

## Kristian Wellige

### Wesentliche Änderungen

### KOM-Vorschläge zum Vergaberecht

#### Richtlinienarchitektur

- **Baukonzessionen** (ex 56-65) sind nunmehr Gegenstand der Konzessionsrichtlinie
- **Verteidigungs- und sicherheitsrelevante Vergaben** bleiben ausgenommen, soweit sie Gegenstand der Verteidigungs- und Sicherheitsrichtlinie sind (14)
- **Dienstleistungskonzessionen** sind nun nicht mehr vom Vergaberecht ausgenommen (ex 17), sondern sind Gegenstand der Konzessionsrichtlinie
- An der separaten Regelung von Vergaben im Bereich Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie der Postdienste in der **Sektorenrichtlinie** wird festgehalten (7)
- **Öffentliche Personenverkehrsdienste** sind weiterhin geregelt in der VO 1370/2007 (10 f)
- Wegfall der Privilegierung des **sozialen Wohnungsbaus** (ex 34)
- Wegfall der Bereichsausnahme für den **Geheimchutz** (ex 14), die wesentlichen **Sicherheitsinteressen** des Staates werden an die Regelung zur Verteidigungs- und Sicherheitsrichtlinie (14) angedockt
- Festhalten an den **Bereichsausnahmen** im Bereich Telekommunikation (8), bei Vergaben auf völkerrechtlicher Grundlage (9) sowie bei Grundstücken, Medieninhalten, Wertpapiergeschäften, Arbeitsverträgen (10)
- Vergaben von **ausschließlichen Rechten** und an Inhaber von solchen Rechten sind nun nicht mehr von der allgemeinen Richtlinie ausgenommen (ex 3 und 18)
- Kodifizierung der Grundsätze der vergabefreien **öffentlich-öffentlichen Zusammenarbeit** (11)
- Festhalten an gegenwärtigen **Schwellenwerten**
- Insgesamt **Neugliederung und Straffung des Textes**, dadurch übersichtlicher und lesbarer; zahlreiche stil- und lesbarkeitsverbessernde **Umformulierungen** führen z. T. dazu, dass neue Begriffe verwendet werden, was Rechtsunsicherheit erzeugen dürfte

## Gegenstand und Begriffsbestimmungen (1-3)

- Grundsätzliche **Zusammenrechnung mehrerer Aufträge**, wenn sie „Teil eines einzigen Projekts“ sind (1 II)
- Klare Definition, wann **Einrichtungen wie Private am Markt agieren** (und dann vom Anwendungsbereich des Vergaberechts (2 VI a) ausgeschlossen sind)
- Abgrenzung **subzentraler öffentlicher Auftraggeber** von zentralen öffentlichen Auftraggebern (= Bundesministerien) sowie regionale Behörden (NUTS 1 und 2) und lokale Behörden (NUTS 3) (2 III)

Subzentrale öffentliche Auftraggeber werden **privilegiert**

-> bei den Schwellenwerten (€ 200.000)

-> Vorinformation statt Auftragsbekanntmachung ausreichend (24 II b iVm 46 Nr. 2)

-> Angebotsfrist beim nichtoffenen Verfahren per Einvernehmen mit Bewerbern möglich (26 IV)

Regionale und lokale Behörden werden definiert, spielen dann im weiteren RL-Text keine Rolle.

- Klarere Regelung darüber, welche Regeln anwendbar sind bei **Misch-Vergaben** (3), entscheidend ist ‚Hauptgegenstand‘

## Allgemeine Vorschriften (15-22)

- Aufnahme des **Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes** (15) in die bisherige Trias von Gleichbehandlung, Nichtdiskriminierung und Transparenz
- Ausdrückliches **Umgehungsverbot** (15)
- Erweiterung der Möglichkeit Unternehmen zu bevorzugen, deren Ziel die **Förderung Behinderter** ist (17): nicht mehr nur geschützte Werkstätten, sondern jetzt auch „Wirtschaftsteilnehmer, deren Hauptziel die soziale und berufliche Integration Behinderter oder die Ausführung solcher Aufträge im Rahmen geschützter Beschäftigungsprogramme ist“.
- **E-Vergabe**
  - E-Vergabe wird zum **Grundsatz** (19), Ausnahmen sollen nur noch für 2 Jahre nach In-Kraft-Treten zulässig sein
  - **Zugang** zu Informationen, **Interoperabilität** und **Datensicherheit** sind zu gewährleisten
- Neuregelung zu **Interessenkonflikten** (21) auf Seiten des öffentlichen Auftraggebers: Pflicht einzelner Betroffener zur Herstellung von Transparenz, ggfls. sind angemessene Maßnahmen zu ergreifen

- Neuregelung zu **rechtswidrigem Verhalten (21)** auf Seiten der Bewerber: Pflicht zu ehrenwörtlicher Erklärung, dass keine ungebührliche Einflussnahme auf die Entscheidung erfolgt

### **Verfahren (24-30)**

- Einführung eines Allgemeinen Erfordernisses eines **Aufrufs zum Wettbewerb** vorab (24 I)
- **Tool-Box-Approach** (24 I am Ende)
  - **Opt-Out:** Die EU-Verfahren müssen nicht ins nationale Recht übernommen werden (außer offen und nichtoffen)
  - Festhalten am **Numerus Clausus** bei Verhandlungsverfahren
  - **Gleichlauf** der Voraussetzungen für Verhandlungsverfahren und wettbewerblichen Dialog
- Allgemeine Verkürzung der **Fristen**, Bonus bei **E-Vergabe**
- Erleichterte Auftragsvergabe für **subzentrale Auftraggeber**: Jährliche Vorinformation iVm individuellem Aufruf zur Interessenbestätigung reicht
- **Offenes Verfahren (25)** - Fristen: Regelung für **Dringlichkeit** wird von anderen Verfahren auf das offene Verfahren übertragen
- **Nichtoffenes Verfahren (26)**: Flexibilität für **subzentrale öffentliche Auftraggeber** – dürfen Angebotsfrist im Einvernehmen mit Bewerbern festlegen
- **Verhandlungsverfahren (27)**
  - Neues Konzept der Verhandlungen mit dem **Ziel** der ‚**Angebotsverbesserung**‘ statt wie bisher ‚Verhandlungen, um Angebote an die Anforderungen der Unterlagen anzupassen‘; zugleich klares Einziehen von **Grenzen**: Mindestanforderungen, Zuschlagskriterien, Auftragsbeschreibung
  - Jetzt auch anwendbar bei ‚**unregelmäßigen oder inakzeptablen**‘ **Angeboten** (näher definiert in 30 II) in einem offenen oder nichtoffenen Verfahren sowie bei **Komplexität, Risiko und Wesensart**
  - Detailliertere Regelung des **Verfahrensablaufs** zur Gewährleistung von Transparenz und Nichtdiskriminierung
  - Festlegung von im Verhandlungswege nicht abänderbaren **Rahmenparametern** der Ausschreibung (Mindestanforderungen, Zuschlagskriterien)

- **Wettbewerblicher Dialog (28)**
  - **Definition** bleibt gleich: Dialog, dessen Ziel es ist, die Mittel, mit denen ihre Bedürfnisse am besten erfüllt werden können, zu ermitteln und festzulegen
  - Neues Konzept: „**Aushandlung der endgültigen Auftragsbedingungen**“ statt wie bisher ‚Erläuterung von Aspekten des Angebots‘
- **Verhandlungsverfahren ohne vorherigen Teilnahmewettbewerb (30)**
  - Sehr detaillierte Ausgestaltung, wann **Vor-Gebote nicht als geeignet** anzusehen sind, um den Anwendungsbereich des Verhandlungsverfahrens ohne Teilnahmewettbewerb zu eröffnen
  - Einziehung kleiner **Safeguards** zu Transparenz und Nichtumgehung der Ausschreibungspflicht
- Einführung der **Innovationspartnerschaft (29)**
  - **Neues Konzept:** strukturierte Partnerschaft für die Entwicklung eines innovativen Produkts beziehungsweise innovativer Bauleistungen oder Dienstleistungen und den anschließenden Erwerb dieses Produkts bzw. dieser Leistungen
  - Ablauf über **Phasen** und Tranchenzahlungen mit Beendigungsoption an den **Milestones**
  - Auftragsvergabe entsprechend **Verhandlungsverfahren**

### Aggregierte und elektronische Beschaffung (31-38)

- Nunmehr **zwingende Instrumente:** müssen in den nationalen Rechtsordnungen vorgesehen werden (kein Wahlrecht der MS mehr), betrifft Rahmenvereinbarungen, Dynamische Beschaffung und elektronische Auktionen
- **Rahmenvereinbarungen (31):** mehr **Safeguards** durch Transparenz bei Vergabe ohne erneuten Aufruf zum Wettbewerb
- **Dynamische Beschaffungssysteme (32)** (Beschaffungen von marktüblichen Waren bzw. Leistungen, bei denen die allgemein auf dem Markt verfügbaren Merkmale den Anforderungen der öffentlichen Auftraggeber genügen)
  - **Kein gesonderter Aufruf zum Wettbewerb für jeden Einzelauftrag** mehr, dafür Regelung zur Beendigung des System (Bekanntmachung)
  - **Nichtoffenes Verfahren** statt offenes
  - Wegfall der **Nachbesserungsmöglichkeit** für die Bewerber
  - Keine **Beschränkung der Teilnehmerzahl** mehr zulässig

- Keine Limitierung der **Zeitdauer** mehr auf 4 Jahre
- Keine ausdrückliche Regelung mehr, dass solche Systeme **wettbewerbsneutral** sein müssen
- Verkürzung der Höchstbearbeitungsfrist für Teilnahmeanträge von 15 auf 10 Tage
- **Elektronische Kataloge** (34) – insgesamt neue Vorschrift mit dem Inhalt: Öffentliche Auftraggeber sollen für elektronisch zu unterbreitenden Angebote gewisse Formate vorgeben können
- **Zentrale Beschaffung** (35-38)
  - Klare **Zuordnung der Verantwortung** bei gemeinsamer Beschaffung zum jeweils tätigen Beschaffer
  - **Abstufung** der Zentralisierung von zentraler Beschaffung bis zu gelegentlicher gemeinsamer Beschaffung
  - Ermöglichung **grenzüberschreitender** gemeinsamer Beschaffung, Bestimmung des anwendbaren Rechts, Verpflichtung jedes MS Entscheidungen von Nachprüfungsinstanzen aus anderen MS auch durchzusetzen
  - **Zwingende E-Vergabe** ist neu
  - **Keine „Vergabe der zentralen Vergabe“**, selbst bei Entgelt

#### Ablauf des Verfahrens (39-45)

- **Marktkonsultationen** vor Verfahrensbeginn (39) aus den Erwägungsgründen in operativen Teil gerückt angereichert um detaillierte **Safeguards**, dass potentielle Bieter aus Vorabinformationen keinen Vorteil ziehen können (ultima ratio: Verfahrensausschluss)
- **Technische Spezifikationen** (40-42)
  - Ausdrückliche Regelung, dass sich technische Spezifikationen auch auf den „spezifischen **Produktionsprozess**“ sowie auf „jedes **Lebenszyklusstadium**“ beziehen können
  - Klarere Regelung und Gliederung der Unterfälle **Gütezeichen** (jetzt separater Artikel 41), **Testbericht** und sonstige Zertifizierungen (jetzt separater Artikel 42), dabei: klares Bekenntnis zur Pflicht der öffentlichen Auftraggeber, **gleichwertige Nachweise** anzuerkennen
  - **Gütezeichen**
    - **Öffnung** der Zertifizierung über Gütezeichen über reine Umweltbelange hinaus auf auch für soziale Belange und anderes

- **Safeguards** zur Erstellung und Verwendung von Gütezeichen über Transparenz, Unabhängigkeit desjenigen, der die Kriterien des Gütezeichens festlegt
- **Flexibilität** für öffentliche Auftraggeber, nicht ganz passende Gütezeichen den eigenen Erfordernissen, insbesondere dem Auftragsgegenstand, anzupassen
- **Nebenangebote** (EU-Terminologie ‚Varianten‘) (43): Jetzt bei allen Zuschlagskriterien zulässig, nicht mehr nur beim ‚wirtschaftlich günstigsten Angebot‘ – allerdings keine generelle Zulassung, sondern muss im Einzelfall angeordnet werden
- Aufteilung in **Lose** (44)
  - Bisher waren nur Methoden zur Berechnung des Auftragswertes bei Losvergabe geregelt, jetzt wird auch die **Losvergabe selbst geregelt**
  - Regelungsmodell der **fakultativen** Losvergabe, ab Aufträgen **über € 500.000 Begründungspflicht** in der Bekanntmachung, falls keine Losaufteilung
  - Detaillierte Regelung der Aufteilung der Lose bei einer **Mehrzahl von Bieter**n

### Veröffentlichung und Transparenz (Artikel 46-53)

- **Vorinformationen** (46) können jetzt von subzentralen öffentlichen Auftraggebern zugleich auch als Aufruf zum Wettbewerb im Rahmen von nichtoffenen und Verhandlungsverfahren genutzt werden
- **Veröffentlichung** von Bekanntmachungen (49-51)
  - in Zukunft nur noch elektronisch möglich
  - Nationale Veröffentlichungssperre nicht mehr nur bis zur Übermittlung an KOM, sondern bis zur Veröffentlichung durch KOM
- **Unterrichtung der Bewerber und Bieter** (53) innerhalb einer Maximalfrist von 15 Tagen über Gründe der Ablehnung, Unterrichtung auch über Stand des Verfahrens bei Verhandlungsverfahren und wettbewerblichem Dialog

### Eignungskriterien (Artikel 54-63)

- **Allgemeine Grundsätze** (54)
  - Ausschluss von Bieter n möglich, die gegen **Arbeits-, Sozial und Umweltrecht** verstoßen; Verweigerung der Auftragsvergabe möglich, wenn dem ASU-Recht ‚nicht in angemessener Weise Rechnung getragen worden ist‘

- Aufbrechen der bislang zwingenden **Prüfreihenfolge**: bei offenen Verfahren können Zuschlagskriterien vor der Eignung geprüft werden
- **Ausschlussgründe (55)**
  - Neue **zwingende** Ausschlussgründe: **Terrorismus, Korruption** im Sinne des innerstaatlichen Rechts
  - Ausschlussgründe greifen auch bei Verurteilung von kontrollrelevanten **Mitarbeitern**
  - **Nichtzahlung von Steuer und Sozialversicherungsbeiträgen** wird von fakultativem zu obligatorischem Ausschlussgrund
  - Vorherige **Schlechterfüllung** als neuer fakultativer Ausschlussgrund (Safeguard: objektive und transparente Leistungsbewertung)
  - Detaillierte **Self-Cleaning-Regelung**
- **Auswahlkriterien (56 - ex 44, 46-48)**
  - „**Befähigung zur Berufsausübung**“ nicht mehr als Ausschlussgrund, sondern als Eignungsnachweis
  - Klarstellung des **abschließenden Charakters** der Eignungskriterien, Einführung eines **Verhältnismäßigkeitserfordernisses** und Anforderung, einen echten **Wettbewerb** zu gewährleisten
  - **Wirtschaftliche und finanzielle Leistungsfähigkeit:**
    - Klarere Differenzierung zwischen Kriterien (Umsatz und Berufshaftpflicht) und Nachweisen (Bankererklärung, Bilanzen, s. Anhang XIV Teil 1)
    - Beschränkung des **Mindestumsatzes** auf das Dreifache des Auftragswertes
    - Neue Regeln für **Losvergabe** und **Rahmenvereinbarungen**
  - **Technische und berufliche Eignung:** Neuregelung zu möglichen Qualitätsmängeln bei Interessenkollisionen
- Neue Regelung 57: **Eigenerklärung** über Eignungsnachweise sollen in Bietphase ausreichen, Vorlage erst vor Zuschlag
- Neue Regelung 58: Bisherige Praxis zu **e-Certis** wird auf Rechtsgrundlage gestellt
- Neue Regelung 59: Einführung eines **Europäischen Vergabepasses**
  - Durch Niederlassungsstaat auszustellen, durch alle anderen MS anzuerkennen, Informationsaustausch dazu zwischen den MS



- Nachweis bestimmter Eignungskriterien kann grenzüberschreitend über diesen Pass geführt werden
- Anerkennungspflicht beschränkt auf die letzten 6 Monate
- **Zurechnungsmöglichkeiten bei Bietergemeinschaften/ Konzernen** jetzt nicht mehr nur für finanzielle Leistungsfähigkeit, sondern auch für technische Leistungsfähigkeit, dann allerdings auch Haftungsverbund (62)
- Keine wesentlichen Änderungen bei den Bescheinigungen (60), Qualitätssicherungsnormen und Umweltmanagementsystemen (61), amtlichen Verzeichnissen zugelassener Unternehmen und Zertifizierungssystemen (63)
- Stärker **grenzüberschreitendes Element** mit Rolle für die nationalen Überwachungsbehörden im Rahmen von zwischenstaatlicher Zusammenarbeit

### Zuschlagserteilung (66-69)

- ‚Günstigste Kosten‘ statt ‚Niedrigster Preis‘, dabei **Lebenszyklusanalyse** nun ausdrücklich möglich, insbesondere mit **externen Umweltkosten** ‚sofern ihr Geldwert bestimmt und geprüft werden kann‘
- Neue Zuschlagskriterien beim ‚**wirtschaftlichsten Angebot**‘ (allerdings nur, soweit sie mit dem Auftragsgegenstand in Verbindung stehen):
  - der **spezifische Produktionsprozess** (Soziale Kriterien aber nur, soweit Gesundheitsschutz am Arbeitsplatz bzw. soziale Integration benachteiligter oder sozial schwacher Personengruppen, EG 41)
  - Organisation, Qualifizierung und Erfahrung des mit der Auftragsausführung betrauten Personals
- Erstmals Aufnahme von ‚**Zuschlagshindernissen**‘, wenn der Bieter bestimmte Erklärungen nicht beibringen kann (Vergabepass, Bescheinigungen, Qualitätssicherungssystem, Umweltmanagement, ehrenwörtliche Erklärungen über korrektes Verhalten und privilegierte Beziehungen, die zu Interessenkonflikten führen können)
- **Ungewöhnlich niedrige Angebote** (69)
  - Klare **Definition**: 50 % unter Durchschnitt, 20 % unter nächsthöherem bei mindestens 5 Angeboten
  - **Pflicht zur Ablehnung** eines niedrigen Angebots, wenn **Sozial-, Arbeits- oder Umweltrecht** nicht eingehalten wird

### Auftragsausführung (70-73)

- Erstmals Regelungen zu **Preisschwankungen** (70)
- Option für MS: **Forderungssicherung für Subunternehmer**, indem direkt an diese gezahlt werden kann (71)



- Umfangreiche Regelung zu **Auftragsänderungen während der Laufzeit** (72)
  - **Möglichkeiten:** Änderung des Auftragswertes < 5 %, ex ante klar definierte Überprüfungsklauseln und Optionen
  - **Grenzen:** wirtschaftliches Vertragsgleichgewicht, erhebliche Ausweitung des Umfangs des Auftrags, bei fiktiver Rückschau hätte bei veränderten Umständen anderer Bieter zum Zuge kommen müssen, Ersetzung eines Vertragspartners, Mängel sind primär über Gewährleistungsrecht zu beheben, keine Rückabwälzung gehedgter Preisänderungsrisiken
  - **Unvorhergesehene Preiserhöhungen um 50 %:** statt wie bislang Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung nunmehr ‚kein neues Vergabeverfahren‘
- Schaffung von **Kündigungsmöglichkeiten** für den öffentlichen Auftraggeber, insbesondere bei **EuGH-Entscheidungen in Vertragsverletzungsverfahren** und beim nachträglicher Beteiligung Privater an einer öffentlich-öffentlichen Zusammenarbeit

#### Soziale und andere Dienstleistungen (74-76)

- Auflösung der bisherigen **Differenzierung nach A- und B-Dienstleistungen**
- Schaffung eines **Sonderregimes** für einige der ehemaligen B-Dienstleistungen ab einem **Schwellenwert von € 500.000** mit erleichterten Transparenz- und Zuschlagsanforderungen
- Einführung einer bisher nicht bekannten **ex-ante-Publizität**
- Überführung der anderen ehemaligen B-Dienstleistungen in das ‚normale‘ Regime

#### Wettbewerbe (77-82)

- Anwendungsbereich für **Sektorenvergaben** in Zukunft grundsätzlich eröffnet

#### Governance (83-88)

- Schaffung einer **nationalen Aufsichtsbehörde** (84), die wesentliche Aufgaben neben der KOM bei der Überwachung und Umsetzung des Vergaberechts übernehmen soll, insbesondere auch die Prüfung von Einzelfällen und ggfls. Anrufung nationaler Nachprüfungsinstanzen, und maßgeblicher Ansprechpartner der KOM sein soll. Die Rolle der KOM soll davon aber unberührt bleiben.
- Pflicht der MS zur Erstellung eines **Jahresberichts** (84 II) mit inhaltlichen Auswertungen der nationalen strategischen Vergabe, zum Schutz des EU-Haushalts und zur Betrugsprävention
- Pflicht zur Veröffentlichung des Wortlauts der Vertragsdokumente **besonders großer Aufträge** (84 VI+VII)

- Keine wesentlichen Änderungen beim **Vergabevermerk** (85)
- Erweiterung der **Statistikpflichten** (86) um ein Verzeichnis aller öffentlicher Auftraggeber
- Weitgehende **Service-Pflichten** zur Unterstützung der Anwender (87) und anderer MS (88)

### **Komitologie (89-91)**

- Anpassung der bisherigen Verfahren an den neuen **Komitologie**-Beschluss

### **Schlussbestimmungen (92-96)**

- **Umsetzung** in nationales Recht bis zum **30.06.2014**
- Überprüfung der **Schwellenwerte** 2017

## Sektorenrichtlinie

- **Leichte Abweichungen von der Allgemeinen RL**
  - **Verhandlungsverfahren** bleibt wie es ist
  - Schwellenwert bei Vergabe von **Sozial-DL** € 1 Mio. statt € 500.000
  - Kein ‚apply or explain‘ bei **Losaufteilung**
  - Beschränkung einiger neuer Regelungen auf öffentliche Auftraggeber (z. B. Interessenkonflikte, öff-öff Zusammenarbeit)
- **Unmittelbar dem Wettbewerb ausgesetzte Tätigkeiten (27)**
  - Definition des **geographischen Marktes**
  - Zusammenfassung der Möglichkeiten, dass ein MS und dass ein Sektorenauftraggeber einen Antrag stellt und Gleichlauf des Verfahrens
  - Wegfall der Möglichkeit, dass **KOM ex officio** aus tätig wird
  - Zum Teil längere **Fristen**
- Ausnahme der **Exploration** (nicht Förderung) von **Öl- und Gas**vorkommen (nicht Kohle) vom Anwendungsbereich dieser Richtlinie (EG 10, Artikel 11, 26 III)
- **Ausschließliche Rechte** (EG 8, 2 VI, 4 II): Rechte, die im Wege eines Verfahrens gewährt wurden, das auf objektiven Kriterien beruht, welche sich insbesondere aus Rechtsvorschriften der Union herleiten, und bei dem eine angemessene Publizität gewährleistet ist, sind zukünftig keine besonderen oder ausschließlichen Rechte im Sinne der Sektorenrichtlinie

## Konzessions-Richtlinie

- **Anwendungsbereich**
  - Umfasst auch **Baukonzessionen**
  - klassischer Bereich und Sektorenbereich in **einer Regelung**
  - **Rechtsmittelrichtlinie** anwendbar
- **E-Vergabe**: Roll-out erst in 5 Jahren
- **Flexibilität** bei Ausschluss-, Eignungs- und Zuschlagskriterien
- Anwendbar ab **Schwellenwert** von € 5 Mio. unabhängig von Laufzeit
- Verpflichtung zur **Laufzeitbeschränkung**
- **Verfahren**
  - Ex-ante und ex-post Transparenz
  - Objektives, transparentes und diskriminierungsfreies Verfahren
  - Keine wesentlichen Änderungen im Verfahren
  - Bezug zum Auftragsgegenstand