



Spielräume des Vergaberechts – Gestaltungsmöglichkeiten und Chancen

**Veranstaltung des forum vergabe e.V.
am 07.05.2013 in Berlin**

Thesen

erstellt und verantwortet vom forum vergabe e.V.

1. Spielräume außerhalb oder am Rand des Vergaberechts

Rechtsanwältin Dr. Susanne Mertens LL.M., HFK Rechtsanwälte LLP, Berlin

- Bei der Prüfung, ob eine Tätigkeit dauerhaft oder zumindest zeitweise mit der Ausübung öffentlicher Gewalt verbunden ist (und damit in den Anwendungsbereich des Vergaberechts fällt), muss diese Ausnahme von den Grundfreiheiten der Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit eng ausgelegt werden.
- Die Rechtsprechung hat viele Spielräume für Gesellschaften, die im Eigentum von mehreren öffentlichen Auftraggebern stehen, eröffnet. Eine bloß formale Kontrollmöglichkeit reicht für die Annahme einer Inhouse-Situation nicht, bei mehreren Eigentümern darf es keinen Mehrheitseigentümer geben.
- Werden bei einer Veräußerung von Immobilien auch Interessen der öffentlichen Hand verfolgt, kommt es auf den Schwerpunkt des Vertrages an.
- Auch bei Interimsvergaben sind formale Mindestanforderungen eines Vergabeverfahrens zu erfüllen. Eine Verhandlung nur mit dem bisher beauftragten Unternehmen erfüllt diese Mindestanforderungen nicht.
- Kommt es während der Ausführung einer Gesamtmaßnahme dazu, dass sich die Parameter der Leistung ändern, ist die Schätzung des Auftragswertes anzupassen. Der Regelfall ist jedoch, dass die anfängliche Schätzung während der gesamten Ausführungszeit maßgeblich bleibt.
- Bei der Unwirksamkeit von Verträgen nach § 130a Abs. 8 Satz 8 SGB V ist offen, ob diese ex nunc oder ex tunc wirkt.

2. Spielräume im Vergabeverfahren

Dr. Kay-Uwe Rhein, Stadtrechtsdirektor der Stadt Mönchengladbach

- Durch die Tariftreue- und Vergabegesetze haben sich die Spielräume der Auftraggeber eher verringert.
- Der intern beschlossene Zwang, bei Beschränkten Ausschreibungen die Bieterauswahl zu begründen, hat zu einem Rückgang dieser Verfahren geführt. Dies hat zu einer Senkung der Preise um ca. 5-10 % geführt.
- Die Vorteile der Wahl der Beschränkten Ausschreibung werden meist überschätzt, so ist z.B. die Zeit für die Durchführung des Teilnahmewettbewerbes zu berücksichtigen.
- Durch die Leistungsbeschreibung und die Festsetzung der Wertungskriterien können Auftraggeber erheblichen Einfluss auf Qualität und Inhalt der angebotenen Leistung ausüben.
- Bei Wertungssystemen empfehlen sich in der Regel einfache Systeme ohne Unterkriterien, z.B. auf Schulnoten-Basis.

3. Spielräume für Bieter

Rechtsanwalt Dr. Thomas Kirch, Leinemann & Partner Rechtsanwälte, Berlin

- Die 2009 eingeführte Nachforderungsmöglichkeit bei unvollständigen Angeboten hat den Wettbewerb spürbar gestärkt.
- Bei VOF-Verfahren sind vom Auftraggeber zwingend sowohl Preise als auch sonstige fehlende Erklärungen nachfordern.
- Bei VOL-Verfahren führt die frühzeitige Festlegung, ob Nachweise und Erklärungen nachgefordert werden, zu einer erhöhten Rechtssicherheit für Bieter.
- Im Rahmen seiner Kalkulationsfreiheit steht es dem Bieter frei, auch Spekulationspreise einzusetzen, dies ist nicht aus vergaberechtlichen Gründen unzulässig. Das Anbieten von spekulativen Preisen ist insbesondere keine unzulässige Mischkalkulation. Allerdings können auch einzelne Preise nach der neueren Rechtsprechung des BGH unwirksam sein.
- Für Fehler in den Vergabeunterlagen z.B. bei der Massenermittlung ist der Auftraggeber verantwortlich, die Bieter sind weder prüf- noch rügeverpflichtet.

4. Spielräume nach Zuschlag

Rechtsanwalt Stephan Rechten, BEITEN BURKHARDT
Rechtsanwaltsgesellschaft mbH, Berlin

- Nicht jede Vertragsänderung führt zur Pflicht zur Neuvergabe. Unwesentliche Änderungen sind im Rahmen der Vertragsausführung zulässig.
- Zulässig sind auch im Vertrag bereits angelegte Änderungen. Dies ist ggf. bereits bei Gestaltung der Vergabeunterlagen zu beachten.
- Bei Vertragsänderung ist eine Reduzierung der Gegenleistung des Auftraggebers vergaberechtlich unzulässig. In wirtschaftlicher Hinsicht ist jedoch zu prüfen, ob im Rahmen einer Neuvergabe nicht eine höhere Ersparnis zu erzielen wäre.
- Anders als während des laufenden Vergabeverfahrens hat die gesellschaftsrechtliche Verschmelzung des beauftragten Auftragnehmers während der Vertragsausführung keine vergaberechtlichen Wirkungen.
- Eine Vorinformation gem. § 101a GWB ist auch dann zu empfehlen, wenn eine im übrigen zulässige unwesentliche Vertragsänderung vorliegt, die jedoch für sich genommen den maßgeblichen EU-Schwellenwert überschreitet.

5. EU-Primärrecht: Spielräume in den neuen Vergaberichtlinien

Dr. Katharina Vierlich-Jürcke, LL.M., Europäische Kommission,
Generaldirektion Binnenmarkt und Dienstleistungen, Brüssel

- Die Vorschläge der Kommission beinhalten durchaus miteinander im Konflikt stehende Ziele.
- Auch die Vorschläge enthalten wie die geltenden Richtlinien keine Vorgaben für „what to buy“.
- Bei der Berücksichtigung anderer Politikziele muss ein Auftragsbezug gegeben sein. Bei derart strategischen Vergaben muss die Nachprüfbarkeit der Festlegungen sichergestellt sein, sonst drohen Wettbewerbsverzerrungen.
- Im Entwurf der klassischen Vergaberichtlinie sind Erleichterungen für die Anwendung von Verhandlungsverfahren vorgesehen.
- Auch Nachweispflichten sollen erleichtert werden.
- Verbesserungen sind im Bereich der elektronischen Vergabe vorgesehen, insbesondere ist auf die vorgesehenen Regelungen zu Vereinfachungen bei der Signatur hinzuweisen.

- Auch die vermehrte Bündelung der Nachfrage mit daraus resultierenden Vorteilen wird gefördert.
- Bei sozialen Dienstleistungen ist auch weiterhin eine ex ante und ex post-Transparenz zu sichern. Die Vorgabe von Qualitätskriterien bleibt nach wie vor zulässig.
- Ein Abschluss des Gesetzgebungsprozesses noch während der irischen Präsidentschaft wird angestrebt.