



Impuls Vergaberecht 2021

Rechtsanwältin Monika Prell, SammlerUsinger Rechtsanwälte
Online-Vortrag BME e.V., 17. März 2021

Die Themen

Impuls 1: Die Vergabestatistikverordnung

Impuls 2: Das Wettbewerbsregister

Impuls 3: Die neue HOAI

Impuls 4: Aktuelles zu Corona

Impuls 1: Die Vergabestatistikverordnung (VergStatVO)

Bundeswirtschaftsminister Peter Altmaier:

„Öffentliche Aufträge sind ein maßgeblicher Wirtschaftsfaktor. Laut Schätzung der OECD entfällt in Deutschland ein jährliches Volumen von bis zu 500 Milliarden Euro auf öffentliche Aufträge. Leider fehlen uns aber bislang valide Zahlen. Das wird sich künftig dank der bundesweiten Vergabestatistik ändern. Mehr als das: Wir werden wertvolle Informationen darüber erhalten, wie sich die Aufträge und Konzessionen der öffentlichen Hand über Bund, Länder und Kommunen verteilen, in welchen Bereichen Nachhaltigkeitskriterien bei den Vergabeverfahren eine Rolle spielen oder in welchem Umfang öffentliche Aufträge an kleine und mittlere Unternehmen erteilt werden. So werden wir wichtige Erkenntnisse über diesen zentralen Bereich erhalten.“

Die Regelung

- Inkrafttreten der VergStatVO mit Vergaberechtsreform April 2016, Novellierung seit 01.04.2020
- Elektronische Meldepflicht **seit 01.10.2020** für vergebene öffentliche Aufträge
- Für öffentliche Auftraggeber nach § 99 GWB: ab Auftragswert **über 25.000 EUR netto**
- Für Sektorenauftraggeber und Konzessionäre: ab Erreichen des Schwellenwerts
- Ablauf
 - **Onlineregistrierung** beim Statistischen Bundesamt (Destatis) der Vergabestelle oder der (auch externen) Berichtsstelle
 - Elektronische Übermittlung der Daten **60 Tage nach Zuschlag** (über Datenschnittstelle oder Online-Formular)
 - Bei Datenübermittlung aktuell Probleme, da Strukturvorgaben von Destatis teilweise von bekannten Datenstrukturen abweichen
- Statistisches Bundesamt veröffentlicht Ergebnisse über GENESIS-Online-Datenbank

Der Inhalt

▪ Inhalt und Umfang der Datenübermittlung

- Unterschiedliche Formulare als Anlagen 1-8 zur VergStatVO für Vergaben im Oberschwellenbereich, für Sektoren- und Konzessionsvergabe, für Unterschwellenbereich
- Inhalt der Formulare ähnlich (Name/Art des Auftraggebers, Auftragswert, Zuschlagskriterium, Verfahrensart, Angabe zu Nachhaltigkeitskriterien...), bei Unterschwellenvergabe mehr freiwillige Angaben
- Zuordnung als Auftraggeber immer die Verwaltungseinheit/Behörde, die von Beschaffung profitiert
 - Auftragsvergabe mehrerer Auftraggeber?

▪ Keine Meldepflicht

- von Inhouse-Vergaben (§ 108 GWB)
- von Auftragsänderungen nach der Auftragsvergabe (§ 132 GWB, § 47 UVgO)

Ausblick

- Erstmalige Veröffentlichung von Vergabedaten Ende 2021
- BMWi plant zusätzlich statistische Halbjahresberichte zu den Kernergebnissen
- Aussagekraft?
 - Kein Kontrollmechanismus im Hinblick auf
 - Anmeldung der Vergabestellen
 - fehlende Meldungen
 - fehlerhafte Meldungen
 - falsche Zuordnungen
- Pflicht zur Anwendung, aber keine Sanktion bei Verletzung der Meldepflicht

Impuls 2: Das Wettbewerbsregister

- Zentrales bundeseinheitliches Wettbewerbsregister: elektronische Abfrage im Rahmen eines Vergabeverfahrens zu eingetragenen Verstößen
- Grundlage: **Wettbewerbsregistergesetz** (WRegG) vom Juli 2017, punktuelle Änderung durch GWB-Digitalisierungsgesetz im Januar 2021
- Umsetzung durch Registerbehörde (beim Bundeskartellamt)
- Konkretisierung mit der **Wettbewerbsregisterverordnung** (WRegVO)
 - Verordnungsentwurf der Bundesregierung vom 20.01.2021, **Zustimmung Bundesrat 05.03.2021** unter Voraussetzung Streichung Datenschutzklausel in § 12 Abs. 2 WRegVO (Übertragung der Datenverarbeitung an Dritte)
- Gestaffelte Einführung
 - Meldepflicht: einen Monat nach Veröffentlichung der „Funktionsfähigkeit“ des Wettbewerbsregisters im Bundesanzeiger
 - Abfragepflicht: sechs Monate nach der Inbetriebnahme des Registers
 - **Voraussichtlicher Start: erstes Quartal 2021?**

Der Inhalt

- **Meldepflicht** von Strafverfolgungs-/Bußgeldbehörden „eintragungspflichtiger Informationen“
 - Rechtskräftige strafgerichtliche Entscheidungen und Bußgeldentscheidungen, zwingende Ausschlussgründe (§ 123 GWB), fakultative Verstöße nach § 124 GWB (Betrug gegen öffentliche Haushalte, wettbewerbsbeschränkende Absprachen, Verstöße gegen Kartellrecht, Schwarzarbeiter-, Mindestlohn-, Arbeitnehmerüberlassungs-, Arbeitnehmerentsendegesetz)
 - Überprüfung durch Registerbehörde
 - Betroffenes Unternehmen hat Möglichkeit zur Stellungnahme (§ 5 WRegG)

Der Inhalt

- Abfrage **vor** Zuschlagserteilung (§ 6 WRegG)
 - **Abfragepflicht:** Auftraggeber ab Auftragswert über 30.000 Euro netto und Sektorenauftraggeber und Konzessionsgeber ab Schwellenwerte
 - **Abfragemöglichkeit:** Unterhalb der Wertgrenzen sowie bzgl. der Bewerber im Rahmen eines Teilnahmewettbewerbs freiwillig
- Eintrag führt nicht automatisch zum Ausschluss, eigene Entscheidung des Auftraggebers
- Aber kein Ausschluss wegen gelöschtem Eintrag (§ 6 Abs. 5 WRegG)
- Löschung nach Zeitablauf (5/3 Jahre) oder vorzeitig bei Selbstreinigung des Unternehmens (§ 7, 8 WRegG)

Die Wettbewerbsregisterverordnung

- Umsetzung und Konkretisierung der Vorgaben im WRegG
 - Festlegung der Kommunikationswege: Portal (www.wettbewerbesregister.de), amtlich bestimmte Schnittstelle (inbes. bei StA, Zoll), De-Mail, beA, beBPo (§ 1 WRegV)
 - Registrierung vor Nutzung (§ 2 WRegV)
 - Pflichten bei Mitteilung bzgl. Übermittlung und Inhalt der Angaben (§ 4 WRegV)
 - Bei Abfrage von Daten Festlegung der Nutzung des Portal oder Schnittstelle mit Kurzbeschreibung Vergabeverfahren (Vergabe-Nr./Az., Unternehmensangabe, § 5 WRegV)
 - Selbstauskunft der Unternehmen gegen Gebühr möglich
 - Mitteilung und Vorgehen bei Selbstreinigungsmaßnahmen (§ 10, 11 WRegV)
 - Datenschutz (§ 12 WRegV)
 - **Aktuell:** Keine Übertragung der Datenverarbeitung auf Dritte durch Registerbehörde möglich, Zustimmung des Bundesrats nur mit Maßgabe der Streichung von § 12 Abs. 2 WRegV

Die Rechtsprechung I

- **VK Bund, Beschluss vom 12.10.2020 - VK 2-77/20**
 - Frage, ob bei Submissionskartell neben § 124 Abs. 1 Nr. 3 GWB („nachweislich schwere Verfehlung“ auch § 124 Abs. 1 Nr. 4 GWB („hinreichende Anhaltspunkte wegen aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen“) zur Anwendung kommt
 - Argument aus § 2 Abs. 1 Nr. 3 WRegG : § 124 Abs. 1 Nr. 3 GWB „lex specialis“, nur rechtskräftige Bußgeldentscheidungen werden bei Submissionskartellen eingetragen
 - VK Bund: auch Submissionsabsprachen als Straftat nach § 298 StGB von § 124 Abs.1 Nr. 4 GWB erfasst
 - Vergabekammer prüft nicht Eintragungsvoraussetzungen ins Wettbewerbsregister
 - Auch bei nicht rechtskräftigem Bescheid und (noch) keinem Eintrag ins Wettbewerbsregister Ausschluss nach § 124 Abs. 1 Nr. 4 GWB zulässig, wenn hinreichende Anhaltspunkte aus anderen Quellen
 - § 2 WRegG regelt formale Voraussetzungen der Eintragung, keine Aussage zur materiellen Eignung, eigene Entscheidung des AG nach § 6 Abs. 5 S. 1 WRegG

Die Rechtsprechung II

- **BGH, Beschluss vom 25.08.2020 - KRB 25/20**
 - Verfahren gegen Anbieter technischer Gebäudeausrüstung, Absprachen der beteiligten Unternehmen bei der Vergabe von Großaufträgen (z. B. Kraftwerken, Einkaufszentren, Bürogebäuden), Bundeskartellamt Dezember 2019 Bußgeldern in Höhe von insgesamt rund 110 Mio. Euro
 - Ein Unternehmen absprachegemäß kein Angebot eingereicht
 - Submissionsfrist im Dezember 2008 abgelaufen
 - Ermittlungstätigkeiten der Behörden Ende 2014
 - Verjährungsfrist 5 Jahre ab Beendigung der Handlung (GWB Fassung 2017)
 - OLG: Verjährung und Einstellung
 - BGH: „Schlussrechnungsdoktrin“: maßgeblich für Beginn der Verjährungsfrist für alle Beteiligten Zeitpunkt der Erstellung der Schlussrechnung (September 2010) durch das den Zuschlag erhaltende Unternehmen da dann erst „Tatbeendigung“

Ausblick

- Voraussetzung der elektronischen Kommunikation: besondere elektronische Behördenpostfach (beBPO), nicht bei allen öffentlichen Auftraggebern vorhanden
- Keine Kontrollmechanismen, ob Behörden ihrer Meldepflicht nachkommen
- Keine Melde- und Eintragungspflicht für ausländische Straftaten
- Ausgestaltung der „Leitlinien“ zur Selbstreinigung der Unternehmen
- Datenschutz ausreichend berücksichtigt?

Impuls 3: Die neue HOAI 2021

- Erste Verordnung zur Änderung der HOAI seit **01.01.2021** in Kraft
 - Umsetzung der Vorgaben Urteil des EuGH vom 04.07.2019 (Rs. C-377/17)
 - Vertragsfreiheit bei Höhe und Ermittlung der Vergütung
 - Grundlagen und Maßstäbe zur Honorarermittlung der HOAI nach wie vor durch entsprechende Parteivereinbarung „verwendbar“ (§ 1 Abs. 2 HOAI)
 - In Honorartafeln enthaltenen Werte für Honorarberechnung „unverbindliche Honorarorientierung“, unterer Wert „Basishonorarsatz“ (§ 2a Abs. 2 HOAI)
 - Reduzierung der Formanforderungen: Textform ausreichend (§ 7 Abs. 1 HOAI)
 - Abschluss einer Honorarvereinbarung auch noch nachträglich möglich
 - Keine Honorarvereinbarung: Fiktion der Vereinbarung des Basishonorarsatz, § 7 Abs. 1 S. 2 HOAI
 - Vergleichsversion: <https://www.buzer.de/gesetz/10775/al118861-0.htm>

Die neue HOAI 2021 im Vergabeverfahren

- **BMI-Erlass** vom 21.12.2020 zur Anwendung der neuen HOAI
(<https://www.bak.de/w/files/bak/06service/aktuelles/erlass-aend.verordng.-hoai-bmi-21.12.2020.pdf>)
- **Festlegung von Zuschlagskriterien** unter Beachtung des Grundsatzes des Leistungswettbewerbs (§ 76 Abs. 1 Satz 1 VgV)
- **Preiswettbewerb** erlaubt nach HOAI 2021, Grenze: Auskömmlichkeit
- Umgang mit **ungewöhnlich niedrigen Angeboten**
 - Preisprüfung richtet sich nach § 60 VgV anhand des Gesamtpreis des Angebots
 - Kein Ausschluss allein wegen Unterschreitung der Mindestsätze
 - Ggf. Orientierung an HOAI bei nur einem Angebot
- „Bonus-Malus“-System als gesonderte Vereinbarung möglich

Impuls 4: Aktuelles zu Corona

- Überblick über alle Erlasse/Rundschreiben der EU/des Bundes/der Länder
 - <https://www.sammlerusinger.com/aktuelles/%C3%BCberblick-%C3%BCber-die-ma%C3%9Fnahmen-zur-beschleunigung-und-vereinfachung-der-%C3%B6ffentlichen-beschaffung.html> (Stand 23.02.2021)

- Verbindliche Handlungsleitlinien des BMWi für die Bundesverwaltung (<https://www.bmwi.de/Redaktion/DE/Downloads/H/handlungsleitlinien-vergr-corona.pdf?blob=publicationFile&v=4>)
 - Im Unterschwellenbereich (nationale Vergaben): beschränkte Ausschreibungen ohne Teilnahmewettbewerb/Verhandlungsvergaben bis 100.000 € netto, Direktvergaben bis 3.000 € netto zulässig
 - Im Oberschwellenbereich (EU-weite Ausschreibungen): zur Belegung der Konjunktur bei den Teilnahme- und Angebotsfristen grundsätzlich Verkürzung unter Berufung auf „hinreichend begründete Dringlichkeit“ zulässig
 - Geltung vom 13.07.2020 bis 31.12.2021

Hinreichend begründete Dringlichkeit Verkürzung beim offenen Verfahren



Hinreichend begründete Dringlichkeit

Hinreichend begründete Dringlichkeit

Verkürzung beim nicht offenen und Verhandlungsverfahren



Die aktuellsten Entscheidungen zur Corona-Pandemie

- **OLG Rostock, Beschluss vom 09.12.2020, 17 Verg 4/20**
 - Corona-Pandemie begründet äußerste Dringlichkeit i.S.d. § 14 Abs. 4 Nr. 3 VgV für Vergabe „Durchführung von anlasslosen Massentestungen von Bewohnern und Mitarbeitern in Alten- und Pflegeheimen“ (Stand Mai 2020)
 - Aber gänzliches Absehen vom Wettbewerb ermessensfehlerhaft, Einholen mehrere Angebote erforderlich

- **VK Bund, Beschluss vom 11.12.2020, VK 2-91/20**
 - Instandhaltungsarbeiten für Versorgungsschiff
 - Aufhebung Oktober 2020 wegen „*Wahrung wesentlicher nationaler Sicherheitsinteressen und Sicherstellung des Erhalts nationaler Marineschiffbau- und Marineinstandsetzungskapazitäten aus Gründen der Versorgungssicherheit*“
 - Corona-Pandemie kann Aufhebung als wesentliche Änderung legitimieren, wenn sich die Grundlagen des Vergabeverfahrens und der Beschaffungsbedarf ändert
 - Stützung deutscher Werften nur „Nebenzweck“, Beschaffungsbedarf unverändert

Konsequenz

- Direktvergabe wegen „Corona“ unter Berufung auf § 14 Abs. 4 Nr. 3 VgV (äußert dringliche Gründe) aktuell nur noch im Einzelfall begründbar
 - Fraglich: Aktuelle Direktvergabe des Bundesgesundheitsministeriums der IBM-Impf-App

- Rechtssichere Möglichkeit: Fristverkürzung wegen Dringlichkeit unter Berufung auf Handlungsleitlinien des BMWi auch außerhalb Bundesverwaltung
 - Gilt für alle auch nicht corona-bedingten Beschaffungen bis 31.12.2021
 - Mögliche Begründung für „beschleunigtes Verfahren“

„Um die öffentliche Konjunktur angesichts des wirtschaftlichen Einbruchs infolge der COVID-19-Pandemie schnell mit konkreten Investitionsprojekten zu beleben, wird in Anlehnung an die Erleichterungen der verbindlichen Handlungsleitlinien für die Vergabe öffentlicher Liefer-, Dienstleistungs- und Bauaufträge des BMWi vom 08.07.2020 die Beschaffung als beschleunigtes Verfahren durchgeführt.“

Impulse aus der aktuellen Rechtsprechung

- **OLG Celle, Beschluss vom 02.02.2021 - 13 Verg 8/20**
 - Postdienstleistungen, Wertung Realisierungskonzept 50 %
 - Angabe von 10 Unterkriterien (Brieflauf/konkrete Tätigkeiten/Sicherstellung Versorgung ländlicher Gebiete/Datenschutz/...) ohne Gewichtung
 - OLG Celle: unzulässig, nach § 127 Abs. 5 GWB müssen Zuschlagskriterien und deren Gewichtung in der Auftragsbekanntmachung oder in den Vergabeunterlagen aufgeführt werden
 - Kein Widerspruch zu Urteil EuGH (14. 07.2016 Rs. C-6/15 (Dimarso))
 - Keine Pflicht, die **Bewertungsmethode** in der Bekanntmachung oder den Verdingungsunterlagen zu veröffentlichen
 - Zuschlagskriterien und Gewichtung, anhand deren eine konkrete Bewertung der Angebote erfolgt, sind nach wie vor anzugeben

Impulse aus der aktuellen Rechtsprechung

- **OLG Düsseldorf, Beschluss vom 03.02.2021 - Verg 25/18**
 - Unentgeltliche Nutzungsüberlassung der für die Berliner Feuerwehr programmierte Leitstellensoftware von Berlin an Köln an im Rahmen einer langfristig angelegten Kooperation, Vereinbarung, sich etwaige spätere Weiterentwicklungen der Software wechselseitig kostenfrei zur Verfügung zu stellen
 - OLG Düsseldorf: kostenlose Nutzungsüberlassung entgeltlicher Vertrag, aber Köln keine Ausschreibungspflicht, da Bereichsausnahme nach § 108 Abs. 6 GWB als öffentlich-öffentliche Zusammenarbeit
 - Aber: Besserstellungsverbot bei Folgeleistungen Anpassung, Implementierung, Pflege und Weiterentwicklung der Software: Bietern müssen beim Vergabeverfahren über Folgeleistungen der Quellcode der Software und zugehörige Informationen zur Verfügung gestellt werden
 - Intensivere Einarbeitung der Konkurrent steht fairem Wettbewerb nicht entgegen, Auftraggeber muss Informationsgefälle, aber nicht wirtschaftlichen Aufwand der Angebotserstellung ausgleichen

Genug Impulse - noch Fragen?



Monika Prell, Partnerin

Rechtsanwältin, Fachanwältin Vergaberecht

monika.prell@sammlerusinger.com

T +49 30 263 95 09 - 197

Vielen Dank, vielleicht bis zum Vergabefrühstück!



SAMMLERUSINGER

Rechtsanwälte Partnerschaft mbB

Hardenbergstr. 28a
10623 Berlin

Tel +49 30 263 95 09 – 0
Fax +49 30 263 95 09 – 600

info@sammlerusinger.com
www.sammlerusinger.com