



**Das neue Recht der Konzessionsvergabe
Veranstaltung des forum vergabe e.V.
am 12.01.2016 in Berlin**

Thesen

erstellt und verantwortet vom forum vergabe e.V.

1. Das neue Recht der Konzessionsvergabe

Dr. Daniela Hein-Dittrich, Bundesministerium für Wirtschaft und Energie, Berlin

- Bei der Umsetzung der neuen EU-Vergaberichtlinien mussten diese erst im GWB inhaltlich zusammengeführt werden, um nachfolgend in den Vergabeverordnungen getrennt umgesetzt zu werden. Dies machte teilweise Anpassungen erforderlich.
- Nach der 1. Stufe der Reform mit der Umsetzung der Richtlinien wird in einer 2. Stufe der Unterschwellenbereich fortgeschrieben. Vorerst werden die 1. Abschnitte von VOL/A und VOB/A fortgelten.
- Ein Ziel war, möglichst viel Grundsätze sowie die Grundzüge der Verfahren im GWB zu regeln.
- Damit eine Konzession im Sinne der KonzVgV vorliegt, muss ein eindeutiger Beschaffungscharakter bestehen; es geht also um die Übertragung von Verantwortlichkeiten bzw. Risiken, die sonst beim Konzessionsgeber liegen würden. Dies wird im Text der Verordnung durch die Verwendung des Begriffes „betrauen“ verdeutlicht.
- Insgesamt sind die Spielräume des Konzessionsgebers größer als die des Auftraggebers bei klassischen Vergaben.
- Es besteht in der KonzVgV kein Numerus clausus der Verfahrensarten. Die Regelungen der klassischen Richtlinien für das Verhandlungsverfahren werden lediglich als Orientierungsmöglichkeit herangezogen.
- Auch die Auswahlkriterien sind weniger restriktiv.
- Bei der Zuschlagsentscheidung ist entscheidend, dass willkürfrei ein wirtschaftlicher Gesamtvorteil ermittelt wird. Dies kann beispielsweise bei einem Hallenbad die Entgeltreduzierung für sozial Schwache umfassen.
- Weil dies bei der Durchführung von Nachprüfungsverfahren sinnvoll ist, wurde im Rahmen der Umsetzung eine fortlaufende Dokumentation des Vergabeverfahrens als zusätzliche Forderung ergänzt.

2. Vergabeverfahren – Wahlmöglichkeiten und Durchführung

Rechtsanwalt Dr. Marc Opitz, Kapellmann und Partner Rechtsanwälte mbB,
Frankfurt am Main

- Um die Vorschriften über die Konzessionsvergabe mit dem Recht der Vergabe öffentlicher Aufträge zu harmonisieren, wurden gegenüber der Richtlinie 2014/23/EU teils nicht unerhebliche Ergänzungen und Änderungen vorgenommen. Weitgehend erfolgt die Umsetzung jedoch 1:1.
- Die Abgrenzung von Bau- und Dienstleistungskonzessionen ist lediglich wichtig für die Frage, ob die VOB/A anzuwenden ist.
- Für die Vergabe von Konzessionen sind eine Reihe von allgemeinen Regeln anwendbar, jedoch u.a. nicht § 97 Abs. 4 GWB.
- Zur Wahrung der Vertraulichkeit von Informationen bietet es sich an, Verschwiegenheitserklärungen zu verlangen; möglicherweise setzt sich dies als Regelfall durch.
- Die Regelungen zu Interessenkonflikten gehen teilweise über § 16 VgV a.F. hinaus und werden so in der KVR nicht gefordert.
- Anders als bei klassischen Vergaben ist bei 2-stufigen Verfahren die Leistungsbeschreibung nicht allen Interessierten zur Verfügung zu stellen, sondern nur den Bietern, die zur Angebotsabgabe aufgefordert werden.
- Bei der Ausgestaltung des Vergabeverfahrens hat der Konzessionsgeber große Freiheiten. Variationsmöglichkeiten bestehen etwa bei der Entscheidung zwischen einstufigen und mehrstufigen Verfahren mit und ohne Verhandlungen, mit und ohne Begrenzung der Anzahl der Bieter bzw. der Angebote sowie bei der Entwicklung von Auktionsformaten.
- Wichtige Grenze für den Gestaltungsspielraum ist, dass der Auftraggeber vorab den Ablauf festlegen und den Unternehmen übermitteln muss.
- Verhandlungen dürfen nicht zu einer Änderung des Konzessionsgegenstandes, der Mindestanforderung oder der Zuschlagskriterien führen. Dies kann von allen potentiellen Anbietern gerügt werden.
- Eine Ausnahme besteht für bestimmte innovative Lösungen, § 29 Abs. 2 KonzVgV.
- Nicht geregelt ist der Umgang mit Abweichungen von den Vergabeunterlagen und mit Nebenangeboten. Es spricht einiges dafür, dass unwesentliche Abweichungen nicht zu einem Ausschluss führen müssen.
- Bei der Eignung wird keine allgemeine Zuverlässigkeitsprüfung mehr vorgesehen.

- Bei der Wertung ist ein wirtschaftlicher Gesamtvorteil zu ermitteln; dies muss objektiv und unter wirksamen Wettbewerbsbedingungen erfolgen. Dem Auftraggeber steht keine uneingeschränkte Wahlfreiheit zu; er darf nicht willkürlich entscheiden.
- Der wirtschaftliche Gesamterfolg muss nicht notwendigerweise für den Auftraggeber eintreten, er kann auch auf die Nutzer abstellen.

3. Änderung und Kündigung von Verträgen

Dr. Thorsten Siegel, Freie Universität Berlin

- Die neue Rechtslage zeigt eine größere Skepsis als bisher gegenüber unbefristeten Verträgen.
- Die jetzige Vollregelung setzt zu großen Teilen die Rechtsprechung zum sogenannten Wesentlichkeitskriterium um.
- § 154 GWB verweist auf die allgemeinen Regelungen mit einer wichtigen Ausnahme bei § 154 Nr. 3 GWB.
- Nach § 132 Abs. 1 GWB besteht eine Ausschreibungspflicht bei wesentlichen Änderungen; die Veränderungen sind mit einer Art Positivliste näher dargestellt.
- § 132 Abs. 2 GWB enthält eine als abschließend anzusehende Negativliste mit Fällen, in denen eine Wesentlichkeit einer Änderung nicht gegeben ist.
- § 132 Abs. 3 GWB enthält eine gegenüber den ersten beiden Absätzen vorrangig zu prüfende Geringfügigkeitsklausel.
- Bei Laufzeitveränderungen ist eine Betrachtung entsprechend einer Änderung des Umfangs vorzunehmen.
- Auch Laufzeit-Optionen müssen eindeutig formuliert sein und dürfen nicht zu einer Änderung des Gesamtcharakters des Vertrages führen.
- Die bisher begrenzt bestehenden Kündigungsmöglichkeiten vergaberechtswidrig abgeschlossener oder geänderter Verträge wurden kodifiziert und erweitert. Der Verweis in § 133 GWB gilt nicht für § 123 Abs. 5 GWB.
- Nicht klar ist, ob eine Vertragsverletzung auch im Rahmen anderer Vergabeverfahren festgestellt werden kann und ob dies zur einer konkreten Kündigungsmöglichkeit führen würde.
- Liegen die Voraussetzungen für eine Kündigung gemäß § 133 Abs. 1 Nr. 3 GWB vor, besteht kein Ermessen des Auftraggebers, sondern er ist zur Kündigung verpflichtet.

- Rechtsschutz gegen eine solche Kündigung ist vor den Zivilgerichten zu suchen.

4. Rechtsschutz bei Konzessionsvergaben

Rechtsanwältin Dr. Sabine Wrede, Bundesverband der Energie- und Wasserwirtschaft e.V., Berlin (aufgrund ihrer krankheitsbedingten Verhinderung vorgestellt von Rechtsanwalt Dr. Mark von Wietersheim, forum vergabe e.V.)

- Bei Vergaben unterhalb der Schwellenwerte ist Rechtsschutz nach den allgemeinen Grundsätzen vor dem jeweils zuständigen Gericht zu suchen.
- Bei Anträgen auf Erlass einer einstweiligen Verfügung vor einem Zivilgericht ist beim Verfügungsgrund nach der Rechtsprechung eine unverzügliche Rüge erforderlich.
- Mit der Reform wird erstmalig die Vergabe von Konzessionen umfassend der Nachprüfung durch die Nachprüfungsinstanzen unterstellt.
- Ein einmal erteilter Zuschlag ist als solcher nicht mehr im Nachprüfungsverfahren angreifbar. Dies gilt jedoch nur dann, wenn der Zuschlag nicht nichtig ist, beispielweise wegen Verstoß gegen die Information- und Wartepflichten oder andere drittschützende Verbotsgesetze.

Wichtige Verfahrensvoraussetzung für Nachprüfungsanträge
Der öffentliche Auftraggeber kann auch Festpreise oder Festkosten vorgeben, so dass das wirtschaftlichste Angebot ausschließlich nach qualitativen, umweltbezogenen oder sozialen Zuschlagskriterien

- nach Satz 1 bestimmt wird. ist die vorherige rechtzeitige Rüge.
- Mit der Reform wurde das Erfordernis der Rüge bei positiv erkannten Vergabeverstößen geändert. Diese sind jetzt innerhalb von 10 Tagen ab Kenntnis zu rügen.
- Rechtsschutz gegen eine verwehrte Akteneinsicht besteht für Antragsteller grundsätzlich nur zusammen mit der Beschwerde gegen die Entscheidung der Vergabekammer. Beigeladene oder andere Betroffene können, wenn ein nicht wiedergutzumachender Schaden droht, auch die Zwischenentscheidung über die Akteneinsicht angreifen.

5. Konzessionsvergaben außerhalb der Konzessionsverordnung

Rechtsanwalt Dr. Hans-Joachim Prieß, LL.M.,
Freshfields Bruckhaus Deringer LLP, Berlin

- Die Herausnahme von Verträgen aus dem Geltungsbereich der Richtlinie führt grundsätzlich nicht am Primärrecht und dessen Beachtung vorbei. Bereits jetzt wird die Vergabe von Dienstleistungskonzessionen vom Primärrecht erfasst.

- Das Primärvergaberecht ist aus den Grundfreiheiten abgeleitet und gilt nur bei grenzüberschreitendem Interesse bzw. Binnenmarktrelevanz eines Vertrages. Diese Binnenmarktrelevanz wird heute eher funktional qualitativ ermittelt und kann inzwischen als Regelfall vermutet werden.
- Auch das Beihilferecht ist zu beachten und hat ähnliche Folgen wie das Primärrecht. Insbesondere bei der Wertung ist das Beihilferecht jedoch strenger; so ist eine Wertung von Preis mit 90 % erforderlich.
- Für die Vergabe im Unterschwellenbereich enthält die Unterschwellenvergaben der Kommission wichtige Grundsätze zu Veröffentlichung und Verhältnismäßigkeit der Anforderungen.