

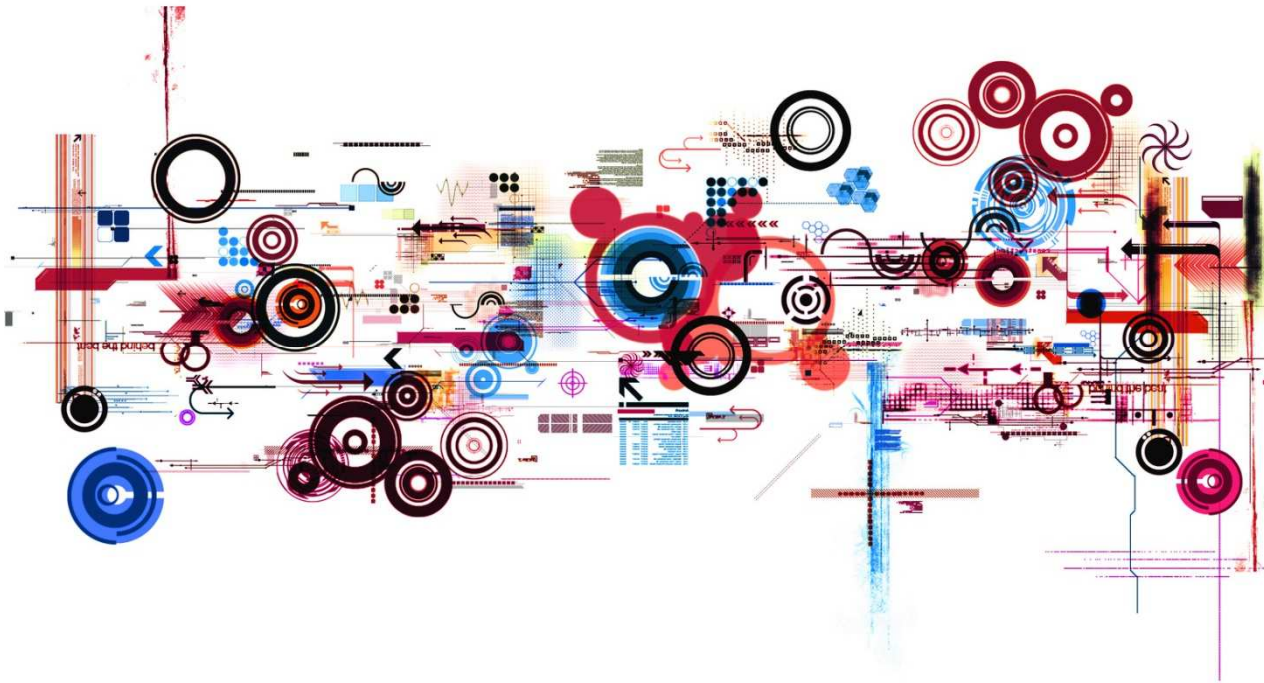
In Kooperation mit



Münchener Fachanwaltstag IT-Recht

IT-Vergaberecht in der Praxis

Überblick, aktuelle Entwicklungen,
Fallstricke vermeiden

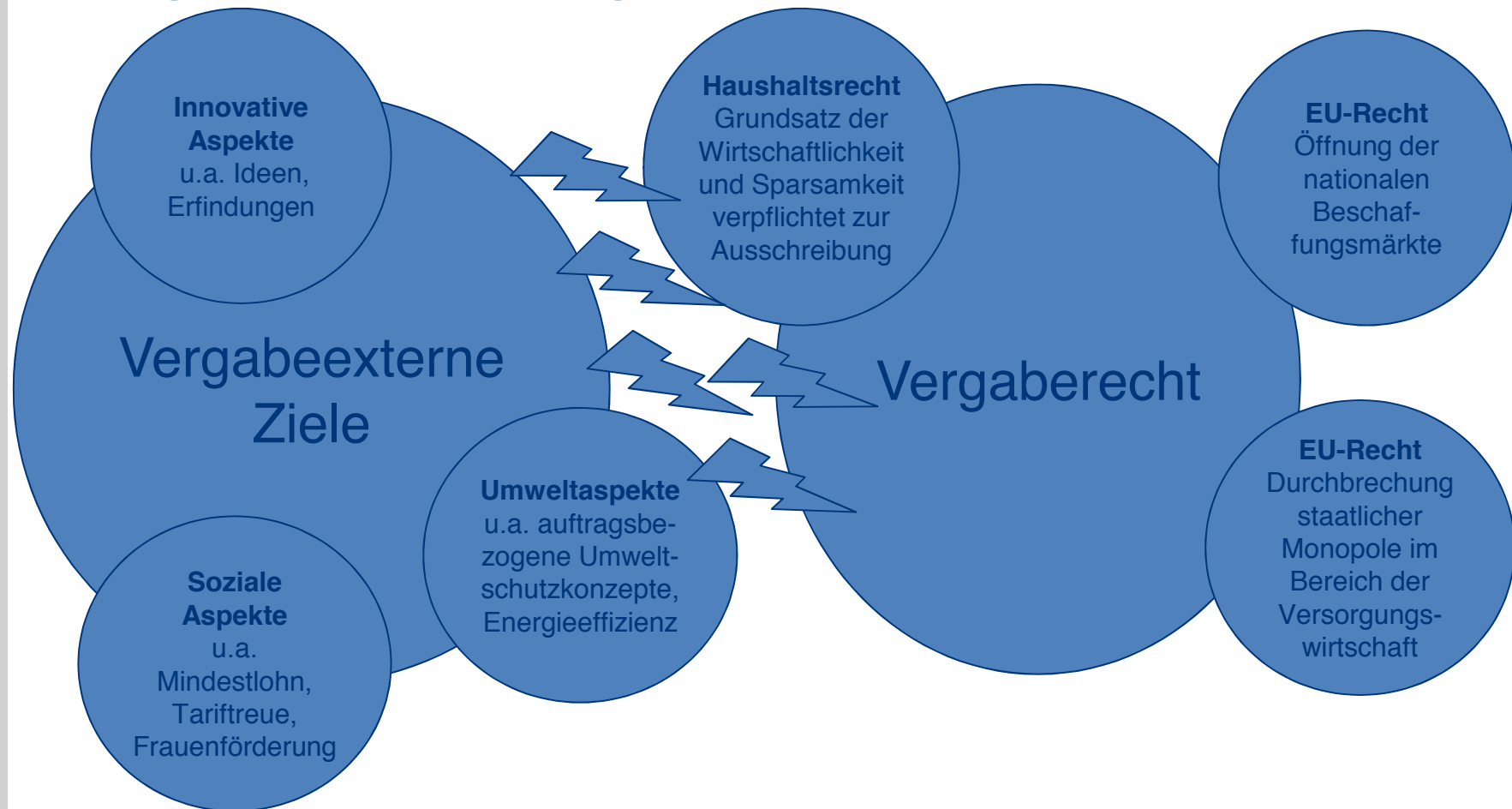


Themen

1. Überblick Rechtsgrundlagen, Rechtsschutz
2. Eignungsnachweise
3. Vermischung von Eignungs- und Wertungskriterien
4. Aktuelles zur Rügeobliegenheit
5. No-Spy-Erlass des BMI
6. Aktuelle Themen in der Rechtsprechung

1. Überblick Rechtsgrundlagen, Rechtsschutz

Vergaberecht verfolgt unterschiedliche Ziele:



Zersplitterung der Vergaberechtsordnung

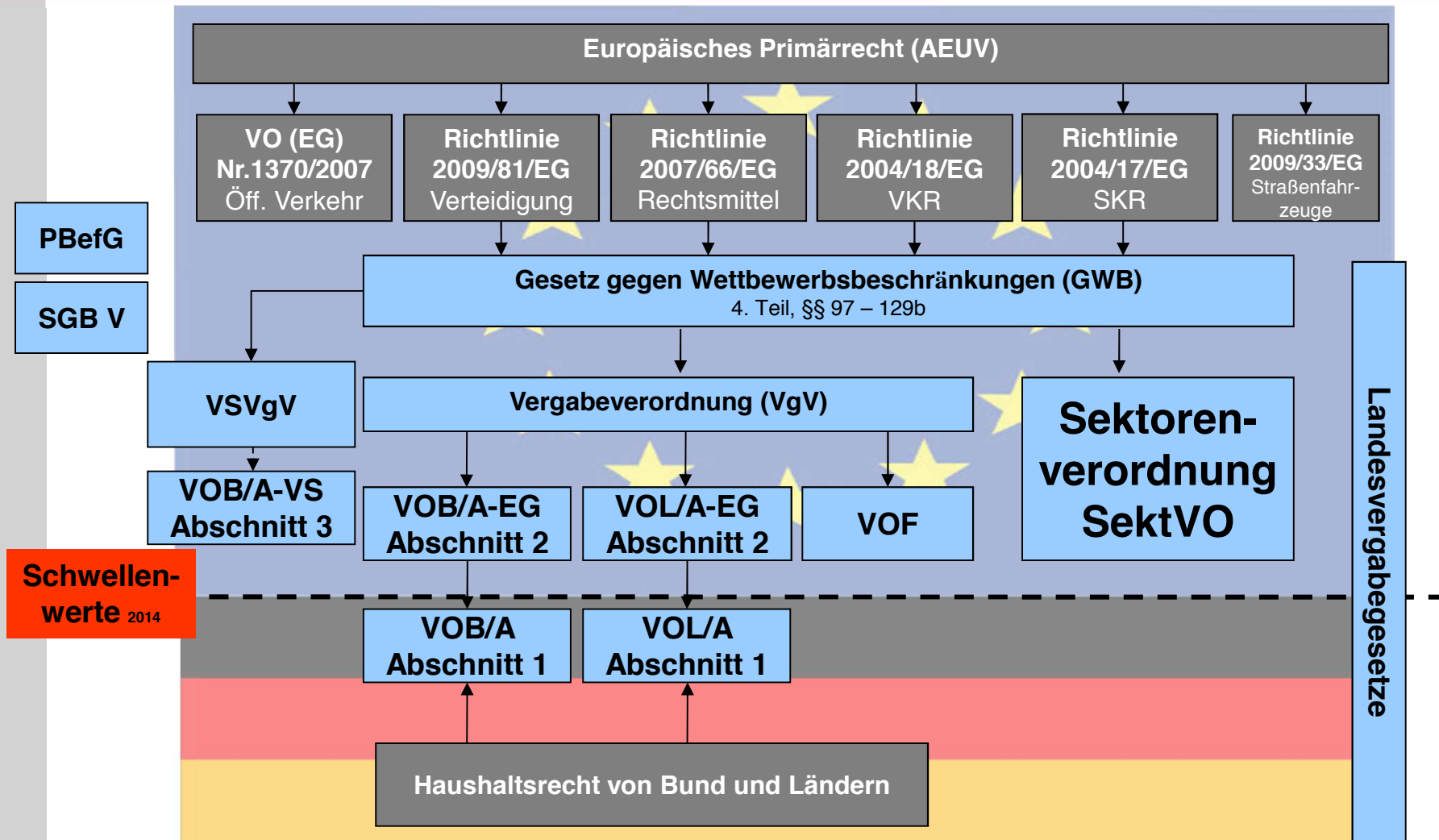
Rechtsgrundlagen – Europarecht

- **Primärrecht**
 - AEUV, insbes. Grundfreiheiten
- **Sekundärrecht**
 - Richtlinie 2004/18/EG (Vergabekoordinierungsrichtlinie - VKR), seit 17.04.2014: Richtlinie 2014/24/EU
 - Richtlinie 2004/17/EG (Sektorenkoordinierungsrichtlinie - SKR), seit 17.04.2014: Richtlinie 2014/25/EU
 - Richtlinie 2009/81/EG (Verteidigung)
 - Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 (Öffentlicher Verkehr)
 - Richtlinie 2009/33/EG (saubere, energieeffiziente Straßenfahrzeuge)
 - Richtlinien 89/665/EWG und 92/13/EWG zuletzt geändert durch Richtlinie 2004/66/EG (Rechtsmittelrichtlinien)
 - **Neu:** Richtlinie 2014/24/EU (Auftragsvergaberichtlinie – AVR), Richtlinie 2014/25/EU (Sektorenvergaberichtlinie – SVR) und Richtlinie 2014/23/EU (Konzessionsvergaberichtlinie – KVR) vom 26.02.2014

Rechtsgrundlagen – Nationales Recht

- **Gesetzesebene**
 - Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB)
 - Landesvergabegesetze
- **Verordnungsebene**
 - Vergabeverordnung (VgV)
 - Sektorenverordnung (SektVO)
- **Vergabe- und Vertragsordnungen**
 - VOB (Bauleistungen), VOL (Warenlieferungen und Dienstleistungen), VOF (Freiberufliche Leistungen)
- **Sonderbereiche**
 - Gesundheitswirtschaft: Sondervorschriften im SGB V
 - ÖPNV: Sondervorschriften im PBefG

IT-Vergaberecht in der Praxis



Schwellenwerte

	Lieferaufträge	Dienstleistungsaufträge	Baufaufträge
Öffentliche Auftraggeber	207.000 EUR 134.000 EUR (oberste Bundesbehörden)	207.000 EUR 134.000 EUR (überwiegend b. obersten Bundesbehörden)	5.186.000 EUR
Sicherheit + Verteidigung	414.000 EUR	414.000 EUR	5.186.000 EUR
Sektoren-auftraggeber	414.000 EUR	414.000 EUR	5.186.000 EUR
Losvergabe	80.000 EUR	80.000 EUR	1.000.000 EUR

Rechtsschutz

Primärrechtsschutz

- Bei EU-weiten Vergabeverfahren sind alle Entscheidungen des Auftraggebers in einem Vergabeverfahren im Nachprüfungsverfahren nach §§ 102 ff. GWB nachprüfbar.
- Rechtsschutzziel: Verfahrensbeendigung unter Ausschluss von Vergabefehlern
- Zuständig sind Vergabekammern in den Bundesländern und Vergabesenate bei den Oberlandesgerichten.

Rechtsschutz

Sekundärrechtsschutz - Schadensersatz

- Hintergrund: Vergabeverfahren begründet vorvertragliches Schuldverhältnis zwischen Unternehmen und Auftraggeber mit gegenseitigen Rücksichtnahmepflichten.
- Anspruchsgrundlagen:
 - § 126 GWB (negatives Interesse, Ersatz der Kosten für die Teilnahme am Vergabeverfahren, nicht umfasst: Sowieso-Kosten, die der Bieter unabhängig von dem konkreten Vergabeverfahren ohnehin zu tragen hat)
 - §§ 282, 280 Abs. 1, 311a Abs. 2, 241 Abs. 2 BGB (auch positives Interesse, entgangener Gewinn bei tatsächlicher Auftragsvergabe).
- Zuständig: Zivilgerichtsbarkeit



Vertragsverletzungsverfahren (Art. 258 AEUV)

- Beschwerdemöglichkeit zur EU-Kommission bei behauptetem Verstoß gegen Vergaberichtlinien unabhängig davon, ob und mit welchem Ausgang der Betroffene ein Nachprüfungsverfahren angestrengt hat.
- EU-Kommission ermittelt und fordert den jeweiligen Mitgliedstaat ggf. auf, den Verstoß abzustellen. Bei fortdauerndem Verstoß kann KOM Feststellung der Vertragsverletzung beim EuGH beantragen.

2. Eignungsnachweise

Überblick

Grundsätze

- Vollständigkeit (Formalien beachten, Formblätter verwenden)
- Richtigkeit der Erklärungen (Ausschluss droht, § 6 EG Abs. 6 lit. e) VOL/A)
- Details der Anforderungen beachten
- Mindestanforderungen und – bei Teilnahmewettbewerb – Auswahlkriterien beachten

Nachforderungen durch Auftraggeber

- Vervollständigung oder Erläuterung, auch Nachforderung fehlender Unterlagen (im Teilnahmewettbewerb nicht geregelt)
- kein Austausch gegen „bessere“ Nachweise
- im pflichtgemäßen Ermessen, daher kein Anspruch auf Nachforderung, sondern nur auf korrekte Ermessensausübung

Präqualifikation ggf. zugelassen, aber weitere spezielle Anforderungen beachten

Einzelheiten üblicher Nachweise

- Eigenerklärung zu Ausschlussgründen, z.B. gem. § 6 EG Abs. 4, 6 VOL/A (Wortlaut beachten, ggf. Formblatt)
- Handelsregisterauszug (Alter!)
- Umsatzangaben (Gesamtumsatz und in Bezug auf besondere Leistungsart, die Gegenstand der Vergabe ist – Vorsicht bei Konzernen!)
- Versicherungen (Versicherungssumme beachten, ggf. Bestätigung Versicherer)
- Referenzen (Vorgaben zu Angaben beachten, Überprüfung der Referenzen ist zulässig und erfolgt in der Praxis auch)
- Angaben zu Beschäftigten (gesamt / entspr. Bereich)
- Nachunternehmerereinsatz (gesonderte Erklärungen)

3. Vermischung von Eignungs- und Wertungskriterien



Vermischung von Eignungs- und Wertungskriterien

Bislang strikte Trennung, kein „Mehr an Eignung“
daher durften Erfahrungen, Qualifikation etc. bei Angebotswertung grds. nicht berücksichtigt werden (teilweise Billigung durch Rspr. bei Auftragsbezug)

Neue Regelungen:

–**§ 4 Abs. 2 VgV für sog. nachrangige Dienstleistungen***:
Berücksichtigung von Organisation, Qualifikation und Erfahrung des bei der Durchführung des Auftrags eingesetzten Personals zulässig (einschl. Erfolg und Qualität bereits erbrachter Leistungen), wenn diese *„erheblichen Einfluss auf die Qualität der Auftragsdurchführung haben können“*, max. 25% der Kriterien

–**Umsetzung von Art. 67 AVR bzw. Art. 82 SVR**

Vergaberechtsnovelle steht aus, Umsetzung bis 18. April 2016

Aktuell sollte im Zweifel eine Vermischung gerügt werden!

*vgl. Anlage 1 Teil B, z.B. Rechtsberatung, Auskunfts- und Schutzdienste, Unterrichtswesen und Berufsausbildung, Gesundheitswesen

4. Aktuelles zur Rügeobliegenheit



Aktuelles zur Rügeobliegenheit

§ 107 Abs. 3 S. 1 Nr. 1: Nachprüfungsantrag ist unzulässig, wenn der Antragsteller den gerügten Verstoß gegen Vergabevorschriften im Vergabeverfahren erkannt und gegenüber dem Auftraggeber nicht unverzüglich gerügt hat.

EuGH*: nationale Ausschlussfristen müssen hinreichend klar, genau und vorhersehbar sein

- Rechtsprechung der Vergabekammern und OLG-Senate zur weiteren Anwendbarkeit uneinheitlich
- ggf. Vorabentscheidungsersuchen an EuGH
- Neuregelung angekündigt (zur Abwendung eines Vertragsverletzungsverfahrens der EU-Kommission!)

Bieter sollten bis auf weiteres rügen!

Präklusionstatbestände in § 107 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 bis 4 GWB gelten weiter

*Urt. v. 28.01.2010 – Rs. C-406/08, Uniplex, und Rs. C-456/08 Kommission ./I. Irland

5. No-Spy-Erlass des BMI an das BeschA



No-Spy-Erlass des BMI (30.04.2014)*

Weitergabe von Informationen an ausländische Behörden i.d.R. Verletzung vertraglicher Vertraulichkeitsregelungen

Problem: Weitergabe an ausländische Sicherheitsbehörden aufgrund von ausländischen Rechtsvorschriften, ggf. sogar ohne Offenlegung

Lösung:

In „Vergabeverfahren mit möglicher Sicherheitsrelevanz“

- Forderung nach Eigenerklärung der Bieter (und ggf. Subunternehmer)
- Aufnahme einer speziellen Vertragsklausel (als Ausführungsbedingung)

Zweck: Zuverlässigkeitsprüfung, Beweiserleichterung

Rechtliche Einordnung und Bewertung durch Nachprüfungsinstanzen ist problematisch!

* Weiter ist die „Handreichung“ vom 19.08.2014 hierzu zu beachten

6. Aktuelle Themen in der Rechtsprechung



Aktuelle Themen in der Rechtsprechung

- Preis darf bei Nebenangeboten nicht alleiniges Zuschlagskriterium sein (BGH, Beschl. v. 07.01.2014 – X ZB 15/13 (Divergenzvorlage))
- Vollstreckung von Beschlüssen der Vergabekammern mit Zwangsmitteln möglich (OLG Düsseldorf, Beschl. v. 10.03.2014 – Verg 11/14)
- Eigenschaft als öffentliche Auftraggeber bestätigt für Berufsgenossenschaften (VK Südbayern, Beschl. v. 07.03.2014 – Z3-3-3194-1-02-01/14), Bayerisches Rotes Kreuz (VK Südbayern, Beschl. v. 27.03.2014 – Z3-3-3194-1-02-01/14), abgelehnt für Ärztekammer Westfalen-Lippe (EuGH, Urt. v. 12.09.2013 – Rs. C-526/11), Übertragung offen!
- Zulässigkeit der Bildung von Bietergemeinschaften (OLG Düsseldorf, Beschl. v. 17.02.2014 – Verg 2/14, KG Berlin, Beschl. v. 24.10.2013 – Verg 11/13)
- Ausschreibungspflicht horizontaler Inhouse-Vergaben (vgl. EuGH, Urt. v. 08.05.2014 – Rs. C-15/13 „TU Hamburg-Harburg“)

In Kooperation mit



Münchener Fachanwaltstag IT-Recht

Vielen Dank !

Kontakt:
Katrín Lüdtké
Fachanwältin für Verwaltungsrecht
BEITEN BURKHARDT
Rechtsanwalts-gesellschaft mbH
Ganghoferstraße 33
80339 München
Katrín.Luedtke@bblaw.com

