

VERGABERECHT

Neue EU-Schwellenwerte in Kraft getreten

Zum 1. Januar 2020 sind die neuen EU-Schwellenwerte in Kraft getreten, die von der Kommission am 30. Oktober 2019 (ABl. Nr. L 279, S. 23 ff.) bekanntgemacht wurden (Angaben jeweils in EUR, netto):

- Bauaufträge: **EUR 5.350.000** statt bisher EUR 5.548.000.
- Konzessionen: **EUR 5.350.000** statt bisher EUR 5.548.000.
- Liefer- und Dienstleistungsaufträge:
 - in den Sektoren und im Bereich Verteidigung und Sicherheit: **EUR 428.000** statt bisher EUR 443.000.
 - Soziale und andere besondere Dienstleistungen: **EUR 750.000** (unverändert).
 - der obersten und oberen Bundesbehörden: **EUR 139.000** statt bisher EUR 144.000.
 - im Übrigen: **EUR 214.000** statt bisher EUR 221.000.

Sie sind bei allen ab 1. Januar 2020 veröffentlichten EU-weit ausgeschrieben Vergabeverfahren zu beachten und gelten bis 31. Dezember 2021. Das Bundesministerium für Wirtschaft und Energie hat die neuen Schwellenwerte mit Bekanntmachung vom 9. Dezember 2019 im Bundesanzeiger (BAnz AT 31.12.2019 B2) veröffentlicht.

Gesetz zur beschleunigten Beschaffung im Bereich der Verteidigung und Sicherheit

Der Entwurf eines Gesetzes zur beschleunigten Beschaffung im Bereich der Verteidigung und Sicherheit und zur Optimierung der Vergabestatistik (BR-Drs. 583/19; BT-Drs. 19/15603) wurde im Dezember dem Bundesrat zugeleitet. Er wird dort als besonders eilbedürftige Vorlage i.S. von Art. 76 Abs. 2 GG behandelt. Mit dem Gesetz wird eine Vereinbarung im Koalitionsvertrag der laufenden 19. Legislaturperiode umgesetzt, nach der das Vergaberecht für den Bereich Verteidigung und Sicherheit geändert werden soll, um den Bedarf für Einsätze bzw. einsatzgleiche Verpflichtungen

der Bundeswehr schneller decken zu können. Der Gesetzgeber sieht die militärischen und die zivilen Sicherheitsbehörden vor neuen und vielfältigeren sicherheitspolitischen Herausforderungen, auf die binnen immer kürzeren Zeiträumen reagiert werden müsse. Sie reichen von internationalem Krisenmanagement über die Abwehr terroristischer Gefahren bis zu Fragen der Cybersicherheit und der asymmetrischen Kriegsführung.

Um die Vergabeverfahren für die militärischen und zivilen Sicherheitsbehörden zu beschleunigen, ist die Einfügung von Regelbeispielen und gesetzlichen Klarstellungen in den §§ 107, 169, 173 und 176 GWB vorgesehen. Der Begriff der „wesentlichen Sicherheitsinteressen“ in § 107 Abs. 2 GWB wird dafür bspw. auf „verteidigungsindustrielle“ und „sicherheitsindustrielle“ Schlüsseltechnologien bezogen. Die Einstufung einer Technologie als „verteidigungsindustrielle Schlüsseltechnologie“ erfolgt durch einen Beschluss des Bundeskabinetts, etwa im Rahmen des durch das Bundeskabinett verabschiedeten Weißbuchs der Bundeswehr oder im Strategiepapier der Bundesregierung zur Stärkung der Verteidigungsindustrie in Deutschland (Regierungsbegründung, BR.-Drs. 583/19, Seite 55). Entsprechendes gilt für die Einstufung als „sicherheitsindustrielle Schlüsseltechnologie“. Verzögerungen der Beschaffung aufgrund eines Nachprüfungsverfahrens sollen möglichst vermieden oder zumindest minimiert werden. Steht die Beschaffung in Zusammenhang mit einer Krise, einem mandatierten Einsatz der Bundeswehr oder einer einsatzgleichen Verpflichtung der Bundeswehr soll der Vorabzuschlag im Rahmen der Abwägung in der Regel gewährt werden. Durch eine Änderung in § 12 Abs. 1 Nr. 1 VSVgV wird klargestellt, dass der ausschlaggebende Zeitpunkt für die Beurteilung, ob nur ein Unternehmen den Auftrag durchführen kann, der Beginn des Vergabeverfahrens ist. Dadurch soll sichergestellt werden, dass nicht andere (zunächst nur potenziell als Anbieter in Frage kommende) Unternehmen einen Nachprüfungsantrag allein mit dem Ziel stellen, durch die Verzögerung über das Nachprüfungsverfahren Zeit zu gewinnen und ggf. einen Entwicklungsrückstand aufzuholen.

Ein weiterer Schwerpunkt sind Änderungen in § 114 GWB und Anpassungen der Vergabestatistikverordnung (VergStatVO), die in den §§ 1 bis 6 neu gefasst wird. Dadurch soll der Aufbau der Vergabestatistik beim Statistischen Bundesamt erleichtert werden. In seiner Sitzung am 20. Dezember 2019 hat der Bundesrat beschlossen, gegen den Gesetzentwurf keine Einwendungen zu erheben. Mit einem zeitnahen Inkrafttreten ist daher zu rechnen.



Katrin Lüdtké

Rechtsanwältin | Fachanwältin für Verwaltungsrecht
BEITEN BURKHARDT
Rechtsanwaltsgesellschaft mbH
E-Mail: Katrin.Luedtke@bblaw.com

Direktbeauftragungen aus technischen Gründen lassen sich nur schwer rechtfertigen

Es kommt vor, dass Aufträge oberhalb der EU-Schwellenwerte ohne EU-weite Ausschreibung vergeben werden, weil der Auftrag aus technischen Gründen nur von einem Wirtschaftsteilnehmer ausgeführt werden könne. Das sind Konstellationen, in denen das beauftragte Unternehmen aufgrund konkreter Alleinstellungsmerkmale als einzig denkbarer Auftragnehmer von vornherein feststeht, weil es gleichsam „Monopolist für die Erbringung der nachgefragten Leistung“ (OLG Karlsruhe, Beschluss vom 21.07.2010 – 15 Verg 6/10) ist. Die VK Bund hat die Rechtfertigungsanforderungen dafür in einer aktuellen und bestandskräftigen Entscheidung mit Leitbildcharakter zusammengefasst und erneut hoch angesetzt (VK Bund vom 23.10.2019 – VK 1-75/19).

SACHVERHALT

Anlass für die Einleitung des Nachprüfungsverfahrens war die EU-Bekanntmachung des Auftraggebers, in der er über die erfolgte Beschaffung einer hochpreisigen „Röntgenkleinwinkelstreuanlage“ informierte. Diese Anforderungen an die „SAXS-Anlage“ (Small Angle X-Ray Scattering) wurden in der EU-Bekanntmachung näher umschrieben, ferner wurde ausgeführt, dass nur das Unternehmen X in der Lage sei, eine Anlage zu liefern, die alle gestellten Anforderungen erfülle. Die EU-Bekanntmachung endete mit den Worten: „Eine vernünftige Alternative oder Ersatzlösung besteht nicht. Auch von einer künstlichen Einschränkung kann bei Bestimmung des Beschaffungsbedarfs nach den obigen Ausführungen keine Rede sein“. Das sah ein Hersteller von vergleichbaren Industrieanlagen anders und stellte einen Nachprüfungsantrag. Es sei üblich, dass derartige Geräte im Rahmen von technischen Klärungen, Verhandlungen und Teststellungen konfiguriert werden.

DIE ENTSCHEIDUNG

Die VK Bund gab dem Nachprüfungsantrag statt. Der geschlossene Vertrag wurde nach § 135 Abs. 1 Nr. 2 GWB für unwirksam erklärt, weil er ohne vorherige EU-weite Bekanntmachung vergeben worden war, ohne dass dies in der VgV gesetzlich gestattet

war. Die Voraussetzungen der Gestattungstatbestände werden von der Rechtsprechung objektiv geprüft und sind vom Auftraggeber darzulegen und zu beweisen. In dieser Konstellation hilft dem Auftraggeber die Berufung auf die „Beschaffungsfreiheit“ nicht weiter. Die VK Bund hebt hervor: „Die in wettbewerblichen Vergabeverfahren weitgehend nicht nachprüfbare Freiheit eines öffentlichen Auftraggebers, seinen Beschaffungsbedarf zu bestimmen, gilt demnach im Falle des § 14 Abs. 4 Nr. 2 VgV nicht, sondern unterliegt erheblich engeren Grenzen (...)“.

Erwägungsgrund 50 der Richtlinie 2014/24/EU verlangt, dass es für andere Wirtschaftsteilnehmer „technisch nahezu unmöglich ist, die geforderte Leistung zu erbringen“. Der EuGH fordert dafür „ernsthafte Nachforschungen auf europäischer Ebene“ (EuGH, Urteil vom 15.10.2009 – Rs. C-275/08). Der Auftraggeber hatte sich darauf berufen, dass er mit Fachkollegen an anderen Universitäten und Forschungseinrichtungen über lieferbare Geräte gesprochen habe, ebenso mit zwei der weltweit vier Hersteller, und Internetrecherchen angestellt habe. Das genügte der VK Bund nicht, da die Hersteller bei derartigen hochpreisigen Geräten die Wünsche der potentiellen Kunden berücksichtigen und sie sogar individuell dem Bedarf eines einzelnen Kunden anpassen. Da derartige Geräte somit kundenspezifisch angepasst werden, ist nicht allein der Internetauftritt aussagekräftig. Der Auftraggeber hätte sich daher zumindest an alle vier Hersteller wenden und konkret anfragen müssen.

Moniert wurde auch die Vergabedokumentation, weil aus dieser nicht hervorging, warum bestimmte Leistungsparameter gefordert worden waren. § 14 Abs. 6 VgV setzt voraus, dass es keine „vernünftige Alternative oder Ersatzlösung“ geben darf. Der Auftraggeber hatte dies in der EU-Bekanntmachung aber nur behauptet und – so die VK Bund – „den Gesetzeswortlaut abgeschrieben“. Das genügte nicht und begründet einen Prüfungsausfall, der im Nachprüfungsverfahren nicht mehr nachgeholt werden kann und nicht heilbar ist. Da anhand der Vergabeakte nicht nachvollzogen werden konnte, dass die Leistungsparameter unabhängig von der Vorentscheidung zugunsten des Unternehmens X festgelegt worden waren, ließ sich nicht ausschließen, dass bei einer ordnungsgemäßen Markterforschung andere Leistungsparameter aufgestellt worden wären.

Da es dem Auftraggeber somit nicht gestattet war, ohne vorherigen Vergabewettbewerb den Vertrag zu schließen, wurde festgestellt, dass der Vertrag unwirksam war. Die Vergabekammer gibt den Hinweis, dass in einem solchen Fall ggfs. erbrachte Leistungen nach Bereicherungsrecht (§§ 812 ff. BGB) rückabzuwickeln sind. Bei fortbestehender Beschaffungsabsicht muss der Auftraggeber entscheiden, welche Vergabeverfahrensart er durchführen will.

FAZIT

Fälle in denen ein Produkt oder eine Dienstleistung „alternativlos“ ist und vergaberechtskonform außerhalb eines Wettbewerbsverfahrens beschafft werden kann, sind selten und daher besonders sorgfältig zu prüfen und zu dokumentieren. Im Zweifel ist eine umfassende Markterkundung durchzuführen, die je nach Konstellation erheblichen Aufwand bedeuten kann. Eine Situation der (scheinbaren) „Alternativlosigkeit“ darf nicht künstlich durch eine

zu enge oder an einem bestimmten Produkt ausgerichtete Formulierung der gewünschten Leistungsparameter erzeugt werden.



Dr. Stephen Lampert
Rechtsanwalt | Fachanwalt für Verwaltungsrecht
BEITEN BURKHARDT
Rechtsanwalts-gesellschaft mbH
E-Mail: Stephen.Lampert@bblaw.com

NEWSTICKER

+++ Auch „wesentliche Änderungen“ bei Altverträgen / Konzessionen führen zur Vergabepflicht +++

Der EuGH hat in einem italienischen Fall klargestellt, dass auch wesentliche Änderungen von Altverträgen, die vor Inkrafttreten der Vergaberichtlinien abgeschlossen wurden, zur Vergabepflicht führen können. Im konkreten Fall ging es um einen 1969 abgeschlossenen Autobahnkonzessionsvertrag, der 2009 geändert wurde. Der EuGH nutzt den Fall für die Klarstellung, dass das anwendbare Unionsrecht dasjenige ist, dass zum Zeitpunkt der Änderung gilt (EuGH 18.09.2019 – Rs. C-526/17 – Kommission ./ Italianische Republik).

+++ Verstöße gegen die Wartefrist führen nicht für sich genommen zum Erfolg eines Nachprüfungsantrags +++

Das OLG Düsseldorf hat in einem Nachprüfungsverfahren daran erinnert, dass ein auf die Verletzung der Wartefrist (§ 19 EU Abs. 2 VOB/A) gestützter Nachprüfungsantrag nur dann Erfolg hat, wenn ein Bieter einen weiteren Vergaberechtsverstoß geltend machen kann, den er zudem rechtzeitig gerügt haben muss. Dem genügte der betreffende Nachprüfungsantrag allerdings, sodass die sofortige Beschwerde des Beigeladenen ohne Erfolg blieb. Die Verletzung der Wartefrist lag im konkreten Fall daran, dass sich der Auftraggeber bei der Berechnung der 15 Kalendertage vertan und eine zu kurze Frist angegeben hatte; in diesem Fall beginnt die Wartefrist nicht zu laufen (OLG Düsseldorf 12.06.2019 – Verg 54/18).

+++ Kein Weg ins Verhandlungsverfahren bei vergaberechtlichen Alternativen +++

Das Verhandlungsverfahren ist nur in den ausdrücklich bestimmten Ausnahmefällen möglich, die von den Nachprüfungsinstanzen eng ausgelegt werden. Insbesondere reicht die Berufung auf die „Komplexität“ einer Leistung oder eine offene Mengensituation nicht aus, um in diese besondere Verfahrensart zu wechseln. Die VK Rheinland hatte sich mit einem Abfallentsorgungsvertrag zu beschäftigen, der leistungsseitig Standardleistungen enthielt, aber in einem vom Auftraggeber behaupteten „komplexen“ und „innovativen“ Umfeld (neue Anlage, ungeklärte Mengen). Das genügt nicht, da ein solcher Auftrag auch als Rahmenvereinbarung ausgeschrieben werden kann (VK Rheinland 27.08.2019 – VK 1-13/19).

+++ Klärung der Folgen der Unionsrechtswidrigkeit der HOAI-Mindest- und Höchstsätze im Mai 2020 +++

Der VII. Senat des Bundesgerichtshofs wird zu den Folgen des EuGH-Urteils vom 4. Juli 2019 (C-377/17) auf laufende Verträge am 14. Mai 2020 verhandeln. Die OLG-Rechtsprechung ist nach wie vor uneinheitlich. Das OLG Hamm ist der Ansicht, dass ein Architekt weiterhin auf Grundlage der Mindestsätze aus § 56 HOAI (2013) abrechnen kann (21 U 24/18). Das Urteil des EuGH binde nur den Mitgliedsstaat, der nach eigenem Ermessen die geeigneten Maßnahmen ergreifen müsse, um den europarechtswidrigen Zustand zu beseitigen. Auch das OLG München geht davon aus, dass die HOAI bis zur Aufhebung durch den Gesetzgeber im Verhältnis privater Dritter zueinander anwendbar bleibt (Hinweisbeschluss vom 08.10.2019 – 20 U 94/19 Bau). Für den einzelnen Unionsbürger hingegen gehe von dem Urteil keine Rechtswirkung aus. Dem steht u. a. die Rechtsprechung des OLG Celle (14 U 198/18) und des Kammergerichts Berlin (7 U 87/18) entgegen (BGH, Pressemitteilung Nr. 159/2019 vom 12.12.2019).

Impressum

BEITEN BURKHARDT

Rechtsanwaltsgesellschaft mbH
(Herausgeber)

Ganghoferstraße 33 | D-80339 München
AG München HR B 155350/USt.-Idnr: DE811218811

Weitere Informationen (Impressumsangaben) unter:
<https://www.beiten-burkhardt.com/de/impressum>

REDAKTION (VERANTWORTLICH)

Stephan Rechten | Rechtsanwalt

© BEITEN BURKHARDT Rechtsanwaltsgesellschaft mbH.
Alle Rechte vorbehalten 2020.

HINWEIS

Diese Veröffentlichung stellt keine Rechtsberatung dar. Wenn Sie diesen Newsletter nicht mehr erhalten möchten, können Sie jederzeit per E-Mail (bitte E-Mail mit Betreff „Abbestellen“ an newsletter@bblaw.com) oder sonst gegenüber BEITEN BURKHARDT widersprechen.

IHRE ANSPRECHPARTNER

BERLIN

Lützowplatz 10 | 10785 Berlin

Tel.: +49 30 26471-219

Frank Obermann | Frank.Obermann@bblaw.com

Stephan Rechten | Stephan.Rechten@bblaw.com

DÜSSELDORF

Cecilienallee 7 | 40474 Düsseldorf

Tel.: +49 211 518989-0

Dr. Lars Hettich | Lars.Hettich@bblaw.com

Sascha Opheys | Sascha.Opheys@bblaw.com

FRANKFURT AM MAIN

Mainzer Landstraße 36 | 60325 Frankfurt am Main

Tel.: +49 756095-195

Dr. Hans von Gehlen | Hans.VonGehlen@bblaw.com

Christopher Theis | Christopher.Theis@bblaw.com

HAMBURG

Neuer Wall 72 | 20354 Hamburg

Tel.: +49 40 688745-145

Jan Christian Eggers | Jan.Eggers@bblaw.com

MÜNCHEN

Ganghoferstraße 33 | 80339 München

Tel.: +49 89 35065-1452

Michael Brückner | Michael.Brueckner@bblaw.com

Hans Georg Neumeier | HansGeorg.Neumeier@bblaw.com