

VOB-Stellen, 28. Informationsgespräch am 23.02.2005  
Einzelfragen der Vergabe von Bauleistungen

02.05,1 In-house-Vergaben

Die Vergabe von Aufträgen an Eigen- oder Beteiligungsgesellschaften der öffentlichen Hand, selbstständige Kommunalunternehmen des öffentlichen Rechts und an Zweckverbände ist nicht eindeutig geregelt.

Der EuGH hat in der Teckal-Entscheidung vom 18.11.1999 (Rs. C-107/98) zwei Aussagen getroffen:

Die Vergabe von Aufträgen unterliegt nicht dem Vergaberecht, wenn

1. der Auftrag an eine andere juristische Person erteilt wird, über die der Auftraggeber eine Kontrolle wie über eine eigene Dienststelle ausübt und
2. der Auftragnehmer seine Tätigkeit im Wesentlichen für den Auftraggeber oder eine andere Gebietskörperschaft verrichtet, die Anteile am Auftragnehmer innehaben.

Beide Aussagen sind nicht zufrieden stellend geklärt.

Bei der ersten Aussage wurde über einen Beteiligungsrahmen von mindestens 51% über 80 bis 100% diskutiert.

Mit dem EuGH-Urteil (Stadt Halle) vom 11.01.2005 stellt der EuGH klar, dass der Auftragnehmer zu 100 % von öffentlichen Stellen gehalten werden muss, um eine In-house-Vergabe zu rechtfertigen. Schon eine minimale private Beteiligung schließt es aus, dass eine Kontrolle wie über eine eigene Dienststelle entsprechend der ersten Aussage der „Teckal-Entscheidung“ angenommen wird.

Der EuGH erinnert in der Stadt Halle-Entscheidung (11.01.2005) dass die Voraussetzung für die Annahme eines In-house-Geschäfts in der Teckal-Entscheidung (18.11.1999) die Tatsache war, dass der Auftragnehmer „zu 100% von öffentlichen Stellen gehalten wurde“. Daraus kann geschlossen werden, dass ein Auftragnehmer auch von mehreren öffentlichen Stellen gehalten werden kann. Es muss daher nicht ein einzelner Beteiligter für sich die Kontrolle wie über eine eigene Dienststelle ausüben können.

Diese Entscheidungen betreffen Vergaben oberhalb des EU-Schwellenwertes. Die Handhabung für Vergaben unterhalb des Schwellenwertes ist gerichtlich

noch nicht entschieden. Wegen des Gleichbehandlungsgrundsatzes ist jedoch davon auszugehen, dass hier genauso zu verfahren ist.

#### 02.05,2 Wertung von Nachlässen bei Annahme von Nebenangeboten

Mit Beschluss des BGH vom 18.05.2004, X ZB 7/04 wurde grundsätzlich festgestellt, dass Angebote, die dem § 21 Nr. 1 Abs. 1 VOB/A nicht entsprechen, weil ihnen geforderte Erklärungen fehlen, gem. § 25 Nr. 1 Abs. 1 Buchst. b VOB/A zwingend von der Vergabe auszuschließen sind. Nach dem Grundsatz im Vergabeverfahren, alle Bieter gleich zu behandeln, ist jeder in der Leistungsbeschreibung vorgesehene Preis so wie gefordert, vollständig und mit dem Betrag anzugeben, der für die betreffende Leistung beansprucht wird. Nur dann kann ein Angebot gewertet werden. Der Ausschlussatbestand ist daher nicht erst dann gegeben, wenn das betreffende Angebot wegen fehlender Erklärungen im Ergebnis nicht mit den anderen abgegebenen Angeboten verglichen werden kann sondern schon bei fehlender Erklärung bei einzelnen Positionen.

Wird zu einer Position im Leistungsverzeichnis ein Änderungsvorschlag angeboten, muss der Bieter grundsätzlich zusammen mit dem Nebenangebot erklären, wie ein Nachlass im Bezug auf das Nebenangebot zu werten ist. Ansonsten besteht die Gefahr der Verschleierung des Angebotes.

#### **Wertung von Nachlässen ohne Bedingung bei Nebenangeboten**

Fälle: Im EFB Ang ist ein Nachlass an der vorgegebenen Stelle eingetragen, ohne Einschränkung (auch nicht im Anschreiben):

1. Das Hauptangebot wird durch das Nebenangebot völlig ersetzt:
  - a) > der Nachlass im EFB gilt nicht für das Nebenangebot
  - b) > ist im Nebenangebot ein Nachlass angegeben, ist dieser (nur) für das Nebenangebot wertbar. (Auch wenn im EFB nichts eingetragen ist.)
  - c) > falls nur ein Nebenangebot abgegeben wird, ist er im EFB Ang einzutragen
2. Ein Nebenangebot ersetzt nur eine (oder wenige) Positionen des Hauptangebotes:
  - a) > wenn nicht ausdrücklich im Nebenangebot ein Nachlass erwähnt ist, gilt der im EFB Ang eingetragene Nachlass nicht für das Nebenangebot (BwB/E Nr. 4.3)
  - b) > es ist im Nebenangebot kein Nachlass angegeben: der Nachlass gilt für die verbleibenden Positionen des Hauptangebotes weiter
  - c) > der Nachlass im Nebenangebot ist identisch mit dem im EFB Ang: der Nachlass gilt für das gesamte Angebot einschließlich Nebenangebot
  - d) > der Nachlass im Nebenangebot weicht vom Nachlass im EFB Ang ab: es gilt der jeweils angebotene Nachlass
3. Ein Nebenangebot (oder mehrere) werden angenommen, wodurch ein größerer Teil des Hauptangebotes ersetzt wird: wie 2.  
Anders dagegen: VK BaWü (1VK 7/01 vom 21.05.01) > Nachlass auf Restpositionen nicht wertbar.

### 02.05,3 Mindestanforderungen bei der Angebotsabgabe mit Nebenangeboten

Sind die Bewerbungsbedingungen für den Bieter ausreichend klar formuliert?

Für Vergaben über den EU-Schwellenwerten ist Folgendes zu beachten:  
Der EuGH hat mit Urteil vom 16.10.2003 auf die Verpflichtung zur Transparenz bei Öffentlichen Ausschreibungen und auf die Beachtung des Grundsatzes der Gleichbehandlung der Bieter hingewiesen. Aus diesen Grundsätzen folgt, dass der Auftraggeber in den Verdingungsunterlagen die Mindestanforderungen, die Nebenangebote erfüllen müssen, näher erläutern muss. Hat der Auftraggeber dazu keine oder keine klaren Angaben gemacht, darf ein Zuschlag auf ein Nebenangebot nicht erteilt werden.

Die Rechtsprechung der Vergabekammern und Oberlandesgerichte ist noch uneinheitlich. Nach einer Entscheidung des OLG Köln vom 24.11.2004 genügt es für die Erläuterungen bezüglich der Abgabe von Nebenangeboten durch den Auftraggeber nicht, wenn dieser auf die in den derzeitigen Vergabehandbüchern enthaltenen Formblätter hinweist, da sich aus ihnen nicht ergibt, welchen materiellen Mindestanforderungen die Nebenangebote genügen müssen. Genauso wenig genügt ein Verweis auf das Leistungsverzeichnis, da dieses sich nur mit den Anforderungen befasst, welche an das Hauptangebot gestellt werden.

In einer Entscheidung des OLG Schleswig-Holstein vom 15.02.2005 wird zwischen der Aufgabe und deren Lösung unterschieden. Die Aufgabe muss vom Auftraggeber eindeutig vorgegeben werden, die Lösung kann vom Auftragnehmer gewählt werden. Eventuell kann auch eine negative Abgrenzung erfolgen, nämlich von welchen Anforderungen an das Hauptangebot nicht abgewichen werden kann (so. z.B. akzeptiert in OLG Celle vom 03.03.2005).

Bei Vergaben unterhalb des EU-Schwellenwertes wird an der bisherigen Praxis festgehalten, das heißt, wir erachten die nach den in § 25 Nr. 3 Abs. 3 VOB/A aufgeführten Wertungskriterien für ausreichend. Sollen im Einzelfall weitere Kriterien berücksichtigt werden, ist dies in den Verdingungsunterlagen konkret anzugeben.

### 02.05,4 Bindung von Kommunalunternehmen an die VOB

Kommunalunternehmen in Form einer GmbH sind keine Körperschaften des öffentlichen Rechts und deshalb unterhalb des EG-Schwellenwertes nicht an die VOB gebunden, da sie nicht der KommHV unterworfen sind. Oberhalb des EG-Schwellenwertes besteht allerdings eine Bindung an die VOB.

### 02.05,5 Wirtschaftlichkeitsvergleich von PPP-Modellen zu herkömmlichen Verfahren

Im Lauf des Frühjahrs 2005 soll ein erster Leitfaden von der Gesprächsrunde ppp, (Federführung Oberste Baubehörde) und den von ihr eingerichteten ppp-Arbeitskreisen (Geschäftsführung Bayerischer Bauindustrieverband) als Arbeitshilfe für die Berechnungen in der ersten Vorbereitungsphase herausgegeben werden.

#### 02.05,6 Vergaben an Generalunternehmer

Rechtfertigt jede Systembaumaßnahme eine Generalunternehmerausschreibung?

Das ist immer eine Einzelfallentscheidung. Ein Umbau oder eine Aufstockung eines Gebäudes allein rechtfertigt keine Generalunternehmerausschreibung.

#### 02.05,7 Spekulationsangebote/Mischkalkulationen

Laut BGH sind Spekulationspreise an sich nicht unzulässig. Es ist jedoch nicht zulässig, Preise in andere Positionen zu verschieben.

Der Bieter hat in der jeweiligen Position den Preis anzubringen, den er für diese Leistung haben möchte. Es besteht sonst die Gefahr, dass Preise „versteckt“ werden. Sind für einzelne Positionen ungewöhnlich niedrige Preise angegeben, muss aufgeklärt werden, ob es sich dabei um eine Mischkalkulation handelt.

Sind Mischkalkulationen nachweisbar (z.B. durch Bietererklärung), ist das Angebot gemäß dem BGH-Beschluss vom 18.05.2004, X ZB 7/04 auszuscheiden. In diesem Zusammenhang wird auf das Rundschreiben der Obersten Baubehörde (Intranet Straßenbau; VHB Straßenbau – „Wertung von Spekulationsangeboten“ vom 10.01.2005 Gz.: IID9 40011-002/00) verwiesen, wie bei Mischkalkulationen zu verfahren ist.

Die Angabe eines Stundenlohnes von 1 € ist nach den Umständen des Einzelfalles gegebenenfalls nicht zu beanstanden und kollidiert bei einer tragfähigen Begründung auch nicht unbedingt mit der Tariftreuerklärung.

Ist für die Baustelleneinrichtung keine eigene Position ausgewiesen, ist es dem Unternehmer überlassen, wie er diese Kosten auf die einzelnen Einheitspreise verteilt und ansetzt. Die VOB gibt hierzu keine Vorgaben.

#### 02.05,8 Problem: Der Bieter tritt auch als Subunternehmer auf

Es gibt dabei verschiedene Konstellationen. Bietet z. B. ein Auftragnehmer als Mitglied einer Bietergemeinschaft die Lieferung von Pflanzen an und bietet gleichzeitig als Einzelunternehmer mit, gilt grundsätzlich:

Der Bieter kann nicht gleichzeitig mehrere (Haupt)Angebote abgeben.

Ein Unternehmer kann aber bei mehreren Bietern als Nachunternehmer auftreten. (vgl. aber 02.05,9)

#### 02.05,9 Vergaben der Generalübernehmer

Nach der EU-Rechtsprechung sind Generalübernehmerzulassungen möglich, wenn sich der Generalübernehmer auf verbundene Gesellschaften oder Nachunternehmer beruft, mit denen eine feste vertragliche Bindung im Zeitpunkt der Angebotsabgabe besteht.

Das Angebot muss aber ausgeschlossen werden, wenn der Nachunternehmer von mehreren Gesellschaften genannt würde (da vorvertragliche Benennung).

02.05,10 Zulässige Nutzung eines pauschalierten Spielraums bei Angebotswertung  
(Wertungspauschale für kommunale Auftraggeber)

Dieses Thema wird auch in der **Bekanntmachung** des Bayerischen Staatsministeriums des Innern **über die Vergabe von Aufträgen im kommunalen Bereich** angesprochen, die in Kürze bekannt gegeben wird.

1. Der Zuschlag soll nach § 25 Nr. 3 Abs. 3 VOB/A auf das unter Berücksichtigung aller Gesichtspunkte wirtschaftlichste Angebot erteilt werden; der Preis allein ist nicht entscheidend.
2. Für die Angebotserstellung und für die Wertung des wirtschaftlichsten Angebots ist es hilfreich und den Vergabestellen zu empfehlen, die im konkreten Fall anzuwendenden Wertungskriterien frühzeitig festzulegen und den Bietern bekannt zu geben. Der auf diese Weise abgesteckte Wertungsspielraum der Vergabestelle ist von den Aufsichtsbehörden zu beachten.
3. Bei Aufträgen unterhalb der EU-Schwellenwerte ist es nicht zu beanstanden, wenn bei der Auswahl des wirtschaftlichsten Angebots die wirtschaftlichen Vorteile eines Angebots nicht im Einzelnen berechnet, sondern pauschaliert in die Wertung eingestellt werden.

Voraussetzung ist die Einhaltung folgender Maßgaben:

(1) Die zusätzlichen Wertungskriterien stehen mit der Leistung in sachlichem Zusammenhang und sind aus der Sicht des Auftraggebers relevant für den wirtschaftlichen Wert der Leistung bzw. können es zumindest typischerweise sein.

(2) Die Pauschale übersteigt nicht folgende Prozentsätze des günstigsten der jeweils wertbaren Angebote:

\* 1% im Bereich Tiefbau,

\* 2% im Bereich Hochbau/Rohbau für Erd-, Beton- und Maurerarbeiten mit und ohne Putzarbeiten

\* 3% Ausbaugewerke und sonstige Gewerke im Hochbau sowie Pflanzungen und Straßenausstattung.

(3) Die Einzelnen anwendbaren Kriterien und die konkrete Höhe der Pauschale sind den Bietern in den Verdingungsunterlagen bekannt gegeben worden.

(4) Die Vergabestelle hat das Vorliegen von entsprechenden Vorteilen für das ausgewählte Angebot im Vergabevermerk nach § 30 VOB/A festgestellt

4. Erklärung anhand eines Beispiels:

Der Angebotspreis beträgt beim ersten Angebot 120.000 € beim zweiten 121.000 € und beim dritten Angebot 122.000 €.

Der Auftraggeber hat Wertungskriterien vorgegeben (z.B. Kompatibilität, Ästhetik usw.)

Danach ist das dritte Angebot das Wirtschaftlichste.  
Beim Ausbaugewerk dürfen 3% Pauschale angesetzt werden.  
Der Bonus beträgt daher 3.600 € (= 120.000 x 0,03).  
Die 3.600 € werden vom Angebotspreis des dritten Bieters, = 122.000 €  
abgezogen. Es ergeben sich dann 118.400 € als Wertungssumme.  
Dadurch rückt das dritte Angebot an die Spitze zum Angebotspreis von  
122.000 €.