



Das neue Vergaberecht

**Veranstaltung des forum vergabe e.V.
am 31.05.2016 in Frankfurt/Main**

Thesen

erstellt und verantwortet vom forum vergabe e.V.

1. Das neue Vergaberecht

Prof. Dr. Martin Burgi, Ludwig-Maximilians-Universität, München

- Der EU-Rechtsrahmen ist nach wie vor von Bedeutung für die Praxis, sowohl zum Verständnis der reformierten Vergabevorschriften als auch rechtstechnisch zur richtlinienkonformen Auslegung.
- Ein Gedankenanstoß: Im Vergleich zu anderen Rechtsgebieten ist das Vergaberecht vergleichsweise übersichtlich, zumal es sich ausschließlich an professionelle Anwender wendet. Dies ist beispielsweise beim Asylrecht anders.
- Ähnlich wie in Deutschland die ausführliche Gesetzesbegründung sind die Erwägungsgründe der Richtlinien als wichtige Quelle für die Hintergründe der Gesetzgebung und als eine Art Erst-Kommentar anwendbar.
- Das primäre Vergaberecht betrifft nicht nur Aufträge unterhalb der EU-Schwellenwerte, sondern auch sonst vom Vergaberecht ausgenommene Vergaben, beispielsweise die Vergabe von Trinkwasserkonzessionen.
- Das GWB hat im Gesetzgebungsprozess bemerkenswert wenige Änderungen erfahren.
- Für den Erlass der Vergabestatistikverordnung besteht ohne weiteres eine Bundeskompetenz.
- Trotz des Unbehagens, dass der Bundesratsentschließung zur Vergaberechtsmodernisierungsverordnung anzumerken ist, ist wohl langfristig kein Strukturwandel des Vergaberechts erwarten.
- Neben vielen für das Vergabeverfahren wesentlichen Regelungen enthält das GWB weiterhin auch Grundsätze. Bei diesen ist besonders auf den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit hinzuweisen, der eine erhebliche Aufwertung erfahren hat.

- Das Zusammenspiel der verschiedenen Regelungen ist teils rechtstechnisch nicht gut gelöst, Wiederholungen, Verweisungen und unterschiedliche Regelungen erschweren die Rechtsanwendung.
- Im Bereich der Leistungsbeschreibung wurde die Beschaffungsautonomie der öffentlichen Auftraggeber gestärkt. Insbesondere die Durchbrechung der produktneutralen Beschreibung und die Stärkung der Option funktionaler Leistungsbeschreibungen erweitern die Spielräume öffentliche Auftraggeber. Bei Nebenangeboten wurde mehr Rechtssicherheit geschaffen.

2. Eignungsprüfung und Ausschluss von Bietern

Rechtsanwältin Dr. Susanne Mertens, LL.M, Baker & McKenzie, Berlin

- Im Unterschwellenbereich wird weiterhin mit dem bisherigen Eignungsbegriff gearbeitet. Im Oberschwellenbereich wird unter Eignung nur noch Fachkunde und Leistungsfähigkeit verstanden. Weitere Kriterien sind als Ausschlussgründe zu prüfen.
- Die Reihenfolge der Prüfungen ist flexibel und dem Auftraggeber überlassen.
- Es bestehen erhebliche Anforderungen an die Transparenz der Nachweiserforderung und der vorzunehmenden Prüfung.
- Bei den fakultativen Ausschlussgründen sind die Berücksichtigung bisheriger Schlechtleistungen und der Versuch der Beeinflussung des Auftraggebers neu eingefügt.
- Die gesetzlich vorgesehenen Voraussetzungen für die Selbstreinigung müssen kumulativ vorliegen. Problematisch könnte weiterhin der Fall sein, dass Streit über die Höhe des auszugleichenden Schadens besteht.
- Die Anforderungen an die Leistungsfähigkeit in § 45 VgV sind nicht abschließend. Sie sind mittelstandsfreundlich anzuwenden.
- Als Nachweise sollen vorrangig Eigenerklärungen verlangt werden. Die Einheitliche Europäische Eigenerklärung ist nur ein vorläufiger Eignungsnachweis.
- Bei losweisen Vergaben sind unterschiedliche Anforderungen an die Eigenerklärungen zu stellen, dementsprechend sind auch unterschiedliche Vordrucke für die Einheitliche Europäische Eigenerklärungen vorzusehen.
- Die Einheitliche Europäische Eigenerklärung verweist auf die in den Richtlinien vorgesehenen Straftatbestände; diese sind auf die deutsche Rechtslage der Ausschlussgründe anzupassen.

3. Die Neuregelung der Inhouse-Vergabe und innerstaatlichen Kooperation

Rechtsanwalt Dr. Hans von Gehlen, Beiten Burkhardt, Frankfurt am Main

- Die deutschen Regelungen entsprechen 1:1 den EU-Vorgaben.
- Bei dem Kontrollkriterium ist fraglich, was unter ausschlaggebendem Einfluss zu verstehen ist und wie bei einer mehrstufigen Kontrolle vorzugehen ist.
- Bei der Wesentlichkeit der Tätigkeit stellt sich weiterhin die Frage, wie mit Drittumsätzen umzugehen ist.
- Grundsätzlich ist, auch nach den Erwägungsgründen, eine indirekte private Beteiligung unschädlich.
- Bei horizontalen Inhousevergaben ist kein Wesentlichkeitskriterium vorgesehen. Es ist daher beispielsweise bei inversen Inhousevergaben unsicher, ob und wie bestimmte Umsatzvorgaben erfüllt sein müssen.
- Nicht geregelt ist die inverse Joint-Venture-Situation.
- Offen ist nach wie vor, ob eine Aktiengesellschaft inhouse-fähig ist oder ob dies zumindest durch einen Beherrschungsvertrag herbeigeführt werden kann.
- Bei der horizontalen Kooperation wird kein Kontrollverhältnis verlangt. Das verlangte kooperative Konzept kann nach der EuGH-Entscheidung „Stadtreinigung Hamburg“ auch darin bestehen, dass eine Seite lediglich finanzielle Leistungen einbringt.

4. Nachhaltigkeit im neuen Vergaberecht

Rechtsanwalt Dr. Udo H. Olgemöller, Allen Overy LLP, Frankfurt am Main

- Die Berücksichtigung nachhaltiger Aspekte war bereits nach dem bisherigen Recht möglich. Sie wird jedoch im neuen Recht besonders betont.
- Ausgangspunkt ist dabei stets die Beschaffungsautonomie des Auftraggebers.
- Nachhaltigkeit kann in praktisch allen Phasen des Vergabeverfahrens berücksichtigt werden. Zentral ist dabei vermutlich die Leistungsbeschreibung. Auch bei Eignung, Zuschlagskriterien, ihrer Gewichtung sowie den Ausführungsbedingungen kann Nachhaltigkeit gefordert werden.
- Bei den Lebenszykluskosten ist klargestellt, dass hier auch externe Aspekte berücksichtigt werden können.

- Anstelle des bisher verwendeten Begriffes der Umweltzeichen spricht das Recht jetzt von Gütezeichen. Diese können nur unter engen Voraussetzungen vom Auftraggeber verlangt werden. Er hat gleichwertige Gütezeichen und andere Nachweise stets zuzulassen.
- Die Ausführungsbedingungen wurden in ihrer Bedeutung aufgewertet. Regelungstechnisch geht es um Vertragsbedingungen. Die Anforderungen müssen dabei aus Sicht der Bieter angemessen, erfüllbar und kontrollierbar sein. Insbesondere die Forderung nach kontrollierbaren Anforderungen beruht auf dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz.
- Insgesamt nehmen die Schnittstellen zwischen dem Vergaberecht und dem Vertragsrecht immer mehr zu.

5. Vertragsänderungen – ohne (neues) Vergabeverfahren?

Rechtsanwalt Dr. Jan D. Bonhage, Hengeler Mueller, Berlin

- Im GWB finden sich erstmals Regelungen dazu, wann Vertragsänderungen auch ohne neues Vergabeverfahren möglich sind. Dabei erfassen diese Regelungen auch den Bereich der Verteidigung und Sicherheit, ohne dass dies in der entsprechenden Richtlinie vorgesehen ist.
- Die Vorgaben des GWB gelten auch für ursprünglich nicht ausgeschriebene Verträge. Sie sind bei jeder Änderung von Verträgen zu prüfen.
- Im schlimmsten Fall droht als Rechtsfolge die Unwirksamkeit einer vereinbarten Vertragsänderung.
- Es bietet sich an, die Prüfungsreihenfolge abweichend vom Gesetz vorzunehmen. Vorrangig ist eine Regelung im Vertrag zu prüfen, dann die sogenannte de-minimis-Regelung, dann § 132 Abs. 1 Satz 3 GWB und Unwesentlichkeit nach § 132 Abs. 2 Nr. 1, 2 GWB.
- Eine im Vertrag angelegte Änderung ist lediglich als Umsetzung des bereits abgeschlossenen Vertrages anzusehen. Die Formulierung, sie müsse bereits in den ursprünglichen Vergabeunterlagen vorgesehen sein, könnte dahin verstanden werden, dass nach der ersten Veröffentlichung vorgenommene Änderungen dies nicht erfüllen.
- Dem Auftraggeber darf vertraglich kein unbegrenzter Ermessensspielraum zustehen, ob und welche Vertragsänderung vorgenommen werden.
- Die sogenannte de-minimis-Regelung lässt Änderungen bis zu bestimmten Wert ohne weitere Voraussetzungen vor. Diese Werte liegen bei Liefer- und Dienstleistung bei 10 %, bei Bauleistungen bei 15 %. Sonderregelungen gelten für soziale und andere besondere Dienstleistung (20 %) und Konzessionen (einheitlich 10 %). Dabei können die Änderungen auch die einschlägigen Schwellenwerte überschreiten. Dies macht deutlich, dass al-

lein eine Schwellenwertüberschreitung nicht automatisch zu einem neuen Vergabeverfahren zwingt.

- Nach § 130 Abs. 2 Nr. 2 und 3 GWB ist die Erforderlichkeit der Leistungsänderung zu prüfen. Die 50 %-Grenze gilt nicht für Sektorenauftraggeber und Konzessionen.
- Bei der Vorhersehbarkeit ist die allgemeine Sorgfaltspflicht des Auftraggebers zu prüfen.
- Der Auftragnehmerwechsel ist im Regelfall als wesentliche Vertragsänderung anzusehen, sofern nicht eine der eng zu verstehenden Ausnahmen vorliegt.
- Ein Austausch von Nachunternehmern ist in der Regel unbedenklich.
- Das Kündigungsrecht in § 133 GWB ist neu und wird wohl besonders bei nicht ordnungsgemäß vorgenommenen wesentlichen Änderungen praxisrelevant werden.
- Dieses Kündigungsrecht unterliegt keiner zeitlichen Begrenzung.
- Die Rechtsfolgen der außerordentlichen Kündigung sind weitgehend unklar.
- Im Hinblick auf die Vertragsgestaltung empfiehlt es sich, Überprüfungs-klauseln an den gesetzlichen Anforderungen zu orientieren, gegebenenfalls einen angedachten Auftragnehmerwechsel bereits in den Vergabeunterlagen anzulegen und die Rechtsfolgen einer Kündigung zu regeln.