



Bundesministerium für Umwelt, Naturschutz, Bau und Reaktorsicherheit, Bf7, 11055 Berlin

- nur per Email -

Bundesamt für Bauwesen und Raumordnung  
Bauverwaltungen der Länder

gemäß Verteiler "Erlasse"

Monika Thomas  
- Ministerialdirektorin -  
Leiterin der Abteilung B  
Bauwesen,  
Bauwirtschaft und  
Bundesbauten

TEL +49 3018 305-7000

FAX +49 3018 305-7099

b@bmub.bund.de

www.bmub.bund.de

## **Auslegung des reformierten Vergaberechts für die Vergabe von Bauleistungen**

Bezugserlasse: <B I 7 -81063.6/1> vom 9. September 2016; <B I 7 -81063.6/1> vom 7. April 2016; <816 3.9/5> vom 5. September 2008; <B I 5 – 0 1082 – 102/11> vom 17. Januar 2008

Aktenzeichen: B I 7 -81063.6/1

Berlin, 16. Mai 2017

Vor einem Jahr trat das reformierte Vergaberecht für Vergaben oberhalb der EU-Schwellenwerte in Kraft. Auch der erste Abschnitt der VOB/A für Vergaben unterhalb der Schwellenwerte wurde im Jahr 2016 überarbeitet. Zu einzelnen Auslegungsfragen, die sich mittlerweile ergeben haben, gebe ich folgende Hinweise:

### **I. Auftragswertberechnung**

Bau- und Planungsleistungen sind bei der Schätzung des Auftragswertes weiterhin nicht zusammen zu rechnen, wenn sie getrennt vergeben werden. Eine Änderung der Rechtslage war mit der Neufassung der Richtlinie und der Umsetzung in § 3 Abs. 6 Satz 1 VgV nicht beabsichtigt. Der Kommissionsvorschlag zur Richtlinie sah zunächst vor, die Auftragswertberechnung grundlegend zu verändern und damit den Anwendungsbereich des EU-Vergaberechts massiv auszuweiten. Demnach sollte die Gesamtheit der



Seite 2

Bauleistungen, Lieferungen und/ oder Dienstleistungen – auch wenn sie im Rahmen verschiedener Aufträge beschafft werden – eine einzige Auftragsvergabe im Sinne der Richtlinie darstellen, sofern die Aufträge Teil eines einzigen Projekts sind (Art. 1 Nr. 2 Unterabsatz 2 KOM (2011) 896 endgültig). Die Regelung wurde im Verlauf des Erarbeitungsverfahrens der Richtlinie ersatzlos gestrichen. Die Richtlinie stellt in ihren Erwägungsgründen nunmehr klar, dass angesichts der für die öffentlichen Bauaufträge kennzeichnenden Vielfalt der Aufgaben Auftraggeber neben der gemeinsamen auch die getrennte Vergabe von Aufträgen für die Planung und die Ausführung von Bauleistungen vorsehen können. Die Richtlinie bezweckt nicht, eine gemeinsame oder eine getrennte Vergabe vorzuschreiben (Erwägungsgrund 8 zur Richtlinie 2014/24/EU).

Nach § 3 Abs. 6 Satz 1 VgV, mit dem Art 5 Abs. 7 der Richtlinie 2014/24/EU umgesetzt wird, sind für die Berechnung des geschätzten Auftragswert von öffentlichen Bauaufträgen neben dem Wert der Bauleistungen nur dann auch der geschätzte Wert von Lieferungen und Dienstleistungen zu berücksichtigen, wenn sie dem Auftragnehmer zur Verfügung gestellt werden und für die Ausführung der Bauleistung erforderlich sind. Bei Planungsleistungen sind die Voraussetzungen im Regelfall nicht erfüllt, da sie gewöhnlich dem Auftragnehmer nicht zur Verfügung gestellt werden, sondern die Grundlage für die Erstellung der Leistungsbeschreibung in Form von detaillierten Leistungsverzeichnissen bilden. Das Leistungsverzeichnis dient dem Auftraggeber dazu, gegenüber dem Auftragnehmer das Bausoll und damit die vertraglichen Verpflichtung definieren zu können.

Anders ist es zu bewerten, wenn Bau- und Planungsleistungen gemeinsam vergeben werden. Hierbei sind wie bisher die geschätzten Auftragswerte zu addieren.



Seite 3

Ebenfalls unverändert ist die Rechtslage bei der Bestimmung des geschätzten Auftragswertes bei der Vergabe von Planungsleistungen, die in mehreren Losen vergeben werden. Mit der Formulierung von § 3 Absatz 7 Satz 2 VgV wird am bisherigen üblichen Verfahren zur Auftragswertermittlung bei Planungsleistungen festgehalten. Der Regelungsgehalt entspricht der bisherigen Regelung in § 3 Abs. 7 Satz 3 VgV a.F. Das folgt aus der Entstehungsgeschichte der Norm und entspricht dem ausdrücklichen Willen des Verordnungs- bzw. Gesetzgebers (vgl. Deutscher Bundestag, Plenarprotokoll 18/158, S. 15658; BT-Drucksache 18/7318, S. 148). Nach § 3 Abs. 7 Satz 2 VgV sind bei der Berechnung des geschätzten Auftragswert von Planungsleistungen nur der Wert für Lose gleichartiger Leistungen zusammenzurechnen. Maßgeblich für die Gleichartigkeit der Leistungen gemäß § 3 Abs. 7 Satz 2 VgV ist ihre wirtschaftliche und technische Funktion. Es muss mithin keine Addition von Planungsleistungen erfolgen, wenn die Planungsleistungen anhand dieser Kriterien klar voneinander abgrenzbar sind. Dies ist für jedes Vergabeverfahren individuell zu prüfen. Die Leistungen der Objekt- und Fachplanung weisen regelmäßig in technischer und funktionaler Hinsicht keinen einheitlichen Charakter auf. Die unterschiedlichen Leistungsbilder erfordern jeweils eine eigene fachliche Spezialisierung. Ziel der jeweiligen Leistung ist die Erarbeitung einer konkreten, abgrenzbaren Planung. Die Abgrenzbarkeit ist hingegen nicht gegeben, wenn sich aus den Vergabeunterlagen ergibt, dass getrennt vergebene Planungsleistungen eng miteinander verzahnt sind und als Einheit zu betrachten sind (OLG München, Beschluss vom 13. März 2017 – Verg 15/16).

## **II. Wahlfreiheit zwischen offenem und nicht offenem Verfahren**

Mit dem neuen Recht wird dem öffentlichen Auftraggeber erstmals eingeräumt, bei der Wahl des Verfahrens frei zwischen dem offenen und nicht



Seite 4

offenen Verfahren wählen zu dürfen (§ 3a EU Abs. 1 Satz 1 VOB/A). Der bisherige Vorrang des offenen Verfahrens entfällt insoweit. In ausgewählten Vergabeverfahren kann das nicht offene Verfahren ein geeignetes Instrument sein, wenn ein besonderer Wert auf die Eignung des Auftragnehmers gelegt werden soll. Das nicht offene Verfahren sieht zwingend die Durchführung eines Teilnahmewettbewerbs vor. Mit dem Teilnahmewettbewerb wird bereits vor der Aufforderung zur Angebotsabgabe die Eignung der Bewerber geprüft. Der öffentliche Auftraggeber hat die Möglichkeit, eine Höchstzahl an Bewerbern festzulegen, die zur Angebotsabgabe aufgefordert werden. Dies bedeutet, er ist nicht gehalten, jeden geeigneten Bewerber aufzufordern. Der öffentliche Auftraggeber hat vielmehr bei entsprechender Bewerberlage die Möglichkeit, unter den geeigneten Bewerbern die „geeignetsten“ Bewerber auszuwählen. Voraussetzung ist, dass die Eignungskriterien, die zur Begrenzung der Bewerberzahl herangezogen werden, in der Auftragsbekanntmachung angegeben wurden. Im offenen Verfahren besteht diese Möglichkeit nicht. Hierbei kann nur geprüft werden, ob der Bieter die erforderliche Eignung aufweist oder nicht.

### **III. Zulässigkeit des Verhandlungsverfahrens ohne Teilnahmewettbewerb**

Gegenüber der Fassung in der VOB 2012 wurde der Wortlaut des § 3a EU Abs. 3 Nr. 4 VOB/A leicht angepasst. Anstelle von „Dringlichkeit“ muss nunmehr „äußerste Dringlichkeit“ vorliegen. Es handelt sich um eine rein sprachliche Anpassung. Eine Änderung der Rechtslage geht damit nicht einher. Die Anpassung des Wortlauts ist dem Umstand geschuldet, dass die Richtlinie 2014/24/EU im Wege der „Eins-zu-Eins-Umsetzung“ in das nationale Recht überführt wurde. Zwar fand das Merkmal der „äußersten“ Dringlichkeit erst mit der Richtlinie 2014/24/EU Einzug in die deutsche



Seite 5

Sprachfassung. Demgegenüber war in der englischen Sprachfassung bereits in der Richtlinie 93/37/EWG das Merkmal „extreme urgency“ vorgesehen, das in die Richtlinien 2004/18/EG und 2014/24/EU jeweils unverändert übernommen wurde. Entsprechendes gilt auch für die französische Sprachfassung. Damit kann auch weiterhin die zum alten Recht ergangene Rechtsprechung herangezogen werden. Hinzuweisen ist hierzu insbesondere auf einen Beschluss der Vergabekammer des Bundes aus dem Jahr 2005. Der Fall betrifft den Ausfall eines Auftragnehmers wegen Insolvenz, die für den Auftraggeber nicht vorhersehbar war. Durch den Ausfall war eine fristgerechte Herstellung der Leistung entsprechend dem ursprünglichen Plan nicht mehr gewährleistet. Nach Auffassung der VK Bund konnte die Neuvergabe des Auftrags wegen der Dringlichkeit der Leistung mittels eines Verhandlungsverfahrens ohne Bekanntmachung erfolgen (VK Bund, Beschluss vom 29. Juni 2005, VK 3-52/05).

#### **IV. Rahmenvereinbarungen**

Mit § 4a VOB/A und § 4a EU VOB/A fanden mit der Vergaberechtsreform erstmals ausdrückliche Regelungen zur Rahmenvereinbarung Eingang in die VOB/A. Die VOB/A hat die Nutzung von Rahmenvereinbarungen bisher nicht ausgeschlossen. Das VHB bot hierzu bereits vor der Vergaberechtsreform praktische Handreichungen zur Nutzung dieses Instruments. Praktische Relevanz haben Rahmenvereinbarungen für Bauvergaben vorrangig für Unterhaltungsarbeiten. Für die Rahmenvereinbarung gilt das Gebot, die Leistung eindeutig und erschöpfend zu beschreiben, nicht vollumfänglich. Die Leistung muss jedoch zumindest insoweit beschrieben sein, als dass der Eingang vergleichbarer Angebote gewährleistet werden kann. Nach dieser Maßgabe können Rahmenvereinbarungen ein Instrument sein, um einen zukünftigen, bei Abschluss der Rahmenvereinbarung noch nicht abschlie-



Seite 6

ßend definierbaren Bedarf abzudecken. Die neuen Regeln sehen vor, dass Rahmenvereinbarungen mit einem aber auch mit mehreren Vertragspartnern geschlossen werden können. Rahmenvereinbarungen mit mehreren Vertragspartnern können die Möglichkeit bieten, einen Pool von Unternehmen bereitzuhalten, um auf Kapazitätsengpässe bei den Unternehmen oder aber auch auf einen Ausfall eines Unternehmens reagieren zu können.

#### **V. Ausschluss wegen mangelhafter Leistung bei früherem Auftrag**

Im Oberschwellenbereich wurde die Systematik der Eignungskriterien umgestellt. Das Kriterium der Zuverlässigkeit wurde gestrichen. Stattdessen prüft der Auftraggeber das Nichtvorliegen von Ausschlussgründen. Mit dem neu eingeführten Ausschlussgrund des § 6e EU Abs. 6 Nr. 7 VOB/A kann der Auftraggeber ein Unternehmen von der Teilnahme am Vergabeverfahren ausschließen, wenn das Unternehmen „eine wesentliche Anforderung bei der Ausführung eines früheren öffentlichen Auftrags erheblich oder fortdauernd mangelhaft erfüllt hat“. Vorausgesetzt ist weiter, dass dies zu einer vorzeitigen Beendigung, Schadensersatz oder zu einer vergleichbaren Rechtsfolge geführt hat. Nach Auffassung des OLG Celle verlangt die Norm nicht, dass der rechtskräftige Beschluss eines Zivilprozess über die Wirksamkeit der ausgesprochenen Kündigung abgewartet wird. Auch die Vergabekammer selbst ist im Rahmen des Nachprüfungsverfahrens nicht gehalten, in eine zeitaufwändige Beweisaufnahme einzusteigen. Es genügt das Vorliegen konkreter Tatsachen von einigem Gewicht, die die Entscheidung des Auftraggebers als nachvollziehbar erscheinen lassen (OLG Celle, Beschluss vom 9. Januar 2017, 13 Verg 9/16).

#### **VI. Mittel der Nachweisführung bei der Eignungsprüfung**

Auch nach dem neuen Recht wird der Nachweis der Eignung vorrangig durch die Eintragung in die Liste des Vereins für die Präqualifizierung von



Seite 7

Bauunternehmen e.V. (Präqualifizierungsverzeichnis) geführt. Es handelt sich um ein amtliches Verzeichnis im Sinne des Art. 64 der Richtlinie 2014/24/EU. Für die im Präqualifizierungsverzeichnis hinterlegten Angaben gilt die Vermutung der Richtigkeit. Das bedeutet, die Angaben dürfen nur aus begründetem Anlass in Zweifel gezogen werden. Ausgenommen sind davon die Angaben zur Zahlung von Steuern und Abgaben und der Sozialversicherungsbeiträge. Hierzu darf der Auftraggeber grundsätzlich, d.h. auch ohne begründeten Anlass, eine zusätzliche Bescheinigung fordern. Durch die Richtlinie ist im Oberschwellenbereich die Einheitliche Europäische Eigenerklärung (EEE) eingeführt worden. Bei der EEE handelt es sich um ein EU-weites einheitliches Formular für eine Eigenerklärung. Im Gegensatz zur Eintragung in das Präqualifikationsverzeichnis, kann ein Unternehmen mit der EEE seine Eignung nur vorläufig nachweisen. Kommt das Unternehmen in die engere Wahl, sind die Angaben in der EEE durch entsprechende Bescheinigungen der zuständigen Stellen zu bestätigen. Unternehmen sind nicht verpflichtet, eine EEE zu verwenden. Legt ein Unternehmen eine EEE vor, muss der öffentliche Auftraggeber die EEE als vorläufigen Nachweis akzeptieren. Im Unterschwellenbereich ist die EEE nicht vorgesehen. Aufgrund des in Deutschland etablierten Präqualifikationsverzeichnisses und des bereits vorhandenen und bewährten Formblattes 124 (Eigenerklärung zur Eignung) des VHB erkannte der DVA keinen praktischen Bedarf für die Einführung der EEE bei nationalen Vergabeverfahren.

Das Präqualifikationsverzeichnis bietet das effektivste und zuverlässigste Instrument zur Eignungsprüfung. Es entlastet sowohl Vergabestellen als auch Unternehmen, die ihre Eignung auftragsunabhängig nachweisen können. Aufgrund der Erlasse 816 3.9/5 vom 5. September 2008 und B I 5 – 0 1082 – 102/11 vom 17. Januar 2008 des BMVBS sind bei Vergaben des



Seite 8

Bundeshochbaus im Verfahren der Beschränkten Ausschreibung ohne öffentlichen Teilnahmewettbewerb und im Verfahren der Freihändigen Vergabe grundsätzlich nur Unternehmen zur Abgabe eines Angebots aufzufordern, die ihre Eignung durch eine Eintragung in die Liste des Vereins für die Präqualifizierung von Bauunternehmen e.V. (Präqualifizierungsverzeichnis) nachgewiesen haben. Ich weise ausdrücklich darauf hin, dass die Erlasse auch weiterhin Gültigkeit haben.

## **VII. Nebenangebote**

Die Zulassung von Nebenangeboten kann ein hilfreiches Instrument für den Auftraggeber sein, die Innovationskraft der Unternehmen anzutreiben und für sich nutzbar zu machen. Die Behandlung von Nebenangeboten unterscheidet sich in wichtigen Details zwischen Ober- und Unterschwellenbereich. Im Oberschwellenbereich muss sich der öffentliche Auftraggeber aktiv für die Zulassung von Nebenangeboten entscheiden. Bei fehlender Angabe in den Vergabeunterlagen sind keine Nebenangebote zugelassen (§ 8 EU Abs. 2 Nr. 3 Satz 2 VOB/A). Im Unterschwellenbereich sind Nebenangebote grundsätzlich zugelassen. Sollen Nebenangebote nicht zugelassen werden, muss dies der Auftraggeber in den Vergabeunterlagen ausdrücklich vermerken (§ 8 Abs. 2 Nr. 3 a) VOB/A).

Im Oberschwellenbereich hat der öffentliche Auftraggeber Mindestanforderungen zu formulieren (§ 8 EU Abs. 2 Nr. 3 b) VOB/A). Im Unterschwellenbereich ist dies nicht erforderlich (BGH, Beschluss vom 10. Mai 2016 – X ZR 66/15, Urteil vom 30. August 2011 – X ZR 55/10). Wird auf die Formulierung von Mindestanforderungen verzichtet, ist hingegen die Gleichwertigkeit des Nebenangebotes im Vergleich zur Leistungsbeschreibung mit der Angebotsabgabe nachzuweisen. Im Ober- und Unterschwellenbereich gilt gleichermaßen, dass der Preis als alleiniges Zuschlagskriterium heran-



Seite 9

gezogen werden darf (§ 8 Abs. 2 Nr. 3 Satz 2 VOB/A bzw. § 8 EU Abs. 2 Nr. 3 Satz 6 VOB/A). Sind bei Vergaben unterhalb der EU-Schwellenwerte Nebenangebote zugelassen, bedarf es grundsätzlich keiner Bekanntgabe der Zuschlagskriterien. An einer entsprechenden Vorgabe fehlt es in § 12 VOB/A. Auch aus den Vergabegrundsätzen ergibt sich grundsätzlich keine Pflicht zur Bekanntgabe von Zuschlagskriterien. Voraussetzung ist allerdings, dass sich aus Sicht von sachkundigen Unternehmen objektiv bestimmen lässt, welche der in § 16d Abs. 1 Nr. 3 Satz 2 VOB/A aufgeführten Wertungskriterien in Betracht kommen. Ob die Festlegung von Zuschlagskriterien entbehrlich ist, hängt maßgeblich vom Gegenstand des zu vergebenden Auftrags und der Detailliertheit des Leistungsverzeichnisses ab (BGH, Beschluss vom 10. Mai 2016 – X ZR 66/15).

### **VIII. Bereitstellung der Vergabeunterlagen**

Nach § 12a EU Abs. 1 Nr.1 VOB/A ist der Auftraggeber verpflichtet, die Vergabeunterlagen ab dem Tag der Veröffentlichung einer Auftragsbekanntmachung bereitzustellen. Die Vergabeunterlagen sind unentgeltlich mit uneingeschränktem und vollständigem direkten Zugang anhand elektronischer Mittel anzubieten. Das bedeutet, die Unterlagen müssen kostenlos und ohne vorherige Registrierung im Internet zum Abruf bereitstehen. Die Regelung betrifft alle Verfahrensarten. Der Auftraggeber muss also auch bei zweistufigen Verfahren die Vergabeunterlagen bereits mit der Veröffentlichung der Auftragsbekanntmachung bereitstellen. Gegebenenfalls sind hierzu interne Verfahrensabläufe anzupassen. Vor Veröffentlichung der Auftragsbekanntmachung ist sicherzustellen, dass die Vergabeunterlagen bereits fertiggestellt sind.

Auch im Unterschwellenbereich ist der Auftraggeber gemäß § 11 Abs. 2 VOB/A verpflichtet, bereits in der Bekanntmachung eine Internetadresse



Seite 10

anzugeben, unter der die Vergabeunterlagen abgerufen werden können. Die Verpflichtung des § 11 Abs. 2 VOB/A greift indes nur dann, wenn sich der Auftraggeber für die elektronische Kommunikation entscheidet (§ 11 Abs. 1 Satz 2 VOB/A). Erfolgt die Kommunikation nicht elektronisch, verbleibt es bei der alten Rechtslage.

### **IX. Anwesenheit von Bietern beim Öffnungstermin**

Im zweiten Abschnitt der VOB/A wurde der Submissionstermin in seiner bisherigen Form zugunsten einer rein elektronischen Mitteilung an die Bieter ersetzt. Die Anwesenheit der Bieter ist nicht mehr vorgesehen, ungeachtet ob Angebote elektronisch oder schriftlich eingereicht werden.

Im ersten Abschnitt wird nach diesem Muster nur verfahren, wenn sich der Auftraggeber auf die elektronische Kommunikation festlegt. Soll die Kommunikation weiter schriftlich erfolgen, verbleibt es beim klassischen Submissionstermin. Der Submissionstermin wurde aus praktischen Erwägungen angepasst, als organisatorische Erleichterung für die Vergabestellen. Die Regelung schließt es demgegenüber nicht aus, Bieter freiwillig zur Angebotsöffnung zuzulassen. Wichtig ist in diesem Fall, dass aus Gründen der Transparenz und Gleichbehandlung die Entscheidung bereits mit der Bekanntmachung mitgeteilt wird.

### **X. Vorbehaltene Unterlagen**

Neu in die VOB/A aufgenommen, wurde ein weiterer angebotsbezogener Ausschlussgrund in § 16 Abs. 1 Nr. 4 sowie in § 16 EU Nr. 4 VOB/A. Ein Angebot ist nach dieser Vorschrift auszuschließen, wenn sich der Auftraggeber die Vorlage von Erklärungen oder Nachweisen zunächst nur vorbehalten hat und der Bieter diese Erklärungen oder Nachweise auf Anforderung nicht innerhalb einer angemessenen Frist vorlegt. Mit Aufnahme des neuen



Seite 11

Ausschlussgrundes hat sich der DVA zur in der Rechtsprechung strittigen Frage positioniert, ob solche vorbehaltenen Unterlagen nach erfolgloser Forderung erneut nach § 16a VOB/A nachzufordern sind. Vertreter dieser Auffassung argumentierten insbesondere damit, dass es abgesehen von § 16a VOB/A an einem einschlägigen Ausschlussgrund gefehlt habe, die Nichtvorlage ohne erneute Nachforderung mithin folgenlos habe bleiben müssen. Mit Einfügung des neuen Ausschlussgrundes ist dieser Argumentation nunmehr die Grundlage entzogen. Eine erneute Nachforderung nach § 16a VOB/A ist nicht vorgesehen und auch nicht zulässig.

Im Auftrag

*gez.*

Monika Thomas