



**Aktuelle Probleme des Bauvergaberechts
Osnabrücker Bauvergabetag 2013**

**Veranstaltung des forum vergabe e.V.
in Zusammenarbeit mit der Hochschule Osnabrück
am 24.04.2013 in Osnabrück**

Thesen

erstellt und verantwortet vom forum vergabe e.V.

**1. Anwendung von VOL/A oder VOB/A – am Beispiel von
Baumpflegearbeiten**

Rechtsanwalt Ralf Kemper, KNH Rechtsanwälte Berlin

- Die Abgrenzung des Anwendungsbereiches von VOL/A und VOB/A ist bei vielen Leistungen nicht eindeutig, insbesondere angesichts der Rechtsprechung des OLG Brandenburg v. 29.03.2012 (Verg W 2/12), wonach eine Bauleistung ist, was ein Bauwerk funktionsfähig macht.
- Dargestellt und diskutiert wird dies u.a. an den Beispielen der Lieferung von White-Boards für ein neu errichtetes Lehrsaalgebäude und der Wartungsarbeiten an Straßenlaternen mit und ohne Austausch von Bauteilen.
- Die Unterschiede zwischen VOL/A und VOB/A sind erheblich und teils nicht rechtssicher zu umschiffen. So ist etwa bei der Schwellenwertermittlung eine Festlegung unumgänglich.
- Bei Baumpflegearbeiten kann die Abgrenzung wohl von der Schwere des Substanzeingriffes abhängig gemacht werden. Zu unterscheiden ist zwischen Instandhaltungsmaßnahmen und Unterhaltungsleistungen.

**2. Rückforderung von Fördermitteln – Vorbeugung, Folgen von
Vergabeverstößen, Rechtsschutz**

Rechtsanwalt Dr. Florian Hartmann, Kapellmann und Partner Rechtsanwälte, Düsseldorf

- Bei der Entscheidung über die Rückforderung einer Zuwendung muss die Behörde zum einen den objektiven Verstoß gegen eine Auflage prüfen, zum anderen muss sie ein Widerrufsermessen ordnungsgemäß ausüben.
- Beim Widerruf ist die Frist des § 48 Abs. 4 VwfG zu beachten. Diese beginnt, wenn der zuständigen Behörde alle entscheidungsrelevanten

Tatsachen bekannt sind. Daher führt eine „scheibchenweise“ Aufklärung durch den Betroffenen nicht dazu, dass die Frist anläuft.

- Im Rahmen der Ermessensausübung ist auch die Schwere des Verstoßes zu beachten. Ein schwerer Verstoß liegt jedenfalls immer dann vor, wenn gegen Grundsätze des Vergaberechts verstoßen wurde (Gleichbehandlung, Transparenz und Wettbewerb). Die Rechtsprechung argumentiert insoweit eher formal.
- Zur Vorbeugung von Rückforderungen ist insbesondere auf die Dokumentation des Vergabeverfahrens zu achten. Intensive rechtliche Begleitung und ggf. Kontaktaufnahme zum Fördermittelgeber können Rückforderungsrisiken verringern.

3. Nachforderung von Unterlagen

Stefan Rubel, Richter am Oberlandesgericht Düsseldorf

- Auslegung geht der Lückenregelung des § 16 EG Abs. 1 Nr. 1 c) VOB/A vor.
- Eine unzutreffende Preisangabe ist kein Fall einer fehlenden Preisangabe.
- Ein Nachfordern von vorliegenden, aber inhaltlich nicht den Anforderungen entsprechenden Erklärungen ist unzulässig und stellt einen Verstoß gegen das Nachverhandlungsverbot dar. Die Norm erfasst nur formale und Unterschriftsmängel.
- Offen und nur durch eine Divergenzvorlage ist zu klären, ob auch auf gesondertes Verlangen des Auftraggebers nicht eingereichte Erklärungen/Nachweise nachgefordert werden dürfen.
- Bei Nachunternehmer-Erklärungen ist zu prüfen, ob diese in Anwendung der Rechtsprechung des BGH (v. 03.04.2012, X ZR 130/10) zulässigerweise gefordert wurden.
- Es gibt erhebliche Bedenken dagegen, dass der Auftraggeber bei der VOL/A bereits vorab eine Ermessensentscheidung über die Nachforderung trifft.
- Bei der VOF hat der Auftraggeber zwingend fehlende Unterlagen und Preise nachzufordern (OLG Düsseldorf v. 07.11.2012, VII-Verg 12/12).
- Bei der Vorlage von „Kümmerreferenzen“ darf der Auftraggeber nicht die Prüfung auf eine bestimmte Anzahl von Referenzen beschränken, sondern muss weitere eingereichte Referenzen prüfen, mit denen die „Kümmerreferenz“ aufgefüllt werden kann (OLG Düsseldorf v. 12.09.2012, VII-Verg 108/11).

4. Anforderungen an die Leistungsbeschreibung

Rechtsanwalt Malte Müller-Wrede, Müller-Wrede & Partner Rechtsanwälte,
Berlin

- Nachhaltige Beschaffung hat mehrere Dimensionen, neben ökologischen und der ökonomischen Seite sind auch soziale und kulturelle Aspekte umfaßt.
- Der europäische und deutsche Rechtsrahmen für nachhaltige Beschaffung ist gefestigt und gibt eine Vielzahl von Gestaltungsmöglichkeiten.
- Technische Spezifikationen setzen immer einen funktionalen Zusammenhang mit dem Leistungsgegenstand voraus.
- Umweltgütezeichen begründen nur die Vermutung, dass die technischen Spezifikationen erfüllt sind.
- Wahl- und Alternativpositionen sind nur ausnahmsweise unter engen Voraussetzungen zulässig. Der Auftraggeber muss durch die Gestaltung der Ausschreibungsunterlagen die Transparenz des Vergabeverfahrens wahren und einer Manipulation der Vergabe-Entscheidung vorbeugen.
- Ein sehr weit verstandenes Leistungsbestimmungsrecht des Auftraggebers steht in einem Spannungsverhältnis zum Wettbewerbsgrundsatz, weil der Auftraggeber durch gezielte Vorgaben den Bieterkreis stark einengen kann.

5. Podiumsdiskussion: Verhindert das Vergaberecht eine wirtschaftliche Durchführung von Bauprojekten?

Moderation: Prof. Dipl.-Ing. Martin Thieme-Hack, Hochschule Osnabrück
Teilnehmer:

- Rechtsanwalt Dr. jur. Harald Freise, Stellv. Hauptgeschäftsführer Bauindustrieverband Niedersachsen-Bremen e. V., Hannover
- Rechtsanwalt Ralf Kemper, KNH Rechtsanwälte, Berlin
- Rechtsanwalt Malte Müller-Wrede, Müller-Wrede & Partner Rechtsanwälte, Berlin
- Bernd Düsterdiek, Referatsleiter Städtebaurecht und Stadtentwicklung, Deutscher Städte- und Gemeindebund e.V.

Die Diskussionsteilnehmer stimmten überein, dass allein das Vergaberecht nicht die wirtschaftliche Durchführung von Bauprojekten verhindert. Kritisch gesehen werden jedoch das zu geringe Ausnutzen von Spielräumen. Herr Dr. Freise verwies insbesondere auf die oft nicht ordnungsgemäß durchgeführte Eignungsprüfung und allein am Preis ausgerichtete Vergabeentscheidungen. Insbesondere bei nicht vollständig durchgeplanten Projekten würde die Möglichkeit von Partnering-Modellen

teils fehlen, teils nicht ausgenutzt. Herr Kemper sah vor allem Anwendungsprobleme des als zu komplex empfundenen Vergaberechts. Dies würde Unternehmen von der Beteiligung an Vergabeverfahren abschrecken. Dem stimmte Herr Thieme-Hack zu. Widerspruch kam von Herrn Müller-Wrede, der von Unternehmen forderte, auch mit komplexen Sachverhalten umgehen zu können. Allerdings werde ihr Know-How nur unzureichend abgefragt, die Zulassung von Nebenangeboten werde wegen der für zu kompliziert gehaltenen Wertung nicht ausreichend genutzt. Herr Düsterdiek widersprach der Feststellung, es gäbe vor allem einen Wettbewerb um den besten Preis. Insbesondere bei komplexen Vergabevorgängen sei dies nicht der Fall.

Insbesondere bei der Frage, ob das Vergaberecht zu unflexibel ist oder ob „nur“ die Spielräume nicht ausgenutzt werden – ob aus Unkenntnis oder wegen übertriebener Sorge vor Rechtsschutz – bestand keine Einigkeit. Von Bieterseite wurde eine teils am Rande der Rechtswidrigkeit liegende Rechtsanwendung bedauert.