



Das neue Vergaberecht

**Veranstaltung des forum vergabe e.V.
am 14.04.2016 in Berlin**

Thesen

erstellt und verantwortet vom forum vergabe e.V.

1. Das neue Vergaberecht

Dr. Daniela Hein-Dittrich, Bundesministerium für Wirtschaft und Energie, Berlin

- Am Tag der Veranstaltung wurde die Verordnung zur Modernisierung des Vergaberechts veröffentlicht. Mit Veröffentlichung dieser Mantelverordnung ist die fristgerechte Umsetzung der Vergaberichtlinien gesichert.
- Der Unterschwellenbereich ist von der Reform nicht direkt betroffen. Es soll zeitnah eine Überprüfung des Anpassungsbedarfes erfolgen. Zurzeit laufen im Bund und auf der Ebene Bund-Länder Gespräche auf der Arbeitsebene.
- Anwendungsbereich, Grundsätze und Grundstrukturen der Vergabeverfahren werden nunmehr im Gesetz geregelt. Auch der Verfahrensablauf ist in seinen Grundzügen damit gesetzlich geregelt.
- Die VgV wird die maßgebliche Vorschrift für die Vergabe von Dienstleistungen und Lieferleistungen.
- Das Ziel der Reform, mehr Möglichkeiten für strategische Beschaffungen zu eröffnen, steht in einem Spannungsfeld zur Vereinfachung der Vergabeverfahren. Nach wie vor besteht jedoch keine Verpflichtung, strategische Ziele bei der Beschaffung einfließen zu lassen.
- Bei den Ausnahmereichen ist zu unterscheiden zwischen deklaratorischen und konstitutiven Ausnahmen. Bei konstitutiven Ausnahmen ist das EU-Primärrecht zu beachten.
- Bei der Vergabe von Trinkwasserkonzessionen kann die KonzVgV als Handreichung benutzt werden.
- Bei der Ermittlung des Auftragswertes kommt es bei Bauaufträgen auf die unmittelbar begleitenden Liefer- und Dienstleistungen an. Bei allen Vergaben ist der funktionale Auftragsbegriff des EuGH zu berücksichtigen.

- Für die Feststellung der Eignung werden zukünftig Fachkunde und Leistungsfähigkeit der Unternehmen geprüft. Die Zuverlässigkeit ergibt sich durch das Nichtvorliegen von Ausschlussgründen.
- Der Auftraggeber ist bei der Angebotswertung wie bisher berechtigt, weitere Wirtschaftlichkeitskriterien zu berücksichtigen; der Zuschlag muss nicht auf das billigste Angebot erfolgen.
- Bei der KonzVgV wurde dem Auftraggeber die freie Gestaltung der Verfahrensgrundsätze überlassen. Die Verfahrensgarantien sind dabei als Mindeststandard anzusehen. Weitere Vorgaben finden sich in unterschiedliche Regelungsdichte.

2. Ausnahmen vom GWB-Vergaberecht und vergaberechtspflichtige Vertragsänderungen

Rechtsanwalt Dr. Alexander Hübner, Haver & Mailänder, Stuttgart

- Die Ausnahmen finden sich in dem neuen GWB in einem effektiv formulierten Katalog.
- Wegfallen ist die Unterscheidung zwischen unterschiedlichen Dienstleistungen, diese unterfallen jetzt grundsätzlich in gleicher Weise dem Vergaberecht.
- Bei der Vergabe von Rettungs - und Krankentransportleistungen muss eine doppelte Prüfung erfolgen, ob eine vollständige Ausnahme nach § 107 GWB vorliegt oder eine nach § 130 Abs. 1 GWB.
- Vergabepflichten bestehen auch außerhalb des 4. Teils des GWB, besonders hinzuweisen ist auf das EU-Primärrecht und Nebenbestimmungen bei Zuwendungsbescheiden.
- Bei wesentlichen Änderungen ist der Auftraggeber gezwungen, ein neues Vergabeverfahren durchzuführen. Die Voraussetzungen hierfür sind nunmehr umfassend § 132 GWB geregelt.
- Am meisten Rechtssicherheit bietet die Möglichkeit, solche Vertragsänderungen im Vertrag anzulegen. Die Formulierung hierzu muss klar Bedingungen, Art und Umfang der Änderungen angeben. Bei weiteren Erweiterungsgründen ist die Veröffentlichungspflicht zu beachten.
- Für bereits abgeschlossene Verträge ist § 132 GWB nicht anwendbar

3. Die Neuregelung der Inhouse-Vergabe und innerstaatlichen Kooperation

Norbert Portz, Beigeordneter Deutscher Städte- und Gemeindebund, Bonn

- Eine Inhouse-Vergabe kommt nur in Frage, wenn es um Verträge zwischen zwei unterschiedlichen Rechtssubjekten geht. Eigenbetriebe

sind auch in diesem Zusammenhang keine eigenständigen Rechtssubjekte.

- Inhouse-Vergaben sind auch im Geltungsbereich des EU-Primärrecht möglich.
- Ob solche Alternativen zur Privatisierung ergriffen werden, ist letztlich eine politische Entscheidung.
- Zentrale Beschaffungsstellen zeichnen sich dadurch aus, dass sie eine dritte Rechtsperson sind und dauerhaft vom Auftraggeber beauftragt sind. Hiervon zu unterscheiden sind beispielsweise ad hoc-Zusammenschlüsse mehrerer Auftraggeber.
- Eine Aktiengesellschaft ist dann inhousefähig, wenn beispielsweise durch Beherrschungsverträge eine ausreichende Kontrolle gesichert ist.
- In § 108 GWB ist im Wesentlichen die bisherige Rechtsprechung kodifiziert. Die Anknüpfung an eine Betrauung ist im Ergebnis eine Ausweitung der Inhouse-Vergaben.
- Bei Unternehmen, die im Besitz mehrerer Auftraggeber stehen, ist fraglich, ob diese Auftraggeber die gleichen Rechte, unabhängig von ihrem Anteil, haben müssen.
- Neu als Inhouse-Vergaben geregelt sind Aufträge zwischen Tochterunternehmen und solche von der Tochter an das Mutterunternehmen.
- Bei der innerstaatlichen Kooperation ist das Erfordernis einer „echten“ Zusammenarbeit entfallen. Auch dies stellt eine Erweiterung dieser Handlungsmöglichkeit dar.
- Unklarheiten bleiben beispielsweise bei der Frage, was als kooperatives Konzept anzusehen ist und wann ein öffentliches Interesse angenommen werden kann.
- Insgesamt ergibt sich durch die Neuregelung jedoch mehr Freiheit für die öffentlichen Auftraggeber.

4. Eignungsanforderungen und Nachweise

Rechtsanwalt Dr. Wolfram Krohn, Dentons Europe LLP, Berlin

- Bei der Eignung wurde eine neue gesetzliche Systematik eingeführt; die Kriterien Zuverlässigkeit und Gesetzestreue werden jetzt ausschließlich unter dem Aspekt möglicher Ausschlüsse geprüft.
- Bei der Eignung werden zukünftig Fachkunde und Leistungsfähigkeit der Bieter abgefragt.

- Der Katalog der Ausschlussgründe wurde erweitert und auf Gesetzesebene hochgezogen.
- Bei dem neuen Ausschlussgrund der Verkürzung von Steuern und Abgaben ist ausnahmsweise keine rechtskräftige Verurteilung notwendig.
- Die Zurechnung von individuellen Straftaten ist klargestellt.
- Es wurde eine Höchstfrist für Ausschlüsse eingeführt.
- Als fakultative Ausschlussgründe wurden neu eingeführt die Verstöße gegen umwelt-, sozial-, und arbeitsrechtliche Vorschriften sowie der Versuch unlauterer Einflussnahme und erhebliche Schlechtleistungen (auch für andere Auftraggeber).
- Systematisch deutliche getrennt wird zwischen den materiellen Anforderungen an die Eignung und den hierfür vorzulegenden Nachweise.
- Alle Eignungskriterien müssen bekannt gegeben werden; was faktisch wohl zu einem Zwang zur Festlegung solche Kriterien führt. Alle Kriterien müssen einen Auftragsbezug aufweisen, auch z.B. das neue Kriterium eines Umweltmanagementsystems.
- Als Nachweis werden die Eigenerklärungen teils nur vorläufige akzeptiert.
- Die Präqualifikation hat nach wie vor eine Eignungsvermutung für sich, die nicht durch Nachweise zu ergänzen ist.
- Die Einheitliche Europäische Eigenerklärung hingegen ist nur ein vorläufiger Eignungsnachweis. Auftraggeber müssen diese EEE akzeptieren, sind aber weder verpflichtet, sie zu verwenden noch berechtigt, sie den Bietern verpflichtend vorzugeben.
- Die Nachbesserung von Nachweisen ist über die bisherige Regelung hinaus möglich.
- Die Eignungsleihe ist nunmehr gesetzlich geregelt. Neu ist auch die Möglichkeit, dass der Auftraggeber eine gemeinsame Haftung von Auftragnehmer und Nachunternehmer fordern kann; ob dies beschränkt auf die Nachunternehmerleistung zulässig ist, steht noch nicht fest.
- Für kritische Aufgaben wird ein Eigenausführungsgebot ermöglicht.

5. Leistungsbeschreibung, Nachhaltigkeit und Wertung

Rechtsanwalt Dr. Friedrich Hausmann, PwC, Berlin

- Die Leistungsbeschreibung als Kernstück des Vergabeverfahrens ist jetzt in § 121 GWB geregelt. Sie muss eindeutig und erschöpfend sowie für alle

Bieter gleich zu verstehen sein. Die VOB/A hält am Verbot der Übertragung ungewöhnlicher Wagnisse fest.

- Der Gesetzestext legt nahe, dass Nachhaltigkeits-Aspekte im Regelfall zu berücksichtigen sind. Diese dürfen auch die Produktions- und Lieferkette betreffen.
- Bei nachhaltigen Aspekten muss jeweils ein Auftragsbezug bestehen, die einzelne Forderung muss verhältnismäßig sein.
- Bei der Angebotswertung ist nach wie vor das wirtschaftlich günstigste Angebot zu berücksichtigen. Die Wertung kann nur anhand der bekannt gemachten Kriterien erfolgen. Im Bereich der KonzVgV ist eine spätere Änderung möglich. Neu ist auch die Möglichkeit, beim Auftraggeber entstehende Kosten zu berücksichtigen.
- Will der Auftraggeber die Qualifikation des Personals bei der Angebotswertung berücksichtigen, so kann es nur um das konkret eingesetzte Personal gehen, die Eignung des Unternehmens als solche darf nicht noch einmal berücksichtigt werden.
- Insgesamt ist die Verbindung der Zuschlagskriterien zum Auftragsgegenstand weit definiert und gibt den Auftraggebern mehr Flexibilität.
- Bei Nebenangeboten ist neu, dass diese auch bei Preis als alleinigem Zuschlagskriterien gewertet werden können. Weiterhin müssen sie zugelassen sein und den Mindestanforderungen entsprechen, um gewertet werden zu können.