

Abschnitt 2:
Vergabebestimmungen im Anwendungsbereich der Richtlinie 2014/24/EU¹⁾
(VOB/A – EU)²⁾

§ 1 EU
Anwendungsbereich

- (1) Bauaufträge sind Verträge über die Ausführung oder die gleichzeitige Planung und Ausführung**
 - 1. eines Bauvorhabens oder eines Bauwerks für einen öffentlichen Auftraggeber, das**
 - a) Ergebnis von Tief- oder Hochbauarbeiten ist und**
 - b) eine wirtschaftliche oder technische Funktion erfüllen soll oder**
 - 2. einer dem öffentlichen Auftraggeber unmittelbar wirtschaftlich zugutekommenden Bauleistung, die Dritte gemäß den vom öffentlichen Auftraggeber genannten Erfordernissen erbringen, wobei der öffentliche Auftraggeber einen entscheidenden Einfluss auf die Art und die Planung des Vorhabens hat.**
- (2) Die Bestimmungen dieses Abschnittes sind von öffentlichen Auftraggebern im Sinne von § 99 GWB für Bauaufträge anzuwenden, bei denen der geschätzte Gesamtauftragswert der Baumaßnahme oder des Bauwerkes (alle Bauaufträge für eine bauliche Anlage) mindestens dem im § 106 GWB geregelten Schwellenwert für Bauaufträge ohne Umsatzsteuer entspricht. Die Schätzung des Auftragswerts ist gemäß § 3 VgV vorzunehmen.**

¹⁾ Richtlinie 2014/24/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Februar 2014 über die öffentliche Auftragsvergabe und zur Aufhebung der Richtlinie 2004/18/EG (ABl. L 94 vom 28.3.2014, S. 65)

²⁾ Zitierweise: § x EU Absatz y VOB/A

§ 3 VgV
Schätzung des Auftragswerts

- (1) Bei der Schätzung des Auftragswerts ist vom voraussichtlichen Gesamtwert der vorgesehenen Leistung ohne Umsatzsteuer auszugehen. Zudem sind etwaige Optionen oder Vertragsverlängerungen zu berücksichtigen. Sieht der öffentliche Auftraggeber Prämien oder Zahlungen an den Bewerber oder Bieter vor, sind auch diese zu berücksichtigen.**
- (2) Die Wahl der Methode zur Berechnung des geschätzten Auftragswerts darf nicht in der Absicht erfolgen, die Anwendung der Bestimmungen des Teils 4 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen oder dieser Verordnung zu umgehen. Eine Auftragsvergabe darf nicht so unterteilt werden, dass sie nicht in den Anwendungsbereich der Bestimmungen des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen oder dieser Verordnung fällt, es sei denn, es liegen objektive Gründe dafür vor, etwa wenn eine eigenständige Organisationseinheit selbstständig für ihre Auftragsvergabe oder bestimmte Kategorien der Auftragsvergabe zuständig ist.**
- (3) Maßgeblicher Zeitpunkt für die Schätzung des Auftragswerts ist der Tag, an dem die Auftragsbekanntmachung abgesendet wird oder das Vergabeverfahren auf sonstige Weise eingeleitet wird.**

VOB/A § 1 EU

- (4) Der Wert einer Rahmenvereinbarung oder eines dynamischen Beschaffungssystems wird auf der Grundlage des geschätzten Gesamtwertes aller Einzelaufträge berechnet, die während der gesamten Laufzeit einer Rahmenvereinbarung oder eines dynamischen Beschaffungssystems geplant sind.
- (5) Der zu berücksichtigende Wert im Falle einer Innovationspartnerschaft entspricht dem geschätzten Gesamtwert der Forschungs- und Entwicklungstätigkeiten, die während sämtlicher Phasen der geplanten Partnerschaft stattfinden sollen, sowie der Bau-, Liefer- oder Dienstleistungen, die zu entwickeln und am Ende der geplanten Partnerschaft zu beschaffen sind.
- (6) Bei der Schätzung des Auftragswerts von Bauleistungen ist neben dem Auftragswert der Bauaufträge der geschätzte Gesamtwert aller Liefer- und Dienstleistungen zu berücksichtigen, die für die Ausführung der Bauleistungen erforderlich sind und vom öffentlichen Auftraggeber zur Verfügung gestellt werden. Die Möglichkeit des öffentlichen Auftraggebers, Aufträge für die Planung und die Ausführung von Bauleistungen entweder getrennt oder gemeinsam zu vergeben, bleibt unberührt.
- (7) Kann das beabsichtigte Bauvorhaben oder die vorgesehene Erbringung einer Dienstleistung zu einem Auftrag führen, der in mehreren Losen vergeben wird, ist der geschätzte Gesamtwert aller Lose zugrunde zu legen. Bei Planungsleistungen gilt dies nur für Lose über gleichartige Leistungen. Erreicht oder überschreitet der geschätzte Gesamtwert den maßgeblichen Schwellenwert, gilt diese Verordnung für die Vergabe jedes Loses.
- (8) Kann ein Vorhaben zum Zweck des Erwerbs gleichartiger Lieferungen zu einem Auftrag führen, der in mehreren Losen vergeben wird, ist der geschätzte Gesamtwert aller Lose zugrunde zu legen.
- (9) Der öffentliche Auftraggeber kann bei der Vergabe einzelner Lose von Absatz 7 Satz 3 sowie Absatz 8 abweichen, wenn der geschätzte Nettowert des betreffenden Loses bei Liefer- und Dienstleistungen unter 80 000 Euro und bei Bauleistungen unter 1 000 000 Euro liegt und die Summe der Nettowerte dieser Lose 20 Prozent des Gesamtwertes aller Lose nicht übersteigt.
- (10) Bei regelmäßig wiederkehrenden Aufträgen oder Daueraufträgen über Liefer- oder Dienstleistungen sowie bei Liefer- oder Dienstleistungsaufträgen, die innerhalb eines bestimmten Zeitraums verlängert werden sollen, ist der Auftragswert zu schätzen
 1. auf der Grundlage des tatsächlichen Gesamtwertes entsprechender aufeinander folgender Aufträge aus dem vorangegangenen Haushaltsjahr oder Geschäftsjahr; dabei sind voraussichtliche Änderungen bei Mengen oder Kosten möglichst zu berücksichtigen, die während der zwölf Monate zu erwarten sind, die auf den ursprünglichen Auftrag folgen, oder
 2. auf der Grundlage des geschätzten Gesamtwertes aufeinander folgender Aufträge, die während der auf die erste Lieferung folgenden zwölf Monate oder während des auf die erste Lieferung folgenden Haushaltsjahres oder Geschäftsjahres, wenn dieses länger als zwölf Monate ist, vergeben werden.
- (11) Bei Aufträgen über Liefer- oder Dienstleistungen, für die kein Gesamtpreis angegeben wird, ist Berechnungsgrundlage für den geschätzten Auftragswert
 1. bei zeitlich begrenzten Aufträgen mit einer Laufzeit von bis zu 48 Monaten der Gesamtwert für die Laufzeit dieser Aufträge, und
 2. bei Aufträgen mit unbestimmter Laufzeit oder mit einer Laufzeit von mehr als 48 Monaten der 48-fache Monatswert.
- (12) Bei einem Planungswettbewerb nach § 69, der zu einem Dienstleistungsauftrag führen soll, ist der Wert des Dienstleistungsauftrags zu schätzen zuzüglich etwaiger Preisgelder und Zahlungen an die Teilnehmer. Bei allen übrigen Planungswettbewerben entspricht der

Auftragswert der Summe der Preisgelder und Zahlungen an die Teilnehmer einschließlich des Werts des Dienstleistungsauftrags, der vergeben werden könnte, soweit der öffentliche Auftraggeber diese Vergabe in der Wettbewerbsbekanntmachung des Planungswettbewerbs nicht ausschließt.

Inhaltsübersicht

I.	Grundlagen	Rdn. 1
II.	Allgemeines	Rdn. 2–8
	1. Bedeutung des Abschnitts 2 der VOB/A	Rdn. 2–3
	a. Regelungssystematik nach der VOB/A – EG	Rdn. 2
	b. Regelungssystematik nach der VOB/A – EU	Rdn. 3
	2. Bedeutung und wesentlicher Inhalt des § 1 EU VOB/A	Rdn. 4
	3. Rangverhältnis VOB/A – EU, VgV und GWB	Rdn. 5
	4. Übersicht über die Änderungen durch die VOB/A 2016	Rdn. 6–8
	a. Bauauftrag und Baukonzessionen	Rdn. 6
	b. Öffentlicher Auftraggeber, Schwellenwert, Schätzung des Auftragswerts	Rdn. 7–8
III.	Voraussetzungen für die Anwendung des § 1 EU VOB/A	Rdn. 9
IV.	Öffentlicher Auftraggeber im Sinne von §§ 99 Nr. 1 bis 4 GWB	Rdn. 10–32
	1. Einführung und Übersicht	Rdn. 10
	2. Öffentliche Auftraggeber gemäß § 99 Nr. 1 GWB	Rdn. 11
	3. Öffentliche Auftraggeber gemäß § 99 Nr. 2 GWB	Rdn. 12–28
	a. Überblick über die Regelung	Rdn. 12–14
	b. Die Voraussetzungen des § 99 Nr. 2 GWB im Einzelnen	Rdn. 15–27
	aa. Juristische Personen des öffentlichen und privaten Rechts	Rdn. 16–19
	bb. Gründung zu dem besonderen Zweck, im Allgemeininteresse liegende Aufgaben nichtgewerblicher Art zu erfüllen	Rdn. 20–22
	(1) Besonderer Gründungszweck	Rdn. 20
	(2) Allgemeininteresse	Rdn. 21
	(3) Aufgaben nichtgewerblicher Art	Rdn. 22
	cc. „Staatliche Beherrschung“	Rdn. 23–24
	dd. Voraussetzungen müssen nebeneinander vorliegen	Rdn. 25
	ee. Einzelfälle – In-House-Geschäfte – § 108 GWB n. F.	Rdn. 26–27
	4. Öffentliche Auftraggeber gemäß § 99 Nr. 3 GWB	Rdn. 28
	5. Öffentliche Auftraggeber gemäß § 99 Nr. 4 GWB	Rdn. 29–31
	a. Änderung durch das GWB 2016	Rdn. 29
	b. Inhalt der Vorschrift	Rdn. 30
	c. Zweifelsfragen	Rdn. 31
	6. Öffentliche Auftraggeber gemäß § 98 Nr. 6 GWB a. F.	Rdn. 32
V.	Bauaufträge (§§ 1 EU Abs. 1, 2 Nr. 1 VOB/A, § 103 Abs. 3 GWB)	Rdn. 33–52
	1. Übersicht über die Neuregelung durch die VOB/A 2016 – Anwendung von § 103 Abs. 3 GWB n. F.	Rdn. 33–43
	a. Rechtslage nach der VOB/A 2012	Rdn. 34–37
	aa. Verhältnis § 1 EG Abs. 1 Nr. 1 und 2 VOB/A, § 99 Abs. 3 GWB a. F. und Anhang I der Vergabekoordinierungsrichtlinie 2004/18/EG	Rdn. 35–36
	bb. Verhältnis § 1 EG Abs. 1 Nr. 1 und 2 VOB/A zu § 1 VOB/A 2012	Rdn. 37
	b. Rechtslage nach der VOB/A 2016 – Überblick über Änderungen/ Ergänzungen	Rdn. 38–43
	aa. Baukonzessionen	Rdn. 39
	bb. Bauaufträge	Rdn. 40–43
	2. Erläuterungen zu den Regelungen der §§ 1 EU Abs. 1 Nr. 1 und 2 VOB/A, § 103 Abs. 3 GWB und § 1 VOB/A 2016	Rdn. 44–52
	a. § 1 EU Abs. 1 Nr. 1 Buchst. a) und b) VOB/A (Varianten 1 und 2)	Rdn. 45
	b. „Bauleistung durch Dritte“ (§ 1 EU Abs. 1 Nr. 2 VOB/A) – Rechtentwicklung	Rdn. 46–51

VOB/A § 1 EU Rdn. 1

aa. VOB/A 2006	Rdn. 47
bb. Vergaberechtsmodernisierung 2009 – Ahlhorn-Rechtsprechung	Rdn. 48
cc. Rechtsprechung des EuGH (Urteil vom 25.03.2010, Rs. C-451/08)	Rdn. 49–50
dd. Neuregelungen in § 1 EU Abs. 1 Nr. 2 VOB/A/ § 103 Abs. 3 S. 2 GWB n. F.)	Rdn. 51
c. Bauaufträge gem. § 103 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 GBW n. F.	Rdn. 52
VI. Der Schwellenwert als Anwendungskriterium, § 1 EU Abs. 2 S. 1 VOB/A, § 106 GWB	Rdn. 53–56
1. Schwellenwert	Rdn. 53–55
a. § 1 EU Abs. 2 S. 1 VOB/A, § 106 GWB.	Rdn. 53–54
b. Schwellenwertregelungen der EU	Rdn. 55
2. Aktuelle Schwellenwerte	Rdn. 56
VII. Ermittlung des Gesamtauftragswerts	Rdn. 57–68
1. Regelungsinhalt der Vorschrift	Rdn. 57
2. Gesamtauftragswert	Rdn. 58–68
a. Regelungen in der VgV.	Rdn. 58
b. Regelungen in der VOB/A	Rdn. 59
c. Begriffe „Baumaßnahme“, „Bauwerk“ und „bauliche Anlage“ (§ 1 EU Abs. 2 Nr. 1 S. 1 VOB/A).	Rdn. 60–64
d. Weitere Regelungen	Rdn. 65
e. Einzubeziehende Kostenfaktoren	Rdn. 66–68
VIII. Schätzung des Auftragswerts, § 1 EU Abs. 2 S. 2 VOB/A	Rdn. 69–74
1. Überblick über die anzuwendenden Regelungen	Rdn. 69
2. Schätzung des Auftragswerts	Rdn. 70
3. Maßgeblicher Zeitpunkt für die Schätzung des Auftragswerts	Rdn. 71
4. Umgehungsverbot, § 3 Abs. 2 VgV	Rdn. 72–73
5. Verfahrensfragen	Rdn. 74
IX. Das Verfahren bei Loseilung, § 3 Abs. 9 VgV	Rdn. 75–82
1. Überblick über die Vorschrift	Rdn. 75–80
2. Beispiele	Rdn. 81–82
X. Gemischte Verträge	Rdn. 83–88
1. Problemstellung	Rdn. 83
2. Regelungen zur Abgrenzung	Rdn. 84–88
a. Zusammentreffen von Liefer- und Dienstleistungen	Rdn. 85
b. Zusammentreffen von Bau- und Dienstleistungen	Rdn. 86
c. Zusammentreffen von Bau- und Lieferleistungen	Rdn. 87
d. Zivilrechtliche Behandlung	Rdn. 88

I. Grundlagen

- 1 Teil 4 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) in der Fassung der Bekanntmachung vom 26. Juni 2013 (BGBl. I S. 1750, 3245), zuletzt geändert durch Artikel 5 des Gesetzes vom 13. Oktober 2016 (BGBl. I S. 2258), enthält in den §§ 97 bis 184 GWB Vorschriften für die Vergabe von öffentlichen Aufträgen und Konzessionen.

Dabei beinhalten die Vorschriften der Abschnitte 1 (§§ 97–114 GWB) und 2 (§§ 115–135 GWB) das Vergabeverfahren betreffende **allgemeine Vorschriften**. Die genannten Regelungen wurden durch die Vergaberechtsmodernisierung 2016 **grundlegend** überarbeitet und neu gestaltet.

Dabei sind

- in Abschnitt 1 (§§ 97 bis 114 GWB) Grundsätze, Definitionen und Anwendungsbereiche und
- in Abschnitt 2 (§§ 115 bis 135 GWB) Grundsätze für die Vergabe von öffentlichen Aufträgen durch öffentliche Auftraggeber geregelt.

VOB/A § 1 EU Rdn. 1

In § 106 Abs. 1 GWB ist geregelt, dass Teil 4 des GWB nur für die Vergabe von öffentlichen Aufträgen gilt, deren geschätzter Auftragswert ohne Umsatzsteuer den jeweils festgelegten Schwellenwert erreicht oder überschreitet. In § 106 Abs. 2 Nr. 1 GWB ist festgelegt, dass sich der Schwellenwert für öffentliche Aufträge, die von öffentlichen Auftraggebern vergeben werden, aus Artikel 4 der Richtlinie 2014/24/EU in der jeweils geltenden Fassung ergibt. Die geltenden Schwellenwerte werden durch das Bundesministerium für Wirtschaft und Energie unverzüglich, nachdem sie im Amtsblatt der Europäischen Union veröffentlicht worden sind, im Bundesanzeiger bekannt gegeben.

Wer öffentlicher Auftraggeber i.S. der Vorschrift ist, regeln §§ 99 Ziffer 1 bis 4 GWB.

Die Ermächtigungsgrundlage zur Umsetzung der Vorgaben des GWB findet sich in § 113 GWB.

In der Vorschrift wird die Bundesregierung ermächtigt, durch Rechtsverordnungen mit Zustimmung des Bundesrates die Einzelheiten zur Vergabe von öffentlichen Aufträgen zu regeln.

Diese Ermächtigung umfasst die Befugnis zur Regelung von Anforderungen an den Auftragsgegenstand und an das Vergabeverfahren, insbesondere zur Regelung

- der **Schätzung des Auftragswertes**,
- der Leistungsbeschreibung, der Bekanntmachung, der Verfahrensarten und des Ablaufs des Vergabeverfahrens, der Nebenangebote, der Vergabe von Unteraufträgen,
- der besonderen Methoden und Instrumente in Vergabeverfahren und für Sammelbeschaffungen einschließlich der zentralen Beschaffung,
- des Sendens, Empfangens, Weiterleitens und Speicherns von Daten einschließlich der Regelungen zum Inkrafttreten der entsprechenden Verpflichtungen,
- der Auswahl und Prüfung der Unternehmen und Angebote sowie des Abschlusses des Vertrags,
- der Aufhebung des Vergabeverfahrens

Die Bundesregierung hat die entsprechenden Rechtsverordnungen mit der Verordnung zur Modernisierung des Vergaberechts (Vergaberechtsmodernisierungsgesetz – VergRModVO) erlassen.

Artikel 1 der VergRModVO enthält die neu gefasste Verordnung über die Vergabe öffentlicher Aufträge (**Vergabeverordnung – VgV**).

§ 2 Satz 1 VgV bestimmt, dass für die Vergabe von Bauaufträgen Abschnitt 1 (= §§ 1 bis 13 VgV) und Abschnitt 2, Unterabschnitt 2 (= §§ 21 bis 27 VgV) der VgV anzuwenden sind. Im Übrigen ist Teil A Abschnitt 2 der Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen anzuwenden.

Die Verpflichtung zur Anwendung des Abschnitts 2 der VOB/A ergibt sich also aus § 2 Satz 2 VgV.

Seit dem Inkrafttreten der VergRModVO am 18.4.2016 ist dies die VOB/A in der Fassung der Bekanntmachung vom 19. Januar 2016 (BAnz AT 19.01.2016 B3).

Hinweis:

In den neuen Abschnitt 2 der VOB/A (also die VOB/A – EU) wurden nicht alle bisherigen Regelungen der bisherigen VOB/A – EG übernommen; stattdessen wurde eine ganze Reihe allgemeiner Regelungen in die Vergabeverordnung verlagert; dies spielt gerade bei § 1 EU VOB/A eine erhebliche Rolle (z. B. Auftragswertermittlung, Schätzung, Umgehungsverbot etc.).

Es waren daher die einschlägigen Regelungen der VgV, hier insbesondere § 3 VgV, zu erläutern; der dafür notwendige Gesetzestext des § 3 VgV ist am Beginn der Kommentierungen abgedruckt.

II. Allgemeines

1. Bedeutung des Abschnitts 2 der VOB/A

2 a. Regelungssystematik nach der VOB/A 2012 (= VOB/A – EG)

Mit der VOB/A 2012 wurden in Abschnitt 2 der VOB/A die für Vergaben ab den Schwellenwerten anzuwendenden Bestimmungen (die früheren Basis- und a-Paragrafen) in einem Regelwerk, dem mit der VOB/A 2012 neu gefassten Abschnitt 2, zusammengeführt.

Die VOB/A 2012 definierte daher die Regelungen des Abschnitts 2 auch als „Vergabebestimmungen im Anwendungsbereich der Richtlinie 2004/18/EG“ (VOB/A – EG) – vgl. die Überschrift zu Abschnitt 2 der VOB/A 2012 – und brachte damit zum Ausdruck, dass für Vergabeverfahren, die den Schwellenwert erreichen oder überschreiten, alle maßgeblichen Regelungen in diesem Abschnitt 2 der VOB/A 2012 enthalten sind.

Der DVA hatte für diese Vergabebestimmungen im Anwendungsbereich der Richtlinie 2004/18/EG als Abkürzung **VOB/A – EG** festgelegt; als Zitierweise wurde durch den DVA „§ x EG Absatz y VOB/A“ festgelegt (vgl. hierzu die Fußnote 2) zur Überschrift des Abschnitts 2 der VOB/A 2012.

Damit folgte die VOB/A 2012 der Systematik der Vergabe- und Vertragsordnung für Leistungen (VOL/A), die das Nebeneinander von Basisparagrafen und a-Paragrafen in einem Regelwerk – dem Abschnitt 2 der VOL/A – bereits mit der VOL/A 2009 aufgegeben hatte.

Teil A der VOL/A bestand seit der VOL/A 2009 zwar weiterhin aus zwei Abschnitten; diese enthielten jedoch **eigenständige** Bestimmungen

- in **Abschnitt 1** für die Vergabe von Leistungen unterhalb der EG-Schwellenwerte die sog. VOL/A (Ausgaben 2009 und 2012) und
- in **Abschnitt 2** für die Vergabe von Leistungen im Anwendungsbereich der Richtlinie 2004/18/EG, also für die Vergabe von Leistungen, die den EG-Schwellenwert erreichen oder übersteigen, die sog. EG VOL/A (Ausgaben 2009 und 2012).

Bei den früheren Fassungen der VOB/A immer wieder auftretende Zweifelsfragen, welche Rechtsvorschriften der Basisparagrafen in 2. Abschnitt der VOB/A anzuwenden sind, ergaben sich damit nicht mehr.

3 b. Regelungssystematik nach der VOB/A 2016 (= VOB/A – EU)

Mit der Vergaberechtsmodernisierung 2016 wurde die Regelungssystematik des Vergaberechts erneut erheblich verändert (vgl. hierzu auch bei Rdn. 1):

- Teil 4 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) wurde um eine beträchtliche Anzahl **grundsätzlicher** Regelungen und Definitionen für alle Arten von Vergabeverfahren sowie um Grundsätze für die Vergabe von öffentlichen Aufträgen durch öffentliche Auftraggeber **erweitert**.
- Mit der **vollständig neu gefassten VgV** wurden **umfangreiche** nähere Bestimmungen über das einzuhaltende Verfahren bei den dem Teil 4 des GWB unterliegenden Vergaben u. a. von öffentlichen Aufträgen durch den öffentlichen Auftraggeber getroffen.
- Von den Regelungen der VgV sind **für die Vergabe von Bauaufträgen** jedoch nur die §§ 1 bis 13 VgV sowie §§ 21 bis 27 VgV anzuwenden.
- Im Übrigen gelten die Vorschriften der durch die Vergaberechtsmodernisierung 2016 **stark veränderten** VOB/A – EU.

Die VOB/A 2016 definiert die Regelungen des Abschnitts 2 als „Vergabebestimmungen im Anwendungsbereich der Richtlinie 2014/24/EU (VOB/A – EU) – vgl. die Überschrift zu Abschnitt 2 der VOB/A 2016. Der DVA hat für diese Vergabebestimmungen als Abkürzung VOB/A – EU festgelegt; als Zitierweise wurde durch den DVA „§ x EU Absatz y VOB/A“ bestimmt (vgl. hierzu die Fußnote 2) zur Überschrift des Abschnitts 2 der VOB/A 2016.

Durch die neue Systematik sind viele wichtige Regelungen nicht bzw. nicht mehr in Abschnitt 2 der VOB/A (also der VOB/A – EU) untergebracht, sondern in den höherrangigen Rechtsvorschriften des GWB und der VgV enthalten.

Ausdrücklich hinzuweisen ist darauf, dass die bisherigen Regelungen der VOL-A EG sowie der VOF entfallen sind. Diese sind nunmehr in der VgV geregelt. **Damit unterliegen alle Vergebungsverfahren für Liefer- und Dienstleistungen von öffentlichen Auftraggebern der VgV.**

2. Bedeutung und wesentlicher Inhalt des § 1 EU VOB/A

4

Gemäß § 1 EU Abs. 2 VOB/A sind die Bestimmungen dieses Abschnitts (d. h. Abschnitt 2 der VOB/A 2016) von öffentlichen Auftraggebern im Sinne von § 99 GWB für Bauaufträge anzuwenden, bei denen der geschätzte Gesamtauftragswert der Baumaßnahme oder des Bauwerkes (alle Bauaufträge für eine bauliche Anlage) mindestens dem im § 106 GWB geregelten Schwellenwert für Bauaufträge ohne Umsatzsteuer entspricht. Die Vorschrift nennt folgende Merkmale als Voraussetzungen für die Anwendung von Abschnitt 2 der VOB/A:

- **Öffentlicher Auftraggeber im Sinne von § 99 GWB**
- **Bauftrag**
- **Erreichen des Schwellenwerts**

Die Merkmale müssen **nebeneinander** gegeben sein.

Zusätzlich ist in § 1 EU Abs. 2 S. 2 VOB/A bestimmt, dass die Schätzung des Auftragswerts gemäß § 3 VgV vorzunehmen ist.

3. Rangverhältnis VOB/A – EU, VgV und GWB

5

Hinzuweisen ist darauf, dass die Regelungen des § 1 EU VOB/A von den höherrangigen Vorschriften des GWB und der VgV überlagert werden (und im Zusammenhang mit diesen zu sehen sind):

- Die Anwendbarkeit von Abschnitt 2 der VOB/A ergibt sich überhaupt erst durch die Verweisung des § 2 S. 2 VgV (siehe hierzu Rdn. 1).
- § 1 EU Abs. 2 S. 1 VOB/A verweist zur Frage des **persönlichen Geltungsbereichs**, d. h. dazu, welche Auftraggeber zur Anwendung von Abschnitt 2 der VOB/A verpflichtet sind, auf den Auftraggeberbegriff des § 99 GWB (§ 1 EU VOB/A setzt das Vorliegen eines öffentlichen Auftraggebers im Sinne von § 99 Nr. 1 bis 4 GWB voraus).
- Hinsichtlich des Schwellenwerts verweist § 1 EU Abs. 2 S. 1 VOB/A auf die Regelung des § 106 GWB.
- Die Schätzung des Auftragswerts erfolgt – wie durch die Verweisung in § 1 Abs. 2 S. 2 VgV klar gestellt ist – nach den Regelungen des § 3 VgV.
- Schließlich enthält die VOB/A – EU in §§ 1 EU Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 2 VOB/A Definitionen der Bauaufträge und bleibt damit hinter den in § 103 Abs. 3 GWB enthaltenen Definitionen des Bauauftrags zurück (vgl. hierzu unter Rdn. 43 und 52).

4. Übersicht über die Änderungen durch die VOB/A 2016

6

Die bisherigen Regelungen des § 1 EG VOB/A über den Anwendungsbereich der Vorschrift wurden nur teilweise in die Neufassung des § 1 EU VOB/A übernommen.

Im Einzelnen:

a. Bauauftrag und Baukonzessionen

Unverändert übernommen wurde die Definition des Bauauftrags i. S. v. § 1 EG Abs. 1 Nr. 1 VOB/A.

Danach sind auch nach der Neuregelung Bauaufträge Verträge über die Ausführung oder die gleichzeitige Planung und Ausführung eines Bauvorhabens oder eines Bauwerkes für einen öf-

VOB/A § 1 EU Rdn. 7–8

fentlichen Auftraggeber, das Ergebnis von Tief- oder Hochbauarbeiten ist und eine wirtschaftliche oder technische Funktion erfüllen soll, § 1 EU Abs. 1 Nr. 1 VOB/A.

Die Regelung des bisherigen § 1 EG Abs. 1 Nr. 2 VOB/A wurde dagegen **nicht** unverändert in die VOB/A EU übernommen.

Nach der bisherigen Regelung galten als Bauaufträge u. a. auch Verträge über die Ausführung oder die gleichzeitige Planung und Ausführung einer dem Auftraggeber unmittelbar wirtschaftlich zugutekommenden Bauleistung, die Dritte gemäß den vom Auftraggeber genannten Erfordernissen erbringen. Nach der Neuregelung ist **zusätzliche** Voraussetzung, dass der öffentliche Auftraggeber einen entscheidenden Einfluss auf die Art und die Planung des Vorhabens hat. Diese Vorgabe des Art. 2 Abs. 1 Nr. 6 lit. c der Richtlinie 2014/24/EU – in deutsches Recht in § 103 Abs. 3 S. 2 GWB umgesetzt – wird in der Neufassung des § 1 EU Abs. 1 Nr. 2 VOB/A wiederholt. Mit der Neuregelung soll zur Miete von Grundstücken abgegrenzt werden, die gem. § 107 Abs. 1 Nr. 2 GWB nicht unter das Vergaberecht fallen.

Die VOB/A – EU ist auf die **Vergabe von Baukonzessionen nicht mehr anzuwenden**; diese sind nunmehr in der Verordnung über die Vergabe von Konzessionen (Konzessionsvergabeverordnung – KonzVergVO) enthalten.

7 b. Öffentlicher Auftraggeber, Schwellenwert, Schätzung des Auftragswerts

Die bisherigen Regelungen des GWB, wer öffentlicher Auftraggeber i. S. v. Teil 4 des GWB ist und damit unter diese Bestimmungen fällt, sind mit der Neufassung des GWB verändert worden. An die Stelle der bisherigen Definitionen der §§ 98 Nr. 1 bis 3, 5 und 6 GWB a. F. ist § 99 GWB getreten. Dementsprechend verweist § 1 EU Abs. 2 Nr. 1 VOB/A nunmehr auf § 99 GWB n. F.; dem Sprachgebrauch des GWB folgend verwendet auch die VOB/A – EU anstelle des Begriffs „Auftraggeber“ den Begriff „öffentlicher Auftraggeber“.

Die Vorschriften zum Schwellenwert ergeben sich nunmehr aus § 106 GWB n. F.; die bisher in der VgV a. F. enthaltenen Regelungen sind entfallen. Dementsprechend verweist § 1 EU Abs. 2 S. 1 VOB/A auf § 106 GWB n. F.

Die Regelungen zur Ermittlung des Gesamtauftragswerts und bei Loseilung (bislang in § 1 EG Abs. 2 Nr. 1 und 2 VOB/A) wurden nicht vollständig in die VOB/A – EU übernommen; maßgebliche Regelungen finden sich nun auch in §§ 3 Abs. 7 und 9 VgV.

Die Vorschriften zur Schätzung des Auftragswerts bei der Vergabe von Bauleistungen (bislang unvollständig in §§ 1 EG Abs. 3 und 4 VOB/A geregelt) finden sich nun ausführlich in §§ 3 Abs. 1 bis 9 VgV. Die VOB/A – EU beschränkt sich in § 1 EU Abs. 2 S. 2 VOB/A auf einen Verweis auf diese Vorschriften.

8 Im Vergleich ergibt sich folgendes Bild:

	bisherige Regelung VOB/A – EG	Regelung in der VOB/A – EU
Definition Bauauftrag (Variante 1)	§ 1 EG Abs. 1 Nr. 1 VOB/A	unverändert (§ 1 EU Abs. 1 Nr. 1 VOB/A)
Definition Bauauftrag (Variante 2)	§ 1 EG Abs. 1 Nr. 2 VOB/A	Neuregelung (§ 1 EU Abs. 1 Nr. 2 VOB/A)
Baukonzession	§§ 1, 22 EG Abs. 2 Nr. 1 VOB/A	entfallen (Neuregelung in Konzessionsvergabeverordnung (KonzVgV))
Auftraggeber bzw. Öffentlicher Auftraggeber	§ 1 EG Abs. 2 Nr. 1 VOB/A i. V. m. §§ 98 Nr. 1-3, 5 und 6 GWB a. F.	§ 1 EU Abs. 2 Nr. 1 VOB/A i. V. m. § 99 GWB n. F.

	bisherige Regelung VOB/A – EG	Regelung in der VOB/A – EU
Schwellenwert erreicht?	§ 1 Abs. 2 EG Nr. 1 VOB/A i. V. m. § 2 Abs. 6 VgV a. F.	§ 1 Abs. 2 EU Nr. 1 VOB/A i. V. m. § 106 GWB n. F.
Ermittlung des Gesamtauftragswerts	§ 1 EG Abs. 3 VOB/A	inhaltlich unverändert jetzt in § 3 Abs. 7 S. 1 VgV
Verfahren bei Losteilung	§ 1 EG Abs. 2 Nr. 2 VOB/A	inhaltlich unverändert jetzt in § 3 Abs. 9 VgV
Umgehungsverbot	§ 1 EG Abs. 4 VOB/A	inhaltlich unverändert jetzt in § 3 Abs. 2 VgV

III. Voraussetzungen für die Anwendung des § 1 EU VOB/A

Wie schon bei Rdn. 4 erläutert, nennt § 1 EU VOB/A die Voraussetzungen, unter denen die Vorschriften des Abschnitts 2 der VOB/A anzuwenden sind; folgende Tatbestandmerkmale müssen – nebeneinander – erfüllt sein:

- Öffentlicher Auftraggeber im Sinne von § 99 Nr. 1 bis 4 GWB (siehe Rdn. 10–32)
- Bauauftrag (siehe Rdn. 33–52)
- Schwellenwert erreicht? (siehe Rdn. 53 ff.)

Die einzelnen Merkmale werden in den nachfolgenden Erläuterungen behandelt.

IV. Öffentlicher Auftraggeber im Sinne von §§ 99 Nr. 1 bis 4 GWB

1. Einführung, Übersicht und Vergleich zu den bisherigen Regelungen

Anzuwenden haben die Regelungen des Abschnitts 2 gemäß § 1 EU Abs. 2 S. 1 VOB/A (bislang § 1 EG Abs. 2 Nr. 1 VOB/A) die Auftraggeber nach §§ 99 Nr. 1 bis 4 GWB. Wer zur Anwendung des Abschnitts 2 der VOB/A verpflichtet ist, ergibt sich damit nicht aus § 1 EU VOB/A, sondern aus §§ 99 Nr. 1 bis 4 GWB n. F.

Die bisherigen Regelungen des GWB wurden mit der Vergaberechtsmodernisierung 2016 verändert:

In § 98 GWB n. F. ist nun definiert, wer Auftraggeber im Sinne dieses Teils (gemeint ist Teil 4 des GWB, also die Regelungen über die Vergabe von öffentlichen Aufträgen und Konzessionen) ist. Auftraggeber sind danach

- öffentliche Auftraggeber im Sinne des § 99 GWB,
- Sektorenauftraggeber im Sinne des § 100 GWB und
- Konzessionsgeber im Sinne des § 101 GWB.

Diese Neustrukturierung der Definitionen des öffentlichen Auftraggebers hatte eine Anpassung des bisherigen § 98 GWB (a. F.) zur Folge; der nachfolgende Vergleich der Regelungen zeigt dies:

VOB/A § 1 EU Rdn. 10

Öffentlicher Auftraggeber sind	bisherige Regelung	Neuregelung in §§ 99 bis 101 GWB	Änderung
Gebietskörperschaften sowie deren Sondervermögen	§ 98 Nr. 1 GWB a. F.	§ 99 Nr. 1 GWB n. F.	keine inhaltliche Änderung
Juristische Personen des öffentlichen oder privaten Rechts, die zu dem besonderen Zweck gegründet wurden, im Allgemeininteresse liegende Aufgaben nichtgewerblicher Art zu erfüllen	§ 98 Nr. 2 GWB a. F.	§ 99 Nr. 2 GWB n. F.	neu gegliedert und inhaltlich ergänzt
Verbände, deren Mitglieder unter Nummer 1 oder 2 fallen	§ 98 Nr. 3 GWB a. F.	§ 99 Nr. 3 GWB n. F.	keine inhaltliche Änderung
Bauvorhaben, die überwiegend von öffentlichen Auftraggebern subventioniert werden	§ 98 Nr. 5 GWB a. F.	§ 99 Nr. 4 GWB n. F.	Inhaltliche Änderung (Subventionierung statt Finanzierung)
Sektorauftraggeber	§ 98 Nr. 4 GWB a. F.	§ 100 GWB n. F.	Neuregelung
Baukonzessionen	§ 98 Nr. 6 GWB a. F.	§ 101 GWB n. F.	Neuregelung

Wer öffentlicher Auftraggeber ist und damit die Bestimmungen des 2. Abschnitts der VOB/A – EU anzuwenden hat, ergibt sich nunmehr **ausschließlich aus den §§ 99 Nr. 1 bis 4 GWB n. F.**

Zur Anwendung der Bestimmungen des Abschnitts 2 verpflichtet sind vor allem

- die klassischen öffentlichen Auftraggeber (Bund, Länder, Gemeinden),
- bundes- und landesunmittelbare juristische Personen des öffentlichen Rechts,
- Beteiligungsgesellschaften der öffentlichen Hand im Bereich der Daseinsvorsorge,
- kommunale Zweckverbände sowie
- private Auftraggeber in den Fällen der §§ 99 Nr. 2 und 4 GWB.

Durch die Einbeziehung der genannten privaten AG in den Regelungsbereich des GWB und des 2. Abschnitts der VOB/A werden sehr viele Bauaufträge, die mit öffentlichen Mitteln ganz oder überwiegend finanziert werden, den Bestimmungen des GWB unterworfen.

Das Vergaberecht ist also nicht auf staatliche Stellen und andere klassische öffentliche AG (**sog. institutionelle Auftraggeber**) beschränkt.

Es fallen auch solche Vergabestellen nach den Vorgaben der Richtlinie 2014/24/EU unter den Begriff des öffentlichen AG, die nur hinsichtlich ihrer Funktion staatliche Aufgaben wahrnehmen, aber nach ihrer Rechtsform keine staatlichen Stellen sind (**sog. funktionaler Auftraggeberbegriff**).

Wie in vielen Mitgliedstaaten der EU werden auch in der Bundesrepublik Deutschland immer mehr klassische Hoheitsaufgaben nicht mehr durch die klassischen öffentlichen AG, sondern – nach entsprechenden Privatisierungen – von privatrechtlich organisierten Rechtspersonlichkeiten wahrgenommen.

Die Regelungen der Richtlinie 2014/24/EU stellen (wie schon die Vergabekoordinierungsrichtlinie 2004/18/EG vom 31.03.2004) deshalb auch darauf ab, welchen Zweck das jeweilige Unternehmen verfolgt, und versuchen so, den öffentlichen Auftraggebern „die Flucht ins Privatrecht“ zu verwehren.

Durch die Regelungen in § 99 GWB setzt der deutsche Gesetzgeber die Vorgaben und Festlegungen der Richtlinie 2014/24/EU, namentlich aus Art. 2 Abs. 1 Nr. 1 und 4 sowie Art. 13 der