

1. Deutscher Baubetriebs- und Baurechtstag

Workshop 9: Vergaberecht

Workshopleiter:

Matthias Goede

Fachanwalt für Vergaberecht

Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht

Lehrbeauftragter an der Leuphana Universität Lüneburg

und an der Hochschule München (FH)

Prof. Dr.-Ing. Bernd Schweibenz

Geschäftsführer der PMS Projektmanagement Services GmbH

FH Potsdam, Fachgebiet Baubetrieb und Baumanagement

Überblick

- 1) Wertungskriterien und Nachhaltigkeit
- 2) Aufklärung des Angebotsinhalts zur Absicherung der Wertung
- 3) Die (neue) Rolle des Vergaberechts bei der Abwicklung von Bauaufträgen

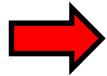
1) Wertungskriterien und Nachhaltigkeit

1.1 Allgemeines zu Wertungskriterien (Was sind mögliche Wertungskriterien und wann spielen sie eigentlich eine Rolle)

- Art. 67 RL 2014/24/EU
 - Abs. 1: „Zuschlag auf der Grundlage des wirtschaftlich günstigsten Angebots“
 - Abs. 2: „Die Bestimmung des aus der Sicht des öffentlichen Auftraggebers wirtschaftlich günstigsten Angebots erfolgt anhand einer Bewertung auf der Grundlage des Preises oder der Kosten, mittels eines Kosten-Wirksamkeits-Ansatzes, wie der Lebenszykluskosten-rechnung gemäß Artikel 68, und kann das beste Preis-Leistungs-Verhältnis beinhalten, das auf der Grundlage von Kriterien — unter Einbeziehung qualitativer, umweltbezogener und/oder sozialer Aspekte — bewertet wird, die mit dem Auftragsgegenstand des betreffenden öffentlichen Auftrags in Verbindung stehen. ...“
 - a) Qualität, einschließlich technischer Wert, Ästhetik, Zweckmäßigkeit, Zugänglichkeit, Design für Alle, soziale, umweltbezogene und innovative Eigenschaften und Handel sowie die damit verbundenen Bedingungen;
 - b) Organisation, Qualifikation und Erfahrung des mit der Ausführung des Auftrags betrauten Personals, wenn die Qualität des eingesetzten Personals erheblichen Einfluss auf das Niveau der Auftragsausführung haben kann, oder
 - c) Kundendienst und technische Hilfe, Lieferbedingungen wie Liefertermin, Lieferverfahren sowie Liefer- oder Ausführungsfrist.

- § 127 Zuschlag
 - (1) ¹Der Zuschlag wird auf das wirtschaftlichste Angebot erteilt. ... ³Das wirtschaftlichste Angebot bestimmt sich nach dem besten Preis-Leistungs-Verhältnis. ⁴Zu dessen Ermittlung können neben dem Preis oder den Kosten auch qualitative, umweltbezogene oder soziale Aspekte berücksichtigt werden.
 - (2) ...
 - (3) ¹Die Zuschlagskriterien müssen mit dem Auftragsgegenstand in Verbindung stehen. ²Diese Verbindung ist auch dann anzunehmen, wenn sich ein Zuschlagskriterium auf Prozesse im Zusammenhang mit der Herstellung, Bereitstellung oder Entsorgung der Leistung, auf den Handel mit der Leistung oder auf ein anderes Stadium im Lebenszyklus der Leistung bezieht, auch wenn sich diese Faktoren nicht auf die materiellen Eigenschaften des Auftragsgegenstandes auswirken.
 - (4) ¹Die Zuschlagskriterien müssen so festgelegt und bestimmt sein, dass die Möglichkeit eines wirksamen Wettbewerbs gewährleistet wird, der Zuschlag nicht willkürlich erteilt werden kann und eine wirksame Überprüfung möglich ist, ob und inwieweit die Angebote die Zuschlagskriterien erfüllen. ²Lassen öffentliche Auftraggeber Nebenangebote zu, legen sie die Zuschlagskriterien so fest, dass sie sowohl auf Hauptangebote als auch auf Nebenangebote anwendbar sind.
 - (5) Die Zuschlagskriterien und deren Gewichtung müssen in der Auftragsbekanntmachung oder den Vergabeunterlagen aufgeführt werden.

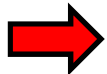
- § 16d EU Abs. 2 VOB/A
 - Nr. 1 = § 127 Abs. 1 GWB
 - Nr. 2 ¹Es dürfen nur Zuschlagskriterien und deren Gewichtung berücksichtigt werden, die in der Auftragsbekanntmachung oder in den Vergabeunterlagen genannt sind. ²Zuschlagskriterien können insbesondere sein:
 - a) Qualität einschließlich technischer Wert, Ästhetik, Zweckmäßigkeit, Zugänglichkeit, Design für alle, soziale, umweltbezogene und innovative Eigenschaften;
 - b) Organisation, Qualifikation und Erfahrung des mit der Ausführung des Auftrags betrauten Personals, wenn die Qualität des eingesetzten Personals erheblichen Einfluss auf das Niveau der Auftragsausführung haben kann, oder
 - c) Kundendienst und technische Hilfe sowie Ausführungsfrist.
 - ...
 - Nr. 3. Die Zuschlagskriterien müssen so festgelegt und bestimmt sein, dass die Möglichkeit eines wirksamen Wettbewerbs gewährleistet wird, der Zuschlag nicht willkürlich erteilt werden kann und eine wirksame Überprüfung möglich ist, ob und inwieweit die Angebote die Zuschlagskriterien erfüllen.



Vier geregelte Gruppen von Zuschlagskriterien

- (1) Preis und Kosten
- (2) Qualität
- (3) Organisation, Qualifikation und Erfahrung im Ausnahmefall
- (4) Service

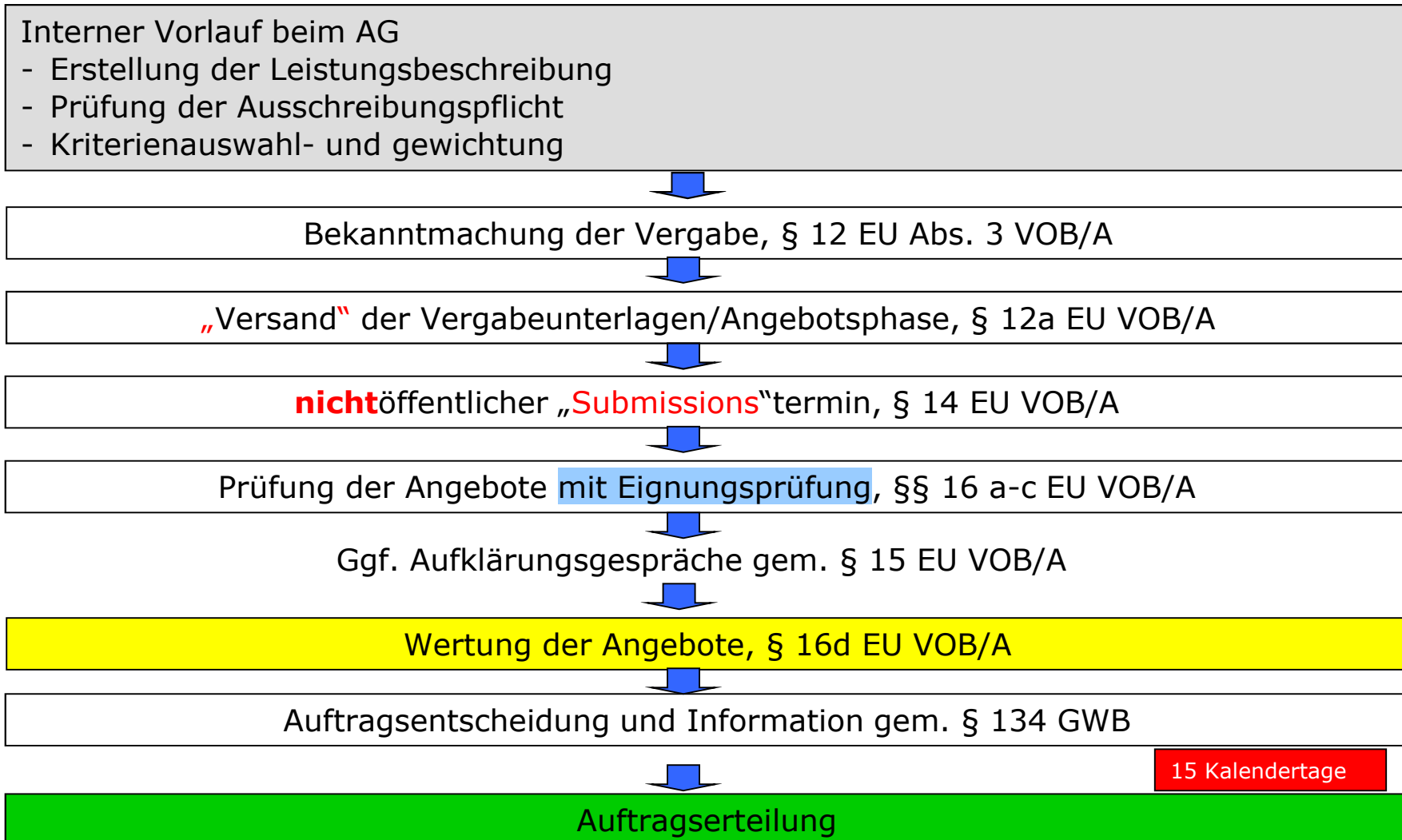
die ausgewählt, gewichtet und bewertet werden müssen.



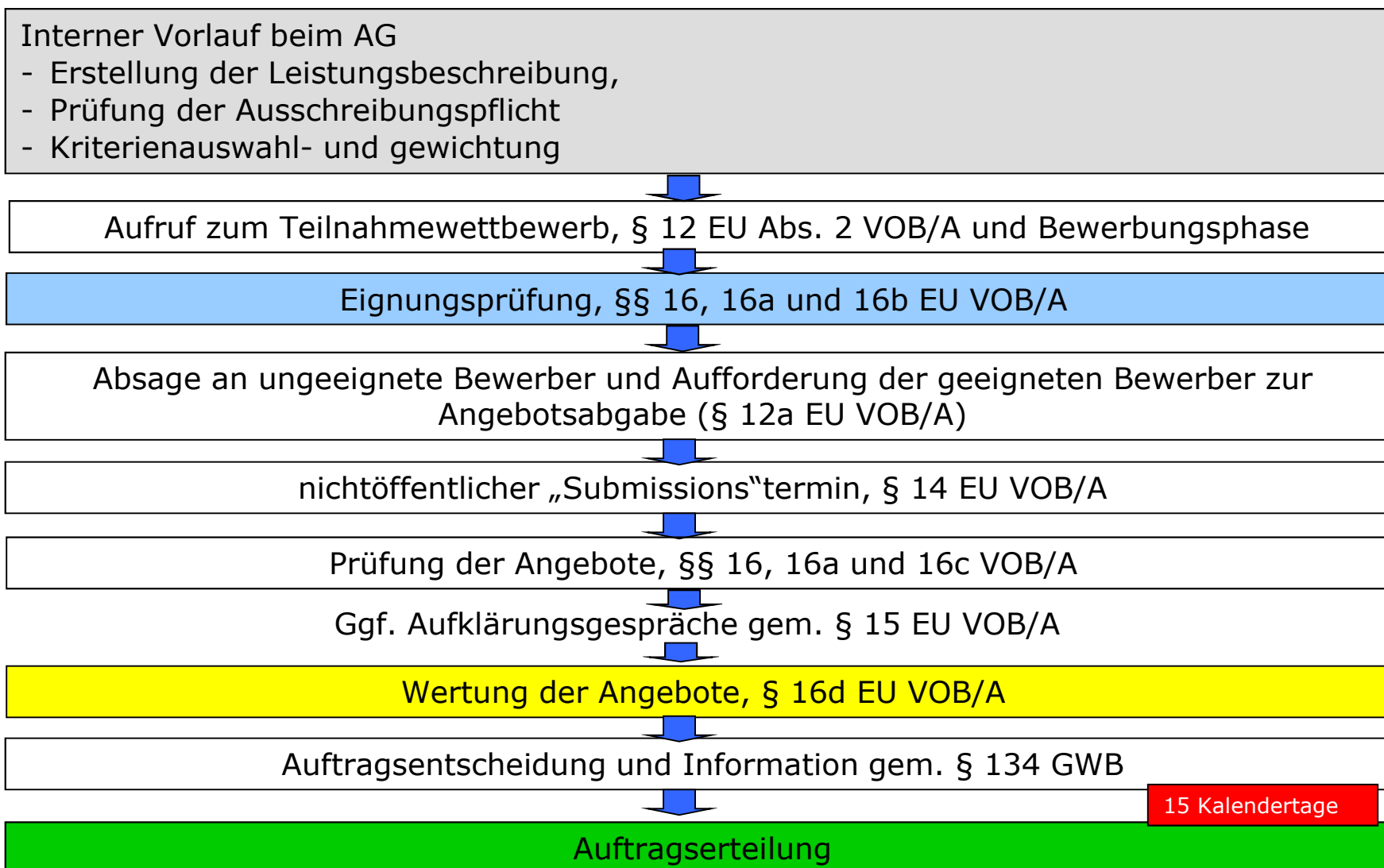
Wann spielen Zuschlagskriterien eigentlich eine Rolle ?

Beispiel: Die Gemeinde R möchte zusammen mit dem örtlichen Sportverein eine Sportanlage (Fußballplatz, Tartanbahn inkl. Weitsprungbecken etc., mit TG unterkellerte Dreifachsporthalle, Umkleiden mit Wellnessbereich und öffentlich zugängliches Vereinsheim) errichten. Welche Zuschlagskriterien spielen eine Rolle?

1.1 Allgemeines zu Wertungskriterien - Überblick zum Ablauf des offenen Verfahren



1.1 Allgemeines zu Wertungskriterien - Überblick zum Ablauf des nichtoffenen Verfahren



Vorüberlegung: Spielt es eine Rolle, wie ausgeschrieben wird?

1. Regelfall: Leistungsbeschreibung mit Leistungsverzeichnis, § 7b EU VOB/A

<-> eindeutig und erschöpfende Beschreibung der Leistung

VHB Ausgabe 2008 – Stand April 2016:

- 4.3.1 Vor dem Aufstellen der Leistungsbeschreibung müssen die Ausführungspläne, soweit sie nicht vom Auftragnehmer zu erstellen sind und die Mengenerrechnungen vorliegen.
- 4.3.2 Die Leistungsbeschreibung ist zu gliedern in
 - die Baubeschreibung und
 - das Leistungsverzeichnis, bestehend aus den Vorbemerkungen und der Beschreibung der Teilleistungen.
- 4.3.2.1 In der Baubeschreibung sind die allgemeinen Angaben zu machen, die zum Verständnis der Bauaufgabe und zur Preisermittlung erforderlich sind und die sich nicht aus der Beschreibung der einzelnen Teilleistungen unmittelbar ergeben.


...

- 4.3.2.2 Im Leistungsverzeichnis ... alle die Ausführung der Leistungen beeinflussenden Umstände zu beschreiben.
- 4.3.5 Bei der Aufgliederung der Leistung in Teilleistungen dürfen unter einer Teilleistung nur Leistungen erfasst werden, die technisch gleichartig sind und unter den gleichen Umständen ausgeführt werden, damit deren Preis auf einheitlicher Grundlage ermittelt werden kann. Bei der Teilleistung sind insbesondere anzugeben:
- die Mengen aufgrund genauer Mengenerrechnungen,
 - die Art der Leistungen mit den erforderlichen Erläuterungen über Konstruktion und Baustoffe,
 - die einzuhaltenden Maße mit den gegebenenfalls zulässigen Abweichungen,
 - besondere technische und bauphysikalische Forderungen wie Lastannahmen, Mindestwerte der Wärmedämmung und des Schallschutzes, Mindestinnen-temperaturen bei bestimmter Außentemperatur, andere wesentliche, durch den Zweck der baulichen Anlage bestimmte Daten,
 - besondere örtliche Gegebenheiten, z.B. Baugrund, Wasserverhältnisse, Altlasten,
 - andere als die in den Allgemeinen Technischen Vertragsbedingungen vorgesehenen Anforderungen an die Leistung,
 - besondere Anforderungen an die Qualitätssicherung,
- ...

 **Frage:** Wie sollen und können sich Angebote unterscheiden?

2. Ausnahme: Leistungsbeschreibung mit Leistungsprogramm, § 7 c EU VOB/A

Bei der funktionalen Leistungsbeschreibung verlagert sich die Planung von der Seite des Auftraggebers auf die Bieter, die die Zielvorstellungen des AG im Angebot planerisch umsetzen sollen (vgl. § 7c EU Abs. 3 VOB/A).

 Nur hier ist Raum für Zuschlagskriterien

3. Praxis: Mischung aus beiden Formen

Beispiel: - Baustelleneinrichtung mit Vorgabe die notwendigen Geräte zu benennen (= teilfunktionale Leistungsposition)
- Aushub etc. nach Wahl des AN

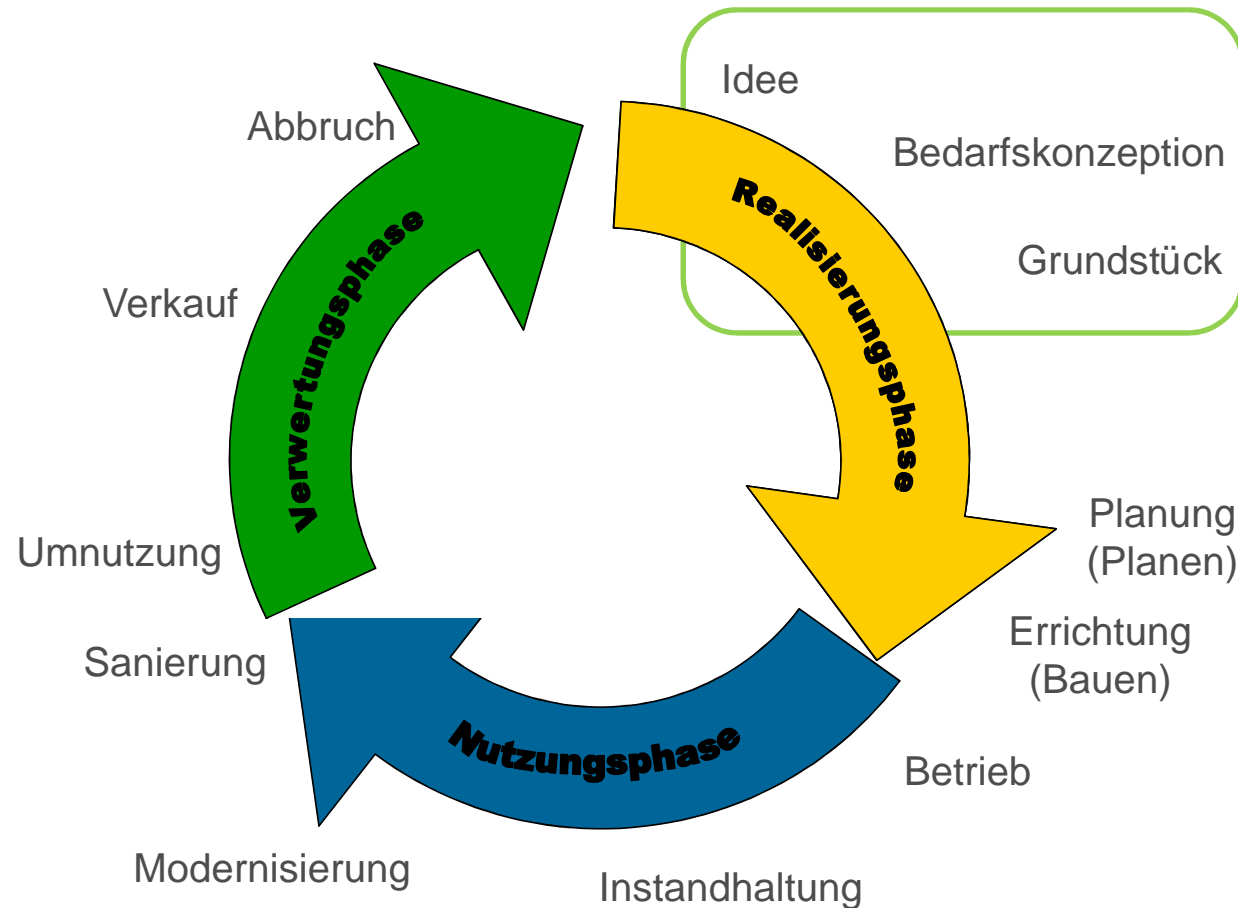
Aber: OLG Düsseldorf, Beschluss vom 11.12.2013 - [Verg 22/13](#)

 Hier können für den funktionalen Teil sinnvoll Zuschlagskriterien gebildet werden

Zwischenergebnis:

Bei Bauvergaben mit Leistungsbeschreibung und Leistungsverzeichnis nach § 7b EU VOB/A ist eigentlich kein Platz für von der Gruppe Preis und Kosten abweichende Zuschlagskriterien. Vernünftig denkbar sind als weitere nur Zuschlagskriterien der Gruppe Service (z.B. im Zusammenhang mit Wartungsarbeiten) und im Ausnahmefall der Gruppe Organisation, Qualifikation und Erfahrung.

Bei Funktionalvergaben und vergaberechtlich bedenklich, aber praktisch vorkommenden gemischten Leistungsbeschreibungen ist dies anders. Hier können (und sollten je nach Erfordernis) Zuschlagskriterien aus allen Gruppen Berücksichtigung finden.

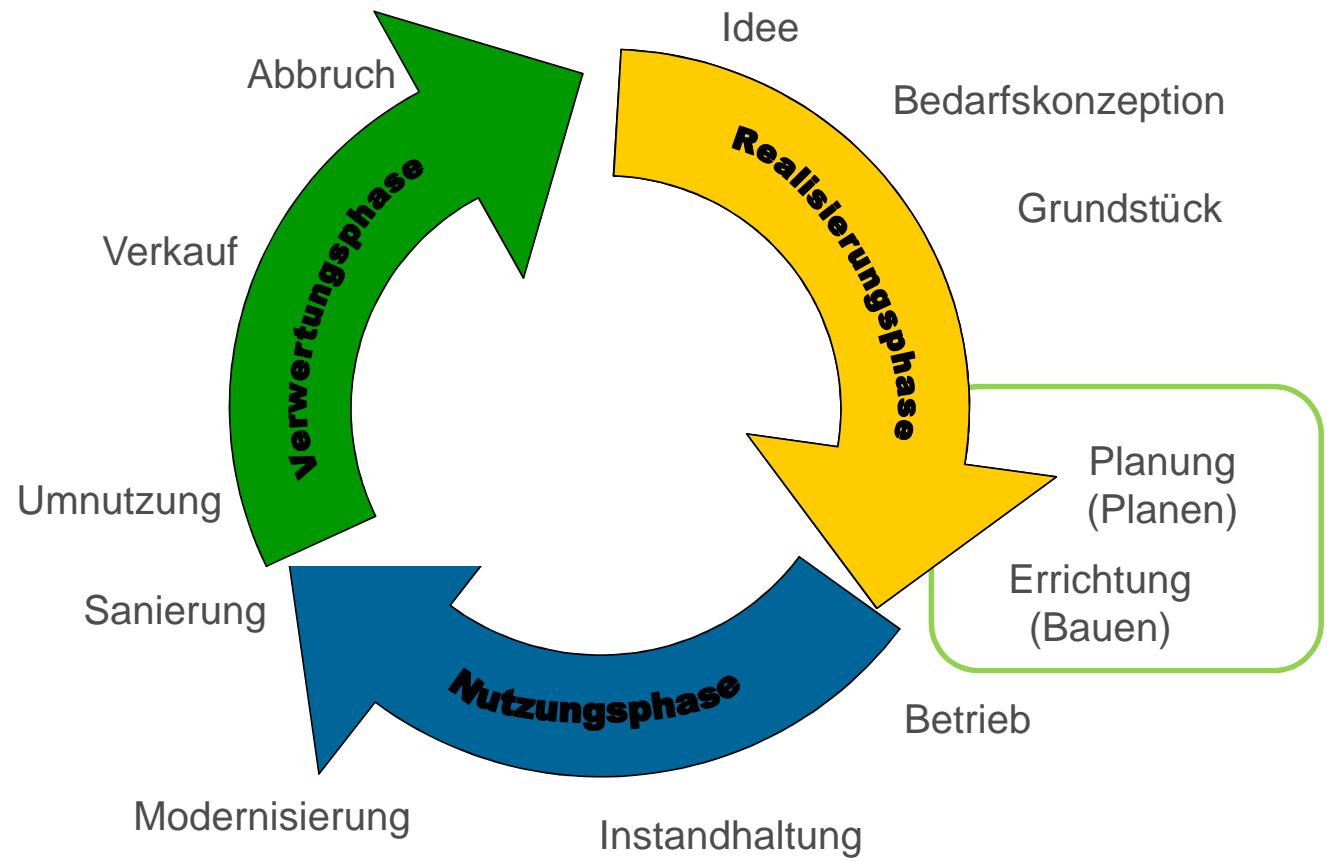


Bauherrenaufgaben:

1. *Beschaffung und Bereitstellung des Grundstücks*
2. *Bedarfs- und Kostenrahmenplanung über den Lebenszyklus (siehe DIN 18205, DIN 276, DIN 18960)*

*vgl. dazu HOAI 2013 Anlage 10, Grundleistungen im Leistungsbild Gebäude und Innenräume:
LPH1: Grundlagenermittlung „klären der Aufgabenstellung auf Grundlage der Vorgaben oder der Bedarfsplanung des Auftraggebers.“*

Quelle: Eigene Darstellung in Anlehnung an Gürtler



*Übliche
Planungsaufgaben:*

*Siehe HOAI,
z.B. Objektplanung,
Fachplanung*

*Aufgaben bzw.
Pflichten des
Unternehmers:*

*Siehe Leistungs-
beschreibung, LV
oder funktional*

Quelle: Eigene Darstellung in Anlehnung an Gürtler

1.1 Allgemeines zu Wertungskriterien (Was sind mögliche Wertungskriterien und wann spielen sie eigentlich eine Rolle)

Fazit aus baubetrieblicher Sicht:

Zum LV:

Einflussmöglichkeiten der Bieter sehr gering, da Entwurf und Planung nicht in der Verantwortung der Bieter sind.

Fragestellung: Welche Einflussmöglichkeiten haben Bieter konkret?

Zu funktionaler LB:

Einflussmöglichkeiten der Bieter im Rahmen der Planungsaufgaben gegeben.

Fragestellung: Welche Einflussmöglichkeiten haben Bieter konkret?

1.2 Was kann / darf / soll ein Ausschreibender als Aspekte der Nachhaltigkeit von den Bietern fordern? Wie soll die Nachhaltigkeit in die Wertung einfließen?

1.2.1 Definition der Nachhaltigkeit aus technischer Sicht

„wie eine sothane [solche] Conservation und Anbau des Holzes anzustellen / daß es eine continuirliche beständige und nachhaltende Nutzung gebe / weiln es eine unentbehrliche Sache ist / ohne welche das Land in seinem Esse nicht bleiben mag“

(Hans Carl von Carlowitz, Sylvicultura oeconomica, Leipzig 1732, S. 105)

"Nachhaltige Entwicklung ist eine Entwicklung, die den Bedürfnissen der heutigen Generation entspricht, ohne die Möglichkeiten künftiger Generationen zu gefährden, ihre eigenen Bedürfnisse zu befriedigen."

(„Brundtland-Kommission“, 1987)

„Unter Nachhaltigkeit verstehen wir eine Entwicklung, die ökologisch verträglich, sozial gerecht und wirtschaftlich leistungsfähig ist.“

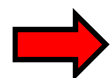
(BMUB, Nachhaltigkeit als Handlungsauftrag, 2017)

1.2.2 Definition der Nachhaltigkeit aus rechtlicher Sicht

- Art. 76 Abs. 2 RL 2014/24/EU nennt im Abschnitt soziale und andere besondere Dienstleistungen die Möglichkeit, Nachhaltigkeitskriterien bei der Auswahl des Dienstleisters zu berücksichtigen; im Übrigen verweisen die Erwägungsgründe auf die Strategie Europa 2020 der Kommission, die ebenfalls keine Definition des Begriffes Nachhaltigkeit enthält
- Begriff findet sich weder im GWB, noch der VgV noch der VOB/A, sondern nur in § 3 Abs. 8 VergStatVO
- Gesetzesbegründung und Verordnungsbegründung verweisen lediglich darauf, dass die Nachhaltigkeitsziele und –strategien der EU und der Bundesregierung umgesetzt werden und führen insoweit wortgleich aus:

„In jeder Phase eines Verfahrens, von der Leistungsbeschreibung über die Festlegung von Eignungs- und Zuschlagskriterien bis hin zur Vorgabe von Ausführungsbedingungen können qualitative, soziale, umweltbezogene oder innovative (**nachhaltige**) Aspekte einbezogen werden.“

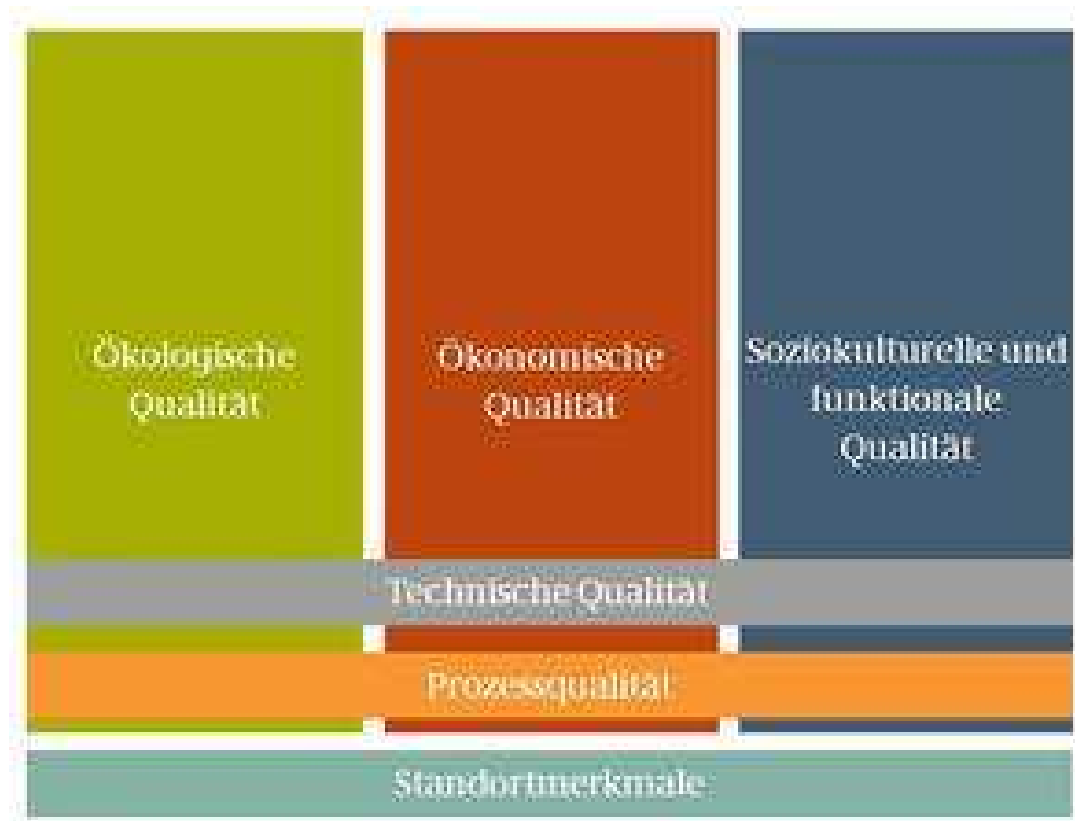
[BT-Drucks 18/6281, S. 57 = BR-Drucks 87/16, S. 154]



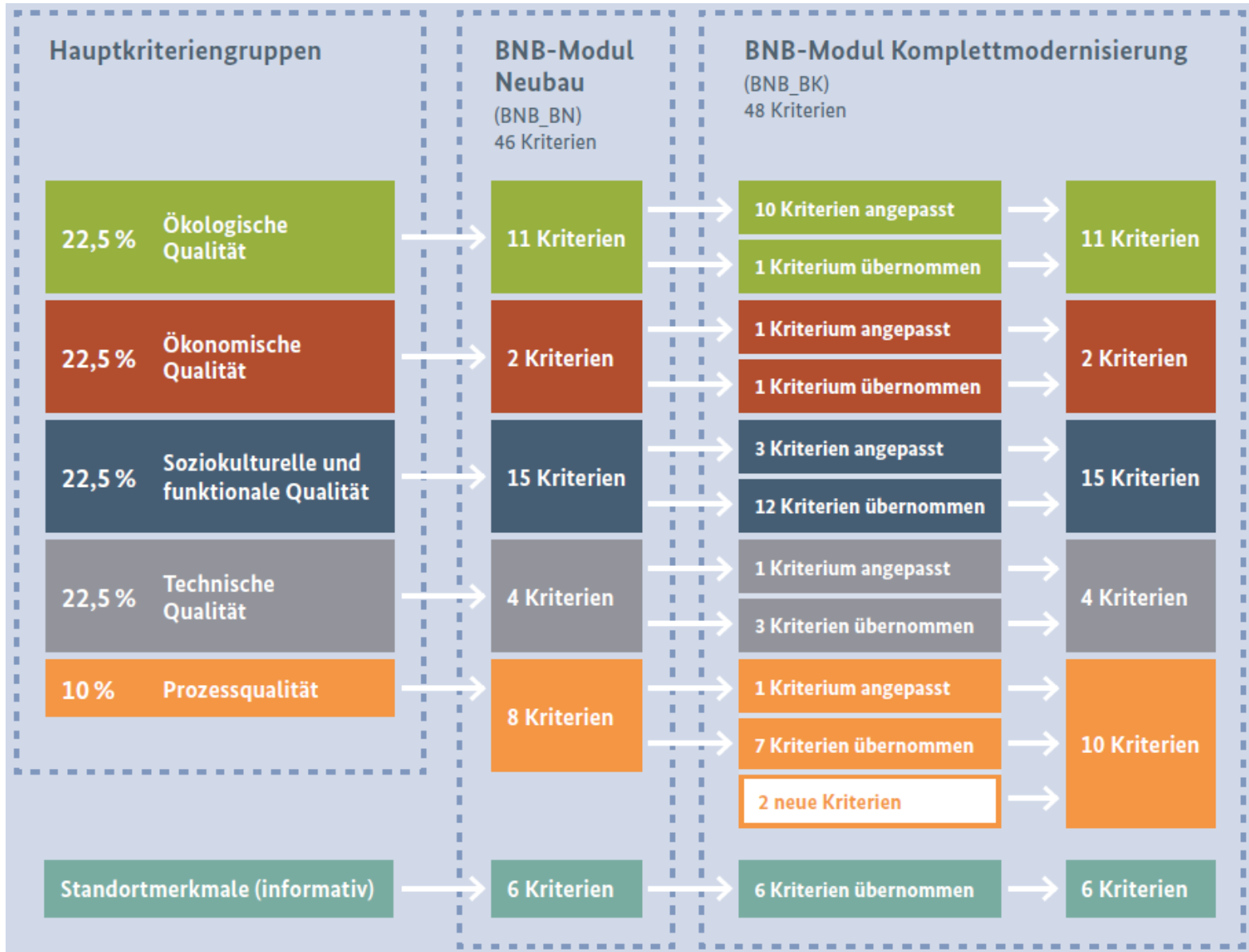
Es handelt sich bei dem Begriff Nachhaltigkeit aus rechtlicher Sicht mithin um einen **unbestimmten Rechtsbegriff**, d.h. dem AG, der im Rahmen der Beschaffung die Nachhaltigkeit zu beachten hat, kommt insoweit ein Beurteilungsspielraum zu.

- 1.2 Was kann / darf / soll ein Ausschreibender als Aspekte der Nachhaltigkeit von den Bietern fordern? Wie soll die Nachhaltigkeit in die Wertung einfließen?

Bewertungssystem Nachhaltiges Bauen (BNB)



		Ökologie	Ökonomie	Soziokulturelles
Schutzgüter	Nachhaltigkeit allgemein	<ul style="list-style-type: none"> Natürliche Ressourcen Natürliche Umwelt 	<ul style="list-style-type: none"> Kapital/Werte Ökonomische Leistungsfähigkeit 	<ul style="list-style-type: none"> Menschliche Gesundheit Soziale und kulturelle Werte
	Nachhaltiges Bauen	<ul style="list-style-type: none"> Natürliche Ressourcen Globale und lokale Umwelt 	<ul style="list-style-type: none"> Kapital/Werte 	<ul style="list-style-type: none"> Gesundheit Nutzerzufriedenheit Funktionalität Kultureller Wert
Schutzziele	Nachhaltigkeit allgemein	<ul style="list-style-type: none"> Schutz der natürlichen Ressourcen/sparsamer und schonender Umgang mit natürlichen Ressourcen Effizienzsteigerung Reduktion von Schadstoffbelastungen/Umwelteinwirkungen Schutz der Erdatmosphäre, des Bodens, des Grundwassers und der Gewässer Förderung einer umweltverträglichen Produktion 	<ul style="list-style-type: none"> Lebenszykluskosten senken Verringerung des Subventionsaufwandes Schulden verringern Förderung einer verantwortungsbewussten Unternehmerschaft Schaffung nachhaltiger Konsumgewohnheiten Schaffung dynamischer und kooperativer internationaler wirtschaftlicher Rahmenbedingungen 	<ul style="list-style-type: none"> Schutz und Förderung der menschlichen Gesundheit Sozialen Zusammenhalt und Solidarität stärken Kulturelle Werte erhalten Chancengleichheit Sicherung von Erwerbsfähigkeit und Arbeitsplätzen Armutsbekämpfung Bildung/Ausbildung Gleichberechtigung Integration Sicherheit/lebenswertes Umfeld
	Nachhaltiges Bauen	<ul style="list-style-type: none"> Schutz der natürlichen Ressourcen Schutz des Ökosystems 	<ul style="list-style-type: none"> Minimierung der Lebenszykluskosten Verbesserung der Wirtschaftlichkeit Erhalt von Kapital/Wert 	<ul style="list-style-type: none"> Bewahrung von Gesundheit, Sicherheit und Behaglichkeit Gewährleistung von Funktionalität Sicherung der gestalterischen und städtebaulichen Qualität



1.2 Was kann / darf / soll ein Ausschreibender als Aspekte der Nachhaltigkeit von den Bietern fordern? Wie soll die Nachhaltigkeit in die Wertung einfließen?

*Bewertungssystematik gemäß Norm DIN EN 15643 Teile 1 bis 5
Nachhaltigkeit von Bauwerken - Bewertung der Nachhaltigkeit von Gebäuden*

Teil 1: Allgemeine Rahmenbedingungen, 2010-12

Teil 2: Rahmenbedingungen für die Bewertung der umweltbezogenen Qualität, 2011-05

Teil 3: Rahmenbedingungen für die Bewertung der sozialen Qualität, 2012-04

Teil 4: Rahmenbedingungen für die Bewertung der ökonomischen Qualität, 2012-04

Teil 5: Rahmenbedingungen für die Bewertung der Nachhaltigkeit von Ingenieurbauwerken, Entwurf 2016-03

DIN EN 15804 Nachhaltigkeit von Bauwerken - Umweltproduktdeklarationen - Grundregeln für die Produktkategorie Bauprodukte, 2014-07

DIN EN 15978 Nachhaltigkeit von Bauwerken - Bewertung der umweltbezogenen Qualität von Gebäuden - Berechnungsmethode, 2012-10

DIN EN 16309 Nachhaltigkeit von Bauwerken - Bewertung der sozialen Qualität von Gebäuden - Berechnungsmethoden, 2016-07

DIN EN 16627 Nachhaltigkeit von Bauwerken - Bewertung der ökonomischen Qualität von Gebäuden - Berechnungsmethoden, 2015-09

- 1.2 Was kann / darf / soll ein Ausschreibender als Aspekte der Nachhaltigkeit von den Bietern fordern? Wie soll die Nachhaltigkeit in die Wertung einfließen?

Erforderliche Abgrenzung für

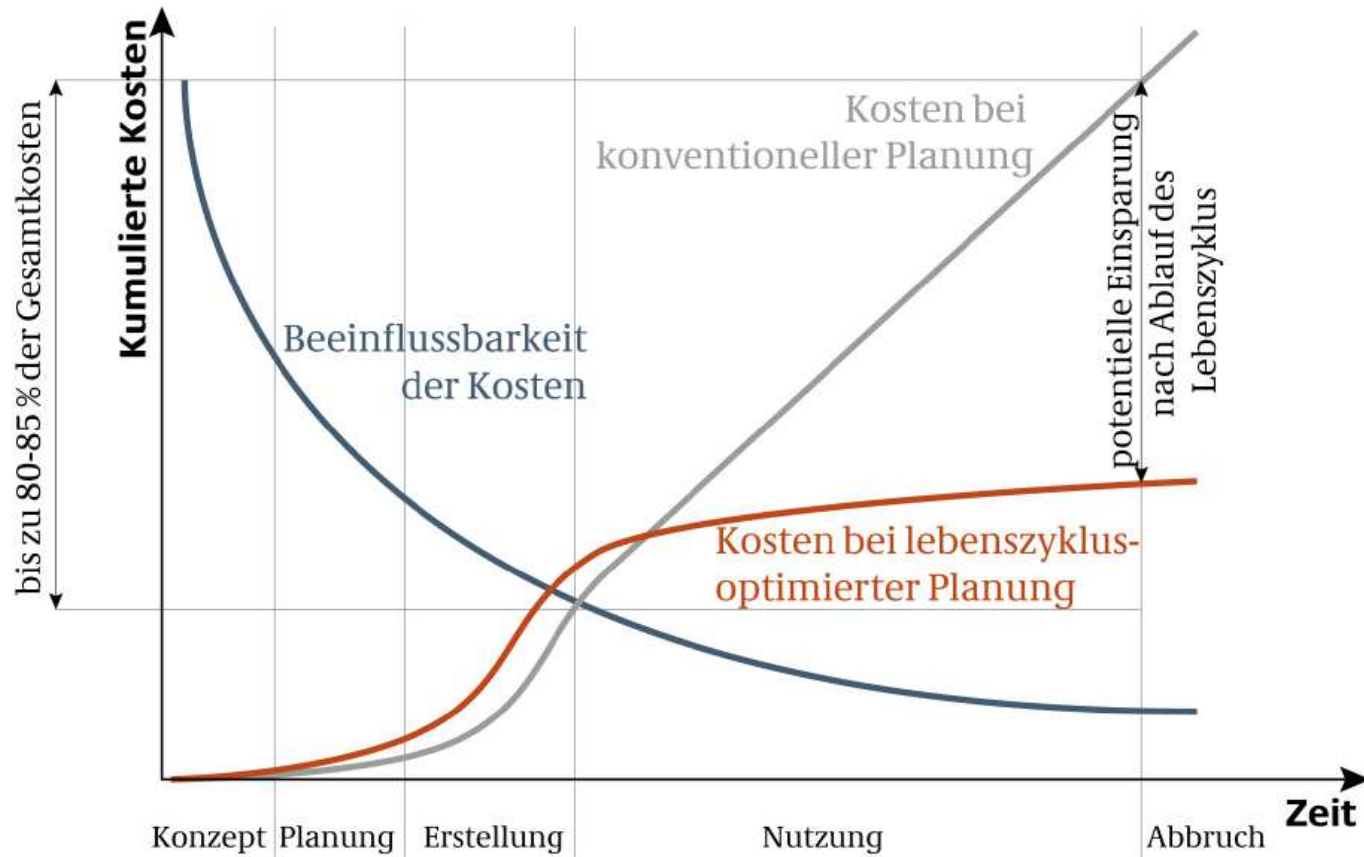
1. *Leistungsbeschreibung (LB) mit Leistungsverzeichnis (LV)*
Fragestellung:
Welche Parameter der Nachhaltigkeit kann ein Bieter im Rahmen einer LB mit LV beeinflussen?

2. *Leistungsbeschreibung (LB) mit Leistungsprogramm (LP bzw. Funktionale LB)*
Fragestellung:
Welche Parameter der Nachhaltigkeit kann ein Bieter im Rahmen einer funktionalen LB beeinflussen?

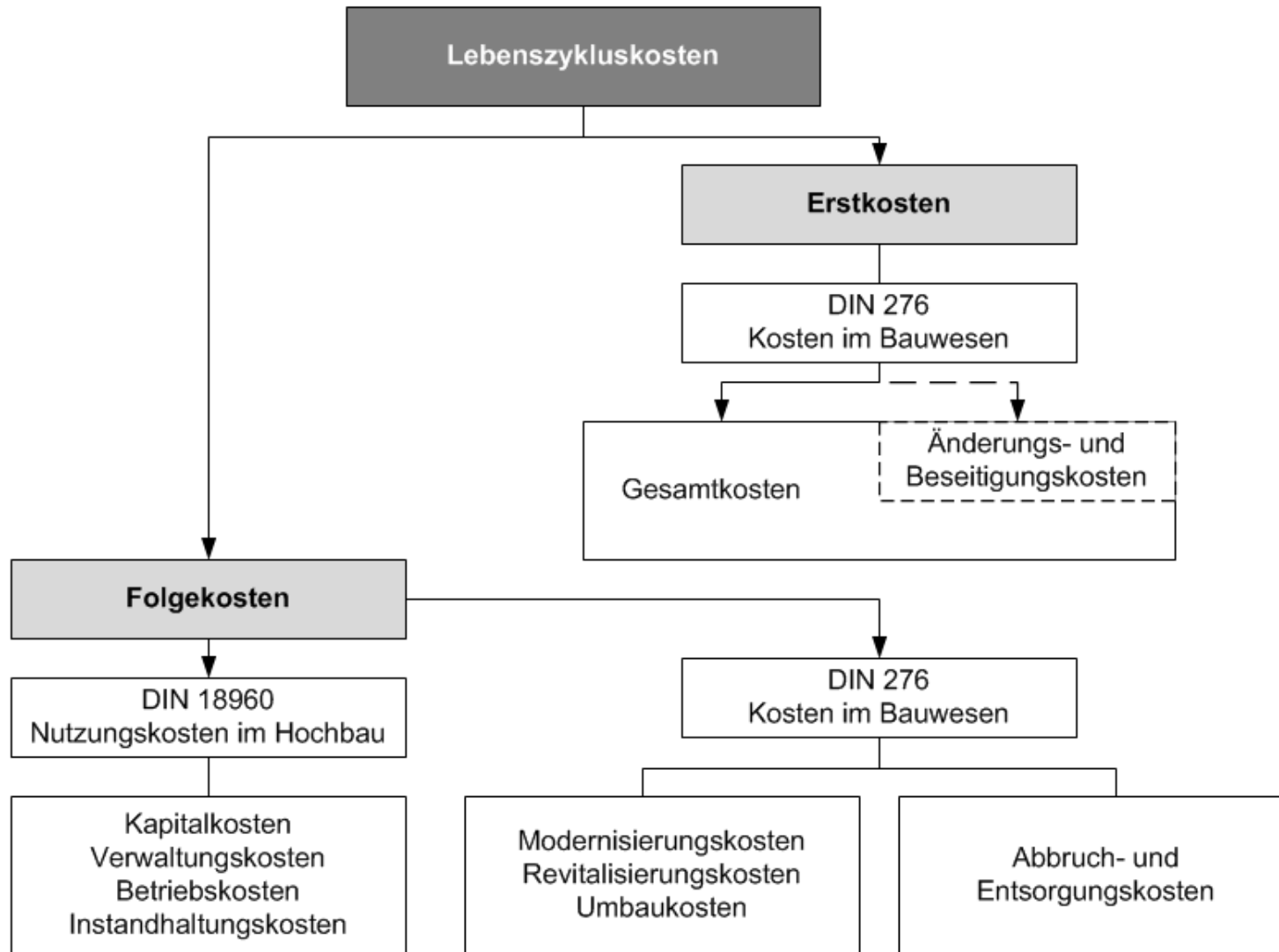
1.3 Welche Möglichkeiten der Bewertung der Angebote gibt es auf Grundlage eines Wirtschaftlichkeitsvergleichs unter Berücksichtigung der Vorgabe von Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen bei finanzwirksamen Maßnahmen und des Lebenszykluskostenansatzes?

§ 7 BHO: Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit, Kosten- und Leistungsrechnung

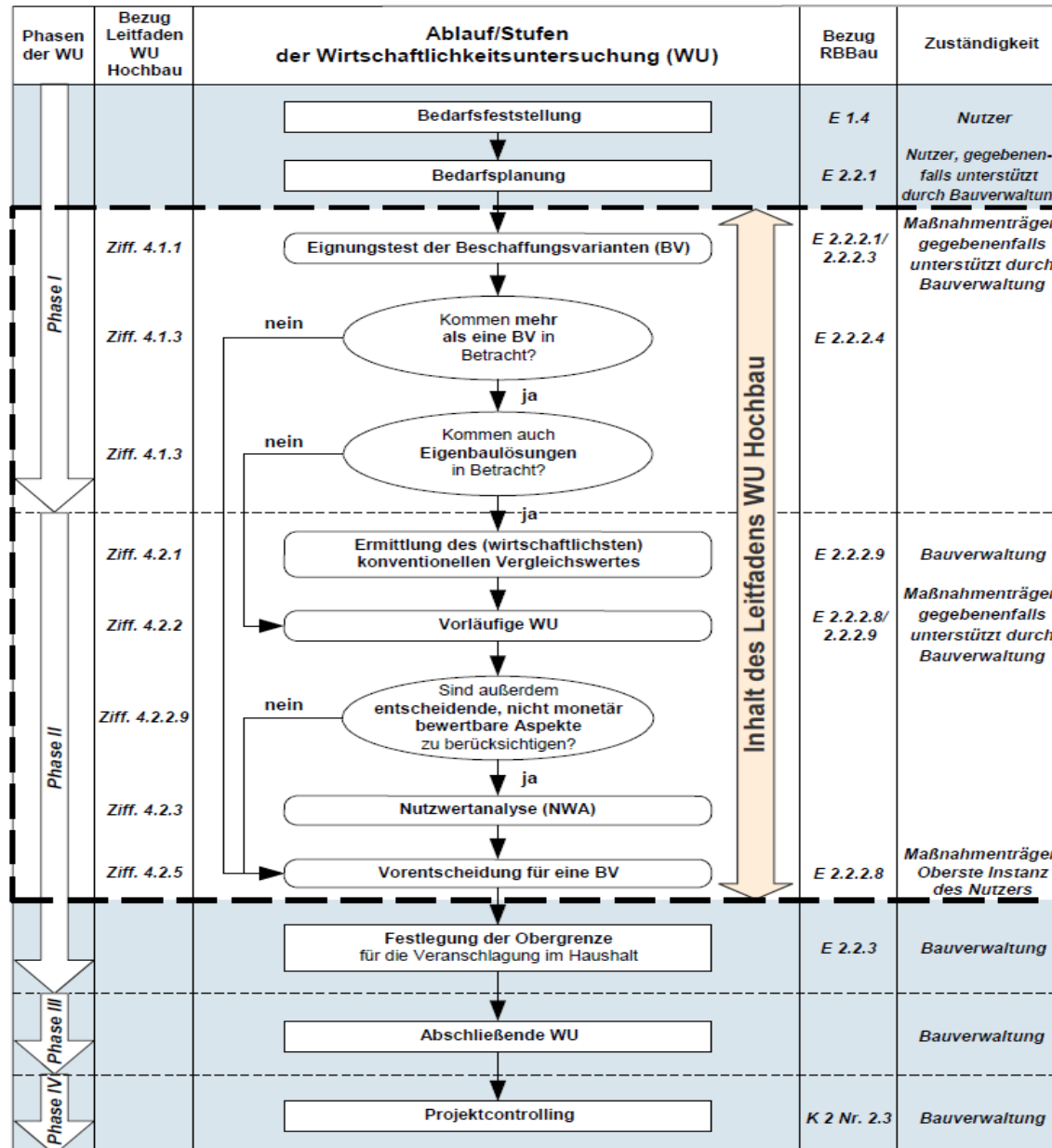
- (1) Bei Aufstellung und Ausführung des Haushaltsplans sind die Grundsätze der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit zu beachten. ...*
- (2) Für alle finanzwirksamen Maßnahmen sind angemessene Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen durchzuführen. Dabei ist auch die mit den Maßnahmen verbundene Risikoverteilung zu berücksichtigen. ...*



Quelle: Leitfaden Nachhaltiges Bauen, BMUB



Quelle: unbekannt



Quelle: Leitfaden WU Hochbauprojekte
<http://www.bmub.bund.de/themen/bauen/bauwesen/gesetzgebung-und-leitfaeden/leitfaeden/leitfaden-wu-hochbau/>

Vorgaben aus dem Haushaltsrecht

§24 Bundeshaushaltsordnung (BHO)

„Baumaßnahmen, größere Beschaffungen, größere Entwicklungsvorhaben“

(1) Ausgaben und Verpflichtungsermächtigungen für Baumaßnahmen dürfen erst veranschlagt werden, wenn Pläne, Kostenermittlungen und Erläuterungen vorliegen, aus denen die Art der Ausführung, die Kosten der Baumaßnahme, des Grunderwerbs und der Einrichtungen sowie die vorgesehene Finanzierung und ein Zeitplan ersichtlich sind. Den Unterlagen ist eine Schätzung der nach Fertigstellung der Maßnahme entstehenden jährlichen Haushaltsbelastungen beizufügen.

Vorgaben aus dem Haushaltsrecht

§54 Bundeshaushaltsordnung (BHO)

„Baumaßnahmen, größere Beschaffungen, größere Entwicklungsvorhaben“

(1) Baumaßnahmen dürfen nur begonnen werden, wenn ausführliche Entwurfszeichnungen und Kostenberechnungen vorliegen, es sei denn, dass es sich um kleine Maßnahmen handelt. In den Zeichnungen und Berechnungen darf von den in § 24 bezeichneten Unterlagen nur insoweit abgewichen werden, als die Änderung nicht erheblich ist; weitergehende Ausnahmen bedürfen der Einwilligung des Bundesministeriums der Finanzen.

- 1.3 Welche Möglichkeiten der Bewertung der Angebote gibt es auf Grundlage eines Wirtschaftlichkeitsvergleichs unter Berücksichtigung der Vorgabe von Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen bei finanzwirksamen Maßnahmen und des Lebenszykluskostenansatzes?

Fazit:

1. *LB mit LV: begrenzte Möglichkeiten, z.B. bei freier Wahl von Produkten oder im Rahmen von Nebenangeboten*

Fragestellung: Wie ist dies in der Praxis anwendbar?

2. *Funktionale LB: Freiheiten des Bieters im Rahmen der Planungsaufgaben gegeben*

Fragestellungen: Wie ist dies in der Praxis anwendbar?

In welchem Umfang ist dies praktikabel?

Welche Angaben sind diesbezüglich in den Ausschreibungsunterlagen erforderlich?

1.4 Kann oder soll der Ausschreibende die Bauzeit dem Wettbewerb unterziehen? Ist dies baubetrieblich möglich? Ist dies rechtlich möglich? Ist dies überhaupt sinnvoll?

Baubetriebliche Wertung anhand der Parameter Kosten und Bauzeit für ein Projekt möglich, z.B. anhand von Einsparungen infolge früherer Inbetriebnahme (ersparte Mietkosten, geringere Zinsbelastung durch frühere Verwertung einer Liegenschaft etc.), ggfs. auch anhand einer volkswirtschaftlichen Kostenbewertung (vgl. hierzu Verkehrsbeeinflussungskosten bei den Funktionsbauverträgen im Straßenbau)

- ABER:** - Kriterium Einhaltung der Ausführungsfristen: Gewichtung 20
m.E. ein untaugliches Zuschlagskriterium
(a.A. VK Nordbayern, Beschluss vom 11.06.2014 - 21.VK-3194-12/14 mit dem Argument, aus der Bekanntgabe "Einhaltung der Ausführungsfristen" könne ein fachkundiger Bieter bei einer Auslegung nach §§ 133, 157 BGB erkennen, dass lediglich Optimierungsvorschläge zur Einhaltung der Ausführungsfristen, also Vorschläge zur Sicherstellung der vorgegebenen Bauzeit zugelassen waren.)
- Kürzeste Bauzeit mit bester Bewertung = kein zulässiges Kriterium, wenn eine vertragliche Bauzeit vorgegeben ist
(VK Sachsen-Anhalt, Beschluss vom 09.07.2014 - 3 VK LSA 67/14;
a.A. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 06.05.2011 - Verg 26/11)
- > **Frage:** Wie lässt sich das Kriterium kürzere Bauzeit sinnvoll formulieren und werten?

Der Auftraggeber kalkuliert bei entsprechend besetzter Baustelle, Materialdisposition und Koordination der verschiedenen Arbeiten eine Gesamtausführungsdauer an der Örtlichkeit für sämtliche im vorstehenden LV beschriebenen Arbeiten von maximal 200 aufeinanderfolgenden Werktagen (Samstag gelten hierbei nicht als Werktage).

Für die Ausführung und Fertigstellung der gesamten ausgeschriebenen Leistungen werden vom

Bieter insgesamt _____ aufeinanderfolgende Werktage
(Bietereintrag)

kalkuliert und als verbindlich begrenzter Ausführungszeitraum - unter Berücksichtigung und Abwägung von Schlechtwettertagen, etc. - angeboten und zugesichert. (Samstage zählen nicht als Werktage)

Die vom Bieter eingetragene Ausführungsfrist darf maximal 240 aufeinanderfolgende Werktage betragen; bei einer Überschreitung dieser Anzahl wird das Angebot des Bieters ausgeschlossen.

[Vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 06.05.2011 - Verg 26/11]

1.5 Lassen sich Risikobewertungen in Bezug auf Erwartungen im Hinblick auf einwandfreie Ausführung einschließlich Haftung für Mängelansprüche sinnvoll bei der Wirtschaftlichkeitsbetrachtung berücksichtigen?

Verweis auf die grundsätzliche Vorgehensweise gemäß Leitfaden Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen von Hochbauten des BMUB (Leitfaden WU Hochbau)

(<http://www.bmub.bund.de/themen/bauen/bauwesen/gesetzgebung-und-leitfaeden/leitfaeden/leitfaden-wu-hochbau/>)

Vorgehensweise anhand von Szenarien und Sensitivitätsanalysen

Erforderlich: Belastbare Ausgangsdaten bzgl. Ausfallrisiko, Versagenswahrscheinlichkeit, Mängelbeseitigungskosten etc.

1.6 Wie lässt sich die Wertung schematisieren?

Seit der Entscheidung des BGH vom 04.04.2017 ([X ZB 3/17](#)) ist klar, dass ein einfaches Schema, wie z.B. Schulnoten für die ausgewählten Kriterien, jedenfalls bei normalen funktional ausgeschriebenen Bauaufträgen, ohne vorherige Bekanntgabe, wie welche Note erreicht wird (Zielerreichungsgrade) durch die Vergabestelle zulässig ist. Wörtlich führte der BGH aus:

„Die Forderung der Vergabekammer nach Unterlegung der erzielbaren Noten bzw. Punkte mit konkretisierenden Informationen zu den von der Antragsgegnerin mit der Erfüllung der Unterkriterien verbundenen Erwartungen läuft darauf hinaus, ihr die Durchführung eines partiell anderen Vergabeverfahrens aufzuerlegen, als es ihren eigentlichen Intentionen entspricht, und den Bietern direkt oder mittelbar Lösungskomponenten vorzugeben, die diese zwangsläufig aufgreifen würden, um in der Angebotswertung bestehen zu können. Damit würde die Antragsgegnerin gezwungen, Aufgaben zu übernehmen, deren Lösung sie im Rahmen der **funktionalen Ausschreibung** in vergaberechtlich unbedenklicher Weise auf die Bieter delegieren wollte.“

[BGH, a.a.O., Rz. 46]

1.6 Wie lässt sich die Wertung schematisieren?

Kernfrage: Welches Schema bzw. welche Form einer Skalierung kann für die Wertung mittels „Schulnoten“ herangezogen werden?

Beispiel:

Vorgabe einer Werteskala und Zuordnung von Noten bezogen auf einen Zielwert, z.B. geringste Kosten oder kürzeste Bauzeit bzw. qualitative Kriterien (Lärmschutz, Emissionen etc.)

Bereich	von	bis	Note
A	0	10 %	1,0
B	> 10 %	20 %	2,0
C	> 20 %	30 %	3,0
D	> 30 %	40 %	4,0
E	> 40 %		5,0

1.6 Wie lässt sich die Wertung schematisieren?

Alternativ:

Wertung durch eine Wirtschaftlichkeitsuntersuchung als weitere Möglichkeit zum Vergleich von Nebenangebot und Hauptangebot bzw. Nebenangeboten untereinander, ggfs. Einbeziehen von Kriterien der Nachhaltigkeit in die Wertung (siehe Diskussion vorab).

1.7 Wie lässt sich dies auf die Wertung von Nebenangeboten übertragen?

Siehe dazu Punkte 1.2 und 1.3 sowie 1.6 vorab

1.8 Fazit

- AG hat hinsichtlich der Zuschlagskriterien ein sog. Kriterienauswahl- und gewichtungsermessen
- Zuschlagskriterien sind in Abhängigkeit von der Art der Ausschreibung zu formulieren
- Systematisierung und Bewertung anhand von Schulnoten ist zulässig, erfordert jedoch eine nachträglich z.B. im Vergabenaachprüfungsverfahren nachvollziehbare Dokumentation der Bewertung. Eine Darstellung einer „Musterlösung“ in den Vergabeunterlagen ist nicht erforderlich.

2) Aufklärung des Angebotsinhalts zur Absicherung der Wertung

2.1. Allgemeines

§ 15 EU VOB/A – Zulässige Aufklärung

- „(1) 1. Im offenen und nicht offenen Verfahren darf der öffentliche Auftraggeber nach Öffnung der Angebote bis zur Zuschlagserteilung von einem Bieter nur Aufklärung verlangen, um sich über seine Eignung, insbesondere seine technische und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit, das Angebot selbst, etwaige Nebenangebote, die geplante Art der Durchführung, etwaige Ursprungsorte oder Bezugsquellen von Stoffen oder Bauteilen und über die Angemessenheit der Preise, wenn nötig durch Einsicht in die vorzulegenden Preisermittlungen (Kalkulationen) zu unterrichten.
2. Die Ergebnisse solcher Aufklärungen sind geheim zu halten. Sie sollen in Textform niedergelegt werden.

...

- (4) Der öffentliche Auftraggeber darf nach § 8c EU Absatz 3 übermittelte Informationen [Angaben bei energieverbrauchsrelevanten Waren, techn. Geräten oder Ausrüstungen] überprüfen und hierzu ergänzende Erläuterungen von den Bietern fordern.“

[] – Zusatz durch den Unterzeichner

§ 15 EU Abs. 3 VOB/A - Nachverhandlungsverbot

„(3) Verhandlungen in offenen und nicht offenen Verfahren, besonders über Änderung der Angebote oder Preise, sind unstatthaft, außer, wenn sie bei Nebenangeboten oder Angeboten aufgrund eines Leistungsprogramms nötig sind, um unumgängliche technische Änderungen geringen Umfangs und daraus sich ergebende Änderungen der Preise zu vereinbaren.“

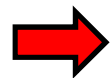
§ 15 EU Abs. 2 VOB/A Folgen unterbliebener Mitwirkung der Aufklärung durch den Bieter

„(2) Verweigert ein Bieter die geforderten Aufklärungen und Angaben oder lässt er die ihm gesetzte angemessene Frist unbeantwortet verstreichen, so ist sein Angebot auszuschließen.“

- § 15 EU VOB/A ist eine Ausnahmegvorschrift
- Nur Unklarheiten können hinterfragt werden
- Beispiel:** Die Baubeschreibung sieht für die Kanalsohle einen dreischichtigen Aufbau vor. Alternativ war auch anstelle der 40 cm dicken Deckschicht der Einbau eines nur 2 cm starken Geotextilfilters zugelassen. Die dazu erforderlichen zusätzlichen Erdarbeiten sollten in das (Neben-)Angebot für die Geotextilfilter eingerechnet werden. Der Bieter B legt ein Nebenangebot vor, das keine Angaben zu den erforderlichen Mehrmengen bei den Erdarbeiten enthält. Im Rahmen der Aufklärung bestätigt er, dass die Mehrmengen eingerechnet seien. Der Mitbewerber M moniert dies. Zu Recht?
Ja, OLG Düsseldorf, Beschl. v. 14.03.2001 – Verg 30/00, schon die Nachfrage zeige, dass die Mehrmengen nicht berücksichtigt seien.
- Frist: angemessen
- Fristversäumung führt zum Ausschluss
Beachte: Ungenaue Antwort = Fristversäumung!
(EuGH, Urt. V. 29.03.2012 - Rs. C-599/10)

2.2 Reichweite der Aufklärung hinsichtlich der Eignung

- (1) Zum Nachweis der Eignung vorzulegende Nachweise müssen in der Bekanntmachung bzw. den Vergabeunterlagen abschließend benannt sein, § 12 EU Abs. 3 Nr. 2 VOB/A iVm Standardformular
- (2) Fehlende (nicht fehlerhafte!) Eignungsnachweise fordert der AG gem. § 16a EU VOB/A nach
- (3) Vorbehaltene Eignungsnachweis fordert der AG gem. § 16 EU Nr. 4 VOB/A erstmalig in angemessener Frist an (werden sie dann nicht fristgerecht vorgelegt ist das Angebot auszuschließen, vgl. Einführungserlass zur VOB/A vom 07.04.2016, S. 9 f.)



Nur wenn aufgrund besonderer außerhalb der geforderten Eignungsnachweise liegenden Umstände Zweifel an der Leistungsfähigkeit aufgetreten sind, kann (und muss) im Rahmen der Aufklärung die Eignung weiter oder erneut geprüft werden.

Beispiele: - asset deal

(vgl. VK Bund B. v. 11.3.2016 – VK 1 10/16; OLG Düsseldorf B. v. 26.01.2005 – Verg 45/04 Teltow-Kanal III)

- Verhaftung eines Geschäftsführers wegen gewerbsmäßigem Betrug und Steuerhinterziehung

(OLG München B. v. 22.11.2012 – Verg 22/12)

2.3 Reichweite der Aufklärung über Inhalte der Angebote und Nebenangebote

- (1) Mit dem Angebot vorzulegende angebotsbezogene Erklärungen oder Nachweise müssen in den Vergabeunterlagen abschließend benannt sein
- (2) Fehlende (nicht fehlerhafte!) Nachweise fordert der AG gem. § 16a EU VOB/A nach
- (3) Vorbehaltene Nachweis fordert der AG gem. § 16 EU Nr. 4 VOB/A erstmalig in angemessener Frist an (werden sie dann nicht fristgerecht vorgelegt ist das Angebot auszuschließen, vgl. Einführungserlass zur VOB/A vom 07.04.2016, S. 9 f.)
- (4) Bei Alternativprodukten o. abweichenden technischen Spezifikationen ist der fehlende Nachweis der Gleichwertigkeit wegen § 13 EU Abs. 2 VOB/A gem. § 16a EU VOB/A nachzufordern
- (5) Nur wenn es darüber hinaus Aufklärungsbedarf gibt kann der AG folgende abschließend in § 15 EU VOB/A benannten Punkte weiter aufklären:

- das Angebot selbst, d.h. über die Ausgestaltung technischer Spielräume, die der AG den Bietern bei Erstellung der Angebote überlässt (z.B. die für die Ausführung vorgesehen Produkte, vgl. z.B. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 05.10.2016 - Verg 24/16; OLG München, Beschluss vom 10.04.2014 - Verg 1/14) und auch und insbesondere das Alternativprodukt
- Art der Durchführung, d.h. Aufklärung zum Bauablauf, Geräte- und Personaleinsatz
- Ursprungsorte und Bezugsquellen, z.B. zur Prüfung, ob erforderliche Zulassungen existieren, und über die Eignung der Hersteller bzw. Lieferanten (z.B. hinsichtlich von just in time-Lieferungen)
- Angemessenheit der Preise

2.4 Umfang der Aufklärung

Einsicht in die Urkalkulation – Welche Angaben können aus der Kalkulation eines Bieters Aufschluss geben?

Baubetriebliche Angaben:

1. Aufwandswerte sowie Leistungswerte
2. Angaben zum Ressourceneinsatz, z.B. Personalstärke oder Anzahl an Geräten

Jeweils i.V.m. der Bauzeitenplanung, der Baustelleneinrichtungs-planung und einem Logistikkonzept

Kalkulationsangaben zu den EKT

1. Geräte: A+V+R, Einsatzdauer, ggfs. Stillliegezeiten
2. Stoffkosten, Stoffmengen und ggfs. Produktangaben
3. Nachunternehmerangebote

Anmerkung: Kalkulationslohn siehe VHB 221 etc.

Baubetriebliche Angaben:

1. Aufwandswerte sowie Leistungswerte
2. Angaben zum Ressourceneinsatz, z.B. Personalstärke oder Anzahl an Geräten

Jeweils i.V.m. der Bauzeitenplanung, der Baustelleneinrichtungs-planung und einem Logistikkonzept

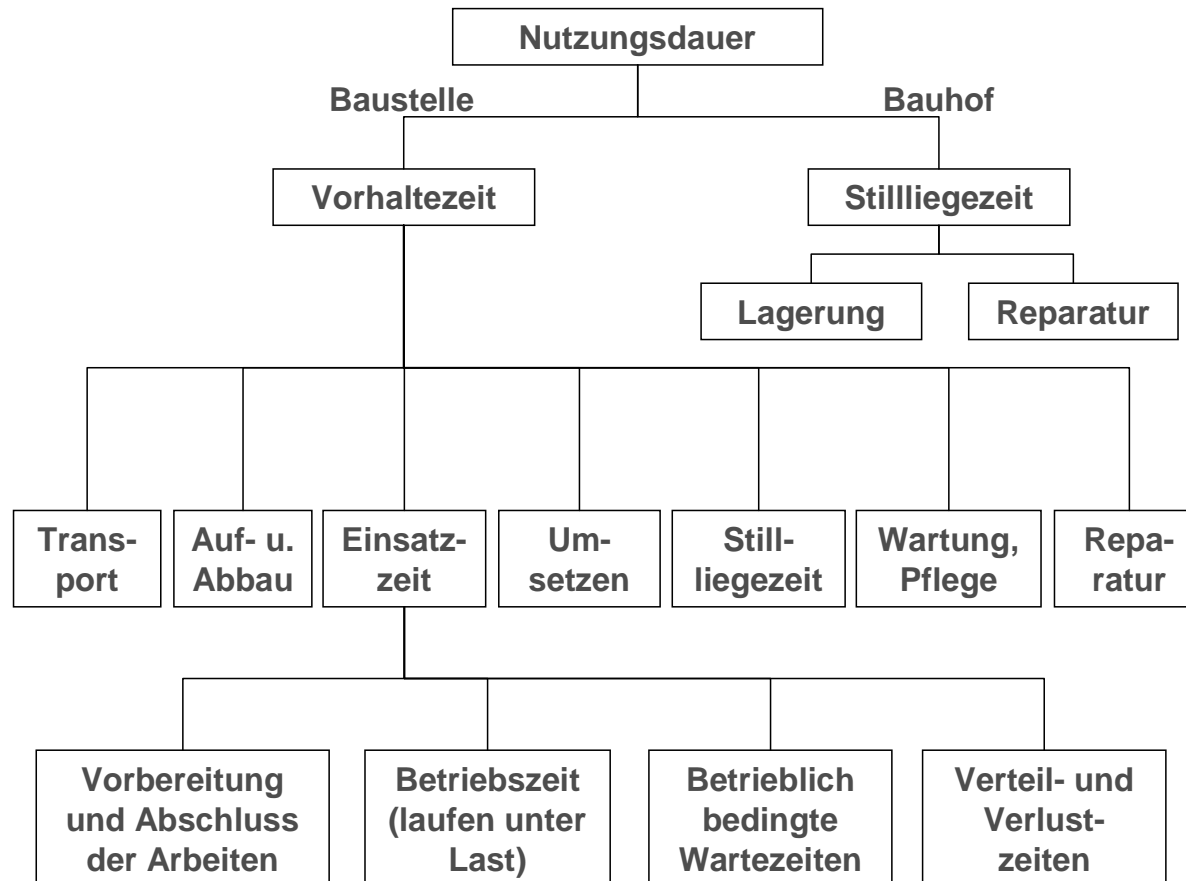
Vorgangsdauerberechnung anhand der Eingangsdaten

- Auszuführende Menge
- Aufwandswert bzw. Leistungswert
- Anzahl an Personal bzw. Geräten
- Tägliche Arbeitszeit

2.4 Umfang der Aufklärung

Kalkulationsangaben zu den EKT

1. Geräte: A+V+R, Einsatzdauer, ggfs. Stillliegezeiten



2.5 Fehler der Aufklärung

- Keine TOP des Aufklärungsgesprächs an Bieter
(1. VK Sachsen, B. v. 02.04.2014 - Az.: 1/SVK/004-14)
- Unangemessen kurze Fristen (häufig unter fehlerhaften Bezug auf § 16a EU VOB/A)
- Nachverhandlung
- Unklares Aufklärungsverlangen
(KG, Beschluss vom 07.08.2015 - Verg 1/15)
- Verzicht auf Aufklärung der Aufklärung
- Überflüssige Aufklärung (z.B. bei nicht indizierenden Preisabständen,
OLG Koblenz, Beschluss vom 19.01.2015 - Verg 6/14)

2.6 Berücksichtigung der Ergebnisse der Aufklärung

Aus baubetrieblicher Sicht: Prüfung der „Machbarkeit“ und Plausibilisierung hinsichtlich der Aspekte

- *Technik (Bauverfahren, Platzbedarf von Personal und Gerät, geplanter Bauablauf, Baustelleneinrichtung, Logistik etc.)*
- *Ressourcen (Anzahl bzw. Menge, Art und deren Eignung, Anzahl der Fertigungspunkte, Platzbedarf von Personal und Gerät, gewählte Stoffe, Führungspersonal etc.)*
- *Bauzeit (Termine und Fristen, geplanter Bauablauf etc.)*
- *Risiken (Technik, Ressourcen, Bauzeit, rechtlich, organisatorisch etc.)*

Fazit:

Im Rahmen der Aufklärung kann der AG vielfältige Informationen erlangen, aber durchaus auch Fehler aus „übersteigertem“ Wissendurst heraus machen. Grundsätzlich gilt auch insoweit, je mehr technische Spielräume den Bietern eingeräumt werden, desto weiter geht die Aufklärung. D.h. bei einem funktionalem Leistungsbeschrieb ist der Aufklärungsbedarf regelmäßig höher als beim klassischen Regelfall (Vergabe mit LV).

Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit!

PMS Projektmanagement
Services GmbH
Lortzingstr. 9
81241 München

089/83 10 74

www.pms-online.eu

Rembert Rechtsanwälte
Brienner Str. 21
80336 München

089/76 70 700

www.rembert-rechtsanwaelte.de