



LEINEMANN PARTNER  
RECHTSANWÄLTE

# **Die Vergaberechtsreform - ein Meisterwerk?**

**Köln, 23.9.2015**

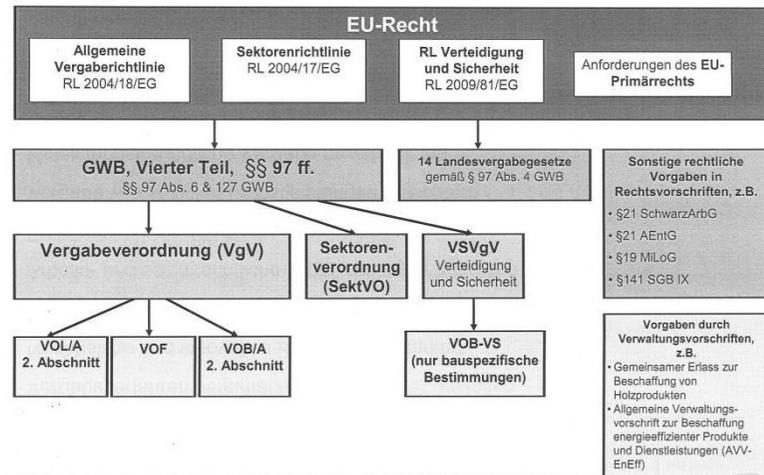
**Prof. Dr. Ralf Leinemann  
Rechtsanwalt, Berlin**

Berlin · Düsseldorf · Frankfurt · Hamburg · Köln · München

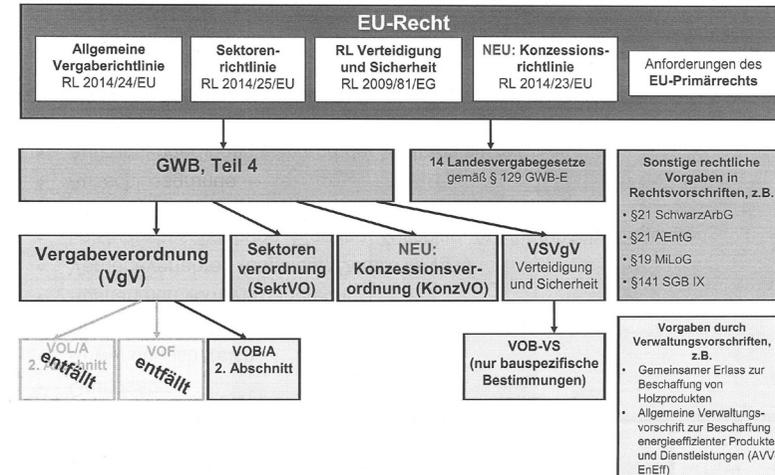


# Wir vereinfachen das Vergaberecht ....

jetzt so



statt so



erkennen Sie einen Fortschritt?



## Warum eigentlich Vergaberechtsreform?

Erklärtermaßen werden nur Richtlinie 1:1 umgesetzt.

Das wäre problemlos im bestehenden System möglich.

- Abschaffung des DVAL
  - Wegfall Vorrang offenes Verfahren
  - mehr Intransparenz und erleichtertes Absehen vom Vergaberecht
- ➡ Würde das nur durch Anpassung von VOL/A, VgV und GWB geschehen, würde man bemerken, dass es gar keine Reform gibt.



## EU-Ziele des Vergaberechts

### Vergaberecht sollte den gemeinsamen Markt schaffen

Ziel war, zu vermeiden,

- dass staatliche Stellen nur mit nationaler Präferenz vergeben
- dass Kommunen immer lokal vergeben
- dass Hausfreunde durch intransparente Verfahren oder Vorgaben begünstigt werden
- dass sachwidrige Interessen die öffentliche Beschaffung beeinflussen und dadurch letztlich unwirtschaftlich beschafft wird.

## Wer beeinflusst das Vergaberecht ?

- Früher die EU-Kommission, die die Mitgliedsstaaten vor sich hertrieb, zusammen mit den Gerichten
  - heute ist eine Kehrtwende festzustellen.
  - Mit Vergaberecht schafft sich der Staat seine Regeln für seine Beschaffung
  - Der Staat ist der einzig verbliebene Lobbyist im Vergaberecht, anderen Beteiligte haben sich marginalisiert (DVAL)
- ➡ Diese Zeitenwende ist schon in der Richtlinie erkennbar, sie wird in der deutschen Reform sehr deutlich



## Programmsätze und Realität (BR-Drs. 367/15)

- Verfahren effizienter und flexibler gestalten -  
allerdings nur für den Auftraggeber
- Teilnahme von KMU an Vergabeverfahren erleichtern –  
in der Umsetzung ist das Gegenteil erkennbar
- mehr Rechtssicherheit für Kommunen bei Daseinsvorsorge  
- durch großzügige Ausnahmen vom Vergaberecht
- Erleichterung durch freie Wahl des Vergabeverfahrens -  
mehr Intransparenz und Begünstigung aufwändigerer  
Verfahren mit Teilnahmewettbewerb

## Warum Vergaberechtsreform ?

### Wir haben verstanden:

es geht darum, den staatlichen Stellen ihr Handeln in der  
Beschaffung zu erleichtern

Frühere Ziele, wie

- ➡ effizient = sparsam zu beschaffen
- ➡ Märkte für viele Bieter zu öffnen
- ➡ KMU an Staatsaufträgen zu beteiligen

finden sich noch in schönen Entwurfspräambeln, sind aber faktisch  
uninteressant geworden.



## Ausnahmen vom Vergaberecht

### § 116 GWB-E

1. Rechtsdienstleistungen (Prozessvertretung und Beratung bei hoher Wahrscheinlichkeit eines Prozesses)
2. Erwerb, Entwicklung und Produktion von Sendungen für TV und Radio durch Sender
3. Finanzdienstleistungen im Zusammenhang mit Wertpapieren, Krediten und Darlehen



## Gleichrang von offenem / nicht offenem Verfahren

§ 119 Abs. 2 GWB-E:

Öffentlichen Auftraggebern stehen das offene Verfahren und das nicht offene Verfahren, das stets einen Teilnahmewettbewerb erfordert, nach ihrer Wahl zur Verfügung.



Bisher: Vorrang des offenen Verfahrens  
bei VOL/A und VOB/A

Das offene Verfahren ist das einfachste, wettbewerblichste und mit der Verkürzungsmöglichkeit auf 22 Tage Angebotsfrist auch das schnellste Verfahren. Warum dessen Vorrang ändern?

## Abschaffung Vorrang des offenen Verfahrens

EU-Recht sah noch nie einen Vorrang des offenen Verfahrens vor – wir gleichen uns nur dem EU-Recht an. Müssen wir aber nicht!  
Vergabestelle kann Bieterkreis verkleinern - das ist bequemer:

- Vorauswahl im Teilnahmewettbewerb einfacher
- Angebotsunterlagen erhalten nur wenige Bieter
- Bieterkreis ist vom AG besser zu steuern

für den Wettbewerb wird es schlechter:

- ➡ wesentlich weniger Verfahrenstransparenz
- ➡ Neigung zu „closed shop“-Verfahren
- ➡ erhöhte Korruptionsanfälligkeit



## Motto „Stärkung des Verhandlungsverfahrens“

1:1-Umsetzung der RL 2014/24/EU (VRL) bedeutet auch eine erleichterte Wahl des Verhandlungsverfahrens, nämlich wenn

der Auftrag nach Art, Komplexität oder rechtlichen oder finanziellen Rahmen oder damit einhergehenden Risiken nicht ohne vorherige Verhandlung vergeben werden kann (Art. 26 Abs. 4a VRL, nicht im GWB-E, kommt in die VgV)

➔ jede größere Beschaffung kann künftig mit etwas Geschick in das Verhandlungsverfahren gehen

## Warum wird das Verhandlungsverfahren eigentlich gefördert?

- bisher konnte nicht belegt werden, dass Verhandlungen ggü. offenem Verfahren zu besseren Preisen führen
- Nachteil reduzierter Bieterkreis wg. Teilnahmewettbewerb
- KMU-Beteiligung verringert sich, Großunternehmen begünstigt
- Als erleichternd werden Änderungsmöglichkeiten bei Leistung, Zeit und Preis empfunden, die aber oft vergaberechtlich unzulässig sind. Bei guter Vorbereitung und besseren Vergabeunterlagen besteht kein Änderungsbedarf.
- Verhandlungsverfahren ist sehr intransparent und korruptionsanfällig

## Besondere Kündigungsregeln, § 133 GWB-E

Vertraggeber muss einen bestehenden Vertrag kündigen, wenn folgende Voraussetzungen vorliegen:

bei wesentlichen Vertragsänderungen ohne neue Ausschreibung  
wenn bei Zuschlag ein zwingender Ausschlussgrund nach § 123  
Abs. 1-4 GWB-E vorlag

wenn EuGH schwere Fehler bei der Auftragsvergabe feststellt  
für erbrachte Leistungen werden bezahlt.

## Zwingende Ausschlussgründe

Straftaten/Korruption

und neu: Nichtzahlung von Steuern, Abgaben und Beiträgen  
(rechtskräftig festgestellt bzw. nachgewiesen)

Ein Problem bei der Nichtzahlung von Steuern ist die Unbestimmtheit des Tatbestandes. Was ist z. B. bei verlorenem Finanzgerichtsprozess oder dem Geständnis eines untreuen Mitarbeiters? Gefahr unwillkürlicher Kündigung zu groß?

Art. 57 Abs. 2 VRL und § 123 Abs. 4 GWB-E:

Keine Anwendung, wenn Vereinbarung zu Nachzahlung besteht.

## Eignung leichter festzustellen

1. Fachkundige und leistungsfähige Unternehmen sind geeignet
2. Eignung kann immer durch Einheitliche Europäische Eigenerklärung (EEE) nachgewiesen werden, Art. 59 VRL
3. § 122 Abs. 3 GWB-E ermöglicht nun allen Auftraggebern die Einführung von PQ-Systemen (bisher nur Sektoren)

➡ Problem der Intransparenz



## Mehr Ausschlussgründe

- AN hat bei öffentlichen Aufträgen gegen umwelt-, sozial- oder arbeitsrechtliche Verpflichtungen verstoßen (§ 124 Abs. 1 Nr. 1)
- bei bestehendem Interessenkonflikt - Unparteilichkeit des AG beeinträchtigt (§ 124 Abs. 1 Nr. 5; bisher Aufhebung des Verfahrens, § 16 VgV, jetzt Ausschluss eines Bieters)
- Nichterfüllung einer wesentlichen Anforderung eines früheren Vertrags, der deshalb gekündigt wurde  
unscharf → Tatbestände, Geltung auch bei unverschuldeten Verstößen, nur ineffektiver Rechtsschutz  
Gefahr der „Bereinigung“ des Bieterfeldes nach Gusto des AG  
→

## Zentrale Beschaffungsstellen

§ 120 Abs. 4 GWB-E

Können von jedem AG eingerichtet werden

- großvolumige Beschaffung begünstigt  
Großunternehmen
- hohe Eignungsanforderungen ebenso
- Verzicht auf offene Verfahren beschränkt  
Bieterkreis
- ebenso strenge Ausschlussgründe und erweiterte  
Ausschluss-möglichkeiten
-  intransparentes Verhandlungsverfahren  
stärker als früher gehen große  
Beschaffungsvolumina an wenige (große)  
Unternehmen

## Inhouse-Vergabe erleichtert

§ 108 Abs. 1 GWB-E

- Kontrolle wie über eigene Dienststelle
- mehr als 80 % der Tätigkeiten der kontrollierten Person dienen der Ausführung von Aufgaben der betroffenen öffentlichen AG
- keine direkte private Kapitalbeteiligung, aber zulässig eine nicht beherrschende private Kapitalbeteiligung ohne Sperrminorität.
  - ➔ wesentliche Stärkung der Betätigungsmöglichkeiten öffentlicher Unternehmen im Wettbewerb mit privaten, weil 20% Umsatz im freien Wettbewerb noch zulässig (bisher unter 10%)

## Was bräuchten wir an Neuregelungen?

- Klarheit zu Losaufteilung,
- Länge der Angebotsfristen,
- Regeln zur Bindefristverlängerung,
- Berechnung von Mehrkosten bei verzögerter Vergabe,
- Bedeutung der Urkalkulation,
- Regeln zu Widersprüchen in eingereichten Unterlagen,
- Nachforderungspflicht für Erklärungen,
- Standards für Mindestbedingungen und Gleichwertigkeit von Nebenangeboten,
- Verantwortlichkeit für unklare Leistungsbeschreibungen



## Was bräuchten wir an Neuregelungen?

Weitere klärungsbedürftige Fragen:

- Wie wehren sich Bieter bei Benachteiligungen in Präqualifikationssystemen?
- In welchem Umfang können Fehler der Ausschreibung nach Angebotsabgabe geheilt werden?
- Die Rückforderung von Zuwendungen bei Vergabeverstößen begrenzen
- Anforderungen an Kostenschätzungen vor Ausschreibung
- Wann führt eine Kostenüberschreitung zur Aufhebung?



## Eine letzte Bitte ....

**Schaffen wir die Landesvergabegesetze ab, egal,  
wie sie heißen mögen.**

Mit der Einführung des gesetzlichen, bundesweiten Mindestlohns  
haben sie ihre Existenzberechtigung verloren.

Also Weg mit den Bürokratiemonstern!



LEINEMANN PARTNER  
RECHTSANWÄLTE

**Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit.**



**LEINEMANN PARTNER RECHTSANWÄLTE  
VERGABERECHT**



LEINEMANN PARTNER  
RECHTSANWÄLTE

## **BERLIN**

PROF. DR. RALF LEINEMANN  
PROF. DR. MARC HILGERS  
JOCHEN LÜDERS  
DR. EVA-D. LEINEMANN  
STEFAN ERDMANN  
DR. THOMAS KIRCH  
TIMO MAY  
DR. CHRISTIAN BRAUNS  
ANDREAS JACOB, LL.M.  
DR. RALF AVERHAUS  
MARCO LORENZ  
ARMIN PREUSSLER  
CHRISTOPH CONRAD  
KATHLEEN HARTHUN  
GESINE DECHOW  
MARTIN HANS STEGER.  
DR. MARC STEFFEN  
EVA BOUCHON, M.A.  
MICHAEL GÖGER, LL.M.  
BIRGER KUNZ  
VICTOR SCHWARZ, LL.M.  
DR. CARSTEN FALLAK  
SARAH SCHERWITZKI  
JAN RAMING, LL.M.  
WINFRIED WIESNER  
JULIA HÜBNER  
JÖRG MIERUSZEWSKI  
MICHAEL ROSENZWEIG  
CHRISTOPH GHABEL  
ANNA HINKEL

## **DÜSSELDORF**

OLIVER SCHOOFS  
HENRIK M. NONHOFF  
ROBERT SCHNEIDER  
NORBERT KNÖBEL  
MANUEL BAUMEISTER  
NICOLAI GÜNZEL  
CHRISTIN WAGNER  
MARK VAN DAHLEN  
CLAUDIA POTT, LL.M.  
CHRISTIAN GRÜNEBERG  
ANNA SAUTER

## **FRANKFURT/MAIN**

SEBASTIAN THOMAS  
JARL HENDRIK KUES, LL.M.  
SIMON PARVIZ  
STEPHANIE PUMA  
DR. HANNES REIHER  
BINACA MARZELL  
ANTOINE WIECHERT  
ANNIKA KÜHNE  
ÜLKÜ RENDA  
FLORIAN PETERMANN  
ANDREAS VON HOLT  
ÜLKÜ RENDA  
FLORIAN PETERMANN  
ANDREAS VON HOLT  
VANESSA BOLLENBACH  
MAXIMILIAN KLAMMER

## **HAMBURG**

DR. THOMAS HILDEBRANDT  
P. ANUSH RIENAU  
BASTIAN HAVERLAND  
GABRIEL H. SCHLEICHER  
JULIA BARNSTEDT, LL.M.  
DR. MARCUS ERNST NAPP  
FRERK SCHÄFER, Dipl.-Ing.  
JUDIT LEISTNER  
ROMAN SCHLAGOWSKY  
DR. WIEBKE MUND  
RASMUS GERSCH  
DR. AMNEH ABU SARIS  
ANDREAS HESSE  
PAULINE ZIRKEL  
**KÖLN**  
DR. BIRGIT FRANZ  
DR. OLIVER HOMANN  
STEFAN JOCHEN HANKE  
ULRICH NEUMANN  
DR. MARTIN BÜDENBENDER  
DR. ANDREAS BAHNER  
OLIVER STRUPP  
LEONIE KLÖNNE  
PAUL POPESCU  
MALTE OFFERMANN  
**MÜNCHEN**  
STEPHAN KAMINSKY  
DR. HENDRIK HUNOLD  
DR. CHRISTINE MAURER  
DR. JOHANNES KRAUSE  
JUTTA TREMMEL