

# Auftraggeber erhält mehr Freiheiten

**Vergabeordnung für Bauleistungen (VOB):** Am 19. Februar wurde im Bundesanzeiger ein neuer Text der VOB/A, Ausgabe 2019 veröffentlicht. Er umfasst alle drei Abschnitte der VOB/A, also den ersten Abschnitt, die sogenannten Basisparagrafen, die VOB/A-EU im zweiten Abschnitt und die VOB/A-VS im dritten. Die wesentlichen Änderungen zur Vorgängerausgabe betreffen Abschnitt 1.

Dr. Mark von Wietersheim

**G**esetzlich eingeführt wurden VOB/A-EU und VOB/A-VS zum 18.07.2019. Ab wann Abschnitt 1 anzuwenden ist, ergibt sich jeweils aus dem einschlägigen Haushaltsrecht, da er kein Gesetz, sondern Teil des sogenannten Haushaltsvergaberechts ist, in dem es um die Vergabe von Aufträgen mit Auftragswerten unterhalb der EU-Schwellenwerte geht. Für Aufträge des Bundes ist die VOB/A Abschnitt 1 teilweise bereits seit dem 1.3.2019 vorgeschrieben!

## Öffentlich oder beschränkt: Auftraggeber kann jetzt wählen

In § 3a Abs. 1 VOB/A wird die Wahlfreiheit zwischen öffentlicher und beschränkter Ausschreibung mit Teilnahmewettbewerb eingeführt. Damit wird der alleinige Vorrang der öffentlichen Ausschreibung aufgegeben. Das entspricht der Regelung für die Vergabe von Liefer- und Dienstleistungen und bedeutet für die öffentlichen Auftraggeber eine erhebliche Flexibilisierung. Zu betonen ist dabei, dass diese Wahlfreiheit nur bezogen auf die beschränkte Ausschreibung mit einem vorgeschalteten Teilnahmewettbewerb besteht.

Dieses Verfahren wurde schon bisher in der VOB/A angesprochen, durfte aber nur in bestimmten Ausnahmefällen gewählt werden. Das Verfahren der beschränkten Ausschreibung mit Teilnahmewettbewerb wird nun in § 3b Abs. 2 VOB/A detaillierter dargestellt. Danach fordert der Auftraggeber eine unbeschränkte Zahl von Unternehmen öffentlich dazu auf, Teilnahmeanträge abzugeben.

Um diejenigen Unternehmen auszuwählen, die zur Angebotsabgabe aufgefordert werden, wird der Teilnahmewettbewerb anhand der vom Auftraggeber festgelegten Eignungskriterien ausgewertet. Der Auftraggeber muss die transparenten, objektiven und nicht diskriminierenden Eignungskriterien für die Begrenzung der Bewerber sowie die Mindestzahl und gegebenenfalls Höchstzahl der einzuladenden Bewerber in der Auftragsbekanntmachung des Teilnahmewettbewerbs angeben. Ausdrücklich legt § 3b Abs. 2 Satz 5 VOB/A fest, dass die vorgesehene Mindestzahl der einzuladenden Bewerber nicht niedriger als fünf sein darf. Wenn die Zahl geeigneter Bewerber unter dieser Mindestzahl liegt, darf der Auftraggeber das Verfahren mit dem oder den geeigneten Bewerber(n) fortführen.

Dieses Verfahren hat für den öffentlichen Auftraggeber ebenso Vor- wie Nachteile. Als Vorteil ist zu sehen, dass er eine Art „Wettbewerb der Besten“ veranstalten kann, indem er sich nur von den am besten geeigneten Unternehmen Angebote einholt. Das ist zugleich eine Beschränkung der Zahl der zu prüfenden Angebote. Nachteilig ist aber, dass der Teilnahmewettbewerb als ein eigener Verfahrensschritt Zeit in Anspruch nimmt. Außerdem sucht sich der Auftraggeber auf diese Weise den „besten“ Bieter aus, ohne dass es im Teilnahmewettbewerb in irgendeiner Weise um Wirtschaftlichkeit im Sinne eines Preisvergleichs geht.

## Wertgrenzen werden für Bauleistungen zu Wohnzwecken angehoben

Soweit Bauleistungen zu Wohnzwecken betroffen sind, wurden in den amtlichen Fußnoten zu § 3a Absätze 2 und 3 VOB/A auch die Beschlüsse des Wohngipfels des Bundes vom 21.09.2018 umgesetzt. In diesem Segment werden die Wertgrenzen für freihändige Vergaben auf 100.000 Euro und für beschränkte Ausschreibungen auf eine Million Euro angehoben. Diese Abweichung ist bis zum 31.12.2021 befristet.

Ganz neu ist der sogenannte Direktauftrag. Bis zu einer Wertgrenze von 3.000 Euro ohne Umsatzsteuer kann der Auftraggeber jetzt einen Auftrag auch direkt vergeben (§ 3a Abs. 4 VOB/A). Hierfür ist kein Vergabeverfahren nötig, wohl aber sind die haushaltsrechtlichen Grundsätze der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit zu beachten und es soll zwischen den Bietern gewechselt werden.

## Eignungsprüfung wurde erleichtert

Die Prüfung der Zuverlässigkeit ist weiterhin Teil der unverändert beibehaltenen Systematik der Eignung. Hierzu legt § 6a Abs. 1 Satz 2 VOB/A ausdrücklich fest, dass der Auftraggeber Selbstreinigungsmaßnahmen in entsprechender Anwendung des § 6f EU Abs. 1 und 2 VOB/A berücksichtigt. Dies betrifft beispielsweise Unternehmen, die sich an einem Kartell beteiligt haben. Können diese Unternehmen nachweisen, dass sie Maßnahmen getroffen haben, damit sich so etwas nicht wiederholt, dürfen sie – und im Zweifel auch nur dann – weiter an öffentlichen Vergaben teilnehmen. Bei der Eignungsprüfung gibt es außerdem weitere Erleichterungen. So kann der Auftraggeber nach § 6a Abs. 5 VOB/A bis zu einer Wertgrenze von 10.000 Euro auf bestimmte Angaben zur Eignung verzichten, wenn dies durch Art und Umfang des Auftrags gerechtfertigt ist. Hiervon ausgenommen bleiben Angaben, die die Zuverlässigkeit im engeren Sinne betreffen, insbesondere, ob das Unternehmen Steuern, Abgaben und Beiträge zur Sozialversicherung entrichtet hat, bei der Berufsgenossenschaft angemeldet und in das Berufsregister eingetragen ist.

§ 6b Abs. 2 VOB/A sieht vor, dass der Auftraggeber im Rahmen eines Teilnahmewettbewerbs zunächst Eigenerklärungen verlangt, die später nur noch „von den in Betracht kommenden Bewerbern“ durch entsprechende Bescheinigungen der zuständigen Stellen bestätigt werden müssen.

Nach § 6b Abs. 3 VOB/A verzichtet der Auftraggeber auf die Vorlage von Nachweisen, wenn die den Zuschlag erteilende Stelle bereits im Besitz dieser Nachweise ist. Dadurch soll verhindert werden, dass ein Unternehmen bei der immer gleichen Vergabestelle die immer gleichen Nachweise vorlegt. Zum einen geht es um die „Vergabestelle“, also nicht den öffentlichen Auftraggeber als solchen. Zum anderen gibt es Nachweise, die nur für eine bestimmte Zeit gültig sind.

### Abgabe mehrerer Hauptangebote wird jetzt geregelt

In der Praxis ist immer wieder zu beobachten, dass Bieter mehrere Hauptangebote einreichen. Das kann zum Beispiel daran liegen, dass ein Unternehmen unsicher ist, ob ein angebotenes Produkt „gleichwertig“ mit den vom Auftraggeber genannten Vorgaben ist und es daher alternativ unterschiedliche Fabrikate anbieten will. Das kann es machen, indem es mehrere Hauptangebote mit jeweils unterschiedlichen Fabrikaten macht.

Die VOB/A regelte diese Vorlage von mehreren Hauptangeboten bisher nicht. Aus den §§ 8 Abs. 2 Nr. 4, § 12 Abs. 1 Nr. 2 k, § 13 Abs. 3 Satz 3 und § 16 Abs. 1 Nrn. 7 und 9 VOB/A ergibt sich nunmehr, dass die Abgabe mehrerer Hauptangebote grundsätzlich möglich ist. Der Auftraggeber kann aber in der Bekanntmachung oder den Vergabeunterlagen festlegen, dass nur ein einziges Angebot je Bieter abgegeben werden darf (§ 8 Abs. 2 Nr. 4 VOB/A). Außerdem werden inhaltliche und formale Vorgaben für diese Hauptangebote gemacht. Werden mehrere Hauptangebote abgegeben, muss jedes aus sich heraus zuschlagsfähig sein. Außerdem muss bei per Post eingereichten Angeboten jedes Hauptangebot für sich in einem eigenen Umschlag stecken und ordnungsgemäß gekennzeichnet sein.

### Alle verlangten Unterlagen sind abschließend zu nennen

Ein neuer § 8 Abs. 2 Nr. 5 VOB/A verlangt, dass der Auftraggeber an zentraler Stelle in den Vergabeunterlagen alle verlangten Unterlagen im Sinne des § 16a Abs. 1 VOB/A (außer Produktangaben) abschließend nennt. Fehlen in einem Angebot nicht an dieser zentralen Stelle genannte Unterlagen, darf dies nicht zum Abschluss führen.

### Auftragsbekanntmachungen können im Internet veröffentlicht werden

Die Auftragsbekanntmachungen des Auftraggebers können auch auf Internetportalen veröffentlicht werden. Nach der neu aufgenommenen Forderung in § 12 Abs. 1 VOB/A (für öffentliche Ausschreibungen, § 12 Abs. 2 Nr. 1 VOB/A für Beschränkte Ausschreibungen mit Teilnahmewettbewerb) müssen diese Internetportale unentgeltlich nutzbar und direkt zugänglich sein.

### Vergabeunterlagen müssen abgerufen werden können

Bezogen auf den Zugang zu den Vergabeunterlagen legt § 12 Abs. 1 I) VOB/A fest, dass der Auftraggeber diese unter einer Internetadresse bereithalten muss. Hier müssen sie unentgeltlich, uneingeschränkt vollständig und direkt abgerufen werden können – das gilt jedenfalls dann, wenn die Auftragsbekanntmachung auf einem Internetportal erfolgt. Für diese Pflicht des Auftraggebers gilt die für den Oberschwellenbereich von der Rechtsprechung entwickelte Einschränkung, dass es um diejenigen Unterlagen geht, die jeweils für die Beschlussfassung des Unternehmens erforderlich sind.

### Angebote müssen formalen Anforderungen genügen

Zu den Formerfordernissen von Angeboten ist in der Zusammenschau von § 11 Abs. 5 VOB/A und § 13 Abs. 1 VOB/A geregelt, dass erhöhte Anforderungen einer Signatur nur verlangt werden können, wenn dies erforderlich ist, im Übrigen reicht die Textform. Dies entspricht den bereits jetzt geltenden Vorgaben der VOB/A-EU.

Die wesentlichen Anforderungen an die Textform sind gut am Beispiel einer E-Mail erklärt: Sie kann gespeichert werden und enthält den Namen des Absenders. Allerdings kann die hier nur als erläuterndes Beispiel genannte E-Mail nicht ausreichend verschlüsselt werden, um auf diese Weise ein Angebot abzugeben!

### Auftraggeber bleibt zur Nachforderung von Unterlagen verpflichtet

Bei praktisch jedem Vergabeverfahren stellt sich die Frage, wie der Auftraggeber mit unvollständigen Angeboten umgeht. Die dafür maßgebliche Vorschrift des § 16a VOB/A wurde mit der VOB/A 2019 umfassend geändert – parallel mit der für Oberschwellenvergaben geltenden Regelung in § 16a EU VOB/A.



Abb.: Werkstatt für Schmiedekunst Michael Gerhardt

Sie regelt, dass der Auftraggeber weiterhin zur Nachforderung von Unterlagen verpflichtet ist. Will der Auftraggeber ausnahmsweise keine Unterlagen nachfordern, muss er das in einer Bekanntmachung ankündigen und ist später an diese Entscheidung gebunden. Es ist aber weiterhin unzulässig, erst nach Eingang und Prüfung der Angebote über die Nachforderung zu entscheiden. Dadurch soll im Baubereich verhindert werden, dass dieser Verfahrensschritt zur unzulässigen Steuerung und Bevorzugung des „gewünschten“ Unternehmens genutzt wird.

Der Anwendungsbereich dieser Nachforderungspflicht wurde erheblich erweitert. So müssen auch fehlende oder unvollständige leistungsbezogene Unterlagen wie etwa Produktangaben nachgefordert werden (vgl. § 16a Abs. 1 VOB/A).

Anders als nach der bisherigen VOB/A dürfen auch mehrere Preisangaben nachgefordert werden, allerdings nur bei unwesentlichen Positionen. Dafür gelten weiterhin die schon bisher geltenden, sehr eingeschränkten Voraussetzungen (§ 16a Abs. 2 VOB/A).

Für alle Nachforderungen wird nicht mehr eine feste Frist vorgesehen, sondern der Auftraggeber muss jeweils eine angemessene Frist festlegen, die sechs Kalendertage nicht überschreiten soll (§ 16 Abs. 4 VOB/A). Bei der Festsetzung der Frist sind zum Beispiel Feiertage oder übliche Betriebsferien genauso zu berücksichtigen wie die Überlegung, wie schnell eine Unterlage beschafft werden kann.

Ausdrücklich werden die Vorschriften für Nachforderungen bei unvollständigen Angeboten auch auf den Teilnahmewettbewerb für anwendbar erklärt (§ 16a Abs. 6 VOB/A). ■

### Autor

RA Prof. Dr. Mark von Wietersheim  
Kanzlei von Wietersheim  
Berlin