

Newsletter

Editorial

Liebe Leserinnen, liebe Leser,

in unserer Serie zum neuen Vergaberecht informieren wir Sie in insgesamt elf kurzen Artikeln über die wichtigsten Änderungen und Neuerungen des EU-Vergaberechts, die am 18. April 2016 in Kraft getreten sind. In diesem vorletzten Teil erläutern wir die erstmalige Kodifizierung der Voraussetzungen für vom Vergaberecht ausgenommene Kooperationen der öffentlichen Hand. Zudem widmen wir uns den Möglichkeiten und Grenzen von Auftragsänderungen nach Zuschlagserteilung.

Wir wünschen Ihnen eine gewinnbringende Lektüre. Für Fragen, Anregungen oder Vertiefungen stehen Ihnen die Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte an unseren Standorten jederzeit gerne zur Verfügung.

Mit freundlichen Grüßen

Hans Georg Neumeier

Rechtsanwalt, Fachanwalt für Verwaltungsrecht,
Leiter der Praxisgruppe Öffentliches Recht/Vergaberecht

Inhaltsverzeichnis

**VERGABERECHTSREFORM 2016:
DIE WICHTIGSTEN NEUERUNGEN IM ÜBERBLICK (V)**

1. Inhouse-Geschäfte und Interkommunale Kooperationen	Seite 1
2. Änderung bestehender Aufträge	Seite 2
3. Vorschau	Seite 2

1. Inhouse-Geschäfte und Interkommunale Kooperationen

In § 108 GWB sind unter dem Oberbegriff der „öffentlich-öffentlichen Zusammenarbeit“ erstmals die in der Rechtsprechung entwickelten Rechtsinstitute der „Inhouse-Vergabe“ und der „horizontalen Kooperation“ kodifiziert, welche von der Anwendung des Vergaberechts ausgenommen sind. Im Rahmen der gesetzgeberisch verfolgten Eins-zu-eins-Umsetzung der neuen EU-Vergaberichtlinien und in Einklang mit der Rechtsprechung liegt gemäß § 108 Abs. 1 Nr. 1-3 GWB ein vergaberechtsfreies Inhouse-Geschäft weiterhin vor, wenn folgende Voraussetzungen erfüllt sind:

1. Der öffentliche Auftraggeber muss über das zu beauftragende Unternehmen eine Kontrolle ausüben wie über eine eigene Dienststelle („Kontrollkriterium“).
2. Das zu beauftragende Unternehmen muss seine Tätigkeit im Wesentlichen für den öffentlichen Auftraggeber verrichten, der seine Anteile innehat („Wesentlichkeitskriterium“).
3. Kein Privater darf am Kapital des zu beauftragenden Unternehmens beteiligt sein.

Eine wichtige Konkretisierung des vom EuGH entwickelten Wesentlichkeitskriteriums findet sich in § 108 Abs. 1 Nr. 2 GWB: Nach der bisherigen strengen Linie des EuGH durfte das Inhouse-Unternehmen nur in sehr begrenztem, rein nebensächlichem Umfang für dritte Auftraggeber tätig werden, wobei eine Fremdauftragsquote bis zu 10 Prozent für zulässig erachtet wurde (EuGH, Urteil vom 19.04.2007 – C-295/05 – „Asemfo“). Durch die Ausdehnung der zulässigen Fremdauftragsquote auf 20 Prozent wird der Gestaltungsspielraum der öffentlichen Auftraggeber erheblich erweitert.

Rechtssicherheit schafft § 108 Abs. 3 GWB dabei auch für weitere, bislang umstrittene Konstellationen. So sind künftig Inhouse-Beauftragungen von öffentlichen Auftraggebern sowohl durch deren Tochtergesellschaften als auch zwischen Schwesterunternehmen weitgehend zulässig. Zudem schärft § 108 Abs. 4, Abs. 5 GWB die Konturen für eine gemeinsame Beherrschung durch mehrere öffentliche Auftraggeber.

Die Voraussetzungen für eine – vergaberechtsfreie – horizontale Kooperation zwischen zwei oder mehreren öffentlichen Auftraggebern sind in § 108 Abs. 6 GWB in Anlehnung an die Rechtsprechung des EuGH kodifiziert worden. Die Ausnahmebestimmung betrifft (ausschließlich) Kooperationen auf vertraglicher Grundlage zur gemeinsamen Erbringung von öffentlichen Aufgaben.



Julian Polster,
Rechtsanwalt,
BEITEN BURKHARDT
Rechtsanwaltsgesellschaft mbH,
Düsseldorf



Sascha Opheys,
Rechtsanwalt,
BEITEN BURKHARDT
Rechtsanwaltsgesellschaft mbH,
Düsseldorf

2. Änderung bestehender Aufträge

Im Anschluss an die wegweisende „Presstext“-Entscheidung des EuGH (Urteil vom 19.06.2008 – C-454/06) haben sich auch die nationalen Nachprüfungsinstanzen regelmäßig mit der praxisrelevanten Frage befasst, wann die Änderung eines bestehenden Vertrags eine erneute Pflicht zur Ausschreibung nach sich zieht. In Übereinstimmung mit dieser Rechtsprechung definiert § 132 Abs. 1 GWB die „wesentliche Auftragsänderung“ als einen Vorgang, der dazu führt, dass sich der öffentliche Auftrag erheblich von dem ursprünglich vergebenen Auftrag unterscheidet. Dies ist nach den in § 132 Abs. 1 GWB genannten Fallgruppen der Fall, wenn die Änderung:

- Bedingungen einführt, die die Zulassung anderer als der ursprünglich zugelassenen Bieter oder die Annahme eines anderen als des ursprünglich angenommenen Angebots ermöglichen hätten;
- den Auftrag in großem Umfang auf ursprünglich nicht vorgesehene Leistungen erweitert oder
- das wirtschaftliche Gleichgewicht des Vertrags in einer im ursprünglichen Auftrag nicht vorgesehenen Weise zu Gunsten des Auftragnehmers ändert.

Zudem ist auch der Austausch des Auftragnehmers eine wesentliche Änderung, wenn dies nicht nach § 132 Abs. 2 Nr. 4 GWB ausnahmsweise zulässig ist.

Um diesen unbestimmten Fallgruppen eine Kontur zu geben und zusätzliche Rechtssicherheit zu schaffen, werden diese Fallgruppen in § 132 Abs. 2 - 5 GWB durch einen ausführlichen Rechtsrahmen präzisiert. Das „Herzstück“ der Vorschrift liegt in den Absätzen 2 und 3. Sie bestimmen unbeschadet von Absatz 1, unter welchen Bedingungen keine erneute Ausschreibung erforderlich ist. Eine Ausschreibung entfällt nach § 132 Abs. 2 und Abs. 3 GWB, wenn;

- die Auftragsänderung in den ursprünglichen Vergabeunterlagen angelegt ist, etwa in Form von klaren und präzisen Überprüfungsklauseln oder Optionen (§ 132 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 GWB);
- ein Wechsel des Auftragnehmers aus wirtschaftlichen oder technischen Gründen nicht erfolgen kann und mit erheblichen Schwierigkeiten oder beträchtlichen Zusatzkosten verbunden wäre (§ 132 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 GWB);
- der Auftraggeber die Auftragsänderung im Rahmen seiner Sorgfaltspflicht nicht vorhersehen konnte (§ 132 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 GWB);
- der Wert der Änderung die europäischen Schwellenwerte nicht überschreitet und zudem nicht mehr als 10 Prozent des ursprünglichen Auftragswerts bei Liefer- und Dienstleistungsaufträgen bzw. 15 Prozent bei Bauaufträgen beträgt (§ 132 Abs. 3 GWB).

Die beiden letzten Absätze des § 132 GWB regeln verschiedene Details zur Berechnung der Wertgrenzen und normieren Transparenzpflichten.



Sascha Opheys,
Rechtsanwalt,
BEITEN BURKHARDT
Rechtsanwaltsgesellschaft mbH,
Düsseldorf

3. Vorschau

In dem nächsten Newsletter geht es im letzten Teil um die Besonderheiten bei der Vergabe von sozialen und anderen besonderen Dienstleistungen.

Die bisherigen Newsletter in unserer Reihe zum neuen Vergaberecht können Sie durch Klicken der Links hier abrufen:

[Teil 1:](#) Struktur des neuen Vergaberechts/eVergabe;

[Teil 2:](#) Änderungen an den Verfahrensarten und bei den Fristen;



Teil 3: Neue Anforderungen an die Eignung/Einheitliche Europäische Eigenerklärung sowie Ausschluss von Bietern und Wiedermehrung nach Selbstreinigung;

Teil 4: Nachforderung von Unterlagen/Sekundärzwecke im Vergabeverfahren.

Hinweise

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 Stephan.Rechten@bblaw.com) oder sonst gegenüber BEITEN BURKHARDT widersprechen.

© BEITEN BURKHARDT Rechtsanwaltsgesellschaft mbH.
Alle Rechte vorbehalten 2016.

Impressum

BEITEN BURKHARDT Rechtsanwaltsgesellschaft mbH
(Herausgeber)

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

Weitere Informationen (Impressumsangaben) unter:
www.beitenburkhardt.com/impressum

Redaktion (verantwortlich)

Stephan Rechten,
Rechtsanwalt



Weitere interessante Themen und Informationen zum Vergaberecht finden Sie in unserem Onlinebereich.

BEITEN BURKHARDT · RECHTSANWALTSGESELLSCHAFT MBH

NÜRNBERG · OSTENDSTRASSE 100 · 90482 NÜRNBERG · TEL.: +49 911 27971-31 · BERTHOLD F. MITRENGA · BERTHOLD.MITRENGA@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

BERLIN · KURFÜRSTENSTRASSE 72-74 · 10787 BERLIN · TEL.: +49 30 26471-0 · FRANK OBERMANN · FRANK.OBERMANN@BBLAW.COM
STEPHAN RECHTEN · STEPHAN.RECHTEN@BBLAW.COM

DÜSSELDORF · CECILIENALLEE 7 · 40474 DÜSSELDORF · TEL.: +49 211 518989-0 · JULIAN POLSTER · JULIAN.POLSTER@BBLAW.COM
TIMM R. MEYER · TIMM.MEYER@BBLAW.COM

FRANKFURT AM MAIN · WESTHAFEN TOWER · WESTHAFENPLATZ 1 · 60327 FRANKFURT AM MAIN · TEL.: +49 756095-457
DR. HANS VON GEHLEN · HANS.VONGEHLEN@BBLAW.COM