

[Dr. Stefan Althaus](#)

FACHANWALT FÜR
BAU- UND ARCHITEKTENRECHT

[Matthias Goede](#)

FACHANWALT FÜR
VERGABERECHT
BAU- UND ARCHITEKTENRECHT

[Cornelius Hartung](#)

FACHANWALT FÜR
BAU- UND ARCHITEKTENRECHT
VERGABERECHT

[Dr. Alexander Herrmann](#)

FACHANWALT FÜR
VERGABERECHT

[Werner Koppmann](#)

[Dr. Franz Wagner](#)

**Seminar des Bauzentrums
München
Baurecht after work**

**22.06.2023
16.00 Uhr bis 19.00 Uhr
im Bauzentrum München**

**Öffentliche Ausschreibungen:
Vergabe und Angebotsabgabe
(VOB/A 2016 / Vergaberechtsmodernisierung 2016
und deren Umsetzung / Neue VOB/A 2019)**

Referent:

RA Cornelius Hartung

Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht

Fachanwalt für Vergaberecht

Mitglied des Netzwerkes Bau Kompetenz München (BKM)

GOEDE ALTHAUS RECHTSANWÄLTE
PARTNERSCHAFT mbB
AG MÜNCHEN | PR 1879

BRIENNER STRASSE 21 | 80333 MÜNCHEN
TEL. +49 (0)89 76 70 70-0 | FAX +49 (0)89 76 70 70-22
KANZLEI@GOEDE-ALTHAUS.DE
WWW.GOEDE-ALTHAUS.DE

STADTSPARKASSE MÜNCHEN
IBAN DE33 7015 0000 1005 4428 90 | BIC SSKMDEMM

Inhalt:

A.

Einführung

B.

Die Vergaberechtsmodernisierung 2016

- I. Oberhalb des Schwellenwerts: Vergaberechtsmodernisierungsverordnung (VergR-ModVO) vom 12.04.2016**

- II. Oberhalb des Schwellenwerts: Die wichtigsten Änderungen der VOB/A 2. Abschnitt und des GWB**
 - 1. § 2 EU Abs. 7: Marktkonsultationen und Markterkundungen
 - 2. § 3 a EU Abs. 1 VOB/A/§ 119 Abs. 2 GWB: Gleichrangigkeit des offenen und nicht offenen Verfahrens
 - 3. § 3 b EU Abs. 5 VOB/A/§ 119 Abs. 7 GWB: Innovationspartnerschaft
 - 4. § 4 a EU: Rahmenvereinbarungen
 - 5. § 6 a und b EU/§ 122 GWB: Eignungsnachweise
 - 6. § 6 d EU: Kapazitäten anderer Unternehmen (Eignungsleihe)

7. § 6 e EU Abs. 1 bis 5/§ 123 GWB: Zwingende Ausschlussgründe
 8. § 6 e EU Abs. 6/§ 124 GWB: Fakultative Ausschlussgründe
 9. § 6 f EU/§ 125 GWB: Selbstreinigung
 10. §§ 7 bis 7 c/§ 121 Abs. 2 GWB: Leistungsbeschreibung
 11. § 8 EU Abs. 2 Nr. 3 S. 6: Nebenangebote
 12. §§ 10 a EU, 10 b EU, 11 b EU und 11 EU: Fristen
 13. § 11 EU und § 14 EU: Kommunikation und Submission
 14. § 12 a EU: Zurverfügungstellung der Vergabeunterlagen
 15. § 16 d EU/§ 127 GWB: Wertung/Zuschlag
 16. § 22 EU/§ 132 GWB: Auftragsänderungen während der Vertragslaufzeit
 17. § 23 EU: Übergangsregelung zur E-Vergabe
 18. §§ 155 bis 184 GWB: Rechtsschutz/Nachprüfungsverfahren
- III. Oberhalb des Schwellenwerts: Die wichtigsten Änderungen in der VOB/A 3. Abschnitt für Verteidigung und Sicherheit (VOB/A-VS)**
- IV. Unterhalb des Schwellenwerts: Die wichtigsten Änderungen der VOB/A 1. Abschnitt**

V. **Oberhalb des Schwellenwerts: Die Vergabe von Architekten- und Ingenieurleistungen**

VI. **Unterhalb des Schwellenwerts: Die Vergabe von Architekten- und Ingenieurleistungen**

C.

Die neuen Schwellenwerte ab 2022

D.

**Ausgewählte materiell rechtliche Vorschriften der VOB/A und ihre
Auswirkungen in der Praxis**

I. **§ 2 Abs. 1 Nr. 1: Vergabe von Bauleistungen in transparenten Vergabeverfahren**

II. **§ 3 a Abs. 2, § 3 Abs. 4 S. 2: Wertgrenzen für beschränkte Ausschreibung und freihändige Vergabe**

III. **§ 5 Abs. 2: Trennung der Bauleistungen in Teillosten und Fachlosen analog § 97 Abs. 3 GWB**

IV. **§ 6 Abs. 3 VOB/A: Ausschluss gemeinnütziger Unternehmen vom Wettbewerb**

V. **Bieterauswahl (1): § 6 a und b VOB/A (Eignungsnachweise)**

- VI. Bieterauswahl (2): § 6 b Abs. 2 S. 2 und 3 VOB/A (Eignungsnachweise): Eigenerklärungen
- VII. Bieterauswahl (3): § 6 Abs. 2 VOB/A (Bietergemeinschaften)
- VIII. § 7 Abs. 1 Nr. 4 VOB/A: Verbot von Bedarfspositionen
- IX. § 9 c VOB/A: Sicherheitsleistungen
- X. § 15 VOB/A: Aufklärung des Angebotsinhalts
- XI. Prüfung/Wertung von Angeboten (1): § 16 Abs. 1 Nr. 3 VOB/A: Heilung eines fehlenden Einheitspreises
- XII. Prüfung/Wertung von Angeboten (2): § 16 a VOB/A: Nachfordern fehlender Erklärungen oder Nachweise
- XIII. Prüfung/Wertung von Angeboten (3): § 16 d Abs. 4 VOB/A: Preisnachlässe und Skonti
- XIV. Transparenz im Vergabeverfahren (1): § 19 Abs. 5 VOB/A: Ex-Ante-Transparenz

XV. Transparenz im Vergabeverfahren (2): § 20 Abs. 1 VOB/A: Dokumentation des Vergabeverfahrens

XVI. Transparenz im Vergabeverfahren (3): § 20 Abs. 3 VOB/A: Ex-Post-Transparenz

E.

Die neue VOB/A 2019

F.

Zusammenfassung

A.

Einführung

B.

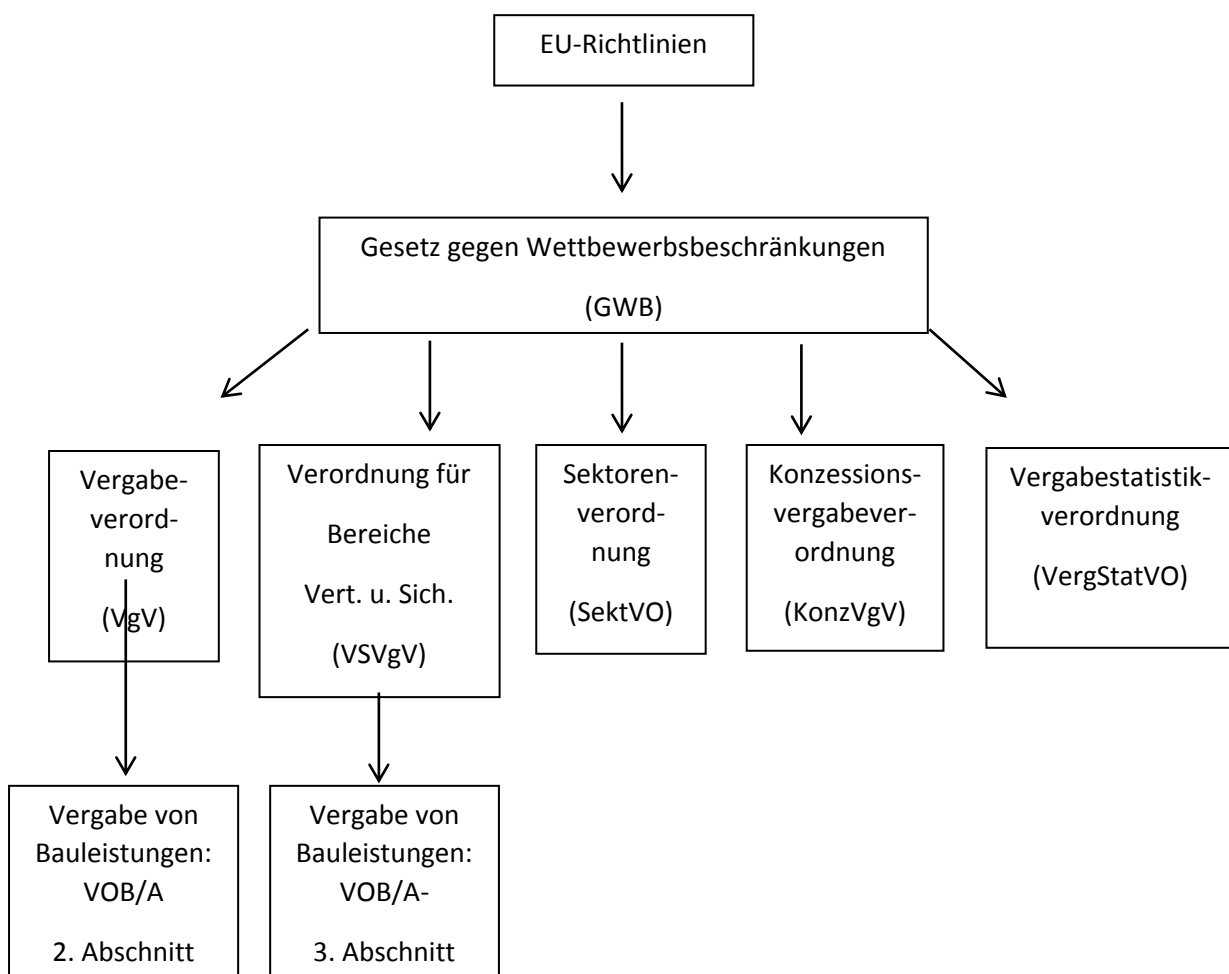
Die Vergaberechtsmodernisierung 2016

Am 18.04.2016 ist mit dem Vergaberechtsmodernisierungsgesetz (VergRModG, BGBl Teil I, Nr. 8 vom 23.02.2016, S. 203), der Verordnung zur Modernisierung des Vergaberechts (VergRModVO, Bundesgesetzblatt, Teil I Nr. 16 vom 12.04.2016, S. 624) und der Bekanntgabe der VOB/A 2016 (1. bis 3. Abschnitt, BAnz vom 19.01.2016) seit Einfügung des 4. Teils in das GWB (§§ 97 ff.) im Jahr 1999 die größte Reform des Vergaberechts in Kraft getreten. Hintergrund dessen sind die 3 EU-Richtlinien vom 28.03.2014:

- Die Vergaberichtlinie RL 2014/24/EU,
- die Sektorenrichtlinie RL 2014/25/EU und

- die Konzessionsrichtlinie RL 2014/23/EU.

Die EU-Vergaberechtsmodernisierung zielt darauf ab, die Vergabeverfahren effizienter, einfacher und flexibler zu gestalten und die Teilnahme kleiner und mittlerer Unternehmen (KMU) am Vergabeverfahren zu erleichtern. Es soll ermöglicht werden, den Vergabestellen die öffentliche Auftragsvergabe stärker zur Unterstützung strategischer Ziele zu nutzen, also vor allem für soziale, umweltbezogene und innovative Aspekte. Die Bundesrepublik Deutschland hat die oben genannten Richtlinien in dem Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) vom 17.02.2016 (vgl. VergModG), der VergabeRModVO vom 12.04.2016 und der VOB/A 2016 umgesetzt. Im Oberschwellen-Vergaberecht ist die Struktur nach wie vor kaskadenförmig (Vergaberechtskaskade). Ganz oben stehen die EU-Richtlinien, darunter das GWB mit den Ermächtigungsgrundlagen für die Vergabeverordnung (VgV) und die Verordnung für Vergaben im Bereich Verteidigung und Sicherheit (VSVgV), die ihrerseits für Bauleistungen die VOB/A-EU und die VOB/A-VS für anwendbar erklären:



Die VOB/A 2016 besteht nunmehr aus folgenden 3 Abschnitten:

- 1. Abschnitt: VOB/A unterhalb des Schwellenwerts,
- 2. Abschnitt: VOB/A EU oberhalb des Schwellenwerts und
- 3. Abschnitt: VOB/A VS oberhalb des Schwellenwerts für die Bereiche Verteidigung und Sicherheit.

Der Schwellenwert für Bauvergaben liegt augenblicklich bei € 5.382.000,00.

I. Oberhalb des Schwellenwerts: Vergaberechtsmodernisierungsverordnung (VergR-ModVO) vom 12.04.2016

Mit der VergabeRModVO vom 12.04.2016 wurden 5 Verordnungen neu eingeführt bzw. geändert:

- Mit Artikel 1 die Vergabeverordnung,
- mit Artikel 2 die Sektorenverordnung,
- mit Artikel 3 die Konzessionsvergabeverordnung,
- mit Artikel 4 die Vergabestatistikverordnung und
- mit Artikel 5 des VergabeRModVO die Vergabeverordnung für die Bereiche Verteidigung und Sicherheit

Die Vergabeverordnung gilt nach § 1 Abs. 1 VgV für die den Teil 4 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen unterliegenden Vergaben von öffentlichen Aufträgen. § 106 Abs. 1 GWB bestimmt, dass der 4. Teil des GWG für die Vergabe von öffentlichen Aufträgen oberhalb der jeweils festgelegten Schwellenwerte gilt. § 106 Abs. 2 Nr. 1 GWB bestimmt, dass sich der Schwellenwert für öffentliche Aufträge aus Artikel 4 der Richtlinie 2014/24/EU ergibt. Seit dem 01.01.2020 liegt der Schwellenwert für Bauvergaben bei netto € 5.382.000,00.

§ 2 VgV bestimmt, dass für die Vergabe von Bauaufträgen die VOB/A Abschnitt 2 in der Fassung der Bekanntmachung vom 31.01.2019 (BAnz vom 19.02.2019) anzuwenden ist.

§ 2 Abs. 2 S. 2 VSVgV bestimmt, dass für die Vergabe von Bauaufträgen im Bereich Verteidigung und Sicherheit die VOB/A Abschnitt 3 in der Fassung der Bekanntmachung vom 31.01.2019 (BAnz vom 19.02.2019) anzuwenden ist.

II. Oberhalb des Schwellenwerts: Die wichtigsten Änderungen der VOB/A 2. Abschnitt und des GWB

Einige Änderungen im GWB hat die VOB/A-EU fast wortgleich übernommen. Die Paragraphen-Nummern wurden grundsätzlich beibehalten, es sind jedoch viele neue a-, b-, c- usw. Paragraphen hinzugekommen. In § 97 Abs. 1 GWB wurde erstmals der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit aufgenommen. Hierdurch soll klargestellt werden, dass die Vergabestellen bei ihren Beschaffungsaktivitäten bei den Anforderungen an die Leistungsbeschreibung, die Eignung, den Zuschlag und die Ausführungsbedingungen den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit wahren müssen.

1. § 2 EU Abs. 7: Marktkonsultationen und Markterkundungen

Marktkonsultationen des öffentlichen Auftraggebers zur Vorbereitung der Auftragsvergabe und zur Unterrichtung der Unternehmer über ihre Pläne zur Auftragsvergabe und die Anforderungen an den Auftrag sind nach § 2 EU Abs. 7 zulässig. Nicht zulässig sind die Durchführung von Vergabeverfahren zum Zwecke der Markterkundung, vgl. § 2 EU Abs. 7 S. 2.

2. § 3 a EU Abs. 1 VOB/A/§ 119 Abs. 2 GWB: Gleichrangigkeit des offenen und nicht offenen Verfahrens

Nach § 3 a EU Abs. 1 VOB/A und § 119 Abs. 2 GWB sind das offene und das nicht offene Verfahren als gleichrangige Verfahrensarten zulässig. Nach § 3 EG Abs. 2 VOB/A 2012

war bisher das offene Verfahren vor den anderen Verfahren vorrangig. Beide Verfahren (das offene und das nicht offene Verfahren) sind als förmliche Vergabeverfahren ausgestaltet. Das nicht offene Verfahren setzt sich aus einem vorgeschalteten öffentlichen Teilnahmewettbewerb und der nachfolgenden beschränkten Ausschreibung zusammen, § 3 b EU Abs. 2. Zur Angebotsabgabe aufgefordert werden nur die geeigneten Bieter und die zu treffende Auswahl erfolgt nach objektiven, diskriminierungsfreien Gesichtspunkten und ist im Vergabevermerk zu dokumentieren. Der öffentliche Auftraggeber hat eine im vergaberechtlichen Zusammenhang pflichtgemäße Ermessensentscheidung zu treffen, wobei er insbesondere das Wettbewerbs-, Gleichbehandlungs- und Transparenzgebot als Ausprägung des generellen Willkürverbots beachten muss. Die Zahl der nach dem öffentlichen Teilnahmewettbewerb zugelassenen Bewerber muss einen echten Wettbewerb sicherstellen.

Nach § 3 b EU Abs. 2 Nr. 3 S. 3 VOB/A darf die Mindestzahl der einzuladenden Bewerber nicht niedriger als 5 sein. Ein nicht offenes Verfahren ohne vorgeschalteten öffentlichen Teilnahmewettbewerb ist nicht vorgesehen.

Im Unterschwellenbereich gilt nach der VOB/A 1. Abschnitt weiterhin der Vorrang der öffentlichen Ausschreibung, § 3 Abs. 1 VOB/A, was ab 2019 geändert wurde, siehe unten.

Ein erheblicher Nachteil bei nicht offenen Verfahren liegt gemäß § 9 c EU Abs. 1 S. 3 VOB/A (wie bisher schon nach § 9 EG Abs. 7 S. 3 VOB/A und auch bei Verhandlungsverfahren und wettbewerblichen Dialogen) darin, dass Sicherheitsleistungen in der Regel nicht verlangt werden „sollen“.

3. § 3 b EU Abs. 5 VOB/A/§ 119 Abs. 7 GWB: Innovationspartnerschaft

Mit der neu eingeführten Innovationspartnerschaft (vgl. Artikel 31 der Vergaberichtlinie 2014/24/EU) wird ein besonderes Vergabeverfahren zur Entwicklung und dem abschließenden Erwerb innovativer Liefer-, Bau- oder Dienstleistungen eingeführt, wenn

der bestehende Bedarf nicht durch bereits auf dem Markt verfügbare Lösungen befriedigt werden kann. Die Innovationspartnerschaft ermöglicht es öffentlichen Auftraggebern, eine langfristige Innovationspartnerschaft mit einem oder mehreren Partnern für die Entwicklung und den anschließenden Erwerb neuer, innovativer Leistungen zu begründen, ohne dass es ein getrenntes Vergabeverfahren für den Kauf erforderlich ist. Die Innovationspartnerschaft stützt sich im Kern auf die Verfahrensregeln, die für das Verhandlungsverfahren gelten. Der Vertrag umfasst zwei aufeinanderfolgende Phasen, die Forschungs- und Entwicklungsphase (Entwicklung der Bauleistung) und die Leistungsphase (Ausführung der Bauleistung). Die Innovationspartnerschaft kann mit einem oder mehreren Bietern eingegangen werden. Die beiden Phasen sind durch Zwischenziele zu untergliedern, anhand derer sich die Vergütung und die Möglichkeit, sich von einem Partner zu trennen, richtet.

4. § 4 a EU: Rahmenvereinbarungen

§ 4 a EU sieht erstmals auch für den Baubereich Rahmenvereinbarungen mit einem oder mehreren Unternehmen vor. In den Absätzen 3 bis 5 wird detailliert beschrieben, wie die auf einer Rahmenvereinbarung beruhenden Einzelaufträge vergeben werden, wenn die Rahmenvereinbarung mit mehr als einem Unternehmen geschlossen wurde. In der Auftragsbekanntmachung oder den Vergabeunterlagen für die Rahmenvereinbarung ist festzulegen, ob und nach welchen objektiven Kriterien entschieden wird, ob eine Bauleistung (Einzelauftrag) nach einem erneuten Vergabeverfahren oder direkt beschafft werden kann. Die Laufzeit darf höchstens 4 Jahre betragen, § 4 a EU Abs. 6 VOB/A. In der VOB/A Abschnitt 1 wurde mit § 4 a ebenfalls eine Regelung zur Rahmenvereinbarung eingeführt. Deren Zulässigkeit unterhalb des Schwellenwerts ist daher nicht mehr zweifelhaft. Die Laufzeit darf ebenfalls 4 Jahre nicht überschreiten.

5. § 6 a und b EU/§ 122 GWB: Eignungsnachweise

Die Eignungskriterien sind in § 6 EU Abs. 2 geregelt und dürfen ausschließlich die

1. Befähigung und Erlaubnis zur Berufsausübung,
2. wirtschaftliche und finanzielle Leistungsfähigkeit und

3. technische und berufliche Leistungsfähigkeit

betreffen. Sie müssen mit dem Auftragsgegenstand in Verbindung und zu diesem in einem angemessenen Verhältnis stehen. § 6a EU listet abschließend diejenigen Eignungsnachweise auf, die die Vergabestelle anfordern darf. Neu ist nach § 6 a EU Nr. 2 c S. 2 und 3, dass die Vergabestelle einen Mindestjahresumsatz bis zum 2-fachen des geschätzten Auftragswerts verlangen darf. Referenzen kann die Vergabestelle nach § 6 a EU Nr. 3 a für die letzten bis zu fünf abgeschlossenen Kalenderjahren fordern. Bisher durften nach § 6 EG Abs. 3 Nr. 2 b VOB/A die Referenzen nur für Leistungen in den letzten 3 abgeschlossenen Geschäftsjahren gefordert werden. Unterhalb des Schwellenwerts bleibt es nach § 6 a Abs. 2 Nr. 1 VOB/A 1. Abschnitt dabei, dass die Vergabestelle bezogen auf die letzten drei abgeschlossenen Geschäftsjahre einen Umsatz fordern darf, der mit der zu vergebenden Leistung vergleichbar ist. Ein Mindestumsatz wird dort zwar nicht ausdrücklich zugelassen, ist aber nach der Rechtsprechung zulässig. Referenzen können unterhalb des Schwellenwerts nach § 6 a Abs. 2 Nr. 2 VOB/A für die letzten fünf abgeschlossenen Geschäftsjahre verlangt werden. § 6 b EU/ § 122 Abs. 3 GWB lassen den Eignungsnachweis durch die Präqualifikation, durch Einzelnachweise/Eigenerklärungen oder „*als vorläufigen Nachweis*“ durch eine Einheitliche Europäische Eigenerklärung (EEE) zu. Die Inhalte der EEE sind in der DurchführungsVO (EU) 2016/7 vom 05.01.2016 näher geregelt.

6. § 6 d EU: Kapazitäten anderer Unternehmen (Eignungsleihe)

Wie bisher schon können sich Bieter zum Nachweis ihrer Eignung auf andere Unternehmen (Nachunternehmer) stützen. Den Nachweis der Eignung des anderen Unternehmens muss der Bieter entsprechend § 6 b EU (Präqualifikation, Einzelnachweise oder Einheitliche Europäische Eigenerklärung) nachweisen, vgl. § 6 d EU Abs. 3. Außerdem muss der Bieter den Nachweis der erforderlichen Kapazitäten des Nachunternehmers z. B. durch Verpflichtungserklärungen erbringen, § 6 d EU Abs. 1 S. 2. Neu ist, dass der öffentliche Auftraggeber vorzuschreiben hat, dass ein Bieter ein nicht geeignetes Unternehmen zu ersetzen hat, § 6 d EU Abs. 1 S. 5. Weiter kann der öffentliche Auftraggeber vorschreiben, dass der Bieter ein Unternehmen, bei dem fakultative Ausschlussgründe nach § 6 e Abs. 6 EU vorliegen, ersetzt, § 6 d EU Abs. 1 S. 6. Neu ist

weiter, dass der öffentliche Auftraggeber vorschreiben kann, dass Bieter und Nachunternehmer als Gesamtschuldner für die Auftragsausführung haften, § 6 d EU Abs. 2. Der öffentliche Auftraggeber kann auch vorschreiben, dass bestimmte kritische Aufgaben direkt vom Bieter selbst, oder von einem Mitglied der Bietergemeinschaft ausgeführt werden, § 6 d EU Abs. 4. Insofern kann der öffentliche Auftraggeber wieder das Eigenleistungsgebot einführen. Unterhalb des Schwellenwerts gilt nach wie vor das sogenannte Gebot der Selbstausführung, wonach der Bieter die ausgeschriebenen Leistungen selbst und nicht durch Nachunternehmer auszuführen hat.

7. § 6 e EU Abs. 1 bis 5/§ 123 GWB: Zwingende Ausschlussgründe

§ 6 e EU Abs. 1 bis 5 und § 123 GWB (bisher: § 6 EG Abs. 4 Nr. 1 VOB/A 2. Abschnitt) beschreiben die zwingenden Ausschlussgründe, wonach ein Unternehmen zwingend von der Teilnahme an einem Vergabeverfahren ausgeschlossen werden muss. Dem Auftraggeber steht kein Ermessen bei der Entscheidung zu. § 6 e EU/§ 123 GWB wurde um terroristische Straftaten, Terrorismusfinanzierung, Kinderarbeit und Menschenhandel ergänzt.

8. § 6 e EU Abs. 6/§ 124 GWB: Fakultative Ausschlussgründe

Die §§ 6 e EU Abs. 6 und 124 GWB (bisher: § 16 EG Abs. 1 Nr. 2 VOB/A 2. Abschnitt) beinhalten die sog. fakultativen Ausschlussgründe. Bei fakultativen Ausschlussgründen besteht ein Ermessensspielraum des Auftraggebers (Prognoseentscheidung), bei dem der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu beachten ist. § 6 e EU Abs. 6 und § 124 GWB sehen nunmehr die Möglichkeit eines Ausschlusses für den Fall vor, dass ein Unternehmen bei der Ausführung öffentlicher Aufträge nachweislich gegen geltende umwelt-, sozial- und arbeitsrechtliche Verpflichtungen verstoßen hat. Nach § 6 e EU Abs. 6 Nr. 7 und § 124 Abs. 1 Nr. 7 GWB kann ein Unternehmen auch ausgeschlossen werden, wenn es eine wesentliche Anforderung bei der Ausführung eines früheren öffentlichen Bauauftrags erheblich oder fortdauernd mangelhaft erfüllt hat und dies zu einer vorzeitigen Beendigung, zu Schadensersatz oder zu einer vergleichbaren Rechtsfolge

geführt hat. Dies war bisher nicht normiert und fiel unter das Kriterium der „*nachweislich schweren Verfehlung*“, § 16 EG Abs. 1 Nr. 2 c VOB/A 2. Abschnitt 2012 und § 6 a Abs. 2 Nr. 7 VOB/A 1. Abschnitt 2016.

9. § 6 f EU/§ 125 GWB: Selbstreinigung

Neu eingeführt wurde mit § 6 f EU/§ 125 GWB erstmals die Möglichkeit zur Selbstreinigung. Unter Selbstreinigung sind Maßnahmen zu verstehen, die ein Unternehmen ergreift, um seine Integrität wiederherzustellen und eine Begehung von Straftaten oder schweres Fehlverhalten in der Zukunft zu verhindern. Liegt also ein fakultativer oder obligatorischer Ausschlussgrund vor, ist das Unternehmen dennoch nicht vom Vergabeverfahren auszuschließen, wenn es ausreichende Selbstreinigungsmaßnahmen durchgeführt hat. Voraussetzung für eine Selbstreinigung sind Schadensersatz, eine aktive Zusammenarbeit mit den Ermittlungsbehörden und konkrete technische, organisatorische und personelle Maßnahmen, die geeignet sind, weitere Straftaten oder weiteres Fehlverhalten zu vermeiden. In § 6 f EU Abs. 3/§ 126 GWB wird die Höchstdauer eines Ausschlusses vorgegeben: Bei obligatorischen Ausschlussgründen 5 Jahre ab Verurteilung und bei fakultativen Ausschlussgründen 3 Jahre ab dem betreffenden Ereignis.

10. §§ 7 bis 7 c/§ 121 Abs. 2 GWB: Leistungsbeschreibung

Die Vorschriften zur Leistungsbeschreibung (§§ 7 bis 7 c EU) sind im Wesentlichen gleich geblieben. Neu ist, dass die Leistungsbeschreibung/technische Spezifikationen so zu erstellen sind, dass die Kriterien der Zugänglichkeit für Personen mit Behinderungen berücksichtigt werden, § 7 a EU Abs. 1 Nr. 4 und Nr. 5/§ 121 Abs. 2 GWB. Neu ist auch, dass die Vergabestelle für umweltbezogene, soziale oder sonstige Merkmale unter bestimmten Voraussetzungen einen Gütenachweis als Nachweis verlangen, vgl. § 7 a EU Abs. 6. Bisher waren nur Gütezeichen (Umweltzeichen) in Bezug auf Umwelteigenschaften zulässig, vgl. § 7 EG Abs. 7 VOB/A. Unterhalb des Schwellenwerts sind Gütezeichen in Form von Umweltzeichen nach wie vor (bisher § 7 Abs. 7 VOB/A) zulässig, vgl. § 7 a Abs. 5 VOB/A.

11. § 8 EU Abs. 2 Nr. 3 S. 6: Nebenangebote

§ 8 EU Abs. 2 Nr. 3 S. 6 VOB/A lässt Nebenangebote auch dann zu, wenn der Preis das einzige Zuschlagskriterium ist. Der öffentliche Auftraggeber kann Nebenangebote auch vorschreiben, § 8 EU Abs. 2 Nr. 3 S. 1. Nach § 8 EU Abs. 2 Nr. 3 S. 4 a hat die Vergabestelle in der Auftragsbekanntmachung oder in der Aufforderung zur Interessensbestätigung anzugeben, in welcher Art und Weise Nebenangebote einzureichen, insbesondere, ob Nebenangebote ausnahmsweise nur in Verbindung mit einem Hauptangebot zugelassen sind. Die Vergabestelle muss auch die Mindestanforderungen an Nebenangebote angeben, vgl. § 8 EU Abs. 2 Nr. 3 S. 4 b. Die Zuschlagskriterien sind so festzulegen, dass sie sowohl auf Hauptangebote als auch auf Nebenangebote anwendbar sind, § 8 EU Abs. 2 Nr. 3 S. 5.

12. §§ 10 a EU, 10 b EU, 11 b EU und 11 EU: Fristen

Nach § 11 EU Abs. 3 muss der öffentliche Auftraggeber bei der Auftragsbekanntmachung oder der Aufforderung zur Interessenbestätigung eine elektronische Adresse angeben, unter der die Vergabeunterlagen unentgeltlich, uneingeschränkt, vollständig und direkt abgerufen werden können. Eine Registrierung darf der öffentliche Auftraggeber hierfür von den Bietern nicht verlangen, § 11 EU Abs. 6 S. 2.

Die Angebotsfristen/Bewerbungsfristen wurden erheblich verkürzt:

- | | |
|---|-----------------|
| - § 10 a EU Abs. 1: Angebotsfrist offenes Verfahren: | 35 Kalendertage |
| - § 10 a EU Abs. 2: Verkürzung bei Vorinformation: | 15 Kalendertage |
| - § 10 a EU Abs. 3: Verkürzung bei Dringlichkeit: | 15 Kalendertage |
| - § 10 a EU Abs. 4: Verkürzung bei Zulassung elektronischer Angebote: | 30 Kalendertage |
| - § 10 a EU Abs. 5: Verlängerung bei Vergabeunterlagen in Papier: | 5 Kalendertage |
| - § 10 b EU Abs. 1: Bewerbungsfrist im nicht offenen Verfahren: | 30 Kalendertage |
| - § 10 b EU Abs. 5: Verkürzung bei Dringlichkeit: | 15 Kalendertage |

- § 10 b EU Abs. 2: Angebotsfrist im nicht offenen Verfahren: 30 Kalendertage
- § 10 b EU Abs. 4: Verkürzung bei der Zulassung elektronischer Angebote: 25 Kalendertage
- § 10 a EU Abs. 3: Verkürzung bei Vorinformation: 10 Kalendertage
- § 10 a EU Abs. 5: Verkürzung bei Dringlichkeit: 10 Kalendertage
- § 11 b EU Abs. 1: Verlängerung bei Vergabeunterlagen in Papier: 5 Kalendertage

Bei Verhandlungsverfahren mit Teilnahmewettbewerb gelten die Fristen im nicht offenen Verfahren, § 10 c EU Abs. 1. Bei Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb ist eine Angebotsfrist nicht unter 10 Kalendertagen vorzusehen, § 10 c EU Abs. 2 S. 1. Unterhalb des Schwellenwerts gilt § 10 Abs. 1 VOB/A, wonach für die Bearbeitung und Einreichung der Angebote eine „*ausreichende Angebotsfrist vorzusehen*“ ist, die auch bei Dringlichkeit nicht unter 10 Kalendertagen liegen darf.

13. § 11 EU und § 14 EU: Kommunikation und Submission

Nach § 11 EU Abs. 1 sind für das Senden, Empfangen, Weiterleiten und Speichern von Daten, also auch für die Angebotsabgabe in einem Vergabeverfahren elektronische Mittel zu verwenden, vgl. auch § 9 Abs. 1 VgV. Nach § 14 EU Abs. 1 gibt es keine öffentliche Submission mehr. Bei der Eröffnung der Angebote sind mindestens zwei Vertreter des öffentlichen Auftraggebers anwesend. Nach § 14 EU Abs. 3 ist über den Öffnungstermin eine Niederschrift zu fertigen und nach § 14 EU Abs. 6 den Bietern unverzüglich elektronisch zur Verfügung zu stellen. Unterhalb des Schwellenwerts ist nach wie vor nach § 14a Abs. 1 VOB/A 1. Abschnitt ein Eröffnungstermin abzuhalten, in dem die Bieter und ihre Bevollmächtigten zugegen sein dürfen, wenn schriftliche Angebote zugelassen sind.

14. § 12 a EU: Zurverfügungstellung der Vergabeunterlagen

Nach § 12 a EU Abs. 1 Nr. 1 sind die Vergabestellen verpflichtet, die Vergabeunterlagen unentgeltlich mit uneingeschränktem und vollständigem direktem Zugang anhand

elektronischer Mittel zur Verfügung zu stellen, vgl. auch § 41 Abs. 1 VgV. Von einer irgendwie gearteten Registrierung darf der Zugang nicht abhängig gemacht werden. Unterhalb des Schwellenwerts sind die Vergabeunterlagen „in geeigneter Weise zu übermitteln“, vgl. § 12 a VOB/A 1. Abschnitt.

15. § 16 d EU/§ 127 GWB: Wertung/Zuschlag

Das „wirtschaftlichste Angebot“ wird in § 127 Abs. 1 GWB (und § 16 EU d Abs. 2 Nr. 1) als das Angebot mit „dem besten Preis-Leistungs-Verhältnis“ definiert. In den Absätzen 2 bis 5 werden erstmals weitere grundlegende Vorgaben zum Zuschlag und zur Gestaltung der Zuschlagskriterien mit aufgenommen, die bisher nur auf untergesetzlicher Ebene in den Verdingungsordnungen enthalten waren. Erstmals wird dabei auf gesetzlicher Ebene klargestellt, dass bei der Leistungsbewertung auch zusätzliche Kriterien wie etwa qualitative, umweltbezogene, innovative und soziale Aspekte Berücksichtigung finden können, wenn sie mit dem Auftragsgegenstand in Verbindung stehen, so auch in § 16 d EU Abs. 2 Nr. 1 S. 3 und bisher schon in § 16 EG Abs. 7 VOB/A 2. Abschnitt ohne „soziale Aspekte“. In § 16 d EU Abs. 2 Nr. 2 b wird erstmals auch die Qualität des eingesetzten Personals, wenn diese erheblichen Einfluss auf das Niveau der Auftragsausführung haben kann, als Zuschlagskriterium für zulässig erachtet. Bisher konnte die Qualität des Personals nur bei der Eignung und nicht als Zuschlagskriterium („Kein Mehr an Eignung!“) berücksichtigt werden. Unterhalb des Schwellenwerts kann die Qualität des Personals bis zur VOB/A 2019 nicht als Zuschlagskriterium verwendet werden, vgl. § 16 d VOB/A 1. Abschnitt und ab 2019 § 16 d Abs. 1 Nr. 5 b VOB/A. Nach der Begründung des Referentenentwurfs zum GWB kann der Zuschlag – wie bisher – auch allein auf das preislich günstigste Angebot erteilt werden. Nach § 127 Abs. 3 GWB (in der VOB/A fehlt eine solche Regelung!) kann zukünftig ein zu beschaffendes Produkt, das aus fairem Handel stammt, im Rahmen der Zuschlagswertung mit einer höheren Punktzahl versehen werden als ein konventionell behandeltes Produkt. Gleiches gilt z. B. für Kriterien, wonach zur Herstellung der zu beschaffenden Waren keine giftigen Chemikalien verwendet werden dürfen oder dass die auszuführenden Leistungen unter Einsatz energieeffizienter Maschinen erbracht werden. Nach § 127 Abs. 3 GWB ist davon auszugehen, dass diese Zuschlagskriterien mit dem Auftragsgegenstand in Verbindung stehen. Unterhalb des Schwellenwerts bleibt es nach § 16 d Abs.

1 Nr. 3 VOB/A 1. Abschnitt dabei, dass als Zuschlagskriterien „*Qualität, Preis, technischer Wert, Ästhetik, Zweckmäßigkeit, Umwelteigenschaften, Betriebs- und Folgekosten, Rentabilität, Kundendienst und technische Hilfe oder Ausführungsfrist*“ herangezogen werden können. Mit der VOB / A 2019 wurde § 16 d VOB / A an die Regelung des 2. Abschnitts angepasst, siehe unten.

16. § 22 EU/§ 132 GWB: Auftragsänderungen während der Vertragslaufzeit

§ 22 EU/§ 132 GWB enthält erstmals klare Vorgaben dafür, wann Auftragsänderungen während der Vertragslaufzeit ein neues Vergabeverfahren erfordern. Wesentliche Änderungen eines öffentlichen Auftrags während dessen Vertragslaufzeit erfordern grundsätzlich ein neues Vergabeverfahren. Unter bestimmten Voraussetzungen (wirtschaftliche oder technische, erhebliche Schwierigkeiten oder beträchtliche Zusatzkosten) sind Vertragsänderungen bei einer Preisveränderung um nicht mehr als 50 % des Werts des ursprünglichen Auftrags ohne Durchführung eines neuen Vergabeverfahrens zulässig. Unabhängig von diesen bestimmten Voraussetzungen sind Änderungen eines öffentlichen Auftrags ohne Durchführung eines neuen Vergabeverfahrens auch dann zulässig, wenn der Wert der Änderung bei Bauaufträgen nicht den Schwellenwert nach § 106 GWB übersteigt und nicht mehr als 15 % des ursprünglichen Auftragswerts beträgt. Die Praxis wird zeigen, inwieweit die Änderungsmöglichkeiten nach § 2 Abs. 5 und Abs. 6 VOB/B ohne erneutes Vergabeverfahren zulässig sind. Die Fälle des § 2 Abs. 5 VOB/B (Änderungen des Bauentwurfs) werden wohl unter § 22 EU Abs. 2 Nr. 3 /§ 132 Abs. 2 Nr. 3 GWB und die Fälle des § 2 Abs. 6 VOB/B (zusätzliche Leistungen) wohl unter § 22 EU Abs. 2 Nr. 2/§ 132 Abs. 2 Nr. 2 GWB zu überprüfen sein. In Zukunft werden öffentliche Auftraggeber darauf achten müssen, dass die Voraussetzungen der §§ 22 EU/132 GWB erfüllt sind, wenn sie bei Nachträgen kein neues Vergabeverfahren durchzuführen beabsichtigen. Bestimmte Vertragsänderungen sind nach § 22 EU Abs. 5 und § 132 Abs. 5 GWB im Amtsblatt der Europäischen Union bekannt zu machen. Nach § 22 EU Abs. 2 Nr. 4 kann unter den dort genannten Voraussetzungen der bisherige Auftragnehmer durch einen neuen Auftragnehmer ersetzt werden. Hiernach ergibt sich folgende Prüfungsreihenfolge:

- a) § 22 EU Abs. 3 (de-minimus-Grenze): Zulässige Änderung bei nicht mehr als 15 % des ursprünglichen Auftragswerts, wenn
- der Schwellenwert nach § 106 GWB nicht überstiegen wird und
 - sich der Gesamtcharakter des Auftrags nicht ändert.
- b) § 22 EU Abs. 2 Nr. 2 und 3: Zulässige Änderung bei nicht mehr als 50 % des Wertes des ursprünglichen Auftrags, wenn
- ein Wechsel des Auftragnehmers aus wirtschaftlichen oder technischen Gründen nicht erfolgen kann und mit erheblichen Schwierigkeiten oder beträchtlichen Zusatzkosten verbunden wäre (Nr. 2) oder
 - die Änderung aufgrund von Umständen erforderlich geworden ist, die die Vergabestelle nicht vorhersehen konnte und sich aufgrund der Änderung der Gesamtcharakter des Auftrags nicht verändert (Nr. 3).
- c) § 22 Abs. 2 Nr. 1 und 4: Zulässige Änderung, wenn
- in den ursprünglichen Vergabeunterlagen klare, genaue und eindeutig formulierte Überprüfungsklauseln oder Optionen vorgesehen sind und sich aufgrund der Änderung der Gesamtcharakter des Auftrags nicht verändert (Nr. 1) oder
 - unter bestimmten Voraussetzungen ein neuer Auftragnehmer den bisherigen Auftragnehmer ersetzt (Nr. 4).
- d) § 22 Abs. 1: Zulässige Änderung, wenn keine wesentliche Änderung des öffentlichen Auftrags vorliegt.

17. § 23 EU: Übergangsregelung zur E-Vergabe

Die Auftragsbekanntmachungen sind nunmehr nach § 12 EU Abs. 3 Nr. 2 S. 3 dem Amt für Veröffentlichungen der Europäischen Union elektronisch zu übermitteln. Bisher konnte die Auftragsbekanntmachung auch per Telefax übermittelt werden, vgl. § 12

EG Abs. 2 Nr. 2 S. 2 VOB/A. Nach § 11 EU Abs. 1 müssen die Vergabestellen für das Senden, Empfangen, Weiterleiten und Speichern von Daten in einem Vergabeverfahren elektronische Mittel verwenden. Nach § 11 EU Abs. 4 müssen die Bieter ihre Angebote, Teilnahmeanträge, Interessenbekundungen und Interessenbestätigungen in Textform mit Hilfe elektronischer Mittel übermitteln. § 23 EU ermöglicht zentralen Beschaffungsstellen, also obersten Bundesbehörden, abweichend von § 11 EU Abs. 4 die Übermittlung der Angebote, Teilnahmeanträge und Interessenbestätigungen bis zum 18.04.2017 auch auf dem Postweg, anderem geeignetem Weg, Telefax oder durch die Kombination dieser Mittel zu verlangen. Andere öffentliche Auftraggeber haben eine Übergangsfrist bis zum 18.10.2018. Dasselbe gilt für die sonstige Kommunikation im Sinne von § 11 EU Abs. 1, soweit sie nicht die Übermittlung von Bekanntmachungen und die Bereitstellung von Vergabeunterlagen betrifft. Unterhalb des Schwellenwerts können die Vergabestellen nach § 11 Abs. 1 VOB/A 1. Abschnitt frei wählen, ob sie elektronische Mittel zur Informationsübermittlung verwenden. Falls ja, so müssen die elektronischen Mittel den Anforderungen des § 11 a VOB/A 1. Abschnitt entsprechen. Oberhalb des Schwellenwerts bestimmt § 11 a EU die Anforderungen an die elektronischen Mittel, insbesondere die technischen Sicherheitsanforderungen.

18. §§ 155 bis 184 GWB: Rechtsschutz/Nachprüfungsverfahren

In § 160 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 GWB wurde nunmehr die „unverzügliche“ Rüge vor Einreichung eines Nachprüfungsantrags herausgenommen. Der unbestimmte Rechtsbegriff „unverzügliche Rüge“ wurde ersetzt durch eine Frist von 10 Kalendertagen ab Kenntnis des Verstoßes gegen Vergabevorschriften.

III. **Oberhalb des Schwellenwertes: Die wichtigsten Änderungen in der VOB/A 3. Abschnitt für Verteidigung und Sicherheit (VOB/A-VS)**

Nach § 2 Abs. 2 S. 2 VSVgV ist für Vergaben von Bauaufträgen im Bereich Verteidigung und Sicherheit oberhalb des Schwellenwerts von € 5.382.000,00 die VOB/A Abschnitt 3 in der Fassung der Bekanntmachung vom 19.02.2019 anzuwenden. Im Abschnitt 3 gab es inhaltlich nur

wenige Änderungen. Die Struktur des Abschnitts 2 wurde übernommen. Im Zuge der Richtlinienumsetzung wurden teilweise die Regelungen im GWB und der VSVgV übernommen, z. B. die Übernahme der Regelungen zur Auftragsänderung (§ 132 GWB) in § 22 VS VOB/A. Es gab redaktionelle Anpassungen bei der Umstellung auf „Kalendertage“ (statt „Tage“) und die Änderung in „Teilnahmebedingungen“ (statt „Bewerbungsbedingungen“).

IV. Unterhalb des Schwellenwertes: Die wichtigsten Änderungen der VOB/A 1. Abschnitt

Für diese Bauaufträge gilt nur die VOB/A 1. Abschnitt. Dieser Abschnitt 1 der VOB/A ist in der Neufassung 2016 bis auf wenige Ausnahmen inhaltlich unverändert geblieben. An Änderungen ist lediglich eingetreten:

- Die neue Gliederungsstruktur der bisherigen umfangreichen § 7: Leistungsbeschreibung, § 9: Einzelne Vertragsbedingungen und Ausführungsfristen und § 16: Prüfung und Wertung von Angeboten durch die Aufteilung in a-§§, b-§§ und c-§§,
- Aufnahme von Rahmenvereinbarungen in § 4 a,
- die Neuaufnahme von § 16 a (bisher § 16 Abs. 1 Nr. 3): Nachfordern von Unterlagen und
- die Neuaufnahme von § 22: Änderungen während der Vertragslaufzeit: *„Vertragsänderungen nach den Bestimmungen der VOB/B erfordern kein neues Vergabeverfahren; ausgenommen davon sind Vertragsänderungen nach § 1 Abs. 4 S. 2 VOB/B“.*

§ 1 Abs. 4 VOB/B hat folgenden Wortlaut:

„Nicht vereinbarte Leistungen, die zur Ausführung der vertraglichen Leistung erforderlich werden, hat der Auftragnehmer auf Verlangen des Auftraggebers mit auszuführen, außer wenn sein Betrieb auf derartige Leistungen nicht eingerichtet ist. Andere Leistungen können dem Auftragnehmer nur mit seiner Zustimmung übertragen werden.“

- die Neufassung von § 11 Grundsätze der Informationsübermittlung und § 11 a Anforderungen an elektronische Mittel,
- § 13 Abs. 1: Bis 18.10.2018 sind schriftlich eingereichte Angebote zuzulassen.

V. Oberhalb des Schwellenwertes: Die Vergabe von Architekten- und Ingenieurleistungen

1. Schwellenwert: Netto € 215.000,00

Der Schwellenwert für die Vergabe von Architekten- und Ingenieurleistungen liegt seit dem 01.01.2022 bei netto € 215.000,00. Nach § 3 Abs. 1 VgV bestimmt sich der Schwellenwert ohne Umsatzsteuer. Nach § 3 Abs. 2 VgV darf die Wahl der Methode zur Berechnung des geschätzten Auftragswerts nicht in der Absicht erfolgen, die Anwendungen der Bestimmungen des Teil IV des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) oder der VgV zu umgehen. Nach § 3 Abs. 3 VgV ist maßgeblicher Zeitpunkt für die Schätzung des Auftragswerts der Tag, an dem die Auftragsbekanntmachung abgesendet wird oder das Vergabeverfahren auf sonstige Weise eingeleitet wird. Bei der Losvergabe ist der geschätzte Gesamtwert aller Lose zugrunde zu legen, wobei dies bei Planungsleistungen nur für Lose über gleichartige Leistungen gilt, vgl. § 3 Abs. 7 VgV. Verschiedene Fachplanerleistungen sind daher nicht zu addieren, im Gegensatz zu den einzelnen Leistungsphasen einer Fachplanerleistung. Hiernach sind also die Leistungsphasen der Gebäudeplanung und der Planung z. B. für Freianlagen oder technische Gebäudeausrüstung (TGA) für die Berechnung des Schwellenwerts nicht zu addieren. Das OLG München hat allerdings in seinem Beschluss vom 13.03.2017 ausgesprochen, dass unterschiedliche Planungsleistungen (Tragwerksplanung, technische Ausrüstung, thermische Bauphysik und Objektplanung) für ein einheitliches Bauvorhaben dann als gleichartige Leistung anzusehen sind, wenn die Vergabestelle in der Bekanntmachung auf die funktionale, wirtschaftliche und technische Einheit der Planungsleistungen hingewiesen hat. Das OLG München hat daher die Kosten für diese Planungsleistungen für die Schwellenwertberechnung addiert und das europäische Vergaberecht oberhalb der Schwellenwerte für anwendbar erklärt. Nach § 3 Abs. 9 VgV kann die Vergabestelle von einer Addition der Lose gemäß § 3 Abs. 7 VgV absehen,

wenn die Dienstleistung (Planungsleistung) unter € 80.000,00 liegt und die Summe der Nettowerte dieser Lose 20 % des Gesamtwertes aller Lose nicht übersteigt. Bei Bauleistungen liegt die Grenze bei € 1.000.000,00.

Beabsichtigt die Vergabestelle z. B. zunächst nur das Los 1 der Leistungsphasen 1 und 2 für die Objektplanung zu vergeben, da noch nicht feststeht, ob das Projekt überhaupt realisiert wird, so muss die Vergabestelle dieses 1. Los nach den Vorschriften der VgV vergeben, wenn sämtliche Planungsleistungen der Objektplanung den Schwellenwert von netto € 215.000,00 überschreiten. Hiervon kann nur nach den in § 3 Abs. 9 VgV genannten Grundsätzen (Los unter € 80.000,00 und Summe dieses Loses unter 20 % des Gesamtwertes aller Lose) eine Ausnahme gemacht werden. Will die Vergabestelle einen Teil der Planungsleistungen (Los) selbst übernehmen, so muss sie diesen Wert des Loses bei der Berechnung des Schwellenwertes nicht addieren. Leistungsteile, die die Vergabestelle selbst erbringt, müssen nicht eingerechnet werden. In den Auftragswert hineinzurechnen sind die Nebenkosten nach der HOAI und auch etwaige Preisgelder und Zahlungen an die Teilnehmer, vgl. § 3 Abs. 12 S. 2 VgV.

2. Die Vergabeverordnung (VgV) statt wie bisher die Vorschriften der Vergabeordnung für freiberufliche Leistungen (VOF)

Mit Inkrafttreten der Vergaberechtsreform 2016 am 18.04.2016 gilt für die Vergabe von Architekten- und Ingenieurleistungen oberhalb des Schwellenwerts nicht mehr die VOF 2009 sondern die VgV. Oberhalb des Schwellenwertes gibt es also keine besonderen Regelungen mehr für freiberufliche Leistungen sondern Architekten- und Ingenieurleistungen sind wie Dienstleistungen zu vergeben. Im 6. Abschnitt der VgV unter den §§ 73 bis 80 gibt es zusätzliche besondere Bestimmungen für die Vergabe von Architekten- und Ingenieurleistungen, deren Gegenstand eine Aufgabe ist, deren Lösung vorab nicht eindeutig und erschöpfend beschrieben werden kann, vgl. § 73 Abs. 1 VgV. Wie bisher schon wird man davon ausgehen können, dass bei der Vergabe einer Vollarchitektur (Leistungsphasen 1 bis 9) und bei der Vergabe der Leistungsphasen 1 bis 5 der HOAI eine vorab nicht eindeutig und erschöpfend beschreibbare Leistung vorliegt. Wird dagegen nur die Vergabe, Bauüberwachung, Objektbetreuung (Leistungsphasen 6 bis 9 der HOAI) vergeben, so dürfte es sich – wie bisher – um vorab

erschöpfend und eindeutig beschreibbare Leistungen handeln, für die dann nicht der Abschnitt 6 sondern die Abschnitte 1 und 2 der VgV gelten.

3. Verfahrensarten

Architekten- und Ingenieurleistungen, deren Gegenstand eine Aufgabe ist deren Lösung vorab nicht eindeutig und erschöpfend beschrieben werden kann, sind in der Regel im Verhandlungsverfahren mit Teilnahmewettbewerb nach § 17 oder im wettbewerblichen Dialog nach § 18 zu vergeben, vgl. § 74 VgV. Ansonsten, also z. B. für die Vergabe der Leistungsphasen 6 bis 9 der HOAI (Vergabe, Bauüberwachung und Objektbetreuung) verbleibt es bei dem Grundsatz des § 14 Abs. 2 VgV, wonach die Vergabestelle zwischen offenen Verfahren und nicht offenem Verfahren mit Teilnahmewettbewerb wählen kann. Nur unter den in § 14 Abs. 3 VgV genannten Voraussetzungen kann der Auftrag auch im Verhandlungsverfahren mit Teilnahmewettbewerb oder im wettbewerblichen Dialog vergeben werden (z. B. der Auftrag umfasst konzeptionelle oder innovative Lösungen = Nr. 2). Ein Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb kann die Vergabestelle nach § 14 Abs. 4 Nr. 2 c VgV z. B. dann wählen, wenn der Auftrag wegen des Schutzes von ausschließlichen Rechten (z. B. Urheberrecht eines Architekten) nur von einem bestimmten Unternehmen erbracht werden kann. Nach einem Planungswettbewerb kommt ebenfalls ein Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb in Betracht, wenn alle Preisträger des Wettbewerbs zur Teilnahme an den Verhandlungen aufgefordert wurden, vgl. § 14 Abs. 4 Nr. 8 VgV. Bisher war nach der VOF das Verhandlungsverfahren die einzige Verfahrensart. Die Sondervorschriften für Planungswettbewerbe für Architekten- und Ingenieurleistungen finden sich jetzt in den §§ 78 bis 80 VgV. Hiernach hat gemäß § 78 Abs. 2 S. 3 VgV die Vergabestelle bei Aufgabenstellungen im Hoch-, Städte- und Brückenbau sowie in der Landschafts- und Freiraumplanung zu prüfen, ob für diese ein Planungswettbewerb durchgeführt werden soll. Diese Entscheidung ist in dem Vergabevermerk zu dokumentieren. Mit den in § 78 Abs. 2 S. 1 VgV angesprochenen „*veröffentlichten einheitlichen Richtlinien*“ sind wie bisher schon in § 15 VOF die Richtlinien für Planungswettbewerbe (RPW) gemeint.

4. § 44 VgV und § 75 VgV: Befähigung und Erlaubnis zur Berufsausübung

Die Anforderungen an die Befähigung und Erlaubnis zur Berufsausübung sind in § 44 VgV und in dessen Anwendungsbereich im § 75 VgV geregelt. Hiernach kann die Vergabestelle nach dem einschlägigen Landesrecht als Berufsqualifikation z. B. den Beruf des Architekten oder Ingenieurs verlangen. Ist der Beruf im Herkunftsland des Bieters nicht reglementiert, so bestimmt die europäische Berufsanerkennungsrichtlinie, unter welchen Voraussetzungen dieser Bieter anerkannt werden muss.

5. § 45 VgV und § 75 Abs. 4 und 5: Wirtschaftliche, finanzielle und technische Leistungsfähigkeit

Nach § 45 Abs. 1 Nr. 3 VgV kann die Vergabestelle eine Berufs- oder Betriebshaftpflichtversicherung in bestimmter geeigneter Höhe verlangen. Nach § 45 Abs. 2 VgV kann die Vergabestelle einen Mindestjahresumsatz verlangen, der das 2-fache des geschätzten Auftragswerts nur überschreiten darf, wenn aufgrund der Art des Auftragsgegenstands spezielle Risiken bestehen. Hierbei hat die Vergabestelle § 75 Abs. 4 S. 2 VgV zu beachten, wonach die Eignungskriterien so zu wählen sind, „*dass kleinere Büroorganisationen und Berufsanfänger sich beteiligen können.*“ Referenzobjekte kann die Vergabestelle nach § 46 Abs. 3 Nr. 1 VgV verlangen, die nach § 75 Abs. 5 S. 2 VgV mit der zu vergebenden Planungsleistung vergleichbar sein müssen. Nach § 75 Abs. 5 S. 3 VgV ist es für die Vergleichbarkeit der Referenzobjekte in der Regel unerheblich, ob der Bewerber bereits Objekte derselben Nutzungsart geplant oder realisiert hat. Als vergleichbar angesehen werden können z. B. Referenzobjekte derselben Honorarzone, wobei die Vergabestelle hier einen Ermessensspielraum besitzt.

6. § 51 VgV und § 75 Abs. 6 VgV: Eignungskriterien

Nach § 51 Abs. 1 VgV fordert die Vergabestelle nach den bekanntgegebenen Eignungskriterien die Bieter zur Abgabe eines Angebots auf. Nach § 51 Abs. 2 VgV darf die vorgesehene Mindestzahl der einzuladenden Bieter nicht niedriger als 3 sein und beim nicht offenen Verfahren nicht niedriger als 5. Nach § 75 Abs. 6 VgV kann die Auswahl unter den verbleibenden Bietern durch Los getroffen werden.

7. § 58 VgV und §§ 76 und 77 VgV Zuschlagskriterien

Nach § 76 Abs. 1 S. 2 VgV ist der Preis im Rahmen der HOAI als Zuschlagskriterium zu berücksichtigen. Nach § 58 Abs. 2 S. 3 VgV kann die Vergabestelle einen festen Preis vorgeben, also die Honorarparameter nach der HOAI wie z. B. Nebenkosten, Stundensätze, Honorarsatz oder Umbauzuschlag vorgeben. In diesem Fall wird sich der Wettbewerb auf die Qualität des Bieters beschränken, wie z. B. die Organisation, Qualifikation und Erfahrung des mit der Planung beauftragten Personals.

VI. **Unterhalb des Schwellenwerts: Die Vergabe von Architekten- und Ingenieurleistungen**

Unterhalb des Schwellenwerts ist für die Vergabe von Architekten- und Ingenieurleistungen weder die VOL, VOF, VgV oder VSVgV anwendbar. Dies bestimmen § 1 VgV, § 1 VSVgV und § 1 VOL/A 1. Abschnitt. Auch die Unterschwellenvergabeordnung (UVgO) vom 02.02.2017 ist für die Vergabe von Architekten- und Ingenieurleistungen nicht anwendbar. § 50 UVgO bestimmt lediglich, dass freiberuflich Leistungen im Wettbewerb zu vergeben sind. Die VOF existiert zwar noch als Regelwerk (oberhalb des Schwellenwerts), jedoch ohne dass die VgV oder die VSVgV auf sie verweisen würde. Rechtsgrundlage für die Vergabe von Architekten- und Ingenieurleistungen z. B. durch die Staatsbauverwaltung des Freistaates Bayern ist daher nur das Haushaltsrecht, also in erster Linie die Grundsätze der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit. Weiterhin gelten nach der Rechtsprechung des EUGH die Grundsätze des EU-Primärrechts, wie z. B. der Gleichbehandlungsgrundsatz, das Diskriminierungsverbot, die Transparenz und Verhältnismäßigkeit. Für die Staatsbauverwaltung in Bayern waren bisher für nicht eindeutig/erschöpfend beschreibbaren Architekten- und Ingenieurleistungen § 2 VOF (Grundsätze), § 4 VOF (Teilnehmer am Vergabeverfahren) und § 5 VOF (Nachweis der Eignung) und für eindeutig/erschöpfend beschreibbare Architekten- und Ingenieurleistungen § 2 VOL/A (Grundsätze) und § 6 VOL/A (Teilnehmer am Wettbewerb) sinngemäß anzuwenden, vgl. Vergabehandbuch für die Vergabe und Durchführung von freiberuflichen Dienstleistungen (VHF Bayern – Stand Februar 2015).

Das VHF Bayern empfiehlt die Eignung, Wirtschaftlichkeit, Qualität, etc. nicht anders zu bewerten als oberhalb des Schwellenwertes und sich deshalb hinsichtlich Ausschlussprüfung, Prüfung der Eignung/Auswahl der Bewerber, Information nichtberücksichtigter Bewerber/Bieter, Auswertung von Angeboten, Vorbereitung u. Durchführung von Vertragsverhandlungen, Vergabeentscheidung und Vertragserstellung u. Aufbewahrung der Vergabeunterlagen an dem Abschnitt III des VHF zu orientieren.

C.

Die neuen Schwellenwerte ab 2022

Seit dem 01.01.2020 gelten folgende Schwellenwerte:

- Bauaufträge (bisher € 5.350.000,00): € 5.382.000,00
- Dienstleistungs-/Lieferaufträge (bisher € 214.000,00): € 215.000,00
- Sektoren: Dienst-/Lieferleistungen (bisher € 428.000,00): € 431.000,00
- Verteidigung: Dienst-/Lieferleistungen (bisher € 428.000,00): € 431.000,00
- Bundesbehörden: Dienst-/Lieferleistungen (bisher € 139.000,00): € 140.000,00

Zu beachten ist, dass sich der Schwellenwert, nach der Nettoauftragssumme richtet. Maßgeblich für die Schätzung des Auftragswertes ist die geschätzte Gesamtvergütung, wobei die Kosten für das Grundstück nicht dazu zählen. Baunebenkosten (Kosten der Baugenehmigung, Bauversicherung oder Finanzierungskosten) bleiben ebenso unberücksichtigt. Bei der Beauftragung von mehreren Losen ist der Wert aller Lose zugrunde zu legen, § 3 Abs. 8 VgV. Dies gilt nicht, wenn es sich um Lose handelt, deren geschätzter Wert unter € 1 Mio. liegt, wenn die Summe der Werte dieser Lose 20 % des Gesamtwertes aller Lose nicht übersteigt. Die Vergabestelle ist verpflichtet, die dem 20 %-Kontingent zugeordneten Lose zu dokumentieren, und dies bereits zum Zeitpunkt der Einleitung des Vergabeverfahrens, der Schätzung des Auftragswertes und der Bildung der Lose. An eine einmal getroffene Zuordnung ist die Vergabestelle gebunden. Sie kann ein Los nicht nachträglich dem vergaberechtsfreien 20 %-Kontingent zuordnen.

D.

Ausgewählte materiell rechtliche Vorschriften der VOB/A und ihre Auswirkungen in der Praxis

I. § 2 Abs. 1 Nr. 1: Vergabe von Bauleistungen in transparenten Vergabeverfahren

Verbunden mit dem Erfordernis eines transparenten Vergabeverfahrens sind folgende Regeln:

- Veröffentlichung auch auf www.bund.de, § 12 Abs. 1 Nr. 1
- Mitteilung von Informationen, § 12 Abs. 1 Nr. 2 und § 12 Abs. 2
- Ex-Ante-Transparenz, § 19 Abs. 5
- Ex-Post-Transparenz, § 20 Abs. 3 und
- zeitnahe Dokumentation des Vergabeverfahrens, § 20 Abs. 1 und Abs. 2.

II. § 3 a Abs. 2, § 3 a Abs. 4 S. 2: Wertgrenzen für beschränkte Ausschreibung und freihändige Vergabe

Die Wertgrenzen liegen bei beschränkten Ausschreibungen bei

- € 50.000,00 für Ausbaugewerke (ohne Energie- und Gebäudetechnik), Landschaftsbau u. Straßenausstattung,
- € 150.000,00 für Tief-, Verkehrswege- und Ingenieurbau und
- € 100.000,00 für alle übrigen Gewerke, jeweils ohne Umsatzsteuer.

Bei freihändigen Vergaben liegt die Wertgrenze bei € 10.000,00 ohne Umsatzsteuer. Bis zu diesem Auftragswert ist die freihändige Vergabe ohne weitere Begründung zulässig.

III. § 5 Abs. 2: Trennung der Bauleistungen in Teillosten und Fachlosen analog § 97 Abs. 3 GWB

§ 97 Abs. 3 GWB:

*„Mittelständische Interessen sind bei der Vergabe öffentlicher Aufträge vornehmlich zu berücksichtigen. Leistungen sind in der Menge aufgeteilt (Teillose) und getrennt nach Art oder Fachgebiet (Fachlose) zu vergeben. Mehrere Teil- oder Fachlose dürfen zusammen vergeben werden, wenn wirtschaftliche oder technische Gründe dies **erfordern**. Wird ein Unternehmen, das nicht öffentlicher Auftraggeber ist, mit der Wahrnehmung oder Durchführung einer öffentlichen Aufgabe betraut, verpflichtet der öffentlichen Auftraggeber oder Sektorenauftraggeber das Unternehmen, sofern es Unteraufträge an Dritte vergibt, nach den Sätzen 1 bis 3 zu verfahren.“*

§ 5 Abs. 2 VOB/A:

*„Bauleistungen sind in der Menge aufgeteilt (Teillose) und getrennt nach Art oder Fachgebiet (Fachlose) zu vergeben. Bei der Vergabe **kann** aus wirtschaftlichen oder technischen Gründen auf eine Aufteilung oder Trennung verzichtet werden.“*

§ 5 EU Abs. 2 Nr. 1 wiederholt nahezu wortgleich § 97 Abs. 3 GWB. Damit wurde klargestellt, dass im Oberschwellenbereich § 97 Abs. 3 GWB und nicht § 5 Abs. 2 VOB/A (1. Abschnitt) gilt.

1. § 97 Abs. 3 S. 2 GWB und § 5 EU Abs. 2 Nr. 1 VOB/A sind mittelstandsfreundlicher da der Ausnahmetatbestand mit „... wenn wirtschaftliche oder technische Gründe dies **erfordern**.“ strenger formuliert ist als in § 5 Abs. 2 VOB/A mit „... **kann** aus wirtschaftlichen oder technischen Gründen auf eine Aufteilung oder Trennung verzichtet werden.“ Andererseits bestimmt jetzt § 5 EU Abs. 1, dass Bauaufträge so vergeben werden sollen, dass eine einheitliche Ausführung und zweifelsfreie umfassende Haftung für Mängelansprüche erreicht wird, so dass diese „daher in der Regel mit den zur Leistung gehörigen Lieferungen vergeben werden“ sollen. Bei **Teillosen** sind die Bauleistungen mengenmäßig oder räumlich aufgeteilt, z. B. einzelne Autobahnabschnitte oder Bauwerke. Bei **Fachlosen** sind die Bauleistungen nach Art oder Fachgebiet getrennt zu vergeben, z. B. in Beton-, Elektro- oder Heizungsarbeiten. Wirtschaftliche Gründe für eine Gesamtlosvergabe liegen z. B. vor, wenn eine Losvergabe mit unverhältnismäßigen Kostennachteilen oder starken Verzögerungen verbunden ist. Technische Gründe kön-

nen vorliegen, wenn zwischen den einzelnen Fachlosen eine enge logistische Kooperation notwendig ist. Sollen ausnahmsweise mehrere Lose zusammen vergeben werden, sind die technischen oder wirtschaftlichen Gründe, die diese Abweichung erforderlich machen, im Vergabevermerk nachvollziehbar darzulegen. Im Bereich der VOL hat das OLG Düsseldorf in seinem Beschluss vom 11.01.2012 (IBR 2012, 283) entschieden, dass bei der Ausschreibung von Unterhalts- und Glasreinigungsarbeiten für öffentliche Gebäude die Glasreinigungsarbeiten getrennt als Fachlos auszuschreiben sind. Der mit einer Fachlosvergabe allgemein verbundene Ausschreibungs-, Prüfungs- und Koordinierungsmehraufwand sowie ein höherer Aufwand bei Gewährleistungen kann eine Gesamtvergabe für sich allein nicht rechtfertigen. Bei Straßenbauarbeiten sind die Schutzplankenarbeiten grundsätzlich getrennt als Fachlos auszuschreiben, vgl. VÜA Bayern, Beschluss vom 02.05.1996 = IBR 1996, 364. Der Bau von Lärmschutzanlagen eines Autobahnabschnitts ist ebenfalls ein eigenes Fachlos, vgl. VK Arnsberg, Beschluss vom 26.06.2009 = IBR 2009, 735 und OLG München, Beschluss vom 09.04.2015 – Verg 1/15. Bei dem Neubau einer Realschule (VÜA-Rheinland-Pfalz, Beschluss vom 29.09.1997 = IBR 1998, 92) und bei dem Bau eines Schulzentrums mit einer Dreifach-Sporthalle (VK Nordrhein-Westfalen, Beschluss vom 08.03.2000 = IBR 2001, 80) ist eine Generalunternehmerausschreibung nicht zulässig. Die Gesamtvergabe von Fassadenarbeiten und Sonnenschutzeinrichtungen hat der VÜA Bayern, Beschluss vom 17.04.1997 = IBR 1997, 355 in Hinblick auf eine einheitliche Gewährleistung für zulässig erachtet. Bei dem Bau einer Brücke über die Isar sind daher z.B. die Geländerarbeiten in der Regel als Fachlos auszuschreiben, es sei denn wirtschaftliche oder technische Gründe rechtfertigen eine Gesamtvergabe.

2. Die Rechtsprechung hat eine sogenannte Loslimitierung für zulässig erachtet. Zulässig sind
 - eine Angebotslimitierung: Der Auftraggeber hat zwar losweise ausgeschrieben, die Bieter haben aber nicht die Möglichkeit auf alle Lose ein Angebot abzugeben,
 - die Zuschlagslimitierung: Auf alle Lose muss angeboten werden oder Angebote auf Lose nach Wahl des Bieters.

Der Auftraggeber ist im Rahmen seines Bestimmungsrechts frei, bei einer Loslimitierung zwischen diesen Varianten zu wählen.

3. Bei mehreren Losen werden häufig Kopplungsangebote abgegeben bei denen ein Preisnachlass angeboten wird, falls der Bieter auch den Zuschlag für ein weiteres Los erhält. Bei diesem Koppelungsangebot handelt es sich um einen bedingten Preisnachlass, deren Wertung nur dann zulässig ist, wenn die Vergabestelle bei der Vergabe davon ausgehen kann, dass die Bedingung auch eintreten wird. Wird der Auftrag für das weitere Los trotz räumlicher und zeitlicher Nähe von einer anderen Vergabestelle erteilt, so kann die Vergabestelle nicht sicher davon ausgehen, dass die weitere Bedingung eintritt und der Bieter tatsächlich auch den Zuschlag für das andere Los erhält, vgl. Urteil des OLG Brandenburg vom 14.12.2010 – 11 U 37/10 (= IBR 2011, 157). Die Wertung solcher bedingter Preisnachlässe ist nur zulässig, wenn die Vergabestelle dies in den Bewerbungsbedingungen nicht ausdrücklich ausgeschlossen hat. Schließt sie bedingte Preisnachlässe ausdrücklich aus, ist sie hieran gebunden. Bei Ausschreibungen nach dem Vergabehandbuch für Baumaßnahmen des Bundes (VHB) sind nach § 3.6 der Bewerbungsbedingungen (Formblatt 212 und 212 EU) Preisnachlässe mit Bedingung nicht zugelassen. Entsprechendes gilt für das VHB Bayern, in dem ebenfalls in § 3.6 der Bewerbungsbedingungen (Formblätter 212 und 212 EU) Preisnachlässe mit Bedingung unzulässig sind.

IV. § 6 Abs. 3 VOB/A: Ausschluss gemeinnütziger Unternehmen vom Wettbewerb

§ 6 Abs. 3 VOB/A hatte bisher folgenden Wortlaut:

„Justizvollzugsanstalten, Einrichtungen der Jugendhilfe, gemeinnützige Unternehmen und Einrichtungen, Aus- und Fortbildungsstätten u. ä. Einrichtungen sowie Betriebe der öffentlichen Hand und Verwaltungen sind zum Wettbewerb mit gewerblichen Unternehmen nicht zuzulassen.“

§ 6 Abs. 3 VOB/B lautet nunmehr wie folgt:

„Am Wettbewerb können sich nur Unternehmen beteiligen, die sich gewerbsmäßig mit der Ausführung von Leistungen der ausgeschriebenen Art befassen.“

Die entsprechende Vorschrift gibt es oberhalb des Schwellenwertes nicht mehr (ehemals § 6 EG Abs. 1 Nr. 3 VOB/A). Sinn und Zweck dieser Vorschrift ist es, Wettbewerbsverzerrungen und Wettbewerbsnachteile zu vermeiden, wenn sich Einrichtungen der öffentlichen Hand am Wettbewerb beteiligen. Diese können in der Regel günstiger als gewerbliche Unternehmen kalkulieren (keine oder geringere Steuern bzw. Verlagerung von Baukostenanteilen in die allgemeinen Haushaltskosten).

V. Bieterauswahl (1): § 6 a und b VOB/A (Eignungsnachweise)

Bei der Überprüfung der Eignung handelt es sich um die 2. Wertungsstufe bei der Wertung von Angeboten von Bauaufträgen, vgl. § 16 b VOB/A. Insgesamt gibt es nach wie vor 4 Wertungsstufen. Auf der 1. Wertungsstufe sind die Angebote in formeller Hinsicht zu prüfen, vgl. § 16 Abs. 1 VOB/A. Auf der 3. Wertungsstufe sind die Angebote auf ihre Angemessenheit zu prüfen, vgl. § 16 d Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 2 VOB/A und auf der 4. Wertungsstufe sind die Angebote auf ihre Wirtschaftlichkeit in Hinblick auf die angegebenen Zuschlagskriterien (Qualität, Preis, technischer Wert, Ästhetik, Zweckmäßigkeit, Umwelteigenschaften, Betriebs- und Folgekosten, Rentabilität, Kundendienst und technische Hilfe oder Ausführungsfrist) zu prüfen, vgl. § 16 d Abs. 1 Nr. 3 VOB/A.

Die Nachweise sind wie folgt zu führen:

- § 6 b Abs. 1: Vorrangig: Eintragung des Bieters in die Liste des Vereins für die Präqualifikation von Bauunternehmen
- § 6 b Abs. 2: Nachrangig: Einzelnachweise
- § 6 a Abs. 3: Möglichkeit des Verlangens von anderen Nachweisen

VI. Bieterauswahl (2): § 6 b Abs. 2 S. 2 und 3 VOB/A (Eignungsnachweise): Eigenerklärungen

Der Auftraggeber kann vorsehen, dass für einzelne Angaben Eigenerklärungen ausreichend sind. In diesem Fall muss der Auftraggeber von den Bietern, die in die engere Wahl kommen, eine Bestätigung der Eigenerklärung durch Bescheinigungen der zuständigen Stellen verlangen. Der Bieter hat ein Wahlrecht zwischen dem Einzelnachweis der Eignung oder dem Nachweis der Eignung durch Präqualifikation.

VII. Bieterauswahl (3): § 6 Abs. 2 VOB/A (Bietergemeinschaften)

Nach § 6 Abs. 2 VOB/A 1. Abschnitt und auch § 6 EU Abs. 3 Nr. 1 sind Bewerber- und Bietergemeinschaften grundsätzlich zulässig. Eine Bietergemeinschaft darf nur dann wegen Unzuverlässigkeit ausgeschlossen werden, wenn ein Verstoß gegen § 1 GWB vorliegt. Dies ist dann der Fall, wenn die Bildung der Bietergemeinschaft eine Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs bezweckt oder bewirkt. Dies ist bei Bietergemeinschaften von gleichartigen Unternehmen nicht der Fall, wenn – objektiv – jedes der beteiligten Unternehmen zu einer Teilnahme an der Ausschreibung aufgrund seiner betrieblichen oder geschäftlichen Verhältnisse nicht in der Lage ist. Zudem muss die Zusammenarbeit – aus subjektiver Sicht der Unternehmen – eine wirtschaftlich zweckmäßige und kaufmännisch vernünftige Unternehmensentscheidung darstellen. Die Rechtsprechung hat diesbezüglich ausgesprochen, dass es für die Unmöglichkeit der Leistungserbringung jedes einzelnen BIEGE-Mitglieds nicht auf eine abstrakt-generelle Unfähigkeit ankommt, sondern auf die konkret-individuelle Leistungsfähigkeit in Bezug auf den jeweiligen ausgeschriebenen Auftrag. Hat ein Mitglied der BIEGE also z. B. seine Ressourcen in andere Projekte gebunden, so ist die Bietergemeinschaft nicht wettbewerbsfeindlich, wenn der Auftrag nur zusammen mit einer anderen Baufirma ausgeführt werden kann. Hinsichtlich der wirtschaftlich zweckmäßigen und kaufmännischen vernünftigen Entscheidung steht den Unternehmen eine Einschätzungsprärogative zu, die nur eingeschränkt überprüfbar ist.

VIII. § 7 Abs. 1 Nr. 4 VOB/A: Verbot von Bedarfspositionen

§ 7 Abs. 1 Nr. 4 VOB/A:

„Bedarfspositionen sind grundsätzlich nicht in die Leistungsbeschreibung aufzunehmen.“

§ 7 EU Abs. 1 Nr. 4 ist wortgleich. In der VOB/A Ausgabe 2006 hieß es in § 9 Nr. 1 S. 2 noch:

„Bedarfspositionen (Eventualpositionen) dürfen nur ausnahmsweise in die Leistungsbeschreibung aufgenommen werden.“

Schon in der VOB/A Ausgabe 2009 wurde festgelegt, dass Bedarfspositionen/Eventualpositionen (z.B. Baustraße je nach Witterung) grundsätzlich unzulässig sind. Dies wurde beibehalten. Bedarfspositionen/Eventualpositionen haben bei der Wertung erhebliche Probleme gemacht. Je nach Annahme einer Bedarfsposition/Eventualposition oder auch nicht hat sich die Bieterreihenfolge verschoben. Manipulationsmöglichkeiten wurden eröffnet und haben zu einer Verletzung eines fairen Wettbewerbs geführt. Die Rechtsprechung hat daher schon in der Vergangenheit Bedarfspositionen/Eventualpositionen nur ausnahmsweise (echte Durchführungsabsicht, geringe Bedeutung für die Zuschlagsentscheidung/bis max. 15 % des geschätzten Auftragswertes, Transparenz, keine unzureichende Planung) zugelassen. Stundenlohnarbeiten dürfen nur im unbedingt erforderlichen Umfang in die Leistungsbeschreibung aufgenommen werden, vgl. § 7 Abs. 1 Nr. 4 S. 2 und § 7 EU Abs. 1 Nr. 4 S. 2 VOB/A.

Ob und wann Bedarfspositionen/Stundenlohnarbeiten gewertet werden dürfen/müssen ist höchst richterlich nicht geklärt und umstritten. Wenn aber der Auftraggeber in der Ausschreibung angegeben hat, dass er sie wertet, dann ist er hieran gebunden.

IX. § 9 c VOB/A: Sicherheitsleistungen

§ 9 c VOB/A:

„Auf Sicherheitsleistung soll ganz oder teilweise verzichtet werden, wenn Mängel der Leistung voraussichtlich nicht eintreten. Unterschreitet die Auftragssumme 250.000 €

ohne Umsatzsteuer, ist auf Sicherheitsleistung für die Vertragserfüllung und in der Regel auf Sicherheitsleistung für die Mängelansprüche zu verzichten. Bei Beschränkter Ausschreibung sowie bei Freihändiger Vergabe sollen Sicherheitsleistungen in der Regel nicht verlangt werden.“

§ 14 Nr. 1 VOB/A a. F. Ausgabe 2006 hatte noch folgenden Wortlaut:

„Auf Sicherheitsleistung soll ganz oder teilweise verzichtet werden, wenn Mängel der Leistung voraussichtlich nicht eintreten oder wenn der Auftragnehmer hinreichend bekannt ist und genügend Gewähr für die vertragsgemäße Leistung und die Beseitigung etwa auftretender Mängel bietet. Bei Beschränkter Ausschreibung sowie bei Freihändiger Vergabe sollen Sicherheitsleistungen in der Regel nicht verlangt werden.“

Oberhalb des Schwellenwerts ist darauf hinzuweisen, dass nach § 9 c EU Abs. 1 S. 3 bei offenen Verfahren sowie bei Verhandlungsverfahren und wettbewerblichen Dialogen Sicherheitsleistungen in der Regel nicht verlangt werden sollen.

X. § 15 VOB/A: Aufklärung des Angebotsinhalts

§ 15 Abs. 1 Nr. 1 VOB/A hat wie bisher folgenden Wortlaut:

„Bei Ausschreibungen darf der Auftraggeber nach Öffnung der Angebote bis zur Zuschlagserteilung von einem Bieter nur Aufklärung verlangen (Text der Ausgabe 2006: „... nur verhandeln ...“), um sich ... zu unterrichten.“

§ 15 EU Abs. 1 Nr. 1 ist fast wortgleich. Nach § 15 Abs. 3 VOB/A bleibt das Verbot für den Auftraggeber, noch nachträglich über Angebotspreis zu verhandeln, in vollem Umfang aufrechterhalten.

XI. Prüfung/Wertung von Angeboten (1): § 16 Abs. 1 Nr. 3 VOB/A 2016: Heilung eines fehlenden Einheitspreises

§ 16 Abs. 1 Nr. 3 VOB/A 2016:

Ein Angebot muss nicht ausgeschlossen werden, also muss gewertet werden, wenn

„... lediglich in einer einzelnen unwesentlichen Position die Angabe des Preises fehlt und durch die Außerachtlassung dieser Position der Wettbewerb und die Wertungsreihenfolge, auch bei Wertung dieser Position mit dem höchsten Wettbewerbspreis, nicht beeinträchtigt werden ...“.

§ 16 EU Nr. 3 VOB/A 2016 ist wortgleich. Das Vergabehandbuch – Bund – Ausgabe 2008 – Stand April 2016 bestimmt in den Richtlinien zu 321 (Vergabevermerk: Prüfungs- und Wertungsüberschrift) unter Ziff. 1.2 Fehlender Preis:

„Fehlt in einem Angebot lediglich bei einer einzigen Position der Preis, ist zu prüfen, ob es sich hierbei um eine unwesentliche Position in Bezug auf die ausgeschriebene Leistung handelt. Die Fachaufsicht führende Ebene ist zu beteiligen.“

Handelt es sich um eine unwesentliche Position, ist in der rechnerischen Prüfung der fehlende Preis mit 0,00 Euro einzusetzen, um den preislichen Rang des Angebotes festzustellen. Zusätzlich ist die Angebotsendsumme mit dem höchsten für diese Position angebotenen Preis zu ermitteln. Ändert sich hierdurch der Rang dieses Angebotes, ist es auszuschließen. Ändert sich der Rang nicht, ist das Angebot weiter unter der Annahme des höchsten Wettbewerbspreises für die betreffende Position zu prüfen und zu werten. Die so ermittelte Angebotssumme ist auch in der Niederschrift über die Angebotseröffnung zu vermerken.

Durch Zuschlag auf ein solches Angebot kommt der Vertrag ohne die in der betreffenden Position beschriebene Leistung zustande.“

Der Vergabestelle ist bei der Nichtannahme oder Annahme der „Unwesentlichkeit der Position“ ein weiterer Beurteilungsspielraum einzuräumen. Maßgeblich für die Unwesentlichkeit der Position ist der Wert der Gesamtleistung. Die Rechtsprechung hat 5- und 6-stellige Preise

nicht als unwesentlich gewertet, ebenso keine Unwesentlichkeit bei einer fehlenden Preisangabe mit brutto € 300.000,00, die etwas mehr als 10 % des Angebotspreises ausmacht (OLG Brandenburg, Beschluss vom 01.11.2011, Az. Verg W 12/11).

Die Vergabestelle kann bereits in den Vergabeunterlagen festlegen, welche Preisangaben sie als wesentlich ansieht, vgl. Beschluss der Vergabekammer Nordbayern vom 03.02.2011, 21.VK – 3194 – 50/10.

§ 16 Abs. 1 Nr. 3 VOB / A wurde mit der VOB / A 2019 nunmehr in § 16 a Abs. 2 VOB / A neu geregelt, siehe hierzu unten.

XII. Prüfung/Wertung von Angeboten (2): § 16 a VOB/A 2016: Nachfordern fehlender Erklärungen oder Nachweise

§ 16 a VOB/A 2016 hatte folgenden Wortlaut:

„Fehlen geforderte Erklärungen oder Nachweise und wird das Angebot nicht entsprechend § 16 Absatz 1 oder 2 ausgeschlossen, verlangt der Auftraggeber die fehlenden Erklärungen oder Nachweise nach. Diese sind spätestens innerhalb von sechs Kalendertagen nach Aufforderung durch den Auftraggeber vorzulegen. Die Frist beginnt am Tag nach der Absendung der Aufforderung durch den Auftraggeber. Werden die Erklärungen oder Nachweise nicht innerhalb der Frist vorgelegt, ist das Angebot auszuschießen.“

§ 16 a EU VOB/A 2016 war wortgleich. Mit der VOB/A 2019 wurde die Nachforderungsregel geändert, siehe hierzu unten, Kapitel F. Der Anwendungsbereich auf „*fehlende Erklärungen oder Nachweise*“ ist weitgefasst. Betroffen hiervon sind z. B. Nachunternehmererklärungen, Tariftreueerklärungen, Eigenerklärungen, Auszüge aus Gewerbe- und Steuerregistern, Bescheinigungen der Berufsgenossenschaften, Hersteller-, Typ- und Produktangaben, Produktdatenblätter, Zertifizierungen etc., Eignungsnachweise, Erklärungen und Nachweise für Nebenangebote und Erläuterungen zur Preiskalkulation fallen ebenfalls hierunter. Nicht unter Erklärungen oder Nachweise fallen notwendige Kernbestandteile eines Angebots wie z. B.

Preise und Unterschriften. Fehlende Preise können nur nach § 16 Abs. 1 Nr. 3 VOB/A unbeachtlich sein und nicht nachgefordert werden. Die Rechtsprechung hat entschieden, dass dem Auftraggeber bei der Nachforderung fehlender Erklärungen oder Nachweise kein Ermessen zusteht sondern er diese Verlangen muss. Auch bei nicht schon mit dem Angebot sondern auf spätere Anforderung verlangten Nachweisen war früher die Nachfrist des § 16 a VOB/A anzuwenden. Verlangte der Auftraggeber also z. B. Produktangaben nach der Angebotsabgabe unter Fristsetzung und legte diese der Bieter innerhalb der Frist nicht vor, so musste der Auftraggeber dem Bieter eine Nachfrist nach § 16 a VOB/A setzen, vgl. OLG Celle, Beschluss vom 16.06.2011 – 13 Verg 3/11 = IBR 2012, 95; a. A. VK Sachsen, Beschluss vom 20.09.2011 – 1/SVK/035-1 = IBR 2012, 1110. Diese Nachfrist ist jetzt nach § 16 a EU Abs. 4 VOB/A nicht mehr erforderlich.

Die Rechtsprechung zu dem Nachfordern fehlender Erklärungen/Nachweise ist zwischenzeitlich umfangreich, aber nicht einheitlich. Trotz der weiten Fassung des § 16 a VOB/A hat die Rechtsprechung dessen Anwendungsbereich immer weiter eingeschränkt.

1. Das OLG München hat in seinem Beschluss vom 15.03.2012 – Verg 2/12 = IBR 2012, 475 Folgendes entschieden:
 - a) Eine Nachforderung von Eignungsnachweisen ist nach § 16 Abs. 1 Nr. 3 (jetzt § 16 a) VOB/A nur für den Fall zulässig, dass Unterlagen fehlen.
 - b) Im Übrigen dient die Nachforderungsverpflichtung des § 16 Abs. 1 Nr. 3 VOB/A des Auftraggebers nicht der nachträglichen Verbesserung bzw. Veränderung eines Angebots. Eine spätere Korrektur von bereits eingereichten Eignungsnachweisen ist damit nicht möglich.

In dem von dem OLG München zu entscheidenden Fall hat der Bieter in seinem Angebot auf dem entsprechenden Formular angegeben, dass er einen relevanten Umsatz von unter € 10 Mio. in den vergangenen Jahren hatte, obwohl in der Vergabebekanntmachung ein Mindestumsatz von € 10 Mio. gefordert war. Der Bieter hat sich im Rahmen der Aufklärung nach § 15 VOB/A mit Hilfe des Konzernumsatzes nachträglich über die vorgegebene Schwelle gerettet. Der hiergegen vorgehende Mitbewerber hatte bei

dem OLG München Erfolg. Die Nachforderungspflicht des Auftraggebers beziehe sich zwar auch auf Eignungsnachweise jedoch nur auf fehlende Nachweise, als solche, die körperlich fehlen. Eine einmal abgegebene Erklärung könne über § 16 Abs. 1 Nr. 3 (jetzt § 16 a) VOB/A nicht nachträglich nachgebessert werden. Es spielt auch keine Rolle, dass der von dem Bieter angegebene Mindestumsatz zur Angebotsabgabe noch nicht angegeben werden musste. Auch bei der unaufgeforderten Abgabe einer Erklärung gegenüber der Vergabestelle ist der Bieter hieran gebunden.

2. Die Vergabekammer Thüringen hat in ihrem Beschluss vom 12.04.2013 250-4002-2400/2013-E-008-SOK ausgesprochen, dass geforderte Fabrikats-, Erzeugnis- und Typenangaben integraler Angebotsbestandteil sind. Das Fehlen solcher Angaben ist nicht heilbar und führt zum Angebotsausschluss. Solche Angaben würden anders als z. B. Eignungsnachweise, Erläuterung der Einheitspreise oder Aufgliederung von Nebenanboten in einzelne Positionen zwingend Vertragsbestandteil. Solche Angaben können nicht nach § 16 Abs. 1 Nr. 3 (jetzt § 16 a) VOB/A nachgefordert werden.
3. Das OLG Celle hat in seinem Beschluss vom 24.04.2014 – 13 Verg 2/14 ausgesprochen, dass unvollständige Referenzen nicht nachgebessert werden können. In dem von dem OLG Celle zu entscheidendem Fall sollten die Bieter zum Nachweis ihrer Fachkunde, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit Referenzen angeben und hierfür eine Bestätigung der Referenzen durch den Auftraggeber mittels eines vorgegebenen Formblattes vorlegen. Die Bieterin hat anstelle der auf den Formblättern geforderten Angaben und Bestätigungen der Referenzen durch die Referenzgeber nur formlose Schreiben beigefügt. Die vorgelegten Bestätigungen der Referenzgeber entsprachen inhaltlich nicht den vorgegebenen Formblättern. Die dort geforderten Angaben fehlten teilweise. Das OLG Celle sah keine Nachforderungsmöglichkeit. Die Nachforderungsmöglichkeit besteht nur für nicht vorgelegte Erklärungen oder Nachweise, nicht jedoch im Falle inhaltlich ungenügender Erklärungen oder Nachweise. Damit bestätigt das OLG Celle die „strenge“ Rechtsprechung, wonach gilt: *„Nachfordern heißt nicht nachbessern!“*.
4. Die Vergabekammer Nordbayern hat in seinem Beschluss vom 27.02.2014 – 21.VK-3194-04/14 das Nachfordern von fehlenden Angaben zu Entsorgungsstätten/Depotien zugelassen. Die Begriffe der „Erklärung“ oder „Nachweis“ sind weit auszulegen

und betreffen auch leistungsbezogene Angaben zum technischen Inhalt der zu erbringenden Leistung. Ein Nachfordern ist erst dann zu unterlassen, wenn die Erklärung dem Bieter die Möglichkeit einräumt, sein Angebot nach Submission aufzubessern. In dem von der Vergabekammer Nordbayern zu entscheidendem Fall hatten die Bieter im Vorspanntext zum Leistungsverzeichnis bei den Angaben zur Entsorgung die jeweiligen Entsorgungsstätten/Deponien zwingend mit Angebotsabgabe anzugeben. Die Deponiekosten waren in die Einheitspreise einzukalkulieren. Die Bieterin hatte die jeweiligen Entsorgungsstätten/Deponien nicht angegeben und die Vergabestelle hat daher das Angebot der Bieterin ausgeschlossen. Die Vergabekammer Nordbayern hat auf den Nachprüfungsantrag der Bieterin hin dieses Recht gegeben und die Vergabestelle verpflichtet, die geforderten Erklärungen nach § 16 EG Abs. 1 Nr. 3 (jetzt § 16 a) VOB/B nachzufordern.

5. Das Oberlandesgericht Saarbrücken hat in seinem Urteil vom 24.02.2016 – 1 U 60/15 (IBR 2016, 414) eine Gemeinde bei einer unerschwelligen Auftragsvergabe für die Lieferung und Montage von Fenster, Türen und Toren für den Neubau eines Feuerwehrgerätehauses zum Schadensersatz wegen entgangenem Gewinn des Bieters verurteilt. Die Gemeinde hat das Angebot des Bieters ohne Nachforderung ausgeschlossen, da der Bieter in seinem Angebot die Einhaltung der geforderten Wärmedämmeigenschaften für jedes Fenster-/Türelement nicht nachgewiesen hat. Nach Auffassung des OLG Saarbrücken hätte die Gemeinde die fehlenden Wärmedämmnachweise für die Türen und Fenster nach § 16 Abs. 1 Nr. 3 VOB/A 2012 (jetzt § 16 a VOB/A 2. Absatz) nachfordern müssen. Mit dem Nachweis der Wärmedämmeigenschaften würde keine Änderung der Vergabeunterlagen vorliegen. Der Gegenstand des Angebots des Bieters war bereits hinsichtlich der zu verwendenden Produkttypen und Wärmedämmeigenschaften klar und eindeutig festgelegt. Die Gemeinde hätte daher nachfordern müssen und der Zuschlag hätte der Bieterin erteilt werden müssen, so dass ihr ein Anspruch auf entgangenem Gewinn (positives Interesse) zusteht.

XIII. Prüfung/Wertung von Angeboten (3): § 16 d Abs. 4 VOB/A: Preisnachlässe und Skonti

§ 16 d Abs. 4 VOB/A:

„Preisnachlässe ohne Bedingung sind nicht zu werten, wenn sie nicht an der vom Auftraggeber nach § 13 Absatz 4 bezeichneten Stelle aufgeführt sind. Unaufgefordert angebotene Preisnachlässe mit Bedingungen für die Zahlungsfrist (Skonti) werden bei der Wertung der Angebote nicht berücksichtigt.“

§ 16 EU Abs. 4 VOB/A ist wortgleich.

§ 13 Abs. 4 VOB/A hat folgenden Wortlaut:

„Soweit Preisnachlässe ohne Bedingung gewährt werden, sind diese an einer vom Auftraggeber in den Vergabeunterlagen bezeichneten Stelle aufzuführen.“

„Preisnachlässe ohne Bedingung“ sind in der Regel prozentuale Nachlässe auf die Angebotssumme. Zur Vermeidung von Manipulationsmöglichkeiten und zur Sicherstellung eines transparenten Vergabeverfahrens sind solche Preisnachlässe an der von dem Auftraggeber bezeichneten Stelle anzugeben. Der Nachlass eines Bieters wird also nicht gewertet, wenn er diesen nur in seinem Angebotsschreiben, nicht aber an der entsprechenden Stelle des Formblattes angegeben hat. Ungeachtet dessen bleibt dieser nicht zu wertende Preisnachlass Inhalt des Angebotes und wird im Falle der Auftragserteilung Vertragsinhalt. Nach § 16 d Abs. 4 S. 2 VOB/A werden unaufgefordert angebotene Skonti bei der Wertung nicht berücksichtigt. Da es sich hierbei um einen nicht zu wertenden Preisnachlass handelt, bleibt dieser ebenfalls Bestandteil des Angebots und wird im Falle der Auftragserteilung Vertragsinhalt.

XIV. Transparenz im Vergabeverfahren (1): § 19 Abs. 5 VOB/A: Ex-Ante-Transparenz

§ 19 Abs. 5 VOB/A:

„Der Auftraggeber informiert fortlaufend Unternehmen auf Internetportalen oder in seinem Beschafferprofil über beabsichtigte Beschränkte Ausschreibungen nach § 3 a Absatz 2 Nummer 1 ab einem voraussichtlichen Auftragswert von 25.000 € ohne Umsatzsteuer. Diese Informationen müssen folgende Angaben enthalten:

1. ...
2. ...
3. ...
4. ...
5. ...“

XV. Transparenz im Vergabeverfahren (2): § 20 Abs. 1 VOB/A: Dokumentation des Vergabeverfahrens

§ 20 Abs. 1 VOB/A:

„Das Vergabeverfahren ist zeitnah so zu dokumentieren, dass die einzelnen Stufen des Verfahrens, die einzelnen Maßnahmen, die maßgebenden Feststellungen sowie die Begründung der einzelnen Entscheidungen in Textform festgehalten werden. Diese Dokumentation muss mindestens enthalten:

1. bis 10.

Der Auftraggeber trifft geeignete Maßnahmen, um den Ablauf der mit elektronischen Mitteln durchgeführten Vergabeverfahren zu dokumentieren.“

§ 20 EU VOB/A verweist auf § 8 VgV, der noch detaillierter ist.

Dokumentationsmängel können nachträglich nur in begrenztem Umfang geheilt werden. Nach dem OLG Naumburg, Beschluss vom 20.09.2012 – 2 Verg 4/12 = IBR 2013, 169 kann eine nachträgliche Heilung einer mangelhaften Dokumentation möglich sein, wenn die betreffenden Dokumente zeitnah zu den jeweiligen Entscheidungen erstellt wurden und die Vergabestelle

es lediglich versäumt hat, diese geordnet zusammen zu stellen und vorzulegen. In dem betreffenden Vergabenachprüfungsverfahren hat die Vergabestelle der Nachprüfungsinstanz nicht sämtliche Unterlagen zur Verfügung gestellt. Die in dem Beschwerdeverfahren vor dem OLG Naumburg später vorgelegten Unterlagen wurden jedoch nicht nachträglich gefertigt, sondern es handelte sich um Unterlagen, die zeitnah zu den in ihnen dokumentierten Geschehnissen entstanden sind und lediglich noch nicht zu einer Vergabedokumentation zusammengeführt und dem OLG vorgelegt worden sind. Ggf. müssen die betroffenen Abschnitte des Vergabeverfahrens bei Dokumentationsmängeln wiederholt werden, vgl. hierzu auch BGH, Beschluss vom 08.02.2011 – X ZB 4/10 = IBR 2011, 477 zur Heilung von Dokumentationsmängeln. Den Vergabestellen ist daher zu empfehlen, entsprechend § 20 Abs. 1 VOB/A besonders wichtige Abwägungsentscheidungen (z. B. Eignungsprognosen und Wertungsentscheidungen) und Verfahrenshandlungen (z. B. Bietergespräche) in Textform zu dokumentieren. Der Bieter hat im Rahmen eines Vergabenachprüfungsverfahrens nach § 165 GWB Anspruch auf Einsicht in die Dokumentation/den Vergabevermerk.

XVI. Transparenz im Vergabeverfahren (3): § 20 Abs. 3 VOB/A: Ex-Post-Transparenz

§ 20 Abs. 3 hat folgenden Wortlaut:

„Nach Zuschlagserteilung hat der Auftraggeber auf geeignete Weise, z. B. auf Internetportalen oder im Beschafferprofil zu informieren, wenn bei

- 1. Beschränkten Ausschreibungen ohne Teilnahmewettbewerb der Auftragswert 25.000 € ohne Umsatzsteuer*
- 2. Freihändigen Vergaben der Auftragswert 15.000 € ohne Umsatzsteuer*

übersteigt. Diese Informationen werden 6 Monate vorgehalten und müssen folgende Angaben enthalten:

a) bis e)“

E.

Die neue VOB/A 2019

Am 19.02.2019 wurden im Bundesanzeiger die vom Deutschen Vergabe- und Vertragsausschuss für Bauleistungen (DVA) neu erarbeiteten Abschnitte 1 – 3 der Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen Teil A (VOB/A) in der Fassung der Bekanntmachung vom 31.01.2019 veröffentlicht. Der Abschnitt 1 VOB/A 2019 ersetzt den Abschnitt 1 VOB/A (unterhalb des Schwellenwerts) vom 26.06.2016. Der Abschnitt 2 VOB/A 2019 ersetzt den Abschnitt 2 VOB/A (oberhalb des Schwellenwerts) vom 07.01.2016 und der Abschnitt 3 VOB/A 2019 ersetzt den Abschnitt 3 VOB/A (Verteidigung und Sicherheit) vom 07.01.2016. Das Bundesministerium des Inneren, für Bau und Heimat (BMI) hat in seinem Einführungserlass vom 20.02.2019 mitgeteilt, dass der überarbeitete Abschnitt 1 der VOB/A 2019 ab dem 01.03.2019 von den Bundesbehörden anzuwenden ist. Das Bayerische Staatsministerium für Wohnen, Bau und Verkehr hat in seinem Einführungserlass vom 07.03.2019 mitgeteilt, dass der überarbeitete Abschnitt 1 der VOB/A 2019 mit Wirkung vom 29.03.2019 eingeführt und ab diesem Zeitpunkt von den bayerischen Staatsbehörden anzuwenden ist. Die Inkraftsetzung der überwiegend redaktionell überarbeiteten Abschnitte 2 und 3 VOB/A 2019 erfolgte erst durch die Anpassung der statischen Verweise in § 2 VgV und § 2 VSVgV am 18.07.2019. Janssen (Referatsleiter im Bundesministerium des Inneren, für Bau und Heimat sowie Vorsitzender des Hauptausschusses Allgemeines im DVA für Bauleistungen) beschreibt in seinem Aufsatz in NZBau 2019, 147 die Änderungen und Hintergründe der neuen VOB/A 2019 und macht so die Überlegungen des DVA über den Mitgliederkreis von derzeit 87 Mitgliedsorganisationen aus Regierung, Verwaltung, Kammern, Verbänden und Wirtschaft hinaus transparent. Die Änderungen sollen mehr Flexibilität für Auftraggeber und Bieter schaffen und sie dienen dem Gleichlauf innerhalb der VOB/A und punktuell der Vereinheitlichung mit den Regelungen in der Unterschwellenvergabeordnung (UVgO) im Liefer-/ Dienstleistungsbereich.

I. Folgende wesentliche Änderungen im Abschnitt 1 haben sich ergeben:

1. Wahlfreiheit zwischen öffentlicher Ausschreibung und Beschränkter Ausschreibung mit Teilnahmewettbewerb, §§ 3 a Absatz 1 und 3 b Absatz 2 VOB/A

Es entfällt der Vorrang der öffentlichen Ausschreibung. Wie im 2. Abschnitt der VOB/A hat die Vergabestelle die Wahlfreiheit zwischen Öffentlicher Ausschreibung und Beschränkter Ausschreibung mit Teilnahmewettbewerb. Das entspricht der Regelung in der Unterschwellenvergabeordnung (UVgO) für die Vergabe von Liefer- und Dienstleistungen und ermöglicht dem öffentlichen Auftraggeber eine größere Flexibilität. Das Verfahren der beschränkten Ausschreibung mit Teilnahmewettbewerb wird in § 3 b Absatz 2 detailliert beschrieben. Es entspricht zwar inhaltlich aber nicht in der Wortwahl und den Begriffen der Regelung oberhalb des Schwellenwerts in § 3 b EU Absatz 2 für das nicht offene Verfahren mit Teilnahmewettbewerb. Es hat Vor- und Nachteile. Die vorgesehene Mindestzahl der einzuladenden Bewerber darf nicht niedriger als fünf sein, § 3 b Absatz 2 Satz 5.

2. Erhöhung der Wertgrenzen für Freihändige Vergabe und Beschränkte Ausschreibung ohne Teilnahmewettbewerb, § 3 a Absatz 2 und 3 VOB/A

Zur Umsetzung der Beschlüsse des Wohngipfels vom 21.09.2018 im Bundeskanzleramt hat der DVA die Wertgrenzen für die Freihändige Vergabe und Beschränkte Ausschreibung ohne Teilnahmewettbewerb auf € 100.000,00 bzw. € 1 Mio. angehoben, vgl. die Fußnoten 1 und 2 zu § 3 a. Die Anhebung ist bis zum 31.12.2021 befristet und gilt nur für Bauleistungen zu Wohnzwecken. Nach § 3 a Absatz 3 und 4 sollen bei beschränkter Ausschreibung ohne Teilnahmewettbewerb mehrere, im Allgemeinen mindestens drei geeignete Unternehmen aufgefordert werden und unter den Unternehmen soll auch bei der freihändigen Vergabe möglichst gewechselt werden. Das BMI definiert in seinem Einführungserlass zu Abschnitt 1 VOB/A „Wohnzwecke“ wie folgt:

„Bauleistungen für Wohnzwecke sind solche, die der Schaffung neuen Wohnraums sowie der Erweiterung, der Aufwertung, der Sanierung oder der Instandsetzung bestehenden Wohnraums dienen. Eine Aufwertung, Sanierung oder Instandsetzung von Wohnraum kann z. B. in der Verbesserung der energetischen Qualität oder der Erhöhung des Ausstattungsstandards liegen, auch in der äußerlichen Sanierung / Instandsetzung von Wohngebäuden (z. B. Fassade, Dach). Umfasst sind auch Infrastrukturmaßnahmen im Zusammenhang mit Neubau von Wohnraum oder Aufwertung bestehenden Wohn-

raums, z. B. Zufahrtstraßen für Wohngebiete, Ver- und Entsorgungsleitungen oder emissions- bzw. immissionsmindernde Maßnahmen, z. B. zur Reduzierung von Lärm oder Erschütterungen in Wohnräumen. Wohnzwecken dienen grundsätzlich auch städtebaulichen Maßnahmen zur Verbesserung des Wohnumfeldes. Wohnzwecke müssen nicht der alleinige und auch nicht der Hauptzweck der Bauleistung sein. Es genügt, wenn die Wohnzwecke nicht nur untergeordneter Natur sind.“

3. Direktauftrag, § 3 a Absatz 4 VOB/A

Bei einem Auftragswert von bis zu € 3.000,00 kann ein Direktauftrag unter Beachtung der haushaltsrechtlichen Grundsätze der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit erteilt werden, wobei zwischen den Auftragnehmern gewechselt werden soll. Ein Vergabeverfahren ist nicht notwendig. Nach § 14 UVgO kann für Liefer- und Dienstleistungen ein Direktauftrag bis € 1.000,00 erteilt werden.

4. Berücksichtigung von Selbstreinigungsmaßnahmen, § 6 a Absatz 1 Satz 2 VOB/A

Bei der Beurteilung der Zuverlässigkeit können zukünftig Selbstreinigungsmaßnahmen in entsprechender Anwendung des § 6 f EU Absatz 1 und 2 berücksichtigt werden. Hiernach muss der „vorbestrafte“ Bieter zum Nachweis seiner Eignung/Zuverlässigkeit nachweisen, dass er a) den Schaden ausgeglichen hat b) mit den Ermittlungsbehörden/öffentlichen Auftraggeber zur Ermittlung der Tatsachen und Umstände der Straftat, des Fehlverhaltens oder Schadens aktiv zusammengearbeitet und geklärt hat und c) konkrete technische, organisatorische und personelle Maßnahmen ergriffen hat, die geeignet sind, weitere Straftaten oder weiteres Fehlverhalten zu vermeiden. Der DVA hält damit an der dreistufigen Eignungsprüfung Fachkunde, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit fest, die oberhalb des Schwellenwerts seit 2016 zu Gunsten einer Zweistufigkeit aus Fachkunde und Leistungsfähigkeit bei Nichtvorliegen von Ausschlussgründen (§ 6 e EU und §§ 123, 124 GWB: zwingende und fakultative Ausschlussgründe) gewichen ist.

5. Flexiblere Eignungsprüfung, §§ 6 a Absatz 5 und 6 b Absatz 2, 3 und 4 VOB/A

Die Eignungsprüfung wird flexibler. Bis zu einer Wertgrenze von € 10.000,00 kann die Vergabestelle auf bestimmte Angaben zur Eignung (Umsatz, vergleichbare Leistungen/Referenzen, Anzahl der Mitarbeiter, Insolvenzverfahren, Liquidation) verzichten, wenn dies durch Art und Umfang des Auftrags gerechtfertigt ist, § 6 a Absatz 5. Die Nachweise: Eintragung in das Berufsregister, Anmeldung bei der Berufsgenossenschaft, keine schwere Verfehlung und Entrichtung von Steuern, Abgaben und Beiträgen zur Sozialversicherung bleiben bestehen und muss der öffentlichen Auftraggeber fordern. Die Vergabestelle kann auf die Vorlage von Nachweisen verzichten, wenn sie bereits im Besitz dieser Nachweise ist, § 6 b Absatz 3. Diese Nachweise müssen noch gültig sein und abzustellen ist auf die jeweilige Vergabestelle und nicht den öffentlichen Auftraggeber, der mehrere Vergabestellen haben kann. Die Eignungsprüfung im Rahmen eines Wettbewerbs wird ebenfalls erleichtert. So können im Teilnahmewettbewerb zunächst Eigenenerklärungen verlangt werden und Bewerber müssen die Bestätigung durch Nachweise nur noch dann vorlegen, wenn sie für die Aufforderung zur Angebotsabgabe in Frage kommen, § 6 b Absatz 2 und 3.

6. Wahlrecht zur Kommunikation, § 11 Absatz 1 und 13 Absatz 1 Nummer 1 VOB/A

Mit dem Streichen der Fußnote in § 11 Absatz 1 und der Änderung in § 13 Absatz 1 Nummer 1 sind die Übergangsvorschriften zur elektronischen Vergabe ausgelaufen. Bis zum 18.10.2018 musste der öffentliche Auftraggeber schriftliche Angebote zulassen. Er hat nunmehr im 1. Abschnitt ein nicht zu begründendes Wahlrecht, ob die Angebote schriftlich oder elektronisch einzureichen sind. Er kann auch nur schriftliche Angebote zulassen. Nach Auffassung des DVA sollen für die Abgabe von Angeboten keine unnötigen Hürden aufgebaut werden. Angesichts großer Datenmengen und langsamer/nicht durchgehend und flächendeckend zuverlässiger Internetverbindung funktioniert die elektronische Vergabe in der Praxis noch nicht.

7. Mehrere Hauptangebote zulässig, §§ 8 Absatz 2 Nummer 4, 12 Absatz 1 Nummer 2 Buchstabe k, 13 Absatz 3, 16 Absatz 1 Nummer 7 und 9 VOB/A

Die VOB/A 2019 regelt zukünftig, unter welchen Voraussetzungen die Abgabe mehrerer Hauptangebote möglich ist. Der öffentliche Auftraggeber kann in der Bekanntmachung

(§ 12 Absatz 1 Nummer 2 Buchstabe k) oder in den Vergabeunterlagen (§ 8 Absatz 2 Nummer 4) festlegen, dass er die Abgabe mehrerer Hauptangebote nicht zulässt. Jedes Hauptangebot muss aus sich heraus zuschlagsfähig sein, § 13 Absatz 3 Satz 3. Bei per Post eingereichten Angeboten muss jedes Hauptangebot in einem verschlossenen Umschlag eingereicht und gekennzeichnet werden, § 13 Absatz 3 Satz 4 i.V.m. § 13 Absatz 1 Nummer 2 Satz 2. Nicht zugelassene Hauptangebote werden ausgeschlossen, § 16 Absatz 1 Nummer 7. Hauptangebote, die nicht § 13 Absatz 3 Satz 3 entsprechen werden ebenfalls ausgeschlossen, § 16 Absatz 1 Nummer 9. Der DVA hat bewusst nicht geregelt, wie sich die Hauptangebote eines Bieters voneinander zu unterscheiden haben. Nach Auffassung des DVA sollen mehrere Hauptangebote nicht nur dann zulässig sein, wenn sie sich technisch unterscheiden sondern auch dann, wenn der Unterschied nur im Preis besteht; letzteres hat der BGH bisher offengelassen und das OLG München für unzulässig erachtet, vgl. Janssen aaO mit weiteren Nachweisen.

8. Nennung der Zuschlagskriterien und ggf. deren Gewichtung, § 12 Absatz 1 Nummer 2 Buchstabe r VOB/A

Die Vergabestelle hat zukünftig zu wählen, ob sie die Zuschlagskriterien und ggf. deren Gewichtung in der Auftragsbekanntmachung oder den Vergabeunterlagen nennt. Nach der kritisierten Rechtsprechung des BGH mussten im Unterschwellenbereich nicht in jedem Fall die Zuschlagskriterien festgelegt bzw. bekanntgegeben werden.

9. Neugestaltung der Nachforderungsregel, § 16 a VOB/A

§ 16 a wurde komplett neu gefasst:

(1) 1Der öffentliche Auftraggeber muss Bieter, die für den Zuschlag in Betracht kommen, unter Einhaltung der Grundsätze der Transparenz und der Gleichbehandlung auffordern, fehlende, unvollständige oder fehlerhafte unternehmensbezogene Unterlagen - insbesondere Erklärungen, Angaben oder Nachweise - nachzureichen, zu vervollständigen oder zu korrigieren, oder fehlende oder unvollständige leistungsbezogene Unterlagen - insbesondere Erklärungen, Produkt- und sonstige Angaben oder Nachweise - nachzureichen oder zu

vervollständigen (Nachforderung), es sei denn, er hat von seinem Recht aus Absatz 3 Gebrauch gemacht. 2Es sind nur Unterlagen nachzufordern, die bereits mit dem Angebot vorzulegen waren.

(2) 1Fehlende Preisangaben dürfen nicht nachgefordert werden. 2Angebote, die den Bestimmungen des § 13 EU Absatz 1 Nummer 3 nicht entsprechen, sind auszuschließen. 3Dies gilt nicht für Angebote, bei denen lediglich in unwesentlichen Positionen die Angabe des Preises fehlt und sowohl durch die Außerachtlassung dieser Positionen der Wettbewerb und die Wertungsreihenfolge nicht beeinträchtigt werden als auch bei Wertung dieser Positionen mit dem jeweils höchsten Wettbewerbspreis. 4Hierbei wird nur auf den Preis ohne Berücksichtigung etwaiger Nebenangebote abgestellt. 5Der öffentliche Auftraggeber fordert den Bieter nach Maßgabe von Absatz 1 auf, die fehlenden Preispositionen zu ergänzen. 6Die Sätze 3 bis 5 gelten nicht, wenn der öffentliche Auftraggeber das Nachfordern von Preisangaben gemäß Absatz 3 ausgeschlossen hat.

(3) Der öffentliche Auftraggeber kann in der Auftragsbekanntmachung oder den Vergabeunterlagen festlegen, dass er keine Unterlagen oder Preisangaben nachfordern wird.

(4) 1Die Unterlagen oder fehlenden Preisangaben sind vom Bewerber oder Bieter nach Aufforderung durch den öffentlichen Auftraggeber innerhalb einer angemessenen, nach dem Kalender bestimmten Frist vorzulegen. 2Die Frist soll sechs Kalendertage nicht überschreiten.

(5) Werden die nachgeforderten Unterlagen nicht innerhalb der Frist vorgelegt, ist das Angebot auszuschließen.

(6) Die Absätze 1, 3, 4 und 5 gelten für den Teilnahmewettbewerb entsprechend.

In ihm sind jetzt auch fehlende Preisangaben geregelt, § 16 a Absatz 2 (bisher: § 16 Absatz 1 Nummer 3). Die Vergabestelle kann zukünftig in der Auftragsbekanntmachung oder den Vergabeunterlagen festlegen, dass sie keine Unterlagen oder Preisangaben nachfordern wird, § 16 a Absatz 3. Dieser Ausschluss des Nachforderns kann auch auf bestimmte Unterlagen begrenzt werden. § 16 a Absatz 1 unterscheidet zukünftig zwischen unternehmensbezogenen (insbesondere Erklärungen, Angaben oder Nachweise) und leistungsbezogenen Unterlagen (insbesondere Erklärungen, Produkt- und sonstige

Angaben oder Nachweise), die nachzureichen oder zu vervollständigen sind. Hierzu gehören auch Produktangaben. Unternehmensbezogene Angaben können jetzt auch korrigiert und nicht nur nachgereicht werden, z.B. der Umsatz von den angegebenen € 1 mio. auf € 1,5 mio.. Fehlende unwesentliche Preisangaben dürfen jetzt auch für mehrere Positionen und nicht nur eine Position nachgefordert werden, wenn sich nach der Vergleichsrechnung wie bisher in § 16 Absatz 1 Nummer 3 unter Außerachtlassung dieser Positionen und Wertung dieser Positionen mit dem höchsten Wettbewerbspreis die Wertungsreihenfolge nicht verändert, § 16 a Absatz 2. Neu ist auch, dass der öffentliche Auftraggeber den Bieter auffordert, die fehlende Preisposition zu ergänzen. Der ergänzte Preis fließt in die rechnerische und wirtschaftliche Prüfung und Angebotswertung ein. Der ergänzte Preis kann zu einer Neubewertung hinsichtlich der Einordnung der Position als unwesentlich führen oder zu einem Ausschluss wegen unangemessen hohem Preis führen. Für das Nachfordern gibt es keine feste Frist mehr (bisher: sechs Kalendertage nach Aufforderung), sondern die Frist muss angemessen sein und soll sechs Kalendertage nicht überschreiten, § 16 a Absatz 4.

10. Zuschlagskriterien, § 16 d VOB/A

Mit der Erweiterung der nicht abschließenden Zuschlagskriterien (jetzt auch: Zugänglichkeit, „Design für alle“, soziale, umweltbezogene und innovative Eigenschaften) wird § 16 d an die Regelung des 2. Abschnitts angepasst. Zukünftig können auch im 1. Abschnitt personenbezogene Zuschlagskriterien berücksichtigt werden, wenn die Qualität des eingesetzten Personals erheblichen Einfluss auf das Niveau der Auftragsausführung haben kann („Mehr an Eignung“), vgl. § 16 d Absatz 1 Nummer 5 Buchstabe b. Die Zuschlagskriterien müssen in der Bekanntmachung oder in den Vergabeunterlagen genannt sein und wie im Oberschwellenbereich mit dem Auftragsgegenstand „locker“ (relativ weiter Auftragsbezug) in Verbindung stehen, § 16 d Absatz 1 Nummer 5 Satz 3 und 4.

II. Abschnitte 2 und 3

Die Abschnitte 2 und 3 der VOB/A 2019 wurden überwiegend redaktionell geändert. Die Neuregelungen zur Abgabe mehrerer Hauptangebote und zur Nachforderung von Unterlagen wurden inhaltsgleich übertragen. Die Übergangsregelungen konnten nach Ablauf der Fristen zur elektronischen Kommunikation ersatzlos gestrichen werden. Ab dem 19.10.2018 sind Angebote nur noch elektronisch einzureichen, § 11 EU Absatz 1.

F.

Zusammenfassung