

Bau- und Architektenrecht nach Ansprüchen

Corinna Contag
Christian Zanner

Vergaberecht nach Ansprüchen

Entscheidungshilfen für Auftraggeber, Planer
und Bauunternehmen

 Springer Vieweg

Bau- und Architektenrecht nach Ansprüchen

Weitere Bände in dieser Reihe
<http://www.springer.com/series/10952>

Die Thematik des Baurechts stellt sich für den Nichtjuristen oft sehr komplex und unübersichtlich dar. Die Reihe „Bau- und Architektenrecht nach Ansprüchen“ möchte hier Abhilfe schaffen und verständliche Hilfestellung für Baupraktiker bieten.

Systematisch nach Anspruchsgrundlagen geordnet werden die Voraussetzungen für alle wichtigen Ansprüche des Auftraggebers und Auftragnehmers bei der Objektplanung, Auftragsvergabe und Abwicklung von Bauvorhaben dargestellt.

Die Leseführung erfolgt dabei durch die zu jedem Anspruch erstellten Ablaufdiagramme.

Grafische Übersichten helfen dem Leser bei der Navigation durch die oft unübersichtlichen Informationen zum Thema Ansprüche im Bau- und Architektenrecht.

Herausgeber: Prof. Christian Zanner

Corinna Contag • Christian Zanner

Vergaberecht nach Ansprüchen

Entscheidungshilfen für Auftraggeber,
Planer und Bauunternehmen

Corinna Contag
Berlin
Deutschland

Christian Zanner
Berlin
Deutschland

ISBN 978-3-8348-2603-9
DOI 10.1007/978-3-8348-2604-6

ISBN 978-3-8348-2604-6 (eBook)

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Springer Vieweg

© Springer Fachmedien Wiesbaden 2014

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung, die nicht ausdrücklich vom Urheberrechtsgesetz zugelassen ist, bedarf der vorherigen Zustimmung des Verlags. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Bearbeitungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Die Wiedergabe von Gebrauchsnamen, Handelsnamen, Warenbezeichnungen usw. in diesem Werk berechtigt auch ohne besondere Kennzeichnung nicht zu der Annahme, dass solche Namen im Sinne der Warenzeichen- und Markenschutz-Gesetzgebung als frei zu betrachten wären und daher von jedermann benutzt werden dürften.

Lektorat: Karina Danulat, Annette Prenzer

Gedruckt auf säurefreiem und chlorfrei gebleichtem Papier

Springer Vieweg ist eine Marke von Springer DE. Springer DE ist Teil der Fachverlagsgruppe Springer Science+Business Media
www.springer-vieweg.de

Vorwort zur 1. Auflage

Die Beschaffung von Bau-, Planungs- und Projektsteuerungsleistungen stellt die Baupraxis aufgrund der Vielzahl von Regelungen und formalen Voraussetzungen vor eine große Aufgabe. Dabei sind neben den vergaberechtlichen Regelungen der VOB/A die Regelungen der Bundeshaushaltsordnung, der Landeshaushaltsordnungen, des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, der Vergabeverordnungen etc. zu berücksichtigen.

Dieses Buch soll dem Praktiker helfen, diese Formalien richtig einzuhalten. Die grafischen Übersichten helfen dem Leser, einen Überblick über die zu beachtenden Vorschriften zu erhalten. Zusätzlich werden im Textteil die Grundsätze anschaulich an Praxisbeispielen erläutert. Daneben sind im Anhang die wichtigsten Regelungswerke mit aufgenommen.

Die Erläuterungen verstehen sich als Einstiegslektüre für den Praktiker auf Auftraggeber- und Unternehmerseite sowie für den bisher wenig mit der Materie vertrauten Juristen.

Die Autoren freuen sich über Anregungen und kritische Anmerkungen.

Berlin, im Mai 2013

Die Autoren

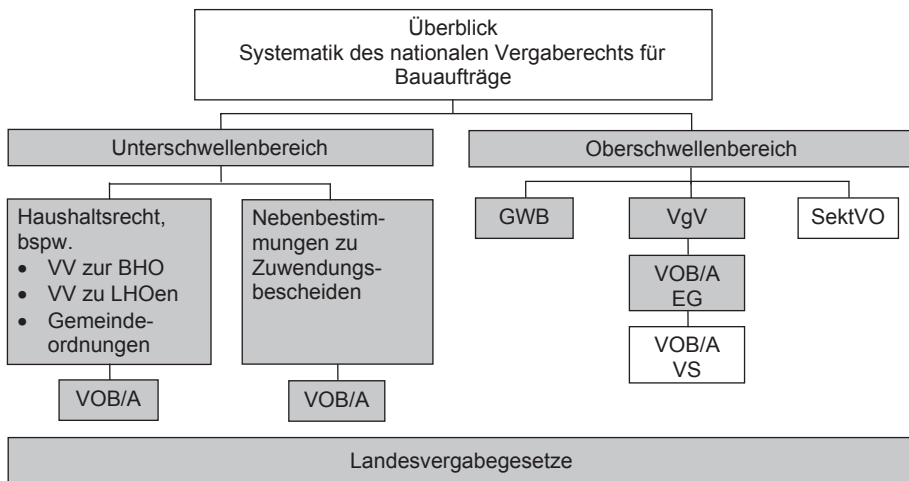
Inhaltsverzeichnis

1	Einführung	1
1.1	Die drei Teile der VOB	2
1.2	Anwendungsbereich der VOB/A	3
1.2.1	Baufträge	3
1.2.2	Schwellenwerte	7
1.2.3	(Öffentliche) Auftraggeber	8
2	Auswirkungen der VOB/A bei der Bewerbung auf öffentliche Bauaufträge	13
2.1	Die Bekanntmachung	13
2.1.1	Sinn und Zweck	14
2.1.2	Veröffentlichung	14
2.1.3	Aus der Bekanntmachung erkennbare Fehler (Rügepotential)	15
2.2	Erfolgreiche Bewerbung	15
2.2.1	Einhaltung der formalen Vorgaben des Auftraggebers	16
2.2.2	Nachweis der Eignung	25
2.3	Bietergemeinschaften und Nachunternehmereinsatz	30
2.3.1	Bietergemeinschaften	31
2.3.2	Nachunternehmereinsatz	31
2.3.3	Wahrung des Geheimwettbewerbs und wettbewerbsbeschränkendes Verhalten	34
2.4	Strategien bei der Angebotsgestaltung	35
2.4.1	Fragen und Hinweise	36
2.4.2	Nebenangebote	36
2.4.3	Mehrere Hauptangebote	39
2.5	Prüfung und Wertung der Angebote	39
2.5.1	Abschließende Regelung von Ausschlussgründen	40
2.5.2	Prüfungsablauf	40
2.5.3	Formale Fehler und Vollständigkeit	40
2.5.4	Eignungsprüfung	43

2.5.5	Rechnerische, technische und wirtschaftliche Prüfung	43
2.5.6	Engere Wahl	44
2.6	Angebotsaufklärung und Verhandlung	45
2.6.1	Aufklärung	46
2.6.2	Verhandlungen	46
2.7	Beendigung des Vergabeverfahrens	47
2.7.1	Vorabinformation über den Zuschlag	48
2.7.2	Aufhebung	48
3	Rechtsschutz	49
3.1	Rügen	49
3.1.1	Anforderungen an die Rüge	50
3.1.2	Erkannte und erkennbare Verstöße	51
3.2	Rechtsschutz	52
3.2.1	Primärrechtsschutz: Erhalt der Zuschlagschance	53
3.2.2	Sekundärrechtsschutz: Schadensersatz	61
4	Auswirkungen der VOB/A auf die Beschaffung öffentlicher Bauaufträge	67
4.1	Vorbereitung des Verfahrens	68
4.1.1	Beschaffungsentscheidung	68
4.1.2	Auftragswertberechnung	72
4.2	Verfahrensarten	75
4.2.1	Unterschwellenbereich	75
4.2.2	Oberschwellenbereich	81
4.3	Die Vergabeunterlagen	86
4.3.1	Übersicht	87
4.3.2	Das Anschreiben	87
4.3.3	Die Bewerbungsbedingungen	92
4.3.4	Vertrag einschließlich Leistungsbeschreibung	93
4.4	Der Verfahrensbeginn: Die Bekanntmachung	97
4.4.1	Inhalt der Bekanntmachung	98
4.4.2	Voraussetzung der Veröffentlichung: Ausschreibungsreife	101
4.4.3	Veröffentlichung der Bekanntmachung	101
4.4.4	Berichtigungen	102
4.4.5	Exkurs: Die Eignungskriterien	102
4.5	Bieterkommunikation: Chancen und Risiken	104
4.5.1	Rügen	104
4.5.2	Bieterfragen	105
4.6	Interessenkonflikte	106
4.6.1	Projektantenstellung	106
4.6.2	Voreingenommenheit	107
4.7	Angebotseingang	108
4.7.1	Kennzeichnung und Aufbewahrung	108

4.7.2	Öffnung der Angebote (Submission)	108
4.7.3	Aufklärung	110
4.7.4	Verhandlungen	110
4.8	Angebotsprüfung und -wertung	111
4.8.1	Ausschluss	111
4.8.2	Nachforderung	115
4.8.3	Eignung	115
4.8.4	Rechnerische, technische und wirtschaftliche Prüfung	117
4.8.5	Wertung	119
4.8.6	Wertung von Nebenangeboten	120
4.8.7	Keine wertbaren Angebote	122
4.9	Informationspflichten	122
4.9.1	Die Unterrichtung der Bieter	122
4.9.2	Die Vorabinformation	123
4.10	Aufhebung	124
4.10.1	Wirksame Aufhebung	124
4.10.2	„Zulässige“ Aufhebung	125
4.10.3	Durchführung der Aufhebung und Informationspflichten	127
4.11	Dokumentation	127
4.11.1	Zeitnah aufstellen	128
4.11.2	Nachträgliche Ergänzung	128
4.12	Vertragsdurchführung: die wesentliche Vertragsänderung	129
Anhang	131
Literatur	231
Sachverzeichnis	233

Die VOB/A ist mit ihren Formalien eine hohe Hürde, die die Baupraxis nehmen muss. Ihre Bedeutung bei der Beschaffung ist damit immens und wird – nach einem absehbaren Trend – auch nicht wieder weniger werden. Sie wird mit jeder Reform komplexer und die



BHO= Bundeshaushaltsordnung
 LHOen = Landshaushaltsordnungen
 VV = Verwaltungsvorschriften
 VOB/A = Vergabe- und
 Vertragsordnung für Bauleistungen

GWB = Gesetz gegen
 Wettbewerbsbeschränkungen
 VgV = Vergabeverordnung
 SektVO = Sektorenverordnung
 VOB/A EG = Vergabe und
 Vertragsordnung für Bauleistungen im
 Oberschwellenbereich
 VOB/A VS = Vergabe und
 Vertragsordnung für Bauleistungen im
 Bereich Verteidigung und Sicherheit

nächste Reform ist eigentlich immer schon wieder am Horizont erkennbar.¹ Zum Zeitpunkt des Erscheinens dieses Buches sieht das für die Vergabe einer Bauleistung relevante Vergaberecht im Überblick so aus:

Dieses Buch ist kein Kommentar – es ist zwar von Juristen, aber nicht für Juristen geschrieben. Erklärt werden die praktisch relevanten Auswirkungen des Vergaberechts der VOB/A auf die Ausschreibung von bzw. die Bewerbung um einen Bauauftrag. Die Erläuterungen sind angereichert mit Hinweisen und Beispielen, die sowohl das Verfahren selbst als auch das mögliche Verhalten der Beteiligten aufzeigen. Soweit dabei auf Rechtsprechung Bezug genommen werden muss, ist diese „in Übersetzung“ in den Text eingearbeitet oder dient als Beispiel. Dass überhaupt auf sie Bezug genommen werden muss, ist der Struktur des Vergaberechts geschuldet: Neben den europäischen Richtlinien, auf denen die (im Zweiten Teil des Buches abgedruckten) deutschen Normen basieren, hat sich für den Oberschwellenbereich eine ausufernde Rechtsprechung breit gemacht, die diese Normen auslegt und so die praktisch relevanten Grenzen des Erlaubten und Verbotenen (also des zulässigen und unzulässigen Verhaltens) im Einzelfall zieht.

1.1 Die drei Teile der VOB

Die „Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen“ (VOB) wird vom Deutschen Vergabe- und Vertragsausschuss für Bauleistungen (DVA) erstellt. Aufgabe des DVA ist es, die Grundsätze für die fachgerechte Vergabe und Abwicklung von öffentlichen Bauaufträgen zu erarbeiten und weiterzuentwickeln.²

Die Vergabe- und Vertragsordnung besteht aus drei Teilen:

- VOB/A: Teil A der VOB beinhaltet die Allgemeinen Bestimmungen für die Vergabe von Bauleistungen (DIN 1960), also den vergaberechtlichen Teil.
- VOB/B: Teil B der VOB beinhaltet die Allgemeinen Vertragsbedingungen für die Ausführung von Bauleistungen (DIN 1961), also den vertragsrechtlichen Teil.³
- VOB/C: Teil C der VOB beinhaltet die Allgemeinen technischen Vertragsbedingungen für Bauleistungen (DIN 18299 ff.), also den bautechnischen Teil.

¹ Die EU Kommission hat am 20.12.2012 einen neuen Entwurf für eine Reform des durch EU Richtlinien geprägten Vergaberechts des Oberschwellenbereiches veröffentlicht, die wohl Ende 2013 in Kraft treten und voraussichtlich zu 2015 in deutsches Recht umgesetzt werden wird (KOM (2011) 896 endgültig).

² § 2 Satzung des DVA vom 03.11.2004.

³ Zanner, VOB/B nach Ansprüchen, 4. Aufl. 2012.

1.2 Anwendungsbereich der VOB/A

Der (sachliche) Anwendungsbereich der VOB/A bestimmt, ob dieses Buch für den Leser von Nutzen sein wird – oder nur interessant ist. Denn die Anforderungen der VOB/A muss nur kennen, wer entweder als öffentlicher Auftraggeber (persönlicher Anwendungsbereich) selbst Bauleistungen ausschreiben muss, als Planer für die Durchführung der Ausschreibung zuständig ist oder als interessiertes Unternehmen einen Bauauftrag von der öffentlichen Hand erhalten möchte.

Natürlich ist nur die Existenz dieser Vorschriften nicht für alle Beteiligten ein überzeugendes Argument für ihre Anwendung: gerade im Bereich der Vergabe von Bauaufträgen ist die „Grauzone“ der unterlassenen oder nicht den Vorschriften der VOB/A entsprechenden Vergabeverfahren signifikant. Allerdings hat diese Vorgehensweise regelmäßig für alle Beteiligten auch greifbare Nachteile:

- Für den Auftraggeber, weil nicht nur seine Chancen stark vermindert sind, das wirtschaftlichste Angebot, das zu diesem Zeitpunkt auf dem Markt zu erhalten ist, auch angeboten zu bekommen, sondern auch eventuelle Fördermittel zurückgefordert werden und Schadensersatzforderungen unterlegener Bieter auf ihn zukommen können.
- Für den Planer, weil eine vergaberechtswidrige Ausschreibung den Auftraggeber zu Schadensersatzansprüchen gegen ihn berechtigen kann – vor allem, wenn gegen den Auftraggeber aufgrund der fehlerhaften Vergabe Schadensersatzansprüche geltend gemacht wurden – und dieser Auftraggeber die nächste Ausschreibung sicher mit einem anderen Büro durchführen wird.
- Für das Unternehmen, weil die Chancen auf den Erhalt eines Auftrags stark vermindert sind.

Neben dem rechtlichen Anwendungsbefehl gibt es also in jedem Einzelfall gute Gründe, sich auf eine vertiefte Auseinandersetzung mit dem Vergaberecht der VOB/A und dessen Umsetzung im konkreten Vergabeverfahren einzulassen.

1.2.1 Bauaufträge

Aufträge, die von öffentlichen Auftraggebern nach dem Regelwerk der VOB/A ausgeschrieben werden müssen, sind Aufträge über Bauleistungen. Was umfasst aber der Begriff der Bauleistungen: Hochbau? Auch Tiefbau? Errichtung von Gebäuden, Straßen, Brücken. Instandsetzung? Instandhaltung?

Die VOB/A beinhaltet zunächst zwei weitestgehend abstrakte Definitionen von Bauleistungen:

§ 1 VOB/A Bauleistungen sind Arbeiten jeder Art, durch die eine bauliche Anlage hergestellt, instand gehalten, geändert oder beseitigt wird.

§ 1 EG Abs. 1 VOB/A 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 Auftraggeber unmittelbar wirtschaftlich zugutekommenden Bauleistung, die Dritte gemäß den vom Auftraggeber genannten Erfordernissen erbringen.

die allerdings zusammen gelesen werden können – die sprachlichen Nuancen, die für Juristen normalerweise Ausgangspunkt für die Einführung weitgehender Unterschiede sind, sind hier nur eine unterschiedliche Umschreibung derselben Sache.

Beispiel

Siehe die – nicht abschließende – Auflistung in der Übersicht der VOB/C:

DIN 18299 Allgemeine Regelungen für Bauarbeiten jeder Art

DIN 18300 Erdarbeiten

DIN 18301 Bohrarbeiten

DIN 18302 Arbeiten zum Ausbau von Bohrungen

DIN 18303 Verbauarbeiten

DIN 18304 Ramm-, Rüttel- und Pressarbeiten

DIN 18305 Wasserhaltungsarbeiten

DIN 18306 Entwässerungskanalarbeiten

DIN 18307 Druckrohrleitungsarbeiten außerhalb von Gebäuden

DIN 18308 Dränarbeiten

DIN 18309 Einpressarbeiten

DIN 18310 Sicherungsarbeiten an Gewässern, Deichen und Küstendünen

DIN 18311 Nassbaggerarbeiten

DIN 18312 Untertagebauarbeiten

DIN 18313 Schlitzwandarbeiten mit stützenden Flüssigkeiten

DIN 18314 Spritzbetonarbeiten

DIN 18315 Verkehrswegebauarbeiten – Oberbauschichten ohne Bindemittel

DIN 18316 Verkehrswegebauarbeiten – Oberbauschichten mit hydraulischen Bindemitteln

DIN 18317 Verkehrswegebauarbeiten – Oberbauschichten aus Asphalt

DIN 18318 Verkehrswegebauarbeiten – Pflasterdecken und Plattenbeläge in ungebundener Ausführung, Einfassungen

DIN 18319 Rohrvortriebsarbeiten

DIN 18320 Landschaftsbauarbeiten

DIN 18321 Düsenstrahlarbeiten

DIN 18322 Kabelleitungstiefbauarbeiten

DIN 18325 Gleisbauarbeiten
DIN 18330 Mauerarbeiten
DIN 18331 Betonarbeiten
DIN 18332 Naturwerksteinarbeiten
DIN 18333 Betonwerksteinarbeiten
DIN 18334 Zimmer- und Holzbauarbeiten
DIN 18335 Stahlbauarbeiten
DIN 18336 Abdichtungsarbeiten
DIN 18338 Dachdeckungs- und Dachabdichtungsarbeiten
DIN 18339 Klempnerarbeiten
DIN 18340 Trockenbauarbeiten
DIN 18345 Wärmedämm-Verbundsysteme
DIN 18349 Betonerhaltungsarbeiten
DIN 18350 Putz- und Stuckarbeiten
DIN 18351 Vorgehängte hinterlüftete Fassaden
DIN 18352 Fliesen- und Plattenarbeiten
DIN 18353 Estricharbeiten
DIN 18354 Gussasphaltarbeiten
DIN 18355 Tischlerarbeiten
DIN 18356 Parkettarbeiten
DIN 18357 Beschlagarbeiten
DIN 18358 Rollladenarbeiten
DIN 18360 Metallbauarbeiten
DIN 18361 Verglasungsarbeiten
DIN 18363 Maler- und Lackiererarbeiten – Beschichtungen
DIN 18364 Korrosionsschutzarbeiten an Stahlbauten
DIN 18365 Bodenbelagsarbeiten
DIN 18366 Tapezierarbeiten
DIN 18367 Holzpflasterarbeiten
DIN 18379 Raumluftechnische Anlagen
DIN 18380 Heizanlagen und zentrale Wassererwärmungsanlagen
DIN 18381 Gas-, Wasser- und Entwässerungsanlagen innerhalb von Gebäuden
DIN 18382 Nieder- und Mittelspannungsanlagen mit Nennspannungen bis 36 kV
DIN 18384 Blitzschutzanlagen
DIN 18385 Förderanlagen, Aufzugsanlagen, Fahrtreppen und Fahrsteige
DIN 18386 Gebäudeautomation
DIN 18421 Dämmarbeiten an technischen Anlagen
DIN 18451 Gerüstarbeiten
DIN 18459 Abbruch- und Rückbauarbeiten

Bauleistungen sind somit Arbeiten, die regelmäßig mit fühlbaren Eingriffen in die vorhandene Bausubstanz einhergehen.⁴ Das heißt, dass bspw. **Instandsetzungsmaßnahmen**, die für Bestand und Erneuerung des Bauwerks von wesentlicher Bedeutung sind, Bauleistungen sind; **Instandhaltungsmaßnahmen**, die Wartung, Pflege oder Reinigung eines Bauwerks umfassen, aber keine Bauleistungen sind.

- ▶ **Praxishinweis:** Hilfe bei der Einordnung leistet auch das „Verzeichnis der Berufstätigkeit im Baugewerbe entsprechend dem Allgemeinen Verzeichnis der wirtschaftlichen Tätigkeiten in der Europäischen Gemeinschaft (NACE)“⁵

Welche Art des Vertrags geschlossen wird, um diese Arbeiten erbringen zu lassen – Werkvertrag, Werklieferungsvertrag, etc. – ist für die Einordnung eines Auftrags als Bauauftrag nicht relevant.

- ▶ **Praxishinweis:** Die Definition der Bauleistungen ist deswegen von so großer Bedeutung, weil Bauaufträge erst ab einem Schwellenwert von 5 Mio. € ausgeschrieben werden müssen, Dienstleistungen und Lieferungen aber grundsätzlich schon ab 200.000 € (siehe unten 1.2.2).

Praxisrelevant ist die **Abgrenzung zu Dienstleistungsaufträgen**, soweit es bspw. um den Einbau von technischen Anlagen geht. Dabei gilt, dass der Neueinbau von technischen Anlagen in ein bestehendes Gebäude dann unter den Begriff der Bauleistung fällt, wenn die Anlagen für ein funktionsfähiges Bauwerk erforderlich und von wesentlicher Bedeutung sind. Dem steht nicht entgegen, dass der Lieferanteil den Montageanteil überwiegt.⁶

- ▶ **Merke** Wird ein Gebäude zu einem bestimmten Zweck errichtet, gehören alle Leistungen zu dem Bauwerk, die es überhaupt erst für den konkreten Zweck, zu dem es errichtet wird, funktionsfähig machen.

Beispiel

Die Beschaffung eines Planetariumsprojektors und einer digitalen Ganzkuppelvideoprojektionsanlage für ein bestehendes Kuppelplanetarium ist ein Bauauftrag.

Soweit ein Auftrag nicht nur Bauleistungen, sondern zusätzlich auch (freiberufliche) Dienstleistungen oder Lieferungen beinhaltet, ist nach dem Schwerpunkt der Leistung ab-

⁴ *Korbion* in: Ingenstau/Korbion (Hrsg.), VOB Kommentar, 18. Aufl. 2013, § 1, Rn. 24.

⁵ Abgedruckt als Anhang I der Vergabekoordinierungsrichtlinie (Richtlinie 2004/18/EG).

⁶ OLG Brandenburg, Beschluss vom 29.03.2012 – Verg W 2/12.

zugrenzen, ob der Auftrag nach den Vorschriften der VOB/A oder einer der anderen Vergabe- und Vertragsordnungen auszuschreiben ist.⁷

1.2.2 Schwellenwerte

Die Schwellenwerte sind die Grenze, die die Anwendung zweier verschiedener Vergaberechtsregime markiert. Diese Zweiteilung wird in der VOB/A durch den Abschn. 1 (Unterschwellenbereich) und den Abschnitt EG (Oberschwellenbereich) gespiegelt:

Im Unterschwellenbereich gilt für Bauaufträge seit dem 30. Juli 2012 der Abschn. 1 der VOB 2012 Teil A vom 26. Juni 2012 in der Fassung der Bekanntmachung im Bundesanzeiger BAnz. AT 13.07.2012 B3 (im Folgenden **VOB/A** genannt).

Im Oberschwellenbereich gilt für Bauaufträge öffentlicher Auftraggeber im Sinne des § 98 GWB (im Folgenden **VOB/A EG** genannt) Abschn. 2 (EG) der VOB Teil A gemäß § 100 Abs. 1 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB).

Die Schwellenwerte werden alle 2 Jahre neu durch Verordnung der Europäischen Kommission festgelegt. Relevante Schwellenwerte für Bauaufträge bis Ende 2013⁸ sind:

	5 Mio. € netto	§ 1 EG Abs. 2 Nr. 1 VOB/A i. V. m. § 2 Nr. 3 VgV; § 1 Abs. 2 SektVO
Planungsleistungen, soweit sie separat beschafft werden	200.000 € netto	§ 2 Abs. 2 VOF i. V. m. § 2 Nr. 3 VgV

- **Praxishinweis:** Diese Unterteilung ist nicht nur theoretischer Natur. Insbesondere die Rechtsschutzmöglichkeiten der Bieter im Nachprüfungsverfahren und die damit einhergehende Aussetzung des Vergabeverfahrens sind nur im Oberschwellenbereich gegeben.

Mit der letzten Reform im Jahr 2012 wurde diese Zweiteilung der VOB/A um einen dritten Teil ergänzt, dessen Anwendung aber nicht (nur) auf Schwellenwerten, sondern besonderen Auftragsinhalten resultiert: die **VOB/A VS** für die Beschaffung von Bauaufträgen im Bereich der Verteidigung und Sicherheit. Die VOB/A VS findet Anwendung nur auf Bauaufträge mit einem geschätzten Auftragswert oberhalb des Schwellenwertes und privilegiert die Ausschreibung von Bauvorhaben aus den genannten Bereichen, indem diese nicht in einem Offenen Verfahren durchgeführt werden müssen, sondern das Verhandlungsverfahren als Regelverfahren zugelassen ist. Sie beinhaltet zudem einige Be-

⁷ § 99 Abs. 11 GWB.

⁸ Danach können aktuelle Schwellenwerte unter http://ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/rules/current/index_de.htm abgerufen werden. Stand des Abrufes: 21.05.2013.

sonderheiten zur Sicherstellung von Geheimhaltung und Vertraulichkeit der sensibleren Ausschreibungsinhalte im Verfahren, wie besondere Eignungs- und Zuschlagskriterien.

1.2.3 (Öffentliche) Auftraggeber

Wer als öffentlicher Auftraggeber Bauaufträge nach den Vorschriften der VOB/A EG ausschreiben muss, bestimmt § 98 GWB. Für den Unterschwellenbereich ergibt sich der Anwendungsbefehl aus dem jeweils anwendbaren Haushaltsrecht.

- ▶ **Praxishinweis:** „Öffentliche“ Auftraggeber sind nicht nur Auftraggeber, die eine öffentlich-rechtliche Organisationsform haben. Auch Unternehmen, die keinerlei organisatorische Verbindung mit der öffentlichen Hand haben, können in den Anwendungsbereich der VOB/A fallen. Dies ergibt sich bspw. aus Fördermittelbescheiden oder aufgrund von Baukonzessionen.

Auftraggeber, die die VOB/A anzuwenden haben, wenn sie einen Bauauftrag erteilen wollen, sind somit folgende:

1.2.3.1 Gebietskörperschaften

Wirklich „öffentliche“ Auftraggeber sind die Gebietskörperschaften (§ 98 Nr. 1 GWB). Gebietskörperschaften sind Körperschaften des öffentlichen Rechts, deren Hoheitsbereich durch einen räumlich abgegrenzten Teil des Staatsgebiets bestimmt wird, das heißt, der Bund, die Länder, Landkreise und Gemeinden. Sonderfälle von Gebietskörperschaften sind auch die rechtlich unselbstständigen Eigen- und Regiebetriebe der Gemeinden.

1.2.3.2 Staatsnahe Auftraggeber

Öffentliche Auftraggeber sind juristische Personen des öffentlichen und des privaten Rechts, die eine besondere Staatsnähe aufweisen (§ 98 Nr. 2 GWB). Mit den Worten des Gesetzgebers:

... andere juristische Personen des öffentlichen und des privaten Rechts, die zu dem besonderen Zweck gegründet wurden, im Allgemeininteresse liegende Aufgaben nichtgewerblicher Art zu erfüllen, wenn Stellen, die unter Nr. 1 oder 3 fallen, sie einzeln oder gemeinsam durch Beteiligung oder auf sonstige Weise überwiegend finanzieren oder über ihre Leitung die Aufsicht ausüben oder mehr als die Hälfte der Mitglieder eines ihrer zur Geschäftsführung oder zur Aufsicht berufenen Organe bestimmt haben. Das Gleiche gilt dann, wenn die Stelle, die einzeln oder gemeinsam mit anderen die überwiegende Finanzierung gewährt oder die Mehrheit der Mitglieder eines zur Geschäftsführung oder Aufsicht berufenen Organs bestimmt hat, unter Satz 1 fällt.

Ein Auftraggeber muss daher das Vergaberecht beachten, wenn er folgende 3 Voraussetzungen erfüllt:

1. Er ist eine juristische Person des öffentlichen oder privaten Rechts **und**
2. er ist zu dem besonderen Zweck gegründet worden, im Allgemeininteresse liegende Aufgaben (bspw. der Daseinsvorsorge) nichtgewerblicher Art zu erfüllen **und**
3. er hat eine besondere Staatsnähe, weil er entweder
 - überwiegend staatlich finanziert wird **oder**
 - eine staatliche Leitung über die Aufsicht ausgeübt wird **oder**
 - mehr als die Hälfte der Mitglieder eines ihrer zur Geschäftsführung oder zur Aufsicht berufenen Organe staatlich bestimmt sind.

Dies umfasst bspw. folgende Auftraggeber:

2. Juristische Personen des Privatrechts

Die der staatlichen Kontrolle unterliegenden und im Allgemeininteresse tätig werdenden Einrichtungen nichtgewerblicher Art, einschließlich der kommunalen Versorgungsunternehmen:

- Gesundheitswesen (Krankenhäuser, Kurmittelbetriebe, medizinische Forschungseinrichtungen, Untersuchungs- und Tierkörperbeseitigungsanstalten),
- Kultur (öffentliche Bühnen, Orchester, Museen, Bibliotheken, Archive, zoologische und botanische Gärten),
- Soziales (Kindergärten, Kindertagesheime, Erholungseinrichtungen, Kinder- und Jugendheime, Freizeiteinrichtungen, Gemeinschafts- und Bürgerhäuser, Frauenhäuser, Altersheime, Obdachlosenunterkünfte),
- Sport (Schwimmbäder, Sportanlagen und -einrichtungen),
- Sicherheit (Feuerwehren, Rettungsdienste),
- Bildung (Umschulungs-, Aus-, Fort- und Weiterbildungseinrichtungen, Volksschulen),
- Wissenschaft, Forschung und Entwicklung (Großforschungseinrichtungen, wissenschaftliche Gesellschaften und Vereine, Wissenschaftsförderung),
- Entsorgung (Straßenreinigung, Abfall- und Abwasserbeseitigung),
- Bauwesen und Wohnungswirtschaft (Stadtplanung, Stadtentwicklung, Wohnungsunternehmen, soweit im Allgemeininteresse tätig, Wohnraumvermittlung),
- Wirtschaft (Wirtschaftsförderungsgesellschaften),
- Friedhofs- und Bestattungswesen,
- Zusammenarbeit mit den Entwicklungsländern (Finanzierung, technische Zusammenarbeit, Entwicklungshilfe, Ausbildung)

1.2.3.3 Verbände

Verbände, deren Mitglieder Gebietskörperschaften, bspw. kommunale Zweckverbände oder staatsnahe Auftraggeber, nach § 98 Nr. 2 GWB sind (§ 98 Nr. 3 GWB).

1.2.3.4 Nicht: Sektorauftraggeber

Sektorauftraggeber sind solche, die auf dem Gebiet der Trinkwasser- oder Energieversorgung oder des Verkehrs tätig sind (§ 98 Nr. 4 GWB) und im Zusammenhang mit dieser einen (Bau-)Auftrag ausschreiben wollen. Die für diese Auftraggeber anwendbare Verordnung für die Vergabe von Bauaufträgen ist die Sektorenverordnung (SektVO), nicht die VOB/A.

1.2.3.5 Auftraggeber, die Fördermittel erhalten

Auftraggeber, die für Tiefbaumaßnahmen, die Errichtung von Krankenhäusern, Sport-, Erholungs- oder Freizeiteinrichtungen, Schul-, Hochschul- oder Verwaltungsgebäuden oder damit in Verbindung stehende Dienstleistungen Fördermittel erhalten, mit denen diese Vorhaben zu mehr als 50 % finanziert werden (§ 98 Nr. 5 GWB).

Regelmäßig werden den dieser Finanzierung zugrundeliegenden Bescheiden Nebenbestimmungen beigefügt sein, die unabhängig von der Einordnung als öffentliche Auftraggeber gemäß § 98 Nr. 5 GWB zur Anwendung des Vergaberechts zwingen; bspw. die Allgemeinen Nebenbestimmungen für Zuwendungen zur Projektförderung (ANBest-P), siehe unten Nr. 1.2.3.7.

1.2.3.6 Baukonzessionäre

Auch Auftragnehmer können zu Auftraggebern werden:

Nach § 98 Nr. 6 GWB sind öffentliche Auftraggeber *natürliche oder juristische Personen des privaten Rechts, die mit Stellen, die unter die Nummern 1 bis 3 fallen, einen Vertrag über eine Baukonzession abgeschlossen haben, hinsichtlich der Verträge an Dritte.*

Damit ist ein Unternehmen, welches für ein ihm übertragenes Bauvorhaben Aufträge an Dritte vergibt, ein öffentlicher Auftraggeber nach § 98 Nr. 6 GWB – und bei der Vergabe der Leistungen oberhalb des Schwellenwertes zur Beachtung der allgemeinen und grundlegenden Regeln des Vergaberechts verpflichtet.⁹

Für den Oberschwellenbereich ist für die Weitergabe von Aufträgen durch den Baukonzessionär ausdrücklich eine Bekanntmachungspflicht enthalten, die eine Veröffentlichung im EU Amtsblatt vorsieht¹⁰ (siehe hierzu und zu den inhaltlichen Anforderungen unten 3.4.). Bei der Durchführung eines Verhandlungsverfahrens ist dabei eine Bewerbungsfrist von mindestens 37 Kalendertagen und eine Angebotsfrist von mindestens 40 Kalendertagen einzuhalten.¹¹

Da § 98 Nr. 6 GWB vom Wortlaut her keinerlei Begrenzungen im Hinblick auf die Art der zu vergebenden Aufträge enthält, sind bspw. auch Planungsleistungen auszuschreiben, wenn solche von Dritten im Rahmen der Durchführung der Baukonzession geleistet werden sollen.¹²

1.2.3.7 Weitere „öffentliche“ Auftraggeber

Der Anwendungsbereich der VOB/A wird erweitert durch die Verweisung auf ihre Regelungen in anderen, für öffentliche Auftraggeber wesentliche Vorschriften. Grundsätzlich ergibt sich der Anwendungsbefehl (im Unterschwellenbereich) aus dem für den jeweiligen Auftraggeber geltenden Haushaltsrecht, wie die Bundeshaushaltsordnung, die Gemeinde- oder Landeshaushaltsordnung und deren Verwaltungsvorschriften.

⁹ OLG München, Beschluss vom 05.04.2012 – Verg 3/12.

¹⁰ § 22 EG Abs. 3 Nr. 1 VOB/A.

¹¹ § 22 EG Abs. 3 Nr. 2 VOB/A.

¹² OLG München, Beschluss vom 05.04.2012 – Verg 3/12.

Gerade der Anwendungsbereich der VOB/A Abschn. 1 wird indes auch durch weitere Regelungen eröffnet – das heißt ein Auftraggeber, auch wenn er sich gar nicht als „öffentlich“ sieht, zur Anwendung der VOB/A verpflichtet. Eine derartige Verpflichtung zur Anwendung der VOB/A ergibt sich bspw. aus **Zuwendungs-/Fördermittelbescheiden**, deren Allgemeine Nebenbestimmungen regelmäßig vorsehen, vor die Mittelverwendung eine Ausschreibung zu schalten, indem sie auf die Anwendung der VOB/A Abschn. 1 verweisen.

Beispiel

Allgemeine Nebenbestimmungen für Zuwendungen zur Projektförderung (AN Best-P)

Stand: 20.12.2012

Die AN Best-P enthalten Nebenbestimmungen im Sinne des § 36 des Verwaltungsverfahrensgesetzes (VwVfG) sowie notwendige Erläuterungen. Die Nebenbestimmungen sind Bestandteil des Zuwendungsbescheides, soweit dort nicht ausdrücklich etwas anderes bestimmt ist.

Inhalt

- Nr. 1 Anforderung und Verwendung der Zuwendung
- Nr. 2 Nachträgliche Ermäßigung der Ausgaben oder Änderung der Finanzierung
- Nr. 3 Vergabe von Aufträgen
- Nr. 4 Zur Erfüllung des Zweckes beschaffte Gegenstände
- Nr. 5 Mitteilungspflichten des Zuwendungsempfängers
- Nr. 6 Nachweis der Verwendung
- Nr. 7 Prüfung der Verwendung
- Nr. 8 Erstattung der Zuwendung, Verzinsung

3 Vergabe von Aufträgen

- 3.1 Wenn die Zuwendung oder bei Finanzierung durch mehrere Stellen der Gesamtbetrag der Zuwendung mehr als 100.000 Euro beträgt, sind anzuwenden
 - bei der Vergabe von Aufträgen für Bauleistungen der Abschnitt I der Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen (VOB),
 - bei der Vergabe von Aufträgen für Lieferungen und Dienstleistungen der Abschnitt I der Verdingungsordnung für Leistungen - ausgenommen Bauleistungen - (VOL).
- 3.2 Verpflichtungen des Zuwendungsempfängers, auf Grund des § 98 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) und der Vergabeverordnung (VgV) die Abschnitte 2 ff. der VOB/A bzw. VOL/A anzuwenden oder andere Vergabebestimmungen einzuhalten, bleiben unberührt.

- ▶ **Praxishinweis:** Die Inkaufnahme von Verstößen gegen diese Anwendungsbefehle ist nicht empfehlenswert, da „schwerwiegende Verstöße“ gegen das anzuwendende Vergaberecht regelmäßig zu einem Rückforderungsanspruch des Zuwendungsgebers führt. Dabei wird im Einzelfall schon die Wahl des falschen Vergabeverfahrens als schwerwiegend eingestuft.¹³

¹³ BVerwG, Beschluss vom 13.02.2013 – 3 B 58.12.

Wenn ein Unternehmen an Verträge mit öffentlichen Auftraggebern kommen will, muss er an deren Vergabeverfahren teilnehmen. In einem Vergabeverfahren tritt es als Bewerber/Bieter auf, der entweder zunächst einen Teilnahmeantrag, auf jeden Fall aber ein Angebot über die geforderte Leistung abgeben muss.

Derartige Vergabeverfahren sind extrem formal ausgestaltet; schon kleine Fehler oder versehentliche Änderungen an den übersandten Unterlagen bei Angebotsabgabe können zum Ausschluss vom Verfahren führen. Aus diesem Grund ist es hilfreich, die Grundlagen des Verfahrens zu verstehen, um die Chancen auf den Erhalt des Auftrags zu maximieren. Dieses Kapitel gibt daher einen Überblick über die gängigen Verfahren und praktische Hinweise, um deren Fallstricke zu umgehen. Zudem werden die Verfahrensgrundlagen und -hintergründe erläutert, um auch jenseits der hier dargestellten Hinweise eine Basis dafür zu legen, den Herausforderungen des Vergabeverfahrens auf Augenhöhe zu begegnen, seine Formalismen als Chance zu nutzen und die diesem innewohnenden Risiken zu minimieren.

Dabei wird sachverhaltsbezogen darauf hingewiesen, was dem Auftraggeber gegenüber als rechtswidrig gerügt werden muss, um seine Chancen im – im nächsten Kapitel dargestellten – Rechtsschutz nicht zu gefährden.

2.1 Die Bekanntmachung

Die Bekanntmachung ist die erste Information, die das interessierte Unternehmen über den zu vergebenden Auftrag und das dahin führende Verfahren erhält. Es lohnt sich, alle in der Bekanntmachung enthaltenen Informationen auszuwerten – nicht nur die Leistungsbeschreibung – um herauszufinden, ob sich eine Bewerbung auf den Auftrag lohnt. Denn gerade die vermeintlichen „Randbedingungen“ sind erfahrungsgemäß hinterher diejenigen, die eine erfolgreiche Bewerbung erschweren.

2.1.1 Sinn und Zweck

Ein Unternehmen muss eine Vielzahl von Vergabebekanntmachungen durchsehen und sortiert dabei zunächst grob auf welche Bekanntmachungen hin es sich meldet, und bei welchen Ausschreibungen es bereit ist, einen sukzessiv zunehmenden Aufwand zur Auftragserrlangung zu betreiben.¹ Daher soll das interessierte Unternehmen aus der Bekanntmachung – und damit „auf den ersten Blick“ – das formelle Anforderungsprofil der Bewerbungsbedingungen erkennen können, um eine Entscheidung über die Beteiligung am Verfahren treffen zu können.

In der Bekanntmachung muss der Auftraggeber daher nicht nur den Auftragsgegenstand nach Art und Umfang beschreiben, sondern auch schon die Grundlagen des Verfahrens festlegen, so insbesondere die Eignungskriterien, die (Un-)Zulässigkeit von Nebenangeboten sowie etwaige Besonderheiten des Verfahrens oder branchenunübliche Anforderungen an die Leistungsdurchführung.

2.1.2 Veröffentlichung

Die Durchführung eines Vergabeverfahrens muss durch die Veröffentlichung einer Bekanntmachung angekündigt werden. Für die Veröffentlichung sind – mit Unterschieden für den Unter- und Oberschwellenbereich – verschiedene Anforderungen zu erfüllen, die es den interessierten Unternehmen erleichtern sollen, von einer Ausschreibung zu erfahren.

2.1.2.1 Unterhalb der Schwellenwerte

Eine Veröffentlichung muss erfolgen z. B. in

- Tageszeitungen,
- Amtlichen Veröffentlichungsblättern,
- Internetportalen, wie bspw. www.bund.de.²

2.1.2.2 Oberhalb der Schwellenwerte

Diese Veröffentlichung muss erfolgen im

- EU Amtsblatt.³

Weitere Veröffentlichungen darf der Auftraggeber auch im Oberschwellenbereich in den unter Nr. 2.1.1.1 genannten Medien vornehmen.⁴

¹ OLG Naumburg, Beschluss vom 02.07.2009–1 Verg 2/09.

² § 12 Abs. 1 VOB/A.

³ § 12 EG Abs. 1 VOB/A.

⁴ § 12 EG Abs. 2 Nr. 6 VOB/A.

2.1.3 Aus der Bekanntmachung erkennbare Fehler (Rügepotential)

Fehler bei der Erstellung der Bekanntmachung bzw. das Unterlassen der Veröffentlichung einer Bekanntmachung können eine Verletzung von Bieterrechten nach sich ziehen. Das heißt: interessierte Unternehmen können – und müssen ggf. – bereits die Bekanntmachung gründlich studieren, um Nachteile bei der Angebotserstellung für sich zu vermeiden.

Beispielsweise sind folgende Informationen regelmäßig bereits der Bekanntmachung zu entnehmen und können Bieterrechtsverletzungen verursachen:

- der Auftraggeber schreibt nur national aus, obwohl eine EU-weite Ausschreibung hätte erfolgen müssen,
- der Auftraggeber wählt die falsche Vergabeordnung oder die falsche Verfahrensart,
- es werden keine Fach- oder Teillose gebildet,
- es werden Eignungsanforderungen gestellt, die unangemessen sind,
- die genannten Fristen sind unangemessen (kurz, siehe dazu auch unten 2.2.1.1),
- es werden Eignungs- und Zuschlagskriterien vermischt.

Diese Fehler müssen auch umgehend und spätestens bis zum Ablauf der in der Bekanntmachung genannten Angebotsfrist gerügt werden (zu den Einzelheiten der Rügen siehe unten 3.1.), um bei einer Nichtberichtigung der erkannten Fehler durch den Auftraggeber noch die Möglichkeit zu haben, Rechtsschutz in Anspruch nehmen zu können, siehe unten 3.

- ▶ **Praxishinweis:** Hat ein Bieter den Inhalt der Auftragsbekanntmachung zumindest cursorisch zur Kenntnis genommen, so wird dies teilweise bereits als Auslöser der unverzüglichen Rügepflicht für all jene Vergaberechtsverstöße anerkannt, die einem markterfahrenen Unternehmen sofort ins Auge fallen mussten.⁵ Das sind regelmäßig wenigstens solche, die sich aus einem Lesen der entsprechenden Norm der VOB/A (EG), der VgV oder des GWB ergeben.

2.2 Erfolgreiche Bewerbung

Eine erfolgreiche Bewerbung setzt ein Angebot voraus, das folgende Kriterien erfüllen muss:

- Einhaltung der formalen Vorgaben des Auftraggebers. Diese ergeben sich aus der Bekanntmachung, vor allem die darin bekannt gegebenen Fristen, sowie den Ausschreibungs- bzw. Vergabeunterlagen;

⁵ Vgl. OLG Hamburg, Beschluss vom 02.10.2012–1 Verg 3/12.

- Nachweis der Eignung, bspw. durch die erfolgreiche Teilnahme an einem Präqualifikationsverfahren oder vollständige Einreichung der geforderten Eignungsnachweise in der geforderten Form und Aktualität.

Dabei sind es in der Praxis folgende Fehler, die am häufigsten die erfolgreiche Teilnahme am Vergabeverfahren verhindern:

2.2.1 Einhaltung der formalen Vorgaben des Auftraggebers

Die formalen Vorgaben des Auftraggebers an die einzureichenden Angebote ergeben sich einmal aus der Bekanntmachung sowie – konkretisiert – aus den Vergabeunterlagen. Als besonders problematisch haben sich in der Praxis die Einhaltung der vorgegebenen Fristen, der beizubringenden Unterlagen und der Leistungsbeschreibung erwiesen.

2.2.1.1 Fristen

Für die Absicherung einer erfolgreichen Teilnahme an einer Ausschreibung ist für die interessierten Unternehmen insbesondere die Beachtung der vom Auftraggeber aufgestellten Fristen zu beachten. Denn das Vergabeverfahren ist als extrem formales Verfahren ausgestaltet und die weit überwiegenden Fristen sind so genannte Ausschlussfristen: das heißt eine Fristversäumung hat den sofortigen Ausschluss des Bieters vom weiteren Verfahren zur Folge.

- ▶ **Praxishinweis:** Zur erfolgreichen Bewerbung in einem Vergabeverfahren gehört daher unbedingt ein lückenloses Fristenmanagement.

Im laufenden Vergabeverfahren zu beachtende Fristen sind:

- **Teilnahmefrist:** die Frist für die Einreichung von Teilnahmeanträgen;
- **Angebotsfrist:** die Frist, die der Auftraggeber den Bietern setzt, um ihre Angebote einzureichen, das heißt derjenige Zeitraum, der für die erstmalige Beschäftigung mit der Ausschreibung und der Ausarbeitung eines Angebots mindestens zur Verfügung stehen muss;
- **Zuschlags- bzw. Bindefrist:** Frist, die die Bindung des einreichenden Unternehmens an die Angebote festlegt und innerhalb derer der Auftraggeber den Zuschlag erteilt⁶,
- **Nachforderungsfristen**⁷.

⁶ § 10 Abs. 6, 7 VOB/A; § 10 EG Abs. 1 Nr. 10, Abs. 2 Nr. 10 VOB/A.

⁷ § 16 Abs. 1 Nr. 3 Satz 1 VOB/A; § 16 EG Abs. 1 Nr. 3 Satz 1 VOB/A.