



LEINEMANN PARTNER
RECHTSANWÄLTE

Die Vergaberechtsreform - ein Meisterwerk?

Köln, 23.9.2015

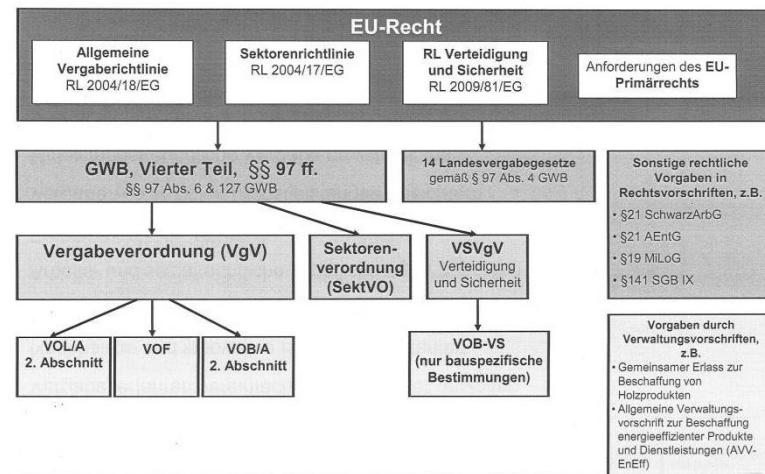
**Prof. Dr. Ralf Leinemann
Rechtsanwalt, Berlin**

Berlin · Düsseldorf · Frankfurt · Hamburg · Köln · München

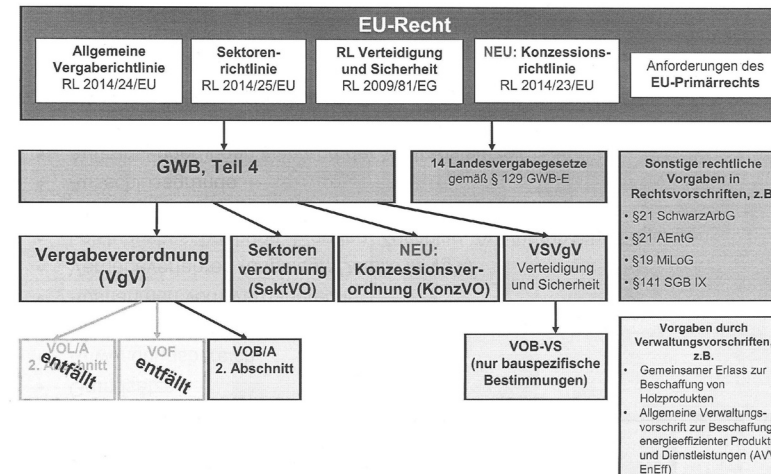


Wir vereinfachen das Vergaberecht

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