

Die elektronische Konzessionsvergabe

Vortrag von Univ.-Prof. Dr. Thorsten Siegel
auf den 3. Berliner Konzessionsrechtstagen
am 8. März 2018

I. Grundlagen

1. Begriff der E-Vergabe

- => Durchführung der Auftragsvergabe mit elektronischen Mitteln
- => ausreichend, aber erforderlich: überwiegender E-Anteil

2. Entwicklungsstufen

- => RL-Paket 1997: Anerkennung elektronischer Form („auf andere Weise“)
- => RL-Paket 2004: optionale E-Vergabe
- => RL-Paket 2014: grundsätzliche Hinwendung zur obligatorischen E-Vergabe
- => aber: nach der KVR 2014/23/EU fakultative E-Vergabe
- => Ergänzung durch die RL 2014/55/EU über die elektronische Rechnungsstellung

II. Rechtsgrundlagen der E-Vergabe

1. Zweiteilung des Vergaberechts

- => unionsrechtliche Weichenstellung durch die Schwellenwerte
- => Konzessionsvergabe: seit 1.1.2018 neuer Schwellenwert von 5.548.000 €
- => einheitlich für Bau- und Dienstleistungskonzessionen

2. Rechtsgrundlagen im Kartellvergaberecht

- => Grundsatzregelung in § 97 Abs. 5 GWB
- => Konkretisierung in §§ 7 ff. KonzVgV
- => Ergänzung durch §§ 4a und 18 EGovG (für die Rechnungsstellung)
- => Ausblick: § 9 Wettbewerbsregistergesetz

3. Rechtsgrundlagen im Haushaltsvergaberecht

- => § 23 i.V.m. §§ 11 ff. VOB/A 2016 und (bisher) §§ 11 ff. VOL/A 2009
- => künftig: § 7 UVgO
- => Zielsetzung der UVgO

III. Hinwendung zur obligatorischen E-Vergabe

1. Grundsatz

- => für herkömmliche Vergaben durch EU-Recht vorgegeben
- => bei der Konzessionsvergabe Wahlrecht der Mitgliedstaaten
- => Begründung der Gleichstellung mit der herkömmlichen Vergabe (§ 7 Abs. 1 KonzVgV)

2. Übergangsfristen

- => Regelung in § 34 S. 1 KonzVgV
- => bis 18. Oktober 2018 Wahlrecht des Konzessionsgebers
- => Ausnahmen (vorherige Verpflichtung) nach § 34 S. 2 KonzVgV
- => gesonderte Übergangsfristen für die elektronische Rechnungstellung

3. Ausnahmen

- => Regelung in § 7 Abs. 2 KonzVgV
- => 1. Voraussetzung: kein Bezug zu Vergabeunterlagen/Teilnahmeanträgen/Angeboten
- => 2. Voraussetzung: Dokumentation in geeigneter Weise
- => (enge) Auslegung der Ausnahme

IV. Elektronische Kommunikationsmittel

1. Begriff und technische Anforderungen

- => Definition in § 7 Abs. 1 KonzVgV
- => Geräte und Programme für die elektronische Datenübermittlung
- => § 8 KonzVgV: Sicherheitsniveau/einheitliche Datenaustauschnittstelle
- => § 10 KonzVgV: begrenzte Zulässigkeit „alternativer“ elektronischer Mittel
- => Begriff: Ausnahme von der allgemeinen Verfügbarkeit

2. Anforderungen an den Einsatz

- => § 9 Abs. 1 KonzVgV: allgemein verfügbar, nicht diskriminierend und kompatibel
- => § 9 Abs. 2 KonzVgV: Wahrung des Datenschutzes

3. Besondere Methoden und Instrumente

- => herkömmliche Vergabe: § 120 Abs. 1 bis 3 GWB
- => dynamische Beschaffungssysteme, elektronische Auktionen und Kataloge
- => keine Erwähnung des § 120 GWB in der Verweisungsnorm des § 154 GWB
- => Folgerungen für den Einsatz?

V. Einzelne Verfahrensschritte

1. Bekanntmachung

- => Regelung in § 23 Abs. 1 KonzVgV
- => Übermittlung an das EU-Amt für Veröffentlichungen in elektronischer Form
- => Nutzung der EU-Standardformulare

2. Abrufbarkeit der Vergabeunterlagen

- => Regelung in § 17 KonzVgV
- => Erfordernis einer elektronischen Adresse in der Bekanntmachung/Aufforderung
- => Erfordernis unentgeltlichen, uneingeschränkten, vollständigen und direkten Zugangs
- => Problematik einer Registrierungspflicht
- => Regelung in § 7 Abs. 3 S. 2 KonzVgV
- => Ausnahmen nach § 17 Abs. 2 KonzVgV : 1. sachlicher Grund (außergewöhnliche Sicherheitsgründe/technische Gründe/besondere Sensibilität von Handelsinformationen);
2. Begründungsdichte (hinreichend begründete Umstände)
- => (enge) Auslegung der Ausnahme

V. Einzelne Verfahrensschritte

3. Abgabe von Angeboten und vergleichbaren Erklärungen

- => Regelung in § 28 KonzVgV
- => Grundsatz der Nutzung elektronischer Mittel (§ 28 Abs. 1 KonzVgV)
- => Ausnahmen nach § 28 Abs. 2 KonzVgV: Gründe nach § 17 Abs. 2 KonzVgV oder nicht elektronisch übermittelbare physische oder maßstabsgetreue Modelle
- => qualifizierte elektronische Signatur nur nach Maßgabe des § 28 Abs. 3 KonzVgV
- => also kein Automatismus („kann verlangen“)
- => Begrifflichkeiten (nunmehr) nach der VO Nr. 910/2014/EU

4. Feststellung der Bietereignung

- => grundsätzliche Verweisung des § 154 Nr. 2 GWB auf §§ 123 ff. GWB
- => Einheitliche Europäische Eigenerklärung grds. in elektronischer Form
- => keine Umsetzungsverpflichtung bei der Konzessionsvergabe
- => allgemeine Erwähnung von Eigenerklärungen in Art. 38 KVR
- => Rückgriff auf den Grundsatz des § 7 Abs. 1 KonzVgV
- => Ausblick: Abfrage aus dem künftigen Wettbewerbsregister in elektronischer Form

V. Einzelne Verfahrensschritte

5. Rechnungsstellung

- => Regelung in § 4a EGovG
- => Pflicht zur elektronischen Rechnungsstellung ab dem 27.11.2018
- => § 18 EGovG: Geltung für Konzessionsgeber erst ab dem 27.11.2019

6. Sonstige Verfahrensschritte

- => Rückgriff auf den Grundsatz des § 7 Abs. 1 KonzVgV
- => Ausnahmen nach § 7 Abs. 2 KonzVgV

VI. Bieterschutz

1. Reichweite subjektiver Rechte

- => Grundsatz des § 97 Abs. 6 GWB
- => Anspruch auf Einhaltung der Bestimmungen zum Vergabeverfahren
- => Erstreckung auf die E-Vergabe nach § 97 Abs. 5 GWB

2. Durchsetzbarkeit der Rechte

- => keine parallele Regelung zu § 44a VwGO im Nachprüfungsverfahren
- => grds. Erfordernis der Durchsetzbarkeit auch von Verfahrensrechten
- => Rechtsmittel-Rlen: Erfordernis der Nachprüfbarkeit von „Entscheidungen“
- => hier: kein unmittelbarer Zusammenhang mit der Sachentscheidung

VII. Haushaltsvergaberecht

1. Bisherige Rechtslage

- => Grundsatz der fakultativen E-Vergabe
- => Baukonzessionen: Regelung in § 23 i.V.m. §§ 11 ff. VOB/A 2016
- => Dienstleistungsaufträge (auch -konzessionen?): §§ 11 ff. VOL/A 2009

2. Künftige Rechtslage

- => VOB/A: Beibehaltung der fakultativen E-Vergabe („gibt bekannt“/„legt fest“)
- => bis 18. Oktober 2018 „Recht auf Papier“ (§ 13 Abs. 1 Nr. 1 S. 2 VOB/A 2016)
- => § 7 Abs. 1 UVgO: obligatorische E-Vergabe
- => Übertragbarkeit auf Dienstleistungskonzessionen?
- => Problem: keine Erstreckung der UVgO auf Konzessionen
- => Spannungsverhältnis zur Gleichstellung mit dem Kartellvergaberecht?

3. (Begrenzter) Bieterschutz

- => keine unmittelbare Außenwirkung des Haushalts(vergabe)rechts
- => auch in § 2 UVgO keine parallele Regelung zu § 97 Abs. 6 GWB
- => mittelbare Außenwirkung über die Vergabep Praxis i.V.m. Art. 3 Abs. 1 GG

Fazit/Ausblick

- => Hinwendung zur obligatorischen E-Konzessionsvergabe (§§ 7 ff. KonzVgV)
- => Übergangsfristen nach § 34 KonzVgV
- => Ausnahmebestimmungen und deren Auslegung
- => praktisches Ergebnis : „intendierte E-Vergabe“
- => begrenzter Bieterschutz
- => Haushaltsvergaberecht: weitere Zweiteilung?

ausführliche Veröffentlichung zum Thema:

Thorsten Siegel, Elektronisierung des Vergabeverfahrens, LKV 2017, S. 385 ff.

Kontaktdaten:

Univ.-Prof. Dr. Thorsten Siegel

Freie Universität Berlin

Fachbereich Rechtswissenschaft

Boltzmannstr. 3

14195 Berlin

Mail: thorsten.siegel@fu-berlin.de

Web: <http://www.jura.fu-berlin.de>