

Dresden, den 31. August 2015

WORKSHOP ZUM VERGABERECHT

DIE NEUREGELUNG DER
SEKTORENAUFTRAG- UND DER
KONZESSIONSGEBER
(§§ 100 – 102 RegE)

Dr. Olav Wagner

ALICANTE
BERLIN
BRATISLAVA
BRÜSSEL
BUDAPEST
BUKAREST
DRESDEN
DÜSSELDORF
FRANKFURT/M.
LONDON
MOSKAU
MÜNCHEN
NEW YORK
PRAG
WARSAU

NOERR.COM

Noerr

Der Auftraggeberbegriff - Überblick

Bisherige Rechtslage

- Definition der erfassten öffentlichen Auftraggeber („öAG“) in § 98 GWB:

- § 98 Nr. 1 - 3 GWB



- § 98 Nr. 4 GWB iVm Anlage

- Auftraggeber, die in den Sektoren tätig sind



- § 98 Nr. 5 GWB

- Auftraggeber bei bestimmten Bauvorhaben



- § 98 Nr. 6 GWB

- Baukonzessionäre



Neuregelungen

- §§ 99 bis 102 RegE

- Legaldefinition der Begriffe öAG, Sektorauftraggeber („SAG“) und Konzessionsgeber („KG“)
- Terminologie weiterhin abw. von EU-RL

- § 99 Nr. 1 – 3 RegE

- Legaldefinition des öffentlichen AG

- § 100 iVm. § 102 RegE

- Legaldefinition des **SAG**; Umsetzung von Art. 4, 8 bis 14 der Sektorenrichtlinie 2014/25/EU („SektRL“)

- § 99 Nr. 4 RegE

- § 101 RegE

- Legaldefinition des **KG** i.V.m. § 102 RegE; Umsetzung von Art. 7 der Konzessionsrichtlinie 2014/23/EU

Begriff des Sektorauftraggebers in § 100 RegE (1)

Bisher

- § 98 Nr. 4 GWB 1. HS: Auftraggeber, die in den Sektoren tätig sind (ohne Verwendung des Begriffs SAG)
- [§ 2 VgV: öAG, die Sektorentätigkeit ausüben, haben SektVO anzuwenden]
- 1. HS
 - Alt.1: „Privater“ SAG = Ausübung der Sektorentätigkeit auf Grundlage besonderer oder ausschließlicher Rechte
 - Alt. 2: „Öffentlicher“ SAG = Beherrschung durch öffentlichen AG gemäß § 98 Nr. 1 – 3 GWB



Neufassung

- § 100 Abs. 1 RegE: Legaldefinition des SAG
 - Nr. 1: Öffentliche AG gemäß § 99 Nr. 1 – 3 RegE, die eine Sektorentätigkeit gemäß § 102 ausüben, sind SAG
 - Nr. 2
 - lit. a): „Privater“ SAG = Ausübung der Sektorentätigkeit auf Grundlage besonderer oder ausschließlicher Rechte
 - lit b): „Öffentlicher“ SAG = Beherrschung durch öffentlichen AG gemäß § 99 Nr. 1 – 3 RegE

Begriff des Sektorauftraggebers in § 100 RegE (2)

Bisher

- § 98 Nr. 4 2. HS GWB
- Definition von besonderen und ausschließlichen Rechten



- Umsetzung von Art. 7 Abs. 4 SektRL 2004 (Definition des beherrschenden Einflusses) nur mittelbar in § 106 Abs. 1 Nr. 3 GWB (Zuständigkeit der Vergabekammer des Bundes)



Neufassung

- § 100 Abs. 2 RegE
- Satz 1: Beibehaltung der Definition von besonderen und ausschließlichen Rechten
- **NEU: Satz 2:** Ausdrücklicher Ausschluss besonderer oder ausschließlicher Rechte, die in einem wettbewerblichen Verfahren, insbesondere nach GWB gewährt wurden
 - Umsetzung von Art. 4 Abs. 3 und ErwG 20 SektRL
 - entspricht ErwG 25 der SektRL 2004
- **NEU: § 100 Abs. 3 RegE**
- **Vermutungsregel**, wann von beherrschendem Einfluss durch einen öffentlichen AG auszugehen ist
 - Mehrheit der Anteile
 - Mehrheit der Stimmrechte
 - Mehrheit der Mitglieder der Verwaltungs-, Leitungs- oder Aufsichtsorgane
- Umsetzung von Art. 4 Uabs. 2 SektRL

Begriff der Sektorentätigkeiten in § 102 RegE

Bisher

■ Anlage 1 zu § 98 Nr. 4 GWB:

- Nr. 1: Trinkwasserversorgung
- Nr. 2: Elektrizitäts- und Gasversorgung
- Nr. 3: Wärmeversorgung
- Nr. 4: Verkehr

- ### ■ §129b GWB: Sonderregelung für Auftraggeber nach dem BBergG (Umsetzung von Art. 27 SektRL 2004)

Neufassung

■ § 102 RegE: Definition der Sektorentätigkeiten unter Übernahme der Struktur der SektRL

- Abs. 1: Trinkwasserversorgung
- Abs. 2: Elektrizitätsversorgung
- Abs. 3: Gas- und Wärmeversorgung
- Abs. 4: Verkehrsleistungen per Eisenbahn, Straßenbahn etc.
- Abs. 5: Tätigkeiten im Bereich Häfen und Flughäfen

- **Abs. 6: Tätigkeit im Bereich fossiler Brennstoffe** (aber weiterhin Sonderregelung nach § 143 RegE)

- **Abs. 7: Begriff „Einspeisung“** umfasst auch den **Groß- und Einzelhandel** mit Wasser, Gas und Wärme sowie Elektrizität (Umsetzung von Art. 7 SektRL)

- weiterhin keine Erwähnung von Postdiensten, da keine SAG in Deutschland in Betracht kommen

Sektorenauftraggeber – Allgemeine und besondere Bereichsausnahmen (1)

Bisher

- **§ 100 GWB**
 - Allgemeine Ausnahmen
- **§ 100 b GWB**
 - Besondere Ausnahmen im Sektorenbereich

Neufassung

- **§ 107 RegE**
 - Allgemeine Ausnahmen
- **§§ 137 bis 140 RegE**
 - Besondere Ausnahmen im Sektorenbereich
 - teilweise unter Verweis auf § 116 RegE (besondere Ausnahmen bei Auftragsvergaben durch öffentliche Auftraggeber)

Sektorenauftraggeber – Allgemeine und besondere Bereichsausnahmen (1)

Bisher

- § 100 Abs. 3 GWB
→ Arbeitsverträge
- § 100 Abs. 4 Nr. 1 GWB
→ Schiedsgerichts- und Schlichtungsleistungen
- § 100 Abs. 4 Nr. 2 GWB
→ Forschungs- und Entwicklungsleistungen
- § 100 Abs. 5 GWB
→ Grundstücksgeschäfte (Kauf und Miete)








Neufassung

- § 107 Abs. 1 Nr. 3 RegE
- § 107 Abs. 1 Nr. 1 RegE **und** besondere Ausnahme nach § 137 Abs. 1 Nr. 1 iVm. § 116 Nr. 1 RegE
→ **Erweiterung auf bestimmte Rechtsdienstleistungen** (Umsetzung der erstmaligen Vorgaben aus allen drei RL)
- **NEU:** § 107 Abs. 1 Nr. 4 RegE
→ Dienstleistungen des Katastrophenschutzes, Zivilschutzes, Gefahrenabwehr
- § 137 Abs. 1 Nr. 2 iVm. § 116 Nr. 2 RegE
- § 107 Abs. 1 Nr. 2 RegE
- **NEU:** § 137 Abs. 1 Nr. 3 RegE (Mediendienstleistungen)

Sektorenauftraggeber – Allgemeine und besondere Bereichsausnahmen (2)

Bisher

- § 100 Abs. 6, 7 und 8 GWB
→ Sicherheitsinteressen 
- § 100 b Abs. 2 Nr. 2 und 3 GWB
→ Beschaffung Wasser/Energie für Sektorentätigkeit 
- § 100 b Abs. 3 GWB
→ Vergabe an öffentlichen AG mit Ausschließlichkeitsrecht 
- § 100a Abs. 4 GWB
→ Bereitstellung/Betrieb öffentlicher Telekommunikationsnetze 
- § 100 b Abs. 2 Nr. 1 GWB
→ Finanzielle Dienstleistungen einschl. Krediten 

Neufassung

- § 107 Abs. 2 RegE
- § 137 Abs. 1 Nr. 7 und 8 RegE
- § 137 Abs. 1 Nr. 6 iVm. § 116 Abs. 1 Nr. 6 RegE
- § 116 Abs. 2 RegE
- § 137 Abs. 1 Nr. 4, Nr. 5 iVm. § 116 Abs. 1 Nr. 4, Nr. 5 RegE

Sektorauftraggeber – Allgemeine und besondere Bereichsausnahmen (3)

Bisher

- § 100 b Abs. 4 Nr. 1 – 3 GWB
→ Aufträge außerhalb Sektorentätigkeit
- § 100 b Abs. 4 Nr. 4 GWB; § 3 SektVO
→ Unmittelbar dem Wettbewerb ausgesetzte Tätigkeiten
- § 100 b Abs. 5 GWB
→ Baukonzessionen von SAG
- § 100 b Abs. 6 – 9 GWB
→ Verbundene Unternehmen mit mindestens 80% Umsatzanteil



Neufassung

- § 137 Abs. 1 Nr. 9 und Abs. 2 RegE
- § 140 Abs. 1 RegE
- [149 RegE (keine Ausnahme von Baukonzessionen)]
- §§ 138, 139 RegE

Verfahrensarten für Sektorauftraggeber

Bisher

- **§ 101 Abs. 7 S. 2 GWB und § 6 Abs. 1 SektVO**
 - Freie Wahl zwischen offenem, nicht offenem und Verhandlungsverfahren mit Bekanntmachung
- **§ 6 Abs. 2 SektVO**
 - Ausnahmsweise Zulässigkeit des Verhandlungsverfahrens ohne Bekanntmachung



Neufassung

- **§ 141 Abs. 1 RegE**
 - **NEU: Wettbewerblicher Dialog** als zusätzliche frei wählbare Verfahrensart
 - praktische Bedeutung?
- **§ 141 Abs. 2 RegE**
 - weitere Verfahrensarten, soweit aufgrund GWB gestattet, Regelung in SektVO n.F.
 - Verhandlungsverfahren ohne Bekanntmachung
 - **NEU: Innovationspartnerschaft**
 - praktische Bedeutung?
 - dynamisches Beschaffungssystem in § 141 nicht mehr gesondert erwähnt (anders noch RefE), da keine Verfahrensart, aber Verweis auf § 120 RegE in § 142 RegE

Verfahrensregelungen für den Sektorauftraggeber

Bisher

- Verfahrensregeln für die Vergabe von Aufträgen im Sektorenbereich in SektVO



Neufassung

- § 142 RegE
- **NEU:** Entsprechende Anwendbarkeit der allgemeinen Verfahrensregelungen gemäß §§ 118 – 135 RegE mit der Maßgabe:
 - größerer Spielraum bei Eignungsauswahl als nach § 122 RegE : objektive Kriterien, die allen interessierten Unternehmen zugänglich sind (weitere Ausgestaltung erfolgt wie bisher in SektVO)
 - kein zwingender Ausschluss gemäß § 123 RegE bei „privaten“ SAG (wie § 21 SektVO)
 - bei Auftragsänderung während der Vertragslaufzeit keine Anwendung des § 132 Abs. 2 S. 2 und 3 RegE, d.h. auch bei Erhöhung des Preises >50%

Begriff des Konzessionsgebers – § 101 RegE (1)

Bisher

- §§ 98 Nr. 1 – 3, 5 und 6 GWB gelten auch bei Vergaben von Baukonzessionen
- Keine Anwendung des GWB-Vergaberechts bei:
 - Dienstleistungskonzessionen
 - Baukonzessionen von SAG, § 100 b Abs. 5 GWB

Neufassung

- **§ 101 RegE** Eigenständige Legaldefinition des Konzessionsgebers unter teilweisem Verweis auf §§ 100, 102 RegE (SAG)
- **§ 101 Abs. 1 RegE**
 - **Nr. 1: öffentliche AG** gem. § 99 Nr. 1 – 3 RegE, die Konzession vergeben
 - **Nr. 2: „öffentliche“ SAG**, die Sektorentätigkeit nach § 102 Abs. 2 – 6 RegE ausüben und Konzession vergeben
 - **Ausnahme Wasser:** Kein Verweis auf § 102 Abs. 1 RegE
 - Umsetzung Art. 12 und ErwG 40 KonzRL
 - aber Beachtung der Grundsätze Transparenz, Gleichbehandlung und Verhältnismäßigkeit gemäß EU-Primärrecht (vgl. auch Gesetzesbegründung)

Begriff des Konzessionsgebers – § 101 RegE (2)

Bisher

- §§ 98 Nr. 1 – 3, 5 und 6 GWB gelten auch bei Vergaben von Baukonzessionen
- Keine unmittelbare Anwendung des Vergaberechts bei:
 - Dienstleistungskonzessionen
 - Baukonzessionen von SAG, § 100 b Abs. 5 GWB

Neufassung

- **Nr. 3: „private SAG“**, die Sektorentätigkeit nach § 102 Abs. 2 – 6 RegE ausüben und Konzession vergeben
 - hier gilt das zu § 101 Abs. 1 Nr. 2 RegE Gesagte
- **§ 101 Abs. 2 RegE**
 - § 100 Abs. 2 und 3 RegE gilt entsprechend für Definition beherrschenden Einflusses (öffentliche SAG) sowie besondere und ausschließliche Rechte (private SAG)
- **§ 105 RegE**
 - Definition des Begriffs der Bau- und Dienstleistungskonzessionen
 - Bei Aufträgen, die unter diese Definition fallen, kommen die weniger strengen Verfahrensvorschriften für die Vergabe von Konzessionen zur Anwendung

Abgrenzungsregeln

Bisher

- **§ 99 Abs. 11 GWB:**
Bei Aufträgen, die mehrere Tätigkeiten umfassen, ist auf Hauptgegenstand abzustellen
- **§ 99 Abs. 12 GWB:**
Ist Hauptgegenstand nicht feststellbar, ist das jeweils strengere Vergaberegime anzuwenden

Neufassung

- **§ 111 RegE**
 - Vergabe von öffentlichen Aufträgen und Konzessionen, deren Teile unterschiedlichen Regelungen unterliegen
 - verschiedene Beschaffungskomponenten/Auftragsteile
- **§ 112 RegE**
 - Vergabe von öffentlichen Aufträgen und Konzessionen, die verschiedene Tätigkeiten umfassen
 - einheitliche Beschaffung für verschiedene Tätigkeiten des Auftraggebers
 - **Abs. 3:** grundsätzlich maßgeblich, für welche Tätigkeit Auftrag hauptsächlich bestimmt ist
 - **Abs. 5:** Bestimmung des jeweils strengere Vergaberegimes, falls nicht feststellbar ist, für welche Tätigkeit Auftrag hauptsächlich bestimmt ist
 - Umsetzung von Art. 22, 23 VergabeRL, Art. 6, 26 SektRL

WORKSHOP ZUM VERGABERECHT –

„DIE NEUREGELUNG DER SEKTORENAUFTRAG- UND DER KONZESSIONSGEBER
(§§ 100 – 102 RegE)“

Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit!

Dr. Olav Wagner
olav.wagner@noerr.com