

Vergaberechtsinformationen für Baupraktiker und ihre Berater

Wichtige Entscheidungen

Grundsatz der Fachlosvergabe – Wann darf trotzdem eine Gesamtvergabe stattfinden?

Das Problem

Nach § 97 Abs 3 GWB sind Leistungen in der Menge aufgeteilt (Teillose) und getrennt nach Art oder Fachgebiet (Fachlose) zu vergeben. Mehrere Teil- oder Fachlose dürfen zusammen nur vergeben werden, wenn wirtschaftliche oder technische Gründe dies erfordern. Plant die Vergabestelle eine Gesamtvergabe, muss sie prüfen und dokumentieren, ob bestimmte Teiltätigkeiten als Fachlose aufzufassen sind und – falls ja – ob die Voraussetzungen für eine Zusammenfassung vorliegen.

Beispiel:

Die Vergabestelle schreibt die Vergabe von Inspektions-, Prüfungs-, Wartungs- und ggf. Instandsetzungsleistungen für Brandmeldeanlagen sowie Rauch-Wärme-Abzugsanlagen ihrer Liegenschaften unter Bildung von drei Regionallosen aus. Bieter A rügt die vergaberechtswidrig unterbliebene Bildung von Fachlosen.

Frage: Zu Recht?

Die Entscheidung

Das **OLG Düsseldorf** gibt in seinem **Beschluss vom 08. 09. 2011 – Az.: Verg 48/11** – im Ergebnis der Vergabestelle Recht und bestätigt die zusammengefasste Vergabe.

1. Ob ein **Teilausschnitt einer Tätigkeit** als **Fachlos** aufzufassen ist, bestimmt sich nach den **gewerberechtlichen Vorschriften** und der allgemein oder regional üblichen Abgrenzung. Dabei ist auch von Belang, ob sich für spezielle Arbeiten mittlerweile ein **eigener Markt herausgebildet** hat. Der **Begriff** ist damit **nicht statisch**, sondern ändert sich mit den sich wandelnden Marktverhältnissen. Zugunsten von Bieter A kann vorliegend davon ausgegangen werden, dass Wartungsleistungen von Rauch-Wärme-Abzugsanlagen einerseits und Brandmeldeanlagen andererseits auf abgrenzbaren Märkten angeboten werden, also Fachlose vorliegen.
2. Eine **zusammenfassende Vergabe von Fachlosen** darf **nur in Ausnahmefällen** stattfinden. Der Auftraggeber muss die widerstreitenden Belange abwägen, wobei im Ergebnis die für eine zusammengefasste Vergabe sprechenden Gründe nicht nur aner kennenswert sein, sondern überwiegen müssen. Für das **Maß des Überwiegens** lassen sich **keine allgemeinen Regeln** aufstellen. Der mit einer **Fachlosvergabe allgemein verbundene** Ausschreibungs-, Prüfungs- und Koordinierungsaufwand sowie ein **höherer Aufwand** bei Gewährleistung, können eine **Gesamtvergabe für sich allein nicht rechtfertigen**, weil es sich dabei um einen Fachlosvergaben immanenten und damit typischerweise verbundenen Mehraufwand handelt, der nach dem Zweck des Gesetzes grundsätzlich in Kauf zu nehmen ist.

Jetzt alle Baubücher auch im Internet unter www.vob-buecher.de

§ 97 Abs. 3 GWB
§ 5 Abs. 2 VOB/A

Der Begriff des Fachloses ist nicht statisch, sondern bestimmt sich nach gewerberechtlichen Vorschriften, allgemein oder regional üblichen Abgrenzungen und der Frage, ob ein Markt für die speziellen Arbeiten besteht.

Der mit einer Fachlosvergabe typischerweise verbundene Mehraufwand für Ausschreibung, Prüfung, Koordinierung und Gewährleistung ist aufgrund des gesetzlich normierten Vorrangs der Fachlosvergabe grundsätzlich in Kauf zu nehmen und rechtfertigt für sich allein keine Gesamtvergabe.

3. Die vorliegend von der Vergabestelle vorgebrachte **Kostenersparnis von 50%** bei Vergabe eines Gesamtauftrags im Vergleich zu einer Aufteilung in Einzelverträge stellt einen das Absehen von der Fachlosvergabe **rechtfertigenden, wirtschaftlichen Grund** gemäß § 97 Abs. 3 Satz 3 GWB dar. Da in den meisten Fällen die Rauch-Wärme-Abzugsanlagen auf eine Brandmeldeanlage aufgeschaltet sind, besteht zudem bei einer Einzelvergabe das nicht unerhebliche Risiko, dass bei einer Fehlfunktion die beteiligten Wartungsunternehmen unter Hinweis auf die Wartungsleistungen des jeweils anderen an der Wartung beteiligten Unternehmens die Verantwortlichkeit für den Defekt bestreiten. Diese **Haftungsprobleme** werden bei einer Konzentration der Leistung in einer Hand vermieden, so dass auch **technische Gründe** eine **Gesamtvergabe rechtfertigen**.

Hinweise für die Praxis

- In dem vom OLG Düsseldorf entschiedenen Fall hat die Vergabestelle die **Gründe**, die ein Absehen von der Fachlosvergabe rechtfertigen, **nicht im Vergabevermerk dokumentiert**. Die Gründe für ein Absehen von der Fachlosvergabe wurden vielmehr erst im Nachprüfungsverfahren vorgebracht. Die **Aufhebung** wegen unterlassener rechtzeitiger Dokumentation ist nach Ansicht der Düsseldorfer Richter gleichwohl **nicht veranlasst**, wenn – wie hier – die Vergabestelle auch bei Wiederholung des Vergabeverfahrens nach Aufhebung von einer Fachlosbildung absehen könnte, weil **ihre Entscheidung in der Sache nicht zu beanstanden** ist.

– Rechtsanwalt Andreas Demharter, München –

§ 16 Abs. 1 Nr. 3
VOB/A

§ 13 Abs. 1 Nr. 5
VOB/A

Kommt eine Nachbesserung bei inhaltlicher Unvollständigkeit in Betracht?

Das Problem

Nach § 16 Abs. 1 Nr. 3 VOB/A kommt bei fehlenden Erklärungen oder Nachweisen nunmehr eine Nachbesserung durch die Bieter auf Aufforderung des Auftraggebers in Betracht. Hiervon abzugrenzen ist der Fall, dass ein Angebot inhaltlich nicht den Anforderungen des Auftraggebers entspricht, vgl. § 13 Abs. 1 Nr. 5 VOB/B. Fraglich ist, inwieweit hier eine Nachreichung fehlender Angaben in Betracht kommt.

Beispiel:

Der Auftraggeber schreibt den Einbau einer küchentechnischen Anlage europaweit nach VOB/A aus. Mit dem Angebot für die Bauleistung soll auch ein Vertrag für die Wartung und Inspektion der technischen Anlagen und Einrichtungen entsprechend einem vom Auftraggeber vorgegebenen Vertragsmuster angeboten werden. Die Bieter wurden gebeten, mit dem Angebot eine Arbeitskarte für die von ihm vorgesehenen Wartungsarbeiten zu erstellen. Diese Arbeitskarten sollen Vertragsbestandteil werden. Der Preis für die Wartung fließt in die Bewertung ein. Ein Bieter legt die Arbeitskarten für die Wartungsarbeiten nicht mit dem Angebot, sondern erst auf Aufforderung des Auftraggebers nachträglich vor.

Frage: Darf das Angebot dieses Bieters gewertet werden?

Die Entscheidung

Der **Vergabesenat des OLG Dresden** hat mit **Beschluss vom 21. 02. 2012 – Az.: Verg1/121** – hierzu ausgeführt:

1. Das Angebot des Bieters war wegen Änderung der Vergabeunterlagen auszuschließen. Eine solche liegt vor, wenn der Bieter die zu erbringende Leistung ändert oder eine andere als die ausgeschriebene Leistung anbietet. Ob dies der Fall ist, ist im Wege eines Vergleichs des Gehalts des Angebotes mit den in den Vergabeunterlagen geforderten Leistungen festzustellen.
2. Der Bieter hat vorliegend zwar den vorgegebenen Wartungsvertrag ausgefüllt und die angebotenen Preise eingetragen. Aufgrund des Fehlens der Arbeitskarten war sein Angebot zum Abschluss eines Wartungsvertrages nicht nur unvollständig im Sinne einer den Angebotsinhalt unberührt lassenden Lücke, die ggf. nach § 16 Abs. 1 Nr. 3 VOB/A noch hätte geschlossen werden können. Die in den Arbeitskarten enthaltenen Eintragungen sollten die vertragsgegenständlichen Leistungen bestimmen. Ohne die Arbeitskarten blieb offen, welche Leistungen vom Bieter tat-

Ist ein Angebot inhaltlich unvollständig, liegt kein wirksames Angebot vor. Es liegt kein Fall des § 16 Abs. 1 Nr. 3 VOB/A vor, wonach fehlende Erklärungen nachgereicht werden können.

sächlich angeboten wurden. Das Fehlen der Arbeitskarten macht das Angebot für die Wartungsarbeiten somit nahezu inhaltsleer und führt im Ergebnis dazu, dass eine der Annahme zugängliche Offerte nicht vorliegt.

3. Ist ein solcher Fall gegeben, handelt es sich nicht um eine fehlende Erklärung oder einen fehlenden Nachweis, der nach § 16 Abs. 1 Nr. 3 VOB/A nachgereicht werden könnte. Nachweise und Erklärungen in diesem Sinn sind nur solche vom Auftraggeber gemachte Vorgaben, die Angaben zum Inhalt des Vertragsangebotes belegen oder außerhalb des eigentlichen Vertragstextes stehende Umstände (etwa Eignungskriterien) dokumentieren sollen. Dies trifft auf die Arbeitskarten als untrennbarer Teil des Vertragsangebotes selbst nicht zu.
4. Das Fehlen der Arbeitskarten führt somit dazu, dass in der Angebotsfrist nun schon gar kein wirksames Angebot auf Abschluss eines Wartungsvertrages abgegeben worden ist.

Hinweise für die Praxis

- ▶ Die Entscheidung des Vergabesenats des OLG Dresden beleuchtet die Abgrenzung zwischen fehlenden Angaben und Änderungen an den Vergabeunterlagen. Nach § 16 Abs. 1 Nr. 3 VOB/A kommt ein Nachreichen von Erklärungen nicht bei Angeboten in Betracht, wenn eine inhaltliche Änderung der Vergabeunterlagen vorliegt.
- ▶ Der Vergabesenat des OLG Naumburg hat im Beschluss vom 23. 02. 2012¹⁾ eine weitere Auffassung vertreten und auch leistungsbezogene Angaben und Unterlagen für nachforderbar erachtet.

– Rechtsanwalt Hans-Peter Burchardt, München-Ismaning –

Losvergabe II – Welche Anforderungen gelten an die Dokumentation?

§ 97 Abs. 3 GWB

Das Problem

Nach § 97 Abs. 3 stellt die Aufteilung der Leistung in Sach- bzw. Teil-Lose die Regel dar. Nur ausnahmsweise kommt eine Zusammenfassung von möglichen Losen in Betracht. Fraglich ist, in welcher Tiefe die Auftraggeber einen Verzicht auf Losbildungen dokumentieren müssen.

Beispiel:

Der Auftraggeber veröffentlicht eine EU-weite Vorinformation über die Vergabe von Straßenbauleistungen inklusive Lärmschutzwand. Ein Bieter rügt dies und fordert den Auftraggeber auf, die Lärmschutzwandarbeiten separat als Fachlos auszuschreiben. Der Auftraggeber hilft der Rüge nicht ab und erläutert die ausgeschriebene Vorgehensweise mit einem besonderen Termin- und Zeitdruck, der eine Optimierung des Bauablaufplanes erfordere. Darüber hinaus müssten wegen des laufenden Verkehrs Staus vermieden werden. Das Unternehmen reicht einen Nachprüfungsantrag ein. Im Nachprüfungsverfahren beruft sich der Auftraggeber ergänzend darauf, dass die Lärmschutzwände gleichzeitig Grundstückseinfriedungen auf dem in Anspruch genommenen Privatgrundstück darstellen würden. Würde die Leistung nicht einheitlich vergeben, müssten Provisorien errichtet werden. Auch habe der Auftraggeber im Vorfeld die laufende Maßnahme mit anderen Verfahren verglichen. Diese Erwägungen sind im Vergabevermerk nicht dokumentiert.

Frage: Ist die vergaberechtliche Dokumentation zum Verzicht auf eine Losbildung ausreichend?

Die Entscheidung

Die **Vergabekammer Sachsen** hat in ihrem **Beschluss vom 10. 02. 2012 – Az.: 1/SVK/050-11** – hierzu Folgendes ausgeführt:

1. Der Auftraggeber hat vorliegend die Verzahnung und die gegenseitige Abhängigkeit der Arbeiten wiederholt und unter verschiedenen Aspekten dargestellt und dif-

Die Begründung für einen Verzicht auf Losbildung ist eine Prognoseentscheidung.

An die Dokumentation dürfen keine übersteigerten Anforderungen gestellt werden.

¹⁾ Az.: 2 Verg15/11, vgl. Vergaberechts-Report 3/2012, Seite 10.

ferenziert betrachtet. Da die entsprechenden Überlegungen im Vorfeld einer Ausschreibung aufgestellt werden, können sie nur prognostischen Charakter haben. Ähnlich wie bei der Ermittlung des Auftragswerts zur vergaberechtlichen Einordnung einer Maßnahme kann dies dem Auftraggeber nicht zum Nachteil gereichen, wenn die ex-ante-Betrachtung fachgerecht erfolgt ist. Die Auftraggeber-Prognose ist daher nicht angreifbar, so lange sie nicht auf erkennbar unrichtigen Daten beruht, wichtige Aspekte außer Acht lässt oder pauschal und ungeprüft auf anderen Erwägungen beruhende Werte übernimmt.

2. Unschädlich ist, dass der Auftraggeber einzelne Aspekte der Abwägung erst im Nachprüfungsverfahren vorgetragen hat und insbesondere die Alternativbetrachtungen zu anderen Verfahren nicht in der Vergabeakte ausdrücklich dokumentiert sind. Unter Berücksichtigung des Verfahrensstands (Vorinformation) erscheint es gerechtfertigt, dass die nicht niedergeschriebenen Gründe in die rechtliche Überprüfung der Rechtfertigung der Gesamtvergabe einbezogen werden. Es kann nicht verlangt werden, dass ein öffentliche Auftraggeber alle denkbaren Varianten eines alternativen Bauablaufs höchstvorsorglich durchdekliniert und zur Vergabeakte nehmen muss, um so die ihm obliegenden Dokumentationspflichten zu erfüllen. Der Bundesgerichtshof²⁾ hat darauf verwiesen, dass erst im Rahmen eines Nachprüfungsverfahrens vorgetragene Überlegungen durchaus auf ihre Stichhaltigkeit hin zu überprüfen sind und ein „nachgeschobener“ Vortrag zu einer vergaberechtlichen Entscheidung des Auftraggebers schwerlich generell unter dem Gesichtspunkt fehlender Dokumentation verwehrt werden kann.
3. Die Argumentation der Auftraggeberin ist vorliegend nachvollziehbar und tragfähig. Der Verzicht auf eine Losbildung war daher nicht vergaberechtswidrig.

Hinweise für die Praxis

- ▶ Die Vergabekammer Sachsen stellt klar, dass an die Dokumentation nicht übertriebene Anforderungen gestellt werden dürfen. Dennoch müssen die wesentlichen Aspekte rechtzeitig, d. h. vor Einleitung des Verfahrens, dokumentiert werden.

– Rechtsanwalt Tilman Class, München-Ismaning –

Der wichtige Hinweis

Neue Schwellenwerte in Kraft

Bereits zu **Jahresbeginn** hat die EU-Kommission die **EU-Schwellenwerte** erhöht, ab deren Erreichen öffentliche Aufträge europaweit auszuschreiben sind. Anders als im Sektorenbereich galten für die „klassischen“ öffentlichen Auftraggeber bislang noch die niedrigeren nationalen Schwellenwerte der Vergabeverordnung. Mit **Inkrafttreten der geänderten Vergabeverordnung am 22. 03. 2012** gelten die **neuen Schwellenwerte nunmehr für alle öffentlichen Auftraggeber**. Der neue Schwellenwert für **Bauaufträge** liegt bei **5 Mio. Euro**, für **Liefer- und Dienstleistungsaufträge** grundsätzlich bei **200.000 Euro**. Liefer- und Dienstleistungsaufträge der obersten und oberen Bundesbehörden sowie vergleichbarer Bundeseinrichtungen sind ab 130.000 Euro europaweit auszuschreiben, Liefer- und Dienstleistungsaufträge im Geltungsbereich der Sektorenrichtlinie ab 400.000 Euro und solche im Geltungsbereich der Verteidigungs- und Sicherheitsvergaberichtlinie ebenfalls ab 400.000 Euro.

– DE –

Schwellenwert für Bauaufträge bei 5 Mio. Euro

VERGABERECHTS-REPORT

Druck-Verlag Ernst Vögel GmbH
Kalvarienbergstr. 22 · 93491 Stamsried
Tel. (09466) 9400-0 · Fax (09466) 1276
Internet: <http://www.vob-buecher.de>
<http://www.voegel.com>
E-Mail: voegel@voegel.com

Herausgeber und verantwortlich
für den Inhalt:
RA Hans-Peter Burchardt
Carl-Zeiss-Ring 14 · 85737 Ismaning
Erscheint 1x monatlich
Bezugspreis: 29,40 Euro pro Jahr
(einschl. MwSt., zzgl. Versand)

Wiedergabe des Inhalts – auch auszugsweise – nur mit Genehmigung des Verlags

Trotz gewissenhafter Bearbeitung
aller Beiträge kann keine Haftung für
deren Inhalt übernommen werden.

ISSN 1435-4535

© VOB-Verlag Ernst Vögel OHG,
D-93491 Stamsried, 2012

²⁾ Beschluss vom 08. 02. 2011 – Az.: X ZB4/10.