



VergabeFIT

**Veranstaltung des forum vergabe e.V.
vom 25. bis 27. Juni 2014 in Kassel**

Thesen

erstellt und verantwortet vom forum vergabe e.V.

1. Die Modernisierung des europäischen und deutschen Vergaberechts

Regierungsdirektor Andreas Rüger, Bundesministerium für Wirtschaft und Energie

- Die sprachjuristische Fassung der neuen Richtlinien ist nicht durchweg als gelungen anzusehen, so gibt es unterschiedliche Begriffe in den Richtlinien 2004 und 2014.
- Die hohe Regelungsdichte schränkt den nationalen Umsetzungsspielraum ein.
- Bei der Inhouse-Vergabe und der interkommunalen Kooperation wurde im Wesentlichen die EuGH-Rechtsprechung umgesetzt. Soweit die Richtlinien von der Rechtsprechung abweichen, hält das BMWi die Richtlinien für anwendbar, insoweit entfalten sie eine Art Ausstrahlungswirkung.
- Bei der Umsetzung kann problematisch werden, dass die Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit in der Richtlinie nicht so geregelt sind wie im deutschen nationalen Vergaberecht.
- Die Einheitliche Europäische Eigenerklärung (EEE) soll die Eignungsweis durch Eigenerklärung entbehrlich machen. Auftraggeber müssen die EEE akzeptieren. Allerdings sind Unstimmigkeiten mit nationalen Regelungen wie z.B. Tariftreue-Erklärungen zu befürchten, insoweit ist das vorzubereitende europäische Formular abzuwarten.
- Auch wenn zukünftig die Erfahrung etc. von Bietern als Zuschlagskriterium verwendet werden darf, bleibt doch eine Doppelwertung als Eignungs- und Zuschlagskriterium untersagt.
- Das Verhandlungsverfahren wurde in seiner Anwendungsmöglichkeit gestärkt. Es ist abzuwarten, ob im deutschen Recht der Vorrang des Offenen Verfahrens aufgegeben wird.
- Bei der eVergabe ist besonders auf den direkten und kostenlosen Zugang zu den Vergabeunterlagen hinzuweisen.

- Bei der verstärkt möglichen Berücksichtigung strategischer Ziele ist der Auftragsbezug als Korrektiv erhalten und zu beachten.
- Auch bei den Zuschlagskriterien bleibt ein Auftragsbezug erforderlich.

2. eVergabe: aktuelle Entwicklungen

Rechtsanwalt Dr. Peter W. Schäfer, BDI

- Die eVergabe wird in den neuen Richtlinien nur verstärkt vorgesehen, aber nicht „erfunden“.
- Für die Praxis weiterhin problematisch ist das Fehlen von grundlegenden Einigungen bei Standards wie Signaturen, Verschlüsselung etc.
- Die drei neuen Vergaberichtlinien unterscheiden sich auch bei der eVergabe in Teilen deutlich, insbesondere bei der elektronischen Angebotsabgabe.
- Gemeinsam ist, dass die eVergabe zwingend vorgesehen ist. Dabei bestehen abgestufte Umsetzungsfristen.
- Ob eine Ausnahme von der Anwendungspflicht der eVergabe besteht, ist voll justitiabel. Der Ausnahmekatalog ist dabei restriktiv auszulegen.
- e-Certis ist der Versuch der Kommission, durch ein Register von Dokumenten den innergemeinschaftlichen Handel zu erleichtern.
- Bei der Anwendung von Fristverkürzungen ist zu berücksichtigen, dass Ausgangspunkt Mindestfristen sind, die als Regelfristen regelmäßig zu kurz sind.
- Die Reform der eVergabe kann nicht losgelöst von den sonstigen Entwicklungen gesehen werden. Hinzuweisen ist auf die Entwicklungen bei eInvoicing, dem Signaturrecht (dessen Reform praktisch abgeschlossen ist) und dem eGovernment (bei dem eine Erweiterung der elektronischen Handlungsformen angestrebt wird).
- Bei Cloud Computing sind die Chancen gegenüber den erforderlichen Absicherungsmaßnahmen sorgfältig abzuwägen.

3. „Retter in der Not“ – die Interimsvergabe

Rechtsanwalt Stephan Rechten, BEITEN BURKHARDT

- Die Interimsvergabe ist ein wichtiges Handlungsmittel zur vorübergehenden Deckung eines Beschaffungsbedarfes.
- Grundsätzlich sind die Regelungen für die freihändige Beschaffung anwendbar.

- Entscheidend ist, dass die Leistung dem Markt nicht dauerhaft entzogen wird und keine Umgehung der Vergaberegeln erfolgt.
- Auch bei Interimsvergaben ist das Transparenzgebot zu beachten, ebenso der Vorrang des offenen Verfahrens.
- Bei den Voraussetzungen kommt es auch darauf an, wie wichtig das bei einer Untätigkeit gefährdete Rechtsgut ist.
- Im Rahmen dieser Verhältnismäßigkeitsprüfung muss die Laufzeit der Interimsvergabe möglichst kurz gehalten werden. Grundsätzlich sollte sie die Dauer eines EU-Vergabeverfahrens nicht überschreiten.
- Bei einer Vertragsverlängerung sind die Grundsätze der wesentlichen Vertragsänderung zu beachten. Auch in Notsituationen soll soviel Wettbewerb wie möglich erfolgen.

4. Leistungsbeschreibung

Rechtsanwalt Dr. Roland M. Stein, LL.M. Eur., Freshfields Bruckhaus Deringer

- In der Leistungsbeschreibung werden die Vergleichbarkeit der Angebote und die Wertungsmöglichkeiten angelegt.
- Bedarfspositionen sind in der VOB/A untersagt, bei VOL/A-Verfahren sollten so wenig wie möglich vorgesehen werden. Problematisch ist die Berücksichtigung von möglichen Mengenschwankungen.
- Nach Wegfall des ausdrücklichen Verbotes, dem Auftragnehmer ein ungewöhnliches Wagnis zu übertragen, entspricht die von der Rechtsprechung entwickelte Zumutbarkeitsschwelle praktisch dem vorherigen Rechtszustand.
- Die funktionale Leistungsbeschreibung ist besonders geeignet, wenn die Bieter ein überlegenes Wissen haben.
- Die Auslegung der Leistungsbeschreibung erfolgt immer aus Sicht eines sachkundigen Bieters. Bei Unklarheiten ist der Bieter zu Nachfragen verpflichtet.
- In Verhandlungsverfahren dürfen die Verhandlungen nicht zu Veränderung des Leistungsgegenstandes führen.

5. Änderungs- und Korrekturmöglichkeiten in laufenden Vergabeverfahren

Rechtsanwalt Dr. Franz Josef Hölzl LL.M.

- Eine Änderung des Beschaffungsgegenstandes ist in den Grenzen der wesentlichen Vertragsänderung zulässig.

- Im Zweifel sollte der Auftraggeber eine Änderungsbekanntmachung vornehmen und prüfen, ob die Verfahrensfristen zu verlängern sind.
- Ein Teilnehmerwechsel ist grundsätzlich nicht zulässig und führt zum Ausschluss.
- Bei Nachunternehmern ist zu differenzieren, ob sie eignungsrelevant sind.
- Bei den Eignungskriterien ist grundsätzlich nur eine Konkretisierung erlaubt. Bei einer Herabsetzung oder dem Wegfall von Kriterien ist dies transparent vorzunehmen.
- In Verhandlungsverfahren sind keine reinen Preisverhandlungen zulässig. Die Eckpunkte des Verfahrens sind nicht verhandelbar.
- Einmal gegebene Ausschlussgründe können nicht nachträglich geheilt werden.
- Bei der Beseitigung von Fehlern oder der Vornahme notwendiger Änderungen sind immer Transparenz, Gleichbehandlung, klare und schnelle Kommunikation und die Dokumentation sicherzustellen.

6. Rahmenverträge – Ungenutzte Chancen und unerkannte Gefahren

Prof. Dr. Christopher Zeiss, Fachhochschule für öffentliche Verwaltung in Nordrhein-Westfalen

- Die Flexibilisierung durch Rahmenverträge bietet viele Vorteile.
- Es bestehen aber besondere Anforderungen an die Leistungsbeschreibung. Auch für Rahmenverträge wird eine eindeutige und erschöpfende Leistungsbeschreibung gefordert.
- Erleichterungen bei der Leistungsbeschreibung bestehen nur bei Auftragsvolumen, Leistungszeit und Leistungsort.
- Bei der Bindung mehrerer Auftragnehmer muss der Auftraggeber grundsätzlich einen „Miniwettbewerb“ durchführen, im Oberschwellenbereich sind nach § 4 VOL/A-EG mindestens drei Unternehmen zu beteiligen.
- Sog. Konditionenverträge auf der Grundlage von Preis- und Produktlisten der Anbieter bergen erhebliche vergaberechtliche Risiken. So ist regelmäßig die Vergleichbarkeit der Angebote nicht gegeben. Daher sollte der Auftraggeber stets die Leistungsbeschreibung vorgeben.
- Bei der nachgelagerten Beschaffung bleibt die Beauftragung von Einzelleistungen ausschreibungspflichtig, sofern nicht die zentrale Beschaffungsstelle ordnungsgemäß ausgeschrieben hat. Dies sollten die öffentlichen Auftraggeber in eigener Verantwortung prüfen.

- Preisgleitklauseln sind nach dem Preisklauselgesetz grundsätzlich verboten. Abzustellen ist auf effektiv entstandene Kostenänderungen auf Grundlage konkreter Nachweise.
- Auf das Problem verdeckter Arbeitnehmerüberlassung (u.a. mit dem Risiko eines Arbeitsvertrages) etwa bei unbestimmten Serviceleistungen wird hingewiesen.

7. Die Tücke mit dem Nachfordern von Nachweisen und Erklärungen

Rechtsanwältin Brigitta Trutzel, Auftragsberatungsstelle Hessen

- Soweit die Nachforderungsregeln ein Ermessen des Auftraggebers vorsehen, darf sich dieser im Vorhinein festlegen. Es muss aber auch insoweit ein Ermessensgebrauch feststellbar sein.
- Bei der VOF steht die Nachforderung nicht im Ermessen des Auftraggebers.
- Das Zurückhalten von nachgeforderten Nachweis kann zulässigerweise nicht als Hinweis auf eine Unzuverlässigkeit des Bieters verwendet werden.
- Eine Änderung eines Angebotes darf durch die Nachlieferung nicht erfolgen.
- Fordert der Auftraggeber nicht wirksam Eignungsnachweise, reduziert sich der Prüfungsumfang. Eine Grenze ist erreicht, wenn dies zum Wegfall der Eignungsprüfung führen würde.
- Ein falscher Nachweis ist nicht „nicht vorgelegt“.
- Wird eine Produktangabe als bestimmender Teil des Angebotes gefordert, kann keine Nachforderung erlaubt werden.
- Die Vorlage darf nur „historische“ Unterlagen betreffen, d.h. solche, die bereits vorhanden waren und nicht erst erstellt wurden.
- Bei „belegenden“ Unterlagen ist eine Nachforderung stets unproblematisch.

8. Aufhebung von Vergabeverfahren

Rechtsanwältin Dr. Tina Bergmann, Dolde Mayen & Partner

- Eine rechtmäßige Aufhebung kann nur auf Gründen beruhen, die nach Einleitung des Vergabeverfahrens entstanden sind bzw. bekannt wurden.
- Liegen die Voraussetzungen für eine rechtmäßige Aufhebung nicht vor, handelt es sich um eine rechtswidrige Aufhebung, die aber als

Verfahrensbeendigung Bestand haben kann, soweit keine Scheinaufhebung vorliegt.

- Erhält der Auftraggeber erhoffte Haushaltsmittel nicht, ist die Aufhebung i.d.R. rechtswidrig; anders bei Wegfall einer ursprünglich gegebenen Finanzierung.
- Die Aufhebung wegen eines unwirtschaftlichen Ergebnisses setzt neben der Überschreitung eines ordnungsgemäßen Schätz-Auftragswertes auch eine deutliche Überschreitung dieses Wertes voraus.
- Bei der Aufhebungsentscheidung muss der Auftraggeber stets sein Ermessen ausüben (und dies dokumentieren).
- Schadensersatzansprüche bestehen nur bei einer rechtswidrigen Aufhebung.
- In der Rechtsprechung ist nicht abschließend geklärt, ob vertane Arbeitskraft nur dann ersatzfähig ist, wenn sie anders und gewinnbringend hätte eingesetzt werden können.
- Zur Vermeidung von Problemen sollten Auftraggeber bei beschränkten Mitteln hierauf Hinweisen. Wichtig ist immer die ordnungsgemäße Schätzung.

9. Auftragsvergaben an Unternehmen in Krise und Insolvenz – Herausforderungen für Auftraggeber und Unternehmen

Rechtsanwalt Dr. Andreas Möhlenkamp, LL.M., Andres Schneider
Rechtsanwälte & Insolvenzverwalter

- Die Leistungsfähigkeit von Unternehmen entfällt nicht automatisch mit einer Krise oder einer Insolvenz. Es ist immer eine Einzelfallprüfung durchzuführen, an die jedoch keine zu hohen Anforderungen gestellt werden dürfen.
- An der Prüfung, ob prognostisch die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit gegeben sein wird oder nicht, muss der betroffene Bieter mitwirken. Hierbei kann der Bieter entscheidende Information zu seinen Gunsten einbringen.
- Der Insolvenzplan ist ein entscheidendes Instrument für die Sanierung des Unternehmens und kann zur Sicherung und Stärkung der Leistungsfähigkeit beitragen.
- Die Prognose-Entscheidung des Auftraggebers ist immer auftragsbezogen durchzuführen. Je anspruchsvoller die Aufgabe ist, desto gründlicher muss der Auftraggeber sein Ermessen ausüben.

- Dabei hat der Auftraggeber auch positive Effekte der Insolvenz wie z.B. den Wegfall der Umsatzsteuerpflicht zu berücksichtigen.
- Wichtige Informationen und Indizien bieten Existenz und Inhalt eines Sanierungskonzeptes oder eines IDW S6-Konzeptes bzw. eines Insolvenzplanes oder einer Bescheinigung nach § 270b Abs. 1 Satz 3 InsO.

10. Tariftreueregelungen

Rechtsanwalt Olaf Hünemörder, SHP Rechtsanwälte

- Die Vereinbarkeit der Tariftreueregelungen ist europarechtlich problematisch.
- Bei der Anwendung bestehen erhebliche datenschutzrechtliche Bedenken, insbesondere hinsichtlich der erforderlichen Zustimmung der Mitarbeiter. Insoweit ist auf die anstehenden Regelungen zum Datenschutz auf EU-Ebene hinzuweisen.
- Bei fehlender Freiwilligkeit ist die Einwilligung des Arbeitnehmers unwirksam und ein Unternehmen kann im Ergebnis den Auskunftspflichten nicht nachkommen.
- Daher muss zwingend ein Gesetz die Einsichtnahme durch den öffentlichen Auftraggeber vorsehen, eine vertragliche Regelung reicht nicht.
- Die Kumulation von Vertragsstrafen unterschiedlicher Art (z.B. bei Verstößen gegen die Tariftreue einerseits und bei Verzug andererseits) ist unproblematisch möglich.
- Bei einer Auftragsperre ist der Zivilrechtsweg auch ohne neues Vergabeverfahren eröffnet, im Regelfall jedoch kein einstweiliger Rechtsschutz.

11. Vor, in und nach der Submission / Eröffnungstermin

Axel Scheid
Vorsitzender der Vergabekammer Thüringen

- Der Auftraggeber sollte den Bietern für ihre Angebote klare Vorgaben machen, um Fehlern vorzubeugen. So bietet es sich an, den Bietern markante Aufkleber oder Umschläge zur Verfügung zu stellen.
- Trifft ein nicht verschlossenes Angebot ein, sollte dies aufbewahrt werden. Eine Information des betroffenen Bieters erscheint sinnvoll. War in der Submission auch nur ein Angebot nicht verschlossen, scheint eine Aufhebung unausweichlich.

- Die Abgabe per Telefax ist problematisch, da eine Vertraulichkeit nur schwer sicherzustellen ist.
- Im Öffnungstermin ist die Reihenfolge „Öffnung – Kennzeichnung – Verlesen“ zwingend einzuhalten.
- Eine wie auch immer geartete inhaltliche Prüfung hat im Öffnungstermin nicht zu erfolgen und ist auf keinen Fall bekannt zu geben.
- Auch bei VOL/A-Vergaben sollte eine Kennzeichnung der Angebote erfolgen, die im Zweifel alle Angebotsbestandteile umfasst. Unterbleibt bei VOB/A-Verfahren die Kennzeichnung, führt dies zur Aufhebung.
- Alle eingegangenen Angebote sollten aufbewahrt werden.
- Risiken der Angebotsübermittlung trägt der Bieter.

12. Gemeinsame kommunale Beschaffungen

Johannes-Ulrich Pöhlker, Hessischer Städte- und Gemeindebund

- Die gemeinsame Beschaffung kann zu erheblichen finanziellen und fachlichen Synergie-Effekten führen.
- Bei einer zentralen Beschaffungsstelle sind die internen Verhältnisse zwischen den beteiligten Kommunen zu regeln.
- Es darf nicht zu einer wesentlichen Beeinträchtigung des relevanten Marktes kommen.
- Auch bei einer gemeinsamen Beschaffung sind die allgemeinen Grundsätze an Schwellenwertermittlung, Transparenz, Produktneutralität und der Berücksichtigung mittelständischer Interessen zu beachten.
- Die Losvergabe muss hintanstellen, wenn ansonsten die Vorteil und Wirksamkeit der Bedarfsbündelung in Frage gestellt werden.

13. Strategische Beschaffung

Rechtsanwalt Dr. Moritz Püstow, D.E.A., KPMG Rechtsanwaltsgesellschaft

- Vergaberecht ist kein Selbstzweck.
- Die Kosten der Vergabeverfahren sind gewissermaßen der Preis für die Vorteile des EU-weiten Wettbewerbs.
- Zentrale Ursache für Probleme bei der Vertragsdurchführung ist eine unzureichende Planung. Die Möglichkeiten der Einflussnahme und damit der Kostenreduzierung nehmen während der Projektdurchführung immer mehr ab.

- Im Rahmen des Risikomanagements muss der Auftraggeber Projektrisiken identifizieren, qualifizieren und quantifizieren.
- Lieferantenmanagement ist ein sinnvoller Teil einer Strategie für bessere Leistungen.
- Eine funktionale Leistungsbeschreibung ist sinnvoll, wenn der Auftraggeber die Leistung nicht besser beschreiben kann als der Markt. Dabei ist aber zu beachten, dass Auftragnehmer und Auftraggeber in vielen Punkten keine gleichgerichteten Ziele haben.
- Dies gilt insbesondere bei der Gestaltung von Anreizmodellen. Bei Bonusmodellen muss der Auftraggeber sicherstellen, tatsächlich einen Vorteil – ggf. in volkswirtschaftlicher Hinsicht – zu erhalten. Open book Modelle sind z.B. bei Risikoprojekten denkbar.
- Mehr Mut zum Verhandlungsverfahren! Allerdings können dessen Ziele nur erreicht werden, wenn der Markt bereit ist, an der Optimierung mitzuwirken.
- Bei der Verwendung strategischer Wertungskriterien sollte der Auftraggeber vorher sorgfältige Stresstests machen. Er muss sich im Klaren darüber sein, wie viel er bereit ist, für mehr Qualität zu zahlen.