



VergabeFIT

**Veranstaltung des forum vergabe e.V.
vom 17. bis 19. Juni 2015 in Bremen**

Thesen

erstellt und verantwortet vom forum vergabe e.V.

1. Reform des deutschen Vergaberechts

Dr. Daniel Fülling, Bundesministerium für Wirtschaft und Energie, Berlin

- Der Referentenentwurf für die Umsetzung der Vergaberichtlinien liegt vor und wird fortlaufend weiterentwickelt. Grundsätzlich wurde der Ansatz einer 1:1-Umsetzung gewählt. Dabei bilden die Richtlinien die Grenzen möglicher Regelungen.
- Die angestrebte Vereinfachung steht in einem Spannungsverhältnis zur verstärkten Berücksichtigung strategischer Ziele.
- Das Bundeswirtschaftsministerium ist zuversichtlich, dass die Umsetzung rechtzeitig erfolgen wird.
- Die Grundsätze werden zukünftig im GWB geregelt. Viele Detailregeln, auch die Ausnahmen des Sonderregimes für bestimmte Dienstleistungen, werden durch die VgV strukturiert vorgegeben.
- Die Entscheidung zwischen offenen und nicht offenen Verfahren steht dem Auftraggeber frei und ist nicht überprüfbar. Mit dem vorgeschalteten Teilnahmewettbewerb ist auch das nicht offene Verfahren wettbewerblich ausgerichtet.
- Die nachhaltige und/oder innovative Beschaffung ist eine den Auftraggebern eröffnete Möglichkeit, ein Zwang hierzu besteht nicht.
- Die Einheitliche Europäische Eigenerklärung muss zukünftig vom Auftraggeber akzeptiert werden. Die Frage einer zwingenden Verwendung durch die Auftraggeber und ihr Verhältnis zu den PQ-Verfahren ist noch strittig.
- Gegenüber der veröffentlichten Fassung des Referentenentwurfes haben sich Änderungen ergeben z.B. beim Sonderregime für bestimmte Dienstleistungen und bei der Klarstellung, was als zentrale Beschaffungstätigkeit anzusehen ist und wie diese – vergaberechtfrei – organisiert werden kann.

- Die Möglichkeiten, Umsetzungsfristen bei der eVergabe umzusetzen, werden ausgeschöpft.
- Die vorgesehene Statistikpflicht ist nicht unumstritten. Belastungen für Bieter sollen hierdurch nicht entstehen.

2. eVergabe: aktuelle Entwicklungen

Rechtsanwalt Dr. Peter W. Schäfer, Bundesverband der Deutschen Industrie e.V., Berlin

- Es ist festzustellen, dass die tatsächliche Entwicklung der eVergabe hinter den Erwartungen zurückgeblieben ist. Weniger als 20 % der Vergabeverfahren werden derzeit vollständig elektronisch durchgeführt.
- Ein Hauptproblem der Akzeptanz ist die fehlende Interoperabilität und die hohe Heterogenität der Systeme. Ein wichtiges Projekt in diesem Zusammenhang ist XVergabe.
- Mit den neuen Vergaberichtlinien wird – außer in der Konzessionsvergaberichtlinie – zwingend die elektronische Vergabe eingeführt.
- Aufschuboptionen bestehen nur für die e-Kommunikation und die elektronische Angebotsabgabe.
- Die elektronische Bereitstellung von Unterlagen bereitet bereits jetzt keine großen Praxisprobleme.
- Die Signaturrechtlinie ist aktuell durch eine Verordnung ersetzt worden.

3. „Drunter und drüber“ – Schwellenwerte, Wertgrenzen und der Auftragswert

Rechtsanwalt Stephan Rechten, BEITEN BURKHARDT, Berlin

- Die Schwellenwerte sind für Vergabeverfahren und Rechtsschutz relevant.
- Die neuen Vergaberichtlinien enthalten zwar ausdrücklich benannte Schwellenwerte. Diese Werte werden jedoch im Rahmen der zweijährlichen Überprüfung ab 01.01.2016 nicht mehr gelten.
- Mit dem Regime für besondere Dienstleistungen wurde ein weiterer Schwellenwert von 750.000 € eingeführt.
- Umsatzsteuer ist nicht bei der Schätzung nicht einzurechnen, wohl aber andere Steuern.

- Die Vorschriften über die Schätzung des Auftragswertes gelten auch für die Ermittlung, ob bestimmte Wertgrenzen in Landesvergabegesetzen überschritten sind.
- Eine Schätzung kann auch auf eine Markterkundung oder eine Befragung von Marktteilnehmer gestützt werden.
- Die Schätzung muss zeitnah zum Beginn des Vergabeverfahrens erfolgen bzw. gegebenenfalls angepasst werden. Sie bleibt dann für das gesamte Vergabeverfahren maßgeblich, auch bei getrennter Vergabe von Losen und sich daraus ergebenden Folgen für den tatsächlichen Endpreis.

4. Dritte als Unterstützer des Auftraggebers im Vergabeverfahren

Rechtsanwältin Aline Fritz, Rechtsanwälte FPS, Berlin

- Der Auftraggeber muss das Handeln von Dritten, die ihn bei Vergabeverfahren unterstützen, begleiten, überwachen und ggf. korrigieren.
- Ermessensentscheidungen muss der Auftraggeber selber treffen.
- Das Verbot der Mitwirkung voreingenommener Personen betrifft nur deren aktive, entscheidungsbezogene Tätigkeit.
- Einzelne Aufträge für einen Auftraggeber begründen keine problematische geschäftliche Beziehung.
- Der Auftraggeber muss den Informationsvorsprung von Projektanten ausgleichen.
- Will der Auftraggeber einen Berater wegen vergaberechtlichen Fehlern in die Haftung nehmen, muss sich der Auftraggeber ein Mitverschulden anrechnen lassen, wenn er seine Kontrollfunktion nicht ausgeübt hat.

5. Vergaberecht und Zivilrecht

Rechtsanwalt Dr. Johannes Mosters, Rechtsanwälte BBG und Partner, Bremen

- Wichtigster Anknüpfungspunkt für zivilrechtliche Prüfmaßstäbe ist die Leistungsbeschreibung.
- Das Verbot unzumutbarer Wagnisse nach der VOL/A wird weitgehend so verstanden wie das Verbot aus der VOB/A, ungewöhnliche Risiken zu übertragen. Im Kern muss dem Bieter eine vernünftige kaufmännische Kalkulation möglich sein.
- Ausgangspunkt ist die angemessene Risikoverteilung nach dem BGB.

- Vertragsklauseln in Verträgen öffentlicher Auftraggeber sind regelmäßig als ABG einzustufen und daher am Maßstab des § 307 BGB zu prüfen.
- Die Auslegung unklarer Angebote ist von dem Grundgedanken geleitet, dass ein Bieter im Zweifel ein dem Vergaberecht entsprechendes Angebot abgeben will.
- Der Zuschlag unterliegt den allgemeinen Regeln für Willenserklärungen. Eine bestimmte Form wird nur in der VOL/A gefordert.
- Vergabeverstöße können sich auf die Wirksamkeit von Verträgen auswirken oder zumindest den Zwang zu einer Beendigung des Leistungsaustausches herbeiführen. Das Vergaberecht setzt dem Zivilrecht bei der Vereinbarung wesentlicher Änderungen Grenzen.

6. Prüf- und Hinweispflicht von Bietern

Rechtsanwältin Kristina Wieddekind, Hamburg

- Es gibt grundsätzlich keine vergaberechtliche Pflicht des Bieters, auf Fehler und Unvollständigkeiten der Vergabeunterlagen hinzuweisen.
- Die vorvertragliche Rücksichtnahmepflicht kann nach gefestigter Rechtsprechung des BGH aber dazu führen, dass Bieter erkannte und erkennbare Fehler und Lücken der Vergabeunterlagen mitteilen müssen. Erfolgt dies nicht, kann dies Schadensersatzansprüchen von Bietern entgegenstehen.
- Rügen müssen gegen jeden geltend gemachten Verstoß gleich substantiiert erhoben werden. Pauschale Rügen sind unzulässig.
- Richtiger Empfänger einer Rüge ist der Auftraggeber, soweit er nicht ausdrücklich eine Hilfsperson benannt hat. Eine solche Benennung kann auch in den Vergabeunterlagen erfolgen.
- Erst während eines Nachprüfungsverfahrens erkannte Fehler sind unverzüglich in das Verfahren einzubringen.
- Auftraggeber können stets auf Fehler mit einer Abhilfe reagieren. Die Aufhebung eines Verfahrens ist als ultima ratio nur in Ausnahmefällen zulässig.
- Die Zurückweisung einer Rüge löst die Frist des § 107 Abs. 3 Satz 1 Nr. 4 GWB aus und kann als taktisches Mittel eingesetzt werden.

7. Fristen: Berechnung, Angemessenheit, Mindestfristen

Rechtsanwalt Dr. Jens Biemann, HEUKING KÜHN LÜER WOJTEK,
Düsseldorf

- Ein Fristende mit Ablauf eines Tage (24.00 h) ist nur sinnvoll und zulässig, wenn eine Entgegennahme bis zu diesem Zeitpunkt gesichert ist. In allen anderen Fällen ist ein Zeitpunkt während des Tages zu wählen.
- Bei Fristbeginn wird der Tag der vorgenommenen Handlung nicht mitgezählt.
- Bei einer Verschiebung der Ausführungsfrist hat der betroffene Auftragnehmer Anspruch auf Änderung der Vergütung in analoger Anwendung von § 2 Abs. 5 VOB/B.
- Verlangt der Auftraggeber eine Ortsbesichtigung, sind mindestens zwei Termine vorzusehen.
- Zu kurze Fristen können dazu führen, dass nur wenige Angebote eintreffen oder hohe Risikozuschläge einkalkuliert werden.
- Verkürzungsmöglichkeiten bestehen bei elektronischer Bekanntmachung, elektronischer Verfügbarkeit der Vergabeunterlagen und bei Nutzung der Vorinformation.
- Auf Gründe aus seiner eigenen Sphäre darf sich der Auftraggeber bei Dringlichkeit der Vergabe nicht berufen.
- Wirken sich nachträglich erteilte Auskünfte auf die Angebotserstellung aus, hat der Auftraggeber die Angebotsfrist zu verlängern, beim offenen Verfahren mit einer Änderungsbekanntmachung.
- Ein Taktieren mit Fristen zur Verkürzung von Bieterrechten ist unzulässig.

8. Tücken der Preiswertung

Rechtsanwältin Dr. Hilka Frese, HEUKING KÜHN LÜER WOJTEK, Hamburg

- Bei der Wirtschaftlichkeitsprüfung ist zuerst die Leistung zu bewerten, dann die Leistung im Verhältnis zum geforderten Preis.
- Die strikte Trennung von Eignungsprüfung und Wertung ist für manche Leistungen und in Bezug auf das tatsächlich für die Ausführung vorgesehene Personal aufgeweicht.
- Eine feste Untergrenze, wie der Preis zu berücksichtigen ist, gibt es nicht. Es kommt vielmehr auf den Einzelfall an.

- Als Voraussetzung für die Wertung von Nebenangeboten verlangt die Rechtsprechung aussagekräftige Zuschlagskriterien.
- Wertungssysteme, die auf ein „alles oder nichts“ hinauslaufen, dürfen bei Vergaben mit nur zwei Angeboten nicht angewandt werden.
- Beispielhaft wird erläutert, wie verschiedene Wertungssysteme beim gleichen Sachverhalt zu unterschiedlichen Rangfolgen führen.
- Jede Wertungsmethode hat ihre spezifischen Vor- und Nachteile. Es ist daher im Einzelfall festzulegen, welche Methode gewählt werden soll.

9. Informationsgewinnung für Bieter

Dieter Carmesin, Vergabekammer Hamburg

- Der Schutz von Geheimnissen ist in der gesamten Rechtsordnung sehr unterschiedlich geregelt. Dieser Schutz ist jedoch als allgemeines Rechtsprinzip anzusehen.
- Bieter können in Vergabeverfahren keine umfassende Vertraulichkeit verlangen. So ist die Einschaltung von Dritten durch den Auftraggeber immer zulässig.
- Geschützt vor der Einsichtnahme Dritter sind Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse.
- Das Hamburger Transparenzgesetz verlangt als zweite Säule der Informationsfreiheit eine Veröffentlichung bestimmter Verträge der Daseinsvorsorge und solche von öffentlichem Interesse. Solche Veröffentlichungen haben zu ersten Nachprüfungsverfahren geführt, in denen Unwirksam nach § 101b GWB angeführt wurde.
- Bestimmte Daten sowie Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse bleiben geschützt.
- Diese Veröffentlichung erfolgt teilweise automatisch über EDV-Schnittstellen.
- Bei Dokumenten ist teilweise eine manuelle Schwärzung erforderlich.
- Das Akteneinsichtsrecht nach § 111 GWB ist von zentraler Bedeutung für effektiven Rechtsschutz.
- Auch bei der Akteneinsicht sind Geheimnisse zu schützen. Die Versagung der Akteneinsicht aus wichtigem Grund ist als Ausnahme eng auszulegen.
- Die Gewährung von Akteneinsicht kann selbständig angegriffen werden.
- Konflikte von Rechtsschutz und Geheimnisschutz können nur im Einzelfall, soweit überhaupt, gelöst werden.

10. Bieterreignung

Barbara Meißner, Deutscher Städtetag, Köln

- Die Eignungsprüfung ist eine Prognose-Entscheidung.
- Für Umfang und Ausgestaltung der Eignungsanforderungen gilt der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit.
- In der Regel sind Eigenerklärungen zu verlangen.
- Auftraggeber müssen die geforderten Erklärungen und Nachweise genau bezeichnen.
- Referenzen sind ein wichtiges Instrument der Eignungsprüfung, wirken jedoch gegenüber Newcomern als Hindernis.
- Die Forderung nach einer Referenz über eine „vergleichbare“ Leistung bedeutet nicht, dass die Leistung genau identisch sein muss mit der zu vergebenden. Entscheidend ist der Rückschluss auf die Eignung hinsichtlich der zu vergebenden Leistung.
- Auftraggeber müssen Referenzen zumindest stichprobenartig prüfen.
- Nachgeforderte Unterlagen sind möglichst genau zu benennen.
- Die Nachforderung darf nicht verwendet werden zur Nachbesserung von Angeboten.
- Bei der VOL/A steht die Nachforderung im Ermessen des Auftraggebers. Die Ermessensausübung ist zu dokumentieren.

11. Bietergemeinschaften

Richter Reinhard Wilke, OLG Schleswig-Holstein, Schleswig

- Bietergemeinschaften sind ein Zusammenschluss ansonsten konkurrierender Unternehmen. Die Möglichkeit eines solchen Zusammenschlusses kann mittelständische Interessern fördern, aber auch Vergabeverfahren beeinflussen.
- Nach außen muss klar erkennbar sein, in welcher Struktur sich Unternehmen zusammenschließen. Klarheit muss vor Schönheit gehen.
- Die Anforderungen an Fachkunde und Leistungsfähigkeit muss die Bietergemeinschaft insgesamt erfüllen. Jedes Mitglied muss für sich die vom Auftraggeber geforderte Zuverlässigkeit nachweisen können. Ein unzuverlässiges Unternehmen infiziert die Bietergemeinschaft.
- Auftraggeber sollten bei der Forderung von Referenzen klarstellen, für welchen Zweck sie diese verlangen.

- Es gibt keine Vermutung, dass die Bildung einer Bietergemeinschaft eine wettbewerbsbeschränkende Abrede ist.
- Die Bildung einer Bietergemeinschaft ist jedenfalls dann unproblematisch, wenn die Mitglieder insgesamt nur einen unerheblichen Marktanteil haben und sie durch die Verbindung ein Angebot überhaupt erst abgeben können. Die Forderung, die Bildung müsse kaufmännisch vernünftig ist, erscheint problematisch und ist kaum justiziabel.
- Erst nach einer Aufforderung des Auftraggebers müssen die beteiligten Unternehmen die Gründe für die Bildung einer Bietergemeinschaft darlegen.
- Bei einem Mitgliederwechsel oder dem Wegfall eines Mitgliedes kommt es nicht zu einem Identitätswechsel der Bietergemeinschaft. Einzige Ausnahme ist der Wegfall eines Gesellschafters bei einer Bietergemeinschaft aus zwei Unternehmen.
- Der Verkauf von Geschäftsanteilen eines Mitgliedes ist unerheblich, kann aber zu einer Wiederholung der Eignungsprüfung zwingen.

12. Mindestlöhne und ILO-Kernarbeitsnormen

Univ.-Prof. Dr. Claas Friedrich Germelmann, LL.M., Leibniz Universität Hannover

- Die sog. Sekundärziele werden in der Vergabep Praxis immer noch als Fremdkörper wahrgenommen.
- Die unionsrechtliche Bewertung von Mindestlohnforderungen erfolgt auf Grundlage der Ruffert-Rechtsprechung restriktiv. Danach müssen rechtfertigende Gründe vorliegen und die Maßnahme muss verhältnismäßig sein.
- Eine wichtige Voraussetzung für die unionsrechtliche Zulässigkeit von Mindestlohnforderungen ist, dass sie für private wie für öffentliche Aufträge gelten. Die örtliche Beschränkung von Landesgesetzen muss eine Rechtfertigung jenseits rein föderaler Gesichtspunkte haben.
- Insgesamt sind daher die Mindestlohngesetze der Länder unionsrechtlich problematisch.
- Auch verfassungsrechtlich bestehen erhebliche Bedenken. Jedenfalls nach einer grundrechtlichen Betrachtung dürften Mindestlohnforderungen der Länder unzulässig sein.
- Das MiLoG hat die Rahmenbedingungen für die Mindestlohngesetze der Länder auch bei der Gesetzgebungskompetenz negativ beeinflusst.

13. Funktionale Leistungsbeschreibung und Nebenangebote

Rechtsanwalt Dr. Harald Freise, Bauindustrieverband Niedersachsen-Bremen e.V., Hannover

- In der Praxis stellt eine reine Preiswertung jedenfalls im Baubereich den Regelfall dar.
- Seit der Grundsatzentscheidung des BGH vom 07.01.2014, X ZB 15/13, ist klargestellt, dass Nebenangebote bei dem alleinigen Wertungskriterium Preis nicht gewertet werden dürfen. Dies gilt auch für den Unterschwellenbereich.
- Nicht ausreichend sind Alibi-Kriterien ohne tatsächliche Auswirkung auf das Wertungsergebnis.
- Für die Praxis bedeutet dies erhebliche Probleme. Hinzu kommt dass nach Art. 45 Abs. 21 VRL zukünftig die Kriterien für Haupt- und Nebenangebote anwendbar sein müssen.
- Die Nachprüfungsinstanzen lassen dem Auftraggeber große Spielräume. Die Überprüfung beschränkt sich auf die Ermessensausübung.
- In der Schweiz hat sich in Gesetz und Praxis die Verwendung qualitativer Zuschlagskriterien als Regelfall durchgesetzt.
- Die Anforderung, aussagekräftige Mindestanforderungen zu stellen, gilt für den Unterschwellenbereich nicht, außer es besteht ein grenzüberschreitendes Interesse am Auftrag.
- Die Rechtsprechung gibt dem Auftraggeber Spielräume bei der Formulierung von Mindestanforderungen, er muss nicht alle Details festlegen, sondern kann in allgemeiner Form Standards vorgeben.