



Gemeindeprüfungsanstalt  
Baden-Württemberg

## **GPA-Mitteilung Bau 2/2016**

**Az.: 600.531**

19.10.2016

### **Die Vergabe in Losen (losweise Vergabe)**

#### **Vorbemerkung**

In organisatorischer Hinsicht bestehen verschiedene Möglichkeiten, Baumaßnahmen abzuwickeln. Der Auftraggeber kann die Gesamtleistung, in Lose aufgeteilt, an verschiedene Unternehmer vergeben. Er kann auch einzelne Lose zusammengefasst vergeben oder einen sog. Generalunternehmer einschalten, einen Unternehmer also, der alleiniger Vertragspartner des Bauherrn ist und der einen Teil der Gesamtleistung im eigenen Betrieb erbringt, während er den restlichen Teil an Nachunternehmer weitervergibt. Eine Sonderform der Generalunternehmervergabe ist die sog. Funktionalausschreibung. Bei dieser vergibt der Auftraggeber nicht nur die Gesamtleistung an einen Generalunternehmer, sondern lässt auch die Planung des Bauwerks von diesem erbringen.

Die Generalunternehmervergabe erfreut sich zunehmender Beliebtheit. Von ihr versprechen sich Auftraggeber verschiedene Vorteile, wie die leichtere Durchsetzung von Mängelansprüchen und die Einsparung von Koordinierungsaufwand. Dabei wird jedoch oft übersehen, dass dem auch Nachteile bzw. Risiken gegenüberstehen. So droht z.B. eine erhebliche Störung des Bauablaufs für den Fall, dass der Generalunternehmer, als alleiniger Vertragspartner des Auftraggebers, insolvent wird.

Ein weiterer und ganz entscheidender Gesichtspunkt ergibt sich aus dem Vergaberecht: Der Auftraggeber hat nicht die freie Wahl, ob er losweise ausschreibt oder eine Generalunternehmervergabe bevorzugt. Für die Generalunternehmervergabe (bzw. für eine zusammengefasste Vergabe einzelner Lose) bedarf es einzelfallbezogener Gründe von erheblichem Gewicht. Liegen diese nicht vor und tätigt der Auftraggeber dennoch eine Generalunternehmervergabe, begeht er einen Vergabeverstoß, der schmerzhaft Folgen haben kann, wie z.B. den Verlust von Fördermitteln.

In dieser Mitteilung werden u.a. die Gründe beleuchtet, die in rechtlicher Hinsicht eine zusammengefasste Vergabe von Losen, eine Generalunternehmervergabe oder die sog. Funktionalausschreibung rechtfertigen.

**Inhalt**

	Seite
<b>1. Die einschlägigen Rechtsnormen im Wortlaut</b>	<b>4</b>
<b>2. Grundlegendes</b>	<b>5</b>
2.1 Welche Regelungsinhalte haben die o.g. Rechtsnormen?	5
2.2 Was versteht man unter Teillosten?	5
2.3. Was versteht man unter Fachlosen?	5
2.4 Welche Zielsetzung haben die o.g. Rechtsnormen?	7
2.5 Welche Größe sollten die einzelnen Teilloste haben?	8
2.6 Aufteilung in mehrere Vergabeverfahren: Alternative zur losweisen Vergabe?	8
<b>3. Der Ausnahmefall: Zusammengefasste Vergabe / Generalunternehmervergabe</b>	<b>9</b>
3.1 In welchen Fällen ist eine zusammengefasste Vergabe verschiedener Lose bzw. eine Generalunternehmervergabe möglich?	9
3.1.1 Vermeidung einer unwirtschaftlichen Zersplitterung, kleine Bauvorhaben, geringes Auftragsvolumen	10
3.1.2 Besondere Eilbedürftigkeit	11
3.1.3 Bauabläufe, Verkehrssicherheit	11
3.1.4 Technische Gründe, insbesondere einheitliche Mängelhaftung	12
3.1.5 Wirtschaftlichkeitsnachweis (Parallelausschreibung)	13
<b>4. Funktionalausschreibung (Leistungsbeschreibung mit Leistungsprogramm)</b>	<b>14</b>
4.1 In welchen Fällen darf die zu vergebende Leistung mit Leistungsprogramm beschrieben werden?	14
<b>5. Vergabedokumentation</b>	<b>16</b>

<b>6.</b>	<b>Angebotswertung und Sonstiges</b>	<b>17</b>
6.1	Wie ist die Angebotswertung bei losweiser Vergabe vorzunehmen?	17
6.2	Wie verhält es sich, wenn für den Fall einer zusammengefassten Vergabe von Losen ein Nachlass angeboten wird?	17
6.3	Wie verhält es sich, wenn der Nachlass für den Fall der zusammengefassten Vergabe von Losen als „Nebenangebot“ offeriert wird?	18
6.4	Ist die Aufhebung einzelner Lose möglich?	18
6.5	Werden Zuschussmittel gefährdet, wenn gegen das Gebot der Losaufteilung verstoßen wird?	19

## 1. Die einschlägigen Rechtsnormen im Wortlaut

### § 5 Abs. 2 VOB/A - Vergabe nach Losen

Bauleistungen sind in der Menge aufgeteilt (Teillose) und getrennt nach Art oder Fachgebiet (Fachlose) zu vergeben. Bei der Vergabe kann aus wirtschaftlichen oder technischen Gründen auf eine Aufteilung oder Trennung verzichtet werden.

### § 5 EU Abs. 2 Nr. 1 VOB/A (wortgleich mit § 97 Abs. 4 GWB)

Mittelständische Interessen sind bei der Vergabe öffentlicher Aufträge vornehmlich zu berücksichtigen. Leistungen sind in der Menge aufgeteilt (Teillose) und getrennt nach Art oder Fachgebiet (Fachlose) zu vergeben. Mehrere Teil- oder Fachlose dürfen zusammen vergeben werden, wenn wirtschaftliche oder technische Gründe dies erfordern. Wird ein Unternehmen, das nicht öffentlicher Auftraggeber ist, mit der Wahrnehmung oder Durchführung einer öffentlichen Aufgabe betraut, verpflichtet der Auftraggeber das Unternehmen, sofern es Unteraufträge an Dritte vergibt, nach den Sätzen 1 bis 3 zu verfahren.

### § 5 EU Abs. 2 Nr. 2 VOB/A

Weicht der öffentliche Auftraggeber vom Gebot der Losaufteilung ab, begründet er dies im Vergabevermerk.

### § 7c Abs. 1 VOB/A - Leistungsbeschreibung mit Leistungsprogramm

Wenn es nach Abwägen aller Umstände zweckmäßig ist, abweichend von § 7b Absatz 1 zusammen mit der Bauausführung auch den Entwurf für die Leistung dem Wettbewerb zu unterstellen, um die technisch, wirtschaftlich und gestalterisch beste sowie funktionsgerechteste Lösung der Bauaufgabe zu ermitteln, kann die Leistung durch ein Leistungsprogramm dargestellt werden.

## 2. Grundlegendes

### 2.1 Welche Regelungsinhalte haben die o.g. Rechtsnormen?

Die Normen besagen, dass Bauleistungen grundsätzlich nach Teillosten und nach Fachlosen zu vergeben sind. Weiter bestimmen sie, dass auf eine Vergabe nach Teil- bzw. Fachlosen verzichtet werden kann, wenn wirtschaftliche oder technische Gründe vorliegen (§ 5 Abs. 2 VOB/A) oder eine zusammengefasste Vergabe erfordern (§ 5 EU Abs. 2 Nr. 1 VOB/A bzw. § 97 Abs. 4 GWB). Dabei ist zu beachten, dass grundsätzlich eine teil- und eine fachlosweise Vergabe stattzufinden hat. Eine Teillostvergabe macht eine mögliche Fachlosvergabe nicht entbehrlich und umgekehrt.

§ 5 EU Abs. 2 Nr. 1 VOB/A (bzw. § 97 Abs. 4 GWB) beinhaltet ferner eine die Öffentlich-Privaten Partnerschaften (PPP) betreffende Vorgabe. Nach dieser muss der öffentliche Auftraggeber ein Unternehmen, das er im Rahmen einer PPP beauftragt, verpflichten, evtl. Unteraufträge an Dritte ebenfalls teil- bzw. fachlosweise zu vergeben.

### 2.2 Was versteht man unter Teillosten?

Teilloste entstehen, wenn ein Bauvorhaben in quantitativ (d.h. mengenmäßig oder räumlich) abgrenzbare Teilleistungen zerlegt wird.<sup>1</sup> Beispiele: Ein längerer Kanal wird in Abschnitte zerlegt, bei einem Hochbauvorhaben (z.B. Krankenhaus) werden Bauabschnitte gebildet, usw.

Für die Aufteilung in Teilloste kommen nur größere Einzel- oder Gesamtprojekte in Betracht. Dabei muss die räumliche Teilung in der Weise möglich sein, dass eine klare Trennung der einzelnen Aufgabengebiete sowohl in der Auftragsvergabe, als insbesondere in der praktischen Bauausführung erfolgt. Ansonsten besteht die Gefahr späterer Streitigkeiten, da Meinungsverschiedenheiten im Bauvertragswesen in großem Maße dort zu finden sind, wo es um Umfang und Grenzen von Vertragspflichten geht.<sup>2</sup>

### 2.3 Was versteht man unter Fachlosen?

Unter einem Fachlos versteht man eine Teilleistung, die marktüblich von einem Unternehmen ausgeführt wird, das zu einem bestimmten Handwerks- oder Gewerbebereich<sup>3</sup> gehört. Die Abgrenzung bestimmt sich zunächst nach den gewerberechtlichen Vorschriften, unter Berücksichtigung der allgemein oder regional üblichen Arbeitsteilung. Von wesentlicher Bedeutung ist deshalb, ob ein Anbietermarkt mit Fachunternehmen existiert, die sich auf eine bestimmte Tätigkeit spezialisiert haben und ohne eine Losvergabe keinen Zugang zu öffentlichen Aufträgen hätten.

---

<sup>1</sup> VK Baden-Württemberg, B. v. 11.02.2011 – Az.: 1 VK 02/11.

<sup>2</sup> VK Halle, B. v. 24.2.2000 – Az.: VK Hal 02/00.

<sup>3</sup> Bzw. einem baugewerblichen oder einem maschinen- oder elektrotechnischen Zweig, vgl. DVA-Papier Fach- und Teilloste (NZBau 2000, 555). Fachlose können regional verschieden sein.

Außerdem muss es eine hinreichend große Anzahl von Fachunternehmen geben, damit jeder öffentliche Auftraggeber, der Lose bildet, diese auch jederzeit im Wettbewerb vergeben kann.<sup>1</sup>

Dabei ist stets zu untersuchen, ob sich für spezielle Arbeiten mittlerweile ein eigener Markt herausgebildet hat.<sup>2</sup>

Fachlose können auch unter Anwendung der Systematik der VOB/C gebildet werden. Allerdings ist die Aufteilung nach ATV/DIN-Normen in der VOB/C allein nicht immer ausschlaggebend. Allgemein ist es z.B. üblich, Erd-, Maurer-, Beton- und Stahlbetonarbeiten zusammen als ein Fachlos zu vergeben, obgleich sie verschiedenen ATV angehören.<sup>3</sup>

Dadurch, dass sich die Aufteilung in Fachlose nach der Marktüblichkeit richtet, wird verhindert, dass Aufträge in fragwürdige Lose zersplittert werden.<sup>4</sup> Als Beispiel einer fragwürdigen und marktunüblichen Unterteilung wird in der Kommentarliteratur die Beschaffung von Fenstern genannt, bei der eine Unterteilung des Loses in die Bereiche Rahmen, Scheiben, Griffe und Beschläge unsinnig wäre.<sup>5</sup>

Nachfolgend werden einige Beispielfälle genannt, in denen die Rechtsprechung zu dem Ergebnis gekommen ist, dass eigenständige Fachlose vorliegen:

- Arbeiten in Zusammenhang mit der **Errichtung einer Lärmschutzwand**<sup>6</sup>
- Errichtung von **Schutzwänden aus Beton** (Fertigelemente oder Gleitschaltechnik)<sup>7</sup>
- Einbau/Montage von **Schutzplanken aus Stahl**<sup>8</sup>
- **Brandmeldeanlagen**<sup>9</sup>
- **Rauchwärmeabzugsanlagen**<sup>10</sup>

<sup>1</sup> OLG Koblenz, B. v. 16.09.2013 – Az.: 1 Verg 5/13; VK Rheinland-Pfalz, B. v. 16.08.2013 – Az.: VK 1 - 13/13, VK Baden-Württ., B. v. 11.02.2011 – Az.: 1 VK 02/11.

<sup>2</sup> Vgl. z.B. VK Baden-Württemberg, a.a.O.

<sup>3</sup> Weyand, *ibr-online-Kommentar Vergaberecht*, Stand 14.09.2015, § 97 GWB Rdn. 105.

<sup>4</sup> VK Brandenburg, B. v. 28.07.2011 – Az.: VK 18/11.

<sup>5</sup> VK Baden-Württemberg, B. v. 11.02.2011 – Az.: 1 VK 02/11.

<sup>6</sup> OLG München, B. v. 09.04.2015 – Az.: Verg 1/15; OLG Düsseldorf, B. v. 25.11.2009 – Az.: VII-Verg 27/09; 1. VK Sachsen, B. v. 10.02.2012 – Az.: 1/SVK/050-11.

<sup>7</sup> VK Düsseldorf, B. v. 14.06.2011 – Az.: VK - 16/2011 – B.

<sup>8</sup> VK Düsseldorf, B. v. 14.06.2011 – Az.: VK - 16/2011 – B.

<sup>9</sup> 2. VK Bund, B. v. 06.05.2011 – Az.: VK 2 - 22/11.

<sup>10</sup> 2. VK Bund, a.a.O.

## 2.4 Welche Zielsetzung haben die o.g. Rechtsnormen?

Mit der Vorgabe, Bauleistungen nach Losen zu vergeben, berücksichtigt die VOB die besondere Struktur der deutschen Bauwirtschaft und die Vorstellung der Bundesregierung zur Förderung der mittelständischen Unternehmen. Durch die Fachlosvergaben werden diese mittelständischen Unternehmen direkt Vertragspartner des öffentlichen Auftraggebers, während diese bei Paket- bzw. Generalunternehmer-Vergaben nur als Nachunternehmer tätig werden können und in keinem direkten Vertragsverhältnis zum öffentlichen Auftraggeber stehen. Hinzu kommt, dass die Generalunternehmer in ihren Nachunternehmerverträgen häufig ungünstigere Bedingungen aufnehmen, als der öffentliche Auftraggeber. Angesichts dieser Zielsetzungen (Marktpflege) haben die Vergabestellen Mehraufwendungen durch Fachlosvergaben in ihrem Verwaltungsbereich, z. B. aus Koordinierung, Bauausführung und Gewerbeleistung hinzunehmen.<sup>1</sup>

Das Argument, kleine und mittlere Unternehmen hätten die Möglichkeit, sich zu Bietergemeinschaften zusammenzuschließen, wird dem Schutzzweck des § 97 Abs. 3 GWB nicht gerecht, wonach mittelständischen Unternehmen grundsätzlich die Möglichkeit zur eigenständigen Beteiligung am Bieterwettbewerb einzuräumen ist.<sup>2</sup>

Auch die Möglichkeit einer Beteiligung von Nachunternehmern ist insoweit kein tragfähiges Argument.<sup>3</sup>

Weiterhin ist zu berücksichtigen, dass die losweise Vergabe auch aus Sicht des Auftraggebers Vorteile mit sich bringen kann. Bei der losweisen Vergabe wird nämlich in der Regel ein größerer Bewerberkreis angesprochen und ein wesentlich breiterer Wettbewerb als bei Generalunternehmervergaben erzielt. Damit steigen die Chancen, dass ein niedrigeres Preisniveau und ein höheres Maß an Wirtschaftlichkeit erreicht werden.

Zu bedenken ist, dass ein Unternehmer bei einer zusammengefassten Vergabe von Losen seinen Mehraufwand für die Koordination der Nachunternehmer sowie die mit dem Nachunternehmereinsatz verbundenen Risiken kalkulatorisch berücksichtigen muss. Im Allgemeinen kann deshalb davon ausgegangen werden, dass Generalunternehmervergaben bis zu 15 % teurer sind, als die Vergabe nach Fachlosen (sog. „Generalunternehmerzuschlag“).

Diese Faustregel ist empirisch bestätigt worden. So hat die Stadt Hamburg, im Rahmen eines Modellversuchs, zwei baugleiche Schulen errichtet. Bei einer dieser Schulen wurden sämtliche Arbeiten an Einzelunternehmer, also losweise vergeben. Bei der anderen Schule wurde die Gesamtleistung an einen Generalunternehmer vergeben. In beiden Fällen waren die Arbeiten zuvor öffentlich ausgeschrieben worden. Es zeigte sich, dass die vom Generalunternehmer errichtete Schule gegenüber der von Einzelunternehmen erstellten Schule rd. 13,5 % teurer war.<sup>4</sup>

---

<sup>1</sup> VK Halle, B. v. 6.6.2000 – Az.: VK Hal 09/00.

<sup>2</sup> VK Baden-Württemberg, B. v. 29.07.2013 - Az.: 1 VK 25/13.

<sup>3</sup> VK Baden-Württemberg, a.a.O.

<sup>4</sup> Rechnungshof der Freien und Hansestadt Hamburg, Jahresbericht 20000, S. 136 ff.

Kommunen, die sog. Parallelausschreibungen (→ Nr. 3.1.5) durchführen, kommen zu ähnlichen Ergebnissen. Bei diesen Ausschreibungen liegt der Gesamtpreis, der sich aus der Kombination der günstigsten Einzelangebote ergibt, regelmäßig deutlich unter dem Preis des besten Generalunternehmerangebots.

## 2.5 Welche Größe sollten die einzelnen Teillöse haben?

Das Vergaberecht enthält keine Bestimmungen darüber, wie groß Teillöse sein bzw. welchen Umfang sie haben müssen. Der Auftraggeber ist also, was Zuschnitt und Anzahl der Teillöse anbelangt, grundsätzlich frei.<sup>1</sup>

Diese Freiheit wird jedoch durch zwei Aspekte eingeschränkt:

- Die Aufteilung muss dem Gebot der Wirtschaftlichkeit entsprechen.
- Es muss die Möglichkeit bestehen, dass sich kleine bzw. mittelständische Firmen um Teilaufträge bewerben können und zwar eigenständig und nicht nur in Bietergemeinschaften.<sup>2</sup>

Eine Losbildung verfehlt also ihr Ziel, wenn im Ergebnis kleine und mittlere Unternehmen keine faktische Möglichkeit der Beteiligung haben; eine solche Losbildung ist fehlerhaft. Dies wäre dann der Fall, wenn die Einzellose so groß sind, dass sie für einen Mittelständler immer noch zu groß sind oder wenn die Losbildung durch die Zusammenfassung ganz unterschiedlicher Leistungen so ungünstig ist, dass ein mittelständischer Betrieb diese Leistungen mit eigenem Know-how überhaupt nicht erbringen könnte und sich nach Partnern (Unterauftragnehmer) umsehen müsste.<sup>3</sup>

Allerdings zwingt § 97 Abs. 4 GWB nicht dazu, Lose so zuzuschneiden, dass sich jedes am Markt tätige mittelständische Unternehmen darum auch tatsächlich bewerben kann.

## 2.6 Aufteilung in mehrere Vergabeverfahren: Alternative zur losweisen Vergabe?

Der Begriff der losweisen Vergabe zielt darauf ab, dass innerhalb einer Ausschreibung die Gesamtleistung in Lose (Teil- bzw. Fachlose) aufgeteilt wird.

Dazu ist es erforderlich, das Leistungsverzeichnis nicht nur in Titel, sondern (auch begrifflich) in Lose zu unterteilen und in die Aufforderung zur Angebotsabgabe Regelungen darüber aufzunehmen, ob Angebote nur für alle Lose oder auch für einzelne Lose abgegeben werden können.

---

<sup>1</sup> Schleswig-Holsteinisches OLG, B. v. 4.5.2001 – Az.: 6 Verg 2/2001.

<sup>2</sup> OLG Karlsruhe, B. v. 06.04.2011 – Az.: 15 Verg 3/11; 2. VK Bund, B. v. 27.09.2011 – Az.: VK 2 - 100/11; 2. VK Bund, B. v. 27.09.2011 – Az.: VK 2 - 100/11.

<sup>3</sup> 1. VK Sachsen, B. v. 7.2.2003 - Az.: 1/SVK/007-03.



Alternativ zu der im dargestellten Sinne verstandenen losweisen Vergabe ist selbstverständlich auch die Aufteilung der Gesamtleistung in mehrere eigenständige Vergabeverfahren möglich. Nach der Rechtsprechung wird eine Aufteilung in mehrere Vergabeverfahren dem Gebot der Losaufteilung und der Berücksichtigung mittelständischer Interessen ebenso gerecht, wie eine losweise Vergabe im engeren Sinne. § 97 Abs. 4 GWB spricht nur davon, dass eine Losaufteilung das vornehmliche Instrument zur Berücksichtigung mittelständischer Interessen sei. Außerdem stellt die Losaufteilung im Verhältnis zur Aufteilung in mehrere Vergabeverfahren lediglich eine Erleichterung für den Auftraggeber dar, auf die dieser auch verzichten kann.<sup>1</sup>

Die hier auf die Teil- und Fachlose zugeschnittenen Aussagen gelten daher auch für die Variante mit mehreren Vergabeverfahren.

Zu beachten ist allerdings, dass sich der Auftraggeber bei einer Aufteilung in mehrere separate Vergabeverfahren nicht darauf berufen kann, dass hinsichtlich eines, mehrerer oder gar aller entsprechend separierten Auftragsteile die einschlägigen Schwellenwerte unter Umständen nicht mehr erreicht würden. Insofern ist vielmehr - wie üblich - die Gesamtbetrachtung des Beschaffungsvorgangs maßgeblich.<sup>2</sup>

### **3. Der Ausnahmefall: Zusammengefasste Vergabe / Generalunternehmervergabe**

#### **3.1 In welchen Fällen ist eine zusammengefasste Vergabe verschiedener Lose bzw. eine Generalunternehmervergabe möglich?**

Nach § 5 Abs. 2 Satz 2 VOB/A, sowie nach § 5 EU Abs. 2 Nr. 1 VOB/A (wortgleich mit § 97 Abs. 4 GWB) dürfen mehrere Teil-/ Fachlose nur aus wirtschaftlichen oder technischen Gründen bzw. wenn wirtschaftliche oder technische Gründe dies erfordern, zusammengefasst vergeben werden.

Angesichts dieses Regel-Ausnahme-Verhältnisses reicht es nicht aus, eine zusammengefasste Vergabe von Losen bzw. eine Generalunternehmervergabe mit allgemeinen (mehr oder weniger bei allen Maßnahmen gegebenen) beabsichtigten Vorteilen auf Seiten des Auftraggebers zu begründen, wie z.B. mit Eilbedürftigkeit, Baukosteneinsparungen, vermindertem Zeit- oder Verwaltungs- und Koordinierungsaufwand sowie fehlendem Fachpersonal oder mit der vereinfachten Durchsetzbarkeit von Mängelansprüchen.<sup>3 4</sup>

---

<sup>1</sup> 2. VK Bund, B. v. 27.09.2011 – Az.: VK 2 - 100/11.

<sup>2</sup> VK Hamburg, B. v. 25.06.2014 – Az.: VgK FB 3/14.

<sup>3</sup> U.a. VK Nordrhein-Westfalen, B. v. 08.03.2000, IBR 2001, 80 oder VK Bund, Beschl. v. 09.06.2005, IBR 2005, 1223.

<sup>4</sup> Auch die Forderung des Bauherrn nach Kostensicherheit für seine Baumaßnahme rechtfertigt für sich allein nicht die Zusammenfassung von Fachlosen bzw. die Generalunternehmervergabe (vgl. DVA-Papier Fach- und Teillose, Nr. 6.5, NZBau, 2000, 555).

Würde man nämlich hierauf (also auf Aspekte, die typischerweise mit jeder losweisen Ausschreibung verbunden sind) abstellen, wäre die Gesamtvergabe immer zu rechtfertigen. Der vergaberechtliche Grundsatz der Aufteilung der Gesamtleistung in Lose ginge damit ins Leere.<sup>1</sup>

Es ist daher erforderlich, dass der Auftraggeber die Interessen des Mittelstands mit seinem eigenen Interesse an einer zusammengefassten / wirtschaftlichen Vergabe sorgfältig abwägt. Bei dieser Abwägung darf sich der Auftraggeber für eine Gesamtvergabe entscheiden, wenn dafür **aner kennenswerte wirtschaftliche oder technische Gründe bestehen und diese bei vertretbarer prognostischer und auf den Vertragszeitraum bezogener Sicht überwiegen.**<sup>2</sup>

In verschiedenen Entscheidungen hatte sich die Rechtsprechung mit der Frage zu befassen, ob Rechtfertigungsgründe für eine zusammengefasste Vergabe vorliegen.

Außerdem hat der Deutsche Vergabe- und Vertragsausschuss (DVA) das „DVA-Papier Fach- und Teillose“ verfasst, in dem der DVA mögliche Ausnahmefälle für die Zusammenfassung von Losen zusammengestellt hat. Dieses Papier datiert vom 05.12.2000, ist aber nach wie vor aktuell. Es wurde veröffentlicht in: NZBau 2000, 555; BauR 2000, 1793 und Gt-info Nr. 1016/00 vom 05.12.2000 Az. 600.53.

Danach kommen unter besonderen, die Ausnahme rechtfertigenden Voraussetzungen als Ausnahmekategorien v.a. in Betracht:

- **Vermeidung einer unwirtschaftlichen Zersplitterung, kleine Bauvorhaben, geringes Auftragsvolumen**
- **Besondere Eilbedürftigkeit**
- **Bauabläufe, Verkehrssicherheit bei laufendem Baubetrieb**
- **Technische Gründe, einheitliche Mängelhaftung**
- **Wirtschaftlichkeitsnachweis mittels Parallelausschreibung.**

### **3.1.1 Vermeidung einer unwirtschaftlichen Zersplitterung, kleine Bauvorhaben, geringes Auftragsvolumen**

Gesamtzielsetzung des Vergaberechts ist aus der Sicht des Auftraggebers eine an Wirtschaftlichkeitsgesichtspunkten orientierte Beschaffung.<sup>3</sup>

Grund für eine Gesamtvergabe kann damit auch sein, eine unwirtschaftliche Zersplitterung der Auftragsvergabe zu vermeiden. Je mehr Lose bei der Ausschreibung einer Gesamtmaßnahme

---

<sup>1</sup> OLG Düsseldorf, B. v. 11.07.2007 - Az.: VII - Verg 10/07.

<sup>2</sup> OLG Düsseldorf, B. v. 25.06.2014 – Az.: VII-Verg 38/13; VK Brandenburg, B. v. 03.09.2014 – Az.: VK 14/14; 1. VK Bund, B. v. 09.05.2014 - Az.: VK 1 - 26/14.

<sup>3</sup> 1. VK Bund, B. v. 1.2.2001 – Az.: VK 1 - 1/01; 2. VK Bund, B. v. 04.03.2009 - Az.: VK 2 - 202/08, VK 2 - 205/08.

gebildet werden, desto größer wird erfahrungsgemäß der Aufwand für die gesonderte Wertung der Angebote, des Vertragsabschlusses sowie die Vertragsdurchführung und desto vielfältiger werden die Schwierigkeiten bei der Koordinierung und Abgrenzung der Lose, insbesondere bei der Zuordnung der Gewährleistung.<sup>1</sup>

Außerdem kann es in diesem Fall vorkommen, dass die Aufteilung unverhältnismäßige Kostennachteile mit sich bringt oder zu einer starken Verzögerung des Vorhabens führt.<sup>2</sup>

Ein weiterer Ausnahmefall liegt bei geringen Auftragsvolumina (z.B. beim Bau von Garagen- oder Trafogebäuden) vor. Hier macht es keinen Sinn, Baumaßnahmen in einzelne Fachlose aufzuteilen und fachlosweise auszuschreiben. Dies würde zu einem unverhältnismäßig hohen Verwaltungs- und Koordinierungsaufwand führen. In solchen Fällen sind Generalunternehmervergaben in der Regel wirtschaftlicher (vgl. DVA-Papier Fach und Teillose).

### 3.1.2 Besondere Eilbedürftigkeit

Eilbedürftigkeit allein ist kein Grund für die Zusammenfassung von Fachlosen.<sup>3</sup>

Die Generalunternehmervergabe kann jedoch gerechtfertigt sein, wenn eine nicht termingerechte Fertigstellung der Maßnahme erhebliche und konkret bezifferbare wirtschaftliche Nachteile oder gar Gefahren für Leib und Leben mit sich bringen würde. Hinzukommen muss, dass der Auftraggeber die Dringlichkeit nicht selbst verursacht hat und auch nicht voraussehen konnte. Außerdem muss, unter Berücksichtigung der Verhältnisse im Einzelfall, davon ausgegangen werden können, dass die vorgegebenen bzw. benötigten Ausführungsfristen nur bei einer Zusammenfassung von Fachlosen bzw. einer Generalunternehmervergabe eingehalten werden können.

Diese Voraussetzungen können z.B. in folgenden Fällen vorliegen: Bau von Notunterkünften, Sanierung wichtiger Verkehrsbauwerke, wie z.B. Brücken, Bau von Hochwasserschutzmaßnahmen, Wiederaufbau eines durch Orkan zerstörten Objekts.

### 3.1.3 Bauabläufe, Verkehrssicherheit

Wegen der Bauabläufe, aus Gründen der Verkehrssicherung und Gesundheit oder aus sonstigen Sicherheitsgründen kann es erforderlich bzw. vorteilhaft sein, Fachlose zusammengefasst zu vergeben. Dies gilt v.a., wenn Baumaßnahmen unter Aufrechterhaltung des laufenden Betriebs (z.B. unter Aufrechterhaltung des Straßen-, Bahn-, oder Publikumsverkehrs) ausgeführt werden sollen. In diesem Fall werden die i.R. aufwändigen Sicherungs- und Schutzmaßnahmen

---

<sup>1</sup> OLG Düsseldorf, B. v. 21.03.2012 – Az.: VII-Verg 92/11; B. v. 11.01.2012 – Az.: VII-Verg 52/11.

<sup>2</sup> OLG Düsseldorf, B. v. 11.07.2007 – Az.: VII - Verg 10/07; VK Rheinland-Pfalz, B. v. 16.08.2013 - Az.: VK 1 - 13/13.

<sup>3</sup> Vgl. z.B. Vergabekammer Detmold, B. v. 08.03.2000 – Az.: VK 11-3/00, Vergaberechts-Report 05/2000.

einheitlich einem Unternehmer übertragen. Derartige Zwänge sind z.B. im Eisenbahnkreuzungs-, Brücken- oder Deponiebau denkbar.

Beispiel:

- Sind die Steuerung von Verfahrenanlage und Hangartor in einer einzigen Spezialentwicklung miteinander verknüpft, um die Bewegungsabläufe der beiden Elemente zur Herstellung größtmöglicher Sicherheit direkt miteinander zu verbinden, kann trotz Vorliegens zweier Märkte von einer Losbildung abgesehen werden.<sup>1</sup>

### 3.1.4 Technische Gründe, insbesondere einheitliche Mängelhaftung

Bauleistungen, die sich hinsichtlich der Haftung der Auftragnehmer für Mängelansprüche nicht eindeutig von den Bauleistungen anderer Unternehmer abgrenzen lassen, können zusammengefasst vergeben werden (z.B. Brückenlager, Fahrbahnübergänge, Erd-/Oberbauarbeiten). Beim Bau von Erschließungsanlagen ist es grundsätzlich vertretbar, wenn alle Fachlose (Kanal, Wasser, Straße) von Anfang an zusammengefasst ausgeschrieben und an einen Unternehmer vergeben werden, weil bei getrennter Vergabe und bei späteren Baumängeln beim Auftraggeber Beweislastprobleme auftreten können (z.B. bei Setzungen oder Verformungen im Straßenbereich).

Die Rechtsprechung hat die zusammengefasste Vergabe einzelner Fachlose in folgenden Beispielfällen für zulässig erachtet (in Klammern die Rechtfertigungsgründe in Stichworten):

- **Estrichverlege- und Estrichschleifarbeiten**

(Die Abnahme des Werks macht vorliegend erst nach Durchführung der Schleifarbeiten Sinn, weil die Antragsgegnerin im Falle einer Schlechtleistung vor dem Problem stünde, den Verursacher möglicher Mängel zu ermitteln und in Anspruch zu nehmen. Die Probleme bei der Verursacherermittlung und Geltendmachung von Gewährleistungsansprüchen gingen deutlich über den mit einer Losaufteilung generell vorhandenen Mehraufwand hinaus, den der Gesetzgeber zur Wahrung der mittelständischen Interessen bei der Schaffung des Regel-/ Ausnahmeprinzips in § 97 Abs. 3 GWB zur Losaufteilung als zumutbar in Kauf genommen hat. Auch die Vergabekammer erkennt, dass der mit einer Fachlosvergabe allgemein verbundene Ausschreibungs-, Prüfungs- und Koordinierungsmehraufwand sowie eben auch ein höherer Aufwand bei Gewährleistungen eine Gesamtvergabe für sich allein nicht schon grundsätzlich rechtfertigen, solange es sich dabei um ein der Fachlosvergabe immanenten und typischerweise verbundenen Mehraufwand handelt, der nach dem Zweck des Gesetzes grundsätzlich in Kauf zu nehmen sei.)<sup>2</sup>

<sup>1</sup> VK Bund, B. v. 07.12.2015 – Az.: VK 2-105/15.

<sup>2</sup> VK Niedersachsen, B. v. 08.08.2014 – Az.: VgK-22/2014.

- **Brandmelde und Rauchwärmeabzugsanlagen**

(Da in den meisten Fällen die Rauch-Wärme-Abzugsanlagen auf eine Brandmeldeanlage aufgeschaltet seien, bestehe bei einer Einzelvergabe das nicht unerhebliche Risiko, dass bei einer Fehlfunktion die beteiligten Wartungsunternehmen unter Hinweis auf die Wartungsleistungen des jeweils anderen, an der Wartung beteiligten Unternehmens, die Verantwortlichkeit für den Defekt bestreiten. Die effektive Durchsetzung von Gewährleistungsansprüchen wäre damit auch im Verhältnis zu dem bei Einzelvergaben typischerweise erhöhten Aufwand bei Gewährleistungen, der für sich allein eine Gesamtvergabe nicht rechtfertigen kann, maßgeblich erschwert.)<sup>1</sup>

- **Straßenbauarbeiten inklusive Errichtung einer Lärmschutzwand**

(Die Baumaßnahme führt zu Bauabläufen, die stark ineinander verzahnt sind. So müssen die Lärmschutzwände teilweise vollständig bzw. mindestens bis zu den Sockelelementen fertig gestellt sein, um dahinter liegende Mischverkehrsflächen und Radwege herstellen zu können. Die zusammengefasste Vergabe von Straßenbau- und Lärmschutzwandarbeiten hat den Vorteil, dass Provisorien zur Grundstückseinfriedung nicht erforderlich werden. Außerdem ist zu bedenken, dass bei der Herauslösung der Lärmschutzwände aus der Gesamtvergabe eine detailgenaue Terminplanung unmöglich würde.)<sup>2</sup>

### 3.1.5 Wirtschaftlichkeitsnachweis (Parallelausschreibung)

Generalunternehmervergaben sind zulässig, wenn im Einzelfall im Wege einer sog. Parallelausschreibung der Nachweis erbracht wird, dass die zusammengefasste Vergabe der einzelnen Lose wirtschaftlicher ist als die losweise Vergabe.<sup>3</sup> Bei diesem Verfahren werden sämtliche Fachlose mit jeweils unterschiedlichen Eröffnungsterminen ausgeschrieben und parallel dazu auch Generalunternehmerangebote mit gesondertem Eröffnungstermin zugelassen.<sup>4</sup>

Dadurch wird ein direkter Preisvergleich zwischen der Summe der Einzelgewerke (Kombination der wirtschaftlichsten Einzelangebote) und den Generalunternehmerangeboten ermöglicht, was dem nach § 5 Abs. 2 VOB/A bzw. § 5 EU Abs. 2 Nr. 1 VOB/A geforderten Wirtschaftlichkeitsnachweis entspricht.

---

<sup>1</sup> OLG Düsseldorf, B. v. 08.09.2011 – Az.: VII-Verg 48/11.

<sup>2</sup> 1. VK Sachsen, B. v. 10.02.2012 – Az.: 1/SVK/050-11.

<sup>3</sup> OLG Bremen, B. v. 22.10.2001, IBR 2002, 23; KG Berlin, B. v. 22.08.2001, IBR 2002, 92.

<sup>4</sup> Die vergaberechtliche Zulässigkeit solcher Ausschreibungen ist von der Rechtsprechung bejaht worden (OLG Bremen, a.a.O.; BayObLG, B. v. 21.12.2000 – Az.: Verg 13/00, VergabeR 2001, 131). Aus Gründen der Transparenz muss der Auftraggeber allerdings, für die Bewerber und Bieter klar ersichtlich, zum Ausdruck bringen, dass eine parallele Einholung von Einzel- und Generalunternehmerangeboten zum Zwecke des Wirtschaftlichkeitsvergleichs stattfindet und dass die wirtschaftlichere Variante beauftragt werden soll.

## 4. Funktionalausschreibung (Leistungsbeschreibung mit Leistungsprogramm)

### 4.1 In welchen Fällen darf die zu vergebende Leistung mit Leistungsprogramm beschrieben werden?

Funktionalausschreibungen (§ 7c VOB/A) sind Ausschreibungen, in denen die Leistung mittels Leistungsprogramm beschrieben wird. Es wird zwischen vollfunktionalen und teilfunktionalen Ausschreibungen unterschieden.

Bei vollfunktionalen Ausschreibungen werden nicht nur die Bauleistung als solche, sondern auch der Entwurf (also die Entwurfsplanung i.S. d. Leistungsphase 3 der HOAI) dem Wettbewerb unterstellt. Teilfunktionale Ausschreibungen basieren hingegen auf einer vom Auftraggeber erstellten Entwurfsplanung. Sie sehen jedoch vor, dass der Auftragnehmer, zumindest für Teile der Leistung, auch die Ausführungsplanung (Leistungsphase 5 der HOAI) erstellt.

§ 7c VOB/A bezieht sich ausschließlich auf vollfunktionale Ausschreibungen. Solche Ausschreibungen haben einschneidende Konsequenzen. Sie führen zur zusammengefassten Vergabe aller Teilleistungen, also zu einer Generalunternehmervergabe. Da sämtliche Bieter Planungsleistungen erbringen müssen, hat der Auftraggeber für die Ausarbeitung der Angebote eine angemessene Entschädigung festzusetzen (vgl. § 8b Abs. 2 Nr. 1 Satz 2 VOB/A). Diese steht jedem Bieter zu, der einen Entwurf erarbeitet hat. Aufgrund des hohen Aufwands, den eine Funktionalausschreibung für die Bieter mit sich bringt, kommt die Öffentliche Ausschreibung (das Offene Verfahren) normalerweise nicht in Betracht. Bei Leistungsbeschreibung mit Leistungsprogramm kann daher eine Beschränkte Ausschreibung nach Öffentlichem Teilnahmewettbewerb (nicht offenes Verfahren) oder u.U. auch eine Freihändige Vergabe (Verhandlungsverfahren mit öffentlicher Auftragsbekanntmachung) durchgeführt werden (vgl. z.B. § 3a Abs. 4 VOB/A). Damit geht jedoch eine Einschränkung des Wettbewerbs einher.

Wegen dieser Konsequenzen sieht § 7c VOB/A vor, dass besondere technische, wirtschaftliche, gestalterische und funktionale Gründe für eine Leistungsbeschreibung mit Leistungsprogramm vorliegen müssen. Dabei handelt es sich um eine kumulative Aufzählung. Es reicht also nicht aus, wenn der Auftraggeber z.B. nur auf gestalterische Gründe abstellt.<sup>1</sup>

Hinsichtlich der Frage, ob Rechtfertigungsgründe für ein Leistungsprogramm vorliegen, hat der Auftraggeber einen gewissen Ermessensspielraum. Allerdings muss der Auftraggeber darlegen, dass es **gerechtfertigt ist, ein entsprechendes Know-How von den Bietern abzufragen**, das er auch bei Einsatz eigener Planer nicht hat oder nachvollziehbar nicht zu haben glaubt. Die **Anforderung des bieterseitigen Know-Hows muss also nicht nur bequem oder scheinbar kostengünstig** sein, die Anforderung muss **erforderlich** sein, der Auftraggeber

---

<sup>1</sup> Althaus / Heindl, Der öffentliche Bauauftrag, 2. Auflage, Teil 1, Rdn. 94.

muss sein Informationsinteresse mit eigenen Mitteln (d.h. mit eigenen Planern) nicht oder nur substantiell schlechter befriedigen können.<sup>1</sup>

In der Literatur werden v.a. zwei Fallgruppen genannt, bei denen eine Funktionalausschreibung in Betracht kommt, Systembauten und technisch komplexe Anlagen.

- **Systembauten**

Hier kann eine Leistungsbeschreibung mit Leistungsprogramm zweckmäßig sein, wenn sie wegen der fertigungsgerechten Planung in Fällen notwendig ist, in denen es beispielsweise bei Fertigteilmbauten wegen der Verschiedenartigkeit von Systemen den Bietern freigestellt sein muss, die Gesamtleistung so anzubieten, wie es ihrem System entspricht.<sup>2</sup>

(Beispiele können sein: Abwasserbehandlungsanlagen, Kindergärten, Reihenhäuser, Sporthallen, Lagerhallen, Parkgaragen.)

- **Technisch komplexe Anlagen**

Diese Fallgruppe kann vorliegen, wenn mehrere technische Lösungen möglich sind, die nicht im Einzelnen in einem Leistungsverzeichnis neutral beschrieben werden können, und der Auftraggeber seine Entscheidung unter dem Gesichtspunkt der Wirtschaftlichkeit und Funktionsgerechtigkeit erst aufgrund der Angebote treffen will.

(Beispiele: Heizkraftwerke, Abfallentsorgungsanlagen, Müllverbrennungsanlagen, Schwimmbäder, Kunsteisbahnen, Gepäckförderanlagen, Fußballstadien.)

Übliche öffentliche Individualbauten, wie Schulen oder Rathäuser, gehören nicht hierzu, auch wenn sie mit moderner Technik (z.B. Haus-Bus-Systeme) oder im Passivhausstandard errichtet werden.<sup>3</sup>

---

<sup>1</sup> Kapellmann/Messerschmidt, VOB-Kommentar, Teil A/B, 5. Auflage 2015, Rdn. 82.

<sup>2</sup> DVA-Papier Fach und Teillose (NZ Bau 2000, 555), VHB Richtlinie 100.

<sup>3</sup> Vgl. z.B. VK Nordrhein-Westfalen, B. v. 08.03.2000, IBR 2001, 80.

## 5. Vergabedokumentation

Wie bereits erwähnt, muss der Auftraggeber die Gründe für eine zusammengefasste Vergabe einzelner Lose im Vergabevermerk (§ 20 Abs. 1 VOB/A) ausführlich darlegen. Dies gilt für nationale und europaweite Vergabeverfahren gleichermaßen, wobei in dem die europaweite Vergabe betreffenden § 5 EU Abs. 2 Nr. 2 VOB/A ausdrücklich auf die Dokumentationspflicht hingewiesen wird.<sup>1</sup>

Dazu folgendes Beispiel:<sup>2</sup>

### **Ausgangssituation:**

Es soll ein komplexes Gesamtbauwerk errichtet werden, welches eine Straße und eine Lärmschutzanlage umfasst. Die Lärmschutzanlage soll aus Lärmschutzwällen (aus bewehrter Erde), Lärmschutzwänden und Stützwänden bestehen. Der Auftraggeber beabsichtigt, die Gesamtleistung an einen Generalunternehmer zu übertragen. Er begründet dies im Vergabevermerk - korrekt - wie folgt:

- **Begründung der gemeinsamen Vergabe der Leistungen für die Straße und die Lärmschutzanlage**

Beim Straßenbau entstehe ein Massenüberschuss, der für die Lärmschutzwälle benötigt werde. Dieser müsse sofort in die Lärmschutzwälle wieder eingebaut werden (beengte Platzverhältnisse und fehlende Zwischenlagerflächen).

Bei vertraglicher Trennung der Arbeiten für den Straßenbau und die Lärmschutzanlage würde es zu einer erheblichen Bauzeitverlängerung kommen. Überschussmassen aus dem Straßenbau könnten nicht direkt in den Lärmschutzwall eingebaut werden, sondern müssten außerhalb des Baufeldes zwischengelagert werden.

Erst nach Abschluss der Straßenbauarbeiten könnten die erforderlichen Massen über das öffentliche Verkehrsnetz wieder herangefahren und eingebaut werden.

Folge: Die Gesamtbauzeit würde sich um ca. ein Jahr verlängern. Während dieser Zeit entstünden weitere Belastungen für die Anwohner durch Bauarbeiten und fehlenden Lärmschutz. Außerdem entstünden zusätzliche Kosten durch das längere Vorhalten der Verkehrssicherung.

---

<sup>1</sup> Nach § 5 EU Abs. 2 Nr. 2 VOB/A begründet der öffentliche Auftraggeber die Abweichung vom Gebot der Losaufteilung im Vergabevermerk.

<sup>2</sup> In Anlehnung an VK Sachsen, B. v. 25.09.2009, IBR 2010, 163.



- **Begründung der gemeinsamen Vergabe der Leistungen für die Lärmschutzanlage**

Die Lärmschutzanlage bestehe aus einem Lärmschutzwand, auf dem Lärmschutzwände errichtet würden (mittels Tiefgründung der Pfosten der Wandelemente im Lärmschutzwand).

Bereits der Lärmschutzwand stelle ein kompliziertes Bauwerk dar. Er bestehe aus geotextilbewehrter Erde, habe eine große Höhe (bei steilen Wänden) und eine nur geringe Aufstandsfläche. Ferner besitze er eine nur geringe Kronenbreite (von teilweise nur zwei Metern).

Würden Lärmschutzwand und Lärmschutzwand von verschiedenen Auftragnehmern erstellt, hätte dies zur Konsequenz, dass eine klare Abgrenzung der Mängelhaftung (Lärmschutzwand und Lärmschutzwand) nicht mehr möglich wäre (die Mängelhaftung für den Lärmschutzwand würde ggf. sogar erlöschen). Außerdem käme es zu ständigen gegenseitigen Behinderungen durch Baumaschinen, Kräne etc.

## 6. Angebotswertung und Sonstiges

### 6.1 Wie ist die Angebotswertung bei losweiser Vergabe vorzunehmen?

Der Auftraggeber muss für jedes Los Zuschlagskriterien benennen, es sei denn, er will lediglich auf den Preis abstellen.

Wertungskriterien können pro Los verschieden sein. Sie müssen aber vorab (also in der Auftragsbekanntmachung oder in den Vergabeunterlagen) publik gemacht werden.<sup>1</sup>

Der Auftraggeber muss die Wertung losweise vornehmen. Er muss also die Kombination der wirtschaftlichsten Lose ermitteln. Ein nachträglicher Verzicht auf die losweise Vergabe (etwa mit dem Argument, eine zusammengefasste Vergabe sei erforderlich, um evtl. Mängelansprüche durchsetzen zu können) ist dann nicht mehr möglich.

### 6.2 Wie verhält es sich, wenn für den Fall einer zusammengefassten Vergabe von Losen ein Nachlass angeboten wird?

Wenn mit den Vordrucken des Kommunalen Vergabehandbuchs ausgeschrieben wird gilt: Nach Nr. 2.6 der Teilnahmebedingungen - KEV 112.1 (B) TB - werden nur Preisnachlässe gewertet, die ohne Bedingungen als Vomhundertsatz auf die Abrechnungssumme gewährt werden. Danach kann ein Nachlass, der unter der Bedingung, dass mehrere Lose gleichzeitig einem Bieter beauftragt werden, nicht gewertet werden. Die Teilnahmebedingungen des staatlichen Vergabehandbuchs (VHB 212) enthalten unter Nr. 3.7 Satz 3 eine gleichlautende Regelung.

---

<sup>1</sup> Dies gilt auch bei Unterschwellenwertvergaben, vgl. dazu BGH, Urt. v. 15.01.2013 (IBR 2013, 298).

### **6.3 Wie verhält es sich, wenn der Nachlass für den Fall der zusammengefassten Vergabe von Losen als „Nebenangebot“ offeriert wird?**

Diesen Fall hat das Oberlandesgericht Jena wie folgt entschieden:

Schließt der öffentliche Auftraggeber in den Ausschreibungsunterlagen die Wertung bedingter Preisnachlässe aus, so ist er daran gebunden. Daran ändert auch der Umstand nichts, dass der Bieter den Preisnachlass als Nebenangebot bezeichnet.<sup>1</sup>

Das Gericht vertrat die Auffassung, ein Preisnachlass, der für den Fall gewährt werde, dass verschiedene Lose zusammen vergeben würden, stelle kein Nebenangebot, auch kein kaufmännisches (also nichttechnisches) dar.

Ein kaufmännisches Nebenangebot liege nur vor, wenn von den Ausschreibungsbedingungen, soweit sie sich auf den abzuschließenden Vertrag und dessen Ausführung beziehen, abgewichen werde. Dies sei z.B. der Fall, wenn die Bauzeit modifiziert oder ein Pauschalpreisvertrag (statt einem Einheitspreisvertrag) angeboten werde. Ein Preisnachlass, der für den Fall der zusammengefassten Vergabe einzelner Lose eingeräumt werde, stelle begrifflich jedoch kein kaufmännisches Nebenangebot dar (und natürlich auch kein technisches Nebenangebot). Der Preisnachlass beziehe sich auf die Angebotsgestaltung und stelle quasi eine Modifikation des vom Bieter angebotenen Preises, nicht aber eine Änderung der auf die Vertragsinhalte bezogenen Ausschreibungsbedingungen (wie Bauzeit usw.) dar. Er wirke gewissermaßen im Vorfeld des Vertragsschlusses, so als habe der Bieter unterschiedliche Preise angeboten.

Da der Preisnachlass für den Fall der zusammengefassten Vergabe einzelner Lose kein kaufmännisches (und auch kein technisches) Nebenangebot darstelle, greife die Regelung der Bewerbungsbedingungen, wonach Preisnachlässe nicht gewertet werden, wenn sie mit Bedingungen versehen angeboten werden. Dies gelte auch dann, wenn der Bieter diesen Preisnachlass als Nebenangebot deklariere.

### **6.4 Ist die Aufhebung einzelner Lose möglich?**

§ 17 VOB/A lässt auch eine Aufhebung einzelner Lose zu. Voraussetzung hierfür ist jedoch, dass der Auftraggeber die Leistungsbeschreibung in Lose aufgeteilt und sich die losweise Vergabe vorbehalten hat. Eine losweise Aufhebung kommt z.B. in Betracht, wenn die Vergabeunterlagen für ein Los wesentlich geändert werden müssen oder für ein Los keine annehmbaren Angebote eingegangen sind. Soll ein Los aufgehoben werden, weil insoweit nur überbiete Angebote eingegangen sind, setzt dies allerdings voraus, dass das Gesamtbudget (bei Gesamtschau aller Lose) durch das überbiete Los überschritten wird.

---

<sup>1</sup> OLG Jena, B. v. 21.09.2009, IBR 2009, 728.

Dabei ist zu bedenken, dass ein Aufhebungsgrund i.S.v. § 17 VOB/A nur vorliegt, wenn dieser erst nach Beginn der Ausschreibung entstanden ist oder dem Auftraggeber vorher zumindest nicht bekannt sein konnte. Muss also aufgehoben werden, weil der Auftraggeber eine unzutreffende Kostenprognose erstellt und daher nicht genügend Haushaltsmittel eingestellt hat, liegt kein Aufhebungsgrund i.S.v. § 17 VOB/A vor, da diese Situation vermeidbar gewesen wäre.

Eine Aufhebung kleinerer Einheiten, z.B. einzelner Positionen, ist nicht möglich.

### **6.5 Werden Zuschussmittel gefährdet, wenn gegen das Gebot der Losaufteilung verstoßen wird?**

Diese Frage ist eindeutig mit „Ja“ zu beantworten. Das Verwaltungsgericht Gelsenkirchen hat die unzulässige Beauftragung eines Generalunternehmers als Rechtsgrund für die Rückforderung von Zuschussmitteln gerechtfertigt.<sup>1</sup>

Im Entscheidungsfall wurden Bauleistungen für die Errichtung eines Altenpflegeheims nach Durchführung eines europaweiten Nichtoffenen Verfahrens an einen Generalunternehmer vergeben. Das Verwaltungsgericht stellte fest, dass der Auftraggeber weder die Unwirtschaftlichkeit einer losweisen Vergabe noch eine technisch zwingende Erforderlichkeit der Vergabe an einen Generalunternehmer beweisen könne. Außerdem sei das hier durchgeführte Nichtoffene Verfahren unzulässig gewesen, weil der Auftraggeber keinen der in der VOB/A benannten Ausnahmefälle habe substantiiert darlegen können.

---

<sup>1</sup> VG Gelsenkirchen, Urt. v. 04.04.2011, IBR 2011, 545.