

**Die Vergabe freiberuflicher
Leistungen nach neuem
Vergaberecht**

17. Niedersächsisches Bodenschutzforum
3. November 2016



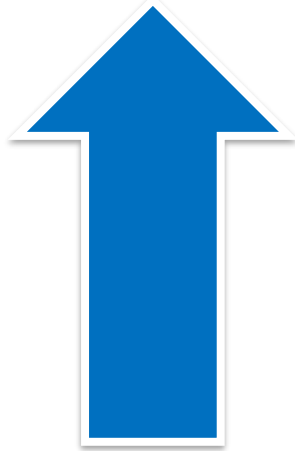
Neue EU-Vergaberichtlinien

- Europäisches Paket zur Modernisierung des Vergaberechts:
 - **RL 2014/24/EU** („klassische Richtlinie“) für die öffentliche Auftragsvergabe.
 - **RL 2014/25/EU** („Sektorenrichtlinie“) für die Vergabe von Aufträgen im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie der Postdienste.
 - **RL 2014/23/EU** („Konzessionsrichtlinie“) für die Vergabe von Konzessionen.
- **Umsetzungsfrist: April 2016.**
- **Ziele** des EU-Gesetzgebers:
 - Stärkere Vereinheitlichung des Vergaberechts in der EU.
 - Klare Regeln, mehr Rechtssicherheit, gerade für Kommunen.
 - Vereinfachung, Flexibilisierung des Vergaberechts (u. a. durch mehr Möglichkeiten zur Verhandlung mit Bietern).
 - Verfolgung strategischer Ziele mit dem Beschaffungswesen (Umwelt, Soziales, Innovationen ...).

Umsetzung EU-Vergabe-RL in Deutschland

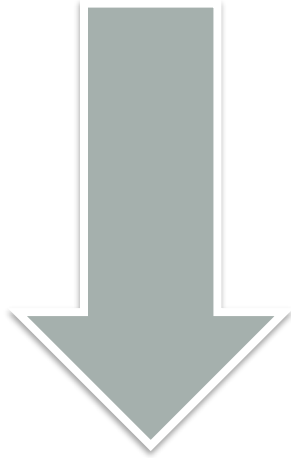
- **VergabeR-Modernisierungsgesetz (VergModG)**
 - Umsetzung der wesentlichen Regelungen im Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB), §§ 97 – 186 GWB.
 - Abbildung des gesamten Vergabeverfahrens („vor die Klammer gezogen“).
 - Umfassende VO-Ermächtigung für BReg. (§ 113 GWB).
- **Vergabeverordnung, Sektorenverordnung, Konzessionsverordnung, Statistikverordnung**
 - Details des Vergabeverfahrens.
 - Pflichten zur Übermittlung von Daten (oberhalb und unterhalb der EU-Schwellenwerte!) an das Bundesministerium für Wirtschaft und Energie.
 - BMWF leitet Daten eines Berichtsjahres zu Beginn des Folgejahres an Statistisches Bundesamt zur Aufbereitung binnen 3 Mo. weiter.

Zweiteilung des Vergaberechts



Aufträge über EU-Schwellenwert:

- Binnenmarktrelevanz
- Anwendung EU- und GWB-Vergaberecht
- Risiko: Rechtsschutz vor den Vergabekammern



Aufträge unter EU- Schwellenwert:

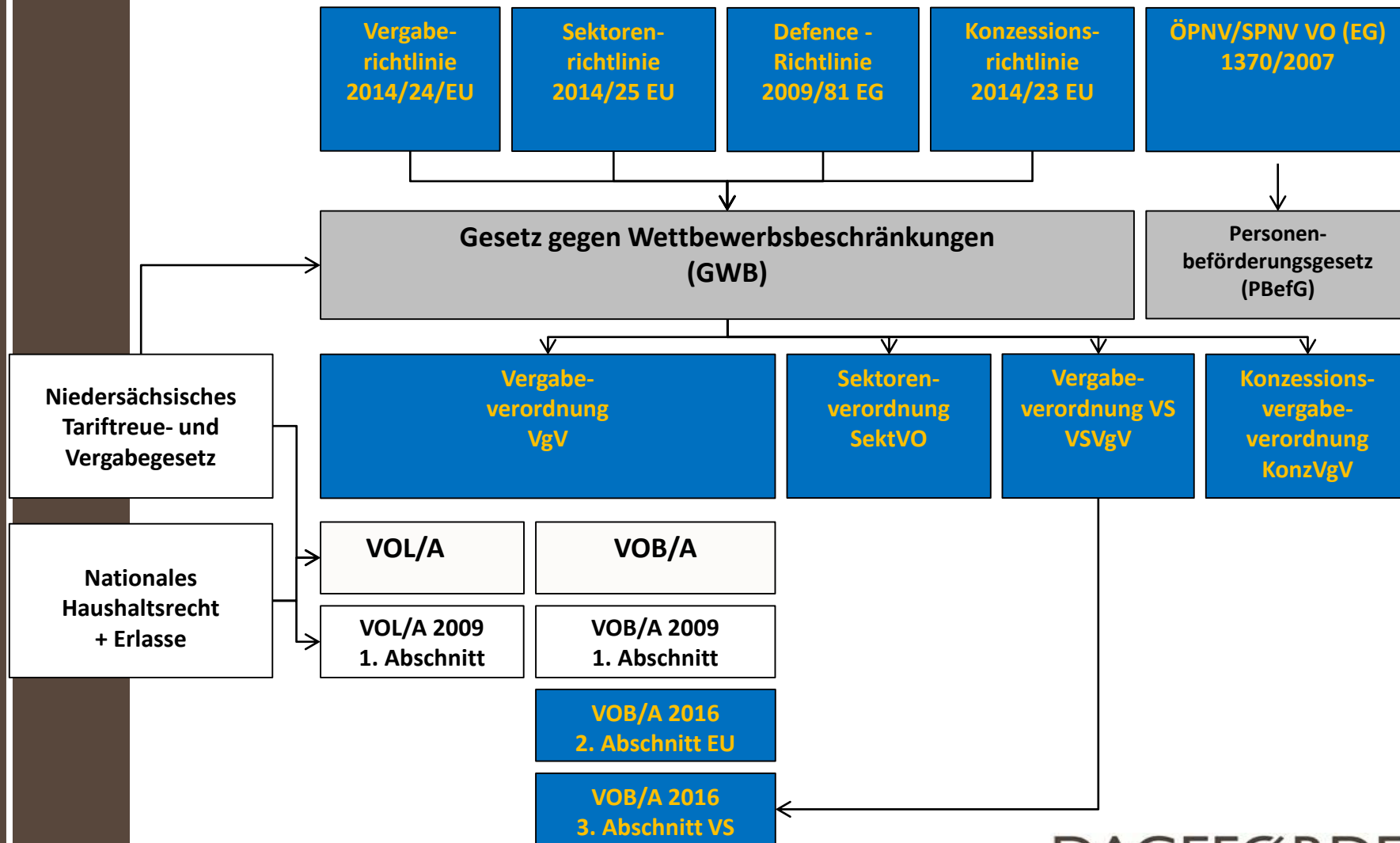
- Keine Binnenmarktrelevanz (str.)
- Haushaltsrecht und Landesvergaberecht
(Grundsätze des EU-Vergaberechts gelten auch hier !)
- Kein Rechtsschutz vor den Vergabekammer
(nur vor Zivilgerichten)

Aktuelle EU- Schwellenwerte

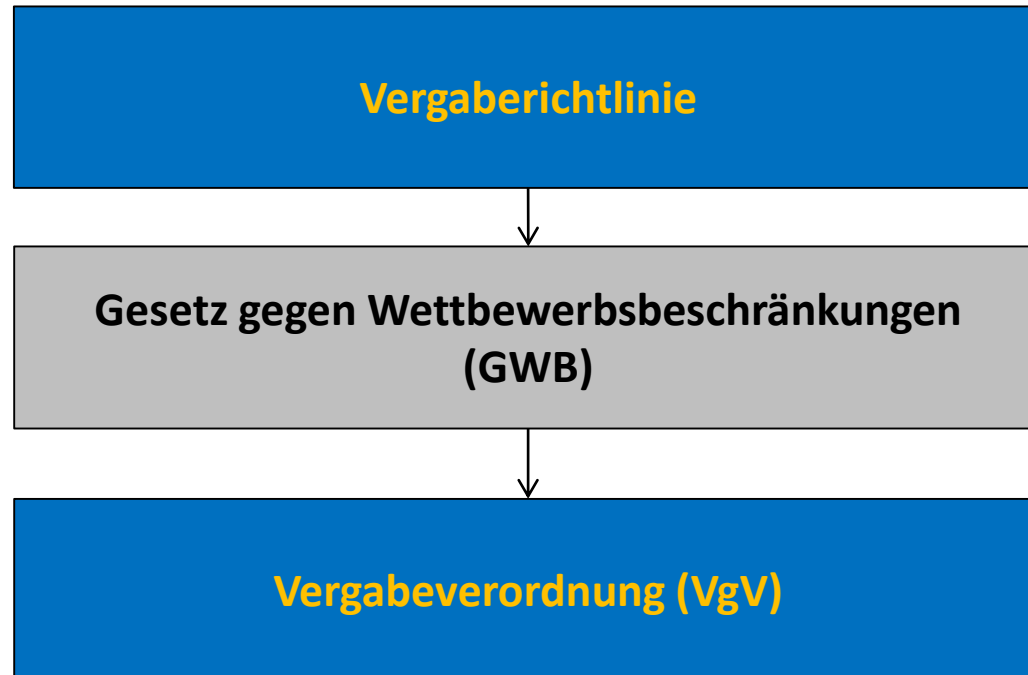
- **Baufträge** **5.225.000 EUR**
- **Liefer- und Dienstleistungsaufträge** in den Sektoren
 - **Trinkwasserversorgung**
 - **Energieversorgung**
 - **Versorgung mit Verkehrsdienstleistungen****418.000 EUR**
- Alle anderen **Liefer- und Dienstleistungsaufträge** **209.000 EUR**
- **Dienstleistungsaufträge betr. soziale und andere besondere Dienstleistungen** i. S. v. Anhang XIV der Richtlinie 2014/24/EU **750.000 EUR**
- Vergabe von **Konzessionen** generell **5.225.000 EUR**

Normstruktur und Aufbau des Vergaberechts

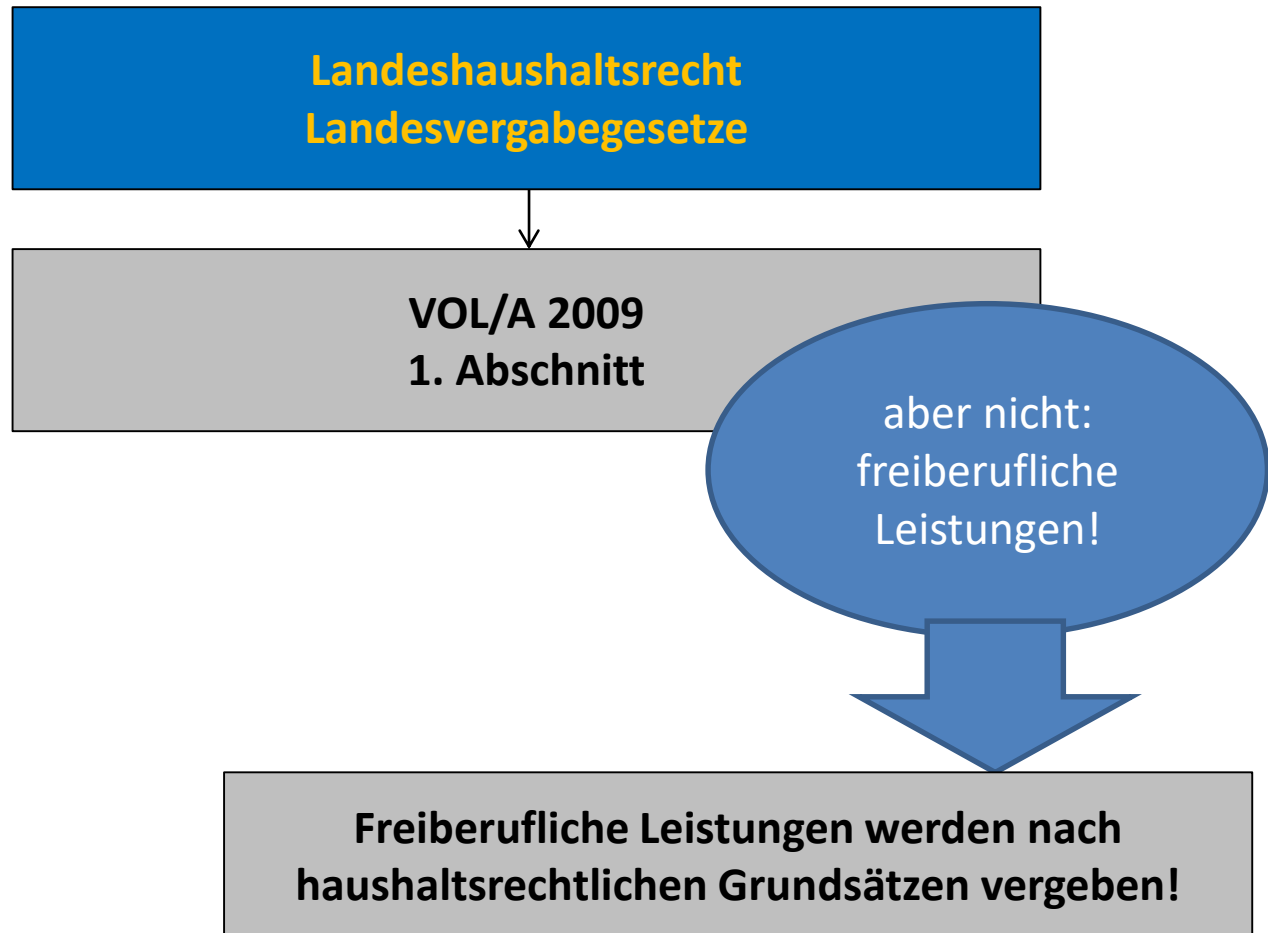
Rechtslage ab 18.04.2016



Liefer- und Dienstleistungen > 209.000 EUR



Liefer- und Dienstleistungen < 209.000 EUR



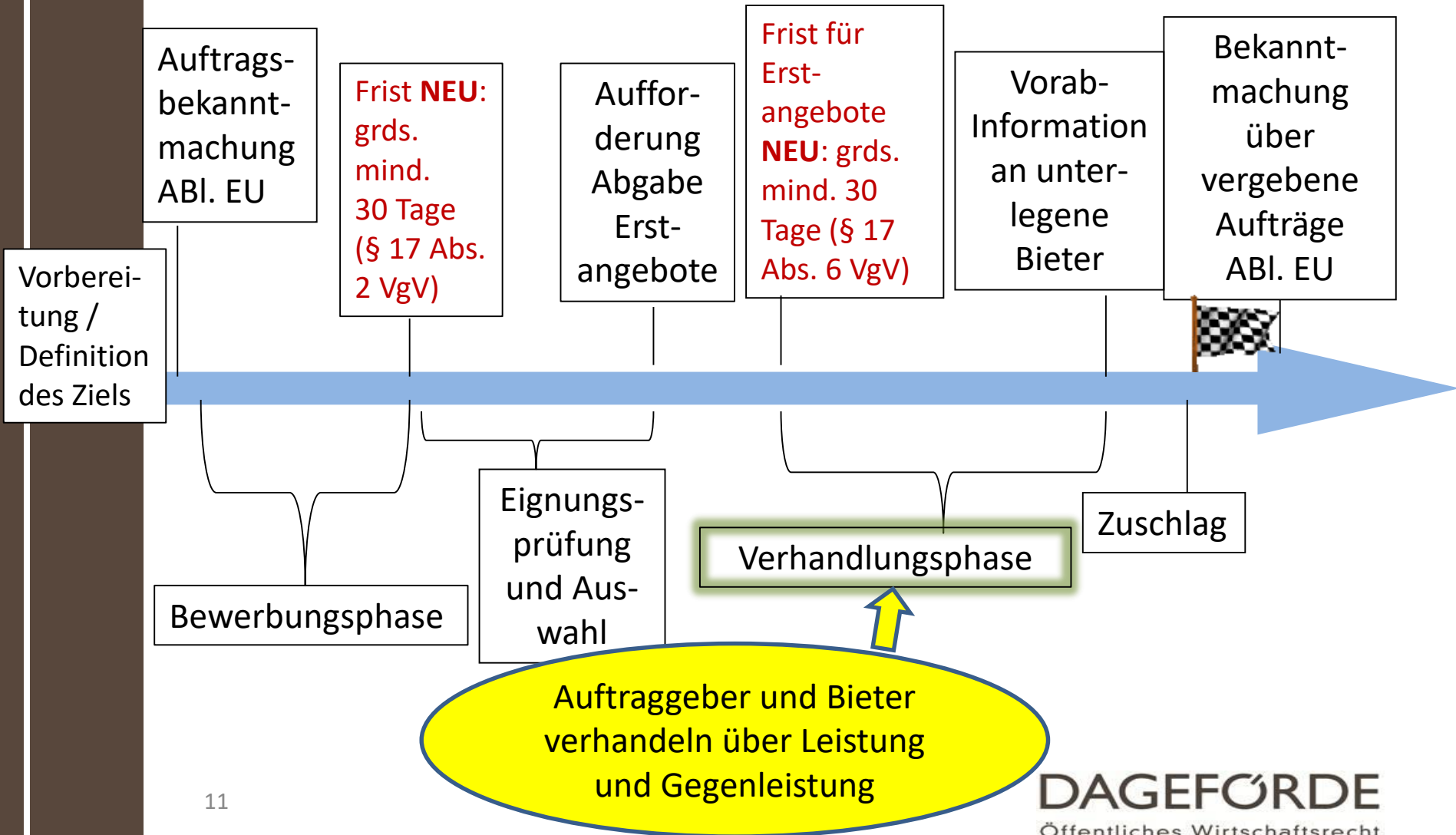
Vergabe freiberuflicher Leistungen > 209.000 EUR netto

- Generell zur Verfügung stehende Vergabeverfahren (§ 119 GWB):
 - Offenes Verfahren.
 - Nichtoffenes Verfahren.
 - **Verhandlungsverfahren.**
 - Wettbewerblicher Dialog.
 - Innovationspartnerschaft.
- Wahl der „richtigen“ Vergabeart (§ 14 Abs. 1 und 2 VgV):
 - Regelverfahren: Offenes und Nichtoffenes Verfahren.
 - Ausnahmen: **Verhandlungsverfahren**, Wettbewerblicher Dialog und Innovationspartnerschaft.
- Anwendungsbereich Verhandlungsverfahren (§ 14 Abs. 3 und 4 VgV).

Verhandlungsverfahren mit TW § 14 Abs. 3 VgV

- Auftraggeber können Aufträge im Verhandlungsverfahren mit Teilnahmewettbewerb vergeben, wenn
 1. die Bedürfnisse des Auftraggebers nicht ohne Anpassung bereits verfügbarer Lösungen erfüllt werden können,
 2. **der Auftrag konzeptionelle** oder innovative **Lösungen umfasst**,
 3. der **Auftrag** aufgrund konkreter Umstände, die **mit** der Art, der **Komplexität** oder dem rechtlichen/finanziellen Rahmen oder den damit einhergehenden Risiken zusammenhängen, nicht ohne vorherige Verhandlungen vergeben werden kann,
 4. die Leistung, insbesondere ihre technischen Anforderungen, vom Auftraggeber nicht mit ausreichender Genauigkeit (unter Verweis auf eine Norm, eine Europäische Technische Bewertung (ETA), eine gemeinsame technische Spezifikation oder technische Referenzen im Sinne der Anlage 1 Nr. 2 bis 5) beschrieben werden kann.
 5. (...)

Ablauf Verhandlungsverfahren § 17 VgV



Ablauf des Verhandlungsverfahrens § 17 VgV (I)

- TED-Bekanntmachung obligatorisch.
- Bewerbungsfrist (Abgabe der Teilnahmeanträge):
 - Mindestens 30 Tage ab Absendung der Veröffentlichung.
 - Oder: Wenn Einhaltung der Frist unmöglich („hinreichend begründete Dringlichkeit“): Frist nach Ermessen des Auftraggebers, mindestens jedoch 15 Tage.
- Aufforderung zur Abgabe von Erstangeboten an ausgewählte Bewerber.
- Angebotsfrist (Abgabe der Erstangebote):
 - Mindestens 30 Tage ab Absendung der Aufforderung.
 - Oder: Auftraggeber kann Angebotsfrist mit Bewerbern einvernehmlich festlegen (gilt nicht für oberste Bundesbehörden!).
 - Oder: Wenn Einhaltung der Frist unmöglich („hinreichend begründete Dringlichkeit“): Frist nach Ermessen des Auftraggebers, mindestens jedoch 15 Tage.
 - Verkürzung der 30 Tage auf 25 Tage, wenn elektronische Angebote.

Ablauf des Verhandlungsverfahrens § 17 VgV (II)

- Nach Einreichung der Erstangebote: Auftraggeber verhandelt mit Bietern über die Erstangebote und alle Folgeangebote, mit Ausnahme der endgültigen Angebote.
- Ziel der Verhandlungen: Inhaltliche Verbesserung der Angebote.
- Verhandlungsgegenstand: Gesamter Angebotsinhalt, nicht aber Mindestanforderungen des Auftraggebers und Zuschlagskriterien.
- Auftraggeber kann Auftrag auf Basis der Erstangebote nur dann erteilen, ohne in Verhandlungen einzutreten, wenn er sich dies in der Auftragsbekanntmachung vorbehalten hat.
- Auftraggeber kann Zahl der Angebote sukzessive verringern, wenn er darauf in der Auftragsbekanntmachung oder den Vergabeunterlagen hingewiesen hat. Aber: In Schlussphase muss noch Wettbewerb herrschen.

Ablauf des Verhandlungsverfahrens

§ 17 VgV (III)

- Ausdrückliche Vorgabe der Verordnung: Auftraggeber darf keine Informationen an einzelne Bieter geben, die diese dann begünstigt (Verpflichtung zur strikten Gleichbehandlung).
- Formvorgabe für Änderungen der Vergabeunterlagen: Auftraggeber muss diese den Bietern „in Textform nach § 126 b BGB“ übermitteln.
- Auftraggeber darf im Verfahren weder die Mindestanforderungen noch die Zuschlagskriterien ändern.
- Wenn Auftraggeber Vergabeunterlagen ändert: Bieter müssen ausreichend Zeit zur Bearbeitung/Überarbeitung ihrer Angebote haben.
- Zur Wahrung der Betriebs-/Geschäftsgeheimnisse der Bieter: Auftraggeber darf vertrauliche Informationen eines Bieters nicht ohne dessen Zustimmung (die einzeln/konkret eingeholt werden muss) an andere Bieter geben.

Abschluss des Verhandlungsverfahrens

- Finale Angebotsrunde muss als solche angekündigt werden.
- Einheitliche Frist für alle noch im Verfahren befindlichen Bieter.
- Auftraggeber prüft, ob die finalen Angebote die Mindestanforderungen erfüllen.
- Auftraggeber entscheidet aufgrund der anfangs bekanntgegebenen Zuschlagskriterien.

Vertragsänderungen § 132 GWB

- § 132 GWB:
„Wesentliche Änderungen eines öffentlichen Auftrags während der Vertragslaufzeit erfordern ein neues Vergabeverfahren. Wesentlich sind Änderungen, die dazu führen, dass sich der öffentliche Auftrag erheblich von dem ursprünglich vergebenen Auftrag unterscheidet.“
- Wesentliche Änderungen: Änderungen, die den Umfang und die inhaltliche Ausgestaltung der gegenseitigen Rechte und Pflichten der Parteien betreffen. Solche Änderungen sind Ausdruck der Absicht der Parteien, wesentliche Bedingungen des Auftrags neu zu verhandeln.

Auftragsänderungen während der Vertragslaufzeit § 132 GWB

- Beispielhafte Aufzählung wesentlicher Änderungen in Nummern 1 bis 4.
- Wesentliche Änderung liegt insbesondere vor, wenn:
 - Bedingungen eingeführt werden, die – wenn sie für das ursprüngliche Vergabeverfahren gegolten hätten –
 - die Zulassung anderer Bewerber/Bieter ermöglicht hätten.
 - die Annahme eines anderen Angebots ermöglicht hätten.
 - das Interesse weiterer Teilnehmer geweckt hätten.
 - sich das wirtschaftliche Gleichgewicht des Vertrages zugunsten des AN in nicht vorgesehener Weise verschiebt.
 - der Umfang des Auftrags erheblich ausgeweitet wird.
 - Ein neuer AN den AN in anderen als den in Abs. 2 S. 1 Nr. 4 vorgesehenen Fällen ersetzt.

De-Minimis-Klausel (Wertgrenzenregelung)

- **Abs. 3: Wertgrenze für Vertragsänderungen.**
- **Keine Neuausschreibung**, wenn Wert der Vertragsänderung unterhalb des jeweils einschlägigen EU-Schwellenwertes liegt **und**
 - bei Liefer- und Dienstleistungen weniger als 10 % des ursprünglichen Auftragswertes ausmacht.
 - bei Bauleistungen weniger als 15 % des ursprünglichen Auftragswertes ausmacht.
 - Bei mehreren aufeinanderfolgenden Änderungen: Gesamtwert der Änderungen maßgeblich.
- Grenzwert für Auftragsänderungen. Geringfügige Änderungen des Auftragswerts sind bis zu einer bestimmten Höhe zulässig.
- Wenn die Auftragsänderung wertmäßig eine der Grenzwerte übersteigt, ist eine Änderung ohne erneutes Vergabeverfahren nur zulässig, wenn die übrigen Voraussetzungen des § 132 GWB erfüllt sind.

Überprüfungsklausel/Optionsklausel

- **Abs. 2 Nr. 1: Überprüfungsklauseln/Optionen.**
- **Keine Neuausschreibung**, wenn Vertrag geändert wird und Änderungen in den ursprünglichen Auftragsunterlagen in Form klarer, präziser und eindeutig formulierter Klauseln vorgesehen.
- Klausel muss Angaben zur Art, Umfang und Voraussetzungen für eine Änderung des Vertrags enthalten.
- Beispiel: Preisüberprüfungsklauseln.
- Keine pauschale Obergrenze in Höhe von 50 % des ursprünglichen Auftragswerts.
- Entscheidend: Gesamtcharakter des Auftrags ändert sich nicht (hierzu wieder Abs. 1 heranziehen).

Zusatzleistung (I)

- **Abs. 2 Nr. 2 a): Zusatzleistungen/Ergänzungsbeschaffung.**
- **Keine Neuausschreibung** bei bestimmten zusätzlichen Bau- / Liefer- / Dienstleistungen,
 - die nicht in den ursprünglichen Vergabeunterlagen vorgesehen waren,
 - die an den ursprünglichen Auftragnehmer vergeben werden,
 - **und** bei denen ein Wechsel des AN aus technischen oder ökonomischen Gründen nicht erfolgen kann,
 - **und** bei denen ein Wechsel des AN mit erheblichen Schwierigkeiten oder beträchtlichen Zusatzkosten für den AG verbunden wären.

Zusatzleistung (II)

- Beispiel: AG müsste sonst Material, Bau- / Dienstleistung mit unterschiedlichen (anderen) technischen Merkmalen erwerben, was Inkompatibilität oder unverhältnismäßige technische Schwierigkeiten bei Gebrauch / Instandhaltung mit sich bringen würde.
- Zusatzleistung max. 50 % vom ursprünglichen Auftragswert.
- Mehrmals hintereinander möglich (jeweils max. 50 %!).
- Keine Umgehung des Vergaberechts („mahnender Zeigefinger“).
- Ex post-Bekanntmachung im Supplement ABI. (TED) erforderlich.

Zusatzleistung (III)

- **Abs. 3: Zusatzleistungen/Ergänzungsbeschaffung**
- **Keine** Neuausschreibung bei unvorhersehbaren und notwendigen Vertragsänderungen, wenn Gesamtcharakter des Vertrags nicht beeinträchtigt wird.
- AG wird mit „externen Umständen“ konfrontiert, die er bei Zuschlagserteilung nicht absehen konnte (z. B. bei längerer Vertragslaufzeit).
- „Unvorhersehbare Umstände“ = Umstände, die
 - auch bei sorgfältiger Vorbereitung der Zuschlagserteilung
 - unter Berücksichtigung der zur Verfügung stehenden Mittel
 - unter Berücksichtigung der Art und Merkmale des Projekts
 - unter Berücksichtigung der bewährten Praxis
 - unter Berücksichtigung des Aufwand-Nutzen-Verhältnisses bei der Ausschreibungnicht vorhersehbar waren.

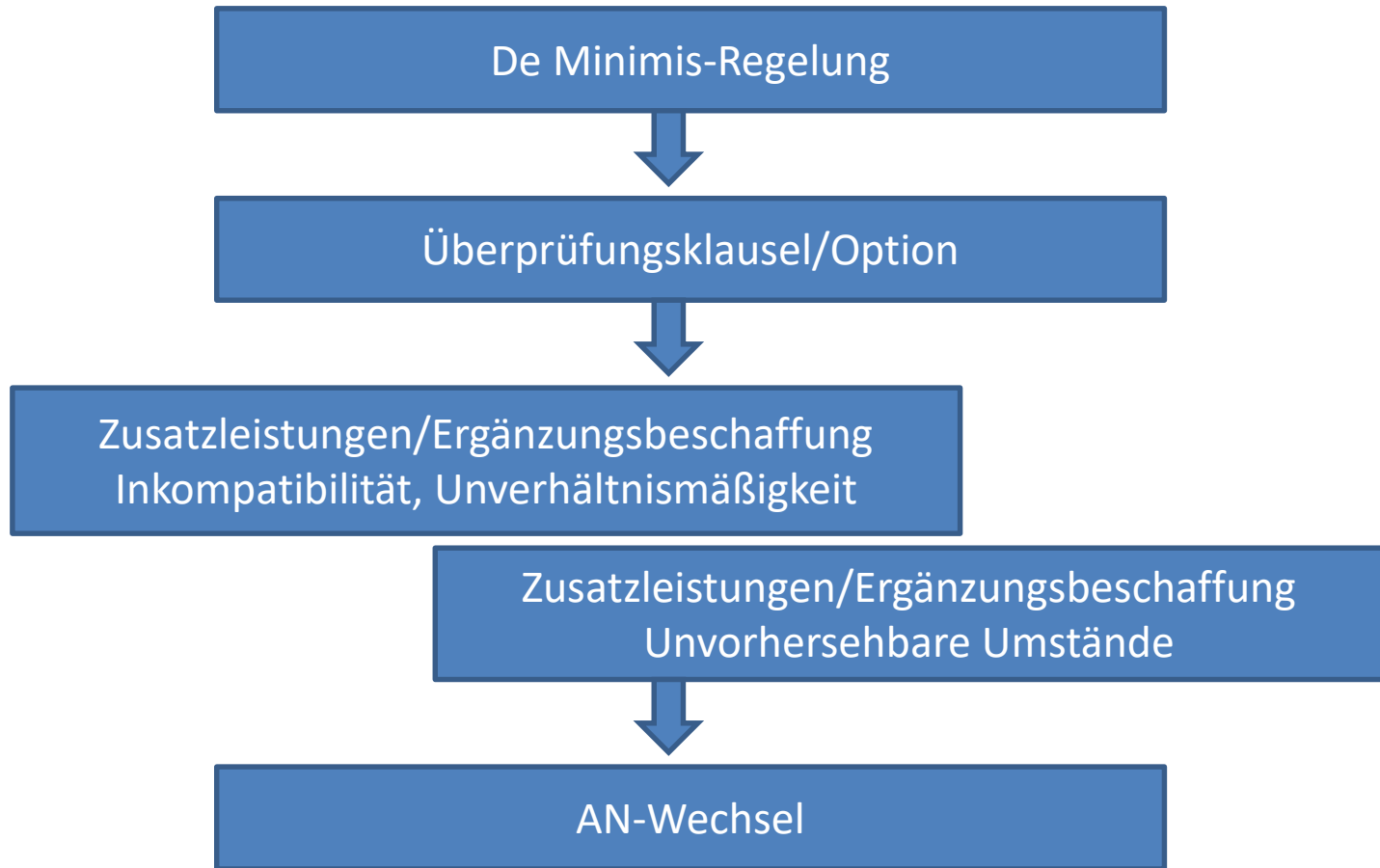
Zusatzleistung (IV)

- Zusatzleistung max. 50 % vom ursprünglichen Auftragswert.
- Mehrmals hintereinander möglich (jeweils max. 50 %!).
- Keine Umgehung des Vergaberechts („mahnender Zeigefinger“).
- Keine andersartigen Leistungen, keine Änderung des Beschaffungsgegenstandes.
- Ex post-Bekanntmachung im Supplement ABI. (TED) erforderlich.

Sonderfall: Auftragnehmer-Wechsel

- **Abs. 2 Nr. 4: AN-Wechsel.**
- **Keine Neuausschreibung**, wenn ein neuer Auftragnehmer den bisherigen Auftragnehmer ganz oder teilweise ersetzt, u. a.
 - aufgrund einer entsprechenden Option im Vertrag, **oder**
 - aufgrund einer Unternehmensumstrukturierung (z. B. Übernahme, Zusammenschluss, Erwerb oder Insolvenz),
 - **und** der neue AN die ursprünglich festgelegten Eignungsanforderungen erfüllt,
 - **und** der AN-Wechsel keine wesentliche Änderung im Sinne von Abs. 1 zur Folge hat, **oder**
 - weil der Auftraggeber selbst die Verpflichtungen des Haupt-AN gegenüber seinen Unterauftragnehmern übernimmt (z. B. bei Insolvenz des GU).

Auftragsänderung: Prüfungsreihenfolge



Rechtsfolgen unzulässiger Änderungen

- § 135 Abs. 1 GWB:

Ein öffentlicher Auftrag ist von Anfang an unwirksam, wenn

- der öffentliche Auftraggeber (...) den Auftrag ohne vorherige Veröffentlichung einer Bekanntmachung im Amtsblatt der Europäischen Union vergeben hat,
- ohne dass dies aufgrund Gesetzes gestattet ist,
- **und** dieser Verstoß in einem Nachprüfungsverfahren festgestellt worden ist.

Rechtsfolgen unzulässiger Änderungen

- § 135 Abs. 3 GWB:

Die Unwirksamkeit (...) tritt nicht ein, wenn

1. Der Auftraggeber der Ansicht ist, dass die Auftragsvergabe ohne vorherige Veröffentlichung einer Bekanntmachung im Amtsblatt der EU zulässig ist,
2. Der Auftraggeber eine Bekanntmachung im Amtsblatt der EU veröffentlicht hat, mit der er die Absicht bekundet, den Vertrag abzuschließen, und
3. der Vertrag nicht vor Ablauf einer Frist von mind. 10 Kalendertagen, gerechnet ab dem Tag nach der Veröffentlichung dieser Bekanntmachung abgeschlossen wurde.

DAGEFÖRDE

Öffentliches Wirtschaftsrecht



Vielen Dank für Ihr Interesse!

Rechtsanwältin
Dr. jur. Angela Dageförde

Fachanwältin für Vergaberecht
Fachanwältin für Verwaltungsrecht
Fachanwältin für Bau- und Architektenrecht

Bödekerstraße 11 • 30161 Hannover

dagefoerde@kanzlei-dagefoerde.de
www.kanzlei-dagefoerde.de