

Das Legislativpaket der EU zum Vergaberecht

– Zur unmittelbaren Anwendbarkeit der Richtlinien
nach dem 31. Januar 2006 –

Informationsveranstaltung der Finanzbehörde
am 19./23. Januar 2006

Überblick

- I. Das Legislativpaket**
- II. Die Umsetzung des Legislativpakets**
- III. Die unmittelbare Anwendbarkeit von Richtlinien**
- IV. Die Regelungen im Einzelnen**
- V. Fazit**



I. Das Legislativpaket

- **„Basisrichtlinie“ 2004/18/EG vom 31.03.2004**
 - fasst die bisher separaten Bau-, Liefer- und Dienstleistungsrichtlinien zusammen
 - http://europa.eu.int/eur-lex/pri/de/oj/dat/2004/l_134/l_13420040430de01140240.pdf
- **„Sektorenrichtlinie“ 2004/17/EG vom 31.03.2004**
 - nur noch eine separate Richtlinie für Sektorauftraggeber
 - http://europa.eu.int/eur-lex/pri/de/oj/dat/2004/l_134/l_13420040430de00010113.pdf

II. Die Umsetzung des Legislativpakets (1)

- **Frist zur Umsetzung bis zum 31.01.2006**
- **Entwürfe des BMWA zur Vereinfachung des VergabeR**
 - für Änderungen im GWB v. 29.03.2005
 - für eine neue Vergabeverordnung (VgV) v. 18.03.2005
- **Ziele der Entwürfe:**
 - 1:1 Umsetzung der Richtlinien in nationales Recht
 - gleichzeitig Vereinfachung und Modernisierung des nationalen Vergaberechts (insbesondere Abschaffung des Kaskadenprinzips)

II. Die Umsetzung des Legislativpakets (2)

- **Verfahren zur Umsetzung seit Juni 2005 unterbrochen**
 - Entwürfe des BMWA waren umstritten (auch zwischen Bundesressorts)
 - Ruhen des Gesetzgebungsverfahrens w/ Neuwahl zum Bundestag
- **Aktuelle Entwicklung (Stand: Januar 2006)**
 - GWB- und VgV-Entwürfe sollen nicht weiter verfolgt werden
 - stattdessen: Umsetzung der RL auf Basis des bestehenden Systems
 - Zeithorizont: 30.06.2006
 - in einem weiteren Schritt Vereinfachung des Vergaberechts unter „Ausschöpfung aller Vereinfachungspotentiale“

III. Die unmittelbare Anwendbarkeit von Richtlinien (1)

- Adressat von RL sind grundsätzlich nur Mitgliedstaaten
- Geltung nur, soweit in nationales Recht umgesetzt
 - Umsetzung durch Gesetz oder Verordnung
 - auch: richtlinienkonforme Auslegung bestehender Regelungen
- unmittelbare Wirkung nur ausnahmsweise

III. Die unmittelbare Anwendbarkeit von Richtlinien (2)

Voraussetzungen für die unmittelbare Geltung einzelner Regelungen

1. nicht rechtzeitige Umsetzung der RL
2. Inhalt der einzelnen Regelung (nicht der gesamten RL)
 - ist hinreichend bestimmt und
 - enthält eine unmittelbare Handlungspflicht für die Beteiligten
 - bspw. nicht bei Ermessen, ob eine Bestimmung der RL in nationales Recht umgesetzt werden soll
3. Wirkung nur zu Gunsten privater Dritter („vertikale Wirkung“)

IV. Einzelne Vorschriften

Hier:

- **Beschränkung auf Regelungen der „Basisrichtlinie“ 2004/18/EG (Basis-RL)**
- **mit Ausnahme des Baubereichs (vgl. hierzu etwa das „Sofortpaket“ des DVA v. 29.11.2005)**

http://www.dstgb.de/vis/home/aktuelles_news/aktuell/dva_sofortpaket_zur_anpassung_der_vob_a/sofortpaket_vob_dezember_2005.pdf

Art. 4: Wirtschaftsteilnehmer

Ohne praktische Bedeutung.

vgl. § 7a Nr. 1 VOL/A

- **Inhalt:**
 - Zurückweisung eines Bieters darf nicht allein auf die – nach nationalem Recht vorgeschriebene – Rechtsform gestützt werden
 - besondere Ausprägung des Gleichbehandlungsgebotes
- **Bewertung:**
 - entsprechende Rechtsformvorschriften gibt es in Deutschland nicht

Art. 7: Schwellenwerte

Nicht unmittelbar anwendbar.

vgl. § 2 VgV

- **Inhalt:**
 - neue Schwellenwerte:
 - Liefer- und Dienstleistungsaufträge: EUR 162.000 / EUR 249.000
 - Bauaufträge: EUR 6.242.000
 - Beträge ergeben sich aus Angleichung an das (WTO-) *Government Procurement Agreement* (GPA)
 - Neufestsetzung alle 2 Jahre (Art. 78 Basis-RL)
- **Bewertung:**
 - Begünstigung der öff. Auftraggeber
 - daher **Unanwendbarkeit** der neuen Schwellenwerte bis zur Umsetzung in nationales Recht

Art. 11: Zentrale Beschaffungsstellen

Nicht unmittelbar anwendbar.

- **Inhalt:**
 - Einsatz von „zentralen Beschaffungsstellen“ nach Art. 11 ausdrücklich zulässig
 - Verbesserung des Wettbewerbs und Rationalisierung des öffentlichen Beschaffungswesens (vgl. Erwägungsgrund 15)
- **Bewertung:**
 - Mitgliedstaat ist bei Umsetzung Ermessen eingeräumt
 - **Folge:** Zulässigkeit von zentralen Beschaffungsstellen richtet sich weiterhin nach altem Recht

Art. 23: Techn. Spezifikationen

Unmittelbar anwendbar.

vgl. ähnlich für bestimmte Erzeugnisse und Verfahren
§ 8 Nr. 3 Abs. 5 VOL/A

- **Inhalt:**
 - Formulierung technischer Spezifikationen muss Hinweis enthalten (Art. 23 Abs. 3 lit. a):
„oder gleichwertig“
 - **Folge:** der von der technischen Spezifikation geforderte Stand kann demnach auch auf andere Weise erfüllt werden
- **Bewertung:**
 - => **Problem:** „Beweislastumkehr“ nach Art. 23 Abs. 4 im Gegensatz zum Untersuchungsgrundsatz vor der Vergabekammer (§ 110 GWB)

Art. 24: Varianten

**Unmittelbar anwendbar,
jedenfalls aber Konkretisierung der Rechtsprechung.**

vgl. § 17 Nr. 3 Abs. 5 VOL/A, § 25 Nr. 4 VOL/A,
§ 9b Nr. 2 S. 2 VOL/A, („Nebenangebote“)

- Inhalt:
 - öffentlichen Auftraggebern wird Ermessen eingeräumt, „Varianten“ (= Nebenangebote) zuzulassen
 - ohne ausdrückliche Zulassung sind Varianten unzulässig
 - sind Varianten zugelassen, sind die Mindestanforderungen hieran anzugeben (Art. 24 Abs. 3)
- Bewertung:
 - Umsetzung der Rspr. des EuGH und nationaler Gerichte
 - EuGH v. 16.10.2003, C-421/01 („Traunfellner“)
 - OLG D‘dorf v. 27.04.2005, Verg 23/05

Art. 24: Varianten (2)

Unmittelbar anwendbar.

- **Inhalt von Art. 24 Abs. 4 S. 2:**
 - keine Zurückweisung eines Nebenangebots / einer Variante mit der Begründung, dass sich der Charakter des Auftrags als Liefer- oder als Dienstleistung ändert
- **Bewertung:**
 - eingeschränkter Anwendungsbereich, da VOL bereits sowohl Liefer- als auch Dienstleistungsaufträge erfasst
 - deshalb lediglich Anwendung bei VOF-Bezug

Art. 26: Bedingungen für die Auftragsausführung

Nicht unmittelbar anwendbar.

- **Inhalt:**
 - betr. zusätzliche Bedingungen für die Ausführung des Auftrags (über Bezug zum Auftragsgegenstand hinaus), insbesondere
 - soziale Aspekte
 - umweltbezogene Aspekte (vgl. Erwägungsgrund 33)
- **Bewertung:**
 - Möglichkeit zur Benennung dieser „vergabefremden Kriterien“ begünstigt Mitgliedstaat und kann Bieter belasten
 - deshalb keine unmittelbare Anwendbarkeit

Art. 29: Wettbewerblicher Dialog

Umsetzung bereits erfolgt.

- **Inhalt:**

- neues Verfahren: „*Nicht offenes Verfahren mit vorgeschaltetem technischen Dialog*“
- anwendbar nur bei „besonders komplexen“ Aufträgen

- **Bewertung:**

- Umsetzung bereits erfolgt (ÖPP-Beschleunigungsgesetz v. 08.09.2005):
 - § 101 Abs. 5 und 6 GWB
 - § 6a VgV
- Erläuterungspapier der Europäische Kommission (beabsichtigt)

Art. 30: Zulässigkeit des Verhandlungsverfahrens (1)

Insoweit nicht unmittelbar anwendbar.

Grundsatz

1. Verhandlungsverfahren ist nur zulässig,

- wenn dies in den geltenden Verdingungsordnungen vorgesehen ist

und

- wenn sich die entsprechende Regelung der Verdingungsordnung auch in der neuen RL wieder findet

2. es gilt die strengere Regelung

Art. 30 Abs. 1 lit. a, Unterabs. 1: Zulässigkeit des Verhandlungsverfahrens (2)

Nicht unmittelbar anwendbar (str.).

Einzelheiten:

Alt: § 3a Nr. 1 Abs. 4 lit. a VOL/A

Neu: Art. 30 Abs. 1 lit. a, Unterabs. 1

Zulässigkeit, wenn nur

- keine ordnungsgemäßen (§ 23 Nr. 1)
- ausgeschlossene (§ 25 Nr. 1)

Angebote

Zulässigkeit, wenn nur

- keine ordnungsgemäßen
- unannehmbare

(i.S.d. Richtlinie) Angebote

- „Ordnungsgemäßheit“ und „Unnehmbarkeit“ richten sich nach der RL
- Folge: § 23 Nr. 1 und § 25 Nr. 1 VOL/A sind auf ihre Vereinbarkeit mit den RL-Vorschriften, insbesondere
 - Art. 4: Wirtschaftsteilnehmer,
 - Art. 24: Varianten (Nebenangebote),
 - Art. 25: Unteraufträge,
 - Art. 27: Bes. Verpflichtungen und
 - Kapitel VII: Verfahrensablauf zu überprüfen
- im Ergebnis ist Vereinbarkeit gegeben

Art. 30 Abs. 1 lit. a, Unterabs. 2: Zulässigkeit des Verhandlungsverfahrens (3)

Nicht unmittelbar anwendbar.

- **Inhalt von Art. 30 Abs. 1 lit. a, Unterabs. 2:**
 - Entbehrlichkeit der Bekanntmachung des Verhandlungsverfahrens bei Beschränkung auf die bisher eingereichten und formal ordnungsgemäßen Angebote
- **Bewertung:**
 - Abs. 1 lit. a Unterabs. 2 entspricht § 3a Nr. 1 Abs. 4 lit. a) VOL/A

Art. 30 Abs. 4 S. 2: Sukzessives Abschichten

Unmittelbar anwendbar.

- Inhalt von Abs. 4 S. 2:
 - sukzessives Abschichten (Verhandlungsverfahren in verschiedenen Phasen)
 - muss in der Bekanntmachung oder den Verdingungsunterlagen angegeben werden
 - Abschichten muss anhand der Zuschlagkriterien erfolgen (vgl. Art. 44 Abs. 4)
- Bewertung:
 - sukzessives Abschichten ist bislang nicht geregelt, aber bereits Praxis
 - Abs. 4 S. 2 unmittelbar anwendbar, da er nicht zu Lasten der Bieter wirkt

Art. 31: Verhandlungsverfahren ohne Bekanntmachung

Teilweise unmittelbar anwendbar.

Grundsatz

1. Verhandlungsverfahren ohne Bekanntmachung ist nur zulässig,
 - wenn dies in den geltenden Verdingungsordnungen vorgesehen ist und
 - wenn sich die entsprechende Regelung der Verdingungsordnung auch in der neuen RL wieder findet
2. es gilt die strengere Regelung

Art. 31: Vf. ohne Bekanntmachung - Einzelheiten -

Nr. 2 (Lieferaufträge)

- lit. a) „Forschung“ und
lit. b) „Nachbestellungen“ bereits in § 3a VOL/A enthalten

=> nicht unmittelbar anwendbar

- Nr. 2 lit. c) „Warenbörse“ und
Nr. 2 lit. d) „Insolvenzmasse“ neu

=> nicht anwendbar, da Beschränkung des Wettbewerbs

Art. 31: Vf. ohne Bekanntmachung - Einzelheiten (Forts.) -

Nr. 4 (Bau- und Dienstleistungsaufträge)

- Inhalt von Art. 31 Nr. 4 lit. a, 2. Alternative:

<u>Alt</u> : § 3a Nr. 2 lit. f VOL/A	<u>Neu</u> : Art. 31 Nr. 4 lit. a, 2. Alt.
Zulässigkeit, wenn zusätzlicher Auftrag „für <i>Verbesserung</i> des ursprünglichen Auftrags erforderlich“	Zulässigkeit, wenn zusätzlicher Auftrag „für <i>Vollendung</i> erforderlich“

- Bewertung:

- Ausnahmetatbestand in RL enger gefasst
- daher durch Beschränkung des Ausnahmetatbestandes mehr Wettbewerb
- **RL daher unmittelbar anwendbar**

Art. 32: Rahmenvereinbarungen

Teilweise unmittelbar anwendbar.

vgl. § 3 Abs. 8 VgV (Sektorenbereich)

- **Inhalt:**
 - Zulässigkeit von Rahmenvereinbarungen
 - Laufzeit darf 4 Jahre grds. nicht überschreiten (Art. 32 Abs. 2)
 - Rahmenvereinbarungen mit mehreren Teilnehmern: mindestens 3 Parteien
- **Bewertung:**
 - Zulässigkeit von Rahmenvereinbarungen richtet sich nach altem Recht
 - Beschränkungen aus der RL (z.B. Laufzeit oder Mindestbeteiligung) anwendbar
 - sorgfältige Prüfung im Einzelfall erforderlich

Art. 33: Dynamische Beschaffungssysteme

Keine unmittelbare Anwendung.

- **Inhalt der Vorschrift:** „elektronisches Warenhaus“
 1. **Einrichtung des Systems (Art. 33 Abs. 3):**
„unverbindliches Angebot“?
 2. **Auftragsvergabe im System mit Aufruf zum Wettbewerb (Art. 33 Abs. 5):** „verbindliches Angebot“?
- **Bewertung:**
 - Mitgliedstaat ist bei Umsetzung Ermessen eingeräumt
 - deshalb keine unmittelbare Anwendung
 - u.U. anders, wenn ein System Art. 33 entspricht

Artt. 35, 36: Bekanntmachungen

Teilweise unmittelbar anwendbar.

vgl. §§ 17a, 28a VOL/A, § 9 Abs. 4 VOF, § 14 VgV

- **Inhalt:**

- verbindliche Bezugnahme auf das „Gemeinsame Vokabular für öffentliche Aufträge“ (CPV, Art. 35)
- Änderungen hins. elektronischer Übermittlung (Art. 36)
- neue Verweise auf Inhalt, Form und Übermittlung der Bekanntmachung (Hinweis auf Standardformulare, Verordnung (EG) Nr. 1564/2005 vom 07.09.2005)

- **Bewertung:**

- CPV unmittelbar und verbindlich anzuwenden
- Art. 36 Abs. 1 und 2 (Veröffentlichung der Bekanntmachung) sind einschl. Verweisnormen unmittelbar anwendbar

Art. 35: Bekanntmachungen (Einzelheiten)

Nicht unmittelbar anwendbar.

vgl. §§ 17a, 28a VOL/A, § 9 Abs. 4 VOF, § 14 VgV

- **Einzelheiten zu Art. 35:**

Art. 35 ist bereits in VOL/A und VOF enthalten oder sonst nicht anwendbar:

- **Abs. 1: „Vorinformation“** => in § 17a Nr. 1 Abs. 1 Nr. 3 VOL/A, § 9 Abs. 4 VOF (richtlinienkonforme Auslegg.)
- **Abs. 2: „Bekanntmachung“** => bereits enthalten in §§ 3a Nr. 1, 17a VOL/A
- **Abs. 3 betr. dynamische Beschaffungssysteme**
=> nicht unmittelbar anwendbar
- **Abs. 4: Bekanntgabe nach Vergabe des Auftrags**
=> bereits enthalten in § 28a VOL/A

Art. 38 Abs. 1: Fristen (1)

Unmittelbar anwendbar.

vgl. § 18, 18a VOL/A,
§ 14 VOF

- Inhalt von Abs. 1:
 - Fristen müssen Komplexität des Auftrags berücksichtigen (Abs. 1)
- Bewertung:
 - Mindestfristen entsprechen § 18a Nr. 1 Abs. 1 (Off. Verfahren) bzw. Nr. 2 Abs. 1 und 2 VOL/A (Nichtoff. Verfahren)
 - Pflicht, im Zweifel längere als die in Art. 38 festgelegten Mindestfristen zu wählen (vgl. § 18 Nr. 1 Abs. 1 VOL/A)
 - **unmittelbar anwendbar, da Begünstigung der Bieter**

Art. 38 Abs. 7: Fristen (2)

Auch insoweit unmittelbar anwendbar.

vgl. § 18a Nr. 1 Abs. 3 u. Nr. 2 Abs. 4 VOL/A,
§ 14 Abs. 4 VOF

- **Inhalt von Abs. 7:**
 - Verlängerung der Angebotsfristen („... sind zu verlängern“), wenn Unterlagen nicht rechtzeitig zugesandt wurden
- **Bewertung:**
 - bisher begrenzt auf bestimmte Fälle (Ortsbesichtigung, Einsichtnahme, Umfang der Angebotsunterlagen)
 - nunmehr „aus welchem Grund auch immer“ (= auch höhere Gewalt, z.B. Poststreik)
 - **unmittelbar anwendbar, da Begünstigung der Bieter**

Art. 38 Abs. 5, 6 und 8: Fristen (3)

Nicht unmittelbar anwendbar.

vgl. § 18a Nr. 2 Abs. 2 VOL/A,
§ 14 Abs. 1 VOF

- **Inhalt der Abs. 5, 6 und 8:**
 - Verkürzung von Fristen bei elektronischer Bekanntmachung um 7 Tage (Abs. 5)
 - Verkürzung von Fristen bei elektronischer Veröffentlichung der Verdingungsunterlagen um 5 Tage (Abs. 6)
 - kurze Fristen bei besonderer Dringlichkeit (Abs. 8)
- **Bewertung:**
 - Abs. 5 und 6 nicht unmittelbar anwendbar, da Verkürzung von Bieterrechten
 - Abs. 8 (besondere Dringlichkeit) entspricht bereits § 18a Nr. 2 VOL/A

Art. 40: Aufforderung zur Angebotsabgabe etc.

Teilweise unmittelbar anwendbar.

- Abs. 4:
 - Verkürzung der Frist für die Übermittlung von Unterlagen im nichtoffenen Verfahren auf 4 Tage
 - nicht unmittelbar anwendbar, da nachteilig für Bieter
- Abs. 5:
 - Aufforderung zur Angebotsabgabe, zur Verhandlung oder zur Teilnahme am wettbewerblichen Dialog muss enthalten
 - lit. a: Hinweis auf Bekanntmachung
 - lit. e: ggf. Gewichtung der Zuschlagkriterien (vgl. Art. 53 Abs. 2 Basis-RL)
 - **unmittelbar anwendbar**

Art. 41: Unterrichtung der Bieter (1)

Insoweit nicht unmittelbar anwendbar.

vgl. § 26a VOL/A, § 17 Abs. 5 VOF,
§ 13 VgV

- **Inhalt:**
 - Unterrichtung über Vertragschluss (Art. 41 Abs. 1)
 - Unterrichtung über Verzicht auf die Vergabe (Art. 41 Abs. 1)
- **Bewertung:**
 - Unterrichtung über beabsichtigten Vertragschluss bereits umgesetzt in **§ 13 VgV**
=> keine unmittelbare Anwendbarkeit
 - Unterrichtung über Verzicht auf die Vergabe umgesetzt in **§ 26a VOL/A und 17 Abs. 5 VOF**
=> keine unmittelbare Anwendbarkeit

Art. 41: Unterrichtung der Bieter (2)

Insoweit unmittelbar anwendbar.

§§ 27, 27a VOL/A,
§ 13 VgV

- **Inhalt von Abs. 2:**

- auf Verlangen unterrichtet der Auftraggeber die Bieter [...] „unverzüglich“ über die Merkmale und Vorteile des ausgewählten Angebots

- **Bewertung:**

- Abs. 2 geht insoweit über § 13 VgV und insbesondere über §§ 27, 27a VOL/A („unverzüglich“) hinaus
- unmittelbar anwendbar

Art. 42: Mitteilungen

Unmittelbar anwendbar.

- Inhalt:
 - Konkretisierung des Grundsatzes der Nichtdiskriminierung in Bezug auf
 - Abs. 2 (Kommunikationsmittel allgemein) und
 - Abs. 4, 5 (elektronische Übermittlung)
- Bewertung:
 - **unmittelbar anwendbar** (soweit erforderlich als spezielle Ausformulierung des Diskriminierungsverbots)

Art. 42 Abs. 6: Telefonische Teilnahmeanträge

Unmittelbar anwendbar.

vgl. § 14 Abs. 2 S. 2 VOF

- Inhalt von Abs. 6:
 - telefonische Teilnahmeanträge müssen nicht mehr notwendig per Brief bestätigt werden („schriftlich“ i.V.m. Art. 1 Abs. 12 der RL)
- Bewertung:
 - **unmittelbar anwendbar**

Art. 43: Inhalt des Vergabevermerks (1)

Unmittelbar anwendbar.

vgl. § 30 VOL/A, § 30a VOL/A,
§ 18 VOF

- **Inhalt:**
 - detaillierte Festlegung des Mindestinhalts des Vergabevermerks
- **Bewertung:**
 - unmittelbar anwendbar
 - im Wesentlichen aber keine gesteigerten Anforderungen gegenüber den nach altem Recht (Rspr.) bereits bestehenden Dokumentationspflichten
 - vgl. hierzu ausführlich OLG Bremen v. 14.04.2005, Verg 1/05 (VergabeR 2005, 537)

Art. 43: Inhalt des Vergabevermerks (2)

Vgl. § 30 VOL/A, § 18 VOF:

„Über die Vergabe ist ein Vermerk zu fertigen, der

- die einzelnen Stufen des Verfahrens
- die Maßnahmen, die Feststellung sowie die Begründung der einzelnen Entscheidung enthält.“

Art. 43: Inhalt des Vergabevermerks (3)

**Zu nennen sind „mindestens“
(vgl. § 30a VOL/A „Meldepflichten“):**

- a) Name / Anschrift des Auftraggebers
- b) Gegenstand und Wert des Auftrags
- c) Namen der nichtberücksichtigten Bewerber und Gründe für die Ablehnung
- d) Gründe für die Ablehnung ungewöhnlich niedriger Angebote
- e) Namen des erfolgreichen Bieters und die Gründe für die Auswahl sowie Anteil der Nachunternehmerbeauftragung
- f) + g) Begründung für die Wahl der Verfahrensart (insbes. Verhandlungsverfahren, Wettbewerblicher Dialog)
- h) Gründe für Verzicht auf Auftragsvergabe

Art. 44 Abs. 2: Eignung der Teilnehmer

Unmittelbar anwendbar.

vgl. § 97 Abs. 4 GWB

- **Inhalt von Abs. 2:**

- Mindestanforderungen an die Leistungsfähigkeit müssen mit dem Auftragsgegenstand zusammenhängen

- **Bewertung:**

- entspr. Bezugnahme fehlt in § 97 Abs. 4 GWB:
(Fachkunde, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit)
- RL entspricht EuGH-Rspr. (17.09.2002, C-513/99 „Concordia“)
- **unmittelbar anwendbar**

Art. 44 Abs. 3: Anzahl der Teilnehmer

Unmittelbar anwendbar.

vgl. § 7 Nr. 2 Abs. 2 VOL/A
§ 10 Abs. 2 VOF

- **Inhalt von Abs. 3:**
 - Mindestanzahl Bewerber bei Begrenzung
 - Nichtoffenes Verfahren: 5 (bislang 3, § 7 Nr. 2 Abs. 2 VOL/A)
 - Verhandlungsverfahren und Wettbew. Dialog: 3 (vgl. § 10 Abs. 2 VOF)
 - Begrenzung nach objektiven u. nichtdiskriminierenden Kriterien
- **Bewertung:**
 - Mindestzahl strenger als § 7 VOL/A (vgl. auch § 10 Abs. 2 VOF)
 - **unmittelbar anwendbar**

Art. 45: Ausschluss w/ Verurteilung

Entfaltet „mittelbare Wirkung“

vgl. § 7 Nr. 5 lit. c VOL/A,
§ 11 lit. b VOF

- **Inhalt:**
 - Abs. 1 schreibt bei bestimmten Delikten Ausschluss zwingend vor
 - Schwelle: Kenntnis von der Verurteilung
- **Bewertung:**
 - zwar nicht unmittelbar anwendbar, da „nachteilige“ Wirkung jedenfalls für die betroffenen (verurteilten) Bieter
 - aber: richtlinienkonforme Auslegung bestehender Vorschriften
 - hierzu gibt es eine hamburgische Richtlinie über schwere Verfehlungen
 - **Art. 45 Abs. 1 fließt dort in das Ermessen ein**

Art. 46: Befähigung zur Berufsausübung

u.U. unmittelbar anwendbar.

§ 7a Nr. 2 Abs. 5 VOL/A

- **Inhalt:**
 - Nachweis der Befähigung zur Berufsausübung
- **Bewertung:**
 - Regelung entspricht § 7a Nr. 2 Abs. 5 VOL/A
 - nunmehr aber auch Erklärung unter Eid statt Vorlage eines Eintragungsnachweises möglich

Art. 47: Generalübernehmer / -unternehmer

Unmittelbar anwendbar.

vgl. § 4 Abs. 4 u. 5 VgV
(nach ÖPP-Beschleunigungsgesetz)

- **Inhalt:**
 - Bieter „kann sich [...] auf die Kapazitäten anderer Unternehmen [...] stützen“ (Art. 47 Abs. 2)
 - er muss lediglich nachweisen, dass er über die erforderlichen Mittel zur Auftragserfüllung verfügt (z.B. Vorlage von Zusagen, Verträgen etc.)
- **Bewertung:**
 - soweit erkennbar besteht kein Eigenleistungserfordernis mehr (vgl. hierzu § 4 Nr. 8 VOB/B)
 - außerhalb der VOB/B ist diese Frage umstritten, insbes. ob der Auftraggeber einen besonderen Eigenleistungsanteil verlangen darf (s. VgK der Finanzbehörde Hamburg v. 21.04.2004, VgK FB 1/04; vgl. auch § 4 Nr. 1 Abs. 1 und Nr. 4 VOL/B)

Artt. 49, 50: Qualitätssicherungs- und Umweltmanagementnormen

Unmittelbar anwendbar.

- **Inhalt:**
 - verlangt ein Auftraggeber Nachweise über die Einhaltung von Qualitätssicherungs- (Art. 49) und Umweltmanagementverfahren (Art. 50), muss er zwingend auf entsprechende Normen und anerkannte Verfahren (z.B. EMAS) Bezug nehmen
 - „oder gleichwertig“
- **Bewertung:**
 - Konkretisierung zu Art. 23 Abs. 3 lit. a Basis-RL („Technische Spezifikationen“)

Art. 53: Vergabekriterien (1)

Teilweise unmittelbar anwendbar.

vgl. § 9a VOL/A

- **Inhalt:**
 - Verpflichtung zur Angabe in der Bekanntmachung oder den Verdingungsunterlagen, wie die einzelnen Zuschlagskriterien gewichtet werden
 - ggf. ist die Angabe einer Marge zulässig
 - wenn Gewichtung nicht angegeben werden kann, dann wenigstens Reihenfolge der Bedeutung
- **Bewertung:**
 - Vorschrift geht über § 9a VOL/A hinaus
 - Anwendung entbehrlich, wenn ausschließlich der günstigste Preis ausschlaggebend ist (aber § 97 Abs. 5 GWB)

Art. 53: Vergabekriterien (2)

Bislang z.B.:

Zuschlagskriterien sind:

- Preis
- Qualität
- Personal
- Service

Jetzt z.B.:

Zuschlagskriterien sind:

- Preis 50 %
ggf. 40-60 %
- Qualität 30 %
ggf. 20-30 %
- Personal 10 %
ggf. 5-15 %
- Service 10 %
ggf. 5-15 %

Art. 53: Vergabekriterien (3)

- nicht zulässig ist die Angabe einer „unangemessenen Marge“
- Bsp.: Preis 30-80 %
- die Ausfüllung und Verfeinerung in der Bekanntmachung schon benannter Zuschlagskriterien – etwa durch Unterkriterien – in den Verdingungsunterlagen erscheint möglich

(vgl. VK Sachsen v. 17.06.2005, 1/SVK/058/05)

Art. 53: Vergabefremde Aspekte

Nicht unmittelbar anwendbar.

- **Inhalt:**

- Art. 53 Abs. 1 lit. a) lässt Umwelteigenschaften ausdrücklich als Vergabekriterium zu

- **Bewertung:**

- potentielle Belastung der Bieter, daher unmittelbare Anwendung
- Berücksichtigung von Umwelteigenschaften richtet sich daher nach altem Recht

Art. 54: Elektronische Auktionen

Nicht unmittelbar anwendbar.

- **Inhalt:**
 - Einführung des neuen Vergabeverfahrens der „elektronischen Auktion“
- **Bewertung:**
 - Regelung räumt Mitgliedstaaten Ermessen bei der Umsetzung ein
 - nicht anwendbar

Art. 55: Staatliche Beihilfen

Ggf. unmittelbar anwendbar.

vgl. § 25 Nr. 2 Abs. 2 VOL/A,
§ 16 VOF

- **Inhalt von Abs. 3:**
 - Regelung zum Ausschluss bei Erhalt einer staatlichen Beihilfe
 - Bieter kann ausgeschlossen werden, wenn er nicht nachweisen kann, dass die Beihilfe rechtmäßig gewährt wurde

= Beweislastumkehr
- **Bewertung:**
 - Beweislastumkehr wirkt zu Lasten des Bieters
=> nicht unmittelbar anwendbar
 - Auftraggeber müssen daher selber prüfen

V. Fazit (1)

Übersicht über die wesentlichen unmittelbar anwendbaren Regelungen

- **Art. 23 Abs. 3 lit. a: Technische Spezifikationen**
- **Art. 32: Rahmenvereinbarungen**
- **Art. 36: Bekanntmachungen => neue Formulare**
- **Art. 38 Abs. 1 und 7: Länge der Fristen**
- **Art. 43: (Mindest-) Inhalt des Vergabevermerks**
- **Art. 44 Abs. 2: Eignung der Teilnehmer**
- **Art. 44 Abs. 3: Anzahl der Teilnehmer im Nichtoffenen Vf.**
- **Art. 53: Angabe der Gewichtung der Vergabekriterien**

V. Fazit (2)

- **viele kleine Änderungen**
- **u.U. Gefährdung des Vergabeverfahrens bei Nichtbeachtung**
- **unmittelbare Anwendung kann teilweise umstritten sein:
Rechtssicherheit erst nach Umsetzung in nationales Recht**
- **Keine Regelungen zu**
 - Inhouse-Vergaben
 - ÖPP (PPP), insbesondere institutionalisierten ÖPP
 - Gesamtvergabe von Planungs- und Bauleistungen
 - Kooperationen zwischen Verwaltungen

Vielen Dank.



Weitere Informationen

Literatur:

- Müller-Wrede, Unmittelbare Anwendbarkeit der Richtlinie 2004/18/EG, VergabeR 6/2005, S. 693-707

Ansprechpartner:

- Finanzbehörde, Referat 113,
Joerg.Arzt-Mergemeier@fb.hamburg.de, Tel. 428.23-2463,
Andrea.Hein@fb.hamburg.de, Tel. 428.23-1366.