



Ausschreibung und Vergabe im Umbruch

Fortbildungsveranstaltung der ifbau an der Universität Karlsruhe am 20.07.2010

- update 10 -

von

Christian Walz

Rechtsanwalt
Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht
Kammeranwalt für die Architektenkammer im Kammerbezirk Karlsruhe

A. Gesetzesänderungen auf dem Gebiet des Vergaberechts

I. Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB)

seit 24.04.2009 in Kraft getreten

II. Vergabeverordnung (VgV)

seit 11.06.2010 in Kraft getreten

III. VOB/A – Fassung Juli 2009

seit 11.06.2010 in Kraft getreten

IV. VOL/A

seit 11.06.2010 in Kraft getreten

V. VOF

seit 11.06.2010 in Kraft getreten

B. Grundlagen des Vergaberechts

Es verbleibt bei der Zweiteilung des Vergaberechts, das zwischen Vergaben oberhalb und unterhalb von bestimmten Schwellenwerten unterscheidet.

I. Vergaben oberhalb der Schwellenwerte

es gelten hier folgende Vorschriften:

GWB / VgV / VOF / VOB/A und VOL/A jeweils die Vorschriften des 2. Abschnittes (sog. a-Paragrafen)

II. Vergaben unterhalb der Schwellenwerte

es gelten hier folgende Vorschriften:

Haushaltsrecht / VOB/A / VOL/A (jeweils die Vorschriften des 1. Abschnitts)

III. Änderungen der Schwellenwerte in § 2 VgV (n.F.)

1. Bauaufträge (VOB/A)
4.845.000 Euro
2. Liefer- und Dienstleistungsverträge (VOL/A bzw. VOF)
193.000 Euro
3. Sektorenauftraggeber
387.000 Euro (bei Liefer- und Dienstleistungen)

IV. Unterschiedliche Rechtsschutzmöglichkeiten

1. Vergaberechtsschutz über Vergabekammern und Vergabesenate oberhalb der Schwellenwerte nach GWB
2. Vergaberechtsschutz bei Vergaben unterhalb der Schwellenwerte über ordentliche Gerichte
 - (eigentlich) kein effektiver Primärrechtsschutz, da man über einstweilige Verfügung Vergabe in der Regel nicht verhindern kann (Willkürerfordernis; Verstoß gegen Art. 3 GG)
 - OLG Düsseldorf, Beschl. v. 13.01.2010, IBR 2010, 160
Ausschreibung begründet vorvertragl. Schuldverhältnis mit der Verpflichtung sich an die VOB/A / VOB/L zu halten. Hieraus wird ein Anspruch auf Unterlassung des Regelverstoßes hergeleitet
 - Sekundärrechtsschutz (Schadenersatz)

C. Die wesentlichen Änderungen im GWB

I. Beschränkung im Bieterrechtsschutz

1. unverzügliche Rügepflicht nach Kenntnis eines Vergabeverstößes (sofort, max. 14 Tage), § 107 Abs. 3 Nr. 1 GWB
2. Bieter muss aus den Vergabeunterlagen erkennbare Verstöße bis spätestens der Frist zur Angebotsabgabe gerügt werden, § 107 Abs. 3 Nr. 3 GWB
3. Nachprüfungsverfahren muss innerhalb einer Frist von 15 Kalendertagen eingeleitet werden, wenn der Auftraggeber mitteilt, einen gerügten Vergabeverstoß nicht abhelfen zu wollen, § 107 Abs. 3 Nr. 4 GWB

- ## II. Vorabinformation des Auftraggebers in § 101a GWB
1. umfassende Informationspflicht des Auftraggebers gegenüber betroffenen Bietern und auch gegenüber Bewerbern, denen keine Information über die Ablehnung ihrer Bewerbung zur Verfügung gestellt wurden
 2. Informationspflicht umfasst (kumulativ):
 - Namen des Unternehmens, dessen Angebot angenommen werden soll
 - Gründe der Nichtberücksichtigung des Bieterangebotes
 - frühestmöglicher Zeitpunkt, zu dem ein Vertrag geschlossen werden soll
 3. Vertrag mit Bieter darf erst 15 Kalendertage nach Absendung der Bieterinformation geschlossen werden; Verkürzung der Frist auf 10 KT bei Faxversendung oder einer Bieterinformation auf elektronischem Weg

III. Rechtsfolgen bei Verstöß gegen Informations- und Wartepflicht / Regelung der de-facto-Vergaben in § 101b GWB

1. Unwirksamkeit des eingegangenen Vertrages, § 101b Abs. 1 GWB, sofern der Verstoß innerhalb von 30 Kalendertagen ab Kenntnis des Verstoßes im Rahmen eines Nachprüfungsverfahrens geltend gemacht wird (spätestens innerhalb von 6 Monaten nach Vertragsschluss)
2. bei richtiger Bekanntmachung der Vergabe im EU-Amtsblatt endet die Frist zur Geltendmachung der Unwirksamkeit 30 Kalendertage nach Veröffentlichung der Bekanntmachung der Vergabe im EU-Amtsblatt
3. nach Ablauf der Frist zur Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens gibt es Bestandschutz für die eingegangenen Verträge

IV. Stärkung des Mittelstandsschutzes in § 97 Abs. 3 GWB

1. Mittelständische Interessen sind vornehmlich zu berücksichtigen
2. Leistungen sind in der Menge aufgeteilt (Teillose) und getrennt nach Art oder Fachgebiet (Fachlose)
3. Dokumentation dieser Interessenberücksichtigung im Vergabevermerk aus Gründen der Transparenz

V. Sonstige nennenswerte Änderungen im GWB

1. Kriterium für die Auftragsvergabe: “Gesetzestreue“ (§ 97 Abs. 4 GWB)
2. zusätzliche Kriterien (soziale, umweltbezogene, innovative Aspekte) können für Auftragsvergabe herangezogenen werden, wenn ein sachlicher Zusammenhang mit dem Auftragsgegenstand besteht und dies aus der Leistungsbeschreibung heraus erkennbar ist (§ 97 Abs. 4 GWB)
3. § 110 GWB schränkt die Prüfungspflicht der Vergabekammern ein. Der bisherige Amtsermittlungsgrundsatz wurde aufgegeben. Die Vergabekammer kann sich auf das beschränken, was von den Beteiligten vorgebracht wird oder der Vergabekammer sonst bekannt sein muss

- D. Die wesentlichen Änderungen in der VOB/A
- I. Optische Reduzierung der Paragraphenanzahl von 32 auf 22 bzw. 23 (a-Paragraphen)
 - II. Nur noch 2 Abschnitte; 3. Abschnitt ist ersatzlos weggefallen (frühere b-Paragraphen); 4. Abschnitt (frühere Sektorenauftraggeber) ist in eine eigene Sektorenverordnung überführt
 - III. Optische Gegenüberstellung alter zu neuer VOB/A bei:
Werner, Die neue VOB/A aus Sicht der Bauindustrie, BauR 2010, 328 ff.

IV. Die wesentlichen, inhaltlichen Änderungen in der VOB/A

1. § 2 Abs. 1 Nr. 1 VOB/A

Transparenzgebot auch für Unterschwellenvergaben

2. § 3 Abs. 3 Abs. 3 und Abs. 5 S. 2 VOB/A

Erhöhung der Netto-Wertgrenzen bei beschränkten Ausschreibungen bzw. freihändigen Vergaben:

50.000 € für Ausbaugewerke (ohne Energie- und Gebäudetechnik), Landschaftsbau und Straßenausstattung

150.000 € für Tief-, Verkehrswege- und Ingenieurbau

100.000 € für alle übrigen Gewerke

bis 10.000 € freihändige Vergabe möglich

3. § 6 Abs. 3 Nr. 2 VOB/A

Hervorhebung der Präqualifikation zur Erbringung des Eignungsnachweises

4. § 7 Abs. 1 Nr. 4 VOB/A

Bedarfspositionen sind grundsätzlich nicht (mehr) in die Leistungsbeschreibung aufzunehmen. Angehängte Stundenlohnarbeiten dürfen nur in dem unbedingt erforderlichen Umfang in die Leistungsbeschreibung aufgenommen werden

5. § 8 Abs. 8 Nr. 1 VOB/A

keine Kostenerstattung für Angebotsbearbeitung, es sei denn, der Auftraggeber verlangt Pläne, Zeichnungen, Berechnungen etc. Auf die tatsächliche Festsetzung einer Entschädigung (§ 20 Nr. 2 Satz 2 VOB/A a.F.) kommt es nicht (mehr) an

6. § 9 Abs. 7 Satz 2 VOB/A

unterschreitet die Auftragssumme 250.000 € (netto), ist auf Sicherheitsleistung für die Vertragserfüllung zu verzichten und in der Regel auch auf eine Sicherheitsleistung für Mängelansprüche

7. § 14 Abs. 3 Nr. 2 VOB/A

im Eröffnungstermin sind künftig auch Angaben der einzelnen Bieter zu Nebenangeboten bekannt zu geben (welcher Bieter hat in welcher Anzahl Nebenangebote eingereicht?)

8. § 16 Abs. 1 Nr. 1 c VOB/A

kein Ausschluss von Angeboten (mehr), wenn lediglich in einer Einzelnen, unwesentlichen Position eine Preisangabe fehlt und das Angebot unter Berücksichtigung des höchsten Wettbewerbspreises in dieser Position die Wertungsreihenfolge nicht beeinträchtigt

9. § 16 Abs. 1 Nr. 1 f VOB/A

Ausschluss von Nebenangeboten, wenn diese nicht auf einer besonderen Anlage und als Nebenangebot deutlich gekennzeichnet wurden.

10. § 16 Abs. 1 Nr. 3 VOB/A

kein Ausschluss von Angeboten, bei denen geforderte Erklärungen oder Nachweise fehlen. Der Auftraggeber hat diese nachzuverlangen. Reicht der Bieter die nachgeforderten Unterlagen dann nicht binnen einer Frist von 6 Kalendertagen nach Aufforderung nach, droht der Ausschluss des Angebotes

Spekulationsmöglichkeiten für Bieter

ABER: VK Saarland, Beschluss vom 08.03.2010 – 1 VK 03/2010
keine Nachforderungspflicht aus § 16 Abs. 1 Nr. 3 VOB/A

11. § 16 Abs. 9 VOB/A

unaufgefordert angebotene Preisnachlässe mit Bedingungen für die Zahlungsfrist (Skonti) werden bei der Wertung der Angebote nicht berücksichtigt

12. § 20 Abs. 1 VOB/A

Beschreibung der Anforderungen an die Dokumentation des Vergabeverfahrens:

es ist so zu dokumentieren, dass die einzelnen Stufen des Verfahrens, die einzelnen Maßnahmen, die maßgebenden Feststellungen, die Begründung einzelner Entscheidungen in Textform festgehalten werden und später nachvollziehbar sind

13. § 19 Abs. 5 VOB/A und § 20 Abs. 3 VOB/A

Transparenz von Vergaben und Vergabeentscheidungen durch entsprechende Information auf Internetportalen oder den Beschaffungsprofilen des Auftraggebers

E. Die wesentlichen Änderungen in der VOF

I. Allgemein

Auch dieses Regelwerk hat zahlreiche Änderungen erfahren. Die VOL erhielt durch die Reduzierung auf 20 Paragraphen eine völlig neue Struktur, wobei eine klare Abgrenzung zum Anwendungsbereich der VOL/A eingeführt wurde:

Der Anwendungsbereich der VOF bezieht sich auf freiberufliche Leistungen, deren Gegenstand eine Aufgabe ist, deren Lösung nicht vorab eindeutig und erschöpfend beschrieben werden kann (§ 1 Abs. 1 VOF).

II. Wichtige Einzelregelungen

1. § 4 Abs. 3 VOF

Bieter sind im Vergabeverfahren verpflichtet, die Namen und die berufliche Qualifikation der Personen anzugeben, die die Leistung tatsächlich erbringen sollen / werden

2. § 4 Abs. 3 VOF

bei Projektanten ist sicherzustellen, dass bei deren Teilnahme im Vergabeverfahren keine Verfälschung des Wettbewerbs (Wettbewerbsverzerrung) eintritt

3. § 5 VOF

regelt den Umfang der forderbaren Eignungsnachweise und wie ein solcher geführt werden kann

4. § 5 Abs. 3 VOF und § 11 Abs. 3 VOF

fehlende Unterlagen und Nachweise können auf Verlangen des Auftraggebers bis zum Ablauf einer zu bestimmenden Frist nachgereicht werden

sprachliche Abweichung zur VOB/A, da hier nur die Möglichkeit besteht, dass Unterlagen / Nachweise nachgefordert werden können

5. § 5 Abs. 6 VOF

bei Vorlage einer entsprechenden Verpflichtungserklärung (vor Zuschlagserteilung) kann sich ein Bieter bei der Erfüllung eines Auftrages der Kapazitäten eines anderen Unternehmens bedienen

6. § 8 VOF

regelt die Grundsätze der Informationsübermittlung

9. § 10 Abs. 2 VOF

Auftraggeber muss bereits in der Bekanntmachung die von ihm bei der Auswahl der Bieter zugrunde gelegten Eignungskriterien sowie die aus seiner Sicht erforderlichen Erklärungen und Nachweise benennen

10. § 10 VOF

detaillierte Beschreibung der Bieterauswahl im Verhandlungsverfahren

Bsp.: Festlegung einer Mindestzahl und ggf. Höchstzahl der zu Verhandlungen aufzufordernden Bewerber (nicht weniger als 3 Bewerber) und Informationspflicht gegenüber nicht berücksichtigtem Bieter binnen einer Frist von 15 Kalendertagen nach Abschluss des Teilnahmewettbewerbs über die Gründe ihrer Nichtberücksichtigung

11. § 11 VOF

detaillierte Regelungen zum Inhalt und Ablauf des Verhandlungsverfahrens:

§ 11 Abs. 5 Satz 2 VOF: Bei der Festlegung von Zuschlagskriterien ist auf eine klare und nachvollziehbare Abgrenzung zu den Eignungskriterien zu achten

§ 11 Abs. 6 Satz 2 VOF: der Vertragsschluss hat mit dem Bieter zu erfolgen, von dem im Rahmen der Zuschlagskriterien und deren Wichtung die *bestmögliche Leistung* erwartet werden darf

12. § 12 VOF

regelt den Inhalt der Dokumentationsverpflichtung im Vergabeverfahren, die von Anbeginn an und fortlaufend zu erfüllen ist

13. § 14 Abs. 5 VOF

Mitteilungsverpflichtung des Auftraggebers auf Antrag eines Bieters: Auftraggeber muss dann binnen einer Frist von 15 Kalendertagen einem nicht berücksichtigten Bieter folgendes mitteilen:

- die Gründe für die Ablehnung seines Angebotes
- die Merkmale und Vorteile des erfolgreichen Angebotes
- Name des erfolgreichen Bieters

14. §§ 15 – 17 VOF

Sonderregelungen zu Wettbewerben im 2. Kapitel der VOF

15. §§ 18 – 20 VOF

Sonderregelungen für die Vergabe von Architekten- und Ingenieurleistungen

F. Bedeutsame Rechtsprechungsänderung

Ausschreibungspflicht bei kommunalen Immobiliengeschäften

I. Ausgangslage

Nach der überwiegend vom OLG Düsseldorf geprägten Rechtsprechung waren Grundstückskaufverträge mit städtebaulichen Komponenten bzw. einer Bauverpflichtung generell ausschreibungspflichtig.

II. EuGH (Urteil vom 25.03.2010, IBR 2010, 284):

Eine Ausschreibungspflicht besteht, wenn die öffentliche Hand ein unmittelbares wirtschaftliches Eigeninteresse an der Bauleistung hat. Dieses Interesse besteht, wenn die öffentliche Hand Eigentümer des Bauwerkes wird oder hierüber wie ein Eigentümer verfügen kann.

Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit!