

Streitgespräch:  
Vergaberechtsreform

## „Es wird eine Zeit brauchen, bis man sich daran gewöhnt hat“



**Andrea Rosenauer,**  
Leiterin des Referats Justitiariat,  
Kartell- und Vergaberecht im  
Ministerium für Finanzen und  
Wirtschaft Baden-Württemberg



**Alexander Hübner,**  
Rechtsanwalt und Partner bei  
Haver & Mailänder Rechtsanwälte,  
Stuttgart

Die Umsetzung der EU-Vergaberichtlinien in deutsches Recht wird am 18. April rechtskräftig. Dies ist Anlass für eine kritische Einordnung zweier Experten.

**Staatsanzeiger:** *Eines der Ziele der Vergaberechtsreform ist die Vereinfachung. Wird es angesichts etwa von komplett neuen Formularen und Paragraphen sowie der gestiegenen Komplexität verfehlt?*

**Andrea Rosenauer:** In der Tat könnte sich dieser Eindruck aufdrängen, weil das Gesetzesmaterial sehr umfangreich ist. Auf der anderen Seite hatten wir drei sehr umfangreiche und detaillierte EU-Richtlinien. Das Ergebnis ist ein guter Kompromiss zwischen allen Interessen und dem, was wir umsetzen mussten. Wir haben auch die berühmte Kaskade teilweise aufgehoben, das heißt, es gibt außer für den Baubereich nur noch eine Zweistufigkeit. Der Anwender muss nicht mehr so viel suchen, welche Vorschrift einschlägig ist. Aber es wird eine Zeit brauchen, bis man sich daran gewöhnt hat. **Alexander Hübner:** Also, ein bisschen brauchen, bis man sich dran gewöhnt, davon würde ich bei 90 Seiten deutschem und EU-Gesetzestext nicht sprechen (lacht). Ich erlebe es bei der Schulung von Beteiligten am Vergabeverfahren in den letzten Monaten, dass man sich doch mit dieser Menge an Normen sehr schwertut. Sie sind teilweise völlig neu gestaltet oder in eine neue Systematik gebracht worden. Der Effekt ist erschlagend. Gerade für Bieter, die nicht täglich mit öffentlichen Aufträgen zu tun haben, weil sie auch in privaten Märkten unterwegs sind.

**Wird die Bieterseite vernachlässigt?**

**Hübner:** Ich habe mir mal angeschaut, was sich die Kommission 2014, als die EU-Richtlinien verabschiedet wurden, gedacht hat,

wem die Vereinfachung, Flexibilisierung und Modernisierung zugute kommt. Sie stellt auf ihrer Homepage zehn Punkte dar, die neu, gut und fortschrittlich sein sollen. Für Bieter ist da genau ein Punkt von Interesse. Alles andere ist aus Sicht der Auftraggeberseite.

**Sind die Vergabestellen vorbereitet?**

**Rosenauer:** Wir warten noch auf die Vergabeverordnung, die ja der Hauptanwendungsbereich sein wird. Wir müssen noch die neuen Formulare erstellen, das wird ein paar Wochen dauern, bis alles wieder rund laufen wird. Auf der anderen Seite dürfte das aber keine so großen Auswirkungen haben, weil das neue Vergaberecht ja nur für die Oberschwelle gilt. Die deutliche Mehrheit der Aufträge, etwa 87 Prozent, sind in der Unterschwellen. Und da wird sich vorerst nichts ändern.

**Für das Massengeschäft im Unterschwellenbereich gelten weitere andere Regeln. Wie beurteilen Sie diese Diskrepanz?**

**Rosenauer:** Es war einfach nicht anders zu machen. Wir haben das in unseren Baden-Länder-Arbeitsgruppen immer wieder angesprochen. Der Bund hätte es einfach nicht geschafft, gleichzeitig auch das Unterschwellenrecht zu reformieren. Wir hoffen, dass wir noch in diesem Jahr einen entsprechenden Vorschlag haben.

**Hübner:** Die Bieter schauen traditionell mit großer Sorge darauf. Wir zählen auf den Tag, an dem der EuGH feststellt, dass das europäische Primärrecht auch in Bieterrechtsschutz umgesetzt werden muss. Das hat sich die EU-Kommission auf die Agenda gesetzt.

**Ein weiteres Ziel ist es, die Beteiligung von kleinen und mittleren Unternehmen zu erleichtern. Wird es gelingen?**

**Rosenauer:** Aus unserer Sicht war



Von der EU kam der Anstoß: Die neuen Vergaberichtlinien sind in deutsches Recht umgesetzt und gelten ab 18. April. FOTO: DPA

## Schritte der Modernisierung des Vergaberechts

Die größte Reform des EU-Vergaberechts seit 2004 in Deutschland Gestalt:

- 18.11.2014: Eckpunktepapier des Bundesministeriums für Wirtschaft und Energie (BMWi)
- 30.4.2015: Referentenentwurf

- 6.7.2015: erster Gesetzentwurf der Bundesregierung
- 20.1.2016: Verabschiedung durch Bundeskabinett
- 18.3. 2016: Zustimmung Bundesrat
- 18.4. 2016: Inkrafttreten

Deutschland durch die losweise Vergabe schon immer der Vorreiter. Wir haben in Baden-Württemberg schon länger in unserer Verwaltungsvorschrift Beschaffung 18 Möglichkeiten für die mittelstandsfreundliche Vergabe aufgezeigt. Wir hoffen, dass das in der Praxis umgesetzt wird. Und ich glaube auch, dass das viele tun. Das neue EU-Vergaberecht bringt da nicht viel Neues.

**Also keine Erleichterung?**

**Rosenauer:** Erleichtert wird der Nachweis der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit. Künftig wird es dafür eine Höchstgrenze geben. Die EU erhofft sich auch von der Wahlmöglichkeit zwischen offenem und nicht-offenem Verfahren, die gleichgestellt werden, dass sich kleine und mittlere Unternehmen mehr beteiligen werden. Weil

sie nicht diesen ganzen Aufwand haben, sofort ein komplettes Angebot zu erstellen.

**Hübner:** Das halte ich auch eher für ein zweiseitiges Schwert. Denn wir haben neuerdings Regelungen, die für den Regelfall den Nachweis der finanziellen Leistungsfähigkeit auf das Doppelte des geschätzten Auftragswerts beschränken. Aber auch da gibt es den berühmten Satz zwei. Ausnahmen sind natürlich zulässig, wenn ein Auftraggeber es im konkreten Ausschreibungsfall für angemessen hält, mehr zu fordern. Auf alle Fälle sind die Regelungen wortreicher geworden und besser verständlich geworden, von daher muss man eine Lanze brechen für das neue Vergaberecht. Aber man hätte auch denjenigen, die nicht so gerne lesen, entgegenkommen müssen.

**Verwirklicht nicht die Einheitliche Europäische Eigenerklärung eine Erleichterung?**

**Hübner:** Das ist die Monstranz, die die Kommission als große Bietererleichterung vor sich hergetragen hat. Sie soll Bieter in den verkürzten Angebotsfristen die Möglichkeit geben, sich auf die Angebotskalkulation zu konzentrieren. Wir reden über im Regelfall zehn Tage weniger, in Zeiten, in denen es schon bisher nicht leicht war, ein Angebot in 45 Tagen zu erstellen. Man sagt, die Nachweise für Eure Bietererlegung, die müsst Ihr im ersten Schritt nur formulärmäßig behaupten, also nur ankreuzen. Erst mal muss man sich aber an dieses 13-seitige fürchterliche Formular mit vier Seiten Anleitung, wie man das auszufüllen hat, gewöhnen. Es ist gut gemeint und wird nach einer Gewöhnungsphase zu einer Standardisierung führen.

Das Gespräch führte  
**Ulrike Raab-Nicolai**

**MEHR ZUM THEMA**

Eine Langfassung des Interviews lesen  
Sie ab 16. April unter:  
[www.staatsanzeiger.de](http://www.staatsanzeiger.de)

Ausschluss  
gebrauchter  
Software hinfällig

MÜNSTER. Öffentliche Auftraggeber dürfen bei Ausschreibungen Anbieter gebrauchter Lizenzen nicht diskriminieren. Dies entschied die Vergabekammer (VK) Westfalen in einem Verfahren gegen den Kreis Steinfurt, gegen den sich ein Händler gebrauchter Software gewehrt hatte. Der Kreis hatte den Kauf von 1500 Microsoft-Office-Lizenzen ausgeschrieben. Obwohl gebrauchte Lizenzen günstiger sind als neue, waren sie ausdrücklich ausgeschlossen.

„Gebrauchte Software mit einer gebrauchten Lizenz ist von der Neufassung nicht zu unterscheiden“, heißt es in der Begründung der VK. Der Europäische Gerichtshof und der Bundesgerichtshof hätten klargestellt, dass der Handel mit gebrauchter Software rechtlich nicht zu beanstanden sei. Klauseln in Verträgen, die den Weiterverkauf der Software verbieten, seien unwirksam. (raab)

ÖPNV-Auftraggeber müssen genau prüfen,  
ob Notvergaben zulässig sind

Bedingung ist die Dienstleistungskonzession des Auftragnehmers

DÜSSELDORF. Das Oberlandesgericht (OLG) Düsseldorf hat entschieden, wie die Verordnung für die Vergabe von Personenverkehrsdienstleistungen angewendet wird und Dienstleistungskonzessionen vom Dienstleistungsauftrag abgegrenzt (OLG Düsseldorf, VII Vergabe 34/15 vom 23. Dezember 2015). Die Richter urteilten, dass ein Vertrag über Busverkehrsdienste nicht ohne Ausschreibung abgeschlossen werden darf, wenn ein öffentlicher Dienstleistungsauftrag vorliegt.

**Überwiegender Teil des wirtschaftlichen Risikos wichtig**

Es gibt zwar ein Sondervergaberecht laut dieser Verordnung. Es gilt aber nur, wenn der ÖPNV-Unternehmer eine Dienstleistungskonzession besitzt. Und dies ist lediglich dann der Fall, wenn er den



Busverkehrsbetreiber müssen einen öffentlichen Dienstleistungsauftrag und den Vertrag über ihre Dienste nach einer Ausschreibung erhalten haben. FOTO: DPA

überwiegenden Teil des wirtschaftlichen Risikos übernimmt. Er muss den „Unwägbarkeiten des Marktes“ ausgesetzt sein, wie das OLG Düsseldorf formuliert. Die beiden im entschiedenen Fall betroffenen Unternehmer hatten

eine „Notvergabe“ geltend gemacht. Somit sei laut Verordnung für die Vergabe von Personenverkehrsdienstleistungen eine direkte Beauftragung ohne Ausschreibung möglich. Die Voraussetzungen für eine „Notvergabe“ waren nach

OLG-Ansicht aber nicht gegeben. Denn weder wurde ein interner Betreiber beauftragt, noch handelte es sich um einen kleinen Auftrag oder um eine Notmaßnahme, etwa wenn die Gefahr der Unterbrechung des Verkehrs besteht.

**Urteilsbewertung für die Vergabepaxis**

„ÖPNV-Aufgabenträger sollten bei vertraglichen ‚Notvergaben‘ genau prüfen, ob die Voraussetzungen einer Dienstleistungskonzession tatsächlich gegeben sind“, urteilt Holger Schröder, Rechtsanwalt bei Rödl & Partner aus Regensburg, in seiner Bewertung für die Praxis. Sie müssten vor allem darauf achten, dass zumindest das überwiegende wirtschaftliche Nutzungs- und Verwertungsrisiko beim Verkehrsdienstleister verbleibe. (raab)

## Lexikon

„G“ wie Gemeinschaftsrecht:  
Von der EU geprägt

Das Gemeinschaftsrecht, womit die Rechtsordnung der EU bezeichnet wird, bestimmt das deutsche Vergaberecht. Der Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union garantiert die Dienstleistungsfreiheit, die Niederlassungsfreiheit, die Arbeitnehmerfreizügigkeit und das allgemeine Diskriminierungsverbot. Zu den gemeinschaftsrechtlichen Grundsätzen zählen überdies der Grundsatz der Gleichbehandlung, der Transparenz und des Wettbewerbs. Diese spielen eine zentrale Rolle im Vergaberecht, denn auf ihnen beruhen die unmittelbar anwendbaren EU-Verordnungen sowie die Vergaberichtlinien, die in deutsches Recht umgesetzt worden sind. (raab)

## Kurz notiert

Drei Projektpartner  
für Offshore-Ausschreibung

KARLSRUHE. Die EnBW Energie Baden-Württemberg, Siemens Financial Services und DEME Concessions Wind kooperieren im Ausschreibungsverfahren für den dänischen Offshorewindpark Kriegers Flak. Ein entsprechender Vertrag wurde in der vergangenen Woche unterzeichnet. Mit Kriegers Flak schreibt Dänemark die Genehmigung für einen Windpark in einer Größenordnung von über 590 Megawatt aus. (sta)

SBB plant Offensive  
in Deutschland

KONSTANZ. Die Schweizerischen Bundesbahnen (SBB) Deutschland mit Sitz in Konstanz möchten ihr Netz im Grenzland ausbauen. Bis zu 125 elektrisch angetriebene Schienenfahrzeuge sollen laut einer EU-weiten Ausschreibung für das deutsche Streckennetz gekauft werden. Die strategische Zielsetzung sei es laut SBB, Bahnlinien im Grenzgürtel von Deutschland und der Schweiz zu betreiben. Die SBB Deutschland wirtschaftet mit einer deutschen Kostenstruktur. (sta)

Busverkehrsgesellschaft  
verliert Auftrag

SEELOW. Die Busverkehrsgesellschaft Märkisch-Oderland (BMO) hat einen 60-Millionen-Euro-Auftrag für Busdienstleistungen verloren. Sie wurde wegen Nichteinhaltung mehrerer absoluter und bedingter Ausschlusskriterien vom Vergabeverfahren ausgeschlossen. Ein wichtiges Kriterium war, dass der Zuschussbetrag gegenüber der Basiskalkulation überschritten war. Bei einem Bieterwechsel muss der neue Leistungserbringer alle Mitarbeiter zu den bestehenden Konditionen übernehmen. (sta)

Kritik an Vergabepaxis  
der Schweiz

BERN. Die Finanzdelegation des Schweizer Parlaments kritisiert in ihrem Jahresbericht das Projektmanagement beim Bund. Es geht um die Erneuerung eines Funktionssystems, mit dem Polizei, Feuerwehr und Teile der Armee verschlüsselt kommunizieren. Das Verteidigungsdepartement hatte den 325-Millionen-Auftrag ohne Ausschreibung vergeben. (sta)

Korruptionsregister  
ist elektronisch abrufbar

HAMBURG. Die Hamburger Finanzbehörde hat am 5. April das Register zum Schutz fairen Wettbewerbs zum elektronischen Abruf zur Verfügung gestellt. Vor der Entscheidung über die Vergabe sind alle öffentlichen Auftraggeber verpflichtet, ob es über die künftigen Auftragnehmer belastende Eintragungen gibt. (sta)