



## **Das neue Vergaberecht**

**Veranstaltung des forum vergabe e.V.  
am 28.04.2016 in Hamburg**

### **Thesen**

**erstellt und verantwortet vom forum vergabe e.V.**

#### **1. Das neue Vergaberecht**

Dr. Bettina Maaser, Freie und Hansestadt Hamburg

- Mit Inkrafttreten der neuen Regelungen am 18.4.2016 ist die 1. Phase der Vergaberechtsmodernisierung abgeschlossen.
- Derzeit werden die rechtlichen Vorgaben für die Vergaben im Unterschwellenbereich überarbeitet. Die bisher von der VOL/A erfassten Vergaben sollen zukünftig in einer Unterschwellen-Vergabeordnung geregelt werden. Bis zu deren Fertigstellung, mit der im Herbst gerechnet werden kann, gilt erst einmal die VOL/A weiter. Die Regelungen sollen möglichst im Gleichlauf mit der VgV festgelegt werden. Auch die VOB/A soll, nach derzeitigem Zeitplan bis September, überarbeitet werden.
- Hamburg wird nach Abschluss der Vergaberechtsreform die betroffenen Landesregelungen modernisieren.
- Im Bereich des Nachprüfungsverfahrens wurde unter anderem die Kostenregelung bei einer Rücknahme geändert; über die Kosten ist jetzt nach billigem Ermessen zu entscheiden.
- Die für die Verwaltung wohl folgenreichste Neuregelung dürfte sein, dass zukünftig im Oberschwellenbereich zwingend die e-Kommunikation erfolgen muss.
- Es ist nicht auszuschließen, dass trotz Abschaffung des Vorranges des offenen Verfahrens aufgrund der erhöhten Wirtschaftlichkeit und des stärkeren Wettbewerbes faktisch das offene Verfahren vorrangig angewendet werden wird. Jedenfalls dürfte eine Begründungspflicht bestehen, wenn von diesem Verfahren abgewichen wird.
- Angesichts der deutlichen Verkürzung der Mindestfristen ist besonders drauf zu achten, dass diese jeweils in angemessener Länge festzusetzen sind.

- Bei den Möglichkeiten der Losvergabe wurde der gegenüber der EU-Regelung strengere deutsche Ansatz beibehalten.
- Es bleibt abzuwarten, ob sich bei den Nebenangeboten die reine Preiswertung durchsetzt oder ob in Anwendung der BGH-Rechtsprechung weiterhin regelmäßig qualitative Zuschlagskriterien vorgesehen werden.

## **2. Vertragsänderungen mit ohne neuem Vergabeverfahren**

Rechtsanwältin Dr. Angela Dageförde, Hannover

- Es bleibt bei dem der Rechtsprechung zu entnehmenden Grundsatz, dass wesentliche Änderungen ein neues Vergabeverfahren erforderlich machen. Die bisherigen Kriterien waren für die Praxis jedoch teilweise nur schwer anwendbar.
- Die Zulässigkeit einer Änderung ohne neues Vergabeverfahren ist in Abweichung der Reihenfolge des Gesetzes zu prüfen.
- Zuerst dürfte regelmäßig zu prüfen sein, ob die Änderung unterhalb der de-Minimis-Wertgrenzen liegt.
- Ist dies nicht der Fall, kann eine Überprüfungsklausel eingreifen. Diese muss im Ursprungsvertrag enthalten sein und klar, präzise und eindeutig Art Umfang und Voraussetzungen der Vertragsänderung festlegen. In der Praxis ist eine Orientierung an den vom OLG Dresden für Verhandlungen festgelegten Grenzen möglich.
- Bei Zusatz- und Ergänzungsleistungen müssen die vorgesehenen Voraussetzungen kumulativ vorliegen.
- Um einer „Salamitaktik“ vorzubeugen, ist jede grundsätzlich größere Erweiterung näher zu begründen und es ist festzustellen, ob nicht durch zumutbare Anpassungsleistungen mehr Wettbewerb erreicht werden kann.
- Erfolgt eine Vertragsänderung ohne ein eigentlich erforderliches Vergabeverfahren, besteht das Risiko der Unwirksamkeit nach § 135 Abs. 1 GWB. Auftraggeber können sich Rechtssicherheit verschaffen, indem sie die angestrebte Vertragsänderung im Vorhinein bekannt machen, § 132 Abs. 3 GWB.

## **3. Die Neuregelung der Inhouse-Vergabe und innerstaatlichen Kooperation**

Prof. Dr. Dr. Christoph Stumpf, Taylor Wessing, Hamburg

- Trotz der erfolgten Kodifizierung bleiben für die Praxis einige Fragen offen. Grundsätzlich bestehen durch die Neuregelung größere Spielräume der öffentlichen Auftraggeber.

- Beim Kontrollkriterium muss der Einfluss des Auftraggebers über ein reines Veto-Recht hinausgehen.
- Weiterhin problematisch ist, ob eine Aktiengesellschaft als solche inhouse-fähig ist.
- Weil das Gesetz nur eine direkte Kapitalbeteiligung ausschließt, dürfte eine indirekte Beteiligung Privater wohl zulässig sein. Offen ist auch, ob eine rein personelle Beteiligung, zum Beispiel als Komplementär, inhouse-schädlich wäre.
- Bei der Prüfung der Wesentlichkeit der Tätigkeit scheint es denkbar, außer auf den Umsatz auch auf andere tätigkeitsbezogene Werte wie aufgewendete Kosten oder Zeit zurückzugreifen.
- Eine Tätigkeit kann auch dann dem Auftraggeber „dienen“, wenn die Bezahlung nicht durch den Auftraggeber selber erfolgt. Eine Betrauung kann auch Tätigkeiten für den Auftraggeber gegenüber Dritten betreffen.

#### **4. Eignungsanforderungen und Nachweise**

Anja Mundt, Bundesverband der Deutschen Industrie e.V., Berlin

- Die Eignung ist nach einer neuen Systematik zu ermitteln. Bieter müssen Fachkunde und Leistungsfähigkeit positiv nachweisen, das Nicht-Vorliegen von Ausschlussgrund muss festgestellt werden.
- Bei der Festlegung der Eignungskriterien muss der Auftraggeber die Verhältnismäßigkeit beachten; dieser Grundsatz erhält eine deutlich größere Bedeutung.
- Bei der Berechnung des zu fordernden Mindestumsatzes ist offen, ob z.B. bei länger laufenden Aufträgen der Auftragswert in Jahresscheiben zu ermitteln ist oder ob der Gesamtauftragswert herangezogen werden kann.
- Bei den fakultativen Ausschlussgründen muss der Auftraggeber sein Ermessen tatsächlich ausüben. Dabei muss er auch die Verhältnismäßigkeit eines Ausschlusses abwägen.
- Bei Selbstreinigung geht es um die Maßnahmen zur Wiederherstellung der Zuverlässigkeit und die Verhinderung zukünftiger Straftaten. Unschädlich für die Selbstreinigung ist, ob die Höhe des vom Bieter übernommenen Schadens noch strittig ist.
- Bei der Nichtzahlung von Steuern und Sozialabgaben ist ein weniger strenger Spezialtatbestand der Selbstreinigung vorgesehen.
- Anders als bei der Einheitlichen Europäischen Eigenerklärung entfaltet die Präqualifikation eine endgültige Eignungsvermutung, die nicht durch Eigenerklärungen nachgewiesen werden muss.

## 5. Die Nachhaltigkeit in Leistungsbeschreibung und Wertung

Rechtsanwalt Dr. Roland Stein, LL. M., Blomstein, Berlin

- Die im Vergaberecht jetzt berücksichtigte Nachhaltigkeit ist Teil einer gesellschaftlichen und industriellen Gesamtstrategie der Europäischen Union.
- Die Forderungen des Auftraggebers in der Leistungsbeschreibung können technische Anforderungen und zusätzliche Ausführungsbedingungen umfassen. Maßgeblich ist jeweils der Auftragsbezug; die allgemeine Unternehmenskultur kann vom Auftraggeber nicht berücksichtigt werden und auch nicht eingefordert werden.
- Bei allen Forderungen ist die Verhältnismäßigkeit zu beachten.
- Die Forderung, dass Umweltgütezeichen vorgelegt werden, ist nur unter engen Voraussetzungen zulässig. Der Auftraggeber muss auch andere Nachweise zulassen. Es bleibt abzuwarten, ob aufgrund dieser Verengung die Praxis solche Forderungen zukünftig noch erheben wird.
- Bei Verhandlungsverfahren darf über zusätzliche Ausführungsbedingungen, wenn diese als Mindestanforderung festgelegt sind, nicht verhandelt werden.
- Besonderheiten sind vorgesehen für energieverbrauchsrelevante Güter und die Beschaffung von Straßenfahrzeugen.
- Bei der Festlegung der Zuschlagskriterien hat der Auftraggeber einen weiten Spielraum. Für den Auftragsbezug gibt es eine spezifische Regelung in § 127 Abs. 3 GWB. Diese ist gegenüber der früheren Regelung und Rechtsprechung deutlich weiter gefasst und öffnet damit mehr Spielräume für den öffentlichen Auftraggeber.