

**RECHNUNGSPRÜFUNGSAMT
des
LANDKREISES CUXHAVEN**

**Allgemeine Hinweise
zu
Vergaben VOB/A**

(Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen)

Stand 10/2006

Inhaltsverzeichnis

A	GESETZLICHE GRUNDLAGEN DES VERGABERECHTS-----	1
1.	Rechtsvorschriften (Quellennachweise)	1
2.	Vergabe- und Vertragsordnung/Verdingungsordnungen	2
3.	Öffentliche Auftraggeber	2
4.	Vergaben oberhalb der Schwellenwerte (EG)	2
5.	Vergaben unterhalb der Schwellenwerte (national)	3
6.	Arten der Vergabeverfahren	3
7.	Niedersächsisches Landesvergabegesetz	4
B	WICHTIGE HINWEISE FÜR DAS VERGABEVERFAHREN-----	5
8.	Vergabeverfahren VOB	5
9.	Organisatorische Trennung	11
10.	Typische Vergabefehler	11
11.	Aufbau und Inhalt des Vergabevermerkes nach VOB/A	13
12.	Aktuelle Urteile	14
C	ANHANG -----	16
13.	Erlasszusammenstellung	16
14.	Literaturhinweise/Handbücher	16
15.	Wichtige Internetadressen	16
16.	Sonstiges / Änderung des Einkommensteuergesetzes	17

A Gesetzliche Grundlagen des Vergaberechts

1. Rechtsvorschriften (Quellennachweise)

- 1.1 Das Vergaberecht ist spezieller Teil des Haushaltsrechts. Hintergrund ist der Haushaltsgrundsatz der sparsamen und wirtschaftlichen Verwendung öffentlicher Mittel. Nach den Vorgaben des Haushaltsgrundsätzegesetzes (§ 30 HGrG) haben die Länder und Gemeinden die Vergabe von Aufträgen der öffentlichen Hand zu regeln. Niedersachsen hat dies über § 82 NGO (Sparsamkeit) und § 32 GemHVO (Vergabe) sowie 2002 durch das spezielle Nds. Landesvergabegesetz (geändert am 09.12.2005, gültig ab 01.01.2006)(s. Tz. 7) geregelt.

Das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) definiert u.a. die Auftraggebereigenschaft betr. die Anwendung des Vergaberechts und setzt in seinem 4. Teil sowie in der Vergabeverordnung das europäische Vergaberecht in nationales Recht um.

Das europäische Vergaberecht ist i.d.R. anzuwenden auf Bauaufträge (ohne Umsatzsteuer) oberhalb von 5 Mio. € (ab 01.01.2007 = 6.242.000 €), Liefer- und Dienstleistungsaufträge oberhalb von 200.000 € (ab 01.01.2007 = 249.000 €) und Liefer- und Dienstleistungsaufträge im Bereich der Trinkwasser- und Energieversorgung oder im Verkehrsbe- reich oberhalb von 400.000 € (ab 01.01.2007 = 499.000 €). National ist das deutsche Vergaberecht somit dreistufig:

1. GWB (4. Teil, Umsetzung des europäischen Vergaberechts)
2. Vergabe-Verordnung (aufgrund gesetzlicher Ermächtigung im GWB zur Regelung des Vergaberechts erlassen)
3. VOB/A Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen
VOL/A Verdingungsordnung für Leistungen - ausgen. Bauleistungen -
VOF Verdingungsordnung für freiberufliche Leistungen

deren Anwendung durch die Vergabeverordnung (§§ 4 - 6) vorgeschrieben wird.

- 1.2 Da die haushaltsrechtlichen Bestimmungen zum Ziel haben, eine ökonomische Verwen- dung der Haushaltsmittel zu sichern, haben sie für Vergaben unterhalb der Schwellenwer- te nur eine interne Bindungswirkung - ziehen also keinen Bieterrechtsschutz bei Vergabe- verstößen nach sich -. Dies hat der Bundesgerichtshof in einem grundlegenden Urteil (DÖV 1992, S 451) auch wie folgt bestätigt:

“Die VOB/A ist keine Rechtsnorm. Sie ist vielmehr im Innenverhältnis der öffentlichen Auf- traggeber eine Verwaltungsvorschrift. Ihre innerdienstliche Verbindlichkeit kann eine unmit- telbare Rechtswirkung nach außen nicht begründen... Die VOB/A kann allerdings, wenn sie zur Grundlage einer Ausschreibung gemacht wird, mittelbare Rechtswirkungen begründen (etwa Ansprüche aus Verschulden bei Vertragsschluss, Ansprüche auf Gleichbehandlung im Rahmen der Grundsätze über die Selbstbindung der Verwaltung oder Konkretisierung der Grundsätze von Treu und Glauben).“

Eine gegenteilige Ansicht vertritt das OVG Rheinland-Pfalz in seinem Beschluss vom 25.05.2005. Da jedes staatliche und damit auch kommunale Vergabeverfahren öffentlich- rechtlichen Bindungen unterliege, sei der Rechtsweg zu den Verwaltungsgerichten eröff- net. Inwieweit diese Entscheidung auch auf den OVG-Bezirk Lüneburg übergreift, bleibt abzuwarten, ebenso wie eine noch mögliche Befassung des Bundesverwaltungsgerichtes mit dieser Streitfrage.

2. Vergabe- und Vertragsordnung/Verdingungsordnungen

- 2.1 Sie sollen für die Vergabe und für die Durchführung von Leistungen der öffentlichen Hand klare und einheitliche Grundsätze schaffen. Sie sollen zudem die allgemeinen Vorschriften des BGB aufgrund der speziellen Bedürfnisse und Bedingungen der öffentlichen Auftraggeber durch spezielle Vergaberegeln ergänzen. Dieser Regelungsinhalt wird durch den Teil B der VOB konkretisiert. Während im Teil A der VOB das bei der Vergabe einzuhaltende Verfahren bestimmt wird, enthält der Teil B der VOB im Grundsatz die Allgemeinen Geschäftsbedingungen zum Abschluss und zur Ausführung des Vertrages. Die VOB enthält noch einen Teil C mit den technischen Regeln für das Bauen.

3. Öffentliche Auftraggeber

- 3.1 § 98 GWB definiert den Begriff „öffentlicher Auftraggeber“, für den nach § 97 GWB der Grundsatz der Beschaffung von „Waren, Bau- und Dienstleistungen“ im Wettbewerb und im Wege transparenter Vergabeverfahren gilt.
Öffentliche Auftraggeber nach § 98 sind insbesondere

- Gebietskörperschaften sowie deren Sondervermögen (z.B. Gemeinden, Samtgemeinden, Landkreise – sog. kommunale Körperschaften – und deren Eigenbetriebe),
- andere juristische Personen des öffentlichen und des privaten Rechts, die zu dem besonderen Zweck gegründet wurden, im Allgemeininteresse liegende Aufgaben nichtgewerblicher Art zu erfüllen ... (z.B. Zweckverbände, Gesellschaften).

Der Europäische Gerichtshof hat in seinem Urteil vom 18.11.2004 - Rs. C-126/03 - (Abfallwirtschaftsgesellschaft Donau-Wald mbH) ausdrücklich bestätigt, dass die lokalen Gebietskörperschaften nach Art. 1 Buchst. b der Richtlinie 92/50 per Definition öffentliche Auftraggeber seien. Diese Eigenschaft gelte auch für eine von ihr gegründete Gesellschaft.

4. Vergaben oberhalb der Schwellenwerte (EG)

- 4.1 Die Schwellenwerte gemäß EU-Vergabe-Richtlinie sind durch das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB), 4. Teil, in nationales Recht umgesetzt worden.

- 4.2 Der Abschnitt 2 VOB/A enthält die Basisparagrafen mit zusätzlichen Bestimmungen nach der EG-Baukoordinierungsrichtlinie. Gem. § 1 a Nr. 1 Abs. 1 VOB/A sind die Bestimmungen der a-Paragrafen zusätzlich zu den Basisparagrafen für Bauaufträge anzuwenden, bei denen der geschätzte Gesamtauftragswert der Baumaßnahme bzw. des Bauwerkes (alle Bauaufträge für eine bauliche Anlage) **ohne Umsatzsteuer** 5.000.000 € oder mehr beträgt.

Ebenso ist zu beachten, dass gem. § 1 a Nr. 2 VOB/A die Bestimmungen der a-Paragrafen auch dann anzuwenden sind, wenn eine Baumaßnahme nur aus einem Bauauftrag mit einem Auftragswert von mind. 200.000 € ohne Umsatzsteuer besteht, bei dem die Lieferung so überwiegt, dass das Verlegen oder Anbringen lediglich eine Nebenarbeit darstellt. Eine bauliche Anlage darf für die Schwellenwertermittlung nicht in der Absicht aufgeteilt werden, sie der Anwendung der a-Paragrafen zu entziehen.

Die Liefer- und Baukoordinationsrichtlinien sind zwischenzeitlich durch die „Richtlinie 2004/18/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 31.03.2004 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, Lieferaufträge und Dienstleistungsaufträge“ abgelöst worden. Diese Richtlinie ist bis zum 31.12.2006 in nationales Recht umzusetzen. Ab 01.01.2007 gelten höhere Schwellenwerte (s. Tz. 1.1).

Zur europaweiten Standardisierung der Beschreibungen der Auftragsgegenstände ist ein CPV - Common Procurement Vocabulary - (Gemeinsames Vokabular für öffentliche Aufträge) eingeführt worden. Es kann über eine Verlinkung in www.bund.de/Ausschreibungen/Fachbegriffe aufgerufen werden.

Öffentliche Aufträge, die von öffentlichen Auftraggebern aus den Bereichen Wasser, Energie, Verkehr und Postdienste vergeben werden, fallen unter die Richtlinie 2004/17/EG des Europäischen Parlaments und Rates vom 31. März 2004.

4.3 **Vergabehandbuch- VOB (VHB-VOB)**

Der Bund hat für seinen Bereich das Vergabehandbuch für die Durchführung von Bauaufgaben des Bundes im Zuständigkeitsbereich der Finanzverwaltungen entwickelt. Für Ausschreibungen nach EU-Recht sind im Teil III, Ziffern 340 - 348 T (341-344 frei) die Einheitlichen Formblätter - EFB - für ein offenes Verfahren nach Abschnitt 2 VOB/A dargestellt.

Die Vergabehandbücher können unter der Internet-Adresse: www.bund.de/service-center/ausschreibungen aktualisiert werden.

5. **Vergaben unterhalb der Schwellenwerte (national)**

5.1 Für nationale Verfahren unterhalb der Schwellenwerte ist Teil A Abschnitt 1 der VOB anzuwenden (Basis-Paragraphen).

Vergabehandbuch- VOB (VHB-VOB)

In dem Vergabehandbuch für die Durchführung von Bauaufgaben des Bundes im Zuständigkeitsbereich der Finanzverwaltungen sind im Teil II, Ziffern 210 - 215 die Einheitlichen Formblätter - EFB - für die Verfahren nach Abschnitt 1 VOB/A dargestellt.

Die Empfehlung, das Vergabehandbuch-VOB (VHB-VOB) anzuwenden, kann nur unterstützt werden, da das o. g. Vergabehandbuch zur Verwaltungsvereinfachung beiträgt und ein einheitliches Verfahren sichert. Dabei ist darauf zu achten, dass nur nach dem neuesten Stand des Vergabehandbuches verfahren wird.

Das VHB-VOB kann unter der Internet-Adresse: www.bund.de/service-center/ausschreibungen aktualisiert werden.

5.2 **Vergabeunterlagen (§ 10 VOB/A)**

Die Vergabeunterlagen bestehen aus dem Anschreiben und den Verdingungsunterlagen. Die Nrn. 1 bis einschl. 5 des § 10 VOB/A erläutern die einzelnen Bestandteile mit den erforderlichen Angaben.

6. **Arten der Vergabeverfahren**

6.1 Die Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen VOB/A sieht im Wesentlichen drei unterschiedliche Verfahrensarten vor. Je nachdem, ob es sich um Verfahren oberhalb der Schwellenwerte (europaweite Verfahren) oder unterhalb der Schwellenwerte (nationale Verfahren) handelt, werden sie unterschiedlich bezeichnet. Inhaltlich stimmen sie jedoch in wesentlichen Teilen überein. Der „Öffentlichen Ausschreibung“ in nationalen Vergabeverfahren entspricht bei europaweiten Vergaben das „Offene Verfahren“, die „Beschränkte Ausschreibung“ gleicht dem „Nichtoffenen Verfahren“ und die „Freihändige Vergabe“ dem „Verhandlungsverfahren“. Neu wurde der Wettbewerbliche Dialog durch das ÖPP-Beschleunigungsgesetz vom 01.09.2005 eingeführt. Zu den drei bisherigen Vergabearten ist nun der Wettbewerbliche Dialog als vierte Vergabeart hinzugetreten.

6.2 **Offenes Verfahren bzw. Öffentliche Ausschreibung**

In diesem Verfahren wird eine unbeschränkte Anzahl von Bietern durch öffentliche Bekanntmachung zur Abgabe von Angeboten aufgefordert. Es erfolgt also keine vorherige Einengung des Bewerberkreises, so dass alle interessierten Unternehmen die Möglichkeit

haben, ein Angebot einzureichen. Dieses ist das **Regelverfahren**, das durch strenge Form- und Fristvorschriften gekennzeichnet ist.

6.3 ***Nichtoffenes Verfahren bzw. Beschränkte Ausschreibung***

Bei dieser Verfahrensart dürfen nur die Bieter ein Angebot abgeben, die der Auftraggeber hierzu auffordert (begrenzter Bewerberkreis). Dem Nichtoffenen Verfahren ist dabei ein „Öffentlicher Teilnahmewettbewerb“ zwingend vorgeschaltet, d. h., die Unternehmen haben die Möglichkeit, einen Antrag auf Teilnahme am Nichtoffenen Verfahren zu stellen. Nur die vom öffentlichen Auftraggeber aufgeforderten Bewerber können ein Angebot abgeben. Bei der Beschränkten Ausschreibung wird nur unter bestimmten Voraussetzungen ein Teilnahmewettbewerb vorangestellt. Auch für diese Verfahren gelten zwingende Formvorschriften.

6.4 Neu eingeführt ist der „wettbewerbliche Dialog“. Dies ist ein Verfahren, bei dem sich alle Wirtschaftsteilnehmer um die Teilnahme bewerben können und bei dem der öffentliche Auftraggeber einen Dialog mit den zu diesem Verfahren zugelassenen Bewerbern führt, um eine oder mehrere seinen Bedürfnissen entsprechende Lösungen herauszuarbeiten, auf deren Grundlage die ausgewählten Bewerber zur Angebotsabgabe aufgefordert werden.

6.5 ***Verhandlungsverfahren bzw. Freihändige Vergabe***

Bei diesem nicht förmlichen Verfahren fordert der Auftraggeber in der Regel mindestens drei Bewerber zur Angebotsabgabe auf. Beim Verhandlungsverfahren ist in der Regel ein Öffentlicher Teilnahmewettbewerb vorangestellt. Im Übrigen ist § 3 Nr. 4 VOB/A zu beachten.

6.6 ***Wettbewerblicher Dialog***

Durch die Einführung des Wettbewerblichen Dialogs wurde die Vergabekoordinierungsrichtlinie 2004/18/EG vom 31.03.2004 partiell umgesetzt. Dies ist ein Verfahren zur Vergabe besonders komplexer Aufträge. Ein Auftrag gilt als besonders komplex, wenn der Auftraggeber objektiv nicht in der Lage ist, die technischen Mittel anzugeben, mit denen seine Bedürfnisse und Ziele erfüllt werden können.

6.7 ***Verfahrensauswahl***

Es ist dem öffentlichen Auftraggeber nicht gestattet, frei zu entscheiden, welches der vorgenannten Vergabeverfahren zur Anwendung kommt. Es gilt der Grundsatz der Hierarchie der Vergabeverfahren. **Danach ist grundsätzlich im Offenen Verfahren bzw. öffentlich auszuschreiben.** Das Nichtoffene Verfahren bzw. die Beschränkte Ausschreibung haben Vorrang vor dem Verhandlungsverfahren bzw. der Freihändigen Vergabe. Die Rangfolge dient dazu, einen möglichst breiten Wettbewerb zu fördern und ein transparentes Verfahren zu schaffen (siehe auch Gem. RdErl. d. MW. d. StK u. d. übr. Min. v. 12.07.2006-24.2-32573/0020-).

Die Voraussetzung für das Nichtoffene Verfahren bzw. die Beschränkte Ausschreibung, das Verhandlungsverfahren bzw. die Freihändige Vergabe sind abschließend im § 3 der VOB geregelt (VOB-Verfahren).

7. **Niedersächsisches Landesvergabegesetz**

7.1 Mit Einführung des Landesvergabegesetzes vom 2. September 2002 (Nds. GVBl. Nr. 26/2002 S. 370) und dem Gesetz zur Änderung des Landesvergabegesetzes vom 09. Dezember 2005 sind vom 01.01.2006 die Vorschriften dieses Gesetzes ab einem Auftragswert von 30.000 Euro (netto) zu beachten. Dies bedeutet, dass bis auf die Vergabe von freiberuflichen Leistungen eine öffentliche Ausschreibung zwingend vorgeschrieben ist.

Es bestimmt u.a. zu diesem Zweck, dass öffentliche Auftraggeber Aufträge über Baumaßnahmen nur an Unternehmen vergeben dürfen, die sich bei der Angebotsabgabe schriftlich verpflichten ihren Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern bei der Ausführung der Leistung mindestens das tarifvertraglich vorgesehene Entgelt zum tarifvertraglich vorgesehene Zeitpunkt zu zahlen. Fehlt die Tariftreueerklärung bei Angebotsabgabe, so ist das Angebot von der Wertung auszuschließen. Erläuterungen zum Landesvergabegesetz mit Durchführungsverordnung hat der Minister für Wirtschaft, Arbeit und Verkehr mit seiner Bekanntmachung vom 17.04.2003 (Nds. MBl. S. 264) herausgegeben. Die Änderungen zum Landesvergabegesetz sind im Nds. GVBl. Nr. 27/2005 Seite 395 und 396 abgedruckt.

7.2 Bis zum 31.12.2002 waren nur die Kommunen, die kommunalen Zweckverbände und die kommunalen Eigenbetriebe gemäß § 32 Gemeindehaushaltsverordnung (GemHVO) bzw. § 10 Eigenbetriebsverordnung (EigVo) unmittelbar verpflichtet, alle Auftragsvergaben nach der VOB, der VOL oder der VOF auszuschreiben.

7.3 Ab dem 01.01.2003 besteht gemäß § 2 Abs. 2 Landesvergabegesetz (mit DVO-LVergabeG) eine wesentliche Rechtsänderung darin, dass dieses Gesetz **auch für juristische Personen des privaten Rechts** gilt, an denen eine Kommune allein (Eigengesellschaft) oder mehrheitlich (Mehrheitsbeteiligungsgesellschaft) beteiligt ist, wenn diese die Voraussetzungen des § 98 Nr. 2, 4 oder 5 des Gesetzes über Wettbewerbsbeschränkungen erfüllen. Wenn diese Merkmale erfüllt sind, sind diese kommunalen Gesellschaften (z.B. AEH GmbH; Sole-Therme Otterndorf GmbH), verpflichtet, das Vergaberecht anzuwenden. Aufträge dieser Gesellschaften sind demnach grundsätzlich öffentlich auszuschreiben.

Besonders zu beachten ist hierbei, dass diese Verpflichtung nicht nur für die kommunalen Gesellschaften gilt, sondern auch gemäß § 98 Nr. 5 des Gesetzes über Wettbewerbsbeschränkungen auch Maßnahmen von Maßnahmeträgern erfasst, die mehr als 50 % aus kommunalen Mitteln finanziert werden (z. B. Baumaßnahmen von Sportvereinen, von Kur-, Erholungs- oder Feizeiteinrichtungen bzw. von Verwaltungsgebäuden kommunaler Gesellschaften; s. Rundverfügung der Bezirksregierung Lüneburg vom 04.07.2003). Damit soll sichergestellt werden, dass die mit überwiegend öffentlichen Mitteln finanzierten Maßnahmen privater Träger sparsam und wirtschaftlich abgewickelt werden und die Preise auf der Basis eines öffentlichen Wettbewerbs ermittelt wurden.

7.4 Von besonderer Bedeutung für die Durchführung des Vergabeverfahrens der öffentlichen Hand ist der Runderlass des MW und des MI vom 27.09.2000 – 32-32567 -, Nds. MBl. Nr. 33/2000, zur Vermeidung und Bekämpfung von Korruption. Er enthält u.a. Vorgaben für das Erstellen von Leistungsbeschreibungen, Überwachung von Planungsbüros, Behandlung von Unterlagen im Vergabeverfahren, Submission (sog. Korruptionserlass).

B Wichtige Hinweise für das Vergabeverfahren

8. Vergabeverfahren VOB

8.1 Leistungsverzeichnisse (LV)

Die Leistungen sind gem. § 9 VOB/A eindeutig und erschöpfend zu beschreiben, so dass alle Bewerber die Beschreibung im gleichen Sinne verstehen.

Die Massen sind möglichst genau festzustellen (§ 2 Nr. 3 VOB/B i.V.m. § 9 Nr. 2 VOB/A). Extreme Abweichungen der Massen in der Schlussrechnung von denen der Ausschreibung sind oftmals Zeichen einer oberflächlichen Planung. Auch Stundenansätze und Maschinenstunden sind in ihrer Höhe möglichst realistisch im Vordersatz vorzugeben, damit diese nicht der Polsterbildung (Unsicherheitspositionen) dienen können.

Scheinpositionen, die nicht zur Ausführung kommen, dürfen keinesfalls in das Leistungsverzeichnis eingesetzt werden. Sie verstoßen gegen den Wettbewerb (§ 2 Nr. 1 VOB/A). Die „Hinweise für das Aufstellen der Leistungsbeschreibung“ in Abschnitt 0 der Allgemei-

nen Technischen Vertragsbedingungen für Bauleistungen, DIN 18299 ff., sind hierbei zugrunde zu legen. Unklarheiten bei der Leistungsbeschreibung gehen regelmäßig (auch in evtl. Nachprüfungsverfahren) zu Lasten der vergebenden Stelle. Während der Angebotsfrist sich als notwendig herausstellende Ergänzungen der Leistungsbeschreibung (z.B. auf Nachfrage eines Bewerbers) sind **allen** schriftlich und nachweislich mitzuteilen - Gleichbehandlungsgrundsatz - !

8.2 **Ordnungszahl (Position) der Leistungsbeschreibung**

Die Leistungsbeschreibung kann aus Grund-, Wahl- und Bedarfspositionen bestehen. Bei den Positionen sind insbesondere anzugeben:

- die Mengen
- die Art der Leistungen mit den erforderlichen Erläuterungen
- die zutreffende Abrechnungseinheit entsprechend den Vorgaben im Abschnitt 0 der jeweiligen Allgemeinen Technischen Vertragsbedingungen (ATV'S), (VOB Teil C).

8.3 **Grundposition**

Bei der Grundposition werden Einheitspreis und Gesamtpreis einer Ordnungszahl (Position) vom Bieter in die jeweilige Spalte eingetragen.

8.4 **Wahl- und Bedarfspositionen**

Wahl- und Bedarfspositionen sind als solche besonders zu kennzeichnen und dürfen nicht aufgenommen werden, um die Mängel einer unzureichenden Planung auszugleichen. Im Leistungsverzeichnis ist mit dem richtigen Vordersatz lediglich die Angabe der Einheitspreise zu fordern. Die Spalte für den Gesamtbetrag dieser Position ist zu sperren (NEP), damit er nicht in die Angebotssumme einbezogen wird.

8.5 **Wahlpositionen**

Wahlpositionen für Leistungen, die statt einer im Leistungsverzeichnis vorgesehenen anderen Teilleistung (Grundposition) ausgeführt werden sollen, sind nur vorzusehen, wenn nicht von vornherein feststeht, welche der beiden Leistungen ausgeführt werden soll. Spätestens zur Submission sollte feststehen, welche Wahlposition zur Ausführung gelangen soll.

Wenn Wahlpositionen vorgegeben sind, müssen diese gesondert geprüft und ausgewertet werden. Der Auftraggeber muss für die Wertung die Einheitspreise von Grund- und Wahlpositionen einander gegenüberstellen. Die Wertungssumme enthält dann bereits die zur Ausführung kommenden realen Positionen.

8.6 **Bedarfspositionen**

Bedarfspositionen enthalten Leistungen, die nur bei Bedarf ausgeführt werden sollen. In Bedarfspositionen dürfen nur Leistungen aufgenommen werden, die erfahrungsgemäß zur Ausführung der vertraglichen Leistung erforderlich werden können und deren Notwendigkeit zum Zeitpunkt der Aufstellung der Leistungsbeschreibung trotz aller örtlichen und technischen Kenntnisse nicht festzustellen ist (z.B. Dauer/Umfang der Wasserhaltung). Der Umfang der Bedarfspositionen darf in der Regel 10 v.H. des geschätzten Auftragswertes nicht überschreiten.

Der Preis einer Bedarfsposition ist sorgfältig zu prüfen. Der Bieter weiß im allgemeinen, dass die Ausführung von Bedarfspositionen ungewiss ist. Deshalb müssen sie von der Umlage so genannter Gemeinkosten ausgenommen werden. Der Auftraggeber muss wissen, dass ein an sich wirtschaftliches Angebot kaum an einer Bedarfsposition scheitern kann, obwohl nach § 25 Nr. 1.6.3 VHB/VOB die Bedarfspositionen grundsätzlich zu werten sind. In der Regel sind die Mengen der Bedarfspositionen zu gering angesetzt und wirken sich deshalb abschließend meistens nicht auf die Wertung aus. In der Praxis werden diese häufig völlig übersetzt angeboten und in Abhängigkeit von Nachträgen ausgeführt. Erst nach einer besonders sorgfältigen Prüfung sollte entschieden werden, ob Bedarfspositionen in das Vertragswerk mit einbezogen werden sollen.

Unter Umständen ist ein Nachtrag auf der Grundlage der Urkalkulation oder eine spätere Preisvereinbarung nach § 2 VOB/B sachgerechter.

8.7 **Bezeichnungen**

Bezeichnungen für bestimmte Erzeugnisse oder Verfahren (z. B. Markennamen) sind nicht zulässig, da sie den Wettbewerb unterlaufen. Sie dürfen ausnahmsweise, jedoch nur mit dem Zusatz „oder gleichwertiger Art“ verwendet werden, wenn eine Beschreibung durch hinreichend genaue, allgemeinverständliche Bezeichnung nicht möglich ist.

Dieses ist sowohl bei den Grund- als auch bei den Wahl- und Bedarfpositionen zu beachten. Für die erforderlichen Angaben, die der Bieter einzutragen hat, sind unterhalb des Leistungstextes gekennzeichnete Freizeilen vorzusehen.

Lückentexte sollten vermieden werden.

8.8 **Nebenleistungen**

Nebenleistungen im Sinne des Abschnitt 4.1 der ATV DIN 18299 ff. sind Teile der Leistung, die auch ohne Erwähnung im Vertrag zur vertraglichen Leistung gehören (§ 2 Nr.1 VOB/B). Sie werden deshalb von der Leistungspflicht des Auftragnehmers erfasst und mit der für die Leistung vereinbarten Vergütung abgegolten, auch wenn sie in der Leistungsbeschreibung nicht erwähnt sind. Nebenleistungen sind grundsätzlich nicht in die Leistungsbeschreibung aufzunehmen.

Sie sind jedoch ausnahmsweise unter einer besonderen Ordnungszahl im Leistungsverzeichnis zu erfassen, wenn ihre Kosten von erheblicher Bedeutung für die Preisbildung sind und deshalb eine selbstständige Vergütung geboten ist. Hierzu gehören z. B. Baustelleneinrichtungs-, -vorhalte- und -räumungskosten. Sie sollen in der Regel 5 bis 7 v.H. der Gesamtkosten einer Maßnahme nicht übersteigen.

8.9 **Baustelleneinrichtung und Pauschalpositionen**

Kosten für Baustelleneinrichtung, -sicherung und -räumung sowie Vorhalten von Geräten usw. sind beispielsweise für lineare Baustellen (Kanal- und Straßenbau) in Metern (m) zu fordern.

Punktuelle Baustelleneinrichtungen (Hochbau) sollten als ein Stück oder in qm im LV ausgeworfen werden. Der Ausschreibungstext ist mit dem Hinweis zu versehen, dass die Baustellenkosten entsprechend dem Baufortschritt anteilig vergütet werden.

Pauschalen sind zu unterlassen, da hier der Gesamtbetrag nach Einrichtung der Baustelle sofort fällig wird, was ggf. bei anteilig hoch angebotenen Baustelleneinrichtungskosten (> 10 bis 15 v.H. der Angebotssumme) als unwirtschaftlich zu bewerten ist.

8.10 **Bekanntmachung des Ausschreibungsverfahrens**

Die öffentliche Ausschreibung wird mit der Veröffentlichung in der Tagespresse und/oder im Submissions-Anzeiger eingeleitet. Aufgrund des Sparsamkeitsgebots des öffentlichen Auftraggebers ist eine Veröffentlichung des Ausschreibungstextes im Submissions-Anzeiger ausreichend. In der Tagespresse sollte allenfalls ein Hinweis auf die dort veröffentlichte Ausschreibung bekannt gemacht werden. Keinesfalls ist die Ausschreibung in vollem Bekanntmachungstext in der Tagespresse zu veröffentlichen. Über www.submissions-anzeiger.de kann die Ausschreibung ebenfalls eingesehen werden.

Für offene Verfahren (oberhalb der EU-Schwellenwerte) sind die vorgeschriebenen Bekanntmachungen im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Union einzuhalten (s. Tz. 15, wichtige Internetadressen). Bei der beschränkten Ausschreibung oder der freihändigen Vergabe erfolgt keine öffentliche Bekanntmachung, da in diesen Fällen die Bewerber direkt vom öffentlichen Auftraggeber zur Angebotsabgabe aufgefordert werden.

8.11 **Angebotseröffnung**

Bis zur formalen Öffnungsverhandlung (Eröffnungstermin) sind die Angebote verschlossen zu verwahren. Die Öffnung der Angebote ist durch eine neutrale, an der Vergabe nicht beteiligte Person vorzunehmen. Die Formvorschriften sind zu beachten. Es ist eine Niederschrift gem. § 22 VOB/A zu fertigen (s. folgende Tz.).

8.12 **Eröffnungstermin**

In das Vergabeverfahren eingeschaltete freiberuflich Tätige dürfen weder Vergabeunterlagen versenden, Pläne in ihrem Büro zur Einsicht auslegen, das Vergabeverfahren betreffende Auskünfte erteilen, noch den Submissionstermin abhalten, da es sich um ureigene Auftraggeberaufgaben handelt.

Bei unumgänglichem Einsatz von privaten Erfüllungsgehilfen sind diese gemäß dem Verpflichtungsgesetz vorher zu verpflichten (Nds. MBl. 2000, S. 684). Ein Muster „Förmliche Verpflichtung nach dem Verpflichtungsgesetz“ ist im „Eildienst NSGB Ausgabe 9/2004 vom 26.08.2004“ zu finden (oder RPA LK CUX).

Der Eröffnungstermin (§ 22 VOB/A) soll von einem mit der jeweiligen Vergabe nicht befassten Bediensteten geleitet werden. Zur Unterstützung des Verhandlungsleiters ist ein Schriftführer hinzuzuziehen, der eine Niederschrift nach Formblatt 356 EFB-Verd 1 - 4 (VHB-VOB, Teil III) anzufertigen hat. Er soll an der Bearbeitung der Verdingungsunterlagen und an der Vergabe nicht beteiligt sein.

Sofort nach der Öffnung sind die einzelnen Angebote mit allen Anlagen in Reihenfolge zu nummerieren und durch Stanzen oder auf andere geeignete Weise so zu kennzeichnen, dass nachträgliche Änderungen und Ergänzungen verhindert werden. In den Fällen des § 22 Nr. 6 VOB/A (Angebot, das nachweislich vor Ablauf der Angebotsfrist dem Auftraggeber zugegangen war, jedoch nicht bei der Submission vorgelegen hatte) ist das Angebot unmittelbar dem Verhandlungsleiter und seinem Schriftführer vorzulegen. Diese haben festzustellen, dass der Umschlag des Angebotes unversehrt ist. Die Umstände der nicht fristgerechten Vorlage sind in dem Formblatt 356 EFB-Verd 4 aktenkundig zu machen. Den Bietern ist dieser Sachverhalt unverzüglich schriftlich mitzuteilen.

Die Preisnachlässe ohne Bedingungen sind während des Submissionstermins zu verlesen (§ 22 Nr. 3 Abs. 2 VOB/A) und im Formblatt 356 EFB-Verd 2 festzuhalten, ebenfalls die Anzahl der eingereichten Nebenangebote (nicht deren Höhe), wenn sie zugelassen waren.

Preisnachlässe mit Bedingungen, z.B. Zahlung innerhalb der VOB-Fristen, die zur Veränderung der Endsumme führen und damit ein Wertungskriterium darstellen, sind nicht zulässig. Die Erklärung der Bieter über Nachlässe muss zweifelsfrei sein.

Preisnachlässe mit Bedingungen für Zahlungsfristen (Skonti) außerhalb der VOB-Fristen dürfen bei der Wertung nicht berücksichtigt werden. Bei Zuschlagserteilung werden sie jedoch Vertragsinhalt.

Gem. § 22 Nr. 1 VOB/A dürfen im Eröffnungstermin nur die Bieter und ihre Bevollmächtigten zugegen sein. Ihnen ist die Einsicht in die Niederschrift mit der darin aufgeführten Anzahl an Nachträgen und Preisnachlässen ohne Bedingungen (§ 22 Nrn. 5 und 6 VOB/A sowie § 23 Nr. 4 VOB/A) zu gestatten; die Namen der Bieter und die Endbeträge der Angebote sowie die Zahl der Änderungsvorschläge und Nebenangebote dürfen ihnen schriftlich mitgeteilt werden. Die Niederschrift darf jedoch nicht veröffentlicht werden.

8.13 **Wertung**

Die Wertung, der entscheidende Teil des Vergabeverfahrens, ist in vier wesentliche Schritte gegliedert.

1. Zunächst werden die Angebote auf inhaltliche und formale Mängel überprüft (z. B. Vollständigkeit, Unterschrift).

2. Der zweite Schritt befasst sich mit der Eignung der Bieter. Diese müssen auf den Auftrag bezogen die notwendige Fachkunde, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit besitzen. Hinweise auf Ausschlussgründe gem. § 8 Nr. 5 Abs. 1 a) - f) VOB/A, sind zu beachten.

3. Danach erfolgt die Prüfung, ob die Preise angemessen sind. Der Zuschlag darf nicht auf Angebote erteilt werden, die im offenbaren preislichen Missverhältnis (zu hoch bzw. zu niedrig) zur Leistung stehen. In die engere Wahl kommen nur Angebote, die eine einwandfreie Ausführung einschließlich Gewährleistung erwarten lassen. Unter diesen soll der Zuschlag auf das wirtschaftlichste Angebot erteilt werden. Grund und Ergebnis der Aufklärungsgespräche mit Bietern sind vertraulich zu behandeln und schriftlich niederzulegen (§ 24 VOB/A).

4. Die Auswahlentscheidung erfolgt anhand der Ausschreibungskriterien. Ein Ausschreibungsverfahren ist mit einer Beauftragung oder ausnahmsweise einer Aufhebung der Ausschreibung zu beenden. Liegt kein Aufhebungsgrund vor und hebt der Auftraggeber trotzdem die Ausschreibung auf, so begibt er sich in die Gefahr, Schadenersatz zahlen zu müssen.

8.14 **Prüfungen/Vergabevermerk**

Der Vergabevermerk muss als zentrales Dokument eines ordnungsgemäßen Ausschreibungs- und Vergabeverfahrens fortlaufend die einzelnen Stufen des Verfahrens dokumentieren. Es sind die Maßnahmen und Feststellungen des Auftraggebers im Verfahren darzustellen. Die einzelnen Entscheidungen sind zu begründen (EFB-Formulare 351. A-C und 352 bis 355).

Unmittelbar nach dem Eröffnungstermin sind Kopien der Angebote oder der Kurztextpreisverzeichnisse zu fertigen, ggf. auf elektronischem Weg. Die Kopien sind sofort nach dem Eröffnungstermin bis zum Abschluss des Prüfungs- und Wertungsverfahren so zu verwahren, dass die mit dem Originalangebot befassten Beschäftigten keinen Zugang dazu haben (sog. Korruptionserlass).

Die rechnerische Prüfung ist von der Vergabestelle selbst durchzuführen und zu dokumentieren.

Angebote müssen ausgeschlossen werden, wenn sie den Bestimmungen der §§ 25 Nr. 1 VOB/A nicht entsprechen.

Verhandlungen mit Bietern nach der Submission über Änderungen der Angebotsinhalte und der Preise über das günstigste Submissionsergebnis hinaus sind nach § 24 VOB/A unstatthaft.

Die Ausschreibungsunterlagen mit sämtlichen Angeboten der Bieter sind noch 5 Jahre nach der Beleg- und Sachprüfung aufzubewahren (§ 36 GemKVO).

8.15 **Aufhebung der Ausschreibung**

Eine Ausschreibung kann aufgehoben werden (§ 26 Nr. 1 VOB/A)

- wenn kein Angebot eingegangen ist, das den Ausschreibungsbedingungen entspricht; der Eingang nur eines Angebotes rechtfertigt nicht ohne weiteres die Aufhebung der Ausschreibung!

- wenn sich die Grundlagen der Ausschreibung wesentlich ändern (konstruktiv-planerisch, evtl. auch Finanzierung wegen nachweislich unangemessen hoher Preise) und sich daraus erhebliche Materialänderungen, Massenverschiebungen sowie Finanzierungsschwierigkeiten ergeben.
- oder wenn andere schwerwiegende Gründe bestehen.

Die Bieter sind von der Aufhebung der Ausschreibung unter Bekanntgabe der Gründe unverzüglich zu benachrichtigen (§ 26 Nr. 2 VOB/A): Formblatt 308 EFB (B/Z) Aufh. bzw. 309 EFB (B/L) Aufh. EG.

8.16 ***Nicht berücksichtigte Bewerbungen und Angebote (§ 27 VOB/A)***

Bieter, deren Angebote ausgeschlossen worden sind (§§ 25 Nr. 1 VOB/A) und solche, deren Angebote nicht in die engere Wahl kommen, sollen sobald wie möglich verständigt werden. Die übrigen Bieter sind zu verständigen, sobald der Zuschlag erteilt worden ist.

8.17 ***Nicht berücksichtigte Bewerbungen (§ 27a VOB/A)***

Bei Baumaßnahmen, deren geschätzter Gesamtauftragswert über den Schwellenwerten liegt, ist in jedem EG-Vergabeverfahren allen Bietern, deren Angebote nicht berücksichtigt werden, spätestens 14 Tage vor der Auftragserteilung

- der Name des Bieters, dessen Angebot angenommen werden soll, und
 - der Grund der vorgesehenen Nichtberücksichtigung
- mit dem Absageinfoschreiben mitzuteilen (§ 13 VgV).

Der Tag der Absendung ist für alle Bewerber gleich, das Datum ist im Vergabevermerk festzuhalten. Die Frist beginnt am Tage nach der Absendung der Information.

Der Bieter, der den Zuschlag erhalten soll, ist gleichzeitig über den Stand des Vergabeverfahrens zu informieren.

8.18 ***Erteilung des Zuschlags (§28 VOB/A)***

Der Zuschlag gem. §§ 28 VOB/A ist möglichst bald, mindestens aber so rechtzeitig zu erteilen, dass dem Bieter die Erklärung noch vor Ablauf der Zuschlagsfrist (§ 19 VOB/A) zugeht. Mit der Zuschlagserteilung kommt der Vertrag zustande, d.h., dass alle wesentlichen Vertragsinhalte klar und eindeutig zu bestimmen sind, und zwar durch eine eindeutige Leistungsbeschreibung, klare Absprachen zur Vertragsdurchführung, die Feststellung der Rechte und Pflichten von Auftraggeber und Auftragnehmer und eine Bestimmung des Preises. Nachträgliche (d. h. nach Öffnung der Angebote und vor Zuschlagserteilung stattfindende) Verhandlungen über wesentliche Leistungsmerkmale und über den Preis sind nicht gestattet; es dürfen lediglich Zweifel und Unklarheiten über die Angebote oder über die Bieter behoben werden (Aufklärungsgespräch gem. § 24 VOB/A).

8.19 ***Vergabevermerk (s.a. Tz. 11)***

Über die Vergabe ist ein Vermerk (§ 30 VOB/A) zu fertigen, der die einzelnen Stufen des Verfahrens, die maßgeblichen Feststellungen sowie die Begründung der einzelnen Entscheidungen enthält. Die Dokumentation des Vergabeverfahrens und dessen wesentlicher Entscheidungen dient nicht nur zur besseren Überprüfbarkeit durch das Rechnungsprüfungsamt, sondern dient auch der Transparenz und der Überprüfbarkeit durch die Bieter. Der § 30 VOB/A ist dahingehend auszulegen, dass das Vergabeverfahren und alle wesentlichen Entscheidungen laufend und in nachvollziehbarer Weise zu dokumentieren sind.

Eine Urkalkulation sollte bei Auftragserteilung vorgelegt werden. Diese sollte eingesehen und versiegelt aufbewahrt werden. Nachträge sind auf Basis der Urkalkulation zu erstellen. Die Urkalkulation darf nur mit Zustimmung des Auftragnehmers geöffnet werden.

8.20 **Bekanntmachung der Auftragserteilung (§ 28a VOB/A)**

Vor der Zuschlagerteilung in EG-Vergabeverfahren ist der Informationspflicht nach § 13 VgV (s.o.) zu genügen. Ohne dass die vorgeschriebene Information erteilt worden und die Frist abgelaufen ist, darf der Zuschlag nicht erteilt werden. Ein dennoch abgeschlossener Vertrag ist nichtig.

Für die Bekanntmachung der Auftragserteilung und ihre Übermittlung an das Amt für amtliche Veröffentlichungen der Europäischen Gemeinschaft spätestens 48 Kalendertage nach der Auftragserteilung sind die Einheitlichen Formblätter EFB-Bek – 345 – 348.T zu verwenden.

9. **Organisatorische Trennung**

- 9.1 Planung, Ausschreibung, Vergabe und Abrechnung sind zu trennen. Es ist dafür zu sorgen, dass die Entscheidung über die Vergabeart, den konkreten Zuschlag oder Auftrag grundsätzlich von mindestens zwei voneinander organisatorisch unabhängigen Stellen getroffen werden. Bei öffentlichen Aufträgen müssen handelnde Beschäftigte das Vier-Augen-Prinzip beachten.

Im Vergabeverfahren eingeschaltete Sachverständige dürfen insbesondere zur Klärung fachlicher Fragen bei der Vorbereitung der Ausschreibung beteiligt werden. Die einschlägigen Vorschriften der Verdingungsordnungen sind zu beachten (§ 7 VOB/A).

10. **Typische Vergabefehler**

10.1 **Mangelhafte Vergabeunterlagen**

Die Vergabeunterlagen setzen sich zusammen aus der **Leistungsbeschreibung** (Baubeschreibung) und einem sog. „Vorspann“. Der Vorspann umfasst vorformulierte **Vertrags- und Bewerbungsbedingungen**, aus denen hervorgeht, was Vertragsinhalt wird bzw. was die Bieter bei Angebotsabgabe zu berücksichtigen haben.

Die **Leistungsbeschreibung** muss eindeutig und erschöpfend sein und dem Unternehmer kein ungewöhnliches Wagnis aufbürden.

Bei der Formulierung der **Vertragsbedingungen** ist zu beachten, dass es sich hier um sog. Allgemeine Geschäftsbedingungen im Sinne des § 305 Abs. 1 BGB handelt. Sie müssen daher ausgewogen sein und den Vertragspartner nicht unangemessen benachteiligen. Ansonsten besteht die Gefahr, dass sie von der Rechtsprechung für unwirksam erklärt werden. Außerdem müssen die Vertragsbedingungen im Einklang mit der VOB/B stehen, denn diese wird von der Rechtsprechung als ausgewogenes Vertragswerk angesehen. Bereits geringfügige Abänderungen von der VOB/B führen dazu, dass Regelungen der VOB/B ihre Wirksamkeit verlieren (BGH, Urteil vom 22.01.2004). **Bewerbungsbedingungen** müssen im Einklang mit der VOB/A stehen und dürfen keine wettbewerbsbeschränkenden Regelungen enthalten.

10.2 **Eigene Allgemeine Geschäftsbedingungen:**

Bauherren und Sonderfachleute verwenden häufig statt der (unveränderten) Formblätter der Vergabehandbücher (VHB) - wie z.B. Bewerbungsbedingungen (BwB), Besondere Vertragsbedingungen (BVB) oder Zusätzliche Vertragsbedingungen (ZVB) -, selbstgefertigte Unterlagen, die oft VOB- und BGB - widrige (§§ 305 BGB ff.) Klauseln enthalten oder sie erweitern die v.g. Unterlagen (unzulässigerweise) mit entsprechenden Klauseln.

Ausschreibung ohne vorherige Sicherstellung der Finanzierung:

Immer wieder wird festgestellt, dass öffentliche Auftraggeber eine Leistung ausschreiben, ohne dass die Finanzierung vor Ausschreibung ordnungsgemäß sichergestellt worden ist. Für den Fall, dass es (nach) Veröffentlichung/Submission dann zu Finanzierungsproblemen kommen sollte, „sichern“ sie sich in den Ausschreibungsunterlagen mit dem Hinweis

ab, dass im Falle fehlender Mittel die Ausschreibung - ohne Schadensersatzansprüche - aufgehoben werde. Eine derartige Vorgehensweise stellt einen Verstoß gegen die Vorschriften des § 16 Nr. 1 VOB/A dar, wonach erst dann ausgeschrieben werden darf, wenn die Planung fertiggestellt und die Finanzierung gesichert ist. - Darüber hinaus ist die o.g. Klausel VOB- und BGB-widrig (§§ 305 BGB ff.).

Unzulässige Vorgabe eines bestimmten Produktes oder Verfahrens:

Gem. der Vorschriften des § 9 Nr. 5 Abs. 1 VOB/A dürfen bestimmte Erzeugnisse oder Verfahren nur dann ausdrücklich vorgeschrieben werden, wenn es durch die Art der geforderten Leistung ausnahmsweise gerechtfertigt ist. Diese Vorschrift wird häufig dazu „missbraucht“, ein vom Bauherrn oder Sonderfachmann gewünschtes Produkt/Verfahren ausschließlich zu fordern, ohne ein „gleichwertiges“ Produkt/Verfahren zuzulassen. Eine solche Ausschreibung verstößt gegen § 9 Nr. 5 Abs. 1 VOB/A, wonach bestimmte Erzeugnisse oder Verfahren nur dann ausdrücklich vorgeschrieben werden dürfen, wenn dies durch die Art der geforderten Leistung gerechtfertigt ist. Solche Ausnahmefälle sind nach der Rechtsprechung z.B. gegeben, wenn besondere ästhetische Gründe vorliegen, der Wartungsaufwand (bei der Erweiterung bestehender Anlagen) zu minimieren ist oder Kompatibilitätserfordernisse zu beachten sind (z.B. bei der EDV).

Darüber hinaus wird bei (ausnahmsweise zulässiger) Vorgabe eines Produktes oder Verfahrens (weil sonst eine hinreichend genaue und allgemeinverständliche Beschreibung nicht möglich ist), häufig in den jeweiligen Positionsbeschreibungen „vergessen“, Leerzeilen für die Angabe eines „gleichwertigen“ Produktes oder Verfahren nach Wahl des Bieters vorzusehen. Im Übrigen ist immer wieder festzustellen, dass die Vorschriften des § 9 Nrn. 1 - 3 VOB/A (Beschreibung der Leistung) nicht beachtet werden und unzulässigerweise versucht wird, Risiken auf den Bieter / Auftragnehmer zu verlagern. Nach der neuesten Rechtsprechung sind Lückentexte vom Bieter grundsätzlich auszufüllen.

Häufige Bedarfspositionen

Eine Häufung von Bedarfspositionen ist stets darauf zurückzuführen, dass der Auftraggeber Entscheidungen über die Bauausführung nicht bereits vor der Ausschreibung, sondern erst in Kenntnis definitiver Angebotspreise treffen will. Eine solche Vorgehensweise ist aus zwei Gründen rechtswidrig:

Zum einen sind Ausschreibungen über vergabefremde Zwecke (z.B. zur Entscheidungsfindung über die Art der Bauausführung) nach § 16 Nr. 2 VOB/A unzulässig. Zum anderen dürfen Bedarfspositionen nach § 9 Nr. 1 VOB/A nur ausnahmsweise in Leistungsbeschreibungen aufgenommen werden (Der Anteil der Auftragsumme der Bedarfspositionen sollte < 10 % sein).

Bevorzugung eines Bieters

Beschäftigte sind oft der Ansicht, durch ihre Marktkenntnisse eine genügende Marktübersicht zu besitzen oder den Anbieter schon aus jahrelanger Zusammenarbeit gut zu kennen. Bereits im „Planungsstadium“ wird insofern die Meinung vertreten, nur eine bestimmte Firma könne diese spezielle Leistung erbringen. Es kommt sogar vor, dass vor Formulierung der Leistungsbeschreibung in Zusammenarbeit mit der entsprechenden Firma Leistungsmerkmale beschrieben und festgelegt werden, so dass am Ende in der Tat kein anderer Anbieter diese Leistung (jedenfalls nicht so schnell und nicht so günstig) erbringen kann. Eine solche Handlungsweise ist nicht zulässig.

Grundsatz der Ausschreibungspflicht

Stellt sich im Einzelfall heraus, dass die gewünschte Leistung nicht vollständig beschrieben werden kann, so bleibt der Grundsatz der Ausschreibungspflicht dennoch bestehen. Soweit sich die mangelnde Beschreibbarkeit nur auf einzelne bzw. untergeordnete Teilbereiche der gewünschten Leistung bezieht, ist auszuschreiben bzw. auch eine Aufteilung der Vergabe zu erwägen (Vergabe teils über Aufteilung und teils über freihändige Verga-

be). Nicht zulässig - aber in der Verwaltungspraxis schon vorgekommen - ist es insbesondere, zu eindeutigen und erschöpfend beschriebenen Leistungspositionen andersartige hinzuzufügen, um dadurch den äußeren Eindruck einer Ausnahmesituation i.S.d. § 3 VOL/B zu erwecken und so das Vergabeverfahren dem Ausschreibungserfordernis zu entziehen. Ein solcher Umgehungsversuch wird in einem Nachprüfungsverfahren keinen Bestand haben.

Vertragsstrafenregelungen

Vorformulierte Vertragsstrafenregelungen enthalten vielfach überhöhte Sätze bzw. Obergrenzen. In einem krassen Fall wurde die Vertragsstrafe auf 50 v.H. der Abrechnungssumme begrenzt, wobei der Satz für jeden Werktag der Verspätung 0,5 v.H. der Abrechnungssumme betrug. Solche überhöhten Sätze führen zur Unwirksamkeit der Vertragsstrafenregelung nach § 307 BGB. Nach der neueren Rechtsprechung des BGH sind Obergrenzen bis zu 5 v.H. der Auftragssumme und Tagessätze bis zu 0,3 v.H. je Werktag des Verzugs noch angemessen.

Fehlender Vergabevermerk

Auf einen Vergabevermerk kann nicht verzichtet werden, weil er die Grundlagenentscheidung für die Vergabe darstellt.

11. Aufbau und Inhalt des Vergabevermerkes nach VOB/A

11.1 Prüfungen/Vergabevermerk

Der Vergabevermerk muss als zentrales Dokument eines ordnungsgemäßen Ausschreibungs- und Vergabeverfahrens fortlaufend die einzelnen Stufen des Verfahrens dokumentieren. Es sind die Maßnahmen und Feststellungen des Auftraggebers im Verfahren darzustellen. Die einzelnen Entscheidungen sind zu begründen.

- Im Rahmen eines Vergabevermerkes sind die wesentlichen Verfahrensschritte von Beginn des Vergabeverfahrens fortlaufend zu dokumentieren. Hierzu gehören:
- Schätzung / Ermittlung des Auftragswertes
- Prüfung, ob die haushaltsrechtlichen Voraussetzungen für ein Vergabeverfahren bzw. eine Vergabe vorliegen.
- Bestimmungen des Vergabeverfahrens (Vorrang der öffentlichen Ausschreibung; europaweit: des offenen Verfahrens).
- Begründung, wenn von der öffentlichen Ausschreibung (europaweit: dem sog. offenen Verfahren) abgewichen werden soll!
- Bei Abweichungen vom Verfahren der öffentlichen Ausschreibung (europaweit: des offenen Verfahrens) nach VOB/A hat die Vergabestelle bereits im Rahmen der Bewerberauswahl Fachkunde, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit der aufzufordernden Unternehmen zu bewerten.
- Es hat eine Definition der für die Angebotswertung maßgeblichen Wertungskriterien und Festlegung der absteigenden Rangfolge dieser Kriterien zu erfolgen. Dieses ist insbesondere für die Vergabeverfahren zwingend, die nicht auf der Grundlage des niedrigsten Preises vergeben werden können, weil der dem Angebot zugrunde liegende Auftragsgegenstand nach Maßgabe der Grundsätze der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit zu beurteilen ist oder auch ausdrücklich zugelassene Nebenangebote zu bewerten sind.

- Bei der späteren Wertung der Angebote, die zur Zuschlagserteilung führt, verlangen im offenen Verfahren die EG-Vorschriften, dass nur die bekannt gemachten Kriterien bei der Wertung berücksichtigt werden dürfen.
- Während der Angebotsfrist sich als notwendig herausstellende Ergänzungen der Leistungsbeschreibung (z.B. auf Nachfrage eines Bewerbers) sind allen Bewerbern mitzuteilen (Folge aus dem Gleichbehandlungsgrundsatz!).
- Bei öffentlicher Ausschreibung (europaweit: offenes Verfahren) bzw. Teilnahmewettbewerb erfolgt die Bekanntmachung gem. §§ 17, 17a VOB/A.
- Die Öffnung der Angebote erfolgt in einem formalen Verfahren (§ 22 VOB/A), das zu protokollieren ist.
- Bei der Wertung erfolgt der Zuschlag auf das wirtschaftlichste Angebot. Bei der Wertung dürfen nur die zuvor bekannt gemachten Kriterien angewendet werden.
- Preisverhandlungen sind nicht zulässig.
- Das Vergabeverfahren endet mit der Auftragserteilung oder im Ausnahmefall mit der Aufhebung (§ 26 VOB/A).

12. Aktuelle Urteile

12.1 Nebenangebote

Nebenangebote, die vom Auftraggeber zum Wettbewerb zugelassen worden sind, müssen so eindeutig und erschöpfend beschrieben sein, dass der Auftraggeber sich ein klares Bild über die angebotene Ausführung der Leistung machen kann. Ein unvollständiges Nebenangebot ist gemäß §§ 21 Nr. 1 Abs.1 Satz 3, 25 Nr. 1 Abs.1 lit. B VOB/A zwingend von der Wertung auszuschließen; ein Beurteilungsspielraum des öffentlichen Auftraggebers besteht insoweit nicht (OLG Koblenz, Beschluss vom 29.08.2003).

Nebenangebote müssen auf besonderer Anlage gemacht und als solche deutlich gekennzeichnet sein, deren Anzahl an der im Angebotsschreiben bezeichneten Stelle aufzuführen sind (EVM (B) Ang. Ziffer 6.2).

Nebenangebote müssen alle Leistungen umfassen, die zu einer einwandfreien Ausführung der Bauleistungen erforderlich sind.

Nebenangebote, die in technischer Hinsicht von der Leistungsbeschreibung abweichen, sind auch ohne Abgabe des Hauptangebotes zugelassen. Andere Nebenangebote sind nur in Verbindung mit einem Hauptangebot zugelassen.

12.2 Nachunternehmerliste

Gemäß § 10 Nr. 5 Abs. 3 (VOB/A) kann der Auftraggeber von den Bietern verlangen, dass diese im Angebot die Leistung angeben, die sie nicht selbst ausführen, sondern die an Nachunternehmer vergeben werden sollen. Dies bedeutet, dass Nachunternehmererklärungen, die bereits mit dem Angebot angefordert wurden, auch zum Submissionstermin vorliegen müssen!

Nach dem Beschluss des BGH vom 18.02.2003 (AZ: X ZB 43/02) sind Bieter auszuschließen, wenn in deren Angeboten Angaben und Erklärungen fehlen.

Dazu gehören auch die Nachunternehmererklärungen gemäß § 4 Landesvergabegesetzes in der Fassung vom 09. Dezember 2005 September 2002

Um nicht aus der Wertung (§ 25 VOB/A) ausgeschlossen zu werden, sind von den Bietern alle geforderten Angaben über die Nachunternehmerleistungen in der EFB NU 317 a oder/und b (Verzeichnisse der Nachunternehmerleistungen) anzugeben, wenn das Formblatt beigelegt ist.

Eine Anforderung der zur Submission bereits geforderten Nachunternehmerliste nach der Submission ist damit nicht zulässig.

- 12.3 Nach dem Beschluß des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 5. Mai 2004 ist ein einmal benannter Nachunternehmer später nicht mehr austauschbar.
„Benennt der Bieter in seinem Angebot für näher bezeichnete Leistungsteile einen Nachunternehmer, ist er mit Ablauf der Angebotsabgabefrist hieran gebunden. Er kann für die betreffenden Arbeiten weder einen anderen noch einen zusätzlichen Nachunternehmer anbieten. Eben sowenig darf der Öffentliche Auftraggeber eine dahingehende Angebotsänderung gestatten. Der Bieter ist in gleicher Weise gehindert, sein Angebot dahin abzuändern, dass die in Rede stehenden Arbeiten nicht mehr durch einen Nachunternehmer, sondern im eigenen Betrieb ausgeführt werden sollen.
Folglich kann ein Bieter nicht mehrere Nachunternehmer für eine Arbeit benennen. Es ist auch nicht gestattet auf dem Formblatt zu schreiben: „Die Nachunternehmer werden vor Auftragserteilung nachgereicht.“
- 12.4 ***Fabrikat/Hersteller***
Enthält eine Position die Aufforderung, neben dem Fabrikat/Hersteller auch den Typ des angebotenen Produktes anzugeben (so genannte Lückentexte), und fehlt eine dieser geforderten Angaben, ist gemäß dem Beschluss des BGH vom 18.02.2003 (AZ: X ZB 43/02) das Angebot des Bieters auszuschließen. Hierbei ist jedoch zu beachten, dass es innerhalb der Produktpalette des angegebenen Fabrikates/Hersteller mehrere (mindestens 2 Stück) geeignete Produkte geben muss. Bei nicht vollständiger Angabe eines Produktes besteht die Möglichkeit einer nachträglichen Manipulation.
- 12.5 ***Mischkalkulation und Spekulationspreise***
Ein Bieter, der in seinem Angebot die von ihm tatsächlich für einzelne Leistungspositionen geforderten Einheitspreise auf verschiedene Einheitspreise anderer Leistungspositionen verteilt, benennt nicht die von ihm geforderten Preise i. S. von § 25 Nr.1 Satz 3 VOB/A. Deshalb sind Angebote, bei denen der Bieter die Einheitspreise einzelner Leistungspositionen in „Mischkalkulationen“ auf andere Leistungspositionen umlegt, grundsätzlich von der Wertung auszuschließen (§ 25 Nr.1 Buchst. b VOB/A).
In dem vom BGH (Beschluss X ZB 7/ 04 vom 18.05.2004) entschiedenen Fall waren zahlreiche Positionen des Leistungsverzeichnisses zu Einheitspreisen von 0,01 € angeboten worden. Daraufhin hat die Vergabestelle den Bieter aufgefordert, Aufklärung des Angebotes zu den mit einem Einheitspreis von 0,01 € angepriesenen Leistungen zu geben und zu erklären, mit welchen anderen Positionen des Angebotes die Kosten der Position abgegolten werden sollten. In zwei Aufklärungsgesprächen wurde vom Bieter die Mischkalkulation erläutert.
Der BGH entschied, dass ein Bieter, der in seinem Angebot die von ihm tatsächlich für einzelne Leistungspositionen geforderten Einheitspreise auf verschiedene Einheitspreise anderer Leistungspositionen verteilt, nicht die von ihm geforderten Preise im Sinne von § 21 Nr. 1 Abs. 1 Satz 3 VOB/A benennt, sondern die von ihm geforderten Angaben zu den Preisen der ausgeschriebenen Leistungen in der Gesamtheit seines Angebotes „versteckt,. Ein solches Angebot widerspräche dem in § 21 Nr.1 Abs.1 VOB/A niedergelegten Grundsatz, weil es grundsätzlich ungeeignet sei, einer transparenten und alle Bieter gleichbehandelnden Vergabeentscheidung ohne Weiteres zu Grunde gelegt zu werden. Deshalb seien Angebote, bei denen der Bieter die Einheitspreise einzelner Leistungspositionen in „Mischkalkulationen“ der vorliegenden Art auf andere Leistungspositionen umlegt, grundsätzlich von der Wertung auszuschließen (§ 25 Nr. 1 Abs.1 Buchst. b VOB/A).

C **Anhang**

13. **Erlasszusammenstellung**

- 13.1 Die Zusammenstellung der anzuwendenden Runderlasse zum Öffentlichen Auftragswesen kann der jeweils neusten VOL, Teil 7, entnommen werden.

14. **Literaturhinweise/Handbücher**

- 14.1 Handbuch für die Vergabe und Ausführung von Bauleistungen im Straßen- und Brückenbau - HVA B – StB-. (unter www.bmwbw.de/vergabehandbuecher als Lese-Version)
Handbuch für die Vergabe und Ausführung von Lieferungen und Leistungen im Straßen- und Brückenbau - HVA I - StB - (unter www.bmwbw.de/Vergabehandbuecher als Lese-Version)
Handbuch für die Vergabe und Ausführung von freiberuflichen Leistungen der Ingenieure und Landschaftsarchitekten im Straßen- und Brückenbau - HVA F - StB -.

15. **Wichtige Internetadressen**

- 15.1 Bei den Hinweisen auf externe Internet-Seiten handelt es sich ausschließlich um fremde Inhalte. Der Landkreis Cuxhaven übernimmt keine Verantwortung für den Inhalt der Seiten.

Standardformulare für die Einreichung von Bekanntmachungen zur Veröffentlichung im *Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Union*

= <http://simap.eu.int/> , weiter mit „Informationen für die öffentliche Auftragsvergabe usw.“

Bekanntmachungen von öffentlichen Ausschreibungen in der EU

= <http://ted.publications.eu.int>.

Ausschreibungen des Bundes

= <http://www.bund.de> , weiter über Fenster „Ausschreibungen“/bund.de: Ausschreibungen

Vergabehandbuch und weitere Erlasse zum Bauvergaberecht u.a. Links

= <http://www.bund.de> , Fenster „Verwaltung & Institutionen“, Suche: Vergabehandbuch

Land Niedersachsen, Vergabeangelegenheiten, Öffentliches Auftragswesen

www.niedersachsen.de /Suche: Öffentliches Auftragswesen

Vergabekammer Lüneburg mit div. Links und Gesetzestexten

www.niedersachsen.de/Suche: Vergabekammer Lüneburg oder
www.mi.niedersachsen.de/Regierungsvertretungen

Selbstverwaltungseinrichtungen der Wirtschaft (Auftragsberatungsstellen)

www.abst.de

Vergabesenat beim OLG Celle (13. Senat)

www.oberlandesgericht-celle.niedersachsen.de

Internetverlag BaurechtsCentrum (Gesetze und Verordnungen, Sachverständige, Muster und Vorlagen u.a.m.)

www.baurechtscentrum.de

Bekämpfung von Korruption

www.transparency.de

Bauindustrie, Stahlpreise
www.bauindustrie.de

Vergaberechtliche Entscheidungen
www.vergabedatenbank.de

Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes
www.bundesgerichtshof.de

Ausschreibungen im Submissions-Anzeiger
www.submissionsanzeiger.de

16. **Sonstiges / Änderung des Einkommensteuergesetzes**

Erbringt jemand im Inland eine Bauleistung (Leistender) an einen Unternehmer oder eine juristische Person des öffentlichen Rechts im Sinne des § 2 des Umsatzsteuergesetzes, ist der Leistungsempfänger verpflichtet, von der Gegenleistung einen Steuerabzug in Höhe von 15 v. H. für Rechnung des Leistenden vorzunehmen. Bauleistungen sind alle Leistungen, die der Herstellung, Instandhaltung, Änderung oder Beseitigung von Bauwerken dienen.

Der Steuerabzug muss nicht vorgenommen werden, wenn der Leistende dem Leistungsempfänger eine im Zeitpunkt der Gegenleistung gültige Freistellungsbescheinigung nach § 48 Abs.1 Satz 1 Einkommensteuergesetz vorlegt. Diese Freistellungsbescheinigung wird vom Finanzamt erteilt.

Die Freistellungsbescheinigung kann projektbezogen für eine bestimmte Bauleistung oder auch zeitraumbezogen für längstens drei Jahre erteilt werden.

Bei der projektbezogenen Freistellungsbescheinigung ist das Original zu verlangen, ansonsten eine Fotokopie, deren Richtigkeit über das Internet festgestellt werden kann.

Der Leistungsempfänger muss den Steuerabzug nicht vornehmen, wenn die Gegenleistung im laufenden Kalenderjahr voraussichtlich nicht 5.000 € übersteigen wird. Die Anwendung dieser Freigrenze verlangt jedoch vom Leistungsempfänger eine vorausschauende Betrachtung, da ab 5.000 € Gegenleistung im gesamten Kalenderjahr ein Steuerabzug auf den Gesamtbetrag erfolgen muss.

Der Steuerabzug ist deshalb auch bei allen Abschlagszahlungen und Teilschlussrechnungen unter 5.000 € vorzunehmen, wenn nach der vereinbarten Bauleistung angenommen werden kann, dass die Freigrenze im Laufe des Jahres überschritten wird.

Der Leistungsempfänger hat den innerhalb eines Kalendermonats einbehaltenen Steuerabzugsbetrag unter Angabe des Verwendungszweckes jeweils bis zum 10. des Folgemonats an das für die Besteuerung des Einkommens des Leistenden zuständige Finanzamt nach einem amtlichen Vordruck zu melden und gleichzeitig auch abzuführen.

Der Leistungsempfänger hat einen Abrechnungsbeleg an den Leistenden zu senden, in dem enthalten sind

- der Name und die Anschrift des Leistenden
- der Rechnungsbetrag bzw. die Höhe der erbrachten Gegenleistung und der Zahlungstag
- die Höhe des Steuerabzugs und
- das Finanzamt, bei dem der Abzugsbetrag angemeldet worden ist.

Diese Mitteilung ist für jeden Abrechnungszeitraum an den Leistenden zu erbringen.

Kein Anspruch auf Vollständigkeit
Stand der letzten Veränderung: 11.10.2006 HPB
Rechnungsprüfungsamt des Landkreises Cuxhaven