

Eckpunkte zur Reform des Vergaberechts

Inhalt

1. Neue Struktur des Vergaberechts	2
2. Inhaltliche Schwerpunkte der Vergaberechtsmodernisierung	2
3. Zeitplan für die Umsetzung	4
Neues aus der Rechtsprechung.....	5
Unliebsame Osterüberraschung (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 05.11.2014, VII Verg 20/14)	

Am 7. Januar 2015 hat das Bundeskabinett Eckpunkte zur Reform des deutschen Vergaberechts beschlossen. Hintergrund der bevorstehenden Reform sind die neuen EU-Vergaberechtsrichtlinien 2014/23/EU, 2014/24/EU und 2014/25/EU vom 26. Februar 2014, die bis zum 18. April 2016 in das deutsche Recht umzusetzen sind.

Wie diese Umsetzung voraussichtlich realisiert wird, ist Kernthema dieses Newsletters.

Die Bundesregierung will die Umsetzung der neuen Richtlinien in das deutsche Recht dazu nutzen, um ein anwenderfreundliches und modernes Vergaberecht zu schaffen, das rechtssichere Vergaben im Wettbewerb und die wirtschaftliche Verwendung öffentlicher Haushaltssmittel ermöglicht. Ausgehend vom Koalitionsvertrag orientiert sich die Bundesregierung dabei insbesondere an folgenden **Leitlinien**:

- Struktur und Inhalt des deutschen Vergaberechts müssen einfach und anwenderfreundlich sein.
- Eine wirtschaftliche Beschaffung wird durch Wettbewerb, Transparenz und Nichtdiskriminierung sichergestellt.

- Soziale, ökologische und innovative Aspekte sollen im Einklang mit dem Wirtschaftlichkeitsgrundsatz gestärkt werden.
- Kommunale Handlungsspielräume sollen erhalten bleiben.
- Der bürokratische Aufwand für Auftraggeber und Auftragnehmer soll so gering wie möglich gehalten werden.
- Öffentliche Aufträge im Inland und im EU-Ausland sollen für deutsche Unternehmen gleichermaßen attraktiver werden. Europa- und bundesweit soll das Vergabeverfahren daher möglichst einheitlich sein.
- Kleine und mittlere Unternehmen dürfen im Wettbewerb um öffentliche Aufträge nicht benachteiligt werden.
- Ein weitgehend digitalisierter Beschaffungsprozess wird angestrebt.
- Wirtschaftsdelikten muss wirksam entgegengewirkt werden.
- Die EU-Richtlinien werden „eins zu eins“ in das deutsche Recht umgesetzt.

1. Neue Struktur des Vergaberechts

Aus Sicht der Bundesregierung bietet die Umsetzung der EU-Vergaberechtlinien die Chance, die komplexe Struktur des deutschen Vergaberechts zu reformieren. Im Bereich oberhalb der EU-Schwellenwerte soll deshalb das deutsche Vergaberecht strukturell vereinfacht und anwenderfreundlich gestaltet werden.

- Die wesentlichen gesetzlichen Vorgaben sollen dabei im Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) verankert bleiben. Dort sollen künftig auch die neuen Vorgaben der Richtlinien für die Kündigung und die Änderungen von Aufträgen und Konzessionen während der Laufzeit, die Gründe für den Ausschluss von einem Vergabeverfahren und die grundsätzlichen Anforderungen an Eignung und Zuschlag geregelt werden. Das GWB soll dabei grundlegend überarbeitet und übersichtlicher strukturiert werden.
- Für die klassischen Auftraggeber sollen künftig die Einzelheiten des Vergabeverfahrens für Liefer- und Dienstleistungsaufträge oberhalb der EU-Schwellenwerte in der Vergabeverordnung (VgV) geregelt werden. Damit würde der 2. Abschnitt der VOL/A (EG-§§) entfallen. Im Baubereich soll demgegenüber die VOB/A auch oberhalb der EU-Schwellenwerte weiterhin gelten. Die Regelungen für die Vergabe von Liefer- und Dienstleistungen auf der einen Seite und Bauleistungen auf der anderen Seite würden also weiter auseinanderfallen. Die ursprünglich einmal beabsichtigte Harmonisierung des deutschen Vergaberechts wäre damit wohl endgültig vom Tisch. Die Sektorenverordnung (SektVO) und die Verordnung über die Vergabe in den Bereichen Verteidigung und Sicherheit (VSVgV) sollen fortgelten.
- Das Vergabeverfahren für Liefer- und Dienstleistungen sowie für freiberufliche Leistungen soll in der VgV zusammengeführt werden, damit würde auch die VOF obsolet. Die spezifi-

schen Vergabevorschriften zur Vergabe von Architekten- und Ingenieurleistungen (bislang Kapitel 3 der VOF) und die Vorschriften zum Wettbewerb in den Bereich der Raumplanung, des Städtebaus und des Bauwesens (bislang Kapitel 2 der VOF) sollen künftig als neuer Abschnitt in der VgV hervorgehoben werden.

- Die Konzessionsvergaberechtlinie 2014/23/EU soll in einer eigenständigen Rechtsverordnung über die Konzessionsvergabe umgesetzt werden. Dabei sollen die spezifischen Belange der Baukonzession berücksichtigt werden.
- Erst nach Umsetzung der EU-Vergaberechtlinien soll zeitnah der Anpassungsbedarf für Vergaben unterhalb der EU-Schwellenwerte geprüft werden (also in den Abschnitten 1 der VOL/A und der VOB/A).

Die geplante neue Struktur des deutschen Vergaberechts ist in der Abbildung am Ende des Beitrages zusammengefasst.

2. Inhaltliche Schwerpunkte der Vergaberechtsmodernisierung

- Die Vergabeverfahren sollen vereinfacht und flexibler gestaltet werden. Deshalb sollen die Handlungsspielräume, die der neue europäische Rechtsrahmen hierzu bietet, genutzt werden. Die Möglichkeiten zur Verhandlung mit den Bietern soll entsprechend den neuen Vorgaben der Richtlinien ausgeweitet werden. Vorbehaltlich des Grundsatzes der Wirtschaftlichkeit und des Wettbewerbs sollen künftig öffentliche Auftraggeber zudem zwischen offenen und nichtoffenen Verfahren frei wählen können (die europäischen Vergaberechtlinien ließen dies seit jeher zu, der deutsche Gesetzgeber hatte jedoch den Vorrang des offenen Verfahrens festgeschrieben). Der im Eckpunktbeschluss vom 7. Januar 2015 enthaltene Vorbehalt bezüglich des Grundsatzes der Wirtschaftlichkeit und des Wettbewerbs fand sich

im Entwurf des Beschlusses des Bundeswirtschaftsministeriums noch nicht und ist im Zuge der Ressortabstimmung ergänzend aufgenommen worden. Das lässt darauf schließen, dass es künftig eher nicht zur völlig freien Wahl zwischen offenem und nichtoffenem Verfahren kommen wird, da das offene Verfahren aufgrund der unbeschränkten Möglichkeit zur Angebotsabgabe regelmäßig das wettbewerbsintensivere Vergabeverfahren im Vergleich zum nichtoffenen Verfahren darstellt. Dieses steht im Gegensatz zum offenen Verfahren die Möglichkeit vor, den Kreis der zur Angebotsabgabe aufzufordernden Bewerber bis auf mindestens fünf Bewerber zu beschränken.

- Die nachhaltige und innovative Beschaffung soll gestärkt werden. Deshalb sollen unter Beachtung des Ziels der wirtschaftlichen Beschaffung - wo möglich - soziale, ökologische und innovative Aspekte stärker Berücksichtigung finden. Daher will die Bundesregierung auf Bundesebene Nachhaltigkeit und Innovation bei der Beschaffung in Deutschland beispielgebend stärken und weiterentwickeln.
- Die Regeln zur Eignungsprüfung sollen vereinfacht werden. Künftig werden ausschließlich Bieter, die für den Zuschlag in Betracht kommen, die erforderlichen Bescheinigungen einreichen müssen. Im Bewerbungs- und Angebotsstadium genügt die Nutzung der Einheitlichen Europäischen Eigenerklärung, für die die EU-Kommission bereits einen Entwurf vorgelegt hat. Die Bundesregierung will bei der Umsetzung darauf achten, dass die Einheitliche Europäische Eigenerklärung mit den bestehenden Systemen zur Präqualifizierung kompatibel ist.
- Es soll sichergestellt werden, dass Unternehmen bei der Ausführung öffentlicher Aufträge die geltenden Arbeit- und sozialrechtlichen Verpflichtungen einhalten einschließlich Gleichstellungsaspekten. Es soll daher im GWB insbesondere festgeschrieben werden, dass bei der

Ausführung von Aufträgen ein bundesweiter gesetzlicher Mindestlohn, Mindestlöhne nach dem Arbeitnehmerentsendegesetz und für allgemeinverbindlich erklärte Tarifverträge eingehalten werden müssen. Damit soll die Einhaltung dieser Verpflichtungen auch über das Vergaberecht flankiert werden.

- Um die Freiräume für die öffentliche Hand zu erhalten, sollen die EU-Regelungen zur öffentlich-öffentlichen Zusammenarbeit „eins zu eins“ im GWB umgesetzt werden.
- Dienstleistungen im Gesundheits-, Sozial- und Bildungsbereich haben nur begrenzte Auswirkungen auf den Binnenmarkt. Die EU-Richtlinien ermöglichen es daher den Mitgliedstaaten, für bestimmte – insbesondere soziale – Dienstleistungen vereinfachte Vergabeverfahren vorzusehen. Diesen Spielraum will die Bundesregierung für die Umsetzung nutzen und ein deutlich erleichtertes Vergabeverfahren für soziale Dienstleistungen einführen. Als eine Umsetzungsoption soll dabei in Frage kommen, dass öffentliche Auftraggeber künftig zwischen den Verfahrensarten wählen können.
- Ein wichtiges Ziel der EU-Vergabemodernisierung ist es, für kleine und mittlere Unternehmen den Zugang zu öffentlichen Aufträgen zu erleichtern. Deshalb will die Bundesregierung den im GWB verankerten Grundsatz beibehalten, wonach Aufträge verpflichtend in Lose aufzuteilen sind. Soweit ein Mindestumsatz zum Nachweis der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit verlangt wird, soll dafür eine Höchstgrenze gesetzt werden, um dadurch den Nachweis der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit für kleine und mittlere Unternehmen zu erleichtern.
- Bei jeder Beschaffung, die von Menschen genutzt wird, müssen – außer in ordnungsgemäß begründeten Fällen – die technischen Spezifikationen unter Berücksichtigung der Barrierefreiheit erstellt werden. Bei der Wertung

der Angebote in einem Vergabeverfahren soll daher das „Design für Alle“ ein mögliches Kriterium sein.

- Wirtschaftsdelikte sollen auch bei der Vergabe öffentlicher Aufträge nicht ohne Folgen bleiben. Wer sich wegen Wirtschaftsdelikten strafbar gemacht hat, soll nicht von öffentlichen Aufträgen profitieren. Um wieder an Vergabeverfahren teilnehmen zu dürfen, werden betroffene Unternehmen die Möglichkeit erhalten, durchgeführte Maßnahmen der Selbstreinigung nachzuweisen. Einzelheiten der Ausschlussgründe wie auch der Selbstreinigung sollen im Rahmen der Umsetzung für Auftragnehmer aller Bereiche im GWB geregelt werden.
- Bislang ist es angesichts einer Vielzahl unterschiedlicher Regelungen auf Landesebene für öffentliche Auftraggeber schwierig nachzuprüfen, ob es bei einem Unternehmen zu Straftaten gekommen ist. Die Bundesregierung will deshalb im Zusammenhang mit der Umsetzung der EU-Vergaberichtlinien die Einführung eines zentralen bundesweiten Vergabeausschlussregisters und die Vereinheitlichung der inhaltlichen Regelungen prüfen. Damit soll sichergestellt werden, dass öffentliche Auftraggeber bundesweit von Wirtschaftsdelikten erfahren und nach den gleichen Regeln vorgegangen wird.
- Die EU-Richtlinien sehen die verbindliche Einführung der elektronischen Kommunikation im Vergabeverfahren vor. Insbesondere kommunale Vergabestellen und kleine und mittlere Unternehmen werden dabei einen erheblichen Umstellungsaufwand zu bewältigen haben. Die Bundesregierung will deshalb im Rahmen der Umsetzung darauf achten, dass alle Betroffenen ausreichend Zeit für die notwendigen technischen Anpassungen haben. Daher sollen die betroffenen Vergabestellen die in den EU-Richtlinien vorgesehenen längeren Umsetzungsfristen - 36 Monate (bis 18. April 2017) für zentrale Beschaffungsstellen und 54 Monate

(bis 18. Oktober 2018) für sonstige Auftraggeber - für die Einführung der elektronischen Kommunikation voll ausschöpfen können.

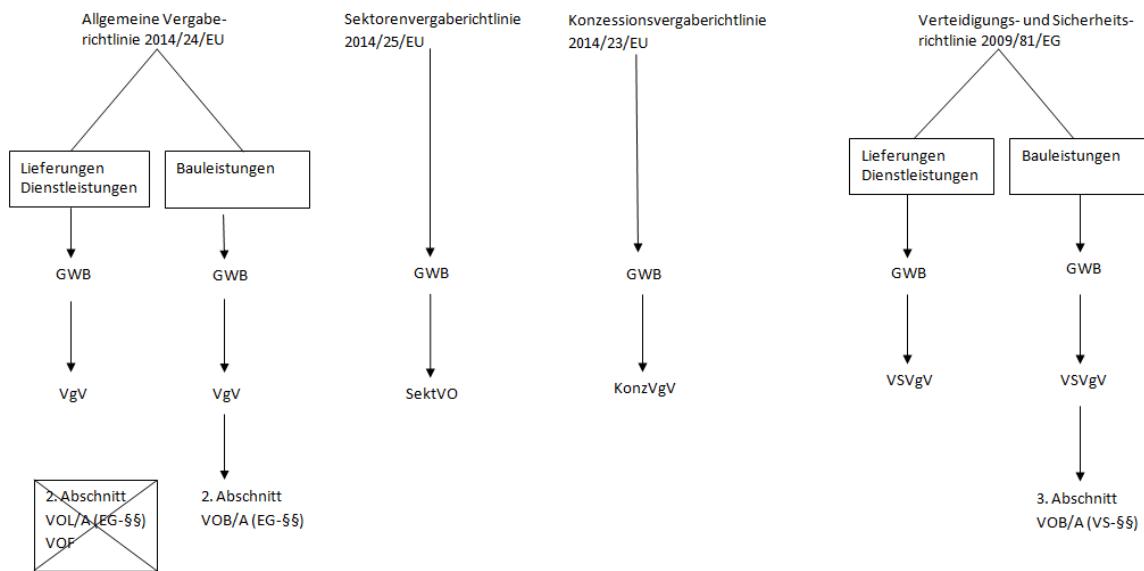
3. Zeitplan für die Umsetzung

Die Bundesregierung hat für die Umsetzung der Reform des nationalen Vergaberechts folgenden Zeitplan vorgesehen:

- Kabinettbeschluss zur GWB-Novelle Frühjahr 2015
- Gesetzgebung Bundestag und Bundesrat Herbst 2015
- Kabinettbeschluss zu den Verordnungen Herbst 2015
- Bundesrat-Zustimmung Winter 2015/2016
- Inkrafttreten Umsetzung 18. April 2016

Den vollständigen Beschluss des Bundeskabinetts vom 7. Januar 2015 finden Sie unter folgendem [hier](#)

Geplante Struktur des Vergaberechts nach Beschluss der Bundesregierung vom 7.1.2015



Neues aus der Rechtsprechung

Unliebsame Osterüberraschung (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 05.11.2014, VII Verg 20/14)

Der Fall

Eine Bundesbehörde schrieb im Januar 2014 den Abschluss einer Rahmenvereinbarung über Spot-Schaltungen im Kino öffentlich aus. Ein Unternehmen beteiligte sich mit einem Angebot vom 7. März 2014, auf das gemäß der Bieterinformation nach § 101a GWB vom 17. April 2014 jedoch nicht der Zuschlag erteilt werden sollte, weil das Angebot wegen Änderungen an den Vergabeunterlagen auszuschließen und überdies nicht das wirtschaftlichste sei. Dies rügte die Bieterin mit

durch ihre Verfahrensbevollmächtigten einen Nachprüfungsantrag bei der Vergabekammer anbringen. Im erstinstanzlichen Nachprüfungsverfahren haben die Parteien u.a. über eine Präklusion des Nachprüfungsantrags nach § 107 Abs. 3 S. 1 GWB gestritten. Die Vergabekammer des Bundes (Beschluss vom 28. Mai 2014, VK 2-35/14) hat den Nachprüfungsantrag als jedenfalls unbegründet abgelehnt, die Frage der rechtzeitigen Rügeerhebung aber offen gelassen. Das betroffene Unternehmen hat sofortige Beschwerde beim OLG Düsseldorf erhoben, mit der es seinen erstinstanzlichen Vortrag wiederholt hat.

Die Entscheidung

Die sofortige Beschwerde hatte im Ergebnis keinen Erfolg. Allerdings hat das OLG Düsseldorf darauf hingewiesen, dass es der Auftraggeberin im Streitfall verwehrt sei, sich mit Erfolg auf eine Verletzung der Rügeobliegenheit zu berufen (§ 107 Abs. 3 S. 1 GWB), weil das Unternehmen den Nachprüfungsantrag ohne vorherige Rüge bei der Vergabekammer angebracht habe.

Die Vergabestelle hatte die Telefax-Bieterinformation (§ 101a GWB) am Gründonnerstag, dem 17. April 2014, gegen 17:00 Uhr, an die Antragstellerin versandt. Aufgrund dessen hätte der Auftrag rechnerisch am Montag, dem 28. April 2014, erteilt werden können. Das OLG Düsseldorf wies darauf hin, dass die Geschäftsführung der Antragstellerin von der Absage jedoch allerfrühestens im Laufe des Dienstags nach Ostern, d.h. am 22. April 2014, habe Kenntnis nehmen können. Von da an seien bis Freitag, 25. April 2014, allenfalls dreieinhalb Werkstage verblieben, an denen die Antragstellerin einen Nachprüfungsantrag habe erwägen, einen Rechtsanwalt habe suchen und beauftragen (wobei die Beauftragung eines Rechtsanwalts aus Sicht des Vergabesenats im Streitfall angemessen und erforderlich gewesen sei), sich von ihm beraten sowie ihm die erforderlichen Informationen habe zukommen lassen können, um durch Einreichen eines Nachprüfungsantrags und Information des Auftraggebers seitens der Vergabekammer ein Zuschlagsverbot zu bewirken (§ 115 Abs. 1 GWB). Der Nachprüfungsantrag habe außerdem am Freitag, dem 25. April 2014, der Vergabekammer so rechtzeitig vorliegen müssen, dass diese ihn auf offensichtliche Unzulässigkeit oder Unbegründetheit habe prüfen und davon den Auftraggeber informieren können. Dadurch sei die Wartefrist des § 101a GWB von zehn faktisch auf drei Tage verkürzt.

Die Wahrung der Rügeobliegenheit durch den Antragsteller sei zwar eine Zulässigkeitsvoraussetzung für den Nachprüfungsantrag. Jedoch liege es nach Auffassung des Gerichts bei der vorliegenden oder einer vergleichbaren Sachlage aus Sicht des Antragstellers nahe anzunehmen, der Auftraggeber habe durch die Wahl des Zeitpunkts der

Versendung der Bieterinformation die Überprüfungsfrist für den Antragsteller reduzieren und eine Nachprüfung der Auftragsvergabe mit Absicht beschränken oder verhindern wollen. Eine dahingehende Absicht des Auftraggebers müsse in solchen Fällen indes nicht festgestellt werden.

Es genüge auf Folgendes hinzuweisen: Die zeitlichen Auswirkungen einer solchen Vorgehensweise lägen offen zutage und seien dem Auftraggeber bekannt, weil er damit erfahrungsgemäß Überlegungen verbinde, zu welchem Zeitpunkt die Wartefrist endet und der Auftrag erteilt werden dürfe. Die dargestellte Vorgehensweise - hier die Wahl des Zeitpunkts der Bieterinformation in Ansehung der Feiertage und der Wochenenden um Ostern 2014 - habe objektiv und unmittelbar zu einer drastischen Erschwerung für den Antragsteller geführt, effektiven Rechtsschutz gegen die Vergabeentscheidung zu erlangen. Innerhalb von drei Tagen nach Kenntnisnahme von der Bieterinformation in einem nicht einfach gelagerten Fall wie dem vorliegenden einen Nachprüfungsantrag einreichen zu müssen, sei einem Antragsteller nicht zuzumuten. Um die praktische Wirksamkeit der Rechtsschutzworschritte des GWB zu gewährleisten, seien bei diesem Befund die Gerichte befugt, diejenigen Maßnahmen zu ergreifen, die geeignet erscheinen, die objektiv eingetretene Erschwerung eines effektiven Rechtsschutzes auszugleichen und die Wirksamkeit des Rechtsschutzes wiederherzustellen. Zu den in diesem Zusammenhang zu treffenden Maßnahmen zähle zum Beispiel die Auslegung, dass eine Bieterinformation der vorliegenden Art die Wartefrist des § 101a GWB nicht in Lauf setzen kann. Zu ihnen gehöre aber auch der Verzicht darauf, dass der Nachprüfungsantrag von einer vorherigen Rüge durch den Antragsteller abhängig zu machen ist. Ein Antragsteller dürfe sich in der Kürze der Zeit allein auf den Nachprüfungsantrag konzentrieren und der Auftraggeber könne sich in solchen Fällen nicht mit Erfolg auf eine Verletzung der Rügeobliegenheit berufen.

Praxistipp

Weder aus den Beschlussgründen der Vergabekammer des Bundes noch aus denen des Oberlandesgerichts Düsseldorf ergibt sich, dass die

Vergabestelle tatsächlich schon am 28. April 2014 den Auftrag vergeben wollte, also die Fristgestaltung bewusst zu Ungunsten der Beschwerdeführerin gesteuert hat. Dennoch hätte theoretisch die Möglichkeit dazu bestanden. Auch aus Sicht des OLG Düsseldorf kommt es auf eine entsprechende Absicht des Auftraggebers nicht an, allein die faktische Fristverkürzung ist ausschlaggebend. Deshalb ist Auftraggebern dringend zu empfehlen, im Rahmen der Bieterinformation nach § 101a GWB Feiertage etc. mitberücksichtigen, damit einem Bieter ausreichend Zeit bleibt, eine Rüge zu platzieren. Die gesetzgeberische Intention der Rüge, dem Auftraggeber eine Abhilfemöglichkeit einzuräumen, liegt letztlich ja auch in seinem Interesse, um unnötige zeit- und kostenintensive Nachprüfungsverfahren zu vermeiden.

Rudolf Ley