



HECKER
WERNER
HIMMELREICH
RECHTSANWÄLTE

**HECKER WERNER HIMMELREICH
Rechtsanwälte Partnerschaft mbB**

Vergaberechtsmodernisierung 2016: erste Erfahrungen

**Informationsveranstaltung
am 16.02.2017**

Neues Vergaberecht seit dem 18.04.2016: Erste Erfahrungen

- Richtlinien 2014/23/EU, 2014/24/EU, 2014/25/EU waren bis zum 18.04.2016 umzusetzen
- Neufassung **§§ 97 ff. GWB**
- Neufassung **VgV**
- Neufassung **VOB/A Abschnitt 2**
- Nur für Vergaben oberhalb der EU-Schwellenwerte

Neuregelungen führen zu Klarstellungen

- **Marktkonsultationen** zulässig
§ 28 Abs. 1 VgV, § 2 EU Abs. 7 VOB/A
- **Interessenkonflikte** als widerlegbare Vermutungsregelung
§ 6 VgV
- Ablauf des **Verhandlungsverfahrens** geregelt
§ 17 VgV, § 3b EU Abs. 3 VOB/A
- **Rahmenvereinbarung** auch für Bauleistungen möglich
§ 21 VgV, § 4a EU VOB/A
- **Schlechterfüllung** als Ausschlussgrund
§ 124 Abs. 1 Nr. 7 GWB, § 6e EU Abs. 6 Nr. 7 VOB/A

Neuregelungen führen zu Klarstellungen

- **Selbstreinigung** gesetzlich geregelt
§ 125 GWB, § 6f EU Abs. 1 VOB/A
- **Auftragssperre** gesetzlich geregelt
§ 126 GWB, § 6f EU Abs. 2 VOB/A
- **Eignungsleihe** geregelt
§ 47 VgV, § 6d EU VOB/A
- **Auftragsänderungen**: Erfordernis der Neuvergabe, Kündigung, Zulässigkeit ohne Neuvergabe geregelt
§§ 132, 133 Abs. 1 Nr. 1, § 22 EU VOB/A

Neuregelungen mit Auswirkungen für die Praxis

- **Inhouse-Vergabe:** Senkung des Wesentlichkeitskriteriums auf 80 %

Mehr als 80 % der Tätigkeiten der juristischen Person müssen der Ausführung von Aufgaben dienen, mit denen sie von dem öffentlichen Auftraggeber betraut wurde.

§ 125 GWB, § 6f EU Abs. 1 VOB/A
- **Personal als Zuschlagskriterium**

Mögliches Zuschlagskriterium: die Organisation, Qualifikation und Erfahrung des mit der Ausführung des Auftrags betrauten Personals, wenn die Qualität des eingesetzten Personals erheblichen Einfluss auf das Niveau der Auftragsausführung hat

§ 56 Abs. 1 Nr. 2 VgV, § 16d EU Abs. 2 Nr. 2 lit. b

Weiter offene Rechtsfragen

- **Architekten- und Ingenieurleistungen:** für EU-Schwellenwert maßgeblich:
 - Honorarvolumen für jedes Leistungsbild, Lph 1-9, einzeln oder
 - Honorarvolumina aller Leistungsbilder, Lph 1-9, addiert?

§ 3 VgV: „voraussichtlicher Gesamtwert der vorgesehenen Leistung“ ... „Auftragsvergabe darf nicht so unterteilt werden, dass sie nicht in den Anwendungsbereich des GWB oder der VgV fällt, es sei denn, es liegen objektive Gründe vor, ...“
- **Nebenangebote:** gesonderte Wertungsmatrix erforderlich?

§ 35 VgV, § 8 EU Abs. 2 Nr. 3 VOB/A
BGH, Beschluss vom 07.01.2014 – X ZB 15/13, VergabeR 2014, 149 – Stadtbahnprogramm Gera



**HECKER WERNER HIMMELREICH
Rechtsanwälte Partnerschaft mbB**

Unterschwelvenvergabeordnung - UVgO

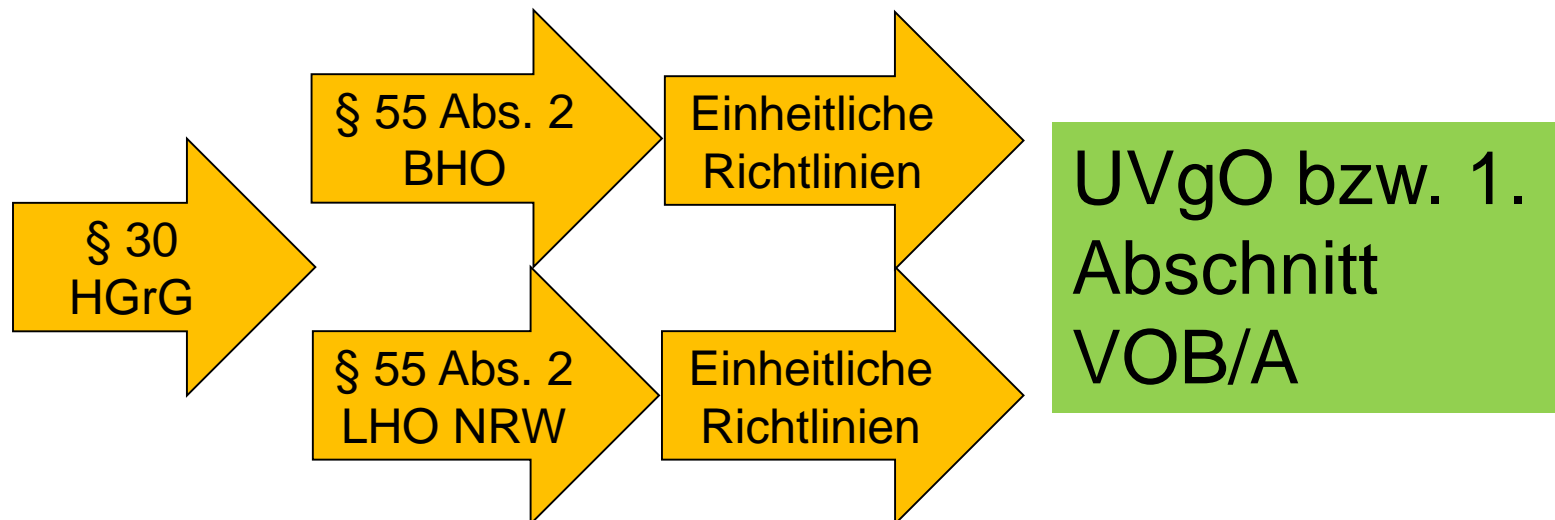
**Informationsveranstaltung
am 16.02.2017**

Vergaberecht - Rechtsgrundlagen

	Bauleistungen	Lieferungen und Leistungen	Freiberufliche Leistungen
oberhalb der EU-Schwellenwerte:	<ul style="list-style-type: none"> • §§ 97 ff. GWB • §§ 1-13, 21-27 VgV 2016 • VOB/A (Abschnitt 2) 	<ul style="list-style-type: none"> • §§ 97 ff. GWB • VgV 2016 	<ul style="list-style-type: none"> • §§ 97 ff. GWB • VgV 2016
unterhalb der EU-Schwellenwerte:	<ul style="list-style-type: none"> • VOB/A (Abschnitt 1) 	<ul style="list-style-type: none"> • UVgO 	<ul style="list-style-type: none"> • UVgO

Unterschwellenvergabeordnung – Inkrafttreten

- UVgO am **07.02.2017** im Bundesanzeiger bekanntgemacht
- Anwendungsbefehl erforderlich, da UVgO keine Rechtsverordnung ist:



Ziele und Struktur UVgO

- Nach Vergaberechtsreform 2016 (RL-Umsetzung)
Anpassungsbedarf im Unterschwellenbereich, Stichwort:
Flexibilisierung (z.B. Wahl der Verfahrensarten)
- UVgO ersetzt VOL/A, Teil A, in der Fassung vom
20.11.2009
- Ziel: Gleichklang der Regelungen im Ober- und
Unterschwellenbereich
- Aber: Beibehaltung der vereinfachten Regelungen im
Unterschwellenbereich – „**soft harmonization**“
- UVgO umfasst 54 Paragraphen – VOL/A, 1. Abschnitt: 20
Paragraphen
- Übernahme vieler Formulierungen aus 4. Teil GWB sowie
VgV bzw. Verweisungen hierauf

Struktur UVgO

- 4 Abschnitte mit Unterabschnitten
- Ähnliche Struktur wie VgV
- **Abschnitt 1:** Allgemeine Bestimmungen und Kommunikation (§§ 1-7)
- **Abschnitt 2:** Vergabeverfahren (§§ 8-48)
- **Abschnitt 3:** Vergabe von Aufträgen für besondere Leistungen; Planungswettbewerbe (§§ 49-52)
- **Abschnitt 4:** Schlussbestimmungen (§§ 53, 54)

Anwendungsbereich § 1 UVgO

1. Welcher Auftraggeber ist an UVgO gebunden? – Keine Regelung in UVgO; **Öffentlicher Auftraggeber** i.S.d. jew. Haushaltsrechts

2. **Sachlicher Anwendungsbereich:** Öff. Liefer- und Dienstleistungsaufträge, Rahmenvereinbarungen, **freiberufliche Leistungen (!)**

3. **Unterschreitung der Schwellenwerte** des § 106 GWB → 209.000,- EUR netto (750.000,- EUR: soziale/besondere Dienstl.)

4. **Keine Ausnahmen:** § 1 Abs. 2 und 3 UVgO → §§ 107, 108, 109 GWB, §§ 116, 117, 118 GWB, § 145 GWB (Vert./Sich.)

Vergabegrundsätze, § 2 UVgO

- Ähnlich § 97 GWB, also Wettbewerb, Transparenz, Gleichbehandlung etc.
- **NEU:** Berücksichtigung Qualität, Innovation, soziale und umweltbezogene Aspekte (§ 2 Abs. 3 UVgO)
- Berücksichtigung mittelständischer Interessen (§ 2 Abs. 4 UVgO)
 - ➔ Grundsatz der Losvergabe (§ 22 UVgO)

Verfahrenswahl

Öffentliche

Ausschreibung (§ 9 UVgO), Wahlrecht § 8 Abs. 2 UVgO

Beschränkte

Ausschreibung **mit** Teilnahmewettbewerb (§ 10 UVgO), Wahlrecht § 8 Abs. 2 UVgO

Beschränkte

Ausschreibung **ohne** Teilnahmewettbewerb (§ 11 UVgO – VSS.: § 8 Abs. 3 UVgO)

Verhandlungsvergabe

mit oder ohne Teilnahmewettbewerb (§ 12 UVgO – VSS.: § 8 Abs. 4 UVgO)

Direktauftrag (§ 14 UVgO) –
Auftragswert unter 1.000 EUR netto

Öffentliche und Beschränkte Ausschreibung

- **Kein Vorrang** der Öffentlichen Ausschreibung mehr; **Wahlrecht** des Auftraggebers zwischen Öffentlicher Ausschreibung und Beschränkter Ausschreibung mit Teilnahmewettbewerb, § 8 Abs. 2 Satz 1 UVgO
- Ähnlich Oberschwellenbereich (§ 119 Abs. 2 Satz 1 GWB): Wahlfreiheit zwischen offenem und nicht offenem Verfahren
- Beschränkte Ausschreibung **ohne** Teilnahmewettbewerb zulässig in zwei Fällen:
 - Kein wirtschaftliches Ergebnis einer Öffentlichen Ausschreibung (§ 8 Abs. 3 Nr. 1 UVgO)
 - Unverhältnismäßiger Aufwand einer Öffentlichen Ausschreibung oder Beschränkter Ausschreibung mit Teilnahmewettbewerb, der zum erreichten Vorteil oder Wert der Leistung im Missverhältnis stehen würde (§ 8 Abs. 3 Nr. 2 UVgO)

Verhandlungsvergabe, Voraussetzungen (I)

- Verhandlungsvergabe entspricht früherer Freihändigen Vergabe
- Zulässigkeitsvoraussetzungen: Katalog mit 17 Nummern in § 8 Abs. 4 UVgO, u.a.:
 - Konzeptionelle oder innovative Lösungen (Nr. 1)
 - Hohe Komplexität (Nr. 2)
 - Fehlende Beschreibbarkeit (Nr. 3)
 - Nach Aufhebung Öffentlicher oder Beschränkter Ausschreibung verspricht Wiederholung kein wirtschaftliches Ergebnis (Nr. 4)
 - Unverhältnismäßiger Aufwand einer Öffentlichen Ausschreibung oder Beschränkten Ausschreibung mit oder ohne Teilnahmewettbewerb, der zum erreichten Vorteil oder Wert der Leistung im Missverhältnis stehen würde (Nr. 8)

Verhandlungsvergabe, Voraussetzungen (II)

- Nummern 9 – 14: es darf auch nur **ein** Unternehmen zur Abgabe eines Angebotes bzw. zur Teilnahme an Verhandlungen aufgefordert werden (§ 12 Abs. 3 UVgO):
 - Besondere Dringlichkeit (Nr. 9)
 - Leistungserbringung bzw. –bereitstellung nur von einem bestimmten Unternehmen (Nr. 10)
 - Börsennotierte und –erwerbbar Lieferleistung (Nr. 11)
 - Erneuerungs- oder Erweiterungsleistungen (Nr. 12)
 - Ersatzteile und Zubehörstücke zu Maschinen/Geräten vom Lieferanten der ursprünglichen Leistung (Nr. 13)
 - Vorteilhafte Gelegenheit (Nr. 14)
 - **Nicht** mehr enthalten in finaler Fassung UVgO: „Leistung wird über eine verbindliche Gebühren- oder Honorarordnung abgerechnet“ (so noch im Entwurf Stand 31.08.2016)

Verhandlungsvergabe, Verfahrensstruktur (I)

- Verfahrensablauf geregelt in § 12 UVgO; Vorbild Verhandlungsverfahren im Oberschwellenbereich (§ 17 VgV)
- **Aber:** Auftraggeber hat die **Wahl**, ob Teilnahmewettbewerb durchgeführt wird oder nicht (anders VgV)
- (ggf. nach Abschluss Teilnahmewettbewerb:) Auftraggeber fordert **mind. drei Unternehmen** zur Abgabe eines Angebotes bzw. zur Teilnahme an Verhandlungen auf (§ 12 Abs. 1 Satz 2 i.V.m. § 10 Abs. 2 UVgO bzw. § 12 Abs. 2 UVgO).
- Flexiblerer Ablauf als im Oberschwellenbereich: in VgV ist zwingend Erstangebot vorzulegen, bevor Verhandlungen stattfinden

Verhandlungsvergabe, Verfahrensstruktur (II)

- Aufforderung auch nur **eines** Unternehmens zu Verhandlungen bzw. zur Angebotseinreichung in den Fällen des § 8 Abs. 4 Nr. 9 – 14 UVgO (§ 12 Abs. 3 UVgO)
- Gegenstand der Verhandlungen: gesamter Angebotsinhalt, nicht jedoch die in der Leistungsbeschreibung festgelegten Mindestanforderungen und Zuschlagskriterien, § 12 Abs. 4 Satz 1 UVgO (wie § 17 Abs. 10 Satz 2 VgV)
- Zuschlagserteilung auf ein Angebot ohne vorherige Verhandlungen möglich (§ 12 Abs. 4 Satz 2 UVgO – ähnlich § 17 Abs. 11 VgV); entsprechender Vorbehalt erforderlich (Bekanntmachung, Vergabeunterlagen oder Aufforderung zur Abgabe des Angebotes)

Vergabeunterlagen, § 21 UVgO

- Inhalt der Vergabeunterlagen (in der Regel):
 - **Anschreiben**, insbes. Aufforderung zur Abgabe von Teilnahmeanträgen oder Angeboten oder Begleitschreiben für die Abgabe der angeforderten Unterlagen, § 21 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 UVgO
 - **Bewerbungsbedingungen** = Beschreibung der Einzelheiten der Durchführung des Verfahrens mit Angabe der Eignungs- und Zuschlagskriterien, sofern nicht bereits in der Auftragsbekanntmachung genannt, § 21 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 UVgO
 - **Vertragsunterlagen**, bestehend aus Leistungsbeschreibung und Vertragsbedingungen → **VOL/B in der Regel** in den Vertrag mit einzubeziehen (§ 21 Abs. 2 UVgO) – **passt nicht immer, Bsp. Planungsleistung (s. Ausnahmeregelung in § 29 Abs. 2 Satz 2 VgV)**

Vergabeunterlagen - Leistungsbeschreibung

- § 23 Abs. 1 Satz 1 UVgO: Leistungsbeschreibung bestimmt Beschaffungsgegenstand; so eindeutig und erschöpfend zu beschreiben wie möglich
- **NEU:** Aspekte der Qualität sowie soziale, innovative und umweltbezogene Merkmale (§ 23 Abs. 2 UVgO): können sich auch auf Herstellungsprozess der Leistung beziehen
- **NEU:** Möglichkeit der Festlegung, ob Rechte des geistigen Eigentums übertragen oder dem Auftraggeber daran Nutzungsrechte eingeräumt werden müssen, § 23 Abs. 3 UVgO
- **NEU:** Pflicht zur Berücksichtigung von Zugänglichkeitskriterien für Menschen mit Behinderungen bei der Beschaffung von Leistungen, die zur Nutzung durch natürliche Personen vorgesehen sind, § 23 Abs. 4 UVgO

Vergabeunterlagen – Losvergabe, § 22 UVgO

- Aufteilung in Teil- und Fachlose als Regelfall, § 22 Abs. 1 Satz 1, 2 UVgO
- **NEU:** Angebotslimitierung, § 22 Abs. 1 Satz 3 UVgO
 - Bekanntgabe in Auftragsbekanntmachung bei Öff. Ausschreibung bzw. Verfahren mit Teilnahmewettbewerb, sonst in Vergabeunterlagen, § 23 Abs. 2 Satz 1 UVgO
- **NEU:** Zuschlagslimitierung, § 22 Abs. 1 Satz 4 UVgO
 - Bekanntgabe wie bei Angebotslimitierung
 - § 22 Abs. 2 Satz 2 UVgO: Angabe von Kriterien zur Durchführung der Zuschlagslimitierung
 - § 22 Abs. 3 UVgO: Vorbehalt in Bekanntmachung bzw. Vergabeunterlagen erforderlich für Fälle, in denen ein einziger Bieter den Zuschlag für mehr als ein Los erhalten können soll

Auftragsbekanntmachung, § 28 UVgO

- Veröffentlichung der Bekanntmachung auf Internetseiten des Auftraggebers oder auf Internetportalen (E-Vergabe!), § 28 Abs. 1 Satz 1 UVgO
- Zusätzlich (nicht alternativ) möglich: Veröffentlichung in Tageszeitungen, amtlichen Veröffentlichungsblättern oder Fachzeitschriften, § 28 Abs. 1 Satz 2 UVgO
- Bekanntmachungen auf Internetseiten des Auftraggebers oder auf Internetportalen müssen zentral über die Suchfunktion des Internetportals www.bund.de ermittelt werden können, § 28 Abs. 1 Satz 3 UVgO
- Mindestinhalt Bekanntmachung ergibt sich aus § 28 Abs. 2 UVgO

Eignungskriterien – neue Begrifflichkeiten

1. Nichtvorliegen von
Ausschlussgründen
(entspricht im
Wesentlichen der
früheren
„Zuverlässigkeit“)

2. Befähigung und
Erlaubnis zur
Berufsausübung


3. Wirtschaftliche und
finanzielle
Leistungsfähigkeit

4. Technische und
berufliche
Leistungsfähigkeit

Eignung, §§ 31 ff. UVgO (I)

- Verweis auf **Ausschlussgründe** der §§ 123, 124 GWB (§ 31 Abs. 1 UVgO)
- Ebenfalls Verweis auf Regelungen zur **Selbstreinigung** (§ 125 GWB) und zur **Höchstdauer eines Ausschlusses** (§ 126 GWB), § 31 Abs. 2 UVgO
- **Eignungskriterien** können gewählt werden, die sicherstellen, dass die Bewerber bzw. Bieter über die erforderliche Eignung für die ordnungsgemäße Ausführung des Auftrages verfügen; **Auftragsbezogenheit und Verhältnismäßigkeit** zwingend zu beachten, § 33 Abs. 1 UVgO

Eignung, §§ 31 ff. UVgO (II)

- **Eignungsleihe** in § 34 UVgO geregelt
- **Nachweis** der Eignung und des Nichtvorliegens von Ausschlussgründen → grundsätzlich Eigenerklärungen (§ 35 Abs. 3 UVgO)
- Auftraggeber kann als vorläufigen Beleg die Vorlage einer Einheitlichen Europäischen Eigenerklärung nach § 50 VgV (**EEE**) verlangen, § 35 Abs. 3 Satz 1 UVgO. **BMW-Erläuterung** zu § 35 UVgO: Auftraggeber **muss** EEE aber **nicht akzeptieren**, wenn sie vom Unternehmen ungefragt vorgelegt wird.  Akzeptanzpflicht in § 48 Abs. 3 VgV!
- Öff. Ausschreibung: Angebotsprüfung **vor** Eignungsprüfung möglich, § 31 Abs. 4 UVgO


Zuschlagskriterien

- „Der Zuschlag wird auf das **wirtschaftlichste** Angebot erteilt“ (§ 43 Abs. 1 UVgO)
 - Bester Preis
 - Bestes Preis-Leistungs-Verhältnis
 - AG *kann* daneben auch qualitative, umweltbezogene oder soziale Zuschlagskriterien berücksichtigen, ➡ **NEU** und sehr praxisrelevant: Organisation, Qualifikation und Erfahrung des mit der Ausführung des Auftrags betrauten Personals (§ 43 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 UVgO)
 - Vorgabe eines Festpreises möglich, dann nur qualitative, umweltbezogene oder soziale Zuschlagskriterien (§ 43 Abs. 2 Satz 3 UVgO)
 - Verbindung Zuschlagskriterien mit Auftragsgegenstand zwingend erforderlich (§ 43 Abs. 3 Satz 1 UVgO)
 - Auch **NEU**: Angabe der Gewichtung der Zuschlagskriterien in Bekanntmachung oder Vergabeunterlagen (§ 43 Abs. 6 UVgO)

Nachforderung von Unterlagen, § 41 Abs. 2 UVgO

- entspricht wortgleich § § 56 Abs. 2 VgV
- Differenzierung unternehmensbezogene und leistungsbezogene Unterlagen
 - Beide Arten: Nachreichung oder Vervollständigung fehlender oder unvollständiger Unterlagen
 - Unternehmensbezogene Unterlagen: Jetzt auch **Korrektur fehlerhafter** Unterlagen möglich
- **Auch neu:** AG kann in Bekanntmachung oder Vergabeunterlagen festlegen, dass er keine Unterlagen nachfordern wird

Informationspflichten – ex post

- **Vergabebekanntmachung** (§ 30 Abs. 1 Satz 1 UVgO) auf Internetportalen oder Internetseiten des AG:
 - Nach Durchführung Beschränkte Ausschreibung oder Verhandlungsvergabe jeweils ohne Teilnahmewettbewerb
 - für die Dauer von drei Monaten über jeden so vergebenen Auftrag
 - ab einem Auftragswert von 25.000,- EUR netto
 - Mindestinhalte: § 30 Abs. 1 Satz 2 UVgO
- Verpflichtung, jeden Bewerber und Bieter unverzüglich über Zuschlagserteilung zu **unterrichten** (§ 46 Abs. 1 Satz 1 UVgO),  **kein** Antragserfordernis
- Auf **Verlangen** eines Bewerbers oder Bieters: **Mitteilung** der wesentlichen Gründe für Ablehnung Angebot bzw. für Nichtberücksichtigung; Merkmale/Vorteile des erfolgreichen Angebots und Name des erfolgreichen Bieters (§ 46 Abs. 1 Satz 3 UVgO)

Dokumentation, § 6 UVgO

- Nachbildung Oberschwellenbereich (§ 8 VgV), aber deutlich vereinfacht
- Von Beginn des Vergabeverfahrens an **fortlaufende Dokumentation** in Textform (§ 126b BGB)
- Einzelne Stufen des Verfahrens, Maßnahmen, Begründung von Entscheidungen festzuhalten – **Mindestinhalte nicht in UVgO genannt, sondern lediglich in BMWI-Erläuterung zu § 6 UVgO**
- **Keine** Verpflichtung, förmlichen **Vergabevermerk** zu erstellen (so aber § 8 Abs. 2 VgV)
- Aufbewahrungspflicht Dokumentation: mind. drei Jahre ab Zuschlag

Auftragsänderungen, § 47 UVgO

- Verweisung auf § 132 Abs. 1, 2 und 4 GWB
 - **Wesentliche Änderungen** – neues Vergabeverfahren erforderlich
 - Ausnahmetatbestände
- Kein Verweis auf § 132 Abs. 3 GWB, sondern abweichende Regelung in § 47 Abs. 2 UVgO: Keine Pflicht zur Durchführung eines neuen Vergabeverfahrens:
 - Gesamtcharakter des Auftrages ändert sich nicht
 - Wert der Änderung beträgt nicht mehr als **20 %** des ursprünglichen Auftragswertes

Soziale und besondere Dienstleistungen; freiberufliche Leistungen

- Was sind **soziale und besondere Dienstleistungen**? § 49 Abs. 1 S. 1 UVgO: Verweis auf § 130 Abs. 1 GWB, dort Verweis auf Anhang XIV RL 2014/24/EU. Bsp.: Gesundheits- und Sozialwesen, Gaststätten- und Beherbergungsgewerbe etc.
- **Flexiblere Verfahrenswahl**: auch Verhandlungsvergabe mit Teilnahmewettbewerb kann stets (ohne Begründung) gewählt werden, § 49 Abs. 1 S. 1 UVgO
- **Zusätzliche Bewertungskriterien** (§ 49 Abs. 2 S. 1 UVgO): z.B. Erfolg/Qualität bereits erbrachter Leistungen/des eingesetzte Personals
- **Freiberufliche Leistungen** (§ 50 UVgO): grds. „im Wettbewerb“ zu vergeben – **BMWi-Erläuterung zu § 50: Keine Bindung an die übrigen Vorschriften der UVgO**



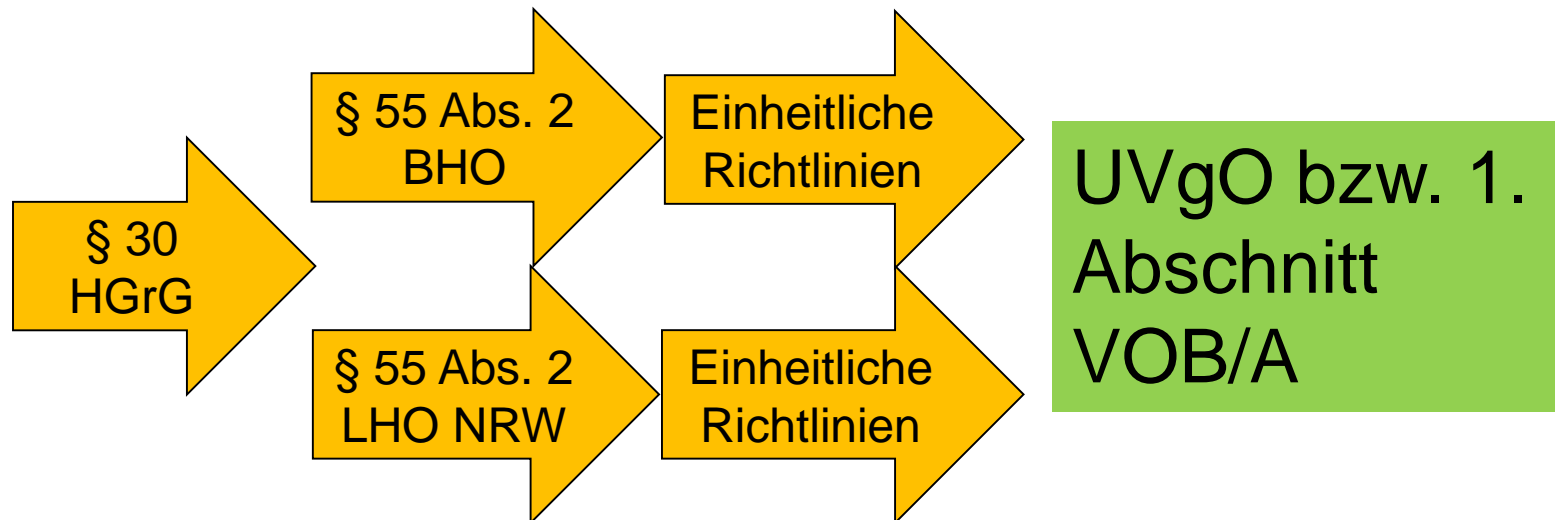
**HECKER WERNER HIMMELREICH
Rechtsanwälte Partnerschaft mbB**

VOB/A Abschnitt 1

**Informationsveranstaltung
am 16.02.2017**

VOB/A Abschnitt 1 – Inkrafttreten

- VOB/A mit den letzten Änderungen am **01.07.2016** im Bundesanzeiger bekanntgemacht
- Anwendungsbefehl erforderlich, da VOB/A keine Rechtsverordnung ist:



Punktuelle Änderungen (Auswahl) (I)

Keine weitreichenden Änderungen wie bei UVgO, nur wenige punktuelle Anpassungen!

- § 3 b VOB/A: **Vergabeunterlagen** sind bei Öffentlicher Ausschreibung an alle Unternehmen abzugeben (zuvor: nur an diejenigen, die sich gewerbsmäßig mit der Ausführung von Leistungen der ausgeschriebenen Art befassen)
- § 4 a VOB/A: **Rahmenvereinbarungen** nun geregelt, Laufzeit grds. vier Jahre (großzügiger UVgO: sechs Jahre, § 15 Abs. 4 UVgO)
- § 7 Abs. 2 VOB/A: Regelung zur **produktneutralen Ausschreibung** redaktionell überarbeitet; klarer herausgestellt, dass es sich um zwei verschiedene Ausnahmetatbestände handelt

Punktuelle Änderungen (Auswahl) (II)

- §§ 11, 11 a, 12 a VOB/A: **Grundsätze der Informationsübermittlung, Anforderung an elektronische Mittel** – Ausprägung E-Vergabe, aber Wahlfreiheit des Auftraggebers (auch nach dem 18.10.2018)
- § 13 Abs. 1 S. 2 VOB/A: bis zum 18.10.2018 müssen **schriftlich eingereichte Angebote** akzeptiert werden
- §§ 14, 14 a VOB/A: **Öffnungstermin**, Differenzierung zwischen (nur) elektronischer und (auch) schriftlicher Einreichung der Angebote
 - nur elektronisch (§ 14 VOB/A): keine Bieteröffentlichkeit, zwei Vertreter AG
 - Auch schriftliche Einreichung zugelassen (§ 14 a VOB/A): Bieteröffentlichkeit, Verlesung der Angebote



**HECKER WERNER HIMMELREICH
Rechtsanwälte Partnerschaft mbB**

Stand der E-Vergabe

**Informationsveranstaltung
am 16.02.2017**

Elektronische Vergabe – E-Vergabe

- § 97 Abs. 5 i.V.m. § 113 GWB: grds. Verwendung **elektronischer Mittel** für das Senden, Empfangen, Weiterleiten und Speichern von Daten in einem Vergabeverfahren
- betrifft das gesamte Vergabeverfahren:
 - Absendung Bekanntmachung
 - Kommunikation AG – Bieter
 - Bereitstellung Vergabeunterlagen
 - Datenaustausch AG – Bieter, insbes. Teilnahmeanträge, Angebote, Bieterfragen
 - Auswirkung auf Submission

E-Vergabe – Bekanntmachung

- Auftragsbekanntmachung:
 - **Oberhalb** EU-Schwelle: Absendung bereits ab 18.04.2016 zwingend elektronisch (TED – tenders electronic daily, EU-Amt für Veröffentlichungen), § 40 VgV, 11 EU Abs. 2, 12 EU Abs. 3 VOB/A
 - **Unterhalb** EU-Schwelle: ➡ vielfach keine Bekanntmachung erforderlich, wenn doch: Veröffentlichung auf Internetseiten des AG/Vergabeportalen (§ 28 UVgO); dagegen **Wahlfreiheit** des Auftraggebers gemäß § 12 Abs. 1 VOB/A

E-Vergabe, Bereitstellung von Vergabeunterlagen, Registrierung

- Bereitstellung von **Vergabeunterlagen**:
 - **Oberhalb** EU-Schwelle: In Bekanntmachung Angabe elektronische Adresse ➡ Abrufung der Vergabeunterlagen unentgeltlich, uneingeschränkt, vollständig und direkt, § 41 VgV, § 11 EU Abs. 3 VOB/A, ab 18.04.2016 zwingend
 - **Unterhalb** EU-Schwelle: entsprechende Regelung in § 29 UVgO, **anders VOB/A** (Wahlfreiheit AG): wenn elektronische Kommunikation, dann § 11 Abs. 2, 3 VOB/A
- **Registrierung**: darf für Zugang zu Bekanntmachung und Vergabeunterlagen **nicht** verlangt werden (§ 9 Abs. 3 S. 2 VgV, § 11 EU Abs. 6 S. 2 VOB/A, § 7 Abs. 3 S. 2 UVgO, § 11 Abs. 6 S. 2 VOB/A)

E-Vergabe, Teilnahmeanträge, Angebote

- Übermittlung Teilnahmeanträge, Angebote:
 - **Oberhalb** EU-Schwelle: Verpflichtend ab **18.10.2018**, Ausnahme: Zentrale Beschaffungsstellen (§ 120 Abs. 4 GWB): ab 18.04.2017, Übergangsvorschriften in § 81 VgV, § 23 EU VOB/A
 - **Unterhalb** EU-Schwelle:
 - UVgO: **zunächst Wahlfreiheit** AG (§ 38 Abs. 1 UVgO), **ab 01.01.2019**: AG muss Angebote in elektr. Form akzeptieren (§ 38 Abs. 2 UVgO), **ab 01.01.2020**: Übermittlung ausschließlich elektronisch (§ 38 Abs. 3 UVgO); **Ausnahmen** zu Abs. 2 und 3 (§ 38 Abs. 4 UVgO):
 - keine Überschreitung Auftragswert 25.000,- EUR netto oder
 - bei Beschränkter Ausschreibung oder Verhandlungsvergabe, jeweils ohne Teilnahmewettbewerb
 - VOB/A: wenn AG elektr. Kommunikation **wählt**: § 11 Abs. 4, 5 VOB/A

E-Vergabe, Anforderungen an elektronische Mittel

- **Grundsatz:** AG prüft, ob zu übermittelnde Daten erhöhte Anforderungen an die Sicherheit stellen und legt Sicherheitsniveau fest (§§ 10, 11 VgV, § 11 EU Abs. 5 VOB/A, § 38 Abs. 6 UVgO, § 11 Abs. 5 VOB/A)
- ggf.: fortgeschrittene elektronische **Signatur** (§ 2 Nr. 2 SigG) oder qualifizierte elektronische Signatur (§ 2 Nr. 3 SigG)
- **Mindeststandards** in Katalog des § 10 Abs. 1 S. 2 VgV geregelt

E-Vergabe - Submission

Keine Bieteröffentlichkeit, Öffnung Angebote durch mind. zwei Vertreter AG (§ 55 Abs. 2 VgV, § 14 EU Abs. 1 VOB/A, § 40 UVgO)

Sonderfall VOB/A Abschnitt 1: Wahlfreiheit des AG bzgl. Art der Kommunikation.

- Nur elektronische Angebote zugelassen: keine Bieteröffentlichkeit, Öffnung Angebote durch mind. zwei Vertreter AG (§ 14 Abs. 1 VOB/A)
- Schriftliche Angebote zugelassen: Bieteröffentlichkeit, Verlesung Bieternamen und Preise durch Verhandlungsleiter (§ 14 a VOB/A)



**HECKER WERNER HIMMELREICH
Rechtsanwälte Partnerschaft mbB**

Tariftreue- und Vergabegesetz NRW 2.0

**Informationsveranstaltung
am 16.02.2017**

Tariftreue- und Vergabegesetz NRW 2.0

- TVgG NRW vom 26.01.2017, tritt am **01.04.2017** in Kraft
- Neufassung der RVO TVgG NRW, soll im April 2017 in Kraft treten
- Unter www.hwhlaw.de zum Download bereit:
 - TVgG NRW 2017
 - Entwurf RVO TVgG NRW
 - HWH-Checkliste

Anlass zur Neufassung des TVgG NRW

Evaluation ergab:

- sowohl Vergabestellen als auch Unternehmen befürworten und akzeptieren die Ziele des TVgG NRW grundsätzlich
- Leitgedanken des TVgG werden von den Beteiligten am Vergabeverfahren grundsätzlich unterstützt
- nur wenige konkret messbare Wirkungen für die Erreichung der einzelnen Ziele des TVgG feststellbar
- durch das TVgG wurden sowohl für Vergabestellen als auch für Unternehmen Mehraufwände begründet
- Zahl der Teilnehmer am Wettbewerb verringerte sich teilweise

Anlass zur Neufassung des TVgG NRW

- Praxis:
 - Verwendung der Formulare
 - keine Kontrollen
 - keine Umsetzung
 - Ausnahme: Mindestlohn
- „Man schafft die bessere Welt mit Lochen und Abheften von Eigenerklärungen.“ (Summa, VergabeR 2016, 147, 153)

Mindestlohn: § 4 TVgG

- Mindestlohn harmonisiert mit dem MiLoG: jetzt einheitlich 8,84 € (vorher in NRW: 8,85 €)
- Prüfbehörde jetzt beim Ministerium für Arbeit, Integration und Soziales NRW
- Verstoß: Ordnungswidrigkeit
- Meldungen an das Gewerbezentralregister und an das Vergaberegister bei der Vergabeinformationsstelle des Finanzministeriums NRW

Neue Schwellenwerte

- Ab Auftragswert von netto **EUR 20.000:**
 - Tariftreuepflicht, Mindestlohn
- Ab Auftragswert von netto **EUR 5.000:**
 - Umweltschutz und Energieeffizienz
 - ILO-Kernarbeitsnormen
- Frauenförderung, Förderung der Vereinbarkeit von Beruf und Familie:
 - Für Unternehmen mit mehr als 20 Beschäftigten (ohne Auszubildende)
 - Für Aufträge über Leistungen (auch Lieferungen) ab netto EUR 50.000
 - Für Aufträge über Bauleistungen ab netto EUR 150.000

Anwendungsbereich

- Tariftreuepflicht, Mindestlohn (§§ 4 f.):
 - Bauleistungen
 - Dienstleistungen
- Umweltschutz, Energieeffizienz (§ 6):
 - Alle Aufträge, auch Lieferungen
- ILO-Kernarbeitsnormen (§ 7):
 - Alle Aufträge, auch Lieferungen
- Frauenförderung, Förderung der Vereinbarkeit von Beruf und Familie (§ 8):
 - Alle Aufträge, auch Lieferungen (zweifelnd für Lieferungen: OLG Düsseldorf, Beschl. v. 25.06.2014 – VII Verg 39/13, VergabeR 2014, 803)

Sanktionen bei Verstößen

- Tariftreuepflicht, Mindestlohn (§§ 4 f.):
 - Ordnungswidrigkeit, Bußgeld bis EUR 50.000
 - Vertragsstrafe (1 % des Auftragswertes, insg. höchstens 5 %)
 - Recht zur fristlosen Kündigung
- ILO-Kernarbeitsnormen (§ 7):
 - Vertragsstrafe (1% des Auftragswertes, insg. höchstens 5 %)
- Frauenförderung, Förderung der Vereinbarkeit von Beruf und Familie (§ 8):
 - Vertragsstrafe (1% des Auftragswertes, insg. höchstens 5 %)
 - Recht zur fristlosen Kündigung

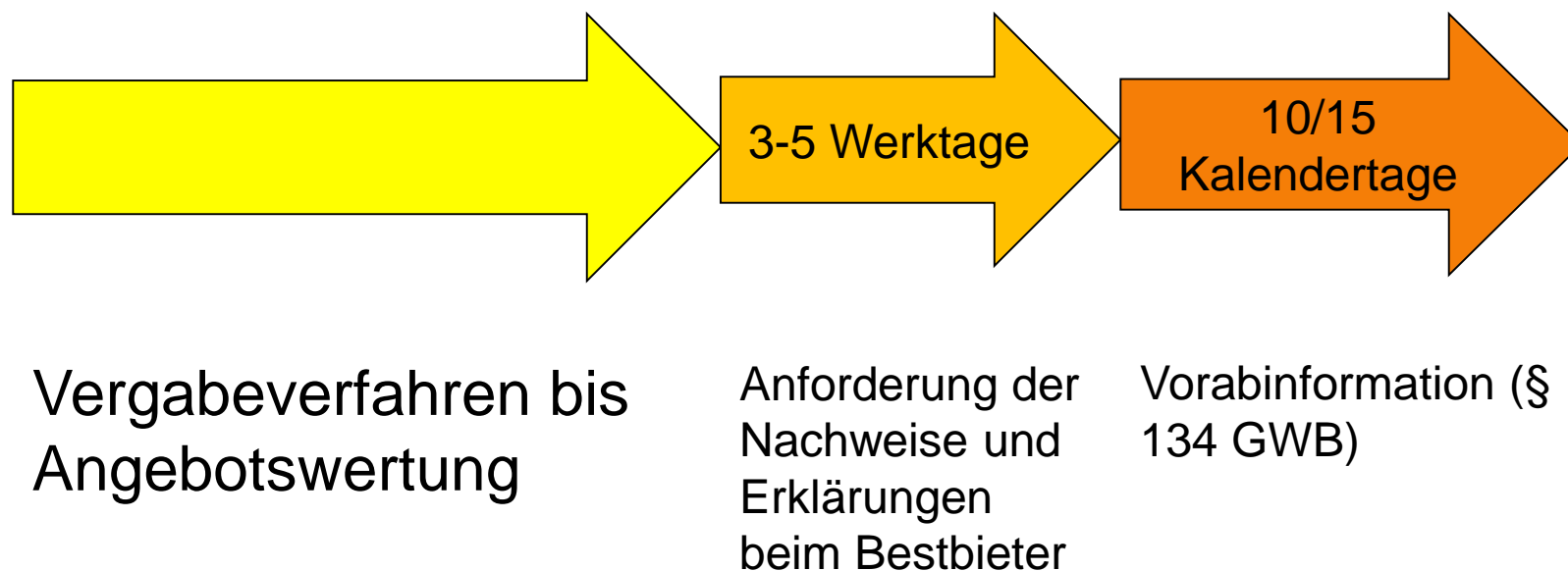
Umweltschutz, Energieeffizienz (§ 6 TVgG NRW)

- Bei Konzeption des Bedarfs für die Beschaffung ist verpflichtend zu berücksichtigen:
 - Lebenszykluskosten
 - Ziel einer möglichst hohen Energieeffizienz
 - Berücksichtigung von Umweltaspekten und Umweltzeichen
- Bei Vergaben unterhalb der EU-Schwellenwerte:
 - Zuschlagskriterien: auch Betriebs-, Wartungs-, Entsorgungskosten
 - Umweltschutz und Energieeffizienz in Leistungsbeschreibung oder Bekanntmachung
 - Kauf, Ersetzung, Nachrüstung technischer Geräte: Angaben zum Energieverbrauch zu fordern
 - Eignungsprüfung: Forderung nach Umweltmanagement in geeigneten Fällen

Bestbieterprinzip

- Nachweise und Erklärungen nach TVgG NRW sind nur von demjenigen Bieter, der den Zuschlag erhalten soll (**Bestbieter**), vorzulegen
- Frist: 3-5 Werktage
- Textform reicht
- Vor Vorabinformation nach § 134 GWB
- Wenn Nachweise und Erklärungen nicht vorgelegt werden: Ausschluss, nächster Bieter
- Verzicht auf Bestbieterprinzip möglich bei nicht vom Auftraggeber zu vertretender, objektiver Dringlichkeit

Bestbieterprinzip



Bestbieterprinzip

- Möglichkeit zur Spekulation für Bestbieter?
- Schadensersatzansprüche des Auftraggebers aus culpa in contrahendo (c. i. c.) möglich
- Schadenshöhe: fraglich, einzelfallabhängig

ILO-Kernarbeitsnormen (§ 7 TVgG, §§ 6-8 RVO)

Filter:

1. Auftragsvolumen ab netto EUR 5.000
2. Sensible Produkte
3. Aus einem Entwicklungsland oder –gebiet gemäß der DAC-Liste
4. Verhältnismäßigkeitsprinzip
5. Marktversagen

ILO-Kernarbeitsnormen (§ 7 TVgG, §§ 6-8 RVO)

Sensible Produkte:

- Bekleidung
- Naturkautschuk-Produkte
- Landwirtschaftliche Produkte
- Büromaterialien
- Holz
- Lederwaren, Gerbprodukte
- Natursteine
- Spielwaren
- Sportartikel (Bekleidung, Geräte)
- Teppiche
- Informations- und Kommunikationstechnik (Hardware)

**Es geht nur um zu beschaffende Produkte, keine
Werkzeuge oder Betriebsmittel!**

ILO-Kernarbeitsnormen (§ 7 TVgG, §§ 6-8 RVO)

DAC-Liste:

- Einteilung nicht nach Beachtung von ILO-Kernarbeitsnormen, sondern nach Reichtum
- Reich = beachtet die ILO-Kernarbeitsnormen
- Arm = beachtet die ILO-Kernarbeitsnormen möglicherweise nicht
- Relevant nur die Verarbeitungsstufe, die in die EU eingeführt wird

ILO-Kernarbeitsnormen (§ 7 TVgG, §§ 6-8 RVO)

Verhältnismäßigkeitsprinzip (§ 97 Abs. 1 Satz 2 GWB, § 3 Abs. 1 Satz 2 TVgG:

- Gilt hier im Verhältnis zwischen Gesetzgeber und öffentlichem Auftraggeber
- Auch (und gerade) bei eigentlich bindenden Rechtsvorschriften
- Begründung RVO: Anforderung bzgl. ILO-Kernarbeitsnormen gilt nur, wenn das sensible Produkt **Hauptleistungsgegenstand** der Beschaffung ist

ILO-Kernarbeitsnormen: Siegelssystem

Wenn Erklärung zur Einhaltung der ILO-Kernarbeitsnormen abzugeben ist:

- **Zertifikat**, Übersicht über Informationsportale demnächst unter www.vergabe.nrw.de
- **Mitgliedschaft in Initiative**, die von Mitgliedern Einhaltung der ILO-Kernarbeitsnormen verlangt und effektives Prüfungssystem unterhält, Liste demnächst unter www.vergabe.nrw.de
- **Erklärung Dritter**, dass Bieter Sorge trägt, dass beschaffte Waren unter Beachtung der ILO-Kernarbeitsnormen gewonnen oder hergestellt wurden

Frauenförderung, Förderung der Vereinbarkeit von Beruf und Familie

- Frage 1: Mehr als 20 Beschäftigte?
- Frage 2:
 - über 500 Beschäftigte: 4 Maßnahmen
 - 250 bis 500 Beschäftigte: 3 Maßnahmen
 - über 20 bis 250 Beschäftigte: 2 Maßnahmen

Maßnahmen, Umsetzung

- Auswahl aus 18 Maßnahmen
- Nur für Beschäftigte, die mit dem konkreten Auftrag befasst sind
- Nur für die Zeit der Bearbeitung des Auftrags
- Dokumentation: **Aktenanlage**, Mindestinhalt: § 12 Abs. 2 RVO
- Mindestaufbewahrung: 1 Jahr
- Veröffentlichung der Dokumentation im Unternehmen

Besonderheiten und offene Rechtsfragen

- Maßnahmen gelten nicht für Nachunternehmer
- Maßnahmen nur zwingend für Beschäftigte, die an der Auftragsausführung mitwirken
- **(P) betriebliche Gleichbehandlung**
- zu beachten ggf.: betriebliche Mitbestimmung, beeinflusst Zeitplanung
- Berufung auf frühere Verpflichtung/Maßnahme 12 Monate nach Zuschlag möglich (§ 11 Abs. 2 RVO)

(P) auf Verpflichtung oder auf Maßnahme?

(P) Dürfen nur neue Maßnahmen angegeben werden?

Antwort: wohl ja

Besonderheiten und offene Rechtsfragen

- Andere Maßnahmen als Katalogmaßnahmen sind unbeachtlich.
- Keine Differenzierung nach Qualität der Maßnahmen
- Befristung der Maßnahmen für Zeit der Auftragsausführung bzw. Aufhebung nach Auftragsausführung möglich

Ausnahmen

Keine Maßnahmen zur Frauenförderung bzw. zur Förderung der Vereinbarkeit von Beruf und Familie erforderlich:

- Verpflichtung in den letzten 12 Monaten
- Alle Katalogmaßnahmen durchgeführt oder eingeleitet (praktisch auszuschließen)
- Aus objektiv belegbaren Gründen nicht in der Lage, Maßnahmen durchzuführen (praktisch auszuschließen)
- Maßnahmen unverhältnismäßig und unzumutbar (praktisch auszuschließen)

Herzlichen Dank für
Ihre Aufmerksamkeit!

Dr. Norbert Reuber

Rechtsanwalt

Fachanwalt für Verwaltungsrecht

David Poschen

Rechtsanwalt

Fachanwalt für Vergaberecht

HECKER WERNER HIMMELREICH

Rechtsanwälte Partnerschaft

Sachsenring 69

50677 Köln

Telefon: +49 (0)2 21 / 92 08 1 147

Telefax: +49 (0)2 21 / 92 08 1 88147

E-Mail: rb@hwlaw.de

dp@hwlaw.de

Internet: www.hwlaw.de