

# SCHRADE & PARTNER

---

RECHTSANWÄLTE

## MANDANTENINFORMATION

Vergaberechtsreform 2016

# Zur Vergaberechtsreform 2016

## I. IN KRAFT GETRETENE REGELUNGEN

Am 18.04.2016 sind das Gesetz zur Modernisierung des Vergaberechts (im Folgenden bezeichnet als „**Vergaberechtsmodernisierungsgesetz**“) vom 17.02.2016 (BGBl. I vom 23.02.2016, S. 203 ff.) sowie die Verordnung zur Modernisierung des Vergaberechts (im Folgenden bezeichnet als „**Vergaberechtsmodernisierungsverordnung**“) vom 12.04.2016 (BGBl. I vom 14.04.2016, S. 624 ff.) in Kraft getreten.

Das Vergaberechtsmodernisierungsgesetz umfasst

- in Art. 1 die Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (im Folgenden bezeichnet als „**GWB n. F.**“) betreffend den
  - Teil 4 (Vergabe von öffentlichen Aufträgen und Konzessionen, §§ 97 bis 184),
  - Teil 5 (Anwendungsbereich des 1. bis 3. Teils dieses Gesetzes, § 185 Unternehmen der öffentlichen Hand, Geltungsbereich) sowie
  - Teil 6 (Übergangs- und Schlussbestimmungen, § 186 Übergangsbestimmungen),
- in Art. 2 Folgeänderungen, auf deren Wiedergabe im Einzelnen hier verzichtet wird, sowie
- in Art. 3 die Regelungen zum Inkrafttreten, wonach die §§ 113 und 114 Abs. 2 S. 4 (jeweils Verordnungsermächtigungen) am Tag nach der Verkündung und das Gesetz im Übrigen am 18.04.2016 in Kraft getreten sind.

Die Vergaberechtsmodernisierungsverordnung umfasst

- in Art. 1 die Verordnung über die Vergabe öffentlicher Aufträge (im Folgenden bezeichnet als „**VgV n. F.**“) betreffend die klassische Auftragsvergabe durch öffentliche Auftraggeber (§§ 1 bis 85),
- in Art. 2 die Verordnung über die Vergabe von öffentlichen Aufträgen im Bereich des Verkehrs, der Trinkwasserversorgung und der Energieversorgung (im Folgenden bezeichnet als „**Sektorenverordnung**“) betreffend die Vergabe von Aufträgen in den vorgenannten Berei-

chen durch Sektorenauftraggeber (§§ 1 bis 63),

- in Art. 3 die Verordnung über die Vergabe von Konzessionen (im Folgenden bezeichnet als „**Konzessionsvergabeverordnung**“) betreffend die Vergabe von Bau- und Dienstleistungskonzessionen (§§ 1 bis 36),
- in Art. 4 die Verordnung zur Statistik über die Vergabe öffentlicher Aufträge und Konzessionen (im Folgenden bezeichnet als „**Vergabestatistikverordnung**“) betreffend die Pflichten der Auftraggeber im Sinne von § 98 GWB zur Übermittlung der in den §§ 3 und 4 aufgeführten Daten an das Bundesministerium für Wirtschaft und Energie (§§ 1 bis 8),
- in Art. 5 die Änderung der Vergabeverordnung Verteidigung und Sicherheit,
- in Art. 6 Folgeänderungen sowie
- in Art. 7 Regelungen zum Inkrafttreten und zum Außerkrafttreten. Demgemäß sind die Art. 1 bis 3, 5 und 6 am 18.04.2016 in Kraft getreten. Bezüglich Art. 4 ist § 8 am 18.04.2016 in Kraft getreten. Sobald sichergestellt ist, dass die Voraussetzungen für eine elektronische Datenübermittlung gegeben sind, gibt das Bundesministerium für Wirtschaft und Energie dies mindestens drei Monate vorab im Bundesanzeiger bekannt. Die übrigen Bestimmungen des Art. 4 treten drei Monate nach dieser Bekanntmachung in Kraft.

Darüber hinaus ist am 19.01.2016 die Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen Teil A (VOB/A) und Teil B (VOB/B) – Ausgabe 2016 – vom 07.01.2016 veröffentlicht worden. Mit Inkrafttreten der VgV n. F. ist auch der Abschnitt 2, Teil A der Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen in der Ausgabe 2016 in Kraft getreten. Ebenfalls ist mit Inkrafttreten der Vergabeverordnung Verteidigung und Sicherheit Abschnitt 3, Teil A der Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen in der Ausgabe 2016 in Kraft getreten. Die Geltung des Abschnittes 1, Teil A der VOB in der Ausgabe 2016 ergibt sich i. d. R. aus den entsprechenden Einführungserlassen, z. B. dem Einführungserlass zur Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen (VOB) 2016 vom Bundesministerium für Umwelt, Naturschutz, Bau- und Reaktorsicherheit vom 07.04.2016.

Die vorgenannten Neuregelungen setzen die Vorgaben der Richtlinie 2014/24/EU über die öffentliche Auftragsvergabe und zur Aufhebung der Richtlinie 2004/18/EG, der Richtlinie 2014/25/EU über die Vergabe von Aufträgen durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie der Postdienste und zur Aufhebung der Richtlinie 2004/17/EG sowie der Richtlinie 2014/23/EU über die Konzessionsvergabe um. Auf Auftragsvergaben in spezifischen Bereichen wie im Sektorenbereich, im Bereich Verteidigung und Sicherheit oder im Konzessionsbereich gehen wir nachfolgend nicht näher ein.

Schließlich ist auf die Einheitliche Europäische Eigenerklärung und insoweit auf die Durchführungsverordnung der Kommission (EU) Nr. 7/2016 vom 05.01.2016 zur Einführung des Standardformulars für die Einheitliche Europäische Eigenerklärung (ABl. I.3 vom 06.01.2016, S. 16 ff.) hinzuweisen (vgl. hierzu Ausführungen unter nachstehend IV.).

## II. ZUR NEUEN STRUKTUR DES VERGABERECHTS

### 1. Vergaberecht in Deutschland bleibt zweigeteilt

Aufgrund der unter vorstehend I. dargestellten Regelungen verbleibt es bei der Zweiteilung des nationalen Vergaberechts in ein Vergaberecht oberhalb der festgelegten Schwellenwerte (sogenanntes Kartellvergaberecht) sowie ein insbesondere auf haushaltsrechtlichen Vorgaben basierendes Vergaberecht unterhalb der festgelegten Schwellenwerte.

Bezüglich der Schwellenwerte nimmt § 106 Abs. 2 GWB n. F. auf die Artikel der verschiedenen Richtlinien in der jeweils geltenden Fassung Bezug, in denen die Schwellenwerte geregelt sind. Zu beachten ist insoweit, dass die EU-Kommission mit Wirkung zum 01.01.2016 betreffend die oben genannten Richtlinien neue Schwellenwerte festgelegt hat. So gilt bspw. für subzentrale öffentliche Auftraggeber bei der Vergabe von Liefer- und Dienstleistungen im klassischen Bereich ein Schwellenwert in Höhe von derzeit EUR 209.000 (statt vorher EUR 207.000). Darüber hinaus gibt es im Bereich der klassischen Auftragsvergabe gem. der Richtlinie 2014/24/EU einen neuen Schwellenwert für die Vergabe von sozialen und anderen besonderen Dienstleistungen in Höhe von derzeit EUR 750.000.

Zu beachten sind darüber hinaus sonstige landesgesetzliche Vergabebestimmungen, insbesondere in den Landesvergabegesetzen. Des Weiteren ist darauf hinzuweisen,

dass öffentliche Auftraggeber bei Binnenmarktrelevanz der beabsichtigten Vergabe auch bei Nichtanwendbarkeit des Kartellvergaberechts an die Grundprinzipien des AEUV, z. B. der Gleichbehandlung, der Nichtdiskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit und der Transparenz, gebunden sind.

### 2. Wegfall der VOL/A und der VOF im Anwendungsbereich des Kartellvergaberechts

Im Anwendungsbereich des Kartellvergaberechts gelten ab dem 18.04.2016 u. a. der 4. Teil des GWB n. F. sowie die jeweils einschlägige Vergabeverordnung. Neu hinzugekommen ist insoweit die Konzessionsvergabeverordnung.

Betreffend den Bereich der klassischen öffentlichen Auftragsvergabe sind der Abschnitt 2 der VOL/A sowie die VOF nunmehr in die VgV n. F. integriert worden. Die VOL/A betreffend die Vergabe von Liefer- und Dienstleistungen hat nur noch hinsichtlich ihres 1. Abschnittes im Rahmen des insbesondere auf haushaltsrechtlichen Vorgaben beruhenden Vergaberechts außerhalb des Kartellvergaberechts Relevanz. Die VOL/A betreffend die Vergabe von Bauleistungen, hier Abschnitt 2, gilt im Bereich der klassischen Auftragsvergabe im Rahmen des Kartellvergaberechts hingegen nach wie vor. Im Rahmen des insbesondere haushaltsrechtlich verankerten Vergaberechts außerhalb des Kartellvergaberechts ist ebenfalls nach wie vor der Abschnitt 1 der VOL/A relevant. Abschnitt 3 der VOL/A betrifft den Bereich Verteidigung und Sicherheit.

### 3. GWB n. F. und VgV n. F.

Der 4. Teil des GWB n. F. ist erheblich erweitert. Er umfasst nunmehr die wesentlichen Regelungen für die Vergabe von Aufträgen und Konzessionen, wie z. B.

- die Grundsätze der Vergabe,
- die Definition der Auftraggeber und der öffentlichen Aufträge, Rahmenvereinbarungen und Wettbewerbe sowie Konzessionen,
- die Schwellenwerte,
- die Ausnahmetatbestände einschließlich Inhouse-Vergabe und „interkommunale“ Zusammenarbeit,
- die Vergabe von Aufträgen, die verschiedene Leistungen zum Gegenstand haben, unterschiedlichen Regelungen un-

terliegen oder die verschiedene Tätigkeiten umfassen,

- die wesentlichen Rahmenbedingungen der Vergabe von öffentlichen Aufträgen durch öffentliche Auftraggeber, z. B. betreffend
  - den Anwendungsbereich,
  - das Vergabeverfahren und die Auftragsausführung wie Verfahrensarten, Leistungsbeschreibung, Eignung, zwingende und fakultative Ausschlussgründe, den Zuschlag, Auftragsänderungen während der Vertragslaufzeit, die Kündigung von öffentlichen Aufträgen, die Informations- und Wartepflicht sowie die Unwirksamkeit
- die Vergabe von öffentlichen Aufträgen in besonderen Bereichen und von Konzessionen sowie
- zu Nachprüfungsverfahren.

Die VgV n. F. enthält detaillierte Vorgaben zu den im GWB n. F. geregelten wesentlichen Rahmenbedingungen, insbesondere betreffend die Durchführung der Vergabeverfahren. So enthält die VgV n. F. z. B. Regelungen

- zur Schätzung des Auftragswerts,
- zur Wahrung der Vertraulichkeit,
- zur Vermeidung von Interessenkonflikten,
- zur Mitwirkung an der Vorbereitung des Vergabeverfahrens,
- zur Dokumentation und zum Vergabevermerk,
- zu den Grundsätzen der Kommunikation und zum Einsatz elektronischer Mittel,
- zu den Verfahrensarten,
- zu den besonderen Methoden und Instrumenten in Vergabeverfahren,
- zur Vorbereitung des Vergabeverfahrens z. B. betreffend die Markterkundung, Vergabeunterlagen, die Aufteilung nach Losen, die technischen Anforderungen und Unteraufträge,
- zu Veröffentlichungen und Transparenz,
- zur Eignung,
- zu Einreichung, Form und Umgang mit Interessensbekundungen, Interessens-

bestätigungen, Teilnahmeanträgen und Angeboten,

- zur Prüfung und Wertung der Interessensbestätigungen, Teilnahmeanträge und Angebote sowie zum Zuschlag,
- betreffend besondere Vorschriften für die Vergabe von sozialen und anderen besonderen Dienstleistungen,
- betreffend besondere Vorschriften für die Beschaffung energieverbrauchsrelevanter Leistungen und von Straßenfahrzeugen,
- zu Planungswettbewerben,
- betreffend besondere Vorschriften für die Vergabe von Architekten- und Ingenieurleistungen sowie
- Übergangs- und Schlussbestimmungen.

### III. ÜBERGANGSBESTIMMUNGEN

In § 186 Abs. 2 GWB n. F. heißt es, dass Vergabeverfahren, die vor dem 18.04.2016 begonnen haben, einschließlich der sich an diese anschließenden Nachprüfungsverfahren sowie am 18.04.2016 anhängige Nachprüfungsverfahren nach dem Recht zu Ende geführt werden, das zum Zeitpunkt der Einleitung des Verfahrens galt.

§ 81 VgV n. F. bestimmt, dass zentrale Beschaffungsstellen im Sinne von § 120 Abs. 4 S. 1 GWB n. F. bis zum 18.04.2017, andere öffentliche Auftraggeber bis zum 18.10.2018, abweichend von § 53 Abs. 1 die Übermittlung der Angebote, Teilnahmeanträge und Interessensbestätigungen auch auf dem Postweg, anderem geeigneten Weg, Fax oder durch die Kombination dieser Mittel verlangen können. Dasselbe gilt für die sonstige Kommunikation im Sinne des § 9 Abs. 1, soweit sie nicht die Übermittlung von Bekanntmachungen und die Bereitstellung der Vergabeunterlagen betrifft.

Die vorgenannte Übergangsbestimmung in der VgV n. F. betrifft die Vorgaben zur elektronischen Kommunikation, die zunächst in § 97 Abs. 5 GWB n. F. mit Verweis auf die Vergabeverordnungen verpflichtend verankert ist. Insoweit regelt § 53 Abs. 1 VgV n. F., dass die Unternehmen ihre Interessensbekundungen, Interessensbestätigungen, Teilnahmeanträge und Angebote in Textform nach § 126b BGB mithilfe elektronischer Mittel gem. § 10 VgV n. F. übermitteln. § 10 VgV n. F. legt die Anforderungen an die verwendeten elektronischen Mittel fest. § 9 VgV n. F. betrifft die Grundsätze der Kommunikation. Nach § 9 Abs. 1 VgV n. F.

verwenden der öffentliche Auftraggeber und die Unternehmen grundsätzlich Geräte und Programme für die elektronische Datenübermittlung (elektronische Mittel) für das Senden, Empfangen, Weiterleiten und Speichern von Daten in einem Vergabeverfahren. Insoweit sind die in vorstehendem Abs. genannten Übergangsbestimmungen zu beachten.

Die Übermittlung von Bekanntmachungen und die Bereitstellung der Vergabeunterlagen hat hingegen bereits ab dem 18.04.2016 unter Verwendung elektronischer Mittel zu erfolgen. Bezüglich der Bekanntmachungen ist in § 40 Abs. 1 VgV n. F. festgelegt, dass Auftragsbekanntmachungen, Vorinformationen, Vergabebekanntmachungen und Bekanntmachungen über Auftragsänderungen dem Amt für Veröffentlichungen der Europäischen Union mit elektronischen Mitteln zu übermitteln sind. Betreffend die Vergabeunterlagen ist zunächst in § 29 VgV n. F. definiert, woraus diese i. d. R. bestehen. § 41 VgV n. F. regelt die Bereitstellung der Vergabeunterlagen. Insoweit gibt der öffentliche Auftraggeber gem. § 41 Abs. 1 VgV n. F. in der Auftragsbekanntmachung oder der Aufforderung zur Interessensbestätigung eine elektronische Adresse an, unter der die Vergabeunterlagen unentgeltlich, uneingeschränkt, vollständig und direkt abgerufen werden können. Unter den Voraussetzungen des § 41 Abs. 2 VgV n. F. kann der öffentliche Auftraggeber die Vergabeunterlagen ausnahmsweise auch auf einem anderen geeigneten Weg übermitteln.

#### IV. EINHEITLICHE EUROPÄISCHE EIGENERKLÄRUNG

Basierend auf den Vergaberichtlinien 2014/24/EU und 2014/25/EU hat die Kommission die unter I. bereits genannte Durchführungsverordnung zur Einführung des Standardformulars für die Einheitliche Europäische Eigenerklärung erlassen. Gem. Art. 1 dieser Durchführungsverordnung ist ab dem 18.04.2016 das dieser Verordnung als Anlage 2 beigefügte Standardformular zur Erstellung der Einheitlichen Europäischen Eigenerklärung zu verwenden. Eine Anleitung zu ihrer Verwendung ist der Verordnung als Anhang 1 beigefügt.

Weiter regelt § 48 Abs. 3 VgV n. F., dass der öffentliche Auftraggeber als vorläufigen Beleg der Eignung und des Nichtvorliegens von Ausschlussgründen die Vorlage einer Einheitlichen Europäischen Eigenerklärung nach § 50 VgV n. F. akzeptiert. In der Begründung zur VgV n. F. heißt es insoweit, dass die Einheitliche Europäische Eigenerklärung ein vorläufiger Beleg für die Eignung des Bewerbers oder Bieters und für das

Nichtvorliegen von Ausschlussgründen sei. Öffentliche Auftraggeber müssen die Einheitliche Europäische Eigenerklärung als vorläufigen Eignungsbeleg akzeptieren.

Das Nähere zur Einheitlichen Europäischen Eigenerklärung regelt § 50 VgV n. F. Insoweit wird bezüglich der Form der Einheitlichen Europäischen Eigenerklärung auf die vorgenannte Durchführungsverordnung Bezug genommen. Eine weiterhin aktuelle Einheitliche Europäische Eigenerklärung darf von den Unternehmen auch für andere Vergabeverfahren wiederverwendet werden. Die Bewerber oder Bieter müssen hierzu bestätigen, dass die darin enthaltenen Informationen weiterhin zutreffend sind.

In § 50 Abs. 2 VgV n. F. ist festgelegt, dass der öffentliche Auftraggeber bei Übermittlung einer Einheitlichen Europäischen Eigenerklärung Bewerber oder Bieter jederzeit während des Verfahrens auffordern kann, sämtliche oder einen Teil der nach §§ 44 bis 49 VgV n. F. geforderten Unterlagen beizubringen, wenn dies zur angemessenen Durchführung des Verfahrens erforderlich ist. In der Verordnungsbegründung heißt es insoweit, dass die Anforderung zusätzlicher Nachweise von einem Bewerber oder Bieter dabei insbesondere dann in Betracht komme, wenn der öffentliche Auftraggeber Anhaltspunkte für die Annahme habe, dass die Einheitliche Europäische Eigenerklärung des Bewerbers oder Bieters unzutreffende Angaben enthalte.

Weiter bestimmt § 50 Abs. 2 VgV n. F., dass der öffentliche Auftraggeber vor der Zuschlagserteilung den Bieter, an den er den Auftrag vergeben will, auffordert, die geforderten Unterlagen beizubringen. In der Verordnungsbegründung heißt es insoweit, dass die Eignungsprüfung im Fall einer Einheitlichen Europäischen Eigenerklärung zweistufig erfolge. Nach einer vorläufigen Eignungsprüfung aller Bewerber oder Bieter anhand der Einheitlichen Europäischen Eigenerklärungen führe der öffentliche Auftraggeber vor der Zuschlagserteilung eine endgültige Eignungsprüfung anhand der geforderten Unterlagen bei demjenigen Bieter durch, an den er den öffentlichen Auftrag vergeben wolle.

Schließlich müssen Bewerber oder Bieter gem. § 50 Abs. 3 VgV n. F. keine Unterlagen beibringen, sofern und soweit die zuschlagserteilende Stelle

- die Unterlagen über eine für den öffentlichen Auftraggeber kostenfreie Datenbank innerhalb der Europäischen Union, insbesondere im Rahmen eines Präqualifikationssystems, erhalten kann oder
- bereits im Besitz der Unterlagen ist.

In der Verordnungsbegründung wird insoweit noch darauf hingewiesen, dass es sich dabei um aktuelle, noch gültige Nachweise handeln müsse. Falls die Nachweise, die der öffentliche Auftraggeber erhalten hat, nicht vollständig oder nicht aus sich heraus eindeutig seien, könne er nach § 48 Abs. 7 VgV n. F. beim Bewerber oder Bieter nachfragen.

Zu wesentlichen inhaltlichen Änderungen haben wir bereits mit unserer Mandanteninformation vom 17.09.2015 (ohne Anspruch auf Vollständigkeit) informiert.

Berlin, 27.04.2016

## IHRE ANSPRECHPARTNERIN

### **RICARDA BAUDIS**

SCHRADE & PARTNER Rechtsanwälte  
Georgenstraße 23, 10117 Berlin

Telefon-Nr.: +49/30/235024-13  
Telefax-Nr.: +49/30/235024-99  
E-Mail: [ricarda.baudis@schrade-partner.de](mailto:ricarda.baudis@schrade-partner.de)

Der Newsletter ersetzt nicht eine einzelfallbezogene Rechtsberatung und erhebt keinen Anspruch auf Vollständigkeit. Bitte wenden Sie sich für Fragen zu den Beiträgen an Ihren Ansprechpartner bei SCHRADE & PARTNER Rechtsanwälte.

SCHRADE & PARTNER Rechtsanwälte ist eine Partnerschaftsgesellschaft nach deutschem Recht mit Sitz in Villingen-Schwenningen, eingetragen im Partnerschaftsregister des Amtsgerichts Freiburg unter PR 600003 - USt.-ID-Nr. DE194019220. SCHRADE & PARTNER Rechtsanwälte, Thurnher Wittwer Pfefferkorn Rechtsanwälte GmbH, STSW Stoiński Świerczyński Zimnicka adwokaci i radcowie prawni sp.p., Pistár law office und Advokátní Kancelář Navrátil, s.r.o. sind Mitglieder der SCHRADE INTERNATIONAL EWIV (AG Berlin-Charlottenburg, HRA 50009 B) mit Sitz in Berlin.