

**Anwendung der VOB/A
(zugleich Abgrenzung zur VOL/A),**

**Anwendung der VOF
(zugleich Abgrenzung zur VOL/A) und**

EG-Baufauftragsvergaben nach der VOB-SKR

Sonderheft 1/2003 der GPA-Mitteilungen Bau

Abt. 6/60

Vergabe-, Vertrags- und Honorarrecht

Herausgeber und Druck:

Gemeindeprüfungsanstalt Baden-Württemberg

76133 Karlsruhe Hoffstraße 1 a Telefon 0721 / 8 50 05 - 0

70193 Stuttgart Klopstockstraße 35 Telefon 0711 / 6 36 71 - 0

Nur für dienstlichen Gebrauch

Weitere Exemplare dieses Sonderhefts 1/2003 der GPA-Mitteilungen Bau können gegen Vorausüberweisung eines Unkostenbeitrags von **12 Euro** an die **Gemeindeprüfungsanstalt Baden-Württemberg**, Hoffstr. 1 a, 76133 Karlsruhe, **Konto Nr. 740 204 5312, Landesbank Baden-Württemberg (BLZ 600 501 01)**, mit dem **Vermerk „Sonderheft 1/2003 der GPA-Mitteilungen“** bezogen werden.

Rückfragen zum Inhalt beim Verfasser:
Abt. 6/60 Vergabe-, Bauvertrags- und Honorarrecht
Herr Seufert, Tel. 0721 / 85005 - 127.

Inhalt	Seite
Anwendung der VOB/A (zugleich Abgrenzung zur VOL/A)	7
1 Einführung	7
2 Rechtsgrundlagen, Begriffe Bau-, Liefer- und Dienstleistungsaufträge	8
2.1 Rechtsgrundlagen für Bauaufträge, Bauleistungen	8
2.2 Rechtsgrundlagen für Liefer- und Dienstleistungsaufträge	8
2.3 Geltungsbereiche	9
3 Unterschiedlicher Bauauftrags- bzw. Bauleistungsbegriff im EG-Vergaberecht bzw. im nationalen Vergaberecht?	10
3.1 Bauwerke, Bauliche Anlagen	10
3.2 Baubereiche	11
3.3 Maßnahmen	11
3.4 Mögliche Konsequenzen	12
3.5 Ergebnis	12
4 Bauleistungsbegriff nach § 1 VOB/A	14
4.1 Bauliche Anlage	14
4.2 Arbeiten jeder Art an einer baulichen Anlage	15
4.3 Rechtsprechung zur Verjährung der Mängelansprüche (§ 638 BGB a.F., § 634 BGB n.F., § 13 VOB/B)	18
4.4 Kostenabgrenzung nach DIN 276	18

Inhalt

	Seite
4.5 Vertragstyp nach BGB	19
4.6 Bestimmungen des § 94 Abs. 1 BGB	19
4.7 Anwendungsbereich der VOB/C	20
5 Baumaßnahmen	21
5.1 Herstellung einer baulichen Anlage (Neu-, Wiederauf- und Erweiterungsbauten)	21
5.2 Änderung einer baulichen Anlage	26
5.3 Instandhaltungen	30
5.4 Beseitigungen	33
6 Mischverträge	34
7 Bauseitige Lieferungen	35
Anlage 1 - Anwendung der VOB, Beispiele aus der Rechtsprechung (Leitsätze, Stichworte)	36
Anlage 2 - Gewährleistungsrecht, Auszüge aus der Rechtsprechung zu § 638 BGB a.F. bzw. § 13 VOB/B	38
Anwendung der VOF (zugleich Abgrenzung zur VOL/A)	41
1 Freiberufliche Leistungen	41
2 Beschreibbarkeit freiberuflicher Leistungen	42
3 Schwellenwerte	44

Inhalt

	Seite
3.1 Bestimmungen der VgV und VOF (Auszüge)	44
3.2 Erläuterungen	45
EG - Bauauftragsvergaben nach der VOB-SKR	50
1 Einführung	50
2 Anwender der VOB/A-SKR (VOB/A Abschnitt 4)	51
3 EG-Schwellenwert	54
4 Vergabegrundsätze	55
4.1 Diskriminierungsverbot	55
4.2 Vergabearten	55
4.3 Aufruf zum Wettbewerb	57
4.4 Eignungsnachweise	59
5 Erstellung der Vergabeunterlagen	61
5.1 Allgemeines	61
5.2 Kennzettel, Aufforderung zur Angebotsabgabe, Bewerbungsbedingungen im KVHB-Bau	61
5.3 Verdingungsunterlagen	64

Inhalt

	Seite
6 Versand der Vergabeunterlagen, Auskünfte	66
6.1 Versand	66
6.2 Auskünfte	66
7 Vergabe	67
7.1 Einreichungstermin	67
7.2 Prüfung der Angebote	68
7.3 Wertung der Angebote	68
7.4 Nachverhandlungsverbot	70
8 Auftragserteilung, Informationen, Mitteilungen	72
8.1 Auftragserteilung	72
8.2 Informationen, Mitteilungen	72
9 Aufhebung	73
10 Nachprüfung, Vergabeakten	74
11 Schadensersatzansprüche	75
12 Überörtliche Prüfung	76
Anlage - Vergabeverfahren nach der VOB-SKR (Übersicht)	77

Anwendung der VOB/A (zugleich Abgrenzung zur VOL/A)

Az. 600.502/600.532

1 Einführung

Die Abgrenzung zwischen den Anwendungsbereichen der VOB/A und der VOL/A bereitet Probleme. In der Praxis ist es rein zivilrechtlich gesehen nicht sonderlich von Belang, ob eine Leistung nach der VOL oder nach der VOB ausgeschrieben wird, eine richtige Abgrenzung ist aber deshalb von Bedeutung, weil

- nach § 2 der Vergabeverordnung - VgV - Bauleistungen bzw. Baumaßnahmen erst ab dem EG-Schwellenwert von 5 Mio. Euro EG-weit auszuschreiben sind¹, Liefer-/Dienstleistungen dagegen bereits ab dem EG-Schwellenwert von 200.000 Euro bzw. 400.000 Euro und die EG-Ausschreibungen dem Nachprüfungsverfahren nach den §§ 102 ff. GWB unterliegen,
- die kommunalen Auftraggeber bei Vergabe von VOL-Leistungen unterhalb des EG-Schwellenwerts nach § 31 Abs. 2 GemHVO i.V.m. Nr. 2.3.1 der VergabeVwV des IM noch nicht VOL-gebunden sind und weil
- verschiedene Ämter innerhalb der Verwaltungen ihre Vergabezuständigkeiten nach der VOB und VOL abgrenzen.

Erwähnenswert ist noch, dass die VOB/B als Allgemeine Geschäftsbedingung nach den §§ 305, 308 Nr. 5 BGB privilegiert ist, nicht dagegen die VOL/B.

¹ Die Schwellenwertregelung in § 1a VOB/A ist nicht anwendbar. Es gilt ausschließlich § 2 VgV als vorrangige Norm: vgl. BayObLG, Beschl. v. 23.07.2002, IBR 2002, 559.

2 Rechtsgrundlagen, Begriffe Bau-, Liefer- und Dienstleistungsaufträge

2.1 Rechtsgrundlagen für Bauaufträge, Bauleistungen

Wortlaut des § 99 Abs. 3 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen
- GWB -:

„Baufträge sind Verträge entweder über die Ausführung oder die gleichzeitige Planung und Ausführung eines Bauvorhabens oder eines Bauwerks, das Ergebnis von Tief- oder Hochbauarbeiten ist und eine wirtschaftliche oder technische Funktion erfüllen soll, oder einer Bauleistung durch Dritte gemäß den vom Auftraggeber genannten Erfordernissen.“

Wortlaut des § 1 VOB/A:

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

2.2 Rechtsgrundlagen für Liefer- und Dienstleistungsaufträge

Wortlaut des § 99 Abs. 2 und 4 GWB:

„Lieferaufträge sind Verträge zur Beschaffung von Waren, die insbesondere Kauf oder Ratenkauf oder Leasing, Miet- oder Pachtverhältnisse mit oder ohne Kaufoption betreffen. Die Verträge können auch Nebenleistungen umfassen.“

„Als Dienstleistungsaufträge gelten die Verträge über Leistungen, die nicht unter Absatz 2 oder 3 fallen und keine Auslobungsverfahren sind.“

Wortlaut des § 1 VOL/A (Auszug):

„Leistungen i.S. der VOL/A sind alle Lieferungen und Leistungen, ausgenommen Leistungen, die unter die VOB fallen (VOB/A § 1).“

2.3 Geltungsbereiche

Die Definitionen „Baufträge“ und „Liefer- und Dienstleistungsaufträge“ nach § 99 GWB entsprechen dem Wortlaut der EG-Baukoordinierungsrichtlinie bzw. der EG-Lieferkoordinierungsrichtlinie/Dienstleistungsrichtlinie und gelten bei EG-Ausschreibungen. Die Definitionen „Bauleistungen“ nach § 1 VOB/A und „sonstige Leistungen“ nach § 1 VOL/A gelten bei Vergaben unterhalb des EG-Schwellenwerts.

Die Bestimmungen des § 99 Abs. 3 GWB und des § 1 VOB/A enthalten bezüglich der Bauaufträge bzw. Bauleistungen eine **positive Begriffsdefinition**. § 99 Abs. 2 GWB enthält bezüglich der Lieferaufträge ebenfalls eine positive Begriffsdefinition, § 1 VOL/A dagegen lediglich eine **negative Abgrenzung**. Die Bestimmungen des § 99 Abs. 4 GWB sowie des § 1 VOL/A enthalten bezüglich der Dienstleistungsaufträge ausschließlich eine negative Abgrenzung. Damit kommt dem „Bauftrag“ und seiner Abgrenzung von den anderen Vertragstypen eine herausragende Bedeutung zu (so auch Noch in BauR 1998, 945).

3 Unterschiedlicher Bauauftrags- bzw. Bauleistungsbegriff im EG-Vergaberecht bzw. im nationalen Vergaberecht?

Aus den unterschiedlichen Wortlauten in § 99 Abs. 3 GWB und § 1 VOB/A könnte man zunächst schließen, dass der **Baufauftragsbegriff** bei EG-Ausschreibungen nicht ganz identisch ist mit dem **Bauleistungsbegriff** bei Vergaben unterhalb des EG-Schwellenwerts. Auffallend ist die Verwendung folgender unterschiedlicher Bezeichnungen:

3.1 Bauwerke, Bauliche Anlagen

In § 99 Abs. 3 GWB wird der Begriff **Bauwerk**, in § 1 VOB/A der Begriff „**bauliche Anlage**“ verwendet.

Der Begriff „Bauwerk“ stammt aus dem **Werkvertragsrecht**. Nach der Rechtsprechung des BGH zu § 638 BGB a.F. (§ 634 BGB n.F.) bzw. zu § 13 Nr. 4 VOB/B ist ein „**Bauwerk eine unbewegliche, durch Verwendung von Arbeit und Material in Verbindung mit dem Erdboden hergestellte Sache**“.

Der Begriff „bauliche Anlage“ stammt aus dem **Bauordnungsrecht**. Nach § 2 LBO ist eine „**bauliche Anlage eine unmittelbar mit dem Erdboden verbundene, aus Bauprodukten hergestellte Anlage**“. In den §§ 3 Nrn. 2 und 4, 12 Nr. 5 und 13 Nr. 7 VOB/B wird ebenfalls der Begriff „bauliche Anlage“ verwendet.

In § 13 Nr. 4 VOB/B wird differenziert zwischen „Bauwerk“ und „Arbeiten an einem Grundstück“. Dies hat seinen Grund im Gewährleistungsrecht bzw. in den unterschiedlichen Gewährleistungsfristen. Im Schrifttum wird davon ausgegangen, dass der Begriff „**bauliche Anlage**“ als **Oberbegriff** in der Regel nicht nur die Bauwerke, sondern auch die Arbeiten an einem Grundstück erfasst (z.B. Außenanlagen und Freianlagen bzw. Landschaftsbauarbeiten nach DIN 18320 oder Sicherungsarbeiten nach DIN 18310). Vgl. dazu noch Abschn. 4.3.

3.2 Baubereiche

In § 99 Abs. 3 GWB wird der zunächst scheinbar einschränkende Begriff „Tief- oder Hochbauarbeiten“ im Zusammenhang mit Bauwerken verwendet. In § 1 VOB/A wird der Begriff „bauliche Anlage“ verwendet, der - wie bereits dargelegt - umfassender ist als der Begriff „Bauwerk“ und beispielsweise auch die Außenanlagen bzw. selbständigen Freianlagen umfasst.

Im Baubereich wird üblicherweise unterschieden zwischen

- **Hochbaumaßnahmen** (z.B. Gebäude),
- **Ingenieurbauwerken** (z.B. Brücken, Kläranlagen, Regenüberlaufbecken, Tiefgaragen, Wasserhochbehälter, Deponien),
- **Tiefbaumaßnahmen** (z.B. Leitungen und Leitungsnetze für Abwasser und Wasser, Verkehrsanlagen, Gewässerausbau),
- **Verkehrsanlagen** (z.B. Straßen, Gleisanlagen, Gewässerausbau) und
- Maßnahmen des **Garten- und Landschaftsbaues** (z.B. Außenanlagen von Gebäuden oder selbständige Freianlagen wie Friedhöfe, Sportplätze, Kinderspielflächen, Grünflächen, Biotope, Sicherungsbauwerke aus Pflanzen).

3.3 Maßnahmen

In § 99 Abs. 3 GWB wird nur der Begriff „**Ausführung eines Bauwerks**“, in § 1 VOB/A werden die weitergehenden konkreteren Begriffe „**Herstellung, Instandhaltung, Änderung und Beseitigung einer baulichen Anlage**“ verwendet. Es stellt sich die Frage, ob unter dem Begriff „Ausführung“ nur Neubauten zu verstehen sind oder ob darunter auch andere Maßnahmen wie beispielsweise Umbauten, Instandsetzungen oder Beseitigungen erfasst werden.

Wegen der Besonderheiten bei „Instandhaltungsarbeiten“ vgl. die Ausführungen in Abschn. 5.3.

3.4 Mögliche Konsequenzen

Ob sich in der Rechtsprechung aus diesen unterschiedlichen Wortlauten unterschiedliche Bauauftrags- bzw. Bauleistungsbegriffe entwickeln, bleibt abzuwarten. Dies hätte z.B. folgende Konsequenz (**Beispiel**):

Ein Auftraggeber beabsichtigt, Pflanzarbeiten für eine Gartenschau mit einem geschätzten Auftragswert von 600.000 Euro zu vergeben. Es handelt sich hier nach § 1 VOB/A um Bauleistungen bzw. um Landschaftsbauarbeiten i.S. der DIN 18320. Würde es sich nach der Definition der EG-Baukoordinierungsrichtlinie bzw. nach § 99 Abs. 3 GWB nicht um einen Bauauftrag, sondern um eine VOL-Leistung handeln, wäre die Leistung EG-weit nach VOL auszuschreiben. Würde der Auftraggeber - wie gewohnt - nach VOB und nicht EG-weit ausschreiben, könnte ein Bieter ein Nachprüfungsverfahren nach den §§ 102 ff. GWB einleiten mit der Folge, dass ein EG-weites Vergabeverfahren nach der VOL/A zu wiederholen wäre.

3.5 Ergebnis

In der Praxis wird man bis zur Vorlage gesicherter Rechtsprechung davon ausgehen dürfen, dass die Begriffe in § 99 Abs. 3 GWB und in § 1 VOB/A weitgehendst identisch sind, dass also auch bei EG-Ausschreibungen

- der weiter gehende Begriff „bauliche Anlagen“ zugrunde gelegt werden kann,
- die Anlagen im Bereich des Landschafts- und Gartenbaues den Bauwerksbegriff erfüllen und
- nicht nur Neubauten, sondern alle Maßnahmen wie bauliche Änderungen, Instandsetzungen und dergl. den Bauauftragsbegriff erfüllen (so auch z.B. OLG Düsseldorf, Kartellsenat, Urt. v. 29.07.1998, BauR 1999, 241, das beispielsweise festgestellt hat, dass unter den Bauauftragsbegriff nach § 99 Abs. 3 GWB auch Instandsetzungen fallen). Auch isolierte Beseitigungsmaßnahmen dürften unter § 99 Abs. 3 GWB fallen.¹

¹ Im Anhang II der EG-Baukoordinierungsrichtlinie werden auch Abbrucharbeiten genannt.

Hinzu kommt, dass der Bauleistungsbegriff in § 1 VOB/A mit der VOB-Ausgabe 1992 gerade zum Zweck der Angleichung an die EG-Baukoordinierungsrichtlinie neu definiert worden ist und schon deshalb davon auszugehen ist, dass zwischen § 99 Abs. 3 GWB und § 1 VOB/A Identität besteht. Bisher gehen Schrifttum und Rechtsprechung jedenfalls davon aus, dass zur Feststellung des Bauauftragsbegriffs nach § 99 Abs. 3 GWB grundsätzlich auch ein Rückgriff auf Rechtsprechung und Literatur zu § 1 VOB/A möglich ist (vgl. dazu u.a. das BayObLG, Beschl. v. 29.03.2000, NZBau 2000, 594 oder OLG Jena, Beschl. v. 31.07.2002, VergabeR 2003, 97 = Vergaberechts-Report 9/2002, 4).

Deshalb wird nachfolgend nur noch auf die Bestimmungen des § 1 VOB/A näher eingegangen.

4 Bauleistungsbegriff nach § 1 VOB/A

Zur Prüfung, ob begrifflich eine Bauleistung i.S. der VOB vorliegt, können folgende Kriterien bzw. Hilfskriterien zugrunde gelegt werden:

- Bauliche Anlage**
- Arbeiten jeder Art** an einer baulichen Anlage

Hilfskriterien:

- Rechtsprechung zum Gewährleistungsrecht bzw. zu § 634 BGB n.F. (§ 638 BGB a.F.) bzw. § 13 VOB/B
- Kostenabgrenzung nach DIN 276
- Vertragstyp nach BGB
- Bestimmungen des § 94 Abs. 1 BGB
- Anwendungsbereich der VOB/C

Im Einzelnen:

4.1 Bauliche Anlage

Grundvoraussetzung für die Anwendung der VOB ist zunächst, dass Arbeiten an einer **baulichen Anlage** verrichtet werden (zum Begriff „bauliche Anlage“ vgl. Abschn. 3.1). Bei dem Begriff „bauliche Anlage“ ist zu berücksichtigen, dass er weiter gehender ist als der Begriff „Bauwerk“. Er umfasst in der Regel auch die „Arbeiten an einem Grundstück“ i.S. des § 13 Nr. 4 VOB/B (vgl. dazu Abschn. 4.3).

Ferner ist noch zu berücksichtigen, dass auch solche Arbeiten, die nicht unmittelbar im Zusammenhang mit einer baulichen Anlage stehen, aber von den ATV DIN 18300 ff. erfasst sind, der VOB unterliegen (vgl. dazu Abschn. 4.7).

Abgrenzungsbeispiele:

- Die Leistung „**Ausheben von Friedhofsgräbern**“ unterliegt der VOL. Friedhofsgräber sind keine bauliche Anlage. Auch die VOB/C kommt hier nicht zur Anwendung. Die DIN 18300 „Erdarbeiten“ gilt nur für Arbeiten an baulichen Anlagen (Abschnitt 1 der DIN 18299) sowie ergänzend für erdbau-technische Maßnahmen i.S. des Abschnitts 1.2 der DIN 18300. Es handelt sich hier ausschließlich um Dienstleistungen.
- Die Beseitigung baulicher Anlagen unterliegt der VOB. Dagegen unterliegt beispielsweise die Dienstleistung „**Beseitigung von Trümmerresten** oder sonstiger Räumgüter auf einem Grundstück“ oder das bloße „Beseitigen von Erdmaterial auf einem Grundstück“ der VOL, es sei denn, es handelt sich hierbei um vorbereitende Maßnahmen zur Errichtung einer baulichen Anlagen (s. Abschn. 5.1). Für die Beseitigung von Trümmerresten enthält die VOB/C auch keine ATV. Für das bloße Beseitigen von Erdmaterial gilt die VOB/C DIN 18300 nicht.

4.2 Arbeiten jeder Art an einer baulichen Anlage

Nach § 1 VOB/A sind Bauleistungen **Arbeiten jeder Art**, durch die eine bauliche Anlage hergestellt, instand gehalten, geändert oder beseitigt wird.

Der mit der VOB/A - Ausgabe 1992 - und zur Umsetzung der EG-Baukoordinierungsrichtlinie eingeführte und seither gültige **Bauleistungsbegriff** bringt zum Ausdruck, dass nicht nur die klassischen Bauarbeiten (z.B. i.S. der VOB/C) unter die VOB fallen, sondern alle „Arbeiten an einer baulichen Anlage“. Darunter werden alle Arbeiten verstanden, die der „**Funktion**“ einer baulichen Anlage dienen bzw. für eine **funktionsstüchtige bauliche Anlage** erforderlich sind (vgl. dazu Jaeger in NZBau 2001, 432, Noch in BauR 1998, 941 oder die Anmerkungen von Noch in VergabeR 2003, 1000; vgl. dazu ferner die Rechtsprechung in **Anlage 1**). Bauliche Anlagen und deren Einrichtungen müssen eine **funktionale Einheit** darstellen, wenn die Einrichtungen der VOB unterliegen sollen (Vergaberechts-Report 9/2002, 4).

Aus den **amtlichen Hinweisen zur VOB/A - Ausgabe 1992** - ist Folgendes zu entnehmen (Zitat):

Unter § 1 fallen alle zur Herstellung, Instandhaltung oder Änderung einer baulichen Anlage zu montierenden Bauteile, insbesondere die Lieferung und Montage maschineller und elektrotechnischer Einrichtungen. Nicht unter § 1 fallen Einrichtungen, die von der baulichen Anlage ohne Beeinträchtigung der Voll-

ständigkeit oder Benutzbarkeit abgetrennt werden können und einem selbständigen **Nutzungszweck** dienen, z.B.

- maschinelle und elektrotechnische Anlagen, soweit sie nicht zur **Funktion einer baulichen Anlage** erforderlich sind, z.B. Einrichtungen für Heizkraftwerke, für Energieerzeugung und -verteilung,
- öffentliche Vermittlungs- und Übertragungseinrichtungen,
- Kommunikationsanlagen (Sprach-, Text-, Bild- und Datenkommunikation), soweit sie nicht zur Funktion einer baulichen Anlage erforderlich sind,
- selbständige medizinische Anlagen.

Diese Hinweise machen deutlich, dass auch im nationalen Recht der **Funktionsbegriff** maßgebend sein soll, insbesondere wenn **technische Einrichtungen** in bauliche Anlagen eingebaut oder dort ausgetauscht werden. Der Funktionsbegriff hat insbesondere Bedeutung bei Neubauten und baulichen Änderungen. Er hat ferner bei Instandsetzungs- und Instandhaltungsmaßnahmen dann Bedeutung, wenn Anlagenteile, die der Funktion einer baulichen Anlage dienen (z.B. Aufzüge), instand gesetzt oder instand gehalten werden. Werden Anlagenteile, die nicht der Funktion einer baulichen Anlage dienen, instand gesetzt oder instand gehalten, handelt es sich um VOL-Leistungen (z.B. Wartung von Feuerlöschern, Kopiergeräten und dergl.). Der Funktionsbegriff spielt keine Rolle bei der Beseitigung von baulichen Anlagen.

Der Funktionsbegriff wurde bisher in Schrifttum und Rechtsprechung nicht näher definiert. Es wird lediglich betont, dass der Funktionsbegriff über die Bestimmungen des § 94 BGB („wesentliche Bestandteile eines Bauwerks“) hinausgehen kann. Das Kriterium „Funktionszusammenhang zwischen der Leistung und der baulichen Anlage“ erleichtert deshalb nicht gerade die praktische Beurteilung des Bauleistungsbegriffs, weil die Frage offen bleibt, ob ein „enger Funktionsbegriff“ oder ein eher etwas „weiter gehender Funktionsbegriff“ als Maßstab bei der Beurteilung des Bauleistungsbegriffs zugrunde zu legen ist. Dazu folgende **Beispiele**:

- Im Zuge der Neuherstellung eines Gebäudes sind die **Beleuchtungsanlagen** isoliert zu beschaffen. Die Beleuchtungsanlagen gehören als bewegliche Sachen zur Kostengruppe 4.0 i.S. der DIN 276 („Geräte, Ausstattungen“) und somit traditionell eigentlich in den VOL-Bereich. Geht man aber davon aus, dass die Beleuchtungsanlagen nicht nur der Sicherheit der Nutzer,

sondern auch der Funktion des Bauwerks selbst dienen (ohne Beleuchtung ist das Bauwerk nicht funktionstüchtig), dann fällt die Beschaffung in den Anwendungsbereich der VOB. Die GPA neigt dazu, den Funktionsbegriff so weit auszulegen (vgl. dazu auch Abschn. 5.1).

- Im Zuge der Neuherstellung eines Gebäudes sind **Feuerlöscher** zu beschaffen und zu montieren. Die Feuerlöscher gehören als bewegliche Sachen zur Kostengruppe 4.0 i.S. der DIN 276 („Geräte, Ausstattungen“). Die GPA neigt hier zur Auffassung, dass die Feuerlöscher ausschließlich der Sicherheit der Nutzer dienen und das Bauwerk auch ohne diese Einrichtungen funktionstüchtig bleibt (vgl. dazu auch Abschn. 5.1).

Hinzu kommt noch folgendes weitere Problem:

Im Schrifttum wird teilweise die Auffassung vertreten, dass der Funktionsbegriff lediglich bei der **Neuherstellung** einer baulichen Anlage maßgebend sei, nicht dagegen bei **Ersatzbeschaffungen** (vgl. z.B. Noch in BauR 1998, 941). Beispielsweise wird die Auffassung vertreten, dass bei einer Neuherstellung einer baulichen Anlage der Einbau eines Aufzugs unter die VOB fällt, dagegen bei einer Ersatzbeschaffung eines serienmäßigen Aufzugs die VOL anzuwenden sei (vgl. Noch in VergabeR 2003, 101). Diese Auffassung ist nicht nachvollziehbar. Im obigen Beispiel mit den Beleuchtungsanlagen wäre es nicht konsequent, die Beschaffung von Beleuchtungsanlagen bei der Neuherstellung der VOB zuzuordnen, dagegen die spätere Ersatzbeschaffung der VOL. Weder der Wortlaut des § 99 Abs. 3 GWB noch der des § 1 VOB/A lässt eine differenzierte Betrachtung zwischen Neuherstellungen und baulichen Änderungen zu. Auch bei nachträglichen Einbauten und Ersatzbeschaffungen bleibt **allein der Funktionsbegriff maßgeblich**.

Dennoch wird nachstehend unter Abschn. 5 differenziert zwischen Neuherstellungen und baulichen Veränderungen, um die Palette möglicher Maßnahmen an baulichen Anlagen, die unter die VOB fallen, besser darstellen zu können.

4.3 Rechtsprechung zur Verjährung der Mängelansprüche (§ 638 BGB a.F., § 634 BGB n.F., § 13 VOB/B)

Die Rechtsprechung zum Gewährleistungsrecht bzw. zur Verjährung der Mängelansprüche (§ 638 BGB a.F., § 634 BGB n.F., § 13 VOB/B) kann ggf. hilfsweise zur Prüfung herangezogen werden, ob eine Leistung dem Anwendungsbereich der VOB unterliegt.

In § 13 Nr. 4 VOB/B wird differenziert zwischen „Bauwerk“ und „Arbeiten an einem Grundstück“. Dies hat seinen Grund im Gewährleistungsrecht bzw. in den unterschiedlichen Gewährleistungsfristen.

Im Schrifttum wird davon ausgegangen, dass der Begriff „**bauliche Anlage**“ als **Oberbegriff** in der Regel nicht nur die Bauwerke, sondern auch die Arbeiten an einem Grundstück erfasst (z.B. Außenanlagen und Freianlagen bzw. Landschaftsbauarbeiten nach DIN 18320 oder Sicherungsarbeiten nach DIN 18310). Dies ist zu berücksichtigen, wenn man - was mitunter unerlässlich ist - die Rechtsprechung zu § 13 Nr. 4 VOB/B hilfsweise zur Prüfung heranzieht, ob eine Leistung der VOB oder VOL unterliegt (vgl. dazu die Rechtsprechungsübersicht in **Anlage 2**). In der Praxis kann davon ausgegangen werden, dass Anlagen, die verjährungsrechtlich als Bauwerk eingestuft werden, in der Regel zugleich auch bauliche Anlagen i.S. des § 1 VOB/A sind. Bei Anlagen, die verjährungsrechtlich als „Arbeiten an einem Grundstück“ eingestuft werden, ist im Einzelfall zu prüfen, ob sie den bauordnungsrechtlichen Begriff der baulichen Anlage erfüllen. Dies wird auch meist der Fall sein. Dazu folgendes **Beispiel**:

Nach der Rechtsprechung zum Verjährungsrecht ist die bloße **Schotterung von Waldwegen** kein Bauwerk (vgl. Anlage 2). Es handelt sich hier um Arbeiten an einem Grundstück i.S. des § 13 Nr. 4 VOB/B. Waldwege sind aber bauliche Anlagen. Es handelt sich hier begrifflich um Instandsetzungsmaßnahmen an baulichen Anlagen, die nach der VOB zu vergeben sind.

4.4 Kostenabgrenzung nach DIN 276

Ein weiteres Hilfskriterium für die Abgrenzung zwischen VOB und VOL kann die Kostengliederung nach DIN 276 sein (vgl. dazu Abschn. 5).

4.5 Vertragstyp nach BGB

Als weiteres ergänzendes Kriterium für die Zuordnung eines Auftrags (VOB oder VOL) können die Bestimmungen der §§ 433 ff. BGB über die einzelnen Schuldverhältnisse herangezogen werden. Werkverträge i.S. der §§ 631 ff. BGB beinhalten grundsätzlich VOB-Leistungen, Kaufverträge i.S. der §§ 433 ff. BGB oder Dienstverträge i.S. der §§ 611 ff. BGB grundsätzlich VOL-Leistungen (ebenso Miet- oder Pachtverträge).

Dass dieses Kriterium aber nur nachrangig zugrunde gelegt werden darf, zeigt das Beispiel Gerüstbau. Die isolierte Vergabe einer Gerüsterstellung unterliegt der VOB, obwohl solche Verträge überwiegend mietvertragliche Elemente beinhalten. Dies schon deshalb, weil die Gerüsterstellung als Hilfsmaßnahme grundsätzlich der Erstellung einer baulichen Anlage dient und in den ATV DIN 18451 (VOB/C) geregelt ist.

4.6 Bestimmungen des § 94 Abs. 1 BGB

Zu den Bauleistungen i.S. von § 1 VOB/A zählen grundsätzlich alle in eine bauliche Anlage einzubauenden Teile, die wesentlicher Bestandteil des Gebäudes i.S. des § 94 Abs. 1 BGB sind. Die Rechtsprechung zum Verjährungsrecht (vgl. Abschn. 4.3) greift bei der Feststellung, ob eine Anlage ein Bauwerk darstellt, wiederholt auf § 94 Abs. 1 BGB zurück. Typisches **Beispiel**:

Einbauküchen sind grundsätzlich wesentliche Bestandteile einer baulichen Anlage. Der Einbau solcher Teile ist damit grundsätzlich eine Bauleistung i.S. des § 1 VOB/A.

Bei Anwendung dieses Kriteriums ist aber zu beachten, dass der Funktionsbegriff über § 94 Abs. 1 BGB hinausgehen kann (s. Abschn. 4.2 sowie die Rechtsprechung in Anlage 1).

4.7 Anwendungsbereich der VOB/C

Leistungen, die dem Anwendungsbereich der VOB/C unterliegen, sind grundsätzlich Bauleistungen i.S. von § 1 VOB/A.

Nach Abschnitt 1 der DIN 18299 „Allgemeine Regelungen für Bauarbeiten jeder Art“ gilt die VOB/C zunächst grundsätzlich nur für alle Bauarbeiten¹ bzw. Leistungen an baulichen Anlagen. Abweichende Regelungen in den ATV DIN 18300 ff. haben aber Vorrang. Für die in den Geltungsbereich der DIN 18300 ff. (VOB/C) fallenden Leistungen gilt die VOB auch dann, wenn es sich hierbei um Leistungen handelt, die nicht unmittelbar im Zusammenhang mit einer baulichen Anlage stehen. **Beispiele:**

- **Erkundungsbohrungen** (z.B. im Altlastenbereich) sind Leistungen i.S. der DIN 18301 „Bohrarbeiten“ und damit nach VOB zu vergeben, auch wenn sie nicht unmittelbar im Zusammenhang mit einer baulichen Anlage erbracht werden.
- Dagegen sind von der DIN 18301 nicht erfasst sog. **Kernbohrungen** an Bauwerken (z.B. in Straßen). Solche Leistungen sind als Dienstleistungen nach der VOL zu vergeben.

Im Umkehrschluss ist zu beachten, dass viele Bauleistungen i.S. des § 1 VOB/A noch nicht genormt bzw. von der VOB/C erfasst sind. Dennoch sind sie nach der VOB zu vergeben. § 1 VOB/A und der Anwendungsbereich der VOB/C sind nicht identisch. **Beispiel:**

Die Leistungen für **Deponieabdichtungen** sind nicht in der VOB/C geregelt. Die DIN 18336 „Abdichtungsarbeiten“ ist hier nicht anzuwenden. Deponieabdichtungen sind aber bauliche Anlagen. Die hierfür erforderlichen Leistungen sind nach der VOB zu vergeben.

¹ Auffallend ist hier der Begriff „Bauarbeiten“ im Unterschied zu § 1 VOB/A „Arbeiten jeder Art“.

5 Baumaßnahmen

5.1 Herstellung einer baulichen Anlage (Neu-, Wiederauf- und Erweiterungsbauten)

Für einen Überblick, welche Leistung als Bauleistung einzustufen ist, kann bei der Neuherstellung hilfsweise die Kostengliederung nach DIN 276¹ herangezogen werden. Die DIN 276 gilt zwar nur für Gebäude, sie kann aber analog auch in den anderen Bereichen (Ingenieurbauwerke, Tiefbauten, Freianlagen) angewandt werden. Zur Ermittlung der Kosten von Verkehrsanlagen hat die staatliche Straßenbauverwaltung eine spezielle Kostengliederung erstellt (s. nachfolgend).

Gebäude, Ingenieurbauwerke, Tiefbauten

Die Leistungen in der **Kostengruppe 1.4** „Herrichten des Baugrundstücks“ (z.B. Abräumen, Abbrechen, Roden, Planierarbeiten) sind grundsätzlich Bauleistungen, auch wenn sie isoliert von den Erdarbeiten nach DIN 18300 vergeben werden sollten, weil es sich hier um **vorbereitende, für die Bauausführung erforderliche Arbeiten handelt**. Einer näheren Überprüfung bedarf es hier grundsätzlich nicht.

Die Leistungen in der **Kostengruppe 2.2** „Nichtöffentliche Erschließung“ und der **Kostengruppe 3.1** „Baukonstruktionen“ sind zweifelsfrei Bauleistungen. Dazu gehören auch die sog. **Hilfsleistungen**, falls sie isoliert vergeben werden sollten (z.B. die Gerüsterstellung nach DIN 18451 VOB/C). Sie sind für die Bauausführung ebenfalls erforderlich.

¹ Nachstehend wird noch die Kostengliederung nach DIN 276 Fassung April 1981 und nicht die neuere Fassung Juni 1993 zitiert, um eine inhaltliche Übereinstimmung mit der HOAI zu erreichen.



Bei Gebäuden sind die Anlagen in den **Kostengruppen 3.2 und 3.3** („Installationen und Zentrale Betriebstechnik“) grundsätzlich Bauleistungen i.S. des § 1 VOB/A. Sie sind in der Regel wesentlicher Bestandteil einer baulichen Anlage und dienen auch der Funktion eines Bauwerks. Hierzu gehören alle Anlagen der Kostenuntergruppen Abwasser, Wasser, Heizung, Gase, Elektrischer Strom einschl. Blitzschutz, Fernmeldetechnik, Raumlufftechnik, Fördertechnik und sonstige Installationen (z.B. Sammelantriebe für Tür-, Tor- oder Sonnenschutzanlagen) und sonstige zentrale Betriebstechnik (kältetechnische Anlagen, Solaranlagen, Abfallverbrennungsanlagen oder eingebaute Feuerlöschanlagen).

Unter die Kostengruppen 3.2 und 3.3 fallen nicht nur die Installationen und zentralen Einrichtungen, sondern auch Zubehörteile. Zu der Kostengruppe Wasser gehören beispielsweise die Vorrichtungen (z.B. Wasserzähler, Absperrventile), die Leitungen (Kalt- und Warmwasserleitungen) sowie die Zubehörteile bzw. Sanitärobjekte einschl. Anschlüssen und Armaturen (z.B. Waschtische, WC-Anlagen, Badewannen). Da diese Leistungen in der Regel zusammengefasst vergeben werden, sind sie einheitlich nach VOB auszuschreiben. Es stellt sich allenfalls die Frage, wie zu verfahren ist, wenn **Zubehörteile oder zentrale Einrichtungen** isoliert vergeben werden sollen. **Beispiel:**

Zur Kostengruppe „**Fernmeldetechnik**“ gehören nicht nur die Installationen (z.B. Leitungen und Leitungsabschlüsse), sondern auch die zentralen Einrichtungen und Fernsprechapparate. Werden zentrale Einrichtungen und **Apparate** isoliert vergeben, entscheidet der Funktionsbegriff. Die Fernmeldeanlagen dienen nicht der Funktion des Bauwerks, sondern der Kommunikation der Benutzer. Bei einer isolierten Vergabe auch im Rahmen einer Erstbeschaffung dürfte dann die VOL anzuwenden sein. Ähnlich ist es bei einer isolierten Vergabe von zentralen Einrichtungen für EDV- oder Telefaxanlagen.

Bei Ingenieurbauwerken und Tiefbauten (z.B. Kanälen) sind technische Anlagen in der Regel Bauleistungen i.S. des § 1 VOB/A, ohne dass es auch hier einer näheren Überprüfung des Funktionsbegriffs bedarf (z.B. die maschinelle und elektrotechnische Ausrüstung in Ingenieurbauwerken wie Kläranlagen, RÜB, Pumpwerken, Hochbehältern und dergl., Anlagen der Verfahrens- und Prozesstechnik sowie der Steuer-, Mess- und Regeltechnik für Pumpen, Wasseraufbereitungsanlagen).

Zur **Kostengruppe 3.4** „Betriebliche Einbauten“ gehören Kosten für alle mit dem Bauwerk **fest verbundenen Einbauten**, die seiner besonderen Zweckbestimmung dienen (z.B. Einbaumöbel, Labor-, Küchen- Reinigungseinrichtungen, Bibliotheks- oder Archivgestelle, Wandtafeln, Projektionswände oder Verdunkelungsanlagen, Garderobeneinbauten). Die Einbauten dienen in der Regel der Funktion der baulichen Anlage und sind meist auch wesentliche Bestandteile der Anlage (§ 94 BGB). Hierzu gehören insbesondere auch die **nutzungsspezifischen Anlagen** wie Tribünen, Klettergerüste, Ballfänge in Sporthallen oder Bühnenvorhänge und bühnentechnische Anlagen in Theatergebäuden. Die Anlagen der Kostengruppe 3.4 werden also in der Regel nach der VOB vergeben. Vgl. dazu insbesondere die Beispiele aus der Rechtsprechung in Anlage 1.

Bei den Anlagen bzw. Ausstattungsgegenständen in der **Kostengruppe 4.0** handelt es sich gemäß der Definition in der DIN 276 um **bewegliche** oder in einfacher Form zu befestigende Einrichtungen (z.B. Beschilderungen, Handfeuerlöscher, Möbel, Textilien, Arbeits- und Sportgeräte, Beleuchtung). Bei isolierter Vergabe solcher Leistungen ist die Auslegung des Funktionsbegriffs besonders problematisch. In Literatur und Rechtsprechung wird zwar wiederholt darauf hingewiesen, dass der Bauleistungs- bzw. Funktionsbegriff speziell bei Neuherstellungen über den Anwendungsbereich des § 94 Abs. 1 BGB („wesentliche Bestandteile eines Gebäudes“) hinausreicht, gleichwohl hilft diese Aussage hier kaum weiter.

Die GPA neigt hier dazu, den Funktionsbegriff nicht zu weit auszulegen, was bedeutet, dass die Leistungen in der Kostengruppe 4.0 **grundsätzlich nach der VOL** auszuschreiben sind. Dazu aber folgende **Beispiele und Ausnahmen**, die zugleich die Problematik verdeutlichen:

- Zur Kostengruppe 4.0 gehören die **Beleuchtungsanlagen** (z.B. Lampen, Leuchten), sofern sie nicht fest eingebaut sind. Werden sie isoliert von den Installationsarbeiten ausgeschrieben, entscheidet der Funktionsbegriff bzw. stellt sich die Frage, ob die Beleuchtung der Funktion der baulichen Anlage oder der Sicherheit der Benutzer dient. Die GPA neigt dazu, die Beleuchtungskörper nach **VOB** auszuschreiben, weil ohne sie eine bauliche Anlage nicht funktionsfähig ist. Hierzu ist noch anzumerken, dass die Beleuchtungs-

körper als Zubehör eigentlich zu den Installationen i.S. der Kostengruppe 3.2 „Elektrischer Strom“ gehören.¹

- Zur Kostengruppe 4.0 gehören die **Handfeuerlöscher**. Auch hier stellt sich die Frage, ob die Ausstattungsgegenstände der Funktion der baulichen Anlage oder nur der Sicherheit der Benutzer dienen. Die GPA neigt dazu, solche Leistungen nach der **VOL** auszuschreiben.
- Zur Kostengruppe 4.0 gehören die **beweglichen Sportgeräte**. Hier stellt sich gleichermaßen die Frage, ob diese nutzungsspezifischen Einrichtungsgegenstände der Funktion der baulichen Anlage dienen.² Folgt man einigen Schrifttumshinweisen, wären solche Einrichtungen zumindest bei der Erstbeschaffung nach der VOB auszuschreiben. Nach Auffassung der GPA geht der Funktionsbegriff aber auch hier nicht so weit. Eine Sporthalle ist auch ohne ihre beweglichen Einrichtungen voll funktionsfähig; daher Ausschreibung nach **VOL**.
- Zur Kostengruppe 4.0 gehören auch die in einfacher Form zu befestigenden **Fönanlagen** in einem Hallenbad. Werden sie isoliert vergeben, sind sie nach der **VOL** auszuschreiben. Ein Hallenbad ist auch ohne diese Anlagen funktionsfähig.
- Zur Kostengruppe 4.0 gehört die Montage einer einfachen **Markise** (ohne elektrischen Antrieb bzw. weiter gehende Installationen). Auch hier neigt die GPA dazu, die Anlage nach **VOL** auszuschreiben.

Im Schrifttum wird aber auch die Auffassung vertreten, dass zumindest die **nutzungsspezifischen Einrichtungsgegenstände** wie beispielsweise Sportgeräte, schulische Einrichtungsgegenstände oder medizinische Geräte noch zur Funktion einer baulichen Anlage gehören und nach VOB auszuschreiben sind (vgl. Noch in VergabeR 2003, 100). Die GPA sieht den Funktionsbegriff nicht so weit gehend. Hierzu bleibt weitere Rechtsprechung abzuwarten.

¹ Vgl. dazu auch die Neueinteilung in der DIN 276 Fassung Juni 1993.

² Ähnliche Beispiele gibt es auch bei medizinischen Geräten.

Die Leistungen in der **Kostengruppe 6.0** „Zusätzliche Maßnahmen“ (z.B. Schutz- und Winterbaumaßnahmen) sind grundsätzlich Bauleistungen.

Die Kosten für **Grund- bzw. Endreinigungen** gehören ebenfalls zur Kostengruppe 6.0. Werden solche Reinigungsleistungen isoliert vergeben, sind sie nach VOL auszuschreiben. Gleichwohl könnte man aber auch hier argumentieren, dass solche Leistungen eine bauliche Anlage erst funktionsfähig machen, was die Problematik des Funktionsbegriffs erneut verdeutlicht.

Freianlagen

Orientiert man sich bei den Außen- und Freianlagen hilfsweise an der Untergliederung der Kostengruppe 5.0 nach DIN 276, lässt sich daraus ableiten, dass alle Leistungen der **Kostengruppen 5.1 bis 5.3** (Einfriedigungen, Geländebearbeitung und -gestaltung, Abwasser- und Versorgungsanlagen) und **5.6 bis 5.8** (Anlagen für Sonderzwecke, Verkehrsanlagen, Grünflächen) grundsätzlich nach VOB zu vergeben sind.

Dagegen dürften bei einer isolierten Vergabe von Leistungen der **Kostengruppe 5.4** (Wirtschaftsgegenstände wie z.B. Müllbehälter, Fahrradständer, Pflanzkübel, Gartenbänke) und **5.5** (Kunstwerke) in der Regel die VOL anzuwenden sein. Entscheidend ist aber auch hier, inwieweit künftig der Funktionsbegriff ausgelegt wird. Die GPA neigt hier zu einer engen Auslegung (vgl. dazu die Ausführungen zur Kostengruppe 4.0). Allerdings ist hier noch zu berücksichtigen, dass manche Einrichtungsgegenstände in Außenanlagen je nach Ausführungsart auch eine bauliche Anlage darstellen können (z.B. Fahrradständer).

Verkehrsanlagen

Die Kosten einer Verkehrsanlage werden meist nicht nach der DIN 276, sondern gemäß der Anweisung zur „Kostenberechnung für Straßenbaumaßnahmen“ (VKBl. 1985, 92) gegliedert. Danach sind alle Leistungen bei nachfolgenden Kostengruppen grundsätzlich nach **VOB** auszuschreiben.

- Kostengruppe 2 - Untergrund, Unterbau, Entwässerung -
- Kostengruppe 3 - Oberbau - (z.B. Trag-/Deckschichten)
- Kostengruppe 4 - Brücken -
- Kostengruppe 5 - Stützwände -
- Kostengruppe 6 - Tunnel -
- Kostengruppe 7 - Sonstige Bauwerke - (z.B. Schutzbauwerke)
- Kostengruppe 8 - Ausstattung - (z.B. Leiteinrichtungen, Markierungen, Verkehrszeichen, Signalanlagen, Fernmeldeanlagen, Beleuchtungsanlagen, Bepflanzung, Blendschutzanlagen, Lärmschutzwände, Einfriedigungen)
- Kostengruppe 9 - Sonstige besondere Anlagen - (z.B. Verlegung vorhandener Leitungen, Umleitungen)

Besondere Ausstattungen bei verkehrsberuhigten Zonen (z.B. Bänke, Pflanzkübel, bewegliche Kunstwerke) gehören, wenn sie isoliert vergeben werden, grundsätzlich in den VOL-Bereich. Ein enger Funktionszusammenhang zwischen der Ausstattung und der Verkehrsanlage ist hier nicht mehr unbedingt gegeben.

5.2 Änderung einer baulichen Anlage

Der Begriff „Änderung“ i.S. des § 1 VOB/A setzt eine bereits bestehende bauliche Anlage voraus. Unter den Oberbegriff fallen insbesondere

- Umbaumaßnahmen,
- Modernisierungsmaßnahmen,
- Raumbildende Ausbauten,
- Ergänzungsmaßnahmen bzw. nachträgliche Einbauten,

- Erneuerungs-/Austauschmaßnahmen,
- Instandsetzungen.

Wegen der Begriffe vgl. teilweise § 3 HOAI.

Umbaumaßnahmen

Zu den Umbaumaßnahmen an bestehenden baulichen Anlagen wie Gebäuden, Ingenieurbauwerken und Verkehrsanlagen zählen insbesondere Bestands-/Nutzungsänderungen oder Konstruktionsänderungen. Umbaumaßnahmen an einer baulichen Anlage fallen unter die Kostengruppe 3.0 nach DIN 276 bzw. bei den Verkehrsanlagen unter die entsprechenden Kostengruppen (z.B. Kostengruppe 2 oder 3) und sind grundsätzlich Bauleistungen, ohne dass es hier einer näheren Prüfung der baulichen Funktionszugehörigkeit bedarf.

Umbaumaßnahmen bei Anlagen i.S. der Kostengruppen 3.2 oder 3.3 nach DIN 276 (betr. hauptsächlich Gebäude und Ingenieurbauwerke) und bei Einbauten i.S. der Kostengruppe 3.4 (betr. im wesentlichen Gebäude) sowie bei der Ausstattung i.S. der Kostengruppe 4.0 bzw. der Kostengruppe 8 (betr. Gebäude bzw. Verkehrsanlagen) sind begrifflich in der Regel **Erneuerungs-/Austauschmaßnahmen** (vgl. dazu weiter unten).

Bei Tiefbauten, insbesondere im Leitungsbau, spricht man in der Regel nicht von Umbaumaßnahmen. Beispielsweise sind Kanalerneuerungen Neubaumaßnahmen.

Bei den Außen-/Freianlagen i.S. der Kostengruppe 5.0 spricht man im Allgemeinen nicht von Umbaumaßnahmen. Umgestaltungen sind hier in der Regel Neugestaltungen bzw. Neubaumaßnahmen.

Modernisierungsmaßnahmen

Modernisierungsmaßnahmen sind begrifflich bauliche Maßnahmen zur nachhaltigen Erhöhung des Gebrauchswerts eines Objekts (z.B. bei Gebäuden oder

Ingenieurbauwerken). Bei Verkehrsanlagen, Tiefbauten oder Außen-/Freianlagen spricht man im Allgemeinen nicht von Modernisierungsmaßnahmen.

Modernisierungsmaßnahmen liegen im Grenzbereich zwischen Umbaumaßnahmen und Erneuerungs-/Instandsetzungsmaßnahmen. Als Modernisierungsmaßnahme könnte man eine Baumaßnahme bezeichnen, die eine Vielzahl gleichzeitig durchzuführender Umbauten, Erneuerungen oder Instandsetzungen enthält und die letztlich zu einer nachhaltigen Erhöhung des Gebrauchswerts der baulichen Anlage führt (z.B. gleichzeitige Erneuerung der Haustechnik, der Fenster und Türen, der Dacheindeckung, der Fassaden mit Vollwärmeschutz und dergl.). Modernisierungsmaßnahmen an baulichen Anlagen sind Bauleistungen. Die vorstehenden Ausführungen zu den Umbaumaßnahmen gelten entsprechend.

Raumbildende Ausbauten

Ein Raumbildender Ausbau ist bei einem Gebäude die **innere Gestaltung oder Erstellung von Innenräumen** ohne wesentliche Eingriffe in Bestand oder Konstruktion (§ 3 Nr. 7 HOAI). Raumbildende Ausbauten sind Leistungen in den Kostengruppen 3.1 oder 3.4 und in der Regel VOB-Leistungen (z.B. Einbau von Wand- oder Deckenbekleidungen, abgehängte Decken, Raumteiler). Für etwaige Leistungen in der Kostengruppe 4.0 gelten die Ausführungen zu den Neubauten entsprechend.

Ergänzungsmaßnahmen/-beschaffungen bzw. nachträgliche Einbauten

Unter Ergänzungsmaßnahmen versteht man bei Gebäuden, Ingenieurbauwerken, Tiefbauten oder Außen-/Freianlagen im Allgemeinen den nachträglichen Einbau von Anlageteilen in den Kostengruppen 3.2 bis 3.4 bzw. bei Verkehrsanlagen in der Kostengruppe 8 (z.B. der nachträgliche Einbau einer Klimaanlage, Blitzschutzanlage, Pumpe beim Pumpwerk, eines Rechens oder einer Sandfanganlage bei der Kläranlage, Aufzugsanlage, Brandmeldeanlage, Außenbeleuchtungsanlage, Steuerungsanlage, Einbauküche, Signalanlage oder Straßenbeleuchtungsanlage). Auch hier handelt es sich in der Regel um VOB-Leistungen, weil - wie bei der Neuherstellung einer baulichen Anlage - die ergänzenden Anlagenteile der **Funktion der Anlage** dienen. Die GPA sieht hier

keine Unterschiede zwischen der Neuherstellung und der Ergänzungsbeschaffung (vgl. Abschn. 4.1).

Bei der Ergänzungsbeschaffung von beweglichen Gegenständen i.S. der Kostengruppe 4.0 (betr. Gebäude und Ingenieurbauwerke) gelten die Ausführungen zu Neubauten entsprechend. Dazu noch folgende **Beispiele**:

- Die nachträgliche Anbringung einer **Markise** an ein Gebäude ist keine VOB-Leistung. Sie ist kein fester Einbau und dient auch nicht unmittelbar der Funktion der baulichen Anlage.
- Die nachträgliche Umrüstung einer **EDV-Zentrale** in einem Gebäude ist keine Bauleistung. Die Maßnahme wird nicht zum Bestandteil des Gebäudes und dient nicht der Funktion des Gebäudes, sondern der Kommunikation der Benutzer.

Erneuerungs-/Austauschmaßnahmen, Ersatzbeschaffungen

Im Allgemeinen spricht man von Erneuerungs- oder Austauschmaßnahmen, wenn Teile einer baulichen Anlage innerhalb der Kostengruppen 3.2 bis 3.4 erneuert bzw. ausgetauscht werden (z.B. bei Umrüstung einer Heizungsanlage, bei Erneuerung einer Aufzugsanlage oder bei Austausch von betrieblichen Einbauten wie Einbauküchen). In der Regel handelt es sich hier um VOB-Leistungen, weil hier i.S. des § 1 VOB/A eine bauliche Anlage geändert wird und auch die Änderungsmaßnahmen der Funktion der baulichen Anlage dienen. Auch hier wird nicht unterschieden zwischen Neubauten und Änderungen. Diejenigen Anlagenteile, die bei Neubauten der VOB unterliegen, sind auch bei Erneuerungs- /Austauschmaßnahmen begrifflich Bauleistungen.

Beim Austausch oder bei der **Ersatzbeschaffung** von Ausstattungsgegenständen i.S. der Kostengruppe 4.0 wird man dagegen in der Regel - wie bei den Neubauten - davon ausgehen müssen, dass es sich hierbei um VOL-Leistungen handelt (z.B. Austausch einer Telefonanlage oder Ersatzbeschaffung von Möbeln).

Instandsetzungen

Nach § 3 Nr. 10 HOAI sind Instandsetzungen „Maßnahmen zur Wiederherstellung des zum bestimmungsmäßigen Gebrauch geeigneten Zustandes (Soll-Zustandes) eines Objekts“. Diese Definition setzt einen Schaden oder eine Abnutzung an einer baulichen Anlage bzw. an Bausubstanz voraus. Die Ursache ist dabei unerheblich. Als Ursachen kommen beispielsweise in Frage höhere Gewalt, Einflüsse durch Dritte, witterungsbedingte Einflüsse, seinerzeitige unsachgemäße Bauausführungen oder einfach auch nur altersbedingte Abnutzungen. Gelegentlich werden Instandsetzungsarbeiten auch mit Sanierungs- oder Erneuerungsmaßnahmen, Reparaturarbeiten oder Austauscharbeiten umschrieben.

Bei den klassischen Instandsetzungsarbeiten an baulichen Anlagen wie Gebäuden oder Ingenieurbauwerken (z.B. Erneuerung der Fenster, Flachdachsanierungen, Betonsanierungen, Fassadensanierungen) handelt es sich zweifelsfrei um Bauleistungen i.S. des § 1 VOB/A, ohne dass es hier einer näheren Überprüfung bedarf. Auch bei den Verkehrsanlagen sind Instandsetzungen (z.B. Deckenerneuerungen, Erneuerung der Markierungen) VOB-Leistungen. Im Tiefbau- bzw. Leitungsbau sind beispielsweise sog. Kanalsanierungen (z.B. In-Liner-Verfahren oder Roboterverfahren) Instandsetzungsmaßnahmen und damit VOB-Leistungen.

Bei den Außen-/Freianlagen spricht man nicht von Instandsetzungen, sondern von Neuherstellungen (z.B. bei Wiederherstellung von Sportplatzrasenflächen).

Instandsetzungen bei Gebäuden, Ingenieurbauwerken zu den Kostengruppen 3.2 bis 3.4, insbesondere bei den technischen Anlagen (z.B. bei Aufzügen, Heizungen) sind begrifflich in der Regel Erneuerungs-/Austauschmaßnahmen bzw. Ersatzbeschaffungsmaßnahmen (vgl. dazu die vorstehenden Ausführungen).

5.3 Instandhaltungen

Instandhaltungen sind konservierende oder vorbeugende Maßnahmen zur Erhaltung des Soll-Zustandes eines Objekts (§ 3 Nr. 11 HOAI) oder einer Einrichtung. Instandhaltungen werden folgerichtig oft auch als **Wartungs-, Inspek-**



tions- oder Pflegearbeiten bezeichnet. Von **Wartungs-/Inspektionsarbeiten** spricht man in der Regel bei technischen Anlagen, von **Pflegearbeiten** in der Regel bei Grünflächen. Auch **Schutzarbeiten** bei Gebäuden, Ingenieurbauwerken und Verkehrsanlagen fallen unter den Begriff Instandhaltung (z.B. Schutzanstriche nach DIN 18364).

Sog. **Vollwartungsverträge** über technische Anlagen enthalten sowohl Instandsetzungen (ggf. Austausch von Anlagenteilen) als auch Instandhaltungen (Wartungen).

§ 1 VOB/A bezeichnet die Instandhaltung als Bauleistung. Die VOB-Anwendung setzt aber voraus, dass beispielsweise bei Gebäuden, Ingenieurbauwerken oder Verkehrsanlagen **bauliche Substanz** instandgehalten wird (z.B. durch Schutzanstriche) oder dass solche **Anlagenteile** innerhalb baulicher Anlagen instandgehalten bzw. gewartet werden, die wesentlicher Bestandteil sind bzw. der Funktion einer baulichen Anlage dienen (z.B. Heizungsanlagen, Aufzüge, Lüftungsanlagen, Anlagen der Steuer-, Mess- und Regeltechnik, Signalanlagen, Verkehrsrechner und dergl.). Dann unterliegen solche Maßnahmen der VOB.

Der VOL dagegen unterliegt die Instandhaltung bzw. Wartung solcher Anlagenteile in baulichen Anlagen, die nicht der Funktion der baulichen Anlage dienen (z.B. Feuerlöscher, Telefonanlagen, EDV-Anlagen, Kopieranlagen).

Unter **Pflege von Grünflächen** versteht man Arbeiten wie z.B. das Mähen von Rasenflächen, das Wässern oder der Rückschnitt von Bäumen, Pflanzen, Sträuchern. Auch diese Arbeiten unterliegen der VOB, weil hierdurch eine bauliche Anlage (z.B. Sportanlage, Friedhofsanlage, Hochwasserdammanlage) instandgehalten wird. Die VOB-Anwendung ergibt sich auch aus der DIN 18320 „Landschaftsbauarbeiten“ (VOB/C), wonach alle Leistungen, auch die sog. Fertigstellungs-, Entwicklungs- und Unterhaltungspflege der VOB/C und damit auch der VOB insgesamt unterliegen.

Eine rechtliche Sonderstellung scheint in diesem Zusammenhang der **Straßenbau** einzunehmen. Nach dem Urteil des OLG Düsseldorf vom 29.07.1998, BauR 1999, 241 (vgl. auch die Leitsätze in Anlage 1) ist das bloße „**Rückschneiden von Bäumen an Straßen**“ eine Bauleistung, weil nach dem Straßenrecht Bäume Zubehör der Straße und damit Teil der baulichen Anlage sind.

Eine andere Frage ist, ob der aus der EG-Baukoordinierungsrichtlinie stammende und nach § 99 Abs. 3 GWB in nationales Recht übernommene Bauauftragsbegriff ebenfalls Instandhaltungen an Bauwerken mit einschließt. Dies ist zunächst nicht anzunehmen, weil Instandhaltungen und Reparaturen in der EG-Dienstleistungsrichtlinie wörtlich erwähnt und entsprechend in nationales Recht umgesetzt worden sind (vgl. dazu den Anhang I A zur VOL Ausgabe 2002). Demnach wären Instandhaltungen ab dem EG-Schwellenwert von 200.000 bzw. 400.000 Euro als Dienstleistungen nach der VOL/A EG-weit auszuschreiben, dagegen Instandhaltungen unterhalb des EG-Schwellenwerts national nach der VOB/A (zur Problematik vgl. auch Vergaberechts-Report 9/2002, 3).

Diese Diskrepanzen zwischen dem EG-Vergaberecht und dem nationalen Vergaberecht sind noch klärungsbedürftig. Die Frage ist insbesondere, ob bei Umsetzung der EG-Baukoordinierungsrichtlinie der Begriff „Instandhaltung“ in § 1 VOB/A nicht hätte richtigerweise durch den Begriff „Instandsetzung“ ersetzt werden müssen. Dann hätte Klarheit geherrscht und Gleichheit zwischen dem EG-Vergaberecht und dem nationalen Recht bestanden.

Regelmäßige **Planierarbeiten** (z.B. auf Erddeponien) sind ebenfalls sog. Instandhaltungsarbeiten i.S. des § 1 VOB/A, wenn man - was anzunehmen ist - die Erddeponie als bauliche Anlage ansieht. Dagegen sind sonstige Erdbewegungen (z.B. auf unbebauten Grundstücken), die nicht im Zusammenhang mit der Errichtung einer baulichen Anlagen stehen, Leistungen, die der VOL zuzuordnen sind.

Ein Sonderfall sind die **Reinigungsarbeiten** (z.B. Hausreinigungen, Kanalreinigungen). Sie sind begrifflich keine Instandhaltungen baulicher Substanzen oder Anlagenteile, sondern ausschließlich Dienstleistungen mit dem Ziel, bauliche Anlagen von Verschmutzungen zu befreien. Sie unterliegen bei einer isolierten Vergabe der VOL. Dazu noch folgendes **Beispiel**:

Ein Gebäude soll **sandgestrahlt** werden. Bauliche Ausbesserungen an der Fassade sind nicht erforderlich. Die Gerüsterstellung wird isoliert vergeben. Die Sandstrahlung ist begrifflich weder eine Instandsetzungs- noch eine Instandhaltungsmaßnahme an der baulichen Anlage, sondern eine bloße Reinigungsleistung. Sie unterliegt folglich der VOL.

5.4 Beseitigungen

Abbruch- oder Demontagearbeiten an baulichen Anlagen i.S. der Kosten-
gruppe 1.4 oder 3.0 nach DIN 276 sind Bauleistungen i.S. des § 1 VOB/A und
folglich nach der VOB zu vergeben, auch wenn sie isoliert vergeben werden.
Dazu gehören beispielsweise auch die sog. **Entkernungsarbeiten** in Gebäuden,
in die belastete Baustoffe eingebaut worden sind.

6 Mischverträge

Es gibt eine Vielzahl sog. **Mischverträge**, d.h. Verträge, die die Errichtung oder Änderung einer baulichen Anlage und zugleich auch Dienstleistungen (z.B. Bau und Betrieb einer Biokompostanlage) oder Lieferleistungen (z.B. Ausbau einer verkehrsberuhigten Straße mit Lieferung der Ausstattungsgegenstände wie Bänke und dergl.) zum Inhalt haben. Hier gilt der Grundsatz, dass die Leistungen einheitlich nach der VOB zu vergeben sind, und zwar ohne Rücksicht auf den prozentualen Anteil der Bauleistungen im Verhältnis zu den sonstigen Leistungen (vgl. dazu die Ausführungen von Noch in BauR 1998, 941 mit weiteren Literaturhinweisen; OLG Düsseldorf, Urt. v. 05.07.2000, NZBau 2001, 106 betr. Restabfallbehandlungsanlage). Bei Mischverträgen kommt eine Ausschreibung nach VOL grundsätzlich nur dann in Betracht, wenn die Bauleistungen nur von untergeordneter Bedeutung sind (OLG Düsseldorf, a.a.O.).

7 Bauseitige Lieferungen

Bauseitige bzw. auftraggeberseitige Lieferungen (z.B. Rohrlieferungen, Baumaterialien) sind reine Liefer-/Kaufverträge und nach VOL auszuschreiben. Zwar dienen auch solche Lieferungen letztlich der Errichtung oder Änderung einer baulichen Anlage, jedoch setzt der Bauleistungsbegriff in § 1 VOB/A Arbeiten voraus, die sich unmittelbar in einer baulichen Anlage verkörpern und dementsprechend auch einen werkvertragsrechtlichen Erfolg (und nicht nur reine Lieferungen) zum Ziel haben.

Anlage 1

Anwendung der VOB

Beispiele aus der Rechtsprechung (Leitsätze, Stichworte)

Zu den Bauleistungen i.S. des § 1 VOB/A zählen alle Leistungen, die zur Herstellung eines funktionsfähigen Bauwerks erforderlich sind. Hierzu gehören auch Arbeiten an einem Bauwerk, in deren Rahmen die eingebauten Teile mit dem Bauwerk dauernd und fest verbunden sind, sowie die Herstellung von Gegenständen zur Verwendung in einem bestimmten Bauwerk (hier: **Einbauschränke**), soweit es sich hierbei nicht um Gegenstände aus einer allgemeinen Serienproduktion handelt.

VÜA Brandenburg, Beschl. v. 19.12.1966, 1 VÜA 1/96, nicht veröffentlicht

Ein **Regalsystem** für eine neu zu errichtende Bibliothek gilt als Bauauftrag und nicht als Lieferauftrag.

VÜA Bund, Beschl. v. 03.06.1996, 1 VÜ 6/96, nicht veröffentlicht

Anmerkung: Der GPA liegen nur die Entscheidungsleitsätze vor. Daraus ist nicht ersichtlich, ob es sich bei dem Regalsystem um eine fest mit dem Bauwerk verbundene Einrichtung handelt. Aus der Abhandlung Noch in BauR 1998, 948 geht jedoch hervor, dass die Anwendung der VOB selbst dann gilt, wenn diese Regale nicht fest mit dem Bauwerk verbunden sind.

Die Ausrüstung eines **Büchermagazins** mit Regalsystem (befahrbar; lediglich die Holz- und Bodenplatten sind mit dem Bauwerk fest verbunden) unterliegt der VOB. Entscheidend ist der Funktionszusammenhang mit der Nutzung des Gebäudes als Bibliothek.

VÜA Berlin, Beschl. v. 16.11.1996, VÜA 2/96, nicht veröffentlicht

Bauleistungen i.S. des § 1 VOB/A sind alle zur Herstellung, Instandhaltung oder Änderung einer baulichen Anlage zu montierenden Teile, insbesondere die Lieferung und Montage maschineller und elektrotechnischer Einrichtungen (hier: **Notstromaggregat**). Keine Bauleistungen sind Anlagen, die von der baulichen Anlage ohne Beeinträchtigung der Vollständigkeit oder Benutzbarkeit abgetrennt werden können und einem selbständigen Nutzungszweck dienen, wobei beide Voraussetzungen gleichzeitig erfüllt sein müssen.

VÜA Nordrhein-Westfalen, Beschl. v. 18.03.1996, Az. 415/84 - 43 - 1/95 001 k, nicht veröffentlicht

Sachverhalt: Eine Vergabestelle schrieb öffentlich die **Laboraüstung bzw. zwei Stück Dampfsterilisatoren (Autoklaven) und ein Stück Wasserstoffperoxydgenerator** für das Institut für Virologie aus. Die Ausschreibung erfolgte nach VOB/A und nicht europaweit, weil der Schwellenwert von 5 Mio. Euro nicht erreicht war. **Entscheidung** im Nachprüfungsverfahren nach §§ 102 ff. GWB: Die Lieferung und Montage von Maschinen und Anlagen gelten sowohl nach § 1 VOB/A als auch nach § 99 GWB als Bauauftrag, wenn sie für ein **funktionsfähiges Bauwerk** erforderlich sind. Die Vergabestelle hatte im Rechtsstreit überzeugend dargelegt, dass das Gebäude ohne die Autoklaven und den Wasserstoffperoxydgenerator nicht zu dem vorgesehen Zweck, nämlich als Infektionstierhaus genutzt werden kann. Danach war mangels Erreichen des Schwellenwertes das

Nachprüfungsverfahren nicht statthaft.

OLG Jena, Beschl. v. 31.07.2002, Vergaber 2003, 98 = Vergaberechts-Report 9/2002, 4

Sachverhalt: Ein Straßenbauamt in Nordrhein-Westfalen schrieb nach einem Öffentlichen Teilnahmewettbewerb Baumpflegearbeiten an Landes- und Bundesstraßen beschränkt aus. Eine Firma, die nach dem Öffentlichen Teilnahmewettbewerb nicht zur Angebotsabgabe aufgefordert wurde, erwirkte gerichtlich eine einstweilige Verfügung mit dem Ziel, ihr eine Angebotsabgabe sowie eine Stellungnahme zu etwa nachteiligen Referenzauskünften zu ermöglichen.

Entscheidung des Kartellsenats: Die Firma hat keine Ansprüche auf Wettbewerbsbeteiligung im Rahmen der Beschränkten Ausschreibung, und zwar weder Ansprüche nach den §§ 35, 26 Abs. 2 GWB (der öffentliche Auftraggeber ist in diesem Fall nicht marktbeherrschend i.S. des GWB), aus culpa in contrahendo (es wurde nicht gegen Vergabebestimmungen, insbesondere nicht gegen das Diskriminierungsverbot verstoßen), aus § 823 BGB (die Vorschriften der VOL/A oder der VOB/A sind keine Schutzgesetze i.S. des § 823 BGB) noch aus § 1 UWG (es fehlt an einem sittenwidrigem Verstoß).

In dem Zusammenhang hat das Gericht entschieden, dass die Baumpflegearbeiten im Wert von rund 500.000 DM zu Recht nach VOB/A und nicht EG-weit ausgeschrieben worden sind (bei einer VOL-Leistung wäre der EG-Schwellenwert überschritten gewesen). Nach Auffassung des Gerichts sind die Bäume laut Straßengesetz Zubehör der baulichen Anlage „Straße“. „Instandhaltungen“ an Bauwerken sind nach § 1 VOB/A begrifflich Bauleistungen.

OLG Düsseldorf - Kartellsenat -, Ur. v. 29.07.1998, BauR 99, 241

Anmerkung der GPA: Der Auffassung des Gerichts, dass Baumpflegearbeiten an Straßen nach VOB/A auszuschreiben sind, ist nicht ohne Weiteres zuzustimmen. Das Gericht übersieht, dass „Instandsetzungen“ und „Instandhaltungen“ völlig verschiedene Begriffe sind (vgl. z.B. auch § 3 HOAI). Instandhaltungen (Wartungen, Baumpflege usw.) sind nach der EG-Dienstleistungsrichtlinie „gewerbliche Dienstleistungen“. Folglich fallen sie unter die VOL/A. Nur Instandsetzungen sind Bauleistungen i.S. der EG-Baukoordinierungsrichtlinie und auch i.S. der VOB/A (der Wortlaut in § 1 VOB/A „instand gehalten“ entspricht nicht den EG-Richtlinien und müsste eigentlich „instand gesetzt“ heißen).

Sachverhalt: Ausschreibungsgegenstand war der Austausch von Steuergeräten sowie die Wartung und Störungsbeseitigung an Lichtzeichenanlagen bei Straßen. Von der Gesamtauftragssumme von 1,1 Mio. DM entfielen ca. 404.000 DM auf Dienstleistungen. Der Gesamtauftrag ist nach § 1 VOB/A auszuschreiben, u.a. auch weil Signalanlagen Zubehör von Straßen sind.

BayObLG, Beschl. v. 29.03.2000, NZBau 2000, 594 = Vergaberechts-Report 5/2000, 2

Anmerkung der GPA: Werden „gemischte Leistungen“, d.h. Bauleistungen zusammen mit Dienstleistungen ausgeschrieben (so z.B. auch der Bau und der Betrieb einer Bio-Kompostanlage), ist in der Regel die VOB/A anzuwenden.

Sachverhalt: Ausgeschrieben wurde die Lieferung bzw. Ergänzung und Einbau einer Brandmeldeanlage für einen Museumsbau nach VOB. Der geschätzte Auftragswert betrug 500.000 Euro. Ein Bieter beantragte ein Nachprüfungsverfahren. **Entscheidung:** Der Antrag ist nicht zulässig. Es handelt sich hier um Bauleistungen i.S. des § 1 VOB/A bzw. um einen Bauauftrag i.S. des § 99 Abs. 3 GWB. Ein Nachprüfungsverfahren setzt einen Bauauftrag von 5 Mio. Euro voraus. Die Wertgrenze in § 1a VOB/A ist für die Zulässigkeit des Nachprüfungsverfahrens nicht entscheidend. Es kommt ausschließlich auf den Schwellenwert gemäß § 2 VgV an.

BayObLG, Beschl. v. 23.07.2002, IBR 2002, 559

Anlage 2

Gewährleistungsrecht

Auszüge aus der Rechtsprechung zu § 638 BGB a.F. bzw. § 13 VOB/B

Bauwerke:

- Der Einbau einer **Elektrohängebahn** einschl. Steuerungsanlage in einer Werkhalle kann ein Bauwerk i.S. des § 638 BGB bzw. § 13 VOB/B sein (BGH, Urt. v. 20.02.1997, BauR 1997, 640)
- Die Errichtung eines **Rohrbrunnens** ist ein Bauwerk (BGH, Urt. v. 16.09.1971, BauR 1971, 259)
- Die **Gleisanlage** der Bundesbahn ist eine unbewegliche Sache bzw. ein Bauwerk (BGH, Urt. v. 13.01.1972, BauR 1972, 172)
- Der nachträgliche Einbau einer **Klimaanlage** ist ein Bauwerk (BGH, Urt. v. 22.11.1973, BauR 1974, 57)
- Die Verlegung eines **Steinholzfußbodens** auf einen vorhandenen Betonboden in einer Fabrikationshalle ist ein Bauwerk (BGH, Urt. v. 06.11.1969, BauR 1970, 46)
- Die Aufbringung einer **Beschichtung auf den Außenputz** zwecks Schließung der Risse ist ein Bauwerk (BGH, Urt. v. 08.01.1970, BauR 1970, 47)
- Die Verlegung und Verklebung eines **Teppichbodens** ist eine feste Verbindung mit einem Bauwerk (BGH, Urt. 09.03.1970, BauR 1970, 107)
- Die **Umstellung der Heizung von Koks auf Öl** ist Arbeit an einem Bauwerk (BGH, Urt. v. 08.03.1973, BauR 1973, 246)
- Der nachträgliche Einbau einer **Einbruchsalارانlage** gehört zur festen und dauerhaften Verbindung mit dem Bauwerk (OLG Hamm, Urt. v. 11.11.1975, BauR 1977, 62)
Anmerkung: Vom BGH offen gelassen im Urteil vom 20.06.1991, BauR 1991, 741; vgl. dazu ferner OLG Düsseldorf, Urt. v. 19.03.1999, BauR 2000, 732
- Die Ausschachtung einer **Baugrube** ist Arbeit an einem Bauwerk (BGH, Urt. v. 24.03.1977, BauR 1977, 204)
- Die grundlegende Erneuerung der **elektrischen Anlagen** in einer Werkstatt ist Arbeit an einem Bauwerk (BGH, Urt. v. 30.03.1978, BauR 1978, 303)
- Ein in das Erdreich eingelassenes **Schwimmbecken**, dessen Stahlblechwand mit einem Magerbetonkranz umgeben wird, ist ein Bauwerk (BGH, Urt. v. 04.11.1982, BauR 1983, 64)
- Zur Beseitigung von Kellermasse nachträglich vorgenommene **Isolierarbeiten** sowie verlegte **Drainagerohre** sind Arbeiten an einem Bauwerk (BGH, Urt. v. 22.09.1983, BauR 1984, 64)
- Die Verlegung von **Teppichböden** ist Arbeit an einem Bauwerk (OLG Köln, Urt. v. 08.03.1985, BauR 1986, 441)
- Die Errichtung eines **Außenschwimmbads** ist ein Bauwerk (BGH, Urt. v. 23.10.1986, BauR 1987, 79)
- Der Einbau einer **Papierentsorgungsanlage** in einem bestehenden Verwaltungsgebäude ist im vorliegenden Fall eine feste und dauerhafte Einrichtung und damit ein Bauwerk (BGH, Urt. v. 04.12.1986, BauR 1987, 205)
- Der nachträgliche Einbau einer **Einbauküche** ist Arbeit an einem Bauwerk (BGH, Urt. v. 15.02.1990, BauR 1990, 351)
- **Schrank-/Einbauwände** sind Arbeiten an einem Bauwerk (OLG Köln, Urt. v. 06.05.1991, BauR 1991, 760)



- Die Herstellung einer **Hofpflasterung** ist ein Bauwerk (OLG Schleswig, Ur. v. 19.07.1990, BauR 1991, 463)
- Eine als Ladengeschäft genutzte **Containerkombination** kann ein Bauwerk sein (BGH, Ur. v. 30.01.1992, BauR 1992, 369)
- Eine **Hofpflasterung**, bestehend aus Betonformsteinen und einem Schotterbett, ist ein Bauwerk (BGH, Ur. v. 12.03.1992, BauR 1992, 502; vgl. ferner OLG Köln, Ur. v. 25.11.1992, BauR 1993, 218)
- **Gasrohrnetzwerke** sowie alle Tiefbaugewerke sind Bauwerke (BGH, Ur. v. 17.12.1992, BauR 1993, 219)
- Bei grundlegender Bauwerksrenovierung sind **Malerarbeiten** Arbeiten an einem Bauwerk (BGH, Ur. v. 16.09.1993, BauR 1994, 101)
Anmerkung: In der Rechtsprechung sind „einfache Malerarbeiten“ bisher als Arbeiten an einem Grundstück angesehen worden. Im vorliegenden Fall handelte es sich um einen grundlegenden neuen Anstrich mit Grundierarbeiten usw.
- Das Anbringen einer größeren **Leuchtreklame** nach Planung und Statik an einem Gebäude ist Arbeit an einem Bauwerk (OLG Hamm, Ur. v. 27.06.1994, BauR 1995, 240)
Anmerkung: Einfache Montagen sind bewegliche Sachen. Hier lag ein Sonderfall vor.
- Die Erneuerung eines **Terrassenbelags** ist Arbeit an einem Bauwerk (OLG Hamburg, Ur. v. 11.05.1994, BauR 1995, 242)
- Die Verfüllung der **Arbeitsräume** ist Arbeit an einem Bauwerk (OLG Düsseldorf, Ur. v. 20.07.1994, BauR 1995, 244)
- Die Anlage eines Gartens mit **Pflasterung** der Terrasse, Garagenzufahrt und Wege sind Bauwerksarbeiten (OLG Düsseldorf, Ur. v. 12.05.2000, NZBau 2000, 573)
- Ein **Löschwasserteich** ist ein Bauwerk (OLG Oldenburg, Ur. v. 06.10.1999, BauR 2000, 731 = NZBau 2000, 337)
- Ein in die Erde eingebrachtes **Schutzrohr** (Länge 80 cm, Durchmesser 1m), durch das eine Feuerlöschringleitung geführt werden soll, ist ein Bauwerk i.S. des § 638 Abs. 1 BGB (BGH, Ur. v. 18.01.2001, BauR 2001, 621)
- Die **Pflasterung** der Terrasse, der **Garagenzufahrt** und des Weges zwischen Haus und Garage, die Herstellung der Hofentwässerung und die Anlage des Gartens sind insgesamt Bauwerksarbeiten i.S. des § 638 Abs. 1 BGB (OLG Düsseldorf, Ur. v. 12.05.2000, BauR 2001, 648)
- Ein **Betonsteinpflaster** stellt ein Bauwerk i.S. des § 638 BGB dar (OLG Köln, Ur. v. 23.10.2001, BauR 2002, 801)

Arbeiten an einem Grundstück:

- Bei **Malerarbeiten** besteht eine uneinheitliche Rechtsprechung. Für einjährige Verjährungsfrist: OLG Celle, NJW 1954, 1607, OLG Düsseldorf, JMBL. NW 1953, 224, OLG Köln, NJW-RR 89, 1181 und OLG Naumburg, JW 1933, 2017
- **Kleinere Elektroarbeiten (Reparaturen)** in einem bestehenden Gebäude sind nicht immer Arbeiten an einem Bauwerk (OLG Düsseldorf, Ur. v. 07.07.1975, BauR 1976, 283)
- Das **Ausbessern einzelner Schäden** ist Arbeit an einem Grundstück (OLG Hamburg, Ur. v. 11.05.1994, BauR 1995, 242)
- Die bloße **Schotterung** von Waldwegen ist Arbeit an einem Grundstück (OLG Köln, Ur. v. 29.02.2000, ZfBR 2000, 554)
- Ein einfacher **Gartenbrunnen** (7 m Bohrloch und Pumpe) ist Arbeit an einem Grundstück (OLG Düsseldorf, Ur. v. 26.03.1999, BauR 2000, 734)

Sonstige bewegliche Sachen¹

- Ein **Heizöltank**, der lediglich in das Erdreich eingebracht und angeschlossen wird, ist kein Bauwerk (BGH, Urt. v. 12.03.1986, BauR 1986, 437)
- Speziell angefertigte bewegliche Sachen (z.B. ein **Eckschrank**, der nur in die Nische geschoben wird) sind keine Arbeiten an einem Bauwerk (OLG Köln, Urt. v. 06.05.1991, BauR 1991, 760)
- Bei der Lieferung eines **Blockheizkraftwerks** handelt es sich um eine maschinelle Anlage, die ohne Schwierigkeiten ausgetauscht werden kann, also nicht um Arbeiten an einem Bauwerk (OLG Hamm, Urt. v. 03.06.1997, 343)
- Bei der Lieferung und Montage einer **Kreisförderanlage** handelt es sich nicht um ein Bauwerk. Die Anlage ist nicht Bestandteil des Fabrikgebäudes geworden. Sie kann jederzeit wieder abmontiert werden (BGH, Urt. v. 25.05.1972, BauR 1992, 379)
- Die Lieferung und Montage einer **Markise** ist kein Bauwerk (OLG Hamm, Urt. v. 07.05.1992, BauR 1992, 630)
- Die Herstellung und Montage eines Wohnzimmer-**Einbauschranks** verjährt als bewegliche Sache innerhalb von 6 Monaten (OLG Düsseldorf, Urt. v. 09.06.1992, BauR 1992, 767)

Anmerkung: Die Einbauküche ist dagegen Bauwerk

¹ Betr. Kaufvertragsrecht mit jetzt 2-jähriger Verjährungsfrist, früher mit 6-monatiger Verjährungsfrist.

Anwendung der VOF (zugleich Abgrenzung zur VOL/A)

Az. 600.502/600.512

1 Freiberufliche Leistungen

Die VOF findet Anwendung auf die Vergabe von Leistungen, die im Rahmen einer freiberuflichen Tätigkeit erbracht oder im Wettbewerb mit freiberuflich Tätigen angeboten werden (§ 1 VOF). Gewerbliche Dienstleistungen unterliegen der VOL.

Die VOF stellt auf die Leistungen und nicht auf die Leistungsträger ab. Die Beurteilung, ob eine freiberufliche Dienstleistung oder eine gewerbliche Dienstleistung vorliegt, bemisst sich nach dem Einzelfall und den Vorgaben aufgrund der vorhandenen Marktübersicht (Amtliche Erläuterung zur Neufassung der VOL/A, BT-Drucks. 82/97; Müller-Wrede in BauR 1998, 470). Maßgeblich ist dabei, ob in der Vergangenheit die konkrete Dienstleistung von Gewerbetreibenden oder freiberuflich Tätigen erbracht worden ist.

Maßstab zur Abgrenzung gewerblicher von freiberuflicher Leistung ist § 18 des Einkommensteuergesetzes - EStG -. § 18 Abs. 1 Nr. 1 EStG zählt beispielhaft freiberufliche Tätigkeiten auf. Danach sind beispielsweise Architekten-/Ingenieurleistungen, Projektsteuerungsleistungen und in der Regel auch gutachterliche Leistungen im Zusammenhang mit der Planung und Ausführung von Baumaßnahmen freiberufliche Leistungen und bei Erreichen des Schwellenwerts nach der VOF zu vergeben.

Die Bestimmungen der VOF sind nur anzuwenden auf die Vergabe von freiberuflichen Leistungen, soweit sie in den Anhängen I A und I B genannt sind (§ 2 Abs. 1 VOF). Die Anhänge I A und I B sind unverändert der EG-Dienstleistungsrichtlinie entnommen; sie unterscheiden allerdings nicht zwischen gewerblichen und freiberuflichen Dienstleistungen. Für die Frage der Anwendung der VOF sind die Anhänge daher nur insoweit verwendbar, als etwaige nicht in den Anhängen I A und I B genannten freiberuflichen Leistungen auf jeden Fall nach der VOL zu vergeben sind.

2 Beschreibbarkeit freiberuflicher Leistungen

Die VOF ist ferner nur anzuwenden auf freiberufliche Leistungen, **deren Lösung nicht vorab eindeutig und erschöpfend beschrieben werden kann** (§ 5 Satz 2 Vergabeverordnung - VgV, § 1 3. Spiegelsatz VOL/A und § 2 Abs. 2 VOF). Hinsichtlich der Auslegung dieser Bestimmungen gibt es z.Z. keine einheitliche Schriftumsmeinung (vgl. dazu u.a. Quack in BauR 1997, 899, der freiberufliche Leistungen grundsätzlich für beschreibbar hält; dagegen Müller-Wrede in BauR 1998, 470 oder Schultheiß in DIB 1999, 32, die freiberufliche Leistungen grundsätzlich nicht für beschreibbar halten). Gesicherte Rechtsprechung zur Definition des Begriffs „eindeutig und erschöpfend beschreibbare Leistungen“ liegt noch nicht vor.

Die GPA ist der Auffassung, dass Architekten-/Ingenieurleistungen oder gutachtliche Leistungen grundsätzlich nicht beschreibbar im Sinne der gesetzlichen Bestimmungen sind und somit in der Regel unter die VOF fallen. Zwar lassen sich die **Vertragsziele** (z.B. Planung und Überwachung des Bauvorhabens ... oder Gutachten für ...) und die einzelnen **Arbeitsschritte**, die zum Vertragsziel führen, vorab beschreiben (z.B. Erbringung der Leistungsphasen bzw. Grundleistungen i.S. der §§ 15, 55 oder 73 HOAI), nicht aber die eigentlichen **Inhalte bzw. Arbeitsergebnisse** der geistig-schöpferischen Leistungen. Im Übrigen gäbe es auch eine Vielzahl praktischer Probleme, würden Architekten-/Ingenieurleistungen nach den Bestimmungen der VOL/A ausgeschrieben.

Die Vergabekammer des Freistaates Sachsen in Leipzig hat mit Beschluss vom 29.06.2001 (NZBau 2001, 704) ohne nähere Begründung und unter Hinweis auf verschiedene Literaturquellen entschieden, dass die **isolierte Vergabe der Objektüberwachung** bzw. der Leistungsphase 8 i.S. der §§ 15,55 oder 73 HOAI - im Gegensatz zu den Planungsleistungen - beschreibbar ist und daher nach der VOL/A zu erfolgen hat.

Die Vergabekammer Düsseldorf sieht bei einer Leistung, die überwiegend aus **Bestandsaufnahmen, Analytik, Dokumentation oder Überwachung** besteht und bei der die eigentliche Planungsleistung bereits durch den Auftraggeber so vorstrukturiert ist, dass der Planer nur noch unter Anwendung seines Spezialwissens ein Leistungsprogramm abzuarbeiten hat, kein Bedürfnis zur Durchführung eines VOF-Verfahrens, weil auch keine Notwendigkeit zur Konkretisierung der

Lösung im Verhandlungswege bestehe, sondern die Angebote ohne Weiteres vergleichbar seien (VK Düsseldorf, Beschl. v. 30.09.2002, nicht veröffentlicht; HöB in VergabeR 2003, 261).

Die Tendenz scheint gegenwärtig wohl dahin zu gehen, dass bei einer isolierten Vergabe von Architekten-/Ingenieurleistungen aus den Leistungsphasen 6 bis 9 die VOL/A und nicht die VOF anzuwenden ist.

Die GPA teilt diese Auffassung aber noch nicht, denn inhaltlich gibt es **keine Unterschiede zwischen Planungs- und Überwachungsleistungen**. Bei der Objektüberwachung lassen sich - wie bei den Planungsleistungen - zwar die Vertragsziele (z.B. Überwachung der Baumaßnahme ...) und die einzelnen Arbeitsschritte (z.B. Überwachung, Aufmaß, Rechnungsprüfung) vorab beschreiben, nicht aber der **Umfang bzw. die Intensität** der erforderlichen Überwachungsleistungen. Es ist beispielsweise nicht möglich, vorab ein Leistungsverzeichnis zu erstellen und darin einheitlich für alle Bewerber den Umfang der erforderlichen Baustellenpräsenz vorzugeben (z.B. tägliche oder wöchentliche Baustellenpräsenz). VOL-Leistungen sind aber nach Art und Umfang vorab eindeutig und erschöpfend zu beschreiben (§ 8 VOL).

Insbesondere bei der Objektüberwachung kommt entscheidend hinzu, dass der Bauherr in den von ihm beauftragten Architekten/Ingenieur hohes **Vertrauen** haben muss. Schließlich geht es hier um die Bauabrechnungen bzw. Finanzen des Auftraggebers, weshalb es abträglich wäre, solche Leistungen ebenso wie marktgängige Lieferleistungen und gewerbliche Dienstleistungen nach den Zuschlagskriterien bzw. Wirtschaftlichkeitsgrundsätzen des § 25 VOL/A und nicht nach den Qualitätskriterien des § 16 VOF zu vergeben.

3 Schwellenwerte

3.1 Bestimmungen der VgV und VOF (Auszüge)

VgV

Der Schwellenwert beträgt für Dienstleistungsaufträge 200.000 Euro (**§ 2 Nr. 3 VgV**).

Der Schwellenwert beträgt für Lose von Dienstleistungsaufträgen 80.000 Euro oder bei Losen unterhalb von 80.000 Euro deren addierter Wert ab 20 v.H. des Gesamtwerts aller Lose (**§ 2 Nr. 8 VgV**).

Der Wert eines beabsichtigten Auftrags darf nicht in der Absicht geschätzt oder aufgeteilt werden, ihn der Anwendung dieser Bestimmungen zu entziehen (**§ 3 Abs. 2 VgV**).

Bestehen die zu vergebenden Aufträge aus mehreren Losen, für die jeweils ein gesonderter Auftrag vergeben wird, müssen bei der Schätzung alle Lose berücksichtigt werden (**§ 3 Abs. 5 Satz 1 VgV**).

VOF

Die Bestimmungen der VOF sind anzuwenden, sofern der Auftragswert 200.000 Euro ohne Umsatzsteuer erreicht oder übersteigt (**§ 2 Abs. 2 VOF**).

Die Berechnung des Auftragswerts oder eine Teilung des Auftrags darf nicht in der Absicht erfolgen, ihn der Anwendung dieser Bestimmungen zu entziehen (**§ 3 Abs. 2 VOF**).

Soweit die zu vergebende Leistung in mehrere Teilaufträge derselben freiberuflichen Leistungen aufgeteilt wird, muss ihr Wert bei der Berechnung des geschätzten Gesamtauftragswerts addiert werden. Teile eines Auftrags, deren geschätzte Vergütung unter 80.000 Euro liegt, können ohne Anwendung der VOF bis zu einem Anteil von 20 v.H. der geschätzten Gesamtvergütung der Summe aller Auftragsanteile vergeben werden (**§ 3 Abs. 3 VOF**).

3.2 Erläuterungen

Maßgebliche Rechtsgrundlage für die Schwellenwertermittlung?

Zunächst stellt sich die Frage, ob und inwieweit die Bestimmungen der §§ 2 und 3 VOF hinsichtlich der Schwellenwertberechnung überhaupt Gültigkeit haben. Das BayObLG hat mit Beschluss vom 23.07.2002 (IBR 2002, 559 = NZBau 2003, 340) in einem anderen Zusammenhang festgestellt¹, dass für die Schwellenwertermittlung und für die Prüfung der Zulässigkeit des Nachprüfungsverfahrens nach den §§ 102 ff. GWB allein § 2 der Vergabeverordnung als vorrangige Norm maßgebend ist und nicht die Regelung in einer nachrangigen Verdingungsordnung.

Man kann und muss aber in der Praxis bis auf Weiteres die Bestimmungen der VOF als ergänzende klarstellende Regelungen hinzuziehen, wenn es um die Auslegung des § 2 VgV geht. Insbesondere muss man sich an den klarstellenden Bestimmungen des § 3 Abs. 3 VOF orientieren, weil § 2 Nr. 8 VgV hinsichtlich der freiberuflichen Dienstleistungsaufträge einige Fragen offen lässt (s. dazu die nachfolgenden Hinweise).

Schwellenwertermittlung für einen Dienstleistungsauftrag innerhalb eines Fachbereichs

Der gemäß § 2 Nr. 3 VgV auf 200.000 Euro festgelegte Schwellenwert bezieht sich zunächst **jeweils auf einen Dienstleistungsauftrag**. Maßgebend ist der im Zeitpunkt der Einleitung des Vergabeverfahrens geschätzte Auftrags-/Honorarwert (§ 3 Abs. 1 und 10 VgV).

Ein Dienstleistungsauftrag liegt in der Regel begrifflich dann vor, wenn er sich auf eine einheitliche, funktionell zusammengehörige Baumaßnahme bezieht. Werden einem Architekten gleichzeitig **mehrere Aufträge**, d.h. Aufträge für mehrere, funktionell voneinander unabhängige Baumaßnahmen erteilt, ist der Schwellenwert jeweils getrennt zu ermitteln (z.B. Aufträge für den Neubau eines Kinderspielplatzes im OT ... und für die Neuanlage eines Sportplatzes im OT ...).

¹ Betr. das Verhältnis § 2 VgV zu § 1a VOB/A

Eine in dem Zusammenhang zu beachtende wichtige Bestimmung ist der § 3 Abs. 2 VgV bzw. § 3 Abs. 2 VOF. Danach darf ein **Auftrag** nicht in der **Absicht geteilt** werden, ihn der Anwendung dieser Bestimmungen zu entziehen.

In der Regel werden größere Baumaßnahmen (z.B. Kläranlagenerweiterungen, Krankenhauserweiterungen, größere Umgehungsstraßen, Erneuerung einer Wasserversorgung in einem Verbandsgebiet) in **Bauabschnitte aufgeteilt** und in mehrjährigen Haushalts-/Zuwendungsabschnitten realisiert. In solchen Fällen ist es sinnvoll, den Architekten/Ingenieuren keinen Vollauftrag zu erteilen, sondern sie (z.B. ab Leistungsphase 5 i.S. der Leistungsbilder der HOAI) jeweils nur **abschnittsweise getrennt zu beauftragen**. Bei der Schwellenwertermittlung sind dann aber die **Honorare** derselben Fachrichtung (z.B. das Honorar für die Objektplanung) für alle Bauabschnitte **zusammenzufassen**, wenn es sich hierbei - was in der Regel zutrifft - um eine einheitliche, funktionell zusammengehörige Großbaumaßnahme handelt.

Beispiele:

Ein Architekt erhält den Planungsauftrag für die Krankenhauserweiterung. Der Auftrag für die Ausführung soll in **vier Abschnitten** jeweils gesondert erteilt werden (BA I Aufstockung, BA II Bau neuer Verbindungsgänge, BA III Umbau und Modernisierung des bestehenden Teils, BA IV Erweiterung). Bei der Schwellenwertermittlung für die Objektplanung i.S. des Teils II der HOAI ist das gesamte, vorab geschätzte Honorar für die Planung und Ausführung aller vier Bauabschnitte zugrunde zu legen. Es handelt sich hier um **einen einheitlichen Auftrag** derselben Fachrichtung für eine Baumaßnahme.

Ein Baugebiet soll erschlossen werden. Beauftragt wird ein Ingenieurbüro mit der Planung und Ausführung des Erschließungsgebiets nach Teil VII der HOAI (Straßen, Kanal, Wasser). Bei der Schwellenwertberechnung ist das Honorar aus dem Fachbereich des Teils VII der HOAI unabhängig von der getrennten Honorarberechnung (s. § 22 i.V.m. § 52 Abs. 8 HOAI) zusammenzufassen, weil es sich bei der Erschließung um **eine einheitliche, funktionell zusammengehörige Baumaßnahme** handelt.

Ein Architekt erhält gleichzeitig den Auftrag für die Planung und Ausführung einer Schule (Umbau und Erweiterung) sowie den Auftrag für die Planung und Ausführung eines davon räumlich getrennten Hausmeisterwohnhauses (Neubau). Es handelt sich hier um **zwei voneinander unabhängige Baumaßnahmen**, für die kein unmittelbarer funktioneller Zusammenhang besteht. Es bestehen auch im Blick auf § 3 Abs. 2 VgV und § 3 Abs. 2 VOF keine Bedenken, bei der Schwellenwertermittlung die geschätzten Honorare zu trennen.

Ein Architekt wird beauftragt mit dem Umbau und der Erweiterung eines bestehenden Bürgerhauses. Es handelt sich hier um eine einheitliche, funktionell zusammengehörige

Maßnahme. Hier ist bei der Schwellenwertermittlung für die Objektplanung i.S. des Teils II der HOAI das Honorar für die Gesamtmaßnahme zusammenzufassen.

Schwellenwertermittlung jeweils getrennt nach Fachbereichen i.S. der HOAI

Bei Planung und Ausführung einer Baumaßnahme werden in der Regel mehrere Architekten/Ingenieure beauftragt bzw. mehrere Fachbereiche i.S. der HOAI erforderlich (z.B. Objektplaner, Tragwerksplaner, Fachingenieure für die Technische Ausrüstung, Vermessungsingenieure). Der Schwellenwert von 200.000 Euro bezieht sich dann jeweils auf die **einzelnen Fachbereiche** bzw. Dienstleistungsaufträge. Maßgebend ist also nicht die Summe aller Honorare für eine Baumaßnahme. Für diese Auslegung der VgV spricht insbesondere § 3 Abs. 3 VOF, in dem von „derselben freiberuflichen Leistung“ die Rede ist (gemeint sind Fachbereiche i.S. der HOAI).

Lediglich bei einem sog. **Generalplanervertrag** als einem einheitlichen Dienstleistungsauftrag bezieht sich der Schwellenwert zwangsläufig auf alle Fachbereiche bzw. auf das Gesamthonorar des Generalplaners.

Beispiele:

Ein Architekt erhält für die Erweiterung eines Schulzentrums den Auftrag für die Objektplanung „Gebäude“ nach Teil II der HOAI. Daneben erhält ein Garten- und Landschaftsarchitekt den Auftrag für die Objektplanung Außenanlagen nach Teil II der HOAI, ein Tragwerksplaner den Auftrag nach Teil VIII der HOAI und ein Fachingenieur für die Technische Ausrüstung den Auftrag nach Teil IX der HOAI. Bei der Feststellung des Schwellenwerts sind die **vier Honorare jeweils getrennt zu ermitteln**.

Ein Architekt erhält für die Erweiterung eines Schulzentrums den Auftrag für die Objektplanung „Gebäude“ und gleichzeitig den Auftrag für die Außenanlagen nach Teil II HOAI. Es handelt sich hier begrifflich um einen Dienstleistungsauftrag, der mehrere Fachbereiche beinhaltet (ähnlich wie beim Generalplaner). Bei der Schwellenwertermittlung ist das **Honorar zusammenzufassen**.

Losbildungen, Auftragsteilungen

Bei der freiberuflichen Tätigkeit hat sich das Schrifttum zu dem Begriff „Lose“ i.S. des § 2 Nr. 8 VgV bisher noch nicht geäußert. Rechtsprechung hierzu liegt noch nicht vor. Bei Architekten-/Ingenieurleistungen kennt man den Begriff „Lose“ grundsätzlich nicht. Auch die VOF verwendet diesen Begriff nicht. Lose

werden lediglich in den Bekanntmachungsmustern bzw. in den Anhängen II ff. zur VOF erwähnt.

Den Begriff „Lose“ kann man gleichsetzen mit dem Begriff „Teilaufträge“ i.S. des § 3 Abs. 3 VOF, wonach bei einer Aufteilung **derselben** freiberuflichen Leistung (gemeint ist die Aufteilung eines Fachbereichs bzw. Leistungsbildes i.S. der HOAI) in mehrere Teilaufträge zunächst vom gesamten Auftragswert auszugehen ist. Bezogen auf einen Architekten-/Ingenieurauftrag kann von einer Losbildung folglich dann gesprochen werden, wenn ein einheitlicher Auftrag innerhalb eines Fachbereichs für eine Baumaßnahme

- in Leistungsphasen i.S. der Leistungsbilder der HOAI aufgeteilt wird (**stufenweise Losbildung**) oder
- räumlich unterteilt wird in verschiedene Teilobjekte (**räumliche Losbildung**).

Beispiele:

Ein Baugebiet soll erschlossen werden. Beauftragt wird ein Ingenieurbüro mit der Planung und Ausführung des Erschließungsgebiets nach Teil VII der HOAI (Straßen). Daneben wird ein anderes Ingenieurbüro nach Teil VII der HOAI beauftragt für die Lose Kanal und Wasser (**räumliche Losbildung**). Bei der Schwellenwertberechnung ist das **Honorar** aus dem Fachbereich des Teils VII der HOAI **zusammenzufassen**, weil es sich bei der Erschließung um eine einheitliche, funktionell zusammengehörige Baumaßnahme handelt. Ggf. greift hier für einen Auftrag der § 2 Nr. 8 VgV i.V.m. § 3 Abs. 3 Satz 2 VOF.

Ein Architekt/Ingenieur erhält einen Auftrag für die Planung und Ausführung eines Objekts. Zunächst werden die Leistungsphasen 1 bis 4 in Auftrag gegeben. Nach Fertigstellung der Planung werden die Leistungsphasen 5 bis 9 übertragen (**stufenweise Beauftragung**). Der Schwellenwertberechnung ist nach § 3 Abs. 3 VOF das **volle Honorar** für die Leistungsphasen 1 bis 9 zugrunde zu legen.

Eine Stadt muss ihre Kläranlage erweitern. Zunächst soll eine Vorentwurfsplanung mit Kostenschätzung erstellt und danach die Finanzierung festgelegt werden. Der objektplanende Ingenieur erhält zunächst nur einen Vertrag für die Leistungsphasen 1 und 2 i.S. von § 55 HOAI. Die weitere Beauftragung ab Leistungsphase 3 soll zu einem späteren Zeitpunkt erfolgen. Der Schwellenwert errechnet sich aus dem **vollen Tafelhonorar** des § 56 HOAI (§§ 2 Nr. 8 und 3 Abs. 2 VgV, § 3 Abs. 2 und 3 VOF).

Ein Zweckverband muss seine Wasserversorgungsanlagen erneuern. Die Gesamtmaßnahme (z.B. Erneuerung Förderleitung ..., Sanierung Hochbehälter im OT ..., Instandsetzung Tiefbrunnen im OT ...) wird einheitlich geplant und in mehrjährigen Haushaltsabschnitten realisiert. Der objektplanende Ingenieur wird zunächst nur mit den Leistungsphasen 1 bis 4 i.S. von § 55 HOAI beauftragt. Die Leistungsphasen 5 bis 9 i.S. von § 55 HOAI werden jeweils abschnittsweise mit separaten Verträgen in Auftrag gegeben.

Unabhängig von der Anzahl der Abschnitte bezieht sich der Schwellenwert auf das **volle Tafelhonorar** i.S. des § 56 HOAI (§§ 2 Nr. 8 und 3 Abs. 2 VgV, § 3 Abs. 2 und 3 VOF).

Nach einem Planungswettbewerb i.S. der GRW werden einem Preisträger nur die Leistungsphasen 1 bis 5 i.S. des § 15 HOAI in Auftrag gegeben. Die weiteren Leistungsphasen 6 bis 8 werden einem anderen Auftragnehmer übertragen. Auch hier bezieht sich der Schwellenwert auf das **volle Tafelhonorar** i.S. des § 16 HOAI (§§ 2 Nr. 8 und 3 Abs. 2 VgV, § 3 Abs. 2 und 3 VOF). Ggf. greift hier für einen Auftrag der § 2 Nr. 8 VgV i.V.m. § 3 Abs. 3 Satz 2 VOF.

Für die Planung und Realisierung einer Tiefbaumaßnahme wird ein Ingenieurbüro mit den Leistungsphasen 1 bis 8 i.S. von § 55 HOAI beauftragt. Die Leistungen der Örtlichen Bauüberwachung i.S. von § 57 HOAI erbringt die Verwaltung selbst. Der Schwellenwert ist dann zu ermitteln aus dem geschätzten Honorar für die Leistungsphasen 1 bis 8. Der **von der Verwaltung zu erbringende Anteil** bleibt hierbei außer Betracht, weil insoweit kein Auftrag erfolgt.

Für die Planung und Realisierung einer Tiefbaumaßnahme wird ein Ingenieurbüro mit den Leistungsphasen 1 bis 8 i.S. des § 55 HOAI beauftragt. Für die Leistungen der Örtlichen Bauüberwachung i.S. des § 57 HOAI wird ein anderes Ingenieurbüro beauftragt. Der Schwellenwert ist dann zu ermitteln aus der **geschätzten Gesamtvergütung**. Der Auftrag für die Örtliche Bauüberwachung ist ggf. nach § 3 Abs. 3 Satz 2 VOF von der Anwendung der VOF befreit. **Anmerkung dazu:** Sollte sich die Rechtsprechung festigen, dass eine isolierte Vergabe der Leistungsphase 8 der VOL und nicht der VOF unterliegt, dann bleibt das Honorar für die Örtliche Bauüberwachung bei der Schwellenwertermittlung außer Betracht.

EG-Bauauftragsvergaben nach der VOB-SKR

Az. 600.534

1 Einführung

Im Jahr 1990 wurde für die Vergabe von Bau- und Lieferleistungen im Sektorenbereich (Bereiche Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung, Fernmeldewesen) die **EG-Sektorenrichtlinie** erlassen (Richtlinie vom 17.09.1990 Nr. 90/531/EWG; ABL. Nr. L 297 vom 29.10.1990).

Diese Richtlinie wurde im Jahr 1993 um die Dienstleistungsaufträge erweitert (vgl. Richtlinie vom 14.06.1993 Nr. 93/38/EWG; ABL. Nr. L 199 vom 09.08.1993) und u.a. im Jahr 1998 aufgrund des WTO-Abkommens geändert (Richtlinie vom 16.02.1998 Nr. 98/4 EG; ABL. Nr. L 101 vom 01.04.1998).

Die Bundesrepublik Deutschland hat die EG-Sektorenrichtlinie in Bezug auf die Bauaufträge **umgesetzt** durch die VOB/A Abschnitte 3 und 4 - Ausgabe 1992 - vom 12.11.1992 (BAnz. Nr. 223a vom 27.11.1992), durch die VOB/A Abschnitte 3 und 4 - Ausgabe 2000 - vom 30.05.2000 (BAnz. Nr. 120a vom 30.06.2000), berichtigt am 21.09.2000 (BAnz. Nr. 182 vom 26.09.2000) sowie durch die VOB/A Abschnitte 3 und 4 - Ausgabe 2002 - vom 12.09.2002 (BAnz. Nr. 2002a vom 29.10.2002).¹

¹ Zurzeit aktuell ist die Ausgabe 2002.

2 Anwender der VOB/A-SKR (VOB/A Abschnitt 4)

Bei EG-Ausschreibungen bzw. Auftragsvergaben ab dem EG-Schwellenwert (s. nachfolgend Abschn. 3) ist von den Sektorenauftraggebern

- das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (**GWB**) vom 26.08.1998 (BGBl. I S. 2546), zuletzt geändert durch Gesetz vom 10.11.2001 (BGBl. I S. 2992) und
- die Verordnung über die Vergabe öffentlicher Aufträge (**Vergabeverordnung-VgV**) vom 09.01.2001 (BGBl. I S. 110), zuletzt geändert durch Verordnung vom 11.02.2003 (BGBl. I S. 168), neu bekannt gemacht am 11.02.2003 (BGBl. I S. 169)

zu beachten.

Außerdem sind im Sektorenbereich die

- **VOB/A Abschnitt 3** - Basisparagrafen mit zusätzlichen Bestimmungen nach der EG-Sektorenrichtlinie (sog. **b-Paragrafen**) oder die
- VOB/A Abschnitt 4 - Vergabebestimmungen nach der EG-Sektorenrichtlinie (**VOB/A-SKR**)

anzuwenden.

Die Sektorenauftraggeber, die die **VOB/A Abschnitt 3** anwenden müssen, sind **VOB-Vollanwender**. Die Sektorenauftraggeber, die die VOB/A Abschnitt 4 anwenden dürfen, sind bei der Vergabe von Bau-, Liefer- und Dienstleistungen mit wesentlich größeren Freiheiten und Ermessensspielräumen ausgestattet (vgl. dazu noch die folgenden Ausführungen).

§ 98 GWB (früher § 57a Haushaltsgrundsätzegesetz) bestimmt die öffentlichen Auftraggeber, die EG-weit ausschreiben müssen, wie folgt (**Auszüge**):

„Öffentliche Auftraggeber im Sinne dieses Teils sind:

(1) Gebietskörperschaften sowie deren Sondervermögen,
(2) andere juristische Personen des öffentlichen und des privaten Rechts, die zu dem besonderen Zweck gegründet wurden, im Allgemeininteresse liegende Aufgaben nichtgewerblicher Art zu erfüllen, wenn Stellen, die unter Nummer 1 oder 3 fallen, sie einzeln oder gemeinsam durch Beteiligung oder auf sonstige Weise überwiegend finanzieren oder über ihre Leitung die Aufsicht ausüben oder mehr als die Hälfte der Mitglieder eines ihrer zur Geschäftsführung oder zur Aufsicht berufenen Organe bestimmt haben.

... ,

(3) Verbände, deren Mitglieder unter Nummer 1 oder 2 fallen,
(4) natürliche oder juristische Personen des privaten Rechts, die auf dem Gebiet der Trinkwasser- oder Energieversorgung oder des Verkehrs oder der Telekommunikation tätig sind, wenn diese Tätigkeiten auf der Grundlage von besonderen oder ausschließlichen Rechten ausgeübt werden, die von einer zuständigen Behörde gewährt wurden,

... “

Die Abgrenzung zwischen § 98 Nr. 2 und Nr. 4 GWB ist problematisch und teilweise noch umstritten. Nach Überwiegender Schrifttumsmeinung und derzeitiger Rechtsprechung haben die Bestimmungen des § 98 Nr. 2 GWB **Vorrang** vor § 98 Nr. 4 GWB (vgl. u.a. BayObLG, Beschl. v. 05.11.2002, NZBau 2003, 342 betr. das Münchener U-Bahn-Netz der Stadtwerke). Dies bedeutet, dass die Auftraggebereigenschaft der Sektorenauftraggeber zunächst nach § 98 Nr. 2 GWB zu beurteilen ist bzw. dass diejenigen Sektorenauftraggeber, die Aufgaben der Daseinsvorsorge nicht gewerblicher Art erfüllen, als Auftraggeber i.S. des § 98 Nr. 2 GWB gelten (z.B. Trinkwasserversorgung, Nahverkehr) und dass nur die übrigen, nicht unter § 98 Nr. 2 GWB fallenden Sektorenauftraggeber Auftraggeber i.S. des § 98 Nr. 4 GWB sind.¹

Der Bund hat die Abgrenzungsproblematik um die Auftraggebereigenschaft i.S. von § 98 GWB erkannt und im Sektorenbereich die Anwendung der VOB/A Abschnitte 3 oder 4 durch die VgV i.d.F. ab 09.01.2001 (BGBl. I S. 110), gültig ab 01.02.2001, wie folgt geregelt:

- **Sektorenauftraggeber i.S. des § 98 Nrn. 1 bis 3 GWB i.V.m. § 7 Abs. 1 und § 8 Nrn. 1 und 4b oder c VgV** (das sind die in den Bereichen Trinkwasserversorgung, See- oder Binnenschiffverkehr, Eisenbahn-, Straßenbahn- oder Busverkehr tätigen kommunalen Eigenbetriebe, Zweckverbände, Wasser- und Bodenverbände oder Eigen-/Mehrheitsgesellschaften) haben nach § 7 Abs. 1 VgV die Bestimmungen der **VOB/A Abschnitt 3** (Basisparagrafen zuzüglich b-Paragrafen) anzuwenden.

¹ Vgl. dazu u.a. die GPA-Mitteilung Bau 1/2001 Az. 600.502/600.530 mit weiteren Fundstellennachweisen.

- **Sektorenauftraggeber i.S. des § 98 Nrn. 1 bis 3 GWB i.V.m. § 7 Abs. 2 und § 8 Nrn. 2, 3 und 4a VgV** (das sind die in den Bereichen Elektrizitäts- und Gasversorgung, Wärmeversorgung und Flugverkehr tätigen kommunalen Eigenbetriebe, Zweckverbände oder Eigen-/Mehrheitsgesellschaften) haben nach § 7 Abs. 2 VgV die Bestimmungen der **VOB/A Abschnitt 4 (VOB/A-SKR)** anzuwenden.
- **Sektorenauftraggeber i.S. des § 98 Nr. 4 GWB** haben nach § 7 Abs. 2 VgV die Bestimmungen der **VOB/A Abschnitt 4 (VOB/A-SKR)** anzuwenden.

Danach ist es unerheblich, ob die in den Bereichen Elektrizitäts- und Gasversorgung, Wärmeversorgung und Flugverkehr tätigen kommunalen Auftraggeber als Auftraggeber i.S. des § 98 Nr. 2 oder Nr. 4 GWB gelten. Sie sind bei Auftragsvergaben ab 5 Mio. Euro unabhängig von ihrer Rechtsform (z.B. Eigenbetrieb oder Eigengesellschaft) gemäß § 7 Abs. 2 VgV stets Anwender der VOB/A-SKR.

In dem Zusammenhang ist zu erwähnen, dass die **Eigenbetriebe** in den Bereichen Elektrizitäts- und Gasversorgung, Wärmeversorgung und Flugverkehr bei Auftragsvergaben **unterhalb des EG-Schwellenwerts** noch VOB-Vollanwender sind bzw. bei Vergaben die VOB/A Abschnitt 1 anwenden müssen, weil das Landesvergaberecht (§§ 31,45 GemHVO, VergabeVwV des IM vom 08.11.2000, GABl. S. 414 mit späteren Änderungen) nicht differenziert zwischen Nichtsektorenauftraggebern und Sektorenauftraggebern bzw. eine Anwendung der VOB/A-SKR unterhalb des EG-Schwellenwerts nicht kennt.

Bei Auftragsvergaben unterhalb des EG-Schwellenwerts sind die **kommunalen Eigen- und Mehrheitsgesellschaften** in den Bereichen Elektrizitäts- und Gasversorgung, Wärmeversorgung und Flugverkehr nach § 106b GemO dagegen in der Regel nicht zur Anwendung der VOB/A Abschnitt 1 zu verpflichten, weil sie im Wettbewerb mit privaten Auftraggebern stehen (Ausnahme nach § 106b Abs. 2 Satz 2 GemO bei Inanspruchnahme öffentlicher Mittel ab 30.000 Euro).

3 EG-Schwellenwert

Die VOB/A-SKR ist nach den §§ 1, 2 i.V.m. 7 Abs. 2 VgV von den Sektorenauftraggebern nur anzuwenden bei Bauauftragsvergaben für Baumaßnahmen ab **5 Mio. Euro** ohne Umsatzsteuer.

Wegen der Ermittlung des EG-Schwellenwerts von 5 Mio. Euro und den Sonderregelungen bei fachlosweiser Vergabe wird auf die GPA-Mitteilung Bau 2/2001 Az. 600.502 verwiesen.

4 Vergabegrundsätze

4.1 Diskriminierungsverbot

Das Diskriminierungsverbot nach § 2 Nr. 1 VOB/A-SKR gilt in allen Phasen des Vergabeverfahrens, also bereits bei der Abfassung der Bekanntmachung, Auswahl der Bewerber (betr. Nichtoffene Verfahren und Verhandlungsverfahren), Erstellung der Vergabeunterlagen (z.B. der Leistungsbeschreibung¹ oder der Aufforderung zur Angebotsabgabe) sowie bei der Vergabeentscheidung.

Wegen möglicher Diskriminierungsfälle wird insbesondere auf die Ausführungen zum Thema „Wertung der Angebote“ (s.u. Abschn. 7.3) verwiesen.

4.2 Vergabearten

Die VOB/A-SKR unterscheidet zwischen dem Offenen Verfahren, Nichtoffenen Verfahren und Verhandlungsverfahren (§ 3 Nr. 2 VOB/A-SKR).

Alle drei Vergabearten sind gleichrangig. Die Auftraggeber können zwischen diesen drei Vergabearten **frei wählen**, vorausgesetzt, dass - vorbehaltlich § 3 Nr. 3 VOB/A-SKR - ein Aufruf zum Wettbewerb gemäß § 8 Nr. 1 VOB/A-SKR durchgeführt wird (§ 3 Nr. 1 VOB/A-SKR). Vgl. dazu die nachfolgenden Ausführungen zu Abschn. 4.3 und die Übersicht in der **Anlage**.

Beim **Offenen Verfahren** erhalten alle interessierten Bewerber Vergabeunterlagen (Fachkunde, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit i.S. des § 5 VOB/A-SKR vorausgesetzt). Die VOB/A-SKR enthält dazu keine näheren Bestimmungen. Beim Offenen Verfahren erfolgt kein vorgeschalteter Teilnahmewettbewerb.

Beim **Nichtoffenen Verfahren** und **Verhandlungsverfahren** stellt der Aufruf zum Wettbewerb ein eigenes, der Aufforderung zur Angebotsabgabe vorgeschaltetes Verfahren dar, das dem **Öffentlichen Teilnahmewettbewerb** entspricht

¹ Leistungsbeschreibungen sind wettbewerbsneutral zu erstellen.

(§ 17 Nr. 2 VOB/A Abschnitt 1) und bei dem Unternehmen ausgewählt werden, die zur Angebotsabgabe aufgefordert werden sollen. Die Auswahl erfolgt nach objektiven, schriftlich festzulegenden Kriterien (§ 5 Nrn. 1 bis 4 VOB/A-SKR) und unter Berücksichtigung des Gleichheitsgrundsatzes (§ 2 Nr. 1 VOB/A-SKR). Dabei dürfen nur auftragsbezogene Kriterien berücksichtigt werden, nicht aber sog. vergabefremde Kriterien. Die Kriterien können allgemein für eine Vielzahl von Bauaufträgen oder auch nur für einen konkreten Bauauftrag aufgestellt werden. Bei gleicher Eignung vieler Bewerber hat der Auftraggeber **freie Bewerberauswahl**.

Die VOB/A-SKR regelt nicht die **Anzahl der Bewerber** beim Nichtoffenen Verfahren und Verhandlungsverfahren (§ 5 Nr. 3 VOB/A-SKR). § 5 Nr. 3 Satz 2 VOB/A-SKR fordert lediglich, dass ein Wettbewerb gewährleistet ist, unterscheidet im Übrigen aber nicht zwischen dem Nichtoffenen Verfahren und Verhandlungsverfahren. Das Nichtoffene Verfahren setzt schon begriffsnotwendig voraus, dass mehrere Unternehmer zur Angebotsabgabe aufgefordert werden (z.B. 5 bis 20 Bewerber). Beim Verhandlungsverfahren spricht der Auftraggeber einzelne (z.B. drei bis fünf) oder ggf. auch nur einen einzigen Unternehmer an.

Die gewählte Anzahl hängt letztlich von Art und Umfang der zu vergebenden Bauleistung ab. Eine Generalunternehmerausschreibung beispielsweise für ein Heizkraftwerk wird sich gezielt nur an bestimmte leistungsfähige Unternehmer wenden können.

Bei Vorliegen der Voraussetzungen nach § 3 Nr. 3 VOB/A-SKR darf ein Nichtoffenes Verfahren oder ein Verhandlungsverfahren auch ohne vorherigen Aufruf zum Wettbewerb durchgeführt werden. Von praktischer Bedeutung sind die Bestimmungen des § 3 Nr. 3a VOB/A-SKR (z.B. Verhandlungsverfahren nach vorheriger Aufhebung einer Ausschreibung wegen zu **hoher Preise**) oder des § 3 Nr. 3e VOB/A-SKR (Verhandlungsverfahren für sog. **Anschlussaufträge**).

4.3 Aufruf zum Wettbewerb

4.3.1 Einführung

Dem Auftraggeber stehen nach seiner **Wahl** verschiedene Möglichkeiten offen, einen nach § 3 Nr. 1 VOB/A-SKR erforderlichen Aufruf zum Wettbewerb durchzuführen. Ein Aufruf zum Wettbewerb kann erfolgen

- nach § 8 Nr. 1 Abs. 1a VOB/A-SKR (Veröffentlichung der Bekanntmachung einer konkreten Bauabsicht),
- nach § 8 Nr. 1 Abs. 1b VOB/A-SKR (Veröffentlichung einer regelmäßigen Bekanntmachung für eine beabsichtigte bauliche Anlage) oder
- nach § 8 Nr. 1 Abs. 1c VOB/A-SKR (Veröffentlichung einer Bekanntmachung über das Bestehen eines Prüfsystems).

Alle Bekanntmachungstexte sind auf der Grundlage der EG-Standardformulare abzufassen, aufgenommen in Teil III des Kommunalen Vergabehandbuchs - KVHB-Bau - .

Wegen der Bekanntmachungen vgl. noch § 8 Nr. 4 VOB/A-SKR.

4.3.2 Bekanntmachungen für Vergaben

Ein Wettbewerbsaufruf kann gemäß § 8 Nr. 1 Abs. 1a VOB/A-SKR durch Veröffentlichung einer Bekanntmachung im Amtsblatt der EG sowie in nationalen Veröffentlichungsorganen nach dem Anhang I/SKR bzw. dem EG-Standardformular 4 erfolgen (betr. Offene Verfahren, Nichtoffene Verfahren oder Verhandlungsverfahren). Die Bekanntmachungen beziehen sich auf eine konkrete Auftragsvergabe bzw. Bauleistung.

4.3.3 Regelmäßige Bekanntmachung

Nach § 8 Nr. 2 Abs. 1 und 2 VOB/A-SKR sind die wesentlichen Merkmale für eine beabsichtigte bauliche Anlage mit einem geschätzten Gesamtauftrags-

wert ab 5 Mio. Euro netto als regelmäßige Bekanntmachung mindestens einmal im Jahr nach dem Muster Anhang III/SKR bzw. EG-Standardformular 5 bekannt zu machen.

Soll die vorgeschriebene **regelmäßige Bekanntmachung** zugleich **mit einem Wettbewerbsaufruf** verknüpft werden, müssen in die Bekanntmachung weitergehende Angaben aufgenommen werden (vgl. § 8 Nr. 2 Abs. 3 VOB/A-SKR i.V.m. Anhang IV/SKR bzw. EG-Standardformular 6). Die Bekanntmachung ersetzt dann die Bekanntmachung nach § 8 Nr. 1 Abs. 1a VOB/A-SKR.

Die Veröffentlichung einer regelmäßigen **Bekanntmachung mit Wettbewerbsaufruf** führt automatisch zu einem Nichtoffenen Verfahren oder Verhandlungsverfahren. Der Auftraggeber hat bei der Veröffentlichung die freie Wahl zwischen beiden Vergabearten. Bei beiden Verfahren können zur Angebotsabgabe nur Bewerber aufgefordert werden, die sich aufgrund der regelmäßigen Bekanntmachung gemeldet haben. Die Aufforderung zur Angebotsabgabe ist allerdings nur innerhalb von 12 Monaten seit der Veröffentlichung möglich (§ 8 Nr. 2 Abs. 3d VOB/A-SKR). Danach muss die Bekanntmachung erneuert werden.

Bei Veröffentlichung einer **regelmäßigen Bekanntmachung ohne Wettbewerbsaufruf** hat bei beabsichtigten Vergaben später ein Aufruf nach § 8 Nr. 1 Abs. 1a VOB/A-SKR zu erfolgen. In diesem Fall kann auch ein Offenes Verfahren gewählt und die Angebotsfrist verkürzt werden (§ 9 Nr. 1 VOB/A-SKR).

4.3.4 Bekanntmachung eines Prüfsystems

Ein Aufruf zum Wettbewerb vor einem **Nichtoffenen Verfahren** oder **Verhandlungsverfahren** kann nach § 8 Nr. 1 Abs. 1c VOB/A-SKR i.V.m. § 8 Nr. 3 und § 5 Nr. 11 VOB/A-SKR auch durch Veröffentlichung einer Bekanntmachung über das Bestehen eines Prüfsystems im Amtsblatt der EG nach dem Anhang II/SKR bzw. EG-Standardformular 12 erfolgen.

Die Bekanntmachung eines Prüfsystems bzw. eines sog. Präqualifikationsverfahrens i.S. des § 5 Nrn. 5 bis 11 VOB/A-SKR ersetzt den einer Bekanntmachung nach § 8 Nr. 1 Abs. 1a VOB/A-SKR vorgeschalteten Teilnahmewettbewerb.

Hat ein Auftraggeber ein Präqualifikationsverfahren durchgeführt, kann er aus dem Kreis der qualifizierten Unternehmen bzw. aus dem Unternehmerverzeichnis (§ 5 Nr. 9 VOB/A-SKR) qualifizierte Unternehmen auswählen, die ihm für die Ausführung des Auftrags geeignet erscheinen.

Will ein Auftraggeber, der ein Prüfsystem eingerichtet hat, bei einer Vergabe auch andere als im Unternehmerverzeichnis vorgemerkte Unternehmen zur Angebotsabgabe auffordern (Wechsel vom Präqualifikationsverfahren zum Einzelqualifikationsverfahren), dann muss er nochmals nach § 8 Nr. 1 Abs. 1a VOB/A-SKR verfahren und eine Bekanntmachung nach dem Anhang I/SKR bzw. EG-Standardformular 4 veröffentlichen.

Die Bekanntmachung eines Prüfsystems ist jährlich zu veröffentlichen, wenn es länger als drei Jahre gelten soll (§ 5 Nr. 1 VOB/A-SKR).

4.4 Eignungsnachweise

Die Teilnehmer am Wettbewerb müssen fachkundig, leistungsfähig und zuverlässig sein (§ 5 Nr. 1 Abs. 1 und 2 VOB/A-SKR). Zum Nachweis können nach § 5 Nr. 1 Abs. 2a bis g VOB/A-SKR bestimmte Angaben verlangt werden, und zwar beim

- Nichtoffenen Verfahren und Verhandlungsverfahren bereits mit dem Teilnahmeantrag und beim
- Offenen Verfahren mit der Aufforderung zur Angebotsabgabe.¹

Das Bekanntmachungsmuster Anhang I/SKR bzw. EG-Standardformular 4 enthält entsprechende Angaben. Nachweise i.S. des § 5 Nr. 1 Abs. 2 VOB/A-SKR können bei allen Vergabearten grundsätzlich auch noch nach Angebotsabgabe (vereinzelt) gefordert werden. Werden Nachweise nachgefordert, ist lediglich darauf zu achten, dass der Gleichheitsgrundsatz beachtet wird, d.h. dass bestimmte Nachweise nicht einseitig nur von bestimmten Bietern verlangt werden.

¹ § 5 VOB/A-SKR regelt nicht das Offene Verfahren, ist aber entsprechend anwendbar.

Die Aufzählung in § 5 Nr. 1 Abs. 2 VOB/A-SKR ist nicht abschließend. Als weitere Nachweise kommen z.B. in Betracht Auskünfte von Dritten, Bankauskünfte oder Bietererklärungen.

Im Übrigen verpflichtet § 5 VOB/A-SKR den Auftraggeber nicht, Nachweise zu verlangen.

5 Erstellung der Vergabeunterlagen

5.1 Allgemeines

Zur Erstellung der Vergabeunterlagen können die in Teil II des KVHB-Bau aufgenommenen Einheitlichen Verdingungsmuster - **KEVM(B)** - verwendet werden. Die Verdingungsmuster gehen davon aus, dass die Vertragsbedingungen der **VOB/B und VOB/C** zum Vertragsbestandteil erklärt werden (die VOB/A-SKR enthält diesbezüglich keine Bestimmungen). Die Vereinbarung der VOB/B und VOB/C ist für die SKR-Anwender zweckmäßig, weil es sich bei den Verdingungsordnungen um Vertragswerke handelt, die sich im Baugeschehen bewährt haben.

Bei Anwendung der VOB/B durch SKR-Anwender ist lediglich zu beachten, dass sie private Auftraggeber i.S. der VOB/B sind (vgl. beispielsweise die für private und öffentliche Auftraggeber unterschiedlichen Regelungen in § 17 oder § 18 VOB/B).

5.2 Kennzettel, Aufforderung zur Angebotsabgabe, Bewerbungsbedingungen im KVHB-Bau

5.2.1 Kennzettel - KEVM(B)Kenn -

Das Muster KEVM(B)A-SKR - „Aufforderung zur Angebotsabgabe“ sieht vor, dass zusammen mit dem Anschreiben ein Kennzettel übergeben wird, der von den Bietern bei Angebotsabgabe außen auf dem Angebotsumschlag aufzubringen ist. Der Kennzettel soll sicherstellen, dass die eingehenden Angebotsumschläge bis zum Einreichungstermin ungeöffnet bleiben.

Als Kennzettel kann das ins KVHB-Bau aufgenommene Muster KEVM(B)Kenn verwendet werden. Dabei ist lediglich darauf zu achten, dass die Worte „Eröffnungstermin“ oder „Ort des Eröffnungstermins“ nicht verwendet werden. Es wird nur ein sog. Einreichungstermin festgelegt.

5.2.2 Aufforderung zur Angebotsabgabe - KEVM(B)A-SKR -

Nach § 7 Nr. 2 VOB/A-SKR ist für die Versendung der Verdingungsunterlagen ein Anschreiben zu verfassen (**Aufforderung zur Angebotsabgabe**), das bestimmte Mindestangaben enthält. Zur Fertigung des Anschreibens kann das Muster KEVM(B)A-SKR in Teil II des KVHB-Bau verwendet werden.

Es ist zweckmäßig, mit dem Anschreiben die Verdingungsunterlagen (s. Abschn. 5.3) 2-fach zu übergeben, sodass jede Vertragspartei über ein vollständiges Angebot verfügt. Es ist zu berücksichtigen, dass es sich bei den Verdingungsunterlagen um **Allgemeine Geschäftsbedingungen** - AGB - i.S. des § 305 BGB (ehem. AGB-Gesetz) handelt und diese nach § 305 Abs. 2 BGB (ehem. § 2 AGB-Gesetz) nur unter bestimmten Voraussetzungen Vertragsbestandteil werden können. Die Vertragsbedingungen der VOB/B und VOB/C sind allerdings nicht beizufügen. Sie gelten allgemein als bekannt.

Im Anschreiben ist das **Datum der im Amtsblatt der EG veröffentlichten Bekanntmachung** anzugeben (§ 7 Nr. 2 Abs. 2g VOB/A-SKR), wenn, was die Regel ist, einer Ausschreibung ein Aufruf zum Wettbewerb vorausgegangen ist.

Die VOB/A-SKR kennt keinen Eröffnungstermin, nur einen Einreichungstermin (§ 7 Nr. 2 Abs. 2f). Es ist zweckmäßig, den **Einreichungstermin** nach **Datum und Uhrzeit** festzulegen und im Blick auf § 2 Nr. 1 VOB/A-SKR zur Wertung nur die Angebote zuzulassen, die bis zum Einreichungstermin eingegangen sind. Bei Festlegung des Einreichungstermins bzw. der Mindestangebotsfrist sind die Bestimmungen des § 9 VOB/A-SKR zu beachten, insbesondere auch § 9 Nr. 3 VOB/A-SKR. Die Angebotsfrist beginnt beim Offenen Verfahren mit dem Tag nach Absendung der Bekanntmachung an das Amtsblatt der EG und beim Nichtoffenen Verfahren sowie beim Verhandlungsverfahren ab dem Tag der Aufforderung zur Angebotsabgabe (§ 9 VOB/A-SKR).

Die VOB/A-SKR kennt ferner keine **Zuschlags- und Bindefrist**. Es gelten ausschließlich die §§ 145 ff. BGB. Es wird empfohlen, die Frist für die Angebotsbindung auf 45 Kalendertage festzulegen. Dabei ist zu berücksichtigen, dass die Bestimmungen des § 13 VgV auch für die VOB/A-SKR-Anwender gelten (vgl. dazu die Hinweise in Abschn. 8.2).

Technische **Änderungsvorschläge und Nebenangebote** sollten grundsätzlich zugelassen werden, weil sich dadurch Chancen für innovative, technisch und wirtschaftlich bessere Lösungen eröffnen. Sollen Änderungsvorschläge und Nebenangebote ausnahmsweise ganz oder teilweise ausgeschlossen werden, ist dies im Anschreiben anzugeben.

Das Muster KEVM(B)A-SKR geht davon aus, dass die Angebote im verschlossenem Umschlag übergeben oder übersandt werden (§ 7 Nr. 3 VOB/A-SKR) und digitale Angebotsverfahren noch nicht zugelassen sind (s. Nr. 3 der Bewerbungsbedingungen - KEVM(B)BB-SKR). Falls **digitale Verfahren** zugelassen werden sollen, sind dem Anschreiben entsprechende Hinweise oder Richtlinien beizufügen.

Im Anschreiben sind die **Wertungskriterien** zu nennen (§ 7 Nr. 2 Abs. 2 i VOB/A-SKR). Es ist zweckmäßig, im Anschreiben grundsätzlich alle Wertungskriterien anzukreuzen. Es handelt sich hier ausschließlich um auftragsbezogene Wertungskriterien. Vergabefremde Kriterien (z.B. Bevorzugung von Ausbildungsbetrieben) sind gemäß § 97 Nr. 4 GWB nur auf der Grundlage entsprechender gesetzlicher Bestimmungen zugelassen.

5.2.3 Bewerbungsbedingungen - KEVM(B)BB-SKR -

Die VOB/A-SKR kennt keine dem § 10 Nr. 5 Abs. 5 VOB/A Abschnitt 1 entsprechende Regelung. Dennoch ist es zweckmäßig, den Bewerbern zusammen mit dem Anschreiben Bewerbungsbedingungen zu übergeben, die bestimmte Formalien für das Vergabeverfahren regeln. Die Bewerbungsbedingungen können auf der Grundlage des Musters KEVM(B)BB-SKR erstellt werden.

In den Bewerbungsbedingungen werden die Bieter u.a. aufgefordert, im Angebot einen etwaigen **Nachunternehmereinsatz** detailliert anzugeben (§ 7 Nr. 4 VOB/A-SKR).

Ferner regeln die Bewerbungsbedingungen, dass **Änderungsvorschläge oder Nebenangebote** auf einer besonderen Anlage zum Angebot zu machen und auch als solche deutlich zu kennzeichnen sind (§ 7 Nr. 2 Abs. 3 Satz 2 VOB/A-SKR). Diese Regelung hat sich in der Praxis bewährt.

Die VOB/A-SKR enthält keine dem § 20 VOB/A Abschnitt 1 entsprechende Regelung. Es wird die Auffassung vertreten, dass beim Offenen Verfahren von den Bewerbern ein **Entgelt für die Verdingungsunterlagen** gefordert werden kann (der Anhang I/SKR sieht jedenfalls die Möglichkeit vor, eine Kostenregelung bei Offenen Verfahren zu treffen) und dass beim Nichtoffenen Verfahren sowie beim Verhandlungsverfahren auf die Forderung eines Entgelts verzichtet werden sollte. Nummer 8 der Bewerbungsbedingungen regelt, dass ein für die Verdingungsunterlagen bezahltes Entgelt vom Auftraggeber nicht erstattet wird.

Die Bewerbungsbedingungen können von den SKR-Anwendern bei Bedarf um Regelungen ergänzt werden, die inhaltlich in etwa den §§ 21, 22 bis 24 oder 26 VOB/A Abschnitt 1 entsprechen. Das Muster KEVM(B)BB-SKR verzichtet auf solche Regelungen und lässt den SKR-Anwendern bewusst größere Ermessensspielräume bei der Prüfung und Wertung der Angebote.

5.3 Verdingungsunterlagen

5.3.1 Angebotsschreiben - KEVM(B)Ang-SKR -

Das Angebotsschreiben KEVM(B)Ang-SKR dient der **Abgabe bestimmter Erklärungen** und regelt die Vertragsbedingungen. Mit der Unterschrift des Bieters und Übergabe des Angebots tritt die Angebotsbindung nach den §§ 145 ff. BGB ein.

Die Ausgaben der VOB/B und VOB/C können im Angebotsschreiben genannt werden. Werden sie nicht genannt, gilt die Regelung Nr. 3 KEVM(B)ZVB, wenn die ZVB vereinbart worden sind.

5.3.2 Vertragsbedingungen

Auch für SKR-Anwender ist es zweckmäßig, die VOB/B und die VOB/C zu vereinbaren und ergänzend zur VOB/B in die Verdingungsunterlagen **Besondere und Zusätzliche Vertragsbedingungen** aufzunehmen.

Es wird empfohlen, als Besondere und Zusätzliche Vertragsbedingungen die Kommunalen Einheitlichen Verdingungsmuster in Teil II des KVHB-Bau zu übernehmen (KEVM(B)BVB, KEVM(B)WBVB und KEVM(B)ZVB). Dabei können auf einem besonderen Blatt diejenigen Regelungen gesondert abbedungen werden, die für SKR-Anwender nicht gelten oder die im Auftragsfall nicht oder nicht vollständig gelten sollen (evtl. die Regelungen Nrn. 18, 35 und 36 KEVM(B)ZVB). Die KEVM(B)BVB, KEVM(B)WBVB und KEVM(B)ZVB können bei Bedarf auch durch weitere (möglichst aber nicht VOB/B-abweichende) Regelungen ergänzt werden.

Bei Verwendung der KEVM(B)BVB ist darauf zu achten, dass die Regelungen über Sicherheitsleistungen nicht übernommen werden können, weil die SKR-Anwender keine öffentlichen Auftraggeber i.S. des § 17 VOB/B sind. Private Auftraggeber dürfen Zahlungen nicht zinslos einbehalten. Zahlungseinbehalte müssen auf einem Sperrkonto verzinst werden.

6 Versand der Vergabeunterlagen, Auskünfte

6.1 Versand

Beim Offenen Verfahren sind die Vergabeunterlagen den Bewerbern in der Regel innerhalb von 6 Kalendertagen nach Eingang des Antrags zuzusenden (§ 8 Nr. 5 VOB/A-SKR). Zur Einhaltung der Angebotsfrist (§ 9 Nr. 1 VOB/A-SKR) sind die Vergabeunterlagen spätestens ab dem Zeitpunkt der Bekanntmachung für die Bewerber bereitzuhalten.

Beim Nichtoffenen Verfahren sowie beim Verhandlungsverfahren sind die Vergabeunterlagen nach Abschluss des Teilnahmewettbewerbs unverzüglich den ausgewählten Bewerbern zu übermitteln (§ 8 Nr. 7 VOB/A-SKR). Sie sind wegen des Gleichheitsgrundsatzes an alle ausgewählten Bewerber am selben Tag abzusenden (§ 8 Nr. 8 VOB/A-SKR).

6.2 Auskünfte

Nach § 8 Nr. 6 VOB/A-SKR sind rechtzeitig beantragte Auskünfte über die Vergabeunterlagen spätestens 6 Kalendertage vor Ablauf der Angebotsfrist zu erteilen.

Die VOB/A-SKR enthält keine dem § 17 Nr. 7 Abs. 2 VOB/A Abschnitt 1 vergleichbare Regelung. Gleichwohl ist im Blick auf § 2 Nr. 1 VOB/A-SKR davon auszugehen, dass auch die SKR-Anwender allen anderen Bewerbern unverzüglich Auskünfte erteilen müssen, wenn sie einem Bewerber wichtige Aufklärungen über die Vergabeunterlagen gegeben haben.

Es ist zweckmäßig, über die Bewerber, die Vergabeunterlagen abgeholt haben, Listen zu führen und darin erteilte Auskünfte zu dokumentieren.

In analoger Anwendung des § 17 Nr. 6 VOB/A Abschnitt 1 sollten die Bewerberlisten geheim gehalten werden.

7 Vergabe

7.1 Einreichungstermin

Die VOB/A-SKR kennt keinen Eröffnungstermin i.S. des § 22 VOB/A Abschnitt 1 und auch keinen Öffnungstermin i.S. des § 22 VOL/A Abschnitt 1, sondern lediglich einen Einreichungstermin, der in der Aufforderung zur Angebotsabgabe anzugeben ist (§ 7 Nr. 2 Abs. 2f VOB/A-SKR). Es ist im Blick auf § 13 VOB/A-SKR sowie wegen eines etwaigen Nachprüfungsverfahrens nach den §§ 102 ff. GWB zweckmäßig, das Verfahren ab der Öffnung der Angebotsumschläge intern zu regeln (ggf. auch in Bewerbungsbedingungen). Dazu folgende Empfehlungen:

- Der Einreichungstermin sollte nach **Datum** und **Uhrzeit** festgelegt werden.
- Die eingehenden Angebotsumschläge sollten **gekennzeichnet** werden (Datum, ggf. Uhrzeit des Eingangs der Angebote und Vermerk einer laufenden Nummer). Die Angaben können auf dem Muster KEVM(B)Kenn gemacht werden.
- Nach Ablauf des Einreichungstermins sollten die Angebotsumschläge in der **Reihenfolge** des Eingangs geöffnet werden.
- Die wesentlichen Angebotsinhalte sollten in einer **Öffnungsniederschrift** vermerkt werden (z.B. Angebotsendsumme sowie ggf. Preisnachlässe und Skonti).
- **Verspätet** eingehende Angebote sollten ebenfalls in einer Öffnungsniederschrift vermerkt werden.
- Es bestehen keine Bedenken, den Bietern auf deren Antrag die geprüften **Angebotsendsummen** schriftlich **mitzuteilen**.
- Die Angebotsumschläge sowie Angebote sollten sicher **verwahrt** werden. Die Angebote sind vertraulich zu behandeln.

Im Übrigen bestehen auch keine Bedenken, wenn die SKR-Anwender freiwillig in ihren Bewerbungsbedingungen regeln, dass die Bestimmungen des § 22 VOB/A Abschnitt 1 vollinhaltlich gelten und einen Eröffnungstermin abhalten.

7.2 Prüfung der Angebote

Die VOB/A-SKR beinhaltet keine den §§ 21 Nr. 1 und 23 VOB/A Abschnitt 1 entsprechenden Regelungen (vgl. auch VK Hessen, Beschl. v. 03.02.2003, Monatsinfo 5/2003). Hinsichtlich der formalen Behandlung der Angebote (auch bei der rechnerischen Prüfung) haben die SKR-Anwender unter Beachtung des Diskriminierungsverbots nach § 2 Nr. 1 VOB/A-SKR größere Ermessensspielräume. In jedem Falle aber sind die Angebote auch bei SKR-Verfahren rechnerisch zu prüfen und die Bierrangfolge bzw. die Angebotssummen in aufsteigender Reihenfolge aufzulisten. Es ist zweckmäßig, die geprüften Angebotsendsummen in einer Öffnungsniederschrift festzuhalten.

7.3 Wertung der Angebote

7.3.1 Wertungsstufen und -kriterien

§ 10 VOB/A-SKR regelt die Angebotswertung.

Die Angebotswertung kann wie beim Vergabeverfahren nach der VOB/A Abschnitt 1 in folgenden Stufen erfolgen:

- Ausschluss von Angeboten nach formalen Gesichtspunkten
- Ausschluss von Angeboten bei mangelnder Fachkunde, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit
- Ausschluss von Angeboten mit unangemessen niedrigen oder hohen Preisen
- Auswahl des annehmbarsten, wirtschaftlich günstigsten Angebots

Die in § 10 Nr. 1 Abs. 1 VOB/A-SKR festgelegten Kriterien für die Zuschlagserteilung entsprechen denen des § 25 VOB/A Abschnitt 1. Bauleistungen werden ausschließlich nach wirtschaftlichen Kriterien vergeben (vgl. auch § 97 Nr. 5 GWB). Nicht auftragsbezogene bzw. vergabefremde Kriterien (z.B. Bevorzugung von Ausbildungsbetrieben) dürfen nicht berücksichtigt werden.

Die Zuschlagskriterien sind in den Vergabeunterlagen zu nennen (§§ 7 Nr. 2 Abs. 2 i.V.m. § 10 Nr. 1 Abs. 2 VOB/A-SKR). Vgl. dazu die Angaben im Muster KEVM(B)A-SKR. Die im Muster genannten Kriterien haben jeweils gleiches Gewicht, es sei denn, einem Kriterium wird ausdrücklich Vorrang eingeräumt.

Bei gleichwertigen Angeboten entscheidet grundsätzlich der „Preis“ (BGH, Urt. v. 26.10.1999, BauR 2000, 254).

7.3.2 Formale Behandlung der Angebote (Einzelbeispiele)

Die VOB/A-SKR enthält keine den §§ 21 Nr. 1, 22 Nr. 6 oder 25 Nr. 1 VOB/A Abschnitt 1 entsprechenden Regelungen. Es bestehen allerdings keine Bedenken, wenn die SKR-Anwender in ihre Bewerbungsbedingungen entsprechende formale Vergaberegungen aufnehmen. Ohne formale Regelungen gilt nach der VOB/A-SKR folgende Rechtslage (Einzelbeispiele aus verschiedenen Schriftumsquellen):

- **Verspätet**, d.h. nach dem festgelegten Einreichungstermin **eingehende Angebote** dürfen im Blick auf § 2 Nr. 1 VOB/A-SKR nicht berücksichtigt werden (gleiche Vorgabe des Einreichungstermins für alle Bewerber). Dies gilt für alle Vergabearten. Die Ausnahmeregelung in § 22 Nr. 6 VOB/A Abschnitt 1 kann bei Vergaben nach der VOB/A-SKR entsprechend angewandt werden.
- **Fehlende Einheitspreise** in Angeboten bzw. Leistungsverzeichnissen führen grundsätzlich nicht zum Angebotsausschluss. Fehlende Einheitspreise können im Blick auf § 2 Nr. 1 VOB/A-SKR insbesondere dann jederzeit ergänzt werden, wenn dies ohne Einfluss auf die Bierrangfolge bleibt. Andernfalls greift § 2 Nr. 1 VOB/A-SKR.

- **Änderungen der Bieter an den Verdingungsunterlagen** führen nicht automatisch zum Angebotsausschluss. Nachträgliche Angebotsberichtigungen sind unter Beachtung des § 2 Nr. 1 VOB/A-SKR möglich, wenn dies ohne Einfluss auf die Biiterrangfolge bleibt.
- In den Vergabeunterlagen **nicht zugelassene Änderungsvorschläge oder Nebenangebote** dürfen nicht gewertet werden (§ 10 Nr. 4 Abs. 1 VOB/A-SKR).
- Änderungsvorschläge und Nebenangebote, die nicht auf **besonderer Anlage** gemacht werden, können ggf. unberücksichtigt bleiben (§ 10 Nr. 4 Abs. 2 VOB/A-SKR i.V.m. Nr. 4 der Bewerbungsbedingungen).
- Die in § 5 Nr. 2 VOB/A-SKR genannten möglichen **Ausschlussgründe** sind auch bei Offenen Verfahren zu beachten.

7.4 Nachverhandlungsverbot

Die VOB/A-SKR kennt keine dem § 24 Nr. 3 VOB/A Abschnitt 1 vergleichbare Regelung. Im Schrifttum¹ wird unter Hinweis auf die Definitionen in § 3 Nr. 2a und b VOB/A-SKR sowie auf die Wertungsgrundsätze des § 10 VOB/A-SKR die Meinung vertreten, dass Preisnachverhandlungen bei Offenen Verfahren oder Nichtoffenen Verfahren nicht statthaft sind und dies außerdem mit dem Gleichheitsgrundsatz nach § 2 Nr. 1 VOB/A-SKR nicht zu vereinbaren ist. Unzulässig sind Preisverhandlungen insbesondere dann, wenn sie zur Verdrehung der Biiterrangfolge durch unmittelbare Preiskorrekturen oder z.B. durch nachträgliche Änderungen des Leistungsverzeichnisses führen (z.B. durch Herausnahme von LV-Positionen).

Dagegen sind Preisnachverhandlungen im Verhandlungsverfahren statthaft. Dies ergibt sich ebenfalls aus der Definition in § 3 Nr. 2c VOB/A-SKR, wonach über alle Auftragsinhalte und somit auch über Preise verhandelt werden kann.

¹ Vgl. z.B. Heiermann/Müller/Franke, Kommentar zur VOB/A-SKR, 1. Aufl. 1994, Rdnr. 22 zu § 3 und Rdnr. 44 zu § 10 VOB/A-SKR.

Im Schrifttum wird ferner die Auffassung vertreten, dass ein Wechsel der Vergabeart nach erfolgter Bekanntmachung ebenfalls nicht mehr statthaft ist (z.B. ein Wechsel von einem Offenen Verfahren zum Verhandlungsverfahren). Dies bedeutet, dass ein SKR-Anwender, der grundsätzlich auch über Preise nachverhandeln will, sich von vornherein auf die Vergabeart „Verhandlungsverfahren“ festlegen muss.

Im Übrigen ist es auch bei Preisverhandlungen im Rahmen von Verhandlungsverfahren im Blick auf § 2 Nr. 1 VOB/A-SKR ratsam, nicht einseitig bestimmte Bieter zu bevorzugen, sondern allen Bietern in der engeren Wahl die Chance auf Preisnachbesserung zu geben. Dessen ungeachtet bestehen aber erhebliche Zweifel, ob die Vergabeart „Verhandlungsverfahren mit Preisnachverhandlungen“ tatsächlich zur wirtschaftlichsten Lösung führt. Es wurde schon mehrfach bewiesen, dass ein Offenes Verfahren (ohne Nachverhandlung) mit einem dann in der Regel breit angelegten Wettbewerb und mit von Anfang an scharf kalkulierten Preisen zu einem günstigeren Preisniveau führt.

8 Auftragserteilung, Informationen, Mitteilungen

8.1 Auftragserteilung

Die VOB/A-SKR enthält keine Regelung über die Auftragserteilung.

Ein wirksamer Bauvertrag kommt nach den Grundsätzen der §§ 145 ff. BGB zustande, wenn auf ein Angebot rechtzeitig innerhalb der Angebotsbindefrist und ohne Abänderungen der Auftrag erteilt wird. Zur Auftragserteilung kann das Einheitliche Verdingungsmuster KEVM(B)Atr in Teil II KVHB-Bau verwendet werden.

Auslaufende Angebotsbindefristen können einvernehmlich verlängert werden.

Ein vergebener Auftrag ist gemäß § 12 VOB/A-SKR nach dem EG-Standardformular 7 bekannt zu machen.

8.2 Informationen, Mitteilungen

§ 11 VOB/A-SKR enthält Mitteilungspflichten des Auftraggebers gegenüber den ausgeschlossenen Bewerbern oder Bietern.

Die Bestimmungen des § 13 VgV haben jedoch Vorrang bzw. ersetzen ggf. § 11 VOB/A-SKR. Danach sind die nichtberücksichtigten Bieter wegen der Bestimmungen der §§ 102 ff. GWB spätestens 14 Kalendertage vor Vertragsabschluss (Auftragserteilung) über bestimmte Inhalte zu informieren. Die SKR-Anwender können das Einheitliche Formblatt KEFB Vorabinfo EG in Teil III des KVHB-Bau verwenden.

9 Aufhebung

Die VOB/A-SKR enthält keine Regelungen über die Aufhebung einer Ausschreibung. Dass eine Ausschreibung auch bei Vergaben nach der VOB/A-SKR aufgehoben werden kann, ergibt sich jedoch mittelbar aus § 3 Nr. 3a VOB/A-SKR. Den SKR-Anwendern wird empfohlen, die Regelungen des § 26 VOB/A Abschnitt 1 entsprechend zu übernehmen und sie ggf. in ihre Bewerbungsbedingungen aufzunehmen.

10 Nachprüfung, Vergabeakten

Bei EG-Ausschreibungen, auch bei Vergaben nach der VOB/A-SKR, können Unternehmen ihre subjektiven Rechte nach den §§ 97 Nr. 7 und 102 ff. GWB geltend machen. Nachprüfungsbehörden sind die Vergabekammern und die Vergabesenate. Zuständige Vergabekammer in Baden-Württemberg ist das Landesgewerbeamt Stuttgart, Willi-Bleicher-Straße 19, 70174 Stuttgart. Diese Stelle ist in der Vergabebekanntmachung sowie in der Aufforderung zur Angebotsabgabe anzugeben (§ 14 VOB/A-SKR). Vgl. dazu die Angaben im Muster KEVM(B)A-SKR.

Den SKR-Anwendern wird wegen einer möglichen Nachprüfung nach den §§ 102 ff. GWB und wegen der Aufbewahrungs- und Berichtspflichten nach § 13 VOB/A-SKR grundsätzlich empfohlen, alle Vergabevorgänge von der Bekanntmachung bis hin zur Auftragserteilung (ggf. Aufhebung) lückenlos zu dokumentieren bzw. in sog. Vergabeakten festzuhalten.

Die Vergabeakten sind nach § 13 Nr. 1 Abs. 2 VOB/A-SKR aufzubewahren und ggf. auch für die überörtliche Prüfung (s. Abschn. 12) bereitzuhalten.

11 Schadensersatzansprüche

Nach ständiger Rechtsprechung können erstplatzierte Bieter, die sich im Vertrauen auf Einhaltung der Verfahrensregeln der VOB/A (auch der VOB/A-SKR) am Wettbewerb beteiligt haben, Schadensersatzansprüche nach den §§ 280, 311 Abs. 2 BGB (früher aus culpa in contrahendo) in Höhe des entgangenen Gewinns beispielsweise dann geltend machen, wenn

- sie nach § 10 VOB/A-SKR objektiv hätten den Auftrag erhalten müssen, aber unberechtigterweise übergegangen worden sind oder wenn
- sie durch grundlose Aufhebung der Ausschreibung nicht zur Auftragserteilung vorgesehen wurden.

Insbesondere Verstöße gegen das Diskriminierungsverbot (§ 2 Nr. 1 VOB/A-SKR) können Schadensersatzansprüche auslösen.

12 Überörtliche Prüfung

Die SKR-Anwender unterliegen der überörtlichen Prüfung durch die GPA.

Bei kommunalen Eigen- oder Beteiligungsgesellschaften in einer Rechtsform des privaten Rechts (AG, GmbH) ergibt sich die Zuständigkeit der GPA aus dem Gesellschaftsvertrag i.V. mit § 103 Abs. 1 Satz 1 Nr. 5 Buchst. e und § 113 Abs. 1 Satz 1 GemO. Ferner ist die GPA nach § 13 Abs. 2 GemPrO für die überörtliche Prüfung der Unternehmen zuständig, an denen die in § 13 Abs. 1 GemPrO genannten Körperschaften (z.B. Zweckverbände) beteiligt sind.

Gegenstand der Prüfung sind auch die Vergaben.

Vergabeverfahren nach der VOB/A-SKR (Übersicht)

Bei Vorliegen der Voraussetzungen des § 3 Nr. 3 VOB/A-SKR kann ein Verhandlungsverfahren (oder ggf. ein Nichtoffenes Verfahren) ohne vorherigen Wettbewerbsaufruf durchgeführt werden. Ansonsten hat der Vergabe von Bauleistungen in der Regel ein Aufruf zum Wettbewerb nach § 8 Nr. 1 Abs. 1a, b oder c VOB/A-SKR vorauszugehen. Für einen **Wettbewerbsaufruf** bestehen folgende Verfahrensmöglichkeiten **nach freier Wahl**:

Vergabeverfahren für eine konkrete Bauleistung (§ 8 Nr. 1 Abs. 1a VOB/A-SKR)	Regelmäßige Bekanntmachung für eine beabsichtigte bauliche Anlage (§ 8 Nr. 1 Abs. 1b VOB/A-SKR)	Bekanntmachung eines Prüfsystems ohne konkrete Bauabsicht/ Präqualifikationsverfahren (§ 8 Nr. 1 Abs. 1c VOB/A-SKR)
Freie Wahl der drei Vergabearten Offenes Verfahren, Nichtoffenes Verfahren oder Verhandlungsverfahren nach § 3 Nr. 1 VOB/A-SKR, Veröffentlichung einer entsprechenden Bekanntmachung nach § 8 Nr. 1 Abs. 1a VOB/A-SKR bzw. dem Anhang I SKR ¹	Veröffentlichung einer regelmäßigen Bekanntmachung nach § 8 Nr. 2 i.V.m. Anhang III VOB/A-SKR und freie Wahl der Vergabeart Nichtoffenes Verfahren oder Verhandlungsverfahren .	Veröffentlichung einer Bekanntmachung über das Bestehen eines Prüfsystems nach § 5 Nr. 5 ff. i.V.m. § 8 Nr. 3 VOB/A-SKR und Anhang II SKR - Freie Wahl der Vergabeart Nichtoffenes Verfahren oder Verhandlungsverfahren .
Offenes Verfahren: Aufforderung aller Bewerber zur Angebotsabgabe (§ 7 VOB/A-SKR)	. / .	. / .
Nichtoffenes Verfahren: Durchführung eines Teilnahmewettbewerbs nach § 5 Nrn. 1 bis 4 VOB/A-SKR und beschränkte Auswahl geeigneter Bewerber (z.B. 5 bis 10) zur unverzüglichen Aufforderung zur Angebotsabgabe (§ 7 VOB/A-SKR)	Nichtoffenes Verfahren: ² Auswahl geeigneter Bewerber aus dem Kreis der aufgrund der regelmäßigen Bekanntmachung vorgezeichneten Interessenten und Aufforderung zur Angebotsabgabe (§ 7 VOB/A-SKR) innerhalb von 12 Monaten seit der Veröffentlichung (§ 8 Nr. 2 Abs. 3d VOB/A-SKR)	Nichtoffenes Verfahren: Auswahl geeigneter Bewerber aus der Liste der im besonderen Qualifikationsverfahren geprüften Unternehmen und Aufforderung zur Angebotsabgabe (§ 7 VOB/A-SKR) bis max. drei Jahren seit der Veröffentlichung (§ 5 Nr. 11 VOB/A-SKR)
Verhandlungsverfahren: Wie Nichtoffenes Verfahren - Auswahl z.B. 3 bis 5 Bewerber	Verhandlungsverfahren: Wie Nichtoffenes Verfahren	Verhandlungsverfahren: Wie Nichtoffenes Verfahren
	Nachrichtlich: Ein Offenes Verfahren mit vorheriger Bekanntmachung nach Anhang I SKR ist nur möglich bei einer regelmäßigen Bekanntmachung ohne Wettbewerbsaufruf (§ 8 Nr. 2 Abs. 1 und 2 VOB/A-SKR i.V.m. Anhang III SKR)	Nachrichtlich: Das Bestehen eines Prüfsystems hindert den Auftraggeber nicht daran, in Einzelfällen nach § 8 Nr. 1 Abs. 1 VOB/A-SKR zu verfahren und nach erfolgter Bekanntmachung ein Einzelqualifikationsverfahren , z.B. ein Offenes Verfahren, Nichtoffenes Verfahren oder Verhandlungsverfahren durchzuführen.

¹ Nach erfolgter Bekanntmachung darf die gewählte Vergabeart nicht mehr gewechselt werden.

² Auswahl nur aus dem Kreis der Bewerber, die sich aufgrund der regelmäßigen Bekanntmachung gemeldet haben.