

## **GPA-Mitteilung Bau 2/2004**

**Az. 600.512**

01.07.2004

### **Vergabeverfahren nach der VOF**

#### **Einleitung**

Die neu gefasste Verdingungsordnung für freiberufliche Leistungen - VOF - vom 26.08.2002 dient der Umsetzung der EG-Richtlinie 2001/78/EG vom 13.09.2001 in deutsches Recht. Öffentliche Auftraggeber müssen sie nach § 5 Vergabeverordnung ab einem Auftragswert von 200.000 EUR anwenden, wenn sie freiberufliche Dienstleistungen vergeben wollen, die nicht vorab eindeutig und erschöpfend beschrieben werden können. Dazu zählen insbesondere die Architekten- und Ingenieurleistungen.

Die VOF belässt dem Auftraggeber zwar ein weites Auswahlmessen; das Verfahren selbst muss aber gewissen Mindestanforderungen vor allem in Bezug auf Transparenz und Gleichbehandlung genügen. Da die Vergabeentscheidungen der Nachprüfung nach den §§ 102 ff. GWB unterliegen und die Rechtsprechung im Zuge dieser Verfahren inzwischen gefestigte Grundsätze entwickelt hat (vgl. Anlage 2), empfiehlt es sich, die VOF unter Berücksichtigung dieser Grundsätze anzuwenden.

Die nachfolgende Darstellung soll dazu eine Handreichung für die Praxis bieten.

#### **1 Verfahrensschritte**

Ein Vergabeverfahren nach der VOF lässt sich in folgende Verfahrensschritte unterteilen:

- Prüfung des sachlichen und persönlichen Anwendungsbereichs der VOF (§§ 1, 2 VOF)
- Ermittlung des EG-Schwellenwerts (§ 2 VgV, § 3 VOF)

- Wahl der Vergabeart (§ 5 VOF)
- Bekanntmachung der beabsichtigten Auftragsvergabe (§ 9 VOF)
- **Auswahlverfahren - 1.Vergabestufe** - (§ 10 VOF)
- **Verhandlung - 2.Vergabestufe** - (§§ 10, 24 VOF))
- Auftragserteilung nach Abschluss der Verhandlung (§§ 16, 24 VOF)
- Information der nicht berücksichtigten Bieter (§ 13 VgV)
- Mitteilung des vergebenen Auftrags (§ 17 VOF)
- Fertigung eines Vergabevermerks (§ 18 VOF)

Die wesentlichen Verfahrensschritte werden nachstehend erläutert. Dabei sind die z.Z. bekannten Entscheidungen der Vergabekammern und -senate berücksichtigt (s. **Anlage 2**).

## **2 Prüfung des sachlichen und persönlichen Anwendungsbereichs der VOF**

In einem ersten Verfahrensschritt ist der sachliche und persönliche Anwendungsbereich der VOF zu prüfen.

Die VOF gilt **sachlich** nur für **freiberufliche Leistungen**, soweit sie in Anhang I A der VOF<sup>1</sup> genannt sind und deren Gegenstand eine Aufgabe ist, deren Lösung nicht vorab eindeutig und erschöpfend beschrieben werden kann (§§ 1, 2 Abs. 1 und 2 VOF, § 1 VOL). Dazu gehören insbesondere die **Achitekten-/Ingenieurleistungen**, unabhängig davon, ob sie in Leistungsbildern der HOAI erfasst sind. Wegen der Abgrenzung der Anwendungsbereiche der VOF und VOL vgl. die Ausführungen im Sonderheft der GPA-Mitteilungen Bau 1/2003 Az. 600.502/600.512.

---

<sup>1</sup> Für die in Anhang I B der VOF genannten Dienstleistungen gelten nur die §§ 8 Abs. 2 und 17 VOF (§ 2 Abs. 1 VOF).

Der **persönliche Anwendungsbereich** ist in § 5 VgV geregelt. Danach haben die öffentlichen Auftraggeber i.S. des § 98 Nr. 1 bis 3 und 5 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen - **GWB** - vom 26.08.1998 (BGBl. I S. 2546) die VOF anzuwenden. Vgl. dazu

die Übersicht in der **Anlage 1**. Von den **Sektorenauftraggebern** ist die VOF z.Z. noch nicht anzuwenden (§§ 5 Satz 3 und 7 VgV). Sektorenauftraggeber müssen noch unmittelbar nach der EG-Sektorenrichtlinie verfahren (s. Anlage 1).

Zur Zeit aktuell ist die **VOF Ausgabe 2002** (in der Fassung der Bekanntmachung vom 26.08.2002, BAnz. Nr. 203a vom 30.10.2002).

### **3 Ermittlung des EG-Schwellenwerts**

Die Bestimmungen der VOF sind nur anzuwenden bei einem geschätzten Auftragswert bzw. EG-Schwellenwert ab **200.000 Euro netto** (§ 2 Nrn. 3 und 8 der Vergabeverordnung - **VgV** - vom 11.02.2003, BGBl. I S. 169, §§ 2, 3 VOF).

Für die Sektorenauftraggeber beträgt der EG-Schwellenwert **400.000 Euro netto** (§ 2 Nr. 1 VgV).

Der geschätzte Auftragswert ist der **Honorarwert** für die vorgesehene Auftragsleistung (§ 3 Abs. 1 VOF).

Bei sog. **HOAI-Leistungen** ist der Honorarwert auf der Grundlage der von der Verwaltung überschlägig ermittelten Baukosten bzw. anrechenbaren Kosten zu ermitteln. Dabei bestehen keine Bedenken, die **Mindestsätze** der HOAI zugrunde zu legen. Die VOF enthält hierüber keine näheren Regelungen (vgl. § 3 Abs. 1 VOF).

Bei sog. **Nicht-HOAI-Leistungen**, d.h. Leistungen, die in der HOAI noch nicht in Leistungsbildern erfasst sind und bei denen die Honorare **frei vereinbart** werden dürfen (z.B. bei gutachtlichen Leistungen, Leistungen für Großbaumaßnahmen über die Honorartafeln der HOAI hinaus, Leistungen im Altlastenbereich oder Leistungen der Projektsteuerung), bestimmt sich der Honorarwert nach der **üblichen Vergütung** (§ 3 Abs. 1 VOF i.V.m. § 632 BGB). Dabei hat die Verwaltung den Auftragswert anhand vergleichbarer Objekte zu schätzen und daraus die Honorargrößen zu entwickeln.

Wegen weiterer Einzelheiten zur Ermittlung des EG-Schwellenwerts wird auf die Ausführungen im Sonderheft der GPA-Mitteilungen Bau 1/2003 Az. 600.502/600.512 verwiesen.

#### **4 Wahl der Vergabeart**

Die VOF kennt nur die Vergabeart „**Verhandlungsverfahren mit vorheriger Vergabebe-  
kanntmachung**“ (§ 5 Abs. 1 VOF). In den in § 5 Abs. 2 VOF genannten Fällen können Aufträge ausnahmsweise im „Verhandlungsverfahren ohne vorherige Vergabebe-  
kanntmachung“ vergeben werden.

Anstatt der Durchführung eines Vergabeverfahrens nach der VOF besteht für die Auftraggeber die Möglichkeit, einen EG-weiten Architektenwettbewerb nach den §§ 20, 25 VOF i.V.m. den Grundsätzen und Richtlinien für Wettbewerbe auf dem Gebiet der Raumplanung, des Städtebaus und des Bauwesens - GRW 1995 - in der jeweils geltenden Fassung durchzuführen. In solchen Fällen ist dann aber nach § 5 Abs. 2 c VOF zu verfahren.

#### **5 Bekanntmachung der beabsichtigten Auftragsvergabe**

Die beabsichtigte Vergabe eines Dienstleistungsauftrags i.S. der VOF ist im Amtsblatt der EG bekannt zu machen (§ 9 Abs. 2 bis 4 VOF). Die Bekanntmachung ist nach dem EG-Standardformular 1 gemäß dem Anhang II B der VOF zu erstellen.

Die VOF regelt nicht die Pflicht zur gleichzeitigen Bekanntmachung der beabsichtigten Auftragsvergabe in inländischen Veröffentlichungsblättern. Es liegt aber im ureigenen Interesse der Auftraggeber, beabsichtigte Auftragsvergaben auch in geeigneten inländischen Veröffentlichungsblättern bekannt zu machen (z.B. im Staatsanzeiger), um einen breiten Teilnahmewettbewerb zu erzielen. Nach § 9 Abs. 3 Satz 4 VOF dürfen in inländischen Veröffentlichungen nur die im Amtsblatt der EG veröffentlichten Angaben enthalten sein. Die Bekanntmachungen in inländischen Veröffentlichungsblättern sind also inhaltlich an die EG-Standardformulare anzulehnen.

In der Bekanntmachung ist u.a. bereits die Zahl der Bewerber anzugeben, die zur Verhandlung aufgefordert werden. Nach § 10 Abs. 2 VOF darf die Zahl nicht unter drei liegen.

## 6 Auswahlverfahren (1. Vergabestufe)

### 6.1 Bewerbungsunterlagen

In der Bekanntmachung wird angegeben, bei welcher Vergabestelle interessierte Bewerber Teilnahmeanträge bzw. Bewerbungsunterlagen unter Beachtung der Fristen (§ 14 VOF) abholen und einreichen können. Die Bewerbungsunterlagen bestehen zumindest aus folgenden Teilen:

- Aufforderung zur Teilnahme am Auswahlverfahren
- Antrag auf Teilnahme am Auswahlverfahren
- Aufgabenbeschreibung

### 6.2 Aufforderung zur Teilnahme am Auswahlverfahren

Die „Aufforderung zur Teilnahme am Auswahlverfahren“ ist ein förmliches Anschreiben der Vergabestelle an die Interessenten, verbunden mit der Aufforderung oder Bitte, am Vergabeverfahren teilzunehmen bzw. sich für das Auswahlverfahren zu bewerben.

Im Anschreiben werden gemäß § 10 Abs. 3 VOF insbesondere diejenigen Kriterien genannt, nach denen die Bewerber zur späteren Verhandlung ausgewählt werden (**Eignungskriterien**).

Aus Gründen der Gleichbehandlung der Bewerber und der Transparenz des Vergabeverfahrens (§ 97 Abs. 2 GWB, § 4 Abs. 2 VOF) sind vom Auftraggeber in den Bewerbungsunterlagen die maßgebenden **Eignungs-/Auswahlkriterien** lückenlos und nachvollziehbar anzugeben. Es ist nicht zulässig, die Auswahl der Bewerber nach anderen als den angegebenen Kriterien zu treffen. Nach den Bestimmungen des § 10 VOF wird aber eine vorherige Bekanntgabe der **Reihenfolge** und **Gewichtung** der Eignungskriterien nicht gefordert. Im Allgemeinen wird es als ausreichend erachtet, wenn die Vergabestellen folgende Eignungskriterien vorgeben:

- Ausschluss der Bewerber nach § 11 VOF
- Ausschluss wegen verspäteter Einreichung der Bewerbungsunterlagen

- Vollständigkeit der Teilnahmeanträge bzw. Bewerbungsunterlagen als Voraussetzung für die Auswahl zur Verhandlung
- Fachliche Eignung, Leistungsfähigkeit, Zuverlässigkeit als Voraussetzung für die Auswahl zur Verhandlung (§§ 4 Abs. 1, 12, 13 VOF). Ein „Mehr an fachlicher Eignung, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit“ wird schon im Auswahlverfahren berücksichtigt.
- Losentscheidung bei gleichwertigen Teilnahmeanträgen und für den Fall, dass mehr qualifizierte Bewerbungen eingehen als Bewerber zur Verhandlung aufgefordert werden.

Die vorstehend aufgezählten Auswahlkriterien können durch eigene örtliche Regelungen ergänzt werden. Beispielsweise wäre in Anlehnung an § 4 Abs. 5 VOF noch folgende weitere Vorgabe denkbar:

- „Wenn möglich, werden Berufsanfänger angemessen berücksichtigt, fachliche Eignung vorausgesetzt.“

Dagegen sind regionale Zulassungsbeschränkungen bei VOF-Verfahren nicht zulässig.

### **6.3 Antrag auf Teilnahme am Auswahlverfahren**

Mit den Bewerbungsunterlagen wird ferner ein förmlicher „Antrag auf Teilnahme am Auswahlverfahren“ übergeben, in dem der Auftraggeber diejenigen Anlagen bzw. Unterlagen nennt oder ankreuzt, die der Bewerber zusammen mit dem Teilnahmeantrag zu übergeben hat und die der Auftraggeber für die Durchführung des Auswahlverfahrens zur Beurteilung der Fachkunde und dergl. benötigt (z.B. Referenzen, Angaben über personelle Besetzung). Außerdem hat der Bewerber mit dem förmlichen Teilnahmeantrag verschiedene weitere Angaben über seine Person oder über die Art der Leistungserbringung zu machen (z.B. Angaben über Mitgliedschaft bei einer Kammer, wirtschaftliche Verknüpfungen mit bauausführenden Unternehmen, beabsichtigter Nachunternehmereinsatz).

### **6.4 Aufgabenbeschreibung**

Zusammen mit den Bewerbungsunterlagen ist eine Aufgabenbeschreibung zu übergeben (§ 8 VOF). Darin sind u.a. die geforderten Leistungen (z.B. Objektplanung i.S. des § 15 HOAI, Leistungsphasen 1 bis 8) sowie das geplante Objekt und die Art der Maßnahme (z.B. Neubau ...) zu beschreiben. Eine Aufgabenbeschreibung kann durch Zeichnungen

oder Planskizzen ergänzt werden. Sie muss so umfassend und präzise abgefasst sein, dass sich die Interessenten daran orientieren und dass sie insbesondere beurteilen können, ob ihr Betrieb auf derartige Leistungen eingerichtet ist.

### **6.5 Durchführung des Auswahlverfahrens**

Nach Eingang der Teilnahmeanträge erfolgt das Auswahlverfahren entsprechend den vorgegebenen und oben beschriebenen **Eignungskriterien**. Zunächst werden unvollständige oder verspätet eingegangene Teilnahmeanträge ausgeschlossen. Die restliche Auswahl wird in der Regel nach fachlichen Kriterien getroffen. Ggf. kann das Losverfahren angewandt werden, vorausgesetzt, es war als Kriterium vorgegeben und eine objektive Auswahl aus zahlreichen gleich qualifizierten Bewerbungen ist nicht möglich.

Wenn in der Bekanntmachung angegeben war, dass beispielsweise nur mit fünf Bewerbern verhandelt wird (s.o. Abschn. 5), und sind 36 Bewerbungen eingegangen, müssen 31 Bewerbungen ausgeschlossen bzw. fünf Bewerber ausgewählt werden (oder vier Bewerber, wenn beispielsweise ein Bewerber von Anfang an gesetzt war).

Fristen zur Durchführung des Auswahlverfahrens regelt die VOF nicht. Im Interesse der Bewerber sollte aber das Verfahren nach Ablauf der Einreichungsfrist zügig durchgeführt werden.

## **7 Verhandlung (2. Vergabestufe)**

Über die Durchführung der Verhandlung enthält die VOF über § 10 Abs. 1 und § 24 Abs. 1 hinaus keine näheren Bestimmungen. Art und Umfang des Verfahrens bleiben weitestgehend dem Auftraggeber überlassen.

Zunächst ist es zweckmäßig, die in der ersten Vergabestufe zur Verhandlung ausgewählten Bewerber förmlich über die Einzelheiten des weiteren Fortgangs des Verfahrens zu informieren, sie förmlich zur Verhandlung einzuladen und Einzeltermine für die Auftragsgespräche festzulegen. In dem Anschreiben kann außerdem angegeben werden, welche Unterlagen der Bieter zur Verhandlung noch vorzulegen hat (z.B. Honorarangebote und vorläufige Honorarberechnungen).

In dem Anschreiben sind die **Auftrags-/Zuschlagskriterien** vollständig anzugeben, sofern sie nicht bereits zu einem früheren Zeitpunkt in der Bekanntmachung oder in der Aufgabenbeschreibung angegeben worden sind (§ 16 Abs. 3 VOF). Es ist nicht ausreichend, nur auf § 16 Abs. 2 VOF zu verweisen. Nach § 16 Abs. 3 VOF müssen die maßgebenden Kriterien jeweils im konkreten Einzel-/Vergabefall ausdrücklich genannt werden. § 16 Abs. 2 VOF enthält nur eine beispielhafte Aufzählung, welche Kriterien jeweils im Einzelfall angegeben werden können.

Anders als bei den Eignungskriterien ist bei den Zuschlagskriterien die Angabe der **Reihenfolge** der ihnen zuerkannten Bedeutung erwünscht (§ 16 Abs. 3 VOF). Es ist aber unschädlich, wenn eine Reihenfolge nicht angegeben wird. § 16 Abs. 3 VOF ist diesbezüglich nicht zwingend. Auch schreibt § 16 VOF nicht vor, die einzelnen Kriterien durch eine **Punktetafel** bzw. Matrix zu gewichten.

Im Allgemeinen dürfte es ausreichen, wenn die Vergabestellen folgende Kriterien vorgeben (nachstehend nur stichwortartig genannt):

- Fachliche Eignung (z.B. für Planung, Ausschreibung, Objektüberwachung oder für Kostenermittlungen, Kosten- und Terminkontrollen, Nachunternehmereinsatz)
- Leistungsfähigkeit (z.B. personelle Besetzung)
- Zuverlässigkeit und Termintreue
- Vergütung (Honorare)
- Änderungsvorschläge zur Aufgabenbeschreibung
- ... usw.

Die vorstehend aufgezeigten Zuschlagskriterien können örtlich noch ergänzt werden. Nach bisheriger Rechtsprechung dürfte beispielsweise auch folgendes Zuschlagskriterium zulässig sein:

- „Bisherige erfolgreiche Tätigkeit für den Auftraggeber bei gleichen oder vergleichbaren Baumaßnahmen“.



## 8 Auftragserteilung nach Abschluss der Verhandlung

Nach Abschluss der Verhandlung besteht in der Regel die Absicht, einen Architekten-/Ingenieurauftrag zu erteilen. Die Entscheidung über die Auftragserteilung erfolgt nach den Auftragskriterien, die in der Aufforderung zur Teilnahme an der Verhandlung angegeben worden sind (§§ 4 Abs. 1, 16 Abs. 2 und 3, 24 VOF). Bei der Entscheidung über die Auftragserteilung ist darauf zu achten, dass nur die Kriterien angewendet werden, die vorgegeben waren. Es ist nicht zulässig, weitere nicht angegebene Kriterien in die Entscheidung mit einzubeziehen oder angegebene Kriterien bei der Entscheidung außer Betracht zu lassen.

In der Regel werden die Auftragskriterien prozentual **nicht gewichtet** (s.o. Abschn. 7). Es ist dann aber darauf zu achten, dass bei der internen Vergabeentscheidung, bei der mehr oder weniger dann doch eine **Gewichtung** oder **Kriterienabwägung** erfolgt, diese nicht unangemessen oder zu einseitig ist. Beispielsweise wäre es bei einer HOAI-Leistung sicher nicht zulässig, ausschließlich den Preis bzw. das Honorar (zu 100 v.H.) als ausschlaggebendes Entscheidungskriterium heranzuziehen und alle anderen Kriterien außer Betracht zu lassen. Dabei ist zu bedenken, dass das VOF-Verfahren vorrangig ein leistungsbezogener Wettbewerb und kein Preiswettbewerb ist (§§ 4 Abs. 1, 16 Abs. 1 und 24 Abs. 1 VOF).

Wenn ein Auftraggeber eine **prozentuale Gewichtung** in seinen Auftragskriterien vorgegeben hat, muss er diese aufgrund der **Selbstbindung** sowie des Gleichbehandlungsgrundsatzes auch strikt einhalten.

Nach einer Entscheidung des OLG Düsseldorf (Beschl. v. 29.10.2002, VergabeR 2004, 100) darf der Auftraggeber in der 2. Vergabestufe ein „Mehr an fachlicher Eignung“ nicht mehr berücksichtigen. Die GPA teilt diese Auffassung nicht. Das VOF-Verfahren, das mit dem VOB-Verfahren<sup>1</sup> nicht vergleichbar ist, zielt insbesondere darauf ab, dem qualitativ besten Büro den Auftrag zu erteilen. Gerade deshalb muss es zulässig sein, in der Verhandlung bzw. in der 2. Vergabestufe nochmals ein „Mehr an fachlicher Eignung“ berücksichtigen zu dürfen (so auch OLG Rostock, Beschl. v. 16.05.2001, NZBau 2002, 170). Andernfalls machen § 4 Abs. 1 und § 16 Abs. 1 und 2 VOF keinen Sinn.

---

<sup>1</sup> Beim VOB-Verfahren sind in der letzten Stufe ausschließlich wirtschaftliche Kriterien und nicht mehr die Kriterien „Mehr an fachlicher Eignung“ anzuwenden.

Ein VOF-Verfahren muss nicht unbedingt zur Auftragserteilung führen. Denkbar ist auch, auf eine Auftragserteilung zu **verzichten** oder ein Verfahren erneut einzuleiten. Dabei sind die Bestimmungen des § 17 Abs. 5 VOF zu beachten.

Ferner ist es zulässig, zunächst auf eine Auftragserteilung zu verzichten und eine sog. **Mehrfachvergabe** mit den im Verhandlungsverfahren verbliebenen Bietern durchzuführen. Es ist zulässig, verschiedene Bieter mit der Erstellung eines Vorentwurfs zu beauftragen und die Vorentwürfe nach den Bestimmungen der HOAI zu honorieren (§ 24 Abs. 2 und 3 VOF).

Zusammenfassend ist noch festzustellen, dass die VOF den Auftraggebern erhebliche Ermessensspielräume bei Vergabeentscheidungen bietet, die im Nachprüfungsverfahren auch nur bedingt angreifbar sind. Die Nachprüfungsstellen verlangen eine Wiederholung des Verfahrens in der Regel nur dann, wenn Auftragskriterien zu einseitig oder grob fehlerhaft angewandt worden sind oder wenn der Auftrag aufgrund von Kriterien vergeben wird, die in den Unterlagen nicht genannt waren.

Der Verdacht etwaiger Vergabemanipulationen kann dadurch entkräftet werden, dass transparente Verfahren unter Berücksichtigung der Gleichbehandlung aller Bewerber durchgeführt und klare Sachentscheidungen getroffen werden.

## **9 Information der nicht berücksichtigten Bieter, Mitteilungen**

Bei EG-Vergaben sind nach § 13 VgV die Bieter über deren Nichtberücksichtigung zu informieren. Die Bestimmung über die 14-tägige Auftragsperre nach Absendung des Informationsschreibens gilt auch bei VOF-Verfahren. Auch sie unterliegen der Nachprüfung nach den §§ 102 ff. GWB (vgl. die Entscheidungen in der Anlage 2).

§ 13 VgV verwendet den Begriff „Bieter“. Die VOF kennt aber nur den Begriff „Bewerber“. Deshalb stellt sich die Frage, wie die Bestimmungen des § 13 VgV bei VOF-Verfahren auszulegen sind. Beispielsweise könnte wie folgt verfahren werden:

- Nach Abschluss des Auswahlverfahrens bzw. der 1. Vergabestufe sollten die ausgeschlossenen Bewerber - schon aus Gründen der Fairness - unverzüglich mit einfachem Absageschreiben darüber verständigt werden, dass sie nicht zur Verhandlung aufgefordert werden. Die VOF enthält hierüber keine Bestimmungen.

- Auf Antrag der abgelehnten Bewerber sind dann allerdings nach § 17 Abs. 4 VOF nähere Angaben zu machen. Auch den im Auswahlverfahren abgelehnten Bewerbern steht der Rechtsweg nach den §§ 102 ff. GWB offen.
- Die in der 2. Vergabestufe aufgeforderten Bewerber könnte man als „Bieter“ i.S. des § 13 VgV bezeichnen. Dieser Bieterkreis ist bei Abschluss der Verhandlung nach § 13 VgV förmlich zu informieren. Nach Absendung der Information nach § 13 VgV ist mit der Auftragserteilung bzw. mit dem Abschluss eines Architekten-/Ingenieurvertrags noch mindestens 14 Tage zuzuwarten. Während dieser Zeit steht den abgelehnten Bietern der Rechtsweg nach den §§ 102 ff. GWB offen.

## **10 Mitteilung des vergebenen Auftrags**

Nach § 17 Abs. 1 VOF ist ein vergebener Auftrag dem Amtsblatt der EG mitzuteilen.

## **11 Fertigung eines Vergabevermerks**

Der Auftraggeber hat nach § 18 VOF einen Vergabevermerk zu fertigen und darin alle Verfahrensschritte lückenlos zu dokumentieren.

**Anlage 1**  
**zur GPA-Mitt. Bau 2/2004**

**VOF-Anwender bei EG-Ausschreibungen**

**Übersicht über die kommunalen Auftraggeber und die von ihnen anzuwendenden Vergabebestimmungen der VOF**

<p><b>Auftraggeber i.S. v. § 98 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen - GWB - i.d.F. d. Bek. vom 26.08.1998 (BGBl. I S. 2546)</b></p>	<p>Bei EG-Ausschreibungen sind anzuwenden die §§ 97 bis 101 GWB, die Bestimmungen der Vergabeverordnung - VgV - i.d.F. d. Bek. vom 11.02.2003 (BGBl. I S. 169) sowie folgende Vergabebestimmungen der VOF:</p>
<p><b>Nichtsektorenauftraggeber i.S. des § 98 Nrn. 1 bis 3 GWB:</b> U.a. Städte, Gemeinden, Landkreise einschl. deren Eigenbetriebe, kommunale Eigen- oder Mehrheitsgesellschaften (z.B. Wohnungsbau GmbH, Krankenhaus GmbH), Kommunale Verbände (Zweckverbände und dergl.)</p> <p><b>Nichtsektorenauftraggeber i.S. des § 98 Nr. 5 GWB:</b> Private Zuwendungsempfänger (z.B. Vereine), die von Auftraggebern i.S. des § 98 Nrn. 1 bis 3 GWB Mittel erhalten, mit denen Vorhaben zu mehr als 50 v.H. finanziert werden<sup>1</sup></p> <p><b>Sektorenauftraggeber i.S. des § 98 Nrn. 1 bis 3 GWB i.V.m. §§ 7 Abs. 1 und 8 VgV (betr. die Bereiche Trinkwasserversorgung, See- oder Binnenschiffverkehr, Eisenbahn-, Straßenbahn- oder Busverkehr):</b> U.a. Eigenbetriebe, Zweckverbände, Wasser- und Bodenverbände, komm. Eigen- oder Mehrheitsgesellschaften (z.B. Wasserversorgung GmbH)</p> <p><b>Sektorenauftraggeber i.S. des § 98 Nrn. 1 bis 3 GWB i.V.m. §§ 7 Abs. 2 und 8 VgV (betr. die Bereiche Elektrizitäts-, Gas-, Wärmeversorgung und Flugverkehr):</b> U.a. Eigenbetriebe, Zweckverbände, komm. Eigen- oder Mehrheitsgesellschaften (z.B. Stromversorgung GmbH)</p> <p><b>Sektorenauftraggeber i.S. des § 98 Nr. 4 GWB</b></p>	<p>Gemäß § 5 VgV die VOF - Ausgabe 2002</p> <p>Gemäß § 5 VgV die VOF - Ausgabe 2002</p> <p>Die VOF gilt nicht für die Sektorenauftraggeber (s. §§ 5 und 7 VgV). Der Bund hat noch keine VOF-SKR erlassen. Die Sektorenauftraggeber müssen deshalb die <b>EG-Sektorenrichtlinie</b> (betr. Architekten-/Ingenieurleistungen) noch unmittelbar anwenden. EG-Vergaberecht ist unmittelbar anzuwendendes Recht, solange der Bund keine Umsetzungsvorschriften erlassen hat.</p>

<sup>1</sup> Gilt nur für Tiefbaumaßnahmen, Krankenhäuser, Sport-, Erholungs- oder Freizeiteinrichtungen, Schul-, Hochschul- oder Verwaltungsgebäude.

**Anlage 2**  
**zur GPA-Mitt. Bau 2/2004**

**Rechtsprechung zur VOF (Leitsätze, Auszüge, Fundstellenhinweise)**

Nach § 114 Abs. 2 GWB kann ein bereits erteilter Zuschlag von der Vergabekammer im Nachprüfungsverfahren nicht mehr aufgehoben werden. Im VOF-Verfahren liegt eine Zuschlagserteilung vor, wenn an einen Architekten/Ingenieur ein schriftliches Auftrags Schreiben ergangen ist. Der spätere Abschluss eines förmlichen Architekten-/Ingenieurvertrags ist nicht mehr maßgebend.

Es ist zulässig, im Auswahlverfahren die Eignungskriterien gemäß § 10 VOF zu prüfen und sie dann nochmals im Verhandlungsverfahren bzw. bei der Auftragsvergabe nach § 16 VOF der Entscheidung zugrunde zu legen.

**OIG Rostock, Beschl. v. 16.05.2001, NZBau 2002, 170 = Vergaber 2001, 315 = Beratende Ingenieure 07/08/2002, 41**

In einem Teilnahmewettbewerb nach VOF ist es nicht zulässig, einen Teil der Teilnehmer im Auswahlverfahren vorab nach einem nicht bekannt gemachten Kriterium (hier: vorherige, erfolgreiche Tätigkeit für den Auftraggeber) auszusuchen und die restlichen Teilnehmer auszulosen.

Bei Ausschluss einer losweisen Vergabe ist es nicht zulässig, Leistungen, die nur ein öffentlich bestellter Vermessungsingenieur erbringen kann, gemeinsam mit anderen Vermessungsleistungen auszuschreiben und die Leistung dann an zwei Bewerber (einen öffentlich bestellten und einen nicht öffentlich bestellten Vermessungsingenieur) zu vergeben.

**VK Leipzig, Beschl. v. 13.06.2001, NZBau 2002, 176**

Bei einer isolierten Vergabe der Objektüberwachung (Leistungsphase 8) ist grundsätzlich die VOL/A anzuwenden, da die Leistung regelmäßig eindeutig beschreibbar ist.

**VK Leipzig, Beschl. v. 29.06.2001, NZBau 2001, 704**

Soll nach einem Architektenwettbewerb i.S. der GRW der Auftrag einem der Preisträger übertragen werden, ist nach § 5 Abs. 2 Buchst. c VOF die Durchführung eines anschließenden Verhandlungsverfahrens erforderlich. Zur Teilnahme müssen alle Preisträger schriftlich aufgefordert werden.

**VK Nordbayern, Beschl. v. 10.10.2002, IBR 1/2003**

Eine Vergabestelle ist an die bekannt gemachte Anzahl der zu Verhandlungen aufzufordernden Bewerber gebunden.

Macht eine Vergabestelle als Auftragskriterium nur „das wirtschaftlich günstigste Angebot“ bekannt, ohne dieses Kriterium näher zu beschreiben, dann ist der Preis das maßgebliche Kriterium (betr. die Vergabe von Projektsteuerungsleistungen).

**VK Thüringen, Beschl. v. 20.12.2002, IBR 3/2003**

Die BRD schrieb Planungsleistungen für die Sanierung eines Botschaftsgebäudes aus. Ein Bewerber wurde abgelehnt, weil Zweifel im Hinblick auf den „**architektonischen Anspruch**“ bestanden. Dieses Kriterium war aber in den Ausschreibungsunterlagen entgegen § 16 Abs. 3 VOF nicht genannt, weshalb das Verfahren wiederholt werden musste. Ein VOF-Verfahren, bei dem weder in der Bekanntmachung noch in den Bewerbungsunterlagen (Leistungsbeschreibung) konkrete Wertungskriterien angegeben werden, ist rechtswidrig. **OLG Düsseldorf, Beschl. v. 27.11.2002, IBR 2003, 155**

Ein öffentlicher Auftraggeber schrieb Planungsleistungen für den Neubau einer Turnhalle aus. Erst im Verhandlungsverfahren mit fünf Bewerbern hatte der Auftraggeber eine Punktetabelle mit den Kriterien „Qualifikation, Technische Ausstattung, Ausführungszeitraum, Personelle Besetzung, Zuverlässigkeit, Honorar“ erstellt. Das Verfahren war rechtswidrig, weil die Entscheidungskriterien weder in der Vergabebekanntmachung noch in der Aufgabenbeschreibung angegeben waren (§ 16 Abs. 3 VOF). **Eine Wertung allein anhand der in § 16 Abs. 2 VOF genannten Kriterien scheitert daran, dass diese nur beispielhaft aufgeführt sind und somit das Entscheidungsverfahren nicht ausreichend transparent machen.** **BayObLG, Beschl. v. 24.09.2002, IBR 2002, 690**

Ausgeschrieben wurden Planungsleistungen für eine berufsbildende Schule. Das Verhandlungsverfahren verstieß gegen das Transparenz- und Gleichbehandlungsgebot, weil die Vergabestelle Kriterien in die Wertung aufnahm, die nicht veröffentlicht waren, nicht alle Kriterien in die Wertung einfließen ließ oder weil im Rahmen der Wertung die Kriterien nachträglich anders gewichtet wurden. Beispielsweise wurde lediglich der Abschluss einer Haftpflichtversicherung verlangt. Nachträglich wurden dann aber für höhere Versicherungssummen Sonderpunkte vergeben. Ferner wurden beispielsweise die „Erfahrungen im Berufsschulbau“ nachträglich doppelt gewichtet. Das Verfahren war zu wiederholen. **VK Sachsen-Anhalt, Beschl. v. 13.02.2001, IBR 2001, 393**

Der Freistaat Sachsen schrieb Projektsteuerungsleistungen aus. Ein Projektsteuerungsunternehmen gab das preisgünstigste Angebot ab (Pauschalhonorarangebot). Das Angebot wurde ausgeschlossen, weil die Honorare nicht den Empfehlungen der AHO-Fachkommission entsprachen. Das Verfahren war zu wiederholen, weil das Auftragskriterium „Honorare nach AHO orientieren“ nicht vorher bekannt gegeben wurde bzw. zu ungenaue Angaben gemacht wurden (Verstoß gegen § 16 Abs. 3 VOF bzw. gegen das Transparenz-/ Gleichbehandlungsgebot). **VK Sachsen, Beschl. v. 05.01.2001, IBR 2001, 452**

In einem VOF-Verfahren ist das Auswahlkriterium „Regionale Betrachtung - Nähe zum Leistungsort“ bzw. „Ortsansässigkeit“ ein vergabefremdes Kriterium, das nicht berücksichtigt werden darf.  
Bei einem Auswahlverfahren ist ggf. auch ein Losentscheid statthaft. **VK Bund, Beschl. v. 10.05.2001, IBR 2001, 509**

Eine Vergabestelle schrieb die Vergabe eines Generalplanerauftrags für Architekten-/Ingenieurleistungen für den Neubau einer Feuerwache aus. Drei Bewerber wurden zum Verhandlungsverfahren ausgewählt. Bei der Wertung legte die Vergabestelle 7 Kriterien mit einer insgesamt erreichbaren Punktzahl von 100 zugrunde. Die beiden ersten Bewerber trennten nur 2 Punkte, weil zugunsten eines Bewerbers eine Baukostendatenbank berücksichtigt wurde, die dieser speziell für Feuerwehrbauvorhaben aufgebaut hatte. Lt. Gericht war die Berücksichtigung der **Baukostendatenbank** als Wertungskriterium nicht sachfremd und auch nicht willkürlich.

**BayObLG, Beschl. v. 10.09.2001, IBR 2001, 635**

Ein Auftraggeber schrieb Vermessungsleistungen aus. Die Eignungskriterien waren in der Vergabebekanntmachung nicht näher bezeichnet. Es gingen 62 Bewerbungen ein, wovon 5 Bewerber zur Verhandlung aufgefordert wurden. Vier von fünf Bewerbern wurden nach dem Kriterium „bekannt aus früheren Aufträgen“ ausgewählt. Der 5. Bewerber wurde ausgelost.

Das Verfahren war nicht zulässig. Der Auftraggeber hat nach § 13 VOF die fachliche Eignung zu prüfen. Das Kriterium „bekannt“ ist zwar nicht unzulässig, darf jedoch kein überwiegendes Gewicht haben.

**VK Sachsen, Beschl. v. 13.06.2001, IBR 2001, 636**

Nach einem Verhandlungsverfahren wurden vier Bewerber aufgefordert, Lösungsvorschläge zu erarbeiten (§ 24 Abs. 2 und 3 VOF). Das Entscheidungsverfahren darüber wurde aber anonym durchgeführt. Die Entscheidungsfindung wurde im Vergabevermerk entgegen § 18 VOF nicht dokumentiert. Das Verfahren war zu wiederholen unter Austausch der Mitglieder des Auswahlgremiums.

**VK Sachsen, Beschl. v. 30.04.2001, IBR 2001, 568**

Ein Bauamt schrieb die Tragwerksplanung aus. Ein Ingenieurbüro, das bereits den vorherigen Bauabschnitt erbracht hatte, bot einen erheblichen Preisnachlass auf das Honorar an. Die Vergabestelle wertete diesen Preisnachlass zu Recht nicht. Die Berücksichtigung wäre ein Verstoß gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz des § 97 Abs. 2 GWB gewesen.

**BayObLG, Beschl. v. 20.08.2001, IBR 2001, 634 = NZBau 2002, 348**

Dem Vergabevermerk (§ 18 VOF) kommt im gerichtlichen Nachprüfungsverfahren eine wesentliche Transparenz- und Beweisfunktion zu. Der Vergabevermerk muss alle wichtigen Verfahrensschritte bzw. Entscheidungen der Vergabestelle dokumentieren und dient dem Rechtsschutz der Bieter. Ein fehlender Vergabevermerk ist nur dann unschädlich (Folge: keine Wiederholung des Verfahrens), wenn bei einem ansonsten ordnungsgemäßen Vergabeverfahren ein Antragsteller des Nachprüfungsverfahrens in der Rangliste der Bewerber aussichtslos zurück liegt.

**BayObLG, Beschl. v. 20.08.2001, IBR 2001, 694**

In einem Vergabeverfahren nach der VOF ist die Honorarzone nach der HOAI nicht verhandelbar.

**VK Bund, Beschl. v. 22.08.2001, IBR 2002, 38**

Das vorherige „Setzen eines Dienstleistungserbringers“ ist bei einem VOF-Verfahren grundsätzlich zulässig. Wird z.B. ein Bewerber vorab gesetzt, muss aber die nach § 10 Abs. 2 VOF vorgeschriebene Mindestanzahl von drei Bewerbern mindestens auf vier erhöht werden.

**VK Bremen, Beschl. v. 25.09.2001, IBR 2002, 39**

Die Vergabe von Ingenieurleistungen für die Technische Ausrüstung eines Reha-Zentrums wurde nach der VOF ausgeschrieben. In der Ausschreibung wurde eine Bewertungsmatrix bekannt gegeben. Danach sollte der Preis mit einem Gewicht von 5 % in die Wertung eingehen. Bei der Wertung wurde jedoch der Preis auf 35% aufgewertet. Dies ist ein Verstoß gegen § 16 Abs. 3 VOF und gegen das Transparenzgebot nach § 97 Abs. 1 GWB.

**VK Niedersachsen, Beschl. v. 08.06.2001, IBR 2002, 40**

In einem VOF-Verfahren kann ein Angebot von Planungsleistungen, das die Mindestsätze der HOAI unterschreitet, Nachverhandlungen bezüglich HOAI-gerechter Honorare zugänglich sein und ist deshalb nicht von vornherein auszuschließen. Die VOF kennt kein Nachverhandlungsverbot wie z.B. die VOB.

**OLG Stuttgart, Beschl. v. 28.11.2002, VergabeR 2003, 235 = Beratende Ingenieure, Juni 2003**

Das VOF-Verfahren vollzieht sich im Grunde in zwei Stufen, 1. Stufe Auswahlverfahren und 2. Stufe Verhandlungs-/Auftragsverfahren. Für die 1. Stufe sind die Auswahlkriterien (§§ 1 bis 13 VOF) in der Vergabebekanntmachung anzugeben (§ 10 Abs. 3 VOF). In der 2. Stufe sind die Auftragskriterien entweder auch schon in der Vergabebekanntmachung oder spätestens in der Aufforderung zur Angebotsabgabe bzw. in der Aufgabenbeschreibung anzugeben (§ 16 Abs. 3 VOF). Nachgeschobene Auftragskriterien dürfen nicht mehr berücksichtigt werden. Auch dürfen bereits bekannt gegebene Auftragskriterien (z.B. der Preis) nicht nachträglich gestrichen werden. Andernfalls ist die 2. Stufe zu wiederholen.

**OLG Stuttgart, Beschl. v. 25.11.2002, VergabeR 2003, 226**

Eine Vergabestelle schrieb Ingenieurleistungen für die endgültige Oberflächenabdichtung und Entgasung einer Hausmülldeponie aus. Dabei sollte ein neuartiges Abdichtungssystem eingesetzt werden (Trisoplastschicht und Wurzelsperre aus Glasbruch). Zur Bewertung der Teilnahmeanträge diente der Vergabestelle ein mit Gewichtung versehener Kriterienkatalog. Darin wurden u.a. Nachweise über spezielle Fachkenntnisse gefordert. Ein Bewerber, der keine Erfahrungen mit dem neuartigen Dichtungssystem hatte, wurde nicht zur Verhandlung aufgefordert. Er wandte sich an die Vergabekammer. **Entscheidung:** Der Antrag bleibt ohne Erfolg. Der Auftraggeber hat eine Wertung nach objektiven, transparenten Kriterien vorgenommen.

**VK Baden-Württemberg, Beschl. v. 23.01.2003, IBR Mai 2003**

In dem Angebot eines Umbauzuschlags nach § 24 Abs. 2 HOAI unter 20 % liegt keine Unterschreitung des Mindestsatzes. Die Formulierung in § 24 HOAI lässt es ausdrücklich zu, dass etwas anderes schriftlich vereinbart wird (z.B. auch ein Umbauzuschlag von 10 %).

**VK Brandenburg, Beschl. v. 13.02.2003, IBR 2003, 326**



Ein Architekt, der für die Vergabestelle im Vorfeld der Ausschreibung von Architektenleistungen Vorleistungen im Umfang der Leistungsphasen 1 und 2 i.S. der HOAI erbringt (hier: Vorplanung für ein historisches Theater), ist als Bewerber auszuschließen. Dies gilt auch, wenn der Architekt als Bewerber in einer Arbeitsgemeinschaft auftritt.

**OLG Jena, Beschl. v. 08.04.2003, IBR 06/2003, 325**

**Anmerkung:** Das OLG Jena nennt als Ausschlussgrund § 6 Abs. 2 VOF. § 4 Abs. 2 VOF dürfte aber zutreffender sein. Die Problematik kann man jedenfalls noch als offen bezeichnen. Hierzu bleibt gesicherte Rechtsprechung abzuwarten.

Nach § 16 Abs. 3 VOF sind die Auftragskriterien anzugeben. Bei Nichtangabe kann nicht auf § 16 Abs. 2 VOF verwiesen werden. Bei Nichtangabe der Kriterien ist auch nicht der niedrigste Preis das einzige Kriterium. Die Nichtangabe der Auftragskriterien führt zu einer Wiederholung des Verhandlungsverfahrens in der 2. Stufe.

**OLG Düsseldorf, Beschl. v. 27.11.2002, VergabeR 2003, 342**

Ein Ingenieurbüro ist 100 %-ige Tochter einer Baufirma, die als späterer potenzieller Bieter in Betracht kam. Die Vergabestelle nahm diese Verflechtungen zum Anlass, das Ingenieurbüro vom Vergabeverfahren unter Hinweis auf § 4 Abs. 4 VOF auszuschließen. **Entscheidung:** Ein derart genereller Ausschluss ist zu weitgehend. Es ist Sache des Ingenieurbüros und des verbundenen Baunternehmens zu entscheiden, ob sie sich lieber um die Planungs- oder um die Bauleistungen bewerben wollen.

**VK Bund, Beschl. v. 17.04.2000, NZBau 2000, 580**

Ausgeschrieben wurden Objektplanungsleistungen für den Umbau eines Krankenhauses. Die Zuschlagskriterien wurden wie folgt vorgegeben: 20 v.H. Höhe des Honorars, 40 v.H. die in der Verhandlung gewonnenen Eindrücke, 40 v.H. Organisation der Bauüberwachung. Der Bewerber A bietet ein mindestsatzunterschreitendes Honorar an, das im Laufe der Verhandlung auf den Mindestsatz erhöht wird. Der Bewerber B soll aber den Auftrag erhalten. Der Bewerber B hat auch schon im Vorfeld beim Sozialministerium einen Fördermittelantrag bearbeitet. Der Bewerber A rügt die Wertung und ist der Auffassung, dass der Bewerber B als **vorbefasster Sachverständiger** nach § 6 Abs. 2 VOF an dem Vergabeverfahren nicht hätte teilnehmen dürfen.

**Entscheidung:** Gründe für den Ausschluss des Bewerbers B sind nicht erkennbar. Für die Annahme einer Wettbewerbsverzerrung müssten im Einzelfall besondere Umstände vorliegen (z.B. eine Aufgabenbeschreibung, die auf die spezifischen Interessen des Sachverständigen zugeschnitten sind). Der Bewerber B hat aber im Rahmen des Fördermittelantrags lediglich allgemeine Aufgabenstellungen formuliert. Im Übrigen war es richtig, das Honorar des Bewerbers A auf den Mindestsatz anzupassen. Auch die Zuschlagskriterien bzw. die Gewichtung der Kriterien waren nach § 16 Abs. 2 i.V.m. § 24 Abs. 1 VOF nicht zu beanstanden.

**VK Baden-Württemberg, Beschl. v. 10.02.2003, IBR 8/2003**

Die §§ 4, 6 Abs. 2 VOF begründen ein Wettbewerbsverbot. Ein Architekt, der im Vorfeld einer später im VOF-Verfahren ausgeschriebenen Altbausanierung mit umfangreichen Architektenleistungen beauftragt war und dabei den Gebäudebefund aufgenommen und ihn in einem Zwischenbericht über den Stand der Vorplanung zukunftsgerichtet dahin verarbeitet hat, dass er die einzelnen Instandsetzungsmaßnahmen festgehalten, sie gewerksmäßig zugeordnet und kostenmäßig veranschlagt hat, war als Sachverständiger

i.S. des § 6 Abs. 2 VOF bei der Beschreibung der Aufgabenstellung tätig.

**Thüringer OLG, Beschl. v. 08.04.2003, VergabeR 2003,577**

Sind bei der Ausschreibung einer Architektenleistung nach HOAI entgegen § 16 Abs. 3 VOF Auftragskriterien weder in der Vergabebekanntmachung, in der Aufgabenbeschreibung noch in einem **Einladungsschreiben** zur Verhandlung angegeben, dann ist das Vergabeverfahren ab der 2. Vergabestufe zu wiederholen.

Nach § 18 VOF ist auf eine vollständige und zeitnahe Dokumentation des Verhandlungsverfahrens zu achten. Zweck des Vergabebermerks ist es, einen Beweis für den ordnungsgemäßen und rechtmäßigen Ablauf des Vergabeverfahrens zu erbringen und damit eine Wiederholung des Verfahrens zu vermeiden. Zu einem vollständigen Vergabebermerk gehört auch die Darstellung der Auftragskriterien und der Begründung für die abschließend getroffene Auswahl des Vertragspartners.

**BayObLG, Beschl. v. 24.09.2002, NZBau 2003, 582**

Sowohl bei den Eignungskriterien (§ 10 VOF) als auch bei den Auftragskriterien (§ 16 VOF) ist die Bekanntgabe einer **Reihenfolge** oder einer **Gewichtung** nicht vorgeschrieben. § 16 Abs. 3 VOF trifft keine verbindliche Anordnung. Die Nichtbenennung einer Reihenfolge rechtfertigt keine Beanstandung des Vergabeverfahrens.

Der Grundsatz, wonach der Auftraggeber ein „Mehr an Eignung“ nicht berücksichtigen darf, gilt nur für die Phase der abschließenden Zuschlagswertung, nicht aber für die Eignungsprüfung im Rahmen des Teilnahmewettbewerbs.

**OLG Düsseldorf, Beschl. v. 29.10.2003, VergabeR 2004, 100**

Ein Losverfahren kann angewandt werden, wenn dem öffentlichen Auftraggeber eine rein objektive Auswahl aus zahlreichen gleich qualifizierten Bewerbungen nicht möglich ist.

**OLG Rostock, Beschl. v. 01.08.2003, ZfBR 2004, 192**