



**Aktuelle Probleme des Bauvergaberechts  
Osnabrücker Bauvergabetag 2014**

**Veranstaltung des forum vergabe e.V.  
am 08.10.2014 in Osnabrück**

**Thesen**

**erstellt und verantwortet vom forum vergabe e.V.**

**1. Vergaberechtsreform**

Dr. Nils Plenge, Bundesministerium für Umwelt, Naturschutz, Bau und Reaktorsicherheit, Berlin

- Die neuen EU-Vergaberichtlinien setzen in weitem Umfang die bisherigen Regelungen und Rechtsprechung fort. Dabei stehen die verfolgten Ziele der Neuregelungen teilweise im Konflikt miteinander.
- Der Gesetzgeber strebt an, bis Frühjahr 2016 die EU-Vergaberichtlinien in deutsches Recht umzusetzen. Wie dies genau erfolgen wird, insbesondere in welcher Struktur, ist zum Zeitpunkt des Vortrages nicht abzusehen.
- Unberührt von den Neuregelungen bleiben die Vergaben in den Bereichen Verteidigung und Sicherheit und die Rechtsmittelvorschriften.
- Bei den Verfahren haben sich keine grundsätzlichen Neuerungen ergeben. Lediglich die Innovationspartnerschaft ist als neues Verfahren hinzugekommen. Zu prüfen ist, ob der Vorrang des offenen Verfahrens im deutschen Recht beibehalten werden kann.
- Die elektronische Auftragsvergabe ist gegenüber dem derzeitigen in Deutschland geltenden Rechtszustand deutlich gestärkt. Dies stellt die Auftraggeber vor erheblichen Anforderungen bei der Umsetzung.
- Die Einheitliche Europäische Eigenerklärung und ihr Verhältnis zu den Regelungen etwa in den Präqualifikations-Verfahren ist noch zu klären.
- Insbesondere bei den Zuschlagskriterien macht sich bemerkbar, dass die Richtlinien die Berücksichtigung strategischer Ziele stärken wollen. Auch weiterhin wird jedoch der Zuschlag auf das Angebot mit dem niedrigsten Preis möglich bleiben.
- Erstmals geregelt sind Änderungen während der Laufzeit des Vertrages.

## 2. Eignung und Zuschlagsentscheidung

Steffen Hantschick, Deutsche Bahn AG, Berlin

- Die Rechtsprechung des OLG Düsseldorf, dass Auftraggeber ihr Ermessen hinsichtlich einer Nachforderung erst nach Eingang der Angebote ausüben können, ist kritisch zu sehen. Sie widerspricht dem Wortlaut von § 19 Abs. 3 SektVO und erhöht die Angreifbarkeit der Verfahren.
- Die Zunahme von Kartellen bzw. ihrer Aufdeckung macht deutlich, dass ein praxisgerechter Umgang hiermit gefunden werden muss. Die Schadenswiedergutmachung muss substantielle Voraussetzung der Selbstreinigung sein, zumindest muss eine aktive und ernsthafte Schadensaufklärung als Basis für die Wiedergutmachung von Schäden stattfinden.
- Bei unzuverlässigen Bietern in Konzernkonstellationen ist eine Prüfung, die sich allein auf formale Rechtsträger bezieht, als zu eng anzusehen. Auch wertende Faktoren müssten berücksichtigt werden dürfen.
- Die Forderung, Nebenangebote dürften bei alleiniger Wertung des Preises nicht zugelassen werden, engt den Gestaltung- und Bestimmungsspielraum des Auftraggebers ein. Solche Vorgaben erreichen die Grenzen der praktischen Umsetzbarkeit.

## 3. Tariftreue aus Unternehmenssicht

Uwe Keller-Tersch, Keller Tersch GmbH, Wolfsburg

- Der neu eingeführte gesetzliche Mindestlohn nach dem Mindestlohngesetz stellt hinsichtlich der gewerblichen Arbeitnehmer derzeit in der Regel kein Problem für Bauunternehmen dar, weil bereits die Tarifverträge höhere Löhne vorsehen.
- Gruppen, bei denen eine intensive Prüfung aber geboten sein kann, sind Angestellte, Mitarbeiter mit Minijobs und Teilzeitbeschäftigte.
- Außerdem können Konflikte auftreten, wenn während der Laufzeit eines Tarifvertrages ein gesetzlicher Mindestlohn festgelegt wird, der den früher vereinbarten Tariflohn überschreitet.
- Speziell für den Bereich Garten-Landschaftsbau stellen sich bei den vergabespezifischen Mindestlöhnen eine Reihe von Fragen. So muss geklärt werden, welche Regelung der Vergabegesetze für diese Betriebe anwendbar ist. Auch gibt es Unterschiede zwischen den im allgemeinen Baubereich geltenden Löhnen und denen, die im Garten-Landschaftsbau zu zahlen sind. In einzelnen Bundesländern sind bereits jetzt die vergabespezifischen Mindestlöhne höher als die Tariflöhne.

- Die Durchsetzung der gesetzlichen Verpflichtungen gegenüber Nachunternehmern ist in der Praxis als schwierig anzusehen. Unternehmen haben weder die tatsächlichen Fähigkeiten noch die Kenntnisse, die Einhaltung solcher Verpflichtungen durch ihre Nachunternehmer zu prüfen. Hinzu kommen datenschutzrechtliche Probleme.

#### 4. Innovation vs. Amtsvorschlag

Rechtsanwältin Dr. Susanne Mertens, Baker & McKenzie, Berlin

- Die Forderung, Mindestanforderungen an Nebenangebote zu definieren, führt bei zu konkreten Vorgaben zu einer Verringerung der Zahl an interessanten Nebenangeboten. Daher sollten nur zwingend erforderliche Mindestanforderungen formuliert werden.
- Bei der Festlegung von nicht preisbezogener Zuschlagskriterien ist darauf zu achten, dass diese tatsächlich unterscheidungsfähig und nicht lediglich formaler Natur sind.
- Trotz Wegfall der Gleichwertigkeitsprüfung hat der BGH grundsätzlich weiterhin das Bedürfnis für einen Qualitätsvergleich von Hauptangebot und Nebenangebot bestätigt. Dieser ist transparent durchzuführen. Eine Leitlinie bieten § 16 EG Abs. 6 Nr. 3, § 16 Abs. 6 Nr. 3 VOB/A.
- Das Einreichen alternativer Hauptangebote bietet aus Sicht eines Bieters den Vorteil, seine Zuschlagschancen zu erhöhen, wenn Nebenangebote nicht zugelassen sind oder unsicher ist, ob ein bestimmtes angebotenes Fabrikat tatsächlich gleichwertig ist.
- Der Auftraggeber hat den durch alternative Hauptangebote entstehenden Mehraufwand im Zweifel hinzunehmen; die Situation ist vergleichbar mit der Teilnahme einer größeren Anzahl von Bietern.
- Voraussetzung für die Wertung alternativer Hauptangebot ist, dass sich diese inhaltlich voneinander unterscheiden. Ein lediglich preislicher Unterschied ist nicht ausreichend und führt zum Ausschluss.
- Ein Hauptangebot weicht von technischen Spezifikationen ab, wenn der Auftraggeber die Leistung anhand von allgemein formulierten, standardisierten technischen Vorgaben beschrieben hat und der Bieter diese Vorgaben mit seinem Angebot ausdrücklich nicht einhalten will. Der Bieter ist bei solchen Angeboten verantwortlich für den Nachweis der Gleichwertigkeit. Er muss in seinem Angebot eindeutig auf die Abweichung hinweisen.

## 5. Die Gestaltung der Leistungsbeschreibung

Roswitha Brackmann, Stellvertretende Vorsitzende Richterin am OLG  
Düsseldorf

- Die Erstellung der Leistungsbeschreibung ist eine Hauptaufgabe des Auftraggebers. Er hat dabei erhebliche Gestaltungsmöglichkeiten.
- Die funktionale Leistungsbeschreibung ist grundsätzlich zulässig und die Entscheidung hierfür steht im Ermessen des Auftraggebers.
- Die neuere Rechtsprechung des OLG Düsseldorf gibt dem Auftraggeber deutlich mehr Spielraum bei der Bestimmung des Beschaffungsgegenstandes. Diese Bestimmung ist der eigentlichen Ausschreibung vorgelagert. Sie wird lediglich darauf überprüft, ob sie sachlich gerechtfertigt ist und auf objektiven, auftragsbezogenen und nachvollziehbaren Gründen beruht und ob sie in unzulässiger Weise andere Unternehmen diskriminiert.
- Bieter haben die Möglichkeit, mehrere Hauptangebote einzureichen, wenn der Auftraggeber den Wettbewerb darum zugelassen hat oder hierzu aufgefordert hat. Anderenfalls drängen sie dem Auftraggeber nicht zugelassene Alternativangebote auf, die auszuschließen sind.
- Abweichungen von technischen Spezifikationen in Angeboten stellen keine Nebenangebote, sondern Hauptangebote dar.