

DAGEFÖRDE

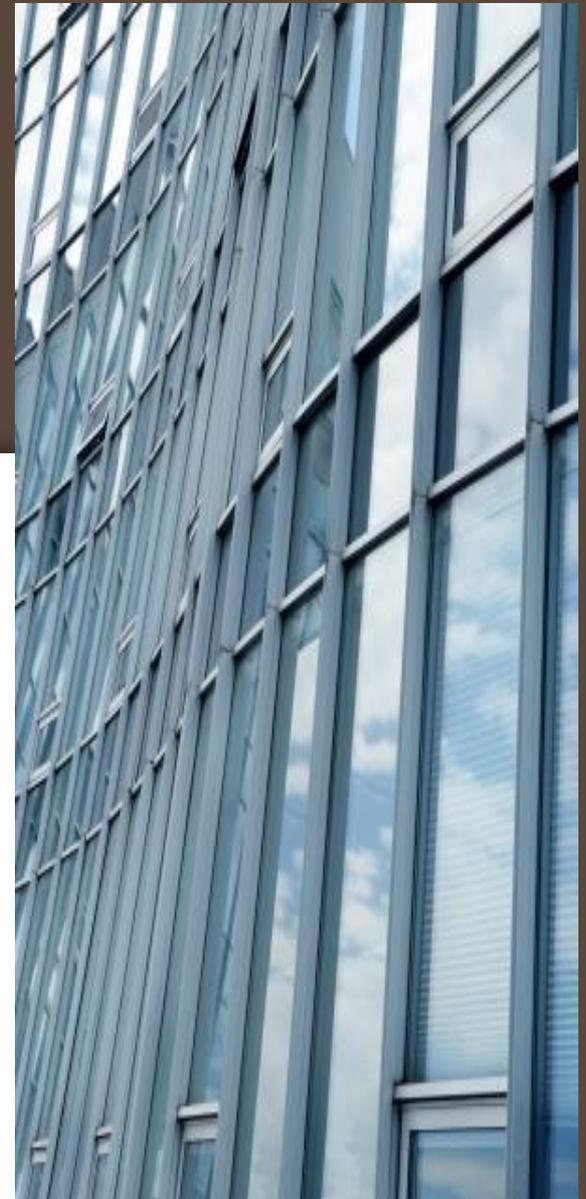
Öffentliches Wirtschaftsrecht

Neues aus dem Vergaberecht Vergaberechtsreform 2016

Umweltrecht aktuell XV

Hannover

10. Mai 2016



Inhalt

- Anlass der Vergaberechtsreform.
- Neue Struktur des Vergaberechts.
- Änderungen bei der Eignungsprüfung: Einheitliche Europäische Eigenerklärung.
- Erstmals gesetzliche Regelungen zur Auftragsänderung während der Vertragslaufzeit.

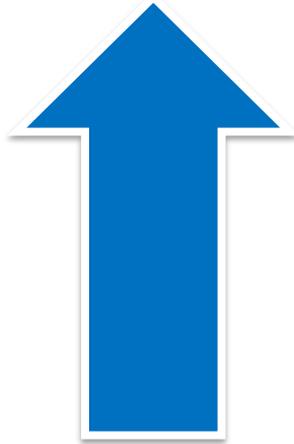
Neue EU-Vergaberichtlinien

- Europäisches Paket zur Modernisierung des Vergaberechts:
 - **RL 2014/24/EU** („klassische Richtlinie“) für die öffentliche Auftragsvergabe.
 - **RL 2014/25/EU** („Sektorenrichtlinie“) für die Vergabe von Aufträgen im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie der Postdienste.
 - **RL 2014/23/EU** („Konzessionsrichtlinie“) für die Vergabe von Konzessionen.
- **Umsetzungsfrist: April 2016.**
- **Ziele** des EU-Gesetzgebers:
 - Stärkere Vereinheitlichung des Vergaberechts in der EU.
 - Klare Regeln, mehr Rechtssicherheit, gerade für Kommunen.
 - Vereinfachung, Flexibilisierung des Vergaberechts (u. a. durch mehr Möglichkeiten zur Verhandlung mit Bietern).
 - Verfolgung strategischer Ziele mit dem Beschaffungswesen (Umwelt, Soziales, Innovationen ...).

Umsetzung EU-Vergabe-RL in Deutschland

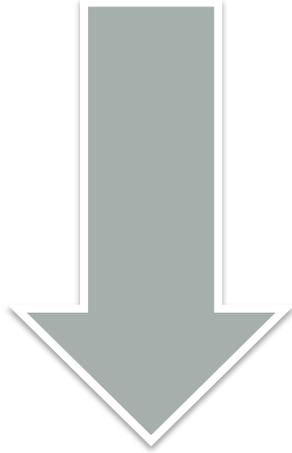
- **VergabeR-Modernisierungsgesetz (VergModG)**
 - Umsetzung der wesentlichen Regelungen im Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB), §§ 97 – 186 GWB.
 - Abbildung des gesamten Vergabeverfahrens („vor die Klammer gezogen“).
 - Umfassende VO-Ermächtigung für BReg. (§ 113 GWB).
- **Vergabeverordnung, Sektorenverordnung, Konzessionsverordnung, Statistikverordnung**
 - Details des Vergabeverfahrens.
 - Pflichten zur Übermittlung von Daten (oberhalb und unterhalb der EU-Schwellenwerte!) an das Bundesministerium für Wirtschaft und Energie.
 - BMWV leitet Daten eines Berichtsjahres zu Beginn des Folgejahres an Statistisches Bundesamt zur Aufbereitung binnen 3 Mo. weiter.

Zweiteilung des Vergaberechts



Aufträge über EU-Schwellenwert:

- Binnenmarktrelevanz
- Anwendung EU- und GWB-Vergaberecht
- Risiko: Rechtsschutz vor den Vergabekammern



Aufträge unter EU- Schwellenwert:

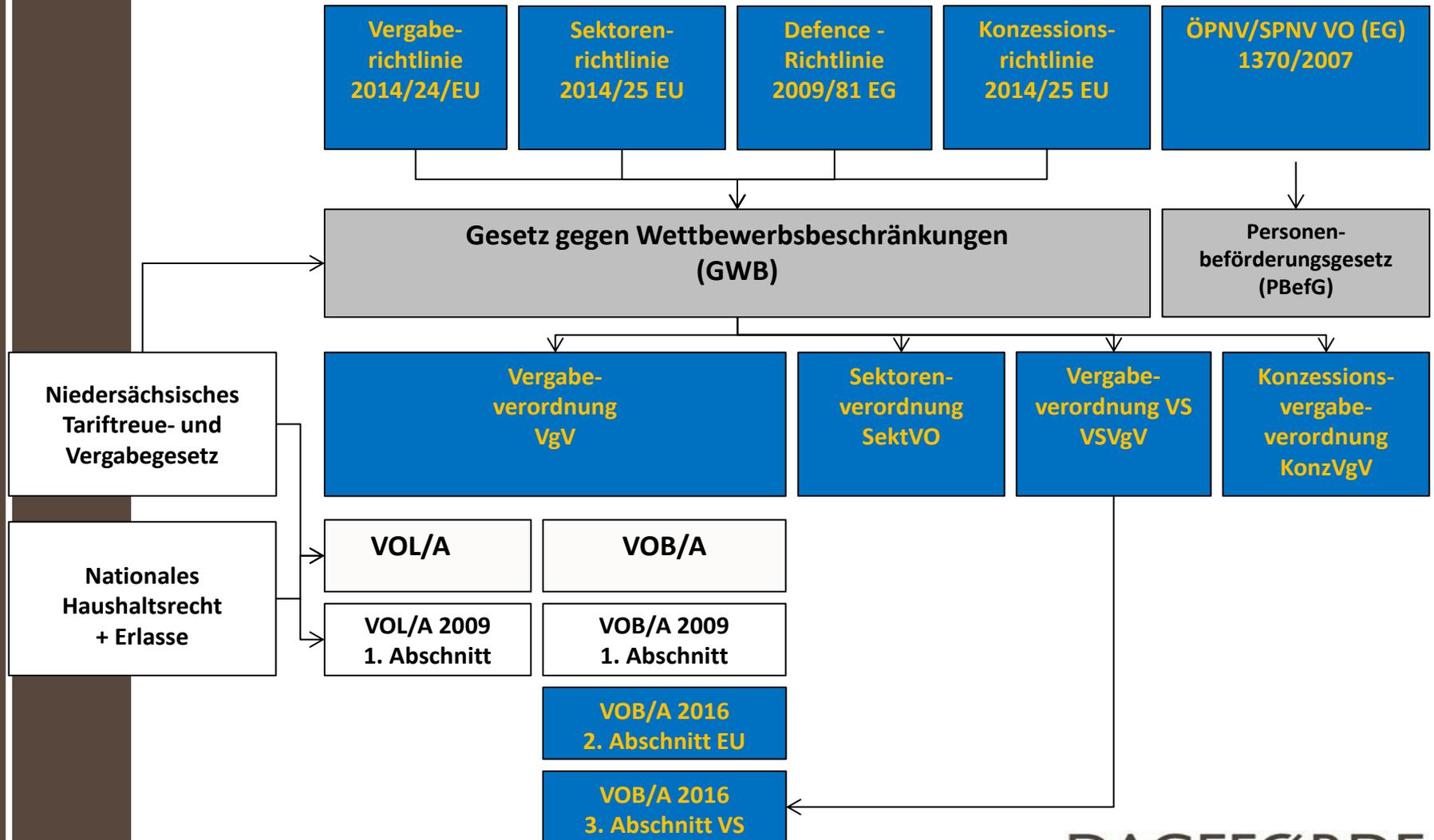
- Keine Binnenmarktrelevanz (str.)
- Haushaltsrecht und Landesvergaberecht
(Grundsätze des EU-Vergaberechts gelten auch hier !)
- Kein Rechtsschutz vor den Vergabekammer
(nur vor Zivilgerichten)

Aktuelle EU- Schwellenwerte

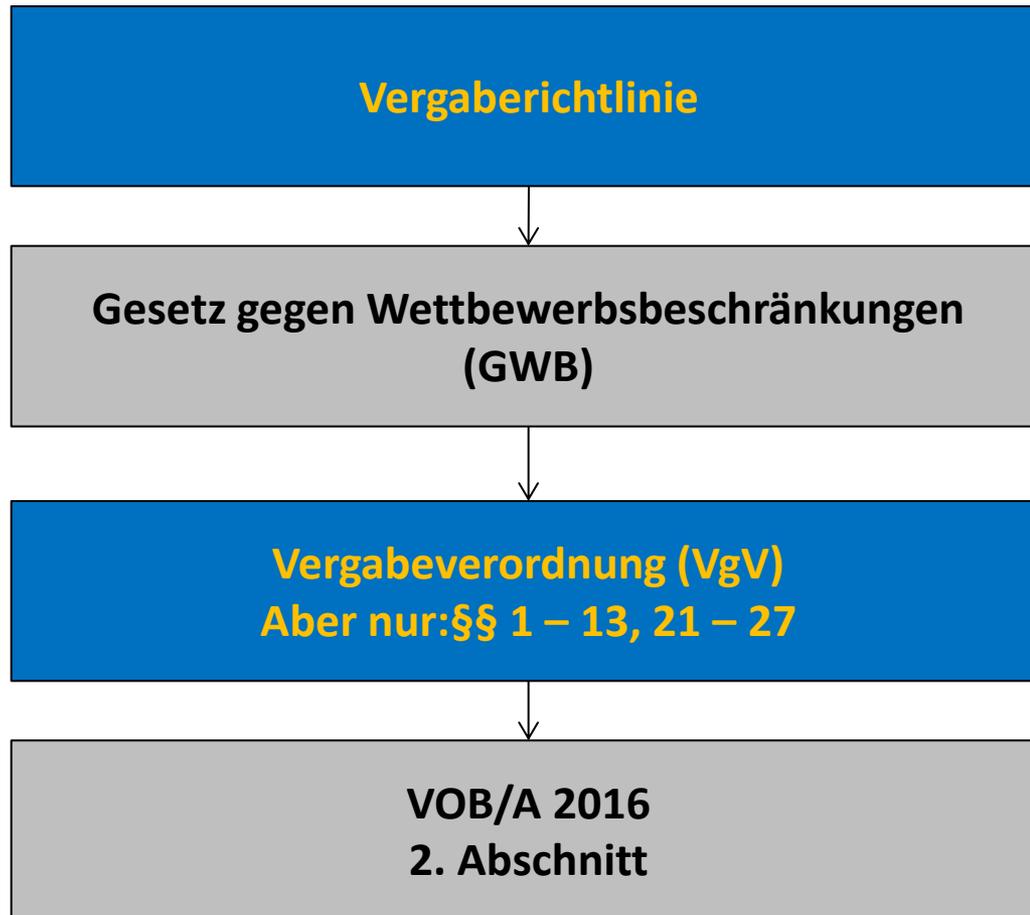
- **Baufträge** **5.225.000 EUR**
- **Liefer- und Dienstleistungsaufträge** in den Sektoren
 - **Trinkwasserversorgung**
 - **Energieversorgung**
 - **Versorgung mit Verkehrsdienstleistungen****418.000 EUR**
- Alle anderen **Liefer- und Dienstleistungsaufträge** **209.000 EUR**
- **Dienstleistungsaufträge betr. soziale und andere besondere Dienstleistungen** i. S. v. Anhang XIV der Richtlinie 2014/24/EU **750.000 EUR**
- Vergabe von **Konzessionen** generell **5.225.000 EUR**

Normstruktur und Aufbau des Vergaberechts

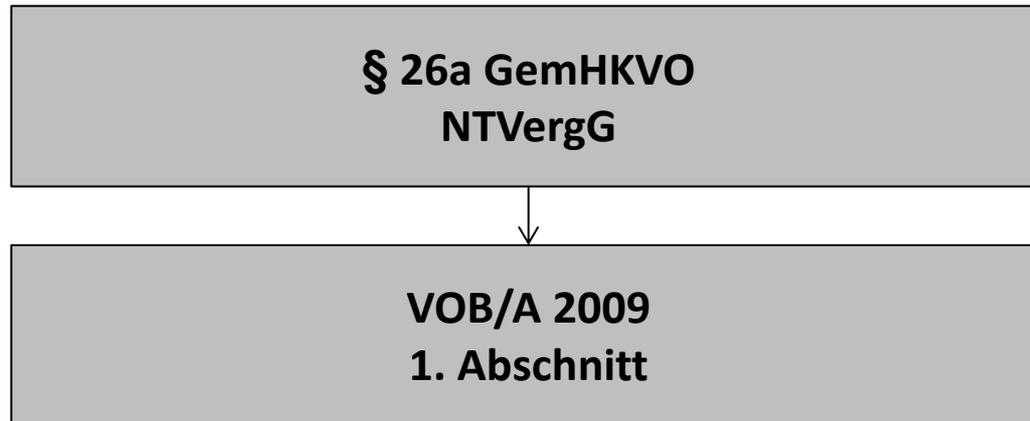
Rechtslage ab 18.04.2016



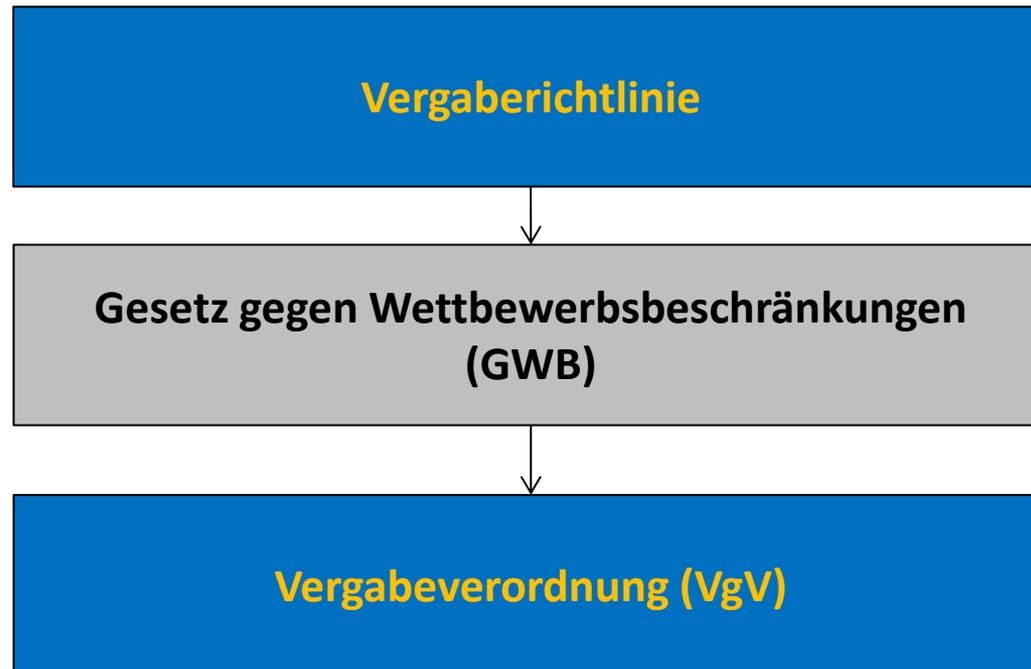
Normstruktur und Aufbau des Vergaberechts Rechtslage ab 18.04.2016 für Bauvergaben (EU)



Normstruktur und Aufbau des Vergaberechts Rechtslage ab 18.04.2016 für Bauvergaben (national)



Vergabeverfahren Lieferleistungen > 209.000 EUR



Vergabeverfahren Lieferleistungen < 209.000 EUR



EEE = Einheitliche Europäische Eigenerklärung

- EEE § 50 VgV-E und § 6 b Abs. 1 VOB/A-EU i. V. m. EU-VO 7/2016
- EEE = Vorläufiger Eignungsnachweis.
- EEE = Förmliche Erklärung des Bewerbers/Bieters, dass
 - keine Ausschlussgründe vorliegen und
 - er die einschlägigen Eignungskriterien erfüllt.
- Erleichterung für Bieter durch Verzicht auf Vorlage von Nachweisen im Vergabeverfahren (Ersatz für Drittbescheinigungen).
- EEE ist von Auftraggebern an Bewerber/Bieter zu übermitteln (bis 18.4.2018 parallel noch papierbasiert, danach nur elektronisch).
- Bewerber/Bieter können EEE wiederverwenden, wenn sie bestätigen, dass die Informationen weiterhin zutreffen.
- Auftraggeber kann Bewerber/Bieter ausschließen, die schwerwiegend täuschen oder Auskünfte zurückhalten.

EEE = Einheitliche Europäische Eigenerklärung

- Auftraggeber kann von Bewerbern/Bietern jederzeit im Verfahren Unterlagen anfordern, wenn zur angemessenen Durchführung des Verfahrens erforderlich (insb. wenn Anhaltspunkte vorliegen, dass EEE eines Bewerbers/Bieters unzutreffende Angaben enthält).
- Auftraggeber verlangt Unterlagen vor Zuschlag vom Bestbieter.
- Bewerber/Bieter müssen keine Unterlagen beibringen, wenn Vergabestelle diese über kostenfreie Datenbank erhalten kann oder sie der Vergabestelle bereits vorliegen.
- Für jedes Los eine eigene EEE, wenn unterschiedliche Kriterien.
- Bewerber/Bieter muss für jeden NU eine eigene EEE vorlegen.
- Bewerber-/Bietergemeinschaften müssen für jedes Mitglied eine eigene EEE vorlegen.

Elektronischer EEE-Dienst

- Seit kurzem freigeschaltet und verfügbar:

<https://webgate.acceptance.ec.europa.eu/espd>

- Kostenloser Webdienst der EU zum Ausfüllen und Wiederverwenden der EEE.
- Online-Formular kann ausgefüllt, gedruckt und der Vergabestelle mit dem Angebot geschickt werden.
- Wenn Vergabeverfahren elektronisch abgewickelt wird: EEE kann exportiert, gespeichert und elektronisch übermittelt werden.
- EEE aus früheren Verfahren kann wiederverwendet werden, wenn Angaben noch korrekt.

Auftragsänderungen während der Vertragslaufzeit

- Grundsatz: Wesentliche Änderungen erfordern 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.
- Urteil EuGH, 19.6.2008, Az. C-454/06 „Pressetext“.
- Jetzt erstmals gesetzliche Regelung in § 132 GWB auf Basis von Art. 72 RL 2014/24/EU.

Vertragsänderungen § 132 GWB

- § 132 GWB:
„Wesentliche Änderungen eines öffentlichen Auftrags während der Vertragslaufzeit erfordern ein neues Vergabeverfahren. Wesentlich sind Änderungen, die dazu führen, dass sich der öffentliche Auftrag erheblich von dem ursprünglich vergebenen Auftrag unterscheidet.“
- Wesentliche Änderungen: Änderungen, die den Umfang und die inhaltliche Ausgestaltung der gegenseitigen Rechte und Pflichten der Parteien betreffen. Solche Änderungen sind Ausdruck der Absicht der Parteien, wesentliche Bedingungen des Auftrags neu zu verhandeln.
- Beispielhafte Aufzählung wesentlicher Änderungen in Nummern 1 bis 4.

Auftragsänderungen während der Vertragslaufzeit § 132 GWB

- Beispielhafte Aufzählung wesentlicher Änderungen in Nummern 1 bis 4.
- Wesentliche Änderung liegt insbesondere vor, wenn:
 - Bedingungen eingeführt werden, die – wenn sie für das ursprüngliche Vergabeverfahren gegolten hätten –
 - die Zulassung anderer Bewerber/Bieter ermöglicht hätten.
 - die Annahme eines anderen Angebots ermöglicht hätten.
 - das Interesse weiterer Teilnehmer geweckt hätten.
 - sich das wirtschaftliche Gleichgewicht des Vertrages zugunsten des AN in nicht vorgesehener Weise verschiebt.
 - der Umfang des Auftrags erheblich ausgeweitet wird.
 - Ein neuer AN den AN in anderen als den in Abs. 2 S. 1 Nr. 4 vorgesehenen Fällen ersetzt.

De-Minimis-Klausel (Wertgrenzenregelung)

- **Abs. 3: Wertgrenze für Vertragsänderungen.**
- **Keine Neuausschreibung**, wenn Wert der Vertragsänderung unterhalb des jeweils einschlägigen EU-Schwellenwertes liegt **und**
 - bei Liefer- und Dienstleistungen weniger als 10 % des ursprünglichen Auftragswertes ausmacht.
 - bei Bauleistungen weniger als 15 % des ursprünglichen Auftragswertes ausmacht.
 - Bei mehreren aufeinanderfolgenden Änderungen: Gesamtwert der Änderungen maßgeblich.
- Grenzwert für Auftragsänderungen. Geringfügige Änderungen des Auftragswerts sind bis zu einer bestimmten Höhe zulässig.
- Wenn die Auftragsänderung wertmäßig eine der Grenzwerte übersteigt, ist eine Änderung ohne erneutes Vergabeverfahren nur zulässig, wenn die übrigen Voraussetzungen des § 132 GWB erfüllt sind.

Überprüfungsklausel/Optionsklausel

- **Abs. 2 Nr. 1: Überprüfungsklauseln/Optionen.**
- **Keine Neuausschreibung**, wenn Vertrag geändert wird und Änderungen in den ursprünglichen Auftragsunterlagen in Form klarer, präziser und eindeutig formulierter Klauseln vorgesehen.
- Klausel muss Angaben zur Art, Umfang und Voraussetzungen für eine Änderung des Vertrags enthalten.
- Beispiel: Preisüberprüfungsklauseln.
- Keine pauschale Obergrenze in Höhe von 50 % des ursprünglichen Auftragswerts.
- Entscheidend: Gesamtcharakter des Auftrags ändert sich nicht (hierzu wieder Abs. 1 heranziehen).

Zusatzleistung (I)

- **Abs. 2 Nr. 2 a): Zusatzleistungen/Ergänzungsbeschaffung.**
- **Keine Neuausschreibung** bei bestimmten zusätzlichen Bau- / Liefer- / Dienstleistungen,
 - die nicht in den ursprünglichen Vergabeunterlagen vorgesehen waren,
 - die an den ursprünglichen Auftragnehmer vergeben werden,
 - **und** bei denen ein Wechsel des AN aus technischen oder ökonomischen Gründen nicht erfolgen kann,
 - **und** bei denen ein Wechsel des AN mit erheblichen Schwierigkeiten oder beträchtlichen Zusatzkosten für den AG verbunden wären.

Zusatzleistung (II)

- Beispiel: AG müsste sonst Material, Bau- / Dienstleistung mit unterschiedlichen (anderen) technischen Merkmalen erwerben, was Inkompatibilität oder unverhältnismäßige technische Schwierigkeiten bei Gebrauch / Instandhaltung mit sich bringen würde.
- Zusatzleistung max. 50 % vom ursprünglichen Auftragswert.
- Mehrmals hintereinander möglich (jeweils max. 50 %!).
- Keine Umgehung des Vergaberechts („mahnender Zeigefinger“).
- Ex post-Bekanntmachung im Supplement ABI. (TED) erforderlich.

Zusatzleistung (III)

- **Abs. 3: Zusatzleistungen/Ergänzungsbeschaffung**
- **Keine** Neuausschreibung bei unvorhersehbaren und notwendigen Vertragsänderungen, wenn Gesamtcharakter des Vertrags nicht beeinträchtigt wird.
- AG wird mit „externen Umständen“ konfrontiert, die er bei Zuschlagserteilung nicht absehen konnte (z. B. bei längerer Vertragslaufzeit).
- „Unvorhersehbare Umstände“ = Umstände, die
 - auch bei sorgfältiger Vorbereitung der Zuschlagserteilung
 - unter Berücksichtigung der zur Verfügung stehenden Mittel
 - unter Berücksichtigung der Art und Merkmale des Projekts
 - unter Berücksichtigung der bewährten Praxis
 - unter Berücksichtigung des Aufwand-Nutzen-Verhältnisses bei der Ausschreibungnicht vorhersehbar waren.

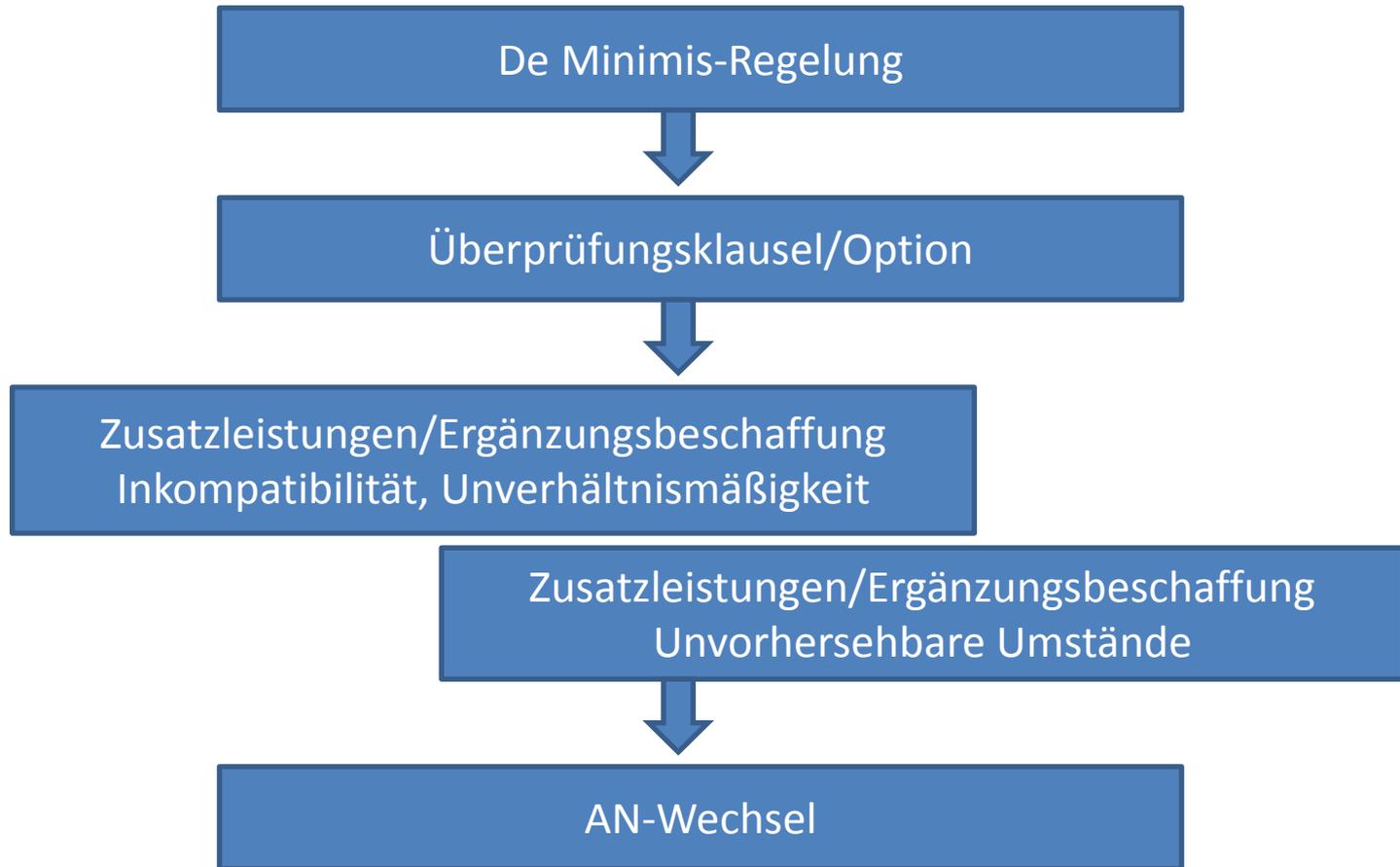
Zusatzleistung (IV)

- Zusatzleistung max. 50 % vom ursprünglichen Auftragswert.
- Mehrmals hintereinander möglich (jeweils max. 50 %!).
- Keine Umgehung des Vergaberechts („mahnender Zeigefinger“).
- Keine andersartigen Leistungen, keine Änderung des Beschaffungsgegenstandes.
- Ex post-Bekanntmachung im Supplement ABI. (TED) erforderlich.

Sonderfall: Auftragnehmer-Wechsel

- **Abs. 2 Nr. 4: AN-Wechsel.**
- **Keine Neuausschreibung**, wenn ein neuer Auftragnehmer den bisherigen Auftragnehmer ganz oder teilweise ersetzt, u. a.
 - aufgrund einer entsprechenden Option im Vertrag, **oder**
 - aufgrund einer Unternehmensumstrukturierung (z. B. Übernahme, Zusammenschluss, Erwerb oder Insolvenz),
 - **und** der neue AN die ursprünglich festgelegten Eignungsanforderungen erfüllt,
 - **und** der AN-Wechsel keine wesentliche Änderung im Sinne von Abs. 1 zur Folge hat, **oder**
 - weil der Auftraggeber selbst die Verpflichtungen des Haupt-AN gegenüber seinen Unterauftragnehmern übernimmt (z. B. bei Insolvenz des GU).

Auftragsänderung: Prüfungsreihenfolge



Rechtsfolgen unzulässiger Änderungen

- § 135 Abs. 1 GWB:

Ein öffentlicher Auftrag ist von Anfang an unwirksam, wenn

- der öffentliche Auftraggeber (...) den Auftrag ohne vorherige Veröffentlichung einer Bekanntmachung im Amtsblatt der Europäischen Union vergeben hat,
- ohne dass dies aufgrund Gesetzes gestattet ist,
- **und** dieser Verstoß in einem Nachprüfungsverfahren festgestellt worden ist.

Rechtsfolgen unzulässiger Änderungen

- § 135 Abs. 3 GWB:

Die Unwirksamkeit (...) tritt nicht ein, wenn

1. Der Auftraggeber der Ansicht ist, dass die Auftragsvergabe ohne vorherige Veröffentlichung einer Bekanntmachung im Amtsblatt der EU zulässig ist,
2. Der Auftraggeber eine Bekanntmachung im Amtsblatt der EU veröffentlicht hat, mit der er die Absicht bekundet, den Vertrag abzuschließen, und
3. der Vertrag nicht vor Ablauf einer Frist von mind. 10 Kalendertagen, gerechnet ab dem Tag nach der Veröffentlichung dieser Bekanntmachung abgeschlossen wurde.

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