



**NEWSLETTER  
JANUAR 2016**



---

## **NEWSLETTER VERGABERECHT**

Liebe Leserinnen und Leser,

das neue Jahr hat schwungvoll begonnen und birgt auch in vergaberechtlicher Sicht bedeutsame Aufgaben. Die Vergaberechtsreform wird pünktlich in Kraft treten und nun in die Praxis umzusetzen sein.

Wir stellen die zentralen Eckpfeiler der Vergaberechtsreform vor und möchten Sie einladen, uns mitzuteilen, ob und für welche Schwerpunktthemen Sie sich eine Informationsveranstaltung wünschen. Aufgrund der Bandbreite der Änderungen möchten wir dann innerhalb einer solchen Veranstaltung die Aufgabenstellungen für die verschiedenen Arten öffentlicher Auftraggeber und für die Bieter vertiefen.

Der Newsletter enthält ferner einige wichtige Entscheidungen, über die wir Sie informieren möchten.

Wir wünschen eine unterhaltsame Lektüre.

Sollten Sie unser Rundschreiben künftig nicht mehr beziehen wollen, schicken Sie uns bitte eine Mail oder rufen Sie uns an ([alexandra.wutschke@schindhelm.com](mailto:alexandra.wutschke@schindhelm.com) bzw. 0511/53460268).

Mit freundlichen Grüßen

Dr. Alexandra Losch



## I. ZUR RECHTSENTWICKLUNG

Die Vergaberechtsmodernisierung ist zumindest in legislativer Hinsicht abgeschlossen. Der Gesetzesentwurf zur Vergaberechtsmodernisierung und zur Neufassung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) hat erfolgreich den Bundesrat passiert und steht kurz vor dem Inkrafttreten.

Ferner ist die Mantelverordnung zur Modernisierung des Vergaberechts (Vergaberechtsmodernisierungsverordnung - VergRModVO) durch das Bundeskabinett beschlossen worden und wird nun dem Bundestag zur Beschlussfassung zugeleitet. Mit Änderungen ist kaum zu rechnen.

Die Mantelverordnung enthält die klassische Verordnung über die Vergabe öffentlicher Aufträge (VgV), die Verordnung über die Vergabe von öffentlichen Aufträgen im Bereich des Verkehrs, der Trinkwasserversorgung und Energieversorgung (Sektorenverordnung - SektVO), die Verordnung über die Vergabe von Konzessionen (Konzessionsvergabeverordnung - KonzVgV), die Verordnung zur Statistik über die Vergabe öffentlicher Aufträge und Konzessionen (Vergabestatistikverordnung - VergStVO) sowie die aus dem VergModG resultierenden Folgeänderungen, u. a. der Vergabeverordnung für Verteidigung und Sicherheit (VSVgV). Die Vergabe von Konzessionen unterliegt nunmehr ebenso Verfahrensregelungen und dem im GWB normierten Rechtsschutz.

Parallel hat das Bundesministerium für Umwelt, Naturschutz, Bau und Reaktorsicherheit auch die Neufassung der VOB/A und die Änderung der VOB/B im Bundesanzeiger veröffentlicht.

Bereits am 6. Januar 2016 hat die Europäische Kommission die finale Fassung der Durchführungsverordnung zur Einführung des Standardformulars für die einheitliche europäische Eigenerklärung veröffentlicht, die künftig von den Auftraggebern als vorläufiger Eignungsnachweis zu akzeptieren ist.

Von wesentlicher Bedeutung für Vergabestellen ist verfahrenstechnisch die Verkürzung der Frist, die Wahlfreiheit zwischen offenem und nicht offenem Verfahren oberhalb der Schwellenwerte sowie die Einführung der „Einheitlichen europäischen Eigenerklärung“ (EEE) als vorläufiger Nachweis der Eignung. In diesem Kontext bemerkenswert und aufgrund der sich generell ergebenden Zersplitterung des Vergaberechts unterhalb und oberhalb der Schwellenwerte ist, dass unterhalb der Schwellenwerte der Vorrang der öffentlichen Ausschreibung nach wie vor vorgegeben ist. Das gilt für den ersten Abschnitt der VOL/A ebenso wie für den ersten Abschnitt der VOB/A.

Für den Bereich oberhalb der Schwellenwerte wurde nun auch im Bereich der Bau- und Planungsverträge die Verfahrensart der Rahmenvereinbarung eingeführt und in der VOB/A Anpassungen an die Neuregelungen des Vergaberechts vorgenommen.

Der Vollständigkeit halber weisen wir darauf hin, dass auch die Schwellenwerte turnusgemäß mit Wirkung zum 1. Januar 2016 angepasst wurden. Sie betragen nunmehr

- 5.225.000 EURO für Bauleistungen,
- 418.000 EURO für Liefer- und Dienstleistungen im Sektorenbereich sowie



- 209.000 EURO im Bereich klassischer Liefer- und Dienstleistungsaufträge.

**Wir senden Ihnen die entsprechenden Gesetzes- und Verordnungstexte gern zu, bitte schicken Sie uns dann eine entsprechende Anfrage per Mail.**

Zu den Details:

## 1. Verfahren und Fristen

Offenes Verfahren:

Die Angebotsfrist beträgt mindestens 35 Tage, gerechnet ab dem Tag der Absendung der Auftragsbekanntmachung. Der öffentliche Auftraggeber kann die Frist um fünf Tage verkürzen, wenn er die elektronische Übermittlung der Angebote akzeptiert. In Fällen begründeter Dringlichkeit kann eine kürzere Frist festgelegt werden, die 15 Tage nicht unterschreiten darf.

Nicht offenes Verfahren:

In einem nicht offenen Verfahren beträgt die Frist für den Eingang der Teilnahmeanträge mindestens 30 Tage, gerechnet ab dem Tag der Absendung der Auftragsbekanntmachung. In Fällen begründeter Dringlichkeit kann eine kürzere Frist festgelegt werden, die 15 Tage nicht unterschreiten darf. Eine generelle Verkürzung der Frist um 5 Tage ist im Teilnahmewettbewerb nicht möglich.

Die Angebotsfrist beträgt mindestens 30 Tage, auch wieder gerechnet ab dem Tag der Absendung der Auftragsbekanntmachung. Wird die elektronische Übermittlung der Angebote akzeptiert, kann die Angebotsfrist um fünf Tage verkürzt werden.

Verhandlungsverfahren:

Im Verhandlungsverfahren beträgt die Frist zur Einreichung der Teilnahmeanträge mindestens 30 Tage, im Fall begründeter Dringlichkeit kann diese Frist entsprechend den obigen Grundsätzen verkürzt werden.

Die Frist für die Einreichung der Erstangebote ist nunmehr erstmalig normiert und beträgt 30 Tage. Wird die elektronische Übermittlung der Angebote akzeptiert, kann auch hier die Frist um fünf Tage verkürzt werden.

Im Hinblick auf das Verhandlungsverfahren ist besonders hinzuweisen auf die Regelung des § 17 Abs. 10 VgV n.F., die Art. 29 Abs. 3 Satz 2 der Richtlinie 2014/24/EU umsetzt und regelt, dass die Mindestanforderungen und die Zuschlagskriterien von den Verhandlungsmöglichkeiten ausgenommen werden.

Als weitere Verfahren bestehen weiterhin der wettbewerbliche Dialog sowie die neu eingeführte Innovationspartnerschaft, die inhaltlich Elemente eines Verhandlungsverfahrens und eines wettbewerblichen Dialogs aufweist und zur erstmaligen Entwicklung neuer Lösungen zur Bedarfsdeckung genutzt werden kann.

## 2. Eignungsprüfung

Eine wesentliche Neuerung stellt die Einführung der „Einheitlichen europäischen Erklärung“ (EEE) dar. Die EEE wurde durch die eingangs erwähnte Durchführungsverordnung in Kraft gesetzt und enthält einführende Hinweise sowie das auszufüllende Musterformular.

Nach Auffassung der Kommission sind die öffentlichen Auftraggeber verpflichtet, das vorgegebene Muster zu verwenden, wenngleich die nationale Regelung in § 48 VgV n.F. den Auftraggeber nicht zur Verwendung dieses EEE-Musters verpflichtet, sondern es ihm freistellt, dass und welche Eignungsnachweise er verlangt und ihn lediglich verpflichtet, von den Bietern ausgefüllte EEE-Erklärungen zu akzeptieren. Die EEE stellt nur einen vorläufigen Eignungsnachweis dar. Der öffentliche Auftraggeber ist vor der Zuschlagsentscheidung gezwungen, die konkreten Eignungsnachweise einzufordern, deren Vorliegen in der EEE zugesagt wurde. Die EEE dürfte aufgrund ihrer Komplexität und des „doppelten“ Prüfungsaufwandes kaum zu einer Vereinfachung und Verschlan- kung des Verfahrens führen, weder auf Seiten des Auftraggebers noch auf Seiten des Bewerbers/Bieters. Das Muster der EEE nebst Erläuterungen übersenden wir Ihnen gerne.

Die inhaltlichen Regelungen zu Eignungsnachweisen und zur Eignungsprüfung haben gegenüber den früheren Regelungen der VOL/A EG beziehungsweise VOB/A EG geringfügige Änderungen erfahren, allerdings ist eine sorgfältige Lektüre der neuen Regelungen dringend empfohlen. So darf gem. § 45 Abs. 2 VgV n.F. nicht mehr als der doppelte Auftragswert als Mindestjahresumsatz gefordert werden, klargestellt ist dort etwa auch, dass Inhalte von Bilanzen auch zum Ausschluss führen können.

Im Rahmen der sog. Eignungslleihe und des Nachunternehmereinsatzes ist gem. § 36 Abs. 5, § 48 Abs. 1 VgV n.F. künftig anders als nach der bisherigen Rechtsprechung eine Auswechslung möglich, auch kann der Auftraggeber

eine gemeinsame Haftung von Bieter und Nachunternehmer fordern.

Die Regelungen zu Nachforderungen von Unterlagen haben sich inhaltlich nicht geändert, vgl. § 56 VgV n.F. bzw. die entsprechenden Regelungen der VOB/A n.F.

### **3. Vergabe von freiberuflichen Leistungen**

Die Vergabe von Architekten- und Ingenieurleistungen ist nunmehr in der VgV n.F. geregelt. Abschnitt 5 befasst sich mit Planungswettbewerben und Abschnitt 6 mit den besonderen Regelungen für die Vergabe von Architekten- und Ingenieurleistungen. Bemerkenswert ist, dass die Präsentation von Referenzprojekten gem. § 75 VgV n.F. explizit zugelassen ist. Die Regelungen zu den Zuschlagskriterien sind denkbar knapp gehalten, hier wird die Aufgabenstellung darin bestehen, die allgemeinen Regelungen zu Zuschlagskriterien vor dem Hintergrund der Eigenart freiberuflicher Leistungen fortzuentwickeln.

### **4. Zuschlagskriterien und Angebotswertung**

Die vergaberechtlichen Rahmenbedingungen der Angebotswertung sind in den §§ 127 ff. GWB n.F. in Verbindung mit den §§ 58 VgV n.F. normiert.

Der Zuschlag wird danach auf das wirtschaftlichste Angebot erteilt. Die Ermittlung des wirtschaftlichsten Angebotes erfolgt auf der Grundlage des besten Preis-Leistungs-Verhältnisses.

Neben dem Preis können auch qualitative, umweltbezogene oder soziale Zuschlagskriterien berücksichtigt werden.

Das Kriterium des Preises kann auch Folgekosten berücksichtigen, Näheres hierzu ist in § 59 VgV ausgeführt. Die Zuschlagskriterien bestimmt der Auftraggeber, in Betracht kommen, wie auch jüngst durch den EuGH klargestellt Kriterien, die die Organisation, Qualifikation und Erfahrung des mit der Ausführung des Auftrags betrauten Personals berücksichtigen, wenn die Qualität des eingesetzten Personals erheblichen Einfluss auf das Niveau der Auftragsausführung haben kann.

Eine besondere Herausforderung wird es für die öffentlichen Auftraggeber darstellen, die Parameter eines Gesamtzyklusansatzes und von Folgekosten zu erfassen und diese transparent umzusetzen.

### **5. Rahmenbedingungen für ausschreibungsfreie Leistungsbeziehungen**

Wir hatten Sie bereits darüber informiert, dass die europäischen Vergabekoordinierungsrichtlinien erstmalig die Voraussetzungen für ausschreibungsfreie Leistungsbeziehungen zwischen öffentlichen Auftraggebern und von öffentlichen Auftraggebern zu Unternehmen auf Basis der Inhouse-Rechtsprechung definieren. Es würde den Rahmen sprengen, an dieser Stelle über Details zu referieren. Diese wichtigen Normen verdienen eine gesonderte Würdigung, Fragen und offene Punkte diskutieren wir gerne Rahmen eines Workshops mit Ihnen.

## **II. ENTWICKLUNG IN DER RECHTSPRECHUNG**

### **1. Ausschreibungspflicht infolge Auftragsänderung/Vorwirkung**

§ 132 GWB n.F. setzt die unionsrechtlichen Vorgaben der verschiedenen Richtlinien um und normiert die Voraussetzungen, unter denen Vertragsänderungen die Ausschreibungspflicht nicht neu auslösen. Eine Änderung eines Auftrags ist danach bei Aufrechterhaltung des Gesamtcharakters des Vertrages möglich, wenn der Schwellenwert nicht überschritten wird und bei Liefer- und Dienstleistungen maximal 10 % des Auftragswerts und bei Bauleistungen maximal 15 % des Auftragswerts nicht überschritten wird. Es existieren weitere Tatbestände, die Auftragsänderungen erlauben. Wir verweisen hierzu auf einen Beitrag in einer vergaberechtlichen Publikation, den wir Ihnen bei Interesse gern übersenden.

Zur Veranschaulichung der derzeit noch geltenden Rechtslage verweisen wir auf einen **Beschluss des OLG Schleswig vom 28. August 2015 – 1 Verg 1/15**.

Das OLG Schleswig hat einen Sachverhalt entschieden, indem ein Auftraggeber bereits im Jahr 1978 einen Rahmenvertrag über Vorhalteleistungen für den Rettungsdienst abgeschlossen hatte, der das Recht zur Erweiterung um zusätzliche Wochenstunden enthielt. Es wurde eine Aufstockung um fast 16 % des bisherigen Leistungsvolumens vereinbart. Dagegen wandte sich ein Mitbewerber.

Der Nachprüfungsantrag des Mitbewerbers hatte Erfolg. Das OLG Schleswig entschied, dass die Aufstockung der vereinbarten Wochenstunden eine wesentliche Vertragsänderung darstellt, die die Ausschreibungspflicht neu auslöst.

Das OLG Schleswig entschied, dass die Auftragsänderung unter Berücksichtigung der Neuregelungen des Art. 72 der Richtlinie 2014/24/EU zu bewerten sei, nahm also einen für den Auftraggeber günstigeren Maßstab und als die der geltenden EuGH-Rechtsprechung und stellte fest, dass selbst unter Berücksichtigung der Neuregelung eine wesentliche Auftragsänderung vorliege und gab dem Antragsteller Recht.

### **Praxistipp:**

Die neue Rechtslage vermittelt erfreulicherweise klare Voraussetzungen, unter denen Vertragsänderungen zulässig sind, ohne die Ausschreibungspflicht neu auszulösen. Diese Voraussetzungen sollten jeweils einzelfallbezogen sorgfältig geprüft und dringend beachtet werden.

## **2. Unauskömmlichkeit von Angeboten**

Die Vergabekammer (VK) Südbayern hat mit Beschluss vom 14. August 2015 (Z3-3-3194-1-34-05/15) die Rechtsprechung zu Nachprüfungsrechten von Bietern im Fall unauskömmlicher Angebote fortentwickelt.

Der Auftraggeber beabsichtigte die Vergabe der Durchführung von DNA-Analysen in einem europaweiten Verfahren in verschiedenen Losen.

Der Auftrag in drei Losen sollte einem Unternehmen erteilt werden, das jeweils losbezogen um rund 20 % billiger als das jeweils nächstgünstigste Angebot war. Eine Aufklärung hatte der Auftraggeber nicht vorgenommen, auch war nicht dokumentiert, dass eine Prüfung der Auskömmlichkeit stattgefunden hatte.

Eine unterlegene Bieterin rügte die geplante Zuschlagserteilung in den o.g. drei Losen und trug vor, dass die Mindestbieterin für diese Lose zum Auftragsbeginn nicht über die erforderliche Personalkapazität verfüge.

Der Nachprüfungsantrag war erfolgreich. Die VK entschied, dass eine Auskömmlichkeitsprüfung rechtsfehlerhaft unterblieb und dies den Antragsteller in seinen Rechten verletzte. Die Aufgreifschwelle von 15-20 % sei erreicht, auch habe der unterlegene Mitbewerber substantiiert die fehlende Auskömmlichkeit gerügt.

### **Praxistipp**

Die VK hat die bisherige Rechtsprechung fortentwickelt und einen bieterschützenden Charakter auch im Hinblick auf eine inhaltliche Aufklärung angenommen. Vergabestellen kann nur dringend geraten werden, die Auskömmlichkeitsprüfung ernst zu nehmen und diese zu dokumentieren.

Die Auskömmlichkeitsprüfung diene nicht nur der Sicherstellung der ordnungsgemäßen Vertragserfüllung, sondern auch einem funktionierenden Wettbewerb und letztlich auch der Rechtssicherheit.

### 3. Intransparenz von Wertungskriterien

Das Oberlandesgericht (OLG) Düsseldorf hatte sich erneut mit der Transparenz von Zuschlagskriterien zu befassen. In dem Beschluss vom 29. April 2015 – VII-Verg 35/14 hat das OLG Düsseldorf Streitfragen zur Wertung in einem Sachverhalt entschieden, in dem es um Beratungsleistungen ging.

Als Zuschlagskriterien vorgesehen waren der Preis und die Qualität der angebotenen Leistung.

Hinsichtlich des Preises sollte das günstigste Angebot 5 Punkte und das teuerste Angebot 1 Punkt erhalten. Es reichten nur zwei Bieter Angebote ein, was zu einer Differenzierung von 5 und 1 Punkten bei einer geringfügigeren Preisdifferenz führte. Die Entscheidung wurde angegriffen.

Der Antragsteller obsiegte vor der Vergabekammer des Bundes. Der Vergabesenat bestätigte diesen Beschluss und entschied, dass die Preiswertung intransparent war, da sich die ursprünglich angegebene Gewichtung der Zuschlagskriterien aufgrund der Tatsache, dass nur zwei Angebote eingereicht wurden, verschob. Infolgedessen wurde das Bewertungssystem als intransparent eingeordnet und der Auftraggeber zur neuen Durchführung eines neuen Vergabeverfahrens aufgefordert.

#### Praxistipp

Bei der Aufstellung von Wertungskriterien kann nur dringend empfohlen werden, Beispiels- und Extremfälle zu bilden und die Bewertungskriterien darauf hin zu prüfen, ob sie jeweils stimmig sind.

### 4. Zur Zulässigkeit von Alternativ-/Wahlpositionen

Das OLG München befasste sich in dem Beschluss vom 22. Oktober 2015 (Verg 5/15) mit der Zulässigkeit und Wertung von Alternativ-/Wahlpositionen.

Der Entscheidung lag ein Ausschreibungsverfahren über den Neubau einer Autobahnbrücke gem. VOB/A im offenen Verfahren zugrunde. Einziges Zuschlagskriterium war der Preis. Ausgeschrieben war eine Brückenkonstruktion, deren Voraussetzungen nur von einem Produkt eines bestimmten Herstellers erfüllt werden konnten. Nebenangebote waren nicht zugelassen.

In der Auftragsbekanntmachung gab der Antragsgegner bekannt, dass die Wertung nach dem Preis vorgenommen werde. Der Preis werde aus der Wertungssumme des Angebots ermittelt, konkret aus der nachgerechneten Angebotssumme unter Berücksichtigung von Nachlässen und auch aus günstigeren Wahlpositionen.

In der Leistungsbeschreibung waren Grund- und Wahlpositionen definiert.

Die Antragstellerin bot die ausgeschriebene Konstruktion an und lag danach auf dem ersten Rang. Die Beigeladene hatte eine alternative Konstruktion mit günstigeren Preisen für die ausgeschriebenen Wahlpositionen angeboten und lag unter Berücksichtigung dieser Wahlpositionen vor dem Angebotspreis der Antragstellerin. Der Auftrag sollte an die Beigeladene erteilt werden.

Die Antragstellerin wandte sich gegen die Auftragserteilung und rügte die Wertung der Wahlpositionen.

Das OLG München gab dem Nachprüfungsantrag statt und entschied, dass eine Präklusion nicht vorliege und die Aufnahme und Wertung der Wahlpositionen vergaberechtswidrig war.

Eine Ausschreibung von Wahl-/Alternativpositionen sei nur dann zulässig, wenn ein bestimmtes berechtigtes Bedürfnis des Auftraggebers dahin bestehe, die Erteilung dieser Leistungen einstweilen offen zu halten. Ein solches berechtigtes Bedürfnis liege nicht vor.

### **Praxistipp**

Die Aufnahme von Wahl-oder Alternativpositionen ist wettbewerbsverzerrend und steht dem Grundsatz der erschöpfenden und eindeutigen Leistungsbeschreibung entgegen. Dementsprechend müssen für den Auftraggeber nicht steuerbare Gründe bestehen, den Bietern die Unwägbarkeiten entsprechender Positionen aufzuerlegen.

## **5. Anforderungen an Leistungsbeschreibungen**

Die Vergabekammer Niedersachsen hat mit Beschluss vom 7. Oktober 2015 (VgK 31/2015) die Anforderungen an funktionale Leistungsbeschreibungen präzisiert.

Die Vergabestelle hatte den Neubau einer Ortsumfahrung in vier Losen als Bauauftrag im offenen Verfahren ausgeschrieben. Einziges Zuschlagskriterium war der niedrigste Preis.

Aufgrund bestehender Boden- bzw. Baugrundprobleme entschied sich die Antragsgegnerin, die konstruktive Beschreibung von Bodenverbesserungsmaßnahmen in Einzelpositionen der Leistungsbeschreibung durch eine funktionale Beschreibung zu ersetzen und verlängerte die Bauzeit. Die Bieter wurden entsprechend informiert.

Nach dieser Klarstellung rügte die Antragstellerin die Änderungen als vergaberechtswidrig und reichte noch vor Ablauf der Angebotsfrist einen Nachprüfungsantrag ein. Es fehle die Ausschreibungsreife, auch sei der Preis als einziges Zuschlagskriterium angesichts der teilfunktionalen Beschreibung unzulässig.

Die Vergabekammer wies den Nachprüfungsantrag zurück und stellte fest, dass auch bei einer funktionalen Leistungsbeschreibung der Preis das einzige Zuschlagskriterium sein darf, wenn wegen der konkreten Bestimmung des Leistungssolls homogene, sich nur im Angebotspreis unterscheidende Angebote zu erwarten sind.

Eine nachträgliche Änderung der Ausschreibungsbedingungen ist möglich, sofern diese für eine wieder transparente diskriminierungsfrei erfolgt. Im vorliegenden Fall waren die Änderungen eindeutig definiert, auch seien Gründe für die Übertragung der Planung auf die Bieter dargestellt und dokumentiert.

### **Praxistipp**

Die Entscheidung verdeutlicht die Gestaltungsspielräume der Vergabestellen.



---

Ergibt sich im Ausschreibungsverfahren, dass Leistungspositionen entgegen der ursprünglichen Einschätzung der Vergabestelle nicht eindeutig und erschöpfend beschreibbar sind und liegen die Voraussetzungen der Zulässigkeit einer funktionalen Leistungsbeschreibung vor, kann die Ausschreibungsstruktur den neuen Gegebenheiten angepasst werden, wenn dies allen Bietern transparent kommuniziert und eine angemessene Reaktionsfrist eingeräumt wird.

Bitte melden Sie sich, wenn Sie zu bestimmten Themen und Entscheidungen, die für Ihre Praxis wichtig sind, Fragen haben. Wir werden im April 2016 mit dem „Bundesverband Materialwirtschaft, Einkauf und Logistik e.V.“ (BME) einen Workshop durchführen, in dem erste Erfahrungen und offene Fragen diskutiert werden können. Die Details zu dieser Veranstaltung lassen wir Ihnen gesondert zukommen.

Wir verbleiben mit herzlichen Grüßen und besten Wünschen für das Jahr 2016!