



Spielräume des Vergaberechts

**Veranstaltung des forum vergabe e.V.
am 11.01.2017 in Berlin**

Thesen

erstellt und verantwortet vom forum vergabe e.V.

1. Der Stand des Vergaberechts 2017

Andreas Rüger, Bundesministerium für Wirtschaft und Energie, Berlin

- Mit der UVgO sollten die bisherigen Vereinfachungen für den Unterschwellenbereich beibehalten und den Anwendern in einer besseren Struktur zur Verfügung gestellt werden.
- Die UVgO gilt nicht aus sich heraus, sondern benötigt einen Anwendungsbefehl. Diesem ist jeweils auch der persönliche Anwendungsbereich zu entnehmen. Dieser Anwendungsbefehl erfolgt in der Regel in Verwaltungsvorschriften, teilweise auch in Vergabegesetzen.
- Daher ist auch der persönlichen Anwendungsbefehl nicht in der UVgO geregelt.
- Sieht die UVgO eine Ausnahme vor, wie beispielsweise für Inhouse-Vergaben, führt dies nicht in einem Zirkelschluss zur Anwendung des § 55 BHO, sondern nur dazu, dass allgemeine Rechtsgedanken zu berücksichtigen sind.
- Das HGrG passt nicht mehr zum heutigen Vergaberecht und ist daher nach Auffassung einiger Bundesministerien anzupassen, auch wenn sich dies zurzeit als schwierig erweist. Die Änderungen von HGrG und BHO sollen nach derzeitigem Stand bis April oder Mai erfolgen.
- Die öffentliche Ausschreibung und die beschränkte Ausschreibung mit Teilnahmewettbewerb werden in der UVgO gleichwertig nebeneinander zugelassen, die beschränkte Ausschreibung ohne Teilnahmewettbewerb wird weiterhin eine Ausnahme darstellen.
- Die Verhandlungsvergabe tritt an die Stelle der freihändigen Vergabe und ist immer mit oder ohne Teilnahmewettbewerb möglich.
- Gegen eine Übernahme der Begriffe aus dem Oberschwellenbereich gibt es mehrere Argumente, eines davon ist die Vermeidung von Verwechslungen.

- Eine wesentliche Neuerung der UVgO ist die detaillierte Beschreibung der Verfahrensabläufe.
- Erleichterungen gegenüber der VgV finden sich beispielsweise bei der Dokumentation, der Forderung nach Gütezeichen, der Eignungsprüfung und der Zulassung von Nebenangeboten.
- Erstmals wird im Unterschwellenbereich auch die Folge von Auftragsänderungen geregelt, wobei hier eine höhere Grenze als im Oberschwellenbereich vorgesehen ist.
- Die Vorgaben für die E-Vergabe entsprechen dem Oberschwellenbereich. Veröffentlichungen müssen zwingend im Internet erfolgen und über Bund.de erreichbar sein.
- Auch die Bereitstellung der Vergabeunterlagen ist wie im Oberschwellenbereich vorgesehen.

2. Anforderung an die Eignung – Anforderungen an den späteren Auftragnehmer

Rechtsanwalt Stephan Rechten, BEITEN BURKHARDT, Berlin

- Die Eignungsprüfung des Auftraggebers beruht in ihrem Kern auf einem Beurteilungsspielraum, der auch ausgeübt werden muss.
- Bei der Definition der Eignung werden nunmehr die Fragen der Zuverlässigkeit und Gesetzestreue durch Ausschlussgründe aufgefangen. Der Begriff der Fachkunde wird nicht mehr verwendet und ist als Teil der technischen Leistungsfähigkeit zu prüfen. Man kann daher von einem Eignungsbegriff im weiteren Sinne sprechen und das Nichtvorliegen von Ausschlussgründen hierunter einbeziehen.
- Die Anforderungen an die Eignung muss der Auftraggeber unter Berücksichtigung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit festlegen.
- Die Prüfung der Eignung einer Bietergemeinschaft erfolgt unter Zusammenschau der zusammengeschlossenen Unternehmen; lediglich beim Vorliegen von Ausschlussgründen kommt es auf jedes einzelne Unternehmen an.
- Newcomer können aufgrund sachlicher Gründe von Vergabeverfahren ausgeschlossen bleiben.
- Stützt sich der Auftraggeber auf die Eignung eines anderen Unternehmens (Eignungsleihe), so ist bei zwingenden Ausschlussgründen der Auftraggeber verpflichtet, den Austausch zu fordern. Bei fakultativen Ausschlussgründen steht ihm insoweit ein Ermessen zu.

- Der Auftraggeber kann Eigenerklärungen als ausreichend zulassen. Legt ein Bieter eine einheitliche europäische Eigenerklärung vor, muss er immer Nachweise nachreichen.

3. Berücksichtigung von Nachhaltigkeit – Gestaltungsspielräume in allen Phasen des Vergabeverfahrens

Ilse Beneke, Kompetenzstelle für nachhaltige Beschaffung, Bonn

- Ausgangspunkt ist die Nachhaltigkeitsstrategie der Bundesregierung. Die Kompetenzstelle unterstützt bei der komplexen Aufgabe, diese in das Vergaberecht umzusetzen.
- Anforderung der Nachhaltigkeit gehen weit über rein umweltbezogene Kriterien hinaus.
- Bereits jetzt werden auf Unternehmensseite Nachhaltigkeitsaspekte intensiv berücksichtigt, weil dies kostengünstig oder aus anderen Gründen vernünftig ist.
- Auftraggeber haben nunmehr die Markterkundung als explizit angesprochenes Werkzeug zur Verfügung.
- Ausgangspunkt muss stets die Bedarfsfeststellung sein. Weitere Forderungen müssen immer Bezug zu diesem Bedarf und zum Auftragsgegenstand haben.
- Beim Lebenszyklus wissen die herstellenden Unternehmen oft sehr viel mehr als Auftraggeber erwarten. Dies Wissen sollten sich Auftraggeber zunutze machen.
- Verlangt der Auftraggeber die Vorlage von Gütezeichen, ist der „Kompass Nachhaltigkeit“ ein gutes Tool, Übersicht über die verschiedenen Gütezeichen und ihre Vergleichbarkeit zu bekommen.

4. Möglichkeiten und Grenzen von vergaberechtsfreien Vertragsänderungen

Beigeordneter Norbert Portz, Deutscher Städte- und Gemeindebund, Bonn

- Vergabeverfahren enden mit dem erfolgreich erteilten Zuschlag. Das Vergaberecht ist aber auch während der Ausführung von Verträgen zu beachten, z.B. bei Verluste der Inhouse-Eigenschaft oder erheblichen Vertragsänderungen.
- Die Regeln über die vergaberechtsfreien Auftragsänderungen betreffen alle öffentlichen Aufträge und Bauaufträge, Rahmenverträge und Konzessionen.

- Bei Fragen des anwendbaren Rechtes kommt es muss auf den Zeitpunkt der Änderung an.
- Soweit eine Änderung bezogen auf einen Auftragswert ermittelt wird, spricht einiges dafür, bei losweise beauftragten Leistungen jeweils den Auftragswert des Loses zu berücksichtigen, nicht den Gesamtauftragswert.
- Aus Sicht der Praxis bietet es sich an, zuerst § 132 Abs. 2 GWB zu prüfen.
- § 132 Abs. 2 Satz 1 Nummer 2 GWB ist so zu lesen, dass es sich um alternative Voraussetzungen handelt, weil ansonsten Änderungen logisch unmöglich wäre.
- Bei der in § 132 Abs. 2 Satz 1 Nummer 3 GWB angesprochenen Vorhersehbarkeit ist die entscheidende Frage, ob etwas bei vernünftiger Vorbereitung zu erkennen war, ohne überspannte Voraussetzungen an den Auftraggeber zu stellen. Indiz für eine Vorhersehbarkeit ist es, wenn der Punkt im Vorfeld der Vergabe Gegenstand von Diskussionen war.
- Kann der Auftraggeber mit guten Gründen das Vorliegen einer Vertragsänderung bejahen, ist dies aber mit Zweifeln behaftet, kann er nach § 135 Abs. 3 GWB im Weg der Ex-Ante-Bekanntmachung gehen.

5. Wertungsspielräume – Umgang mit nichtpreislichen Zuschlagskriterien

Rechtsanwalt Dr. Moritz Püstow, KPMG Rechtsanwaltsgesellschaft, Berlin

- Die Korruptionsprävention soll nach maßgeblichen Stimmen Hauptziel und Ursache der derzeitigen Rechtsprechung zum Schulnotensystem sein.
- Eine Forderung, den Preis zu mindestens 30 % zu berücksichtigen, ergibt sich aus der Rechtsprechung nicht.
- Die reine Preiswertung ist bei einer rein funktionalen Leistungsbeschreibung ungeeignet.
- Es wird sich auch zukünftig die Frage stellen, ob bei Nebenangeboten die reine Preiswertung zur Ermittlung des besten Preis-Leistungsverhältnisses führt oder ob diese Art der Wertung die spezifischen Vorteile der Nebenangebote nicht abbildet.
- Eine reine Preiswertung ist jedenfalls ausgeschlossen bei der Innovationspartnerschaft.
- Bei Optimierungsvorschlägen kann man so vorgehen, dass diese zwar für alle Bieter in die Vergabeunterlagen übernommen werden, bei der Wertung aber nur dem jeweils vorschlagenden Bieter zugutekommen.

- Grundsätzlich müssen die Zuschlagskriterien den Bietern vorab bekannt sein. Nach der Rechtsprechung des BGH soll auch objektive Erkennbarkeit ausreichen können.
- Probleme bei unterschiedlichen Wertungsmethoden werden in der Praxis massiv unterschätzt. Unterschiedliche Rechenmethoden können zu erheblichen Unterschieden bei den Ergebnissen führen. Dies wird anhand mehrerer Preisberechnungsmethoden dargestellt.
- Lässt ein Kriterium dem Auftraggeber einen Beurteilungsspielraum, muss das Kriterium als solches klar sein und es muss jeweils das Verhältnis der verschiedenen Kriterien untereinander klar sein.
- Die Verwendung von Schulnoten kann vor allem bei funktionalen Leistungsbeschreibungen sinnvoll sein. Auftraggeber sind aber nicht verpflichtet, den Bietern die Angebote vorzuschreiben und jedem Aspekt konkrete Grundwerte zuzuordnen. Bieter müssen erkennen können, worauf es dem Auftraggeber jeweils ankommt.