



Sehr geehrte Damen und Herren,

bis zum 18.04.2016 sind die drei neuen, im Jahr 2014 verabschiedeten EU-Richtlinien zur Modernisierung des Vergaberechts in das deutsche Recht umzusetzen. Nachdem der Deutsche Bundestag und der Bundesrat am 17./18.12.2015 die hierfür erforderlichen Änderungen im Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) angenommen haben, ist nun ein weiterer Baustein des Modernisierungspakets verabschiedet worden. Am 19.01.2016 wurde die neue VOB/A 2016 im Bundesanzeiger veröffentlicht. Über die Hintergründe und zentralen Neuerungen der VOB/A 2016, die mit Sicherheit für Diskussionsstoff sorgen werden, möchten wir Sie im Rahmen der vorliegenden Mandanteninformation in einem kurzen Überblick unterrichten.

Für alle weitergehenden Fragen steht Ihnen Ihr Ansprechpartner bei Kapellmann gerne zur Verfügung. Bitte nehmen Sie auch die Möglichkeit wahr, sich im Rahmen unserer „Roadshow Vergaberechtsreform 2016“ umfassend über die Modernisierung des Vergaberechts zu informieren. Nähere Informationen zum Veranstaltungsangebot finden Sie unter: [kapellmann.de/akademie/](http://kapellmann.de/akademie/).

Ihr Kapellmann-Team

[kapellmann.de/vergaberecht](http://kapellmann.de/vergaberecht)

## Praxisinfo

### Was bringt die VOB/A 2016 ?

**Am 19.01.2016 wurde die neue Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen, Ausgabe 2016, mit den Teilen A und B im Bundesanzeiger veröffentlicht. Während die VOB/B nur in geringem Maße angepasst wurde (Kapellmann wird hierüber gesondert berichten), ist die VOB/A umfassend geändert worden, und zwar insbesondere in ihrem Abschnitt 2, der die europaweiten Auftragsvergaben im Anwendungsbereich der Richtlinie 2014/24/EU betrifft.**

#### 1 Zum Hintergrund

Die Bundesregierung hatte bereits in ihren Eckpunkten zur Reform des Vergaberechts vom 07.01.2015 ihr Bekenntnis zum Fortbestand der VOB/A mit bauspezifischen Regeln zum Vergabeverfahren gegeben, dies jedoch unter der Maßga-

be, dass Struktur und Inhalt des deutschen Vergaberechts einfacher und anwenderfreundlich werden müssen. Das Ergebnis liegt nun vor.

Die besonderen Regeln für die Vergabe von Bauaufträgen werden zwar weiterhin durch den deutschen Vergabe- und Vertragsausschuss für Bauleistungen (DVA) in der VOB/A erarbeitet. Im sogenannten Oberschwellenbereich, d.h. bei den von der Richtlinie 2014/24/EU erfassten europäischen Auftragsvergaben, besteht dabei allerdings kein großer Spielraum mehr, denn die Richtlinienvorschriften sind wesentlich detaillierter als bisher.

#### 2 Zur Struktur

Nach der neuen Struktur des Vergaberechts werden die wichtigsten Verfahrensregeln im GWB

selbst erfasst und bestimmte allgemeine Verfahrensbestimmungen, die für die Auftragsvergabe von Bau-, Liefer- und Dienstleistungen generell gelten, in der neuen Vergabeverordnung (VgV) geregelt. Diese enthält künftig auch die Verfahrensbestimmungen für die Vergabe von Liefer- und Dienstleistungen, einschließlich der freiberuflichen Leistungen. Die VgV ändert dadurch ihren Charakter. Sie ist nicht mehr nur „Scharnier“ zwischen dem GWB und den Vergabeordnungen.

Um dem Rechtsanwender die Arbeit mit den verschiedenen, für die Vergabe von Bauaufträgen relevanten Vorschriften (GWB, VgV, VOB/A) zu erleichtern, werden nun besonders wichtige Bestimmungen des neuen GWB in der VOB/A wiederholt. An anderen Stellen verweist die neue VOB/A ausdrücklich auf die höherrangige VgV.

Der hohe Detaillierungsgrad der EU-Richtlinie 2014/24/EU hat zwangsläufig zu einem Anwachsen des Abschnitts 2 VOB/A geführt. Die bislang schon sehr langen und kaum lesbaren Paragraphen wurden daher aufgeteilt, indem die bisherigen Zwischenüberschriften als eigenständige Paragraphen ausgestaltet wurden. Dabei wurde auf eine durchgehende Nummerierung der Paragraphen verzichtet, sondern das bekannte Paragrafengerüst vielmehr durch Einfügung von a-, b- usw.-Paragraphen erweitert. Diese neue Struktur findet sich auch in den Abschnitten 1 und 3 der VOB/A

Der DVA gibt an, bei der Neufassung des 2. Abschnitts der VOB/A grundsätzlich auf einen Gleichlauf mit den in der VgV geregelten Vorschriften zur Beschaffung von Liefer- und Dienstleistung hingearbeitet zu haben. Das Ergebnis kann den Rechtsanwender insofern aber nicht zufriedenstellen. Insbesondere Auftraggeber, die Bau-, Liefer- und Dienstleistung gleichermaßen beschaffen, müssen sich wundern, dass nach wie vor vergleichbare Sachverhalte in VgV und VOB/A ohne ersichtlichen Grund unterschiedlich geregelt werden. Das betrifft zum Beispiel die Regelung zur Nachforderung fehlender Unterlagen.

Auch die Abschnitte 1 und 2 der VOB/A werden sich weiter voneinander entfernen. So wird bei den nationalen Vergabeverfahren nach dem 1. Abschnitt der VOB/A auch zukünftig der Vorrang der öffentlichen Ausschreibung gelten, während nach dem 2. Abschnitt nunmehr das nicht offene Verfahren dem offenen Verfahren gleichgestellt wird. Im Ergebnis bedeutet das, dass bei den nationalen Vergabeverfahren ein strengeres Vergaberecht gilt als bei den europäischen Auftragsvergaben. Eine umfassende Überprüfung des 1. Abschnitts der VOB/A auf Änderungen zur Bewahrung eines möglichst weitgehenden Gleichlaufs mit dem Abschnitt 2 hat der DVA allerdings angekündigt.

### 3 Wesentliche Einzelregelungen

Im 2. Abschnitt der VOB/A wird sich die Praxis insbesondere auf die folgenden Neuerungen einstellen müssen:

#### Wahl der Vergabeart

Nach § 3a EU VOB/A 2016 stehen dem öffentlichen Auftraggeber künftig das offene und das nicht offene Verfahren nach seiner Wahl zur Verfügung. Der Vorrang des offenen Verfahrens wird damit aufgegeben. Das nicht offene Verfahren, bei dem der Auftraggeber die Anzahl der Unternehmen, die zur Angebotsabgabe aufgefordert werden, auf bis zu fünf Bewerber beschränken kann, bedarf keiner besonderen Rechtfertigung. Auch das Verhandlungsverfahren mit Teilnahmewettbewerb wird zukünftig unter erleichterten Voraussetzungen möglich sein.

#### Elektronische Kommunikation

Das Verfahren zur Vergabe von Bauaufträgen ist zukünftig grundsätzlich mit elektronischen Mitteln durchzuführen. Dies betrifft nicht nur die elektronische Vergabebekanntmachung und den Abruf der Vergabeunterlagen von Vergabeportalen, sondern auch die Abgabe von Teilnahmeanträgen und Angeboten. Hierbei darf der Postweg nur noch für einen Übergangszeitraum bis zum 18.10.2018 durch öffentliche Auftraggeber genutzt werden.

#### Fristen

Aufgrund der Erleichterungen und Beschleunigungen, die von elektronischen Verfahrensabwicklungen erwartet werden, sind die Mindestfristen verkürzt worden. Wichtigste Neuerung: Beim offenen Verfahren beträgt die Angebotsfrist zukünftig nicht mehr mindestens 52 Kalendertage, sondern nur noch 35 Kalendertage. Die Frist kann um weitere fünf Kalendertage verkürzt werden, wenn eine elektronische Übermittlung der Angebote akzeptiert wird. Bei einer hinreichend begründeten Dringlichkeit ist eine Verkürzung auf bis zu 15 Kalendertage möglich.

#### Rahmenvereinbarung und Auktionen

Auch für die Vergabe von Bauleistung dürfen zukünftig Rahmenvereinbarungen geschlossen werden oder elektronische Auktionen durchgeführt werden.

#### Eignungsprüfung

Das Eignungskriterium der Zuverlässigkeit entfällt. Neben der Fachkunde und der Leistungsfähigkeit wird zukünftig nur noch geprüft, ob die - abschlie-

ßenden – Ausschlussgründe (darunter auch die zurechenbare, „nachweislich schwere Verfehlung“) vorliegen. Die sogenannte Selbstreinigung wird gesetzlich geregelt.

Die Vorgabe eines Mindestjahresumsatzes als Eignungsanforderung wird beschränkt.

Als vorläufigen Eignungsnachweis muss der Auftraggeber zukünftig die sogenannte einheitliche europäische Eigenerklärung (EEE) akzeptieren. Wichtiger für die Praxis: Unternehmen müssen keine Eignungsnachweise mehr vorlegen, wenn die Vergabestelle bereits im Besitz dieser Nachweise ist.

Die Berufung auf die Kapazität anderer Unternehmen (sog. Eignungsleihe) ist in Bezug auf die berufliche Befähigung oder berufliche Erfahrung zukünftig nur noch möglich, wenn das andere Unternehmen die Arbeiten auch ausführt, d.h. als Nachunternehmer eingesetzt wird. Nimmt ein Bewerber oder Bieter zum Nachweis der wirtschaftlichen und finanziellen Leistungsfähigkeit die Kapazitäten eines anderen Unternehmens in Anspruch, so kann der öffentliche Auftraggeber vorschreiben, dass der Bewerber oder Bieter und dieses andere Unternehmen gemeinsam für die Auftragsausführung haften.

### **Rückkehr des Selbstausführungsgebots**

Der öffentliche Auftraggeber kann zukünftig (wieder) vorschreiben, dass bestimmte kritische Aufgaben direkt vom Bieter selbst oder von einem Mitglied der Bietergemeinschaft ausgeführt wird. Ein Nachunternehmereinsatz ist dann unzulässig.

### **Eröffnungstermin**

Für die Angebotsöffnung ist zukünftig kein Eröffnungstermin in Anwesenheit der Bieter mehr vorgesehen und möglich. Im offenen und im nicht offenen Verfahren muss der Auftraggeber den Bietern allerdings unverzüglich elektronisch die Niederschrift des Eröffnungstermins zur Verfügung stellen.

### **Angebotswertung**

Der von der Rechtsprechung in den letzten Jahren entwickelte Grundsatz einer strikten Trennung der Eignungsprüfung und der Angebotswertung wird aufgeweicht. Zukünftig darf bei der Angebotswertung auch die Organisation, Qualifikation und Erfahrung des mit der Ausführung des Auftrags betrauten Personals berücksichtigt werden, wenn die Qualität des eingesetzten Personals erheblichen Einfluss auf das Niveau der Auftragsausführung haben kann.

Bei der Zuschlagsentscheidung muss der Preis nicht mehr berücksichtigt werden, auch nicht mit einem bestimmten Mindestgewicht. Der Auftraggeber kann vielmehr einen Festpreis oder Festkosten vorgeben, so dass der Wettbewerb nur über die Qualität stattfindet. Bei der Vergabe von Bauaufträgen wird dies vermutlich aber eine große Ausnahme bleiben.

### **Auftragsänderungen**

Entsprechend der Regelung des § 132 GWB n.F. enthält die VOB/A 2016 nunmehr Bestimmungen über wesentliche Änderungen eines öffentlichen Auftrags, die gegebenenfalls ein neues Vergabeverfahren erfordern. Von Bedeutung ist insbesondere der Katalog der Fälle, in denen eine Auftragsänderung ohne Durchführung eines neuen Vergabeverfahrens ausdrücklich zugelassen wird. Ohne besondere Rechtfertigung, wie z. B. unvorhergesehene Umstände, ist die Änderung eines öffentlichen Bauauftrags zukünftig z.B. zulässig, wenn (a) sich der Gesamtcharakter des Auftrags nicht ändert und (b) der Wert der Änderung den jeweiligen Schwellenwert nicht übersteigt und (c) der Wert der Änderung nicht mehr 15 % des ursprünglichen Auftragswerts beträgt, wobei bei mehreren aufeinanderfolgenden Änderungen der Gesamtwert maßgeblich ist.

Dass Vertragsänderungen nach den Bestimmungen der VOB/B grundsätzlich kein neues Vergabeverfahren erfordern (ausgenommen Vertragsänderungen nach § 1 Abs. 4 S. 2 VOB/B) wird ausdrücklich nur in § 22 des 1. Abschnitts der VOB/A 2016 bestimmt. Im Oberschwellenbereich ist bei der Nachtragbeauftragung zukünftig eine Einzelfallprüfung erforderlich.

## **4 Inkrafttreten**

Die Anwendung der Vorschriften des 2. Abschnitts der VOB/A 2016 wird durch eine Verweisung in der neuen Vergabeverordnung verbindlich vorgeschrieben. Diese soll am 18.04.2016 in Kraft treten. Das gleiche gilt für die Vorschriften des 3. Abschnitts der VOB/A, die mit der Änderung der Vergabeverordnung Vereidigung und Sicherheit in Kraft treten werden.

Wegen des Sachzusammenhangs mit den Änderungen der Abschnitte 2 und 3 VOB/A sollen auch der Abschnitt 1 der VOB/A und die geänderten Vorschriften der VOB/B erst dann angewendet werden, wenn die übrigen Abschnitte der VOB in Kraft treten. Geplant ist hierfür ebenfalls der 18.04.2016. Das Bundesministerium für Umwelt, Naturschutz, Bau- und Reaktorsicherheit wird den Zeitpunkt des Inkrafttretens für seinen Zuständigkeitsbereich durch Erlass bestimmen.

---

## Impressum

Alle Texte dieser Information sind urheberrechtlich geschützt. Gerne dürfen Sie Auszüge unter Nennung der Quelle nach schriftlicher Genehmigung durch uns nutzen. Obgleich diese Information sorgfältig erstellt wurde, wird keine Haftung für die Vollständigkeit und Richtigkeit übernommen. Sie soll einen ersten Überblick der angesprochenen Themen geben und stellt keinen anwaltlichen Rechtsrat dar. Sie ersetzt keine auf den Einzelfall bezogene Beratung.

Wenn Sie unsere Praxisinfo nicht mehr erhalten möchten, können Sie diese unter [newsletter@kapellmann.de](mailto:newsletter@kapellmann.de) abbestellen.

© Kapellmann und Partner Rechtsanwälte mbB, Februar 2016

