



Zertifikats-Fachlehrgang

# **VOB 2016 in der Praxis**

## **Probelektion – Auszug aus Lektion 1** Grundlagen des Vergaberechts

## Haben Sie Fragen?

Dann kontaktieren Sie einfach unsere Lehrgangsbetreuung:

E-Mail: [lehrgang-vob@akademie-herkert.de](mailto:lehrgang-vob@akademie-herkert.de)

AKADEMIE HERKERT  
FORUM VERLAG HERKERT GMBH  
Mandichostraße 18  
86504 Merching  
Tel.: 08233/381-123  
Fax: 08233/381-222  
[service@akademie-herkert.de](mailto:service@akademie-herkert.de)

Aktuelle Informationen über unser Verlagsprogramm  
erhalten Sie auch auf unserer Homepage:  
[www.akademie-herkert.de](http://www.akademie-herkert.de)

**Autor:**

Stefan Dausner  
Rechtsanwalt

**Satz:** FORUM VERLAG HERKERT GMBH

**Druck:** Offsetdruckerei Pohland · 86165 Augsburg

**Gestaltung des Einstecktittels:** FORUM VERLAG HERKERT GMBH;

Wiedergabe – auch auszugsweise – nur mit schriftlicher  
Einwilligung des Verlags.

Alle Angaben wurden mit äußerster Sorgfalt ermittelt und  
überprüft. Sie basieren jedoch auf der Richtigkeit uns erteilter  
Auskünfte und unterliegen Veränderungen. Eine Gewähr kann  
deshalb nicht übernommen werden, auch nicht für telefonisch  
erteilte Auskünfte.

Printed in Germany 2016

# 1. Grundsätze und Grundlagen des Vergaberechts

Teil I dieses Fachlehrgangs beinhaltet die Darstellung der Grundlagen der öffentlichen Vergabe von Bauleistungen.

Die VOB – Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen – gliedert sich in drei Teile

- VOB/A: Vergaberechtliche Vorschriften
- VOB/B: Allgemeine Vertragsbedingungen
- VOB/C: Allgemeine Technische Vertragsbedingungen

Wir behandeln in den ersten drei Lektionen nur die VOB/A, die Anforderungen an öffentliche Auftraggeber zur Vergabe von Bauleistungen regelt<sup>1</sup>.

## Ziel der VOB/A

ist die Sicherstellung

- transparenter
- diskriminierungsfreier und
- wirtschaftlicher

Vergabeverfahren zur Beauftragung von Bauleistungen.

## 1.1. Rechtsnatur der VOB/A und Einfluss europäischer Rechtssetzung

Bei der VOB/A handelt es sich nicht um eine Rechtsverordnung oder gar ein Gesetz. Die VOB ist eine DIN Vorschrift, d. h. Herausgeber der VOB ist der Deutsche Vergabe- und Vertragsausschuss (DVA). Der DVA ist ein nicht rechtsfähiger Verein und von Vertretern der Bauverwaltungen des Bundes, der Ländern und der Kommunen als auch der einschlägigen baurelevanten Wirtschaft besetzt. Vertreter der Wirtschaft sind u. a. der Hauptverband der Dt. Bauindustrie, der Zentralverband des Dt. Baugewerbes, VDE, und andere Spitzenorganisationen.

Die VOB/A erhält Geltung, indem andere Vorschriften diese zur Anwendung verpflichten. Man unterscheidet abhängig von dem sog. EU-Schwellenwert:

Die Bedeutung und Höhe des Schwellenwerts wird später noch erläutert. Unterhalb des Schwellenwerts ist die VOB/A eine Verwaltungsvorschrift, deren Anwendung das Haushaltsrecht regelt. Die in den jeweiligen Ländern

<sup>1</sup> Nachfolgend werden die Vorschriften in der Fassung 2016 zitiert

geltenden Haushaltsvorschriften für Gemeinden, Kreise und Länder regeln, dass Bauvorhaben nach wirtschaftlichen Grundsätzen vergeben werden.

**Beispiel:**

§ 22 GemHaushaltsVO Rh-Pfalz

Vergabe von Aufträgen

*(1) Der Vergabe von Aufträgen muss eine öffentliche Ausschreibung vorausgehen, sofern nicht die Natur des Geschäfts oder besondere Umstände eine beschränkte Ausschreibung oder eine freihändige Vergabe rechtfertigen.*

*(2) Bei der Vergabe von Aufträgen und dem Abschluss sonstiger Verträge sind die Grundsätze und Richtlinien zu beachten, die das fachlich zuständige Ministerium durch Verwaltungsvorschrift bestimmt.*

Die gemeinsame Verwaltungsvorschrift enthält die Vorgabe, dass alle Bauvergaben nach der VOB/A vergeben werden müssen. Die öffentlichen Auftraggeber sind daran gebunden, die Verwaltungsvorschrift entfaltet nur mittelbar Außenwirkung.

Oberhalb der EU-Schwellenwerte (derzeit liegt der EU-Schwellenwert bei 5,186 bzw. ab 18.04.2016 bei 5,25 Mio. Euro) ist der Charakter der VOB/A aufgrund der in § 97 Abs. 6 und § 127 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) enthaltenen Rechtsverordnungs-ermächtigung und der Verweisung des § 2 Vergabeverordnung (VgV-2016) auf die VOB/A vergleichbar mit einer Rechtsverordnung.

Innerhalb der EU verfolgt das Bauvergaberecht den Zweck, die einzelnen nationalen Beschaffungsmärkte der EG zu einem großen Binnenmarkt zu öffnen. Vor diesem Hintergrund hat die Rechtssetzung auf EU-Ebene immer größeren Einfluss auf das Vergaberecht. Für das Bauvergaberecht ist dies die EG-Vergabekoordinierungsrichtlinie 2014/24/EU, deren Umsetzung bevorsteht. Die Vorgängerregelung 2004/18/EG wurde in Deutschland mit dem Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) und der Vergabeverordnung in nationales Recht umgesetzt.

Nach aktuellem Rechtssetzungsverfahren wird für den 18.04.2016 die Umsetzung der neuen Richtlinien und die Geltung des erweiterten GWB, der Vergabeverordnung, der Sektorenverordnung, der Konzessionsvergabeverordnung und der Vergabestatistikverordnung erwartet<sup>2</sup>.

Das Vergaberecht, welches oberhalb der Schwellenwerte gilt, hat unmittelbar Außenwirkung. Das bedeutet, dass am Vergabeverfahren beteiligte Bieter gemäß § 97 Abs. 7 GWB einen Rechtsanspruch darauf haben, dass öffentliche Auftraggeber die Regelungen über das Vergabeverfahren einhalten.

<sup>2</sup> In diesem Skript werden die im April 2016 in Kraft tretenden Vorschriften zitiert

Die VOB/A wurde in der Fassung 2016 neu überarbeitet und im Bundesanzeiger am 07.01.2016 (BAnz AT 19.01.2016 B3) veröffentlicht. Die VOB/A 2016 soll gleichzeitig mit dem überarbeiteten GWB, der Vergabeverordnung etc., wahrscheinlich am 18.04.2016, in Kraft treten. Wir haben nachfolgend die neuen Vorschriften bereits eingearbeitet.

## 1.2. Aufbau der VOB/A Fassung 2012 (sowie in der Fassung 2016):

Die VOB/A untergliedert sich in drei Abschnitte:

Abschnitt 1	Abschnitt 2	Abschnitt 3
Basisparagrafen	Vergabebestimmungen im Anwendungsbereich der Richtlinie 2004/18/EG (VOB/A-EG) bzw. ab 18.04.2016 RLi 2014/24/EU	Vergabebestimmungen im Anwendungsbereich der Richtlinie 2009/81/EG (VOB/A-VS)
Regelt Bauvergaben unterhalb der EU-Schwellenwerte.	Regelt Bauvergaben für EU-weite Ausschreibungen oberhalb der EU-Schwellenwerte.	Regelt die Vergabe von Bauleistungen in den Bereichen Verteidigung und Sicherheit oberhalb der EU-Schwellenwerte.

## 1.3. Vergaberechtliche Grundsätze

Unter „Vergaberecht“ ist die Gesamtheit der Regeln und Vorschriften zu verstehen, die öffentliche Auftraggeber, wie der Bund, die Länder, die Kommunen sowie gleichgesetzte Auftraggeber beim Einkauf von Bauleistungen, Dienstleistungen und Lieferungen zu berücksichtigen haben.

Die dargelegten Regelungszwecke des Vergaberechts werden durch folgende Grundsätze ergänzt, die ihre Erreichung sicherstellen sollen:

### 1.3.1. Wettbewerbs- und Transparenzgrundsatz

Gemäß § 97 Abs. 1 GWB bzw. § 2 VOB/A beschaffen öffentliche Auftraggeber Bauleistungen im Wettbewerb in transparenten Vergabeverfahren. Dazu ist der Wettbewerb einzuhalten, Markterkundungszwecke sind untersagt und die Vergabe soll Diskriminierungsfrei erfolgen. Die Vergaben sollen die ganzjährige Förderung der Bauwirtschaft ermöglichen und transparent erfolgen. Die geplanten Vergaben sind einem großen Teil der Wettbewerber bekannt zu machen. Dem Transparenzprinzip wird durch zahlreiche Publizitätsvorschriften im Vergaberecht entsprochen.

### 1.3.2. Gleichbehandlungsgrundsatz

§ 97 Abs. 2 GWB schreibt vor, dass die Teilnehmer an Vergabeverfahren gleich zu behandeln sind (Diskriminierungsverbot). Örtlich und regional ansässige Bieter sollen nicht bevorzugt werden, § 6 Abs. 1 VOB/A.

### 1.3.3. Wirtschaftliche Beschaffung

Aufträge sollen nur an geeignete, d. h. fachkundige, zuverlässige und leistungsfähige Bieter zu vergeben sind (§ 97 Abs. 4 GWB, § 2 Abs. 1 Nr. 1 VOB/A) und der Zuschlag nur auf das wirtschaftlichste Angebot zu erteilen ist (§ 97 Abs. 5 GWB, § 16 d Nr. 3 VOB/A -2016).

Unter Wirtschaftlichkeit ist nicht nur der unangemessen niedrigste Preis zu verstehen, es müssen auch Gesichtspunkte wie

- sparsame Wirtschaftsführung
- rationeller Baubetrieb
- die Qualität
- der Preis
- der technische Wert
- die Ästhetik
- Zweckmäßigkeit
- Umwelteigenschaften
- Rentabilität usw.

berücksichtigt werden.

### 1.3.4. Mittelstandsförderung

Zudem wird den Interessen des Mittelstands durch die Auftragsvergabe in Fach- oder Teilloser Rechnung getragen (§ 97 Abs. 4 GWB-2016). Der Vorrang der Auftragsvergabe in Fach- und Teillosen ist in § 5 Abs. 2 VOB/A verankert. Kleinen und mittelgroßen Bauunternehmen soll die Möglichkeit gegeben werden, sich erfolgreich um öffentliche Bauaufträge zu bewerben.

#### **Losweise Vergabe – Unterschied Teil- und Fachlose**

Als Teillose werden Lose verstanden, mit denen gleichartige Bauleistungen großen Umfangs in Mengen so aufgeteilt werden, dass kleine und mittlere Baubetriebe diese erbringen können.

Unter Fachlosen versteht man die Aufteilung von Bauleistungen nach Art oder Fachbetrieb, z. B. nach Handwerks- oder Gewerbebezweigen.

#### **Ausnahmen vom Grundsatz der losweisen Vergabe**

Vom Grundsatz des Schutzes mittelständischer Interessen werden jedoch dann Ausnahmen zugelassen, wenn eine Aufteilung oder Trennung im Einzelfall aus wirtschaftlichen oder technischen Gründen nicht zweckmäßig ist. Den öffentlichen Auftraggebern steht insoweit ein

Beurteilungsspielraum zu. Soweit von einer Ausnahmemöglichkeit Gebrauch gemacht wird, ist dies in der Vergabeakte unter Angabe der Gründe zu dokumentieren. Wirtschaftliche Zweckmäßigkeitsgründe reichen jedoch für die Bejahung einer Ausnahme vom Grundsatz der losweisen Vergabe nicht aus. So stellen z. B. die stets mit der Vergabe an einen Generalunternehmer verbundenen Vorteile der Verringerung von Schnittstellenrisiken, der einheitlichen Laufzeit von Verjährungsfristen für Mängelansprüche oder des geringeren Aufwands bei Durchführung der Vergabeverfahren keine ausreichende Begründung dar. Es ist auf eine einheitliche Ausführung und zweifelsfrei umfassende Haftung für Mängelansprüche zu achten, s. § 5 Abs. 1 VOB/A.

Der Ausnahmetatbestand ist eng auszulegen, sodass mögliche wirtschaftliche Gründe nur dann eine Ausnahme von der losweisen Vergabe rechtfertigen können, wenn anderenfalls der ebenfalls zu beachtende Grundsatz der sparsamen und wirtschaftlichen Mittelverwendung (Wirtschaftlichkeitsprinzip) nicht gewahrt werden könnte. In der Praxis werden Ausnahmen nur dann zulässig sein, wenn aufgrund komplexer Modernisierungsarbeiten oder Bauten mit speziellen Funktionen oder für besondere Nutzungen die einheitliche Bauausführung deutlich günstigere Preise oder aufgrund eindeutiger Mängelhaftung ein deutlich geringeres Ausführungsrisiko mit sich bringt.

**Beispiel:**

Einheitliche Ausführung von Abwasser-, Wasserleitungs- und Straßenausbau.

**Bildung von Bietergemeinschaften**

Neben der Bildung von Fach- oder Teillosten ist die Möglichkeit der Bildung von Bietergemeinschaften eine Art der Förderung des KMU (Klein- und mittelständische Unternehmen). Bietergemeinschaften werden Einzelbieter gleichgesetzt, wenn sie die Arbeiten im eigenen Betrieb oder in Betrieben der Mitglieder ausführen, s. § 6 Abs. 2 VOB/A-2106).

## 2. Begriffsbestimmungen

Die Zweiteilung des deutschen Vergaberechts, d. h. die

- Vergaben unterhalb der Schwellenwerte und
- Vergaben oberhalb der Schwellenwerte

ist wichtig, da sich aufgrund der unterschiedlichen Rechtsvorschriften unterschiedliche Anwendungsbereiche ergeben können. Ebenso unterscheiden sich die Vergabevorschriften auch inhaltlich.

## 2.1. Begriff des Auftraggebers

Ober- und unterhalb der EU-Schwellenwerte bestehen unterschiedliche Anwendungsbereiche und Begriffsbestimmungen des öffentlichen Auftraggebers.

### 2.1.1. Auftraggeberbegriff unterhalb der Schwellenwerte

Unterhalb der EU-Schwellenwerte beurteilt sich die Eigenschaft als öffentlicher Auftraggeber nach den haushaltsrechtlichen Regelungen von Bund, Ländern und Gemeinden. Einschlägig sind z. B. § 55 Bundeshaushaltsordnung, die jeweiligen Landeshaushaltsverordnungen sowie die jeweiligen Gemeindehaushaltsverordnungen. Die Vergaben von Bauleistungen müssen nach der VOB/A erfolgen. Abgesehen von wenigen Ausnahmen müssen unterhalb der EU-Schwellenwerte alle öffentlichen Körperschaften, die öffentliches Haushaltsrecht anwenden müssen, auch die nationalen Vergaberegeln der VOB/A anwenden. Dies sind Gebietskörperschaften, wie Bund, Bundesländer oder Gemeinden, in einigen Bundesländern auch die Eigenbetriebe (z. B. Eigenbetriebsverordnung Rheinland-Pfalz) sowie ihre sonstigen Körperschaften und Einrichtungen des öffentlichen Rechts.

Daneben können privat organisierte Auftraggeber (z. B. Einzelunternehmen, GmbH, AG) durch Auflagen oder Zuschussbescheide zur Einhaltung der Vergaberegeln verpflichtet werden. Solche Verpflichtungen bestehen unter Bezug auf die einschlägigen Verwaltungsvorschriften zur Anwendung des Vergaberechts der VOB/A. Bei gravierenden Verstößen sehen die Verwaltungsvorschriften Rückforderungsansprüche vor.

Privat organisierte durch Körperschaften beherrschte Gesellschaften sind aufgrund der Regelungen im Gesellschaftsvertrag ebenfalls zur Anwendung der VOB/A verpflichtet.

#### Beispiel:

Stadtwerke GmbH

Wohnungsbaugesellschaften GmbH

### 2.1.2. Auftraggeberbegriff oberhalb der Schwellenwerte

Oberhalb der Schwellenwerte gilt der so genannte funktionale Auftraggeberbegriff. Das europäische Vergaberecht hat zum Ziel, auch im öffentlichen Auftragswesen einen europäischen Binnenmarkt zu schaffen. Daher hängt die Definition des öffentlichen Auftraggebers nicht von den jeweiligen nationalen Vorschriften der Mitgliedstaaten ab, sondern werden

EU-weit vereinheitlicht. In Deutschland wurden die EU-Vorgaben in § 99 GWB-2016 umgesetzt.

§ 99 GWB-2016 enthält eine abschließende Aufzählung derjenigen öffentlichen Auftraggeber, die das Vergaberecht nach dem GWB anzuwenden haben. Für die Frage, ob ein Auftraggeber als öffentlicher Auftraggeber im Sinne des § 99 GWB-2016 einzuordnen ist, spielt dessen Rechtsform grundsätzlich keine Rolle.

Der funktionale Auftraggeberbegriff des europäischen Rechts und damit des § 99 GWB-2016 erfasst neben den „klassischen“ öffentlichen Auftraggebern (vgl. § 99 Nr. 1 und Nr. 3 GWB):

- Gebietskörperschaften (Bund, Bundesländer, Gemeinden)
- deren Sondervermögen und
- die aus ihnen bestehenden Verbände

Außerdem auch alle anderen juristischen Personen des öffentlichen Rechts, z. B. Universitäten, Stiftungen des öffentlichen Rechts oder Institutionen wie die BImA<sup>3</sup> oder des privaten Rechts (wie z. B. Handelsgesellschaften, eingetragenen Vereine), die zu dem besonderen Zweck gegründet wurden, im Allgemeininteresse liegende Aufgaben nichtgewerblicher Art zu erfüllen, vgl. § 99 Nr. 2 GWB-2016. Allerdings ist dies nur dann der Fall, wenn sie von einem öffentlichen Auftraggeber beherrscht werden.

**Beherrschung eines Unternehmens durch einen öffentlichen Auftraggeber**  
 Eine Beherrschung durch einen öffentlichen Auftraggeber liegt vor bei Besitz der Anteilsmehrheit oder Inhaberschaft der permanenten Kontrolle über die juristische Person.<sup>4</sup> Die Beherrschung kann auch durch die überwiegende Finanzierung der juristischen Person stattfinden.

Im Allgemeininteresse liegen solche Aufgaben, welche hoheitliche Befugnisse oder die Wahrnehmung der Belange des Staates betreffen. Es handelt sich also um Aufgaben, die der Staat selbst erfüllen oder bei denen er einen entscheidenden Einfluss behalten möchte.

Eine Tätigkeit nicht gewerblicher Art liegt vor, wenn die grundsätzliche Gewinnerzielungsabsicht fehlt und die Risiken der Tätigkeit nicht übernommen werden (z. B. durch Regelungen zum Ausgleich finanzieller Verluste).

### 2.1.3. Öffentliche Auftraggeber bei Tief- und Hochbaumaßnahmen

Erhält ein Auftraggeber für eine Tiefbaumaßnahme oder für bestimmte, in § 99 Nr. 5 GWB-2016 benannte Hochbauten zu mehr als 50 % Geldmittel von

<sup>3</sup> Bundesanstalt für Immobilienaufgaben, so das OLG Düsseldorf, Beschl. v. 02.10.2008 - VII - Verg 25/08

<sup>4</sup> EuGH, Urt. V. 27.02.2003, Az.: C-373/00

öffentlichen Auftraggebern im Sinne des § 99 Nr. 1 bis 3 GWB, so nimmt er für ein solches Bauvorhaben gemäß § 99 Nr. 5 GWB-2016 die Eigenschaft des öffentlichen Auftraggebers an.

#### **2.1.4. Öffentliche Auftraggeber bei Baukonzessionen**

Schließt ein öffentlicher Auftraggeber im Sinne des § 99 Nr. 1 bis 3 GWB-2016 einen Konzessionsvertrag über eine Bauleistung ab, wird der Konzessionär gemäß der Regelung in § 101 GWB-2016 ebenfalls öffentlicher Auftraggeber.

## **2.2. Begriff des Bauauftrags und der Bauleistungen/Bauwerke**

In § 103 Abs. 1 GWB-2016 wird für den Bereich oberhalb der EU-Schwellenwerte definiert, wann es sich um einen Bau-, Liefer- oder Dienstleistungsvertrag handelt.

Nach § 103 Abs. 3 GWB sind Bauaufträge Verträge über

- die Ausführung eines Bauvorhabens oder eines Bauwerks, das Ergebnis von Tief- und Hochbauarbeiten ist und eine wirtschaftliche oder technische Funktion erfüllen soll oder
- die gleichzeitige Planung und Ausführung eines Bauvorhabens oder eines Bauwerks, das Ergebnis von Tief- und Hochbauarbeiten ist und eine wirtschaftliche oder technische Funktion erfüllen soll oder
- eine Bauleistung, die ein Dritter gemäß den vom öffentlichen Auftraggeber oder Sektorenauftraggeber genannten Erfordernissen erbringt, die Bauleistung dem Auftraggeber unmittelbar wirtschaftlich zugutekommt und dieser einen entscheidenden Einfluss auf Art und Planung der Bauleistung hat.

§ 1 EU VOB/A-Abschnitt 2-2016 greift diese Inhalte im Wesentlichen auf.

§ 1 VOB/A-Abschnitt 1 definiert, wann unterhalb der Schwellenwerte Bauleistungen vorliegen:

*„Bauleistungen sind Arbeiten jeder Art, durch die eine bauliche Anlage hergestellt, instand gehalten, geändert oder beseitigt wird.“*

und der Anwendungsbereich der VOB/A damit eröffnet ist. Der Begriff der „baulichen Anlage“ des § 1 VOB/A wurde nicht aus dem Werkvertragsrecht des BGB sondern aus der Musterbauordnung in die VOB/A übernommen. Danach ist eine bauliche Anlage eine „mit dem Erdboden verbundene, aus Bauprodukten hergestellte Anlagen; eine Verbindung mit dem Boden besteht auch dann, wenn die Anlage durch eigene Schwere auf dem Boden ruht oder auf ortsfesten Bahnen begrenzt beweglich ist oder wenn die Anlage nach ihrem Verwendungszweck dazu bestimmt ist, überwiegend

ortsfest benutzt zu werden.“<sup>5</sup> Zur baulichen Anlage gehören auch Anlagenteile und Einrichtungen, die einer besonderen Zweckbestimmung der baulichen Anlage dienen, also nicht lediglich in ihr untergebracht werden. Außerdem ist dem Wortlaut des § 1 VOB/A zu entnehmen, dass die Bauleistungen sich nicht nur auf Neubauten, sondern auch auf Modernisierungs- und Sanierungsarbeiten beziehen.<sup>6</sup>

Die unterschiedlichen Definitionen von Bauleistungen unterhalb und oberhalb der Schwellenwerte haben in der Praxis daher kaum Auswirkungen.

### 2.3. Die EU-Schwellenwerte

Gemäß § 106 Abs. 1 GWB-2016 gilt der 4. Teil des GWB nur für Aufträge, die die Auftragswerte erreichen oder überschreiten. Maßgeblich sind die geschätzten Nettoauftragssummen.

Die Schwellenwerte werden jährlich in den einschlägigen Richtlinien geändert. In § 106 GWB-2016 ist geregelt, dass automatisch mit der Änderung der EU-Richtlinie die neuen Schwellenwerte gelten. Eine Umsetzung in deutsches Recht ist nicht mehr notwendig (sog. dynamische Verweisung).

Die Schwellenwerte für die Anwendung des EU-Vergaberechts stellen sich für Bauleistungen wie folgt dar:

<b>Leistung</b>	<b>Wertgrenze (Schwellenwert) bis 31.12.2015</b>	<b>Wertgrenze ab 01.01.2016 bzw. ab neue Vergaberecht (ab 18.04.2016)</b>
Bauleistung	5.186.000,00 €	5.225.000,00 €
Lose bei Bauleistungen <sup>7</sup>	1.000.000,00 €	1.000.000,00 €
Lose bei Bauleistungen unterhalb von 1 Million €	deren addierter Wert ab 20 von Einhundert des Gesamtwerts aller Lose <sup>8</sup>	s. links

Hiervon zu unterscheiden sind die in der VOB/A für bestimmte Vergabearten enthaltenen „Schwellenwerte“ als Ausnahmetatbestände zur Vereinfachung und Vereinheitlichung der Verfahren wie folgt:

- Für eine Beschränkte Ausschreibung, vgl. § 3 a Abs. 2 Nr. 1 a) bis c) VOB/A-2016:

<sup>5</sup> Vgl. § 2 Abs. 1 Musterbauordnung.

<sup>6</sup> VK Brandenburg, Beschl. v. 10.02.2012 - VK 01/12.

<sup>7</sup> Voraussetzung: Der Wert des Gesamtauftrags übersteigt den Schwellenwert von 5 Mio. €.

<sup>8</sup> Das heißt, der Auftraggeber hat die Möglichkeit, Lose, deren Wert zusammengerechnet weniger als 20% des Gesamtauftragswerts der Bauleistungen beträgt, nur national auszuschreiben.

- 50.000,00 € ohne Umsatzsteuer für Ausbaugewerke, Landschaftsbau und Straßenausstattung,
- 150.000,00 € ohne Umsatzsteuer für Tief-, Verkehrswege- und Ingenieurbau,
- 100.000,00 € ohne Umsatzsteuer für alle übrigen Gewerke.
- Eine Freihändige Vergabe kann gemäß § 3 a Absatz 6 2 VOB/A-2016 ohne Begründung bis zu einem Nettoauftragswert von 10.000,00 € erfolgen.

Darüber hinaus gelten auf Bundesebene und in einigen Bundesländern höhere Wertgrenzen, die im Zusammenhang mit den so genannten Konjunkturpaketen bzw. insbesondere mit der Errichtung von Wohnheimen für Flüchtlinge eingeführt wurden. Hinweise auf die aktuell gültigen unterschiedlichen Wertgrenzen der Bundesländer können bei den Auftragsberatungsstellen eingesehen werden.<sup>9</sup>

### 3. Anwendungsbereich, Vergabeverfahren und Vergabearten

Wird die Frage nach der Anwendung der Vergabe- und Vertragsordnung (VOB/A, VOL/A oder VOF) beantwortet, steht die Frage nach der Vergabeart an. Zur Auswahl kommt die Durchführung einer Öffentlichen, Beschränkten Ausschreibung oder Freihändigen Vergabe (unterhalb der Schwellenwerte) bzw. offenen, nicht offenen Verfahren und Verhandlungsverfahren sowie wettbewerblichen Dialogen (oberhalb der EU-Schwellenwerte) in Betracht.

#### 3.1. Anwendungsbereich der VOB/A

Der Anwendungsbereich der VOB/A ist eröffnet, wenn Bauleistungen/Baufaufträge im Sinne von § 1 VOB/A bzw. § 1 EG VOB/A vorliegen.<sup>10</sup> Die Abgrenzung von Bauleistungen zu anderen Leistungen kann im Einzelfall Schwierigkeiten bereiten.

##### 3.1.1. Wahl des richtigen Vergabeverfahrens bei Mischverträgen

Häufig beinhaltet der Gegenstand eines öffentlichen Auftrags verschiedene Leistungsgegenstände (Mischverträge), sodass sich hier die Frage der Einordnung der Leistungen stellt.

Einen solchen Fall erwähnt § 103 Abs. 3 GWB-2016 ausdrücklich hinsichtlich der gemeinsamen Vergabe von Bau- und Planungsleistungen. In diesem Fall

<sup>9</sup> [www.abst.de](http://www.abst.de)

<sup>10</sup> Zu den Definitionen siehe oben unter Ziffer 2.2.

gilt die gesamte Leistung als Bauleistung. Neben der Planung kommen aber noch weitere Dienstleistungen in Betracht, die zusammen mit der Bauleistung anfallen können (z. B. Transportleistungen, Anmietung von Maschinen etc.). Diesbezüglich regelt § 110 Abs. 1 GWB-2016 die Zuordnung: Maßgeblich sind die Bestimmungen für die Tätigkeit, die den Hauptgegenstand des Auftrags darstellt.

### 3.1.2. Schwerpunkttheorie

Hier hilft für die Zuordnung die Beurteilung der mit dem Auftrag verfolgten Ziele sowie ihrer Wertigkeit: Zielt der Vertrag auf die Erreichung eines werkvertraglichen Erfolgs, wird es sich in der Regel um eine Bauleistung handeln, wie z. B. bei Lieferung und gleichzeitigem Einbau von Haustechnik, oder Brandmeldeanlagen eines Gebäudes.<sup>11</sup> Hingegen liegt bei dem Bau einer Grundwasserreinigungsanlage, deren Erstellung mit geringeren Kosten verbunden ist als der geplante jahrelange Betrieb, eine Dienstleistung vor. Maßgeblich ist also, worin der Schwerpunkt der Leistungen liegt (sogenannte Schwerpunkttheorie).

## 3.2. Vergabearten

Unterhalb der Schwellenwerte enthält die VOB/A drei Vergabearten<sup>12</sup>:

- die Öffentliche Ausschreibung,
- die Beschränkte Ausschreibung und
- die Freihändige Vergabe.

Diese „klassischen“ Vergabearten unterscheiden sich im Wesentlichen durch ihre formellen Anforderungen an den Verfahrensablauf sowie den Umfang des mit ihnen verbundenen Wettbewerbs: Während bei der Öffentlichen Ausschreibung allen interessierten Unternehmen die Vergabeunterlagen zu übermitteln sind, also die Zahl der Unternehmen unbeschränkt ist,<sup>13</sup> werden sie bei Beschränkter Ausschreibung und Freihändiger Vergabe nur an die zuvor ausgewählten geeigneten Unternehmen gesendet. Dabei unterscheidet sich die Freihändige Vergabe von der Beschränkten Ausschreibung dadurch, dass die Vergabe der Bauleistungen ohne förmliches Verfahren erfolgt, vgl. § 3 a Abs. 1 Satz 3 VOB/A-2016.

Oberhalb der EU-Schwellenwerte enthalten die EU-Paragrafen neben zusätzlichen Verfahrensbedingungen auch eine weitere Vergabeart – den wettbewerblichen Dialog, § 3 a Abs. 4 EU-VOB/A-2016.

<sup>11</sup> BayObLG Beschl. v. 23.07.2002- Verg 17/02

<sup>12</sup> Vgl. § 3 VOB/A

<sup>13</sup> Vgl. § 3 Abs. 1 Satz 1 VOB/A

Die übrigen Vergabearten oberhalb der Schwellenwerte sind im Wesentlichen mit denen unterhalb der Schwellenwerte vergleichbar. Sie tragen jedoch andere Bezeichnungen<sup>14</sup>, nämlich:

- das offene Verfahren,
- das nicht offene Verfahren und
- das Verhandlungsverfahren.

Die Verfahrensergänzungen oberhalb der EU-Schwellenwerte sowie der wettbewerbliche Dialog werden unter Ziffer 4. näher erörtert.

Nachfolgend wird zunächst auf die Verfahrensanforderungen und Abläufe der Vergabearten unterhalb der EU-Schwellenwerte eingegangen.

### **3.2.1. Öffentliche Ausschreibung**

Die Öffentliche Ausschreibung ist in § 3 a und § 3 b Abs. 1 VOB/A-2016 geregelt. Danach werden Bauleistungen bei Öffentlicher Ausschreibung im nach der VOB/A vorgeschriebenen Verfahren nach öffentlicher Aufforderung einer unbeschränkten Zahl von Unternehmen vergeben, die sich gewerbsmäßig mit den ausgeschriebenen Leistungen befassen. Dabei räumt die VOB/A der Öffentlichen Ausschreibung einen Vorrang vor den anderen Vergabearten ein. § 3 a VOB/A-2016 fordert, dass nur die Eigenart der Bauleistung oder besondere Umstände eine Abweichung vom Vorrang der Öffentlichen Ausschreibung erlauben.

#### **Erfordernis der öffentlichen Aufforderung**

Mit der Bekanntmachung iSv § 12 VOB/A-2016 wendet sich der Auftraggeber an eine unbeschränkte Zahl interessierter Unternehmen und fordert sie auf, ein Angebot abzugeben. Damit ist die Öffentliche Ausschreibung diejenige Vergabeart, die den breitesten Wettbewerb ermöglicht. Es ist unzulässig, den Kreis der teilnehmenden Unternehmen auf bestimmte Orte oder Regionen zu begrenzen, § 6 Abs. 1 VOB/A-2016.

#### **Aufforderung bestimmter Unternehmen**

Der Auftraggeber kann ein Interesse daran haben, dass bestimmte Unternehmen sich um die Beauftragung der von ihm zu vergebenden Bauleistung bewerben. Es ist dem öffentlichen Auftraggeber auch gestattet, einzelne Unternehmen, an deren Teilnahme am Wettbewerb er Interesse hat, anzusprechen, damit diese von der Ausschreibung Kenntnis erlangen und ein Angebot abgeben. Allerdings darf diesen Unternehmen keinesfalls ein Kenntnisvorsprung verschafft werden, weshalb keine über die Inhalte der Bekanntmachung hinausgehenden Informationen übermittelt werden dürfen.<sup>15</sup>

<sup>14</sup> Vgl. § 3 EG VOB/A

<sup>15</sup> OLG Schleswig Beschl. v. 17.02.2000 – 11 U 91/98.

### Vorgeschriebenes Verfahren

Bei Öffentlichen Ausschreibungen handelt es sich um so genannte Angebotsverfahren. Das bedeutet, dass die Bieter anhand der in den Vergabeunterlagen enthaltenen Leistungsbeschreibung ein Angebot unterbreiten und die Auswahl des erfolgreichen Bieters nach Vergleich der beim Auftraggeber fristgerecht eingegangenen Angebote erfolgt.

Vor diesem Hintergrund ist es besonders wichtig, dass die Angebote vergleichbar sind. Dies ist nur dann sichergestellt, wenn die Bieter die Chance haben, die Leistungsbeschreibung und übrigen Vergabeunterlagen in gleicher Weise zur Kenntnis zu nehmen und deren Inhalte nachzuvollziehen. Diesem Anspruch zur Gewährleistung eines transparenten und fairen Vergabeverfahrens dient die Formvorschrift des § 13 VOB/A sowie das Verbot der Nachverhandlung von Angeboten in § 15 VOB/A.

Der Verfahrensablauf einer Öffentlichen Ausschreibung gliedert sich in zwei wesentliche Phasen, in denen folgende Verfahrensschritte erfolgen:

Phase	Verfahrensschritte
Angebotserstellungphase	<ul style="list-style-type: none"> <li>- öffentliche Bekanntmachung</li> <li>- Angebotserarbeitung durch die Bieter</li> <li>- Angebotsabgabe innerhalb der Angebotsfrist</li> </ul>
Wertungsphase	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Angebotseröffnung</li> <li>- Angebotsprüfung: <ul style="list-style-type: none"> <li>o Formelle Angebotsprüfung</li> <li>o Eignungsprüfung</li> <li>o Prüfung der Angemessenheit der Preise</li> <li>o Angebotswertung anhand der Zuschlagskriterien (inkl. Preis)</li> </ul> </li> <li>- Auswahl des wirtschaftlichsten Angebots</li> <li>- Zuschlagserteilung</li> </ul>

### Absehen von Öffentlicher Ausschreibung wegen Eigenart der Leistung oder besonderer Umstände

Unter der Eigenart der Bauleistung sind die technischen, wirtschaftlichen und rechtlichen Anforderungen und Voraussetzungen der Bauleistung zu verstehen. Besondere Umstände sind Gegebenheiten, die sich speziell aus der Bauleistung bzw. den damit verbundenen vorbereitenden Maßnahmen ergeben. Es muss sich um objektiv nachvollzieh- und prüfbare Umstände und Eigenarten handeln. Maßstab ist also nicht die subjektive Einschätzung des Auftraggebers.

**Ausnahmekataloge**

Ob das Absehen von Öffentlicher Ausschreibung und damit die Durchführung einer anderen Vergabeart zulässig ist, ist anhand der Ausnahmekataloge des § 3 a Abs. 2 VOB/A-2016 zu prüfen. Allerdings enthält § 3 a Abs. 2 Nr. 3 VOB/A-2016 einen Auffangtatbestand: Danach kann eine Beschränkte Ausschreibung erfolgen, wenn eine Öffentliche Ausschreibung aus anderen Gründen unzweckmäßig ist – andere Gründe im Sinne dieser Vorschrift können die gerade ausgeführte Eigenart der Leistung oder die besonderen Umstände sein.

**3.2.2. Beschränkte Ausschreibung**

Im Unterschied zur Öffentlichen Ausschreibung erfolgt das Verfahren bei Beschränkten Ausschreibungen zweistufig:

- Erste Stufe: Bewerberauswahl (mit oder ohne Öffentlichen Teilnahmewettbewerb)
- Zweite Stufe: Angebotsverfahren

**Bewerberauswahl**

In der ersten Stufe werden die teilnehmenden Unternehmen daher als Bewerber und erst in der zweiten Stufe als Bieter bezeichnet. Die erste Stufe dient der Auswahl der Bewerber, die zur Angebotsabgabe aufgefordert werden sollen. Das bedeutet, dass innerhalb der ersten Stufe die Eignung der Bewerber zu prüfen ist und nur die geeigneten Bewerber zur Angebotsabgabe aufgefordert werden können. Gemäß § 3 b Abs. 2 VOB/A-2016 sollen im Allgemeinen bei Beschränkter Ausschreibung mindestens 3 geeignete Bewerber aufgefordert werden. Hierbei handelt es sich um eine „Soll-Vorschrift“, daher ist die Zahl „drei“ keine fest einzuhaltende Anzahl. Auftraggeber müssen prüfen, bei welcher Anzahl dem Wettbewerbsgrundsatz Genüge getan wird. Dies kann im Ausnahmefall bei Nichtvorliegen einer ausreichenden Anzahl geeigneter Bewerber auch bei der Aufforderung zur Angebotsabgabe an weniger als drei Bewerber der Fall sein, wird in der Regel jedoch bei einer Anzahl zwischen drei und acht Bewerbern zu bejahen sein.<sup>16</sup>

**Kein Anspruch auf Aufforderung zur Angebotsabgabe trotz Eignung**

Nicht alle Bewerber, die geeignet sind, haben innerhalb von Beschränkten Ausschreibungen einen Anspruch darauf, zur Angebotsabgabe aufgefordert zu werden! Vielmehr können öffentliche Auftraggeber anhand von Bewertungssystemen eine Rangfolge der Eignung festlegen, sodass nur diejenigen Bewerber, die sich innerhalb dieser Rangfolge sowie der vom

<sup>16</sup> Diese Spanne von 3 bis 8 Bewerbern sah es die Vorgängerregelung des § 8 Nr. 2 Abs. 2 Satz 1 VOB/A 2006 vor.

Auftraggeber festgelegten Anzahl des Bewerberkreises befinden, einen Anspruch auf Aufforderung zur Angebotsabgabe haben.

### **Beschränkte Ausschreibung ohne Öffentlichen Teilnahme-wettbewerb**

§ 3 a Absatz 2 VOB/A-2016 regelt die Fälle, in denen eine Beschränkte Ausschreibung ohne vorherigen Öffentlichen Teilnahmewettbewerb stattfinden kann. Dies ist in den Fällen möglich,

- in denen bestimmte Nettoauftragswerte unterschritten werden<sup>17</sup>
- wenn eine Öffentliche Ausschreibung kein annehmbares Ergebnis gehabt hat und daher berechtigterweise aufzuheben war oder
- wenn eine Öffentliche Ausschreibung aus anderen Gründen<sup>18</sup> unzweckmäßig ist.

Als mögliche Gründe für die Bejahung der Unzweckmäßigkeit erwähnt § 3 a Abs. 2 Nr. 3 VOB/A-2016 die Dringlichkeit und die Geheimhaltung. Die Aufzählung ist nicht abschließend. Eine Dringlichkeit muss sich aus konkreten äußeren Umständen ergeben, die den Auftraggeber zu einer zeitnahen Beschaffung zwingen. Dies kann etwa aufgrund von Naturereignissen<sup>19</sup> oder bei Eintritt der Insolvenz<sup>20</sup> des bisher beauftragten Unternehmens der Fall sein.

Der Grund der Geheimhaltung kann z. B. im Zusammenhang mit der Vergabe von militärischen Bauleistungen einschlägig sein.

Die Auswahl der Bewerber erfolgt dann weitestgehend formfrei durch direkte Ansprache von Unternehmen durch den Auftraggeber. Es erfolgt also keine öffentliche Bekanntmachung.

### **Beschränkte Ausschreibung mit Öffentlichem Teilnahmewettbewerb**

§ 3 a Abs. 3 Nr. 1 und 2 VOB/A-2016 regelt die Ausnahmefälle, in denen eine Beschränkte Ausschreibung mit Öffentlichem Teilnahmewettbewerb durchgeführt werden kann. Dies ist in Fällen zulässig, wenn

- die Leistung nach ihrer Eigenart nur von einem beschränkten Kreis von Unternehmen in geeigneter Weise ausgeführt werden kann, besonders wenn außergewöhnliche Zuverlässigkeit oder Leistungsfähigkeit (z. B. Erfahrung, technische Einrichtungen oder fachkundige Arbeitskräfte) erforderlich ist, oder
- die Bearbeitung des Angebots wegen der Eigenart der Leistung einen außergewöhnlich hohen Aufwand erfordert.

<sup>17</sup> Siehe hierzu die Ausführungen unter Ziffer 2.3.

<sup>18</sup> Siehe hierzu die Ausführungen unter Ziffer 3.2.1.

<sup>19</sup> OLG Düsseldorf, Urt. v. 17.07.2002 - Verg 30/02

<sup>20</sup> VK Bund, Beschl. v. 29.06.2005 - VK 3-52/05

Bei der ersten Ausnahme ist an die Vergabe von Bauleistungen zu denken, die ein technisches Spezialwissen und somit ein über übliche Ausbildungsinhalte hinausgehendes Fachwissen erfordern.<sup>21</sup>

Für den zweiten Ausnahmegrund kann als Beispiel auf die im Rahmen eines Nachprüfungsverfahrens bestätigte Beschränkte Ausschreibung der Travequerung Lübeck wegen außergewöhnlich hohen Aufwands bei der Angebotserarbeitung aufgrund der zu vergebenden Leistung verwiesen werden.<sup>22</sup>

#### **Pflicht zur Bekanntmachung der Bewertungsmatrix für Auswahlkriterien?**

Für öffentliche Auftraggeber stellt sich die Frage, ob sie nicht nur die Auswahlkriterien, sondern auch die Bewertungssysteme mit Gewichtung der Auswahlkriterien und ggf. aufgestellten Unterkriterien bekanntzumachen haben. Eine Bekanntmachungspflicht der Auswahlmodalitäten ist grundsätzlich nicht zu bejahen.<sup>23</sup>

#### **Festlegung der Bewertungsmatrix vor Eingang der Teilnahmeanträge**

Zu beachten ist jedoch, dass die Bewertungssysteme, um Manipulationsmöglichkeiten oder allein den Verdacht einer Manipulation auszuschließen, bereits vor Eingang der Teilnahmeanträge festgelegt werden müssen und keinesfalls im Nachhinein geändert oder nicht (vollständig) berücksichtigt werden dürfen.

### **3.2.3. Freihändige Vergabe**

Die Freihändige Vergabe ist für öffentliche Auftraggeber mit der größten Flexibilität verbunden, denn bei Freihändigen Vergaben erfolgt die Beauftragung ohne ein förmliches Verfahren, jedoch nicht losgelöst von den auch bei Freihändigen Vergaben zu beachtenden vergaberechtlichen Grundsätzen.

Wenn der Anwendungsbereich des § 3 und 3 a Abs. 4 VOB/A-2016 eröffnet ist, kann der Auftraggeber sich an von ihm ausgewählte Unternehmen wenden, um mit einem oder mehreren Unternehmen Verhandlungen über den Auftragsinhalt und die Auftragsbedingungen zu führen. In dieser Verhandlungsmöglichkeit sowie dem weiten Gestaltungsspielraum hinsichtlich der Gestaltung des Ablaufs der Verhandlungen unterscheidet sich die Freihändige Vergabe wesentlich von Öffentlicher und Beschränkter Ausschreibung.

<sup>21</sup> Vgl. OLG Naumburg Beschl. v. 10.11.2003 - 1 Verg 14/03; Bauleistungen, die spezielle technische Kenntnisse erfordern können z. B. sein: Die Errichtung komplexer Lüftungsanlagen, besondere Gründungen oder weitgespannte Brücken.

<sup>22</sup> OLG Schleswig, Urt. v. 06.07.1999 - 6 U Kart 22/99

<sup>23</sup> Vgl. OLG Düsseldorf, Beschl. v. 30.07.2009 - VII-Verg 10/09, OLG Düsseldorf 30.07.2009 - VII-Verg 10/09.

### **Erweiterung des Wettbewerbs durch Teilnahmewettbewerb**

Auch wenn nicht ausdrücklich in der VOB/A für die Freihändige Vergabe vorgesehen, können öffentliche Auftraggeber auch in diesem Verfahren durch einen freiwillig vorgeschalteten Öffentlichen Teilnahmewettbewerb den Wettbewerb erweitern.

### **Anwendbare Regelungen der VOB/A**

Auch Freihändige Vergaben sind selbstverständlich unter Wahrung der vergaberechtlichen Grundsätze durchzuführen. Insoweit handelt es sich also nicht um einen rechtsfreien Raum. Zudem sind alle Bestimmungen, die nicht auf die Öffentliche Ausschreibung oder die Beschränkte Ausschreibung abzielen, auch auf die Freihändige Vergabe anzuwenden. Und natürlich gibt es in der VOB/A auch Regelungen, die gezielt auf die Freihändige Vergabe abstellen, wie z. B. § 14 Abs. 9 VOB/A-2016.

### **Zulässigkeit der Freihändigen Vergabe**

Freihändige Vergaben sind zulässig, wenn die Öffentliche oder Beschränkte Ausschreibung unzweckmäßig ist. Wann dies zu bejahen ist, wird in § 3 a Abs. 4 Nr. 1 bis 6 VOB/A-2016 beispielhaft aufgeführt – weitere Fallkonstellationen sind denkbar.

### **Wertgrenze 10.000,00 Euro**

Des Weiteren ist in § 3 a Abs. 4 Satz 2 VOB/A-2016 nun eine feste Wertgrenze in Höhe von netto 10.000,00 € eingeführt worden. Bei Auftragswerten bis zu dieser Wertgrenze muss der Auftraggeber den Nachweis der Unzweckmäßigkeit daher nicht führen, denn bis zu dieser Wertgrenze ist nun davon auszugehen, dass der Aufwand für eine Öffentliche oder Beschränkte Ausschreibung in keinem Verhältnis zum Wert der zu vergebenden Leistung steht.

### **Nur ein in Betracht kommendes Unternehmen**

Dieser Ausnahmegrund des § 3 a Abs. 4 Satz 1 Nr. 1 VOB/A-2016 führt als Grund dafür, dass nur ein Unternehmen in Betracht kommt, beispielhaft den Patentschutz auf. Es werden aber auch andere Ausschließlichkeitsrechte, wie z. B. Grundstückseigentum, Urheberrechte oder Lizenzen in Betracht kommen.<sup>24</sup>

<sup>24</sup> Müller-Wrede in Kratzenberg/Leupertz (Hrsg.), Ingenstau/Korbion VOB Kommentar, 18. Auflage, Köln 2013, § 3 Rn. 44.

**Wann kann von nur einem Unternehmen ausgegangen werden?**

Diese Anforderung bezieht sich auf den Raum, aus dem heraus die Leistung wirtschaftlich erbracht werden kann. Damit ist gemeint, dass unter Berücksichtigung des Auftragswerts und den aufgrund der räumlichen Entfernung eines Unternehmens vom Leistungsort resultierenden und bei ordnungsgemäßer Baukalkulation zu berücksichtigenden Aufwendungen der räumliche Grenzbereich zu beurteilen ist, innerhalb dessen die Unternehmen wirtschaftlich anbieten können. Dabei werden die räumliche Distanz und die daraus resultierenden zusätzlichen Kosten sich mit zunehmender Bedeutung des Auftragswerts und der Bauleistung im Verhältnis relativieren.<sup>25</sup>

**Besondere Dringlichkeit**

Für die Durchführung einer Freihändigen Vergabe bedarf es im Vergleich zur Beschränkten Ausschreibung aufgrund der Stufung der Vergabearten untereinander eine Verschärfung bei der Dringlichkeit. Von einer besonderen Dringlichkeit kann nur ausgegangen werden, wenn die in § 10 VOB/A-2016 vorgeschriebenen Fristen nach objektiver Bewertung nicht eingehalten werden können. Die besondere Dringlichkeit darf für den Auftraggeber weder vorhersehbar noch von ihm verursacht worden sein. Dabei können sowohl z. B. Bauleistungen zur Behebung oder Verhinderung von (weiteren) Schäden als auch die Kündigung von Bauaufträgen gemäß § 8 Abs. 2 Nr. 1 VOB/B aufgrund von Insolvenz des Auftragnehmers<sup>26</sup> eine besondere Dringlichkeit begründen.

**Leistungen nicht eindeutig und erschöpfend beschreibbar**

Dieser Ausnahmegrund des § 3 a Abs. 4 Satz 1 Nr. 3 VOB/A-2016 gesteht dem Auftraggeber einen Beurteilungsspielraum dahingehend zu, ob die Leistung eindeutig und erschöpfend beschreibbar ist. Dies ist nicht bereits in Fällen der Leistungsbeschreibung mit Leistungsprogramm der Fall. Vielmehr sind hier Fälle gemeint, in denen aufgrund der Neuartigkeit der Bauleistungen oder ihrer technischen Komplexität, Verhandlungen mit den Unternehmen erforderlich sind, da anderenfalls aufgrund der fehlenden eindeutigen und erschöpfenden Beschreibbarkeit keine vergleichbaren Angebote zu erwarten sind. Dieser Sachverhalt kann auch bei gekündigten und fortzuführenden Bauverträgen auftreten, da die restlichen Bauleistungen in der Regel nicht eindeutig beschreibbar sein werden und die Abgrenzung und Festlegung der Gewährleistung in der Regel Verhandlungen bedarf.

<sup>25</sup> Vgl. die Beispielfälle bei Müller-Wrede in Kratzenberg/Leupertz (Hrsg.), Ingenstau/Korbion VOB Kommentar, 18. Auflage, Köln 2013, § 3 Rn. 45.

<sup>26</sup> VK Bund, Beschl. v. 29.06.2005 - VK 3-52/05

### **Eine erneute Ausschreibung ist nicht erfolgsversprechend**

Der Anwendungsbereich der Freihändigen Vergabe ist gemäß § 3 a Abs. 4 Satz 1 Nr. 4 VOB/A-2016 dann gegeben, wenn folgende zwei Voraussetzungen vorliegen:

- wirksame Aufhebung einer Öffentlichen oder Beschränkten Ausschreibung und
- Prognose, dass auch eine neue Ausschreibung kein annehmbares Ergebnis haben wird.

### **Keine Änderung der zu vergebenden Leistung!**

Die bisher zu vergebende Leistung darf dann im Rahmen der Freihändigen Vergabe nicht nach Art, Umfang oder Auftragsbedingungen verändert werden!

Außerdem greift § 3 a Abs. 5 Satz 1 Nr. 4 VOB/A-2016 nicht, wenn der Misserfolg der Öffentlichen oder Beschränkten Ausschreibung auf Ursachen beruht, die verändert werden können (z. B. Terminplan oder Planungsänderungen) und dann bei Durchführung einer Öffentlichen oder Beschränkten Ausschreibung annehmbare Ergebnisse erwarten lassen.

### **Geheimhaltung**

Die Anwendung des § 3 a Abs. 4 Satz 1 Nr. 5 VOB/A findet nur dann Raum, wenn öffentlichen Geheimhaltungsinteressen nicht bereits im Rahmen einer Beschränkten Ausschreibung ausreichend Rechnung getragen werden kann.

### **Kleine Zusatzleistungen**

Hierunter fallen ein oder mehrere Anschlussaufträge, die als Richtwert insgesamt von ihrem Wert her die Hälfte des Hauptauftrags nicht übersteigen sollten. Voraussetzungen für den Anwendungsbereich dieser Regelung sind:

- das Vorliegen eines unmittelbaren Zusammenhangs zwischen den Leistungen des Hauptauftrags und der noch nicht vergebenen Leistung nach objektiver Beurteilung und
- das Vorliegen von Nachteilen, für den Fall der Trennung der Leistungen.

Diese Voraussetzungen werden in der Regel nur bei kleinen nachträglich erforderlichen Bauleistungen gegeben sein, deren Erforderlichkeit für den Auftraggeber zum Zeitpunkt der Vergabe des Hauptauftrags nicht erkennbar waren.