



Die neue VOB/A

**Veranstaltung des forum vergabe e.V.
in Kooperation mit der Hochschule Osnabrück
am 24. Oktober 2019 in Göttingen**

Thesen

erstellt und verantwortet vom forum vergabe e.V.

1. VOB/A 2019

Reinhard Janssen, Bundesministerium des Innern, für Bau und Heimat, Berlin

- Der Schwerpunkt der Überarbeitung der VOB/A lag beim ersten Abschnitt.
- Die Gleichstellung von öffentlicher Ausschreibung und beschränkter Ausschreibung mit Teilnahmewettbewerb machte es erforderlich, die Unterscheidung von beschränkten Ausschreibungen mit und ohne Teilnahmewettbewerb klarzustellen und das Verfahren mit Teilnahmewettbewerb ausführlicher zu regeln.
- Die eher konservativen Wertgrenzen der VOB/A wurden auf dem Wohngipfel für Vergaben für Wohnzwecke befristet angehoben. Dabei ist der Begriff der Wohnzwecke weit zu verstehen.
- Der neu eingeführte Direktauftrag ist eine Beauftragung ohne Vergabeverfahren, die freihändige Vergaben hingegen wird nunmehr als ein vereinfachtes Verfahren beschrieben.
- Der Auftragswert für die Anwendung der Direktvergabe wurde auf der Grundlage von Gutachten zur Wirtschaftlichkeit von Vergabeverfahren gewählt.
- Bei der Eignung wurde die bisherige Systematik beibehalten. Der Begriff der Zuverlässigkeit ist flexibler als der im Oberschwellenbereich geltende Katalog von Ausschlussgründen.
- Der Verzicht auf bestimmte Nachweise nach § 6a Abs. 5 VOB/A betrifft nicht solche, bei denen es um die Zuverlässigkeit des Unternehmens geht.
- Der Verzicht auf bereits vorliegende Nachweise nach § 6b Abs. 3 VOB/A betrifft die jeweils konkrete Vergabestelle.
- Mehrere Hauptangebote sind grundsätzlich zugelassen, jedes Hauptangebot muss aus sich heraus zuschlagsfähig sein.

- Die Neuregelung zur Nachforderung von Unterlagen und Preisen ist sicherlich die am meisten diskutierte Neuregelung.
- Bei der Weiterentwicklung der Struktur des Vergaberechts läuft es wohl darauf hinaus, dass jedenfalls in dieser Legislaturperiode keine grundlegenden Eingriffe erfolgen.

2. Mehr als nur ein Angebot

Rechtsanwalt Malte Müller-Wrede, Müller-Wrede & Partner Rechtsanwälte, Berlin

- In Hinblick auf die derzeitige Marktsituation und die strengen Anforderungen, die an Nebenangebote gestellt werden, war es eine Reaktion vor allem der Bieterseite, Wettbewerbschancen durch die Einreichung mehrerer Hauptangebote zu steigern.
- Die Nichtzulassung mehrerer Hauptangebote muss ausdrücklich erfolgen.
- Es spricht einiges dafür, dass der Auftraggeber die Anzahl von Hauptangeboten beschränken darf.
- Es ist wohl ausreichend, dass sich die Hauptangebote in preislicher Hinsicht unterscheiden.
- Die Bieter sind nachweispflichtig für die Gleichwertigkeit der angebotenen Leistungen.
- Bei der elektronischen Einreichung von Angeboten empfiehlt es sich stets, dass der Bieter erläutert, ob er ein bereits eingereichtes Hauptangebot ersetzen will oder ob er mehrere Hauptangebote einreichen will.
- Wegen der zunehmenden Bedeutung strategischer und ökologischer Faktoren fragen Auftraggeber vermehrt Nebenangebote mit technischen Innovationen nach.
- Formal ist bei Nebenangeboten vor allem auf die eindeutige Kennzeichnung zu achten.
- Bei Bedarfs-, Wahl- und Alternativpositionen bestehen erhebliche Kalkulationsspielräume der Bieter. Solche Positionen lassen oft den Schluss zu, dass der Auftraggeber nicht genau weiß, welche Leistung er beschaffen will.
- Rahmenverträge haben den Vorteil einer erheblichen Flexibilität.
- Die durch Rahmenverträge ermöglichte Bündelung kann, von der Rechtsprechung bisher unbeanstandet, im Ergebnis zur Umgehung des Gebotes der Losvergabe führen. Vergebene Rahmenverträge haben teils erhebliche Volumina.

- In der derzeitigen Rechtsprechung wird uneinheitlich entschieden, ob die Rechtsprechung des EuGH zur Verbindlichkeit von Höchstmengen auf die aktuelle Rechtslage anzuwenden ist und ob daher Schätz- oder Höchstmengen vom Auftraggeber verbindlich zu beachten sind sowie ob eine Überschreitung lediglich im Rahmen des § 132 GWB möglich ist.
- Soweit im Rahmen von Mehr-Partner-Modellen sogenannte Miniwettbewerbe durchgeführt werden, ist jeweils eine Bieterinformation erforderlich.

3. Anforderungen an die Eignungsprüfung

Bernd Düsterdiek, Deutscher Städte- und Gemeindebund, Bonn

- Bei der Eignungsprüfung hält die VOB/A an dem Kriterium der Zuverlässigkeit fest. Neu ist die Möglichkeit, Selbstreinigungsmaßnahmen zu berücksichtigen.
- Im Oberschwellenbereich greift die VOB/A die Ausschlusskriterien des GWB auf.
- Die in § 31 Abs. 2 UVgO vorgesehene Klarstellung, dass im Unterschwellenbereich erleichterte Anforderungen an den Ausschluss wegen Schlechterfüllung gestellt werden, könnte auch für die VOB/A empfehlenswert sein.
- Auftraggeber müssen die Sachverhalte, die aus ihrer Sicht Zweifel an der Eignung des Bieters wecken, umfassend ermitteln und dabei auch den Einwänden des Bieters nachgehen.
- Der Auftraggeber darf dabei sowohl fremde als auch eigene Verträge und Erfahrungen berücksichtigen.
- Eine besondere Herausforderung bei der Prüfung einer Selbstreinigung ist die Durchführung personeller Maßnahmen, bei denen beispielsweise der Nachweis aus datenschutzrechtlichen Gründen problematisch sein kann.
- Die Einführung des Wettbewerbsregisters und die Möglichkeit, zentral Selbstreinigungsmaßnahmen zu prüfen, wird die Auftraggeber wahrscheinlich von dieser anspruchsvollen Aufgabe entlasten.
- Nicht jede Beauftragung von Nachunternehmern muss mitgeteilt werden. Eignungsleihe zeichnet sich dadurch aus, dass es um die Erfüllung der vom Auftraggeber vorgegebenen Eignungskriterien geht.
- Eignungskriterien müssen auch in einem angemessenen Verhältnis zum Auftragsgegenstand stehen.
- Durch Referenzen ist regelmäßig nicht eine identische Leistung nachzuweisen, sondern ausreichend ist die Möglichkeit eines Rückschlusses auf die Erfahrungen und Fähigkeiten des Bieters.

4. Informationen für die Bieter

Rechtsanwalt Prof. Dr. Günther Schalk, TOPJUS Rechtsanwälte, Schrobenhäuser (gehalten durch Prof. Dr. Mark von Wietersheim, forum vergabe e.V.)

- Die abschließende Zusammenstellung der vom Auftraggeber verlangten Nachweise muss an zentraler Stelle in den Vergabeunterlagen zu finden sein.
- Der Begriff der Unterlagen ist in § 16a Abs. 1 VOB/A legaldefiniert. Der Begriff ist umfassend angelegt.
- Die geforderte zentrale Stelle ist vor allem so zu verstehen, dass es um einen hervorgehobenen und leicht aufzufinden Teil der Vergabeunterlagen geht. Nicht notwendig, aber wohl oft sinnvoll, ist eine separate Unterlage.
- Weil der Auftraggeber sowieso eine Prüfliste für die Vollständigkeitsprüfung erstellen muss, bedeutet diese Zusammenstellung letztlich keinen zusätzlichen Aufwand. Sie erhöht aber die Anwenderfreundlichkeit der Vergabeunterlagen erheblich.
- Enthalten die Vergabeunterlagen an anderer Stelle in dieser abschließend Zusammenstellung nicht genannte Forderungen des Auftraggebers, so ist wohl nach der älteren Rechtsprechung des OLG Düsseldorf zur VOL/A davon auszugehen, dass diese wirksam gefordert sind. Der Auftraggeber hat die Wahl, diese nachzufordern oder hierauf zu verzichten.
- Das VHB Bund enthält für diese Zusammenstellung ein neues Formblatt 216.
- Die vollständige und direkte Abrufbarkeit von Vergabeunterlagen ist nicht gegeben, wenn Unterlagen erst durch weiteres Suchen ermittelt werden können.
- Die Bekanntmachung von Eignungskriterien und Eignungsnachweisen muss direkt in der Bekanntmachung erfolgen, ein Link ist nicht ausreichend.
- In Verfahren mit Teilnahmewettbewerb muss der Auftraggeber nicht alle Vergabeunterlagen zwingend von vornherein zur Verfügung stellen. Entscheidend ist, was für die Bewerber in dieser Verfahrensstufe erforderlich ist, um über die Teilnahme zu entscheiden. Es empfiehlt sich allerdings regelmäßig, möglichst vollständige Unterlagen zur Verfügung zu stellen.
- Die Änderung von Zuschlagskriterien ist nur in sehr engen Grenzen notwendig. Regelmäßig kann dies nur auf Grundlage einer neuen Bekanntmachung erfolgen.
- Dies betrifft auch die Einführung neuer Unterkriterien und die Änderung der Gewichtung.

5. Nachforderung von Unterlagen

Martin Freitag, Hauptverband der Deutschen Bauindustrie, Berlin

- Der Auftraggeber muss seine Forderungen an die Bieter eindeutig formulieren.
- Die Ziele der Neufassung der VOB/A waren neben der Sicherung von mehr Wettbewerb und Rechtssicherheit für die Beteiligten auch die Angleichung an die Bestimmungen für die Vergabe von Liefer- und Leistungsaufträgen sowie an die neuen europäischen Richtlinien.
- Bei der Frage, welche Handlungsmöglichkeiten Bieter und Auftraggeber haben, ist zwischen unternehmensbezogenen und leistungsbezogenen Unterlagen zu unterscheiden.
- Fehlende Preisangaben dürfen nur nachgefordert werden, wenn sich im Fall ihrer Ergänzung die Reihenfolge der Angebote nicht verändert.
- Die Beschränkung auf ein Nachreichen unwesentlicher Preisposition ist wohl nicht mehr erforderlich.
- Die Forderung nach einer angemessenen Frist für das Nachreichen von Unterlagen berücksichtigt, dass die frühere starre Frist etwa bei Feiertagen zu erheblichen faktischen Verkürzungen führte.
- Bei der Frage, welche Unterlagen der Auftraggeber bereits mit dem Teilnahmeantrag bzw. mit dem Angebot verlangt und bei welchen er sich ein Nachreichen vorbehält, ist auch nach dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu entscheiden.
- Will der Auftraggeber auf das Nachfordern von Unterlagen verzichten, ist die Entscheidung mit den Gründen hierfür zu dokumentieren.
- Die Nachforderungsmöglichkeiten wurden erheblich erweitert. Nachzufordern sind insbesondere fehlende Produktangaben, unvollständige Produktangaben, fehlende und unvollständige unwesentliche Preisangaben.
- Auch eine fehlende Nachunternehmererklärung kann nachgefordert werden. Eine Nachforderung soll nur dann nicht zulässig sein, wenn es faktisch zu einer inhaltlichen Änderung des Angebotes kommen würde.
- Unklare oder widersprüchliche Vorgaben in den Vergabeunterlagen haben zur Folge, dass die Bieter nur die eindeutig geforderten Unterlagen vorliegen müssen.
- Ein inhaltliches Nachbessern von einmal vorgelegten formal einwandfreien Unterlagen ist weiterhin nicht möglich. So kann beispielsweise der Nachweis einer zu geringeren Versicherung nicht durch den Nachweis einer ordnungsgemäßen Versicherung ersetzt werden.

- Nach neuester Rechtsprechung des BGH führt nicht jedes Hinzufügen von eigenen Vertragsbedingungen zum Ausschluss. Führt eine Streichung dieser beigefügten Bedingungen dazu, dass ein den Vorgaben des Auftraggebers entsprechendes Angebot vorliegt, ist dies regelmäßig vorzunehmen.