

In eigener Sache

Sehr geehrte Damen und Herren,

öffentliche Auftraggeber müssen sich nach der im April in Kraft tretenden Reform des Vergaberechts wieder einmal umstellen - als gäbe es nicht ausreichend andere Themen wie etwa im Bereich der Wasserwirtschaft das der Altanschießer. Die Absicht des Gesetzgebers die Beschaffung der öffentlichen Hand zu vereinfachen, könnte aber zumindest in Teilen gelungen sein. Wir versuchen mit diesem Rundschreiben auf die wesentlichen Änderungen kurz einzugehen und Ihnen einen ersten Überblick zu verschaffen. Eine ausführliche Behandlung der Thematik können wir Ihnen z.B. in Form eines Inhouse-Seminars anbieten.

Wie wünschen anregende Lektüre!

SWKH Rechtsanwälte

Jörg Schmidt-Wottrich, Rainer Kühne,
Dr. Andreas Harms

Berlin im April 2016

Reform des Vergaberechts 2016

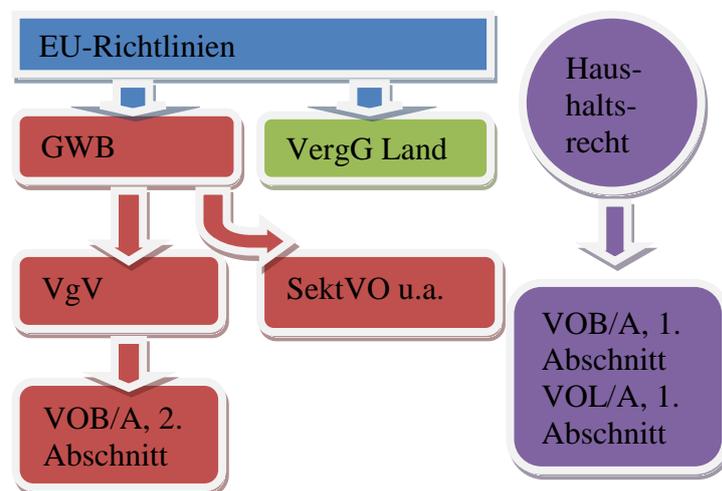
Zum 18.04.2016 sollen wesentliche Änderungen des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) und der Vergabeverordnung (VgV) in Kraft treten, sowie parallel dazu Änderungen der VOB/A, 2. Abschnitt. Mit dieser Reform werden drei grundlegende Richtlinien der EU umgesetzt:

- Richtlinie über die öffentliche Auftragsvergabe (Richtlinie 214/24/EU)
- die Richtlinie über die Vergabe von Aufträgen in Bereichen Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie der Postdienste (Richtlinie 214/25/EU)
- die Richtlinie über die Vergabe von Konzessionen (Richtlinie 214/23/EU).

Betroffen sind Vergaben oberhalb der EU Schwellenwerte von jetzt 209.000 € bei Lieferungen und Leistungen und 5,255 Mio. € bei Bauleistungen (andere Schwellenwerte für Bundesbehörden und für Sektorenauftraggeber sind hier ausgenommen).

Geänderte Struktur

Die Struktur der gesetzlichen Regelungen wird grundlegend geändert. Auf der ersten Stufe regelt das GWB die grundsätzlichen Voraussetzungen für die Vergabe öffentlicher Aufträge **und** Konzessionen, insbesondere mit Vorschriften, die bisher in der VOL/A EG für die Vergabe von Lieferungen und Dienstleistungen geregelt waren und mit expliziten Vorschriften zu Auftragsänderungen und Kündigungen. Auf der zweiten Stufe regeln die Vergabeverordnungen (VgV, SektVO, KonzVO, VSVgV) die Einzelheiten der Durchführung des Vergabeverfahrens. Die VOL/A EG und die VOF entfallen bzw. werden in das GWB und in die Verordnung über die Vergabe öffentlicher Aufträge – VgV integriert. Oberhalb der Schwellenwerte finden sich also für die Vergabe von Leistungen, die keine Bauleistungen sind, abschließende Regelungen im GWB und der VgV. Daneben bzw. unterhalb zu berücksichtigen sind dann Sektorenverordnung, Konzessionsverordnung und VSVgV (Verteidigung). Die „haushaltsrechtliche“ Vergabe, also Beschaffungsmaßnahmen der öffentlichen Hand unterhalb der Schwellenwerte, ist davon nicht berührt und hier findet weiterhin die VOB/A 1. Abschnitt und die VOL/A 1. Abschnitt Anwendung. Unabhängig davon sind die Landesvergabe zu betrachten, die natürlich auch europarechtlich abgestimmt sein müssen.



E-Vergabe

Mit § 97 Abs. 5 hält die sogenannte E-Vergabe Einzug in das GWB. Auftraggeber und Unternehmen sollen für das Senden, Empfangen, Weiterleiten und Speichern von Daten in einem Vergabeverfahren grundsätzlich elektronische Mittel nutzen. Allerdings gelten für die Umsetzung der E-Vergabe teilweise längere Fristen, nämlich bis zum 18.10.2018.

Öffentliche Auftraggeber und öffentliche Aufträge

Der Begriff des öffentlichen Auftraggebers wird künftig unterteilt nach „klassischen“ Auftraggebern (§ 99 GWB), Sektorenauftraggebern (§ 100 GWB) und Konzessionsauftraggebern (§ 101 GWB). Zudem definieren die §§ 103, 104 und 105 GWB Öffentliche Aufträge, Rahmenvereinbarungen, Wettbewerbe, verteidigungs- und sicherheitsrelevanten Aufträge sowie Konzessionen, da nunmehr nicht nur Baukonzessionen sondern auch Dienstleistungskonzessionen erfasst werden - ebenfalls ab einem Schwellenwert von 5,255 Mio. Euro.

In-house-Geschäfte und Interkommunale Zusammenarbeit

Besonders von Interesse für unsere Mandanten ist die Umsetzung der Vorschriften des Art. 12 der Richtlinie 2012/24/EU und der beiden anderen Richtlinien zur interkommunalen Zusammenarbeit. Die Regelungen der Richtlinien werden nahezu ohne Änderungen in deutsches Recht umgesetzt. Dieses gilt zunächst für die bisherige Praxis entsprechend der Rechtsprechung des EuGH zu sogenannten In-house- Geschäften in § 108 Abs. 1 mit folgenden Voraussetzungen:

- Vorliegen einer Kontrolle wie über eine eigene Dienststelle,
- Vorliegen von mehr als 80 % Tätigkeiten des Auftragnehmers für den kontrollierenden öffentlichen Auftraggeber, und
- keine direkte Kapitalbeteiligung privater Dritter am Auftragnehmer (mit Ausnahme nicht beherrschen nach Formen der Privatkapitalbeteiligung).

Die Ausübung der Kontrolle wird in § 108 Abs. 2 GWB exakt definiert. Nach § 108 Abs. 3 GWB gilt das In-house-Privileg auch umgekehrt, also bei der Vergabe von Aufträgen von Tochterunternehmen an „Mütter“ und an Schwestergesellschaften. Leider bleibt unklar, ob die beauftragte Gesellschaft bei einem horizontalen In-house-Geschäft im Wesentlichen nur für die gemeinsame Mutter oder auch für die beauftragende Schwester tätig sein darf.

Offenes und Nichtoffenes Verfahren gleichwertig

Umgesetzt wird mit der Reform die Gleichstufigkeit von Offenem und Nichtoffenem Verfahren. Nach § 119 Abs. 2 GWB stehen Auftraggebern beide Verfahren „nach ihrer Wahl“ zur Verfügung. Dieses entspricht Art. 28 der Richtlinie 2004/18/EG. Das ist ein erstaunlicher

Schritt und könnte ebenfalls zu Erleichterungen bei öffentlichen Auftraggebern führen.

Leistungsbeschreibung, Eignung und Selbstreinigung

Nach § 121 Abs. 1 GWB muss die Leistungsbeschreibung alle für die Angebotserstellung erforderlichen Angaben enthalten. Außerdem muss die Leistung so eindeutig und erschöpfend beschrieben sein, dass alle Bieter sie in dem gleichen Sinn verstehen und die eingehenden Angebote miteinander vergleichbar sind. Allerdings gibt es das Verbot „ungewöhnlicher Wagnisse“ dort nicht, nachdem dieses aus der VOL/A bereits 2009 gestrichen wurde.

Sämtliche Regelungen zur Eignung, die früher in VOB/A, VOL/A und VOF enthalten waren, sind nunmehr im GWB enthalten, so in § 122 GWB die grundsätzliche Definition der Eignung und in den §§ 123 und 124 GWB Kataloge zwingender und fakultativer Ausschlussgründe. §§ 125 f. GWB befasst sich erstmals mit dem Thema der „Selbstreinigung von Unternehmen“.

Vertragsänderungen

§ 132 GWB bestimmt zum ersten Mal im deutschen Recht, unter welchen Voraussetzungen laufende Verträge geändert oder erweitert werden dürfen, ohne dass eine erneute Ausschreibung erforderlich wird. Auch insoweit hat sich der Gesetzgeber im Wesentlichen an den Richtlinien text gehalten.

Besonders relevant für die Praxis dürfte § 132 Abs. 3 GWB werden. Danach ist die Beauftragung zusätzlicher Leistungen ohne weitere Begründung vergaberechtlich zulässig, wenn die Mehrleistungen höchstens 10 % bzw. 15 % bei Bauleistungen des Gesamtauftragsvolumens betragen und zugleich für sich genommen unterhalb des Schwellenwerts liegen.

Zuschlag

Auch künftig entscheidet das wirtschaftlichste Angebot über den Zuschlag. Die nun verstärkte Berücksichtigung umweltbezogener und sozialer Aspekte bei der Bewertung kann aber dazu führen, dass der Zuschlag an einen eigentlich teureren Anbieter erfolgt, wenn dieser soziale und umweltbezogene Aspekte nachhaltiger beachtet hat als andere Anbieter.

Einheitliche Europäische Eigenerklärung (EEE)

Die Europäische Kommission hatte im Januar die Durchführungsverordnung (EU) 2016/7 zur Einführung des Standardformulars für die „Einheitliche Europäische Eigenerklärung“ - (EEE) veröffentlicht. Mit Art. 59 der Richtlinie 214/24/EU wurde diese eingeführt, die der Erleichterung und Vorstrukturierung der Eignungsprüfung dienen soll. Die EEE ersetzt in einem vorläufigen Stadium die Eignungsnachweise. Sie ist ab April in § 50 der VgV ebenfalls geregelt.

- Der Erklärende hat zu versichern, dass einer Auftragsvergabe an ihn keine Ausschlussgründe entgegenstehen. (Art. 57 der Richtlinie 2014/24/EU);
- der Bewerber muss versichern, dass er die Vorgaben des öffentlichen Auftraggebers zur Eignung erfüllt und zwar hinsichtlich seiner
 1. Befähigung zur Berufsausübung,
 2. seiner wirtschaftlichen und finanziellen Leistungsfähigkeit
 3. sowie seiner technischen und beruflichen Leistungsfähigkeit

Bewerber müssen auf Nachfrage sofort Nachweise liefern können.

Besonderheiten freiberufliche Leistungen

Den Besonderheiten freiberuflicher Leistungen trägt die neue VgV durch Vorschriften für Planungswettbewerbe in den §§ 69-72 VgV sowie über die Vergabe von Architekten und Ingenieurleistungen in den §§ 73-80 VgV Rechnung. Das nach der VOF verbindliche Verhandlungsverfahren mit Teilnahmewettbewerb ist jetzt nicht mehr die einzige in Betracht kommende Vergabeart, sondern nur die Regel (§ 74 VgV).

Die VOB/A EG wird geändert, bleibt aber „selbständig“

Am 19.01.2016 wurde die neue Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen mit den Teilen A und B im Bundesanzeiger veröffentlicht. Diese soll am 18.04.2016 in Kraft treten bleibt aber „eigenständig“ und wird nicht Bestandteil des GWB und/oder der VgV. Auch in der VOB/A 2. Abschnitt (europaweite Ausschreibungen) wird das nicht offene Verfahren dem offenen Verfahren gleichgestellt. Bei nationalen Vergabeverfahren kann ein strengeres Vergaberecht gelten als bei den europäischen Auftragsvergaben!

Die Zuverlässigkeit als Eignungskriterium entfällt. Neben der Fachkunde und der Leistungsfähigkeit wird zukünftig nur noch geprüft, ob die Ausschlussgründe (darunter auch die zurechenbare, „nachweislich schwere Verfehlung“) vorliegen.

Der öffentliche Auftraggeber kann zukünftig vorschreiben, dass bestimmte Aufgaben direkt vom Bieter selbst oder zumindest von einer Bietergemeinschaftsmitglied ausgeführt werden. Ein Nachunternehmereinsatz ist dann unzulässig. Unterhalb der Schwellenwerte wird ohnehin oftmals ein „Selbstauftragsgebot“ angenommen, so dass auch von Generalunternehmern zumindest ein Kernbestand der Leistungen „im eigenen Betrieb“ erbracht werden müssen.

Für die Angebotsöffnung ist zukünftig kein Eröffnungstermin in Anwesenheit der Bieter mehr vorgesehen und möglich. Im offenen und im nicht offenen Verfahren muss der Auftraggeber den Bietern allerdings unverzüglich elektronisch die Niederschrift des Eröffnungstermins zur Verfügung stellen. Auch dieses gilt aber nicht unterhalb der Schwellenwerte!

Zum ersten Mal enthält die VOB/A Regelungen zu Auftragsänderungen insbesondere für solche Fälle, in denen eine Auftragsänderung ohne Durchführung eines neuen Vergabeverfahrens ausdrücklich zugelassen wird. Ohne besondere Rechtfertigung, wie z.B. unvorhergesehene Umstände, ist die Änderung eines öffentlichen Bauauftrags zukünftig z.B. zulässig, wenn (1.) sich der Gesamtcharakter des Auftrags nicht ändert und (2.) der Wert der Änderung den jeweiligen Schwellenwert nicht übersteigt und (3.) der Wert der Änderung nicht mehr als 15 % des ursprünglichen Auftragswerts beträgt, wobei bei mehreren aufeinanderfolgenden Änderungen der Gesamtwert maßgeblich ist.

Änderung der Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen Teil B (VOB/B)

Die Änderungen in der VOB/B dagegen sind nur unwesentlich und größtenteils sprachlicher Natur, so etwa dass es statt Entziehung des Auftrages in Zukunft Kündigung heißt (vgl. § 8). Wichtiger ist schon die Änderung in § 4 Abs. 8 Nr. 3, wonach jetzt Nachunternehmer sowie sämtliche weitere Nachunternehmer ohne Aufforderung bis zum Leistungsbeginn zu benennen und sogar auf Verlangen Eignungsnachweise für diese vorzulegen sind.

Interessant sind aber auch die Erweiterungen der Gründe für eine Kündigung aus wichtigem Grund in § 8 Abs. 4, wonach unzulässige Wettbewerbsbeschränkungen eine solche rechtfertigen können, oder der Zuschlag auch nach dem EU-Recht bereits zwingend hätte nicht erteilt werden dürfen. Dabei steht dieses besondere Kündigungsrecht auch dem Hauptauftraggeber gegenüber seinen Nachunternehmern zu.