

Vergaberecht 2010 - Reform und Änderungen

*RA Reiner Brumme, Chemnitz
Fachanwalt Bau- und Architektenrecht
Schlichter + Schiedsrichter SOBau*

Sprung zu: www.ra-brumme.de

Stand: 12.11.2010

Übersicht

1. GWB 2009
2. Vergabeverordnung 2010 (VgV)
3. Sektorenverordnung 2010 (SektVO)
4. VOB/A 2009
5. VOL/A 2009
6. VOF 2009
7. VHB Mai 2010
8. Sonstiges

1. GWB 2009 - Änderungen

Ziel ist die Vereinfachung des Vergaberechts oberhalb der EU-Schwellenwerte.

Der Anwendungsbereich des Vergaberechts überhaupt wird in § 100 Abs. 2 GWB definiert.

Ausschreibungspflicht besteht nicht bei In-House-Vergaben, bei denen an der beauftragten Unternehmung kein privatrechtliches Kapital beteiligt ist, der oder die Anteilseigner die Einrichtung beherrschen wie eine eigene Dienststelle und die Einrichtung im Wesentlichen für den oder die öffentlichen Anteilseigner tätig wird.

EuGH Urteil 09.06.2009 Rs. C-480/06: Interkommunale Kooperationen dann nicht ausschreibungspflichtig, wenn sie ausschließlich dazu dienen, im kooperativen Zusammenwirken eine öffentliche Aufgabe zu erfüllen und ausschließlich öffentliche Stellen an der Kooperation beteiligt sind.

EuGH Urteil 06.05.2010 Rs. C-145/08 und Rs. C-148/08: Verkauf von Geschäftsanteilen, der mit Vergabe von Dienstleistungen und/oder Bauleistungen verbunden ist, unterfällt nicht Vergaberecht, wenn es sich um untergeordnete Vertragsbestandteile handelt.

Achtung: Wenn Kapitalübertragung Deckmantel für Übertragung öffentlicher Aufträge an Private ist, besteht Ausschreibungspflicht.

Kommunale Immobiliengeschäfte sind grundsätzlich nicht ausschreibungspflichtig (EuGH 25.03.2010, Rs. C-451/08).

Damit in weiten Teilen Verwerfung der Ahlhorn-Rechtsprechung OLG Düsseldorf und Bestätigung Neufassung § 99 GWB.

Ein Grundstücksverkauf, bei dem der Erwerber nur eine öffentliche Zwecksetzung wie Sozialer Wohnungsbau, Alteneinrichtung vorgegeben bekommt, wird allein deshalb nicht ausschreibungspflichtig, da kein unmittelbares wirtschaftliches Interesse des öffentlichen Auftraggebers gegeben ist.

Grundstückskaufverträge unterliegen nicht Vergaberecht, wenn die Realisierung von Bauleistungen nur Vertragsgrundlage ist, an deren Nichterfüllung nur ein Rücktritt, ein Wiederkaufrecht oder Vertragsstrafen geknüpft sind, ohne dass der Erwerber zur Bauleistung verpflichtet ist.

Baurechtliche Vorgaben und Prüfungen sowie Baugenehmigungen sind nicht für Ausschreibungspflicht ausreichend.

Es bleibt dabei, dass ausschließlich der Auftraggeber den Beschaffungsgegenstand bestimmt - die Bestimmung der zu beschaffenden Leistung ist dem Beginn des Vergabeverfahrens sachlich und zeitlich vorgelagert.

Bieter steht nicht an, eine andere denkbare Bauart mit genauso guter oder besserer Erfüllung anzubieten.

OLG Düsseldorf, Beschluss 15.06.2010, Verg 10/10; IBR 2010, 582.

Das vorherige Soll der mittelstandsgerechten Fach- und Teilloos-Vergabe wird nun in § 97 Abs. 3 GWB zur Pflicht.

Die Gesetzestreue wird nun in § 97 Abs. 4 GWB Eignungskriterium.

Durch die Gesetzesbegründung wird dieses Kriterium ausgefüllt mit z. B. allgemeinverbindlichen Tarifverträgen, Entgeltgleichheit, Kernarbeitsnormen der Internationalen Arbeitsorganisation (ILO).

Zusätzlich über Gesetzesbegründung auch erneuerbare Energien, angemessene Bezahlung Wachpersonal.

Kritisch: Vergabestelle kann bevorzugten Bieter durch Kombination mehrerer vergabefremder Aspekte auswählen, wobei diese aufgrund ihrer Unschärfe besonders anfällig für fehlerhafte Angebotswertungen und Inanspruchnahme von Rechtsmitteln sind.

Gesetzliche Einführung von Präqualifikationssystemen zum Nachweis der Eignung von Unternehmen in § 97 Abs. 4a GWB

(Achtung: Ist Möglichkeit, keine Pflicht - nach wie vor ist Einzelnachweis der Eignung zulässig).

AG müssen Eintrag in das PQ-Verzeichnis als Eignungsnachweis verbindlich anerkennen - kein Wahlrecht des AG, stattdessen Einzeleignungsnachweise zu verlangen (VK Sachsen, Beschluss 11.05.2010 - 1/SVK/011-10; IBR 2010, 470).

Regelung der Wartefristen von 15 bzw. 10 Tagen in § 101a GWB.

Zuschlag vor Ablauf der Wartefrist führt zur Unwirksamkeit des Vertrages von Anfang an (hier: Zuschlag bereits am 10. Tag nach Fax-Absendung der Information erteilt, § 101b GWB - OLG München, Beschluss 09.09.2010 - Verg 10/10; IBR 2010, 642).

Die Nichtigkeit von faktischen Vergaben wird in § 101b GWB mit Geltendmachung 30 Tage ab Kenntnis durch Konkurrenten, 30 Tage nach Auftragsbekanntmachung im EU-Amtsblatt durch Vergabestelle, maximal 6 Monate nach Vertragsschluss geregelt (bisher zeitlich unbegrenzt und keine gesetzliche Regelung).

Die Nichtigkeit bei Auftragserteilung ohne Vergabeverfahren und bei Verstoß gegen Informations- und Wartepflicht ist nun geregelt.

Achtung: Rüge ist unverzüglich zu erheben - 1 bis 3 Tage sind normale Zeit, nur für komplizierte Sachverhalte 1 Woche.

§ 107 GWB ist auch auf nunmehr erfolgte gesetzliche Regelung zur de-facto-Vergabe (GWB § 101b) anwendbar - OLG Brandenburg, Beschluss 14.09.2010 - Verg W 8/10; IBR 2010, 650.

Unbestimmtheit der Rügefrist „unverzüglich“ ist nach EuGH, Urteil 28.01.2010 - Rs. C-406/08 nicht mit EU-Recht vereinbar.

Empfehlung: Setzung einer Rügefrist von mindestens einer Woche bereits in der Bekanntmachung - nicht unter „Sonstiges“ verstecken.

In den Bekanntmachungen erkennbare Verstöße sind bis zur Bewerbungsfrist, in den Verdingungsunterlagen erkennbare Verstöße sind bis zur Angebotsfrist zu rügen.

Bei Rügeablehnung ist innerhalb der Ausschlussfrist von 15 Tagen Antrag Nachprüfung gem. § 107 Abs. 3 GWB zu stellen.

Eine aus Bietersicht unzureichende Frist für Vorlage von Unterlagen oder Unsinnigkeit zur Vorlage solcher Unterlagen ist spätestens mit Angebotsabgabe zu rügen - VK Baden-Württemberg, Beschluss 05.07.2010 - 1 VK 29/10; IBR 2010, 592.

Die Wahl eines falschen Vergabeverfahrens (hier: Verhandlungsverfahren statt Offenes Verfahren nach VOL/A) kann Antragsbefugnis begründen - BGH, Beschluss 10.11.2009 - X ZB 8/09; IBR 2010, 54.

Die Prüfungen der Rechtmäßigkeit durch die Vergabekammer erfolgen nach § 110 GWB möglicher Weise nicht mehr umfassend im Rahmen der Amtsermittlung, sondern mit Beschränkung auf den Vortrag der Beteiligten und mit Kenntnis eventueller Schutzschriften potentieller Antragsgegner.

Bei Vergabeverstoß ist kein Verschulden der Vergabestelle für einen Schadenersatzanspruch des Bieters notwendig - EuGH, Urteil 30.09.2010 - Rs. C-314/09; IBR 2010, 641.

Vorzeitige Gestattung des Zuschlags im Verfahren vor der Vergabekammer gem. § 115 Abs. 2 S. 1 GWB nur in Ausnahmefällen, mangelnde Erfolgsaussicht des Nachprüfungsantrages reicht nicht;

Zeitverlust durch das Nachprüfungsverfahren fällt in Risikobereich des AG - OLG München, Beschluss 09.09.2010 - Verg 16/10; IBR 2010, 651.

§ 115 Abs. 4 S. 1 GWB hinsichtlich Entfalls des Zuschlagverbots evtl. europarechtswidrig, da Gebot wirksamen Rechtsschutzes missachtet wird - OLG Koblenz, Beschluss 15.09.2010 - 1 Verg 7/10; ibr-online 22.10.2010.

Verhandlungsverfahren sind nach OLG Karlsruhe, Beschluss 21.07.2010 - 15 Verg 6/10; IBR 2010, 581 faktisch nahezu unzulässig und führen zur Nichtigkeit des Vertrages gem. § 101b Abs. 1 Nr. 2 GWB (hier für § 3a Nr. 2c VOL/A 2006 mit Verpflichtung der Vergabestelle zur Feststellung und Dokumentation, ob andere Hersteller die Fähigkeit erwerben können, die zu beschaffende Leistung künftig zu erbringen).

Als neue Verfahrensart werden die Elektronische Auktion als Abwärtsversteigerung und das Dynamische elektronische Verfahren für Standardleistungen über § 101 Abs. 6 GWB eingeführt.

Bei Antragsrücknahme Kostentragung gem. § 128 Abs. 2, 4 GWB.

Bei Erreichen des jeweils maßgeblichen Schwellenwertes gilt der im GWB normierte Rechtsschutz und Rechtsweg.

Praktisch 1. Instanz sind die Vergabekammern bei den Verwaltungen = Behörden.

In 2. Instanz entscheidet der Vergabesenat des zuständigen Oberlandesgerichtes.

Unterhalb der Schwellenwerte grundsätzlich nur Schadenersatzansprüche aufgrund verletzten Vertrauens.

Unterhalb der Schwellenwerte nur Anspruch auf Gleichbehandlung - dieser wird erst bei willkürlichen Entscheidungen verletzt (BVerfG 13.06.2006, 1 BvR 1160/03, BVerfG 27.03.2008, 1 BvR 437/08). Dann Unterlassungsanspruch gegen beabsichtigte Zuschlagsentscheidung vor Zuschlagerteilung.

OLG Düsseldorf Urteil 13.01.2010, I-27 U 1/09: Bieter hat im Fall einer Verletzung jeder Vergabevorschrift der Vergabeverordnungen auch Primärrechtsschutz.

Gegenstandswert für anwaltliche Vergütung in Nachprüfungsverfahren sind 5 % des Brutto-Auftragswertes.

Die Vergabekammer setzt nach § 128 Abs. 4 Satz 3 GWB nur noch die eigenen Kosten (Gebühren und Auslagen) fest - nicht mehr die Kosten der Parteien (OLG Celle, Beschluss 08.12.2009 - 13 Verg 11/09; IBR 2010, 112).

Erstattungsberechtigter muss seine Kosten vor dem Zivilgericht einklagen - da § 34 ZPO nicht einschlägig ist, muss am allgemeinen Gerichtsstand des Schuldners geklagt werden.

2. Vergabeverordnung (VgV)

Regeln zum vergaberechtlichen Rechtsschutz sind im GWB konzentriert.

Für Sektorenauftraggeber mit der Vergabe öffentlicher Aufträge in den Bereichen Trinkwasser, Energieversorgung und Verkehr gilt nur noch die Sektorenverordnung (SektVO) - § 1 Abs. 2 VgV.

Die 3. und 4. Abschnitte von VOB/A und VOL/A entfallen damit.

Neuregelung der EU-Schwellenwerte in § 2 VgV:

- Bauaufträge 4,845 Mio. €,
- Dienstleistungs- und Lieferaufträge 193.000,- €,
- Dienstleistungs- und Lieferaufträge im Sektorenbereich 387.000,- €,
- Liefer- und Dienstleistungen der Obersten und Oberen Bundesbehörden sowie vergleichbare Bundeseinrichtungen 125.000,- €.

Schätzung des Auftragswertes ist in § 3 VgV redaktionell neu gefasst worden.

Aufträge mit unbestimmter Laufzeit nach § 4 Nr. 2 VgV sind auch unbefristete Verträge.

Erstmalig eine Berücksichtigung des Energieverbrauchs im Rahmen der Leistungsbeschreibung und als Zuschlagskriterium - vgl. § 4 Abs. 6 und § 6 Abs. 2 VgV.

Liefer- und Dienstleistungsaufträge müssen nach § 4 in Anwendung der VOL/A, Bauleistungen müssen nach § 6 in Anwendung der VOB/A, freiberufliche Dienstleistungen müssen nach § 5 VgV in Anwendung der VOF 2009 vergeben werden - ist keine interne Verwaltungsregelung.

Baufträge und Baukonzessionen sind nunmehr nach § 6 Abs. 1 VgV unter Anwendung der VOB/A 2009 zu vergeben.

Die Einschränkung für Baukonzessionäre an dieser Stelle ist entfallen, da dies auch in § 22a VOB/A geregelt wird.

Der bisherige Abs. 2 Nr. 1 findet sich in § 6a Abs. 8 VOB/A, die Regelung der bisherigen Nr. 2 findet sich in § 6a Abs. 10 VOB/A und die Regelung der bisherigen Nr. 3 findet sich in § 4 Abs. 8 Nr. 2 VOB/B.

§ 6 Abs. 2 setzt parallel zu § 4 Abs. 6 VgV vergaberechtlich die Energieeffizienzrichtlinie in deutsches Recht um und macht den Auftraggebern Vorgaben für die Berücksichtigung des Energieverbrauchs.

Regelung über den Wettbewerblichen Dialog ist entfallen - jetzt in § 3a Abs. 4 VOB/A.

Bisherige Vorab-Informationspflicht der Auftraggeber gegenüber den nicht berücksichtigten Bietern wurde aus bisherigen §§ 7 - 13 VgV a.F. gestrichen, nun in §§ 101a, 101b GWB bzw. neue SektVO geregelt.

Melde- und Berichtspflichten aus § 30a VOL/A und § 19 VOF nun im neuen § 17 VgV zusammengefasst.

Der komplette bisherige zweite Abschnitt der VgV §§ 6a - 13 a. F. mit den Nachprüfungsverfahren wurde gestrichen und in §§ 102 ff. GWB bzw. § 3a VOB/A und § 3 VOL/A - EG geregelt.

Hinsichtlich Bekanntmachungen nach § 14 VgV ist zu beachten, dass gesonderte Veröffentlichung des CPV-Codes im Bundesanzeiger nunmehr entfällt - bei Neuregelungen durch die EU-Kommission erfolgt nun Hinweis im Bundesanzeiger gem. § 14 Abs. 3 VgV.

Die Regelung hinsichtlich ausgeschlossener Personen ist in § 16 VgV unverändert geblieben.

Melde- und Berichtspflichten sind nunmehr im neuen § 17 VgV als Zusammenfassung der bisherigen § 30a VOL/A und § 19 VOF geregelt.

Wegen der Regelung der Nachprüfungsbestimmungen nunmehr im GWB sind die Regelungen des früheren Abschnittes 2 „Nachprüfungsbestimmungen“ der VgV entfallen.

3. Sektorenverordnung 2010 (SektVO)

Erfasst werden alle Sektorenauftraggeber gem. § 98 Nr. 1 - 4 GWB, also auch private Sektorenauftraggeber.

Verfahrensart ist gem. § 101 Abs. 7 S. 2 GWB, § 6 Abs. 1 SektVO frei wählbar.

Der wettbewerbliche Dialog wie in VOL/A und VOB/A steht dem Sektorenauftraggeber nicht offen - diese können aber das Verhandlungsverfahren ähnlich ausgestalten.

Rahmenvereinbarungen sind in § 9 SektVO näher definiert.

Empfehlung: In Rahmenverträgen ausdrücklich regeln, dass diese keinen Anspruch zum Abruf von Einzelaufträgen oder bestimmten Umfängen/Mengen beinhalten.

Sektorenauftraggeber dürfen mehrere Rahmenverträge abschließen.

Sektorenauftraggeber sollten in der Bekanntmachung angeben, ob sie Nebenangebote zulassen oder nicht. Die SektVO regelt hierzu im Unterschied zur VOB/A nichts. Dabei sind die Mindestbedingungen festzulegen und den Bietern mitzuteilen - § 8 Abs. 1 S. 2 SektVO.

Eignungs- und Auswahlkriterien müssen sachbezogen und diskriminierungsfrei sein - § 20 Abs. 1 SektVO, § 97 GWB.

Fehlende Erklärung und Nachweise können gem. § 19 Abs. 3 SektVO bis zum Ablauf einer Nachfrist nachgefordert werden.

Der AG muss die Zuschlagskriterien nach § 29 Abs. 4 SektVO bekanntmachen und ist an diese trotz eigentlicher Nichtregelung in der SektVO auch gebunden.

Feste Vorgaben für Fristen zur Nachforderung von Erklärungen und Nachweisen enthält die SektVO nicht. Dadurch kann der AG selbst entscheiden, welche Frist er den Unternehmen für die Nachforderung von Erklärungen und Nachweisen setzt - es müssen aber alle Bieter gleich behandelt werden.

Bei fehlenden Preisen enthält die SektVO keine Regelungen, wie und wann ggf. ein Bieter Nachreichungen vornehmen darf.

Nach allgemeinen Grundsätzen des Vergaberechtes muss ein Angebot vollständig sein, um am Verfahren teilnehmen zu dürfen - BGH, Beschluss 18.02.2003 - X ZB 43/02 und Beschluss 18.05.2004 - X ZB 7/04.

Ein Nachreichen von Preisen ist daher unzulässig sowohl hinsichtlich der Zulassung der Nachreichung von Preisen als auch der Aufforderung zur Nachreichung von Preisen.

Bei Vorliegen sachlicher Gründe können Vergabeverfahren aufgehoben oder Verhandlungsverfahren eingestellt werden - § 30 SektVO.

Sogenannte wichtige Gründe wie in der VOB/A sind in der SektVO nicht enthalten.

Zeitnahe Dokumentationspflicht und vierjährige Aufbewahrungspflicht ab Auftragsvergabe nach § 32 SektVO beachten.

4. VOB/A 2009

Trotz Reduzierung der Paragraphen von 32 auf 22 nicht kürzer geworden. Vielfach sprachliche Neufassung wie „Vergabeunterlagen“ statt „Verdingungsunterlagen“ oder „Unternehmen“ statt „Unternehmer“.

Neu sind

- Wertgrenzen für Vergabeverfahren (§ 3 Abs. 2 + 5),
- kein automatischer Ausschluss bei fehlenden Nachweisen/Erklärungen (§ 16 Abs. 1 Nr. 3),
- Eignungsprüfung und behördliche Genehmigung (§ 16 Abs. 2),
- keine Sicherheitsleistung bei Auftragswert unter 250.000,- € netto (§ 9 Abs. 7).

AG dürfen Verfahrensart nicht frei wählen.

Justizvollzugsanstalten, Einrichtungen der Jugendhilfe ... ähnliche Einrichtungen sowie Betriebe der öffentlichen Hand sind zum Wettbewerb mit gewerblichen Unternehmen nun nicht mehr zugelassen - § 6 Abs. 1 Nr. 3.

Die Hierarchie der Verfahrensarten mit grundsätzlicher Auftragsvergabe im Offenen Verfahren (Öffentliche Ausschreibung) und Nutzung des Nichtoffenen Verfahrens (Beschränkter Ausschreibung) nur wegen Eigenart der Leistung oder besonderen Umständen ist zu beachten.

Neue einheitliche Wertgrenzen für Beschränkte Ausschreibungen in § 3 Abs. 3 Nr. 1 sind zu beachten.

Betoninstandsetzungsarbeiten können gem. § 3 Abs. 3 über Beschränkte Ausschreibung ohne vorausgegangenen Teilnehmerwettbewerb vergeben werden, wenn Auftragswert im Bereich Tief...bau 150.000,- € und im Hochbau 100.000,- € nicht übersteigt - ansonsten nach § 3 Abs. 4 bei Maßnahme der Betonreparatur bzw. -instandsetzung Beschränkte Ausschreibung nach öffentlichem Teilnahmewettbewerb zulässig - Motzke in IBR-Werkstattbeitrag 25.10.2010, www.ibr-online.de .

Selbstkostenerstattungsvertrag nach § 5 Nr. 2 Abs. 1 a.F. ist gestrichen.

Bei beschränkter Ausschreibung nunmehr mindestens drei Bieter § 6 Abs. 2 Nr. 2.

Nachweis der Eignung durch Fachkunde, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit nunmehr direkt in § 6 Abs. 3 Nr. 1.

Abruf aus Präqualifikationsverzeichnis oder Einzelnachweis mit Möglichkeit der Abgabe von Eigenerklärungen der Bieter für einzelne Angaben - § 6 Abs. 3 Nr. 2.

Bieter, deren Angebote in die engere Wahl kommen, müssen gem. § 6 Abs. 3 Nr. 2 S. 4 die Eigenerklärungen durch Bescheinigungen der zuständigen Stelle bestätigen lassen.

Bedarfspositionen grundsätzlich nicht in Leistungsbeschreibung aufnehmen (§ 7 Abs. 1 Nr. 1 „eindeutig und erschöpfend beschreiben“ i.V. Nr. 4.).

Unklarheit der Leistungsbeschreibung geht zu Lasten des AG, nicht des Bieters - OLG Schleswig, Urteil 25.09.2009 - 1 U 42/08; IBR 2010, 607.

Annahme der Unzuverlässigkeit des AN, wenn AG und AN über abgeschlossenen Vertrag derartige Meinungsverschiedenheiten haben, dass Vertragsausführung noch nicht begonnen wurde und die Rechtsposition des AG vertretbar ist - OLG Brandenburg, Beschluss 14.09.2010 - Verg W 8/10; IBR 2010, 644.

AG hat anzugeben, wenn er Nebenangebote nicht zulässt - § 8 Abs. 2 Nr. 3 lit. a).

Ausländische Referenzen sind gem. § 8a Nr. 7 gleichwertig, ausdrückliche oder faktische Beschränkung auf deutsche Referenzobjekte verstößt gegen Gleichbehandlungsgebot - OLG München, Beschluss 08.06.2010 - Verg 8/10; IBR 2010, 467.

Neuer § 9 Abs. 7 schränkt bei Ausschreibungen mit geschätzter Auftragssumme unter 250.000,- € netto bzw. damit brutto 297.500,- € Möglichkeiten zum Verlangen auf Sicherheiten ein.

Auf Sicherheit für Vertragserfüllung ist zu verzichten, auf Sicherheitsleistung für Mängelansprüche soll „in der Regel“ verzichtet werden.

Die Höhe der Sicherheiten mit 5 % für Vertragserfüllung und 3 % der Abrechnungssumme für Mängelansprüche wurde beibehalten.

Bisherige Regelung § 14 Nr. 1 S. 1, 2. Halbsatz VOB/A 2006 mit Verzicht auf Sicherheitsleistung unabhängig vom Auftragswert bei hinreichendem Bekanntsein des AN und damit genügender Gewähr für vertragsgemäße Leistung und Mängelbeseitigung, wurde gestrichen.

Hinweis: Wenn AG die zwingenden Vorgaben der VOB/A 2009 diesbezüglich nicht erfüllt und Sicherheiten verlangt, müsste der Bieter dies vor Angebotsabgabe rügen und ggf. bei Nichtabhilfe Nachprüfungsverfahren durchführen.

Späterer AN kann nicht damit gehört werden, dass die Sicherheit entgegen VOB/A verlangt wird und deshalb nicht geleistet werden muss. VOB/A enthält kein zwingendes Vertragsrecht, dass statt geschlossener Vereinbarungen das Vertragsinhalt wird, was der VOB/A entspricht - BGH, IBR 1996, 488; Lindner IBR 2010, 8.

Leitfabrikate nach § 9 Nr. 10 S. 2 nur zulässig, wenn der Auftragsgegenstand nicht hinreichend genau und allgemeinverständlich beschrieben werden kann. Wird ein zum Leitfabrikat gleichwertiges Produkt angeboten, muss Bieter die Gleichwertigkeit nicht bei Abgabe des Angebotes nachweisen - OLG Düsseldorf, Beschluss 23.03.2010, Verg 61/09; IBR 2010, 515.

Anträge auf Teilnahme nicht telefonisch - § 12 Abs. 3.

Bietergemeinschaften haben die Mitglieder zu benennen, um Eignungsprüfung zu ermöglichen - § 13 Abs. 5.

Niederschrift über Eröffnungstermin darf elektronisch mit Signatur/mit Unterschrift des Verhandlungsleiters und der Bieter gefertigt werden - § 14 Abs. 4.

Aufklärung über Zugriffsmöglichkeit auf Ursprungsorte oder Bezugsquellen von Stoffen oder Bauteilen - § 15 Abs. 1 Nr. 1 + 2 nach Öffnung der Angebote bis zur Zuschlagerteilung abforderbar.

Zuschlag zu einem durch Nachprüfungsverfahren verzögerten Vergabeverfahren erfolgt im Zweifel auch dann zu den ausgeschriebenen Fristen und Terminen, wenn diese nicht mehr eingehalten werden können und der AG daher im Zuschlagschreiben eine neue Bauzeit erwähnt.

Wegen verzögertem Zuschlag können AN hinsichtlich seiner Mehrkosten auch Schadenersatzansprüche zustehen - BGH, Urteil 22.07.2010 - VII ZR 129/09; IBR 2010, 550.

AN müsste ausdrücklich neue Bauzeitenregelung mit AG treffen - vgl. auch BGH, Urteil 22.07.2010 - VII ZR 213/08; IBR 2010, 549 mit Hinweis von Rintelen.

Wenn der Preis einziges Zuschlagskriterium ist, dürfen Nebenangebote nicht zugelassen werden - bei Zulassung von Nebenangeboten ist Vergabeverfahren gem. § 17 Abs. 1 Nr. 3 aufzuheben. VK Schleswig-Holstein, Beschluss 08.10.2010 - VK-SH 13/10 (nicht bestandskräftig); IBR-Beitrag 19.10.2010.

Empfehlung: AG kann nur geraten werden, nicht auf den Preis als alleiniges Zuschlagskriterium abzustellen, wenn sie Nebenangebote wünschen.

Bei vermeintlichem Unterpreisangebot muss die Unangemessenheit ohne detaillierte Prüfung ins Auge springen. Erhebliche Differenz zwischen dem zu überprüfenden und dem nächst höheren Angebot reicht nicht aus. Bei Überprüfung hat AG nur einen eingeschränkt überprüfbaren Beurteilungsspielraum - OLG Karlsruhe, Beschluss 16.06.2010 - 15 Verg 4/10; IBR 2010, 588.

Unklare Produktabgaben führen zum Angebotsausschluss - bei Nichterfüllung der technischen Anforderungen nach § 16 Abs. 1 Nr. 1 lit. b) i.V. § 13 Abs. 1 Nr. 5 wegen Änderung der Vergabeunterlagen - Neuregelung in § 16 Abs. 1 Nr. 3, wonach der AG fehlende Erklärungen nachfordern muss, würde nicht greifen - VK Baden-Württemberg, Beschluss 19.05.2010 - 1 VK 24/10; IBR 2010, 591 mit Hinweis Asam.

Ausschluss bei fehlenden Preisangaben gem. § 16 Abs. 1 Nr. 1 lit. c) bleibt Grundsatz - Ausnahme „lediglich in einer einzelnen unwesentlichen Position die Angabe des Preises fehlt ...“ - Berechnung über Nachreichung gem. § 16 Abs. 1 Nr. 3 S. 2 innerhalb 6 Kalendertage nach Aufforderung durch den AG.

Nebenangebot muss bei Angebotswertung nicht berücksichtigt werden, wenn bloße Erklärung der Verkürzung der Bauzeit um 3 Monate enthalten ist, ohne Erläuterung, wie der Bieter das tatsächlich realisieren will.

Bei Nebenangebot zur Beschleunigung muss im Einzelnen dargelegt werden, mit welchen technischen Vorkehrungen und in welchen zeitlichen Intervallen die verschiedenen Bauphasen realisiert werden sollen - mit Nebenangebot sollte Bauzeitenplan vorgelegt werden - § 16 Abs. 1 Nr. 3 VOB/A 2009; OLG München, Beschluss 10.12.2009 - Verg 16/09; IBR 2010, 645 noch zu § 21 Nr. 1 Abs. 2 S. 5 VOB/A a.F..

Aufhebung der Ausschreibung ist neu in § 17 geregelt.

Kein Anspruch auf Auftragserteilung.

Bei Aufhebung der Ausschreibung ohne Vorliegen der Tatbestände in Nr. 1. - 3. besteht Schadenersatzpflicht der Vergabestelle.

Aufhebung der Ausschreibung kann im Nachprüfungsverfahren durch Bieter angegriffen werden.

Bei Aufhebung der Ausschreibung erweiterte Informationspflicht gegenüber Bewerbern und Bietern gem. § 17 Abs. 2.

Echter Wettbewerb im Nichtoffenen Verfahren auch dann, wenn lediglich ein Bewerber geeignet ist und dieser zur Angebotsabgabe aufgefordert wird (Art. 44 Abs. 3 Richtlinie 2004/18/EG) und bei Vorlage nur eines vollständigen Teilnahmeantrages - OLG Düsseldorf, Beschluss 09.06.2010 Verg 14/10; IBR 2010, 647.

Anstelle der Regelung in § 30 VOB/A 2006 über den Vergabevermerk sind detaillierte Vorschriften über die Dokumentation des Vergabeverfahrens in § 20 getreten.

Dabei wird hinsichtlich der Dokumentationspflicht nicht mehr zwischen Vergaben ober- und unterhalb der Schwellenwerte unterschieden.

Die detaillierten Regelungen zum Mindestinhalt der Dokumentation sind auch auf die Basisparagrafen übertragen worden.

Neu ist auch, dass der AG gem. § 20 Abs. 3 bei Beschränkten Ausschreibungen ohne Teilnahmewettbewerb - ab Auftragswert netto 25.000,- € - sowie bei freihändiger Vergabe - ab Auftragswert netto 15.000,- € - in Internetportalen oder im Beschafferprofil über die Zuschlagserteilung zu informieren hat.

5. VOL/A 2009

Abschnitte 1 und 2 sind zusammengefasst, Abschnitt 3 ersatzlos gestrichen und Abschnitt 4 in die SektVO überführt.

Aus VOL/A 2006 sind

- § 4 Erkundung des Bewerberkreises,
- § 5 Vergabe nach Losen,
- § 6 Mitwirkung von Sachverständigen und
- § 29 Vertragsurkunde

entfallen.

Bis voraussichtlich 500,- € netto Auftragswert Direktkauf ohne Vergabeverfahren zulässig - § 3 Abs. 6.

Aufgenommen wurden:

- § 5 Rahmenvereinbarungen,
- § 6 Dynamische elektronische Verfahren.

Arten der Vergabe sind in § 3 neu geregelt.

Bei beschränkter Ausschreibung regelmäßig vorgeschalteter Teilnahmewettbewerb.

Abforderungen von Eignungsnachweisen nur ausnahmsweise - Eigenerklärungen reichen grundsätzlich. § 6 Abs. 3, § 7 Abs. 1 Satz 2 EG VOL/A.

Justizvollzugsanstalten sind zum Wettbewerb mit gewerblichen Unternehmen nicht zuzulassen - § 6 Abs. 7.

Unterschied zur umfassenderen Regelung von ausgeschlossenen Teilnehmern in § 6 Abs. 1 Nr. 3 VOB/A beachten!

Hinsichtlich Bekanntmachungen in Internetportalen müssen diese zentral über die Suchfunktion www.bund.de ermittelt werden können - § 12 Abs. 1 Satz 2.

Prüfungen und Wertungen der Angebote sind im § 16 zusammengefasst.

Für nicht vorgelegte Erklärungen und Nachweise kann Nachfrist bestimmt werden - dies gilt nicht für Nachforderung von Preisangaben außer unwesentlichen Einzelpositionen - § 16 Abs. 2.

Empfehlung: Bereits vorher tagkonkret in Bekanntmachung aufnehmen.

Achtung: In der VOB/A ist eine Nachforderung fehlender Erklärungen oder Nachweise zwingend, in der VOL/A nach Ermessen (§ 16 Abs. 1 Nr. 3 VOB/A - § 16 Abs. 2 VOL/A).

Die Informationsregelungen mit Veröffentlichungspflicht über jeden vergebenen Auftrag ab 25.000,- € netto im Internet (nicht unbedingt auf www.bund.de) ist strikt umzusetzen - § 19 Abs. 2.

6. VOF 2009

In der Ausschreibung klar unterscheiden, welche Leistungsphasen sicher vergeben werden sollen und für welche Leistungsphasen eventuell oder erst nach Genehmigung der Haushaltsunterlage z. B. durch schriftliche zusätzliche Beauftragung weitere Übertragung erfolgen soll.

Dies hat schon für die Schätzung der Schwellenwerte dramatische Auswirkungen.

Leistungsphasen 1/2 - 8/9 gelten als vorab nicht eindeutig und erschöpfend beschreibbar, da der Planungsanteil überwiegt.

Leistungsphasen 5 - 9 gelten als hinreichend eindeutig und erschöpfend beschreibbar.

Bei isolierter Vergabe Leistungsphase 8 ist grundsätzlich die VOL/A anzuwenden.

Bei Projektsteuerungsleistungen wird die Anwendbarkeit der VOF für die Vergabe bejaht.

Neuregelung § 5 Abs. 2 sieht vor, dass Nachweise grundsätzlich nur noch als Eigenerklärung zu verlangen sind.

Fehlende Erklärung und Nachweise können von AG auch als Nachlieferung zugelassen werden - § 5 Abs. 3, § 11 Abs. 3. Bei Verspätung zwingender Abschluss.

Der Zugriff auf fremde Kapazitäten ist gem. § 5 Abs. 6 VOF z. B. durch Verpflichtungserklärung spätestens vor Zuschlagserteilung zu führen und liegt damit später als nach bisheriger VOF 2006.

Für Teilnahmewettbewerb sind nunmehr gem. § 10 Abs. 2 Eignungskriterien in der Bekanntmachung zu nennen - bisheriger § 10 VOF 2006 sah dies nicht vor.

Kritisch ist fehlende Anordnung der Überprüfung der Nachweise im Endstadium des Verfahrens vor Zuschlag/Vertragsabschluss gem. § 20.

Neuregelungen für Losverfahren zur Auswahl von Teilnehmern bei Erfüllung der gestellten Anforderungen durch mehrere Bewerber des Teilnahmewettbewerbes - § 10 Abs. 3.

Projektanten mit Beratung des AG vor Einleitung des Vergabeverfahrens dürfen nun gem. § 4 Abs. 5 bei Sicherstellung der Nichtverfälschung des Wettbewerbes beteiligt werden.

Über § 97 Abs. 3 GWB mit der dortigen Mittelstandsklausel besteht nun grundsätzliche Verpflichtung zur Fach- und Teilloosvergabe. Abweichungen sind nur bei Erfordernis durch wirtschaftliche oder technische Gründe zulässig.

Damit wird die Möglichkeit der Vergabe sowohl von Generalplanerleistungen als auch GÜ-Leistungen mit der Gesamtvergabe von Planungs- und Bauleistungen eingeschränkt bzw. ausgeschlossen.

Es bleibt beim Preisrecht der HOAI und damit der Unzulässigkeit der Unterschreitung der Mindestsätze.

Achtung: Einem Bieter unterhalb der Mindestsätze muss Gelegenheit zur Nachbesserung gegeben werden.

Möglichkeiten der Berücksichtigung im Wettbewerb liegen in der HOAI durch Nichterfassung des Geltungsbereiches für Großvorhaben, Angebote oberhalb der Mindestsätze, Angebote für Besondere Leistungen, nicht von der HOAI erfasste Ingenieurleistungen, die Höhe von Umbauzuschlägen und von Nebenkosten.

Neben dem Preis einem Wertungskriterium kommen z. B. Qualität und Strukturierung der Lösungsvorschläge für die Aufgabenstellung gem. Aufgabenbeschreibung, Nachweis der Termin- und Kostensicherheit, Präsentation vergleichbarer Projekte, Qualifizierung und Erfahrung der vorgesehenen Projektmitarbeiter und Führungskräfte in Frage.

Auswahlkriterien sind konkret zu gewichten, z. B.

- finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit (jährlicher Gesamtumsatz, Umsatz entsprechender Dienstleistungen) mit 10 - 30 %;
- fachliche Eignung (beruflicher Werdegang Führungskräfte/Projektleiter, Qualifikation maßgebender Mitarbeiter, Personalstruktur mit Zahl ständiger Mitarbeiter und für Fachplanungen) mit 60 - 80 %;
- andere geforderte Nachweise (besondere Kenntnisse, kurzfristige Erreichbarkeit, Publikationen, Forschungen) mit 0 - 15 %.

Summe der Wichtungen muss 100 % ergeben.

Auswahl eines Bewerbers darf nicht durch zusätzlich unaufgeforderte Einreichung von Lösungsvorschlägen beeinflusst werden - § 20 Abs. 2 S. 3 VOF 2009.

Bei Vergabe freiberuflicher Leistungen außerhalb der VOF sind Vergabegrundsätze wie Bekanntmachung binnenmarktrelevanter Aufträge sowie der Verpflichtung, potentielle Bieter aus anderen Mitgliedsstaaten weder direkt noch indirekt zu benachteiligen, zu beachten - EuG vom 20.05.2010 Rs. T-258/06.

Literaturempfehlung: VOF-Vergabeverfahren für freiberufliche Ingenieurleistungen, Bewertungstabellen für Auswahlverfahren/Auftragsverfahren mit Erläuterungen - Bayerische Ingenieurkammer-Bau, August 2010.

7. VHB Mai 2010

Neue Formblätter

- 113 - Information über beschränkte Ausschreibung,
- 124 - Eigenerklärung zur Eignung,
- 341 - Information über Auftragserteilung,
- 442 - Referenzbescheinigung,

8. Sonstiges

Alte Formulare z. B. des VHB sollten weder verwendet noch selbst angepasst werden.

Wer das macht und dabei Formfehler selbst nur in der Unrichtigkeit zwischen Einzahl und Mehrzahl von Begriffen einbaut, muss damit rechnen, EU-Fördermittel zu verlieren.

Hier würden sowohl Vergabestellen als auch Ingenieure/Architekten als Berater von Vergabestellen ein enormes Risiko eingehen, da Zuschüsse noch nach Jahren z. B. auf „Information“ oder „Anregung“ von Konkurrenten oder im Streit ausgeschiedenen Mitarbeitern vom Landesrechnungsprüfungshof untersucht und zurückgefordert werden können, wenn die Vergabe nicht rechtskonform erfolgte.

Sprung zu: www.ra-brumme.de