

Dr. Jan Mädler, Dipl.-Verwaltungswirt (FH)

Suhl, 06. September 2019



Bau-Vergaberecht 2019

REDEKER | SELLNER | DAHS



Themen heute

- **Überblick über die Rechtsgrundlagen**
- Die neue VOB/A Abschnitt 2 im Überblick
- Die neue VOB/A Abschnitt 1 im Überblick
- Nachfordern von Unterlagen nach der neuen VOB/A
- Aktuelle Rechtsprechung



Rechtsrahmen oberhalb der EU-Schwellenwerte-Regelungssystematik

Kartellvergaberecht – „Oberschwellen“-Vergabe

- **§§ 97 ff. GWB**
- **§ 2 VgV:** Für Bauaufträge gelten
 - Abschnitt 1: **§§ 1 bis 13 VgV** (Auftragswert, Kommunikation etc.)
 - Abschnitt 2: Unterabschnitt 2: **§§ 21 bis 27** (Rahmenvereinbarungen, dynamische Beschaffungssysteme etc.)
- **VOB/A Abschnitt 2**, wobei die VOB/A Abschnitt 2 auch Vorschriften des GWB und der VgV wiederholt (z.B. § 4 a, §§ 6 e und f; §§ 11 ff. VOB/A, § 22).
- **Thüringer Vergabegesetz (ThürVgG)** – ab 01.12. novellierte Fassung in Kraft



Rechtsrahmen unterhalb der EU-Schwellenwerte - Regelungssystematik

Kartellvergaberecht – „Unterschwellen“-Vergabe

- **Thüringer Vergabegesetz (ThürVgG)** - ab 01.12. novellierte Fassung in Kraft
- **VOB/A Abschnitt 1** ist (auch) unterhalb der EU-Schwellenwerte kein Gesetz. VOB/A gilt nur bei einem Verweis, z. B.:
 - gesetzlicher Anwendungsbefehl: § 1 Abs. 2 Nr. 2 ThürVgG *„in der jeweils geltenden Fassung anzuwenden“*
 - Zuwendungsrecht
- UVgO gilt für Bauaufträge – anders als die VgV – insgesamt nicht.



VOB/A in der Fassung 2019

- Der 1. Abschnitt der VOB/A (Unterswellenbereich) wurde recht umfassend novelliert und an vielen, wenn auch nicht allen Stellen an die VOB/A Abschnitt 2 angepasst.
- Im Abschnitt 2 (Oberswellenbereich) wurden dagegen im Wesentlichen nur redaktionelle Anpassungen vorgenommen.
Neugefasst wurden allerdings die Regelungen zur Nachforderung von Unterlagen und Preisen (vgl. § 16a EU VOB/A 2019).



Themen heute

- Überblick über die Rechtsgrundlagen
- **Die neue VOB/A Abschnitt 2 im Überblick**
- Die neue VOB/A Abschnitt 1 im Überblick
- Nachfordern von Unterlagen nach der neuen VOB/A
- Aktuelle Rechtsprechung




VOB/A Abschnitt 2 in der Fassung 2019

Überblick über die Änderungen im Abschnitt 2

§ 6e EU - Ausschlussgründe/§ 6f EU - Selbstreinigung

- § 6 e EU VOB/A – Ausschlussgründe: rechtskräftige Verurteilung oder Geldbuße gemäß § 30 OwiG gegen das Unternehmen
- § 6 e EU VOB/A – Ausschlussgründe: Katalog der Straftatbestände (Bestechung und Bestechlichkeit im Gesundheitswesen, Zwangsprostitution, Zwangsarbeit u.ä.)
- § 6 f EU VOB/A – Selbstreinigung: Nachweis gegenüber dem öffentlichen Auftraggeber oder Nachweis ggü. dem Bundeskartellamt gem. § 8 des Wettbewerbsregistergesetzes
(Das Wettbewerbsregister soll ab 2019/2020 einsatzbereit sein).



VOB/A Abschnitt 2 in der Fassung 2019 – Exkurs: Wettbewerbsregister

Exkurs: Wettbewerbsregister

- Eingetragen werden Verurteilungen, Bußgeldbescheide betreffend die Straftatbestände gemäß § 123 GWB.
- Eingetragen werden Verurteilungen, Bußgeldbescheide, die zu einem Ausschluss gemäß § 124 führen können (Kartellrechtsverstöße, Verstöße gegen bestimmte arbeitsrechtliche Vorschriften), die bisher im Gewerbezentralregister abzufragen sind.
- Die Pflicht zur Abfrage aus dem neuen Wettbewerbsregister soll die Pflicht zur Abfrage des Gewerbezentralregisters nach dem Mindestlohngesetz und dem Schwarzarbeitsbekämpfungsgesetz ersetzen.
- Abfragepflicht ab einem Auftragswert von 30.000 Euro



VOB/A Abschnitt 2 in der Fassung 2019

Überblick über die Änderungen im Abschnitt 2

§ 8 EU - Vergabeunterlagen

- § 8 EU Abs. 2 Nr. 4: Zulassung nur eines Hauptangebots: Angabe in der Bekanntmachung oder in der Aufforderung zur Interessenbestätigung.
- § 8 EU Abs. 2 Nr. 5: AG hat an zentraler Stelle der Vergabeunterlagen abschließend alle Unterlagen i.S.v. § 16 a EU Abs. 1 anzugeben (mit Ausnahme von Produktangaben).
→ Es bedarf also einer **Auflistung aller geforderten Erklärungen.**

VOB/A Abschnitt 2 in der Fassung 2019

Überblick über die Änderungen im Abschnitt 2

§ 13 EU - Form und Inhalt der Angebote/ § 14 EU – Öffnung der Angebote

- § 13 EU Abs. 1: Angebotsform: Grundsätzlich Textform (e-Vergabe), ausnahmsweise strengere elektronischen Formen (Signaturen; Siegel)
- § 13 EU Abs. 3: **Werden mehrere Hauptangebote abgegeben, muss jedes aus sich heraus zuschlagfähig sein**; jedes muss formgerecht eingereicht werden.
→ An sich eine Selbstverständlichkeit, die im Übrigen für Nebenangebote ebenso gilt.
- § 14 EU (Niederschrift über die Angebotsöffnung): in Textform unter Nennung der beiden Vertreter, die die Öffnung vorgenommen haben.



VOB/A Abschnitt 2 in der Fassung 2019

Überblick über die Änderungen im Abschnitt 2

§ 16 EU – Ausschluss von Angeboten

- § 16 EU Nr. 3: Ausschluss, wenn Angebot nicht die geforderten Unterlagen enthält und Nachforderung von Unterlagen ausgeschlossen wurde (was nunmehr möglich ist).
- § 16 EU Nr. 6: Ausschluss, bei Abgabe mehrerer nicht zugelassener Hauptangebote.
- § 16 EU Nr. 8: Ausschluss von Hauptangeboten, die nicht aus sich heraus zuschlagfähig sind.



VOB/A Abschnitt 2 in der Fassung 2019

Überblick über die Änderungen im Abschnitt 2

- Wesentliche Neuerung: **§ 16 a EU VOB/A – Nachforderung von Unterlagen!**
- Nachfordern von Unterlagen (entspricht weitgehend, aber nicht vollständig dem § 56 VgV) und gilt nur für Unterlagen, die mit dem Angebot oder Teilnahmeantrag vorgelegt werden mussten.
- Nachfordern von Preisangaben (entspricht weitgehend § 56 Abs. 3 VgV).



Themen heute


- Überblick über die Rechtsgrundlagen
- Die neue VOB/A Abschnitt 2 im Überblick
- **Die neue VOB/A Abschnitt 1 im Überblick**
- Nachfordern von Unterlagen nach der neuen VOB/A
- Aktuelle Rechtsprechung



VOB/A Abschnitt 1 in der Fassung 2019

Überblick über die Änderungen aus Abschnitt 2, die auch im Abschnitt 1 übernommen worden sind


- § 8 Abs. 4: Festlegung, dass nur ein Hauptangebot zugelassen ist
- § 8 Abs. 5: AG hat an zentraler Stelle der Vergabeunterlagen abschließend alle Unterlagen i.S.v. § 16 a Abs. 1 anzugeben, mit Ausnahme von Produktangaben. Es bedarf also einer Auflistung aller geforderten Erklärungen.



Rechtsrahmen unterhalb der EU-Schwellenwerte – VOB/A Abschnitt 1 in der Fassung 2019

Überblick über die Änderungen aus Abschnitt 2, die auch im Abschnitt 1 übernommen worden sind

- § 13 EU Abs. 1 wurden *mit Abweichung* übernommen: Angebotsform ist Schriftform oder Textform oder Angebote mit qualifizierter Signatur oder Siegel.
→ (Weiterhin) **Kein Vorrang der elektronischen Angebotsabgabe.**
- Änderungen in § 13 EU Abs. 3 (mehrere Hauptangebote und Form) wurden in § 13 Abs. 3 übernommen.
- Änderungen in § 14 EU (Niederschrift über Öffnung) wurden in § 14 übernommen.
- Änderungen in § 16 EU wurden in § 16 übernommen.
- Neufassung in § 16 a EU wurde in § 16 a übernommen.




Rechtsrahmen unterhalb der EU-Schwellenwerte – VOB/A Abschnitt 1 in der Fassung 2019

Überblick über weitere Änderungen im Abschnitt 1

§ 3a - Zulässigkeitsvoraussetzungen (Wahl der Verfahrensart)

- § 3a Abs. 1 S.1 VOB/A 2019 - **Wahlrecht zwischen der öffentlichen Ausschreibung und der beschränkten Ausschreibung mit Teilnahmewettbewerb;**
Neufassung des Katalogs, wann eine beschränkte Ausschreibung ohne Teilnahmewettbewerb zulässig ist (Folgeänderung)
- § 3a Abs. 4: Möglichkeit eines „Direktauftrags“ bis zu einem voraussichtlichen Auftragswert von 3.000 € (ohne USt.).
→ aber: Haushaltsgrundsätze der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit beachten



Rechtsrahmen unterhalb der EU-Schwellenwerte – VOB/A Abschnitt 1 in der Fassung 2019

Überblick über weitere Änderungen im Abschnitt 1

- Sonderwertgrenze für freihändige Vergabe und beschränkte Ausschreibung ohne Teilnahmewettbewerb befristet bis 31.12.2021:

Anhebung der Wertgrenzen für Bauleistungen zu **Wohnzwecken** im Hinblick auf Freihändige Vergaben (bis Euro 100.000) und Beschränkte Ausschreibungen ohne TW (bis Euro 1 Mio.), vgl. § 3a Abs. 2 Nr. 1 Fußnote 1 VOB/A 2019 bzw. § 3a Abs. 3 S. 2 Fußnote 2 VOB/A 2019).




Rechtsrahmen unterhalb der EU-Schwellenwerte – VOB/A Abschnitt 1 in der Fassung 2019

Überblick über weitere Änderungen im Abschnitt 1

§ 6a – Eignungsnachweise


- § 6a Abs. 1 S. 2: Klarstellung, dass die Grundsätze der Selbstreinigung auch für Abschnitt 1 gelten (Harmonisierung zu VOB/A Abschnitt 2).
- § 6 a Abs. 2 Nr. 2: Referenzen (stets aus den letzten 5 Jahren) und *ausnahmsweise* zur Sicherstellung eines ausreichenden Wettbewerbs auch Referenzen, die mehr als 5 Jahre zurückliegen.
- § 6a Abs. 5: Der Nachweis der Eignung wird bis zu einem Auftragswert von 10.000 € unter bestimmten Voraussetzungen erleichtert.



Rechtsrahmen unterhalb der EU-Schwellenwerte – VOB/A Abschnitt 1 in der Fassung 2019

Überblick über weitere Änderungen im Abschnitt 1 § 12 – Auftragsbekanntmachung

- Bekanntmachungen wie bisher oder in frei zugänglichen
(*" unentgeltlich nutzbaren und direkt zugänglichen "*) Internetportalen
- weitere Angaben zum Inhalt der Bekanntmachung, u.a. Angabe der
Bindefrist



Rechtsrahmen unterhalb der EU-Schwellenwerte – VOB/A Abschnitt 1 in der Fassung 2019

Überblick über weitere Änderungen im Abschnitt 1

- § 16 b Eignung: Möglichkeit, die Angebotsprüfung vor die Eignungsprüfung zu “ziehen”
- § 16 d: Angleichung der Wertung, der Zuschlagkriterien etc. an die Rechtslage oberhalb der EU-Schwellenwerte:
 - Angabe der Zuschlagkriterien in Bekanntmachung oder Vergabeunterlagen
 - Organisation und Qualifikation des ausführenden Personals als Zuschlagkriterium (*wenn erheblicher Einfluss auf das Niveau der Auftragsausführung*)
 - Es können Festpreise festgelegt werden -> “reiner” Qualitätswettbewerb



Themen heute

- Überblick über die Rechtsgrundlagen
- Die neue VOB/A Abschnitt 2 im Überblick
- Die neue VOB/A Abschnitt 1 im Überblick
- **Nachfordern von Unterlagen nach der neuen VOB/A**
- Aktuelle Rechtsprechung



Nachfordern von Unteralgen - § 16a und § 16a EU

Grundzüge zu § 16 a

- Die Regelung betrifft das Nachfordern bzw. Berichtigen von Unterlagen und fehlenden Preisangaben.
- Der AG kann das Nachfordern generell ausschließen (§ 16a Abs. 3), und zwar sowohl bzgl. Preisen als auch Unterlagen.
- Schließt er das Nachfordern nicht aus, muss er nachfordern (anders als in der VgV und UVgO).



Nachfordern von Unterlagen - § 16a und § 16a EU

Welchen Erklärungen und Nachweise sind solche i. S. v. § 16 a?

- Nur Erklärungen, die mit dem Angebot oder dem Teilnahmeantrag vorzulegen sind. gilt nicht für Unterlagen, die nur auf gesondertes Verlangen vorgelegt werden müssen.
- Unternehmensbezogene Erklärungen (Eignungsnachweise und Erklärungen)
- Leistungsbezogene Erklärungen (einschließlich Produktangaben); auch wenn sie für die Wirtschaftlichkeit des Angebots relevant sind.
- fehlende Preisangaben grundsätzlich nicht nachforderungsfähig;
Ausnahme: Preisangabe fehlt lediglich in unwesentlichen Positionen und kein Einfluss auf den Wettbewerb und die Bieterreihenfolge (im Hinblick auf den Preis!)



Nachfordern von Unteralgen - § 16a und § 16a EU

Sachverhalt:

Ein AG schreibt Außenputzarbeiten auf Grundlage der VOB/A aus. Zuschlagkriterium ist ausschließlich der Preis. Im Angebot des Bieters A fehlen bei einigen Positionen mit Angebotsabgabe geforderte Fabrikatsangaben. Der AG fordert A auf, die fehlenden Angaben innerhalb von sechs Kalendertagen nachzureichen, was er vollständig und fristgemäß macht. Ein anderer Bieter (B) ist mit der vorgesehenen Beauftragung des A nicht einverstanden. Kann der Zuschlag an A erteilt werden?



Nachfordern von Unteralgen - § 16a und § 16a EU

- Nach der VOB/A 2016 war es streitig, ob diese Unterlagen (Produktangaben) nachgefordert werden können (keine Nachforderung möglich: VK Thüringen, Beschl. v. 12.04.2013, 250-4002-2400/2013-E-008-SOK; OLG Dresden, Beschl. v. 21.02.2012, Verg 1/12).
- Diese Ansicht lässt sich im Rahmen der VOB/A 2019 nicht länger aufrecht erhalten. In § 16 a VOB/A ist nunmehr ausdrücklich erklärt, dass auch Fabrikatsangaben nachgefordert werden müssen.
- Dies gilt sogar, wenn die Fabrikatsangaben/Konzepte o.ä. wertungsrelevant sind, weil ein Zuschlagkriterium auf die Qualität dieser Konzepte abstellt.



Nachfordern von Unteralgen - § 16a und § 16a EU

Voraussetzung: Fehlen, Unvollständigkeit und Fehlerhaftigkeit

- Unternehmensbezogene Unterlagen
 - fehlen
 - sind unvollständig
 - sind fehlerhaft
- Leistungsbezogene Erklärungen (einschließlich Produktangaben)
 - fehlen
 - sind unvollständig
 - keine Nachforderungsmöglichkeit: fehlerhafte Angaben

Nachfordern von Unteralgen - § 16a und § 16a EU

Rechtsfolge:

- AG muss die Erklärung nachfordern, innerhalb angemessener Frist, die *in der Regel* sechs Kalendertage nicht überschreiten soll (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 03.04.2019 - Verg 49/18: Die Sechs-Tage-Vorlagefrist des § 16a EU Satz 2 VOB/A 2016 ist auch für den Auftraggeber eine verbindliche Höchstfrist. Dies ist in der Neufassung (VOB/A 2019) nicht mehr der Fall, weil nunmehr bestimmt ist, dass die Frist angemessen sein muss und in der Regel 6 Tage nicht überschreiten soll)
- Reicht der Bieter die Erklärung nicht innerhalb der gesetzten Frist ein, muss sein Angebot ausgeschlossen werden.



Themen heute

- Überblick über die Rechtsgrundlagen
- Die neue VOB/A Abschnitt 2 im Überblick
- Die neue VOB/A Abschnitt 1 im Überblick
- Nachfordern von Unterlagen nach der neuen VOB/A
- **Aktuelle Rechtsprechung**



Nebenangebot

Sachverhalt:

Gemeinde A schreibt Leistungen aus. Dabei wurden hinsichtlich der einzelnen Teilobjekte Rohrsysteme mit verschiedenen Rohrmaterialien vorgegeben. Nebenangebote sind zugelassen.

Der Bieter A hat ein Nebenangebot abgegeben, das eine alternative Ausführungsvariante hinsichtlich der Außengebietsentwässerung enthält. Dieses sah vor, anstelle des ausgeschriebenen Rohrmaterials ein anderes Material zu verwenden, das der AG nur für die anderen Teilobjekte festgelegt hatte.

Der unterlegene Bieter (B) rügte die Berücksichtigung des Nebenangebots und führte aus, dass es einen Vergabeverstoß darstelle, wenn ein Nebenangebot mit einem billigeren Material, das nicht im Leistungsverzeichnis gefordert wurde, den Zuschlag erhalte.



Nebenangebot

VK Thüringen, Beschluss vom 15.04.2019 - 250-4002-11116/2019-N-002-HBN

- Voraussetzung für die inhaltliche Prüfung der Nebenangebote ist, dass sie inhaltlich klar sind. Bieter haben die Leistung eindeutig und erschöpfend zu beschreiben, so dass der Auftraggeber klar und eindeutig erkennen kann, welche Leistungen Inhalt sind.
- Enthält die Leistungsbeschreibung zu einer Position konkrete technische Festlegungen, sind diese auch bei der Erstellung eines Nebenangebots zu berücksichtigen
- Bieter hat letztlich „Gleichwertigkeit“ beschreiben



e-Vergabe

Sachverhalt:

Gemeinde A beschafft Aufzüge. Angebote dürfen ausschließlich in elektronischer Form eingereicht werden. Sie schreibt vor, dass den Angeboten ein ausgefülltes Preisblatt im PDF-Format beizufügen ist. Die Angebotsfrist endete am 16.10.2018, 16.00 Uhr. Ein Bieter übersendet sein Angebot um 15.59 Uhr. Die vom AG geforderten Anlagen (insbesondere das Preisblatt) sind nicht angefügt. Den Login-Daten ist zu entnehmen, dass der Bieter ab 15.53 Uhr vergeblich versuchte, PDF-Formulare hochzuladen.

Der AG hat das Angebot insbesondere wegen des nicht beigefügten Preisblatts ausgeschlossen. Untersuchungen zur Frage, warum das Angebot nicht rechtzeitig vollständig übermittelt werden konnte, sind unterblieben. War der Ausschluss rechtmäßig?



e-Vergabe

VK Westfalen, Beschluss vom 20.02.2019 - VK 1-40/18 (nicht rechtskräftig)

Vor einem Ausschluss hätte die Gemeinde prüfen müssen, ob nicht ein Fehler des Vergabeportals für die Probleme beim Hochladen der PDF-Formulare verantwortlich war.

Daraus ist eine Verpflichtung abzuleiten, aufzuklären, ob die Ursache der Unvollständigkeit der Einflussosphäre des Auftraggebers zuzurechnen ist.

Der Einflussosphäre des Auftraggebers sind auch Vergabeportal und Bietertool der vom Auftraggeber gewählten E-Vergabe-Lösung zuzurechnen.



Nachfordern von Unterlagen

Sachverhalt:

Der AG schrieb die Vergabe von Leistungen aus. In der EU-Bekanntmachung heißt es zur Eignung: *"Eignungskriterien gemäß Auftragsunterlagen"*. Die Angebotsaufforderung, die mit den übrigen Vergabeunterlagen über einen Link in der Bekanntmachung abgerufen werden konnte, enthielt die Vorgabe, dass zum Nachweis der Eignung ein "aktuelles" polizeiliches Führungszeugnis des Leiters des Büros des Bieters vorzulegen sei. Bieter A reichte ein abgelaufenes bzw. veraltetes Führungszeugnis ein. Der AG forderte den Bieter zur Nachreichung innerhalb von acht Tagen auf und verlängerte in diesem Zeitraum die Frist um weitere etwa zwei Wochen. Fünf Tage vor Ablauf der neuen Frist hat A die Unterlagen, u.a. ein aktuelles Führungszeugnis nachgereicht.



Nachfordern von Unterlagen

OLG München, Beschluss vom 27.07.2018 - Verg 2/18

- Es handelt sich um eine fehlende Unterlage. Unterlagen, die in rein formaler Hinsicht nicht den Vorgaben entsprechen, zählen zu den "fehlenden" Unterlagen. Das Manko des Dokuments bezieht allein auf das Datum, quasi auf dessen "Gültigkeitsdauer". Insofern hat das zunächst eingereichte Führungszeugnis den formalen, sofort ohne inhaltliche Prüfung erkennbaren Mangel, dass es "nicht aktuell" ist.
- Der AG durfte die einmal bestimmte Frist auch während ihres Laufs verlängern, wenn dafür ein sachlicher Grund - hier der anstehende Urlaub des Geschäftsführers des B - vorliegt (zukünftig auch im Bereich der VOB/A?)



Nachfordern von Unterlagen - § 16a und § 16a EU – Folie ergänzt

OLG München, Beschluss vom 27.07.2018 - Verg 2/18

- Der Eignungsnachweis wurde schon nicht wirksam gefordert, weil die Eignungsnachweise in der Bekanntmachung selbst (oder jedenfalls über einen konkreten Link zwischen der Zeile in der Bekanntmachung und dem konkreten Dokument mit den Eignungsanforderungen) angegeben werden müssen. – offengelassen vom OLG.
- Es erscheint unter dem Gesichtspunkt der Bestimmtheit durchaus fraglich, ob die Forderung nach einem "aktuellen" Zeugnis rechtmäßig ist

Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit

Ihr Ansprechpartner

Dr. Jan Mädler

Mozartstraße 10, 04107 Leipzig

Tel +49 341 21378-12

maedler@redeker.de



Rechtsanwälte, Partnerschaftsgesellschaft mbB, Sitz Bonn, Essen PR 1947



Berlin · Bonn · Brüssel · Leipzig · London · München

www.redeker.de

REDEKER | SELLNER | DAHS

Berlin

Leipziger Platz 3
10117 Berlin
Tel +49 30 885665-0
Fax +49 30 885665-99
berlin@redeker.de

Bonn

Willy-Brandt-Allee 11
53113 Bonn
Tel +49 228 72625-0
Fax +49 228 72625-99
bonn@redeker.de

Brüssel

172, Av. de Cortenberg
1000 Brüssel
Tel +32 2 74003-20
Fax +32 2 74003-29
bruessel@redeker.de

Leipzig

Mozartstraße 10
04107 Leipzig
Tel +49 341 21378-0
Fax +49 341 21378-30
leipzig@redeker.de

London

4 More London Riverside
London SE1 2AU
Tel +44 20 740486 41
Fax +44 20 743003 06
london@redeker.de

München

Maffeistraße 4
80333 München
Tel +49 89 2420678-0
Fax +49 89 2420678-69
muenchen@redeker.de

Rechtsanwälte, Partnerschaftsgesellschaft mbB, Sitz Bonn, Essen PR 1947



Berlin · Bonn · Brüssel · Leipzig · London · München

www.redeker.de

REDEKER | SELLNER | DAHS