



Das neue Vergaberecht 2016: Eine Darstellung und Bewertung

Norbert Portz, Deutscher Städte- und Gemeindebund

I. Umsetzung von EU-Vergaberichtlinien

In Deutschland gibt es seit dem 18. April 2016 für alle Vergaben oberhalb der EU-Schwellenwerte (Baubereich: 5,225 Millionen Euro; Liefer- und Dienstleistungsaufträge: 209 000 Euro; Dienst- und Lieferaufträgen von Sektorenauftraggebern 418 000 Euro, jeweils ohne Umsatzsteuer) ein neues Vergaberecht. Mit dem Inkrafttreten der Vergaberechtsreform werden drei EU-Richtlinien in nationales Recht umgesetzt:

- Richtlinie über die öffentliche Auftragsvergabe 2014/24/EU (VRL),
- Richtlinie 2014/23/EU über die Konzessionsvergabe (KVR) und
- Richtlinie über die Sektorenvergabe 2014/25/EU (SRL).

Der 4. Teil des GWB (Erste Stufe der Vergaberechtsreform) ist nach den erfolgten Beschlussfassungen des Bundestags vom 17. Dezember 2015 und des Bundesrats vom 18. Dezember 2015 mit seiner Neufassung am 23. Februar 2016 im Bundesgesetzblatt (Teil I Nr. 8) veröffentlicht worden. Weiter hat die Bundesregierung am 20. Januar 2016 den Entwurf einer Verordnung zur Modernisierung des Vergaberechts (Zweite Stufe) beschlossen. Der Deutsche Bundestag hat am 25. Februar 2016 auf der Grundlage eines bestehenden Parlamentsvorbehalts dieser Verordnung zugestimmt und der Bundesrat hat am 18. März 2016 den Verordnungsentwurf beschlossen. Diese sogenannte Mantelverordnung ist als „Verordnung zur Modernisierung des Vergaberechts (Vergaberechtsmodernisierungsverordnung – VergRModVO)“ am 14. April 2016 im Bundesgesetzblatt, BGBl. Jahrgang 2016 Teil I Nr. 16, S. 624 ff., veröffentlicht worden. Sie löst die alte Vergabeverordnung, die lediglich eine „Scharnierfunktion“ zwischen dem GWB und den Vergabeordnungen (VOB/A, VOL/A, VOF) hatte, und die daher keine näheren Bestimmungen zum Vergabeverfahrensrecht enthielt, ab. Mit der neuen Vergabeverordnung wird insbesondere das Vergabeverfahrensrecht oberhalb der EU-Schwellenwerte neu und umfassend geregelt. Nach dem Inkrafttreten der Vergaberechtsreform auf nationaler Ebene richten sich somit alle Vergaben oberhalb des EU-Schwellenwerts nach dem neuen Recht. Das Gleiche gilt für die Vergabe von Konzessionsverträgen, für die der Schwellenwert ohne Umsatzsteuer 5,225 Millionen Euro beträgt.

Aber auch unterhalb des EU-Schwellenwertes, also im Tagesgeschäft der kommunalen Auftragsvergaben, hat das neue EU-Vergaberecht Auswirkungen. Zu nennen sind nur die Neuregelungen über die Freistellung vom Vergaberecht bei „Öffentlich-öffentlicher Zusammenarbeit“, zu den „Auftragsänderungen während der Vertragslaufzeit“, aber auch die Grundregeln zur Leistungsbeschreibung, zur Eignung einschließlich der „Selbstreinigung“ und zur Zuschlagserteilung. Hier kann es keinen Unterschied machen, ob der EU-Schwellenwert erreicht ist oder nicht.

II. Neue Struktur des Vergaberechts

1. Erweitertes GWB

Das Vergaberecht hat eine völlig neue Struktur erhalten: Oberhalb der EU-Schwellenwerte werden die wesentlichen Aspekte für alle Vergaben auf einer ersten (Gesetzes-)Stufe im Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) geregelt. Diese wesentlichen Aspekte betreffen insbesondere Neuregelungen zu den Grundsätzen der Vergabe (§ 97 GWB), zum Anwendungsbereich (98 ff. GWB), zu den Ausnahmen vom Vergaberecht bei öffentlich-öffentlicher Zusammenarbeit (§ 108 GWB), zu den Verfahrensarten (§ 119 GWB), zur Leistungsbeschreibung (§ 121 GWB), zur Eignung und zu den zwingenden und fakultativen Ausschlussgründen (§ 122 ff. GWB), zur Selbstreinigung von Unternehmen (§ 125 GWB), zum Zuschlag (§ 127 GWB), zur Auftragsausführung (§ 128 GWB), zu den Auftragsänderungen während der Vertragslaufzeit (§ 132 GWB) sowie zur Kündigung von öffentlichen Aufträgen in besonderen Fällen (§ 133 GWB). Nicht zuletzt durch diese Neuregelungen wird das GWB (4. Teil) auf circa 190 Normen ausgeweitet.

2. Neue Vergabeverordnungen

Weiter gibt es auf einer zweiten Stufe unterhalb des GWB (Erste Stufe) eine Mantelverordnung als Vergaberechtsmodernisierungsverordnung (VergRModVO). Diese beinhaltet insgesamt 7 Artikel mit konkreten Regeln zum Vergabeverfahren:

Artikel 1 enthält die für klassische Auftragsvergaben geltende Verordnung über die Vergabe öffentlicher Aufträge (Vergabeverordnung - VgV). In die klassische Vergabeverordnung wurden die bisherige EG-VOL/A und die bisherige VOF integriert. Beide bisher eigenständigen Regelungsbereiche (EG-VOL/A und VOF) sind daher weggefallen. Die neue Vergabeverordnung hat aber im Hinblick auf die Vergabe von Architekten- und Ingenieurleistungen zwei eigene Abschnitte erhalten: Einen Abschnitt 5 über die Vergabe von „Planungswettbewerben“ sowie einen Abschnitt 6 über „Besondere Vorschriften für die Vergabe von Architekten- und Ingenieurleistungen“. Dabei sieht § 78 VgV eine Stärkung von Planungswettbewerben auch in Form einer – einschränkenden - Dokumentationsvorgabe durch den öffentlichen Auftraggeber vor. So ist in § 78 Abs. 2 S. 3 VgV bestimmt:

„Der öffentliche Auftraggeber prüft bei Aufgabenstellungen im Hoch-, Städte- und Brückenbau sowie der Landschafts- und Freiraumplanung, ob für diese ein Planungswettbewerb durchgeführt werden soll und dokumentiert seine Entscheidungen“.

In Artikel 2 der Mantelverordnung findet sich die Verordnung über die Vergabe von öffentlichen Aufträgen im Bereich des Verkehrs, der Trinkwasserversorgung und der Energieversorgung (Sektorenverordnung – SektVO) durch Sektorenauftraggeber.

Mit Art. 3 enthält die Verordnung über die Vergabe von Konzessionen (Konzessionsvergabeverordnung - KonzVgV) umfassende Regelungen über die erstmalig vergaberechtlich erfasste (Dienstleistungs-)Konzessionsvergabe sowie über die Vergabe von Baukonzessionen.

Art. 4 enthält als neues Regelwerk die Verordnung zur Statistik über die Vergabe öffentlicher Aufträge und Konzessionen (Vergabestatistikverordnung - VergStatVO). Sie gibt den öffentlichen Auftraggebern erstmalig auf der Basis von § 114 GWB die Übermittlung statistischer Daten an das Bundesministerium für Wirtschaft und Energie über die von ihnen durchgeführten Vergaben öffentlicher Aufträge und Konzessionen vor. Diese Verpflichtung für öffentliche Auftraggeber, umfangreiche statistische Daten zu ihren Vergaben sowohl unter- wie oberhalb der EU-Schwellenwerte zu erheben, ist zu kritisieren. Sie trägt den Zielen der Vereinfachung nicht Rechnung, sondern wird angesichts des Umfangs der zu erfassenden Vergaben einen zusätzlichen Ermittlungs- und Personalaufwand und damit auch Zusatzkosten bei den Vergabestellen auslösen.

Artikel 5 enthält Folgeänderungen in der Vergabeverordnung für die Bereiche Verteidigung und Sicherheit (VSVgV). Artikel 6 betrifft Folgeänderungen in anderen Rechtsbereichen und Artikel 7 regelt das unterschiedliche Inkrafttreten einzelner Artikel sowie das Außerkrafttreten der derzeit geltenden Vergabeverordnung und der Sektorenverordnung.

3. Kritik: Fortbestand der VOB/A-EU

Daneben bleibt die Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen insbesondere oberhalb der EU-Schwellenwerte als eigenes Regelwerk bestehen. Hiermit verbunden ist wegen der Beibehaltung der bisherigen Paragraphenfolge sowie der neu vorgenommenen Integration des EU-Vergaberechts eine schwere Lesbarkeit der neuen VOB/A. So enthält diese viele komplexe Regeln und Unterteilungen in a-d-Normen“. Durch Bekanntmachung der neuen VOB/A am 19. Januar 2016 wurden die neue VOB/A 1. bis 3. Abschnitt sowie die Änderungen an der VOB/B im Bundesanzeiger veröffentlicht. Die VOB/A-Änderungen treten aber erst zum 18. April 2016 in Kraft. Es muss daher die Umsetzung der EU-Vergaberechtsreform abgewartet werden. Sie erfolgt entweder durch die VgV (2. Abschnitt) oder durch die VSVgV (3. Abschnitt). Hinsichtlich der für die Kommunen wichtigen EU-Unterschwellenvergaben ist darüber hinaus erforderlich, dass die jeweils zuständige Landesregierung den insofern maßgeblichen 1. Abschnitt der VOB/A den Städten und Gemeinden als Haushaltsrecht zur Anwendung vorgibt.

Der Fortbestand des nunmehr bei europaweiten Vergaben zur Anwendung kommenden und VOB/A-EU genannten Regelwerks sprengt die von der Bundesregierung angestrebte einheitliche Struktur des neuen Vergaberechts. Dieser Fortbestand lässt sich auch nicht mit der weiter geltenden VOB/B und VOB/C begründen. Er birgt zudem die Gefahr divergierender Regeln in sich und bedeutet einen Systembruch. Dies ist umso unverständlicher, als dass sich für die neue VOB/A-EU wenig eigene Spielräume ergeben. So muss sich diese in die materiellen Gesetzesregelungen des neuen GWB-Vergaberechts, aber auch – teilweise (siehe § 2 VgV) der Vergabeverordnungen einfügen und darf insoweit keine anderen Vorgaben enthalten. Dies zeigt sich etwa daran, dass § 14 der VOB/A-EU im Hinblick auf die auch für Bauvergaben zwingend vorgeschriebene elektronische Kommunikation (s. §§ 97 Abs. 5 GWB, 9 ff. VgV) künftig keinen Öffnungstermin unter Beteiligung der Bieter mehr vorsieht. Die Eigenständigkeit einer VOB/A-EU ist daher hoffentlich nur zeitlich vorübergehend, so dass eine wirkliche Zusammenfassung des gesamten Vergaberechts in einer nächsten Stufe stattfinden kann.

4. Erst spätere Anpassung des Unterschwellenrechts

Die Bundesregierung plant ausdrücklich, eine Anpassung des Unterschwellenrechts zeitlich erst nach der Umsetzung der EU-Richtlinien und damit erst nach dem 18.04.2016 vorzunehmen. Folge ist, dass für das ca. 95 Prozent aller Vergaben ausmachende Massengeschäft der Beschaffungen unterhalb der EU-Schwellenwerte weiter die VOL/A (1. Abschnitt) sowie die VOB/A (1. Abschnitt) gelten.

Die damit vorgezeichnete Diskrepanz von Ober- und Unterschwellenrecht ist zu kritisieren. Es ist nicht einsehbar, dass seit dem 18.04.2016 im Oberschwellenbereich mit der freien Wahl des Auftraggebers zwischen Offenen und Nichtoffenen Verfahren (nach vorherigem Teilnahmewettbewerb) ein erleichtertes Vergaberecht gilt, dieses aber im Massengeschäft der Unterschwellenvergaben nicht nutzbar gemacht werden kann.

Zur Vermeidung eines Flickenteppichs bleiben Bund und Länder (Vergaberecht als Teil des Haushaltsrechts) daher aufgefordert, zeitgleich zum 18.04.2016 auch die flexibleren Verfahrensmöglichkeiten des Oberschwellenrechts auf den Unterschwellenbereich zu übertragen.

III. Konzessionen erstmalig vergaberechtlich ausschreibungspflichtig

Durch das neue Vergaberecht und die Konzessionsvergabeverordnung (KonzVO) werden erstmalig die Vergaben von Bau- und Dienstleistungskonzessionen einem eigenen vergaberechtlichen Regelwerk sowie der Nachprüfbarkeit durch Vergabekammern und Vergabesenate unterworfen. Die „Konzessionen“ sind in § 105 GWB definiert. Nach § 105 Abs. 1 S. 1 GWB sind

„Konzessionen entgeltliche Verträge, mit denen ein oder mehrere Konzessionsgeber ein oder mehrere Unternehmen

1. mit der Erbringung von Bauleistungen betrauen (Baukonzessionen)...; oder

2. mit der Erbringung und der Verwertung von Dienstleistungen betrauen, die nicht in der Erbringung von Bauleistungen nach Nummer 1 bestehen (Dienstleistungskonzessionen);...“

Begriffsinhalt einer Konzessionsvergabe ist nach § 105 Abs. 1 Nr. 1, 2. Halbsatz GWB weiter, dass

„die Gegenleistung entweder allein in dem Recht zur Nutzung des Bauwerks oder in diesem Recht zuzüglich einer Zahlung bzw. in dem Recht zur Verwertung der Dienstleistung oder in diesem Recht zzgl. einer Zahlung besteht“.

§ 105 Abs. 2 GWB bestimmt zudem, dass

„in Abgrenzung zur Vergabe öffentlicher Aufträge bei der Vergabe einer Bau- oder Dienstleistungskonzession das Betriebsrisiko für die Nutzung des Bauwerks oder für die Verwertung der Dienstleistungen auf den Konzessionsnehmer übergeht. Dies ist der Fall wenn

1. *unter normalen Betriebsbedingungen nicht gewährleistet ist, dass die Investitionsaufwendungen oder die Kosten für den Betrieb des Bauwerks oder die Erbringung der Dienstleistungen wieder erwirtschaftet werden können, und*
2. *der Konzessionsnehmer den Unwägbarkeiten des Marktes tatsächlich ausgesetzt ist, so dass potentielle geschätzte Verluste des Konzessionsnehmers nicht vernachlässigbar sind“.*

Die Vergabe von grundsätzlich bis zu fünf Jahren (s. § 3 Abs. 2 S. 1 KonzVgV) laufenden Konzessionen ist für Kommunen attraktiv. Grund ist, dass bei Konzessionen durch Dritte (Konzessionsnehmer = Konzessionär) Leistungen im öffentlichen Interesse durchgeführt werden, ohne dass die Kommune selbst an den Konzessionär ein volles Entgelt für seine erbrachte Leistung zahlt. Vielmehr refinanziert sich der Konzessionär statt über die Kommune über die Nutzer der Leistungen. Beispiele für (Dienstleistungs-)Konzessionen sind das von einem Dritten bereitgestellte Schulessen, für das die Eltern der Schüler an den Konzessionär ein Entgelt zahlen, die Parkplatzbetreuung eines öffentlichen Parkhauses, für das die Parkplatznutzer zahlen, aber auch die Stadtmöblierung oder gegebenenfalls die Vergabe von Weihnachtsständen für den Weihnachtsmarkt an einen externen Gesamtbetreiber. Liegt das Betriebsrisiko, etwa für den Lieferanten des Schulessens, bei diesem und zahlt die Gemeinde keinen - vollen – Ausgleich und nimmt sie ihm daher das wirtschaftliche Risiko nicht ab, liegt wegen der nicht sicheren Amortisation und den Unwägbarkeiten des Marktes eine Konzession vor.

Diese ist nach den Vorgaben von Art. 8 der Richtlinie 2014/23/EU (Richtlinie über die Konzessionsvergabe) erst ab einem Schwellenwert von 5,225 Millionen Euro europaweit ausschreibungspflichtig. Unterhalb dieses Schwellenwerts liegt dann, wenn der Konzessionär das Betriebsrisiko hat, keine europaweit nach dem Vergaberecht ausschreibungspflichtige Konzession vor. Auch kommt die Vergabeverordnung wegen einer Vergabe von „normalen“ Liefer- oder Dienstleistungen mit ihrem geringeren Schwellenwert von 209 000 Euro in diesem Fall nicht zur Anwendung. Denn Konzessionen fallen begrifflich nicht unter die Vergabeverordnung. Kommunen kann daher durchaus empfohlen werden, verstärkt von der Vergabe von (Dienstleistungs-) Konzessionen Gebrauch zu machen, indem sie das Betriebsrisiko auf den Konzessionär verlagern. Denn in diesen Fällen sind sie erst ab einem Schwellenwert von 5,225 Millionen Euro verpflichtet, europaweit nach dem Vergaberecht auszuschreiben. Liegt das Betriebsrisiko, etwa bei Zahlung eines Entgelts an den Caterer, dagegen nicht beim Konzessionär, ist die Kommune bei einem gleich gelagertem Sachverhalt verpflichtet, diese Leistung nach dem „normalen Vergaberecht“ (VgV) bereits ab 209 000 Euro europaweit auszuschreiben.

IV. Freistellung von Rettungsdienst, Rechtsdienstleistungen und Wasserversorgung vom Vergaberecht

Ausdrücklich durch neue Ausnahmeregelungen vom Vergaberecht freigestellt worden sind bestimmte und speziell für die Kommunen wesentliche Leistungen. So ist das Vergaberecht nach § 107 Abs. 1 Nr. 4 GWB nicht anzuwenden auf:

„Dienstleistungen des Katastrophenschutzes, des Zivilschutzes und der Gefahrenabwehr, die von gemeinnützigen Organisationen oder Vereinigungen erbracht werden und die unter die CPV-Codes „75250000-3, 75251000-0, 75251100-1,

75251110-4, 75251120-7, 75252000-7, 75222000-8, 98113100-9 und 85143000-3“, mit Ausnahme des Einsatzes von Krankenwagen zur Patientenbeförderung fallen.“

Für die kommunale Beschaffungspraxis von Relevanz ist diese Neuregelung speziell deswegen, weil damit ausdrücklich eine Freistellung des unter dem CPV-Code erfassten Rettungsdienst (CPV-Code 75252000-7) vom Vergaberecht verbunden ist. Ob der Rettungsdienst in den einzelnen Bundesländern nach dem sogenannten Submissions- oder aber dem Konzessionsmodell abgewickelt wird, ist vor diesem Hintergrund ohne Bedeutung.

Auch Rechtsdienstleistungen, die etwa die Vertretung eines Mandanten (Kommune) durch einen Rechtsanwalt in Gerichts- oder Verwaltungsverfahren vor nationalen oder internationalen Gerichten, Behörden oder Einrichtungen betreffen, fallen zukünftig nach § 116 Abs. 1 Nr. 1 Buchst. a) aa) GWB ausdrücklich nicht unter das Vergaberecht. Ebenso werden notarielle Beurkundungen und die Tätigkeiten von gerichtlich bestellten Betreuern, Sachverständigen und auch Insolvenzverwaltern vom Vergaberecht freigestellt (§ 116 Abs. 1 Nr. 1 Buchst. d) GWB).

Schließlich unterliegen nach § 149 Nr. 9 GWB auch Konzessionen im Bereich der Wasserversorgung nicht dem Vergaberecht.

V. Besonderheiten für soziale und andere besondere Dienstleistungen

Nach § 130 GWB gelten für die Vergabe von sozialen und anderen besonderen Dienstleistungen (Gesundheit, Bildung etc.) im Sinne des Anhangs XIV der Richtlinie 2014/24/EU (VRL) erleichterte Beschaffungsregeln. Diese greifen zudem erst ab einem eigenen Schwellenwert von 750 000 Euro. Weiter ist es zum Beispiel in den genannten Bereichen, also insbesondere bei Dienstleistungen des Gesundheits-, Sozialwesens sowie auch im kulturellen Bereich (Beispiel: Durchführung von Stadtfesten oder kommunaler Kulturveranstaltungen), nach § 130 Abs. 1 GWB möglich, dass die Auftraggeber die Vergabeart, vorausgesetzt es findet ein Teilnahmewettbewerb statt, frei wählen. Vor diesem Hintergrund unterliegen aber auch Wach- und Sicherheitsdienste (CPV-Codes 79700000-1 bis 79721000-4), wie sie oft für Flüchtlingsunterkünfte benötigt werden, oder auch soziale und Rechtsdienstleistungen, soweit diese nicht ohnehin gänzlich vom Vergaberecht freigestellt sind (s. Punkt II. 3.) gelockerten vergaberechtlichen Vorgaben.

VI. Neues zur Schwellenwertberechnung

1. Auftragswertberechnung bei Beschaffung durch eigenständige Organisationseinheiten

Nach Art. 5 Abs. 2 der EU-Richtlinie 2014/24/EU (VRL) können bei eigenverantwortlichen Beschaffungen durch eigenständige Organisationseinheiten unter bestimmten Voraussetzungen die Auftragswerte der einzelnen Einheiten gesondert betrachtet werden. Hierzu heißt es in Art. 5 Abs. 2 Unterabsatz 2 VRL:

„(...) Ungeachtet des Unterabsatzes 1 können die Werte auf der Ebene der betreffenden Einheit geschätzt werden, wenn eine eigenständige Organisationseinheit

selbstständig für ihre Auftragsvergabe oder bestimmte Kategorien der Auftragsvergabe zuständig ist.“

Erwägungsgrund 20 der VRL ergänzt,

„dass es gerechtfertigt sein kann, die Auftragswerte auf der Ebene einer eigenständigen Organisationseinheit des öffentlichen Auftraggebers, etwa Schulen oder Kindergärten, zu schätzen, sofern die betreffende Einheit unabhängig für ihre Beschaffungsmaßnahmen zuständig ist. Hiervon kann ausgegangen werden, wenn die eigenständige Organisationseinheit unabhängig Verfahren zur Vergabe öffentlicher Aufträge durchführt und die Kaufentscheidungen trifft, wenn sie über eine getrennte Haushaltslinie für die betreffenden Auftragsvergaben verfügt, die Aufträge unabhängig vergibt und diese aus ihr zur Verfügung stehenden Haushaltsmitteln finanziert. Eine Aufteilung in Unterteilungen ist nicht allein dadurch gerechtfertigt, dass der öffentliche Auftraggeber eine Auftragsvergabe dezentral durchführt.“

Dieser Tatbestand zur gesonderten Berechnung der Schwellenwerte ist für die Kommunen sehr relevant. Insbesondere im Bereich von Schulen und Kindergärten erfolgen häufig gesonderte Budgetzuweisungen und die entsprechenden kommunalen Organisationseinheiten tätigen ihre Beschaffungen selbstständig. § 3 Abs. 2 S. 2 VgV greift in Umsetzung der EU-rechtlichen Vorgabe die Möglichkeit zur Berechnung der Schwellenwerte bei eigenständigen Organisationseinheiten auf. Dort heißt es:

„Eine Auftragsvergabe darf nicht so unterteilt werden, dass sie nicht in den Anwendungsbereich der Bestimmungen des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen oder dieser Verordnung fällt, es sei denn, es liegen objektive Gründe dafür vor, etwa wenn eine eigenständige Organisationseinheit selbstständig für ihre Auftragsvergabe oder bestimmte Kategorien der Auftragsvergabe zuständig ist.“

Bei Vorliegen „objektiver Gründe“ können Kommunen daher eine Berechnung des Auftragswerts bei Beschaffungen durch eigenständige Organisationseinheiten selbstständig für die jeweilige Auftragsvergabe vornehmen. Dies führt bei eigenständigen Organisationseinheiten (Beispiel: Schulen etc.) dazu, dass der EU-Schwellenwert weniger häufiger erreicht wird und weniger EU-Vergabeverfahren erforderlich sind.

2. Keine Addition bei der Vergabe freiberuflicher Leistungen

§ 3 Abs. 7 S. 3 VgV stellte in seiner Altfassung für die Schwellenwertermittlung bei der Vergabe mehrerer Teilaufträge freiberuflicher Leistungen darauf ab, dass nur dann eine Addition der Teilaufträge zu erfolgen hatte, wenn diese mehrere Teilaufträge *„derselben freiberuflichen Leistung“* erfasste. Dies bedeutete im Ergebnis, dass etwa bei einer Planung eines Schulgebäudes die Leistung eines Objektplaners (Architekten) nicht mit derjenigen Leistung eines Fachplaners, also etwa eines Tragwerksplaners (Ingenieurs), zu addieren war. Diese Vorgabe und Möglichkeit aus § 3 Abs. 7 S. 3 VgV (alt) zur Berechnung der Lose für die Schwellenwertermittlung „nur“ auf mehrere Teilaufträge *„derselben“* freiberuflichen Leistung war zunächst im Entwurf der Neufassung der VgV vom 10. November 2015 entfallen.

In der Begründung zu § 3 der VgV wies der Rechtsgeber auf die Entscheidung „Autalhalle“ des EuGH (Urteil vom 15.03.2012 – C-174/10) hin. Nach dieser Entschei-

dung ist – so die Begründung – eine Aufteilung bei verschiedenen freiberuflichen Leistungen jedenfalls nicht gerechtfertigt, wenn die Leistung, die aufgeteilt wird, unter „*funktionalen Gesichtspunkten*“ einen einheitlichen Charakter aufweist.

Die Vorgabe in der Vergabeverordnung (Entwurf) vom 10. November 2015 hätte zu einer deutlichen Ausweitung von EU-Verfahren bei der Vergabe unterschiedlicher freiberuflicher Leistungen für ein Bauwerk geführt. In der kommunalen Praxis müssten bei einer Addition aller freiberuflichen Planungsleistungen für ein Bauwerk, zum Beispiel bei einem Kindergarten mit Baukosten von 1,2 Millionen Euro, alle - freiberuflichen - Planungsleistungen addiert werden. Dies würde bedeuten, dass zwar die Baukosten dieses Kindergartens weit unter dem maßgeblichen VOB/A-EU-Schwellenwert von 5,225 Millionen Euro liegen und insoweit eine europaweite Ausschreibung nicht in Betracht kommt; die Planungsleistungen müssten aber wegen der Addition aller freiberuflichen Leistungen (Beispiel: Objektplaner einerseits und Tragwerksplaner andererseits) und der hier oft überschrittenen EU-Schwellenwertgrenze von 209 000 Euro europaweit ausgeschrieben werden.

Damit wäre für die Kommunen ein Mehraufwand verbunden. Hinzu kommt, dass kommunale Vergaben für freiberufliche Architekten- und Ingenieurleistungen bereits bei relativ kleinen Bauprojekten dem EU-Primärrechtsschutz vor den Vergabekammern unterworfen wären. Diese Rechtsfolge kann aber nicht zwingend aus der EuGH-Entscheidung „Autalhalle Niedernhausen“ entnommen werden. Dieser Entscheidung lag ein Sachverhalt zugrunde, bei der „gleichartige Architektenleistungen“ auf mehrere Jahre vergeben wurden. Nicht zuletzt wegen des nicht zwingenden Rückschlusses von der EuGH-Entscheidung zum ursprünglich – neuen - VgV-Text haben die kommunalen Spitzenverbände in ihrer Stellungnahme gegenüber dem Bundeswirtschaftsministerium von diesem auch eine Beibehaltung der alten Fassung der Vergabeverordnung gefordert.

In der Folge hat das Bundeswirtschaftsministerium in den Beratungen zur Vergabeverordnung in § 3 Abs. 1 VgV des Entwurfs S. 2 gestrichen. Dieser lautete:

„Dabei ist der Wert der Leistungen, die in einem funktionalen Zusammenhang stehen, bei der Auftragswertberechnung zusammenzurechnen.“

In der Neufassung der Vergabeverordnung wird nunmehr in § 3 Abs. 7 S. 2 VgV geregelt, dass bei der Beschaffung von Planungsleistungen nur der Wert für Lose „*gleichartiger Leistungen*“ zusammenzurechnen ist. Zusätzlich wird in § 3 Abs. 6 S. 2 VgV entgegen der ursprünglichen VgV-Entwurfassung klargestellt, dass Bau- und Planungsleistungen nicht gemeinsam vergeben werden müssen. Im Ergebnis wird damit der Forderung der kommunalen Spitzenverbände Rechnung getragen und die alte Rechtslage vorbehaltlich des Ausgangs des EU-Vertragsverletzungsverfahrens (s. Nr. 3) wieder festgeschrieben.

3. EU-Vertragsverletzungsverfahren gegen Deutschland

Nunmehr hat aber die EU-Kommission mit Schreiben vom 11. Dezember 2015 im Rahmen eines Vertragsverletzungsverfahrens (Nr. 2015/4228) ein Aufforderungsschreiben an die Bundesrepublik Deutschland gerichtet, das genau die Frage betrifft, ob bei der Vergabe freiberuflicher Leistungen auch unterschiedliche Leistungen vom Auftraggeber für die Schwellenwertermittlung zu addieren sind. Hintergrund sind die

in den Jahren 2013 und 2014 von der Stadt Elze (Niedersachsen) ohne Ausschreibung an verschiedenen orts- bzw. umgebungsansässige Büros vergebenen Planungsleistungen für die Objekt- und Tragwerksplanung sowie die Planung der technischen Ausrüstung zur Sanierung ihres Freibades im Gesamtwert von 457 222,70 Euro brutto. Die EU-Kommission ist unter Berufung auf die EUGH-Entscheidung vom 15. März 2012 („Autalhalle Niedernhausen“) der Auffassung, dass die Auftragswerte der vergebenen Aufträge zusammenzurechnen sind. Denn mit der Rechtsprechung hat – so die EU-Kommission – der EuGH festgestellt,

„dass, wenn Leistungen in wirtschaftlicher und technischer Hinsicht eine innere Kohärenz und eine funktionelle Kontinuität aufweisen, ein einheitlicher Auftrag vorliegt.“

Demgegenüber hatte die Bundesrepublik Deutschland in ihrer Stellungnahme vom 22. April 2015 an die EU-Kommission noch argumentiert, dass es sich bei den einzelnen Leistungen um verschiedene Leistungsbilder der HOAI handele, die nicht zusammengerechnet werden müssen. Da sich die EU-Kommission dieser Auffassung nicht anschließen konnte, bleibt der weitere Fortgang des Verfahrens abzuwarten.

VII. Neue Inhalte: Mehr Wirtschaftlichkeit und Gestaltungsfreiheit

1. Stärkung der Grundsätze der Wirtschaftlichkeit und Verhältnismäßigkeit

Positiv ist, dass das neue Vergaberecht ein Mehr an Wirtschaftlichkeit und Gestaltungsfreiheit bringt. So ist neu, dass nach § 97 Abs. 1 Satz 2 GWB bei der Vergabe öffentlicher Aufträge die „Grundsätze der Wirtschaftlichkeit und Verhältnismäßigkeit“ gewahrt werden müssen. Diese Rechtsvorgabe betrifft alle Stufen des Vergabeverfahrens und nicht nur die Eignung und die Zuschlagserteilung. Sie richtet sich auch an „überschießende Landesregeln und Gesetzgeber“, die mit ihren Tarif- und Vergabegesetzen trotz gut gemeinter Ziele gerade bei den Kommunen oft nur ein Mehr an Kosten und Bürokratie auslösen.

2. Mehr Gestaltungsspielraum in Vergabeverfahren

- Freie Wahl zwischen Offenem und Nichtoffenem Verfahren nach Teilnahmewettbewerb

Nach § 119 Abs. 2 S. 1 GWB steht zukünftig öffentlichen Auftraggebern nach ihrer freien Wahl das Offene sowie das Nichtoffene Verfahren, das stets einen Teilnahmewettbewerb erfordert, zur Verfügung. Damit wird in Deutschland eine Wahlmöglichkeit für öffentliche Auftraggeber zugelassen, die die EU-Kommission bereits seit dem Jahre 2004 auf der Grundlage der Vergabekoordinierungsrichtlinie zugelassen hat und von der andere Staaten der Europäischen Union längst Gebrauch gemacht haben. Die freiere Verfahrenswahl der Auftraggeber ist trotz der zweifellos gegebenen Vorteile des Offenen Verfahrens mit seinem breiten Wettbewerb zu begrüßen. Denn die freie Wahl stärkt die Entscheidungsfreiheit der Auftraggeber bei grundsätzlicher Wahrung des vorgeschalteten (Teilnahme-) Wettbewerbs.

- Ausweitung des Verhandlungsverfahrens nach Teilnahmewettbewerb

Auch die in § 14 Abs. 3 VgV vorgenommene Ausweitung des Verhandlungsverfahrens vergrößert mit der Möglichkeit, über die Vertragsinhalte und die Preise zu ver-

handeln, Spielräume öffentlicher Auftraggeber. So können Auftraggeber nach § 14 Abs. 3 Nr. 3 VgV Verhandlungsverfahren auch dann durchführen, wenn der Auftrag aufgrund konkreter Umstände,

„die mit der Art, der Komplexität oder dem rechtlichen oder finanziellen Rahmen oder den damit einhergehenden Risiken zusammenhängen“,

nicht ohne vorherige Verhandlungen vergeben werden kann. Kritisch zu hinterfragen sind die unbestimmten und auslegungsbedürftigen Rechtsbegriffe zur Anwendung des Verhandlungsverfahrens. Es ist daher zu erwarten, dass diese Unbestimmtheiten zu Rechtsstreitigkeiten führen werden.

- Rahmenvereinbarungen auch bei Vergabe von Bau- und Freiberuflichen Leistungen

Positiv ist auch die Ausweitung der flexiblen Rahmenvereinbarungen. Waren diese nach herrschender Meinung in der Rechtsprechung bisher nur bei Liefer- und Dienstleistungen sowie im Sektorenbereich möglich, werden über Art. 33 Abs. 1 VRL, §§ 103 Abs. 5 GWB sowie 21 Abs. 1 VgV Rahmenvereinbarungen jetzt auch bei der Vergabe von Bauleistungen und Freiberuflichen Leistungen ausdrücklich zugelassen.

- Nebenangebote auch zulässig, wenn Preis alleiniges Zuschlagskriterium ist

Der Bundesgerichtshof hatte in einer Grundsatzentscheidung (Divergenz-Vorlage aufgrund unterschiedlicher Entscheidungen von zwei Vergabesenaten) am 07. Januar 2014 entschieden, dass Nebenangebote unzulässig sind, wenn der Preis vom Auftraggeber in der Vergabebekanntmachung und den Vergabeunterlagen als alleiniges Wertungs- und Zuschlagskriterium vorgegeben ist. Diese Auffassung hat der Bundesgerichtshof nicht primär mit der Anwendung von EU-Recht begründet. Vielmehr hat der BGH maßgeblich darauf abgestellt, dass das Prinzip der Wirtschaftlichkeit (s. jetzt § 97 Abs. 1 GWB) verletzt wäre, wenn ein „nur“ preislich geringfügig besseres Nebenangebot, das aber qualitativ weitaus schlechter als das beste Hauptangebot ist, den Zuschlag erhalten müsse.

Diese BGH-Rechtsprechung ist durch die Neufassung in § 35 Abs. 2 S. 3 VgV „korrigiert“ worden. Danach können Nebenangebote durch den Auftraggeber auch zugelassen oder vorgeschrieben werden, wenn der Preis oder die Kosten das alleinige Zuschlagskriterium sind. Damit erweitert sich im Vergleich zu bisher der Gestaltungsspielraum für Auftraggeber für die Zulassung von Nebenangeboten. Erfreulicherweise ist die Möglichkeit zur Zulassung und Wertung von Nebenangeboten dann, wenn der Preis das einzige Zuschlagskriterium ist, auch in § 8 Abs. 3 S. 5 VOB/A-EU sowie 8 Abs. 3 S. 2 VOB/A, 1. Abschnitt, übernommen worden.

Nach § 35 Abs. 2 S. 1 VgV ist es dem Auftraggeber auch möglich, nicht nur Nebenangebote zuzulassen, sondern auch vorzuschreiben. Macht der Auftraggeber hiervon Gebrauch, muss er bei Vergaben oberhalb der EU-Schwellenwerte nach § 35 Abs. 2 S. 1 VgV in den Vergabeunterlagen Mindestanforderungen festlegen und angeben, in welcher Art und Weise Nebenangebote einzureichen sind.

- Erweiterte Heilung: Korrektur fehlerhafter Unterlagen möglich

Eine Erweiterung von Gestaltungsspielräumen stellt auch die den Auftraggebern in § 56 Abs. 2 S. 1 VgV eingeräumte, leider aber nicht in die VOB/A-EU übernommene Möglichkeit zur Nachforderung, Vervollständigung oder gar zur Korrektur von fehlenden oder fehlerhaften Unterlagen dar. In § 56 Abs. 2 S. 1 VgV ist insoweit bestimmt:

„Der öffentliche Auftraggeber kann den Bewerber oder Bieter unter Einhaltung der Grundsätze der Transparenz und der Gleichbehandlung auffordern, fehlende, unvollständige oder fehlerhafte unternehmensbezogene Unterlagen, insbesondere Eigen-erklärungen, Angaben, Bescheinigungen oder sonstige Nachweise nachzureichen, zu vervollständigen oder zu korrigieren, oder fehlende oder unvollständige leistungsbezogene Unterlagen nachzureichen oder zu vervollständigen“.

Die Unterlagen sind gem. § 56 Abs. 4 VgV vom Bewerber oder Bieter nach Aufforderung durch den öffentlichen Auftraggeber innerhalb einer von diesem festzulegenden angemessenen und nach dem Kalender bestimmten Frist vorzulegen. Zwar spricht vieles angesichts des in § 97 Abs. 1 GWB neu aufgenommenen Grundsatzes der „Wirtschaftlichkeit“ dafür, die „Kann“-Bestimmung in § 56 Abs. 1 S. 1 VgV in eine Ermessensreduzierung für den Auftraggeber und damit ein „muss“ zur Nachforderung etc. gegenüber dem Bestbieter dann auszulegen, wenn beim wirtschaftlichsten Bieter Unterlagen fehlen oder korrigierbar sind; anders als in der Vergangenheit zugelassen kann der Auftraggeber aber mit der Neuregelung neben fehlenden auch „fehlerhafte“ (unternehmensbezogene) Unterlagen von den Unternehmen nachreichen, vervollständigen oder korrigieren lassen. Dies betrifft zum Beispiel die Korrektur und Ersetzung einer vom Bestbieter vorgelegten, aber dem ausgeschriebenen Projekt – etwa wegen des geringfügigeren Projektumfangs - nicht vergleichbare Referenz (Eignungsbescheinigung), durch eine ordnungsgemäße und vergleichbare Referenz. Die neue Norm beinhaltet jedenfalls eine Erweiterung der bisher bestehenden Heilungsmöglichkeiten in Vergabeverfahren. Nicht korrigierbar sind dagegen grundsätzlich leistungsbezogene Unterlagen, so dass etwa die Korrektur wesentlicher Preise in den Angeboten oder das nachträgliche Unterschreiben des Angebots weiter unzulässig bleiben. Allerdings dürfte die Grenzziehung zwischen nicht vorliegenden und damit auszuschließenden leistungsbezogenen Angebotsinhalten und korrigierbaren unternehmensbezogenen Unterlagen und Erklärungen nicht immer leicht fallen.

Zu begrüßen ist weiter die Neuregelung in § 56 Abs. 2 S. 2 VgV, wo es heißt:

„Der öffentliche Auftraggeber ist berechtigt, in der Auftragsbekanntmachung oder den Vergabeunterlagen festzulegen, dass er keine Unterlagen nachfordern wird.“

Damit wird ein Streit auch in der bisherigen Rechtsprechung ausgeräumt und klargestellt, dass es das freie Ermessen des Auftraggebers ist, von der Nachforderung und in der Folge auch der Korrektur von Unterlagen abzusehen, wenn er dies eindeutig vorab transparent macht.

VIII. Modernisierung des Vergaberechts durch elektronische Kommunikation

1. Pflicht zur umfassenden Einführung der elektronischen Kommunikation

Die Vergaberechtsreform gibt vor, dass öffentliche Auftraggeber und die sich um öffentliche Aufträge bewerbenden und anbietenden Unternehmen das Vergabeverfah-

ren oberhalb der EU-Schwellenwerte künftig nur noch elektronisch durchführen dürfen. §§ 97 Abs. 5 des GWB und 9 Abs. 1 der VgV, die im Wesentlichen Art. 22 der EU-Richtlinie 2014/24/EU (VRL) über die öffentliche Auftragsvergabe umsetzen, bestimmen insoweit:

„Für das Senden, Empfangen, Weiterleiten und Speichern von Daten in einem Vergabeverfahren verwenden die öffentlichen Auftraggeber und die Unternehmen grundsätzlich Geräte und Programme für die elektronische Datenübermittlung (elektronische Mittel).“

2. Auch Unterschwellenvergaben modernisieren

Die Vorgabe zur Einführung der eVergabe beseitigt die gegenwärtige Wahlfreiheit bei der Verwendung elektronischer Mittel. Sie betrifft zwar „nur“ Auftragsvergaben über den EU-Schwellenwerten (Bau: 5,225 Millionen Euro; Liefer- / Dienstleistungen: 209 000 Euro). Die Modernisierung durch die eVergabe sollten Kommunen aber auch für das Massengeschäft der Unterschwellenvergaben nutzen.

3. Laufende Vergabeverfahren betroffen

Die Pflicht zur elektronischen Kommunikation betrifft das laufende Vergabeverfahren. Daher kann die Kommunikation nach § 9 Abs. 2 VgV weiter mündlich erfolgen,

„wenn sie nicht die Vergabeunterlagen, die Teilnahmeanträge, die Interessenbestätigungen oder die Angebote betrifft und wenn sie ausreichend und in geeigneter Weise dokumentiert wird.“

Das deutsche Recht stellt aber in §§ 97 Abs. 5 GWB, 9 Abs. 1 VgV klar, dass auch das „Speichern“ von Daten elektronisch erfolgen muss. Damit wird auch eine „digitale Vergabeakte“ künftig für die Kommunen Pflicht.

Die Einhaltung digitaler Verfahren wird zudem bei voll elektronischen Beschaffungsverfahren, also dynamischen Beschaffungssystemen, der elektronischen Auktion und dem elektronischen Katalog in einem weiteren Umfang vorgegeben. Hier sind auch wesentliche Elemente einer voll elektronischen Abwicklung bis in die Wertung hinein zwingend (§ 25 Abs. 2 VgV).

4. Übermitteln der Angebote in Textform

§ 53 Abs. 1 VgV besagt, dass

„die Unternehmen ihre Angebote ... in Textform nach § 126b des Bürgerlichen Gesetzbuchs mithilfe elektronischer Mittel übermitteln“.

§ 126 b BGB gibt insoweit vor, dass dann, wenn durch Gesetz Textform vorgeschrieben ist, eine lesbare Erklärung, in der die Person des Erklärenden genannt ist, auf einen dauerhaften Datenträger abgegeben werden muss. Nach diesen Vorgaben ist trotz der Einhaltung der elektronischen Kommunikation nicht zwingend eine elektronisch signierte Unterschrift, sondern „nur“ Textform erforderlich. Umgekehrt sind jedoch die Vorgaben des § 10 Abs. 1 VgV und das dort vorgegebene Sicherheitsniveau einzuhalten. So ist in § 10 Abs. 1 Nr. 4 VgV vorgegeben, dass

„nur die Berechtigten Zugriff auf die empfangenen Daten ... haben dürfen“.

Will der Bieter daher auch künftig sicherstellen, dass seine Angebote nicht nur die Identität des Absenders beweisen, sondern auch Schutz vor Veränderungen und eine Nichtbestreitbarkeit gewährleisten, kann dies neben einer qualifizierten elektronischen Signatur (§ 2 Nr. 1 SigG) insbesondere auch über geschlossene Vergabeplattformen (Bsp.: Vergabemarktplatz NRW) erfolgen.

5. Zeitliche Vorgaben

Kommunen müssen bei der Einführung der eVergabe folgende Fristen beachten:

- **Ab dem 18. April 2016:** Pflicht, den Unternehmen unentgeltlich, uneingeschränkt und vollständig sowie direkt den Zugang zu den Vergabeunterlagen durch elektronische Kommunikationsmittel zu ermöglichen und Pflicht zur Vornahme einer elektronischen Bekanntmachung EU-weit. § 9 Abs. 3 VgV bestimmt, dass der öffentliche Auftraggeber von jedem Unternehmen die Angabe einer eindeutigen Unternehmensbezeichnung sowie einer elektronischen Adresse verlangen kann (Registrierung). Weiter heißt es:

„Für den Zugang zur Auftragsbekanntmachung und zu den Vergabeunterlagen darf der öffentliche Auftraggeber keine Registrierung verlangen; eine freiwillige Registrierung ist zulässig“.

Damit ist zwar eine Registrierungspflicht für die Kommunikation über Vergabeportale weiter zulässig. Unzulässig ist aber eine Registrierung von Unternehmen für die bloße Einsicht in die Bekanntmachung und für das Herunterladen der Vergabeunterlagen. Auch verboten sind Plattformen, für deren Nutzung den Unternehmen Kosten abverlangt werden. Im Hinblick auf die Gewährleistung der ständigen Kommunikation zwischen Auftraggebern und Kommunen, insbesondere bei eintretenden Änderungen an den Vergabeunterlagen, sollten Auftraggeber aber die Unternehmen bereits frühzeitig, etwa durch einen deutlichen Hinweis in der Vergabebekanntmachung oder den Vergabeunterlagen zu einer freiwilligen Registrierung veranlassen. Dies ist ein Mehrwert für alle.

- **Ab dem 18. April 2017:** Einführung der elektronischen Kommunikation bei allen Vergaben einer „zentralen Beschaffungsstelle.“ Dies sind öffentliche Auftraggeber, die auch für andere Auftraggeber und damit für Dritte Beschaffungen durchführen (Art. 2 Abs. 16, Art. 37 Abs. 1 VRL), wie etwa kommunale Einkaufskooperationen oder Einrichtungen wie ekom21 oder Dataport. Keine zentralen Beschaffungsstellen sind „Zentrale Vergabestellen“. Diese sind rein interne Organisationseinheiten einer Kommune.
- **Ab dem 18. Oktober 2018:** Pflicht zur vollständigen elektronischen Kommunikation für alle Vergabestellen und damit für jede Kommune.

6. Eng begrenzte Ausnahmen

Nur in eng begrenzten und den abschließend in § 53 Abs. 2 i. V. m. § 41 Abs. 2 Nr. 1-3 VgV genannten Ausnahmen sind Kommunen nicht verpflichtet, elektronische Kommunikationen durchzuführen. Derartige Ausnahmen können bei kommunalen Vergaben von Architektenleistungen gegenüber den sich für den Auftrag interessierenden Architekten dann vorliegen, wenn „*die Einreichung von physischen oder maßstabsgetreuen Modellen verlangt wird, die nicht elektronisch übermittelt werden können*“ (§ 53 Abs. 2 VgV).

7. eVergabe: Kein unbekanntes Wesen

Die eVergabe ist kein unbekanntes Wesen. Schon heute erfolgen Bekanntmachungen und die Bereitstellung der Vergabeunterlagen durch Auftraggeber elektronisch über eigene Internetportale, die TED-Datenbank oder über einschlägige Vergabeportale (s. www.bund.de oder www.vergabe-nrw.de). Die Vorteile einer umfassenden eVergabe bestehen nicht nur in einem geringeren Zeit- und Arbeitsaufwand und einer Kosteneinsparung. eVergaben führen auch zu einem Mehr an Rechtssicherheit und zur Korruptionsvermeidung. Die eVergabe führt auch zu einem Mehr an Wettbewerb. So sind bisher zwingend zum Ausschluss führende Änderungen an den Vergabeunterlagen durch einen Bieter bei eVergaben kaum möglich. Bei eVergaben sind aber der Datenschutz und die Datensicherheit sowie die Vertraulichkeit und der Geheimwettbewerb besonders zu beachten.

Die für digitale Vergaben nötigen Bordmittel für Kommunen und Unternehmen sind da oder leicht zu beschaffen. Hierzu gehören im Hardware-Bereich ein PC mit Internetzugang sowie ein Monitor. Nötig für Kommunen ist zudem eine Ausschreibungssoftware mit Programm. Auch die Unternehmen können über eine Angebotssoftware mit Programmen die elektronische Kommunikation ermöglichen.

8. Gezielte Anbietersuche und Einbindung der Mitarbeiter

Wichtig für Kommunen ist das Finden des richtigen Anbieters für die eVergabe. Zurzeit gibt es unterschiedliche Konzepte. Diese sollen zwar künftig über die „xVergabe“ einem einheitlichen Standard zugeführt werden. Bevor es soweit ist, sollten Kommunen Lösungen bevorzugen, die interoperabel (Bsp.: GAEB) sind.

Im Übrigen sollte die Einführung der eVergabe zwar durch Kommunen bald, aber dennoch sorgsam erfolgen. Empfehlenswert sind die Qualifizierung sowie die ständige Einbindung der Mitarbeiter der Verwaltung, aber auch der betroffenen Unternehmen. In den Kommunen sind Mitarbeiter mit IT-Kenntnissen und Beschaffungserfahrungen am besten geeignet, die eVergabe einzuführen. Am Ende sollte das „e“ bei der eVergabe für „einfach und effektiv“ stehen.

IX. Mehr Rechtssicherheit: Vergaberechtsfreiheit öffentlich-öffentlicher Kooperationen

1. In-House-Geschäfte

Erstmals in Art. 12 VRL, § 108 GWB werden im Sinne einer Nichtanwendung des Vergaberechts gesetzliche „Ausnahmen bei öffentlich-öffentlicher Zusammenarbeit“ geregelt. Für vergaberechtsfreie In-House-Geschäfte (Beispiel: Stadt beauftragt ihre

als Eigengesellschaft fungierende Entsorgungs-GmbH) wird an die EuGH-Rechtsprechung angeknüpft.

Danach muss ein öffentlicher Auftraggeber über die beauftragte juristische Person eine „ähnliche Kontrolle wie über seine eigenen Dienststellen“ ausüben. Auch muss die kontrollierte juristische Person im „Wesentlichen“ für den sie kontrollierenden öffentlichen Auftraggeber tätig werden. Hierzu reicht es, wenn „mehr als 80 Prozent der Tätigkeit der juristischen Person der Ausführung von Aufgaben dienen, mit denen sie vom kontrollierenden öffentlichen Auftraggeber betraut wurde“. Die 80-Prozent-Vorgabe gibt den Städten und Gemeinden mehr Gestaltungsspielräume für eine vergaberechtsfreie In-House-Vergabe als die bisherige Rechtsprechung, die eine 90-Prozent-Grenze für das „Wesentlichkeitskriterium“ markierte. Sie ist daher aus kommunaler Sicht zu begrüßen.

Zu begrüßen ist auch, dass sowohl der Erwägungsgrund 32 zu Art. 12 VRL als auch die Begründung zu § 108 GWB in Nr. 2 deutlich darauf hinweisen, dass es für die Berechnung der 80-Prozent-Grenze unerheblich ist,

„ob der Begünstigte der Ausführung des Auftrags der Auftraggeber selbst oder ein davon abweichender Nutzer der Leistungen ist“.

Damit wird klargestellt, dass für ein In-House-Geschäft nicht nur die Leistungsdurchführung der juristischen Person unmittelbar nur zugunsten des diese juristische Person kontrollierenden öffentlichen Auftraggebers möglich ist, sondern auch die Ausführung von Aufgaben zugunsten eines privaten Dritten (Bsp.: Entsorgung der Restmülltonne bei den Bürgern) i. S. d. „Wesentlichkeitskriteriums“ In-House-unschädlich ist. Nach wie vor nicht geklärt ist, ob die Ausführungen von Aufgaben zugunsten eines privaten Dritten nur dann In-House-fähig sind, wenn diese zwar Tätigkeiten im Bereich der Daseinsvorsorge betreffen, für welche die juristische Person (Beispiel Stadtwerk) von der Kommune gegründet wurde, aber in liberalisierten Märkten stattfinden (Beispiel: Strom und Gas). Dies betrifft insbesondere die Frage, ob die Umsätze mit den Bürgern einer Stadt in diesem Bereich für das Wesentlichkeitskriterium mit eingerechnet werden können, wenn die Bürger trotz ihrer Wahlfreiheit beim Stromanbieter von dem kommunaleigenen Stadtwerk mit Strom versorgt werden.

Zu begrüßen ist, dass künftig zwar die In-House-Fähigkeit bei direkter privater Kapitalbeteiligung ausgeschlossen ist. Eine Ausnahme wird aber für nicht beherrschende Formen privater Kapitalbeteiligungen und Formen privater Kapitalbeteiligung ohne Sperrminorität (Stille Gesellschafter etc.) gemacht, wenn diese in Übereinstimmung mit den EU-Verträgen durch nationale gesetzliche Bestimmungen vorgeschrieben sind (Beispiel: Emscher Genossenschaft).

Positiv ist schließlich, dass Beschaffungen zwischen mehreren von einer Kommune kontrollierten „Töchtern“ (Beispiel: Kommunale IT-GmbH erbringt als Tochter der Stadt IT-Leistungen für die ebenfalls von der Stadt kontrollierte Abfallentsorgungs-GmbH) sowie die Auftragsvergabe einer „kommunalen Tochter“ an ihre „Mutter“ (Beispiel: Wohnungsbau-GmbH der Stadt lässt sich ihre Grünflächen vom städtischen Bauhof pflegen) ausschreibungsfrei gestellt wurde.

Auch dient die erstmalig in § 108 Abs. 4 GWB aufgenommene und in Anknüpfung an die bisherige EuGH-Rechtsprechung aufgenommene Möglichkeit eines „gemeinsa-

men In-House-Geschäfts mehrerer öffentlicher Auftraggeber“ der Rechtssicherheit. Nach § 108 Abs. 4 Nr. 1 GWB liegt ein vergaberechtsfreies In-House-Geschäft nach den dort weiter aufgeführten Voraussetzungen auch dann vor,

„wenn der öffentliche Auftraggeber gemeinsam mit anderen öffentlichen Auftraggebern über die juristische Person eine ähnliche Kontrolle ausübt wie jeder der öffentlichen Auftraggeber über seine eigenen Dienststellen“.

2. Horizontale Vergaberechtsfreiheit

Auch die horizontale Vergaberechtsfreiheit (Beispiel: Vertragliche Übernahme der Abfallentsorgung von einem Kreis für einen anderen Kreis) ist erstmalig in Art. 12 Abs. 4 a-c VRL und § 108 Abs. 6 GWB normiert. Danach gilt das Vergaberecht nicht für Aufträge, die zwischen zwei oder mehreren öffentlichen Auftraggebern geschlossen werden, wenn

- *„der Vertrag eine Zusammenarbeit zwischen den Beteiligten öffentlichen Auftraggebern begründet oder erfüllt, um sicherzustellen, dass die von ihnen zu erbringenden öffentlichen Dienstleistungen im Hinblick auf die Erreichung gemeinsamer Ziele ausgeführt werden.*
- *die Durchführung der Zusammenarbeit ausschließlich durch Überlegungen im Zusammenhang mit dem öffentlichen Interesse bestimmt wird.*
- *Die öffentlichen Auftraggeber auf dem Markt weniger als 20 Prozent der Tätigkeiten erbringen, die durch die Zusammenarbeit erfasst sind“.*

3. Bewertung

Beide in Art. 12 VRL und § 108 GWB geregelte Tatbestände (In-House-Vergabe, horizontale kommunale Zusammenarbeit) bringen mehr Rechtssicherheit. Dennoch bleiben Fragen, etwa hinsichtlich des für eine vergaberechtsfreie horizontale Zusammenarbeit erforderlichen „kooperativen Konzepts“ (ErwG 33 VRL). Insoweit ist das Oberlandesgericht (OLG) Koblenz in einem Beschluss vom 03.12.2014 (Verg 8/14) davon ausgegangen, dass ein „kooperatives Konzept“ und damit eine Vergaberechtsfreiheit dann nicht vorliegt, wenn ein Kreis die Aufgabe der Bioabfallentsorgung auf der Grundlage eines horizontalen Vertrags auf einen anderen Kreis überträgt und daher als Leistungsaustausch nur „Geld gegen Leistung“ gewährt wird. Dieser Austausch beinhaltet nach Auffassung des OLG Koblenz keine Kooperation.

Demgegenüber ist kritisch zu hinterfragen, ob nicht dann, wenn zwei Vertragspartner ihre Hauptpflichten (Leistung gegen Entgelt) über einen längeren Zeitraum austauschen, von einer Kooperation und damit einem ausschreibungsfreien Geschäft ausgegangen werden muss (so Ziekow, NZBau 2015, 258, 263). Jedenfalls ist auch in diesem Fall die für eine Ausschreibungspflicht grundsätzlich vorausgesetzte Marktberührung nicht gegeben.

Auch das für eine Vergaberechtsfreiheit erforderliche weitere Tatbestandsmerkmal der „Überlegungen im Zusammenhang mit dem öffentlichen Interesse“ ist nicht konturenscharf. Insoweit hatte der Europäische Gerichtshof (EuGH) in einer Entscheidung vom 13.06.2013 (Rs. C-386/11) auf eine Vorlage des OLG Düsseldorf hin ent-

schieden, dass es sich jedenfalls bei der vertraglichen Übernahme der Gebäudereinigung von einem Kreis auf eine Stadt (Kreis und Stadt Düren) nicht um eine gemeinsam wahrgenommene Gemeinwohlaufgabe handelt. Folge war, dass der EuGH insbesondere mangels Vorliegen eines öffentlichen Interesses eine Ausschreibungspflicht annahm.

X. Ökologische und soziale Aspekte verstärkt

Die öffentliche Beschaffung soll künftig sozialer und ökologischer werden. Dies darf nicht zu unverhältnismäßigem Bürokratieaufwand führen. Daher geht die Neuregelung trotz des missverständlichen Wortlauts in § 97 Abs. 3 GWB („Bei der Vergabe werden Aspekte der Qualität und der Innovation sowie soziale und umweltbezogene Aspekte nach Maßgabe dieses Teils berücksichtigt.“) einen moderaten Weg. Insoweit wird in der Begründung zu § 97 Abs. 3 GWB dargelegt, dass in jeder Phase eines Vergabeverfahrens, von der Definition der Leistung über die Festlegung von Eignungs- und Zuschlagskriterien bis hin zur Vorgabe von Ausführungsbedingungen, qualitative, soziale, umweltbezogene oder innovative (nachhaltige) Aspekte einbezogen werden „können“. Ein Zwang i. S. einer „Muss-Vorgabe“ besteht daher nicht. Entsprechend wird daher auch im Sinne eines lediglich fakultativen Ausschlussgrundes („Können“) in § 124 Abs. 1 Nr. 1 GWB vorgegeben,

„dass öffentliche Auftraggeber unter Berücksichtigung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit ein Unternehmen zu jedem Zeitpunkt des Vergabeverfahrens von der Teilnahme an einem Vergabeverfahren ausschließen können, wenn das Unternehmen bei der Ausführung öffentlicher Aufträge nachweislich gegen umwelt-, sozial- oder arbeitsrechtliche Verpflichtungen verstoßen hat.“

Anders ist dies im Hinblick auf die Beschaffung energieverbrauchsrelevanter Waren oder die Berücksichtigung der Belange von Menschen mit Behinderung bei der Definition der Leistung. Hier sind vom öffentlichen Auftraggeber zwingende Vorgaben zu machen. Ansonsten erfolgt die konkrete Ausgestaltung der „Möglichkeiten“ zur Einbeziehung derartiger strategischer Ziele bei den jeweiligen gesetzlichen Einzelvorschriften sowie in den Rechtsverordnungen.

Auch müssen soziale und ökologische Kriterien als Gegenstand der Eignungs- sowie Zuschlagskriterien stets mit dem „*Auftragsgegenstand in Verbindung stehen*“. Aus kommunaler Sicht ist weiter zu fordern, dass europaweit und allgemein anerkannte Gütezeichen (Labels) geschaffen werden, um die Überprüfung derartiger Aspekte zu ermöglichen. Dieser Aspekt ist durch eine aktuellere Entscheidung des VGH Baden-Württemberg vom 21.05.2015 noch verstärkt worden. Nach dieser – nicht vergaberrechtlichen – Entscheidung hat der Verwaltungsgerichtshof die Vorgabe in einer kommunalen Friedhofssatzung, wonach Grabsteine nicht unter ausbeuterischer Kinderarbeit und damit unter Verstoß gegen die ILO-Kernarbeitsnormen hergestellt werden dürfen, deswegen als rechtswidrig angesehen, weil die vorgesehenen „Qualitätsnachweise“ (Xertifix und Fair Stone) keine allgemein gesicherten Nachweise beinhalten würden.

XI. Eignung

Die Vorschriften über die Eignung und die Eignungsprüfung sind im GWB klar strukturiert. Nach § 122 Abs. 1 GWB werden öffentliche Aufträge an fachkundige und leis-

tungsfähige (geeignete) Unternehmen vergeben, die weder zwingenden (§ 123 GWB), noch fakultativen Ausschlussgründen (§ 124 GWB) unterliegen. Damit sind die Kriterien der Zuverlässigkeit und der Gesetzestreue entfallen. Sie sind überflüssig, da „gesetzesuntreue“ und unzuverlässige Unternehmen schon nach §§ 123, 124 GWB ausgeschlossen werden müssen beziehungsweise können.

Die Eignungskriterien dürfen daher nach § 122 Abs. 2 GWB künftig ausschließlich folgendes betreffen:

- Befähigung und Erlaubnis zur Berufsausübung,
- wirtschaftliche und finanzielle Leistungsfähigkeit,
- technische und berufliche Leistungsfähigkeit.

Diese Strukturierung wird dadurch ergänzt, dass nach § 122 Abs. 4 S. 1 GWB Eignungskriterien stets

„mit dem Auftragsgegenstand in Verbindung und zu diesem in einem angemessenen Verhältnis stehen müssen“.

1. Neues bei zwingenden Ausschlussgründen

Als neuer zwingender Ausschlussgrund gilt nach § 124 Abs. 4 Nr. 1 GWB auch, wenn ein Unternehmen seinen

„Verpflichtungen zur Zahlung von Steuern, Abgaben oder Beiträgen zur Sozialversicherung nicht nachgekommen ist und dies durch eine rechtskräftige Gerichts- oder bestandkräftige Verwaltungsentscheidung festgestellt wurde“.

Allerdings ist dieser Ausschlussgrund nach S. 2 nicht anzuwenden, wenn das Unternehmen seinen Verpflichtungen dadurch nachgekommen ist, dass es die Zahlung vorgenommen oder sich zur Zahlung der Steuern, Abgaben und Beiträge zur Sozialversicherung einschließlich Zinsen, Säumnis- und Strafzuschlägen verpflichtet hat.

Neu geregelt ist auch, dass nach § 123 Abs. 5 S. 1 GWB von einem zwingenden Ausschlussgrund dann abgesehen werden kann, wenn dies *„aus zwingenden Gründen des öffentlichen Interesses“*, also etwa der dringenden Beschaffung von Impfstoffen für ein städtisches Krankenhaus, geboten ist.

2. Neues bei fakultativen Ausschlussgründen

Bei den „fakultativen Ausschlussgründen“ nach § 124 GWB springt Abs. 1 Nr. 7 ins Auge. Danach können öffentliche Auftraggeber unter Berücksichtigung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit ein Unternehmen zu jedem Zeitpunkt des Vergabeverfahrens von der Teilnahme auch dann ausschließen, wenn

„das Unternehmen eine wesentliche Anforderung bei der Ausführung eines früheren öffentlichen Auftrags oder Konzessionsvertrags erheblich oder fortdauernd mangelhaft erfüllt hat und dies zu einer vorzeitigen Beendigung, zu Schadensersatz oder zu einer vergleichbaren Rechtsfolge geführt hat“.

Auch wenn diese Voraussetzungen hohe Anforderungen beinhalten und teilweise unbestimmt und auslegungsbedürftig sind, wird erstmalig im GWB ausdrücklich ein Ausschluss von Unternehmen geregelt, der an die Ausführungen eines „früheren Auftrags“ anknüpft. Dies ist sinnvoll und richtig.

XII. Einheitliche Europäische Eigenerklärung

Das neue EU-Vergaberecht sieht in § 50 VgV die Einführung einer Einheitlichen Europäischen Eigenerklärung (EEE) vor. Der öffentliche Auftraggeber ist verpflichtet, eine vorgelegte EEE zu akzeptieren. Dagegen ist ein Unternehmen nicht verpflichtet, eine EEE vorzulegen. Aufgrund des klaren Wortlauts des Art. 59 VRL mit seiner dort geregelten „Akzeptanzpflicht“ wird jedenfalls von der Bundesregierung keine „Verwendungspflicht“ angenommen. Mit der EEE soll die Eignung der Unternehmen europaweit in einem einfachen Verfahren festgestellt werden (siehe Art. 59 VRL). Gegenwärtig ist sowohl die Vorgabe zur Einführung der EEE mit dem Formblatt als auch die Prüfung (Vorläufige Prüfung aller Bieter / Endgültige Prüfung: Bestbieter), insbesondere die Prüfung von Nachunternehmen sowie bei der Eignungsleihe, zu komplex. Wichtig ist zudem, dass zur Vermeidung von Doppelprüfungen die EEE mit dem bereits bestehenden und bewährten deutschen Präqualifikationsverfahren (PQ) kompatibel gemacht wird.

XIII. Erstmalige Kodifikation der Selbstreinigung

Zu begrüßen ist die erstmalige Kodifikation der „Selbstreinigung“ von Unternehmen (Art. 57 Abs. 6 VRL, § 125 GWB): Danach schließen öffentliche Auftraggeber nach § 125 Abs. 1 GWB ein Unternehmen, bei dem ein Ausschlussgrund vorliegt, nicht vom Verfahren aus, wenn das Unternehmen nachgewiesen hat, dass es

- *„für jeden durch eine Straftat oder ein Fehlverhalten verursachten Schaden einen Ausgleich gezahlt oder sich zur Zahlung eines Ausgleichs verpflichtet hat;*
- *die Tatsachen und Umstände, die mit der Straftat oder dem Fehlverhalten und dem dadurch verursachten Schaden in Zusammenhang stehen, durch eine aktive Zusammenarbeit mit den Ermittlungsbehörden und dem öffentlichen Auftraggeber umfassend geklärt hat, und*
- *konkrete technische, organisatorische und personelle Maßnahmen ergriffen hat, die geeignet sind, weitere Straftaten oder weiteres Fehlverhalten zu vermeiden“.*

Nach § 125 Abs. 2 GWB bewerten öffentliche Auftraggeber die von dem Unternehmen ergriffenen Selbstreinigungsmaßnahmen und berücksichtigen dabei die Schwere und die besonderen Umstände der Straftat oder des Fehlverhaltens. Erachten die öffentlichen Auftraggeber die Selbstreinigungsmaßnahmen des Unternehmens als unzureichend, so begründen sie diese Entscheidung gegenüber dem Unternehmen.

Neu ist, dass in § 126 GWB für ein Unternehmen, bei dem ein Ausschlussgrund vorliegt und das keine oder keine ausreichenden Selbstreinigungsmaßnahmen nach § 125 GWB ergriffen hat, ein „*zulässiger Zeitraum für Ausschlüsse*“ vorgesehen ist. Danach darf ein Unternehmen bei Vorliegen eines zwingenden Ausschlussgrundes nach § 123 GWB höchstens fünf Jahre ab dem Tag der rechtskräftigen Verurteilung

von der Teilnahme am Vergabeverfahren ausgeschlossen werden sowie bei Vorliegen eines fakultativen Ausschlussgrundes nach § 124 GWB höchstens drei Jahre ab dem betreffenden Ereignis.

Auf der Grundlage dieser neuen Vorgaben hat die Bundesregierung bereits zu erkennen gegeben, ein bundesweites Vergabeausschlussregister zu schaffen, indem insbesondere Firmen, bei denen ein zwingender Ausschlussgrund vorliegt (Beispiel: Rechtskräftige Verurteilung wegen Betruges), eingetragen werden. Ein derartiges bundesweites Vergabeausschlussregister ist zu begrüßen und vermeidet den gegenwärtig in Deutschland bestehenden Flickenteppich zwischen – unterschiedlichen – Landesregelungen sowie auch Nichtregelungen in den Ländern.

XIV. Zuschlag

Der Zuschlag wird nach § 127 Abs. 1 S. 1 GWB auf das wirtschaftlichste Angebot erteilt. Nach § 127 Abs. 1 S. 3 und 4 GWB bestimmt sich das wirtschaftlichste Angebot nach dem „besten Preis-Leistungs-Verhältnis“. Zu dessen Ermittlung können neben dem Preis oder den Kosten auch qualitative, umweltbezogene oder soziale Aspekte berücksichtigt werden. Auch wenn das Abstellen auf das „beste Preis-Leistungs-Verhältnis“ in dieser ausdrücklichen Gesetzesform neu ist, bestimmt die Begründung zu § 127 Abs. 1 GWB deutlich, dass es auch künftig zulässig ist, den Zuschlag „allein auf das preislich günstigste Angebot“ zu erteilen. Dies gilt insbesondere bei marktüblichen Standardleistungen, die bereits durch konkrete Leistungsvorgaben des Auftraggebers so genau bestimmt sind, dass nur noch der Preis das Wertungskriterium ist.

Positiv ist auch die Klarstellung in § 127 Abs. 3 S. 1 GWB, dass die Zuschlagskriterien „mit dem Auftragsgegenstand in Verbindung stehen müssen“. Die weitergehende Klarstellung in § 127 Abs. 3 S. 2 GWB, wonach eine derartige Verbindung auch dann anzunehmen ist, wenn der Lebenszyklus eines Produktes, also insbesondere dessen Herstellung oder Entsorgung, zugrunde gelegt wird, muss in der Praxis für die Anwender noch mit Leben, etwa durch konkrete Handreichungen, erfüllt werden. Ansonsten dürfte es in der Praxis kaum machbar sein, dass eine Vergabestelle die Herstellung und Entsorgung eines Produktes bei den Zuschlagskriterien auch tatsächlich gewichten und berücksichtigen kann.

Die gem. § 58 Abs. 2 Nr. 2 VgV bestehende Vorgabe, wonach zu den Zuschlagskriterien auch die

„Organisation, Qualifikation und Erfahrung des mit der Ausführung des Auftrags beauftragten Personals gehören kann, wenn die Qualität des eingesetzten Personals erheblichen Einfluss auf das Niveau der Auftragsausführung haben kann“

ist zu begrüßen. Sie trägt gerade bei geistig-schöpferischen Leistungen, wie bei Beratungs- oder Architektenleistungen, aber auch bei Leistungen im Bereich des Sicherheitsgewerbes (Bsp.: Sicherung von Flüchtlingsunterkünften) dem Umstand Rechnung, dass hier die Qualität des Personals entscheidend für die konkrete Auftragsausführung und damit als Zuschlagskriterium ist.

XV. Auftragsänderungen während der Vertragslaufzeit

Das neue Recht regelt erstmals fünf vergaberechtsfreie Tatbestände von „Auftragsänderungen während der Vertragslaufzeit“ (Art. 72 VRL, § 132 GWB). Diese Tatbestände beinhalten allesamt Fallgruppen, bei denen die Vertragsänderungen eines – bestehenden – öffentlichen Vertrages, anders als nach der Regelung des § 132 Abs. 1 GWB, nicht wesentlich sind und daher nicht in einem neuen Vergabeverfahren ausgeschrieben werden müssen. Nach § 132 Abs. 2 und 3 GWB bedarf es trotz der erfolgten Änderung geschlossener Verträge dann keiner Neuausschreibung, wenn

- *„in den ursprünglichen Vergabeunterlagen klare, genaue und eindeutig formulierte Überprüfungsklauseln oder Optionen vorgesehen sind, die Angaben zu Art, Umfang und Voraussetzungen möglicher Auftragsänderungen enthalten, und sich aufgrund der Änderungen der Gesamtcharakter des Auftrags nicht verändert (§ 132 Abs. 2 Nr. 1 GWB).*
- *zusätzliche Liefer-, Bau- oder Dienstleistungen erforderlich geworden sind, die nicht in den ursprünglichen Vergabeunterlagen vorgesehen waren, und ein Wechsel des Auftragnehmers:
 - o *aus wirtschaftlichen oder technischen Gründen nicht erfolgen kann und (richtiger: „oder“),*
 - o *mit erheblichen Schwierigkeiten oder beträchtlichen Zusatzkosten für den Auftraggeber verbunden wäre (§ 132 Abs. 2 Nr. 2 GWB).**
- *die Änderung aufgrund von Umständen erforderlich geworden ist, die der öffentliche Auftraggeber im Rahmen seiner Sorgfaltspflicht nicht vorhersehen konnte, und sich aufgrund der Änderungen der Gesamtcharakter des Auftrags nicht verändert (§ 132 Abs. 2 Nr. 3 GWB) oder*
- *ein neuer Auftragnehmer den bisherigen Auftragnehmer aufgrund näher bestimmter Umstände wie Übernahme, Zusammenschluss, Erwerb oder Insolvenz ersetzt, und der neue Auftragnehmer die festgelegten Anforderungen an die Eignung erfüllt (§ 132 Abs. 2 Nr. 4 GWB);*
- *sich der Gesamtcharakter des Auftrags nicht ändert und der Wert der Änderung die jeweiligen EU-Schwellenwerte nicht übersteigt und bei Liefer- und Dienstleistungsaufträgen nicht mehr als 10 Prozent und bei Bauaufträgen nicht mehr als 15 Prozent des ursprünglichen Auftragswerts beträgt (§ 132 Abs. 3 GWB)“.*

In den Fällen des § 132 Abs. 2 Nr. 2 und Nr. 3 GWB darf der Preis durch die Änderung um nicht mehr als 50 Prozent des Werts des ursprünglichen Auftrags erhöht werden. Bei mehreren aufeinanderfolgenden Änderungen des Auftrags gilt diese Beschränkung für den Wert jeder einzelnen Änderung, sofern die Änderungen nicht mit dem Ziel vorgenommen werden, die Vorschriften des 4. Teils des GWB zu umgehen (§ 132 Abs. 2 S. 2 und 3 GWB). § 132 Abs. 5 GWB bestimmt weiter, dass Änderungen nach Abs. 2 Nr. 2 und 3 im Amtsblatt der Europäischen Union bekanntzumachen sind.

Mit seinen ausdrücklich geregelten fünf Tatbeständen, wonach die Änderung eines öffentlichen Auftrags ohne Durchführung eines neuen Vergabeverfahrens zulässig ist, enthält § 132 Abs. 2 und 3 GWB weitreichende Möglichkeiten zum Bestandser-

halt bestehender Verträge ohne Neuausschreibung. Auch wenn die Tatbestände zum Teil an die vergangene EuGH-Rechtsprechung anknüpfen, beinhalten insbesondere § 132 Abs. 2 Nr. 2, Nr. 3 und Abs. 3 GWB konkrete Neuregelungen. Dabei enthält § 132 Abs. 3 GWB mit der dort normierten „de-minimis-Regel“ eine genaue Vorgabe, bei deren Eingreifen die anderen Tatbestände des § 132 GWB erst gar nicht mehr geprüft werden müssen. Umgekehrt ist aber § 132 Abs. 3 GWB allein schon aufgrund seiner strikten Voraussetzungen zur prozentualen Abweichungsmöglichkeit (10 Prozent und 15 Prozent) eng gefasst. Demgegenüber enthält § 132 Abs. 2 Nr. 1 GWB die weitestgehende Regelung für Vertragsänderungen ohne eine Neuausschreibung. Denn nach den hier aufgeführten Voraussetzungen kann der Auftraggeber später eintretende Auftragsänderungen ohne Neuausschreibung sowie unabhängig von dem jeweils erforderlichen Umfang der Preisänderung, also ohne Beschränkung auf die 50-Prozent-Grenze nach Nrn. 2 und 3, durchführen.

Mit der erstmalig erfolgten Kodifizierung der *„Auftragsänderungen während der Vertragslaufzeit“* und insbesondere den fünf konkreten Tatbeständen zur Regelung der Ausschreibungsfreiheit trotz Änderung eines öffentlichen Auftrags stärkt das neue Gesetz im Interesse des Auftraggebers und seines Vertragspartners den Erhalt und die Fortführung bestehender Verträge. Dies ist positiv. Mit § 132 Abs. 1 GWB übernimmt der Gesetzestext darüber hinaus die bisherige Rechtsprechung des EuGH in seinen Entscheidungen „Presetext“ (Urteil vom 19.06.2008 – C-454/06) und „Wall“ (Urteil vom 13.04.2010 – C-91/08) zu den genauen Voraussetzungen einer „wesentlichen Änderung“ öffentlicher Aufträge während der Vertragslaufzeit.

XVI. Kündigung von öffentlichen Aufträgen in besonderen Fällen

In Umsetzung von Art. 73 VRL enthält § 133 GWB erstmalig eine Vorschrift im Vergabeverfahrensrecht über die *„Kündigung von öffentlichen Aufträgen in besonderen Fällen“*. Nach § 133 Abs. 1 Nr. 1 GWB können öffentliche Auftraggeber einen öffentlichen Auftrag während der Vertragslaufzeit u. a. dann kündigen, wenn

„eine wesentliche Änderung vorgenommen wurde, die nach § 132 GWB ein neues Vergabeverfahren erfordert hätte“.

Nach § 133 Abs. 2 S. 1 GWB kann der Auftragnehmer nach erfolgter Kündigung vom Auftraggeber

„einen seinen bisherigen Leistungen entsprechenden Teil der Vergütung verlangen“.

Weiter bestimmt § 133 Abs. 3 GWB zugunsten des Auftragnehmers:

„Die Berechtigung, Schadensersatz zu verlangen, wird durch die Kündigung nicht ausgeschlossen.“

Mit der vergabegesetzlichen Kündigungsregelung in § 133 GWB können öffentliche Auftraggeber im Anschluss an eine wesentliche Änderung öffentlicher Aufträge und einer danach gemäß § 132 GWB erforderlichen Einleitung eines neuen Vergabeverfahrens den – alten - Vertrag vorab kündigen. Damit wird der Weg für eine neue Vergabe frei gemacht. In der Vergangenheit wurde versucht, diese Fallgruppe mit dem Rechtsinstitut der Störung der Geschäftsgrundlage (§ 313 BGB) einer gerech-

ten Regelung zuzuführen. Wegen des Sachzusammenhangs zu den Folgen einer wesentlichen Vertragsänderung ist es aber zu begrüßen, dass § 133 GWB nunmehr ausdrücklich nicht nur eine Möglichkeit zur Kündigung von öffentlichen Aufträgen in besonderen Fällen durch die öffentlichen Auftraggeber vorsieht. Positiv ist auch, dass die hieran geknüpften Rechtsfolgen, also die Vergütung und die Schadensersatzmöglichkeiten für den Auftragnehmer, normiert werden.

XVII. Fazit

Die Struktur und auch der Umfang des neuen Vergaberechts bleiben mit den neuen zwei Stufen (GWB und sechs inhaltlich neuen Vergabeverordnungen) unter Fortbestand einer eigenen und inhaltlich von den Vergabeverordnungen abweichenden VOB/A-EU weiter komplex. Hinzu kommt ein Mehr an Bürokratieaufwand für die öffentlichen Auftraggeber durch die Vorgaben der neu geschaffenen Vergabestatistikverordnung. Insgesamt muss der Praktiker künftig bei EU-Vergaben neben den Grundsatznormen des GWB stets auch das Vergabeverfahrensrecht der jeweiligen Vergabeverordnung mit beachten. Das Ziel einer strukturellen Vereinfachung des Vergaberechts wurde damit verfehlt.

Inhaltlich birgt die Novelle aber Verfahrenserleichterungen und ein Mehr an Gestaltungsspielraum insbesondere für öffentliche Auftraggeber. Zu nennen sind die freie Wahl zwischen dem Offenem und Nichtoffenem Verfahren, die Ausweitung des Verhandlungsverfahrens, die Möglichkeit zur Anwendung von Rahmenvereinbarungen auch bei der Vergabe von Bauleistungen und Freiberuflichen Leistungen oder auch die Zulässigkeit von Nebenangeboten nach der Vergabeverordnung dann, wenn der Preis das alleinige Zuschlagskriterium ist.

Ein Mehr an Freiheit und Rechtssicherheit bringen auch die Neuerungen zu den Ausnahmen vom Vergaberecht bei öffentlich-öffentlicher Zusammenarbeit, bei den Notfallrettungsdienstleistungen sowie bei der Wasserversorgung. Dies gilt auch für die Neuregelungen zur Selbstreinigung und zu den Auftragsänderungen während der Vertragslaufzeit. Positiv ist grundsätzlich auch die durch die Einführung der elektronischen Kommunikation bewirkte Modernisierung des Vergaberechts.

Zu kritisieren ist aber, dass das Massengeschäft der Unterschwellenvergabe und damit über 95 Prozent aller kommunalen Vergaben erst zeitlich nach der Umsetzung der EU-Richtlinien in das nationale Recht einer Novelle zugeführt werden soll. Eine derartige Aufsplitterung zwischen einem flexibleren EU-Vergaberecht und einem starren nationalen Vergaberecht ist nicht einsehbar. Sie muss durch eine zeitgleiche Anwendung auch der Erleichterungen der neuen Oberschwellenregeln für das unter-schwellige Vergabehaushaltsrecht verhindert werden.

Ein weiterer Kritikpunkt des gegenwärtigen Vergaberechts ist der durch die Vielzahl der Landes- und Tarifreuegesetze in den einzelnen Bundesländern ausgelöste Flickenteppich und „Vergaberechtsdschungel“. Dieser besteht, obwohl es bundesweit einen auch bei Vergabeverfahren zu beachtenden Mindestlohn von 8,50 € gibt. Besonders negativ ins Auge sticht das sehr bürokratisch ausgestattete Tarifreue- und Vergabegesetz Nordrhein-Westfalen (TVgG-NRW), das viele zu beachtende Vorgaben speziell in sozialer Hinsicht für die öffentlichen Auftraggeber vorsieht. Daher kann durchaus der Satz gelten: „Wer das EU-Vergaberecht, die EU-Kommission und damit Brüssel kritisiert, muss erst einmal nach Nordrhein-Westfalen kommen“.