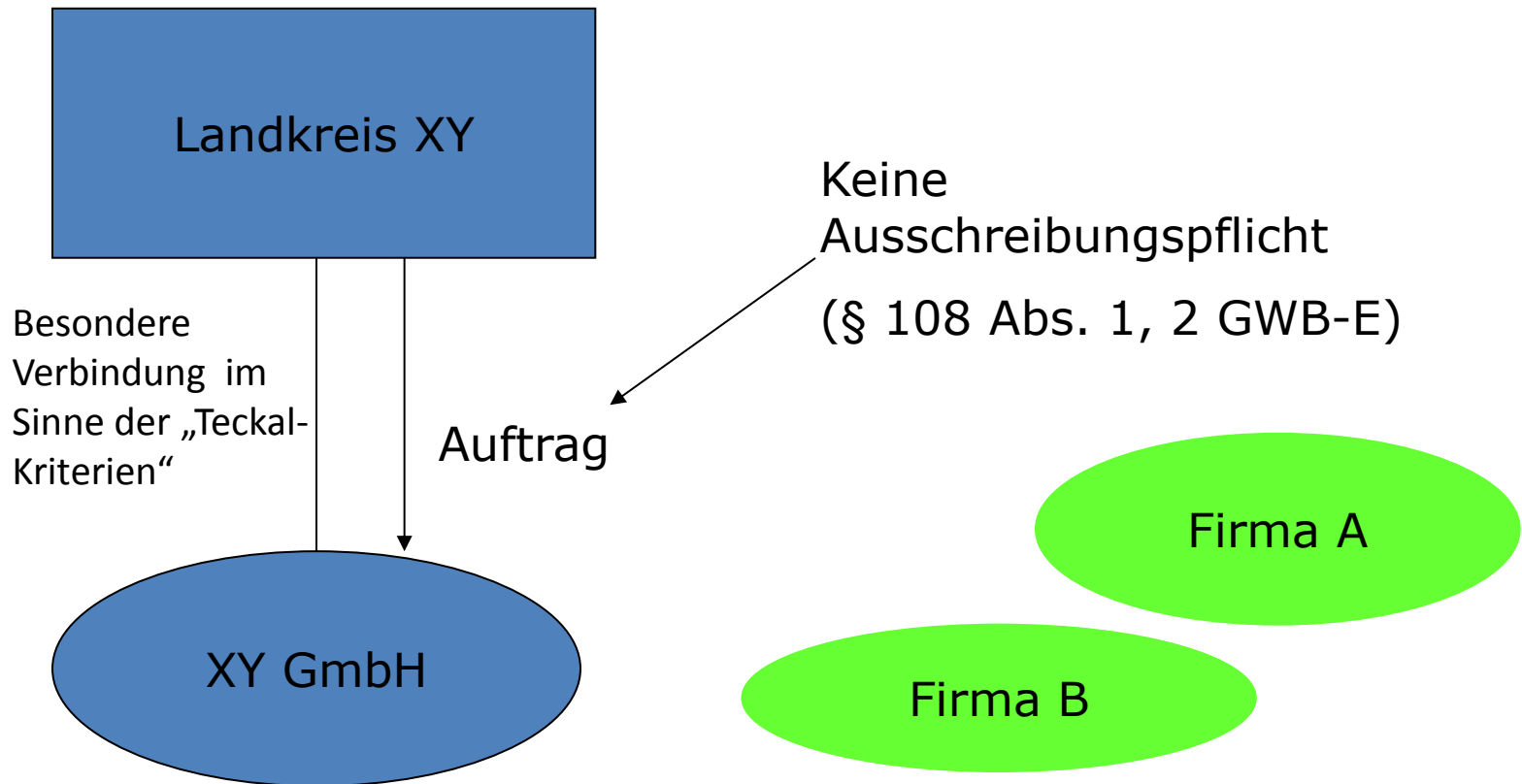
Öffentlich-öffentliche Zusammenarbeit als Ausnahme vom Vergaberecht

- Anwendungsbereich des Vergaberechts:
 - Öffentlicher Auftrag (§ 103 Abs. 1 GWB-E).
 - Öffentlicher Auftraggeber (§ 99 GWB-E).
- 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.“*

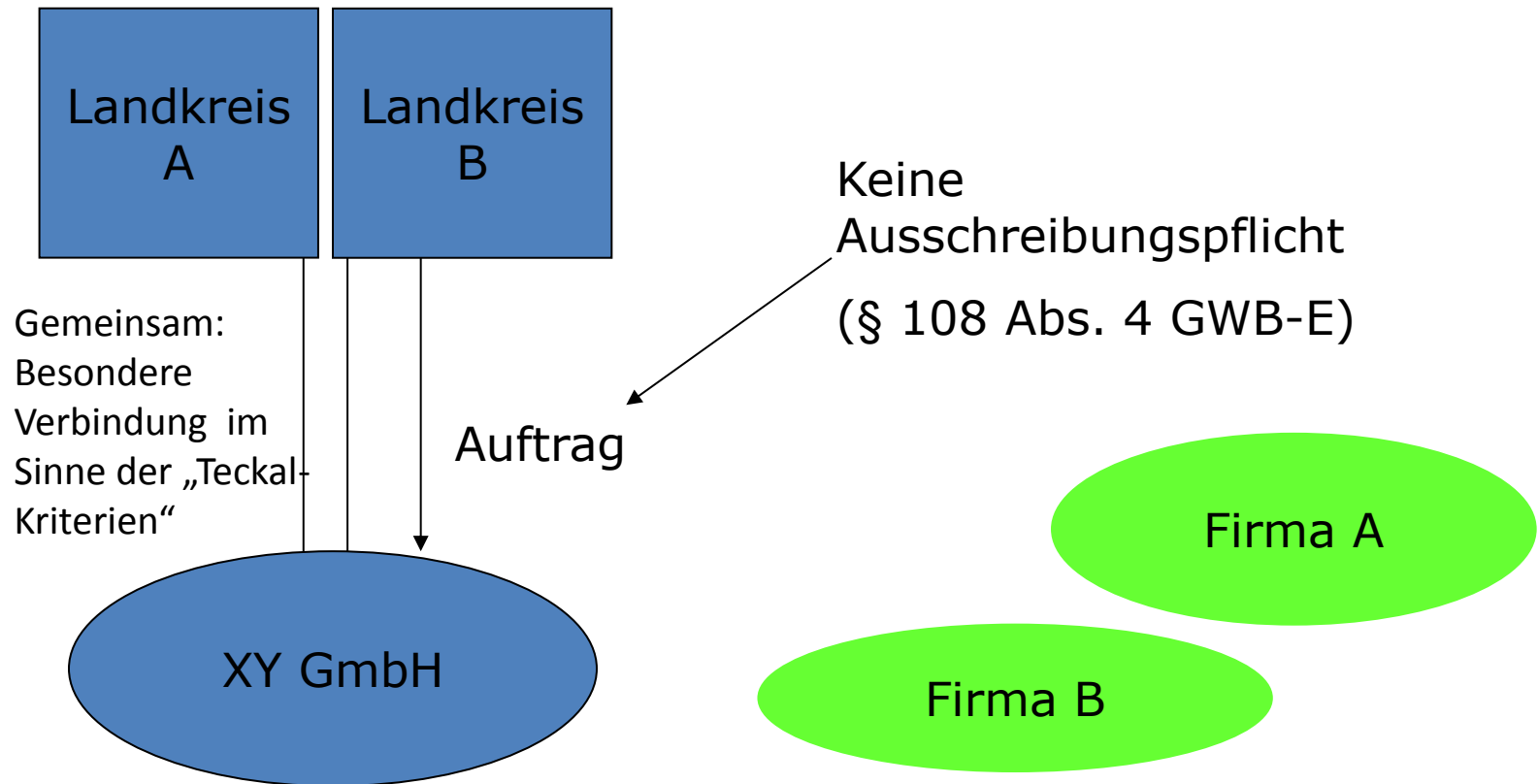
Vertikale Kooperation (In House-Geschäft)

- 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).

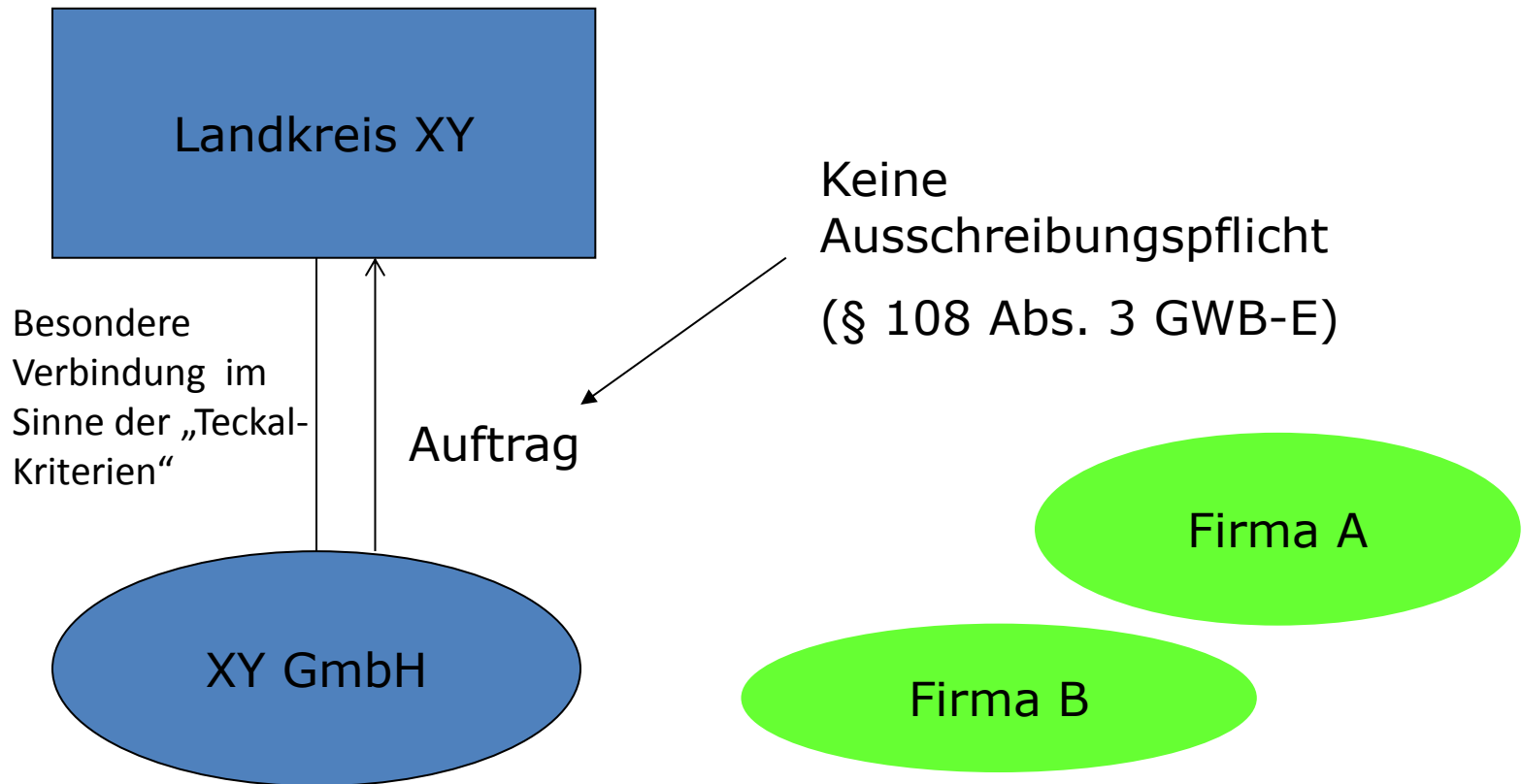
In House-Geschäft („klassisch“)



In House-Geschäft („mehrere Mütter“)



In House-Geschäft („invers“)



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.

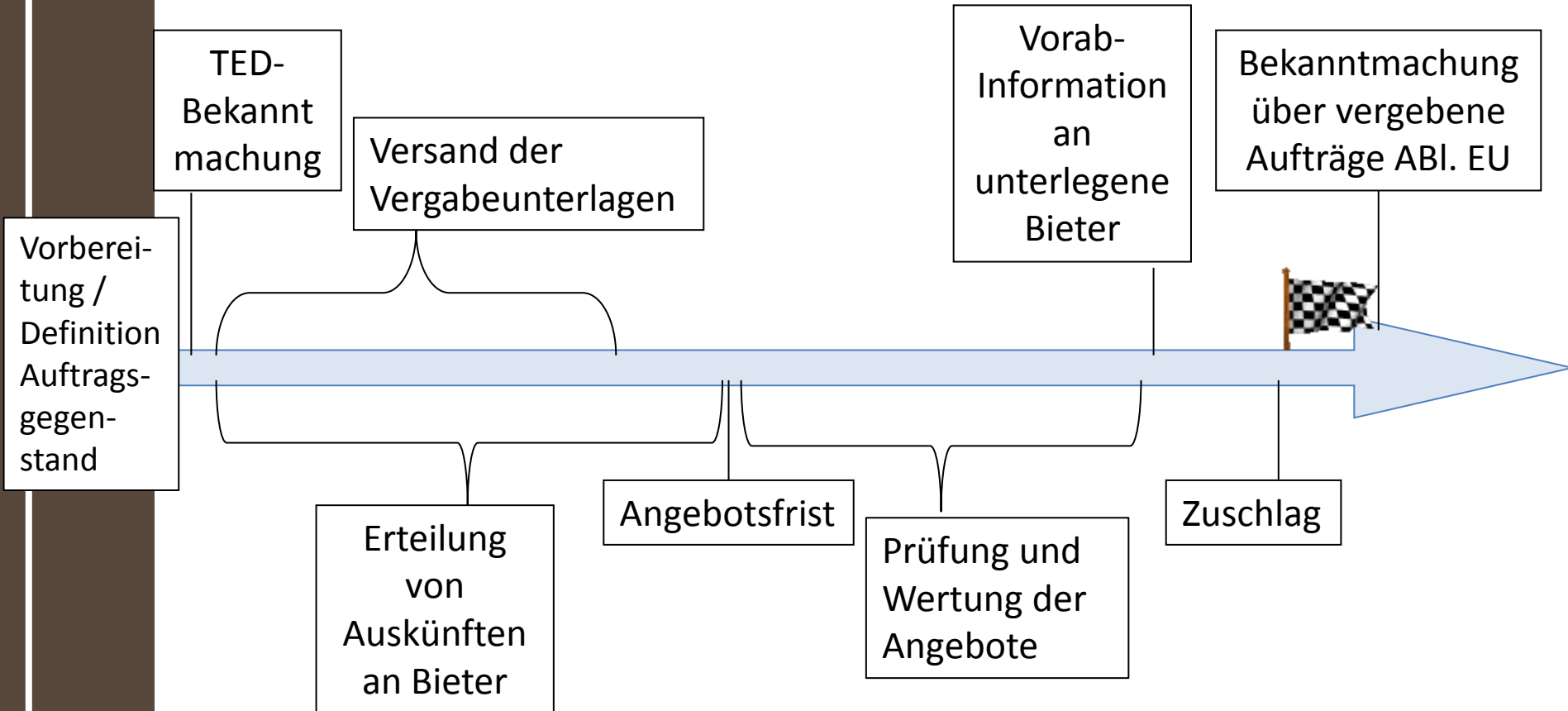
Vergabeverfahren

- 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.

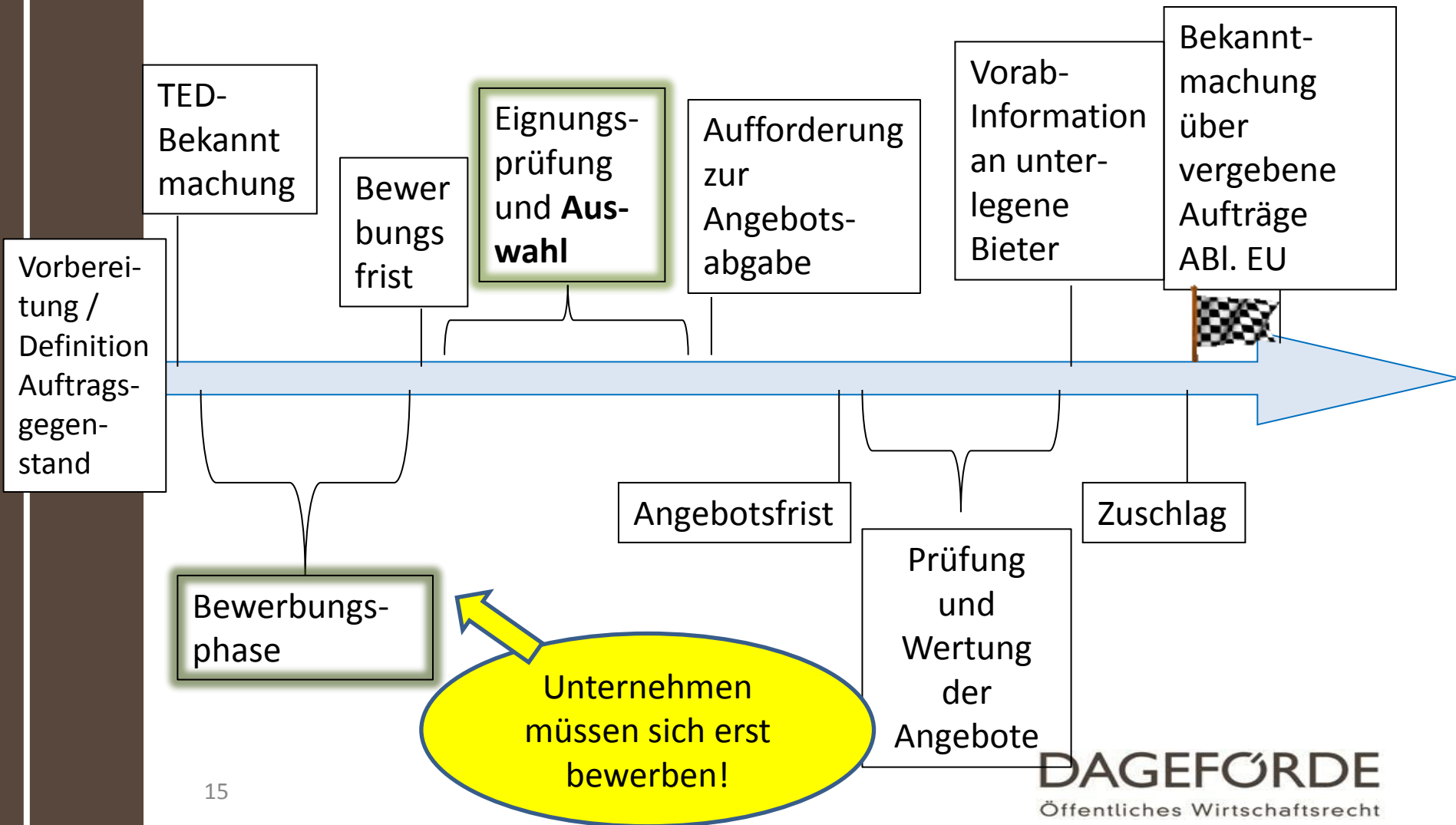
Gleichstellung von offenem und nichtoffenem Verfahren

- § 119 Abs. 2 GWB-E:
„Öffentlichen Auftraggebern stehen das offene und das nicht offene Verfahren nach ihrer Wahl zur Verfügung. Die anderen Verfahrensarten stehen nur zur Verfügung, soweit dies auf Grund dieses Gesetzes gestattet ist.“
- Vorrang des offenen Verfahrens im deutschen Vergaberecht wird aufgegeben.
- Im EU-Recht Gleichstellung, weil nichtoffenes Verfahren zwingend Teilnahmewettbewerb beinhaltet.
- Vorteile im nicht offenen Verfahren:
 - Höhere Zuschlagschance für Bieter.
 - Reduzierung des Aufwandes für Auftraggeber.

EU-Vergabeverfahren: Offenes Verfahren



EU-Vergabeverfahren: Nichtoffenes Verfahren



Verhandlungsverfahren, Wettbewerblicher Dialog

- Art. 26 Abs. 4 RL 2014/24/EU:
 - Bedürfnisse des Auftraggebers nicht ohne Anpassung bereits verfügbarer Lösungen erfüllbar **oder**
 - Auftrag umfasst konzeptionelle oder innovative Lösungen **oder**
 - „Wesensart, Komplexität und die Risiken“ der Bau-, Liefer- oder Dienstleistungen erfordern ein VV **oder**
 - Technische Spezifikationen können vom Auftraggeber nicht „mit ausreichender Genauigkeit“ erstellt werden.
- Beurteilungsspielraum für öffentliche Auftraggeber.
- MS sind verpflichtet, Art. 26 Abs. 4 VKRL so umzusetzen. Kein Umsetzungsspielraum.

Geschützte Werkstätten und Sozialunternehmen

- Bislang: Im nationalen Bereich freihändige Vergabeverfahren nur mit Werkstätten für behinderte Menschen möglich (§ 3 Abs. 5 j VOL/A).
- § 11 GWB-E: Auftraggeber können Vergabeverfahren auch oberhalb der EU-Schwellenwerte 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).

Soziale und andere besondere Dienstleistungen

§ 130 GWB-E

- Sonderregime: Vergabeverfahren stehen zur freien Wahl:
 - Offenes Verfahren
 - Nicht offenes Verfahren.
 - Verhandlungsverfahren mit TW.
 - Innovationspartnerschaft.
- Verhandlungsverfahren ohne TW nur dann, wenn gesetzliche Ausnahmegründe vorliegen.
- Soziale u. a. besondere Dienstleistungen gelistet in Anhang XIV der RL 2014/24/EG, z. B.:
 - Arbeitsmarktdienstleistungen des SGB II, III und IX.
 - Rechtsanwaltliche Beratungsleistungen ohne forensische Tätigkeit.
 - Dienstleistungen des Gaststätten- und Beherbergungsgewerbes.

Eignungsprüfung: zwingende Ausschlussgründe

§ 123 GWB-E

- § 123 Abs. 5 GWB-E:
 - Unternehmen ist seinen Verpflichtungen zur Zahlung von Steuern, Abgaben und Beiträgen zur Sozialversicherung nicht nachgekommen.
 - Rechtskräftige Gerichts- oder bestandskräftige Verwaltungsentscheidung.
 - Oder sonst nachweisbar („auf sonstige geeignete Weise“).
- Bislang fakultativer Ausschlussgrund (im Ermessen des AG).
- Von Ausschluss kann abgesehen werden, wenn „aus zwingenden Gründen des öffentlichen Interesses geboten oder Ausschluss unverhältnismäßig“. Beispiel: Lieferung von Grippeimpfstoff für Bevölkerung.

Eignungsprüfung: fakultative Ausschlussgründe

Katalog in § 124 Nr. 1 GWB-E

- Ausschluss wegen Verstoßes gegen geltende umwelt-, sozial- und arbeitsrechtliche Verpflichtungen bei der Ausführung öffentlicher Aufträge („nachweislich“).
- Insolvenz.
- Schwere Verfehlung.
- Wettbewerbsverzerrende Absprachen.
- Interessenkonflikt.
- Wettbewerbsverzerrung aufgrund vorheriger Einbeziehung des Unternehmens.
- Mangelhafte frühere Auftragsausführung („erheblich oder fortdauernd“). Kündigung, SE oder ähnliche Sanktion des AG!
- 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 § 127 GWB-E

- 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.
- Zuschlagskriterien müssen mit Auftragsgegenstand in Verbindung stehen. Verbindung auch gegeben, wenn sich Zuschlagskriterium auf Herstellung, Entsorgung o. a. Stadium im Lebenszyklus bezieht.
- 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 § 132 GWB-E

- 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.

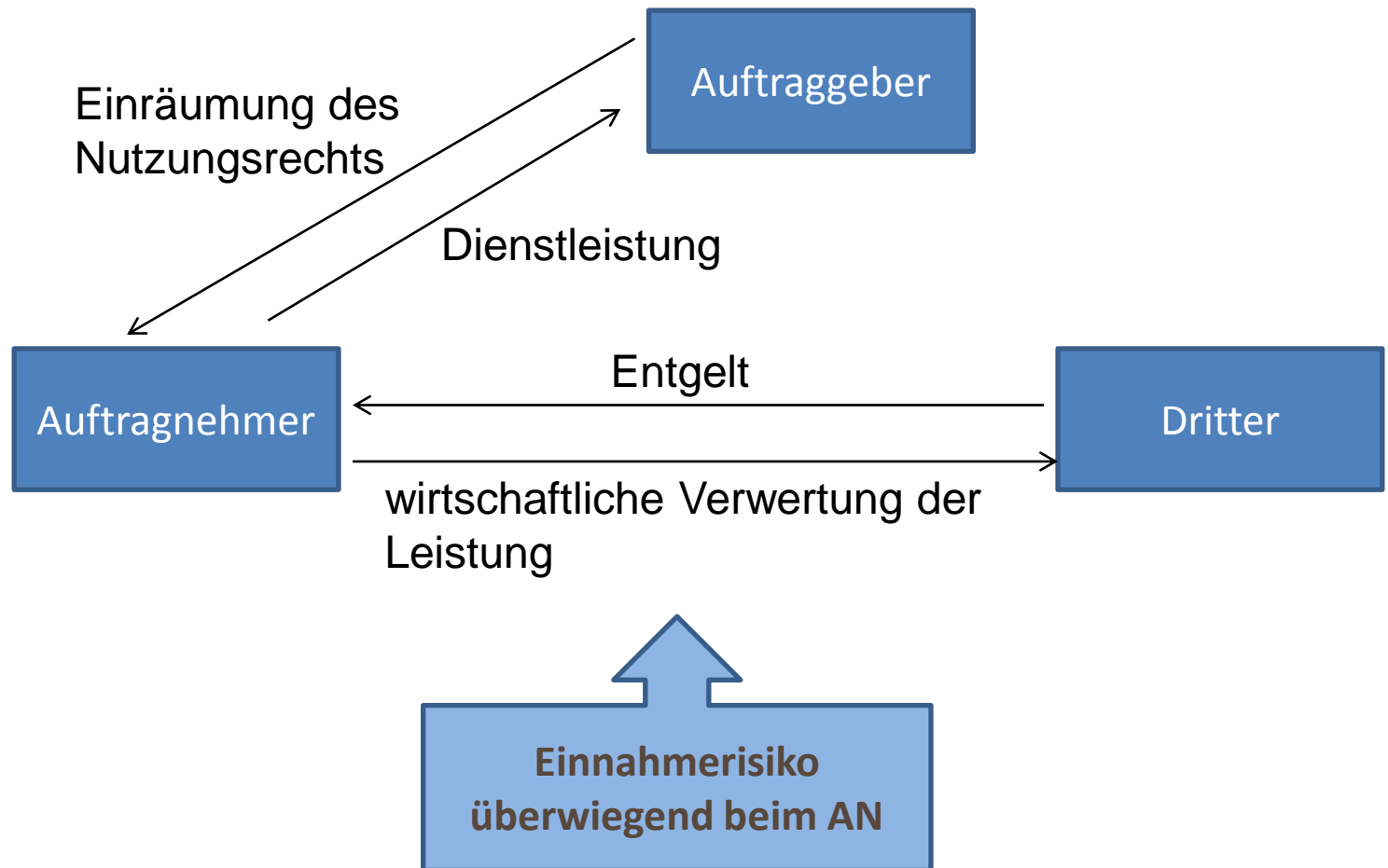
Kündigung von Verträgen § 133 GWB-E

- Auftraggeber können öffentlichen Auftrag während Laufzeit kündigen. Kündigungsgründe:
 - Wesentliche Änderung am Vertrag vorgenommen, die Neuausschreibungspflicht ausgelöst hätte.
 - Zum Zeitpunkt des Zuschlags lag zwingender Ausschlussgrund vor. Beauftragter Bieter hätte ausgeschlossen werden müssen.
 - EuGH hat Verstoß festgestellt. Öffentlicher Auftrag hätte wegen schwerer Verletzung des EU-Primärrechts (AEUV) oder Sekundärrecht/nationalem Vergaberecht nicht vergeben werden dürfen.

Dienstleistungs-/Baukonzession

- § 105 GWB-E: Begriffsdefinition:
 - Entgeltliche Verträge
 - zwischen Konzessionsgeber(n) und Unternehmen
 - über Erbringung einer Bauleistung, wobei Gegenleistung Recht zur Nutzung des Bauwerks ist (ggfs. zzgl. Zahlung) = Baukonzession,
 - über Erbringung und Verwaltung von Dienstleistungen, wobei Gegenleistung im Recht zur Verwertung der Dienstleistungen (ggfs. zzgl. Zahlung) ist = Dienstleistungskonzession.

Leistungsbeziehungen bei der Konzession



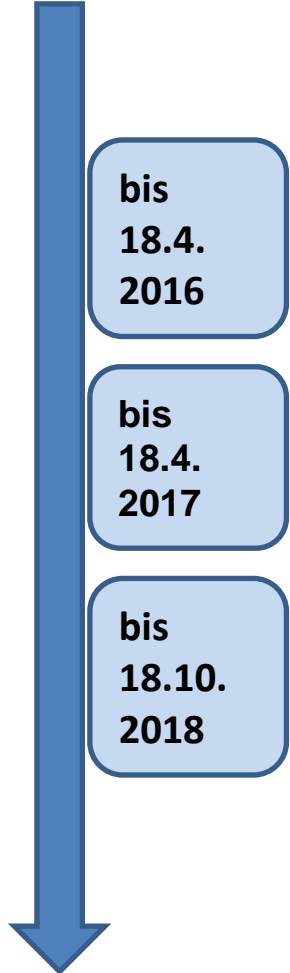
Vergabe von Konzessionen

- 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

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?



eVergabe
endlich kinderleicht!

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

