

Das neue Vergaberecht 2016 Zehn Änderungen, die Bieter kennen sollten

Am 18. April 2016 läuft die Frist für die Umsetzung der größten Vergaberechtsreform des letzten Jahrzehnts ab. Zwar klammert die Reform verteidigungs- und sicherheitsspezifische Aufträge ausdrücklich aus. Es gibt jedoch viele Liefer- und Dienstleistungen aus dem militärischen und Sicherheitsbereich, die im Zusammenhang mit solchen Aufträgen stehen. Das kann beispielsweise die Lieferung von Schutzausrüstung, Einsatzfahrzeugen oder leichter Bewaffnung für Ordnungskräfte, Beratungs- und Planungsleistungen oder Wach- und Sicherheitsdienste in nichtsensiblen Bereichen betreffen. Derartige Aufträge werden künftig nach dem neuen Vergaberecht ausgeschrieben, wobei die bisherigen Regeln der VOL/A künftig in der Vergabeverordnung (VgV) zu finden sind. Die folgenden zehn Änderungen sollten Bieter kennen, wenn sie sich um öffentliche Aufträge bewerben.

1. Verfahrensarten

Nach bisherigem Recht müssen öffentliche Aufträge vorrangig im Offenen Verfahren vergeben werden, ein Nichtoffenes Verfahren ist nur ausnahmsweise zulässig. Der Grund: Im Nichtoffenen Verfahren wird der Bieterkreis schon von vornherein stark beschränkt. Das soll nur im Ausnahmefall erlaubt sein, etwa wenn der Auftrag eine ganz besondere Eignung erfordert. Nach neuem Recht soll das nun erstmals anders werden. Künftig dürfen öffentliche Auftraggeber frei zwischen dem Offenen und dem Nichtoffenen Verfahren wählen (§ 119 Abs. 2 GWB-E, Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen). Entscheiden sie sich für eine Nichtoffenes Verfahren, müssen sie das nicht mehr begründen.

Neu ist das Verfahren der Innovationspartnerschaft. Dessen Ziel ist eine langfristige Kooperation der öffentlichen Hand mit Privaten zur Entwicklung neuer, innovativer Liefer- oder Dienstleistungen. Ein getrenntes Vergabeverfahren für den anschließenden Erwerb der Waren oder Leistungen findet nicht statt. Das Unternehmen, das die innovative Dienstleistung mit dem öffentlichen Auftraggeber entwickelt, soll diese also auch zugleich umsetzen dürfen.

2. Einheitliche Europäische Eigenerklärung

Ein neues Instrument zur Darlegung der Eignung ist die Einheitliche Europäische Eigenerklärung nach § 50 VgV-RefE. Ziel ist eine Vereinfachung der Eignungsprüfung für die Bieter. Mit der Einheitlichen Europäischen Eigenerklärung erklärt der Bieter, dass er die Eignungskriterien erfüllt und dass kein Ausschlussgrund besteht. Zugleich erklärt der Bieter, dass er auf Anfrage jederzeit in der Lage ist, unverzüglich weitere Unterlagen vorzulegen. Lediglich der Bieter, der für den Zuschlag in Aussicht genommen wird, muss die geforderten Erklärungen und Nachweise zum Beleg der Eignung vorlegen. Tut er dies nicht, muss er allerdings trotz Erstplatzierung ausgeschlossen werden, der zweitplatzierte Bieter rückt nach.

Im Ergebnis vereinfacht die Einheitliche Europäische Eigenerklärung das Verfahren für beide Seiten: Nur derjenige Bieter, der den Zuschlag erhalten soll, muss den Aufwand betreiben, alle Unterlagen vorzulegen und öffentliche Auftraggeber müssen nur noch von einem Bieter Unterlagen prüfen. Für die Einführung des Verfahrens gilt jedoch eine abweichende Umsetzungsfrist bis 18. April 2018.

3. Ausschlussgründe

Auch das neue GWB unterscheidet nach zwingenden (§ 123 GWB-E) und fakultativen (§ 124 GWB-E) Ausschlussgründen. Zwingende Ausschlussgründe sind etwa die rechtskräftige Verurteilung wegen bestimmter Straftaten oder die nachweisliche Nichtzahlung von Steuern, Abgaben und Beiträgen zur Sozialversicherung. Trotz zwingenden Ausschlussgrunds darf ein Bieter ausnahmsweise beauftragt werden, wenn dies aus zwingenden Gründen des öffentlichen Interesses geboten ist. Das kann einmal der Fall sein, wenn kein anderes Unternehmen einen speziellen Auftrag ausführen könnte. Daneben drohen Auftragssperren nach § 21 Arbeitnehmer-Entsendegesetz, § 98c Aufenthaltsgesetz, § 19 Mindestlohngesetz und § 21 Schwarzarbeitsbekämpfungsgesetz.

Fakultative Ausschlussgründe sind etwa Verstöße gegen geltende umwelt-, sozial- und arbeitsrechtliche Verpflichtungen bei der Ausführung öffentlicher Aufträge, die Insolvenz des Bieters, die Täuschung im Vergabeverfahren oder wettbewerbsbeschränkende Abreden. Erstmals als Ausschlussgrund im deutschen Vergaberecht geregelt: Das Unternehmen hat einen früheren öffentlichen Auftrag erheblich oder fortdauernd mangelhaft erfüllt, was zu einer vorzeitigen Beendigung, zu Schadensersatz oder zu einer vergleichbaren Sanktion geführt hat. § 125 GWB-E enthält schließlich Regelungen dazu, wie ein Bieter im Wege der Selbstreinigung die einmal verlorene Eignung wiederherstellen kann.

4. Vertragsänderungen

Neu ist auch die ausdrückliche Regelung, unter welchen Voraussetzungen laufende Verträge geändert oder erweitert werden dürfen, ohne dass eine erneute Ausschreibung erforderlich wird (§ 132 GWB-E). Am praktisch relevantesten dürfte § 132 Abs. 3 GWB-E werden: Danach ist die Beauftragung zusätzlicher Liefer- und Dienstleistungen ohne weitere Begründung vergaberechtlich zulässig, wenn die Mehrleistungen höchstens zehn Prozent des Gesamtauftragsvolumens betragen und zugleich für sich genommen unterhalb des Schwellenwerts liegen.

5. Kommunikation

§ 9 VgV-E enthält Regelungen zu den Grundlagen der Kommunikation in Vergabeverfahren. Nach Abs. 2 kann die Kommunikation in einem Vergabeverfahren mündlich erfolgen, wenn sie nicht die Vergabeunterlagen, die Teilhabeanträge, die Interessensbestätigungen oder die

Angebote betrifft und wenn sie ausreichend und in geeigneter Weise dokumentiert wird. Dem von öffentlichen Auftraggebern bisweilen praktizierten Vorgehen, Bietern ihre Fragen zu den Vergabeunterlagen (nur) am Telefon zu beantworten, wird damit nun auch ausdrücklich eine Absage erteilt.

6. Nachforderung fehlender Unterlagen

Eine für Bieter erfreuliche Neuerung betrifft den sehr praxisrelevanten Umgang mit fehlerhaften Angeboten. Nach bisherigem Recht dürfen öffentliche Auftraggeber nur solche Erklärungen und Nachweise von Bietern nachfordern, die in dem Angebot überhaupt nicht vorliegen. Sind die Erklärungen und Nachweise hingegen nur unvollständig oder inhaltlich fehlerhaft, ist eine Nachforderung ausgeschlossen. Diese Unterscheidung gibt § 56 Abs. 2 VgV-E künftig auf. Hiernach dürfen öffentliche Auftraggeber dem betreffenden Bieter erlauben, jegliche unternehmensbezogenen Unterlagen nachzureichen, zu vervollständigen oder zu korrigieren. Sogenannte leistungsbezogene Unterlagen, die die Zuschlagskriterien betreffen, also insbesondere Inhalte zu Konzepten, sind von der Nachforderungsmöglichkeit dagegen nicht umfasst.

7. Ungewöhnlich niedrige Angebote

Die Regeln für den Umgang mit ungewöhnlich niedrigen Angeboten werden verschärft. Besteht der Verdacht eines Unterkostenangebots, fordert der Auftraggeber den Bieter zur Aufklärung auf. § 60 VgV-E regelt nun detailliert, welche Angaben bei entsprechendem Verdacht von Bietern verlangt werden dürfen. Dazu gehören etwa ein wirtschaftliches Fertigungsverfahren oder besonders günstige Lieferbedingungen. Anhand der erhaltenen Informationen bewertet der Auftraggeber, ob das Angebot des Bieters unauskömmlich ist und entscheidet gegebenenfalls über einen Ausschluss. Ist ein niedriger Preis auf Verstöße gegen umwelt-, sozial- oder arbeitsrechtliche Pflichten (Mindestlohn) zurückzuführen, ist der Ausschluss zwingend. Ohne Anhörung des Bieters ist ein Ausschluss aber nicht erlaubt.

8. Zuschlagkriterien

Künftig dürfen öffentliche Auftraggeber bei der Vergabe von Dienstleistungen grundsätzlich die Organisation, Qualifikation und Erfahrung des einzusetzenden Personals bewerten, wenn dieses erhebliche Auswirkungen auf die Qualität der Leistung hat (§ 58 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 VgV-RefE). Bemerkenswert ist die Regelung in § 58 Abs. 2 S. 2 VgV-RefE: Hiernach dürfen öffentliche Auftraggeber Festpreise oder Festkosten vorgeben, sodass das wirtschaftlichste Angebot ausschließlich nach qualitativen oder sozialen Zuschlagskriterien ausgewählt wird. Damit dürfen die Kosten künftig vollständig von den Zuschlagskriterien entkoppelt werden. Der viel kritisierte reine Preiswettbewerb kann so im Einzelfall wirksam verhindert werden. Außerdem sollen nach § 58 Abs. 5 VgV-E an der Entscheidung über den Zuschlag in der Regel mindestens zwei Vertreter des öffentlichen Auftraggebers mitwirken.

9. Kündigung

Erstmals sieht das Vergaberecht in § 133 GWB-E die Möglichkeit zur Kündigung von Verträgen vor, und zwar selbst dann, wenn der Auftrag bereits ausgeführt wird. Eine Kündigung ist hiernach zulässig, wenn der Vertrag unter Verletzung des Vergaberechts geschlossen wurde oder wenn sich herausstellt, dass zum Zuschlagszeitpunkt ein zwingender Grund für den Ausschluss des Auftragnehmers vom Vergabeverfahren vorlag.

10. e-Vergabe

Die e-Vergabe wird verpflichtend eingeführt. Sofern keine Ausnahmen greifen, müssen Auftraggeber künftig alle Vergabeverfahren elektronisch abwickeln. Die eingesetzte technische Lösung darf keinen Bieter diskriminieren und muss allgemein verfügbar und kompatibel sein. Allerdings gelten hier längere Umsetzungsfristen. Ab 18. April 2016 müssen alle öffentlichen Auftraggeber die Bekanntmachung elektronisch versenden und die Auftragsunterlagen unentgeltlich, uneingeschränkt und vollständig mithilfe elektronischer Mittel zugänglich machen. Die vollständige Umstellung auf Kommunikation und Informationsaustausch mit elektronischen Mitteln müssen zentrale Vergabestellen bis 18. April 2017 umsetzen, alle übrigen Auftraggeber haben hierfür bis 18. Oktober 2018 Zeit.

Wie geht es weiter?

Die Entwürfe von GWB und VgV hat das Bundeskabinett verabschiedet. Mit größeren Änderungen nach den Beratungen in Bundestag und Bundesrat wird nun nicht mehr gerechnet. Die Bundesregierung hält nach wie vor an dem Ziel fest, das neue EU-Vergaberecht pünktlich zum 18. April 2016 ins deutsche Recht umzusetzen. Es sieht alles danach aus, als würde dies gelingen, Anschließend soll das nächste große Reformprojekt, das stark zersplitterte Vergaberecht der Länder, begonnen werden.



► **Dr. Daniel Soudry, LL.M.** ist Rechtsanwalt und Partner der Sozietät SOUDRY & SOUDRY Rechtsanwälte mit Standorten in Düsseldorf und Berlin. Er berät Unternehmen der Verteidigungs- und Sicherheitsindustrie bei der rechtssicheren Teilnahme an öffentlichen Ausschreibungen und in Nachprüfungsverfahren. Dr. Soudry ist Vorsitzender der Regionalgruppe Berlin-Brandenburg im Deutschen Vergabennetzwerk (DVNW). Er tritt regelmäßig als Referent auf und publiziert laufend zu vergaberechtlichen Themen.