

Leistungsvergabe an Generalplaner, Generalunternehmer, Generalübernehmer – ist das möglich?

12. Kölner Vergabetage
Köln, 17.09.2024
Susanne Corinth

Wer wir sind.

Dr. Berthold Kohl



Geschäftsführer, Partner
Rechtsanwalt, Avocat à la Cour (Luxembourg)
Abogado inscrito (Ica Málaga/Spanien)
Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht,
Vergaberecht und Steuerrecht
Baumediator / Bauschlichter /
Bauschiedsrichter (DAA)

Susanne Corinth



Geschäftsführerin, Rechtsanwältin
Avocat au Barreau d'Avocats de
Luxembourg
Fachanwältin für Bau- und
Architektenrecht
Fachanwältin für Vergaberecht
Mediatorin

Wer wir sind.

Unsere Standorte



Agenda

1. Grundsatz: Gebot der Losaufteilung
2. Ausnahme: Gesamtvergabe - technische und wirtschaftliche Gründe



Teil 1

Grundsatz: Gebot der Losaufteilung

Gebot der Losaufteilung

§ 97 Abs. 4 S. 2 GWB:

Mittelständische Interessen sind bei der Vergabe öffentlicher Aufträge vornehmlich zu berücksichtigen.

Leistungen sind in der Menge aufgeteilt (Teillose) und getrennt nach Art oder Fachgebiet (Fachlose) zu vergeben. [...]



Teil 2

Ausnahme:
Gesamtvergabe

Ausnahme:

§ 97 Abs. 4 S. 3 GWB:

Mehrere Teil- oder Fachlose dürfen **zusammen** vergeben werden, wenn **wirtschaftliche oder technische Gründe** dies **erfordern**.

Beispiele aus der Rechtsprechung (1)

Fall:

- Der Auftraggeber schrieb Straßenbauarbeiten zum Ausbau eines stark befahrenen Autobahnabschnitts aus.
- Er verzichtete auf die Bildung eines Fachloses für die Weißmarkierungsarbeiten.
- Es gibt einen Vergabevermerk "Verzicht auf Fachlosvergabe":
 - erhöhte Unfallgefahren im Baustellenbereich, volkswirtschaftliche Nachteile infolge von Zeitverlust durch Staugeschehen, ökologische Nachteile durch vermehrte staubbedingte Emissionen (Zeit sparen, Synergien nutzen)
- Ein Anbieter von Weißmarkierungsarbeiten rügte die unterbliebene Aufteilung in Fachlose, denn das sei bei jeder Baustelle so. Mit Erfolg?

Beispiele aus der Rechtsprechung (1)

VK Bund (*Beschluss vom 26.02.2024, Az. VK 2 - 13/24*):

- Die Rüge hatte keinen Erfolg. Die vom Auftraggeber angeführten Nachteile gehen zwar regelmäßig mit Baustellen einher, der Auftraggeber hatte diese aber nicht pauschal zur Begründung der Gesamtvergabe herangezogen, sondern auf die konkrete Baustelle und deren Besonderheiten abgestellt (Sperrung von Anschlussstellen, Umleitung durch Städte jeweils an den Wochenenden).
- Im Vermerk stand nichts von verwaltungsinternen Eigeninteressen.
- Die hinter dem Beschleunigungsinteresse des Auftraggebers stehenden Gründe sind wirtschaftlicher und technischer Natur im Sinne des § 97 Abs. 4 S. 3 GWB und gehen - soweit die erhöhte Unfallgefahr betroffen ist - sogar darüber hinaus. Abwehr von Gefahr für Leib und Leben.

Beispiele aus der Rechtsprechung (2)

Fall:

AG schreibt europaweit Abfallentsorgungsleistungen im offenen Verfahren aus. Auftragsgegenstand ist die Einsammlung **und die Verwertung** des Bioabfalls aus der Stadt, die Abholung und der Transport von Grünabfall von Recyclinghöfen der Stadt, die Einsammlung und der Transport von Weihnachtsbäumen, die Behälterbewirtschaftung **sowie die Verwertung** der erfassten organischen Abfälle. Leistungsbeginn ist der 01.01.2024.

Ein Bieter rügt (u.a.) die unterbliebene Losaufteilung. Dieser behauptet, es gäbe keine technischen oder wirtschaftlichen Gründe. Die **Verwertung** sei separat auszuschreiben. Was stand im Vermerk und reicht das aus?

Beispiele aus der Rechtsprechung (2)

AG hatte folgende Gründe angeführt:

- Er stützt sich auf eine Studie in Form eines Eckpunktepapiers, die getrennte Ausschreibung würde danach die Vorgabe eines Umschlageplatzes erforderlich machen oder eine Angabe der Entfernungskilometer zur Verwertung. Der Umschlagplatz würde weitere Kosten verursachen, die Kilometer stehen vor der Einsammlung nicht fest und der Preis könnte daher nicht festgeschrieben werden.
- Die novellierte Bioabfallverordnung schreibt Punkte zur Einbringung von Fremdstoffen vor, die zu Schnittstellenproblemen führen. Die Maßnahmen der Qualitätskontrolle können durch die Gesamtvergabe besser harmonisiert werden.

Beispiele aus der Rechtsprechung (2)

- **Bieter meint:**

Die Punkte aus der Novellierung der Bioabfall VO seien nicht ausreichend.

- Unsicherheiten über die Entfernungen gibt es immer und trotzdem erfolgte eine Aufteilung in Lose.

Wer bekommt Recht?

Beispiele aus der Rechtsprechung (2)

Vergabekammer Mecklenburg-Vorpommern:

(Beschluss vom 01.02.2023, Az. 3 VK - 11/22)

"Für eine Gesamtvergabe müssen Gründe vorliegen, die über **solche Schwierigkeiten hinausgehen**, die **typischerweise mit jeder losweisen Ausschreibung** verbunden sind. An sich plausible Gründe, wie etwa die Entlastung des Auftraggebers von der Koordinierung, der Vorzug, nur einen Vertragspartner zu haben oder die einfachere Durchsetzung von Gewährleistungsansprüchen sind nicht geeignet, einen Ausnahmefall zu begründen."

Beispiele aus der Rechtsprechung (2)

Vergabekammer Mecklenburg-Vorpommern:

(Beschluss vom 01.02.2023, Az. 3 VK - 11/22)

"Technische und wirtschaftliche Gründe liegen vor, wenn bei getrennten Ausschreibungen das Risiko besteht, dass der AG Teilleistungen erhält, die zwar ausschreibungskonform sind, aber nicht zusammenpassen und deshalb in ihrer Gesamtheit nicht geeignet sind, den Beschaffungsbedarf in der angestrebten Qualität zu befriedigen."

Beispiele aus der Rechtsprechung (3)

Fall:

- Der Auftraggeber schrieb Generalplanungsleistungen für den Neubau eines Hallenbads aus. Im Verfahren will er sich fachplanungsübergreifende Ideenskizzen des Planers vorlegen lassen und bewerten.
- Ein Bieter rügte die unterbliebene Aufteilung der Planungsleistungen in Fachlose.
- Es gibt keinen technischen Grund: Die Planung eines Hallenbades ist eine standardisierte Planungsaufgabe, keine technischen Besonderheiten. Verknüpfung verschiedener Fachplanungsleistungen ist normal.
- Es gibt keinen wirtschaftlichen Grund: Einzelvergabe ist immer günstiger als GP-Vergabe, da der Zuschlag auf die GP-Leistung entfällt

Beispiele aus der Rechtsprechung (3)

- Zur Begründung führte der **Auftraggeber** an, fachplanungsübergreifende Lösungsvorschläge für die Planungsleistungen bereits als Zuschlagskriterium bewerten zu wollen.
- Indem die Bieter entsprechende Lösungsvorschläge unterbreiten, würden die für die Projektförderung relevanten Aspekte (u.a. hohes Innovationspotential, Energiekonzepte zur Reduzierung des CO2-Ausstoßes) hinreichend abgesichert. Dies könnte nur insgesamt und nicht losbezogen erfolgen. Besondere Abhängigkeiten und Wechselwirkungen zwischen gestalterischen, konstruktiven, technischen und betriebswirtschaftlichen Aspekten, daher haben die Lösungsvorschläge nur Aussagekraft in der Gesamtbetrachtung, losbezogene Ideenskizzen bergen die Gefahr eines Musters ohne Wert.

Beispiele aus der Rechtsprechung (3)

VK Südbayern (*Beschluss vom 21.03.2022, Az. 3194.Z3-3_01-21-51*):

- Das Interesse des Auftraggebers, bereits im Rahmen der Vergabe fachplanungsübergreifende Lösungsvorschläge berücksichtigen zu können, kann als ein für die Gesamtvergabe sprechender Aspekt berücksichtigt werden. Er kann dabei nicht ohne konkrete Anhaltspunkte unterstellen, dass der Objektplaner die Koordinierungsleistung nicht oder nur schlecht erbringen wird.
- Die Absicht, fachplanungsübergreifende Lösungsvorschläge für die Planungsleistungen als Zuschlagskriterium verwenden zu wollen, darf jedenfalls bei der Abwägung des Für- und Wider einer Losvergabe berücksichtigt werden.

Beispiele aus der Rechtsprechung (3)

- Denn würden Planungsleistungen in Fachlosen oder Losgruppen vergeben werden, fände eine übergreifende Abstimmung der Planungsdisziplinen erst nach den Zuschlägen im Zuge der Vertragsausführung statt.
- Dadurch könnte der Auftraggeber fachplanungsübergreifende Lösungsvorschläge für die Zuschlagswertung nicht bzw. kaum mehr erhalten.

Beispiele aus der Rechtsprechung (3)

Außerdem war angeführt worden von Seiten des AG:

- Zudem erhöhe eine Vielzahl europaweiter Vergabeverfahren das potentielle Risiko mehrfacher Rechtsschutzverfahren.
- Die fachlichen Schnittstellen zwischen Bauherren und Generalplaner seien nur theoretisch die gleichen wie zwischen Bauherr und Einzelplaner. Es seien aber deutlich mehr Schnittstellenabgrenzungen zwischen dem Bauherrn und den einzelnen Planungsbeteiligten einer losweisen Vergabe zu führen, verbunden mit der Gefahr, dass diese bis dato noch nie zusammengearbeitet haben.

Beispiele aus der Rechtsprechung (3)

Außerdem:

- "Erfordern": Abwägung der widerstreitenden Belange, also der dafür und dagegen sprechenden Gründe muss im Vergabevermerk erfolgen und die technischen oder wirtschaftlichen Gründe müssen dann überwiegen.
- Dem AG steht hier ein Beurteilungsspielraum zu, d.h. dieser ist von einem Gericht nur eingeschränkt überprüfbar.
- Geprüft werden kann, ob die Tatsachen vollständig und zutreffend ermittelt wurden (OLG Rostock, Beschluss vom 18.07.2024 - 17 Verg 1/24).
- Nicht geprüft werden kann, ob die Entscheidung auf fehlerhaftem Ermessen oder Willkür beruht, denn der AG hat eine "Einschätzungsprärogative".

Beispiele aus der Rechtsprechung (4)

Fall:

- Der Auftraggeber schrieb Instandsetzungsmaßnahmen sowie den Betrieb und die Kontrolle für die Kreisstraßen und kreiseigene Radwege im offenen Verfahren nach VOB/A europaweit aus.
- Der Auftrag wurde nicht in Lose aufgeteilt.
- Zur Begründung führte der Auftraggeber technische und wirtschaftliche Gründe an.

Beispiele aus der Rechtsprechung (4)

OLG Frankfurt a.M. (*Beschluss vom 14.05.2018, Az. 11 Verg - 4/18*):

- Der Verzicht auf eine Ausschreibung in Fachlosen war zulässig.
- Wirtschaftliche Gründe: Kostenvergleich zwischen herkömmlicher Vergabe und Gesamtvergabe - wie geht das?
- Hier: Der Auftraggeber hatte zudem vor Durchführung der Ausschreibung die Kosten für die Instandsetzungsmaßnahmen je Los durch ein externes Ingenieurbüro kalkulieren lassen. Für die Gesamtvergabe gab es eine Kostenprognose des TÜV Rheinland und zwei weitere Untersuchungen. Hieraus ergab sich ein Kostenunterschied von knapp 21%.

Beispiele aus der Rechtsprechung (4)

OLG Frankfurt a.M. (*Beschluss vom 14.05.2018, Az. 11 Verg - 4/18*):

- Technische Gründe: AG verlangte die Gewährleistung einer bestimmten Qualität der Straßeninfrastruktur. Im Vertrag war eine Malus-Regelung vorgesehen. Hierfür sei eine ganzheitliche Infrastrukturbetreuung mit Verknüpfung von Erneuerungsaufwand und Betrieb erforderlich.
- Dieses Konzept ging über die bloße Entlastung des Auftraggebers von Koordinierungsaufgaben hinaus.
- Entscheidend war, dass nicht nur Koordination und Ausführung in einer Hand lagen, sondern dass dies mit einer klaren Letztverantwortlichkeit eines einzigen Auftragnehmers für den Zustand der Straßen verbunden wurde.

Beispiele aus der Rechtsprechung (5)

Fall:

- Der AG schrieb den Rohbau einschließlich der Lieferung und Einbau von 99 Sanitärfertigzellen aus. Die Fertignasszellen waren im LV in einem eigenen Titel beschrieben, aber in keinem eigenständigen Los aufgeteilt.
- Ein Fertignasszellenbauer rügt die fehlende Fachlosvergabe. Zu Recht?

Beispiele aus der Rechtsprechung (5)

VK Bund, Beschluss vom 18.11.2016 VK 1-98/16

- Es gibt einen eigenen Markt für Fertignasszellen mit spezialisierten Fachunternehmen, d.h. grundsätzlich handelt es sich um ein eigenständiges Fachlos.
- Für das Fachlos kommt es darauf an, ob sich ein eigener Anbietermarkt mit spezialisierten Fachunternehmen herausgebildet hat. Die Bewertung erfolgt nicht statisch, sondern nach den aktuellen Marktverhältnissen.
- Dennoch war hier eine Gesamtvergabe aus technischen Gründen möglich. Der technische Zusammenhang zwischen Einbau der Nasszelle im jeweiligen Erdgeschoss und der Dichtigkeit der Bodenplatte bzw. der sie durchdringenden Grundleitungen des Rohbauers

Beispiele aus der Rechtsprechung (6)

Fall:

- Der Auftraggeber schrieb Bauprüfungsleistungen zur technischen Überwachung von Ingenieurbauten aus. Gegenstand waren Hauptprüfungen und Einfache Prüfungen nach DIN 1076.
- Der Auftragsgegenstand wurde in 11 Lose unterteilt, allerdings verzichtete der Auftraggeber auf eine weitere Unterteilung in Fachlose für Ingenieurprüfleistungen einerseits und Verkehrssicherungsdienstleistungen andererseits.
- Die vorgesehene Verkehrssicherung mit Einsatz von Vorwarnanhängern und einer Absperrtafel sollte vom Prüfingenieurbüro mit Eigenmitteln geleistet werden.

Beispiele aus der Rechtsprechung (6)

VK Bund (*Beschluss vom 15.07.2021, Az. VK 2 - 73/21*)

- Der Verzicht auf weitere Fachlose war zulässig.
- Der Auftraggeber hatte sich in einem Vergabevermerk mit der Möglichkeit einer weiteren Fachlosevergabe auseinander gesetzt und die zusammenfassende Vergabe von Ingenieurprüfleistungen und Verkehrssicherungsdienstleistungen eingehend begründet.
- Aufgrund der engen Verzahnung der ausgeschriebenen Bauwerksprüfungen mit den dafür notwendigen Verkehrssicherungen und der hierfür erforderlichen Flexibilität war es gerechtfertigt, eine Gesamtvergabe vorzunehmen.
- Der Anteil der erforderlichen Verkehrssicherungen am Gesamtauftrag war zudem als relativ gering zu bewerten. Eine Aufteilung der 11 Teillose in eine entsprechende Anzahl von Fachlosen wäre daher als unwirtschaftliche Zersplitterung der Auftragsvergabe nicht zumutbar gewesen.

Beispiele aus der Rechtsprechung (7)

Fall:

- Der Auftraggeber schrieb diverse elektronische Arbeiten zur Verbesserung der Sicherheit in einer Justizvollzugsanstalt im Wege der Gesamtvergabe aus.
- Die Arbeiten umfassten u.a. die Erneuerung der Beleuchtung des Sicherheitszauns, die Erneuerung der Videoüberwachungsanlagen und die Umrüstung von Außenabschluss- und Innentüren mit Motorschlössern und Transpondern.
- Ein Bieter rügte die mangelnde Aufteilung in Fachlose und stellte einen Nachprüfungsantrag, der vor der Vergabekammer Erfolg hatte.

Beispiele aus der Rechtsprechung (7)

OLG München (*Beschluss vom 25.03.2019, Az. Verg - 10/18*):

- Die sofortige Beschwerde des Auftraggebers hatte Erfolg. Dem AG steht ein Beurteilungsspielraum zu, es ist ihm ein Spielraum zuzubilligen, der auch die Einschätzung konkreter projektbezogener Risikopotentiale erfasst.
- Die Systemsicherheit der Überwachungsanlage ist ein nachvollziehbarer technischer Grund im Sinne des § 97 Abs. 4 S. 3 GWB. Der Auftraggeber hatte konkret und projektbezogen dargelegt, dass für Einzelarbeiten der komplexen Sicherheitsanlage keine Fachlose gebildet werden können, ohne die Funktionsweise der Gesamtleistung zu gefährden.
- Hinsichtlich der Stromversorgung und des Kabeltiefbaus hatte der Auftraggeber zudem eine mögliche Losvergabe geprüft und sich nach sachverständiger Beratung wegen der damit verbundenen Risiken dagegen entschieden und dies ausreichend dokumentiert.

**Vielen Dank für Ihre
Aufmerksamkeit!**



Kohl Law Rechtsanwaltsgesellschaft

**BERLIN DÜSSELDORF SAARBRÜCKEN TRIER LUXEMBOURG
MALAGA MARBEILLA**

BAU VERGABE INFRASTRUKTUR WIRTSCHAFT

In der Olk 25 - 26, 54290 Trier
0651 97839-0
info@kohl-law.eu



Disclaimer

© 2024 Alle Rechte vorbehalten, insbesondere das Recht auf Vervielfältigung und Verbreitung sowie Übersetzung. Kein Teil dieser Unterlagen darf in irgendeiner Form ohne schriftliche Genehmigung von kohl law reproduziert werden oder unter Verwendung elektronischer Systeme verarbeitet, vervielfältigt oder verbreitet werden.

Haftung für Inhalte

Die Inhalte unserer Unterlagen wurden mit größter Sorgfalt erstellt. Für die Richtigkeit, Vollständigkeit und Aktualität der Inhalte können wir jedoch keine Gewähr übernehmen