

WMRC Newsletter

Sonderausgabe Juni 2009

Liebe Mandantschaft,
sehr geehrte Damen und Herren,

am 18.05.2009 erteilte der Vorstand des Deutschen Vergabe- und Vertragsausschusses für Bauleistungen (DVA) seine Zustimmung zur Neufassung der VOB/A. Aus diesem Anlass übersenden wir Ihnen die vorliegende Sonderausgabe des WMRC Newsletters, die Ihnen einen Überblick über die geplanten Neuregelungen sowie die offenen Fragen gibt.

Auf Grundlage der Neufassung können öffentliche Auftraggeber bereits mit der Prüfung und ggf. Überarbeitung ihrer internen Dienstanweisungen zur Vergabe beginnen. Diese müssten in letzter Zeit bereits angepasst worden sein, um die erhöhten Wertgrenzen des Konjunkturpakets für beschränkte Ausschreibungen und freihändige Vergaben zu integrieren.

Ihre WMRC Rechtsanwälte

Dr. Natalie Michels, Dr. Stefan Rude, Dr. Friedrich Wichert

Vergaberecht

Die neue VOB/A

Im Wesentlichen steht der Entwurf für die neue VOB/A inzwischen fest (vgl. den Artikel „Stand der Vergabereform“ im Juli-Newsletter). Daher nachfolgend ein Überblick über die Neuerungen:

Straffung, Vereinfachung, Vereinheitlichung

Ziel der Überarbeitung der VOB/A war u. a. eine Straffung, Vereinfachung und die Vereinheitlichung mit der VOL/A. Beim Umgang mit der Neufassung ist zu berücksichtigen, dass im Zuge der Straffung einiges an Regelungen entfallen ist, ohne dass sich hierdurch die Rechtslage geändert

hat. So bedeutet z. B. der Wegfall der Regelung zu Sachverständigen (§ 7, § 23 VOB/A a. F.) nicht etwa, dass diese nicht mehr in Vergabeverfahren einbezogen werden dürften. Nur hielt man eine Regelung eigens hierfür für überflüssig. Auf die Wiederholung der in § 2 VOB/A zusammengefassten Vergabegrundsätze an Einzelstellen wird in der Neufassung weitgehend verzichtet. So ist die Erwähnung des Gleichbehandlungsgrundsatzes in den Regelungen zu den Teilnehmern am Wettbewerb entfallen, ohne dass hierdurch der in § 2 VOB/A erwähnte Gleichbehandlungsgrundsatz aufgehoben würde. Die Regelung in § 9 VOB/A a. F., dass technische Anforderungen den Wettbewerb nicht behindern dürfen, ist ebenfalls weggefallen, ohne dass dies zu einer materiellen Änderung führen würde. Der Wettbewerbsgrundsatz ist in § 2 VOB/A geregelt und gilt generell, also auch für die Formulierung technischer Anforderungen.

Umgekehrt sind teilweise trotz des Ziels der Entschlackung der VOB/A an Einzelstellen Klarstellungen eingefügt worden, die bereits aus den Vergabegrundsätzen gefolgert werden können oder sich aus der Rechtsprechung ergeben. So sind gem. § 12 Abs. 7 n. F. Auskünfte an alle Bewerber in gleicher Weise zu erteilen und gem. § 12 Abs. 4 Nr. 2 VOB/A n. F. die Vergabeunterlagen auch bei freihändiger Vergabe gleichzeitig an alle zu versenden. Beides ist schon nach der derzeitigen Fassung der VOB/A aus dem Gleichbehandlungsgrundsatz herzuleiten.

Einige Regelungen sind zum Zwecke eines systematischeren Aufbaus der VOB/A lediglich verschoben worden, so z. B. die Grundsätze der Ausschreibung aus § 16 a. F., die sich nunmehr in § 2, 11 VOB/A n. F. wieder finden.

Textform statt Schriftform

Verschiedentlich sind formelle Vereinfachungen eingeführt worden. Häufig reicht nunmehr die Textform statt der Schriftform, was in der Praxis bedeutet, dass auch die Medien Fax und E-Mail genutzt werden können.

Eigene VOB-Wertgrenzen

Eine wesentliche Änderung liegt in der Einführung neuer, einheitlicher Wertgrenzen der VOB/A für die beschränkte Ausschreibung und die freihändige Vergabe. Eine freihändige Vergabe ist nach der Neuregelung grundsätzlich bis zu

WMRC Praxishinweis:

Die Wertgrenzenregelung wird bis Ende 2010 voraussichtlich kaum praktische Bedeutung erlangen, weil in nahezu allen Bundesländern höhere Wertgrenzen

einem Netto-Wert von 10.000,00 € möglich. Die beschränkte Ausschreibung ist bei den Ausbaugewerken (ohne Energie- und Gebäudetechnik), dem Landschaftsbau und der Straßenausstattung bis 50.000,00 € zugelassen, im Tief-, Verkehrswege- und Ingenieurbau bis 150.000,00 € und bei allen übrigen Gewerken bis 100.000,00 €. Neu ist die Informationspflicht des Auftraggebers über beabsichtigte Vergaben nach den Wertgrenzenregelungen auf Internetportalen oder in Beschafferprofilen. Die Regelung ist etwas versteckt in § 19 Abs. 5 VOB/A („nicht berücksichtigte Bewerbungen und Angebote“) zu finden. Über beabsichtigte beschränkte Ausschreibungen ist ab 25.000,00 € netto zu informieren, über beabsichtigte freihändige Vergaben nach dem derzeitigen Entwurf ab 10.000,00 € netto, wobei aber die freihändige Vergabe nur bis zu diesem Betrag überhaupt zulässig ist. Es ist davon auszugehen, dass dieser redaktionelle Fehler noch beseitigt wird. Die Information des Auftraggebers über die beabsichtigte Vergabe muss Angaben zum Auftraggeber, zur Verfahrensart, zum Auftragsgegenstand, zu Ausführungsort und -zeit sowie zu Art und voraussichtlichem Umfang der Leistung enthalten.

nach dem Konjunkturpaket II befristet bis zum 31.12.2010 eingeführt worden sind. Für die Vergaben nach diesen erhöhten Wertgrenzen gilt die Informationspflicht nach § 19 Abs. 5 VOB/A n. F. nicht. Jedoch enthalten die Neuregelungen bzw. Erlasse zu den erhöhten Wertengrenzen nach dem Konjunkturpaket häufig eigenständige Veröffentlichungspflichten, oft jedoch nur für den Zeitpunkt nach der Vergabe („Ex-post-Transparenz“).

Bietergemeinschaften

Zu Bietergemeinschaften ist eine generelle Regelung eingeführt worden, wonach diese Einzelbieter gleichzusetzen sind, allerdings nur, wenn sie Arbeiten im eigenen Betrieb oder in Betrieben der Mitglieder ausführen. Dies ist bei Bietergemeinschaften aus Bauunternehmern, Facility-Management-Unternehmen sowie Banken, die sich häufig auf ÖPP-Ausschreibungen bewerben, zumeist nicht der Fall. Eine Gleichbehandlung mit Einzelbieter ist auch bei diesen Bietergemeinschaften jedenfalls nicht verboten, wenn die Bildung der Bietergemeinschaft wettbewerbsrechtlich zulässig ist.

Gemeinnützige Unternehmen

Die Entwurfsregelung, wonach gemeinnützige Unternehmen und Einrichtungen künftig generell vom Wettbewerb mit gewerblichen Unternehmen ausgeschlossen sein sollten, wird entfallen. Das ist vor dem Hintergrund des § 97 Abs. 4 GWB, der die Berücksichtigung sozialer Kriterien erlaubt und des § 141 SGB IX, wonach die öffentliche Hand verpflichtet ist, öffentliche Aufträge bevorzugt anerkannten Werkstätten für Behinderte anzubieten, zu begrüßen.

Erleichterungen beim Eignungsnachweis

Eine der wesentlichen inhaltlichen Änderungen der neuen VOB/A betrifft den Eignungsnachweis. Die Bestimmungen zur Eignung wurden umfassend überarbeitet, u. a. mit dem Ziel einer Vereinfachung und einer Vermeidung von Angebotsausschlüssen. Als Regelfall ist nunmehr der Nachweis der Eignung über die Eintragung in das Präqualifikationsverzeichnis vorgesehen. In der Regelung sind nicht mehr die vom Auftraggeber forderbaren Eignungsnachweise im Einzelnen aufgeführt, sondern nur eine Liste mit den vom Präqualifikationsverzeichnis geprüften Eignungsnachweisen. Hierdurch ist es zu einigen Änderungen in der Liste der Eignungsnachweise gekommen. So ist z. B. die technische Ausrüstung entfallen, weil diese wegen des konkreten Auftragsbezugs nicht Gegenstand der Prüfung des Präqualifikationsverzeichnisses ist. Es können jedoch weiterhin andere als die in der Liste genannten, auf den konkreten Auftrag bezogene zusätzliche Angaben verlangt werden. Oberhalb der Schwellenwerte ist allerdings zu beachten, dass der Katalog der Nachweise zur Fachkunde in der Vergabekoordinierungsrichtlinie abschließend ist, so dass mehr als das dort genannte ohne Verstoß gegen das europäische Vergaberecht nicht verlangt werden kann. Statt der Eintragung im Präqualifikationsverzeichnis können weiterhin Einzelnachweise vorgelegt werden.

Hierbei führt die Neuregelung, die eigentlich zur Reduzierung des Papierkriegs vorgesehen war, künftig ggf. zu Mehraufwand. Nunmehr ist dem Auftraggeber nämlich zwar ausdrücklich erlaubt, vorzusehen, dass für einzelne Angaben Eigenerklärungen ausreichend sind. Hiermit einher geht aber eine Pflicht, diese von den Bietern, deren Angebote in die engere Wahl kommen, durch entsprechende Bescheinigungen der zuständigen Stellen bestätigen zu lassen. Dies bedeutet, dass der Auftraggeber, anders als bisher, sich künftig nicht mehr mit der Forderung von Eigenerklärungen begnügen darf, sondern sich mindestens vom wirtschaftlichsten Bieter auch Bestätigungen zu den Eigenerklärungen vorlegen lassen muss.

Angebotsaufforderung: Entschlackung

Zur Angebotsaufforderung sieht die neue VOB/A ebenfalls Erleichterungen vor. Diese wird künftig erheblich entschlackt werden können, weil hier alles schon in der Bekanntmachung Erwähnte entfallen kann. Bislang kam es

insoweit häufig zur Notwendigkeit von Doppelungen, was dann zwangsläufig Streitfragen wegen widersprüchlicher Regelungen in Bekanntmachung einerseits und Aufforderung andererseits mit sich brachte.

Leistungsbeschreibung: Verbot für Bedarfspositionen

Die Regelungen zur Leistungsbeschreibung sind nicht wesentlich geändert worden, sondern im Wesentlichen nur redaktionell überarbeitet und teilweise gestrafft worden. Eine wichtige Änderung ist aber erfolgt. Nach § 7 Abs. 1 Nr. 4 VOB/A n. F. sind nämlich Bedarfspositionen grundsätzlich nicht in die Leistungsbeschreibung aufzunehmen. Dies ist wohl als strikteres Verbot als die bisherige Regelung zu verstehen, wonach Bedarfspositionen nur ausnahmsweise in die Leistungsbeschreibung aufgenommen werden dürfen.

Einschränkungen bei der Sicherheitsleistung

Sehr umstritten war auch eine Neuregelung zur Sicherheitsleistung, die aber im Ergebnis in die VOB/A aufgenommen worden ist. Generell soll der Auftraggeber nunmehr bei Auftragssummen unter 250.000,00 € auf eine Vertragserfüllungssicherheit verzichten. Hinsichtlich der Sicherheit für Mängelansprüche gilt dies nur „in der Regel“. Der in der alten VOB-Fassung noch geregelte Verzicht auf Sicherheitsleistung wegen hinreichend bekanntem Auftragnehmer und Gewähr für die vertragsgemäße Leistung ist hingegen entfallen.

Neue zwingende Ausschlussgründe

Zur Wertung haben sich ebenfalls einige relevante Änderungen ergeben. Zunächst ist es künftig ein zwingender Ausschlussgrund (nicht mehr wie früher nur ein fakultativer), wenn Nebenangebote nicht besondere Anlage gemacht oder nicht als solche gekennzeichnet sind. Ebenfalls ein zwingender statt wie bisher ein fakultativer Ausschlussgrund ist nun die Abgabe vorsätzlich unzutreffender Erklärungen in Bezug auf die Fachkunde, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit im Vergabeverfahren.

Lockerung bei fehlender Preisangabe

Eine Lockerung gilt hingegen künftig im Falle fehlender ge-

forderter Preise. 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, kann das Angebot in der Wertung verbleiben. Die Regelung greift nur, wenn lediglich in einer einzelnen Position die Preisangabe fehlt. Über die Frage, wann diese unwesentlich ist, dürfte Streit vorprogrammiert sein. Auch wird sich die Frage stellen, zu welchem Preis der Bieter nach Bezuschlagung hinsichtlich dieser Position wird leisten müssen.

Nachforderung fehlender Erklärungen

Eine weitere wesentliche Neureglung zur Vermeidung von Angebotsausschlüssen ist § 16 Nr. 3 VOB/A. Fehlen in einem Angebot geforderte Erklärungen oder Nachweise und wird dieses Angebot nicht ohnehin auf Grund anderer Ausschlussgründe ausgeschlossen, hat der Auftraggeber die fehlenden Erklärungen oder Nachweise zwingend nachzufordern. Das Angebot muss und darf also nicht sofort wegen fehlender Nachweise ausgeschlossen werden. Die Nachreichung muss spätestens innerhalb von sechs Kalendertagen nach Aufforderung durch den Auftraggeber erfolgen. Unterbleibt sie, ist das Angebot zwingend auszuschließen.

Angebotsprüfung sonst im Wesentlichen unverändert

Hinsichtlich der Prüfung der Eignung der rechnerischen, technischen und wirtschaftlichen Prüfung des Angebots, der Prüfung der Angemessenheit der Preise und der Auswahl des wirtschaftlichsten Angebots ergeben sich keine wesentlichen Änderungen.

Ex-Post-Transparenz

Neu ist eine generelle Informationspflicht des Auftraggebers im Internet über die Zuschlagserteilung in beschränkten Ausschreibungen ohne Teilnahmewettbewerb ab 25.000,00 € sowie bei freihändigen Vergaben ab 15.000,00 € (§ 20 Abs. 3 VOB/A n. F.). Sie betrifft sämtliche freihändigen Vergaben und beschränkten Ausschreibungen, also nicht nur diejenigen aufgrund der Wertgrenzenregelung, sondern auch diejenigen auf Grundlage ande-

rer Ausnahmegründe wie z. B. Dringlichkeit. Die Information ist über sechs Monate vorzuhalten und muss den Auftraggeber, die Verfahrensart, den Auftragsgegenstand, die Ausführungsart sowie den Namen des Auftragnehmers beinhalten (Ex-post-Transparenz).

Fazit

Insgesamt sind die Vereinfachungen sowie die Neuregelungen zur Vermeidung von Angebotsausschlüssen zu begrüßen. Auch die Einführung der Ex-post-Transparenz bei beschränkten Ausschreibungen und freihändigen Vergaben ist sinnvoll. Allerdings sind gerade für die öffentlichen Auftraggeber auch einige unerfreuliche Neuregelungen getroffen worden, so insb. der riskante Verzicht auf eine Vertragserfüllungssicherheit bei Aufträgen bis 250.000,00 € und das strikere Verbot der Aufnahme von Bedarfpositionen in die Leistungsbeschreibung.

WMRC Praxishinweis:

Neben der Überarbeitung interner Dienstweisungen müssen die öffentlichen Auftraggeber beginnen, Vorkehrungen für die vorherige und nachträgliche Veröffentlichung von Aufträgen im Internet zu treffen.

WMRC Rechtsanwälte

Dr. Natalie Michels
Dr. Stefan Rude
Dr. Friedrich Wichert

Chausseestraße 5
10115 Berlin
Tel.: 030 28 88 48 3 0
Fax: 030 28 88 48 310

www.wmrc.de
info@wmrc.de