



## Vergaberecht 2019

Veranstaltung des forum vergabe e.V.  
am 26.11.2019 in Berlin

### Thesen

erstellt und verantwortet vom forum vergabe e.V.

#### 1. Aktuelle vergaberechtliche Entwicklungen

Dr. Thomas Solbach, Bundesministerium für Wirtschaft und Energie, Berlin

- Ab dem 1.1.2020 gelten neue EU-Schwellenwerte.
- Die im Koalitionsvertrag enthaltene Aufgabe zu Vergaben im straßengebundenen ÖPNV wird derzeit nicht vordringlich bearbeitet.
- Für Vergaben im Bereich Verteidigung und Sicherheit sollen Klarstellungen für Beschaffungen, die sich auf Einsätze oder einsatzgleichen Verpflichtungen beziehen, geschaffen werden. Das Kabinett hat dem Gesetzentwurf bereits zugestimmt, der Bundesrat soll sich am 20.12.2019 damit befassen. Ein Inkrafttreten ist im Frühjahr 2020 möglich.
- In § 107 Abs. 2 GWB soll eine Klarstellung erfolgen, wann wesentliche Sicherheitsinteressen betroffen sind, wobei insoweit auch weiterhin kein Automatismus vorgesehen ist.
- Die Regelbeispiele, wann ein Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb zulässig ist, sollen ergänzt werden und mit einer Klarstellung zum maßgeblichen Zeitpunkt versehen werden.
- Die Arbeitsgruppe zur Vereinheitlichung des Vergaberechts hat als Ergebnis, dass kein Konsens zur Abschaffung der VOB/A besteht und die Struktur des Vergaberechts unberührt bleibt. Es sollen aber die materiellen Unterschiede zwischen den vergaberechtlichen Regelungen angeglichen werden.
- Die Pflichten aus dem WRegG gelten erst ab Inkrafttreten der zugehörigen Rechtsverordnung.
- Die Entwicklung des Wettbewerbsregisters ist wegen der Anforderungen an die Sicherheit und der Vielzahl von Schnittstellen eine komplexe Aufgabe. Derzeit liegt der Schwerpunkt der Tätigkeiten bei dem organisatorischen/technischen Aufbau.

- Eine Funktionsfähigkeit des Wettbewerbsregister wird für Ende 2020 angestrebt.
- Die Vergabestatistik soll möglichst über eine automatische Datenübermittlung funktionieren. Ziel ist es, valide Zahlen über Volumen und Anzahl der Vergaben sowie die Verwendung bestimmter Kriterien zu erhalten.
- Die Teilnahme an der Vergabestatistik wird die einmalige Registrierung einer Berichtsstelle verlangen.
- Neben der auch möglichen manuellen, online möglichen Erfassung soll vor allem die automatisierte Datenübermittlung erfolgen.
- Auswertungen sollen halbjährlich erfolgen und auch online zur Verfügung stehen. Ein Rückschluss auf einzelne Auftraggeber oder Auftragnehmer wird nicht möglich sein.
- Hinsichtlich des Nationalen Aktionsplans Wirtschaft zur Berücksichtigung von Menschenrechten wird derzeit mit einer gewissen Präferenz der Ansatz verfolgt, dass erfolgreiche Bieter eine Vorgehensweise bereitstellen sollen, wie die Achtung von Menschenrechten beobachtet werden und eventuelle Verstöße beseitigt, besser noch vermieden werden. Eine Erfolgspflicht der Bieter ist insoweit nicht vorgesehen.
- Möglicherweise sollen sich die Verpflichtungen der Bieter an dem Leitbild orientieren, das der zwischen Bitkom und dem Beschaffungsamt ausgehandelten Verpflichtungserklärung zugrunde liegt.
- Die Diskussion um das International Procurement Instrument hat wieder Schwung bekommen, unter anderem durch den Beschluss des europäischen Rates aus März 2019.
- Hintergrund ist die Überlegung, Vorgehensweisen gegenüber Staaten zu ermöglichen, die ihre Beschaffungsmärkte verschließen.
- Derzeit wird die Idee verfolgt, Auftraggebern als Sanktionsinstrument einen Strafzuschlag bei den Preisen zu ermöglichen.
- Dies soll erfolgen, wenn die Kommission feststellt, dass ein Staaten seine Märkte verschließt.
- Derzeit diskutiert wird der hierdurch erforderliche Verwaltungsaufwand, der nämlich vom öffentlichen Auftraggeber die Feststellung verlangt, woher ein Angebot kommt. Hierzu wird diskutiert, auf den EU-Zollkodex zurückzugreifen.
- Das Urteil des EuGH zur Nichtvereinbarkeit der Mindest- und Höchstsätze der HOAI mit dem Europarecht führt vergaberechtlich dazu, dass Angebote außerhalb dieser Sätze nicht ausgeschlossen werden können.

- Die erforderlichen Anpassungen betreffen sowohl die Ermächtigungsgrundlage als auch die HOAI selber.
- Derzeit wird der Ansatzpunkt verfolgt, die HOAI so weit wie möglich zu erhalten. Ein naheliegendes Beispiel bietet dabei die StBVV.
- Derzeit befinden sich zwei Vertragsverletzungsverfahren in einer frühen Phase. Das eine betrifft die Addition von Auftragswerten bei Planungsleistungen, § 3 Abs. 7 Satz 2 VgV, das andere die Definition der gemeinnützigen Organisation in § 107 Abs. 1 Nr. 4 GWB.

## 2. Aktuelle Entwicklungen rund um die Vergabe von Bauleistungen

Reinhard Janssen, Bundesministerium des Innern, für Bau und Heimat, Berlin

- Es ist zu beobachten, dass die rechtspolitische Diskussion im Vergaberecht vor allem den Oberschwellenbereich betrifft. Dieser umfasst jedoch zahlenmäßig nur ein Prozent und vom Volumen etwa ein Viertel aller Aufträge.
- Weil 2016 im Rahmen der Vergaberechtsreform nicht ausreichend Kapazitäten für die Überarbeitung der Unterschwellen-Vorschriften vorhanden waren, wurden diese getrennt fortentwickelt, sodass erst mit zeitlichem Abstand die UVgO und die VOB/A Abschnitt 1 veröffentlicht wurden.
- Die VOB/A 2019 ist - mit Stand 1.1.2020 - bundesweit bis auf Nordrhein-Westfalen anwendbar.
- Wie im Oberschwellenbereich wurde den Auftraggebern Wahlfreiheit zwischen der öffentlichen Ausschreibung und der beschränkten Ausschreibung mit Teilnahmewettbewerb gegeben.
- Dies machte es erforderlich, den Ablauf der beschränkten Ausschreibung mit Teilnahmewettbewerb näher zu regeln.
- Als Ergebnis des sogenannten Wohngipfels wurden erhöhte Wertgrenzen für Bauleistungen für Wohnzwecke geschaffen. Dabei ist der Begriff der Wohnzwecke vor dem politischen Hintergrund weit zu verstehen und erfasst beispielsweise auch Infrastruktur für Wohngebiete. Diese Vergaben sollen durch ein Forschungsvorhaben begleitet werden, um die Wirtschaftlichkeit nachvollziehen zu können.
- Bei dem Auftragswert für den neu geschaffenen sogenannten Direktauftrag hat man sich an dem Verhältnis der Verfahrenskosten zum möglichen Einsparpotenzial orientiert. Grundlage hierfür waren Gutachten zu Bürokratiekosten. Danach wird derzeit davon ausgegangen, dass ab dem Wert von 3000 € die mögliche Ersparnis den voraussichtlichen Mehraufwand übersteigt. Auch bei dem Direktauftrag ist der Nachweis der Wirtschaftlichkeit, etwa durch Datenbankenabgleich oder Vergleichsaufträge, zu führen.

- Bei der Eignungsprüfung wurde im Unterschwellenbereich die bisherige Systematik beibehalten, weil diese mehr Flexibilität bietet.
- Bei Aufträgen bis 10.000 € kann auf bestimmte Nachweise verzichtet werden, die grob Fachkunde und Leistungsfähigkeit betreffen. Auf Nachweise für die Frage der Zuverlässigkeit kann nicht verzichtet werden.
- Ohne dass ein Ermessen besteht, sollen Vergabestellen auf Nachweise verzichten, wenn ihnen diese bereits vorliegen. Mit Vergabestelle ist dabei nicht die juristische Person des Auftraggebers gemeint.
- Mit der Berücksichtigung mehrerer Hauptangebote je Bieter wird eine Vorgehensweise der Praxis in die VOB/A übernommen. Ein Hauptangebot liegt vor, wenn es - anders als ein Nebenangebot - die Vorgaben des Auftraggebers erfüllt. Der Auftraggeber kann die Vorlage mehrerer Hauptangebote ausschließen, dies muss ausdrücklich erfolgen. Jedes Hauptangebot muss jeweils für sich zuschlagsfähig sein.
- Bei der Nachforderung wurde eine Verpflichtung des Auftraggebers beibehalten. Auftraggebern wurde jedoch die Möglichkeit gegeben, diese von vornherein auszuschließen.
- Die Regelungen zur Nachforderung wurden den Oberschwellenbereich angepasst.
- Neu ist auch, dass der Auftraggeber die Zuschlagskriterien vorab bekannt geben muss.
- Für die VOB/A-EU und VOB/A-VS sind vor allem redaktionelle Änderungen festzustellen. Inhaltlich wurden außerdem die Regelungen zu mehreren Hauptangeboten, der Nachforderung und im Bereich Verteidigung und Sicherheit zum Rahmenvertrag übernommen.
- Die für die Vertragsdurchführung wichtige Frage der Preisfortschreibung bei Nachträgen war Gegenstand des Urteils des BGH vom 8.8.2015, VII ZR 34/18. Direkt betroffen war zwar nur § 2 Abs. 3 VOB/B, bei dem nach Auffassung des BGH die kalkulatorische Preisfortschreibung nicht zwingend anzuwenden ist.
- Verfahren wegen § 2 Abs. 5, 6 VOB/B sind derzeit in der Revision anhängig.
- Es wird derzeit diskutiert, die eigentlich der VOB/B zugrunde liegende Methode der kalkulatorischen Fortschreibung durch eine Klarstellung in der VOB/B zu betonen.
- Zum neuen Bauvertragsrecht liegen bisher kaum Urteile vor, sodass ein Anpassungsbedarf der VOB/B derzeit noch nicht mit sicher zu ermitteln ist.

- In Rahmen des Projektes „Reform Bundesbau“ soll die Stärkung partnerschaftlicher Elemente, etwa durch Einbeziehung des Bieter in die Planung, näher geprüft werden. Dabei wird es sicher auch darum gehen, inwieweit solche Bestrebungen mit der Förderung kleiner mittlerer Unternehmen zu vereinbaren sind.
- Auch die Elemente der außergerichtlichen Streitbeilegung sollen gestärkt werden, so soll beispielsweise die Regelung des § 18 Abs. 3 VOB/B nach Möglichkeit mit mehr Leben gefüllt werden.
- Aufgrund des Urteils des EuGH zur HOAI wird zukünftig zu prüfen sein, ob und inwiefern auch bei Vergaben von Architekten- und Ingenieurleistungen vermehrt Vergabeverfahren oder zumindest Preisabfragen durchzuführen sind.