

Bau- und Architektenrecht nach Ansprüchen

Corinna Contag
Stephan Götze

Vergaberecht nach Ansprüchen

Entscheidungshilfen für Auftraggeber,
Planer und Bauunternehmen

2. Auflage

 Springer Vieweg

Bau- und Architektenrecht nach Ansprüchen

Reihe herausgegeben von

Christian Zanner

Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH

Berlin, Deutschland

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.

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

Corinna Contag • Stephan Götze

Vergaberecht nach Ansprüchen

Entscheidungshilfen für Auftraggeber,
Planer und Bauunternehmen

2., aktualisierte Auflage



Springer Vieweg

Corinna Contag
Bundesamt für Ausrüstung,
Informationstechnik und Nutzung der
Bundeswehr
Koblenz, Deutschland

Stephan Götze
Baker & McKenzie Rechtsanwälte
Berlin, Deutschland

ISSN 2625-1434 ISSN 2625-1442 (electronic)
Bau- und Architektenrecht nach Ansprüchen
ISBN 978-3-658-26240-2 ISBN 978-3-658-26241-9 (eBook)
<https://doi.org/10.1007/978-3-658-26241-9>

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 GmbH, ein Teil von Springer Nature 2014, 2019

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 allgemein beschreibenden Bezeichnungen, Marken, Unternehmensnamen etc. in diesem Werk bedeutet nicht, dass diese frei durch jedermann benutzt werden dürfen. Die Berechtigung zur Benutzung unterliegt, auch ohne gesonderten Hinweis hierzu, den Regeln des Markenrechts. Die Rechte des jeweiligen Zeicheninhabers sind zu beachten.

Der Verlag, die Autoren und die Herausgeber gehen davon aus, dass die Angaben und Informationen in diesem Werk zum Zeitpunkt der Veröffentlichung vollständig und korrekt sind. Weder der Verlag, noch die Autoren oder die Herausgeber übernehmen, ausdrücklich oder implizit, Gewähr für den Inhalt des Werkes, etwaige Fehler oder Äußerungen. Der Verlag bleibt im Hinblick auf geografische Zuordnungen und Gebietsbezeichnungen in veröffentlichten Karten und Institutionsadressen neutral.

Lektorat: Karina Danulat

Springer Vieweg ist ein Imprint der eingetragenen Gesellschaft Springer Fachmedien Wiesbaden GmbH und ist ein Teil von Springer Nature.

Die Anschrift der Gesellschaft ist: Abraham-Lincoln-Str. 46, 65189 Wiesbaden, Germany

Vorwort zur 2. Auflage

Die Beschaffung von Bau-, Planungs- und Projektsteuerungsleistungen stellt die Baupraxis aufgrund der Vielzahl von Regelungen und formalen Voraussetzungen vor eine komplexe 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 finden sich im Anhang die wichtigsten Regelungswerke.

Die nachfolgenden 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 und Koblenz, im April 2019

Corinna Contag
Stephan Götze

Inhaltsverzeichnis

- 1 Einführung** 1
 - 1.1 Die drei Teile der VOB 2
 - 1.2 Anwendungsbereich der VOB/A 3
 - 1.2.1 Bauaufträge 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 16
 - 2.2.1 Einhaltung der formalen Vorgaben des Auftraggebers 16
 - 2.2.2 Nachweis der Eignung 25
 - 2.3 Bietergemeinschaften und Nachunternehmereinsatz 33
 - 2.3.1 Bietergemeinschaften 33
 - 2.3.2 Nachunternehmereinsatz 34
 - 2.3.3 Wahrung des Geheimwettbewerbs und wettbewerbsbeschränkendes Verhalten 36
 - 2.4 Strategien bei der Angebotsgestaltung 37
 - 2.4.1 Fragen und Hinweise 38
 - 2.4.2 Nebenangebote 39
 - 2.4.3 Mehrere Hauptangebote 41
 - 2.5 Prüfung und Wertung der Angebote 42
 - 2.5.1 Abschließende Regelung von Ausschlussgründen 42
 - 2.5.2 Prüfungsablauf 42
 - 2.5.3 Formale Fehler und Vollständigkeit 43

2.5.4	Eignungsprüfung	45
2.5.5	Rechnerische, technische und wirtschaftliche Prüfung	45
2.5.6	Engere Wahl	46
2.6	Angebotsaufklärung und Verhandlung	48
2.6.1	Aufklärung	48
2.6.2	Verhandlungen	49
2.7	Beendigung des Vergabeverfahrens	50
2.7.1	Vorabinformation über den Zuschlag	50
2.7.2	Aufhebung	51
3	Rechtsschutz	53
3.1	Rügen	53
3.1.1	Anforderungen an die Rüge	54
3.1.2	Erkannte und erkennbare Verstöße	55
3.2	Rechtsschutz	56
3.2.1	Primärrechtsschutz: Erhalt der Zuschlagschance	57
3.2.2	Sekundärrechtsschutz: Schadensersatz	66
4	Auswirkungen der VOB/A auf die Vergabe öffentlicher Bauaufträge	71
4.1	Vorbereitung des Verfahrens	72
4.1.1	Beschaffungsentscheidung	72
4.1.2	Auftragswertberechnung	76
4.2	Verfahrensarten	79
4.2.1	Unterschwellenbereich	80
4.2.2	Oberschwellenbereich	85
4.3	Die Vergabeunterlagen	93
4.3.1	Übersicht	94
4.3.2	Das Anschreiben	94
4.3.3	Die Bewerbungsbedingungen	99
4.3.4	Vertrag einschließlich Leistungsbeschreibung	99
4.4	Der Verfahrensbeginn: Die Bekanntmachung	104
4.4.1	Inhalt der Bekanntmachung	104
4.4.2	Voraussetzung der Veröffentlichung: Ausschreibungsreife	108
4.4.3	Veröffentlichung der Bekanntmachung	108
4.4.4	Berichtigungen	109
4.4.5	Exkurs: Die Eignungskriterien	110
4.5	Bieterkommunikation: Chancen und Risiken	113
4.5.1	Rügen	114
4.5.2	Bieterfragen	114
4.6	Interessenkonflikte	115
4.6.1	Projektantenstellung	115
4.6.2	Voreingenommenheit/Vermeidung von Interessenskonflikten	116

4.7	Angebotseingang	117
4.7.1	Kennzeichnung und Aufbewahrung	117
4.7.2	Öffnung der Angebote (Submission)	118
4.7.3	Aufklärung	118
4.7.4	Verhandlungen	119
4.8	Angebotsprüfung und -wertung	120
4.8.1	Ausschluss	120
4.8.2	Nachforderung	124
4.8.3	Eignung	124
4.8.4	Rechnerische, technische und wirtschaftliche Prüfung	127
4.8.5	Wertung	129
4.8.6	Wertung von Nebenangeboten	131
4.8.7	Keine wertbaren Angebote	132
4.9	Informationspflichten	132
4.9.1	Die Unterrichtung der Bieter	132
4.9.2	Die Vorabinformation	133
4.10	Aufhebung	134
4.10.1	Wirksame Aufhebung	134
4.10.2	„Zulässige“ Aufhebung	135
4.10.3	Durchführung der Aufhebung und Informationspflichten	137
4.11	Dokumentation	137
4.11.1	Zeitnahe Dokumentation	138
4.11.2	Nachträgliche Ergänzung	138
5	Verordnungstexte	141
5.1	VOB/A, VOB/A EU	141
5.1.1	Abschn. 1. Basisparagrafen	141
5.1.2	Abschnitt 2. Vergabebestimmungen im Anwendungsbereich der Richtlinie 2014/24/EU (VOB/A-EU)	169
5.2	VOB/B	218
5.3	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB)	236
5.3.1	Vierter Teil, Vergabe öffentlicher Aufträge	236
5.4	Verordnung über die Vergabe öffentlicher Aufträge (Vergabeverordnung – VgV)	283
5.4.1	Abschnitt 1 Vergabebestimmungen	283
5.4.2	Abschnitt 2. Vergabeverfahren	290
5.4.3	Abschnitt 3. Besondere Vorschriften für die Vergabe von sozialen und anderen besonderen Dienstleistungen	329
5.4.4	Abschnitt 4. Besondere Vorschriften für die Beschaffung energieverbrauchsrelevanter Leistungen und von Straßenfahrzeugen	330

5.4.5	Abschnitt 5. Planungswettbewerbe	332
5.4.6	Abschnitt 6. Besondere Vorschriften für die Vergabe von Architekten- und Ingenieurleistungen	333
5.4.7	Abschnitt 7. Übergangs- und Schlussbestimmungen	336
	Literatur	341
	Stichwortverzeichnis	343

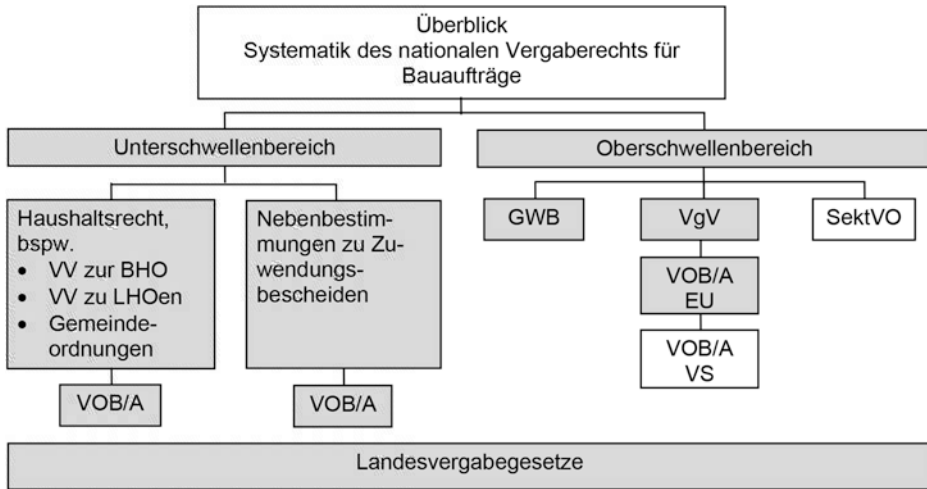


Die VOB/A ist – aufgrund ihrer Vielzahl von Formalien – eine hohe Hürde, die die Baupraxis nehmen muss. Ihre Bedeutung bei der Auftragsvergabe im öffentlichen Sektor ist immens und wird – nach einem absehbaren Trend – auch nicht wieder abnehmen. Die VOB/A wird mit jeder Reform komplexer und die nächste Reform ist eigentlich stets schon am Horizont erkennbar.¹

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 entwickelt, die diese Normen auslegt und so die praktisch relevanten Grenzen des Erlaubten und Verbotenen (also des zulässigen und unzulässigen Verhaltens) im Einzelfall zieht.

Dies vorausgeschickt, sieht das für die Vergabe einer Bauleistung relevante Vergaberecht zum Zeitpunkt des Erscheinens dieses Buches im Überblick so aus:

¹ Diese Auflage berücksichtigt bereits die vom Deutschen Vergabe- und Vertragsausschuss für Bauleistungen (DVA) am 31.01.2019 beschlossenen Änderungen der VOB/A 2019. Da die Anwendung der Vorschriften der Abschn. 2 und 3 VOB/A eine Verweisung in der Vergabeverordnung (VgV) bzw. der Vergabeverordnung Verteidigung und Sicherheit (VSVgV) voraussetzt, werden aktuell Änderungen der VgV und VSVgV vorbereitet. Der DVA beabsichtigt, im Verlauf des Jahres 2019 alle Teile der VOB als Gesamtausgabe unter der Bezeichnung VOB 2019 herauszugeben.



BHO= Bundeshaushaltsordnung
 LHOen = Landeshaushaltsordnungen
 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

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 (ATV) für Bauleistungen (DIN 18299 ff.), also den bautechnischen Teil.

² § 2 Satzung des DVA vom 03.11.2004.

³ Zanner, VOB/B nach Ansprüchen, 6. Aufl. 2017.

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 die bloße Existenz dieser Vorschriften nicht für alle Beteiligten ein überzeugendes Argument, sich auch für ihre Anwendung zu entscheiden: Besonders 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 aber umfasst der Begriff der Bauleistungen: Hochbau? Tiefbau? Die 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 EU 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 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.

Diese Definitionen können allerdings zusammen gelesen werden. – 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 Drän- und Versickerarbeiten

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 Stückerarbeiten
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 Aufzugsanlagen, Fahrtreppen und Fahrsteige sowie Förderanlagen
DIN 18386 Gebäudeautomation
DIN 18421 Dämm- und Brandschutzarbeiten 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 5.548.000,00 € ausgeschrieben werden müssen, Dienstleistungen und Lieferungen aber grundsätzlich schon ab 144.000 € bzw. 221.000 € (siehe unten Abschn. 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.⁶ Dem steht nicht entgegen, dass der Lieferanteil den Montageanteil überwiegt.⁷

- **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

Der nachträgliche Einbau einer Klimaanlage in eine Diskothek⁸ stellt einen Bauauftrag dar. Gleiches gilt für die Beschaffung eines Planetariumsprojektors und einer digitalen Ganzkuppelvideoprojektionsanlage für ein bestehendes Kuppelplanetarium.⁹

⁴ *Korbion* in: Ingenstau/Korbion (Hrsg.), VOB Kommentar, 20. Aufl. 2017, § 1, Rn. 32 ff.

⁵ Abgedruckt als Anhang II der Richtlinie 2014/24/EU.

⁶ *Korbion* in: Ingenstau/Korbion (Hrsg.), VOB Kommentar, 20. Aufl. 2017 § 1, Rn. 27 f.

⁷ OLG Brandenburg, Beschluss vom 29.03.2012, Verg W 2/12.

⁸ OLG Hamm OLGR 1995, 148.

⁹ OLG Brandenburg, Beschluss vom 29.03.2012 – Verg W 2/12.

Soweit ein Auftrag nicht nur Bauleistungen, sondern zusätzlich auch (freiberufliche) Dienstleistungen oder Lieferungen beinhaltet (gemischte Verträge über verschiedene Leistungen), kann sich der Auftraggeber zunächst dafür entscheiden, objektiv trennbare Leistungen auch getrennt auszuschreiben. Dann ist jeder einzelne Auftrag nach der Vergabe- und Vertragsordnung zu vergeben, die auf seine Merkmale anzuwenden ist. Kann man jedoch die verschiedenen Teile eines öffentlichen Auftrags objektiv nicht trennen oder will das der Auftraggeber nicht, so ist nach dem Hauptgegenstand der Leistung abzugrenzen. Auf diese Weise wird ermittelt, ob der Auftrag nach den Vorschriften der VOB/A, der VOB/A VS oder einer der anderen Vergabe- und Vertragsordnungen auszuschreiben ist.¹⁰ Das GWB spricht dann von einem sog. Gesamtauftrag. Die Entscheidung, einen Gesamtauftrag oder getrennte Aufträge zu vergeben, darf nicht zu dem Zweck getroffen werden, die Auftragsvergabe von den Vorschriften des Vergaberechts auszunehmen.

1.2.2 Schwellenwerte

Die so genannten Schwellenwerte dienen als Abgrenzungskriterium dafür, ob ein Vergabeverfahren nach Haushaltsrecht oder Kartellvergaberecht durchzuführen ist. Diese Unterscheidung kommt in der VOB/A durch die Aufteilung in Abschn. 1 (Unterschwellenbereich /Haushaltsrecht) und den Abschn. 2 – EU (Oberschwellenbereich/Kartellvergaberecht) zum Ausdruck:

Im Unterschwellenbereich gilt für Bauaufträge aktuell der Abschn. 1 der VOB/A 2019 vom 31. Januar 2019 in der Fassung der Bekanntmachung im Bundesanzeiger BAnz AT 19.02.2019 B43 (im Folgenden **VOB/A** genannt).

Im Oberschwellenbereich gilt für Bauaufträge öffentlicher Auftraggeber im Sinne des § 99 GWB (im Folgenden **VOB/A EU** genannt) Abschn. 2 (EU) der VOB Teil A gemäß § 2 der Verordnung über die Vergabe öffentlicher Aufträge (VgV).

Die Schwellenwerte werden alle 2 Jahre neu durch Verordnung der Europäischen Kommission festgelegt. Relevante Schwellenwerte für Bauaufträge sind seit dem 1. Januar 2018:¹¹

5.548.000 €

netto bei Bauleistungen

221.000 € netto

bei Planungsleistungen, soweit diese separat beschafft werden

144.000 € netto

bei Planungsleistungen, soweit diese separat durch eine obere bzw. oberste Bundesbehörde beschafft werden

¹⁰ § 110 Abs. 1 GWB.

¹¹ Bekanntmachung gemäß § 106 Absatz 3 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) vom 20. Dezember 2017, BAnz AT 29.12.2017 B1.

- **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.

Die Anwendung des dritten Teils der VOB/A erfordert nicht (nur) das Überschreiten von Schwellenwerten, sondern resultiert aus besonderen Auftragsinhalten: Die **VOB/A VS** gilt für die Beschaffung von Bauaufträgen im Bereich der Verteidigung und Sicherheit. Die VOB/A VS findet nur auf Bauaufträge mit einem geschätzten Auftragswert oberhalb des Schwellenwertes Anwendung. Sie 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 Besonderheiten 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 EU ausschreiben muss, bestimmt § 99 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 Bauaufträge unter Anwendung der VOB/A zu erteilen haben, sind somit folgende:

1.2.3.1 Gebietskörperschaften

„Öffentliche“ Auftraggeber sind die Gebietskörperschaften (§ 99 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. Dazu kommen Sondervermögen von Gebietskörperschaften, wie bspw. der Bau- und Liegenschaftsbetrieb NRW (BLB NRW).

1.2.3.2 Staatsnahe Auftraggeber

Öffentliche Auftraggeber sind juristische Personen des öffentlichen und des privaten Rechts, die eine besondere Staatsnähe aufweisen (§ 99 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, sofern a) sie überwiegend von Stellennach Nummer 1 oder 3 einzeln oder gemeinsam durch Beteiligung oder auf sonstige Weise finanziert werden, b) ihre Leitung der Aufsicht durch Stellen nach Nummer 1 oder 3 unterliegt oder c) mehr als die Hälfte der Mitglieder eines ihrer zur Geschäftsführung oder zur Aufsicht berufenen Organe durch Stellen nach Nummer 1 oder 3 bestimmt worden sind; [wobei] dasselbe gilt, wenn diese juristische Person einer anderen juristischen Person des öffentlichen oder privaten Rechts einzeln oder gemeinsam mit anderen die überwiegende Finanzierung gewährt, über deren Leitung die Aufsicht ausübt oder die Mehrheit der Mitglieder eines zur Geschäftsführung oder Aufsicht berufenen Organs bestimmt hat.

Ein Auftraggeber muss daher das Vergaberecht beachten, wenn er folgende drei 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.

Diese Voraussetzungen liegen bspw. bei gesetzlichen Krankenkassen¹² sowie gesetzlichen Rentenversicherungsträgern, öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten,¹³ Universitäten,¹⁴ Sportvereinen und in der Regel auch bei Wohnungsbaugesellschaften und Krankenhausgesellschaften vor.

Ob darüber hinaus auch berufsständische Zwangsverbände wie die Architekten- oder die Ärztekammer¹⁵ dem öffentlichen Vergaberecht unterliegen, ist dagegen zweifelhaft. Gleiches gilt für die Industrie- und Handelskammern und die Handwerkskammern. Auch wenn davon ausgegangen werden kann, dass diese Allgemeininteressen wahrnehmen, fehlt es in der Regel an dem Bestehen einer besonderen Staatsnähe.

1.2.3.3 Verbände

Verbände, deren Mitglieder Gebietskörperschaften, bspw. kommunale Zweckverbände oder staatsnahe Auftraggeber nach § 99 Nr. 2 GWB sind (§ 99 Nr. 3 GWB), sind ebenfalls öffentliche Auftraggeber.

¹² EuGH Urteil vom 11.06.2009 – C-300/07, NZBau 2009, 520.

¹³ EuGH, Urteil vom 13.12.2007 – C-337/06, NZBau 2008, 130.

¹⁴ EuGH, Urteil vom 03.10.2000 – Rs. C-380/98, NZBau 2001, 218.

¹⁵ für Ärztekammer verneinend EuGH, Urteil vom 12.09.2013 – C-526/11, EuZW 2013, 860.

1.2.3.4 Nicht: Sektorenauftraggeber

Sektorenauftraggeber sind solche, die auf dem Gebiet der Trinkwasser- oder Energieversorgung oder des Verkehrs tätig sind (§ 100 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

Auch die Subventionierung eines Bauvorhabens durch öffentliche Mittel kann den jeweiligen Vorhabenträger als öffentlichen Auftraggeber qualifizieren. Öffentliche Auftraggeber sind natürliche oder juristische Personen des privaten bzw. öffentlichen Rechts, in den Fällen, in denen sie

- für Tiefbaumaßnahmen,
- für die Errichtung von Krankenhäusern, Sport-, Erholungs- oder Freizeiteinrichtungen, Schul-, Hochschul- oder Verwaltungsgebäuden oder
- für damit in Verbindung stehende Dienstleistungen und
- Wettbewerbe von anderen öffentlichen Auftraggebern,

Mittel erhalten, mit denen diese Vorhaben zu mehr als 50 Prozent subventioniert werden (§ 9 Nr. 4 GWB).

Regelmäßig werden den dieser Subventionierung zugrunde liegenden Bescheiden Nebenbestimmungen beigelegt sein, die unabhängig von der Einordnung als öffentlicher Auftraggeber gemäß § 99 Nr. 4 GWB zur Anwendung des Vergaberechts zwingen; bspw. die Allgemeinen Nebenbestimmungen für Zuwendungen zur Projektförderung (AN-Best-P), siehe unten Nr. 1.2.3.7.

1.2.3.6 Bau- und Dienstleistungskonzessionsgeber

Öffentliche Auftraggeber müssen nicht nur bei der Vergabe von öffentlichen Aufträgen das Vergaberecht beachten, sondern auch bei der Vergabe von Konzessionen (vgl. §§ 101, 105 GWB). Konzessionen stellen entgeltliche Verträge über die Erbringung von Bauleistungen oder die Erbringung und Verwaltung von Dienstleistungen dar, bei denen die Gegenleistung in dem Recht zur Nutzung des Bauwerks oder zur Verwertung der Dienstleistung oder in diesem Recht zuzüglich einer Zahlung besteht.

Dabei geht bei der Vergabe einer Bau- oder Dienstleistungskonzession im Unterscheid zur Vergabe öffentlicher Aufträge das Betriebsrisiko für die Nutzung des Bauwerks oder für die Verwertung der Dienstleistungen auf den Konzessionsnehmer über.

Beispiel

Ein Auftragnehmer baut ein Parkhaus auf eigene Kosten und erhält hierfür anstelle einer Vergütung das Recht zur kommerziellen Nutzung dieses Parkhauses für einen bestimmten Zeitraum. Er trägt dann auch die Risiken, die mit dem Betrieb des Parkhauses verbunden sind.

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 wesentlichen Vorschriften. Grundsätzlich ergibt sich der Anwendungsbefehl (im Unterschwellenbereich) aus dem für den jeweiligen Auftraggeber geltenden Haushaltsrecht, wie der Bundeshaushaltsordnung, der Gemeinde- oder den Landeshaushaltsordnungen und den in diesem Zusammenhang erlassenen Verwaltungsvorschriften.

Besonders der Anwendungsbereich der VOB/A wird durch weitere Regelungen eröffnet. Das heißt, ein Auftraggeber kann, auch wenn er sich gar nicht als „öffentlich“ ansieht, zur Anwendung der VOB/A verpflichtet sein. Eine derartige Verpflichtung zur Anwendung der VOB/A ergibt sich bspw. aus **Zuwendungs-/Fördermittelbescheiden**, deren Allgemeine Nebenbestimmungen regelmäßig vorsehen, dass vor die Verwendung der Mittel eine Ausschreibung zu schalten ist, indem auf die Anwendung der VOB/A verwiesen wird.

Beispiel

Allgemeine Nebenbestimmungen für Zuwendungen zur Projektförderung (AN Best-P) Anlage 2 zur VV Nr. 5.1 zu § 44 BHO Stand: 13.06.2018

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:
 - für die Vergabe von Lieger- und Dienstleistungen die Verfahrensordnung für die Vergabe öffentlicher Lieger- und Dienstleistungsaufträge unterhalb der EU-Schwellenwerte (Unterschwellenvergabeordnung – UVgO). [...]
 - für die Vergabe von Bauleistungen Teil A Abschnitt 1 der Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen (VOB/A).
- 3.2 Verpflichtungen des Zuwendungsempfängers als Auftraggeber gemäß Teil 4 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) 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 führen. Dabei wird im Einzelfall schon die Wahl der falschen Verfahrensart als schwerwiegend eingestuft.¹⁶

¹⁶ BVerwG, Beschluss vom 13.02.2013 – 3 B 58.12.

Auswirkungen der VOB/A bei der Bewerbung auf öffentliche Bauaufträge

2

Wenn ein Unternehmen Verträge mit öffentlichen Auftraggebern schließen will, muss es 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 gegenüber dem Auftraggeber 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 Auftragserlangung 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

- Internetseiten des Auftraggebers
- Tageszeitungen,
- Amtlichen Veröffentlichungsblättern,
- Fachzeitschriften,
- unentgeltlich nutzbaren und direkt zugänglichen Internetportalen, wie bspw. www.service.bund.de.²

2.1.2.2 Oberhalb der Schwellenwerte

Diese Veröffentlichung muss erfolgen im

- EU Amtsblatt (Internetportal: www.ted.europa.eu).³

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

² § 12 Abs. 1 VOB/A.

³ § 12 EU Abs. 3 VOB/A.

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

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) (s. dazu auch unten Abschn. 2.2.1.1),
- es werden Eignungs- und Zuschlagskriterien vermischt,
- die Zuschlagskriterien sind intransparent.⁵

Diese Fehler müssen umgehend und spätestens bis zum Ablauf der in der Bekanntmachung genannten Frist zur Bewerbung oder Angebotsabgabe gerügt werden (zu den Einzelheiten der Rügen s. unten Abschn. 3.1), um bei einer Nichtberichtigung der erkannten Fehler durch den Auftraggeber noch die Möglichkeit zu haben, Rechtsschutz in Anspruch nehmen zu können, zur sog. Rügeobliegenheit, s. unten Abschn. 2.3.

- **Praxishinweis:** Hat ein Bieter den Inhalt der Auftragsbekanntmachung zumindest kurzfristig zur Kenntnis genommen, so wird dies teilweise bereits als Auslöser der Rügeobliegenheit für all jene Vergaberechtsverstöße anerkannt, die einem markterfahrenen Unternehmen sofort ins Auge fallen mussten.⁶ Das sind regelmäßig wenigstens solche, die sich aus einem Lesen der entsprechenden Norm der VOB/A (EU), der VgV oder des GWB ergeben.⁷

⁴ § 12 EU Abs. 3 Nr. 5 VOB/A.

⁵ Vgl. OLG Naumburg, Beschluss vom 16.12.2016 – 7 Verg 6/16.

⁶ Vgl. OLG Hamburg, Beschluss vom 02.10.2012 – 1 Verg 3/12.

⁷ OLG Koblenz, Beschluss vom 07.11.2007, Az.: 1 Verg 6/07; OLG Celle, Beschluss vom 16.06.2011 – 13 Verg 3/11.

2.2 Erfolgreiche Bewerbung

Eine erfolgreiche Bewerbung setzt ein Angebot bzw. einen Teilnahmeantrag 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;
- Nachweis der Eignung, bspw. durch die erfolgreiche Teilnahme an einem Präqualifikationsverfahren oder vollständige Einreichung der geforderten Eignungsnachweise in der geforderten Form und Aktualität oder durch Einreichung der Einheitlichen Europäischen Eigenerklärung.

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 hat 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 sogenannte Ausschlussfristen. Das heißt, dass eine Fristversäumung den sofortigen Ausschluss des Bieters vom weiteren Verfahren zur Folge hat.

- **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 erteilt,⁸
- **Nachforderungsfristen.**⁹
- **Praxishinweis:** Eine als zu kurz wahrgenommene Frist muss sofort nach Erkennen dessen – das heißt nach erstem Lesen der Bekanntmachung – gerügt werden. Zu den Einzelheiten s. unten Abschn. 3.1.

Angebots- und Teilnahmefristen

Die Angebots- und Teilnahmefristen sind in den jeweiligen Verfahrensarten unterschiedlich.

Für den **Unterschwellenbereich** ist nur vorgegeben, dass die Fristen „ausreichend“ bemessen sein müssen.¹⁰ Anhaltspunkte dafür, was ausreichend ist, bieten die in der VOB/A EU für den Oberschwellenbereich genannten Regelfristen.

- **Praxishinweis:** Zur Kontrolle der Zulässigkeit der gesetzten Fristen ist Folgendes zu beachten:
 - Fristen berechnen sich nach Kalendertagen.
 - Die Angebots- bzw. Teilnahmeantragsfrist beginnt im Unterschwellenbereich mit Bekanntgabe der Ausschreibung (das heißt i.d.R. mit Veröffentlichung der Bekanntmachung) und im Oberschwellenbereich im offenen Verfahren ab dem Tag nach der Absendung der Auftragsbekanntmachung (vgl. §§ 10a EU Abs. 1 VOB/A, 15 Abs. 2 VgV). Die Angebotsfrist im nicht offenen Verfahren läuft ab dem Tag nach der Absendung der Aufforderung zur Angebotsabgabe (vgl. §§ 10b EU Abs. 2 VOB/A, 16 Abs. 5 VgV).
 - Die im Oberschwellenbereich genannten Fristen sind „Regelfristen“, das heißt der Auftraggeber ist unabhängig davon verpflichtet, die Frist „angemessen“ zu gestalten (vgl. § 20 VgV). Hierbei sollen die Komplexität der Leistung und die Zeit für die Ausarbeitung der Angebote berücksichtigt werden. Mögliche Gründe für die Inanspruchnahme einer längeren als der Regelfrist bzw. der vom Auftraggeber bekannt gegebenen Frist können sein:
 - umfangreiche Vergabeunterlagen,
 - erforderliche Organisation der Einsichtnahme in nicht übersendete oder zugänglich gemachte Vergabeunterlagen,
 - erforderliche Fremdnachweise oder Genehmigungen, die besorgt werden müssen,
 - vorgesehene Ortsbesichtigungen,
 - Entwicklung eigenständiger Lösungen bspw. im Rahmen einer Ausschreibung mit funktionaler Leistungsbeschreibung,

⁸ § 10 Abs. 4, 5 VOB/A; § 18 VOB/A; § 10 EU, §§ 10a, 10b, 10c, 10d EU VOB/A.

⁹ § 16a Abs. 4, 5 VOB/A; § 16a EU VOB/A.

¹⁰ § 10 Abs. 1 VOB/A.

- wenn zusätzliche Informationen trotz rechtzeitiger Anforderung durch ein Unternehmen nicht spätestens sechs Tage vor Ablauf der Angebotsfrist zur Verfügung gestellt werden,
- wenn der öffentliche Auftraggeber wesentliche Änderungen an den Vergabeunterlagen vornimmt.

Angebotsfristen sind in jedem Vergabeverfahren zu beachten. Die für den **Oberschwellenbereich** festgelegten Fristen sind Regelfristen, die jedoch zum Teil verkürzt werden können, wenn der Auftraggeber die elektronische Übermittlung der Angebote akzeptiert oder er eine Vorinformation veröffentlicht hat. Diese Vorinformation muss mindestens die im Muster einer Auftragsbekanntmachung nach Anhang V Teil C der Richtlinie 2014/24/EU für das offene Verfahren geforderten Angaben enthalten sowie wenigstens 35 Tage und nicht mehr als zwölf Monate vor dem Tag der Absendung der Auftragsbekanntmachung an das Amt für Veröffentlichungen der EU übermittelt werden.

Öffentliche Auftraggeber sind grundsätzlich dazu verpflichtet, in ihren Vergabeverfahren elektronische Kommunikationsmittel zu nutzen. Zentrale Vergabe- bzw. Beschaffungsstellen sind dabei seit dem 18. April 2017 dazu verpflichtet, EU-weite Vergabeverfahren elektronisch durchzuführen. Seit dem 18. Oktober 2018 muss jeder öffentliche Auftraggeber bei jeder Vergabe oberhalb der Schwellenwerte elektronisch ausschreiben und das Vergabeverfahren vollständig elektronisch durchführen (eVergabe).

Unterhalb der Schwellenwerte hat der Auftraggeber ein freies, nicht zu begründendes Wahlrecht. Er kann entweder ausschließlich die elektronische Angebotsabgabe vorsehen oder aber weiterhin auch schriftliche Angebote zulassen; er könnte sogar ausschließlich schriftliche Angebote verlangen.¹¹

Angebotsfristen	Fristbeginn	Regelfrist	Dringlichkeit	Vorinformation veröffentlicht	Elektronische Übermittlung akzeptiert
Offenes Verfahren	Tag nach Absendung der Bekanntmachung	mindestens 35 Kalendertage (KT)	mindestens 15 KT	mindestens 15 KT	mindestens 30 KT
Nicht offenes Verfahren	Tag nach Absendung der Aufforderung zur Angebotsabgabe	mindestens 30 KT	mindestens 10 KT	mindestens 10 KT	mindestens 25 KT
Verhandlungs-Verfahren	Tag nach Absendung der Aufforderung zur Angebotsabgabe	mindestens 30 KT	mindestens 10 KT	mindestens 10 KT	mindestens 25 KT

¹¹ § 11 Abs. 1 und § 13 Abs. 1 Nr. 1 VOB/A.

Teilnahmefristen sind nur in Verfahren mit Teilnahmewettbewerb zu beachten.

Teilnahmefristen	Fristbeginn	Regelfrist	Dringlichkeit
Nicht offenes Verfahren	Tag nach Absendung der Bekanntmachung	Mindestens 30 KT	mindestens 15 KT
Verhandlungsverfahren mit öffentlichem Teilnahmewettbewerb	Tag nach Absendung der Bekanntmachung	Mindestens 30 KT	mindestens 15 KT
Wettbewerblicher Dialog	Tag der Absendung der Bekanntmachung	mindestens 30 KT mindestens 15 KT im Sektorenbereich	-

Verspätete Teilnahmeanträge und Angebote muss der Auftraggeber vom weiteren Verfahren ausschließen – die auch nur ausnahmsweise weitere Berücksichtigung wäre ein Verstoß gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz.

Die Bieter müssen allerdings nicht jede im Verfahren gesetzte Frist widerspruchlos hinnehmen. Es liegt regelmäßig im Interesse des Auftraggebers, die kürzest mögliche Frist zu setzen. Der Auftraggeber hat jedoch auch unabhängig von den in der VOB/A vorgegebenen Regelfristen immer das Gebot zu befolgen, „ausreichende“¹² Fristen zu setzen.

Zuschlags- und Bindefristen

Die Zuschlags- bzw. Bindefrist läuft im Vergabeverfahren grundsätzlich gleich und soll nach ausdrücklicher Festlegung in der VOB/A so kurz wie möglich sein und im Unterschwellenbereich nicht mehr als **30 Kalendertage** betragen.¹³ Im Oberschwellenbereich ist eine Frist von regelmäßig **60 Kalendertagen** vorgesehen.¹⁴ Die Bindefrist beginnt mit dem Ablauf der Angebotsfrist.¹⁵

Ausnahmen sind zugelassen, aber der Auftraggeber muss dabei immer auch die Zumutbarkeit für die Bieter beachten. Eine für den Bieter unzumutbar lange Bindung an sein Angebot ist unzulässig.

- **Praxishinweis:** Eine unzumutbar lange Zuschlags- bzw. Bindefrist sollte daher gerügt werden. Zu den Einzelheiten s. unten Abschn. 3.1.

Bei der Beurteilung der Angemessenheit der Binde-/Zuschlagsfrist ist zu berücksichtigen, dass der Bieter während der Bindefrist in seinen geschäftlichen Entschlüssen und Dispositionen erheblich eingeschränkt ist. Dies gilt insbesondere hinsichtlich der Bewerbung um und der Finanzierung von weiteren Aufträgen. Deshalb muss der Bieter Gelegenheit haben, nach Überschreiten eines angemessenen Zeitraums von seinem Angebot wieder Abstand zu nehmen.

¹² § 10 Abs. 1 Satz 1 VOB/A.

¹³ § 10 Abs. 4 Satz 3 VOB/A.

^{14,25} § 10a EU Abs. 8 Satz 3 VOB/A.

¹⁵ § 10 Abs. 5 VOB/A; § 10 EU Abs. 9 VOB/A.

Schließlich kann die Zuschlags-/Bindefrist verlängert werden. Dieser **Verlängerung** durch den Auftraggeber muss der Bieter aber zustimmen. Stimmt er nicht zu, ist er an sein Angebot nicht mehr gebunden.

- **Praxishinweis:** Ein Angebot kann auch nach **Ablauf der Bindefrist** noch bezuschlagt werden. Denn der Ablauf der Bindefrist hat keinen Einfluss auf die vergaberechtliche Weitergeltung des Angebotes.¹⁶ Der Zuschlag des Auftraggebers nach Ablauf der Bindefrist ist daher als neues Angebot (des Auftraggebers) zu verstehen, das aber nun, um wirksam zu werden, einer ausdrücklichen Annahme des Bieters bedarf. Gegenstand des nach Ablauf der Bindefrist zustande kommenden Vertrages ist der Inhalt des eingereichten Angebotes des Bieters, zuzüglich bspw. im Falle überholter Ausführungsfristen der Verpflichtung der Vertragsparteien, sich über neue Ausführungsfristen und deren Vergütung zu einigen.¹⁷

Exkurs: Nachforderungsfristen

Ebenfalls im Rahmen des Fristenmanagements zu beachten sind die Fristen zur Nachforderung fehlender Unterlagen oder erstmalig nach Ablauf der Angebotsfrist einzureichender Unterlagen.

Nach § 16a EU VOB/A ist der Auftraggeber im Rahmen der ersten Wertungsstufe eines Angebotes verpflichtet, **fehlende Erklärungen oder Nachweise** nachzufordern, sofern das Angebot nicht gemäß § 16 EU Abs. 1 und 2 VOB/A ausgeschlossen wird. § 16a Abs. 1 VOB/A sieht seit der Neufassung im Jahr 2019 eine entsprechende Regelung für den Unterschwellenbereich vor, nach denen der AG nur dann nicht Nachfordern muss, wenn er das in den Vergabeunterlagen für das gesamte Vergabeverfahren von vornherein ausgeschlossen hat. Der Bieter muss diese fehlenden Angaben und Nachweise dann aber auch innerhalb von **sechs Kalendertagen** liefern, sonst darf der Auftraggeber das Angebot wegen Unvollständigkeit ausschließen.¹⁸

Unterlagen, wie bspw. **Bescheinigungen** zur Bestätigung der Angaben aus Eigenerklärungen (Eignungsnachweise), sind vom Auftraggeber von jenen Bietern anzufordern, deren Angebote in die 4. Wertungsstufe – die engere Wahl – kommen.¹⁹ Der Auftraggeber kann den Bietern eine Frist setzen, innerhalb derer diese die Bescheinigungen eingereicht haben müssen. Da es keine konkreten Vorgaben hierzu in der VOB/A gibt, muss die Frist „angemessen“ sein.

- **Praxishinweis:** Bieter, deren Angebot nach dem Submissionstermin auf einem der ersten Plätze liegt, sollten beginnen, diese Bescheinigungen zu organisieren, um nicht mit dem Auftraggeber, ggf. vor der Vergabekammer, darum streiten zu müssen, ob die gesetzte

¹⁶ OLG Düsseldorf, Beschluss vom 09.12.2008 – Verg 70/08.

¹⁷ BGH v. 11.05.2009 – VII ZR 11/08.

¹⁸ § 16a Abs. 4, 5 VOB/A.

¹⁹ § 6a EU VOB/A.