

Fit4Tenders
19. Oktober 2016, Luxembourg

Öffentliche Vergabe in Deutschland

Dr. iur. Berthold Kohl

Rechtsanwalt, Rechtsanwalt am Barreau d'Avocats de Luxembourg

Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht

Fachanwalt für Vergaberecht, Fachanwalt für Steuerrecht

Baumediator, Bauschlichter (SOBau) und Bauschiedsrichter (SOBau)

■ ■ ■ ■ kohl rechtsanwälte

TRIER · SAARBRÜCKEN · LUXEMBOURG

JURISTISCHES PROJEKT- UND KONFLIKTMANAGEMENT IM NATIONALEN UND
INTERNATIONALEN BAU-, VERGABE-, IMMOBILIEN- UND WIRTSCHAFTSRECHT

11, Boulevard Royal, 2449 Luxembourg,
Tel. +352 262672, berthold.kohl@kohl-law.eu

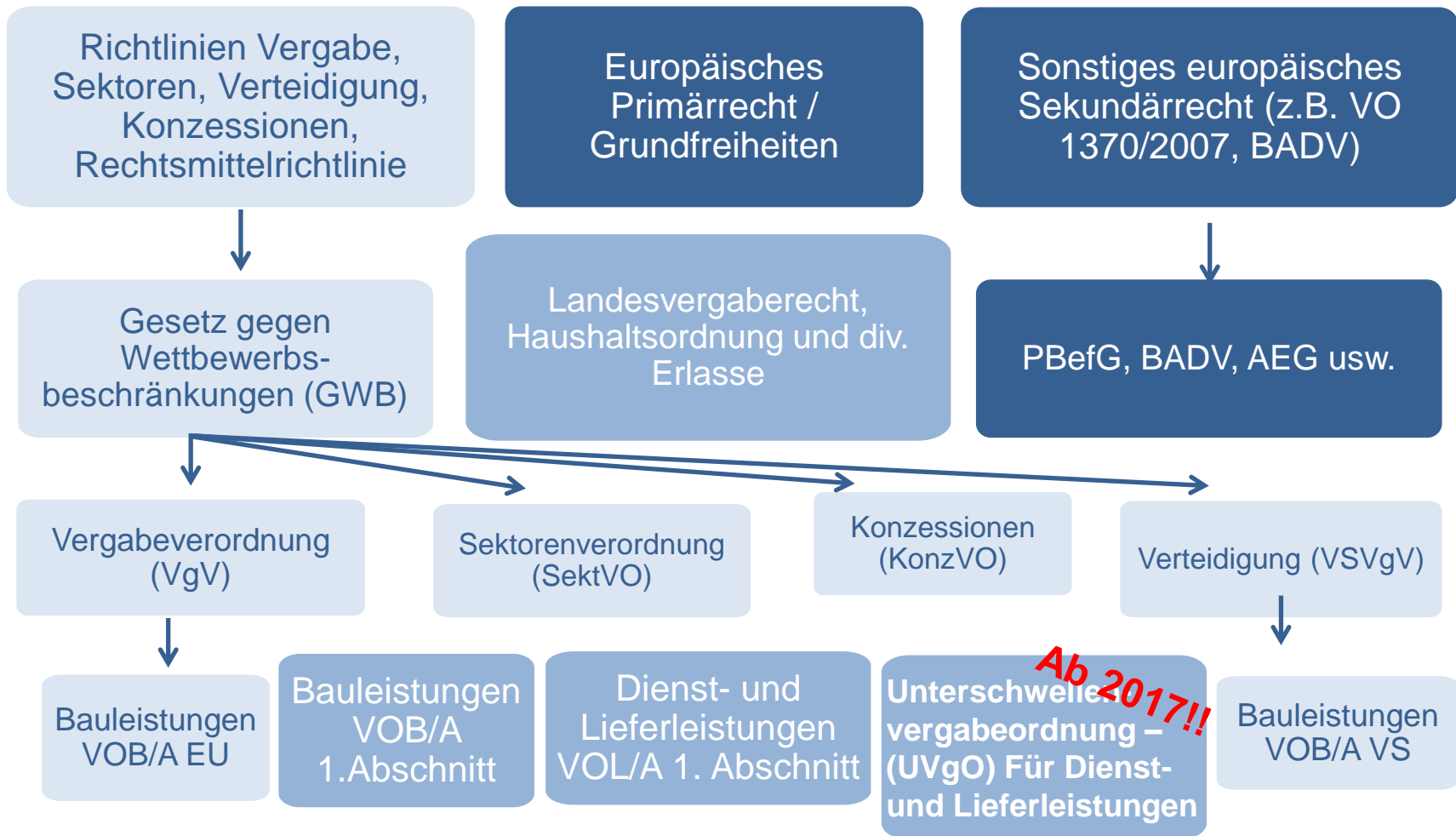
Disclaimer

© 2016 Alle Rechte vorbehalten, insbesondere das Recht auf Vervielfältigung und Verbreitung sowie Übersetzung. Kein Teil dieser Unterlagen darf in irgendeiner Form ohne schriftliche Genehmigung von kohl rechtsanwälte reproduziert werden oder unter Verwendung elektronischer Systeme verarbeitet, vervielfältigt oder verbreitet werden.

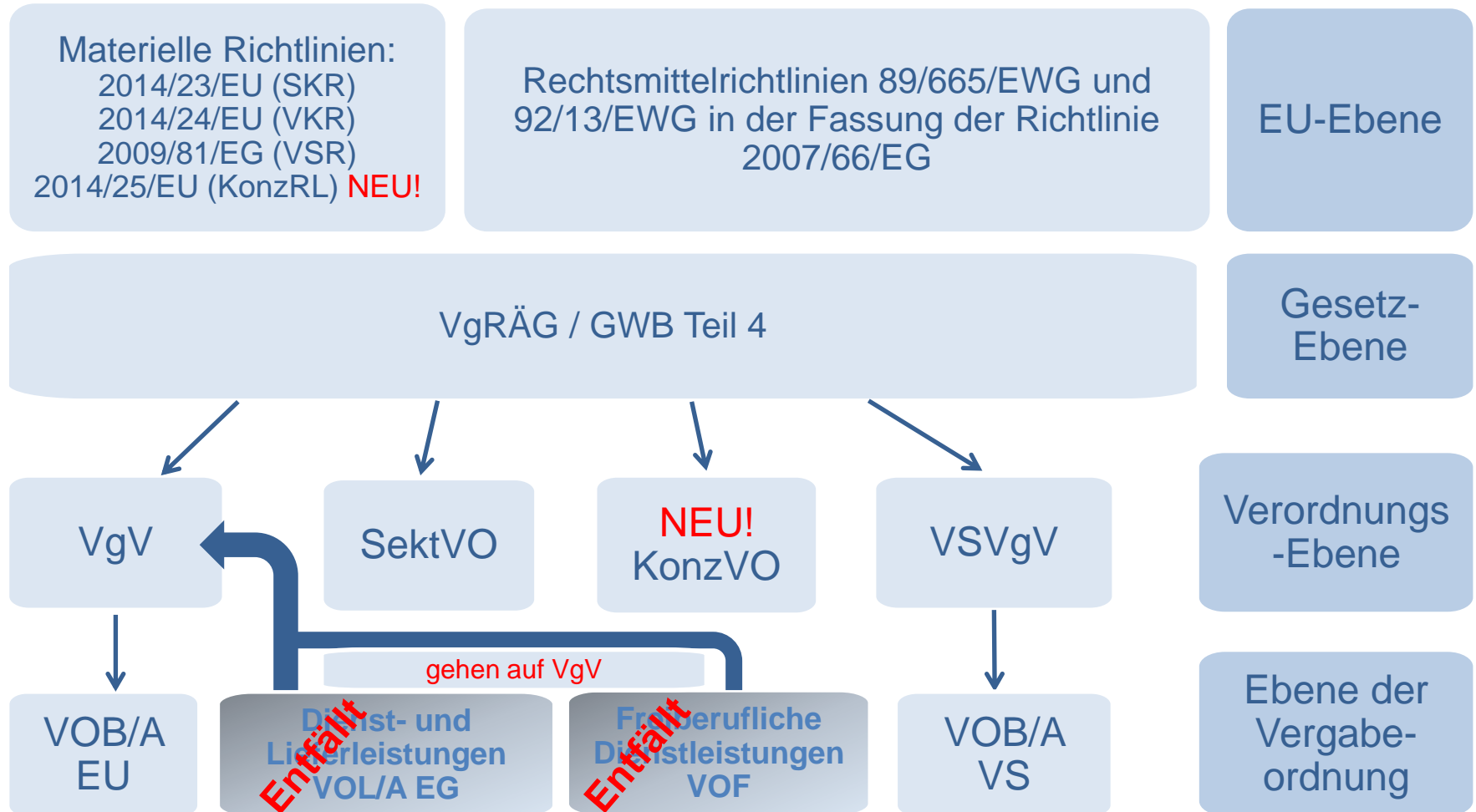
Haftung für Inhalte

Die Inhalte unserer Unterlagen wurden mit größter Sorgfalt erstellt. Für die Richtigkeit, Vollständigkeit und Aktualität der Inhalte können wir jedoch keine Gewähr übernehmen.

Allgemeinstruktur Vergaberecht

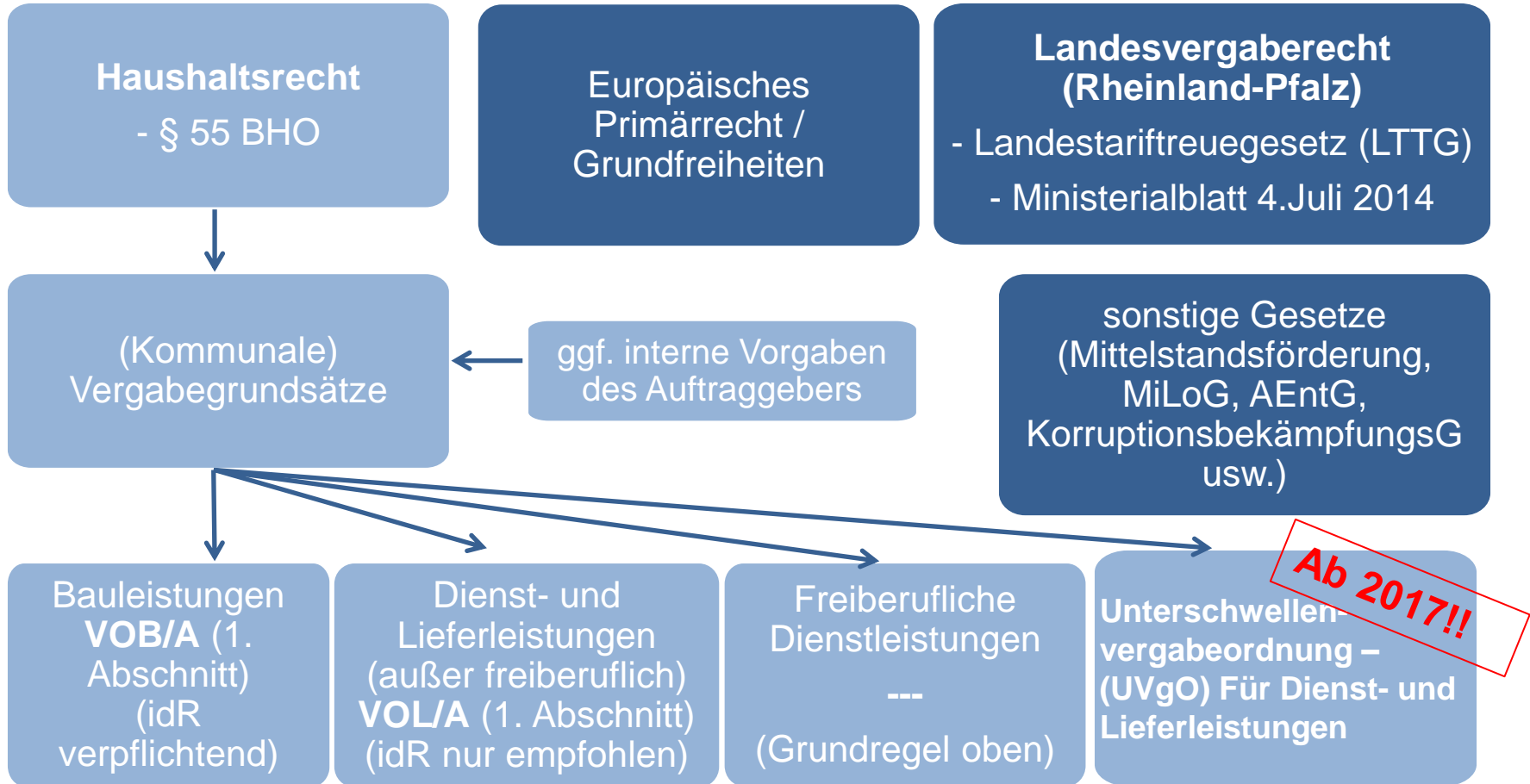


Oberhalb der Schwellenwerte



Unterhalb der Schwellenwerte

Haushaltsvergaberecht



Unterschwellenvergabeordnung (UVgO)

- Die UVgO (die neuen Regelungen für die Vergabe öffentlicher Liefer- und Dienstleistungsaufträge und Rahmenvereinbarungen unterhalb der EU-Schwellenwerte) soll Anfang 2017 in Kraft gesetzt werden.
- Diese soll die bisher geltende Vergabe- und Vertragsordnung für Leistungen (VOL/A 1. Abschnitt) ersetzen.
- Eine der Neuerungen ist die Aufnahme von elektronischen Verfahren, die bereits im neuen Vergaberecht (oberhalb) umfasst sind. Das elektronisches Verfahren hat – unter anderem – zur Folge, dass die Bieter nicht mehr bei der Submission zugelassen sind. Diese werden vom Ergebnis elektronisch informiert.
- Dies wurde im neuen 1. Abschnitt VOB/A noch nicht geändert. Dort sind die Bieter und deren Bevollmächtigten bei der Submission noch zugelassen.

Schwerpunkte

Schwellenwerte

- Definition
- EU-Schwellenwerte 2016/2017
- Binnenmarktrelevanz

Schätzung des Auftragswerts

- Definition
- § 3 VgV
- Praxistipps

Bieterschutz

- Oberhalb
- Unterhalb

Schwellenwerte

- Die Schwellenwerte bilden die Wertgrenze, bei deren Überschreitung ein öffentlicher Auftraggeber die Ausschreibung EU-weit vornehmen muss und die Anwendung der entsprechenden EU-Paragrafen zu veranlassen hat.
- Oberhalb der Schwellenwerte besteht dann zugleich ein besonderer Schutz gegen Rechtsverstöße der Vergabestellen vor den Vergabekammern.
- Die Schwellenwerte sind dann nicht entscheidend für die Wahl der EU- oder Nationalausschreibung im Falle der Binnenmarktrelevanz.

Binnenmarktrelevanz

- Die Binnenmarktrelevanz ist zu bejahen, wenn ein Auftrag möglicherweise für Wirtschaftsteilnehmer in anderen Mitgliedsstaaten von Interesse sein könnte.

Praxistipps für Unternehmen

- Auch luxemburgische Unternehmen sollten deutsche Vergabeportale in Internet beachten.

Beispiele: www.bund.de, www.vergabe.rlp.de,
www.bi-medien.de...

- Erkennt ein luxemburgisches Unternehmen Vergabeverstöße, kann es rügen bzw. die Vergabekammer (oberhalb) oder das zuständige Landesgericht (unterhalb) anrufen.

Schwellenwerte

Neue EU-Schwellenwerte 2016/2017

BRÜSSEL, 30.11.2015 - Ab 1. Januar 2016 gelten neue EU-Schwellenwerte. Die jeweils erhöhten Schwellenwerte wurden in den Delegierten Verordnungen (EU) 2015/2170, 2015/2171 und 2015/2172 der Kommission vom 24. November 2015 veröffentlicht.

Liefer- und Dienstleistungsaufträge von Sektorauftraggebern und für Verteidigungs- und sicherheitsrelevante Liefer- und Dienstaufträge	418.000 Euro
Liefer- und Dienstleistungsaufträgen für oberste, obere Bundesbehörden und vergleichbare Bundeseinrichtungen	135.000 Euro
Liefer- und Dienstleistungsaufträge für alle anderen Auftraggeber	209.000 Euro
Baufträge	5.225.000 Euro
Soziale und andere besondere Dienstleistungen	750.000 Euro

Schätzung des Auftragswerts

- Der öffentliche Auftraggeber muss den Wert der auszuschreibenden Leistung – einschließlich aller Optionen oder etwaigen Vertragsverlängerungen – ermitteln, bevor das Vergabeverfahren eingeleitet wird.
- Diese Prognose muss nach objektiven Kriterien seriös und nachvollziehbar vorgenommen werden.
- Anhand der Kostenschätzung wird der Auftraggeber erfahren, ob die finanziellen Mittel für einen geplanten Auftrag zur Verfügung stehen und zudem die richtige Vergabeart wählen können.

Schätzung des Auftragswerts

- Die Vorgaben, die bei der Kostenschätzung berücksichtigt werden müssen, befinden sich in dem **§ 3 VgV (Vergabeverordnung)**.
- Bei der Schätzung des Auftragswerts ist vom voraussichtlichen Gesamtwert der vorgesehenen Leistung ohne Umsatzsteuer (netto) auszugehen.
- Maßgeblicher Zeitpunkt für die Schätzung des Auftragswerts ist der Tag, an dem die Auftragsbekanntmachung abgesendet wird.

Praxistipps für Unternehmen

- Sobald ein Unternehmen erkennt, dass ein Auftragswert fehlerhaft geschätzt wurde, muss dies rechtzeitig gerügt werden und zwar innerhalb der in der Bekanntmachung benannten Frist zur Angebotsabgabe. Hierbei kann ein Bieter beispielsweise rügen, dass ein Auftraggeber vergaberechtswidrig national statt europaweit ausgeschrieben hatte.
- Wird eine Ausschreibung aufgehoben, weil der Auftraggeber eine Unterdeckung seiner Haushaltsmittel festgestellt hat und dies auf Fehler bei der Ermittlung der Kosten zurückzuführen ist, ist die Aufhebung (wirksam aber) rechtswidrig.
- Bieter kann dann Schadensersatz verlangen.

Bieterschutz

Oberhalb

- **Primärrechtsschutz:**
 - Nachprüfungsverfahren
 - Vergabekammer
- **Sekundärrechtsschutz:**
 - Schadensersatzansprüche auf positives oder negatives Interesse vor Landgerichten.

Unterhalb

- **Primärrechtsschutz:**
 - Einstweilige Verfügung
 - Zivilgerichte
- **Sekundärrechtsschutz:**
 - Schadensersatzansprüche auf positives oder negatives Interesse vor Landgerichten.

Vergleich mit luxemburgischem Recht

Deutschland

- **Unterangebot:**



In Deutschland werden diese – unter Umständen (z.B. Wirtschaftlichkeit des BV oder der gewählten technischen Lösungen) – akzeptiert (§ 16 d VOB/A), auch wenn der Bieter keinen Gewinn macht.

Luxemburg

- **Unterangebot:**



In Luxemburg sind diese verboten, wenn nach der Kostenberechnung kein Gewinn für den Bieter bleibt (Art. 82 RGD 3.8.2009).

Vergleich mit luxemburgischem Recht

Deutschland

• **Preisanpassung:**



In Deutschland ist eine Preisanpassung wie in Luxemburg die „*Révision de prix*“ nicht vorgesehen. Dagegen sieht das deutsche Recht vielfältige Nachtragsmöglichkeit vor (bei VOB/B- und VOL/B-Verträgen), die wiederum das luxemburgische Recht nicht kennt.

Beispiele: § 2 Abs. 3 VOB/B: Mehr- oder Mindermengen
 § 2 Abs. 5 VOB/B: Änderungen
 § 2 Abs. 6 VOB/B: Zusatzleistungen

Luxemburg

• **Preisanpassung:**



In Luxemburg werden die Preise ggf. angepasst. Dafür sieht das „*cahier spécial de charges*“ verschiedene Anpassungsformeln vor (*Révision des prix*, art. 18 und 19 RGD 3.8.2009).

Vergleich mit luxemburgischem Recht

Deutschland

- **Rügefristen:**
 - Bei erkennbaren Verstößen aufgrund der Bekanntmachung: spätestens bis zum Ablauf der Bewerbungs- oder Angebotsfrist (§ 160 Abs. 3 Nr. 2 GWB).

Luxemburg

- **Rügefristen:**
 - Bei erkennbaren Verstößen aufgrund der Bekanntmachung: Mindestens 7 Tage vor der Submission (Art. 21 RGD 3.8.2009).

Vergleich mit luxemburgischem Recht

Deutschland

- **Bindefrist,
Zuschlagsfrist:**

Eine längere Bindefrist als 30 Kalendertage soll nur in begründeten Fällen festgelegt werden (§ 10 Abs.4 VOB/A).

Oberhalb sind 60 Kalendertage vorgesehen. (§ 10 Abs. 8 VOB/A)

Luxemburg

- **Bindefrist,
Zuschlagsfrist:**

Nicht länger als 2 Monate. Für größere Verfahren kann sie länger sein, jedoch nicht länger als 5 Monate (Art. 46 RGD 3.8.2009).

Zuständige Vergabeprüfstellen

Deutschland

Luxemburg

- VOB-Stelle (Rheinland-Pfalz):
nur Konsultationsorgan.



- *Commission des soumissions*:
Konsultations- und
Kontrollorgan.

- Vergabekammer:
oberhalb der Schwellenwerte



- Kein vergleichbares
Organ.

- Zivilgerichte:
Unterhalb: Landgerichte
Oberhalb: Oberlandesgerichte



- *Tribunal Administratif*

Fall 1 (Schwellenwert):

Der öffentliche AG will auf einem ihm gehörenden Grundstück zwei Gebäude errichten. Das erste Gebäude wird als Kita genutzt, das zweite als Wohnheim mit Verwaltungstrakt. Beide Gebäude stehen ab Oberkante UG getrennt voneinander. Sie sind, was von außen nicht sichtbar erkennbar ist, unterirdisch durch ein gemeinsames UG (Keller) verbunden und werden durch eine darin befindliche gemeinsame Heizzentrale beheizt. Für beide Gebäude steht ein gemeinsamer PKW-Parkplatz auf dem Gelände zur Verfügung. Der Betrieb der Kita und des Wohnheims sind unabhängig voneinander.

Der geschätzte Auftragswert für den Rohbau der Kita beläuft sich netto (einschließlich der Anteile an Keller) auf 2,5 Mio €, derjenige des Wohnheims auf 3,0 Mio €. Der vom AG beauftragte Architekt schreibt beide Gebäude national als Unterschwellenwertverfahren aus („öffentliche Ausschreibung“, kein „offenes Verfahren“). Das Bauunternehmen B aus Luxemburg rügt, dass beide Gebäude europaweit auszuschreiben seien, was der AG zurückweist

Für die Kita nimmt der AG öffentliche Fördermittel in 7-stelliger Höhe in Anspruch. Die Bescheide unterliegen den Allgemeinen Nebenbestimmungen für Zuwendungen zur Projektförderung (ANBest-P). Nach Fertigstellung der Kita fordert das zuständige Ministerium den AG auf, die Fördermittel zurück zu zahlen, da Vergaberecht verletzt worden sei. Die Rüge von B sei zu Unrecht zurückgewiesen worden.

Hatte B Recht und muss der AG die Fördermittel zurückzahlen?

Antwort:

Beide Fragen sind zu bejahen

- Einheitliche Nutzung der Heizzentrale sowie unterirdische Verbindung des Kellergeschosses sind für den funktionalen Zusammenhang ausreichend, § 3 Abs. 2 VgV. (VK RLP)
- Einheitlicher Vergabewille des AG für Gesamtprojekt
- Also zwei Teilaufträge, deren Auftragswerte zu addieren sind.
- 5,5 Mio € (2,5 + 3,0 Mio €) netto übersteigen Schwellenwert (5,225 Mio €).
- Europaweite Ausschreibung erforderlich.

Ergebnis:

Die nationale Ausschreibung stellt einen schweren Vergabeverstoß dar. Die ANBest-P sind verletzt. Die Fördermittel sind zurück zu bezahlen. Das Verschulden des Architekten hat der AG sich zurechnen zu lassen („Haftung für Erfüllungsgehilfen“, § 278 BGB).



Der Architekt hat die Grundsätze des deutschen und europäischen Vergaberechts zu kennen und den AG darin zu beraten bzw. den AG darauf hinzuweisen, frühzeitig entsprechenden Rechtsrat einzuholen.

Fall 2 (geschätzter Auftragswert):

Der öffentliche AG will auf einem ihm gehörenden Grundstück in X-Stadt eine Schulgebäude errichten. Er beauftragt seinen Architekten mit der Erstellung einer Kostenschätzung zur Schätzung des Auftragswertes. Der Architekt legt für die Schule die von ihm festgestellten Kosten eines kürzlich von ihm abgeschlossenen Schul-Neubaus in Z- Stadt vor. Da beide Schulen „in etwa miteinander vergleichbar“ seien, sei auch „in etwa mit vergleichbaren Kosten“ zu rechnen.

Firma F aus L-Echternach hatte an de Ausschreibung der Roharbeiten teilgenommen, wurde jedoch nur zweitbester Bieter. F rügt Vergabeverstöße und erhält Einsicht in die Vergabeakte. F meint, der Auftragswert sei fehlerhaft geschätzt worden. Hat F recht?

Zu Recht?

Antwort:

Ja.

Die Schule in Z-Stadt stellt nicht die „vorgesehene Leistung“ in X-Stadt dar. Es ist auch nicht ausreichend, ein „in etwa“ vergleichbares Bauvorhaben zu referenzieren, sondern exakt die „vorgesehene“ Leistung. Daher liegt nicht etwa eine fehlerhafte, sondern gar keine Schätzung des Auftragswertes vor. Damit ist auch die Dokumentationspflicht des AG verletzt, da über die Schätzung des Auftragswertes ein förmlicher Vergabevermerk in die Vergabeakte aufzunehmen ist, § 8 VgV.

Merksatz:

Die Auftragswertschätzung ist als Vergabevermerk in Textform (schriftlich oder elektronisch) zu dokumentieren

Fall 3 (Vergabefreiheit?):

Kommune K benötigt dringend eine weitere Kita in Zentrumsnähe. Ursprünglich wollte K selbst ein Grundstück erwerben und bebauen. Dies war jedoch nicht zu finanzieren, da die Baukosten rund 5,5 Mio € netto betragen. Daher entscheidet K sich um und möchte jetzt einen Investor finden, der entweder einen nach Ihren Anforderungen zu errichtenden Neubau oder einen entsprechend umgebauten Altbau für die Dauer von 20 Jahren an die Kommune vermietet.

Der zukünftige Investor soll auch die vollständige Erstausrüstung der Kita mit vollständig eingerichteter Küche, allen Möbeln und dem gesamten Spielzeug liefern. Außerdem soll der Investor auch die Außenanlagen mit Spielgeräten (Schaukeln etc.) herstellen und liefern. Alles dies soll in den Mietpreis umgelegt werden. Der Investor hat die gesetzlichen Normen für Kitas zu beachten. Bauliche Anforderungen, Einrichtung und Ausstattung der Kita gibt K anhand eines LV exakt vor.

Kommune K geht davon aus, dass der Mietpreis für die Dauer von 48 Monaten oberhalb des Schwellenwertes von 209.000 € netto liegen wird. Sie stellt jedoch fest, dass öffentliche Aufträge über die Anmietung von Grundstücken gemäß § 107 Abs. 1 Ziffer 2 GWB oberhalb der Schwellenwerte nicht ausschreibungspflichtig sind. Dort heißt es:

„Dieser Teil (über die Vergabe von öffentlichen Aufträgen) ist nicht anzuwenden auf die Vergabe von öffentlichen Aufträgen ... für die Miete von Grundstücken, vorhandenen Gebäuden oder anderem unbeweglichem Vermögen.“

K erspart sich daher die Erstellung einer Kostenschätzung und nimmt Gespräche mit dem ihr bekannten Investor I über die Herrichtung und Vermietung einer geeigneten Immobilie zum Betrieb der Kita auf. Der luxemburgische Unternehmer U aus Ettelbruck möchte der Kommune dagegen seine eigene Immobilie in K vermieten und wundert sich, als die Verwaltung von K ihm mitteilt, man beabsichtige, sich anderweitig zu entscheiden.

- Öffentliche Auftraggeber? Kommune = Gebietskörperschaft
(+)
- Öffentlicher Auftrag?
 - Liefervertrag wegen Lieferung von Einrichtung, Spielzeug, etc.?
 - Sonstiger (vergabefreier) Vertrag wegen Vermietung (Mietvertrag)?
 - Bauvertrag wegen Neu- oder Umbau?

Antwort:

- Es liegt ein „Bestellbau“ vor (Mietvertrag einer nach genauen Vorgaben des AG zu errichtenden oder herzurichtenden Immobilie).
- Bestellbau gilt als Bauvertrag
- Also: Ausschreibungspflichtig (europaweit)
- Es gilt also § 3 VgV: Schätzung des Auftragswertes ist erforderlich. Daran fehlt es.
- Folge: Vertragsschluss mit Investor I ist eine unzulässige de-facto-Vergabe und damit rechtswidrig, § 135 GWB. Verletzung der Dokumentationspflicht, § 8 VgV.

Zusammenfassung

- Deutsches Vergaberecht ist zweigeteilt
 - oberhalb und
 - unterhalb der Schwellenwerte
- Oberschwellenwertbereich wurde zum 18.04.2016 vollständig neu gefasst (GWB, VgV)
- Unterschwellenbereich wird 2017 neu gefasst (UVgO)
- Unterschiedliche Zuständigkeiten im Ober- und Unterschwellenbereich
- Unterschiedliche Rechtsschutzmöglichkeiten der Bieter im Ober- und Unterschwellenbereich)

- Rechtsschutzmöglichkeiten der Bieter sind relativ weitreichend (vor allem in Oberschwellenbereich)
- Öffentliche Ausschreibung und Vergabe sind relativ stark „verrechtlicht“
- Relativ hohe Rechtssicherheit durch umfangreiche Judikatur und Literatur, Fachanwaltschaften etc.
- Kalkulatorische Besonderheiten:
 - Unterpreisangebote zulässig
 - Verbot der „Mischkalkulation“

**Vielen Dank für Ihre
Aufmerksamkeit!**