

Die neuen EU-Vergaberichtlinien – Wesentliche Eckpunkte, Änderungen und Ausblick des künftigen europäischen Vergaberechts

GÖRG Praxisgruppe Vergaberecht

17.04.2014

Einführung

Das europäische Vergaberecht ist durch den Beschluss und die Veröffentlichung von drei neuen Richtlinien („RL“) jüngst modernisiert worden. Bei den Richtlinien handelt es sich um die Richtlinie über die öffentliche Auftragsvergabe (RL 2014/24/EU), die Sektorenrichtlinie (RL 2014/25/EU) sowie die Richtlinie über die Konzessionsvergabe (RL 2014/23/EU). Nachdem das Europäische Parlament am 15.01.2014 und der Rat der Europäischen Union am 11.02.2014 zugestimmt haben, erfolgte am 28.03.2014 die Veröffentlichung der drei neuen Vergaberichtlinien im Amtsblatt. Damit treten diese am 17.04.2014 in Kraft. Die 24-monatige Umsetzungsfrist läuft sodann – außer für die „eVergabe“ – bis zum 18.04.2016.

Die neue Richtlinie über die öffentliche Auftragsvergabe (RL 2014/24/EU)

Überblick

Die Richtlinie über die öffentliche Auftragsvergabe ersetzt die Richtlinie 2004/18/EG (Vergabekoordinierungsrichtlinie oder „VKR“) und ist im Amtsblatt der Europäischen Union am 28.03.2014 (L 94/65) veröffentlicht worden. Sie beinhaltet einige wichtige Änderungen, die nachfolgend kurz vorgestellt werden. Dazu gehören insbesondere Regelungen zur In-House-Vergabe, zur interkommunalen Zusammenarbeit, zu einer neu eingeführten Innovationspartnerschaft und zum Wegfall der Unterscheidung zwischen prioritären und nicht-prioritären Dienstleistungen. Des Weiteren wurden Änderungen im Bereich der Eignungskriterien sowie der Zuschlagskriterien getroffen und Regelungen über Ver-

tragsänderungen aufgenommen. Den Abschluss bildet die Verpflichtung zur e-Vergabe, deren Umsetzungsfrist jedoch auf bis zu 4,5 Jahre ab Inkrafttreten (Mitte Oktober 2018) verlängert werden kann.

In-House-Vergabe und interkommunale Zusammenarbeit

Art. 12 der RL 2014/24/EU regelt die In-House-Vergabe und die interkommunale Zusammenarbeit. Dabei erfolgt im Wesentlichen eine Kodifizierung der bisherigen Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs (Urt. v. 18.11.1999 – C-107/98, „Teckal“; Urt. v. 09.06.2009 – C-480/06, „Stadtreinigung Hamburg“).

Änderungen im In-House-Bereich

Der europäische Gesetzgeber modifiziert zunächst die bisherigen Grundsätze zur In-House-Vergabe. Bezüglich der Tätigkeit „im Wesentlichen“ für den bzw. die ihn kontrollierenden Auftraggeber (Wesentlichkeitskriterium) ist zukünftig ein „Drittumsatz“ von bis zu 20% zulässig. Die Grenze beim „Drittumsatz“ lag in der jüngeren Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs lediglich bei 10%.

Auch private Minimalbeteiligungen ohne Sperrminorität sind künftig zulässig, soweit sie rechtlich vorgeschrieben sind und keinen maßgeblichen Einfluss auf die kontrollierte juristische Person vermitteln.

Änderungen bei der (horizontalen) interkommunalen Zusammenarbeit

Die (horizontale) interkommunale Zusammenarbeit ist in Art. 12 Abs. 4 der RL 2014/24/EU geregelt. Danach ist die Zusammenarbeit zwischen zwei oder mehr öffentlichen Auftraggebern unter den folgenden Voraussetzun-

gen privilegiert und unterfällt nicht dem Anwendungsbereich der Richtlinie: Die Zusammenarbeit muss sich auf öffentliche Dienstleistungen beziehen, die mit einem öffentlichen Interesse im Hinblick auf die Erreichung gemeinsamer Ziele ausgeführt werden. Darüber hinaus führt die Richtlinie gegenüber der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs eine neue Anforderung ein, die dem Wesentlichkeitskriterium der In-House-Vergabe nachgebildet ist. Dieses Kriterium ist jedoch unklar formuliert und wird noch für Klärungsbedarf sorgen.

Neue Verfahrensart: „Innovationspartnerschaft“

Art. 31 der RL 2014/24/EU legt mit der „Innovationspartnerschaft“ eine neue Verfahrensart fest. Ziel dieser neuen Verfahrensart ist die Entwicklung und der anschließende Kauf eines neuen „innovativen“ Produkts als Gegenstand eines Vergabeverfahrens (vgl. Erwägungsgrund 49). Dadurch soll die Notwendigkeit eines erneuten Vergabeverfahrens für den Kauf, welcher der Entwicklung nachfolgt, vermieden werden. Die Innovationspartnerschaft ist an das Verhandlungsverfahren angelehnt. Dabei wird sie entsprechend dem Forschungs- und Innovationsprozess in aufeinander folgende Phasen strukturiert und kann die Herstellung der Produkte, die Erbringung der Dienstleistungen oder die Fertigstellung der Bauleistung umfassen (Art. 31 Abs. 2 UAbs. 2 S. 1 RL 2014/24/EU).

Aufgabe der Unterscheidung zwischen prioritären und nicht-prioritären Dienstleistungen

Die bislang vorhandene Unterscheidung zwischen prioritären und nicht-prioritären Dienstleistungen entfällt nach der neuen Vergaberichtlinie zukünftig. Allerdings unterliegen „soziale und andere besondere Dienstleistungen“ weiterhin einem stark abgeschwächten Vergaberegime (Art. 74 ff. i.V.m. Anhang XIV der RL 2014/24/EU). Der Schwellenwert für diese Aufträge liegt bei EUR 750.000,-. Es bestehen lediglich rudimentäre Verfahrensregeln. Der Katalog der sozialen und besonderen Dienstleistungen wurde gegenüber der Vorgängerfassung stark ausgedünnt; insbesondere existiert keine Generalklausel bzgl. sonstiger Dienstleistungen mehr. Immer noch erfasst sind aber „Dienstleistungen im juristischen Bereich“, sofern sie nicht ohnehin nach Art. 10 lit. d der RL 2014/24/EU (Vertretung vor Gericht, Wahrnehmung hoheitlicher Befugnisse, etc.) vom Anwendungsbereich der Richtlinie ausgeklammert sind.

Eignungskriterien

Im Bereich der Eignungskriterien (Art. 57 ff. RL 2014/24/EU) sind zwei wesentliche Änderungen hervorzuheben: Zum einen darf grundsätzlich kein Mindestumsatz von Bietern gefordert werden, der den geschätzten Auftragswert um das zweifache übersteigt – es sei denn, es liegen spezielle, mit der Wesensart des Auftrags einhergehende Risiken vor (Art. 58 Abs. 3 UAbs. 2 RL 2014/24/EU). Zum anderen führt Art. 59 der RL 2014/24/EU eine „Einheitliche Europäische Eigenerklärung“ ein, die auf der Grundlage eines Standardformulars elektronisch erstellt werden soll.

Zuschlagskriterien

Die Regelung über die Zuschlagskriterien (Art. 67 RL 2014/24/EU) wurde sehr weitgehend umgestaltet. Das Ziel dieser Maßnahme erläutert Erwägungsgrund 89: Die Regelungen sollen „so einfach und übersichtlich wie möglich dargestellt werden“.

Das „wirtschaftlich günstigste Angebot“ ist zukünftig der alleinige Oberbegriff für die Zuschlagserteilung. Es bleibt jedoch nach wie vor möglich, den Preis als einziges Zuschlagskriterium zu wählen – hier können die Mitgliedstaaten jedoch vorsehen, dass dies nicht das einzige Zuschlagskriterium sein darf. Insofern vermittelt die RL 2014/24/EU einen Umsetzungsspielraum. Es bleibt abzuwarten, wie der nationale Gesetzgeber sich hier positionieren wird.

Da künftig auch Organisation, Qualifikation und Erfahrung des vom Bieter eingesetzten Personals gewertet werden darf, „wenn die Qualität des eingesetzten Personals erheblichen Einfluss auf das Niveau der Auftragsausführung haben kann“, wird die bisherige strikte Trennung von Eignungs- und Zuschlagskriterien aufgegeben.

Darüber hinaus betont Art. 68 die Lebenszyklusrechnung und trifft hierzu genauere Vorgaben.

Ausdrückliche Regelung über Vertragsänderungen

Art. 72 der RL 2014/24/EU sieht nunmehr eine ausdrückliche Regelung über Vertragsänderungen vor. Dabei knüpft die RL 2014/24/EU an die „Presstext“-Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs an (Urt.

v. 19.06.2008 – C-454/06), allerdings mit substantiellen Änderungen bzw. Erweiterungen.

Vertragsänderungen sind danach zukünftig nur zulässig, wenn einer der in der RL 2014/24/EU aufgeführten Gründe einschlägig ist. Hierzu zählen u.a.:

- Die Vertragsänderung ist im Ursprungsvertrag angelegt.
- Es sind zusätzliche Leistungen erforderlich und ein Auftragnehmerwechsel erscheint nicht opportun.
- Die Änderung ist erforderlich und war unvorhersehbar.
- Aus bestimmten, in der RL 2014/24/EU abschließend aufgezählten Gründen, war ein Austausch des Auftragnehmers erforderlich.
- Es handelt sich um eine Änderung, die - unabhängig von ihrem Wert – nicht wesentlich ist (dies richtet sich weiterhin nach den vom Europäischen Gerichtshof aufgestellten, nun aber kodifizierten Presstext-Kriterien).
- Es handelt sich um eine geringwertige Änderung, ohne dass eine Änderung des Gesamtcharakters des Auftrags stattfindet.

Pflicht zur e-Vergabe

Ein letzter wesentlicher Punkt der neuen RL 2014/24/EU ist die Pflicht zur e-Vergabe. Diese findet sich vor allem in den Art. 22, 35 und 36 der RL. Unter der e-Vergabe versteht man die (vollständig) elektronische Durchführung von Vergabeverfahren. Hierfür bedienen sich Auftraggeber und Bieter einer elektronischen Vergabeplattform. Ziel ist die erhebliche Vereinfachung der Vergabe unter gleichzeitiger Steigerung von Effizienz und Transparenz (vgl. Erwägungsgrund 52 der RL 2014/24/EU).

Während die e-Vergabe bislang nur als optionale Regelung ausgestaltet war, ist sie nunmehr in Art. 22 der RL 2014/24/EU zur verbindlichen Vorgabe geworden. Allerdings existiert für sie eine längere Umsetzungsfrist. Die e-Vergabe soll erst spätestens 30 Monate nach Ablauf der Umsetzungsfrist der RL 2014/24/EU der Grundsatz sein (also spätestens ab Mitte Oktober 2018).

Mit der e-Vergabe wird die elektronische Er- und unentgeltliche Bereitstellung der Vergabeunterlagen, die elektronische Angebotsübermittlung und die (externe) elektronische Kommunikation verpflichtend. Nicht verpflichtend wird jedoch die elektronische Verarbeitung oder Bewertung von Angeboten. Die für die elektroni-

sche Kommunikation zu verwendenden Instrumente und Vorrichtungen sowie ihre technischen Merkmale müssen nichtdiskriminierend und allgemein verfügbar sein. Sofern dies ausnahmsweise nicht möglich sein sollte, müssen alternative Zugänge angeboten werden.

Eine mündliche Kommunikation zwischen Auftraggeber und Bieter bleibt weiterhin möglich, sofern sie keine wesentlichen Bestandteile des Vergabeverfahrens betrifft und ausreichend dokumentiert wird (Art. 22 Abs. 2 der RL 2014/24/EU).

Ausnahmen von der Nutzung elektronischer Kommunikationsmittel sollen in Zukunft nur teilweise möglich sein, insbesondere bei besonders schutzwürdigen, sensiblen Daten oder bei speziellen technischen Voraussetzungen. Die Begründung der Ausnahmen ist dann jedoch in einem Vergabevermerk festzuhalten.

Weitere Neuerungen im Rahmen der e-Vergabe sind die „Elektronische Auktion“ (Art. 35 RL 2014/24/EU), bei der in einem festgelegten Verfahren die Nachbesserung von Angeboten möglich ist, sowie der „Elektronische Katalog“ (Art. 36 RL 2014/24/EU) für den Einkauf von Standardgütern und -leistungen sowie zur Abwicklung von Rahmenverträgen.

Die EU-Kommission wird noch einheitliche technische Standards zur Umsetzung der e-Vergabe vorschreiben. Eine Ermächtigung hierfür enthält Art. 22 Abs. 7 der RL.

Fazit

Die Richtlinie über die öffentliche Auftragsvergabe ist die umfangreichste der drei neuen Richtlinien. Dabei wird insbesondere die Umsetzung der e-Vergabe mit Spannung zu erwarten sein, die jedoch – im Gegensatz zu den übrigen Regelungen der Richtlinie – nicht binnen zwei Jahren umgesetzt werden muss.

Die neue Richtlinie über die Konzessionsvergabe (RL 2014/23/EU)

Überblick

Bei der Richtlinie über die Konzessionsvergabe handelt es sich um ein gänzlich neues, eigenständiges Regelungswerk. Sie ist im Amtsblatt der Europäischen Union am 28.03.2014 (L 94/1) veröffentlicht worden. Wegen des Inkrafttretens und der Umsetzungsfrist in das nationale Recht gilt das oben zur RL 2014/24/EU Gesagte.

In der Öffentlichkeit war die Konzessionsrichtlinie insbesondere durch den politischen Diskurs über die Bereichsausnahme für die Wasserversorgung bekannt geworden (jetzt geregelt in Art. 12 RL 2014/23/EU).

Begriff der Konzession

Bei einer Konzession – in Abgrenzung zum öffentlichen Auftrag – erhält das begünstigte Unternehmen anstelle einer Vergütung für seine Leistungen bzw. zusätzlich zu dieser das befristete Recht zur Nutzung bzw. Verwertung der Leistungen gegenüber Dritten. Dabei trägt das begünstigte Unternehmen das wirtschaftliche Risiko (v.a. das Betriebs- und Einnahmerisiko).

Anwendungsbereich der Konzessionsrichtlinie

War bislang nur die Vergabe von Baukonzessionen vom europäischen (vgl. Art. 56 RL 2004/18/EG) und deutschen (vgl. § 99 Abs. 6 GWB) Vergaberecht erfasst, so sind nunmehr auch Dienstleistungskonzessionen Gegenstand des europäischen Vergaberechts (vgl. vormaligen Ausschluss in Art. 17 RL 2004/18/EG).

Damit sind gemäß Art. 7 i.V.m. Anhang II der RL 2014/23/EU insbesondere auch folgende Leistungen erfasst:

- Netzbetrieb und Einspeisung von Gas und Wärme
- Netzbetrieb und Einspeisung von Elektrizität
- Betrieb von Netzen zur Versorgung der Öffentlichkeit in den Bereichen Schienenverkehr, Straßenbahnen, Trolleybus, Bus oder Kabel
- Nutzung von Terminalanlagen für Luft-, See- oder Binnenschifffahrts-Verkehrsunternehmen, Flughäfen, See- oder Binnenhäfen oder andere Terminaleinrichtungen
- Tätigkeiten im Zusammenhang mit Postdiensten

Art. 10 der RL 2014/23/EU regelt eine Reihe von Konzessionen, die von ihr nicht erfasst sind. Beispielhaft seien hier genannt:

- Konzessionen in den Bereichen Verteidigung und Sicherheit
- Erwerb oder Miete von Grundstücken oder Gebäuden
- Schiedsgerichts-, Schlichtungs- und juristische Dienstleistungen

- Finanzdienstleistungen im Zusammenhang mit Wertpapieren
- Arbeitsverträge
- Luftverkehrsdienste und öffentliche Personenverkehrsdienste

Der Schwellenwert für die Vergabe von Konzessionen aufgrund der RL 2014/23/EU beträgt gemäß Art. 8 EUR 5.186.000,-. Der Schwellenwert wird alle zwei Jahre durch die EU-Kommission überprüft. Zur Ermittlung des Schwellenwertes im Einzelfall treffen Art. 8 Abs. 2 und 3 der RL 2014/23/EU Regelungen. Der vor der Vergabe zu schätzende Wert umfasst dabei sowohl die Einnahmen als auch die zu zahlenden Beträge.

Keine Anwendung auf Wasserkonzessionen

Die neuen Vergaberichtlinien werden aufgrund der Bereichsausnahme in Art. 12 der Konzessionsrichtlinie nicht auf Wasserkonzessionen angewendet. Gleichwohl gelten auch in Zukunft für Wasserkonzessionen die Anforderungen an eine transparente und diskriminierungsfreie Vergabe. Damit finden die Regelungen zur In-House-Vergabe sowie zur interkommunalen Zusammenarbeit der neuen Vergaberichtlinie 2014/24/EU keine unmittelbare Anwendung auf die Vergabe von Wasserkonzessionen. Hier gilt somit die bisherige, oben zitierte Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs („Teckal“, „Stadtreinigung Hamburg“) zunächst fort. Eine Änderung der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs im Hinblick auf die Übertragung der Grundsätze aus den neuen Richtlinien ist aber zu erwarten.

Laufzeit von Konzessionen

Die Regel ist eine Laufzeit von fünf Jahren. Bei Konzessionen mit einer Laufzeit von über fünf Jahren darf die Laufzeit der Konzession nicht länger sein als der Zeitraum, innerhalb dessen der Konzessionsnehmer nach vernünftigem Ermessen die Investitionsaufwendungen für den Betrieb des Bauwerks oder die Erbringung der Dienstleistungen zuzüglich einer Rendite auf das investierte Kapital unter Berücksichtigung der zur Verwirklichung der spezifischen Vertragsziele notwendigen Investitionen wieder erwirtschaften kann (Art. 18 Abs. 2 RL 2014/23/EU).

In-House-Vergabe und interkommunale Zusammenarbeit

Bezüglich der In-House-Vergabe sowie der interkommunalen Zusammenarbeit trifft Art. 17 der RL 2014/23/EU identische Regelungen wie Art. 12 der RL 2014/24/EU.

Vertragsänderungen während der Vertragslaufzeit

Wie bereits die RL 2014/24/EU sieht auch die Konzessionsrichtlinie die ausdrückliche Möglichkeit von Vertragsänderungen während der Vertragslaufzeit vor. Hierzu trifft Art. 43 der RL 2014/23/EU entsprechende Regelungen, die im Wesentlichen sinngemäß den oben bei der RL 2014/24/EU dargestellten entsprechen.

Fazit

Die wesentliche Veränderung zur bisherigen Rechtslage ist die Erfassung von Dienstleistungskonzessionen. Diese waren bisher vom europäischen (und nationalen) Vergaberecht nicht erfasst. Hier ist – von den bestehenden Ausnahmen abgesehen – nun ebenfalls ein förmliches Vergabeverfahren durchzuführen.

Darüber hinaus trifft die Konzessionsrichtlinie detailliertere Regelungen, als sie bislang in der VKR (RL 2004/18/EG) vorgesehen waren (z.B. Verfahrensregelungen, Vorgabe von Eignungs- und Auswahlkriterien sowie Rechtsschutz insbesondere auch bei Dienstleistungskonzessionen). Auch hier kann die Umsetzung in das nationale Recht mit Spannung erwartet werden.

Die neue Sektorenrichtlinie (RL 2014/25/EU)

Überblick

Schließlich noch zu den Änderungen der Richtlinie über die Vergabe von Aufträgen durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie der Postdienste. Sie ist im Amtsblatt der Europäischen Union am 28.03.2014 (L 94/243) veröffentlicht worden. Auch sie tritt am 17.04.2014 in Kraft und ist bis zum 18.04.2016 umzusetzen.

Anwendungsbereich

Die sogenannte „Sektorenrichtlinie“ ist insbesondere für Sektorenauftraggeber von Bedeutung und bleibt damit „lex specialis“ für die Auftragsvergabe von Bauleistungen, Lieferungen oder Dienstleistungen, sofern sie die Bereiche

- Gas und Wärme,
- Elektrizität,
- Wasser,
- Verkehrsleistungen,
- Häfen und Flughäfen,
- Postdienste sowie
- die Förderung von Öl und Gas und Exploration oder Förderung von Kohle oder anderen festen Brennstoffen

betrifft (vgl. Art. 8-14 RL 2014/25/EU).

Dabei sind jedoch die Schwellenwerte des Art. 15 der RL 2014/25/EU zu beachten, die für Bauleistungen – wie auch im sektorenfreien Vergaberecht – bei EUR 5.186.000,- liegen. Bei Liefer- und Dienstleistungsverträgen liegen sie jedoch mit EUR 414.000,- (in Einzelfällen bei sozialen und anderen besonderen Dienstleistungen – vgl. dazu Bereich die Ausführungen zur RL 2014/24/EU – mit EUR 1.000.000,-) deutlich höher.

Wesentliche Änderungen

Viele Regelungsinhalte der Sektorenrichtlinie entsprechen denjenigen der beiden vorgenannten Richtlinien. Allerdings sind naturgemäß Spezialvorschriften für Sektorenauftraggeber enthalten. In weiten Bereichen setzt die Richtlinie Regelungen um, die in der Vergangenheit bereits richterrechtlich, insbesondere durch den Europäischen Gerichtshof, entwickelt worden sind.

Ausblick

Die wesentlichen Änderungen durch die drei Vergaberichtlinien werden einige Bereiche des nationalen Vergaberechts maßgeblich verändern, führen jedoch zu keinem Paradigmenwechsel. Nun ist der nationale Gesetzgeber gefordert, die Änderungen entsprechend umzusetzen.

Das vorliegende „Legal Update“ kann freilich nur einen ersten Überblick bezüglich einer Auswahl von Änderungen geben. GÖRG wird die Umsetzung der Vergabe-

richtlinien in das deutsche Recht weiter begleiten und Sie über die wesentlichen Umsetzungsschritte kontinuierlich informieren.

Hinweis

Dieser Überblick dient ausschließlich der allgemeinen Information und kann konkreten Rechtsrat im einzelnen Fall nicht ersetzen. Sprechen Sie bei Fragen bitte Ihren gewohnten Ansprechpartner der Praxisgruppe Vergaberecht bei GÖRG an: Kersten Wagner-Cardenal unter +49 40 500360-480 bzw. kwagner-cardenal@goerg.de, Dr. Lutz Horn unter +49 69 170000-290 bzw. lhorn@goerg.de, Dr. Christoph Riese unter +49 30 884503-198 bzw. crieese@goerg.de. Informationen zu den Autoren finden Sie auf unserer Homepage www.goerg.de.

Unsere Standorte

GÖRG Partnerschaft von Rechtsanwälten mbB

BERLIN

Klingelhöferstraße 5, 10785 Berlin
Tel. +49 30 884503-0, Fax +49 30 882715-0

ESSEN

Alfredstraße 220, 45131 Essen
Tel. +49 201 38444-0, Fax +49 201 38444-20

FRANKFURT AM MAIN

Neue Mainzer Straße 69 – 75, 60311 Frankfurt am Main
Tel. +49 69 170000-17, Fax +49 69 170000-27

HAMBURG

Dammtorstraße 12, 20354 Hamburg
Tel. +49 40 500360-0, Fax +49 40 500360-99

KÖLN

Kennedyplatz 2, 50679 Köln
Tel. +49 221 33660-0, Fax +49 221 33660-80

MÜNCHEN

Prinzregentenstraße 22, 80538 München
Tel. +49 89 3090667-0, Fax +49 89 3090667-90

