



**Vergaben von Bauleistungen
Die neue VOB/A**

**Veranstaltung des forum vergabe e.V.
am 2. November 2016 in Hannover**

Thesen

erstellt und verantwortet vom forum vergabe e.V.

1. Neue Struktur der VOB/A

Detlef Vadersen, Sächsisches Staatsministerium der Finanzen, Dresden

- Auch wenn der Text der VOB/A insgesamt umfangreicher geworden ist, ist die Reform wegen der Klärungen und der Stärkung von Gestaltungsmöglichkeiten positiv zu bewerten.
- Die in VOB/A Abschnitt 2 enthaltene Gleichstellung von offenem und nicht offenem Verfahren dürfte bei einer vergleichbaren Regelung in Abschnitt 1 nicht zur vermehrten Nutzung der beschränkten Ausschreibung mit Teilnahmewettbewerb führen, da diese wegen der längeren Verfahrensdauer und der geringeren Wettbewerbsintensität kaum Vorteile bietet.
- Die Möglichkeit, Eigenerklärungen als vorläufigen Nachweis zuzulassen, entlastet Auftraggeber nicht von der Pflicht, sich Nachweise vorlegen zu lassen. Der Verweis auf bereits im Besitz des Auftraggebers (wohl der zuschlagserteilenden Stelle) befindliche Nachweise kann Bieter erheblich entlasten.
- Bei der Eignungsleihe wurde neu eingeführt, dass ungeeignete Nachunternehmer auszutauschen sind und es nicht unmittelbar zum Ausschluss kommt.
- Die vorgesehene Nachweismöglichkeit durch Gütezeichen dürfte in der Praxis nicht viel Bedeutung erlangen, da derzeit kein Gütezeichen die Voraussetzungen erfüllt.
- Die verkürzten Mindestfristen sind nur im Ausnahmefall angemessen und daher im Regelfall zu verlängern.
- Weil über Email zugesandte Angebote nicht ausreichend gesichert sind, können die Anforderungen an die eVergabe letztlich nur durch den Einsatz von Vergabepattformen erfüllt werden.

- Bei der Zuschlagsentscheidung dürfen nur überprüfbare Kriterien verwendet werden.

2. Durchführung der Vergabeverfahren

Rechtsanwalt Dr. Marc Pauka, HFK Rechtsanwälte LLP, Frankfurt am Main

- Die Entscheidung des Auftraggebers zwischen offenen und nicht offenem Verfahren ist nicht zu begründen oder zu dokumentieren.
- Das Verhandlungsverfahren ist unter erweiterten Voraussetzungen wählbar, unter den gleichen Voraussetzungen kann sich der Auftraggeber für reinen wettbewerblichen Dialog entscheiden.
- Beim wettbewerblichen Dialog wird die zu bepreisende Leistung erst im Verlauf des Vergabeverfahrens näher beschrieben.
- Bei der Innovationspartnerschaft wird die Leistung in einer ersten Phase entwickelt und nur bei Vorliegen der vorab definierten Bedingungen tatsächlich hergestellt. Im Baubereich dürfte dies Verfahren wenig Bedeutung bekommen.
- Zur Vermeidung von Zeitverlust in einer späten Phase des Vergabeverfahrens empfiehlt es sich, die Einheitliche Europäische Eigenerklärung früh durch Nachweise untermauern zu lassen.
- Der Vorbehalt, in einem Verhandlungsverfahren auch ohne Verhandlungen direkt den Zuschlag zu erteilen, kann die Abgabe wettbewerbsfähiger Angebote fördern.

3. Vertragsänderungen nach neuem Recht

Rechtsanwalt Dr. Thomas Kirch, Leinemann & Partner, Berlin

- Die Kodifizierung der Voraussetzungen, unter denen eine Vertragsänderung ohne vorheriges Vergabeverfahren zulässig ist, dient im Wesentlichen der Umsetzung von EuGH-Rechtsprechung.
- Die Übernahme in Gesetz und VOB/A führt zu einer erhöhten Anwendersicherheit.
- Die Anforderungen an eine wesentliche Änderung i.S.d. § 132 Abs. 1 Nr. 1 GWB sind nicht hoch anzusetzen.
- § 2 Abs. 3 VOB/B erfüllt die in § 132 Abs. 2 Nr. 1 GWB aufgestellten Anforderungen an eine Optionsklausel und erlaubt Vertragsänderungen ohne neues Vergabeverfahren, anders ist es bei § 2 Abs. 5, 6 VOB/B wegen fehlender Bestimmbarkeit der geänderten bzw. zusätzlichen Leistungen.

- § 132 Abs. 2 Nr. 2 GWB ist so zu prüfen, dass ein Auftragnehmer-Wechsel zwar zulässig wäre, aber nicht zumutbar wäre.
- Bei gewillkürten Vertragsänderungen ist davon auszugehen, dass diese nur im Ausnahmefall „nicht vorhersehbar“ i.S.d. § 132 Abs. 2 Nr. 3 GWB sind, anders ist es nur bei objektiv veranlassten Änderungen.
- Bei der Kündigung nach § 133 GWB wird nur die ausgeführte Leistung vergütet. Für nicht ausgeführte Leistungen steht dem Auftragnehmer kein Vergütungsanspruch zu.
- Die Angreifbarkeit einer möglicherweise unzulässigen Vertragsänderung kann durch eine Veröffentlichung nach § 135 Abs. 3 GWB verringert werden.

4. Teilnahmeanforderungen, Nachweise und Verhältnismäßigkeit

Martin Freitag, Hauptverband der Deutschen Bauindustrie, Berlin

- Begrifflich ist streng zu trennen zwischen den Eignungskriterien, den bei den Kriterien zu erfüllenden Anforderungen und den hierzu vorzulegenden Nachweisen.
- Bei der Prüfung, ob ein Angebot auszuschließen ist, muss auch die Verhältnismäßigkeit des Ausschlusses geprüft werden.
- Bei Referenzen ist im Zweifel der Zeitpunkt der (Teil-) Abnahme maßgeblich.
- Will der Auftraggeber Bankerklärungen zulassen, sollte er genau die konkret zu erklärenden Inhalte vorgeben.
- Nachunternehmer sind nach § 4 Abs. 3 VOB/B unaufgefordert zu benennen.
- Bei der Eignungsleihe kann der Auftraggeber, soweit es um wirtschaftliche und finanzielle Anforderungen geht, eine gemeinsame Haftung von Auftragnehmer und Nachunternehmer verlangen.
- Die Selbstaussführung ist nicht mehr standardmäßig anzunehmen bzw. vom Auftraggeber vorzugeben.
- Die Einheitliche Europäische Eigenerklärung muss der Auftraggeber akzeptieren, er muss sie jedoch nicht vorgeben. Wegen des nur vorläufigen Nachweises ist die EEE für deutsche Unternehmen nicht sehr hilfreich.

5. Zuschlagskriterien und Angebotswertung

Rechtsanwalt Dr. Fardad Shirvani, HFK Rechtsanwälte LLP, München

- Nach inzwischen ständiger Rechtsprechung des OLG Düsseldorf ist der Auftraggeber verpflichtet, den Bietern die Zuschlagskriterien so mitzuteilen, dass diese die zu erwartende Wertung erkennen können. Dies ist insbesondere bei Konzepten, bei denen der Auftraggeber zwangsläufig einen Beurteilungsspielraum hat, kaum zu leisten.
- Bei der Zulassung von Nebenangeboten sollte der Auftraggeber möglichst konkret vorgeben, in welcher Hinsicht Nebenangebote zugelassen sind und was sie erfüllen müssen. Wenn eine Gleichwertigkeitsprüfung auf Grundlage transparenter Kriterien erfolgt, ist auch eine reine Preiswertung möglich.
- Bei Unterschwellenvergaben sind für Nebenangebote keine Mindestkriterien vorzugeben.
- Bei der Preiswertung ist ein System zulässig, das bei einer Abweichung von 50 % zu einer Wertung mit null Punkten führt.
- Eine Pflicht des Auftraggebers, bei der Preiswertung seine Umrechnungsformel bekanntzugeben, besteht nur bei einem von der linearen Interpolation abweichenden Wertungssystem.
- Nach der Rechtsprechung des EuGH muss der Auftraggeber Unterkriterien nicht bekanntgeben, wenn sie keine Auswirkungen auf die Angebotskalkulation und –gestaltung haben.