

SEUFERT RECHTSANWÄLTE

MÜNCHEN

LEIPZIG

**Die neue VOB/A
enreg-Workshop neues Vergaberecht
SLUB Dresden**

15.09.2016

Dr. Christoph Seebo, LL.M.
FA für Bau- und Architektenrecht

Agenda

- I. Geschichtlicher Abriss***
- II. Fassungen der VOB/A 2016***
- III. Inkrafttreten der VOB/A 2016***
- IV. Allgemeine Merkmale der VOB/A 2016***
- V. Abschnitt 1 der VOB/A 2016***
- VI. Abschnitt 2 der VOB/A 2016***
- VII. 90 Jahre VOB!***
- VIII. Quo vadis, VOB?***

I. Geschichtlicher Abriss

- 1833: Bayerische Vergabeordnung
- 1834: Preußische Oberkammerinstruktion
- 1885: Preußischer Circular-Erlass betreffend die Vergebung und Lieferung von Leistungen → Abkehr vom reinen Fiskalismus; Fokussierung auf „in jeder Beziehung annehmbare Angebote“
- 1921: Einsetzung des Reichs-Verdingungs-Ausschusses
- **1926**: Vorlage der **Erstfassung** der **VOB** mit den Teilen A, B und C (Teil A: Allgemeine Bestimmungen für die Vergebung von Bauleistungen)
- 1947: Gründung des DVA
- 1952, 1973, 1979: weitere Fassungen mit Änderungen im Teil A
- **1990**: Vorlage der „Fassung 1990“ → erstmalige Gliederung des Teils A in „**Basisparagrafen**“ und „**a-Paragrafen**“
- 1992: VOB 1992 mit vierfach gegliedertem Teil A: „Basisparagrafen“, „a-Paragrafen“, „b-Paragrafen“ und „SKR-Paragrafen“

I. Geschichtlicher Abriss

- 2000: **VOB 2000** mit erheblichen Änderungen im Teil A in Anpassung an **VgRÄG** (in diesem Zuge Einführung des vierten Teils des GWB und der VgV)
- 2006: moderate Anpassung des Teils A in Umsetzung der RL 2004/17/EG und 2004/18/EG (Einführung des wettbew. Dialogs; Aufweitung §§ 8a, 10a, neue §§ 16a und 21a, Erweiterung § 25a)
- 2009: Umfangreichste Änderung der VOB/A seit dem Jahr 2000 → Kürzung auf 22 (Abschnitt 1) bzw. 23 (Abschnitt 2) Paragraphen (bei im wesentlichen gleicher Länge), Abkehr vom System der Basis- und Zusatzparagraphen („kompletter“ 2. Abschnitt mit „EG-Paragraphen“), Verlagerung der früheren Abschnitte 3 und 4 in die neue SektVO, Einführung der „VS-Paragraphen“ als neuer Abschnitt 3; im Weiteren bedeutsame inhaltliche Änderungen (Angleichung Abschnitte 1 und 2; Nachforderung von Unterlagen)
- 2016: Bekanntmachung der VOB/A 2016 im Januar **und** (Ab. 1) im Juli!

II. Fassungen der VOB/A 2016

- **Ausgabe 2016 (Teile A und B) vom 7. Januar 2016**, veröffentlicht im Bundesanzeiger vom 19.1.2016
- **Abschnitt 1 nochmals geändert am 22.6.2016**, veröffentlicht im Bundesanzeiger vom 1.7.2016
- Der Deutsche Vergabe- und Vertragsausschuss (DVA) beabsichtigt, im Herbst 2016 alle Teile der VOB als Gesamtausgabe unter der Bezeichnung „VOB 2016“ herauszugeben. Der überarbeitete Abschnitt 1 der VOB/A soll erst ab dann angewandt werden
- Gem. den Hinweisen in der Bekanntmachung v. 22.6.16 ist beabsichtigt, Abschnitt 1 „alsbald“ nochmals „systematisch“ zu überprüfen, um weitergehenden Gleichlauf innerhalb der VOB/A herzustellen. Zum anderen sind wohl weitere Anpassungen zu erwarten, um Diskrepanzen zu beseitigen, die derzeit zwischen dem 2. Abschnitt und der neuen VgV bestehen.

III. Inkrafttreten der VOB/A 2016

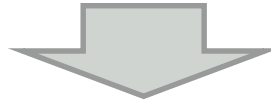
- **Für europaweite Vergaben von Bauaufträgen** gem. statischer Verweisung in § 2 S. 2 VgV i. V. m. Art. 7 der MantelVO v. 12.4.2016 Inkrafttreten der VOB/A, Abschnitt 2, in der Fassung der Bekanntmachung vom 19.1.2016 zum **18.04.2016**
- **Für europaweite VS-Vergaben von Bauaufträgen** gem. statischer Verweisung in § 2 Abs. 2 S. 2 VSVgV i. V. m. Art. 7 der MantelVO v. 12.4.2016 der VOB/A, Abschnitt 3, in der Fassung der Bekanntmachung vom 19.1.2016 ebenfalls Inkrafttreten zum **18.04.2016**
- **Für nationale Vergaben von Bauaufträgen** uneinheitliche Regelungen. In Der Bekanntmachung heißt es: *Der Abschnitt 1 VOB/A soll wegen des Sachzusammenhangs mit den Änderungen der Abschnitte 2 und 3 VOB/A erst dann angewendet werden, wenn die übrigen Abschnitte der VOB/A in Kraft treten. Geplant ist hierfür der 18. April 2016. Das Bundesministerium für Umwelt, Naturschutz, Bau und Reaktorsicherheit (BMUB) wird den Zeitpunkt des Inkrafttretens für seinen Zuständigkeitsbereich durch Erlass bestimmen.*

III. Inkrafttreten der VOB/A 2016

Inkrafttreten des Abschnitts 1

- Uneindeutige/uneinheitliche Regelungen in den LandesvergabeG oder im Haushaltsrecht der Länder, z. B.:
 - Berlin → Geltung der Fassung 07.01.2016 zum 18.04.2016, Übergangsfrist bis 26.04.2016 gem. Rundschreiben SenStadtUm V M Nr. 04 / 2016
 - Bremen → (dynamische) Verweisung auf Abschnitt 1 in § 6 Tariftreue- und VergabeG: schließt das die „Soll-Bestimmung“ zu dessen Geltung mit ein (dagegen offenbar *Reuber, VergabeR 2016, 339, 340*: Inkrafttreten zum 19.01.2016)? In der Folge jetzt bereits auch Geltung der Fassung 22.06.2016?
 - NRW: gem. Nr. 4 der Kommunalen Vergabegrundsätze NRW explizit Anwendung der jeweils aktuellen, im BAnz veröffentlichten Fassung (zugleich Verweisungen auf VOB 2009 im Tariftreue- und VergabeG) → also ebenfalls Geltung ab 19.01.2016? Oder sogar schon Geltung der Fassung v. 22.06.2016?
 - Sachsen → § 1 Abs. 2 SächsVergabeG: dem Wortlaut nach statische Verweisung auf VOB 2009, allerdings in der „jeweils neuesten Fassung“ → damit überhaupt Geltung der VOBA/A 2016? Ist die VOB/A 2016 die „neueste Fassung“ der VOB/A 2009 (so die ABSt. Sachsen, vgl. *Newsletter Jul./Aug.*)
 - Sachsen-Anhalt → § 1 Abs. 2 LVG LSA: anzuwenden sind diejenigen Regelungen der VOB/A, die für die Vergabe von Bauaufträgen gelten, die nicht im Anwendungsbereich des Vierten Teils des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen liegen → damit Inkrafttreten zum 18.04.2016 oder zum 19.01.? Jetzt schon Geltung des neuen Abschnitt 1?

IV. Allgemeine Merkmale der VOB/A 2016



- VOB Teil A nach wie vor 3 Abschnitte gegliedert:
 - Abschnitt 1 (nationale Vergaben, „Basisparagrafen“)
 - Abschnitt 2 (EU-weite Vergaben, nunmehr „EU-Paragrafen“)
 - Abschnitt 3 (Vergaben im Bereich Verteidigung und Sicherheit, „VS-Paragrafen“)

IV. Allgemeine Merkmale der VOB/A 2016

■ Augenfällige Änderungen zur VOB 2009:

- Wenige Modifizierungen in **Abschnitt 1**, bezogen auf Fassung Januar, allerdings größere Änderungen mit Fassung Juni
- Erhebliche Aufweitung in **Abschnitt 2** gegenüber VOB 2009: 49 Druckseiten im Vergleich zu 33 Druckseiten → Zunahme um 50 %! Wesentlich größere Diskrepanzen zwischen Abschnitten 1 und 2 als in VOB 2009 (zT abgemildert durch Fassung Juni), vgl. §§ 22 in Abschnitten 1 und 2 VOB/A. ZT wörtliche Wiederholungen von Vorschriften des GWB (§§ 123 ff. GWB in §§ 6e EU, 6f EU VOB/A, § 132 GWB in § 22 EU VOB/A) → Neues Vergaberecht damit einfacher, klarer und effizienter? (vgl. *Jasper/Marx*, VgR, Beck Texte im dtv, 18. A. 2016, Einführung S. XIV f.)
- **Abschnitt 3** (hier keine neue RL; nach wie vor Geltung der RL 2009/81/EG) im Wesentlichen nur redaktionelle Anpassungen an Abschnitt 2

V. Abschnitt 1 der VOB/A 2016

■ Merkmale des Abschnitts 1 der VOB/A, Fassung vom 07.01.2016 (I)

- Gliederung der Vorschriften an Abschnitt 2 angepasst; insbesondere Aufteilung „überlanger“ Vorschriften (zB § 3 VOB/A 2009 auf §§ 3, 3a, 3b VOB/A 2016. Jetzt schon erkennbar: Nutzer werden durch „*neue a-Paragrafen*“ verwirrt!)
- in diesem Zuge zT „Umschichtungen“ ohne Inhaltsänderung → § 6 Abs. 2 VOB/A 2009 ist jetzt § 3 b VOB/A 2016
- nach wie vor Primat der öffentlichen Ausschreibung (anders als in Abschnitt 2), nach wie vor Beschränkte Ausschreibung ohne Öffentlichen Teilnahmewettbewerb möglich, § 3 a Abs. 2 VOB/A (anders als in Abschnitt 2)
- Aufnahme einer Definition für „anerkannte Stellen“ in § 7 a VOB/A

V. Abschnitt 1 der VOB/A 2016

■ Merkmale des Abschnitts 1 der VOB/A, Fassung vom 07.01.2016 (II)

- Klarstellung, dass Nebenangebote auch zulässig sind, wenn Preis einziges Zuschlagskriterium (§ 8 Abs. 2 Nr. 3)
- Verwendung des Begriffs „Bindefrist“ anstelle „Zuschlagsfrist“, der Praxis folgend
- Verschiebung der Anforderung an elektronische Kommunikationsmittel vom Anhang I in den Haupttext (§ 11 a)
- Bei Verweigerung geforderter Angaben und Erklärungen im Rahmen der Angebots-aufklärung ist Ausschluss zukünftig Pflicht (kein Ermessen mehr), § 15 Abs. 2
- Aufnahme eines neuen § 22 zu Auftragsänderungen → **Verhältnis zu § 22 EU VOB/A?**

V. Abschnitt 1 der VOB/A 2016

- **Weitere Änderungen in Abschnitt 1 mit Fassung vom 22.06.2016 (I)**
 - Ziel: stärkere Angleichung an neuen Abschnitt 2
 - in § 4a Aufnahme einer Regelung zu Rahmenverträgen (Wortlaut und Regelungsgehalt allerdings **nicht identisch mit § 4a EU**; dafür Übereinstimmung mit **§ 4 VOL/A**)

V. Abschnitt 1 der VOB/A 2016

■ Weitere Änderungen in Abschnitt 1 mit Fassung vom 22.06.2016 (II)

– Anpassungen im Bereich Kommunikation / E-Vergabe:

- Vergabeunterlagen **sind elektronisch zur Verfügung zu stellen**, § 11 Abs. 2; grundsätzlich sind auch Angebote u. Teilnahmeanträge elektronisch einzureichen (s. dazu §§ 11 Abs. 4, 12)
- Erstmalig Regelung dazu, wann **mündliche Kommunikation** zulässig, § 11 Abs. 1
- Angleichung des § 11a an § 11a EU
- Nach § 13 müssen schriftliche Angebote nur noch bis zum 18. Oktober 2018 zugelassen werden. AG kann nach diesem Zeitpunkt im Unterschwellenbereich die **Form** der einzureichenden Angebote **eigenverantwortlich bestimmen** und **sowohl** schriftliche **und** elektronische **als auch** ausschließlich elektronische Angebote zulassen.
- Wenn auch nach dem 18. Oktober 2018 schriftliche Angebote zulässig, dann auch **weiterhin** herkömmlicher Eröffnungstermin unter **Anwesenheit der Bieter**. Wenn nur elektronische Angebote zulässig, Öffnungstermin nach dem Vorbild von § 14 EU VOB/A, bei dem die Anwesenheit der Bieter entfällt, diese aber die maßgeblichen Informationen des Öffnungstermins unverzüglich nach seiner Durchführung elektronisch mitgeteilt bekommen (siehe §§ 14, 14a).

VI. Abschnitt 2 der VOB/A 2016

→ Von den „EG-“ zu „EU-Paragrafen“

Geltung aufgrund Verweisung in § 2 VgV:

§ 2 Vergabe von Bauaufträgen

¹Für die Vergabe von Bauaufträgen sind Abschnitt 1 und Abschnitt 2, Unterabschnitt 2 anzuwenden. ²**Im Übrigen ist Teil A Abschnitt 2 der Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen in der Fassung der Bekanntmachung vom 19. Januar 2016 (BAnz AT 19.01.2016 B3) anzuwenden.**

VI. Abschnitt 2 der VOB/A 2016

- **Leitgedanke:** Abschnitt 2 der VOB/A soll „**vollständige Vergabeunterlage**“ sein; u. a. deswegen Wiederholung von Vorschriften des GWB in der VOB/A
- gleichwohl ist Abschnitt 2 der VOB/A 2016 gerade keine vollständige Regelung: statt dessen nach wie vor Kaskadenprinzip:

GWB → VgV → VOB/A-EU

- Bereits erkennbar: Geltung der Abschnitte 1 und 2 (UA 2) der VgV ist aus Nutzersicht **verwirrend** („Die VgV ist doch die neue VOL/A!“) und auch **inkonsequent**. Struktur daher weder einfach noch anwenderfreundlich (entgegen Eckpunktepapier der BReg. V. 7.1.2015)
- Zugleich folgt innerer Aufbau weder der VgV noch der RL 2014/24/EU; statt dessen Beibehaltung (zumindest äußerlich) der bisherigen Gliederung. Daher zB zentrale „Fristenparagrafen“ (§§ 10 bis 10d) für alle Vergabearten

VI. Abschnitt 2 der VOB/A 2016

■ Wesentliche Änderungen des Abschnitts 2 im Überblick (I)

- Nennung der Verhältnismäßigkeit als Vergabegrundsatz
- Marktkonsultationen werden gem. § 2 EU Abs. 7 ausdrücklich für zulässig erklärt
- wie überall sonst auch **Gleichstellung** von **offenem** und **nicht offenem** Verfahren (damit anders als in Abschnitt 1), § 3a EU Abs. 1 zudem **erleichterter** Zugang zum **Verhandlungsverfahren** (§ 3a EU Abs. 2 VOB/A, analog zur VgV); zugleich detaillierte Regelungen zu dessen Ausgestaltung, § 3b EU Abs. 3 (damit eher möglich als freihändige nationale Vergabe)
- ausdrückliche Zulassung vom **Rahmenvereinbarungen** auch im Baubereich (nach hM immer schon zulässig), § 4a EU

VI. Abschnitt 2 der VOB/A 2016

■ Wesentliche Änderungen des Abschnitts 2 im Überblick (II)

- **abschließende** Vorgaben zu zulässigen **Eignungskriterien** sowie zu zulässigen **Eignungsnachweisen**, §§ 6 und 6a EU Nr. 1 bis 3
- erstmalig ausdrückliche Regelung zu **eigenen negativen Erfahrungen** als **Ausschlussgrund**, § 6e EU Abs. 6 Nr. 7 (analog zu § 124 Abs. 1 Nr. 7 GWB)
- **Fristen** parallel zur VgV **neu** geregelt (Achtung: nur **Mindestfristen**)
- **Auftragsänderungen** wortgleich zu § 132 GWB in § 22 EU (Frage hier: soll in Bezug auf § 1 Abs. 3 und 4 S. 1 VOB/B dasselbe gelten wie nach § 22 VOB/A?)
- **keine öffentliche Submission mehr** (müsste ausdrücklich zugelassen sein), § 14 EU

VI. Abschnitt 2 der VOB/A 2016

■ Wesentliche Merkmale im Detail

■ Verhältnismäßigkeit als Vergabegrundsatz, § 2 EU Abs. 1 Satz 2:

(1) Öffentliche Aufträge werden im Wettbewerb und im Wege transparenter Verfahren vergeben. Dabei werden die Grundsätze der Wirtschaftlichkeit und der **Verhältnismäßigkeit** gewahrt.

- Entspricht der Regelung in § 97 Abs. 1 S. 2 GWB nF bzw. Art. 18 RL 2014/24/EU
- Aufnahme in GWB und VOB/A in erster Linie „klarstellend als Auftragsmaxime“ (vgl. Begründung zu § 97 GWB, BT-Drs. 18/6281)
- Auswirkungen sind im Wesentlichen bereits normativ ausgeformt (u. a. § 6 EU Abs. 3: Regelungen zur Vorbefasstheit; § 6e EU Abs. 5 und 6: auch ein an sich zwingender Ausschluss darf nicht offensichtlich unverhältnismäßig sein; ein Ausschluss wegen fakultativer Ausschlussgründe muss die Verhältnismäßigkeit wahren. § 7a EU Abs. 1 Nr. 2: geforderte Leistungsmerkmale müssen zu Wert und Zielen des Auftragsgegenstands verhältnismäßig sein)

VI. Abschnitt 2 der VOB/A 2016

■ Wesentliche Merkmale im Detail

- **Marktkonsultationen, § 2 EU Abs. 7 S. 1**

→ Vgl. Art. 40 der RL 2014/24/EU:

Vorherige Marktkonsultationen

Vor der Einleitung eines Vergabeverfahrens können die öffentlichen Auftraggeber Marktkonsultationen zur Vorbereitung der Auftragsvergabe und zur Unterrichtung der Wirtschaftsteilnehmer über ihre Auftragsvergabepläne und -anforderungen durchführen.

Hierzu können die öffentlichen Auftraggeber beispielsweise den **Rat von unabhängigen Sachverständigen** oder Behörden **beziehungsweise von Marktteilnehmern** einholen oder annehmen. Der Rat kann für die Planung und Durchführung des Vergabeverfahrens genutzt werden, **sofern dieser Rat nicht wettbewerbsverzerrend ist** und nicht zu einem Verstoß gegen die Grundsätze der Nichtdiskriminierung und der Transparenz führt.

VI. Abschnitt 2 der VOB/A 2016

■ Wesentliche Merkmale im Detail

■ Marktkonsultationen, § 2 EU Abs. 7 S. 1

- Vgl. ferner den Sonderbericht Nr. 17/2016 des Europäischen Rechnungshofes 13.07.2016:

*„Der Hof unterbreitet deshalb die folgenden Empfehlungen, damit die Organe und Einrichtungen der EU ihre Vergabetätigkeit so gestalten, dass die vermehrte Teilnahme an ihren Ausschreibungen **systematisch gefördert** wird:*

*Die Organe und Einrichtungen der EU **sollten proaktiv** vorherige **Marktkonsultationen** einsetzen, wo immer dies zweckmäßig ist, um die **Auftragsvergabe vorzubereiten** und die Wirtschaftsteilnehmer über ihre Auftragsvergabepläne zu **unterrichten**.“*

- M. E. ist die „proaktive“ Förderung bzw. Forderung von Markterkundungsmaßnahmen nicht unproblematisch → Vermeidung von Diskriminierung und Wettbewerbsverzerrung ist in der Praxis schwerer als auf dem Papier! Im Baubereich konkrete Gefahr der Vorgabe ganzer LVs gerade in technischen Gewerken!
- Die Durchführung von Vergabeverfahren zur Markterkundung bleibt unzulässig, § 2 EU Abs. 7 S. 2 (und § 2 Abs. 4 VOB/A, Abschnitt 1)

VI. Abschnitt 2 der VOB/A 2016

■ Wesentliche Merkmale im Detail

- **Gleichstellung offenes und nicht offenes** Verfahren, § 3a EU Abs. 1 S. 1
 - Ende des „deutschen Sonderwegs“; im Vorfeld des VergModG bis zuletzt heftig befehdet (vgl. etwa Leinemann bzw. Kriesemer auf dem 4. Kölner Vergabetag am 23.09.2015: *„Die Folge wird sein, dass sich ein Auftraggeber seine Haus- und Hoflieferanten schafft“*.)
 - nach aA eher Vergrößerung des Wettbewerbs → erhöhtes Bieterinteresse wegen verringertem Aufwand bei Erstellung Teilnahmeantrag ggü. Angebot (vgl. etwa OVG Rheinland-Pfalz, Urt. V. 25.09.2012, 6 A 10478/12; vgl. *Reuber*, VergabeR 2016, 339, 341)
 - Nach den bisherigen Erfahrungen des Referenten noch **Zurückhaltung** bei den öffentlichen Auftraggebern bzgl. der Durchführung nicht offener Verfahren (höherer Zeitaufwand wg. zweistufigem Verfahren; Probleme bei der Festlegung objektiver Kriterien zur Bewerberauswahl gerade im Baubereich)
 - Weiterer **Nachteil** des nicht offenen Verfahrens: **Sicherheitsleistungen** dürfen in der Regel **nicht verlangt** werden, § 9c EU Abs. 1 S. 3

VI. Abschnitt 2 der VOB/A 2016

■ Wesentliche Merkmale im Detail

- **Erleichterter Zugang zum Verhandlungsverfahren mit Teilnahmewettbewerb (und wettbew. Dialog), § 3a EU Abs. 2 (und 4)**
 - Zulässigkeit des Verhandlungsverfahrens mit Teilnahmewettbewerb gem. § 3a EU Abs. 2 Nr. 1 a) bis d) und 2 im Wesentlichen analog zu den übrigen Auftragsarten geregelt (vgl. § 14 Abs. 3 Nr. 1 bis 5 VgV)
 - Lediglich scheinbarer Unterschied zwischen § 14 Abs. 3 Nr. 5 VgV und § 3a EU Abs. 2 Nr. 2 (= Absehen vom Teilnahmewettbewerb in den Fällen, in denen ein Verhandlungsverfahren wegen nicht ordnungsgemäßer oder unannehmbarer Angebote aufgehoben wird, wenn alle geeigneten und nicht auszuschließenden Bieter einbezogen werden): Dieser Fall wird – systematisch korrekt, aber m. E. dennoch weniger übersichtlich – als Fall des Verhandlungsverfahrens **ohne Teilnahmewettbewerb** gem. § 3a EU **Abs. 3** Nr. 1 geregelt
 - Sowohl in der VgV als auch in der VOB/A ist in diesen Fällen das Verbot der **grundlegenden Änderung** der Vergabeunterlagen als Voraussetzung **entfallen** (vgl. § 3 EG Abs. 3 a) → Grenze nur noch Identität des Beschaffungsgegenstands?
 - Damit Abweichung zu VV ohne TWB nach aus anderen Gründen „gescheiterten“ Regelverfahren, § 3a Abs. 3 Nr. 2: nur **ohne** grundlegende Änderung der Unterlagen zul.

VI. Abschnitt 2 der VOB/A 2016

■ Wesentliche Merkmale im Detail

- **Detaillierte Vorgaben zur Durchführung des Verhandlungsverfahrens mit Teilnahmewettbewerb, § 3b EU Abs. 3 Nr. 1 bis 10**
 - Wiederum analoge Regelung zur VgV, dort § 17 Abs. 1, 4, § 51 Abs. 2, § 17 Abs. 5, 10-14
 - Nicht im Zusammenhang mit der Verfahrensdurchführung geregelt sind die Fristen (entsprechend dem abweichenden Aufbau der VOB/A) → gesondert in § 10c EU, hier allerdings weitgehend unter Verweis auf §§ 10 EU, 10b EU
 - Unzulässig sind Verhandlungen über Mindestanforderungen und Zuschlagskriterien, § 3b EU Abs. 3 Nr. 5
 - Zuschlagserteilung ohne Verhandlung ist bei entsprechendem Vorbehalt möglich; allerdings wird der Vorbehalt die Begründung für das VV häufig in Frage stellen.
 - Bedeutet die detaillierte Regelung bereits „*Das Aus für das (bisherige) Verhandlungsverfahren*“ bzw. die Schaffung einer neuen Verfahrensart (Ollmann, VergabeR 2016, 413, u. a. unter Verweis auf die geänderte Nomenklatur in der RL 2014/24/EU in Sprachen anderer Mitgliedsstaaten)?

VI. Abschnitt 2 der VOB/A 2016

■ Wesentliche Merkmale im Detail

▪ Losvergabe

- Ist § 5 EU eine „*leichte Tendenz zu erweiterter Zulässigkeit der Gesamtvergabe*“ (Reuber, VergabeR 2016, 339, 343) zu entnehmen?
- M. E. fraglich: Abs. 2 Nr. 1 gestattet (analog zu § 97 Abs. 4 S. 3 GWB und wie schon § 5 EG) die Gesamtvergabe nur dann, wenn wirtschaftliche oder technische Gründe dies **erfordern**.
- Die Forderung in Abs. 1, Bauaufträge so zu vergeben, dass eine einheitliche Ausführung und zweifelsfreie und umfassende Haftung für Mängelansprüche erreicht wird, kann die „Erforderlichkeit“ in diesem Sinne nicht begründen; sie ist primär auf den Hs. 2 bezogen (keine gesonderte Beschaffung der zugehörigen Lieferungen)

VI. Abschnitt 2 der VOB/A 2016

■ Wesentliche Merkmale im Detail

▪ Eignung

- **Eignungskriterien** und **Eignungsnachweise** werden strenger als nach der VOB/A 2009 voneinander unterschieden.
- Legaldefinition der **Eignungskriterien** in § 6 EU Abs. 2: Die vom AG im Einzelnen zur ordnungsgemäßen Ausführung des öffentlichen Auftrags festgelegten Kriterien.
Kriterienkanon: Die Eignungskriterien dürfen ausschließlich die Befähigung und Erlaubnis zur Berufsausübung (1.), die wirtschaftliche und finanzielle Leistungsfähigkeit (2.) und die technische und finanzielle Leistungsfähigkeit (3.) betreffen → entsprechend ist das Bekanntmachungsformular gestaltet. Nach wie vor gefordert: EK müssen mit Auftragsgegenstand in Verbindung und zu diesem im angemessenen Verhältnis stehen.
- Die zulässigen **Eignungsnachweise** sind **ebenfalls kanonisiert** in § 6a EU aufgeführt. Neu ggü. VOB/A 2009: Gleichzeitige Nennung und Begrenzung eines zulässigerweise geforderten **Mindestumsatzes** (das Doppelte des Auftragswerts, bezogen auf das jeweilige Los); Ausnahmen nur in „hinreichend“ begründeten Fällen

VI. Abschnitt 2 der VOB/A 2016

Einheitliche Europäische Eigenerklärung (EEE) - § 6b EU:

Der öffentliche Auftraggeber akzeptiert als vorläufigen Nachweis auch eine Einheitliche Europäische Eigenerklärung (EEE).

- Kern der Durchführungsverordnung ist das 13-seitige Standardformular für die EEE in Anhang 2. Dieses Formular ist wie folgt gegliedert:
 - Teil I: Angaben zum Vergabeverfahren und zum öffentlichen Auftraggeber
 - Teil II: Angaben zum Wirtschaftsteilnehmer
 - Teil III: Ausschlussgründe
 - Teil IV: Eignungskriterien
 - Teil V: Verringerung der Zahl geeigneter Bewerber
 - Teil VI: Abschlusserklärungen

VI. Abschnitt 2 der VOB/A 2016

Ziel:

- Strukturierung und Erleichterung der Eignungsprüfung durch eine einheitliche Eigenerklärung;
- alle Bieter sollen auf elektronische Weise selbst erklären können, dass sie die nötigen Eignungsanforderungen erfüllen;
- lediglich Bieter, die den Zuschlag erhalten sollen, **müssen** vor der Zuschlagserteilung die tatsächlichen Eignungsnachweise vorlegen. (I.Ü. kann AG auch bei anderen Bewerbern oder Bieterern die Unterlagen während des Verfahrens fordern, wenn dies zur angemessenen Durchführung des Verfahrens erforderlich ist.)
- zeitintensive Beschaffung von Eignungsnachweisen ist nicht für alle Bieter erforderlich

VI. Abschnitt 2 der VOB/A 2016

- Bieter/Bewerber müssen EEE nach der Richtlinie 2014/24/EU nicht zwingend verwenden



- Gemäß § 6b EU sind auch PQ und Einzelnachweise nach wie vor zulässig.
- Der öffentl. AG hat gleichwohl die Vorlage einer Einheitlichen Europäischen Eigenerklärung (EEE) akzeptieren. Diese ist m. E. in deutscher Sprache vorzulegen.

VI. Abschnitt 2 der VOB/A 2016

■ Wesentliche Merkmale im Detail

- **Eignung → Eignungsleihe**
 - Erstmalig detaillierte (und begrüßenswerte) Regelungen zur „**Eignungsleihe**“ (erfahrungsgemäß bereitet dieser Begriff vielen öff. AG Schwierigkeiten in der Abgrenzung zum NU-Einsatz), § 6d EU. Bei der Eignungsleihe erbringt ein „anderes Unternehmen“ nicht nur Teile der Leistung, sondern verhilft dem Bewerber/Bieter zum Nachweis der geforderten Eignung.
 - Daher ist, anders als beim „bloßen“ NU-Einsatz, die Vorlage einer Verpflichtungserklärung mit dem Angebot / dem Teilnahmeantrag erforderlich, § 6d EU Abs. 1 S. 2.
 - Wenn der Bieter das „andere Unternehmen“ in Bezug auf die wirtschaftliche und finanzielle Leistungsfähigkeit in Anspruch nimmt, kann AG **gemeinsame Haftung** verlangen.

VI. Abschnitt 2 der VOB/A 2016

■ Wesentliche Merkmale im Detail

- **Eignung → unternehmensbezogene Ausschlussgründe**
 - Auch die VOB/A folgt dem neuen Eignungskonzept → „Zuverlässigkeit“ und „Gesetzestreue“ sind keine eigenen Eignungskategorien mehr
 - Statt dessen Konzept der „unternehmensbezogenen Ausschlussgründe“, § 6e EU
 - **Zwingende** Ausschlussgründe, § 6e EU Abs. 1 und 4 (= § 123 GWB)
 - **Fakultative** Ausschlussgründe, § 6e EU Abs. 6 Nr. 1 bis 9 (= § 124 GWB)

VI. Abschnitt 2 der VOB/A 2016

■ Wesentliche Merkmale im Detail

▪ **Fakultative** Ausschlussgründe:

- Erfahrungsgemäß gerade im Baubereich interessant: § 6e EU Abs. 6 Nr. 7: mangelhafte Erfüllung eines früheren Auftrags
- Gem. Gesetzesbegründung und Wortlaut kann es sich sowohl um die Schlechterfüllung eines Vertrags mit der ausschreibenden Stelle als auch um öffentliche Aufträge eines anderen öffentlichen Auftraggebers handeln (nicht heranzuziehen: private Aufträge)
- Voraussetzung ist die „erhebliche oder fortdauernde mangelhafte Auftragserfüllung“ in Bezug auf eine wesentliche Anforderung; dieser Umstand muss zu einer vorzeitigen Beendigung, Schadenersatz oder einer vergleichbaren Rechtsfolge geführt haben
- Eine „vergleichbare Rechtsfolge“ setzt nach der Gesetzesbegründung keine vollständige Beendigung, aber einen „vergleichbaren Schweregrad“ voraus. Im Baubereich können das v. a. Ersatzvornahme oder das Verlangen nach umfangreichen Nachbesserungen sein.

VI. Abschnitt 2 der VOB/A 2016

■ Wesentliche Merkmale im Detail

- **Vorbefassung / Projektanten**
 - **Unvollständige** Regelung in § 6 EU Abs. 3 Nr. 4 trotz Erweiterung gegenüber der Vorgängerregelung in § 6 EG Abs. 7: Klarstellung, dass Ausschluss gem. § 6e EU Abs. 6 Nr. 6 *ultima ratio*; zudem ist dem Betroffenen der Nachweis zu gestatten, dass Vorbefassung den Wettbewerb nicht verzerrt
 - **Zusätzlich** ist jedoch (gem. § 2 S. 1 VgV) **§ 7 VgV** zu beachten, insbesondere die (in der VOB/A nicht genannten) Informationspflichten gem. § 7 Abs. 2 VgV sind im Zuge der ergreifenden „angemessenen Maßnahmen“ zu befolgen

VI. Abschnitt 2 der VOB/A 2016

■ Wesentliche Merkmale im Detail

- **Nebenangebote (§ 8 EU)**
 - Entgegen der früheren Rechtsprechung des BGH und des OLG Düsseldorf sind Nebenangebote grundsätzlich auch dann zulässig, wenn der **Preis das einzige Zuschlagskriterium** ist, § 8 EU Abs. 2 Nr. 3 (wie auch in Abschnitt 1) → für Bauvergaben besonders wichtige Klarstellung, da hier der Preis **regelmäßig** das einzige Zuschlagskriterium ist
 - Allerdings verlangt § 8 EU Abs. 2 Nr. 3 S. 4 VOB/A die Festlegung von **Zuschlagskriterien**, die sowohl auf Haupt- als auch auf Nebenangebote anwendbar sind.
 - AG wird daher begründen (und dies dokumentieren) müssen, warum im Einzelfall der Preis adäquat Haupt- und Nebenangebote werten kann (etwa wenn qualitative Unterschiede nicht ersichtlich sind: Halbfertigteile statt Ortbeton bei nicht sichtbaren Wänden)

VI. Abschnitt 2 der VOB/A 2016

- Verkürzung der Angebotsfristen (Achtung: „Mindest-“, nicht „Regelfristen“)

	VOB/A EU	VOB/A EU
Offenes Verfahren	<u>Angebotsfrist:</u> Mindestens 35 Tage (§ 10 a EU Abs. 1)	<u>Angebotsfrist:</u> Mindestens 52 Tage
Nicht offenes Verfahren, Verhandlungsverfahren, Wettbewerblicher Dialog, (Innovationspartnerschaft)	<u>Teilnahmefrist:</u> Mindestens 30 Tage (§ 10b Abs. 1 iVm § 10 c)	<u>Teilnahmefrist:</u> Mindestens 37 Tage
Nicht offenes Verfahren	<u>Angebotsfrist:</u> mindestens 30 Tage (§ 10b Abs. 2)	<u>Angebotsfrist:</u> mindestens 40 Tage
Verhandlungsverfahren	§§ 10 c, 10 b: mindestens 30 Tage	

VI. Abschnitt 2 der VOB/A 2016

- **Beachte:** Es handelt sich nach der sprachlichen Ausgestaltung um **Mindestfristen**, die die **Untergrenze** des Zeitraums darstellen, den der öffentliche AG vorgeben kann.



Darüber hinaus sind alle Fristenregelungen unter dem Vorbehalt zu sehen, dass die Festsetzung jeglicher Frist **angemessen** sein muss.



In diese Angemessenheitsprüfung ist insb. die **Komplexität der Leistung** und die **Zeit für die Ausarbeitung der Angebote** mit einzubeziehen.

VI. Abschnitt 2 der VOB/A 2016

Sonderfall E-Vergabe

- **Zwingende Einführung der E-Vergabe, dies allerdings in drei Stufen bis Herbst 2018, vgl. § 23 EU:**
Zentrale Beschaffungsstellen können bis zum 18. April 2017, andere öffentliche Auftraggeber bis zum 18. Oktober 2018, abweichend von § 11 EU Absatz 4 **die Übermittlung der Angebote, Teilnahmeanträge und Interessensbestätigungen** auch auf dem Postweg, anderem geeigneten Weg, Telefax oder durch die Kombination dieser Mittel verlangen. Dasselbe gilt für sonstige Kommunikation im Sinne von § 11 EU Absatz 1, **soweit sie nicht die Übermittlung von Bekanntmachungen und die Bereitstellung der Vergabeunterlagen** betrifft.
- **§ 11 EU Abs. 1 – Grundsätze der Kommunikation:**
 - (1) Für das Senden, Empfangen, Weiterleiten und Speichern von Daten in einem Vergabeverfahren verwenden der öffentliche Auftraggeber und die Unternehmen grundsätzlich Geräte und Programme für die elektronische Datenübermittlung (elektronische Mittel).
 - (4) Die Unternehmen übermitteln ihre Angebote, Teilnahmeanträge, Interessensbekundungen und Interessensbestätigungen in Textform mithilfe elektronischer Mittel.

VI. Abschnitt 2 der VOB/A 2016

- § 11 a EU Abs. 1 – Anforderungen an den Einsatz elektronischer Mittel:
 - „Elektronische Mittel und deren technische Merkmale müssen **allgemein verfügbar, nichtdiskriminierend und mit allgemein verbreiteten Geräten und Programmen der Informations- und Kommunikationstechnologie kompatibel** sein. Sie dürfen den Zugang von Unternehmen zum Vergabeverfahren nicht einschränken.“

- AG muss Unternehmen alle notwendigen Informationen über:
 - die in einem Vergabeverfahren verwendeten elektronischen Mittel,
 - die technischen Parameter zur Einreichung von Teilnahmeanträgen, Angeboten und Interessensbestätigungen mithilfe elektronischer Mittel
 - verwendete Verschlüsselungs- und Zeiterfassungsverfahren (§ 11 Abs. 3)

VI. Abschnitt 2 der VOB/A 2016

- seit 18. April **zwingend** zu beachten:

- Die Übermittlung von Bekanntmachungen und die Bereitstellung der Vergabeunterlagen muss ab April elektronisch und barrierefrei erfolgen:

*„Der öffentliche Auftraggeber gibt in der Auftragsbekanntmachung oder der Aufforderung zur Interessenbekundung eine elektronische Adresse an, unter der die Vergabeunterlagen **unentgeltlich, uneingeschränkt, vollständig und direkt** abgerufen werden können.“ (§ 11 EU Abs. 3)*

- Registrierung auf einer Plattform kann nicht verlangt werden
- neu: einheitliche elektronische Eigenerklärung

VI. Abschnitt 2 der VOB/A 2016

■ Wesentliche Merkmale im Detail

▪ Submission, § 14 EU

- Aus Sicht vieler Marktteilnehmer eine der augenfälligsten Änderungen: Gemäß § 14 EU entfällt der öffentliche Termin zur Angebotsöffnung.
- Viele Bieter zeigen wenig Verständnis aufgrund der bei nationalen Vergaben nach wie vor stattfindenden Submission unter Anwesenheit von Bietervertretern → öff. AG berichten von Bieter, die Zutritt auch bei EU-weiten Vergaben begehren.
- Nach wie vor Abweichung zur VgV: Nur gem. § 14 EU Abs. 6 hat der öff. AG den Bieter bei offenen und nicht offenen Verfahren die Informationen nach Abs. 3 Nr. 1 a bis d (Name und Anschrift der Bieter; Endbeträge der Angebote; Preisnachlässe etc.; Anzahl Nebenangebote) zur Verfügung zu stellen (vgl. demggü. § 55 Abs. 2 VgV)

VI. Abschnitt 2 der VOB/A 2016

Nachfordern von Unterlagen, § 16a EU:

- § 16a EU ist identisch zu § 16 EG Abs. 1 Nr. 3

Damit Abweichung von der § 56 VgV, wo zwischen **unternehmens-** und **leistungsbezogenen** Unterlagen unterschieden und in Bezug auf erstere auch die „Korrektur“ erlaubt wird.

Aktuell streitig (und wegen der EEE besonders relevant): Dürfen nur solche Erklärungen und Nachweise „nachverlangt“ werden, die der Bieter mit dem Angebot vorlegen musste (und daher keine solchen, die nur von den Bietern in der engeren Wahl nachträglich abgefordert werden)?

→ so das OLG Düsseldorf, Beschluss vom 17.02.2016 - Verg 37/14, entgegen OLG Celle, IBR 2012, 95.

VI. Abschnitt 2 der VOB/A 2016

Dokumentation

§ 20 EU VOB/A

Das Vergabeverfahren ist gem. § 8 VgV zu dokumentieren.

Warum gerade hier keine eigenständige Regelung?

VI. Abschnitt 2 der VOB/A 2016

Auftragsänderung während der Vertragslaufzeit – größter Bruch zwischen den Abschnitten 1 und 2?

§ 22 VOB/A

Vertragsänderungen nach den Bestimmungen der VOB/B erfordern kein neues Vergabeverfahren; ausgenommen davon sind Vertragsänderungen nach § 1 Abs. 4 Satz 2.

§ 22 EU VOB/A

(2) Unbeschadet des Absatzes 1 ist die Änderung eines öffentlichen Auftrags ohne Durchführung eines neuen Vergabeverfahrens **zulässig, wenn**

1. in den ursprünglichen Vergabeunterlagen **klare, genaue und eindeutig formulierte Überprüfungsklauseln** oder Optionen vorgesehen sind, die Angaben zu Art, Umfang und Voraussetzungen möglicher Auftragsänderungen enthalten, und sich aufgrund der Änderung der Gesamtcharakter des Auftrags nicht verändert, ...

→ vgl. zu § 1 Abs. 3, 4 S. 1 VOB/B als Basis ausschreibungsfreier Änderungen zur alten Rechtslage u. a. *Eschenbruch* in Kulartz/Kus/Portz, § 99 GWB, Rn. 104; *Kulartz/Duikers*, VergabeR 2008, 728, 735 ff.; *Schotten/Hüttinger*, in Dreher/Motzke, § 99 GWB, Rn. 39; aA *Krohn*, NZBau 2008, 619; *Reider*, MünchKomm EWR, § 99, Rn. 22.

VI. Abschnitt 2 der VOB/A 2016

Prüfschema § 22 EU VOB/A

1. Schritt: **Abs. 3**

- Wert der Änderung unterhalb des Schwellenwerts **und** unterhalb von 10 bzw. 15 Prozent des ursprünglichen Auftragswerts?
- Gesamtcharakter nicht verändert (noch im Wesentlichen gleicher Beschaffungsbedarf)?

2. Schritt (wenn Abs. 3 negativ endet): **Abs. 2**

- Nr. 1: gibt es eine „Überprüfungsklausel“ oder Option?
- Nr. 2: handelt es sich um zusätzliche, zunächst nicht vorgesehene Leistungen, wenn Wechsel des AN aus technischen/wirtschaftlichen Gründen nicht möglich ist **und** dies zu erheblichen Schwierigkeiten / beträchtlichen Zusatzkosten beim AG führen würde
- Nr. 3: War die Änderung (sofern Nr. 1 und 2 nicht einschlägig) nicht vorhersehbar?
- (Nr. 4 betrifft den Sonderfall einer Änderung in der Person des Auftragnehmers)

Abs. 1 bleibt dient nicht der Rechtfertigung von ohne Vergabeverfahren vergebenen Nachträgen, sondern dient als Auslegungs- und Abgrenzungshilfe.

VI. Abschnitt 2 der VOB/A 2016

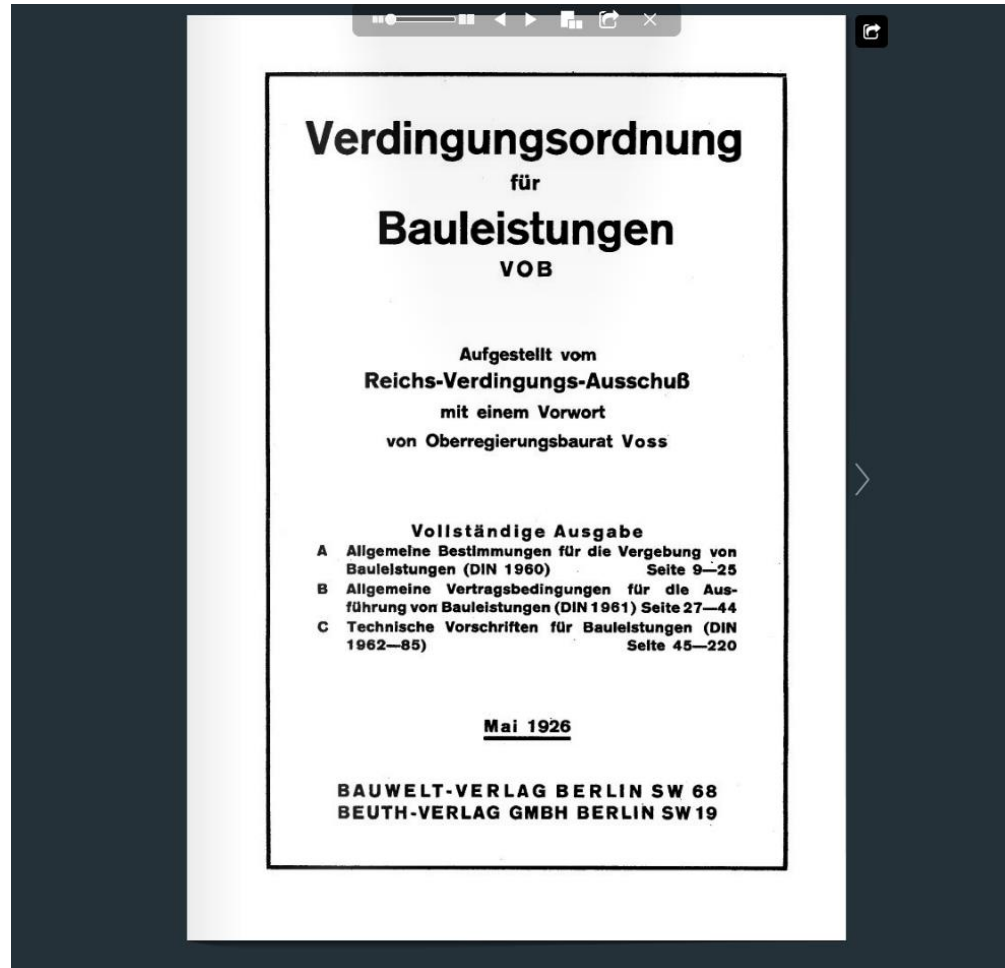
Pflicht zur Bekanntmachung gem. § 22 EU Abs. 5

Müssen damit wegen § 135 Abs. 2 GWB stets nach Bekanntmachung 30 Kalendertage abgewartet werden, bevor die Nachtragsarbeiten beginnen können? AN-Vertreter raten ihren Mandanten, die Ausführung solange zu verweigern!

→ Erhebliche Störungen im Bauablauf mit entsprechenden Nachtragsforderungen wären die Folge!

M. E. ungeklärt: Was ist, wenn (wie häufig) nach einer Anweisung des AG gem. § 1 Abs. 3 oder 4 S. 1 VOB/B zunächst keine Nachtragsvereinbarung zustande kommt, der AN aber (wozu er im Zweifel verpflichtet ist) weiterbaut?

VII. 90 Jahre VOB – Anlass zum Feiern ...



... oder Götterdämmerung ...

„Bildhaft ist daher wohl künftig mit Blick auf die Vergaberechtskaskade von einer künstlichen Ruine zu sprechen. Zwar hat auch eine solche ihren Reiz, jedoch lehrt die Baugeschichte, dass die Errichtung derartiger Bauwerke im Allgemeinen vorübergehenden Moden folgte.“

(Knauff, NZBau 2016, 195, 196)

... bzw. Anfang vom Ende?

Jedenfalls der Beck-Verlag scheint von der fortdauernden Bedeutung der VOB/A nicht voll überzeugt:

VIII. Quo vadis, VOB/A?

Beck-Texte „VgR“ im dtv, 16. und 18. Auflage

