

Neues Vergaberecht 2016



Mehr Flexibilität und Gestaltungsmöglichkeiten nach neuem Recht?



Dr. Oliver Esch
5. Kölner Vergaberechtstag
13. September 2016

Ziele des neuen Vergaberechts

- **Modernisierung**
 - Erleichterungen für KMU
 - Stärkere Verankerung sog. vergabefremder Aspekte / strategischer Ziele, z.B.
 - soziale, umweltbezogene und innovative Aspekte
 - bis hinein in die Produktions- und Lieferketten
 - **Flexibilisierung**
 - Verstärkte Nutzung elektronischer Kommunikationsmittel / E-Vergabe
-

Verfahrensarten

Neu: Offenes / nicht offenes Verfahren gleichrangig

- AG hat die Wahl zwischen offenem Verfahren und nichtoffenem Verfahren mit vorgeschaltetem Teilnahmewettbewerb
- **Bewertung:**
 - kein echter Beitrag zu mehr Flexibilität
 - Nicht offenes Verfahren bringt keinen Zeitgewinn (30 + 30)
 - Widerspricht Ziel der Förderung von KMU

Neu: erweiterte Zulässigkeit Verhandlungsverfahren

Verhandlungsverfahren mit Teilnahmewettbewerb

- Besondere Bedürfnisse der AG erfordern Anpassung verfügbarer Lösungen
- Auftrag umfasst konzeptionelle / innovative Lösungen
- Wegen besonderer Umstände (etwa: Komplexität) sind vorherige Verhandlungen unabdingbar
- AG kann die Leistung nicht hinreichend genau beschreiben
- Keine ordnungsgemäßen Angebote im offenen / nichtoffenen Verfahren

Bewertung:

- Ermöglicht mehr Flexibilität und Gestaltungsmöglichkeiten
- aber: Verfahrensanforderungen nach § 17 VgV (§ 3b EU VOB/A) zu beachten
- Bewertungsmatrix für konzeptionelle / innovative Lösungen mitunter schwer zu erstellen
- Rechtsprechung wird Anwendungsbereich mit der Zeit auf das richtige Maß zurückführen

Neu: Innovationspartnerschaft

- Für die "Entwicklung einer innovativen Liefer-, Dienst- oder Bauleistungen und deren anschließenden Erwerb"
 - ähnlich Teilnahmewettbewerb mit anschließendem Verhandlungsverfahren
 - kennzeichnend: Forschungs- und Entwicklungsphase
 - **Bewertung:**
 - ermöglicht mehr Flexibilität und Gestaltungsmöglichkeiten
 - ohne Nachteile / Abschreckungswirkung des wettbewerblichen Dialogs
 - aber: enger Anwendungsbereich (echte Innovationen)
-

Vertragsänderungen

Neu: Regelung zu Vertragsänderungen (§ 132 GWB)

- **Grundsatz:** "Wesentliche Änderungen" erfordern ein neues Vergabeverfahren
- Vorbehalt von Änderungen in ursprünglichen Vergabeunterlagen möglich
- Auftragserweiterung zulässig, wenn:
 - Wechsel des AN aus wirtschaftlichen / technischen Gründen nicht möglich und
 - Wechsel des AN wäre mit erheblichen Schwierigkeiten oder beträchtlichen Zusatzkosten verbunden
- Vertragsänderung ("unvorhergesehene Umstände"):
 - Änderung ist erforderlich auf Grund von Umständen, die der Auftraggeber im Rahmen seiner Sorgfaltspflicht nicht vorhersehen konnte,
 - Gesamtcharakter des Auftrags verändert sich nicht
- Preis des ursprünglichen Auftragswert erhöht sich um nicht mehr als 50 %

Neu: Regelung zu Vertragsänderungen (§ 132 GWB)

- Auftragnehmerwechsel in erweitertem Umfang zulässig bei Unternehmenstransaktionen
- bisher nur bei besonderen Tatbeständen nach UmwG
- **Bewertung:**
 - Kodifizierung der bisherigen Grundsätze zu begrüßen
 - Beseitigt Unsicherheiten und führt zu mehr Flexibilität
 - Beachte: Bekanntmachungspflicht im EU-Abl. bei Auftragserweiterung und Vertragsänderung (§ 132 Abs. 5 GWB)

Markterkundung

Markterkundung

- Erstmalig geregelt
- Markterkundungen zur Vorbereitung einer Ausschreibung zulässig
- Unzulässig, wenn als Vergabeverfahren getarnt ("Vergabeverfahren zur Markterkundung")
- **Risiko:** "Projektantenproblematik" / Einflussnahme einzelner Bieter

E-Vergabe, Einheitliche Europäische Eigenerklärung (EEE) und Elektronische Kataloge

E-Vergabe / elektronische Kommunikation

- Gesamte Kommunikation / gesamter Informationsaustausch über elektronische Kommunikationsmittel in allen Phasen des Verfahrens (einschließlich Angebotsabgabe und vollständigem Zur-Verfügung-Stellen der Vergabeunterlagen in elektronischer Form)
- **Bewertung:**
 - nach Übergangsphase des "Sich-Vertrautmachens" einzelner Branchen erheblicher Beitrag zur Flexibilisierung u.a. bzgl.:
 - Bereitstellen geänderter Vergabeunterlagen
 - Möglichkeit der Kenntnisnahme von Bieterinformationen
 - Ermöglicht erst die Einrichtung dynamischer Beschaffungssysteme

Neu: Einheitliche Europäische Eigenerklärung (EEE)

- EEE = förmliche Eigenerklärung, die als vorläufiger Nachweis der Eignung dient
 - "Doppelter Nachweis der Eignung"
 - Durch EEE (nur) vorläufiger Beleg
 - vor Zuschlagserteilung: Aufforderung an den zum Zuschlag vorgesehenen Bieter, die geforderten Unterlagen beizubringen (sog. "winner-only principle")
 - **Bewertung:**
 - setzt ordnungsgemäße Handhabung, d.h. Erstellen der angepassten .xml-Datei, deren Verfügbarkeit i.R.d. Vergabeunterlagen und ordnungsgemäßen Import durch die Bieter voraus
 - Teilweise Startschwierigkeiten (u.a. Funktionalität der EU-Plattform)
 - im Ergebnis flexibel zu handhaben
-

Neu: Elektronische Kataloge

- Angebote können in Form eines elektronischen Kataloges übermittelt werden
- i.d.R. geeignet für Standardleistungen
- **Bewertung:**
 - ermöglicht ein höheres Maß an Flexibilität (nur) dann, wenn der Bieterkreis bereits über entsprechende Kataloge verfügt bzw. seine Daten ohne weiteres in Richtung der geforderten Spezifikationen anpassen kann
 - Beispiel: Beschaffung von med. Verbrauchsmaterial

Nachforderung von Unterlagen

Nachforderung von Unterlagen

- **Neu:** umfassende Möglichkeit zur Nachforderung nicht nur *fehlender*, sondern auch *fehlerhafter* Unterlagen
 - gilt sowohl für unternehmensbezogene (Eignung) als auch leistungsbezogene Unterlagen (z.B. Qualitätsnachweise; Zertifikate)
 - **Neu:** In der Bekanntmachung oder den Vergabeunterlagen kann festgelegt werden, dass keine Unterlagen nachgefordert werden
 - aber: keine Nachforderungsmöglichkeit für Unterlagen, die die Wirtschaftlichkeit / Zuschlagskriterien betreffen (also die *Rangfolge*)
 - **Bewertung:**
 - trägt erheblich zur Flexibilisierung bei
-

Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit!



Dr. Oliver Esch
Rechtsanwalt / Partner

T +49 (0) 221 5108 4090

F +49 (0) 221 5108 4091

oliver.esch@osborneclarke.com

