

# VSVI- Vortragsveranstaltung „Bauvertrags- und Vergaberecht“

Friedberg – 11. Februar 2015

Neue EU-Richtlinien: Was ändert sich bei öffentlichen Bauaufträgen?

(Überblick / Kurzfassung)

*RA Heinz-Peter Zirbes*

Buse Heberer Fromm RAe StB PartG mbB, Frankfurt am Main

[www.buse.de](http://www.buse.de)

## **I. Überblick über das neue Vergaberecht**

Ende März 2014 hat der Europäische Gesetzgeber mit dem Paket zur Modernisierung des Europäischen Vergaberechts ein vollständig überarbeitetes Regelwerk für die Vergabe öffentlicher Aufträge und Konzessionen vorgelegt. Im Einzelnen handelt es sich um folgende Regelwerke:

1. Die Richtlinie 2014/24/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26.02.2014 über die öffentliche Auftragsvergabe („Klassische Vergaberichtlinie“)
2. Die Richtlinie 2014/25/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26.02.2014 über die Vergabe von Aufträgen durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie der Postdienste („Sektorenrichtlinie“)
3. Die Richtlinie 2014/23/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26.02.2014 über die Konzessionsvergabe („Konzessionsrichtlinie“)

Nachdem das Europäische Parlament am 15.01.2014 und der Rat der Europäischen Union am 11.02.2014 zugestimmt hatten, erfolgte am 28.03.2014 die Veröffentlichung der drei neuen Vergaberichtlinien im europäischen Amtsblatt. Damit traten diese am 17.04.2014 in Kraft.

### Literaturhinweis:

*Schwab / Giesemann*, Mit mehr Regeln zu mehr Rechtssicherheit? – Die Überarbeitung des europäischen Vergaberechts, Vergaberecht 2014, 351 ff.

## **II. Zweck der Reform des Europäischen Vergaberechts / Wesentliche Zielsetzungen**

Nach Ansicht des EU-Gesetzgebers hat die öffentliche Auftragsvergabe für die „Strategie Europa 2020 - Für intelligentes, nachhaltiges und integratives Wachstum“ [Mitteilung der Kommission vom 03.03.2010, KOM (2010) 2020] eine Schlüsselrolle als eines der

marktwirtschaftlichen Instrumente, die zur Erzielung eines so gearteten Wachstums genutzt werden sollen. Um für diesen Strategiezweck geeignet zu sein, hielt es der EU-Gesetzgeber für erforderlich, die bisherige Vergabekoordinierungsrichtlinie 2004/18/EG und die bisherige Sektorenrichtlinie (Richtlinie 2004/17/EG) zu überarbeiten und zu modernisieren. Rechtstechnisch betrachtet werden die bisherigen Richtlinien 2004/18/EG und 2004/17/EG durch die neuen Richtlinien 2014/24/EU und 2014/25/EU aufgehoben und ersetzt.

Folgende Einzelaspekte waren für den Europäischen Gesetzgeber für die Reform des europäischen Vergaberechts von besonderer Bedeutung (Beispiele):

(1) Wirtschaftlich günstigstes Angebot

Dank des neuen Kriteriums des „wirtschaftlich günstigsten Angebots“ im Vergabeverfahren können Behörden den Schwerpunkt stärker auf Qualität, Umwelt- oder Sozialaspekte sowie Innovationen legen, und dabei weiterhin den Preis und die Lebenszykluskosten der ausgeschriebenen Ware oder Leistung berücksichtigen.

Das neue Kriterium zum „wirtschaftlich günstigsten Angebot“ soll das Diktat des niedrigsten Preises beenden und die Qualität wieder in den Mittelpunkt stellen.

(2) Innovativere Lösungen

Mit der Einführung einer neuen Verfahrensart, der sog. „Innovationspartnerschaft“, sollen im verstärkten Maße innovative Lösungen bei der öffentlichen Auftragsvergabe unterstützt werden. Die neue Innovationspartnerschaft soll es den Behörden ermöglichen, mit einer Ausschreibung ein bestimmtes Problem anzugehen, ohne möglichen Lösungen vorzugreifen, und so dem Auftraggeber und dem Bieter Spielraum für die Entwicklung gemeinsamer Initiativen lassen.

(3) Weniger Verwaltungsaufwand für Anbieter; einfacherer Zugang für kleinere und mittlere Unternehmen (KMU)

Das Ausschreibungsverfahren soll durch die Verwendung eines einheitlichen Europäischen Auftragsdokuments in Form einer Eigenerklärung vor allem für die

Unternehmen vereinfacht werden. Nur der Bieter, der für den Zuschlag vorgesehen ist, muss die Originaldokumente vorlegen. Dies sollte nach Einschätzung der Europäischen Kommission dazu führen, dass der Verwaltungsaufwand für Unternehmen um ca. 80 % verringert wird.

Zudem sollen die neuen Regeln auch die Unterteilung der öffentlichen Aufträge in Lose fördern, damit kleinere und mittlere Unternehmen leichter mitbieten können.

(4) Schärfere Regeln für Unteraufträge

Um Sozialdumping zu bekämpfen und die Einhaltung von Arbeitnehmerrechten zu gewährleisten, sehen die neuen Gesetze Regeln für Unteraufträge und schärfere Bestimmungen für Angebote, deren Preis ungewöhnlich niedrig ist, vor.

Auftragnehmer, die die EU-Arbeitsrechtsvorschriften nicht beachten, können von einer Ausschreibung ausgeschlossen werden.

(5) Mehr Transparenz und mehr Effizienz: Vermehrter Einsatz von elektronischen Kommunikationsmitteln

Die neuen EU-Vergaberichtlinien enthalten zahlreiche Vorschriften, die das Vorhandensein und den Einsatz elektronischer Mittel zwingend voraussetzen (Software, Hardware, Internetzugang). Die elektronische Kommunikation soll – schrittweise, am Ende aber umfassend – verpflichtender Standard für alle Verfahrensstufen werden.

Sie soll grundsätzlich so ausgestaltet sein, dass sie den Zugang von Unternehmen am Vergabeverfahren, beispielsweise im Hinblick auf die Kompatibilität von Informations- und Kommunikationstechnik oder besonderer Dateiformate, nicht behindert.

(6) Mehr Rechtssicherheit

Ferner erachtete es der EU-Gesetzgeber als notwendig, mehr Rechtssicherheit zu gewährleisten und bestimmten Aspekten der ständigen Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes Folge zu leisten, indem grundlegende Begriffe und

Konzepte geklärt werden (Beispiele: Definition des öffentlichen (Bau-) Auftrages; In-House-Regelungen).

### **III. Fristen für die Umsetzung**

Die neuen EU-Richtlinien traten am 17.04.2014 in Kraft. Die 24-monatige Umsetzungsfrist läuft sodann – außer für Teilbereiche der sog. e-Vergabe – bis zum 18.04.2016.

Für die sog. „elektronische Vergabe“ sieht die neue EU-Richtlinie 2014/24/EU (klassische Vergaberichtlinie) gesonderte Umsetzungsfristen für die nationalen Gesetzgeber vor:

#### Grundsatz:

Die klassische Vergaberichtlinie ist innerhalb von 24 Monaten nach ihrem Inkrafttreten in nationales Recht umzusetzen (Art. 90 Abs. 1 der klassischen Vergaberichtlinie). Dieser 24-Monatsfrist unterfallen u. a. die Vorschriften über dynamische Beschaffungssysteme (Art. 34), elektronische Auktionen (Art. 35), elektronische Kataloge (Art. 36), die Veröffentlichung von Bekanntmachung (Art. 51 Abs. 2) und die elektronische Verfügbarkeit der Auftragsunterlagen (Art. 53).

Für die neue Sektorenrichtlinie gilt Vergleichbares (vgl. dort Art. 52, 53 und 54). Für die Vergabe von Konzessionen ist die Nutzung dynamischer Beschaffungssysteme, elektronischer Auktionen und elektronischer Kataloge nicht vorgesehen.

#### Ausnahmemöglichkeiten:

Spätestens bis zum 18.04.2017 (innerhalb von 36 Monaten nach Inkrafttreten der Richtlinie) in nationales Recht umzusetzen ist die Vorschrift zur Kommunikation und zum Informationsaustausch mit Hilfe elektronischer Kommunikationsmittel, insbesondere die Einreichung von Angeboten, in Vergabeverfahren einer zentralen Beschaffungsstelle (Art. 90 Abs. 2 Unterabsatz. 2 i. V. m. Art. 22 Abs. 1 der klassischen Vergaberichtlinie).

Spätestens bis zum 18.04.2018 in das nationale Recht umzusetzen ist die Vorschrift, dass für die „Einheitliche Europäische Eigenerklärung“ ein von der Europäischen Kommission zur Verfügung gestelltes elektronisches Standard-Formular zu nutzen ist und dass die Einheitliche Europäische Eigenerklärung ausschließlich in elektronischer Form auszustellen ist (Art. 90 Abs. 3 i. V. m. Art. 59 Abs. 2 der klassischen Vergaberichtlinie).

Spätestens bis zum 18.10.2018 in nationales Recht umzusetzen sind nach der klassischen Vergaberichtlinie die Vorschriften zur

- Kommunikation und zum Informationsaustausch mithilfe elektronischer Kommunikationsmittel, insbesondere die Einreichung von Angeboten, sofern es sich nicht um Vergabeverfahren einer sog. Zentralen Beschaffungsstelle handelt (Art. 90 Abs. 2 unter Absatz 1 i. V. m. Art. 22 Abs. 1) sowie
- die Nutzungspflicht von e – certis durch öffentliche Auftraggeber (Art. 90 Abs. 5 i. V. m. Art. 61 Abs. 2).

Ergänzende Hinweise (klassische Vergaberichtlinie):

(1) In Bezug auf die Umsetzungsfristen wird nicht unterschieden zwischen den Vergabestellen des Bundes, der Länder und der Kommunen, sondern einzig danach, ob es sich um eine Zentrale Beschaffungsstelle handelt oder nicht.

(2) Eine Zentrale Beschaffungsstelle ist ein (öffentlicher) Auftraggeber, der zentrale Beschaffungstätigkeiten und evtl. Nebenbeschaffungstätigkeiten ausübt (Art. 2 Abs. 1 Ziffer 16).

(3) Zentrale Beschaffungstätigkeiten sind in einer der folgenden Formen auf Dauer durchgeführte Tätigkeiten:

- (a) Erwerb von Lieferungen und/oder Dienstleistungen für (öffentliche) Auftraggeber,
  - (b) Vergabe öffentlicher Aufträge oder Abschluss von Rahmenvereinbarungen über Bauleistungen, Lieferungen oder Dienstleistungen für öffentliche Auftraggeber (Art. 2 Abs. 1 Ziffer 14).
- (4) Sofern von den vorstehend dargestellten (aufgeschobenen) Umsetzungsfristen gem. den soeben genannten Ziffern (1) und (3)(a) Gebrauch gemacht wird, ist den öffentlichen Auftraggebern ein Wahlrecht einzuräumen zwischen elektronischen Mitteln i. S. von Art. 22, dem Post- oder einem alternativen Weg, Fax oder einer Kombination dieser Mittel (Art. 90 Abs. 2 unter Absatz 3).
- (5) Elektronische Kommunikation bezeichnet den Austausch von Daten mithilfe moderner elektronischer Übermittlungsverfahren, also z. B. das Versenden von E-Mails (mit Dateianhängen) oder das Einstellen von Daten bzw. von Dateien auf Internetplattformen, wobei evtl. zugleich eine Möglichkeit zum Herunterladen der Dateien vorgesehen ist. Eine Definition der elektronischen Mittel findet sich in Art. 2 Abs. 1 Ziff. 19 der klassischen Vergaberichtlinie.
- (6) Ausnahmen vom Grundsatz der elektronischen Kommunikation sind in Art. 22 Abs. 1 Unterabsatz 2 und Absatz 2 der klassischen Vergaberichtlinie geregelt (Beispiele: Verwendung von Dateiformaten, die durch eine Lizenz geschützt sind; Erforderlichkeit spezieller Bürogeräte, wie bspw. Großformatdrucker).

#### **IV. Umsetzung der neuen EU-Richtlinien in Deutschland**

Aktuell:

Beschluss des Bundeskabinetts vom 07.01.2015 – Eckpunkte zur Reform des Vergaberechts

Abrufbar unter:

<http://www.bundesregierung.de/Content/DE/Artikel/2015/01/2015-01-07-vergaberecht-kabinett.html>

[http://www.dstgb-vis.de/dstgb\\_vis/Aktuelles/Bundeskabinett%20beschlie%C3%9Ft%20Eckpunkte%20zur%20Reform%20der%20Vergaberechts/](http://www.dstgb-vis.de/dstgb_vis/Aktuelles/Bundeskabinett%20beschlie%C3%9Ft%20Eckpunkte%20zur%20Reform%20der%20Vergaberechts/)

Anlass für die anstehende Reform des deutschen Vergaberechts sind die neuen EU-Vergaberichtlinien. Mit der Umsetzung der Richtlinien sollen öffentliche Auftraggeber und Unternehmen nach Auskunft des BMWi zukünftig mehr Flexibilität bei der Vergabe öffentlicher Aufträge haben. Darüber hinaus sollen die Möglichkeiten für öffentliche Auftraggeber, qualitative, soziale, umweltbezogene und innovative Aspekte in das Vergabeverfahren miteinzubeziehen, erleichtert werden. Was die sozialen Aspekte betrifft, soll im Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) künftig die Einhaltung des gesetzlichen Mindestlohnes bei der Ausführung von Aufträgen festgeschrieben werden. Ausdrücklich weist das aktuelle Eckpunktepapier darauf hin, dass die neuen, noch umzusetzenden Ausnahmeregelungen vor allem den Kommunen mehr Rechtssicherheit bei der Erbringung von Leistungen der Daseinsvorsorge bieten sollen. Die entsprechenden Ausnahmen in den neuen EU-Richtlinien sollen „eins zu eins“ umgesetzt werden.

Im Hinblick auf die geplante Struktur des Vergaberechts ist hervorzuheben, dass die bisher eigenständigen Regelungen für Vergabeverfahren für Liefer- und Dienstleistungen (VOL/A) sowie für freiberufliche Leistungen (VOF) künftig in der Vergabeverordnung (VgV) geregelt werden sollen. Die Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen (VOB/A) soll dagegen ebenso wie die Sektorenverordnung (SektVO) als eigenständiges Regelwerk erhalten bleiben. Die Konzessionsvergaberichtlinie soll ebenfalls in einer eigenständigen Verordnung umgesetzt werden.

**Zeitplan für die Umsetzung:**

- Frühjahr 2105: Kabinettsbeschluss zur GWB-Novelle
- Herbst 2015: Gesetzgebung BT und BR
- Herbst 2015: Kabinettsbeschluss zu den Vergabe-Verordnungen
- Winter 2015/2016: Zustimmung Bundesrat
- 18. April 2016: Inkrafttreten der Umsetzung

Außerdem enthält das Eckpunktepapier der Bundesregierung Aussagen

- zu den Leitlinien der Umsetzung der neuen EU-Richtlinien in das deutsche Recht
- zur beabsichtigten neuen Struktur des Vergaberechts
- zu den inhaltlichen Schwerpunkten der Vergaberechtsmodernisierung

#### **V. Wesentliche Änderungen (Beispiele), die mit der neuen klassischen Vergaberichtlinie verbunden sind**

##### Literaturhinweise:

*Gröning*, Die neue Richtlinie für die öffentliche Auftragsvergabe – ein Überblick, Vergaberecht 2014, 339 ff.

*Jaeger*, Die neue Basisvergaberichtlinie der EU vom 26.02.2014 – ein Überblick, NZBau 2014, 259

##### Neuregelungen und Änderungen:

- Die Zulässigkeit von vergaberechtsfreien In-House-Geschäften wird gesetzlich geregelt (Art. 12). [in Sektoren-RL Art. 28, in Konzessions-RL Art. 17]
- Neue Grundsätze für die Vergabe (Art. 18 Abs. 2)
- Die e-Vergabe wird schrittweise verpflichtend (Art. 22).
- Neue Compliance-Kategorien (Art. 24; Interessenkonflikte)
- Neue Regelungen zu den Verfahrensarten und den Mindestfristen (Art. 26 ff.).
- Erweiterte Anwendung des Verhandlungsverfahrens und des wettbewerblichen Dialogs ( Art. 26)
- Neues Verfahren „Innovationspartnerschaft“ soll Auftraggebern ermöglichen, schwer fassbare Auftragsgegenstände auszuschreiben, ohne dem Beschaffer eine ganz konkrete Lösung vorzuschreiben – Spielraum für Entwicklung (Art. 31).
- Regelungen zu Varianten / Nebenangebote neu formuliert (Art. 45); zur bisherigen Rechtslage vgl. BGH, Beschluss v. 07.01.2014 (X ZB 15/13), Vergaberecht 2014, 149 ff.
- Gebot der Losvergabe erstmals EU-weit geregelt (Art. 46).

- Neue Regelung zu Ausschlussgründen (Art. 57); auch zur „Selbstreinigung“ (Art. 57 Abs. 6).
- Neue „Einheitliche Europäische Eigenerklärung“ (Art. 59). Eine EU-Durchführungsverordnung befindet sich in Vorbereitung.
- Neues Zuschlagskriterium „wirtschaftlich günstigstes Angebot“ (Art. 67) - Auftraggeber sollen Qualitäts-, Umwelt- und Sozial- und Innovationsaspekte verstärkt berücksichtigen.
- Strikte Trennung von Eignungs- und Zuschlagskriterien wird bei „persönlichen“ Dienstleistungen aufgegeben (Art. 67) - in Deutschland mit der aktuellen VgV bereits umgesetzt.
- Für die Verfolgung des Verdachts eines Unterkostenangebotes wird konkret beschrieben, welche Angaben vom Bieter verlangt werden dürfen (Art. 69).
- Neue Bestimmungen für die Vergabe von Unteraufträgen (Art. 71). U. a. Absicherung und Durchsetzung von sozial- und arbeitsrechtlichen Pflichten sowie die Möglichkeit (also fakultative Umsetzung), dass der Nachunternehmer direkt durch den öffentlichen Auftraggeber vergütet wird.
- Regelungen der Voraussetzungen, unter denen wesentliche Änderungen bereits ausgeschriebener Verträge zur Neuausschreibung führen (Art. 72).
- Die Unterscheidung zwischen prioritären (Anhang I A) und nicht-prioritären (Anhang I B) Dienstleistungen fällt weg (Art. 74 ff.).

## **VI. Neue Sektorenrichtlinie / Neue Konzessionsrichtlinie**

Diese beiden neuen EU-Richtlinien können aus zeitlichen Gründen nicht zum Gegenstand des Vortrages gemacht werden.

### Literaturhinweise:

*Opitz*, Was bringt die neue Sektorenvergaberichtlinie? Vergaberecht 2014, 369 ff.

*Schwab / Giesemann*, Mit mehr Regeln zu mehr Rechtssicherheit? – Die Überarbeitung des europäischen Vergaberechts, Vergaberecht 2014, 351 ff. (auch zur neuen Konzessions-Richtlinie)