

Neues Vergaberecht – Überblick über die Änderungen der VgV, VOB/A, VOL/A und VOF

Am 11. Juni 2010 ist die neue Vergabeverordnung (VgV) in Kraft getreten, die am 10. Juni 2010 im Bundesgesetzblatt Nr. 30, Seite 724, veröffentlicht wurde. Wichtigste Folge der Novellierung der VgV ist, dass durch sie nunmehr die zweiten Abschnitte der Teile A der Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen (VOB/A) und für Leistungen (VOL/A) sowie die Vergabeordnung für freiberufliche Dienstleistungen (VOF) in Kraft gesetzt wurden, die oberhalb der europarechtlichen Schwellenwerte in Vergabeverfahren zur Anwendung kommen. § 23 VgV bestimmt, dass Vergabeverfahren, die vor dem 11.06.2010 begonnen wurden, nach altem Recht zu beenden sind. Vergabeverfahren, bei denen eine elektronische Angebotsabgabe zugelassen ist, dürfen, wenn sie innerhalb von drei Monaten nach Inkrafttreten der VgV begonnen werden, ebenfalls nach altem Recht durchgeführt werden.

Für Vergaben unterhalb der europarechtlichen Schwellenwerte hängt die Anwendbarkeit der ersten Abschnitte der Teile A der neuen VOB/A und VOL/A von der Schaffung entsprechender Umsetzungserlasse der für die jeweiligen Auftraggeber maßgeblichen Landesregierungen, Dienststellen etc. ab, die bereits überwiegend verabschiedet wurden.

Die textlichen Änderungen, die die aktuelle Reform für die VOB/A, die VOL/A und die VOF mit sich bringt, waren spätestens seit Veröffentlichung der neuen Vergabeordnungen im Bundesanzeiger Ende letzten Jahres bekannt. Infolgedessen war die Diskussion um Schwerpunkte und Fallstricke zum Zeitpunkt des Inkrafttretens der neuen Vorschriften bereits in vollem Gang. Die Hauptanliegen der Reform bestanden darin, das Vergaberecht zu vereinfachen, es transparenter und mittelstandsfreundlicher zu gestalten. Ob dies tatsächlich gelungen ist, wird die Praxis zeigen.

Es folgt ein Überblick über die wichtigsten Änderungen der VgV, der zweiten Abschnitte der Teile A der VOB/A und der VOL/A sowie diejenigen der VOF.

Die Änderungen der VgV

Nachdem zahlreiche Regelungen, die sich vormalig in der VgV befanden, bereits im letzten Jahr in den vierten Teil des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) aufgenommen wurden, ist

der VgV hauptsächlich die Verweisfunktion auf die Vergabe- und Vertragsordnungen sowie auf die europarechtlichen Schwellenwerte geblieben. Letztere liegen für Liefer- und Dienstleistungsaufträge aktuell bei 193.000,- € und für Bauaufträge bei 4.845.000,- €.

Für Aufträge, die im Zusammenhang mit Sektortätigkeiten – also mit Tätigkeiten auf dem Gebiet der Trinkwasser- oder Energieversorgung beziehungsweise des Verkehrs – vergeben werden, gilt anstelle der VgV die Sektorenverordnung (SektVO) vom 23.09.2009. Dies ergibt sich aus § 1 Absatz 2 VgV. Aufgrund der Neuregelung in der SektVO sind die dritten und vierten Abschnitte der Teile A der VOL/A beziehungsweise der VOB/A entfallen. Ein großer Vorteil besteht für die Sektorenauftraggeber darin, dass sie gemäß § 6 Absatz 1 SektVO zwischen dem offenem Verfahren, dem nicht offenen Verfahren mit Bekanntmachung und dem Verhandlungsverfahren mit Bekanntmachung die Art der Vergabe frei wählen dürfen.

Eine der wenigen Neuregelungen ist in § 3 Absatz 4 VgV zu finden. Darin wird die Berechnungsgrundlage für die Schätzung der Auftragswerte von unbefristeten und befristeten Liefer- und Dienstleistungsaufträgen mit einer Laufzeit von über 48 Monaten einheitlich auf den 48-fachen Monatswert festgelegt und so die Regelungslücke für befristete Aufträge mit mehr als vierjähriger Laufzeit geschlossen.

Auch Umweltschutzaspekte finden in der novellierten VgV Beachtung. Die Regelungen in § 4 Absatz 6 VgV sowie in § 6 Absatz 2 VgV verfolgen das Ziel der vermehrten Berücksichtigung der Höhe des Energieverbrauchs technischer Geräte bei der Auftragsvergabe durch den Auftraggeber, indem sie diesen zur Abfrage von Angaben zum Energieverbrauch verpflichten und auf die Möglichkeit zur Berücksichtigung des Energieverbrauchs als Zuschlagskriterium explizit hinweisen.

Der neue § 17 VgV fasst schließlich die Melde- und Berichtspflichten über die Anzahl und den Wert der im Vorjahr vergebenen Aufträge, denen anhand von jährlichen statistischen Aufstellungen nachgekommen werden soll, zusammen.

Die neue VOB/A

In struktureller Hinsicht wurden sowohl die VOB/A

als auch die VOL/A und die VOF verschlankt. Die Paragraphen wurden systematisch zusammengefasst und chronologisch nach dem Ablauf des Vergabeverfahrens geordnet. Im zweiten Abschnitt des Teils A der VOB/A wurde im Gegensatz zu demjenigen der VOL/A die Unterteilung in Basis- und a-Paragraphen beibehalten.

Die Definition des Bauauftrages in § 1 a Absatz 1 Nr. 1 S. 3 VOB/A wurde sprachlich erweitert und an diejenige in § 99 Absatz 3 GWB angepasst. Danach sind im Falle der Erbringung von Bauleistungen durch Dritte Verträge über die Ausführung und Planung dieser Bauleistungen (nur dann) Bauaufträge im Sinne des Vergaberechts, wenn die Bauleistungen dem Auftraggeber unmittelbar wirtschaftlich zugute kommen und gemäß den vom Auftraggeber genannten Erfordernissen vorgenommen werden. Diese veränderte Definition des Bauauftrages ist auf die sogenannte „Ahlhorn-Entscheidung“ des OLG Düsseldorf vom 13.06.2007 (VII-Verg 2/07) zurückzuführen, in der für die Annahme eines Bauauftrages das Vorliegen eines unmittelbaren wirtschaftlichen Interesses gerade nicht als erforderlich erachtet wurde. Mit der neuen Regelung, die dem „Wildshausen-Urteil“ des EuGH (Urteil vom 25.03.2010, Rs. C-451/08) entspricht, wurden die Unsicherheiten, die nach der „Ahlhorn-Entscheidung“ entstanden, beseitigt. Nunmehr wurden erste Versuche zur Konkretisierung der Voraussetzungen unternommen, die erfüllt sein müssen, um ein unmittelbares wirtschaftliches Interesse des Auftraggebers an der Bauleistung zu bejahen (siehe Beschluss des OLG Düsseldorf vom 09.06.2010, VII-Verg 09/10).

Bauleistungen sind mittlerweile nicht mehr „möglichst“ oder „in der Regel“ nach Lösen zu vergeben. Vielmehr besteht inzwischen die Pflicht zur Vergabe von Leistungen in Teil- beziehungsweise Fachlosen. Dies ergibt sich für den Bereich oberhalb des EU-Schwellenwertes nicht aus der VOB/A (vergleiche § 5 a VOB/A), sondern aus § 97 Absatz 3 S. 2 GWB. Das Gebot der losweisen Vergabe kann nur dann überwunden werden, wenn wirtschaftliche oder technische Gründe eine Gesamtvergabe erfordern. Mithin sind die Anforderungen an die Dokumentation der Begründung des Abweichens von einer losweisen Vergabe merklich gestiegen. Die Pflicht zur Losaufteilung birgt die Gefahr, dass zukünftig Kleinstlose ausgeschlossen werden, die die Bieter aus Rentabilitätsgründen davon abschre-

cken, entsprechende Angebote abzugeben, obwohl die Regelung auf die Stärkung des Mittelstandes zielt. Nach § 97 Absatz 3 S. 4 GWB ist sie sogar auf Subunternehmen anzuwenden.

Mit dem neu gefassten § 6 VOB/A soll das Verfahren zur Erbringung von Eignungsnachweisen erleichtert werden. Das Präqualifikationsverfahren in § 6 Absatz 3 Nr. 2 VOB/A, nach dem der Eignungsnachweis ohne weiteres mit der Eintragung in das Präqualifikationsverzeichnis erfolgen kann, wird hervorgehoben. Daneben ist es gemäß § 6 Absatz 3 Nr. 2 S. 2, 3 VOB/A weiterhin möglich, den Eignungsnachweis durch Einzelnachweise zu erbringen – und zwar auch in der Form von Eigenklärungen, sofern dies von dem Auftraggeber zugelassen ist. Die Vorlage von Bescheinigungen der zuständigen Stellen ist nur dann nötig, wenn die Angebote der Bieter in die engere Wahl kommen. Nach § 6 a Absatz 7 Nr. 1 VOB/A ist darauf zu achten, dass der Umfang der geforderten Eignungsnachweise sowie die gegebenenfalls gestellten Mindestanforderungen an die Leistungsfähigkeit angemessen sind und mit dem Auftragsgegenstand zusammenhängen.

Die neue Regelung des § 6 a Absatz 10 S. 2 VOB/A stellt eine Erleichterung für Bieter dar, die sich bei der Erfüllung eines Auftrags der Fähigkeiten anderer Unternehmen bedienen. Sie gibt Rechtssicherheit dahingehend, dass Bieter Nachweise darüber, dass ihnen Nachunternehmen die für die Vertragserfüllung erforderlichen Mittel zur Verfügung stellen, nicht zum Zeitpunkt der Angebotsabgabe vorlegen müssen. Die Einreichung der Nachweise ist vielmehr erst dann erforderlich, wenn die Bieter in die engere Wahl kommen und der Auftraggeber die Nachweise fordert.

Für die Auftraggeber nachteilig, zur Sicherstellung eines unverfälschten Wettbewerbs und einer klaren Leistungsbeschreibung aber begrüßenswert, ist der in § 7 Absatz 1 Nr. 4 VOB/A aufgenommene, gegenüber der alten Fassung verschärfte Grundsatz, der besagt, dass Bedarfspositionen, also Positionen, bezüglich derer zum Zeitpunkt der Ausschreibung nicht feststeht, ob der Auftraggeber sie benötigt, nicht in die Leistungsbeschreibung aufzunehmen sind.

Wesentliche inhaltliche Änderungen sind schließlich in § 16 VOB/A enthalten, der die zentrale Norm

für die Prüfung und Wertung der Angebote darstellt. § 16 Absatz 1 Nr. 3 VOB/A beschreibt die Pflicht des Auftraggebers, fehlende, in der Bekanntmachung oder in den Vergabeunterlagen geforderte, Erklärungen und Nachweise nachzuverlangen. Diese Regelung wurde eingeführt, um die Anzahl von Angebotsausschlüssen in Vergabeverfahren aus formalen Gründen zu reduzieren. Erst nach Ablauf von sechs Kalendertagen nach Aufforderung durch den Auftraggeber zur Nachreichung der fehlenden Erklärungen oder Nachweise ist das Angebot vom weiteren Verfahren auszuschließen, wenn bis dahin die nachgeforderten Erklärungen und Nachweise nicht vorgelegt werden. Voraussetzung für die Nachforderung von Erklärungen und Nachweisen ist, dass nicht schon die Ausschlussgründe nach § 16 Absatz 1 Nr. 1 oder 2 VOB/A einschlägig sind, also beispielsweise im Angebot Preisangaben nach § 16 Absatz 1 Nr. 1 lit. c VOB/A in Verbindung mit § 13 Absatz 1 Nr. 3 VOB/A fehlen. Gemäß § 16 Absatz 1 Nr. 1 lit. c VOB/A stellt eine fehlende Preisangabe in einer einzelnen unwesentlichen Position allerdings keinen Ausschlussgrund mehr dar, wenn durch die Außerachtlassung dieser Position der Wettbewerb und die Wertungsreihenfolge nicht beeinträchtigt werden. Wann eine Position als unwesentlich erachtet wird, werden die Vergabekammern zu entscheiden haben.

Die neue VOL/A

Die Änderungen, die an der VOL/A vorgenommen wurden, haben teilweise zur Annäherung an die Bestimmungen der VOB/A geführt. Es existieren aber in einigen Bereichen noch gravierende Unterschiede zwischen den beiden Vergabe- und Vertragsordnungen.

In der novellierten VOL/A wurde die Unterteilung in Basis- und a-Paragrafen aufgegeben. Stattdessen wird nunmehr für die Paragrafen des zweiten Abschnitts des Teils A der VOL/A, der für Vergabeverfahren oberhalb des EU-Schwellenwertes gilt, der Zusatz „EG“ verwendet. Diese Neustrukturierung vereinfacht die Anwendung der Vorschriften.

Ersatzlos gestrichen wurden die §§ 4, 6, 10 und 29 der VOL/A. Aus den Streichungen darf allerdings nicht per se der Schluss gezogen werden, dass der Inhalt der gestrichenen Regelungen in der neuen VOL/A keine Berücksichtigung mehr findet. So ist beispielsweise die Mitwirkung von Sachverständ-

digen im Verfahren nach wie vor nach den Grundsätzen des alten § 6 VOL/A zulässig, auch wenn die explizite Bestimmung entfallen ist. Auch ist das Verbot in dem novellierten § 8 Nr. 1 Absatz 3 VOL/A, dem Auftragnehmer kein ungewöhnliches Wagnis aufzubürden, weggefallen, was insofern unbefriedigend ist, als entsprechender Bedarf zum Schutz der Bieter fortbesteht. Das Wagnisverbot wird dementsprechend wohl zukünftig aus allgemeinen Grundsätzen herzuleiten sein.

Entsprechend der Regelung in § 97 Absatz 3 S. 2 GWB, die im Rahmen der VOB/A auf Vergabeverfahren im Oberschwellenbereich Anwendung findet, ist in § 2 EG Absatz 2 S. 2 VOL/A das Gebot der losweisen Vergabe normiert, das ebenfalls nur aus wirtschaftlichen oder technischen Gründen Ausnahmen zulässt, die eine Gesamtvergabe erlauben.

Aus der VgV in die VOL/A überführt wurde zum einen die Vorschrift zum wettbewerblichen Dialog in § 3 EG Absatz 7 VOL/A, womit nunmehr alle Verfahrensarten in der VOL/A geregelt sind. Zum anderen wurde die Bestimmung zur Beteiligung sogenannter Projektanten in § 6 EG Absatz 7 VOL/A integriert. Danach hat der Auftraggeber sicherzustellen, dass der Wettbewerb durch die Teilnahme von Bieter, die den Auftraggeber vor Einleitung des Vergabeverfahrens beraten oder sonst unterstützt haben, nicht verfälscht wird. Eine identische Regelung existiert in § 6 a Absatz 9 VOB/A.

Der neue § 6 EG Absatz 3 VOL/A stellt klar, dass von Bewerbern und Bieter keine Entgelte für die Durchführung der Vergabeverfahren genommen werden dürfen. Hintergrund dieser Regelung ist das Bestreben, insbesondere bei eVergabe-Plattformen im Internet eine Kostenfreiheit für Bewerber und Bieter zu erreichen. Allerdings darf im offenen Verfahren nach § 9 EG Absatz 3 VOL/A für die Vervielfältigung der Vergabeunterlagen Kostenersatz gefordert werden.

Aus Gründen des angestrebten Bürokratieabbaus und zur Erleichterung von Vergabeverfahren wurde in § 7 EG Absatz 1 S. 2 VOL/A die grundsätzliche Pflicht zur Forderung von Eigenklärungen als Eignungsnachweise eingeführt. In der VOB/A wird die Möglichkeit des Nachweises der Eignung durch Vorlage von Eigenklärungen in das Ermessen des Auftraggebers gestellt. Die Forderung anderer

Nachweise als Eigenerklärungen muss gemäß § 7 EG Absatz 1 S. 3 VOL/A in der Vergabeakte begründet werden. Eine Ausnahme gilt nach dem Anhang IV zur VOL/A für Beschaffungen mit Sicherheits- oder Verteidigungsbezug. Die geforderten Nachweise sind nach der Neuregelung in § 7 EG Absatz 12 VOL/A vor Ablauf der Teilnahme-, Angebots- beziehungsweise Nachfrist einzureichen, wenn diese nicht auf elektronischem Weg verfügbar sind. Erklärungen werden vom Wortlaut des § 7 EG Absatz 12 VOL/A nicht erfasst. Daher ist fraglich, ob § 7 EG Absatz 12 VOL/A auch Verfügbarkeits-„nachweise“ im Sinne von § 7 EG Absatz 9 VOL/A betrifft. Eine eindeutige Regelung entsprechend derjenigen in § 6 a Absatz 10 S. 2 VOB/A existiert in der VOL/A nicht. In § 7 EG Absatz 4 VOL/A wird den Auftraggebern die Möglichkeit eingeräumt, Eignungsnachweise, die durch Präqualifikationsverfahren erworben werden, zuzulassen, was sich voraussichtlich kosten senkend auf die Vergabeverfahren auswirken wird. In der VOB/A ist die Nachweiserbringung im Rahmen von Präqualifikationsverfahren auch ohne Zulassung durch den Auftraggeber möglich und gewollt.

Die dem § 16 VOB/A entsprechende Norm für die Prüfung und Wertung der Angebote findet sich in der neuen VOL/A in § 19 EG. In § 19 EG Absatz 2 S. 1 VOL/A ist geregelt, dass geforderte, aber fehlende Erklärungen und Nachweise nachgefordert werden können. Im Unterschied zur VOB/A wird die Nachforderung also in das Ermessen des Auftraggebers gestellt, der darauf zu achten hat, sich gemäß des Gleichbehandlungsgrundsatzes allen Bietern gegenüber einheitlich zu verhalten. Für Preisangaben gilt die Nachforderungsmöglichkeit nicht, es sei denn, es handelt sich um eine unwesentliche Einzelposition, deren Einzelpreis den Gesamtpreis nicht verändert oder die Wertungsreihenfolge und den Wettbewerb nicht beeinträchtigt. Diese Bestimmung in § 19 EG Absatz 2 S. 2 VOL/A wirft, wie die entsprechende in § 16 Absatz 1 Nr. 1 lit. c VOB/A, in der Praxis zahlreiche Fragen auf. Zum Beispiel ist problematisch, welcher Preis für die unwesentliche Einzelposition verlangt werden darf, wenn der betreffende Bieter den Zuschlag erhält.

Die neue VOF

Die VOF hat von den drei Vertragsordnungen im Zuge der Vergaberechtsnovelle die vergleichsweise geringsten Änderungen erfahren. Insbesondere

bleibt es dabei, dass die VOF – anders als die beiden anderen Vertragsordnungen – ausschließlich Regelungen für Vergaben oberhalb des europarechtlichen Schwellenwertes trifft.

Neben einer Reduzierung der Paragraphenanzahl ist eine Neustrukturierung der VOF in der Form vorgenommen worden, dass es nunmehr zwischen einem Kapitel 1 mit allgemeinen Vorschriften und einem Kapitel 3 mit besonderen Vorschriften zu Architekten- und Ingenieurleistungen ein gesondertes Kapitel 2 zu Wettbewerben gibt. Die Differenzierung zwischen Planungswettbewerben für Architekten und Ingenieuren einerseits und Wettbewerben im Allgemeinen andererseits wurde aufgegeben.

Die in der VOF relevante Vergabeart ist das Verhandlungsverfahren, das nach der Reform gemäß § 3 VOF mit oder ohne vorheriger öffentlicher Aufforderung zur Teilnahme (Teilnahmewettbewerb) durchgeführt werden kann. Diese Bezeichnung ersetzt die bisherige Formulierung des Verhandlungsverfahrens „mit oder ohne vorheriger Vergabebekanntmachung“. Zur transparenteren Gestaltung des Vergabeverfahrens legt die Neuregelung in § 3 Absatz 3 VOF dem Auftraggeber die Pflicht auf, den ausgewählten Bewerbern den vorgesehenen weiteren Verfahrensablauf bei deren Aufforderung zur Verhandlung mitzuteilen.

Aufgegeben wurde die Pflicht der Bieter, Auskünfte darüber zu geben, ob und auf welche Art sie wirtschaftlich mit Unternehmen verknüpft sind oder ob und auf welche Art sie auf den Auftrag bezogen in relevanter Weise mit Anderen zusammenarbeiten. Nach § 4 Absatz 2 VOF steht es nun im Ermessen des Auftraggebers, entsprechende Auskünfte zu verlangen.

Der neu formulierte § 5 VOF, der die Erbringung von Eignungsnachweisen zum Inhalt hat, dient in erster Linie dem Schutz der Bieter. Bedeutsam ist § 5 Absatz 2 VOF, der § 7 EG Absatz 1 S. 2, 3 VOL/A entspricht und besagt, dass in den dort normierten Fällen grundsätzlich Eigenerklärungen als Nachweise zu verlangen sind und darüber hinausgehende Forderungen des Auftraggebers begründungsbedürftig sind. Es steht nach § 5 Absatz 3 VOF – entsprechend § 19 EG Absatz 2 S. 1 VOL/A – nun im Ermessen des Auftraggebers, ob fehlende Erklärungen und Nachweise nachgereicht werden können.

Die Auswahl der Bewerber für das Verhandlungsverfahren ist in § 10 VOF neu geregelt worden. Insbesondere muss der Auftraggeber den nicht berücksichtigten Bewerbern innerhalb von 15 Tagen nach Abschluss des Teilnahmewettbewerbs mitteilen, warum sie als Teilnehmer am Verhandlungsverfahren abgelehnt wurden. Eine solche Mitteilung erspart in Bezug auf diese Bewerber die Vorabinformation nach § 101a Absatz 1 S. 2 GWB.

Auch in Vergabeverfahren nach der VOF dürfen gemäß § 13 Absatz 1 VOF Entgelte für die Durchführung der Vergabeverfahren nicht erhoben werden. Dies gilt nicht für Kopierkosten bei Wettbewerben nach Kapitel 2 der VOF.

Ausblick

Nach der Reform ist vor der Reform – und das ist gut so. Die dargestellten Neuerungen sind zwar mehrheitlich zu begrüßen, es besteht aber in einigen Bereichen noch Klärungs- und Verbesserungsbedarf. Gelegenheit dazu bietet die im Koalitionsvertrag der Bundesregierung avisierte nochmalige Reform des Vergaberechts, welche sich auf die Agenda geschrieben hat, gegebenenfalls entsprechend den Erfahrungen aus dem Konjunkturpaket II eine Anhebung der Schwellenwerte für Beschränkte Ausschreibungen und Freihändige Vergaben einzuführen, die Evaluation der Einführung vergabefremder Aspekte zu berücksichtigen und auch im Unterschwellenbereich Rechtsschutzmöglichkeiten zuzulassen. Darüber hinaus evaluiert die Europäische Kommission aktuell die EU-Vergaberechtsrichtlinien, so dass auch von Seiten der Europäischen Kommission langfristig mit weiteren Neuerungen gerechnet werden muss. Wir dürfen daher gespannt in die vergaberechtliche Zukunft blicken.



Dr. Daniela Hattenhauer,
Rechtsanwältin und Partnerin,
Heuking Kühn Lüer Wojtek,
Düsseldorf/Frankfurt am Main



Ute Wiltheiß LL.M.,
Rechtsanwältin,
Heuking Kühn Lüer Wojtek,
Frankfurt am Main