



Die VOB/A 2009 - Überblick über ausgewählte Änderungen

von Rechtsanwalt und Fachanwalt für Verwaltungsrecht sowie für Bau- und Architektenrecht Dr. Jan van Dyk

Am 15. Oktober 2009 wurden die Abschnitte 1 und 2 der VOB/A 2009 im Bundesanzeiger bekannt gemacht. Allerdings ist die VOB/A 2009 erst mit dem Inkrafttreten der Novellierung der Vergabeverordnung (VgV) verbindlich anzuwenden. Mit der Neufassung der VgV ist voraussichtlich Ende April/Anfang Mai 2010 zu rechnen. Die Beteiligten des Vergabeverfahrens sollten sich jedoch rechtzeitig mit der VOB/A 2009 vertraut machen, da das Regelwerk gegenüber der VOB/A 2006 sowohl strukturell als auch inhaltlich erheblich geändert wurde.

Im Folgenden werden einige der zentralen Änderungen des ersten Abschnitts der VOB/A 2009 kurz vorgestellt.

I. Strukturelle Änderungen

Die VOB/A 2009 wurde durch die Zusammenfassung von Inhalten und die Änderung der Abfolge und Untergliederung der Paragraphen gegenüber der VOB/A 2006 neu strukturiert. Dadurch besteht die VOB/A 2009 nur noch aus 22 statt bisher 32 Paragraphen (jeweils zuzüglich a-Paragraphen). Die Zitierweise der Paragraphen wurde dabei an die juristisch allgemein übliche Reihenfolge von Paragraphen, Absätzen und schließlich Unterabsätzen bzw. Nummern (z.B. statt § 3 Nr. 3 Abs. 1b VOB/A 2006 nun also § 3 Abs. 3 Nr. 2 VOB/A 2009) angepasst.

Hinzugekommen sind einige sprachliche Änderungen. So wurden z.B. Begriffe wie „Verdingungsunterlagen“ oder „Bindefrist“ durch „Vertrags“- oder „Vergabeunterlagen“ bzw. „Zuschlagsfrist“ ersetzt.

II. Vergabegrundsätze, § 2 VOB/A 2009

Nach § 2 Abs. 1 Nr. 1 VOB/A 2009 werden Bauleistungen an fachkundige, leistungsfähige und zuverlässige Unternehmen zu angemessenen Preisen in transparenten Vergabeverfahren vergeben. Damit wurde das in § 97 Abs. 1 GWB normierte Transparenzgebot für den

Bereich oberhalb der Schwellenwerte nunmehr ausdrücklich auch in die Basisparagraphen der VOB/A 2009 aufgenommen. Allerdings kam der Transparenzgrundsatz bereits zuvor in zahlreichen Regelungen der VOB/A zum Ausdruck. So ist z.B. das Erfordernis einer ausführlichen und nachvollziehbaren Dokumentation gemäß § 20 VOB/A 2009 (§ 30 VOB/A 2006) letztlich Ausfluss des Transparenzgrundsatzes. Es bleibt demnach abzuwarten, ob die ausdrückliche Aufnahme des Transparenzgebotes in § 2 VOB/A 2009 bloß klarstellenden Charakter hat, oder ob die Rechtsprechung im Hinblick auf den Rechtsschutz im Unterschwellenbereich aus der Neuerung Konsequenzen zieht.

Des Weiteren sind die Grundsätze der Ausschreibung aus § 16 Nr. 1, 2 VOB/A 2006 nunmehr in § 2 Abs. 4, 5 VOB/A 2009 enthalten.

III. Arten der Vergabe, § 3 VOB/A 2009

Eine wesentliche Neuerung ist die Einführung von Wertgrenzen für die Zulässigkeit von beschränkten Ausschreibungen und freihändigen Vergaben. Bisher war eine beschränkte Ausschreibung u.a. nach § 3 Nr. 3 Abs. 1a VOB/A 2006 zulässig, wenn die öffentliche Ausschreibung für den Auftraggeber oder die Bewerber einen Aufwand verursachen würde, der zu dem erreichbaren Vorteil oder dem Wert der Leistung im Missverhältnis stehen würde. Diese Regelung wird durch die Festlegung von bestimmten Auftragswerten ersetzt. Nach § 3 Abs. 3 Nr. 1 VOB/A 2009 kann eine beschränkte Ausschreibung auch bis zu folgenden Nettoauftragswerten der Bauleistung erfolgen:

- a) 50.000,00 € für Ausbaugewerke (ohne Energie- und Gebäudetechnik), Landschaftsbau und Straßenausstattung,
- b) 150.000,00 € für Tief-, Verkehrswege- und Ingenieurbau,
- c) 100.000,00 € für alle übrigen Gewerke.



Für die Zulässigkeit freihändiger Vergaben wurde ebenfalls ein Auftragswert festgelegt. Nach § 3 Abs. 5 Nr. 6 Satz 2 VOB/A 2009 kann eine freihändige Vergabe bis zu einem Auftragswert von 10.000,00 € ohne Umsatzsteuer erfolgen.

IV. Vertragsarten, § 4 VOB/A 2009

Die Regelungen über den Leistungsvertrag, den Stundenlohnvertrag und das Angebotsverfahren (§§ 5, 6 VOB/A 2006) sind nunmehr in § 4 VOB/A 2009 unter der Überschrift „Vertragsarten“ zusammengefasst. Die Möglichkeit des Abschlusses eines Selbstkostenerstattungsvertrages gemäß § 5 Nr. 3 Abs. 1 bis 3 VOB/A 2006 ist ersatzlos entfallen.

V. Mitwirkung von Sachverständigen

Die Regelungen über die Mitwirkung von Sachverständigen gemäß § 7 VOB/A 2006 sind ersatzlos gestrichen worden. Allerdings ist der öffentliche Auftraggeber auch zukünftig nicht daran gehindert, Sachverständige im Vergabeverfahren einzuschalten. Es entfällt aber das Procedere des § 7 VOB/A 2006.

VI. Vertragsbedingungen, § 9 VOB/A 2009

In § 9 VOB/A 2009 wurden die bisherigen Regelungen der §§ 11 bis 15 VOB/A 2006 zu Ausführungsfristen, Vertragsstrafen, Beschleunigungsvergütung, Verjährung der Mängelansprüche, Sicherheitsleistung und Änderung der Vergütung zusammengefasst. Im Hinblick auf den Verzicht einer Sicherheitsleistung wurde in § 9 Abs. 7 VOB/A 2009 - anders als noch nach § 14 Nr. 1 VOB/A 2006 - eine Wertgrenze eingeführt. Danach ist auf die Sicherheitsleistung für die Vertragserfüllung und in der Regel auch die Sicherheitsleistung für die Mängelansprüche zu verzichten, wenn die Auftragssumme 250.000,00 € ohne Umsatzsteuer unterschreitet. Im Hinblick auf die Sicherheitsleistung für die Vertragserfüllung handelt es sich demnach um eine zwingende Vorgabe der VOB/A 2009. Bieter sollten einen etwaigen Verstoß durch den öffentlichen Auftraggeber deshalb bereits vor Angebotsabgabe rügen.

VII. Form und Inhalt der Angebote, § 13 VOB/A 2009

Die Form und der Inhalt der Angebote richtet sich nunmehr nach § 13 VOB/A 2009. Darin wird der Inhalt der Regelung des § 21 VOB/A 2006 mit einigen Modifikationen übernommen. Es wird z.B. der Wortlaut des § 21 Nr. 1 Abs. 2 VOB/A 2006, nach dem die Angebote nur die Preise und die geforderten Erklärungen enthalten „sollen“ verschärft. Nach § 13 Abs. 1 Nr. 3, 4 VOB/A

2009 „müssen“ die Angebote nunmehr die geforderten Preise, Erklärungen und Nachweise enthalten. Damit entspricht der Wortlaut jetzt der bisherigen Praxis in der Rechtsprechung zu § 21 VOB/A 2006.

VIII. Prüfung und Wertung der Angebote, § 16 VOB/A 2009

§ 16 VOB/A 2009 ist das Kernstück der Neufassung der VOB/A. In § 16 VOB/A 2009 werden die bisherigen §§ 23, 25 VOB/A 2006 zusammengefasst. Die einzelnen Absätze der Vorschrift sind entsprechend des jeweiligen Prüfungsschrittes des Wertungsprozesses mit Überschriften versehen:

- Ausschluss (Abs. 1)
- Eignung (Abs. 2)
- Prüfung (Abs. 3, 4, 5)
- Wertung (Abs. 6, 7, 8, 9)
- freihändige Vergabe (Abs. 10)

Inhaltlich wurde insbesondere der Ausschluss wegen lückenhafter Preisangaben sowie bei fehlenden geforderten Erklärungen oder Nachweisen geändert.

1. Lückenhafte Preisangaben, § 16 Abs. 1 Nr. 1c VOB/A 2009

Nach den Grundsätzen des § 13 Abs. 1 Nr. 3 VOB/A 2009 müssen - wie bereits unter VII. dargestellt - die geforderten Preise als zwingender Mindestinhalt in dem Angebot enthalten sein. Soweit dieses nicht der Fall ist, sind die Angebote nach § 16 VOB/A 2009 grundsätzlich auszuschließen. Von dem Ausschluss sind gemäß § 16 Abs. 1 Nr. 1c VOB/A 2009 jedoch solche Angebote ausgenommen, bei denen lediglich in einer einzelnen, unwesentlichen Position die Angabe des Preises fehlt und durch die Außerachtlassung dieser Position der Wettbewerb und die Wertungsreihenfolge, auch bei Wertung dieser Position mit dem höchsten Wettbewerbspreis, nicht beeinträchtigt werden.

Voraussetzung für die Anwendbarkeit des Ausnahmetatbestandes ist also zunächst, dass nur in einer Position des Angebots eine Preisangabe fehlt. Sobald mehr als eine Preisangabe fehlt, ist das Angebot auch weiterhin zwingend auszuschließen. Es wird hinsichtlich des Preises demnach nur auf ein einmaliges Versehen des Bieters in den Angebotsunterlagen abgestellt. Bei der fehlenden Preisangabe muss es sich darüber hinaus um eine unwesentliche Position handeln. Bei dem Tatbestandsmerkmal der „unwesentlichen Position“ handelt es sich um einen unbestimmten Rechtsbegriff, der weder definiert noch anderweitig in den Materialien des Deutschen Vergabeausschusses zur VOB/A 2009 beschrieben ist. Es bedarf deshalb der inhaltlichen Ausgestaltung des Begriffs durch die Rechtsprechung.



Damit ist absehbar, dass der Ausnahmetatbestand des § 16 Abs. 1 Nr. 1c VOB/A 2009 ein hohes Streitpotential birgt, dass eine Vielzahl von Einzelfallentscheidungen der Rechtsprechung nach sich ziehen wird. Dem Bieter ist zur Vermeidung von Rechtsnachteilen auch weiterhin zu empfehlen, die Vergabeunterlagen sorgfältig auszufüllen und keine Position ohne Angabe des geforderten Preises offen zu lassen.

2. Nachfordern fehlender Erklärungen und Nachweise, § 16 Abs. 1 Nr. 3 VOB/A 2009

Nach der bisherigen Rechtslage waren die Angebote bei fehlenden Erklärungen und Nachweisen, wie z.B. unzureichender Nachunternehmererklärungen oder veralteter Gewerbezentralregisterauszüge, zwingend auszuschließen. Nach der Neuregelung der VOB/A 2009 bleiben Angebote unter den Voraussetzungen des § 16 Abs. 1 Nr. 3 VOB/A 2009 auch bei Fehlen der geforderten Erklärungen oder Nachweise grundsätzlich in der Wertung. Voraussetzung ist zunächst, dass ein Angebot nicht bereits aufgrund der Ausschlussstatbestände des § 16 Abs. 1 Nr. 1, 2 VOB/A 2009 auszuschließen ist. Soweit das nicht der Fall ist, verlangt der Auftraggeber die fehlenden Erklärungen oder Nachweise nach. Inhaltlich sind die Begriffe Erklärungen und Nachweise wohl weit zu verstehen, sodass die meisten gebräuchlichen Nachweise wie z.B. Nachunternehmer-, Tariftreue- oder Eigenerklärungen davon umfasst sind. Erst wenn der Bieter die Erklärungen und Nachweise nicht spätestens innerhalb von sechs Kalendertagen nach Aufforderung durch den Auftraggeber vorlegt, ist das Angebot zwingend auszuschließen.

Daraus folgt, dass Angebote zukünftig nicht allein wegen fehlender Erklärungen oder Nachweise ausgeschlossen werden dürfen, sondern dass der Auftraggeber zur Nachforderung verpflichtet ist. Ein Teil der zum Angebotsausschluss entwickelten Rechtsprechungsgrundsätze hat nach der VOB/A 2009 demnach keine Geltung mehr. Allerdings werden durch die Änderung zahlreiche neue Rechtsfragen aufgeworfen. So ist z.B. bisher unbeantwortet, ob die Nachforderung im Ermessen des öffentlichen Auftraggebers steht oder zwingend zu erfolgen hat. Ebenso bleibt offen, ob die Erklärungen auch während des Nachprüfungsverfahrens nachgefordert werden können.

3. Ausschluss von Nebenangeboten, § 16 Abs. 1 Nr. 1f VOB/A 2009

Nebenangebote sind zukünftig gemäß §§ 16 Abs. 1 Nr. 1f, 13 Abs. 3 Satz 2 VOB/A 2009 zwingend von der Wertung auszuschließen, wenn sie nicht auf besonderer Anlage gemacht und als solche deutlich gekennzeichnet werden.

IX. Ausblick

Die VOB/A 2009 stellt bereits aufgrund ihrer strukturellen Änderungen gegenüber der VOB/A 2006 eine Herausforderung für öffentliche Auftraggeber und Bieter dar. Daneben bleibt abzuwarten, wie sich die inhaltlichen Änderungen in der Vergabepaxis auswirken und welche zusätzlichen Schwierigkeiten sich durch die Neuregelungen ergeben. Es ist aber bereits jetzt absehbar, dass sich zahlreiche neue Rechtsfragen aus der VOB/A 2009 ergeben, die von der Literatur und Rechtsprechung gelöst werden müssen.

Neue EU-Schwellenwerte für die Vergabe öffentlicher Aufträge

Die EU-Kommission hat neue, reduzierte Schwellenwerte für die Vergabe öffentlicher Aufträge festgelegt (Verordnung der Kommission Nr. 1177/2009 vom 30. November 2009). Eine Übernahme der neuen EU-Schwellenwerte in die VgV erfolgt formell erst mit der für Ende April/Anfang Mai 2010 erwarteten Novellierung der VgV. Allerdings bedarf es für die Geltung der neuen EU-Schwellenwerte keiner Umsetzung in nationales Recht, da die Verordnung der EU-Kommission unmittelbare Wirkung erzielt. Daher sind die folgenden EU-Schwellenwerte seit Inkrafttreten der EU-Verordnung am 1. Januar 2010 verbindlich anzuwenden:

Öffentlicher Auftrag	Neuregelung seit dem 1.1.2010	Regelung bis zum 31.12.2009
Bauaufträge	4.845.000,00 €	5.150.000,00 €
Dienstleistungs- und Lieferaufträge	193.000,00 €	206.000,00 €
Dienstleistungs- und Lieferaufträge im Sektorenbereich	387.000,00 €	412.000,00 €
Liefer- und Dienstleistungsaufträge der obersten oder oberen Bundesbehörden sowie vergleichbarer Bundeseinrichtungen	125.000,00 €	133.000,00 €



Hinweis

Unsere Vergabemail beruht auf einer sorgfältigen Recherche der Rechtslage. Deren allgemeine Darstellung kann die Besonderheiten des jeweiligen Einzelfalles jedoch nicht berücksichtigen. Die Vergabemail dient nur der Information und ist keine vertragliche Beratungsleistung. Sie kann deshalb eine individuelle Rechtsberatung nicht ersetzen.

Kontakt

Ahlers & Vogel _ Bremen
Contrescarpe 21 _ 28203 Bremen
Ansprechpartner für Vergaberecht:
Dr. Jan van Dyk
Rechtsanwalt
Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht
Fachanwalt für Verwaltungsrecht
Telefon +49 (421) 33 34-0
Telefax +49 (421) 33 34-111
E-Mail: vergabe@ahlers-vogel.de