

## Die Modernisierung des Vergaberechts

GÖRG Praxisgruppe Vergaberecht

22.03.2016

### Einleitung

Zur Umsetzung der drei neuen vergaberechtlichen EU-Richtlinien (2014/24/EU, 2014/25/EU, 2014/23/EU) wurde am 17. Februar 2016 im Bundesgesetzblatt das Gesetz zur Modernisierung des Vergaberechts (VergR-ModG) veröffentlicht (BGBl. I 2016, S. 203 ff.). Mit diesem Gesetz werden die EU-Richtlinien fristgerecht im Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) umgesetzt.

Darüber hinaus werden Bundestag und Bundesrat auf Grundlage des neuen GWB voraussichtlich die Verordnung zur Modernisierung des Vergaberechts beschließen, die zum Redaktionsschluss dieses Legal Updates nur im Entwurf vorlag. Diese „Mantelverordnung“ besteht aus mehreren Teilen und setzt insbesondere die Vorschriften für Dienst- und freiberufliche Leistungen sowie Sektoraufträge und Konzessionen um. Zuletzt ist auch die neue VOB/A 2016 (Teil A und B) bereits bekannt gemacht worden.

In diesem Legal Update möchten wir Ihnen einen Überblick über die Neuregelungen im GWB und den Verordnungen verschaffen. Das Gesetz zur Modernisierung des Vergaberechts tritt am 18. April 2016 in Kraft. Ab diesem Zeitpunkt richten sich alle neu begonnenen Vergabeverfahren nach dem neuen Recht.

### Das neue GWB

#### Struktur und Ziele des neuen GWB

Der 4. Teil des GWB wurde stark erweitert und umfasst fortan knapp das Doppelte an Vorschriften. Teilweise ist dies darauf zurückzuführen, dass Normen aufgeteilt und neu strukturiert wurden, größtenteils wurde jedoch das

Vergabeverfahren in Umsetzung der EU-Richtlinien umfangreich neu geregelt. Das neue GWB gibt dabei die wesentlichen Grundzüge vor, eine weitere Präzisierung ist den einzelnen Verordnungen vorbehalten.

Aufgrund der neuen Regelungsdichte wurde der 4. Teil des GWB in zwei Kapitel unterteilt, das Vergabeverfahren (§§ 97 bis 154 GWB) und das Nachprüfungsverfahren (§§ 155 bis 184 GWB).

Die Modernisierung des EU-Vergaberechts sollte primär auf eine Vereinheitlichung und Vereinfachung des Vergaberechts abzielen. Neben einer detaillierten Neugestaltung des Vergabeverfahrens wurden hierzu auch einige neue Instrumente eingeführt. Dazu gehören die erstmalige gesetzliche Regelung der Selbstreinigung bei Ausschlussgründen („Zuverlässigkeit“), die Neuausrichtung der Eignungsprüfung und die Einführung der e-Vergabe. Ferner sollen soziale, innovative und umweltrechtliche Aspekte eine stärkere Berücksichtigung im Vergabeverfahren finden. Im Folgenden geben wir Ihnen einen kurzen Überblick über die wichtigsten Neuregelungen im GWB.

#### Neuregelungen im Recht des Vergabeverfahrens

##### Grundsätze und Anwendungsbereich

Die Grundsätze des Vergabeverfahrens wurden nicht elementar verändert und sind weiterhin in § 97 GWB zu finden. Die Norm wurde jedoch neu strukturiert und um die Konzessionsvergabe und die vergaberechtlichen Grundsätze der Wirtschaftlichkeit und Verhältnismäßigkeit erweitert.

Zunächst ist weiterhin das Vorliegen bzw. Nichtvorliegen der öffentlichen Auftraggebereigenschaft ein wesentliches Kriterium für die Eröffnung des Anwendungsbe-

reichs des GWB-Vergaberechts. Diesbezüglich wurden strukturelle sowie kleinere inhaltliche Änderungen vorgenommen. Nach neuem Recht handelt es sich um Auftraggeber i.S.v. § 98 GWB bei klassischen öffentlichen Auftraggebern gemäß § 99 GWB, Sektorenauftraggebern gemäß § 100 GWB oder Konzessionsgebern gemäß § 101 GWB (Bau- oder Dienstleistungskonzessionen). Dementsprechend ist der „öffentliche Auftraggeber“ nicht mehr gemeinsamer Oberbegriff.

## Schwellenwerte

Integrale Voraussetzung für den Anwendungsbereich des 4. Teils des GWB ist das Erreichen der Schwellenwerte. Diese sind nun in § 106 GWB geregelt, der eine dynamische Verweisung auf die jeweiligen Schwellenwerte in den Richtlinien 2014/24/EU, 2014/25/EU, 2009/81/EG sowie 2014/23/EU enthält. Die Höhe der Schwellenwerte wird dabei weiterhin regelmäßig vom Unionsnormgeber oder der EU-Kommission im Wege der delegierten Rechtsetzung angepasst.

## In-House-Vergabe und interkommunale Zusammenarbeit

Bezüglich der In-House-Vergabe und der interkommunalen Zusammenarbeit setzt das neue GWB die Rechtsprechung des EuGH um („Teckal“ und „Stadtreinigung Hamburg“) und sieht künftig in § 108 GWB eine gesetzliche Regelung vor. Damit wird Klarheit geschaffen, unter welchen Voraussetzungen der öffentliche Auftraggeber von der Durchführung eines Vergabeverfahrens befreit ist und somit nicht an den 4. Teil des GWB gebunden ist. Es ist vor allem zu begrüßen, dass die von der Rechtsprechung aufgestellten Maßstäbe nun Eingang in das GWB gefunden haben. Geklärt wurde insbesondere die Grenze schädlichen Fremdsatzes bei der In-House-Vergabe (nunmehr 20%).

## Vertragsänderungen

Durch § 132 GWB werden erstmals klare gesetzliche Regelungen bzgl. der Änderung von Verträgen getroffen. Insbesondere wird mit dieser Vorschrift die vorangegangene Rechtsprechung des EuGH berücksichtigt. Zwar gilt nach wie vor, dass eine wesentliche Vertragsänderung eine Neuvergabe erfordert (§ 132 Abs. 1 GWB). Eine solche wesentliche Änderung liegt vor, wenn sich der geänderte Auftrag erheblich vom ursprünglich vergebenen Auftrag unterscheidet.

In den Fällen des § 132 Abs. 2 GWB ist eine Vertragsänderung jedoch möglich, auch unabhängig davon, ob

eine wesentliche Änderung i.S.d. § 132 Abs. 1 GWB vorliegt. Von besonderer Relevanz dürfte hierbei die Möglichkeit sein, entsprechende Vertragsänderungen zukünftig bereits in den Vergabeunterlagen zu berücksichtigen (Nr. 1).

Ferner wurde in Abs. 3 eine De-minimis-Grenze eingeführt, bei deren Unterschreiten eine Änderung während der Vertragslaufzeit zulässig ist (10% bzw. 15% bei Bauaufträgen).

## Vergabeverfahren

Innerhalb des Vergabeverfahrens wurden die meisten Änderungen vorgenommen. So wurde beispielsweise mit der Innovationspartnerschaft eine neue Verfahrensart eingeführt (§ 119 Abs. 7 GWB). Die Innovationspartnerschaft eröffnet die Möglichkeit, in einem wettbewerblichen Verfahren einen Partner auszuwählen, der beauftragt wird, eine innovative und dem Bedarf des Auftraggebers entsprechende Lösung zu entwickeln. Es erfolgt eine Auswahl des besten Anbieters nach Kompetenz, Fähigkeit und Preis. Dabei findet eine Unterteilung von Forschung und Entwicklung in mehrere Etappen statt, in denen die Anzahl der Partner schrittweise verringert werden kann. Abschließend liefert der Partner die gewünschte praxistaugliche Lösung.

Die Innovationspartnerschaft stützt sich im Kern auf die Verfahrensregeln, die für das Verhandlungsverfahren gelten.

Bedeutsam ist außerdem die künftige Gleichstellung von dem offenen und dem nicht offenen Verfahren mit Teilnahmewettbewerb (§ 119 Abs. 2 GWB).

Des Weiteren wurde auch der Anwendungsbereich des wettbewerblichen Dialogs erweitert: Dieser soll zukünftig immer dann zulässig sein, wenn auch das Verhandlungsverfahren anwendbar ist.

Zuletzt wurden bei den bereits bekannten Vergabeverfahrensarten die Fristen noch in einigen Punkten angepasst.

## Eignung

Ausgangspunkt für die Eignung ist nunmehr § 122 Abs. 1 GWB, der die beiden Kategorien „Ausschlussgründe“ und „Eignungskriterien“ vorgibt und damit die wesentlichen Prüfungsschritte vorzeichnet. Die Eignung setzt sich fortan nur noch aus den Elementen „Leistungsfähigkeit“ und „Fachkunde“ zusammen (nicht mehr:

„Zuverlässigkeit“ und „Gesetzestreue“). Dies ist insbesondere deswegen zu begrüßen, weil der Verzicht auf diese unbestimmten Rechtsbegriffe ein Zugewinn an Rechtsklarheit bedeutet.

Nach § 122 Abs. 2 GWB ist ein Unternehmen geeignet, wenn es die durch den öffentlichen Auftraggeber festgelegten Kriterien erfüllt. Die abschließend geregelten Eignungskriterien sind: „Befähigung und Erlaubnis zur Berufsausübung“, „wirtschaftliche und finanzielle Leistungsfähigkeit“ sowie „technische und berufliche Leistungsfähigkeit“ (§ 122 Abs. 2 GWB). Mithin müssen alle Anforderungen des öffentlichen Auftraggebers unter diese Kriterien zu subsumieren sein.

Um einen Ausgleich für den Verzicht auf die „Zuverlässigkeit“ und „Gesetzestreue“ zu schaffen, finden sich in den §§ 123, 124 GWB zwingende und fakultative Ausschlussgründe, die einer Eignung entgegenstehen bzw. entgegenstehen können.

## Selbstreinigung

Im Zusammenhang mit den Ausschlussgründen besteht für Bewerber und Bieter nun auch die Möglichkeit einer Selbstreinigung nach § 125 GWB. Damit ist erstmals gesetzlich geregelt, dass ein Bewerber oder Bieter, bei dem ein zwingender oder fakultativer Ausschlussgrund vorliegt, der jedoch Maßnahmen zur Wiederherstellung seiner Integrität ergriffen hat, von öffentlichen Auftraggebern wieder berücksichtigt werden muss. Bei der Beurteilung, ob die getroffenen Maßnahmen des Bieters ausreichend für eine Selbstreinigung sind, kommt dem Auftraggeber jedoch ein weiter Beurteilungsspielraum zu.

## Neue Instrumente des Vergabeverfahrens

Zu den neuen Instrumenten im Vergabeverfahren gehören das dynamische Beschaffungssystem (§ 120 Abs. 1 GWB), die elektronische Auktion zur Ermittlung des wirtschaftlichsten Angebots (§ 120 Abs. 2 GWB), der elektronische Katalog (§ 120 Abs. 3 GWB) und die Neuregelung der Beschaffung durch zentrale Beschaffungsstellen (§ 120 Abs. 4 GWB).

Bei dem dynamischen Beschaffungssystem geht es um die Errichtung eines elektronischen Marktes mit offenem Bieterpool, auf den der Auftraggeber bzgl. wiederkehrender Leistungen zurückgreifen kann, ohne eine erneute Eignungsprüfung bei der Einzelvergabe durchführen zu müssen. Die elektronische Auktion zur Ermittlung des wirtschaftlichsten Angebots gleicht einer Abwärtsver-

steigerung, bei der sich die Bieter so lange unterbieten, bis das beste Angebot ermittelt ist. Ein elektronischer Katalog ist ein Verzeichnis der zu beschaffenden Leistungen in einem elektronischen Format. Ein solcher Katalog soll insbesondere bei Rahmenvereinbarungen zum Einsatz kommen. Bei der Beschaffung durch zentrale Beschaffungssysteme sind die zentralen Beschaffungsstellen Auftraggeber, die für andere Auftraggeber dauerhaft Leistungen beschaffen. Für den Bezug von Leistungen muss kein Vergabeverfahren durchgeführt werden, da im Rahmen der zentralen Beschaffungsstelle die Leistung bereits durch ein Vergabeverfahren beschafft wurde.

## Soziale Dienstleistungen

Mit dem Ziel der Förderung von sozialen Aspekten im Vergaberecht ist auch die Unterscheidung zwischen vorrangigen und nachrangigen Dienstleistungen entfallen. Die Vergabe von öffentlichen Aufträgen über soziale und andere besondere Dienstleistungen ist fortan in § 130 GWB geregelt und beinhaltet ein vereinfachtes Vergabeverfahren.

Dies zeichnet sich u.a. durch einen erhöhten Schwellenwert von 750.000 Euro und der freien Wahl zwischen den Verfahrensarten aus. Ferner kann abweichend zu § 132 Abs. 3 GWB (Auftragsänderungen während der Vertragslaufzeit) eine Änderung des Auftrags ohne ein erneutes Vergabeverfahren durchgeführt werden, wenn der Wert der Änderung 20% des ursprünglichen Auftrags nicht übersteigt. Welche Dienstleistungen von § 130 GWB genau erfasst sind, ergibt sich aus dem Anhang XIV der Richtlinie 2014/24/EU. Hierzu zählen neben administrativen Dienstleistungen im Kultur- und Bildungsbereich auch Sicherheitsdienste oder bestimmte Rechtsdienstleistungen.

## Neuerungen im Recht des Nachprüfungsverfahrens

Innerhalb des Nachprüfungsverfahrens wurden größtenteils sprachliche Änderungen und eine Anpassung an die neue Struktur vorgenommen. Als interessante Änderung sticht jedoch § 160 Abs. 3 GWB hervor.

So wurde der Rechtsprechung des EuGH Rechnung getragen und die „Unverzüglichkeit“ bei der Rügeobliegenheit in § 160 Abs. 3 Nr. 1 GWB gestrichen. Fortan muss der Antragsteller den Verstoß gegen Vergabevorschriften vor Einreichen des Nachprüfungsantrags erkannt und innerhalb von zehn Tagen gerügt haben.

## Fazit

Die Änderungen im GWB sind beinahe durchgehend „Eins-zu-Eins-Umsetzungen“ der EU-Vergaberichtlinien. Die wesentlichen Grundzüge sind damit in einem großen Umfang vorgezeichnet; die eigentlichen und teilweise versteckten Änderungen finden sich in den auf dem GWB basierenden Verordnungen.

## Die neue Vergabeverordnung (VgV)

Die neue VgV gilt für die Vergabe von öffentlichen Aufträgen und die Ausrichtung von Wettbewerben durch öffentliche Auftraggeber. Damit deckt die VgV wie gehabt – ab Erreichen des EU-Schwellenwerts – den untergesetzlichen Regelungsbereich für die klassische Auftragsvergabe durch die öffentliche Hand ab.

Der gesetzgeberische Wille, den Regelungsbereich des in der Bundeszuständigkeit liegenden materiellen Vergaberechts auszuweiten und für den Bereich der öffentlichen Auftragsvergabe einheitliche Verfahrensregeln zu normieren, zeigt sich auch deutlich in der Neugestaltung der VgV. Sie hat mit heute 82 Paragrafen deutlich an Umfang gewonnen. Die vormalige bloße Verweisungs- und Scharnierfunktion der VgV ist weitgehend aufgehoben worden:

Der Bundesverordnungsgeber hat die Gelegenheit ergriffen, die bisherige Vergabe- und Vertragsordnung für Freiberufliche Leistungen (VOF) sowie Abschnitt 2 der Vergabe- und Vertragsordnung für Lieferungen und Leistungen (VOL/A EG) materiell-rechtlich in die VgV zu übernehmen. VOL/A EG und VOF entfallen ersatzlos. Die VgV gilt zukünftig daher unmittelbar für die europaweite Vergabe von Liefer- und vorab abschließend beschreibbaren Dienstleistungen. Lediglich für die Vergabe von Architekten- und Ingenieurleistungen sehen die §§ 73 ff. VgV ein vergaberechtliches Sonderregime vor, welches an das zweite und dritte Kapitel der VOF erinnert.

## Struktur der neuen VgV

In ihrer Struktur folgt die VgV dem Ablauf eines Vergabeverfahrens und orientiert sich heute dabei stärker an den Vorgaben der EU-Richtlinien und gliedert sich im Wesentlichen wie folgt:

- Abschnitt 1: Allgemeine Bestimmungen und Kommunikation
  1. Allgemeine Bestimmungen (Hinweis: enthält auch das Scharnier zur VOB/A EU 2016)
  2. Kommunikation
- Abschnitt 2: Vergabeverfahren
  1. Verfahrensarten
  2. Besondere Methoden und Instrumente in Vergabeverfahren
  3. Vorbereitung des Vergabeverfahrens
  4. Veröffentlichung, Transparenz
  5. Anforderungen an Unternehmen, Eignung
  6. Einreichung, Form und Umgang mit Angeboten, Teilnahmeanträge und Interessenbestätigung
  7. Prüfung und Wertung der Angebote, Zuschlag

Insgesamt präsentiert sich die VgV anwenderfreundlich, ermöglicht eine effizientere und flexiblere Gestaltung der Vergabeverfahren und erleichtert die Teilnahme von kleineren und mittleren Unternehmen an den Verfahren.

Für den Bereich der VOB/A verändert sich in der Systematik (fast) nichts: § 2 VgV ordnet die Anwendung des Abschnitts 2 der VOB/A (VOB/A EU) 2016 verbindlich an (Ausnahme: §§ 1-13 und §§ 21-27 VgV). Hiermit soll den Besonderheiten der Vergabe von Bauleistungen Rechnung getragen werden. Das heißt, für die europaweite Vergabe von Bauleistungen kommt überwiegend nicht die VgV zur Anwendung, sondern die Bestimmungen der VOB/A EU 2016.

Verloren hat die VgV allerdings ihre Funktion als Wegweiser zu den jeweils maßgeblichen Europäischen Schwellenwerten. Diese Aufgabe wird fortan durch die Regelung des § 106 GWB wahrgenommen, der dazu mit einer dynamischen Verweisung aufwartet.

## Regelungsinhalt der neuen VgV

Mit Ausnahme der Spezialregelungen der VOB/A wird die VgV die Einzelheiten zur Vergabe öffentlicher Aufträge sowie zur Ausrichtung öffentlicher Wettbewerbe durch öffentliche Auftraggeber bestimmen. Dies gilt insbesondere im Hinblick auf die Schätzung des Auftrags- oder Vertragswertes (§ 3 VgV), die (elektronische) Kommunikation (§§ 9 ff. VgV), die Leistungsbeschreibung (§ 31 VgV), die Bekanntmachung (§§ 37 ff. VgV), die Verfahrensarten und deren Ablauf (§§ 14 ff. VgV), die Zulässigkeit von Nebenangeboten (§ 35 VgV) und Unteraufträgen (§ 36 VgV), die Eignungsprüfung (§§ 42 ff. VgV) und die Zuschlagsvoraussetzungen (§ 58 VgV).

## Vergabeverfahrensarten

Für die einzelnen Vergabeverfahrensarten sieht die VgV in Abschnitt 2 umfassende Regelungen für die Wahl der Verfahrensart und darüber hinaus Regeln über deren Verlauf vor. Sie stellt für jede Verfahrensart genaue „Fahrpläne“ zur Verfügung. Zudem wird der Rechtsrahmen für besondere Methoden und Instrumente im Vergabeverfahren, etwa für Rahmenvereinbarungen, dynamische Beschaffungssysteme, elektronische Beschaffungssysteme und elektronische Kataloge definiert.

Nicht auf den ersten Blick ersichtlich, wird § 17 Abs. 10 VgV wohl zu einer Aufwertung des wettbewerblichen Dialogs im Verhältnis zum Verhandlungsverfahren führen. Zu beachten ist auch, dass im Unterschied zur bisherigen Rechtslage künftig Verhandlungen in einem Verhandlungsverfahren mit vorgeschaltetem Teilnahmewettbewerb unter deutlich einfacheren (Rechtfertigungs-)Voraussetzungen möglich sein werden. In diesem Kontext ist allerdings zu beachten, dass die Verhandlungen nur noch auf Grundlage eines zuvor eingereichten Erstangebots erfolgen können.

## e-Vergabe

Auch die Verwirklichung der umfassenden e-Vergabe schreitet unaufhaltsam voran: § 9 VgV schreibt die elektronische Kommunikation als Regelverfahren vor. § 10 VgV enthält die Anforderungen, die die Geräte und Programme für die elektronische Datenübermittlung (Senden, Empfangen, Weiterleiten und Speichern von Daten im Vergabeverfahren) erfüllen müssen. Der Großteil der Auftraggeber ist aufgefordert, sich bis spätestens zum 18. Oktober 2018 auf diesen technischen Stand zu bringen (§ 81 VgV). Bereits heute müssen die Auftraggeber beachten, dass sie verpflichtet sind, die Auftragsbekanntmachung elektronisch zu veröffentlichen (§ 40 VgV) und grundsätzlich die elektronische Verfügbarkeit der Vergabeunterlagen zu gewährleisten (§ 41 VgV).

## Fristen

Weiterhin sieht die VgV nunmehr deutlich verkürzte Angebots- und/oder Bewerbungsfristen vor: Die Mindestangebotsfrist im Offenen Verfahren wird auf 35 Tage verkürzt. In den übrigen Verfahren ist eine Mindestfrist für Teilnahmeanträge von 30 Tagen vorgesehen. Bei Veröffentlichung einer Vorinformation ist eine Verkürzung auf 10 Tage möglich. Eine weitere Kürzung um 5 Tage kann bei elektronischer Vergabe erfolgen. Zu beachten ist allerdings, dass nach § 20 VgV alle bei den Verfahrensarten geregelten Fristen Mindestfristen sind.

Öffentliche Auftraggeber haben Fristen stets angemessen festzulegen und die Mindestfristen gegebenenfalls zu verlängern.

## Nebenangebote

Bemerkenswert ist auch, dass § 35 VgV den durch BGH, Beschl. v. 7. Januar 2014 - X ZB 15/13, beendet geglaubten Streit um die Zulässigkeit von Nebenangeboten, wenn der Preis das einzige Zuschlagskriterium ist, aufnimmt und die Entscheidung des BGH ins Gegenteil verkehrt. Nach der Neuregelung sind Nebenangebote auch in diesem Fall grundsätzlich (wieder) zulässig.

## Eignungsprüfung

Auch im Bereich der Eignungsprüfung wartet die VgV mit einigen Neuerungen auf. Insbesondere werden künftig zur Nachweisführung für die Eignung Eigenerklärungen an Gewicht gewinnen. Als vorläufigen Beleg der Eignung haben öffentliche Auftraggeber zudem zukünftig die Vorlage einer Einheitlichen Europäischen Eigenerklärung (EEE) zu akzeptieren (§§ 48 Abs. 3, 50 VgV).

## Nachforderung von Unterlagen

Nicht zuletzt hält auch § 56 VgV ein kleines Novum bereit. Die Vorschrift strukturiert die Vorgehensweise zur Nachforderung von Unterlagen im Dienst- und Lieferbereich neu. Wichtig ist: Zukünftig wird eine Nachforderung von leistungsbezogenen Unterlagen, die die Wirtschaftlichkeitsbewertung der Angebote anhand der Zuschlagskriterien betreffen, grundsätzlich ausgeschlossen sein.

## Sektorenverordnung (SektVO)

Die neue SektVO folgt dem Grundsatz einer „Eins-zu-Eins-Umsetzung“ der Sektorenrichtlinie 2014/25/EU in nationales Recht. Die im GWB nur angelegten Verfahrensregeln zu den einzelnen Phasen des Vergabeverfahrens werden durch die SektVO für die Vergabe von Aufträgen im Sektorenbereich oberhalb der Schwellenwerte konkretisiert. In der neuen SektVO hat sich die Anzahl der Vorschriften mit nunmehr 65 verdoppelt. Die Anzahl der Anhänge (nun Anlagen) hat sich demgegenüber von fünf auf drei reduziert, da zum einen die Unterscheidung zwischen vorrangigen und nachrangigen Dienstleistungen entfallen ist und zum anderen die in die Bekanntmachungen über vergebene Aufträge aufzunehmenden Informationen nicht mehr in der SektVO aufgelistet werden.

Für die Anwendung der SektVO ist in Abgrenzung zur VgV erforderlich, dass die Auftragsvergabe durch den Sektorenauftraggeber im Zusammenhang mit einer Sektorentätigkeit aus den Versorgungsbereichen Verkehr, Trinkwasser oder Energie stehen muss. Der Aufbau der SektVO entspricht trotz der Besonderheiten des Sektorenbereichs in weiten Teilen dem der VgV. So finden sich viele (fast) wortgleiche Vorschriften, unter anderem zur neuen Pflicht der elektronischen Kommunikation, der sog. e-Vergabe (§§ 9 ff. SektVO), zum erstmals in die SektVO eingeführten wettbewerblichen Dialog (§ 17 SektVO), zur neuen Innovationspartnerschaft (§ 18 SektVO) oder zu den angepassten Regeln zu Zuschlag und Zuschlagskriterien (§ 52 SektVO).

Andere Regelungsbereiche unterscheiden sich aufgrund der Besonderheiten des Sektorenbereichs deutlich von der VgV. Ein wesentlicher Unterschied ergibt sich daraus, dass die SektVO wie bereits zuvor für alle Arten von Leistungen, also auch Bauleistungen, gilt. Weiterhin besteht im Sektorenbereich eine Ausnahme für Tätigkeiten, die unmittelbar dem Wettbewerb ausgesetzt sind (§ 3 SektVO). Sektorenauftraggeber sind nach wie vor freier bei der Wahl der Verfahrensart. Die einzelnen Vergabeverfahren sind im Gegensatz zur alten SektVO nun ausführlich geregelt (§§ 13 ff. SektVO).

## Konzessionsverordnung (KonzVgV)

Mit der KonzVgV wird eine neue Vergabeverordnung eingeführt, die der Umsetzung der Richtlinie 2014/23/EU über die Konzessionsvergabe dient. War bisher nur die Vergabe von Baukonzessionen vom Vergaberecht erfasst, regelt die Richtlinie 2014/23/EU erstmals auf europäischer Ebene verbindlich ein einheitliches Verfahren zur Vergabe von Bau- und Dienstleistungskonzessionen im Oberschwellenbereich und kodifiziert damit in weiten Teilen die Rechtsprechung des EuGH zur Vergabe von Dienstleistungskonzessionen mit Binnenmarktrelevanz. Die Vorschriften der KonzVgV konkretisieren die nun im GWB festgelegten Vorgaben für das Vergabeverfahren, wieder unter dem Grundsatz einer „Eins-zu-Eins-Umsetzung“ der Richtlinie in nationales Recht.

Konzessionen sind entgeltliche Verträge, bei denen der Konzessionsnehmer Bauleistungen oder Dienstleistungen erbringt, wobei die Gegenleistung des Konzessionsgebers entweder allein in der Nutzung des Bauwerks bzw. Verwertung der Dienstleistung oder in diesen Rechten zuzüglich einer Zahlung besteht. In Abgrenzung zum öffentlichen Auftrag trägt der Konzessions-

nehmer das Betriebsrisiko (§ 105 GWB, zu den Ausnahmen §§ 149 f. GWB). Unter Beachtung der Besonderheiten von Konzessionen im Vergleich zu öffentlichen Aufträgen bezweckt die KonzVgV, den Rechtsrahmen für die Vergabe eindeutig und einfach festzulegen, um einen übermäßigen bürokratischen Aufwand zu vermeiden. Dabei muss die KonzVgV ausreichend konkret sein, um das gebotene Maß an Rechtssicherheit auch im Hinblick auf Nachprüfungsverfahren zu gewährleisten (§§ 155-184 GWB). Das Ergebnis ist eine KonzVgV, die im Vergleich zur VgV und SektVO nur etwa halb so viele Vorschriften enthält. Einige der Vorschriften stimmen mit denen der VgV und der SektVO überein, z.B. zur e-Vergabe (§§ 7 ff. KonzVgV).

Das Vergabeverfahren nach der KonzVgV ist den Verfahren nach VgV und SektVO nachgebildet, wenngleich die Vorgaben der KonzVgV mehr Spielraum geben, z.B. bei der Bekanntmachung (§§ 19 ff. KonzVgV). Ein wesentlicher Unterschied zur Vergabe öffentlicher Aufträge durch öffentliche Auftraggeber und Sektorenauftraggeber besteht darin, dass Konzessionsgeber nicht auf bestimmte Verfahrensarten festgelegt sind, sondern das Vergabeverfahren nach Maßgabe der §§ 12-14 KonzVgV frei ausgestalten dürfen. Trotz der Flexibilität ist das Vergabeverfahren sorgfältig zu dokumentieren (§ 6 KonzVgV).

## Vergabeverordnung Verteidigung und Sicherheit (VSVgV)

Infolge der Neufassung des GWB ergab sich ein Anpassungsbedarf der VSVgV, die die Vergabe von verteidigungs- und sicherheitsspezifischen öffentlichen Aufträgen oberhalb der Schwellenwerte regelt. So sind Regelungsinhalte in das GWB gezogen worden, die bislang in der VSVgV enthalten waren, z.B. die Ausschlussgründe (§ 23 VSVgV, § 123 GWB i.V.m. § 147 GWB). Inhaltliche Änderungen sind damit grundsätzlich nicht verbunden. Die neue VSVgV wurde nur um einen Paragraphen gekürzt.

## Vergabe- und Vertragsverordnung für Bauleistungen (VOB/A)

Bereits am 19. Januar 2016 wurde die neue, vom Deutschen Vergabe- und Vertragsausschuss für Bauleistungen erarbeitete VOB/A 2016 (Teil A und B) im Bundesanzeiger bekanntgemacht. Anders als bei der VOL/A werden die Regelungen der VOB/A im Oberschwellen-

bereich (VOB/A EU 2016) für die Vergabe von öffentlichen Aufträgen über Bauleistungen nicht vollständig in die von der Bundesregierung erlassene VgV integriert. Weiterhin gilt unterhalb der Schwellenwerte der Abschnitt 1 der VOB/A 2016, während oberhalb der Schwellenwerte gemäß § 2 VgV der Abschnitt 2 der VOB/A 2016 (nun VOB/A EU anstelle von VOB/A EG) bzw. für verteidigungs- und sicherheitsspezifische Bauaufträge gemäß § 2 Abs. 2 VSVgV der Abschnitt 3 der VOB/A (VOB/A VS 2016) Anwendung findet.

Der Umfang der VOB/A 2016 hat sich gegenüber der alten Fassung mehr als verdoppelt. Allerdings wurden viele Regelungen, die zuvor in einem Paragraphen zusammengefasst waren, zur besseren Verständlichkeit auf verschiedene Vorschriften verteilt. Durch die Umsetzung der Richtlinie 2014/24/EU hat besonders der Abschnitt 2 inhaltliche Änderungen erfahren. Einige zentrale Vorschriften des GWB finden sich (fast) wortgleich im Abschnitt 2, z.B. die Ausschlussgründe (§§ 6e, 6f VOB/A EU 2016) oder die Regelungen zur Auftragsänderung (§ 22 VOB/A EU 2016). Zudem wurde weitgehend ein Gleichlauf zur VgV hergestellt, deren Abschnitt 1 und Abschnitt 2 Unterabschnitt 2 vorrangig für die Vergabe von Bauaufträgen gelten (§ 2 VgV). Damit sind insbesondere die Vorschriften zur Schätzung des Auftragswerts, zur Wahrung der Vertraulichkeit, zur Vermeidung von Interessenkonflikten, zur vorherigen Mitwirkung an der Vorbereitung des Vergabeverfahrens, zur Dokumentation und zur Erstellung des Vergabevermerks uneingeschränkt auch bei der Vergabe von Bauaufträgen anzuwenden. Gleiches gilt für grundlegende Vorschriften zur e-Vergabe (vgl. §§ 11 ff. VOB/A EU 2016) sowie besondere Methoden und Instrumente in Vergabeverfahren, wie z.B. die dynamischen Beschaffungssysteme (vgl. § 4b VOB/A EU 2016). Zur Rahmenvereinbarung, die früher im Baubereich nur nach der SektVO möglich war, findet sich sogar eine zur VgV wortgleiche Vorschrift (§ 4a VOB/A EU 2016). Die bisherigen Regelungen zur Baukonzession entfallen, da hier nun die KonzVgV gilt.

## Vergabe- und Vertragsverordnung für Leistungen (VOL/A)

Wie bereits oben erwähnt, wurden die bisherigen Regelungen des Abschnitts 2 der VOL/A (VOL/A EG) in die VgV integriert. Für öffentliche Aufträge über Liefer- und Dienstleistungen unterhalb der Schwellenbereiche gilt weiterhin der unveränderte Abschnitt 1 der VOL/A.

## Vergabestatistikverordnung (VergStatVO)

Die neu eingeführte, auf § 114 Abs. 2 GWB basierende VergStatVO dient der Schaffung einer verlässlichen Datengrundlage über die Vergabe öffentlicher Aufträge und Konzessionen. Mit den Daten soll in Zukunft u.a. der wirtschaftliche Einsatz von Haushaltsmitteln optimiert werden. Die VergStatVO regelt in ihren acht Paragraphen die Übermittlung sowie die Verwendung der Daten.

Auftraggeber übermitteln die nach § 3 VergStatVO i.V.m. den Anlagen 1-6 für den Oberschwellenbereich und nach § 4 VergStatVO für den Unterschwellenbereich festgelegten Daten an das Bundesministerium für Wirtschaft und Energie (BMWi). Einzelheiten zur Übermittlung regelt das BMWi durch Allgemeinverfügung (§ 5 VergStatVO). Die Übermittlung im Oberschwellenbereich soll vollautomatisch durch Auslesung der Bekanntmachungsformulare erfolgen, während im Unterschwellenbereich die elektronisch gestützte Eingabe von Daten erforderlich wird. Damit entfällt im Oberschwellenbereich der bisherige Papieraufwand für statistische Zwecke (§§ 17 VgV a.F., 33 SektVO a.F.), während im Unterschwellenbereich ein nur geringer Aufwand entsteht.

Die verschiedenen Auswertungs-, Veröffentlichungs- und Datenbereitstellungsmöglichkeiten der an das BMWi übermittelten Daten werden in §§ 6, 7 VergStatVO geregelt. Beispielsweise leitet das BMWi die Daten eines Kalenderjahres an das Statistische Bundesamt weiter, das bis spätestens 30. April eine Vergabestatistik erstellt (§ 6 Abs. 1 VergStatVO).

## Ausblick

Auf den Rechtsanwender kommen zahlreiche Änderungen zu, deren Auswirkungen sich heute zum Teil noch nicht sicher abschätzen lassen. Sofern man sich einmal durch das deutlich an Umfang gewonnene neue Vergaberecht gearbeitet hat, wird man feststellen, dass die Regelungen teilweise noch nicht widerspruchsfrei sind. Dies betrifft im Oberschwellenbereich insbesondere das Verhältnis zwischen VgV und der neuen VOB/A EU 2016.

Auch im Unterschwellenbereich besteht noch viel Klärungsbedarf: Die Regelungen der VOB/A 2016 weichen hier teilweise maßgeblich von den überschwelligen Regelungen ab. Das Schicksal der Vergabe von Dienst-

und Lieferleistungen im Unterschwellenbereich wird in den kommenden Monaten entschieden.

Die tägliche Anwendung des Vergaberechts ist mitnichten einfacher geworden. Zahlreiche Unstimmigkeiten werden sich wohl erst durch die Praxis bzw. die Vergabekammern und -senate klären lassen.

## Veranstaltungen von GÖRG zum neuen Vergaberecht

Die Praxisgruppe Vergaberecht bietet an jedem der

sechs Standorte von GÖRG Informationsveranstaltungen und Schulungen zum neuen Vergaberecht an. Bitte sprechen Sie hierfür gerne einen der im folgenden genannten Ansprechpartner aus Berlin, Frankfurt oder Hamburg an.

Weitere Informationen zu unseren Veranstaltungen erhalten Sie auch unter [www.goerg.de](http://www.goerg.de).

### Hinweis

Dieser Überblick dient ausschließlich der allgemeinen Information und kann konkreten Rechtsrat im einzelnen Fall nicht ersetzen. Sprechen Sie bei Fragen bitte Ihren gewohnten Ansprechpartner der Praxisgruppe Vergaberecht bei GÖRG an: In Hamburg Kersten Wagner-Cardenal und Dr. Jan Scharf unter +49 40 500360-480 bzw. [kwagner-cardenal@goerg.de](mailto:kwagner-cardenal@goerg.de) und [jscharf@goerg.de](mailto:jscharf@goerg.de), in Frankfurt am Main Dr. Lutz Horn und Dr. Kai Uwe Schneevogl unter +49 69 170000-290 bzw. [lhorn@goerg.de](mailto:lhorn@goerg.de) und [kschneevogl@goerg.de](mailto:kschneevogl@goerg.de) oder in Berlin Dr. Christoph Riese unter +49 30 884503-198 bzw. [criese@goerg.de](mailto:criese@goerg.de). Informationen zu den Autoren finden Sie auf unserer Homepage [www.goerg.de](http://www.goerg.de).

### Unsere Standorte

GÖRG Partnerschaft von Rechtsanwälten mbB

#### BERLIN

Klingelhöferstraße 5, 10785 Berlin  
Tel. +49 30 884503-0, Fax +49 30 882715-0

#### ESSEN

Alfredstraße 220, 45131 Essen  
Tel. +49 201 38444-0, Fax +49 201 38444-20

#### FRANKFURT AM MAIN

Neue Mainzer Straße 69 – 75, 60311 Frankfurt am Main  
Tel. +49 69 170000-17, Fax +49 69 170000-27

#### HAMBURG

Dammtorstraße 12, 20354 Hamburg  
Tel. +49 40 500360-0, Fax +49 40 500360-99

#### KÖLN

Kennedyplatz 2, 50679 Köln  
Tel. +49 221 33660-0, Fax +49 221 33660-80

#### MÜNCHEN

Prinzregentenstraße 22, 80538 München  
Tel. +49 89 3090667-0, Fax +49 89 3090667-90

