

Vorwort für die vierte (neu bearbeitete) Auflage des Vergabehandbuchs für die Durchführung von kommunalen Bauaufgaben in Nordrhein-Westfalen

Die aktuellen Entwicklungen im Vergaberecht auf Bundesebene sowie in Nordrhein-Westfalen machten die vollständige Überarbeitung des Vergabehandbuchs für die Durchführung von kommunalen Bauaufgaben in Nordrhein-Westfalen erforderlich. Die Abschnitte 2 und 3 der Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen Teil A (VOB/A) wurden völlig neugefasst.

Den Erfahrungen der Autoren aus der kommunalen Praxis folgend wurden die Vordrucke nicht nur überarbeitet, sondern auch neu geordnet. Die Vordrucke sind nun am Ablauf eines Vergabeverfahrens orientiert aufgeführt. Die Vorgaben des Tariftreue- und Vergabegesetzes Nordrhein-Westfalen (TVgG NRW) sind ebenfalls berücksichtigt.

Auf folgende wichtige Aspekte sei hingewiesen:

Die Überarbeitung des Handbuchs berücksichtigt die Neufassung des 2. Abschnittes der VOB/A. Diese ist zwar bereits im Bundesanzeiger vom 02.12.2011 bekannt gemacht worden. Ihr Inkrafttreten hängt jedoch von der Änderung der Vergabeverordnung im Zusammenhang mit der Umsetzung der EU-Verteidigungs- und Sicherheitsrichtlinie ab. Hiermit kann voraussichtlich im Sommer 2012 gerechnet werden. Bis zu diesem Zeitpunkt gelten für den überschwelligen Bereich noch die Basisparagrafen (Abschnitt 1 VOB/A) mit den zusätzlichen Bestimmungen nach der Richtlinie 2004/18/EG („a-Paragrafen“).

Landesrechtlich bedeutsam sind die Regelungen des TVgG NRW. Das Gesetz sieht für weitere Bereiche Ausführungs- und inhaltliche Bestimmungen vor, die noch in einer Rechtsverordnung geregelt werden sollen. Aufgrund der Auflösung des Landtages wird sich nach Neubildung desselben der hier zuständige Wirtschaftsausschuss voraussichtlich erst frühestens im Herbst 2012 hiermit befassen können. Das Inkrafttreten der noch ausstehenden Rechtsverordnung wird voraussichtlich zu einer geringfügigen Anpassung bzw. Ergänzung der Vordrucke des Vergabehandbuchs führen, insbesondere im Hinblick auf Frauenfördermaßnahmen. Die in dieser Auflage zur Verfügung gestellten Unterlagen entsprechen den Empfehlungen des Übergangserlasses des Landes NRW.

Auf der Homepage des Verlages werden Ergänzungen bzgl. des Inkrafttretens des zweiten Abschnitts der VOB/A und der noch ausstehenden RVO TVgG zu gegebener Zeit veröffentlicht.

Neufassung VOB Teil A

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 des im Koalitionsvertrag vom 26.10.2009 verankerten Ziels der Bundesregierung zur weiteren Vereinfachung des Vergaberechts.

Schwerpunkt der Überarbeitung des Abschnitts 2 der VOB/A war insbesondere die Zusammenführung der Bestimmungen der Basis- und der a-Paragraphen. Damit wurde im Abschnitt 2 die bisherige Struktur von Basis- und a-Paragraphen aufgegeben. Die Bestimmungen der Abschnitte 1 und 2 sind nunmehr in sich geschlossen und gelten für Vergaben unterhalb der EU-Schwellenwerte (Abschnitt 1) und für Vergaben ab den EU-Schwellenwerten (Abschnitt 2) jeweils für sich. Des Weiteren wurden die Vergabebestimmungen des Abschnitts 2 sprachlich überarbeitet, um die Regelungstexte verständlicher zu machen und eine einheitliche Verwendung von Begriffen zu erreichen. Es erfolgten Untergliederungen und Änderungen in der Reihenfolge von Regelungen. Darüber hinaus wurden die Bestimmungen, die aus der Vergabeverordnung (VgV) und dem Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) in der VOB/A übernommen sind, auf ihre wörtliche Übereinstimmung mit den Quelltexten hin überprüft. Die Zusammenführung der Regelungen der Basis- und a-Paragraphen im Abschnitt 2 der VOB/A wie auch die sprachliche Überarbeitung erfolgten mit der Maßgabe, grundsätzlich die bestehenden inhaltlichen Regelungen beizubehalten. Einige wenige inhaltliche Änderungen waren dennoch erforderlich, auf die nachfolgend hingewiesen wird.

Ebenfalls neu sind die aufgrund der Durchführungsverordnung (EU) Nr. 842/2011 der Kommission vom 19. August 2011 eingeführten Standardformulare für die Veröffentlichung von Vergabebekanntmachungen auf dem Gebiet der öffentlichen Aufträge. Sie sind – wo erforderlich – abgedruckt und im Internet unter www.simap.europa.eu/index_de.htm direkt abrufbar.

Der Abschnitt 3 der VOB/A enthält Neuregelungen von Vergabebestimmungen für die Bereiche Verteidigung und Sicherheit auf EU-Ebene. Mangels kommunaler Relevanz wurde dieser Abschnitt nicht mit in das kommunale Vergabehandbuch übernommen.

Wesentliche Änderungen im Abschnitt 2 der VOB/A

Zu § 1 EG Anwendungsbereich

§ 1 a Abs. 2 VOB/A wurde ersatzlos gestrichen. Nach dieser Regelung fand der 2. Abschnitt der VOB/A bisher Anwendung bei gemischten Bau- und Lieferaufträgen, bei denen das Verlegen und Anbringen im Vergleich zur Lieferleistung eine ungeordnete Tätigkeit darstellt. Ob ein solcher gemischter Auftrag als Liefer- oder Bauauftrag zu behandeln ist, richtet sich nach § 99 GWB. Da das GWB an dieser Stelle keine Regelung zur Abgrenzung zwischen Bau- und Lieferaufträgen enthält, ist Art. 1 Abs. 2 lit. c der Vergabekoordinierungsrichtlinie heranzuziehen. Danach gilt ein solcher Auftrag als Lieferauftrag. Für die Vergabe von Lieferleistungen findet gem. § 4 Abs. 1 VgV die Vergabe- und Vertragsordnung für Leistungen (VOL/A-EG) Anwendung.

Zu § 8 EG Vergabeunterlagen

In § 8 EG Abs. 2 Nr. 3 VOB/A wurden die Regelungen für Nebenangebote, § 8 Abs. 2 Nr. 3 VOB/A, an die Bestimmungen des Art. 24 Abs. 3 der Vergabekoordinierungsrichtlinie und die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) angepasst.

Zu § 10 EG Fristen

§ 10 EG VOB/A wurde neu strukturiert. Die Fristenregelungen wurden den einzelnen Verfahren zugeordnet und hinsichtlich der Anwendung der Bestimmungen der Vergabekoordinierungsrichtlinie für die jeweiligen Verfahren abgeglichen.

In § 10 EG Abs. 2 Nr. 4 VOB/A erfolgte eine Korrektur der Angabe für die verkürzte Angebotsfrist. Diese beträgt nach Art. 38 Abs. 4 der Vergabekoordinierungsrichtlinie 36 Kalendertage anstelle der bisher in § 10 a Abs. 2 Nr. 3 VOB/A vorgeschriebenen 26 Kalendertage.

Zu § 12 EG Vorinformation, Bekanntmachung, Versand der Vergabeunterlagen

Die Regelungen des § 12 a Abs. 1 Nr. 1 lit. b wurden als Folgeänderung der Streichung von § 1 a Abs. 2 VOB/A gestrichen. § 12 EG Abs. 1 VOB/A wurde sprachlich neugefasst.

Zu § 16 EG Prüfung und Wertung der Angebote

Mit § 16 EG Abs. 1 Nr. 1 lit. e VOB/A wurden die Regelungen des § 16 Abs. 1 Nr. 1 lit. e VOB/A an die Bestimmungen der Vergabekoordinierungsrichtlinie und die Rechtsprechung des EuGH angepasst. Die Regelung des § 16 Abs. 8 VOB/A ist entfallen. Darüber hinaus erfolgte in § 16 EG Abs. 6 Nr. 2 VOB/A eine sprachliche Anpassung des Basistextes des § 16 Abs. 6 Nr. 2 VOB/A an die Regelungen des Art. 55 der Vergabekoordinierungsrichtlinie.

Zu § 19 EG Nicht berücksichtigte Bewerbungen und Angebote

Die Bestimmungen des § 19 VOB/A wurden um die Regelungen des § 101 a GWB zur Informations- und Wartepflicht ergänzt. Damit enthält die VOB nunmehr sämtliche Informationspflichten und wird dem Anspruch eines umfassenden Regelwerkes besser gerecht. Die Regelungen zu den einzelnen Informationspflichten wurden in § 19 VOB/A chronologisch neu geordnet.

Zu § 22 EG Baukonzessionen

Die Ergänzungen in § 22 EG Abs. 3 und 4 VOB/A gegenüber den bisherigen Regelungen des § 22 a VOB/A dienen der Klarstellung und sind keine inhaltlichen Änderungen.

In-Kraft-Treten des TVgG NRW

Mit Wirkung zum 1. Mai 2012 (GV NRW, Ausgabe 2 vom 26.1.2012) ist das TVgG NRW in Kraft getreten. Das neue TVgG NRW findet auf alle Vergaben im Sinne des § 99 GWB Anwendung, und damit auch auf sämtliche Bauaufträge oberhalb und unterhalb der europäischen Schwellenwerte.

Das TVgG sieht unterschiedliche Tariftreue- und Entgeltregelungen vor, die sich nach dem Anwendungsbereich der Aufträge richten.

Fallen die öffentlichen Aufträge in den Anwendungsbereich des Arbeitnehmerentendegesetzes, sind die öffentlichen Auftraggeber dazu verpflichtet, ihre Auftragnehmer zu verpflichten, den Arbeitnehmern bei der Ausführung des Auftrags wenigstens die Mindestarbeitsbedingungen einschließlich des Entgelts zu gewähren, die durch allgemein verbindlichen Tarifvertrag oder durch eine Rechtsverordnung nach dem Arbeitnehmerentendegesetz vorgegeben worden sind (§ 4 Abs. 1 TVgG NRW).

Fällt der Auftrag weder in den Anwendungsbereich des Arbeitnehmerentsendegesetzes noch in den Bereich des ÖPNV, sind die öffentlichen Auftraggeber verpflichtet, ihre Auftragnehmer zu verpflichten, ihren Arbeitnehmer gemäß § 4 Abs. 3 TVgG NRW mindestens ein Stundenentgelt in Höhe von 8,62 € zu gewähren. Die Höhe kann durch Rechtsverordnung geändert werden.

Bei mehreren einschlägigen Entgeltregelungen ist die für die Arbeitnehmer günstigere Regelung anzuwenden. Bei der Einschaltung von Subunternehmern hat der Auftragnehmer die Beachtung der Entgeltregelung sicherzustellen. Die geforderte Erklärung muss der öffentliche Auftragnehmer mit den Vergabeunterlagen anfordern.

Berücksichtigung der Kriterien des Umwelt- und Klimaschutzes

Im Bereich des Umweltschutzes haben die öffentlichen Auftraggeber nach § 17 TVgG NRW umfangreiche Kriterien des Umwelt- und Klimaschutzes bei der Vergabe öffentlicher Aufträge zu beachten. Im Einzelnen setzt dies eine Lebenszykluskostenberechnung voraus. Dieses bedeutet, dass bei der Beschaffung von Waren oder Dienstleistungen die Berücksichtigung insbesondere von Energiekosten während der Lebensdauer und möglicher Entsorgungskosten zugrunde zu legen ist. Darüber hinaus hat der öffentliche Auftraggeber zunächst zu prüfen, inwieweit Kriterien des Umwelt- und des Klimaschutzes bei der Beschaffung berücksichtigt werden müssen. Diese Kriterien sollen dann entweder in der Leistungsbeschreibung und/oder im Zuschlagskriterium aufgenommen werden.

Berücksichtigung von sozialen Kriterien

In § 18 TVgG NRW ist ausdrücklich die Berücksichtigung der ILO-Kernarbeitsnormen erwähnt. Danach sind die öffentlichen Auftraggeber verpflichtet, sich von ihren Auftragnehmern zusichern zu lassen, dass diese nur Waren bei ihrer Auftragsdurchführung verwenden, die nicht unter Verstoß gegen die ILO-Kernarbeitsnormen gewonnen oder hergestellt worden sind. Hierzu sind von den Bietern entsprechende Nachweise oder Erklärungen zu verlangen. Die Nachweise können in der Vorlage von Zertifizierungen oder Labels bestehen. Inwieweit die Regelungen in § 18 TVgG NRW von den Auftragnehmern erfüllt werden können, bleibt abzuwarten und wird von den Regelungen der entsprechenden Rechtsverordnung abhängen.

Als Sanktion für die Nichtvorlage der geforderten Erklärungen ist der Bieter für die Dauer von bis zu drei Jahren von öffentlichen Aufträgen auszuschließen. Neben der Pflicht zur Beachtung der ILO-Kernarbeitsnormen sieht das Gesetz in § 19 TVgG NRW auch die Verpflichtung der Auftragnehmer vor, Maßnahmen zur Frauenförderung oder zur Förderung der Vereinbarkeit von Familie und Beruf in ihrem Unternehmen umzusetzen. Dies gilt jedoch nur, soweit es sich hierbei um auftragsbezogene Maßnahmen handelt. Der Inhalt der Maßnahmen zur Frauenförderung und zur Förderung der Vereinbarkeit von Beruf und Familie sowie der Kreis der betroffenen Unternehmen werden in einer Rechtsverordnung gesondert geregelt werden.

Schwellenwerte

Das Gesetz sieht unterschiedliche Schwellenwerte vor:

Ohne Schwellenwerte und damit bereits ab einem Auftragswert von 1 Cent gilt die Verpflichtung zur Einhaltung allgemein verbindlicher Tarifverträge bzw. Rechtsverordnungen nach dem Arbeitnehmerentsendegesetz (§ 4 Abs. 1 TVgG NRW), die Berücksichtigung von Umweltkriterien (§ 17 TVgG NRW) und die Berücksichtigung der ILO-Kernarbeitsnormen (§ 18 TVgG NRW).

Ab einem geschätzten Auftragswert von 20.000 Euro ist der öffentliche Auftraggeber verpflichtet, die Bindung an einen repräsentativen, einschlägigen und mit einer tariffähigen Gewerkschaft geschlossenen Tarifvertrag im ÖPNV (§ 4 Abs. 2 TVgG NRW) oder das Mindeststundenentgelt in Höhe von 8,62 Euro (§ 4 Abs. 3 TVgG NRW) bei der Vergabe öffentlicher Aufträge zu verlangen. Auch die übrigen Verfahrensbestimmungen des Gesetzes gelten ab diesem Schwellenwert.

Differenzierte Schwellenwerte sind bei der Verpflichtung der öffentlichen Auftraggeber zur Frauenförderung zugrunde zu legen. Hier gilt ein Schwellenwert in Höhe von 50.000 Euro bei der Vergabe von Dienstleistungsaufträgen bzw. 150.000 Euro bei der Vergabe von Bauaufträgen. Hinzu kommt, dass das Unternehmen des Auftraggebers mindestens 20 Personen beschäftigen muss.

Kontroll- und Nachweispflichten

Wie bereits an einigen Stellen erwähnt, enthält das Gesetz zur Umsetzung in §§ 6 ff. TVgG NRW zahlreiche Regelungen. Nach § 11 TVgG NRW hat der öffentliche Auftraggeber das Recht, umfangreiche Kontrollbefugnisse gegenüber den Auftragnehmern wahrzunehmen. Diese bestehen zum Beispiel in dem Recht, sich Entgeltabrechnungen, Unterlagen über die Abführung von Steuern, Abgaben und

Beiträgen sowie Verträge mit Nachunternehmern und ähnlichen vorlegen zu lassen. Parallel hierzu ist ein entsprechendes Auskunftsrecht geregelt.

§ 12 TVgG NRW regelt die Sanktionsmöglichkeiten durch den öffentlichen Auftraggeber. Danach ist der öffentliche Auftraggeber verpflichtet, Vertragsstrafen bei Verstößen gegen § 4 TVgG NRW mit den Auftragnehmern zu vereinbaren. Neu in dem Gesetz ist die geplante Errichtung einer externen Prüfbehörde, die beim Wirtschaftsministerium angesiedelt werden soll. Allerdings kann die Zuständigkeit durch Rechtsverordnung auf eine nachgeordnete Behörde übertragen werden. Die neu zuschaffende externe Prüfbehörde wird über vielfältige und umfangreiche Prüfungsrechte verfügen. Schwerpunkt ihrer Tätigkeit wird die Überprüfung der Einhaltung der Regelungen des TVgG NRW sein.

Da die Verordnungsermächtigung zum Erlass der Rechtsverordnung im Bereich der Umwelt- und Sozialkriterien unter die Bedingung des Einvernehmens mit dem Wirtschaftsausschuss des Landtags NRW gestellt wurde, konnte diese aufgrund der Auflösung des Landtags am 14. März 2012 nicht mehr bis zum 1. Mai 2012 erfolgen. Aus diesem Grund hat die Landesregierung bis zur Konstituierung einer neuen Landesregierung die notwendigen Verfahrensvorschriften in einem Erlass geregelt, der den Kommunen lediglich zur Anwendung empfohlen ist. Dieses hat zur Folge, dass zwar das TVgG NRW anzuwenden ist, allerdings noch keine konkreten Vorgaben zur Beachtung von Maßnahmen der Frauenförderung vorzunehmen sind.

Bei den Arbeiten hat das Autorenteam seine vielfältigen Erfahrungen im Vergabewesen mit einfließen lassen. Anregungen und Änderungswünsche sind jederzeit gerne willkommen.

Köln/Bonn im April 2012

Barbara Meißner

Martin Krämer

Christoph Bartscher