

Thomas Mestwerdt

VOB/A 2016

Kommentar für die
Bau- und Vergabepraxis

4., überarbeitete und
erweiterte Auflage

Beuth

Autorenporträt

Dr. Thomas Mestwerdt
Fachanwalt für Vergaberecht
Kurfürstenstraße 31
14467 Potsdam
Telefon: 0331 289 99-0
Telefax: 0331 289 99-14
E-Mail: thomas.mestwerdt@md-ra.de



Dr. Thomas Mestwerdt, geboren am 29. Januar 1966, studierte Rechtswissenschaften in Göttingen.

Der Autor ist ausgewiesener Spezialist im Vergaberecht. Die von ihm mitbegründete Kanzlei MD Rechtsanwälte in Potsdam/Berlin berät bundesweit Auftraggeber wie Auftragnehmer bei der Vorbereitung und Durchführung von Vergabeverfahren unterhalb wie oberhalb der EU-Schwellenwerte.

Dr. Mestwerdt ist Vorsitzender des Fachausschusses Vergaberecht im Land Brandenburg.

Vorwort zur 4. Auflage

Die VOB/A 2012 ist nun durch die VOB/A 2016 abgelöst worden. Anlass für die Überarbeitung war die Vergaberechtsreform 2016, mit der die bereits im Jahr 2014 in Kraft getretenen europäischen Richtlinien in deutsches Recht umgesetzt wurden. Die wesentlichen Änderungen, die insbesondere die Struktur der VOB/A betreffen, sind folglich vom DAV im 2. Abschnitt, der die Vergabe von Bauaufträgen oberhalb der EU-Schwellenwerte regelt, erfolgt. Aber auch im 1. Abschnitt der VOB/A, der die Regelungen für die nationalen Vergaben enthält, sind Veränderungen vorgenommen worden. Die wohl Wichtigste besteht darin, dass nunmehr auch im Baubereich unterhalb der EU-Schwellenwerte der Abschluss von Rahmenvereinbarungen ausdrücklich zugelassen wird.

Eine grundlegende Überarbeitung des 1. Abschnitts der VOB/A ist bereits angekündigt. Die zu erwartenden Veränderungen werden dann in der 5. Auflage des Werkes kommentiert werden.

Für die Mitwirkung an der 4. Auflage dankt der Verfasser Herrn Rechtsanwalt Áron Horváth und Herrn Rechtsanwalt Max Stanko sowie Frau Melanie Tirkot für die Mitarbeit.

Potsdam, November 2016, Dr. Thomas Mestwerdt

Vorwort zur 3. Auflage

„Nach der Reform ist vor der Reform“; diese Erkenntnis gilt auch für das deutsche Vergaberecht. Wurden mit der VOB/A – Ausgabe 2009 – die Basis-Paragraphen einer wesentlichen Reform unterzogen und der 3. und 4. Abschnitt gestrichen, so bleibt der 1. Abschnitt in der VOB/A – Ausgabe 2012 – unverändert. Aus dem 2. Abschnitt der VOB/A wurde in der Ausgabe 2012 mit der Einführung der „EG-Paragraphen“ ein in sich geschlossener Abschnitt gebildet. Neu eingeführt wurde ein 3. Abschnitt, der die Vergaben im Verteidigungs- und Sicherheitsbereich regelt.

Der Kommentar verfolgt auch in der 3., überarbeiteten und erweiterten Auflage das Ziel, die Vorschriften mit allen Änderungen und Neuerungen kompakt und praxisnah zu kommentieren. Mit der 3. Auflage liegt nun auch eine Kommentierung des 2. Abschnitts der VOB/A, d. h. der EG-Paragraphen, vor.

Der Verfasser dankt all denjenigen, die bei der Erstellung der 3. Auflage mitgewirkt haben. Ein besonderer Dank gilt dabei Herrn Rechtsanwalt Dirk Sauer für die Mitbearbeitung der Kommentierung des 2. Abschnitts der VOB/A 2012.

Potsdam, Februar 2013

Dr. Thomas Mestwerdt

Vorwort zur 2. Auflage

Das deutsche Vergaberecht ist immer wieder Gegenstand von Reformen. Dies gilt sowohl für den Bau- wie auch für den Liefer- und Dienstleistungsbereich. Den Anlass für Änderungen geben dabei längst nicht nur, dies zeigt die jüngste Reform, Vorgaben aus Brüssel. Eine wesentliche Änderung haben bei der aktuellen Reform der VOB/A – Ausgabe 2009 – insbesondere die Basis-Paragrafen des 1. Abschnitts erfahren. Die VOB/A 2009 hat eine veränderte Gliederungsstruktur und besteht nur noch aus 22 Paragraphen. Mit der grundlegenden Umgestaltung und Neugliederung der Regelungen zur Teilnahme am Wettbewerb erfahren Präqualifizierung und Eigenerklärung im Zusammenhang mit der Eignungsprüfung eine deutliche Aufwertung. Im Rahmen der Angebotswertung wurden Möglichkeiten geschaffen, fehlende Erklärungen und Nachweise nachzufordern. Auch fehlende Preisangaben führen nicht mehr zwangsläufig zum Angebotsausschluss.

Der Kommentar verfolgt auch in der 2. überarbeiteten Auflage das Ziel, die Vorschriften mit allen Änderungen und Neuerungen kompakt und praxisnah zu kommentieren. Berücksichtigt wird die aktuelle vergaberechtliche Rechtsprechung zu den jeweiligen Problemkreisen. Das Werk dient der schnellen und rechtssicheren Orientierung bei der Durchführung eines Vergabeverfahrens durch Öffentliche Auftraggeber sowie der erfolgreichen Teilnahme an Vergabeverfahren durch Unternehmen.

Der Verfasser dankt all denjenigen, die bei der Erstellung des Werkes mitgeholfen haben.

Potsdam, November 2010

Dr. Thomas Mestwerdt

Vorwort zur 1. Auflage

Das deutsche Vergaberecht erfährt seit einer Reihe von Jahren eine stete Entwicklung. Die Anstöße hierzu kommen aus Brüssel. Einem Wandel unterliegen dabei nicht nur diejenigen Bestimmungen, die bei europaweiten Vergabeverfahren Anwendung finden, sondern auch die so genannten Basis-Paragraphen des 1. Abschnitts der VOB/A, die bei der nationalen Vergabe öffentlicher Bauaufträge anzuwenden sind. So wurden mit der zum 01. November 2006 in Kraft getretenen VOB/A 2006 insbesondere die Neuerungen aus der EU-Richtlinie über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, Lieferaufträge und Dienstleistungsaufträge (Richtlinie 2004/18/EG) und der EU-Richtlinie zur Koordinierung der Zuschlagserteilung durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie der Postdienste (Richtlinie 2004/17/EG) in nationales Vergaberecht umgesetzt. Darüber hinaus wurden die bereits im ÖPP-Beschleunigungsgesetz vom 01. September 2005 enthaltenen Änderungen übernommen, soweit sie den Bereich des nationalen Vergaberechts tangieren.

Der Kommentar verfolgt das Ziel, Antworten auf praxisrelevante Fragen bei der Durchführung eines Vergabeverfahrens nach den Bestimmungen des 1. Abschnitts der VOB/A für Auftraggeber wie Auftragnehmer zu geben. Dabei wird die Darstellung von unterschiedlichen Literaturmeinungen weitestgehend vermieden. Berücksichtigt wird vielmehr die aktuelle vergaberechtliche Rechtsprechung zu den einzelnen Problemkreisen. Das Werk dient der schnellen und rechtssicheren Orientierung bei der Durchführung eines Vergabeverfahrens durch öffentliche Auftraggeber sowie der erfolgreichen Teilnahme an Vergabeverfahren durch Unternehmen bei nationalen Vergaben.

Der Verfasser dankt all denjenigen, die bei der Erstellung des Werkes mitgewirkt haben. Allen voran Herrn Rechtsanwalt Moritz Freiherr von Münchenhausen, Frau Britta Haensch sowie allen Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern des Verlages.

Potsdam, im Dezember 2006

Dr. Thomas Mestwerdt

Inhaltsverzeichnis

Einleitung	1
A. Die VOB/A in der Systematik des deutschen Vergaberechts	1
1. Die Entwicklung des Vergaberechts	1
2. Der Aufbau des bestehenden Vergaberechts	6
a) Die europäischen Richtlinien	8
b) Der 4. Teil des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (§§ 97 ff. GWB)	10
c) Vergabeverordnung (VgV)	10
d) Bestimmungen des Haushaltsrechts	11
e) Die Landesvergabegesetze	11
f) Die verschiedenen Vergabe- und Vertragsordnungen	13
B. Das Vergabe- und Vertragshandbuch des Bundes (VHB)	15
C. Synopse Vergaberecht 2012 /2016	16
§ 3 VOB/A – Unterschiede zur VOB/A 2012	16
§ 6 VOB/A – Unterschiede zur VOB/A 2012	17
§ 7 VOB/A – Unterschiede zur VOB/A 2012	17
§ 8 VOB/A – Unterschiede zur VOB/A 2012	18
§ 9 VOB/A – Unterschiede zur VOB/A 2012	19
§ 10 VOB/A – Unterschiede zur VOB/A 2012	20
§ 11 VOB/A – Unterschiede zur VOB/A 2012	20
§ 12 VOB/A – Unterschiede zur VOB/A 2012	20
§ 13 VOB/A – Unterschiede zur VOB/A 2012	20
§ 16 VOB/A – Unterschiede zur VOB/A 2012	21
§ 22 VOB/A – Unterschiede zur VOB/A 2012	22
 Abschnitt 1: Allgemeine Bestimmungen für die Vergabe von Bauleistungen	23
§ 1 VOB/A Bauleistungen	25
A. Allgemeines	25
B. Der Begriff der Bauleistung	34
1. Bauliche Anlage	34
2. Herstellung von baulichen Anlagen	34
3. Instandhalten von baulichen Anlagen	36

a) Instandsetzungsarbeiten	36
b) Instandhaltungsmaßnahmen	37
4. Änderungsarbeiten	37
5. Beseitigungsarbeiten	38
6. Typengemischte Verträge	39
a) Abgrenzung von Bau- und Lieferaufträgen	39
b) Abgrenzung zwischen Bau- und Dienstleistungsverträgen	41
§ 2 VOB/A Grundsätze	43
A. Allgemeines	43
B. Die Eignung des Unternehmens	45
1. Fachkunde	45
2. Leistungsfähigkeit	46
3. Zuverlässigkeit	49
C. Die Angemessenheit der Preise	50
D. Wettbewerbsbeschränkende und unlautere Verhaltensweisen	51
E. Förderung der ganzjährigen Bautätigkeit	55
F. Verbot der Ausschreibung zum Zwecke der Markterkundung	55
G. Verpflichtung zur Ausschreibungsreife	57
H. Zeitpunkt der Ausschreibung	57
§ 3 VOB/A Arten der Vergabe	59
A. Allgemeines	59
B. Verfahrensarten im Überblick	60
§ 3a VOB/A Zulässigkeitsvoraussetzungen	61
A. Allgemeines	62
B. Die Öffentliche Ausschreibung (§ 3a Abs. 1)	62
C. Die Beschränkte Ausschreibung (§ 3 Abs. 3a Abs. 2, Abs. 4)	63
1. Beschränkte Ausschreibung <i>ohne</i> öffentlichen Teilnahmewettbewerb (§ 3a Abs. 2)	64
a) Wertgrenzen	64
b) Vorangegangene Öffentliche Ausschreibung ohne annehmbares Ergebnis	66
c) Unzweckmäßigkeit der Öffentlichen Ausschreibung aus anderen Gründen	67

2. Beschränkte Ausschreibung nach öffentlichem Teilnahmewettbewerb (§ 3a Abs. 3)	68
D. Die Freihändige Vergabe (§ 3a Abs. 4)	69
1. Vergabe nur an ein bestimmtes Unternehmen (§ 3a Abs. 4 Nr. 1)	70
2. Besondere Dringlichkeit (§ 3a Abs. 4 Nr. 2)	71
3. Leistung nicht eindeutig und erschöpfend festzulegen (§ 3a Abs. 4 Nr. 3)	71
4. Neue Ausschreibung nicht Erfolg versprechend (§ 3a Abs. 4 Nr. 4) ..	72
5. Geheimhaltungsgründe (§ 3a Abs. 4 Nr. 5)	72
6. Vergabe von Zusatzleistungen (§ 3a Abs. 4 Nr. 6)	73
7. Auftragswert maximal 10 000,- Euro €	73
§ 3b VOB/A Ablauf der Verfahren	75
A. Allgemeines	75
B. Bewerber bei Öffentlicher Ausschreibung (§ 3b 2 Nr. 1)	75
C. Bewerber bei Beschränkter Ausschreibung (§ 3b Nr. 2)	76
D. Wechsel der Teilnehmer bei Beschränkter Ausschreibung und Freihändiger Vergabe (§ 3b Nr. 3)	77
§ 4 VOB/A Vertragsarten	78
A. Allgemeines	78
B. Der Leistungsvertrag	79
1. Der Einheitspreisvertrag	79
2. Der Pauschalvertrag	80
C. Der Stundenlohnvertrag	82
D. Das Angebotsverfahren (§ 4 Abs. 3)	82
E. Das Auf- und Abgebotsverfahren (§ 4 Abs. 4)	83
§ 4a VOB/A Rahmenvereinbarungen	84
A. Allgemeines	84
B. Rahmenvereinbarung (§ 4a Abs. 1)	85
C. Abrufberechtigung (§ 4a Abs. 2)	87
§ 5 VOB/A Vergabe nach Losen, Einheitliche Vergabe	88
A. Allgemeines	88
B. Grundsatz der Einheitlichen Vergabe (§ 5 Abs. 1)	91

C. Grundsatz der Losvergabe (§ 5 Abs. 2)	92
1. Aufteilung in Teillose (§ 5 Abs. 2 Satz 1)	93
2. Aufteilung in Fachlose (§ 5 Abs. 2 Satz 2)	94
3. Verzicht auf Aufteilung und Trennung von Bauleistungen in Losen (§ 5 Abs. 2 Satz 2)	94
a) Wirtschaftliche Gründe	95
b) Technische Gründe	96
§ 6 VOB/A Teilnehmer am Wettbewerb	97
A. Allgemeines	97
B. Verbot der regionalen Bevorzugung (§ 6 Nr. 1)	98
C. Gleichstellung von Bietergemeinschaften und Einzelbietern (§ 6 Nr. 2)	101
D. Ausschluss von Unternehmen (§ 6 Nr. 3)	102
§ 6a VOB/A Eignungsnachweise	106
A. Allgemeines	107
B. Fachkunde, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit (§ 6a Abs. 1 und 2)	109
C. Auftragsbezogene Angaben zur Prüfung der Fachkunde (§ 6a Abs. 3)	116
D. Andere geeignete Nachweise (§ 6a Abs. 4)	116
§ 6b VOB/A Mittel der Nachweisführung, Verfahren	118
A. Allgemeines	118
B. Eignungsnachweis durch Präqualifizierung (§ 6 b Abs. 1)	118
C. Einzelnachweise und Eigenerklärungen (§ 6b Abs. 2)	128
D. Zeitpunkt der Auskunftsanforderung bei Öffentlicher und Beschränkter Ausschreibung (§ 6b Abs. 3)	129
E. Eignungsprüfung bei Beschränkter Ausschreibung und Freihändiger Vergabe (§ 6b Abs. 4)	129
§ 7 VOB/A Leistungsbeschreibung	131
A. Allgemeines	132
B. Grundvoraussetzungen für eine ordnungsgemäße Beschreibung der Leistung (§ 7 Abs. 1 und 2)	133
1. Gebot der Vollständigkeit (§ 7 Abs. 1 Nr. 1)	133
2. Preisermittlung (§ 7 Abs. 1 Nr. 2)	137
3. Verbot der Aufbürdung ungewöhnlicher Wagnisse (§ 7 Abs. 1 Nr. 3)	138

4. Bedarfspositionen (§ 7 Abs. 1 Nr. 4)	139
5. Zweck und vorgesehene Beanspruchung (§ 7 Abs. 1 Nr. 5)	142
6. Beschreibung der für die Ausführung der Leistung wesentlichen Verhältnisse der Baustelle (§ 7 Abs. 1 Nr. 6)	142
7. Hinweise für das Aufstellen der Leistungsbeschreibung (§ 7 Abs. 1 Nr. 7)	142
8. Produktneutralität (§ 7 Abs. 2)	142
C. Bezugnahme auf Normen (§ 7 Abs. 3)	144
§ 7a VOB/A Technische Spezifikationen	145
A. Allgemeines	147
B. Technische Anforderungen und Wettbewerb (§ 7a Abs. 1)	147
C. Technische Spezifikationen (§ 7a Abs. 2 bis 4)	148
D. Umwelteigenschaften (§ 7a Abs. 5)	149
§ 7b VOB/A Leistungsbeschreibung mit Leistungsverzeichnis	150
A. Allgemeines	150
B. Baubeschreibung (§ 7b Abs. 1)	151
C. Weitere Konkretisierung der Leistung (§ 7b Abs. 2)	151
D. Entbehrlichkeit von Leistungsangaben (§ 7b Abs. 3)	152
E. Gliederung des Leistungsverzeichnisses (§ 7b Abs. 4)	152
§ 7c VOB/A Leistungsbeschreibung mit Leistungsprogramm	154
A. Allgemeines	155
B. Bedingungen für die Anwendung der funktionalen Leistungs- beschreibung (§ 7c Abs. 1)	155
C. Notwendiger Inhalt des Leistungsprogramms (§ 7c Abs. 2)	156
D. Notwendiger Inhalt des Angebots (§ 7c Abs. 3)	159
§ 8 VOB/A Vergabeunterlagen	160
A. Allgemeines	160
B. Inhalt der Vergabeunterlagen (§ 8 Abs. 1)	161
C. Anschreiben (§ 8 Abs. 2)	161

§ 8a VOB/A Allgemeine, Besondere und Zusätzliche Vertragsbedingungen	165
A. Allgemeines	166
B. Vertragsbedingungen (§ 8a Abs. 1, 2 und 4)	166
C. Technische Vertragsbedingungen (§ 8a Abs. 3)	168
§ 8b VOB/A Kosten- und Vertrauensregelung, Schiedsverfahren	169
A. Allgemeines	169
B. Entgelt für Vertragsunterlagen (§ 8b Abs. 1)	170
C. Entschädigung für Angebotsbearbeitung (§ 8b Abs. 2)	171
D. Schutz der eingereichten Unterlagen (§ 8b Abs. 3)	172
E. Schiedsvereinbarungen (§ 8b Abs. 4)	173
§ 9 VOB/A Einzelne Vertragsbedingungen, Ausführungsfristen	175
A. Allgemeines	175
B. Ausführungsfristen	176
1. Vertragsfristen	176
2. Bauvorbereitungsfrist	177
3. Fristanpassungen	178
4. Pauschalierung von Verzugsschäden	179
§ 9a VOB/A Vertragsstrafen, Beschleunigungsvergütung	180
A. Allgemeines	180
B. Vertragsstrafe	180
1. Zweck und Gegenstand der Vertragsstrafe	180
2. Voraussetzungen einer wirksamen Vertragsstrafenvereinbarung	181
3. Höhe der Vertragsstrafe	182
C. Beschleunigungsvergütung	183
§ 9b VOB/A Verjährung der Mängelansprüche	184
A. Allgemeines	184
B. Änderung der Verjährungsfristen	184
1. Eigenart der Leistung	185
2. Abwägung der Belange der Vertragsparteien	185

§ 9c VOB/A Sicherheitsleistungen	186
A. Allgemeines	186
B. Verzicht auf Sicherheitsleistung (§ 9c Abs. 1)	187
C. Höhe der Sicherheitsleistung (§ 9c Abs. 2)	188
D. Rückgabe der Sicherheit	189
§ 9d VOB/A Änderung der Vergütung	191
A. Allgemeines	191
B. Preisermittlungsgrundlagen	191
§ 10 VOB/A Fristen	193
A. Allgemeines	193
B. Angebotsfrist (§ 10 Abs. 1 und 2)	194
C. Bewerbungsfrist (§ 10 Abs. 3)	196
D. Bindefrist (§ 10 Abs. 4 und 5)	196
E. Bindefrist bei Freihändiger Vergabe (§ 10 Abs. 6)	197
F. Fristverlängerungen und Zuschlag nach Fristablauf	198
§ 11 VOB/A Grundsätze der Informationsübermittlung	200
A. Allgemeines	200
B. Informationsübermittlung (§ 11 Abs. 1)	201
C. Elektronische Kommunikation (§ 11 Abs. 2 bis 6)	202
§ 11a VOB/A Anforderungen an elektronische Mittel	203
A. Allgemeines	204
B. Elektronische Mittel (Abs. 1 und 2)	205
C. Notwendige Informationen an die Bieter, Sicherheitsanforderungen (Abs. 3 bis 5)	205
D. Ausnahmen (Abs. 6 und 7)	205
§ 12 VOB/A Bekanntmachung	207
A. Allgemeines	208
B. Vergabebekanntmachung	209
1. Bekanntmachungsorgane	209
2. Inhalt der Vergabebekanntmachung	210

C. Form des Teilnahmeantrages (§ 12 Abs. 3)	212
§ 12a VOB/A Versand der Vergabeunterlagen	213
A. Allgemeines	213
B. Frist für Versand der Vergabeunterlagen (§ 12a)	213
1. Öffentliche Ausschreibung	214
2. Beschränkte Ausschreibung und Freihändige Vergabe	215
C. Abgabe der Vergabeunterlagen (§ 12a Abs. 2)	215
D. Geheimhaltung der Namen der Bewerber (§ 12a Abs. 3)	215
E. Auskünfte (§ 12a Abs. 4)	216
§ 13 VOB/A Form und Inhalt der Angebote	218
A. Allgemeines	219
B. Äußere Form der Angebote (§ 13 Abs. 1 Nr. 1)	220
C. Umgang mit Angeboten (§ 13 Abs. 1 Nr. 2)	221
D. Angabe der Preise (§ 13 Abs. 1 Nr. 3)	222
E. Geforderte Erklärungen und Nachweise (§ 13 Abs. 1 Nr. 4)	224
F. Änderungen (§ 13 Abs. 1 Nr. 5)	224
G. Zulassung von Abschriften (§ 13 Abs. 1 Nr. 6)	227
H. Kennzeichnung von Mustern und Proben (§ 13 Abs. 1 Nr. 7)	227
I. Abweichungen von den technischen Spezifikationen (§ 13 Abs. 2)	227
J. Nebenangebote (§ 13 Abs. 3)	229
K. Preisnachlässe (§ 13 Abs. 4)	229
L. Bietergemeinschaften (§ 13 Abs. 5)	231
M. Aufnahme in die Vergabeunterlagen (§ 13 Abs. 6)	233
§ 14 VOB/A Öffnung der Angebote, Öffnungstermin bei ausschließlicher Zulassung elektronischer Angebote	234
A. Allgemeines	235
B. Besonderheiten	235
§ 14 a VOB/A Öffnung der Angebote, Eröffnungstermin bei Zulassung schriftlicher Angebote	237
A. Allgemeines	238

B. Vorbereitung des Eröffnungstermins (§ 14 a Abs. 1)	239
C. Beginn des Eröffnungstermins (§ 14 a Abs. 2)	239
D. Durchführung des Eröffnungstermins (§ 14 a Abs. 3)	240
E. Dokumentation und Anfertigung des Terminprotokolls (§ 14 a Abs. 4) ..	241
F. Nachträglich eingegangene Angebote (§ 14 a Abs. 5 und 6)	242
G. Einsicht, Verwahrung, Geheimhaltung (§ 14 a Abs. 7 und 8)	243
 § 15 VOB/A Aufklärung des Angebotsinhalts	 244
A. Allgemeines	244
B. Zulässiger Inhalt von Aufklärungsgesprächen (§ 15 Abs. 1)	245
C. Folge fehlgeschlagener Aufklärung (§ 15 Abs. 2)	246
D. Nachverhandlungsverbot (§ 15 Abs. 3)	246
 § 16 VOB/A Ausschluss von Angeboten	 248
A. Allgemeines	249
B. Ausschluss (§ 16 Abs. 1)	251
C. Zwingende Ausschlussgründe (§ 16 Abs. 1 Nr. 1)	252
D. Fakultative Ausschlussgründe (§ 16 Abs. 2)	254
 § 16a VOB/A Nachforderung von Unterlagen	 257
A. Allgemeines	257
B. Nachforderung von Erklärungen und Nachweisen	257
1. Fehlen von Erklärungen/Nachweisen	257
2. Nachverlangen des Auftraggebers unter Fristsetzung	259
3. Ausschlusspflicht	261
 § 16b VOB/A Eignung	 262
A. Allgemeines	262
B. Eignung bei Öffentlicher Ausschreibung	262
C. Eignung bei Beschränkter Ausschreibung	263
 § 16c VOB/A Prüfung	 266
A. Allgemeines	266
B. Technische und wirtschaftliche Prüfung	266
C. Rechnerische Prüfung	267

§ 16d VOB/A Wertung	269
A. Allgemeines	270
B. Auswahl (§ 16d Abs. 1)	272
C. Wertung von Angeboten mit abweichenden technischen Spezifikationen (§ 16d Abs. 2)	274
D. Wertung von Nebenangeboten (§ 16d Abs. 3)	274
E. Preisnachlässe ohne Bedingung (§ 16d Abs. 4)	275
F. Anwendung bei Freihändiger Vergabe	276
§ 17 VOB/A Aufhebung der Ausschreibung	277
A. Allgemeines	277
B. Aufhebungsgründe (§ 17 Abs. 1)	278
C. Unterrichtungspflicht (§ 17 Abs. 2)	281
D. Rechtsfolgen bei Verstößen	282
§ 18 VOB/A Zuschlag	285
A. Allgemeines	285
B. Rechtzeitige Zuschlagserklärung (§ 18 Abs. 1)	285
C. Verspäteter und modifizierter Zuschlag (§ 18 Abs. 2)	287
§ 19 VOB/A Nicht berücksichtigte Bewerbungen und Angebote	289
A. Allgemeines	289
B. Benachrichtigung ausgeschlossener und nicht berücksichtigter Bieter (§ 19 Abs. 1)	290
C. Mitteilung von Gründen (§ 19 Abs. 2)	291
D. Benutzungsverbot nicht berücksichtigter Angebote (§ 19 Abs. 3)	292
E. Rückgabepflicht des Auftraggebers (§ 19 Abs. 4)	292
F. Ex-ante-Informationspflicht des Auftraggebers (§ 19 Abs. 5)	293
§ 20 VOB/A Dokumentation	294
A. Allgemeines	295
B. Inhalt des Vergabevermerks (§ 20 Abs. 1 VOB/A)	296
C. Begründung des Verzichts auf Unterlagen und Nachweise (§ 20 Abs. 2 VOB/A)	297
D. Ex-post-Transparenz (§ 20 Abs. 3 VOB/A)	297

§ 21 VOB/A Nachprüfungsstellen	299
A. Allgemeines	299
B. Bekanntmachung der Nachprüfungsstellen	299
C. Folge von Verstößen	300
§ 22 VOB/A Änderungen während der Vertragslaufzeit	301
A. Allgemeines	301
B. Vertragsänderungen nach der VOB/B	302
I. Zulässige Vertragsänderungen nach der VOB/B	302
1. Anspruch des Auftraggebers auf Änderung des Bauentwurfes nach § 1 Abs. 3 VOB/B	302
2. Anspruch des Auftraggebers auf zusätzliche Leistung, die zur Ausführung der vertraglichen Leistungen erforderlich werden nach § 1 Abs. 4 S. 1 VOB/B	303
II. Zusätzliche andere Leistungen (§ 1 Abs. 4 Satz 2)	305
§ 23 VOB/A Baukonzessionen	306
A. Allgemeines	306
B. Die Baukonzession (§ 23 Abs. 1)	306
1. Inhalt	306
2. Grundstücksgeschäfte und Vergaberecht	308
3. Gegenstand der Konzessionsvereinbarung	310
C. Anzuwendende Vorschriften (§ 23 Abs. 2)	311
Abschnitt 2: Vergabebestimmungen im Anwendungsbereich der Richtlinie 2014/24/EU	313
§ 1 EU Anwendungsbereich	315
A. Allgemeines	315
B. Unterschiede zu § 1 VOB/A	316
§ 2 EU Grundsätze	318
A. Allgemeines	318
B. Unterschiede zu § 2 VOB/A	319

§ 3 EU Arten der Vergabe	321
A. Allgemeines	321
B. Offenes Verfahren (§ 3 EU Nr. 1, VOB/A)	322
C. Nicht offenes Verfahren (§ 3 EU Nr. 2, VOB/A)	322
D. Verhandlungsverfahren (§ 3 EU Nr. 3 VOB/A)	322
E. Wettbewerblicher Dialog (§ 3 EU Nr. 4 VOB/A)	322
F. Innovationspartnerschaft (§ 3 EU Nr. 5 VOB/A)	323
 § 3a EU Zulässigkeitsvoraussetzungen	324
A. Allgemeines	326
B. Das Verhandlungsverfahren	327
I. Verhandlungsverfahren mit Teilnahmewettbewerb (§ 3a Abs. 2 EU VOB/A)	327
1. Verhandlungsverfahren mit Teilnahmewettbewerb nach § 3a EU Abs. 2 Nr. (1) VOB/A	328
2. Verhandlungsverfahren mit vorgeschaltetem Teilnahme- wettbewerb nach § 3a EU Abs. 2 Nr. 2 VOB/A	329
II. Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb	330
1. Keine ordnungsgemäßen oder nur unannehbare Angebote im offenen/nicht offenen Verfahren (Nr. 1)	330
2. Keine ordnungsgemäßen oder nur unannehbare Angebote im offenen/nicht offenen Verfahren (Nr. 2)	330
3. Vergabe nur an ein bestimmtes Unternehmen (Nr. 3)	331
4. Äußerste Dringlichkeit	333
5. Wiederholung gleichartiger Leistungen (Nr. 5)	334
III. Wettbewerblicher Dialog (§ 3a EU Abs. 4 VOB/A)	335
IV. Innovationspartnerschaft (§ 3a EU Abs. 5 VOB/A)	336
 § 3b EU Ablauf der Verfahren	337
A. Allgemeines	343
B. Verfahrensablauf	344
I. Offenes Verfahren	344
II. Nicht offenes Verfahren mit Teilnahmewettbewerb (§ 3b EU Abs. 2 VOB/A)	344
III. Verhandlungsverfahren mit Teilnahmewettbewerb (§ 3b EU Abs. 3 VOB/A)	345

IV. Wettbewerblicher Dialog (§ 3b EU Abs. 4 VOB/A)	346
V. Innovationspartnerschaft (§ 3b EU Abs. 5 VOB/A)	346
§ 4 EU Vertragsarten	347
§ 4a EU Rahmenvereinbarung	348
§ 4b EU Besondere Instrumente und Methoden	351
A. Allgemeines	351
B. Besondere Instrumente und Methoden	352
I. Dynamisches Beschaffungssystem (§ 4b EU Abs. 1 VOB/A)	352
II. Elektronische Auktionen (§ 4b EU Abs. 2 VOB/A)	354
III. Elektronische Kataloge (§ 4b EU Abs. 3 VOB/A)	355
§ 5 EU Einheitliche Vergabe, Vergabe nach Losen	357
A. Allgemeines	358
B. Unterschiede zu § 5 VOB/A	358
I. Pflicht zur Losaufteilung durch private Auftragnehmer (§ 5 EU Abs. 2 Nr. 1 Satz 2 VOB/A)	358
II. Dokumentationspflicht (§ 5 EU Abs. 2 Nr. 2 VOB/A)	359
III. Angebots-/Loslimitierung (§ 5 EU Abs. 2 Nr. 3 VOB/A)	359
§ 6 EU Teilnehmer am Wettbewerb	360
A. Allgemeines	361
B. Unterschiede zu § 6 VOB/A	361
I. Eignung/Eignungskriterien (§ 6 EU Abs. 2 VOB/A)	362
II. Verbot der regionalen Bevorzugung (§ 6 EU Abs. 3 Nr. 1 VOB/A)	362
III. Teilnahme von Bietergemeinschaften (§ 6 EU Abs. 3 Nr. 2 VOB/A) ...	362
IV. Beschränkung der Teilnehmer am Wettbewerb (§ 6 EU Abs. 3 Nr. 3 VOB/A)	363
V. Beteiligung vorbefasster Bieter (§ 6 EU Abs. 3 Nr. (4) VOB/A)	364
§ 6a EU Eignungsnachweise	365
A. Allgemeines	367
B. Unterschiede zu § 6a VOB/A	367
I. Befähigung und Erlaubnis zur Berufsausübung (§ 6a EU Nr. 1 VOB/A)	367

II. Nachweis der wirtschaftlichen und finanziellen Leistungsfähigkeit (§ 6a EU Nr. 2 VOB/A)	368
1. Bankerklärung, Berufshaftpflichtversicherung, Jahresabschluss	368
2. Umsatzangaben (§ 6a EU Nr. 2 lit. c) VOB/A)	368
III. Nachweis der beruflichen und technischen Leistungsfähigkeit (§ 6a EU Nr. 3 VOB/A)	369
§ 6b EU Mittel der Nachweisführung, Verfahren	370
A. Allgemeines	371
B. Unterschiede zu § 6b VOB/A	371
I. Nachweisführung (§ 6b EU Abs. 1 VOB/A)	372
II. Beibringung von Eignungsnachweisen (§ 6b EU Abs. 2 VOB/A)	373
III. Ausnahmen von der Nachweisführung (§ 6b EU Abs. 3 VOB/A)	373
§ 6c EU Qualitätssicherung und Umweltmanagement	375
A. Allgemeines	376
§ 6d EU Kapazitäten anderer Unternehmen	377
A. Allgemeines	378
B. Eignungsleihe	378
I. Nachweis der Eignung durch Kapazitäten anderer Unternehmen (§ 6d EU Abs. 1 VOB/A)	378
II. Austausch von Nachunternehmern (§ 6d EU Abs. 1 VOB/A)	380
III. Rechtsform der Zusammenarbeit (§ 6d EU Abs. 2 VOB/A)	381
IV. Umfang der Nachweisführung (§ 6d EU Abs. 3 VOB/A)	382
V. Eigenleistungserfordernis (§ 6d EU Abs. 4 VOB/A)	382
§ 6e EU Ausschlussgründe	383
A. Allgemeines	386
B. Zwingende Ausschlussgründe (§ 6e EU Abs. 1, Abs. 4 VOB/A)	386
C. Absehen vom Ausschluss (§ 6e EU Abs. 5 VOB/A)	389
D. Fakultative Ausschlussgründe (§ 6e EU Abs. 6 VOB/A)	390
§ 6f EU Selbstreinigung	391
A. Allgemeines	392
B. Die einzelnen Selbstreinigungsmaßnahmen	392

I. Schadensausgleich (§ 6f EU Abs. 1 Nr. 1 VOB/A)	392
II. Zusammenarbeit mit den Ermittlungsbehörden (§ 6f EU Abs. 1 Nr. 2 VOB/A)	393
III. Maßnahmen zur Vermeidung künftigen Fehlverhaltens (§ 6f EU Abs. 1 Nr. 3 VOB/A)	393
IV. Beurteilung der Selbstreinigungsmaßnahmen durch den öffentlichen Auftraggeber (§ 6f EU Abs. 1 VOB/A)	394
V. Zulässiger Zeitraum für Ausschlüsse (§ 6f EU Abs. 3 VOB/A)	394
§ 7 EU Leistungsbeschreibung	395
§ 7a EU Technische Spezifikationen, Testberichte, Zertifizierungen, Gütezeichen	397
§ 7b EU Leistungsbeschreibung mit Leistungsverzeichnis	401
§ 7c EU Leistungsbeschreibung mit Leistungsprogramm	402
§ 8 EU Vergabeunterlagen	403
A. Allgemeines	404
B. Unterschiede zu § 8 VOB/A	404
§ 8a EU Allgemeine, Besondere und Zusätzliche Vertrags- bedingungen	405
§ 8b EU Kosten- und Vertrauensregelung, Schiedsverfahren	407
§ 8c EU Anforderungen an energieverbrauchsrelevante Waren, technische Geräte oder Ausrüstungen	408
A. Allgemeines	408
B. Regelungsinhalte	409
I. Anwendungsbereich	409
1. Abfrage des Energieverbrauchs (§ 8c EU Abs. 3 VOB/A)	410
2. „Energieeffizienz“ als Zuschlagskriterium (§ 8c EU Abs. 4 VOB/A)	410
§ 9 EU Einzelne Vertragsbedingungen, Ausführungsfristen	412
§ 9a EU Vertragsstrafen, Beschleunigungsvergütung	413

§ 9b EU Verjährung der Mängelansprüche	413
§ 9c EU Sicherheitsleistung	414
§ 9d EU Änderung der Vergütung	414
§ 10 EU Fristen	415
A. Allgemeines	415
B. Unterschiede zu § 10 VOB/A	415
§ 10a EU Fristen im offenen Verfahren	416
A. Allgemeines	417
B. Fristen im offenen Verfahren	418
1. Regelangebotsfrist (§ 10a EU Abs. 1 VOB/A)	418
2. Fristverkürzungen (§ 10a EU Abs. 2 bis 4 VOB/A)	418
3. Verlängerung der Angebotsfrist (§ 10a EU Abs. 5 und 6 VOB/A)	418
4. Rücknahme von Angeboten (§ 10a EU Abs. 7 VOB/A)	419
5. Bindefrist (§ 10a EU Abs. 8 VOB/A)	419
§ 10b EU Fristen im nicht offenen Verfahren	421
A. Allgemeines	422
B. Fristen im nicht offenen Verfahren	422
1. Regelteilnahmefrist, Mindestangebotsfrist (§ 10b EU Abs. 1 bis 5 VOB/A)	422
2. Verlängerung der Angebotsfrist (§ 10b Abs. 6 VOB/A)	423
3. Rücknahme von Angeboten (§ 10b Abs. 7 VOB/A)	423
4. Bindefrist (§ 10b EU Abs. 8 VOB/A)	423
§ 10c EU Fristen im Verhandlungsverfahren	424
A. Allgemeines	424
B. Fristen im Verhandlungsverfahren	424
1. Verhandlungsverfahren mit Teilnahmewettbewerb (§ 10c Abs. 1 VOB/A)	424
2. Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb (§ 10c EU Abs. 2 VOB/A)	424

§ 10d EU	Fristen im wettbewerblichen Dialog bei der Innovationspartnerschaft	425
A.	Allgemeines	425
B.	Fristen beim wettbewerblichen Dialog und bei der Innovationspartnerschaft	425
§ 11 EU	Grundsätze der Informationsübermittlung	426
§ 11a EU	Anforderungen an elektronische Mittel	428
§ 11b EU	Ausnahmen von der Verwendung elektronischer Mittel	430
A.	Allgemeines	431
B.	Ausnahmen	431
§ 12 EU	Vorinformation, Bekanntmachung	433
A.	Allgemeines	435
B.	Unterschiede zu § 12 VOB/A	435
I.	Vorinformation (§ 12 EU Abs. 1 VOB/A)	435
II.	Bekanntmachung (§ 12 EU Abs. 3 VOB/A)	436
1.	Bekanntmachungspflicht (§ 12 EU Abs. 3 Nr. (1) VOB/A)	436
2.	Inhalt der Bekanntmachungen (§ 12 EU Abs. 3 Nr. (2) VOB/A)	437
3.	Übermittlung der Bekanntmachung (§ 12 EU Abs. 3 Nr. (3) VOB/A)	437
§ 12a EU	Versand der Vergabeunterlagen	439
A.	Allgemeines	439
B.	Die einzelnen Regelungen	440
I.	Versand der Vergabeunterlagen (§ 12a EU Abs. 1 VOB/A)	440
II.	Geheimhaltung (§ 12a EU Abs. 2 VOB/A)	440
III.	Auskunftserteilung (§ 12a EU Abs. 3 VOB/A)	440
§ 13 EU	Form und Inhalt der Angebote	441
§ 14 EU	Öffnung der Angebote, Eröffnungstermin	443
A.	Allgemeines	444
B.	Unterschiede zu § 14 VOB/A	444
§ 15 EU	Aufklärung des Angebotsinhalts	445

§ 16 EU	Ausschluss von Angeboten	446
§ 16a EU	Nachforderung von Unterlagen	447
§ 16b EU	Eignung	447
§ 16c EU	Prüfung	448
§ 16d EU	Wertung	449
§ 17 EU	Aufhebung der Ausschreibung	452
§ 18 EU	Zuschlag	453
§ 19 EU	Nicht berücksichtigte Bewerbungen und Angebote	454
A.	Allgemeines	455
B.	Unterschiede zu § 19 VOB/A	455
I.	Benachrichtigung (§ 19 EU Abs. 1 VOB/A)	455
II.	Information (§ 19 EU Abs. 2 Satz 1 und 2, Abs. 3 VOB/A)	456
1.	Sachlicher Anwendungsbereich der Information	456
2.	Adressaten der Information	458
3.	Inhalt der Information	459
4.	Form und Frist der Information	460
III.	Wartepflicht (§ 19 EU Abs. 2 Satz 3 bis 5 VOB/A)	461
IV.	Rechtsfolgen bei Verstößen gegen Informations- und Wartepflicht (§ 101b GWB)	462
§ 20 EU	Dokumentation	463
§ 21 EU	Nachprüfungsbehörden	463
A.	Verzeichnis der aktuellen Vergabekammern	463
§ 22 EU	Auftragsänderungen während der Vertragslaufzeit	468
A.	Allgemeines	470
B.	Struktur des § 22 EU VOB/A	470
C.	Fallgruppen des § 22 EU VOB/A	470
I.	Wesentliche Vertragsänderungen (§ 22 EU Abs. 1 VOB/A)	471
1.	Unbenannte Fälle wesentlicher Vertragsänderung (§ 22 EU Abs. 1 S. 2 VOB/A)	471

2. Benannte Fälle wesentlicher Vertragsänderung (§ 22 EU Abs. 1 S. 3 VOB/A)	472
II. Zulässige Vertragsänderungen gem. § 22 EU Abs. 2 VOB/A	475
III. Die De-minimis-Regelung (§ 22 EU Abs. 3 VOB/A)	477
IV. Bekanntmachungspflicht gem. § 22 EU Abs. 5 VOB/A	477
§ 23 EU Übergangsregelung	478
Anhang I	
Gegenüberstellung des 1. und 2. Abschnitts der VOB/A	479
Anhang II	
Rechtsschutz im Vergabeverfahren unterhalb der Schwellenwerte ...	575
1. Einführung	575
2. Rechtsweg	576
3. Einstweiliger Rechtsschutz vor den Zivilgerichten	577
4. Vergabepflichtverfahren durch Aufsichtsbehörden	578
5. Schadensersatzansprüche	579
6. Neuere Entwicklungen	580
Anhang III	
Wichtige Ausschreibungsblätter und -datenbanken	581
Überregionale Ausschreibungsblätter und -datenbanken	581
Regionale Ausschreibungsblätter und -datenbanken	582
Anhang IV	
Standardformular Einheitliche Europäische Eigenerklärung (EEE)	585
Literaturverzeichnis	587
Stichwortverzeichnis	589

Einleitung

A. Die VOB/A in der Systematik des deutschen Vergaberechts

1. Die Entwicklung des Vergaberechts

Im Gegensatz zum Rechtsverkehr unter Personen des Privatrechts unterliegen staatliche Institutionen und zum Teil auch durch staatliche Institutionen geprägte juristische Personen des Privatrechts bestimmten Vorgehensweisen beim Einkauf von Gütern und Leistungen. Die Gesamtheit der Regeln und Vorschriften, welche das Einkaufsverhalten des Staates, seiner Behörden und Institutionen regelt, ist unter dem Begriff „**Vergaberecht**“ zusammengefasst. 1

Traditionell ist das deutsche Vergaberecht ein spezieller Teil des Haushaltsrechtes. Als solches war es über Jahrzehnte von der haushaltswirtschaftlichen Zielsetzung der sparsamen Mittelverwendung geprägt und durch eine stark staatszentrierte Sichtweise gekennzeichnet. Die im Haushaltsgrundsätzegesetz (§ 30 HGrG) sowie in den verschiedenen Haushaltsordnungen von Bund, Ländern, Kommunen und den diversen Körperschaften öffentlichen Rechts enthaltenen Vorgaben für den Umgang mit Steuergeldern dienen dem alleinigen Zweck, die ökonomische Verwendung der Haushaltsmittel zu sichern, also den Etat zu schützen. 2

Den Bediensteten werden hierdurch bestimmte Verhaltens- und Vorgehensweisen beim Einkauf von Gütern bzw. bei der Vergabe von Aufträgen an Dritte vorgeschrieben. Insbesondere wird die öffentliche Verwaltung durch das Haushaltsrecht bei der Beschaffung von Leistungen allgemein verpflichtet, diese im Wettbewerb zu beschaffen. Konkretisiert werden die gesetzlichen haushaltsrechtlichen Vorschriften durch die Vergabe- und Vertragsordnungen (VOB/A, VOL/A) je nach Art der zu vergebenden Leistung¹. Grundsätzlich sind die haushaltsrechtlichen Vergabevorschriften objektive Ordnungsregeln, die nur ausnahmsweise Rechtspositionen für potentielle Vertragspartner in Form sogenannter „Reflexwirkungen“ begründen können.

Mit der Entwicklung der **Europäischen Gemeinschaft** hat auch das zuvor allein durch das Haushaltsrecht geprägte Vergaberecht eine Neugestaltung erfahren. War zuvor der öffentliche Einkauf nur auf die heimischen Märkte beschränkt und dementsprechend das Vergaberecht geregelt, musste das Vergaberecht 3

1 Bis zum 18. April 2016 auch die VOF im Oberschwellenbereich.

nunmehr an die zur Marköffnung erlassenen *Richtlinien der EU zur Koordinierung der nationalen Vorschriften über die Vergabe öffentlicher Aufträge* (Lieferkoordinierungsrichtlinie und Baukoordinierungsrichtlinie) angepasst werden.

- 4 Nachdem zunächst das Vergaberecht seine wesentliche gesetzliche Grundlage im **Haushaltsgrundsätzegesetz** (HGrG) gefunden hatte, wurden zur Umsetzung der verschiedenen EU-Richtlinien die §§ 57 a, b, c HGrG eingefügt und bildeten bis 1998 die gesetzliche Grundlage des Vergaberechts („haushaltsrechtliche Lösung“ in verspäteter Umsetzung der Richtlinien). Diese Regelungen enthielten eine Ermächtigung für die Bundesregierung, mit Zustimmung des Bundesrates detaillierte Vergabevorschriften zu erlassen. Von dieser Ermächtigung hat die Bundesregierung mit dem Erlass einer **Vergabeverordnung** (VgV) am 22. Februar 1994 Gebrauch gemacht. Die VgV verwies starr auf die verschiedenen Verdingungsordnungen, welche nunmehr auf diesem Wege neben den fortgeltenden haushaltsrechtlichen Regelungen in das System der Vergaberegeln einbezogen wurden. Gleichzeitig beinhaltete die VgV ein spezielles **Rechtsschutzsystem** mit **Vergabeprüfstellen** als erste Instanz und **Vergabeüberwachungsausschüssen** als Rechtsmittelinstanz.
 - 5 Dieses System des Rechtsschutzes wurde jedoch von der **EU-Kommission** in mehreren **Vertragsverletzungsverfahren** angegriffen, in deren Folge der EuGH 1997 feststellte, dass der gewährte Rechtsschutz nicht ausreiche. Im Hinblick auf diese Rechtsprechung war die „Haushaltsrechtliche Lösung“ nicht aufrechtzuerhalten. Als Konsequenz aus der Rechtsprechung des EuGH wurde daher das **Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB)** durch das **Vergaberechtsänderungsgesetz** (VgRÄG) von 1998 um einen neuen vierten Teil ergänzt, der die Vergabe von Aufträgen nach den Vorgaben des europäischen Vergaberechts regelt und eine relativ detaillierte Regelung des Rechtsschutzes beinhaltet. Teilregelungen befinden sich weiterhin im nachrangigen Recht. Es gilt weiterhin die Vergabeverordnung, die wie bisher auf die Verdingungsordnungen verweist. Diese etwas unübersichtliche Gestaltung wird gemeinhin als sogenanntes „**Kaskadenprinzip**“ bezeichnet.
- Mit Einführung des neuen Vergaberechts traten die §§ 57 a bis 57 c HGrG außer Kraft. Die sogenannte „haushaltsrechtliche Lösung“ ist mit Inkrafttreten der §§ 97 ff. GWB damit oberhalb der *EU-Schwellenwerte* obsolet geworden.
- 6 Bereits mit Einführung der VgV am 22. Februar 1994 wurde die Geltung des europäischen Vergaberechts und damit eines besonderen Rechtsschutzes für potentielle Auftragnehmer auf Aufträge beschränkt, die einen bestimmten Auftragswert erreichen (sogenannter **Schwellenwert**). Die einzelnen Schwellenwerte fanden sich in der jeweiligen Vergabe- und Vertragsordnung. Das Schwellenwertprinzip wurde auch mit Einführung des vierten Teils des GWB

beibehalten, was dazu führte, dass bis heute eine Zweiteilung des Deutschen Vergaberechts fort dauert. Für Aufträge mit Auftragswerten unterhalb der Schwellenwerte gelten die traditionellen haushaltsrechtlichen Vergaberegeln. Für Aufträge oberhalb der Schwellenwerte gelten nationale wie europäische Vergabebestimmungen.

Auf das Vergaberecht unterhalb der EU-Schwellenwerte hat das Recht der Europäischen Richtlinien keinen Einfluss. Auch hier müssen die Vergabeverfahren aber den durch den Europäischen Gerichtshof und von der Kommission geforderten Mindeststandards der **transparenten, gleichen, diskriminierungsfreien und wettbewerblichen** Vergabe entsprechen. Denn diese Grundsätze sind nicht etwa durch die Vergaberichtlinien eingeführt worden, sondern Bestandteil des EG-Vertrages, der alle staatlichen Institutionen unmittelbar bindet. Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofes und der Oberlandesgerichte, die die eben genannten Grundsätze konkretisieren, müssen daher auch unterhalb der Schwellenwerte beachtet werden.

Bereits die Neufassung der VOB/A 2006 trug den Änderungen durch die EU-Richtlinie über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, Lieferaufträge und Dienstleistungsaufträge (RL 2004/18/EG der Kommission vom 31. März 2004, ABl. Nr. L 134/114 vom 30. April 2004) Rechnung. Der *erste Abschnitt* der VOB/A wurde dabei zudem an die Erfordernisse der elektronischen Vergabe angepasst. Des Weiteren wurden die Regelungen des ÖPP-Beschleunigungsgesetzes vom 1. September 2005 in die VOB/A übernommen. Einige redaktionelle Änderungen ergaben sich durch die gleichzeitige Überarbeitung von VOL/A und VOF, die Textergänzungen der Vergabeordnungen sollten schon bei diesem Reformschritt möglichst gleich formuliert werden.

Die Änderungen in der VOB/A 2009 sind das Ergebnis des zweiten Reformschritts aus der Koalitionsvereinbarung CDU/CSU und SPD vom 11. November 2005, der die *Vereinfachung des Vergaberechts im bestehenden System* vorsah. Die VOB/A erhielt eine veränderte Gliederungsstruktur. Wie auch bei Rechtsvorschriften wurden nunmehr die Gliederungsebenen „Paragraph, Absatz, Nummer“ eingeführt, wobei sich die Paragraphenfolge stärker am chronologischen Ablauf des Vergabeverfahrens orientierte. Erstmals wurden für Beschränkte Ausschreibungen und Freihändige Vergaben **Wertgrenzen** eingeführt, § 3 VOB/A. Die Regelungen zur Teilnahme am Wettbewerb, § 6 VOB/A, wurden grundlegend umgestaltet und neu gegliedert, wodurch die **Präqualifizierung** und **Eigenerklärung** im Zusammenhang mit der **Eignungsprüfung** eine deutliche Aufwertung erfuhren. **Bedarfspositionen** sollen *grundsätzlich* nicht in die Leistungsbeschreibung aufgenommen werden, § 7 VOB/A. Bei „kleineren“

Bauvorhaben ist auf **Sicherheitsleistungen für Vertragserfüllung** zu verzichten. Zudem wurden mit dem neuen § 16 VOB/A Möglichkeiten geschaffen, fehlende **Erklärungen und Nachweise nachzufordern**, um dem vielfach notwendigen Ausschluss von Angeboten aus formalen Gründen entgegenzuwirken. Auch **fehlende Preisangaben** führen – in engen Grenzen – nicht mehr zum zwingenden Ausschluss eines Angebotes.

- 10 Der § 20 VOB/A (Dokumentation) bestimmt erstmalig die **Mindestinhalte** für den **Vergabevermerk**.

Mit der Neufassung der VOB/A im Jahr 2012 wurde der 2. Abschnitt überarbeitet und ein 3. Abschnitt für Vergaben in den Bereichen Verteidigung und Sicherheit eingeführt. Der 1. Abschnitt blieb dagegen unverändert. Das Ziel war auch hier die Vereinfachung des Vergaberechts². In der amtlichen Bekanntmachung³ sind die erfolgten Änderungen wie folgt erläutert:

„Die Neufassung des Abschnitts 2 der VOB/A dient der Umsetzung des Beschlusses der Bundesregierung über Schwerpunkte zur Vereinfachung des Vergaberechts im bestehenden System vom 28.06.2006 und ist im Koalitionsvertrag vom 26.10.2009 verankertes Ziel der Bundesregierung zur weiteren Vereinfachung des Vergaberechts.

- 11 Der Schwerpunkt der Überarbeitung des 2. Abschnitts der VOB/A war insbesondere die Zusammenführung der Bestimmung der Basis- und der a-Paragraphen, wodurch die bisherige Struktur von Basis- und a-Paragraphen aufgegeben wurde. Die Bestimmungen der Abschnitte 1 und 2 gelten für Vergaben unterhalb der EU-Schwellenwerte (1. Abschnitt) und für Vergaben ab dem EU-Schwellenwert (2. Abschnitt). Durch die vor allem sprachliche Überarbeitung der Vergabebestimmungen des 2. Abschnitts wurden die Regelungstexte durch die Vereinheitlichung von Begriffen verständlicher gefasst.

Die gesamte Bearbeitung erfolgte mit der Maßgabe, grundsätzlich die bestehenden inhaltlichen Regelungen beizubehalten, wobei die nachfolgenden erforderlichen Änderungen eingearbeitet wurden.

- 12 Mit der Herausgabe eines 3. Abschnitts der VOB/A wird der Neuregelung von Vergabebestimmungen für die Bereiche Verteidigung und Sicherheit auf der EU-Ebene Rechnung getragen. Die Umsetzung der Richtlinie 2009/81/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13.07.2009 über die

² Bundesanzeiger, Jahrgang 63, Nr. 182a, S. 4.

³ Bundesanzeiger, Jahrgang 63, Nr. 182a, S. 4.

Koordinierung der Verfahren und zur Vergabe bestimmter Bau-, Liefer- und Dienstleistungsaufträge in den Bereichen Verteidigung und Sicherheit (Richtlinie Verteidigung und Sicherheit) in nationales Recht erfolgt durch die Änderung des Gesetzes für Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) und durch eine neue Rechtsverordnung, die Vergabeverordnung Verteidigung und Sicherheit (VSVgV). Dabei werden die allgemeinen und grundsätzlichen Regelungen im ersten Abschnitt der Rechtsverordnung geregelt und für alle Vergaben, auch Bauaufträge, Gültigkeit erlangen. Hinsichtlich der Verfahrensregelungen für die Vergabe von Bauaufträgen in den Bereichen Verteidigung und Sicherheit verweist die Verordnung dann auf den neuen Abschnitt der VOB/A. Hierbei wurden die für die Bauaufträge geltenden Vergabebestimmungen der Richtlinie 2009/81/EG Verteidigung und Sicherheit in nationales Recht umgesetzt. Basistext für den Abschnitt 3 der VOB/A ist der neu gefasste Abschnitt 2 der VOB/A, welcher um die für die Bauvorhaben in den Bereichen Verteidigung und Sicherheit zusätzlich geltenden Bestimmungen ergänzt wurde. ...“

Mit der nunmehrigen Neufassung der VOB/A 2016 wurden einige Änderungen im 1. Abschnitt sowie wesentliche Änderungen im 2. Abschnitt vorgenommen. In der Amtlichen Bekanntmachung⁴ sind die erfolgten Änderungen wie folgt erläutert:

„Die Neufassung des Abschnitts 2 der VOB/A dient dem Ziel der Umsetzung der Richtlinie 2014/24/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26.02.2014. Zusammen mit den Richtlinien 2014/23/EU zur Konzessionsvergabe und 2014/25/EU der Sektorenrichtlinie stellen sie eine umfassende Überarbeitung des europäischen Vergaberechts dar.

Der Schwerpunkt der Überarbeitung liegt entsprechend auf dem zweiten Abschnitt der VOB/A. Dort sind die Vorgaben des europäischen Rechts umgesetzt worden, soweit sie nicht auf der gesetzlichen Ebene im 4. Teil des GBW oder in übergreifend geltenden Vorschriften der VgV geregelt sind. Der hohe Detaillierungsgrad der EU-Richtlinien hat zu einem Anwachsen des Abschnitts 2 der VOB/A geführt. Um eine Übersichtlichkeit zu gewährleisten, wurden die bisherigen Zwischenüberschriften als eigenständige Paragraphen neu ausgestaltet. Um den Anwender gleichwohl möglichst viel Bekanntes

⁴ Einführungserlass zur Vergabe- und Vertragsordnung von Bauleistungen (VOB) 2016, 07.04.2016, Seite 3.

zu erhalten, wurde dabei auf neue, durchgehende Nummerierung verzichtet, sondern das Paragrafengerüst durch Einfügen von Paragrafen mit dem Zusatz a, b, usw. in der Grundform erhalten bleibt. Die Strukturänderung wurde im Abschnitt 1 und 3 übernommen.“

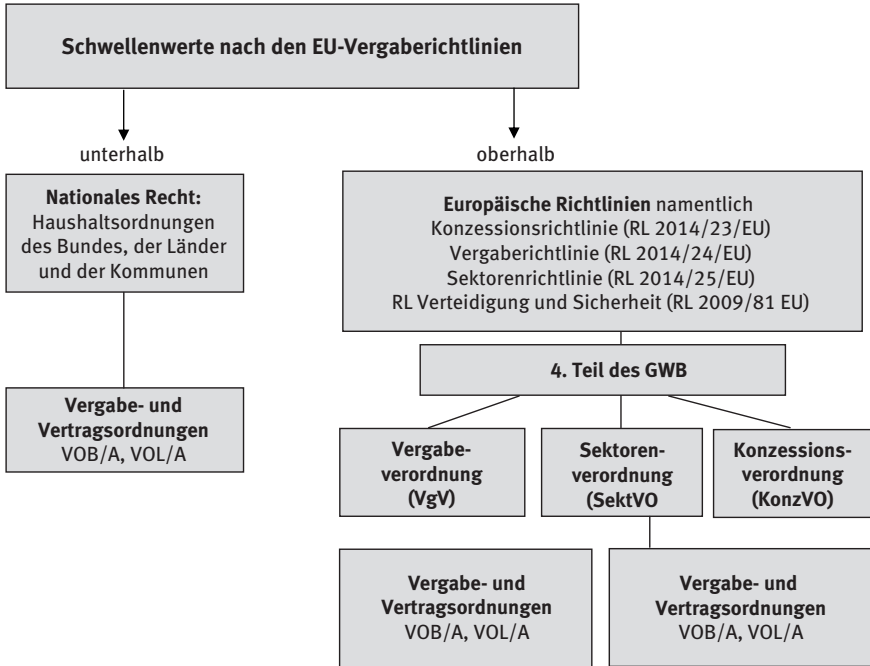
Änderungen, die im 1. Abschnitt der VOB/A vorgenommen wurden, sind beispielsweise Regelungen zum Ablauf der Angebotsfrist und zur Signatur von elektronischen Angeboten. Die neue Regelung in § 22 VOB/A beispielsweise stellt klar, unter welcher Voraussetzung wesentliche Änderungen des öffentlichen Auftrags während der Vertragslaufzeit ein neues Vergabeverfahren erfordern.

Im 2. Abschnitt der VOB/A hat der Gesetzgeber durchaus größere Änderungen vorgenommen. So wurden die bisher von dem, nun abgeschafften 2. Abschnitt der VOL/A abgedeckten Regelungen zur Beschaffung von Liefer- und Dienstleistungen komplett für den Oberschwellenbereich eingearbeitet. Das nicht offene Vergabeverfahren wurde dem offenen Vergabeverfahren gleichgestellt sowie wurden Anpassungen in den Fristen und den Möglichkeiten zur Nachweisführung vorgenommen.

2. Der Aufbau des bestehenden Vergaberechts

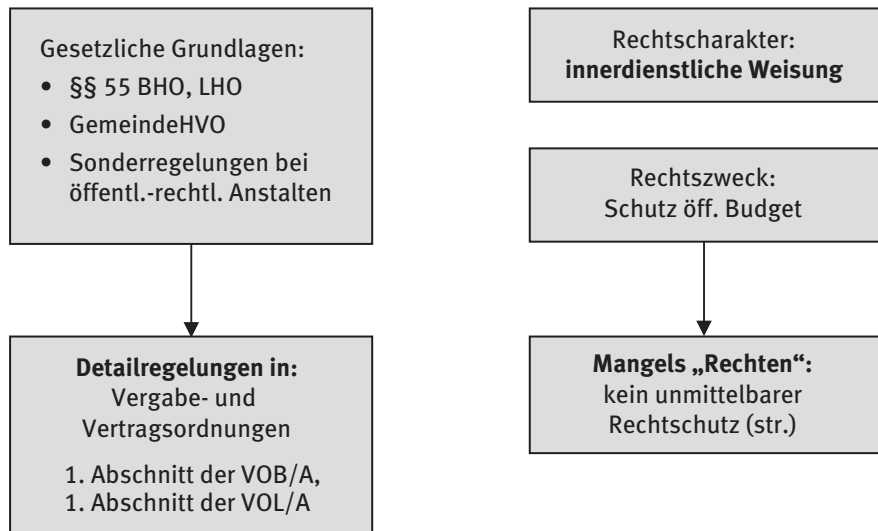
- 14 Ausschlaggebendes Kriterium für die Anwendung der strengen Vorgaben des europäischen Vergaberechts oder des Haushaltsrechts ist das Erreichen der einschlägigen Schwellenwerte.

Systematik des Vergaberechts



Unterhalb der EU-Schwellenwerte gilt traditionelles deutsches Recht, das seine gesetzlichen Grundlagen in §§ 55 Bundeshaushaltsordnung, Landeshaushaltsordnung, Gemeindehaushaltsverordnungen sowie in den Sonderregeln für öffentlich-rechtliche Anstalten findet. Den vergaberechtlichen Regelungen kommt lediglich der Charakter einer Weisung zum Schutz des öffentlichen Budgets zu. Die Vorschriften vermitteln keine Rechte Dritter, so dass kein primärer Rechtsschutz besteht. 15

Traditionelles deutsches Vergaberecht unterhalb der Schwellenwerte



- 16 **Oberhalb der EU-Schwellenwerte** finden auf EU-Ebene marktöffnende und überwachende Richtlinien Anwendung. Die gesetzlichen Grundlagen des Vergaberechts oberhalb der Schwellenwerte befinden sich im vierten Teil des GWB, der wesentliche Grundsätze des Vergabeverfahrens und Bestimmungen des Rechtsschutzverfahrens beinhaltet. Konkrete Regelungen über das bei der Vergabe einzuhaltende Verfahren beinhaltet das GWB jedoch nicht. Insofern verweist § 113 GWB auf eine von der Bundesregierung zu erlassende Rechtsverordnung, die VgV. Die VgV selbst regelt jedoch ebenfalls nur einzelne Verfahrensfragen. Hinsichtlich der Detailregelungen verweist die VgV wiederum auf die Vergabe- und Vertragsordnungen. Das Rechtssystem oberhalb der Schwellenwerte ist außenwirksames Recht, das zum Zwecke des Bieterschutzes, der Marktöffnung und des Budgetschutzes Dritten einklagbare Rechte vermittelt.

a) Die europäischen Richtlinien

- 17 Grundlage des europäischen Vergaberechts sind die Vorgaben des EU-Rechts, welche in der vormaligen Vergabekoordinierungsrichtlinie (VKR) sowie der Sektorenkoordinierungsrichtlinie (SKR) aufgeführt sind. Die wichtigsten Vorgaben enthalten die Nachprüfungsrichtlinien (NKR und SKR-NKR). Durch diese wird sichergestellt, dass oberhalb der Schwellenwerte Zweck des Vergaberechts

nicht allein die sparsame Mittelverwendung, sondern vielmehr die Öffnung der Märkte innerhalb der EU ist. Aus diesem Grund verlangen die Nachprüfungsrichtlinien, den Bietern und Interessenten gerichtlich durchsetzbare Ansprüche bereits während eines Vergabeverfahrens einzuräumen.

Mit Inkrafttreten der Richtlinie 2004/18/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 31. März 2004 wurde die ehemalige Bau-, Liefer- und Dienstleistungskordinierungsrichtlinie mit diversen Änderungen zusammengefasst. Gleiches galt für die Sektorenrichtlinie, welche nun als Richtlinie 2004/17/EG bezeichnet wird. 18

Anfang 2014 hat die EU ein Reformpaket des Europäischen Vergaberechts auf den Weg gebracht, das am 17.04.2014 in Kraft getreten ist. Die Reform umfasst drei neue EU-Richtlinien, die innerhalb von 24 Monaten, d.h. bis zum 18.04.2016, in nationales Recht umzusetzen waren. Die Reform umfasst folgende Richtlinien: 19

- **Richtlinie 2014/24/EU** über die öffentliche Auftragsvergabe sowie zur Aufhebung der Richtlinie 2004/18/EU (Vergaberichtlinie)
- **Richtlinie 2014/24/EU** über die Vergabe von Aufträgen durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie der Postdienste und zur Aufhebung der Richtlinie 2004/17/EU (Sektorenrichtlinie)
- **Richtlinie 2014/23/EU** über die Konzessionsvergabe (**Konzessionsrichtlinie**).

Nach den Erwägungsgründen zum Erlass der drei neuen Richtlinien soll die Reform unter anderem dazu beitragen, dass das Vergaberecht vereinfacht und flexibler gestaltet wird. Darüber hinaus soll das EU-Vergaberecht modernisiert werden, um die Effizienz der öffentlichen Ausgaben zu steigern, Verfahren zu beschleunigen und an neue technische Möglichkeiten anzupassen (z.B. durch die erleichterte elektronische Vergabe). Den Vergabestellen soll ermöglicht werden, die öffentlichen Auftragsvergaben in stärkerem Maße zur Unterstützung gemeinsamer gesellschaftlicher Ziele zu nutzen oder um kleineren und mittleren Unternehmen die Teilnahme an öffentlichen Vergabeverfahren zu erleichtern. Darüber hinaus übernimmt der Richtliniengeber die ständige Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes, um damit Vergaben im Oberschwellenbereich rechtssicherer gestalten zu können. 20

Außerdem sollen Vergaben an soziale und ökonomische Bedürfnisse angepasst und das Vergaberecht insgesamt liberalisiert werden; etwa durch die Schaffung weitergehender Ausnahmen beispielsweise im Bereich der sozialen Dienstleistungen.

b) Der 4. Teil des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (§§ 97 ff. GWB)

- 21 Der neu überarbeitete 4. Teil des GWB ist die direkte Umsetzung der Richtlinie 2014/24/EU, mit der die Gesetzgebung die Frist zur Umsetzung durch Einführung am 17. Februar 2016 eingehalten hat. Die Bestimmungen des vierten Teils des GWB beinhalten die allgemeinen, bei der Vergabe von öffentlichen Aufträgen zwingend zu beachtenden Grundsätze, § 97 GWB, das Wettbewerbsprinzip, Transparenz- und Gleichbehandlungsgebot bzw. Diskriminierungsverbot. Ferner regeln die Vorschriften des ersten Kapitels die Voraussetzungen und den Ablauf des Vergabeverfahrens als solches, wohin gegen das zweite Kapitel das Nachprüfungsverfahren regelt.
- 22 Grundsätze, Definitionen und der Anwendungsbereich des GWB sind aus den §§ 97–114 GWB zu entnehmen. Der zweite Abschnitt, §§ 115–135 GWB, widmet sich der Vergabe von öffentlichen Aufträgen durch öffentliche Auftraggeber. Hier sind die einzelnen Vergabeverfahren und die Auftragsausführung beschrieben sind. So sind in § 119 GWB die einzelnen Vergabearten genannt so befinden sich in § 134 GWB Regelungen über die Informations- und Wartepflicht vor Zuschlagserteilung. Werden diese Regelungen nicht beachtet, kann es zu einer sogenannten **De-facto-Vergabe** nach § 135 GWB und damit zur schwebenden Wirksamkeit der Verträge kommen. Allerdings kann ein Bewerber oder Bieter die Unwirksamkeit nur innerhalb einer Frist von 6 Monaten nach Vertragsschluss durch Anrufung der Vergabekammer feststellen lassen. Der neu eingeführte, dritte Abschnitt, §§ 136–154 GWB, befasst sich mit der Vergabe von öffentlichen Aufträgen in besonderen Bereichen und Konzessionen.
- 23 Das Kapitel 2 des vierten Teils des GWB regelt in den §§ 155–184 GWB neben der konkreten Ausgestaltung des Nachprüfungsverfahrens in §§ 160/170 ff. die Organisation der Nachprüfungsbehörden, §§ 155–159 GWB. Der 3. Abschnitt des Kapitel 2 enthält in den §§ 171–184 GWB sonstige Regelungen über Schadenersatzansprüche, Kosten des Nachprüfungsverfahrens sowie spezielle Ermächtigungsgrundlagen für den Erlass von Rechtsverordnungen.

c) Vergabeverordnung (VgV)

- 24 Die VgV ist ebenfalls in Umsetzung der EG-Richtlinien über die öffentliche Auftragsvergabe aktualisiert worden und stellt zum einen das **Bindeglied** zwischen den Vorschriften des GWB und den Vergabe- und Vertragsordnungen dar. Durch die Vergabereform 2016 wurden in die VgV die bisherigen Vorschriften

des 2. Abschnitts der Vergabe- und Vertragsverordnung für Leistungen (VOL/A) freiberufliche Leistungen (VOF) integriert. Die Ermächtigungsgrundlage für den Erlass der VgV findet sich in § 113 und § 114 Abs. 2 S. 4 GWB.

Zweck der VgV ist die nähere Bestimmung über das bei der Vergabe öffentlicher Aufträge einzuhaltende Verfahren, deren geschätzte Auftragswerte gemäß § 3 VgV die EU-Schwellenwerte erreichen oder überschreiten.

Die VgV enthält nunmehr die Bestimmungen über das bei der Vergabe einzuhaltende Verfahren. Sie ersetzt damit im Oberschwellenbereich vollständig den 2. Abschnitt der VOL/A sowie der VOF, die ersatzlos gestrichen wurden.

In § 3 VgV sind die wesentliche Grundsätze festgehalten, die bei der Schätzung des Auftragswertes, anhand dessen das Erreichen der Schwellenwerte festgestellt wird, zu beachten sind. Die aktuellen Schwellenwerte, die seit dem 01. Januar 2016 gelten, liegen bei 5 225 000,- € (netto) für Bauaufträge und bei 209 000,- € (netto) für Liefer- und Dienstleistungsaufträge. Andere Wertgrenzen bei Liefer- und Dienstleistungsaufträgen gelten für oberste Bundesbehörden (135 000,- € netto) sowie im Sektorenbereich und in dem Bereichen Verteidigung und Sicherheit (418 000,- € netto).

d) Bestimmungen des Haushaltsrechts

Im Gegensatz zur Vergabe oberhalb der Schwellenwerte richtet sich die Vergabe von Aufträgen unterhalb der Schwellenwerte ausschließlich nach den haushaltsrechtlichen Bestimmungen des Bundes, der Länder und der Kommunen. Die maßgeblichen Regelungen finden sich im Haushaltsgrundsätzegesetz, in der Bundeshaushaltsordnung und in den Landeshaushaltsordnungen sowie den Gemeindehaushaltsverordnungen. Darüber hinaus gibt es die verschiedensten Verwaltungsvorschriften, welche das Vergabeverfahren unterhalb der Schwellenwerte regeln und die Beachtung der Bestimmungen in den Verdingungsordnungen, nunmehr Vergabe- und Vertragsordnungen, verbindlich vorschreiben. 25

e) Die Landesvergabegesetze

Landesspezifische Regelungen enthalten neben den allgemeinen Bestimmungen zur Beachtung des Vergaberechts in den Landeshaushaltsordnungen auch die in nahezu allen Bundesländern existierenden Landesvergabegesetze⁵. Mit diesen Vergabegesetzen verfolgen die Landesgesetzgeber unterschied- 26

5 Allein im Freistaat Bayern hat der Landesgesetzgeber bislang auf den Erlass eines Landesvergabegesetzes verzichtet.

liche Zielstellungen. Teilweise dienen sie dazu, einen *vergabespezifischen Mindestlohn* festzuschreiben. Die in den Anwendungsbereich des jeweiligen Landesvergabegesetzes fallenden öffentlichen Auftraggeber werden damit verpflichtet, den im Ergebnis der Ausschreibung beauftragten Unternehmen aufzugeben, die mit der Auftragsausführung betrauten Mitarbeiter nach den jeweils geltenden tarifvertraglichen Regelungen zu entlohnen bzw. einen jeweils im Gesetz festgeschriebenen Mindestlohn zu zahlen. Insoweit unterscheiden sich die Regelungen von denen des Mindestlohngesetzes (MiLoG), wonach alle Unternehmen zur Zahlung eines im Gesetz festgeschriebenen Mindestlohnes verpflichtet sind.

- 27 Im Ergebnis handelt es sich bei den Vorgaben aus den Landesvergabegesetzen damit um *besondere Vertragsbedingungen*, die die in den Anwendungsbereich des jeweiligen Landesvergabegesetzes fallenden Auftraggeber verpflichten, die gesetzlichen Vorgaben zum Vertragsinhalt zu machen. Unterbleibt eine solche vertragliche Vereinbarung, kann der Auftraggeber die in den Landesvergabegesetzen vorgesehenen Sanktionsmöglichkeiten bei einem etwaigen Verstoß (Auftragsentziehung, Geltendmachung einer Vertragsstrafe, Auftrags-sperren) nicht durchsetzen, da es in diesen Fällen an einer entsprechenden vertraglichen Vereinbarung fehlt.
- 28 Zum Teil⁶ enthalten die Landesvergabegesetze darüber hinaus die dem § 134 GWB nachgebildete Vorabinformationspflicht. Die Auftraggeber sind dabei ab Erreichen bestimmter Auftragssummen verpflichtet, nicht berücksichtigte Bieter die Gründe der Nichtberücksichtigung mitzuteilen, den Namen des für den Zuschlag vorgesehenen Bieters anzugeben und die Zuschlagserteilung erst nach Ablauf einer bestimmten Frist – 7 Kalendertage – vorzunehmen. Wird innerhalb dieser Frist von nicht berücksichtigten Bietern die Nichteinhaltung von Vergabevorschriften beanstandet und der Beanstandung durch den öffentlichen Auftraggeber nicht abgeholfen, hat der Auftraggeber – von sich aus – die Vergabeakten an die jeweiligen Nachprüfungsbehörden⁷ zu unterrichten. Ein Zuschlag darf in diesen Fällen erst dann erteilt werden, wenn die Nachprüfungsbehörde nicht innerhalb einer gesetzlich vorgeschriebenen Frist das Vergabeverfahren mit Gründen beanstandet⁸.

6 So etwa die Landesvergabegesetze in Sachsen-Anhalt, Sachsen und Thüringen.

7 In der Regel sind dies die für den Oberschwellenbereich geschaffenen Vergabekammern.

8 Im Falle des Landesvergabegesetzes Sachsen-Anhalt beträgt die Frist 4 Wochen, die in begründeten Fällen durch den Vorsitzenden der Vergabekammer um weitere 2 Wochen verlängert werden kann.

Zu beachten ist jedoch, dass es sich bei diesem *Zuschlagsverbot* nicht um ein gesetzliches Zuschlagsverbot im Sinne des § 135 GWB handelt. Die jeweiligen landesgesetzlichen Bestimmungen, wie etwa der § 18 Abs. 2 des Gesetzes über die Vergabe öffentlicher Aufträge in Sachsen-Anhalt (Landesvergabegesetz – LVGLSA) stellen auch kein Verbotsgesetz im Sinne des § 134 BGB dar⁹. Im Ergebnis kann der öffentliche Auftraggeber damit im Anwendungsbereich eines solchen Landesvergabegesetzes auch innerhalb der Beanstandungsfrist einen wirksamen Zuschlag erteilen. 29

f) Die verschiedenen Vergabe- und Vertragsordnungen

Seit den späten 20er Jahren ist das Vergaberecht in Deutschland in den Verdingungsordnungen für Bauleistungen und der Verdingungsordnung für Leistungen geregelt. Die Verdingungsordnungen wurden von dem unter der Leitung des Reichsfinanzministeriums gegründeten Reichsverdingungsausschuss erlassen. Nach 1945 übernahm die Arbeit des Reichsverdingungsausschusses der Deutsche Verdingungsausschuss für Bauleistungen und der Deutsche Verdingungsausschuss für Leistungen – ausgenommen Bauleistungen. Die Verdingungsordnungen sind somit nicht von demokratisch legitimierten Organen erlassen worden. Aus diesem Grund stellen sie weder Gesetze noch Rechtsverordnungen dar. Vielmehr sind die Verdingungsordnungen auf Erfahrungswerten beruhende, von privaten Institutionen aufgestellte abstrakt-generelle Regeln. Rechtliche Verbindlichkeit kommt ihnen erst aufgrund von Verweisungsnormen zu. 30

Unterhalb der Schwellenwerte finden sich die Verweisungsnormen in §§ 55 BHO, LHO und entsprechenden Vorschriften in den Gemeindehaushaltsverordnungen. Durch die Verweisungen der haushaltsrechtlichen Bestimmungen, einschließlich der dazu erlassenen Verwaltungsvorschriften, erlangen die Verdingungsordnungen unterhalb der Schwellenwerte ebenfalls den Charakter von Verwaltungsvorschriften. Ihre innerdienstliche Verbindlichkeit kann eine unmittelbare Rechtswirkung nach außen jedoch nicht begründen. Gleichwohl entsteht durch die regelmäßige Anwendung der Verdingungsordnungen bei der Vergabe von öffentlichen Aufträgen eine Verwaltungspraxis, die über den Gleichbehandlungsgrundsatz des Art. 3 Abs. 1 GG oder über die Grundsätze des Verschuldens bei Vertragsschluss eine mittelbare Außenwirkung gegenüber den Bietern entfalten kann. 31

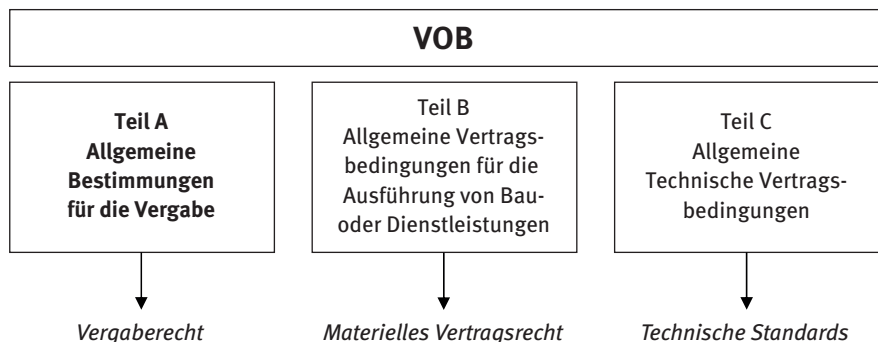
9 Vgl. LG Rostock, 06.11.2015 – 3 O 703/15.

Mit dem Reformpaket 2016 wurde die VOF, die Vergabeordnung für freiberufliche Leistungen abgeschafft. Gleiches gilt für den 2. Abschnitt der VOL/A. Die Regelungen sind in die Neufassung des GWB sowie der VOB/A mit aufgenommen worden. Derzeit existieren zwei verschiedene Vergabe- und Vertragsordnungen, die je nach der Art des zu vergebenden Auftrages vom Auftraggeber bei Anbahnung und Abschluss des Auftrages zu beachten sind.

- Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen (**VOB**)
- Vergabe- und Vertragsordnung für Leistungen (**VOL**)

- 32 Soweit die VOB und die VOL aus verschiedenen Teilen (A, B oder C) bestehen, beinhalten lediglich die A-Teile Bestimmungen über das Vergaberecht. Bei den B-Teilen handelt es sich um materielles Recht, das bei der Vertragsdurchführung Anwendung findet (Mustervertrag). Die C-Teile (nur für VOB) enthalten technische Spezifikationen.

Aufbau der VOB



- 33 Der Unterschied zwischen der Anwendung der Vergabe- und Vertragsordnungen bei Erreichen der Schwellenwerte zeigt sich anhand der direkten Verweisungen des § 2 VgV auf die verschiedenen Abschnitte der Vergabe- und Vertragsordnungen auf die Vergabeordnung von Bauleistungen in der Fassung und Bekanntmachung vom 19. Januar 2016. Während somit **unterhalb der Schwellenwerte** die Bestimmungen des 1. Abschnittes der VOB/A über die haushaltsrechtlichen Verweisungen Anwendung finden, sind **oberhalb der Schwellenwerte** bei der VOB/A ausschließlich die Bestimmungen des 2. Abschnittes anzuwenden.

B. Das Vergabe- und Vertragshandbuch des Bundes (VHB)

Das VHB wird vom Bundesministerium für Verkehr, Bau und Stadtentwicklung herausgegeben. Es handelt sich um eine behördeninterne Vorschrift, die im Wesentlichen die VOB kommentiert. Eine rechtliche Verbindlichkeit nach außen, also im Verhältnis zu den Bietern, fehlt dem VHB also. 34

Dementsprechend hat der BGH bereits im Jahr 1998 entschieden, dass das VHB und die darin enthaltenen Richtlinien und Vorgaben die Qualität einer Verwaltungsvorschrift haben, die zwar zur Selbstbindung der Verwaltung im Sinne von Art. 3 Abs. 1 GG, nicht jedoch zu einer Abänderung bestehender Rechtsätze führt¹⁰. 35

Die fehlende Außenwirkung des VHB hat zur Folge, dass die Befolgung der darin enthaltenen Vorgaben keine Gewähr für die Vergaberechtskonformität des Handelns der Vergabestellen bieten kann. Dies wurde in der Vergangenheit wiederholt durch Gerichtsentscheidungen bestätigt. So auch in der zitierten Entscheidung des BGH. Hintergrund dieser Entscheidung war ein gegen das Land Hessen geführter Schadenersatzprozess nach der Aufhebung eines Vergabeverfahrens infolge fehlender Haushaltsmittel. Die Finanzierung war seit Beginn der Ausschreibung nicht gesichert, weshalb der BGH einen Anspruch der Klägerin auf Ersatz der für die Erarbeitung des Angebotes aufgewendeten Mittel bestätigte. Den Einwand des beklagten Landes Hessen, nach den Vorgaben des VHB zu vormals § 16 VOB/A würden Ausnahmen von der grundsätzlichen Pflicht, eine Ausschreibung erst nach Bereitstellung der erforderlichen Mittel zu beginnen, bestehen, wies der BGH mit Verweis auf die fehlende Außenwirkung der Vorgaben des VHB zurück¹¹.

Das OLG Rostock sprach den Vorgaben in den Formblättern wie des VHB die Eignung dafür ab, Mindestbedingungen und Zuschlagskriterien für Nebenangebote festzulegen, da diese allein formaler Natur seien¹². Der Vergabesenat des OLG Düsseldorf hat das in den Bewerbungsbedingungen des Handbuchs für die Vergabe und Ausführung von Bauleistungen im Straßen- und Brückenbau (HVA B-StB) enthaltende Verbot von sog. Negativpreisen für unzulässig erachtet¹³.

10 BGH, Urteil vom 08.09.1998, X ZR 48/97.

11 BGH, a. a. O.

12 OLG Rostock, Beschluss vom 24.11.2004, 17 Verg 6/04.

13 OLG Düsseldorf, Beschluss vom 22.12.2010, VII-Verg 33/10.

Die zitierten Entscheidungen machen deutlich, dass die Vergabehandbücher des Bundes und der Länder keinen Anspruch auf Vollständigkeit und vollumfängliche inhaltliche Richtigkeit erheben können und aufgrund der Komplexität der Rechtsmaterie sowie der sich fortlaufend weiter entwickelnden Rechtsprechung auch nicht erheben wollen. Dennoch gibt das VHB wichtige Anhaltspunkte für die Auslegung der VOB und wird auch von anderen öffentlichen Auftraggebern als dem Bund häufig zur Auslegung herangezogen. Für die Vergabestellen ist die Anwendung der VHB in der Regel verpflichtend, es sei denn, die dort enthaltenen Anweisungen verstoßen ausnahmsweise gegen geltendes Vergaberecht.

C. Synopse Vergaberecht 2012 /2016

- 1 Nachfolgende Darstellung dient der Gegenüberstellung der einzelnen Änderungen der VOB/A 2012 und VOB/A 2016 im direkten Vergleich der einzelnen Normen.

§ 3 VOB/A – Unterschiede zur VOB/A 2012

- 2 Der Vergabe- und Vertragsausschuss hat sich für die VOB/A 2016 dazu entscheiden, Absätze und Zwischenüberschriften als eigenständige Paragraphen auszugestalten, um so die Übersichtlichkeit der Verordnung zu erhöhen. Das Paragraphengerüst bleibt so in seiner Grundform erhalten und durch die Einfügung von Paragraphen mit den Zusätzen a, b usw. übersichtlicher strukturiert.

§ 3 VOB/A 2016 beschreibt in den Absätzen 1 bis 3 wie gehab die Arten der Vergabe. In § 3a VOB/A 2016 werden nunmehr die Zulässigkeitsvoraussetzungen für die einzelnen Vergabearten normiert. Der Ablauf des Verfahrens wird in § 3b 2016 geregelt und findet sich nicht mehr – wie zuvor – in § 6 Abs. 2 VOB/A, was systematisch konsequent ist.

VOB/A 2012	VOB/A 2016
§ 3 Abs. 2	§ 3a
§ 3 Abs. 3	§ 3a Abs. 2
§ 3 Abs. 4	§ 3a Abs. 3
§ 3 Abs. 5	§ 3a Abs. 4
§ 6 Abs. 2	§ 3b

§ 6 VOB/A – Unterschiede zur VOB/A 2012

Auch § 6 VOB/A 2016 wurde aus Gründen der Übersichtlichkeit durch a- und b-Paragrafen neu strukturiert. § 6 VOB/A 2016 umfasst nunmehr drei Absätze, die Regeln für die Teilnehmer am Wettbewerb aufstellen. Der § 6 Abs. 2 VOB/A 2012 findet sich nunmehr in § 3 b VOB/A 2016.

§ 6a regelt den Nachweis der Eignung.

Die Mittel zur Nachweisführung und das jeweilige Verfahren werden nunmehr in § 6b VOB/A 2016 geregelt. Hier legt § 6b Abs. 2 VOB/A 2016 nunmehr allgemein fest, dass die Angaben nach § 6a VOB/A 2016 durch die Bewerber oder Bieter auch durch Einzelnachweise erbracht werden können. Auch der Nachweis der Eignung durch die Liste des Vereins für die Präqualifikation von Bauunternehmern e. V. (Präqualifikationsverzeichnis) wird nunmehr hier geregelt, § 6b Abs. 1 VOB/A 2016.

VOB/A 2012	VOB/A 2016
§ 6 Abs. 3 Nr. 1	§ 6a Abs. 1
§ 6 Abs. 3 Nr. 2	§ 6b Abs. 1
§ 6 Abs. 3 Nr. 2 a–i	§ 6a Abs. 2 Nr. 1–9
§ 6 Abs. 3 Nr. 3	§ 6a Abs. 3
§ 6 Abs. 3 Nr. 4	§ 6a Abs. 4
§ 6 Abs. 3 Nr. 5	§ 6b Abs. 3
§ 6 Abs. 3 Nr. 6	§ 6b Abs. 4

§ 7 VOB/A – Unterschiede zur VOB/A 2012

Die Neustrukturierung der Normen der VOB/A findet sich auch in § 7 VOB/A 2016 wieder. Hier wurden die §§ 7a, b und c VOB/A 2016 neu eingeführt.

Die Regelung zu Leitfabrikaten wurde vorgezogen und ist nunmehr in § 7 Abs. 2 VOB/A 2016 geregelt, ansonsten bleibt der Aufbau der Norm weitestgehend gleich. § 7 VOB/A 2016 stellt allgemeine Regeln zur Leistungsbeschreibung auf, § 7a VOB/A 2016 bezieht sich auf technische Spezifikationen, § 7b VOB/A 2016 enthält Regelungen zur Leistungsbeschreibung mit Leistungsverzeichnis und § 7c VOB/A 2016 zu solchen mit Leistungsprogramm.

VOB/A 2012	VOB/A 2016
§ 7 Abs. 2	§ 7 Abs. 3
§ 7 Abs. 3	§ 7a Abs. 1
§ 7 Abs. 4	§ 7a Abs. 2
§ 7 Abs. 5	§ 7a Abs. 3
§ 7 Abs. 6	§ 7a Abs. 4
§ 7 Abs. 7	§ 7a Abs. 5
§ 7 Abs. 8	§ 7 Abs. 2
§ 7 Abs. 9	§ 7b Abs. 1
§ 7 Abs. 10	§ 7b Abs. 2
§ 7 Abs. 11	§ 7b Abs. 3
§ 7 Abs. 12	§ 7b Abs. 4
§ 7 Abs. 13	§ 7c Abs. 1
§ 7 Abs. 14	§ 7c Abs. 2
§ 7 Abs. 15	§ 7c Abs. 3

§ 8 VOB/A – Unterschiede zur VOB/A 2012

- 6 Die Neustrukturierung in a- und b-Paragraphen setzt sich bei § 8 VOB/A 2016 fort. Bezogen auf Nebenangebote wurde nunmehr klarstellend normiert, dass diese auch zulässig sind, wenn der Preis einziges Zuschlagskriterium ist. Hiermit ist der alte Streit beendet, ob Nebenangebote zulässig sein sollen, wenn der Preis das einzige Zuschlagskriterium ist¹⁴.

§ 8a regelt nunmehr allgemeine, besondere und zusätzliche Vertragsbedingungen.

§ 8b enthält Bestimmungen zu Kosten- und Vertrauensregelung und Schiedsverfahren.

14 BGH, Beschluss vom 07.01.2014, Az. Y ZB 15/13.

VOB/A 2012	VOB/A 2016
§ 8 Abs. 1	§ 8 Abs. 1
§ 8 Abs. 2	§ 8 Abs. 2
§ 8 Abs. 3	§ 8a Abs. 1
§ 8 Abs. 4	§ 8a Abs. 2
§ 8 Abs. 5	§ 8a Abs. 3
§ 8 Abs. 6	§ 8a Abs. 4
§ 8 Abs. 7	§ 8b Abs. 1
§ 8 Abs. 8	§ 8b Abs. 2
§ 8 Abs. 9	§ 8b Abs. 3
§ 8 Abs. 10	§ 8b Abs. 4

§ 9 VOB/A – Unterschiede zur VOB/A 2012

Auch der § 9 VOB/A 2016 wurde in a- und b-Paragrafen untergliedert. Die amtliche Überschrift § 9 VOB/A 2016 wurde ergänzt und lautet nunmehr „einzelne Vertragsbedingungen, Ausführungsfristen“.

§ 9a VOB/A 2016 regelt nunmehr die Vertragsstrafen und die Beschleunigungsgütung, die Verjährung der Mängelansprüche ist in § 9b VOB/A 2016 normiert, Sicherheitsleistungen werden in § 9c VOB/A 2016 geregelt und § 9d VOB/A 2016 enthält die Veränderungen der Vergütung.

VOB/A 2012	VOB/A 2016
§ 9 Abs. 1	§ 9 Abs. 1
§ 9 Abs. 2	§ 9 Abs. 2
§ 9 Abs. 3	§ 9 Abs. 3
§ 9 Abs. 4	§ 9 Abs. 4
§ 9 Abs. 5	§ 9a
§ 9 Abs. 6	§ 9b
§ 9 Abs. 7	§ 9c Abs. 1
§ 9 Abs. 8	§ 9c Abs. 2
§ 9 Abs. 9	§ 9d

§ 10 VOB/A – Unterschiede zur VOB/A 2012

- 8 Innerhalb der Fristenregelung des § 10 VOB/A 2016 wurden mehrere redaktionelle Änderungen vorgenommen. So wurde § 10 Abs. 2 der VOB/A 2012, der bestimmte, dass die Angebotsfrist abläuft, sobald im Eröffnungstermin der Verhandlungsleiter der Eröffnung der Angebote bedingt, gestrichen. Hierdurch wird klargestellt, dass die Angebotsfrist nicht mit der Eröffnung der Angebote abläuft, sondern mit Verstreichen der in § 10 Abs. 1 VOB/A 2016 bestimmten Frist.
- 9 § 10 Abs. 6 VOB/A 2012 wurde redaktionell geändert. Der § 10 Abs. 4 VOB/A 2016 spricht nunmehr von Bindefrist und nicht mehr von Zuschlagsfrist. Klarstellend wurde überdies Abs. 5 eingefügt, der bestimmt, dass die Bindefrist mit dem Ablauf der Angebotsfrist beginnt. § 10 Abs. 7 VOB/A 2012, der deklaratorisch klarstellte, dass die Bieter bis zum Ablauf der Zuschlagsfrist an ihr Angebot gebunden sind, wurde gestrichen.

§ 11 VOB/A – Unterschiede zur VOB/A 2012

- 10 Neu hinzugefügt wurde § 11a VOB/A 2016, deren Übereinstimmung mit der Richtlinie 2014/24/EU die Anforderung an elektronische Mittel im Vergabeverfahren regelt.

§ 12 VOB/A – Unterschiede zur VOB/A 2012

- 11 Der § 12 VOB/A 2016 wurde weitestgehend unverändert aus der VOB/A 2012 übernommen. Die vorgenommenen redaktionellen Änderungen beschränken sich auf die Überschrift, in der es so nunmehr nur noch „Bekanntmachung“ ohne den Zusatz „Versand der Vergabeunterlagen“ heißt. In § 12 Abs. 1 Nr. 2 lit. v) VOB/A 2016 wurde in Übereinstimmung mit den Änderungen in § 10 VOB/A 2016 das Wort Zuschlagsfrist durch Bindefrist ersetzt. Im Übrigen wurde § 12 Abs. 4, 5, 6 und 7 VOB/A 2012 in § 12a VOB/A 2016 überführt, der mit Versand der Vergabeunterlagen überschrieben ist, der Begriff „Bewerber“ wurde hier durch den Begriff „Unternehmen“ ersetzt.

§ 13 VOB/A – Unterschiede zur VOB/A 2012

- 12 Der § 13 VOB/A 2016 wurde weitestgehend unverändert aus der VOB/A 2016 übernommen. Es wurde in § 13 Abs. 1 VOB/A, lediglich das Schriftformerfordernis hinzugefügt. Hiernach können Angebote nun nur noch schriftlich oder

elektronisch eingereicht werden. Mit dem Schriftformerfordernis ist § 127 BGB gemeint, wodurch von nun an eine Unterzeichnung der Angebote zwingend erforderlich ist.

§ 16 VOB/A – Unterschiede zur VOB/A 2012

Auch der § 16 wurde in der VOB/A 2016 zum Zwecke der Übersichtlichkeit in a-, b- und c-Paragraphen strukturiert. Für diese Anpassung wurden dann die lit. der Absätze (beispielsweise § 16 Abs. 1 lit a–c) in eine Nummerierung (§ 16 Abs. 1 Nr. 1) umgewandelt. Hinsichtlich der Prüfung der Angebote wurde eine von dem bisherigen § 16 Abs. 3 VOB/A 2012 abweichende Neuformulierung gewählt. Nunmehr heißt es, dass die nicht ausgeschlossenen Angebote geeigneter Bieter auf die Einhaltung der gestellten Anforderungen, insbesondere in rechnerischer, technischer und wirtschaftlicher Hinsicht zu prüfen sind. Die Bezugnahme auf die Einhaltung der gestellten Anforderungen findet sich in § 16 Abs. 3 VOB/A 2012 nicht.

§ 16 VOB/A 2016 regelt den Ausschluss von Angeboten, § 16a VOB/A 2016 die Nachforderung von Unterlagen, § 16b VOB/A 2016 die Eignung, § 16c VOB/A 2016 die Prüfung und § 16d VOB/A 2016 die Wertung von Angeboten.

VOB/A 2012	VOB/A 2016
§ 16 Abs. 1 lit. a	§ 16 Abs. 1 Nr. 1
§ 16 Abs. 1 lit. b	§ 16 Abs. 1 Nr. 2
§ 16 Abs. 1 lit. c	§ 16 Abs. 1 Nr. 3
§ 16 Abs. 1 Nr. 2	§ 16 Abs. 2
§ 16 Abs. 1 Nr. 3	§ 16a
§ 16 Abs. 2 Nr. 1	§ 16b
§ 16 Abs. 3	§ 16c Abs. 1
§ 16 Abs. 4	§ 16c Abs. 2
§ 16 Abs. 5	§ 16c Abs. 3
§ 16 Abs. 6	§ 16d Abs. 1
§ 16 Abs. 7	§ 16d Abs. 2
§ 16 Abs. 8	§ 16d Abs. 3
§ 16 Abs. 9	§ 16d Abs. 4
§ 16 Abs. 10	§ 16d Abs. 5