



NEWSLETTER: Vergaberecht

1. Jahrgang – Ausgabe 3/2010
info@sammlerusinger.com

Die neue Vergabeverordnung (VgV)

Da durch das Gesetz zur Modernisierung des Vergaberechts vom 20.04.2009 zahlreiche Bestimmungen, die sich vormals in der VgV befanden, ins GWB integriert wurden, liegt die Hauptfunktion der VgV nunmehr in ihrer Scharnierfunktion zu den einzelnen Verdingungsordnungen. Die Neuregelungen haben überwiegend klarstellenden, redaktionellen Charakter. Dies gilt auch für die Anpassung der Schwellenwerte, da diese bereits zum 01.01.2010 unmittelbar durch die Verordnung (EG) Nr. 1177/2009 eingeführt wurden. Einer Umsetzung in nationales Recht bedurfte es insoweit nicht.

Die einzige relevante inhaltliche Neuerung liegt darin, dass in §§ 4 und 6 VgV nunmehr – in Umsetzung der europäischen Energieeffizienzrichtlinie (2006/32/EG) – der Gedanke der sog. „grünen Beschaffung“ im Oberschwellenbereich stärker hervorgehoben werden soll: Beim Kauf technischer Geräte und Ausrüstung oder aber bei der Lieferung solcher Geräte und Ausrüstung als Bestandteil von Bauleistungen sind künftig vom Bieter im Rahmen der technischen Anforderungen Angaben zum Energieverbrauch zu fordern. Für den Baubereich gilt allerdings die Ausnahme, dass dies dann nicht gelten soll, wenn die auf dem Markt angebotenen Geräte und Ausrüstungen sich

im rechtlich zulässigen Energieverbrauch nur unwesentlich unterscheiden. Wieso sich diese – auf Wunsch des Bundesrates quasi in letzter Sekunde eingefügt – Ausnahme nur auf Lieferungen, die Bestandteil von Bauleistungen sind und nicht auf alle Lieferungen technischer Geräte und Ausrüstungen beziehen soll, ist nicht nachvollziehbar.

Zudem regelt die VgV neu, dass die Frage des Energieverbrauchs im Rahmen der Wertung bei der Entscheidung über den Zuschlag berücksichtigt werden kann.

Auswirkungen auf die Praxis

Die wesentliche praktische Relevanz der neuen VgV liegt darin, dass sie die neuen Verdingungsordnungen in Kraft setzt. Darüber hinaus ist nicht zu erwarten, dass sich im Zusammenhang mit den Neuregelungen der VgV selbst spürbare praktische Auswirkungen ergeben. Dies gilt auch für die Neuerungen im Bereich der Energieeffizienz. Energieverbrauch und Lebenszykluskosten sind wesentliche Wirtschaftlichkeitsfaktoren. Wirtschaftlich agierende Auftraggeber mussten sie daher auch bisher schon bei den technischen Angaben abfragen und in der Wertung berücksichtigen.

>SEITE 2

EDITORIAL

Am 10. Juni 2010 wurde die Änderung der Vergabeverordnung (VgV) im Bundesgesetzblatt verkündet. Sie trat einen Tag später, also am 11. Juni 2010 in Kraft und mit ihr die neu gefassten 2. Abschnitte der VOB/A und VOL/A sowie die Neufassung der VOF. Durch Anwendungserlasse der zuständigen Ministerien wurden schließlich ebenfalls zum 11. Juni die novellierten ersten Abschnitte von VOB/A und VOL/A für anwendbar erklärt.

Nach der in § 23 VgV enthaltenen Übergangsbestimmung können noch bis zu drei Monate nach Inkrafttreten der VgV begonnene Kartellvergabeverfahren, bei denen eine elektronische Angebotsabgabe zugelassen ist, nach den bis dahin geltenden Verfahrensvorschriften abgewickelt werden, wenn dies in der Bekanntmachung festgelegt ist. Hintergrund dieser auf elektronische Vergabeverfahren beschränkten Übergangsfrist ist der Umstand,

dass der Normgeber davon ausging, dass die mit Inkrafttreten der VgV notwendige Umprogrammierung der Vergabesoftware einen gewissen Zeitraum in Anspruch nehmen und man daher ohne Übergangsfrist elektronische Vergaben für eine gewisse Zeit blockieren würde. Für alle anderen, ab dem 11. Juni 2010 beginnenden, nicht-elektronischen Vergabeverfahren sind die Neuregelungen von VOL/A, VOB/A, VOF und VgV unmittelbar anwendbar.

Damit ist die bereits im Jahr 2006 eingeleitete Novellierung des Vergaberechts nach einem mehrjährigen, äußerst langwierigen Prozess nun endlich – bis nur nächsten, im Koalitionsvertrag bereits angekündigten Novelle – abgeschlossen.

Wir möchten Ihnen im Folgenden einen Überblick über die aus unserer Sicht wesentlichen Neuerungen in der VgV und dem jeweils zweiten Teil der VOL/A und VOB/A geben.

Die neue Vergabe- und Vertragsordnung für Leistungen (VOL/A)

Ziel der Reform war eine Verschlankung und Vereinfachung der Vergabeverfahren sowie Einsparungen bei Bürokratiekosten. Jedenfalls auf den ersten Blick ist dies für den Bereich der VOL/A gelungen: Die Vergabe- und Vertragsordnung für Leistungen, wie sie nunmehr heißt, wurde von 30 auf 24 Paragraphen zusammengestrichen.

Erleichterungen bei den Eignungsnachweisen

Die Eignungsprüfung war bislang einer der größten Kostentreiber auf Bieterseite. Die Beschaffung einer Vielzahl u.U. beglaubigter und übersetzter Auskünfte, Nachweise und Dokumente belastete die Bieter und hielt eventuell auch manches Unternehmen gleich von der Teilnahme an öffentlichen Vergabeverfahren fern. Nachdem bereits im September vergangenen Jahres mit der Einrichtung einer Präqualifizierungsdatenbank (Zugang zur Datenbank unter: <https://www.pq-vol.de/info>) die Voraussetzungen dafür geschaffen wurden, Eignungsnachweise, die auftragsunabhängig durch ein allgemeines Präqualifizierungsverfahren erworben wurden, zuzulassen, findet sich diese bereits durch die GWB-Novelle 2009 vorbereitete Neuerung nun auch in § 7 Abs. 4 EG VOL/A 2009.

Darüber hinaus sieht die VOL/A 2009 nunmehr vor, dass der Auftraggeber grundsätzlich nur noch **Eigenerklärungen** verlangen darf (§ 7 Abs. 1 EG). Die Forderung anderer Nachweise als Eigenerklärungen, d.h. etwa die Vorlage beglaubigter Behördenauskünfte, ist nur ausnahmsweise zulässig und vom Auftraggeber in der Vergabe-Dokumentation zu begründen. Andererseits sieht § 7 EG selbst in den nachfolgenden Absätzen eine Reihe von Drittauskünften, die von den Bietern regelmäßig verlangt werden können, wie etwa Bankauskünfte zum Nachweis der wirtschaftlichen und finanziellen Leistungsfähigkeit, vor. Dass derartige Fremdauskünfte weiter als Kann-Nachweise genannt werden, entbindet den Auftraggeber aus unserer Sicht jedoch nicht davon, sich in jedem Einzelfall zu überlegen, ob er entsprechende Auskünfte tatsächlich benötigt und seine jeweilige Entscheidung im Vergabevermerk zu dokumentieren. Nur so kann die beabsichtigte Entlastung der Bieter verlässlich erreicht werden.

Nachforderung von Nachweisen und Erklärungen

Nicht nur auf der Ebene der Nachweisforderungen in Bekanntmachung oder Aufforderung zur Angebotsabgabe, sondern auch auf der Ebene der Angebotsprüfung gibt es künftig Erleichterungen durch die neu geschaffene Möglichkeit der **Nachforderung fehlender Nachweise und Erklärungen** (§ 19 Abs. 2 EG). Die VOL/A 2009 sieht vor, dass Erklärungen und Nachweise, die auf Anforderung der Auftraggeber bis zum Ablauf der Angebotsfrist nicht vorgelegt wurden, bis zum Ab-

lauf einer zu bestimmenden Nachfrist nachgefordert werden können. Damit wird dem Auftraggeber nun die Möglichkeit gegeben, an sich wirtschaftliche Angebote geeigneter Bieter vor einem Ausschluss aus rein formalen Gründen, der bislang für beide Seiten häufig ein äußerst unbefriedigendes Ergebnis war, zu bewahren. Die Möglichkeit der Nachforderung gilt allerdings ausdrücklich nicht für **fehlende Preisangaben**, außer es handelt sich um unwesentliche Einzelpositionen, deren Einzelpreise den Gesamtpreis nicht verändern oder die Wertungsreihenfolge und den Wettbewerb nicht beeinträchtigen (§19 Abs. 2 S. 2 EG).

Die neu geschaffene Regelung zur Nachforderung einzelner Nachweise ist grundsätzlich zu begrüßen, gibt der Beschafferseite aber auch im Einzelnen noch einige Fragen auf: Da es sich bei der Regelung in § 19 EG um eine Kann-Bestimmung handelt, steht die Nachforderung im Ermessen des Auftraggebers. Bei dieser Ermessensausübung ist der Gleichheitssatz zu beachten. Weiter stellt sich die Frage, ob es in Einzelfällen zu einer Ermessensreduktion auf Null kommen kann. Schließlich dürfte eine Nachforderung dann ausgeschlossen sein, wenn sich der Auftraggeber durch seine eigenen Beschaffungsbedingungen zuvor – wie dies bislang häufig anzutreffen war – dahingehend gebunden hat, dass alle Angaben zwingend bis zur Angebotsabgabe vorzuliegen haben und ansonsten ein Angebotsausschluss erfolgt.

Bei der als Unterausnahme vorgesehenen Möglichkeit der Nachforderung von Preisangaben stellt sich die Frage, woher der öffentliche Auftraggeber verlässlich wissen will, ob die fehlenden Einzelpreise, die ihm ja gerade unbekannt sind, bei ihrer Nachreichung die Wertungsreihenfolge ändern würden. Unklar ist auch, was passiert, wenn der nachgeforderte Preis die Wertungsreihenfolge – anders als zunächst angenommen – dann doch verändert. Vermutlich ist das Angebot dann auszuschließen, weil der Preis eigentlich nicht hätte nachgefordert werden dürfen. Verbindliche Antworten wird hier allerdings erst die künftige Rechtsprechung zu § 19 EG geben können.

Wegfall der Regelungen zum ungewöhnlichen Wagnis

Aus Sicht der Bieter von besonderer Bedeutung ist der Wegfall der Regelung zum Verbot eines ungewöhnlichen Wagnisses zu Lasten der Bieter (vgl. § 8 Nr. 1 Abs. 3 VOL/A 2006). Dabei handelte es sich um eine Vorschrift, die dazu dienen sollte, die Bieter vor der Gefahr zu schützen, dass Ihnen die Verantwortung für Umstände übertragen wird, die außerhalb ihrer Risiko- und auch ihrer Einfluss-Sphäre liegen und deren Auswirkungen auf die Preise und Fristen nicht abschätzbar sind. Dem lag auch der Gedanke zugrunde, dass die öffentliche Hand aufgrund ihrer Marktmacht Bietern ansonsten in bestimmten Bereichen die Vertragsklauseln diktieren und ihnen unverhältnismäßige Bedingungen auferlegen könnte.

Wieso diese Erwägungen nun für den Bereich der VOL/A – ebenso wie übrigens seit verganginem Jahr für den gesamten Sektorenbereich – nicht mehr, wohl aber weiterhin für Bauleistungen, für die die VOB/A 2009 immer noch eine Regelung zum ungewöhnlichen Wagnis enthält, gelten sollen, ist nicht nachvollziehbar. Es ist auch fraglich, ob mit der Streichung der Regelung tatsächlich Einspareffekte für die öffentliche Hand verbunden sind. Zum einen ist nicht auszuschließen, dass Bieter derartige ungewöhnliche Wagnisse über Risikozuschläge „einpreisen“ werden. Zum anderen könnten findige Bieter im Einzelfall versuchen, unangemessene Benachteiligungen in den Vertragsbedingungen über das AGB-Recht und Risiken, die sich aus Unklarheiten in den Verdingungsunterlagen ergeben, über den Transparenzgrundsatz abzuwehren.

Regelungen für den Einsatz von Unterauftragnehmern

Entfallen sind auch die Vorgaben, die ein Auftragnehmer bisher beim Einsatz von Unterauftragnehmern einzuhalten hatte (§ 10 Ziff. 1 a – c) VOL/A 2006). So musste er bei der Unterauftragsvergabe nach wettbewerblichen Gesichtspunkten verfahren und durfte dem Unterauftragnehmer insgesamt keine ungünstigeren Bedingungen stellen als zwischen ihm und dem Auftraggeber vereinbart waren. Die VOL/A 2009 beschränkt sich nun darauf, den Auftragnehmer bei der Unterauftragsvergabe dazu zu verpflichten, die Regeln über die Berücksichtigung mittelständischer Interessen einzuhalten (§ 10 EG). Ob dadurch dasselbe Schutzniveau für kleine und mittelständische Unternehmen wie bisher erreicht wird, bleibt abzuwarten.

Kostenlose eVergabe?

Die VOL/A 2009 enthält in § 6 EG eine Neuregelung, die sich wie eine Selbstverständlichkeit liest und doch nicht unerheblichen Sprengstoff birgt: „Von den Bewerbern und Bietern dürfen Entgelte für die Durchführung der Vergabeverfahren nicht erhoben werden“ heißt es dort. Grundsätzlich wurden auch bisher für die Durchführung von Vergabeverfahren selbst keine Entgelte erhoben. Lediglich für die Vervielfältigung von Verdingungsunterlagen durfte Kostenersatz verlangt werden. Etwas anderes galt lediglich für den Bereich der eVergabe, auf den die Neuregelung in § 6 EG nach den Vorstellungen des Bundeswirtschaftsministeriums ausdrücklich abzielt. Für die Nutzung von eVergabepattformen sah das Geschäftsmodell bislang so aus, dass die Einrichtung für die öffentlichen Auftraggeber relativ günstig erfolgte und sich die privaten Anbieter solcher Plattformen über Nutzungsentgelte der Bieter refinanzierten. Dies soll nun unzulässig sein. Es bleibt abzuwarten, ob die damit notwendigerweise verbundene erhöhte Kostenbelastung der öffentlichen Hand deren Begeisterung für elektronische Beschaffungsverfahren bremst oder aber ob sich Plattformbetreiber und Auftraggeber gemeinsam neue

Geschäftsmodelle ausdenken, mit denen die Kostenlast im Ergebnis doch wieder auf die Bieter abgewälzt werden kann.

Auswirkungen auf die Praxis

Praktische Auswirkungen sind im Oberschwellenbereich v.a. durch die Neuregelungen zur Erbringung und zum Nachreichen von Eignungsnachweisen und sonstigen Erklärungen und Nachweisen zu erwarten. Auch wenn insbesondere die Vorschriften zur Nachforderung von Nachweisen und Preisangaben im Einzelnen noch Tücken aufweisen, bringt die VOL/A hier dennoch sowohl für Bieter als auch für öffentliche Auftraggeber Erleichterungen mit sich und befreit Vergabeverfahren von formellem Ballast.

Die neue Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen (VOB/A)

Auch im Bereich der VOB/A wurde die Anzahl der Paragraphen deutlich reduziert – im 2. Abschnitt von 33 auf 23. Obwohl es eigentlich auch zu den Vereinfachungszielen der Novelle gehörte, die Regelungen von VOB/A und VOL/A aneinander anzugleichen, sind die Änderungen der VOB/A zwar ähnlich wie die der VOL/A, weichen aber im Einzelnen auch nicht unerheblich voneinander ab. Neben der oben bereits erwähnten Fortgeltung der Regelung zum ungewöhnlichen Wagnis und einigen bauspezifischen Neuregelungen, etwa zu Bedarfspositionen, wurde auch der maßgebliche Teil der Novelle, die Neufassung der Normen zu Eignungsnachweisen und der Nachforderung von Nachweisen und Preisangaben im Detail anders ausgestaltet.

Erleichterung bei den Eignungsnachweisen

Die Bedeutung des für den Baubereich bereits seit längerem bestehenden **Präqualifikationsverfahrens** soll nach den Vorstellungen des Bundesministeriums für Verkehr, Bau und Stadtentwicklung dadurch betont und verstärkt werden, dass zum einen bei der Aufzählung der Eignungsnachweise nunmehr der Rückgriff auf die Eintragung im Präqualifikationsverzeichnis an erster Stelle steht und zum anderen die regelmäßig abzufordernden Eignungsnachweise genau den im Präqualifikationsverzeichnis hinterlegten Angaben entsprechen (§ 6 Abs. 3 Ziff. 2).

Der Eignungsnachweis kann aber auch weiterhin durch Einzelnachweise erbracht werden. Ebenso wie im VOL-Bereich soll das Nachweisverfahren auch bei VOB-Vergaben dadurch erleichtert werden, dass der Auftraggeber vorsehen kann, dass für einzelne Angaben Eigenerklärungen ausreichend sind (§ 6 Abs. 3 Ziff. 2 S. 3). Die Regelung ist jedoch als reine Kann-Vorschrift schwächer ausgestaltet als die vergleichbare

Norm der VOL/A, die die Eigenerklärung als Regelfall vorgibt. Auch enthält die VOB/A keinen ausdrücklichen Hinweis auf Dokumentationspflichten für den Fall, dass der Auftraggeber andere Nachweise als Eigenerklärungen verlangt. Schließlich sieht die VOB/A 2009 vor, dass die Eigenerklärungen von den Bietern, die in die engere Wahl kommen, durch entsprechende Bescheinigungen der zuständigen Stellen zu bestätigen sind.

Erleichtert werden soll zudem die **Nachweisführung beim Einsatz von Nachunternehmern**. Die ursprüngliche Regelung der VOB/A 2006 wurde so interpretiert, dass alle Fähigkeiten der Nachunternehmer zugleich mit der Angebotsabgabe nachzuweisen seien. § 6 a Abs. 10 VOB/A 2009 sieht dagegen nunmehr vor, dass es ausreicht, wenn der Nachweis nur von den Bietern, die in die engere Wahl kommen, innerhalb einer vom Auftraggeber zu setzenden Frist erbracht wird.

Nachforderung von Nachweisen und Erklärungen

Auch in die VOB/A wurden im Interesse eines umfassenden Wettbewerbs Regelungen zur Nachreichung fehlender Erklärungen und Nachweise aufgenommen, um zu verhindern, dass Angebote aus rein formalen Gründen ausgeschlossen werden und dadurch die Anzahl der am Wettbewerb teilnehmenden Angebote reduziert wird.

Das **Fehlen von Nachweisen oder Erklärungen** ist dann kein Grund für einen Angebotsausschluss mehr, wenn Bieter die entsprechenden Nachweise und Erklärungen innerhalb einer Frist von maximal sechs Kalendertagen nachreichen (§ 16 Abs. 1 Ziff. 3). Werden die Erklärungen und Nachweise nicht innerhalb der Frist vorgelegt, ist das Angebot auszuschließen. Anders als in der VOL/A steht die Nachforderung von Nachweisen und Erklärungen in der VOB/A nicht im Ermessen des Auftraggebers. Die fehlenden Nachweise und Erklärungen sind zwingend nachzufordern.

Auch Angebote, bei denen lediglich in einer **einzelnen unwesentlichen Position die Preisangabe fehlt**, können nach der neuen VOB/A gewertet werden. Diese Möglichkeit besteht

aber nur dann, wenn durch die Außerachtlassung dieser Position der Wettbewerb und die Wertungsreihenfolge nicht beeinträchtigt werden (§ 16 Abs. 1 Nr. 1 c). Eine Beeinträchtigung des Wettbewerbs und der Wertungsreihenfolge soll dann nicht angenommen werden, wenn auch bei einer (fiktiven) Wertung der betreffenden Position mit dem höchsten Wettbewerbspreis anstelle der fehlenden Preisangabe keine Veränderung der Wertungsreihenfolge eintritt. Die VOB/A enthält somit eine Lösung für das im VOL-Bereich offen gelassene Problem, wie der Auftraggeber im Vorfeld bestimmen soll, wie sich die Nachreichung der fehlenden Preisposition auf die Wertungsreihenfolge auswirkt.

Wegfall von Bedarfspositionen

Die Regelung zu Bedarfspositionen in Leistungsverzeichnissen wurde zu Lasten des Auftraggebers verschärft. Gem. § 7 VOB/A 2009 sind Bedarfspositionen grundsätzlich nicht in die Leistungsbeschreibung aufzunehmen. Die Neuregelung dient zur Vermeidung möglicher Wettbewerbsverzerrungen, da u.U. je nach Berücksichtigung von Bedarfspositionen durch den Auftraggeber die Bieterreihenfolge nachträglich verändert werden kann.

Auswirkungen auf die Praxis

Auch im Bereich der VOB/A sind oberhalb der Schwellenwerte praktische Auswirkungen v.a. aufgrund der Neuregelungen zur Nachweisführung sowie zur Nachforderung von Nachweisen und Erklärungen zu erwarten. Hier aber ist aus unserer Sicht zu hoffen, dass die Neuregelungen zu Einsparungen auf beiden Seiten sowie zu einer Belebung des Wettbewerbs beitragen.

SAMMLERUSINGER

SAMMLER · VOLHARD · BREN · LANGE · USINGER
RECHTSANWÄLTE · WIRTSCHAFTSPRÜFER · STEUERBERATER
PARTNERSCHAFT

LEIPZIG

Burgplatz 7 | 04109 Leipzig
Telefon: +49 341-21 49-0
Telefax: +49 341-21 49-600

BERLIN

Lennéstraße 1 | 10785 Berlin
Telefon: +49 30-26 39 509-0
Telefax: +49 30-26 39 509-600

Ihre Ansprechpartner:

Dr. Martin Fleckenstein
Telefon: 030-26 39 509-180
martin.fleckenstein@sammlerusinger.com

Dr. Rut Hertzen-Koch M.A.
Telefon: 030-26 39 509-190
rut.hertzen-koch@sammlerusinger.com

Dr. Konstantin Pohlmann
Telefon: 0341-21 49-133
konstantin.pohlmann@sammlerusinger.com

Dr. Tilman Rosse
Telefon: 0341-21 49-131
tilman.rosse@sammlerusinger.com

Impressum:

Sammler Volhard Bren Lange Usinger
Rechtsanwälte Wirtschaftsprüfer Steuerberater
Partnerschaft

Burgplatz 7 · D-04109 Leipzig

Telefon +49 341 2149-0
Telefax +49 341 2149-600

www.sammlerusinger.com
info@sammlerusinger.com

Sammler Volhard Bren Lange Usinger
ist eingetragen im Partnerschaftsregister
des Amtsgerichts Leipzig (PR 68).

USt-ID: DE218661592

Dieser Newsletter enthält nur eine Auswahl von relevanten Themen zum Vergaberecht und ersetzt nicht die Beratung im Einzelfall. Für die Vollständigkeit und Richtigkeit der in diesem Newsletter enthaltenen Informationen wird keine Haftung übernommen.