

Reform des Vergaberechts im Jahr 2015

Am 17. April 2014 ist das EU-Vergaberecht nach 10 Jahren vollständig novelliert worden. Am 7. Januar 2015 beschloss das Bundeskabinett für die Umsetzung dieser Richtlinien die „Eckpunkte zur Vergaberechtsreform“ 2015. Auch für forstwirtschaftliche Vergaben ist dies von großer Bedeutung.



Foto: M. Stenfiath

Die Reform des Vergaberechts im Jahr 2015 ist auch für forstwirtschaftliche Vergaben von großer Bedeutung.

Hans Schaller

Zu den inhaltlichen Schwerpunkten der geplanten Vergaberechtsreform gehört u. a. die stärkere Berücksichtigung strategischer Aspekte bei der Auftragsvergabe, die Vereinfachung der Eignungsprüfung durch eine „einheitliche Europäische Eigenerklärung, die erleichterte Vergabe von sozialen und anderen besonderen Dienstleistungen und die Bekämpfung von Wirtschaftskriminalität durch die Festlegung eindeutiger Ausschlussgründe, aber auch die Selbstreinigung etwa durch Compliance-Maßnahmen der Unternehmen¹⁾. Eine weitere wichtige Vorgabe ist, dass bis spätestens Oktober 2018 der vollständige Vergabeprozess elektronisch abzuwickeln ist.

Ziel der Neuregelung sollen auch einfachere und flexiblere Vergabeverfahren, eine noch bessere Beteiligung kleiner und mitt-

lerer Unternehmen und die Berücksichtigung sozialer, ökologischer und innovativer Aspekte bei der Auftragsvergabe sein.

Die Richtlinienumsetzung soll zudem dazu genutzt werden, die Struktur des Vergaberechts zu vereinfachen. So sollen alle wesentlichen Vorgaben (Allgemeine Grundsätze, Anforderungen an Eignung und Zuschlag usw.) im Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) normiert werden. Auch das so genannte „Kaskadensystem“ wird in der jetzigen Form nicht bestehen bleiben. Die EU-weiten Vergabeverfahren werden für Liefer-/Dienstleistungsaufträge (VOL/A-EG) und für freiberufliche Dienstleistungen (VOF) voraussichtlich in die Vergabeverordnung (VgV) integriert. Dagegen soll die EU-weite Vergabe von Bauaufträgen weiterhin in der VOB/A-EG verbleiben. Die

¹⁾ In diesem Zusammenhang steht die Erarbeitung eines bundesweiten Vergabeausschlussregisters an.

Sektorenvergaberichtlinie wird bei den Vergabeverfahren wieder in der Sektorenverordnung (SektVO) umgesetzt werden. Für Vergabeverfahren von Konzessionen soll eine neue Konzessionsverordnung erlassen werden.

Mit der Umsetzung der EU-Vergaberichtlinien muss in gut einem Jahr oberhalb der EU-Schwellenwerte neues Vergaberecht geschaffen werden. Das nationale (haushaltsrechtliche) Vergaberecht (unterhalb der EU-Schwellenwerte) wird voraussichtlich auch über 2016 hinaus unverändert bleiben. Folglich werden die ersten Abschnitte von VOB/A und VOL/A in vielen Bereichen formaler sein als das dann flexiblere und schlankere Vergaberecht oberhalb der EU-Schwellenwerte.

Allerdings wird bereits jetzt in dem Eckpunktepapier der Bundesregierung vom 7. Januar 2015 angekündigt, die Regelwerke für öffentliche Auftragsvergaben unterhalb der EU-Schwellenwerte (jeweils 1. Abschnitt der VOB/A und der VOL/A) nach Abschluss der aktuellen Reform an die Änderungen anzupassen.

Arbeits-, sozial- und umweltrechtliche Vorschriften

Bewerber/Bieter werden – wie bisher bereits nach bundesdeutschen Vorgaben – auch nach EU-Recht dazu verpflichtet, die geltenden Arbeits-, Sozial- und Umweltrechtsvorschriften bei öffentlichen Aufträgen einzuhalten, andernfalls droht der Ausschluss vom Vergabeverfahren. Wesentliche Änderungen ergeben sich in Deutschland nicht.

Inhouse-Vergaben

Bisher waren so genannte Inhouse-Vergaben, wie auch die Interkommunale Kooperation, ausschließlich aufgrund ergangener Rechtsprechung des EuGH vom Vergaberecht ausgenommen. Soweit es zu konkreten Sachverhalten noch keine Rechtsprechung

Schneller Überblick

- Wieder einmal eine Reform des Vergaberechts
- „Strategische“ Aspekte und Vereinfachung der Verfahren sollen im Vordergrund stehen
- Einheitliche Europäische Eigenerklärung kommt
- Allgemeine Umsetzungsfrist: bis 17. April 2016
- Wichtigste Neuregelung: Ab Oktober 2018 muss der Vergabeprozess europaweit elektronisch abgewickelt werden können

gab, führte dies zu Rechtsunsicherheit. Die bislang ergangene Rechtsprechung wurde, einschließlich bisher nicht entschiedener Sachverhalte, in Art. 12 VRL, Art. 17 KVR aufgenommen.

Der für die Grundkonstellation des Inhouse-Geschäfts maßgebliche Ausnahmetatbestand „Kontrolle an der beauftragten juristischen Person ähnlich wie über die eigene Dienststelle“ (Vergabe an eine beherrschte Tochter durch den öffentlichen Auftraggeber) wird künftig ebenso wie die rechtssichere Vergabe von der Tochter an die Mutter oder zwischen zwei Schwestern unter den in den Richtlinien genannten Voraussetzungen vergaberechtsfrei ermöglicht.

Geregelt wurde auch, wie zu verfahren ist, wenn mehrere öffentliche Auftraggeber eine gemeinsame Kontrolle über eine Einrichtung ausüben sowie die Konstellation des Vertragsschlusses zwischen mehreren öffentlichen Auftraggebern (Interkommunale Kooperation). Die materiellen Voraussetzungen entsprechen in diesen Fällen den vom EuGH entwickelten Kriterien zur vergaberechtsfreien Vergabe; Voraussetzung ist das so genannte „Kontrollkriterium“; d. h. der öffentliche Auftraggeber muss über die auftragnehmende Stelle eine Kontrolle wie über die eigene Dienststelle haben, er muss also ausschlaggebenden Einfluss auf die Geschäftsstrategie sowie auf die wesentlichen Entscheidungen nehmen können.

Das strikte Verbot des EuGH an einer privaten Beteiligung wurde gelockert. So liegt z. B. eine zulässige Ausnahme vor, wenn aufgrund gesetzlicher/satzungsmäßiger Vorschriften eine private Zwangsmitgliedschaft in Zweckverbänden vorgeschrieben ist und der Private tatsächlich keinen Einfluss hat.

Das Wesentlichkeitskriterium des EuGH als zweite Grundvoraussetzung für eine Vergaberechtsfreiheit bei einem Inhouse-Geschäft wurde vereinfacht. Nunmehr ist dieses Kriterium erfüllt, wenn die kontrollierte juristische Person mehr als 80 % ihrer Tätigkeiten für die Ausführung von Aufgaben ausübt, mit denen sie von dem oder den die Kontrolle ausübenden öffentlichen Auftraggeber/n betraut wurde/n. Bei der 80-%-Wertbestimmung ist grundsätzlich vom durchschnittlichen Gesamtumsatz auszugehen, die der juristischen Person oder dem bzw. den öffentlichen Auftraggebern während der letzten drei Jahre vor Vergabe des Auftrags in Bezug auf die Leistungen entstanden sind (Art. 12 Abs. 5 VRL).

Interkommunale Kooperationen

Die Interkommunale Kooperation stellt die vertragliche Begründung oder Erfüllung einer Zusammenarbeit dar. Inhalt ist die Sicherstellung der zu erbringenden Dienstleistung im Hinblick auf gemeinsame Ziele, wobei diese ausschließlich durch öffentliche Interessen bestimmt sein darf.

Eine horizontale Vergaberechtsfreiheit interkommunaler Kooperationen setzt in Anknüpfung an die EuGH-Rechtsprechung vom 9. Juni 2009 und 19. Dezember 2009 („Stadtreinigung Hamburg“ sowie „Lecce“) künftig voraus, dass:

- der Vertrag ausschließlich zwischen öffentlichen Auftraggebern geschlossen wird,
- eine Zusammenarbeit zwischen den öffentlichen Auftraggebern mit dem Ziel begründet oder erfüllt wird, dass die von ihnen zu erbringenden öffentlichen Dienstleistungen im Hinblick auf die Erreichung gemeinsamer Ziele ausgeführt werden,
- die Durchführung dieser Zusammenarbeit ausschließlich durch Überlegungen im Zusammenhang mit dem öffentlichen Interesse bestimmt wird und
- die beteiligten öffentlichen Auftraggeber auf dem freien Markt weniger als 20 % der durch die Zusammenarbeit erfassten Tätigkeiten erbringen²⁾ (Art. 12 Abs. 4 Buchst. a bis c VRL).

Selbstreinigung

Erstmals enthalten die europäischen Vergaberegeln als subjektives Recht des Bewerbers/Bieters ausgestaltete Vorschriften zur Heilungsmöglichkeit von festgestellten Ausschlussgründen („Selbstreinigung“, Art. 57 Abs. 6 VRL). Der öffentliche Auf-

traggeber ist zur Prüfung der vom Bewerber/Bieter vorgetragenen Maßnahmen zur Selbstreinigung verpflichtet. Dabei wird dem Auftraggeber jedoch ein Beurteilungsspielraum zugestanden. Voraussetzungen einer wirksamen Selbstreinigung sind:

- ein finanzieller Ausgleich des entstandenen Schadens oder die Verpflichtung dazu,
- umfassende und aktive Zusammenarbeit mit den Ermittlungsbehörden zur Klärung der Tatsachen und Umstände, die zu dem Fehlverhalten geführt haben,
- konkrete technische, organisatorische und personelle Maßnahmen (Compliance-Maßnahmen) zur Vermeidung künftiger Straftaten oder Verfehlungen.

Vergaberechtsfreie Vertragsänderungen

Künftig werden unter bestimmten Voraussetzungen Änderungen während der Vertragslaufzeit ohne neues Ausschreibungsverfahren möglich sein. Grundlage hierfür ist im Wesentlichen die in Art. 72 VRL umgesetzte EuGH-Rechtsprechung. Daneben wird der bisherige Ausnahmetatbestand für eine zulässige Anwendung eines Verhandlungsverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung bei zusätzlichen Leistungen in die neue Regelung eingebaut (vgl. für nationale Vergaben: § 3 Abs. 5 Buchst. Buchst. d VOL/A).

Art. 72 VRL lässt eine vergaberechtsfreie Vertragsänderung beispielsweise zu, wenn

- die Änderungen bereits Bestandteil der Bekanntmachung der ursprünglichen Ausschreibung in Form von klaren und präzisen/eindeutigen Überprüfungsklauseln (die auch Preisprüfungsklauseln beinhalten können) waren,
- sich der Gesamtcharakter des Auftrages nicht verändert,
- zusätzliche, ursprünglich nicht vorgesehene Leistungen erforderlich werden und der Wechsel des Auftragnehmers für den Auftraggeber unzumutbar ist. Ein neues Vergabeverfahren ist auch dann nicht erforderlich, wenn
- eine Änderung aufgrund von Umständen erforderlich wurden, die ein seiner Sorgfaltspflicht nachkommender öffentlicher Auftraggeber nicht vorhersehen konnte,
- sich der Gesamtcharakter des Auftrags aufgrund der Änderung nicht verändert und

2) Pendant zur Wesentlichkeit bei Inhouse-Geschäften

- eine etwaige Preiserhöhung nicht mehr als 50 % des Werts des ursprünglichen Auftrags oder der ursprünglichen Rahmenvereinbarung beträgt, wobei bei aufeinanderfolgenden Änderungen diese Beschränkung für den Wert jeder einzelnen Änderung gilt.

Keiner neuen Vergabe bedarf es nach Art. 72 Abs. 1 d VRL, wenn ein neuer Auftragnehmer den bisherigen Auftragnehmer ersetzt und dies aufgrund einer eindeutig formulierten Überprüfungs Klausel oder Option oder der Tatsache erfolgte, dass ein anderer Wirtschaftsteilnehmer, der die ursprünglich festgelegten qualitativen Eignungskriterien erfüllt, im Zuge einer Unternehmensumstrukturierung (einschließlich Übernahme, Fusion, Erwerb oder Insolvenz) ganz oder teilweise an die Stelle des ursprünglichen Auftragnehmers tritt, sofern dies keine weiteren wesentlichen Änderungen des Auftrags zur Folge hat und nicht dazu dient, die Anwendung dieser Richtlinie zu umgehen.

Als weiteren Ausnahmetatbestand enthält Art. 72 Abs. 2 VRL als Auffangtatbestand die „De-Minimis-Regel“ (Geringfügigkeitsgrenze). Danach können Aufträge auch ohne neues Vergabeverfahren geändert werden, wenn

- der Wert der Änderungen nicht die EU-Schwellenwerte übersteigt und 10 % des ursprünglichen Auftragswerts bei Liefer- und Dienstleistungsaufträgen bzw. 15 % des ursprünglichen Auftragswerts bei Bauaufträgen nicht überstiegen werden³⁾ und

- der Gesamtcharakter des Auftrags oder der Rahmenvereinbarung sich aufgrund der Änderungen nicht verändert.

Gleichrangigkeit von Offenem und Nicht offenem Verfahren

Der aus dem deutschen Haushaltsrecht stammende Grundsatz, dass die Öffentliche Ausschreibung immer Vorrang hat und den größtmöglichen Wettbewerb ermöglicht, galt bisher auch für die EU-weiten Vergaben. Hier hat das Offene Verfahren absoluten Vorrang. Die europäischen Vergaberichtlinien räumen dem Offenen und dem Nicht offenen Verfahren jedoch schon immer Gleichrangigkeit ein, so auch die Richtlinien 2014 (Art. 26 Abs. 2 VRL). Danach kann das Offene Verfahren und das Nicht offene Verfahren jederzeit gleichrangig angewandt werden.

Die Begrenzung des Nicht offenen Verfahrens auf die Ausnahmetatbestände § 101 Abs. 7 GWB i. V. m. § 3 EG Abs. 2 VOL/A dürfte wohl europarechtswidrig sein. Deshalb sollen künftig auch im deutschen Vergaberecht das Offene Verfahren und das Nicht offene Verfahren gleichrangig anwendbar sein. Diese Problematik ist auch für die Vergabe freiberuflicher Leistungen nach der VOF relevant. Bei der Neuordnung der VOF-Leistungen in der VgV bedarf es einer europarechtskonformen Formulierung, wobei das Ver-

3) Im Falle mehrerer aufeinanderfolgender Änderungen wird deren Wert auf der Grundlage des kumulierten Nettowertes der aufeinanderfolgenden Änderungen bestimmt.

handlungsverfahren auch weiterhin als Regelverfahren beibehalten werden kann, ohne die beiden anderen Vergabearten als Wahlmöglichkeiten auszuschließen.

Stärkung des Verhandlungsverfahrens

Das Verhandlungsverfahren wird künftig auch zulässig sein, wenn die Auftragsvergabe

- wegen der Art oder der Komplexität der Leistung oder des rechtlichen oder finanziellen Rahmens nicht ohne Verhandlungen möglich ist oder
- konzeptionelle oder innovative Lösungen umfasst und beispielsweise eine Leistungsbeschreibung deshalb nur funktional möglich ist (Art. 26 Abs. 2 VRL).

Öffentliche Auftraggeber haben dann einen umfassenderen Spielraum als bisher, in das Verhandlungsverfahren einzusteigen. Im Übrigen wurden die Voraussetzungen zum wettbewerblichen Dialog dem Verhandlungsverfahren gleichgestellt; die Zulässigkeitsvoraussetzung der „besonderen Komplexität des Auftrags“ beim wettbewerblichen Dialog entfällt.

Innovationspartnerschaften

Die durch Art. 31 VRL neu eingeführten Innovationspartnerschaften lassen zur Entwicklung innovativer Produkte und Dienstleistungen ohne die Vorgabe konkreter Lösungswege durch den Auftraggeber und auf der Grundlage bereits vorhandener Entwicklung eines Produkts oder einer



**Saurer Boden
gefährdet unsere
Wälder!**

KALKEN HILFT!



www.naturkalk.de

Dienstleistung eine erleichterte Beauftragung ohne ein erneutes Vergabeverfahren zu. Mit ihrer Zielrichtung und ihrem Inhalt entsprechen die Innovationspartnerschaften dem wettbewerblichen Dialog.

Rahmenvereinbarungen

Nach derzeitigem europäischem Recht steht es den Mitgliedsstaaten frei, die in den Richtlinien geregelten Vorschriften zu Rahmenvereinbarungen in nationales Recht umzusetzen (Umsetzungsermessens). Künftig wird hieraus ein Anwendungsermessens der öffentlichen Auftraggeber. Die Mitgliedsstaaten haben dann die Vorschriften in jedem Fall umzusetzen (s. Art. 33 Abs. 1 VRL). Die Auftraggeber können dann Rahmenvereinbarungen nicht nur im Bereich der VOL/A und der Sektorenverordnung (§ 4 VOL/A, § 4 EG VOL/A, § 9 SektVO), sondern auch bei VOB- und VOF-Verfahren anwenden.

Einheitliche Europäische Eigenerklärung (EEE)

Zu Verfahrensvereinfachung und Aufwandsreduzierung bei den öffentlichen Auftraggebern und bei den Bewerbern/Bietern soll die „Einheitliche Europäische Eigenerklärung“ führen. Dazu wird es künftig ein (ausschließlich elektronisch verwendbares) standardisiertes Formular geben, welches auf der Grundlage der vom Auftraggeber vorgegebenen Eignungsanforderungen als Eigenerklärung durch den Bewerber/Bieter im Verfahren vorgelegt wird, um die Eignung zunächst nachzuweisen. Erst im Falle des Zuschlags wird die Vorlage von Originalnachweisen/Dokumenten erforderlich.

Das Formular soll alle Ausschlussgründe und die Eignungsanforderungen, die in der Vergaberichtlinie aufgeführt sind, widerspiegeln. Es wird derzeit von der Kommission entwickelt und soll nach einer Diskussionsrunde mit den Mitgliedsstaaten beschlossen werden. Wesentliche Änderungen ergeben sich dadurch in Deutschland nicht (siehe bisherige Regelungen: § 6, §§ 6 EG, 7 EG VOL/A und Mustervordruck 124 im Vergabehandbuch Bund).

Zuschlagskriterien

Zuschlagskriterien sind ein zentrales Element bei der Auftragsvergabe. In Deutschland gilt das „wirtschaftlichste Angebot“ als Zuschlagskriterium, unter dem eine ganze Reihe von Kriterien wie beispielsweise Qualität, Zweckmäßigkeit, Kunden-

dienst, technischer Wert, Umwelteigenschaften, Lebenszykluskosten oder auch der Preis als eines von vielen Kriterien festgelegt werden (vgl. z. B. § 16 Abs. 8, § 19 EG Abs. 9 VOL/A).

Dieses System wird in den neuen Richtlinien aufgegriffen; das „wirtschaftlich günstigste Angebot“ gilt danach als Oberbegriff für das Zuschlagskriterium. Um den Unterschied zu dem bisherigen Kriterium des „wirtschaftlich günstigsten Angebots“ deutlich zu machen, wird klargestellt, dass das neue Kriterium sich auf das „beste Preis-/Leistungsverhältnis“ bezieht. Demzufolge enthält das „Zuschlagskriterium „wirtschaftlich günstigstes Angebot“ künftig die zwei Elemente „Bestes Preis- und Leistungsverhältnis“.

Unter „Leistungsverhältnis“ fallen Kriterien wie Qualität, Zweckmäßigkeit, Technischer Wert, Kundendienst, soziale, umweltbezogene oder innovative Eigenschaften. Die Bestimmung des Preis- oder Kostenelements wird in den Richtlinien gesondert erläutert und erfolgt anhand einer Kosten-Wirksamkeits-Analyse, wie etwa einer Lebenszykluskostenberechnung.

Die neuen Richtlinien lassen, wie bisher, auch eine Bewertung allein nach dem günstigsten Preis bzw. den günstigsten Kosten zu. Dies wird für Auftraggeber aber nur dann sinnvoll sein, wenn es sich um handelsübliche Leistungen handelt oder die Leistung derart standardisiert ist, dass Qualitätsmerkmale keinen Unterschied ausmachen und auch nicht zusätzlich als vergleichendes Element bei der Angebotsbewertung nutzbar sind.

Es steht den Mitgliedsstaaten frei, für bestimmte Leistungen den Preis bzw. die Kosten als alleiniges Kriterium nicht zuzulassen, sondern auch qualitätsmäßige Bewertungskriterien für die Zuschlagserteilung vorzuschreiben. Dies gilt beispielsweise bei geistig-schöpferischen Leistungen, wie etwa Planungsleistungen. Gerade hier kommt es auch jetzt schon, nicht zuletzt wegen des bei Architekten- und Ingenieurleistungen geltenden Preisrechts der HOAI, auf Qualität und nicht (allein) auf den Preis an. Allerdings ist im Rahmen von Innovationspartnerschaften oder wettbewerblichen Dialogen das „beste Preis-/Leistungsverhältnis“ als Zuschlagskriterium zwingend vorgegeben. Wichtig ist auch, dass die Zuschlagskriterien mit dem Auftragsgegenstand in Verbindung stehen müssen.

Die bisherige strikte Trennung von Eignungs- und Zuschlagskriterien bei der Auswahl und Bewertung der Angebote wird in der Weise gelockert, dass immer dann, wenn die Qualität des eingesetzten Personals erheblichen Einfluss auf das Niveau der Auftragsausführung haben kann, eine Bewertung anhand qualitativer, umweltbezogener und/oder sozialer Aspekte wie Organisation, Qualifikation oder Erfahrung des mit der Auftragsausführung betrauten Personals zulässig ist (Art. 67 Abs. 2 b VRL). Hier handelt es sich nicht um eine vollständige Aufgabe des bisher strikten Trennungsprinzips, es wird lediglich gelockert. Dabei haben Auftraggeber künftig vorzugeben, dass Bieter in ihren Angeboten über die Vorlage von Konzepten eine Verknüpfung der zu bewertenden genannten Kriterien zur Erbringung der geforderten Dienstleistung mit dem vorgesehenen Personal herstellen müssen.

Gesetzliche Kündigungsrechte

Wenn

- ein Vertrag während der Laufzeit unzulässigerweise ohne ein erforderliches Ausschreibungsverfahren verändert wurde,
 - ein bei Vertragsabschluss bereits vorliegender Ausschlussgrund eines Bieters erst nach Vertragsabschluss erkannt wird,
 - der öffentliche Auftrag aufgrund einer schweren Verletzung von Pflichten aus dem AEU (EU-Vertrag) zustande kam, der Auftrag also wegen eines Verstoßes gegen das Vergaberecht gar nicht erst geschlossen werden durfte,
- müssen es nationale Vorschriften dem Auftraggeber ermöglichen, den Vertrag zu kündigen. Die Umsetzung dieser Vorgabe wird im Teil IV des GWB erwartet.

Umsetzungsfrist

Die Umsetzungsfrist der neuen Richtlinien endet am 17. April 2016 (Art. 90 Abs. 1 VRL), damit treten auch die bisherigen Richtlinien außer Kraft.

H. Schaller,
hans.schaller@gmx.de, Dipl.-Verwaltungswirt, war Prüfungsbeamter in der staatlichen Rechnungsprüfung. Er leitet als nebenamtlicher Dozent Seminare zum Vergaberecht an der Bayerischen Beamtenfachhochschule und an der Bayerischen Verwaltungsschule.

