

## Novelle Vergaberecht

Zugang, Wettbewerb, Vergabe – neue Chancen und Risiken

Dr. Volkmar Wagner

Rechtsanwalt | Partner

CMS Hasche Sigle, Stuttgart

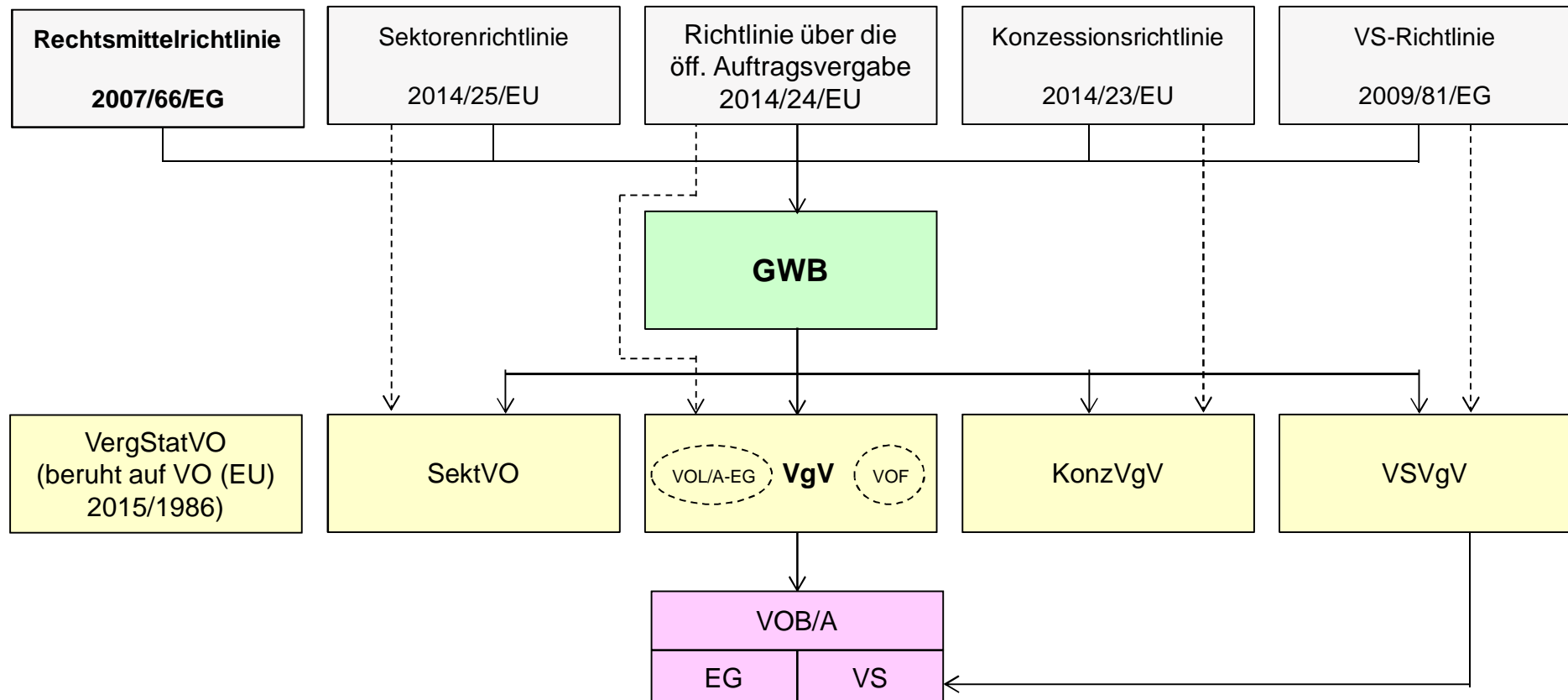
ARCHIKON | 6. April 2016

## Überblick:

- Neue Struktur des Vergaberechts
- Wichtige Änderungen im GWB
  - Grundsatz der eVergabe
  - Verfahrensarten
  - Eignung, Ausschlussgründe und besondere Auftragsbedingungen
  - Zuschlag und Zuschlagserteilung
- Wichtige Änderungen in der VgV
  - Schätzung des Auftragswerts, Zusammenfassungsverbot
  - Fristen
  - Planungswettbewerbe, Besondere Vorschriften für die Vergabe von Architektur- und Ingenieurleistungen

# **Neue Struktur des Vergaberechts**

## Neue Struktur des Vergaberechts:



# Wichtige Änderungen im GWB

# **Grundsatz der eVergabe**

## Grundsatz der eVergabe:

- **Neu:** § 97 Abs. 5 GWB enthält den Grundsatz der eVergabe im Oberschwellenbereich. Die Vergabeordnungen enthalten jeweils Detailregelungen.
- Die Auftraggeber sind wie folgt zur Einführung der eVergabe im Oberschwellenbereich verpflichtet:
  - 18.04.2016: Elektronische Bekanntmachung und offener und kostenloser elektronischer Zugang zu den Vergabeunterlagen ab Bekanntmachung für alle Auftraggeber verpflichtend.
  - 18.04.2017: Zentrale Beschaffungsstellen dürfen nur noch elektronische Angebote zulassen. Außerdem muss die gesamte Kommunikation mit den Bietern elektronisch erfolgen.
  - 18.10.2018: Entsprechende Pflicht für alle Auftraggeber.

# Verfahrensarten



## Verfahrensarten (I):

- Verfahrensarten (§ 119 GWB, §§ 14 bis 20 VgV, §§ 3 bis 3b VOB/A-EU):
  - Offenes Verfahren.
  - Nicht offenes Verfahren.
  - Verhandlungsverfahren.
  - Wettbewerblicher Dialog.
  - Innovationspartnerschaft (neu).
- **Neu:** Neue Verfahrensart Innovationspartnerschaft (Verfahren zur Entwicklung innovativer, noch nicht auf dem Markt verfügbarer Liefer-, Bau- oder Dienstleistungen und zum anschließenden Erwerb dieser Leistungen).
- **Neu:** Das offene Verfahren ist nicht mehr vorrangig anzuwenden. Der Auftraggeber hat ein Wahlrecht zwischen offenem und nicht offenem Verfahren mit Teilnahmewettbewerb. Die anderen Verfahrensarten stehen nur zur Verfügung, wenn die entsprechenden gesetzlichen Voraussetzungen vorliegen.

## Verfahrensarten (II):

- Für Architekten- und Ingenieurleistungen gilt eine Ausnahme von dieser Regel. Sie dürfen in der Regel im Verhandlungsverfahren mit Teilnahmewettbewerb oder im wettbewerblichen Dialog vergeben werden (§ 74 VgV).
- Der wettbewerbliche Dialog war bislang nicht als Vergabeverfahren für Architekten- und Ingenieurleistungen vorgesehen. Er ist ein sperriges und umständliches Verfahren, das in Deutschland bislang kaum Anwendung gefunden hat.

## Verfahrensarten (III):

- Grundzüge des wettbewerblichen Dialogs:
  - Bei einem wettbewerblichen Dialog ermittelt der Auftraggeber im Dialog mit den Teilnehmern die Mittel, mit denen seine Bedürfnisse am besten erfüllt werden können. Er beschreibt dazu seine Bedürfnisse und Anforderungen an die zu beschaffende Leistung und teilt gleichzeitig die Zuschlagskriterien mit.
  - Nach Abschluss des Dialogs werden die daran teilnehmenden Unternehmen aufgefordert, auf der Grundlage der eingereichten und in der Dialogphase näher ausgeführten Lösungen ihr endgültiges Angebot vorzulegen.
  - Über dieses Angebot wird nicht mehr verhandelt; es sind lediglich Klarstellungen oder Ergänzungen zulässig. Der öffentliche Auftraggeber kann Prämien oder Zahlungen an die Teilnehmer am Dialog vornehmen.

## Verfahrensarten (IV):

- Wichtige Fälle, in denen Aufträge im Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb vergeben werden können (§ 14 Abs. 4 VgV):
  - Wenn der Auftrag nur von einem bestimmten Unternehmen ausgeführt werden kann,
    - weil eine einzigartige künstlerische Leistung erschaffen werden soll,
    - weil aus technischen Gründen kein Wettbewerb vorhanden ist oder
    - wegen des Schutzes von ausschließlichen Rechten, insbesondere von gewerblichen Schutzrechten.
  - Bei nicht aus der Sphäre des Auftraggebers stammenden Fällen äußerster Dringlichkeit, die es dem Auftraggeber nicht ermöglichen, ein Verhandlungsverfahren mit Teilnahmewettbewerb durchzuführen.
  - Wenn im Anschluss an einen Planungswettbewerb nach § 69 GWB der Auftrag nach den Bedingungen dieses Wettbewerbs an den Gewinner oder einen der Preisträger vergeben werden muss.

# **Eignung, Ausschlussgründe und besondere Auftragsbedingungen**

## Eignung (§ 122 GWB):

- Öffentliche Aufträge werden an fachkundige und leistungsfähige (geeignete) Unternehmen vergeben, die nicht nach den §§ 123 oder 124 GWB ausgeschlossen worden sind.
- **Neu:** Das GWB verzichtet damit auf die bisherigen Eignungskriterien der Zuverlässigkeit und der Gesetzestreue. Diese werden durch die Vorgabe von Ausschlusskriterien ersetzt.
- Eignungskriterien müssen mit dem Auftragsgegenstand in Verbindung und zu diesem in einen angemessenen Verhältnis stehen.
- Sie sind zwingend bereits in der Bekanntmachung (nicht erst in den Vergabeunterlagen) aufzuführen.

## Zwingende Ausschlussgründe (§ 123 GWB):

- Rechtskräftige Verurteilung einer Person, deren Verhalten dem Unternehmen zuzurechnen ist, oder Geldbuße gegen Unternehmen gem. § 30 OWiG in bestimmten Fällen, z.B. Vorteilsgewährung, Bestechung, Betrug etc.
- **Neu:** Rechts- und bestandskräftige Feststellung der Verletzung von Pflichten zur Zahlung von Steuern, Abgaben oder Beiträgen zur Sozialversicherung (bisher nur fakultativer Ausschlussgrund).
- Zulässiger Zeitraum eines Ausschlusses: Höchstens fünf Jahre nach rechtskräftiger Verurteilung (§ 126 Nr. 1 GWB).

## Fakultative Ausschlussgründe (§ 124 GWB) (I):

- Zahlungsunfähigkeit/Insolvenz.
- Nachweisliche Begehung einer schweren Verfehlung im Rahmen der beruflichen Tätigkeit.
- Wettbewerbswidrige Vereinbarungen.
- Schwerwiegende Täuschung in Bezug auf Ausschlussgründe oder Eignungskriterien, Zurückhaltung von Auskünften oder keine Übermittlung der erforderlichen Nachweise.
- **Neu:** Verstoß gegen umwelt-, sozial- oder arbeitsrechtliche Verpflichtungen bei der Ausführung öffentlicher Aufträge.
- **Neu:** Interessenkonflikt durch Beeinträchtigung einer für den Auftraggeber tätigen Person.
- **Neu:** Nicht zu beseitigende Wettbewerbsverzerrung durch Beteiligung des Unternehmens an der Vorbereitung des Vergabeverfahrens.



## Fakultative Ausschlussgründe (§ 124 GWB) (II):

- **Neu:** Erhebliche oder fortdauernde mangelhafte Erfüllung einer wesentlichen Anforderung bei der Ausführung eines früheren öffentlichen Auftrags, wenn dies zu einer vorzeitigen Beendigung, zu Schadensersatz oder zu einer vergleichbaren Rechtfolge geführt hat.
- **Neu:** Versuch der unzulässigen Beeinflussung der Entscheidungsfindung des öffentlichen Auftraggebers, Versuch der Erlangung vertraulicher Informationen, fahrlässige oder vorsätzliche Übermittlung irreführender Informationen zur Beeinflussung der Vergabeentscheidung (auch Versuch).
- Zulässiger Zeitraum eines Ausschlusses: Höchstens drei Jahre ab dem betreffenden Ereignis (§ 126 Nr. 1 GWB).

## Besondere Auftragsbedingungen (§ 128 GWB):

- Einhaltung geltender rechtlichen Verpflichtungen (§ 128 Abs. 1 GWB), insbesondere:
  - Steuerrechtliche Verpflichtungen.
  - Arbeitsrechtliche Verpflichtungen.
  - Mindestlohngesetz, Tarifrecht.
  - ILO-Übereinkommen.
- Festlegung weiterer Bedingungen durch Auftraggeber möglich (§ 128 Abs. 2 GWB):
  - Zum Beispiel: Wirtschaftliche, innovationsbezogene, umweltbezogene, soziale oder beschäftigungspolitische Belange, Schutz der Vertraulichkeit von Informationen.
  - Die Bedingungen müssen mit dem Auftragsgegenstand in Verbindung stehen und sich aus der Bekanntmachung ergeben.
  - Unzulässig sind allgemeine Vorgaben zur Unternehmenspolitik oder Betriebsorganisation.

# Zuschlag und Zuschlagserteilung

## Zuschlag und Zuschlagserteilung (I):

- Die Grundlagen des Zuschlags sind in § 127 GWB geregelt:
  - Der Zuschlag wird auf das nach den Zuschlagskriterien wirtschaftlichste Angebot erteilt. Reine Preiswettbewerbe sind weiterhin möglich (vgl. die Begründung zum Gesetzentwurf; weiterhin kritisch anscheinend das OLG Düsseldorf), bei der Vergabe von Architekten- und Ingenieurleistungen aber in der Regel nicht sinnvoll.
  - Die Zuschlagskriterien müssen mit dem Auftragsgegenstand in Verbindung stehen. Diese Verbindung ist auch dann anzunehmen, wenn sich ein Zuschlagskriterium auf Prozesse im Zusammenhang mit der Herstellung, Bereitstellung oder Entsorgung der Leistung, auf den Handel mit der Leistung oder auf ein anderes Stadium im Lebenszyklus der Leistung bezieht.
  - Die Zuschlagskriterien und deren Gewichtung müssen in der Auftragsbekanntmachung oder den Vergabeunterlagen aufgeführt werden.

## Zuschlag und Zuschlagserteilung (II):

- § 58 Abs. 2 VgV und § 16d Abs. 2 Nr. 2 b) VOB/A-EU enthalten wichtige Ergänzungen zu § 127 GWB, die die bisher bekannten Zuschlagskriterien zum Teil abändern:
  - Nr. 1: Qualität einschließlich technischer Wert, Ästhetik, Zweckmäßigkeit, Zugänglichkeit der Leistung insbesondere für Menschen mit Behinderungen, Übereinstimmung mit Anforderungen des Designs für Alle, soziale, umweltbezogene und innovative Eigenschaften sowie Vertriebs- und Handelsbedingungen.
  - **Neu:** Nr. 2: Organisation, Qualifikation und Erfahrung des mit der Ausführung des Auftrags betrauten Personals, wenn die Qualität des eingesetzten Personals erheblichen Einfluss auf das Niveau der Auftragsausführung haben kann.
  - Nr. 3: Verfügbarkeit von Kundendienst und technischer Hilfe sowie Lieferbedingungen, Liefertermin, Lieferverfahren, Lieferverfahren sowie Liefer- oder Ausführungsfristen.

## **Wichtige Änderungen in der VgV**

# **Schätzung des Auftragswerts, Zusammenfassungsverbot**

## Schätzung des Auftragswerts, Zusammenfassungsgebot (I):

- Bei losweiser Beschaffung ist der geschätzte Gesamtwert aller Lose zugrunde zu legen. Bei Planungsleistungen (§ 3 Abs. 7 VgV) gilt dies aber nur für Lose über gleichartige Leistungen. Gleichartige Planungsleistungen liegen dann vor, wenn sie sich demselben Leistungsbild der HOAI zuordnen lassen.
- Dies steht in einem Spannungsverhältnis zur Rechtsprechung des EuGH, nach der alle für ein Bauvorhaben erforderlichen Planungsleistungen in einem funktionalen Zusammenhang stehen und daher bei Berechnung des Auftragswerts zusammenzurechnen sind (Urteil vom 15.03.2012, C-574/10 – "Gemeinde Niedernhausen").



## Schätzung des Auftragswerts, Zusammenfassungsgebot (II):

- Das Bundesministerium für Wirtschaft hat bereits darauf hingewiesen, dass die Vorschrift bezüglich Planungsleistungen geändert werden müsste, wenn der EuGH seine bisherige Rechtsprechung aufrecht halten sollte. Die Kommission hat mit einem Aufforderungsschreiben wegen einer möglichen Vertragsverletzung in Sachen Planungsleistungen Schwimmbad Elze den Grundstein für ein mögliches weiteres Vertragsverletzungsverfahren gegen die Bundesrepublik Deutschland gelegt.

# **Fristen**

## Fristen (I):

- **Neu:** Kürzere Mindestfristen für Angebote und Teilnahmeanträge (§§ 15 bis 20 VgV, §§ 10a bis 10d VOB/A-EU).
- Verhandlungsverfahren:
  - Teilnahmefrist mindestens 30 Tage ab Absendung der Bekanntmachung.
    - Verkürzung möglich auf 15 Tage bei besonderer Dringlichkeit.
  - Angebotsfrist mindestens 30 Tage ab Aufforderung zur Angebotsabgabe.
    - Verkürzung möglich auf 25 Tage bei elektronischer Angebotsabgabe.
    - Mit Ausnahme oberster Bundesbehörden können öffentliche Auftraggeber die Angebotsfrist mit allen Bewerbern im gegenseitigen Einvernehmen festlegen. Erfolgt keine einvernehmliche Festlegung beträgt die Frist mindestens 10 Tage.
- Wettbewerblicher Dialog, Innovationspartnerschaft:
  - Teilnahmefrist mindestens 30 Tage ab Absendung der Bekanntmachung.
  - Keine gesetzlich vorgegebene Angebotsfrist.

## Fristen (II):

- **Neu:** Pflicht zur angemessenen Fristsetzung (§ 20 VgV, § 10 VOB/A-EU):
  - Bei der Festlegung der Fristen ist die Komplexität der Leistung und die Zeit für die Ausarbeitung der Angebote angemessen zu berücksichtigen.
  - Bei Ortsbesichtigungen sind die Fristen so zu verlängern, dass alle Unternehmen unter gewöhnlichen Umständen Zeit dafür haben.
  - Die Angebotsfristen sind zu verlängern, wenn:
    - Zusätzliche Informationen trotz rechtzeitiger Anforderung durch ein Unternehmen nicht spätestens sechs Tage vor Ablauf der Angebotsfrist zur Verfügung gestellt werden.
    - Wenn der öffentliche Auftraggeber wesentliche Änderungen an den Vergabeunterlagen vornimmt.

**Planungswettbewerbe,  
Besondere Vorschriften für die Vergabe von  
Architektur- und Ingenieurleistungen**

## Planungswettbewerbe:

- §§ 69 bis 72 VgV regeln die Durchführung von Planungswettbewerben nach § 103 Abs. 6 GWB. Sie gelten *ergänzend* zu §§ 5, 6 und 43 VgV.
- Der Planungswettbewerb ist europaweit bekannt zu machen (§ 70 VgV).
- Die an einem Planungswettbewerb Interessierten sind vor Wettbewerbsbeginn über die Durchführungsregeln zu informieren (§ 71 VgV).
- § 72 VgV enthält Regelungen über das Preisgericht.

## Besondere Vorschriften für die Vergabe von Architekten- und Ingenieurleistungen (I):

- §§ 73 bis 80 VgV enthalten besondere Vorschriften für die Vergabe von Architekten- und Ingenieurleistungen. Sie gelten *ergänzend* zu allen sonstigen Vorschriften der VgV.
- Architekten- und Ingenieurleistungen werden in der Regel im Verhandlungsverfahren mit Teilnahmewettbewerb oder dem wettbewerblichen Dialog vergeben (§ 74 VgV).
- § 75 VgV befasst sich mit der Eignung. Will der Auftraggeber nur eine bestimmte Anzahl von Bewerbern auffordern, ein Angebot abzugeben (in der Regel mindestens drei) und gibt es mehr geeignete Bewerber, so kann die Entscheidung durch Los getroffen werden.

## Besondere Vorschriften für die Vergabe von Architekten- und Ingenieurleistungen (II):

- Architekten- und Ingenieurleistungen werden im Wettbewerb nach den allgemeinen Vorschriften vergeben. Gesetzliche Gebühren- oder Honorarordnungen sind zu berücksichtigen.
- Für die Erstellung der Bewerbungs- und Angebotsunterlagen werden Kosten nicht erstattet. Verlangt der öffentliche Auftraggeber außerhalb von Planungswettbewerben die Ausarbeitung von Lösungsvorschlägen, so ist für alle Bewerber eine angemessene Vergütung festzusetzen.
- §§ 78 bis 80 VgV befassen sich ergänzend zu §§ 69 bis 72 VgV mit der Durchführung von Planungswettbewerben für Architekten- und Ingenieurleistungen.
- In § 78 wird klargestellt, dass Planungswettbewerbe der Wahl der besten Lösung der Planungsaufgabe dienen.



## Kontakt Daten:



Dr. Volkmar Wagner  
CMS Hasche Sigle  
Schöttlestr. 8, 70597 Stuttgart  
Tel.: 0711/9764-164  
Fax: 0711/9764-96162  
[volkmar.wagner@cms-hs.com](mailto:volkmar.wagner@cms-hs.com)

CMS Hasche Sigle ist eine der führenden wirtschaftsberatenden Anwaltssozialitäten. Mehr als 600 Anwälte sind in acht wichtigen Wirtschaftszentren Deutschlands sowie in Brüssel, Moskau, Peking und Shanghai für unsere Mandanten tätig. CMS Hasche Sigle ist Mitglied der CMS Legal Services EEIG, einer europäischen wirtschaftlichen Interessenvereinigung zur Koordinierung von unabhängigen Anwaltssozialitäten. CMS EEIG ist nicht für Mandanten tätig. Derartige Leistungen werden ausschließlich von den Mitgliedssozialitäten in den jeweiligen Ländern erbracht. CMS EEIG und deren Mitgliedssozialitäten sind rechtlich eigenständige und unabhängige Einheiten. Keine dieser Einheiten ist dazu berechtigt, im Namen einer anderen Verpflichtungen einzugehen. CMS EEIG und die einzelnen Mitgliedssozialitäten haften jeweils ausschließlich für eigene Handlungen und Unterlassungen. Der Markenname "CMS" und die Bezeichnung "Sozialität" können sich auf einzelne oder alle Mitgliedssozialitäten oder deren Büros beziehen.

**[www.cmslegal.com](http://www.cmslegal.com)**

**CMS-Standorte:**

Aberdeen, Algier, Amsterdam, Antwerpen, Barcelona, Belgrad, Berlin, Bratislava, Bristol, Brüssel, Budapest, Bukarest, Casablanca, Dubai, Düsseldorf, Edinburgh, Frankfurt / Main, Genf, Glasgow, Hamburg, Istanbul, Kiew, Köln, Leipzig, Lissabon, Ljubljana, London, Luxemburg, Lyon, Madrid, Mailand, Maskat, Mexiko-Stadt, Moskau, München, Paris, Peking, Podgorica, Prag, Rio de Janeiro, Rom, Sarajevo, Sevilla, Shanghai, Sofia, Straßburg, Stuttgart, Tirana, Utrecht, Warschau, Wien, Zagreb und Zürich.

CMS Hasche Sigle Partnerschaft von Rechtsanwälten und Steuerberatern mbB,  
Sitz: Berlin (AG Charlottenburg, PR 316 B), Liste der Partner: s. Website.

**[www.cms-hs.com](http://www.cms-hs.com)**