

GPA-Mitteilung Bau 1/2002

Az. 600.532

01.07.2002

Losbildung bei Bauvergaben

1 Einführung

Bei Ausschreibung größerer Bauleistungen besteht ggf. die Möglichkeit, sie

- **vorab aufzuteilen** in kleinere Leistungsteile und diese dann jeweils **getrennt** auszuschreiben und zu vergeben (siehe nachfolgend Abschn. 2) oder
- in „Lose“ aufzuteilen und sich **innerhalb eines Ausschreibungsverfahrens** vorzubehalten, die Leistung entweder losweise oder zusammengefasst zu vergeben (siehe nachfolgend Abschn. 3).

2 Aufteilung in mehrere Ausschreibungsverfahren

2.1 Teillose

Wortlaut des § 4 Nr. 2 VOB/A: Umfangreiche Bauleistungen sollen möglichst in Lose geteilt und nach Losen vergeben werden (Teillose).

Die Bezeichnung „Los“ ist in dem Zusammenhang etwas irreführend. Die Bestimmung des § 4 Nr. 2 VOB/A ist nämlich vorrangig so zu verstehen, dass umfangreiche Bauleistungen möglichst schon vorab in kleinere Leistungsteile zerlegt und in jeweils **getrennten Ausschreibungsverfahren** vergeben werden sollen. Bei der Vorabaufteilung ist die Wahrscheinlichkeit groß, dass es zu getrennten Auftragsvergaben an verschiedene Auftragnehmer bzw. zur Streuung der Aufträge kommt.

Mit der räumlichen Aufteilung umfangreicher Bauleistungen soll ein **breiterer Wettbewerb** erreicht bzw. möglichst vielen Bewerbern die Chance gegeben werden, sich an Wettbewerben zu beteiligen. Insbesondere soll dadurch auch den „Kleinbetrieben“ entsprechend ihrer Leistungsfähigkeit die Möglichkeit geboten werden, sich an öffentlichen Aufträgen zu beteiligen (**Stärkung des Mittelstands**). Demzufolge enthalten auch das Mittelstandsgesetz vom 19.12.2000 (GBl. S. 745) sowie die Mittelstandsrichtlinien für öffentliche Aufträge vom 29.12.1998 (GABl. 1999 S. 191) Regelungen über die Aufteilung und Streuung der Aufträge.

Eine räumliche Leistungsaufteilung ist in der Regel möglich im **Tiefbau** bei Baumaßnahmen, die in räumlich oder zeitlich getrennten Abschnitten realisiert werden (z.B. Kanalsanierung ...straße und ...straße im Rahmen einer Gesamtsanierung, Neubau einer Förderleitung im Ortsteil ... und Neubau einer Förderleitung im Ortsteil ... im Rahmen der Erneuerung der Gesamtwasserversorgung oder Bau einer Brücke als I. Bauabschnitt und der spätere Bau einer Straße als II. Bauabschnitt).

Eine räumliche Leistungsaufteilung ist ebenfalls möglich im **Hochbau**, wenn beispielsweise eine Umbau- und eine Erweiterungsmaßnahme durchgeführt wird. So können verschiedene Ausbaugewerke für den Umbauteil und für den Erweiterungsteil grundsätzlich getrennt ausgeschrieben und vergeben werden. Dagegen wird man beispielsweise aus Gewährleistungsgründen eine für beide Gebäudeteile gemeinsam einzurichtende Technische Ausrüstung i.S. des Teils IX der HOAI (z.B. eine Heizungsanlage) nicht getrennt aus schreiben und vergeben.

Räumliche Leistungsaufteilungen sind auch im **Garten- und Landschaftsbau** grundsätzlich möglich (z.B. Aufteilung in Grünflächen und befestigte Flächen).

Dagegen ist eine übertriebene Anwendung des § 4 Nr. 2 VOB/A bzw. eine zu **starke Zersplitterung** einer Bauleistung grundsätzlich **unwirtschaftlich**. Eine Leistungsaufteilung darf nicht dazu führen, dass sich bauausführende Firmen gegenseitig behindern. Beispielsweise wird grundsätzlich nicht empfohlen, bei einem Gebäude im Hochbaubereich ein Ausbaugewerk (z.B. die Putzarbeiten) geschossweise oder gar raumweise in mehrere Teilgewerke aufzuteilen.

Gegen eine räumliche Aufteilung sprechen ggf. auch **gestalterische Gesichtspunkte**. Beispielsweise ist es nicht zweckmäßig, Gewerke, bei denen die Gestaltung eine erhebliche Rolle spielt (z.B. bei Fassadenarbeiten, Malerarbeiten oder Fliesenarbeiten), räumlich in verschiedene Teilgewerke aufzuteilen und diese getrennt zu vergeben.

2.2 Fachlose

Wortlaut des § 4 Nr. 3 VOB/A: Bauleistungen verschiedener Handwerks- oder Gewerbezweige sind in der Regel nach Fachgebieten oder Gewerbezweigen getrennt zu vergeben (Fachlose). Aus wirtschaftlichen oder technischen Gründen dürfen mehrere Fachlose zusammen vergeben werden.

Auch bei dieser Bestimmung findet vorrangig keine Losbildung im eigentlichen Sinne statt (siehe nachfolgend Abschn. 3), sondern eine Aufteilung der Leistung bzw. vorab eine **Trennung der Ausschreibungsverfahren** nach Fachlosen bzw. Gewerken entsprechend dem Gewerbe- bzw. Handwerksrecht oder der VOB/C.

Durch die fachlosweise getrennte Ausschreibung wird den jeweiligen **mittelständischen Fachbetrieben** die Beteiligung am Wettbewerb ermöglicht. Dadurch wird ein weit größerer Bewerberkreis angesprochen und damit mehr Wettbewerb erzielt als beispielsweise bei zusammengefassten Ausschreibungen oder gar Generalunternehmerausschreibungen.

Durch die fachlosweise Ausschreibung soll der **Einsatz von Nachunternehmern** weitgehendst vermieden werden. Die öffentlichen Auftraggeber sollen nur mit solchen fachkundigen Unternehmen Verträge schließen, die in der Lage sind, die geforderten Leistungen überwiegend selbst (im eigenen Betrieb) zu erbringen.

Die Bestimmungen des § 4 Nr. 3 VOB/A gehen auch davon aus, dass eine zusammengefasste Ausschreibung grundsätzlich zu **höheren Preisen** führt als eine fachlosweise Ausschreibung, weil ein Hauptunternehmer den Mehraufwand für die Einholung von Nachunternehmerangeboten und für die Koordination der Nachunternehmerleistungen ebenso kalkulatorisch berücksichtigen muss wie das höhere Haftungsrisiko beim Nachunternehmerereinsatz.

Die zusammengefasste Vergabe mehrerer oder aller Fachlose setzt voraus, dass dies aus wirtschaftlichen oder technischen Gründen Vorteile bringt. Wirtschaftliche Gründe für die Zusammenfassung bestimmter Fachlose können bei **kleineren Bauaufträgen** gegeben sein (z.B. Zusammenfassung der Gewerke Heizanlagen und Dämmarbeiten bei kleinen Heizungsanlagen). Es bestehen grundsätzlich auch keine Bedenken, kleinere **Trockenbau- und Putzarbeiten** zusammengefasst auszuschreiben. Auch ist es seit Jahren schon üblich, „**Fensterbauarbeiten**“ zusammengefasst auszuschreiben und Fenster beispielsweise nicht in die Gewerke Tischler-, Verglasungs- und Metall-/Beschlagarbeiten aufzuteilen.

Es ist ferner auch üblich, die sog. Rohbauarbeiten (Erd-, Mauer-, Beton- und Stahlbetonarbeiten) zusammengefasst auszuschreiben. Eine zusammengefasste Ausschreibung ist jedenfalls dann sinnvoll, wenn eine Baumaßnahme und insbesondere auch das Rohbauwerk unter **Zeitdruck** steht. Andernfalls könnten beispielsweise auch die Erdarbeiten problemlos getrennt ausgeschrieben werden.

Dagegen ist es beispielsweise grundsätzlich nicht zulässig, die Gewerke **Dachdeckungs- und Zimmerarbeiten** zusammengefasst auszuschreiben. Hingegen können beispielsweise die Gewerke **Straßenbau- und Landschaftsbauarbeiten** grundsätzlich getrennt ausgeschrieben werden, es sei denn, eines der beiden Gewerke spielt hinsichtlich des Auftragswerts nur eine untergeordnete Rolle oder eine getrennte Bauvergabe würde den Bauablauf stören.

Generalunternehmervergaben sind nur unter engen Voraussetzungen zugelassen (vgl. dazu die umfangreichen Ausführungen unter Abschn. 6.4 des GPA-Geschäftsberichts 2001). Auch ist eine zusammengefasste Ausschreibung einer Erschließungsmaßnahme (Straße, Kanal, Wasser) aus technischen Gründen grundsätzlich zulässig.

3 Losbildung innerhalb eines Ausschreibungsverfahrens

Lose sind begrifflich räumliche oder fachliche **Aufteilungen innerhalb eines Ausschreibungsverfahrens** bzw. Eröffnungstermins. Räumliche Losbildungen werden häufiger praktiziert und sind mitunter auch sinnvoll. Dagegen sind fachliche Losbildungen die Ausnahme. Fachlose sind grundsätzlich vorweg aufzuteilen (siehe Abschn. 2).

Bei beabsichtigter losweiser Vergabe ist bereits in der **Bekanntmachung** ein entsprechender Vorbehalt aufzunehmen (§ 17 Nr. 1 Abs. 2 Buchst. f VOB/A).

Eine losweise Vergabe setzt eine entsprechende **Aufteilung der Leistungsverzeichnisse in Lose** voraus (VGH München, Urt. v. 23.10.1996, NJW 1997, 2255). Dabei ist darauf zu achten, dass in den Überschriften bei den einzelnen LV-Aufteilungen auch das Wort „Los“ verwendet wird (z.B. „Los I“, „Los II“ usw.). Die übliche Aufteilung eines LV in Titel oder Abschnitte genügt nicht.

Gemäß § 10 Nr. 5 Abs. 2 Buchst. o VOB/A setzt eine losweise Vergabe ferner eine eindeutige **Vorbehaltserklärung in der „Aufforderung zur Angebotsabgabe“** voraus (VGH München a.a.O.). Die Verwender der Kommunalen Einheitlichen Verdingungsmuster

in Teil II des KVHB-Bau können die Erklärung unter Nummer 5.3 des Musters KEVM(B)A abgeben.

Fehlt eine der beiden Voraussetzungen (LV-Aufteilung in Lose oder Vorbehaltserklärung in der Aufforderung zur Angebotsabgabe), kann nur eine Gesamtvergabe erfolgen. Eine Aufteilung in Lose erst nach dem Eröffnungstermin und losweise Vergabe ist unzulässig (VGH München, a.a.O.).

4 Kriterien bei losweiser Vergabe

Bei LV-Aufteilung in Lose sind beim Eröffnungstermin auch die Endbeträge der einzelnen Lose zu verlesen (§ 22 Nr. 3 Abs. 2 VOB/A).

Nach der Aufteilung in Lose sind diese an denjenigen Bieter zu vergeben, der - jeweils bezogen auf das einzelne Los - das wirtschaftlichste Angebot i.S. des § 25 Nr. 3 VOB/A abgegeben hat (BGH, Ur. v. 17.02.1999, BauR 1999, 736). Dies ist in der Regel das preisgünstigste Angebot (siehe das nachfolgende Beispiel 1).

Beispiel 1

- Los 1
Bieter A 100.000 Euro
Bieter B 110.000 Euro
- Los 2
Bieter B 50.000 Euro
Bieter A 51.000 Euro
- Der Bieter A erhält den Auftrag bei Los 1, der Bieter B bei Los 2 (die übrigen Kriterien wie Fachkunde, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit vorausgesetzt).

Bei Losbildungen können die einzelnen Lose mit Nachlässen gekoppelt werden (siehe das nachfolgende Beispiel 2). Eine Koppelung verschiedener Aufträge ist dagegen nicht zulässig (siehe nachfolgend Abschn. 5).

In den Richtlinien zu § 4 VOB/A des Vergabehandbuchs für die Durchführung von Bauaufgaben des Bundes im Zuständigkeitsbereich der Finanzbauverwaltungen - VHB - ist für räumliche Losaufteilungen Folgendes geregelt:

„Die Bewerber sind aufzufordern, anzugeben, inwieweit sich der Preis bei Beauftragung mehrerer Lose oder der Gesamtleistung ermäßigt. Es ist festzulegen, dass Abgebote sich nicht auf die Verrechnungssätze für Stundenlohnarbeiten erstrecken.“

Beispiel 2

- Los 1
Bieter A 100.000 Euro (Nachlass bei gemeinsamer Vergabe auf beide Lose von 2 v.H.)
Bieter B 102.000 Euro (Nachlass bei gemeinsamer Vergabe auf beide Lose von 5 v.H.)
- Los 2
Bieter A 50.000 Euro
Bieter B 51.000 Euro
- Die Nachlässe sind zu werten. Danach hat der Bieter A eine Wertungssumme von 147.000 Euro (150.000 Euro ./ 2 v.H.). Der Bieter B hat eine Wertungssumme von 145.350 Euro (153.000 Euro ./ 5 v.H.). Den Auftrag für beide Lose erhält der Bieter B (die übrigen Kriterien wie Fachkunde, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit vorausgesetzt).

Bei einer beabsichtigten Vergabe der Gesamtleistung (anstatt der vorbehaltenen losweisen Vergabe) dürfen im Rahmen der Angebotswertung nicht solche Kriterien i.S. des § 25 Nr. 3 VOB/A berücksichtigt werden, die bereits im Zeitpunkt der Aufstellung der Ausschreibungsunterlagen bekannt waren und die von Anfang an eine losweise Aufteilung der Gesamtleistung nicht zuließen (z.B. technische Gesichtspunkte wie einheitliche Gewährleistung, gestalterische Gesichtspunkte, ersparter Koordinierungsaufwand, reibungsloser Bauablauf oder Bauzeiteinsparungen).

Beispiel 3 - Erschließungsmaßnahme -

- | | | |
|-----------------------|-----------------------|-----------------------|
| • Los 1 (Straße) | Los 2 (Kanal) | Los 3 (Wasser) |
| Bieter A 290.000 Euro | Bieter C 500.000 Euro | Bieter B 200.000 Euro |
| Bieter B 320.000 Euro | Bieter B 520.000 Euro | Bieter A 210.000 Euro |
| Bieter C 340.000 Euro | Bieter A 530.000 Euro | Bieter C 230.000 Euro |
- Summen bei Gesamtvergaben:
Bieter A 1.030.000 Euro
Bieter B 1.040.000 Euro
Bieter C 1.070.000 Euro
 - Es erfolgte eine Gesamtvergabe an den (einheimischen) Bieter A mit der Begründung, dass eine Gesamtvergabe aus Gründen des reibungslosen Bauablaufs (z.B. gemeinsamer Leitungsraben bei Kanal und Wasser) sowie der Gewährleistung (Schnittpunkte bei Erdarbeiten und Straßenbauarbeiten) erforderlich sei. Diese Begründung ist zwar sachlich richtig, jedoch waren diese Kriterien bereits bei Aufstellung der Vergabeunterlagen bekannt, sodass eine Losbildung schon gar nicht hätte vorgenommen werden dürfen. Da aber die Aufteilung erfolgt ist, hätten die Aufträge auch nach Losen getrennt an die Bieter A, C und B erteilt werden müssen, sofern nicht ausnahmsweise die Voraussetzungen für eine Aufhebung der Ausschreibung gegeben waren.

Im vorliegenden Beispiel 3 könnte auch der Verdacht aufkommen, dass die Vergabe manipuliert worden ist. Sollte beispielsweise der einheimische Bieter A in jedem Fall berücksichtigt werden, lag es nahe, ihm den Gesamtauftrag mit der Begründung zu erteilen, dass zwingende technische Gründe eine solche Vergabe rechtfertigen. Wäre der Bieter B einheimischer Bieter gewesen, hätte er durch die Zusammenfassung der Lose 2 und 3 den Auftrag für diese beiden Lose erhalten können. Wäre der Bieter C einheimischer Bieter, hätte er bei losweiser Vergabe bei Los 2 berücksichtigt werden können.

Insbesondere das vorstehende Beispiel macht deutlich, dass bei Losbildungen und später im Rahmen der Angebotswertung nicht willkürlich verfahren werden darf. Soll trotz Losbildung später ggf. eine teurere Gesamtvergabe erfolgen bzw. vorbehalten werden, müssen in den Ausschreibungsunterlagen vorab auch entsprechende Wertungskriterien klar und eindeutig festgelegt werden (**Transparenzgebot**).

Beispiel 4 - Umbau und Erweiterung -

- Im Zuge einer Umbau- und Erweiterungsmaßnahme (beide Maßnahmen sind verbunden mit einem verglasten Zwischengang) wurden bei beiden Maßnahmen u.a. Naturwerksteinarbeiten i.S. der DIN 18332 (VOB/C) bzw. Natursteinfassadenarbeiten in Losen ausgeschrieben (Los 1 - Umbau, Los 2 - Erweiterungsbau).
- Los 1
Bieter A 400.000 Euro
Bieter B 420.000 Euro
- Los 2
Bieter B 200.000 Euro
Bieter A 210.000 Euro
- Summen bei Gesamtvergaben:
Bieter A 610.000 Euro
Bieter B 620.000 Euro
- Im vorliegenden Fall erfolgte eine Gesamtvergabe an den (einheimischen) Bieter A mit der Begründung, dass eine Gesamtvergabe aus gestalterischen Gründen zwingend erforderlich sei. Dieses Kriterium war aber schon bei Aufstellung der Vergabeunterlagen bekannt. Es wäre richtig gewesen, die Gesamtleistung schon gar nicht in Lose aufzuteilen (siehe Abschn. 2). Erfolgt trotzdem eine Aufteilung, ist auch losweise zu vergeben bzw. darf das Kriterium „Gestaltung“ bei der Vergabe nicht mehr berücksichtigt werden. Im vorliegenden Fall hätte die Vergabe des Loses 1 an den Bieter A und des Loses 2 an den Bieter B erfolgen müssen.

Auch dieses Beispiel macht deutlich, dass mit Losbildungen Vergaben auch manipuliert werden können, wenn bei beabsichtigter teurerer Gesamtvergabe die Wertungskriterien in den Ausschreibungsunterlagen nicht vorab klar und eindeutig festgelegt werden.

5 Verbot der Koppelung verschiedener Ausschreibungen bei der Angebotswertung

Die GPA stellt wiederholt fest, dass räumlich (und ggf. auch zeitlich) getrennte Bauabschnitte jeweils gesondert, d.h. mit unterschiedlichen Eröffnungsterminen ausgeschrieben werden (z.B. gestaffelt 10.00 Uhr, 10.30 Uhr usw.), die einzelnen Bauabschnitte bzw. Ausschreibungen aber fälschlicherweise als „Lose“ bezeichnet werden und im Rahmen der Angebotswertung häufig auch wie Lose behandelt, beispielsweise durch unzulässige Nachlassangebote gekoppelt bzw. zusammengefasst werden.

Beispiel 5 (Zahlen entnommen aus Beispiel 2)

- Auftrag / Bauabschnitt I - Eröffnungstermin 10.00 Uhr
Bieter A 100.000 Euro (Nachlass bei Vergabe beider Aufträge von 2 v.H. auf Gesamtsumme)
Bieter B 102.000 Euro (Nachlass bei gemeinsamer Vergabe auf beide Aufträge von 5 v.H.)
- Auftrag / Bauabschnitt II - Eröffnungstermin 10.30 Uhr
Bieter A 50.000 Euro
Bieter B 51.000 Euro
- **Bieter A** bietet einen **Nachlass von 2 v.H.** auf beide Aufträge bei gemeinsamer Vergabe, **Bieter B von 5 v.H.**
Bei einer Wertung der Nachlässe würde der Bieter B beide Aufträge erhalten (siehe Beispiel 2). Die Nachlässe dürfen aber nicht gewertet werden, weil eine Koppelung zweier getrennter Ausschreibungen nach der VOB/A nicht zulässig ist (siehe auch Schelle/Erkelenz, VOB/A - Alltagsfragen und Problemfälle zu Ausschreibung und Vergabe von Bauleistungen, Rdnr. 21.7.). Jede Ausschreibung ist jeweils für sich nach § 25 VOB/A zu beurteilen. Im vorliegenden Beispiel hat der Bieter A zunächst ohne Berücksichtigung der Nachlässe beide Aufträge zu erhalten (bei Auftragserteilung können allerdings dann die Nachlässe vereinbart werden).