

Vergabe Navigator

ÖFFENTLICHE AUFTRÄGE RECHTSSICHER VERGEBEN – FACHINFORMATIONEN FÜR DIE VERGABESTELLEN

HERAUSGEBER

Rechtsanwalt
Norbert Dippel

Ltd. städt. Rechtsdirektor a.D.
Martin Krämer

Rechtsanwalt
Prof. Dr. Ralf Leinemann

Rechtsanwalt
Dr. Rainer Noch

Beigeordneter a.D., DStGB
Norbert Portz

Leitender Rechtsdirektor
Dr. Kay-Uwe Rhein

Dipl.-Ing.
Ulrich Welter



■ *Dr. Rainer Noch*

Nach oben geschlossen

Auch Rahmenverträge haben Grenzen
– über die Relevanz der Höchstmenge

26

■ *Rechtsanwälte Oliver Hattig und Tobias Oest*

Völlig losgelöst?

Die Aufteilung in Lose vs.
Gesamtvergabe – „Evergreens“

5

■ *Dipl.-Ing. Ulrich Welter*

Bedenken sind erste Planer-Pflicht

Melden Planer keine Bedenken an,
kann das unerwartete Folgen haben

11

524

Reguvis

Kooperationspartner des
Bundesanzeiger Verlages

Völlig losgelöst?

Die Aufteilung in Lose vs. Gesamtvergabe – „Evergreens“



Rechtsanwalt Oliver Hattig, Hattig und Dr. Leupolt
Rechtsanwälte, Köln und Rechtsanwalt Tobias Oest, okl &
partner Rechtsanwälte PartG mbB, Köln

Das Vergaberecht verpflichtet öffentliche Auftraggeber, einen zur Vergabe anstehenden

Auftrag in kleinere Auftragsseinheiten, sogenannte Lose, aufzuteilen. Hierdurch sollen kleine und mittlere Unternehmen in die Lage versetzt werden, an der Vergabe öffentlicher Aufträge zu partizipieren. Die Interessenslage vieler Auftraggeber ist häufig eine andere. Sie erwarten verschiedene Vorteile, wenn der zu vergebende Auftrag aus einer Hand erbracht wird. Eine solche Gesamtvergabe will jedoch gut begründet und dokumentiert sein – Thema der neuen Folge unserer Serie „Evergreens des Vergabeverfahrens“.

Die Ausgangslage

§ 97 Abs. 4 Satz 1 und 2 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) bestimmt ausdrücklich, dass bei der Vergabe mittelständische Interessen vornehmlich durch Teilung der Aufträge in Fach- und Teillose angemessen zu berücksichtigen sind.

Aufträge sind daher grundsätzlich in der Menge aufgeteilt (Teillose) und getrennt nach Art oder Fachgebiet (Fachlose) zu vergeben, um – im Interesse des Mittelstandsschutzes – möglichst zahlreichen Unternehmen eine Teilnahme am Vergabeverfahren zu erlauben (OLG Düsseldorf, Beschluss v. 25.6.2014 – Verg 38/13).

Der Regelung liegt eine wettbewerbspolitische Entscheidung des Gesetzgebers zugunsten des Mittelstands zugrunde. Die Nachteile der mittelständischen Wirtschaft gerade bei der Vergabe großer Aufträge mit einem Volumen, das die Kapazitäten mittelständischer Unternehmen überfordern könnte, sind durch die Losbildung auszugleichen (BT-Drs. 16/10117 S. 15).

Durch die vorgeschriebene Losbildung soll mittelständischen Unternehmen die Möglichkeit eröffnet werden, sich mit Aussicht auf Erfolg an einem Vergabeverfahren beteiligen zu können (OLG Düsseldorf, Beschluss v. 21.3.2012 – Verg 52/11).

Über diese unmittelbar bieterschützende Zielrichtung hinaus dient das Gebot der

Losvergabe auch der Förderung und dem Schutz des Wettbewerbs. Eine Vergabe nach § 97 Abs. 1 GWB hat im Wettbewerb zu erfolgen; aus diesem Grunde ist auch zu berücksichtigen, ob der Loszuschnitt angesichts der konkreten Marktverhältnisse dazu führt, dass nur wenige oder gar nur ein Bieter Angebote einreichen (OLG Düsseldorf, Beschluss v. 21.3.2012 – Verg 52/11).

Rechtliche Vorgaben

Das Gebot der Losaufteilung, wonach Leistungen in der Menge aufgeteilt (Teillose) und getrennt nach Art oder Fachgebiet (Fachlose) zu vergeben sind, um so mittelständische Interessen vornehmlich zu berücksichtigen, ist als einer der „Grundsätze des Vergabeverfahrens“ in § 97 Abs. 4 GWB geregelt.

Mehrere Teil- oder Fachlose dürfen gemäß § 97 Abs. 4 S. 3 GWB nur dann zusammen vergeben werden, wenn wirtschaftliche oder technische Gründe dies erfordern. „Unbeschadet des § 97 Abs. 4 GWB“ enthält § 30 Abs. 1 der Vergabeverordnung (VgV) weitere Gestaltungsmöglichkeiten der Losvergabe; § 5 EU Abs. 2 Nr. 1 S. 1 bis 3 VOB/A enthält eine mit § 97 Abs. 4 S. 1 bis 3 GWB identische Regelung.

Unterhalb der Schwellenwerte statuiert § 22 Abs. 1 S. 1 der Unterschwellenvergabeordnung (UVgO) für die Vergabe von Liefer- und Dienstleistungen die identischen Vorgaben wie § 97 Abs. 4 GWB.

Bei der Vergabe von Bauleistungen ist der Spielraum des Auftraggebers indes etwas größer, weil in § 5 Abs. 2 VOB/A nicht vorausgesetzt wird, dass technische oder wirtschaftliche Gründe ein Abweichen von der Losvergabe erfordern. Nach der dortigen Formulierung „kann“ der Auftraggeber „aus wirtschaftlichen oder technischen Gründen auf eine Aufteilung oder Trennung“ verzichten.

Zu berücksichtigen ist auch, dass in einzelnen Bundesländern teilweise weitergehende Einschränkungen gelten. So ist etwa nach der Verwaltungsvorschrift Öffentliches Auftragswesen in Rheinland-Pfalz die Vergabe von Bauleistungen an General- und Totalübernehmer grundsätzlich nicht zulässig.

Regelfall: Losvergabe

Nach dem Wortlaut des § 97 Abs. 4 S. 2 GWB („sind“) gilt das Gebot der Losaufteilung ohne einen Ermessensspielraum des Auftraggebers. Er muss deshalb den zur Vergabe anstehenden Auftrag in Lose aufteilen – es sei denn, § 97 Abs. 4 Satz 3 GWB gestattet ausnahmsweise eine zusammengefasste Vergabe mehrerer oder aller Lose (BT-Drucks. 16/10117 S. 15; Ortner VergabeR 2011, 677, 680).

Von der gebotenen Aufteilung des Auftrags in Lose kann dabei nicht mit der Begründung abgesehen werden, dass den mittelständischen Interessen in anderer Weise als durch Losaufteilung, zum Beispiel durch die Einräumung der Möglichkeit zur Bildung von Bietergemeinschaften oder die Einbeziehung als Nachunternehmer, Rechnung getragen werde (Ziekow in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, 5. Auflage 2024, § 97 GWB Rn. 77 mit Verweis auf OLG Brandenburg NZBau 2009, 337, 340, für § 97 Abs. 3 a.F.)

Die Losaufteilung muss mittelständische Unternehmen vielmehr gerade in die Lage versetzen, sich eigenständig zu bewerben (OLG Düsseldorf VergabeR 2004, 511, 513; OLG Karlsruhe NZBau 2011, 567, 570; OLG Schleswig Beschluss v. 30.10.2012 – 1 Verg 5/12; VK Bund Beschluss v. 12.12.2014 – VK 2-101/14, juris Rn. 44.) Der Auftraggeber muss weitere Überlegungen zur Mittelstandsförderung daher zusätzlich zur Losaufteilung anstellen.

Losbildung

Der Losbildung vorgelagert ist indes die Bestimmung des Beschaffungsbedarfs, also der konkret zu beschaffenden Leistung. Bei der Festlegung, welche Leistung beschafft werden soll, steht dem öffentlichen Auftraggeber ein Beurteilungsspielraum zu (Leistungsbestim-

mungsrecht bzw. Beschafferautonomie). Erst wenn die zu beschaffende Leistung in ihrer konkreten Gestalt festgelegt ist, stellt sich die Frage, ob und wie diese Leistungen in Losen vergeben werden können oder vergeben werden müssen.

Im ersten Schritt ist zunächst zu prüfen, ob die auszuschreibende Leistung in ihrer konkreten Festlegung durch den Auftraggeber überhaupt losweise vergeben werden kann.

Für diese Feststellung ist insbesondere von Belang, ob sich für die spezielle Leistung ein eigener Anbietermarkt mit spezialisierten Fachunternehmen herausgebildet hat; hierbei sind die aktuellen Marktverhältnisse von wesentlicher Bedeutung (VK Nordbayern, Beschluss v. 23.3.2023 – RMF-SG21-3194-8-6 mit Verweis auf OLG Düsseldorf, Beschluss v. 11.1.2012 – Verg 52/11; OLG München, Beschluss v. 9.4.2015 – Verg 1/15; OLG Karlsruhe, Beschluss v. 29.4.2022 – 15 Verg 2/22).

Nur wenn die Leistung auch losweise vergeben werden kann, sind in einem zweiten Schritt die Loszuschnitte und Losgrößen festzulegen.

Maßstab der Aufteilung hinsichtlich der Anzahl und Größe der zu bildenden Lose ist vor allem die Frage, ob am Markt tätige mittelständische Unternehmen die durch die Losgrößen und den Loszuschnitt definierten Teilleistungen auch tatsächlich und ohne Nachunternehmerinsatz erbringen können (Ziekow in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, 5. Auflage 2024, § 97 GWB, Rn. 83). Dabei kann der Auftraggeber einen Beurteilungsspielraum nutzen. Erst wenn dieser überschritten ist, liegt ein Vergabeverstoß vor.

Der Auftraggeber ist nicht verpflichtet, Lose so zuzuschneiden, dass jedes einzelne am Markt tätige Unternehmen ein Angebot abgeben kann (OLG Düsseldorf, Beschluss v. 14.2.2011 – Verg 5/11). Er ist jedoch gehalten, die Losaufteilung sachgerecht vorzunehmen, also die Lose so zu bemessen, dass er einerseits den Marktgegebenheiten – auch im Sinne eines möglichst breiten Wettbewerbs (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss v. 30.9.2022 – Verg 40/21) – gerecht wird, andererseits aber sein Interesse an einer wirtschaftlichen Beschaffung zum Tragen kommt.

Ist der Markt so strukturiert, dass die von dem Einzellos erfasste Leistung von mittelständischen Unternehmen nicht allein erbracht werden kann, so ist der Beurteilungsspielraum des Auftraggebers über-

schritten. Gleiches gilt, wenn mittelständische Unternehmen typischerweise die einzelnen Bestandteile der Leistungen nicht zusammen erbringen, sondern der Markt tatsächlich fachlich segmentiert ist.

Hilfestellung für den Loszuschnitt bietet auch das auf der Webseite des Bundesministeriums für Wirtschaft und Klimaschutz (BMWK) bereitgestellte Onlineberechnungswerkzeug nebst Leitfaden: (<https://www.bmwi.de/Redaktion/DE/Artikel/Wirtschaft/vergabeverfahren.html>).

Rangverhältnis von Teillos- und Fachlosaufteilung?

Liegen angesichts der konkreten Marktsituation Anhaltspunkte dafür vor, dass mittelständische Interessen durch eine Fachlosbildung oder aber eine Teillosbildung berücksichtigt werden können, so stellt sich die Frage, ob es ein Rangverhältnis zwischen der Teillos- und der Fachlosaufteilung gibt.

Eine Aufteilung in **Teillosen** unterteilt den Auftrag quantitativ, also in Teilmengen (oder Teilabschnitte eines Bauvorhabens), die qualitativ gleichartig sind. Bei der Bildung von **Fachlosen** wird die zur Vergabe anstehende Leistung nach Art oder Fachgebiet, also qualitativ, aufgeteilt. Hierfür ist vor allem von Bedeutung, ob ein eigener Anbietermarkt für spezielle Arbeiten existiert.

Dem Wortlaut des § 97 Abs. 4 S. 2 GWB ist kein Rangverhältnis zwischen Teillos- und Fachlosbildung zu entnehmen. Aus tatsächlichen Gründen spricht jedoch viel dafür, dass die Fachlos- in deutlich höherem Maße als Teillosvergabe geeignet ist, eine größere Zahl besonders qualifizierter Unternehmen in den Beschaffungsprozess einzubinden (so ausdrücklich Ziekow, in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, 5. Auflage 2024, § 97 GWB, Rn. 83).

Regelmäßig wird daher vom Auftraggeber zunächst die Fachlosvergabe vor der Teillosvergabe als Mittel zur Berücksichtigung der Interessen des Mittelstandes und der Schaffung eines möglichst breiten Wettbewerbs zu berücksichtigen sein.

Ausnahme: Gesamtvergabe

Von dem Grundsatz der Vergabe nach Losen darf gemäß § 97 Abs. 4 S. 3 GWB nur dann abgewichen werden, wenn wirtschaftliche oder technische Gründe dies „erfordern“. Von der grundsätzlich vorzunehmenden Losvergabe kann also allein in wirtschaftlich oder technisch begründeten Ausnahmefällen abgewichen werden; diese sind eng zu verste-

hen. Es reicht folglich nicht aus, wenn lediglich Zweckmäßigkeitsgesichtspunkte für eine Zusammenfassung von Losen sprechen.

Kommt eine solche Ausnahme aus wirtschaftlichen oder technischen Gründen in Betracht, hat sich der Auftraggeber in besonderer Weise mit dem Gebot einer Fachlosvergabe und dagegensprechenden Gründen auseinanderzusetzen (OLG Düsseldorf, Beschluss v. 1.6.2016 – Verg 6/16).

Bei der Abwägung der für und gegen eine Losvergabe sprechenden Gesichtspunkte darf sich der Auftraggeber für eine Gesamtvergabe entscheiden, wenn dafür aner kennenswerte wirtschaftliche oder technische Gründe bestehen. Sie rechtfertigen eine Gesamtvergabe, wenn die damit für den Auftraggeber verbundenen Vorteile bei vertretbarer prognostischer und auf den Vertragszeitraum bezogener Sicht und Abwägung der beteiligten Belange überwiegen (OLG Karlsruhe, Beschluss v. 29.4.2022 – 15 Verg 2/22; OLG München, Beschluss v. 25.3.2019 – Verg 10/18; OLG Frankfurt, Beschluss v. 14.5.2018 – 11 Verg 4/18; OLG Düsseldorf, Beschluss v. 25.6.2014 – Verg 38/13).

Einer Gesamtvergabe muss eine umfassende Abwägung der widerstreitenden Belange vorausgehen, als deren Ergebnis die für eine zusammenfassende Vergabe sprechenden Gründe nicht nur aner kennenswert sein, sondern überwiegen müssen (OLG Düsseldorf, Beschlüsse v. 1.6.2016 – Verg 6/16, und v. 23.3.2011 – Verg 63/10).

Viele Beispiele, in denen die Rechtsprechung eine Gesamtvergabe ausdrücklich gebilligt hätte, finden sich nicht.

Zunächst müssen überhaupt wirtschaftliche bzw. technische Gründe vorliegen, die eine zusammengefasste Vergabe der Lose erforderlich machen. Diese Gründe muss der Auftraggeber ermitteln. Ausgangspunkt für die Beurteilungen, ob für eine Gesamtvergabe sprechende wirtschaftliche oder technische Gründe vorliegen, ist der jeweilige vom Auftraggeber definierte Beschaffungsbedarf.

Die ermittelten wirtschaftlichen oder technischen Gründe müssen ein über die bloße Zweckmäßigkeit hinausgehendes erhebliches Gewicht haben.

Die ohnehin mit einer Gesamtvergabe stets verbundenen Vorteile, etwa eines geringeren Steuerungsaufwandes auf Seiten des Auftraggebers, eine einheitliche Gewährleistung etc. bilden

nach ständiger Rechtsprechung (OLG Düsseldorf, Beschluss v. 25.11.2009 – Verg 27/09) gerade keine gerechtfertigten Gründe für eine Abwägung zugunsten der Ausnahme.

Gründe von einem erheblichen Gewicht liegen vor, wenn die für eine Gesamtvergabe sprechenden Gründe aus der Sicht eines objektiven Betrachters keine andere Entscheidung als die zusammengefasste Vergabe zulassen. Dies ist der Fall, wenn das Interesse an einer bedarfsgerechten Auftragsdurchführung die Interessen des Mittelstands überwiegt.

Diesbezüglich kommt dem Auftraggeber ein Einschätzungsspielraum zu. Seine Entscheidung ist von den Nachprüfungsinstanzen lediglich darauf zu überprüfen, ob sie auf einer vollständigen und zutreffenden Tatsachengrundlage beruht sowie aus vernünftigen Erwägungen heraus und im Ergebnis vertretbar getroffen worden ist.

Wirtschaftliche und technische Gründe sind nur dann berücksichtigungsfähig, wenn sie über die typischen verfahrensbezogenen Schwierigkeiten hinausgehen.

Der mit einer Fachlosvergabe allgemein verbundene Ausschreibungs-, Prüfungs- und Koordinierungsmehraufwand sowie ein höherer Aufwand bei Gewährleistungen können eine Gesamtvergabe für sich allein nicht rechtfertigen. Denn hierbei handelt es sich um einen der Fachlosvergabe immanenten und damit typischerweise verbundenen Mehraufwand, der nach dem Zweck des Gesetzes grundsätzlich in Kauf zu nehmen ist (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss v. 21.3.2012 – VII Verg 92/11; Beschluss v. 11.7.2007 – VII Verg 10/07; OLG München, Beschluss v. 9.4.2015 – Verg 1/15; VK Bund, Beschluss v. 18.11.2016 – VK I-98/16).

Die Absicht der Erzielung von bloßen Synergieeffekten durch das Unterlassen einer Losaufteilung reicht daher in der Regel nicht aus.

Auch bei der Vergabe von Bauleistungen unterhalb der Schwellenwerte reichen – trotz des großzügigeren Maßstabs in § 5 Abs. 2 VOB/A – reine Zweckmäßigkeitserwägungen nicht aus, um von der Losvergabe Abstand zu nehmen. Letztlich sind unterhalb der Schwellenwerte nahe dieselben Voraussetzungen zu erfüllen, die bei einer Vergabe oberhalb der Schwellenwerte zu erfüllen sind, um auf eine Losvergabe zu verzichten (Wolters, in: Beck'sches Formularbuch Vergaberecht A.II.4 S. 37).

Differenzierung nach wirtschaftlichen oder technischen Gründen

Die Abgrenzung, ob ein Grund wirtschaftlicher oder technischer Natur ist, ist vom Einzelfall abhängig. Maßgeblich für die Einordnung ist der Schwerpunkt der dahinterstehenden Motive.

Wirtschaftliche Gründe

Wirtschaftliche Gründe für eine Gesamtvergabe liegen beispielsweise vor, wenn andernfalls

- unverhältnismäßige Kostennachteile oder
- starke bzw. deutliche Verzögerungen drohen (OLG Brandenburg, Beschluss v. 27.11.2008 – Verg W 15/08). Ausnahmsweise können „Splitterlose“ eine Unwirtschaftlichkeit begründen mit der Folge, dass diese in andere Lose eingebunden werden dürfen (OLG Koblenz, Beschluss v. 4.4.2012 – 1 Verg 2/12).

Hinweis: Die entsprechenden Gründe müssen im konkreten Einzelfall tatsächlich vorliegen.

Die bloße Behauptung, durch große Auftragsvolumen innerhalb einer Region seien bessere Preise zu erzielen, reicht zur Rechtfertigung einer Gesamtvergabe nicht aus (OLG Düsseldorf, Beschluss v. 8.9.2004 – VII-Verg 38/04); abstrakte Zielvorgaben und Erfahrungssätze ersetzen nicht die einzelfallbezogene Kalkulation der Kosten, die eine losweise Vergabe des konkreten Auftrags verursachen würde (OLG Düsseldorf, Beschluss v. 8.9.2004 – VII-Verg 38/04).

Kostennachteile können nur dann als wirtschaftliche Gründe im Sinne des § 97 Abs. 4 S. 3 GWB qualifiziert werden, wenn der Auftraggeber diese im Einzelfall im Hinblick auf den konkreten Auftrag kalkuliert hat und sie darüber hinaus so groß sind, dass die Bildung von Losen bei objektiver Betrachtung vernünftigerweise ausscheidet (Antweiler, in: Beck'scher Vergaberechtskommentar, § 97 GWB Rn. 52).

Beispiele:

- Unverhältnismäßige Kostennachteile, die eine Gesamtvergabe rechtfertigen, wurden im Einzelfall bei Mehrkosten von 14 % bejaht (VK Sachsen, Beschluss v. 2.11.1999 – 1 SVK/19-1999),
- ein finanzieller Mehraufwand von 40 % im Verhältnis zum Auftragswert für die Schaffung von Schnittstellen, die nur zur Ermöglichung einer Losaufteilung benötigt werden, kann eine Gesamtlosvergabe recht-

fertigen (VK Bund, Beschluss v. 10.3.2022 – VK 1-19/22),

- eine Gesamtvergabe wegen drohender starker Verzögerungen wurde bei einem sehr stark belasteten Autobahnabschnitt als zulässig erachtet, für dessen Fertigstellung besondere zeitliche Zwänge bestanden und wo die Gesamtvergabe eine schnellere Aufgabenerfüllung erwarten ließ,
- auch das Ziel einer einheitlichen Mängelhaftung kann ausnahmsweise für eine Gesamtvergabe streiten, wenn ein besonders hohes Schadensrisiko droht und die Zuordnung der Verantwortlichkeiten in besonderer Weise erschwert ist.
- Das Gleiche gilt, wenn der Auftraggeber bereits zahlreiche Lose gebildet hat und die gesonderte Wertung der verbleibenden Leistung, der Vertragsabschluss und die gesonderte Abwicklung des Vertrags im Verhältnis zu einer Gesamtausschreibung zu unverhältnismäßigem Aufwand führt („Splitterlos“).

Ob eine unwirtschaftliche Zersplitterung vorliegt, ist nicht aus der Sicht der Bieter, sondern der des öffentlichen Auftraggebers zu beurteilen. Allerdings dürfte der Umstand, wenn sich aufgrund kleinstelliger Ausschreibungen nur noch sehr wenige Bieter an einer Ausschreibung beteiligen, ein Grund für den Auftraggeber sein, größere Lose zu bilden oder als letztes Mittel eine Gesamtvergabe vorzunehmen.

Technische Gründe

Unter technischen Gründen sind solche Gründe zu verstehen, die eine Integration aller Leistungserbringungsschritte in einer Hand zur Erreichung des vom Auftraggeber angestrebten Qualitätsniveaus notwendig machen (OLG Düsseldorf, Beschluss v. 1.6.2016 – VII-Verg 6/16 sowie Beschluss v. 25.5.2022 – VII-Verg 33/21).

Technische Gründe liegen vor, wenn bei getrennten Ausschreibungen das – nicht durch inhaltliche Gestaltung der Vergabeunterlagen vermeidbare – Risiko besteht, dass der Auftraggeber Teilleistungen erhält, die zwar jeweils ausschreibungskonform sind, aber nicht zusammenpassen und deshalb in ihrer Gesamtheit nicht geeignet sind, den Beschaffungsbedarf in der angestrebten Qualität zu befriedigen (OLG Koblenz, Beschluss v. 4.4.2012 – 1 Verg 2/11).

Technische Gründe können also etwa dann vorliegen, wenn eine Teillosga-

be nicht zu denselben Ergebnissen führen würde wie eine Gesamtvergabe (Ingenstau/Korbion/Leupertz /v. Wietersheim/Schranner, VOB/A, § 5 Rn. 30). Das ist jedoch nur selten denkbar.

Womöglich können Anforderungen eines besonderen Baufeldes, einer komplexen Logistik oder einer Arbeit bei laufendem Betrieb Abwägungsgründe für eine Gesamtvergabe bieten (so Wolters, in: Beck'sches Formularbuch Vergaberecht A.II.4 S. 37).

Diesbezüglich ist es von besonderer Bedeutung, dass die Festlegung des Leistungsprofils dem Auftraggeber vorbehalten bleibt (Ziekow, in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, 5. Auflage 2024 § 97 GWB Rn. 82).

Beispiele:

- Die Erstellung eines Bauwerks, für dessen Funktionsgerechtigkeit die Zusammenfügung der Leistungen verschiedener Gewerke nicht ausreicht, sondern für das spezifische Bauteile oder eine besondere Abstimmung der Errichtungsschritte aufeinander erforderlich sind, die bereits während des Erstellungsprozesses besondere Maßnahmen aus einer Hand erfordern (OLG Brandenburg, NZBau 2009, 337, 340),
- bei der Lieferung eines technischen Systems kann die einheitliche Ausstattung mehrerer Gebäude notwendig sein (OLG Düsseldorf, Beschluss v. 30.11.2009 – VII-Verg 43/09).

Technische Gründe sind nicht allein technische Gesichtspunkte im engeren Sinne des Wortes, sondern alle Aspekte, die in einem in Anbetracht des vom Auftraggeber vorgegebenen Leistungsprofils unauflösbaren Zusammenhang miteinander stehen.

Dies kann zum Beispiel auch bei komplexen, miteinander verflochtenen Dienstleistungen, etwa Beratungsleistungen oder Steuerungen technischer miteinander zusammenhängender Anlagen, der Fall sein (OLG Düsseldorf, VergabeR 2016, 751, 756).

Darüber hinaus können technische Gründe auch sein, wenn mehrere Leistungsarten miteinander verknüpft sind, zum Beispiel wenn die Wartung eines Gebäudes wegen der dafür erforderlichen spezifischen Kenntnisse nur durch das Unternehmen möglich ist, das das Gebäude errichtet hat (vgl. VK Nordbayern, Beschluss v. 16.4.2008 – 21.VK-3194-14/08).

Einzelfälle

Einzelfälle, in denen technische Gründe eine Gesamtvergabe rechtfertigen sind:

- Erhöhte Unfallgefahren im Baustellenbereich, volkswirtschaftliche Nachteile infolge von Zeitverlust durch Staugeschehen und ökologische Nachteile durch vermehrte staubedingte Emissionen können eine Gesamtvergabe rechtfertigen, ebenso wie die Abwehr von Gefahren für Leib und Leben bzw. von Gesundheitsgefahren der Allgemeinheit (VK Bund, Beschluss v. 21.2.2024 – VK 2-5/24),
- die Systemsicherheit der Gesamtanlage kann eine Gesamtvergabe zum Ausschluss projektbezogener Risikopotenziale rechtfertigen, insbesondere wenn – wie etwa im Fall einer Regionalleitstelle zur Beschaffung von digitalen Meldeempfängern – ansonsten erhebliche Gefahren für Leib und Leben drohen (VK Sachsen, Beschluss vom 15.10.2019 – 1/SVK/030-19; OLG Düsseldorf, Beschluss v. 16.10.2019 – Verg 66/18; OLG München, Beschluss v. 25.3.2019 – Verg 10/18) oder
- der Auftraggeber bei einer Losvergabe Teilleistungen erhalten würde, die zwar jeweils ausschreibungskonform wären, aber nicht zusammenpassen und deshalb in ihrer Gesamtheit nicht geeignet wären, den Beschaffungsbedarf in der angestrebten Qualität zu befriedigen (VK Bund, Beschluss v. 6.12.2016 – VK 1-118/16),
- wenn die Verfolgung von Gewährleistungsansprüchen aufgrund von schwieriger Abgrenzung von Verantwortungsbereichen (z.B. „Herstellungsmangel/Instandhaltungsmangel“) nicht nur erschwert, sondern effektiv unmöglich wird (Schnittstellenproblematik, VK Sachsen, Beschluss v. 4.2.2013 – 1/SVK/039-12),
- abweichend vom Grundsatz, wonach Material und Bauleistungen zusammen vergeben werden sollen, kann ein technischer Grund vorliegen, wenn das gelieferte Material technisch so komplex ist, dass eine Mängelhaftung des Lieferanten (und nicht zum Beispiel des Bauunternehmers) unter technischen Aspekten sinnvoll erscheint, weil der (Bau-)Unternehmer das Risiko aufgrund der Komplexität nicht einschätzen kann,
- darüber hinaus kann beispielsweise bei Lieferung eines technischen Systems die einheitliche Ausstattung mehrerer Gebäude notwendig sein, um die Kompatibilität der Systeme

zu gewährleisten (OLG Düsseldorf, Beschluss v. 30.11.2009 – VII-Verg 43/09; Beschluss v. 25.4.2012 – VII-Verg 100/11),

- zudem kann ein Interesse daran bestehen, dass Mitarbeiter zwischen den Gebäuden wechseln können und keine technischen Barrieren entstehen (OLG Düsseldorf, Beschluss v. 30.11.2009 – VII-Verg 43/09),
- wenn ein besonderer technischer Zusammenhang zwischen den Leistungen besteht. Dies wurde angenommen für den Einbau von Fertignasszellen und deren Anschluss an die Grundleitungen, die nach Einbau nicht mehr zugänglich sein werden und wo die Ursachenermittlung und Zuordnung einer etwaigen Undichtigkeit zu einem der Gewerke daher nur unter besonderen Schwierigkeiten möglich wäre (VK Bund, Beschluss v. 18.11.2016 – VK 1-98/16),
- das Interesse des Auftraggebers, fachplanungsübergreifende Lösungsvorschläge bereits im Rahmen der Vergabe als Zuschlagskriterium berücksichtigen zu können, kann als für eine Gesamtvergabe sprechender Aspekt berücksichtigt werden (VK Südbayern, Beschluss v. 21.3.2022 – 3194.Z3-3_01-21-51).

Sonstige Gründe

Andere als wirtschaftliche oder technische Gründe kommen zur Rechtfertigung der Gesamtvergabe aufgrund der eindeutigen Regelung in § 97 Abs. 4 S. 3 GWB von vornherein nicht in Betracht (Antweiler, in: Beck'scher Vergaberechtskommentar, § 97 GWB Rn. 54).

„Erfordern“ die Gründe das Absehen von einer losweisen Vergabe?

Liegen wirtschaftliche oder technische Gründe in dem beschriebenen Sinne vor, so ist ein Absehen von einer Losaufteilung gleichwohl nur dann zulässig, wenn die genannten Gründe dieses Absehen „erfordern“. Das ist stets eine Frage des Einzelfalls (VK Bund, Beschluss v. 26.2.2024 – VK 2-13/24).

Rein vom Wortlaut des § 97 Abs. 4 S. 3 GWB („erfordern“) her könnte man annehmen, dass eine Ausnahme vom Gebot der Losaufteilung nur dann zulässig ist, wenn das Beschaffungsvorhaben in der Form, wie es der öffentliche Auftraggeber zulässigerweise definiert hat, nur im Wege der Gesamtvergabe bzw. der Zu-

sammenfassung mehrerer Lose verwirklicht werden kann.

Die Erforderlichkeit ist allerdings nicht erst dann gegeben, wenn ein Losverzicht vollkommen alternativlos ist, denn eine Alternativlosigkeit bei der Frage nach der Losaufteilung dürfte in der Praxis kaum vorkommen. Bei der „Erforderlichkeit“ im Sinne des § 97 Abs. 4 S. 3 GWB dürfte es sich vielmehr um eine konkrete Ausprägung des allgemeinen Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes handeln (so VK Bund, Beschluss v. 26.2.2024 – VK 2-13/24).

Eine Gesamtvergabe setzt das Vorliegen eines objektiv zwingenden Grundes daher nicht voraus; es kommt vielmehr darauf an, dass als Ergebnis der Abwägung die für eine zusammenfassende Vergabe sprechenden technischen und wirtschaftlichen Gründe überwiegen müssen (OLG Karlsruhe, Beschluss vom 29.4.2022 – 15 Verg 2/22).

In bestimmten Konstellationen ergibt sich bereits aus der gesetzgeberischen Wertung, dass die Voraussetzungen des § 97 Abs. 4 Satz 3 GWB erfüllt sind.

Beispiel: Leistungsbeschreibung mit Leistungsprogramm

So steht die Wahl einer Leistungsbeschreibung mit Leistungsprogramm bereits nach § 7c Abs. 1 EU VOB/A unter der Voraussetzung, dass es nach Abwägen aller Umstände zweckmäßig ist, 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.

Zwar gleichen die tatbestandlichen Voraussetzungen, die eine solche Form der Leistungsbeschreibung eröffnen, denen des § 97 Abs. 4 Satz 3 GWB im Wesentlichen, doch dürfte § 97 Abs. 4 Satz 3 GWB wegen des Ausschlusses einer Abwägung strikter sein; dennoch schließt § 97 Abs. 4 Satz 3 GWB die Wahl einer Leistungsbeschreibung mit Leistungsprogramm nicht aus.

Einer Darstellung der Leistung durch das Leistungsprogramm muss eine umfassende Abwägung vorausgegangen sein. Dabei ist zu prüfen, ob es zweckmäßig ist, auch den Entwurf der Leistung auszuschreiben, um so die technisch, wirtschaftlich und gestalterisch beste sowie funktionsgerechteste Lösung der gestellten Bauaufgabe zu ermitteln.

Erst wenn diese Kriterien kumulativ erfüllt sind, kann sich der Auftraggeber

seiner originären Aufgaben entledigen. Er muss prüfen, ob die von ihm erstrebte richtige Lösung der Bauaufgabe nicht in gleicher Weise durch eine Leistungsbeschreibung mit Leistungsverzeichnis unter Zulassung von Änderungsvorschlägen und Nebenangeboten erreicht wird, (vgl. Meeßen in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, 5. Auflage 2024 § 7c EU VOB/A Rn. 5).

Bei der Prüfung des Vorliegens dieser Umstände empfiehlt es sich, das Prüfungsprogramm aus der Richtlinie 100 des Vergabehandbuchs des Bundes (Fassung 2017) zu verwenden. Demnach kann eine Leistungsbeschreibung mit Leistungsprogramm zweckmäßig sein,

- wenn sie wegen der fertigungsrechtlichen 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,
- wenn mehrere technische Lösungen möglich sind, die nicht im Einzelnen neutral beschrieben werden können, und der Auftraggeber seine Entscheidung unter dem Gesichtspunkt der Wirtschaftlichkeit und Funktionsgerechtigkeit erst aufgrund der Angebote treffen will.

Praktisch dürften diese Gründe vor allem dann vorliegen, wenn es sich bei der ausgeschriebenen Leistung um eine Bauleistung handelt, die in hohem Maße als integriertes System zu verstehen ist – zum Beispiel bei einer Fertigteilmbauweise bzw. wenn ein Gebäude als intelligentes Gebäude in einer funktionalen Gesamteinheit zu bewerten ist. Dagegen dürften entsprechende Gründe dagegen dann nicht vorliegen, wenn es sich um eine Bauleistung handelt, die im Wesentlichen konventionell errichtet ist und bei der das Maß der Systemintegration über die Gewerke hinweg nur gering ist.

Dokumentation

Das Transparenzgebot des § 97 Abs. 1 GWB, das in § 8 Abs. 2 Satz 2 Nr. 11 der Vergabeverordnung (VgV) Ausdruck findet, verlangt, dass eine auf § 97 Abs. 4 Satz 3 GWB gestützte gemeinsame Vergabe mehrerer Lose begründet und dokumentiert wird. Anhand der im Vergabevermerk zeitnah dokumentierten Abwägung überprüfen die Nachprüfungsinstanzen die Rechtmäßigkeit einer Gesamtvergabe (OLG Karlsruhe, Beschluss v. 29.4.2022 – 15 Verg 2/22).

Für die Dokumentation einer Gesamtvergabe gelten durchaus hohe Anforderungen: Gefordert wird eine ausführliche

Begründung des Entscheidungsprozesses mit seinem Für und Wider sowie eine detaillierte Begründung der getroffenen Entscheidung (VK Baden-Württemberg, Beschluss v. 24.9.2019 – 1 VK 51/19).

Die Dokumentation der Interessenabwägung muss erkennen lassen, dass sich der Auftraggeber mit dem Gebot einer Fachlosvergabe und den dagegen sprechenden Gründen eingehend auseinandergesetzt hat (VK Bund, Beschluss v. 10.3.2022 – VK 1-19/22).

Der Auftraggeber muss also die Gründe, die einerseits für eine Fachlosvergabe und andererseits für eine Gesamtvergabe sprechen, sowie die gebotene umfassende Abwägung der widerstreitenden Belange dokumentieren. Im Ergebnis müssen die dokumentierten für eine Gesamtvergabe sprechenden technischen und wirtschaftlichen Gründe die einer Fachlosvergabe überwiegen (vgl. OLG Frankfurt, Beschluss vom 14.5.2018 – 11 Verg 4/18).

Hierfür ist es erforderlich, dass das Vorliegen der tatbestandlichen Voraussetzungen des § 97 Abs. 4 Satz 3 GWB genau geprüft und im Einzelnen belegt wird. Die Aufzählung abstrakter Zielvorgaben und bloßer Erfahrungssätze genügt jedenfalls dann nicht, wenn diese nicht auf den konkreten Fall heruntergebrochen worden sind.

Beispiel für eine Abwägung

„Gegenstand des Vergabeverfahrens ist die Ausschreibung eines Rahmenvertrages über Leistungen zur laufenden Instandhaltung der Dienstgebäude.

Im Einzelnen handelt es sich um

- *Malerarbeiten*
- *Elektroarbeiten*
- *Schreinerarbeiten.*

Die Leistungen sollen jeweils auf Abruf während des laufenden Dienstbetriebs erbracht werden.

Typischerweise werden Leistungen abgerufen, wenn es zu Organisationsänderungen, die zu einer Änderung der Raumnutzung führen, oder wenn aufgrund von Verschleiß Arbeiten erforderlich werden. Zudem sind Leistungen kurzfristig beim Auftreten von Funktionsstörungen (insbesondere hinsichtlich der Elektroarbeiten Schreinerarbeiten) erforderlich.

Regelmäßig sind im Rahmen der Instandhaltung einzelner Büroräume sämtliche Gewerke zusammen zu erbringen.

Diese Leistung verlangt daher eine enge technische und bauzeitliche Koordination der gesamten Maßnahme in einem äußerst begrenzten Raumangebot.

Es steht regelmäßig kein gesondertes Materiallager im Umfeld der Instandhaltung der Räume zur Verfügung. In den einzelnen Liegenschaften sind ebenfalls keine gesonderten Materiallager vorhanden, die den Auftragnehmern zur Verfügung gestellt werden könnten.

Sämtliche Materialien müssen durch die Diensträume in die einzelnen Räume transportiert werden. Werkzeug und Abfall müssen umgehend entfernt werden.

Die Arbeiten können aufgrund der Sicherheitsanforderungen teilweise nur innerhalb der üblichen Betriebszeiten ausgeführt werden, damit die eigene IT beaufsichtigt werden kann.

Obwohl die Ausführung an sich in drei Losen vergeben werden könnte, erfordern im vorliegenden Fall insbesondere technische und wirtschaftliche Gründe eine Zusammenfassung der Lose.

Im konkreten Fall bedarf es einer so engen Abstimmung zwischen den einzelnen Gewerken, sowohl hinsichtlich der Ausführung wie auch hinsichtlich zeitlicher Abstimmung und der Logistik, dass es aus tatsächlichen Gründen nicht möglich ist, die Leistung in mehreren Losen zu vergeben.

Würde man die Leistung in Fachlosen vergeben, müsste ein umfangreicher Abstimmungsprozess etabliert werden, bei dem die unterschiedlichen Unternehmen koordiniert würden. Dies ist tatsächlich, da kein entsprechendes Personal vorhanden ist, auch nicht zu realisieren. Unter Abwägung aller Umstände ist daher ausnahmsweise die Vergabe an ein Unternehmen gerechtfertigt.“

Rechtsrisiken einer unterlassenen Losaufteilung

Die Regeln der § 97 Abs. 4 Sätze 2 und 3 GWB über die Pflicht zur Losaufteilung sind bieterschützend. Das gilt nicht nur für Unternehmen, die Träger mittelständischer Interessen sind. Durch die Losaufteilung wird der Kreis in Betracht kommender Bieter verbreitert und damit weiter für den Wettbewerb geöffnet. Aus diesem Grund zählen auch nicht mittelständische Unternehmen zu den geschützten Bietern (VK Baden-Württemberg, Beschluss v. 18.2.2011 – 1 VK 2/11).

Die unterbliebene Losaufteilung eines Beschaffungsvorhabens kann also von Bietern bei Vergabeverfahren oberhalb der EU-Schwellenwerte im Wege eines Nachprüfungsverfahrens vor den vergaberechtlichen Nachprüfungsinstanzen angegriffen werden. Dies kann unter Umständen dazu führen, dass das Vergabeverfahren zurückversetzt oder sogar

aufgehoben werden muss und das Vergabeverfahren mit Losaufteilung erneut durchgeführt werden muss.

Wird die ausgeschriebene Leistung durch Zuwendungen gefördert, besteht bei einer rechtswidrig unterbliebenen Losvergabe das Risiko, dass der Zuwendungsbescheid widerrufen und die Zuwendungen zumindest teilweise zurückgefordert werden. Einzelne landesrechtliche Erlasse sehen in der unzulässigen Vergabe an einen Generalunternehmer einen schweren Verstoß gegen das Vergaberecht (so auch VGH Bayern, Beschluss v. 22.5.2017 – 4 ZB 16.577; VG Augsburg, Urteil vom 23.2.2016 – 3 K 15.1070), bei dem grundsätzlich ein (teilweiser) Widerruf des Zuwendungsbescheides und die Neufestsetzung (Kürzung) der Zuwendung angezeigt sind.

Wird vom Zuwendungsempfänger in diesen Fällen weder nachgewiesen, dass die Gesamtvergabe wirtschaftlich günstiger war, noch konkrete projektbezogene „Synergievorteile“ vorgetragen, die über das hinausgehen, was regelmäßig bei Bauvorhaben im Hinblick auf vereinbarte Bauzeiten und Fertigstellungstermine sowie dadurch bedingte Koordinierungserfordernisse hinsichtlich der einzelnen Arbeiten/Gewerke zu beachten ist, liegen keine stichhaltigen Gründe für eine Generalunternehmervergabe vor (OVG Nordrhein-Westfalen, Beschluss v. 16.1.2017 – 12 A 833/16).

Prüfungssystematik

1. Ausgangspunkt: Der vom Auftraggeber definierte Beschaffungsbedarf: Wie ist der konkrete Beschaffungsbedarf vom Auftraggeber definiert?
2. Beispiel: Leistungsbeschreibung mit Leistungsprogramm § 7c Abs. 1 EU VOB/A,

Prüfungsschritte:

- Ist die Leistungsbeschreibung mit Leistungsprogramm zweckmäßig,
- weil sie wegen der fertigungsgerechten Planung in Fällen notwendig ist, in denen es beispielsweise bei Fertigteilbauten wegen der Verschiedenartigkeit von Systemen den Bietern freigestellt sein muss, die Gesamtleistung so anzubieten, wie es ihrem System entspricht?
- weil mehrere technische Lösungen möglich sind, die nicht im Einzelnen neutral beschrieben werden können, und der Auftraggeber seine Entscheidung unter dem Gesichtspunkt der Wirtschaftlichkeit und Funktionsgerechtigkeit erst aufgrund der Angebote treffen will?

- Ist gewährleistet, dass die durch die Übertragung von Planungsaufgaben auf die Bieter entstehenden Kosten in angemessenem Verhältnis zum Nutzen stehen, und ob für die Ausarbeitung der Pläne und Angebote leistungsfähige Unternehmer in so großer Zahl vorhanden sind, dass ein wirksamer Wettbewerb stattfinden kann?
 - Ist berücksichtigt, dass die Eilbedürftigkeit oder Erleichterungen in der Organisation, Leitung der Baudurchführung und Vertragsabwicklung sowie Gewährleistung für sich keine Gründe für die Wahl dieser Beschreibungsart sind?
 - Ist sichergestellt, dass die Beschreibung alle für die Entwurfsbearbeitung und Angebotserstellung erforderlichen Angaben eindeutig und vollständig enthält und gewährleistet, dass die zu erwartenden Angebote vergleichbar sind?
 - Sind die Gründe ausreichend konkret und nicht nur abstrakt, nachvollziehbar dokumentiert?
3. Kann der Auftrag in Lose aufgeteilt werden oder „erfordern“ wirtschaftliche oder technische Gründe eine Gesamtvergabe?
 4. Ausnahme: wirtschaftliche Gründe
 - Liegen wirtschaftliche Gründe anhand des vom Auftraggeber festgestellten konkreten Beschaffungsbedarfs tatsächlich vor, die eine zusammengefasste Vergabe der Lose erforderlich machen?
 - Handelt es sich um wirtschaftliche Gründe, die über den typischen Mehraufwand bei einer Losvergabe hinausgehen?
 - Beispiel: Führt eine losweise Vergabe zu unverhältnismäßigen Kostennachteilen bzw. zu erheblichen Mehrkosten (zumindest > 15 %)?
 - Oder drohen bei einer losweisen Vergabe unverhältnismäßige Verzögerungen, sodass besondere zeitliche Zwänge bestehen und die Gesamtvergabe eine schnellere Aufgabenerfüllung erwarten lässt?
 - Sind die Gründe ausreichend konkret und nicht nur abstrakt, nachvollziehbar dokumentiert?
 5. Ausnahme: technische Gründe
 - Liegen technische Gründe vor, die eine Integration aller Leistungserbringungsschritte in einer Hand zur Erreichung des vom Auftraggeber angestrebten Qualitätsniveaus notwendig machen?

- Bzw. liegen technische Gründe vor, die dazu führen, dass eine Teillosvergabe nicht zu denselben Ergebnissen führen würde wie eine Gesamtvergabe?
 - Handelt es sich um technische Gründe, die über den typischen Mehraufwand bei einer Losvergabe hinausgehen?
 - Besteht das Erfordernis einer einheitlichen Mängelhaftung aufgrund eines Ausnahmefalls?
 - Besteht eine effektive Unmöglichkeit der Abgrenzung von Verantwortungsbereichen in Bezug auf Mängelhaftung?
 - Besteht eine technische Komplexität oder ein besonderer technischer Zusammenhang zwischen den Gewerken?
 - Bestehen besondere Anforderungen hinsichtlich des Baufeldes, einer komplexen Logistik oder einer Arbeit bei laufendem Betrieb, die Abwägungsgründe für eine Gesamtvergabe bieten?
6. Konkretisierung/Dokumentation
- Sind die Gründe ausreichend konkret und nicht nur abstrakt, nachvollziehbar dokumentiert?
 - Hat eine umfassende Abwägung der widerstreitenden Belange bezogen auf das konkrete Beschaffungsvorhaben stattgefunden?
 - Führt die Abwägung zu dem Ergebnis, dass die für eine Gesamtvergabe sprechenden technischen und wirtschaftlichen Gründe diejenigen für eine Fachlosvergabe überwiegen?

Fazit

Die Gesamtvergabe mehrerer oder aller Lose ist der gesetzliche Ausnahmefall. Dieser ist eng zu verstehen und greift nur dann, wenn wirtschaftliche oder technische Gründe eine Gesamtvergabe „erfordern“, wenn also die für die Gesamtvergabe streitenden Gründe nach einer umfassenden Abwägung der relevanten Belange im Einzelfall überwiegen. An die Dokumentation der Gründe sowie der Abwägung und deren Ergebnisse werden hohe Anforderungen gestellt: Keinesfalls reichen pauschale Leerformeln wie „Losvergabe ist nicht zweckmäßig“ o.ä. Die mit einer unzureichend begründeten und/oder dokumentierten Gesamtvergabe verbundenen Rechtsrisiken sind beträchtlich, sodass Auftraggeber gut beraten sind, die Abwägung der Einzelbelange und deren sorgfältige Dokumentation ernst zu nehmen.

Bedenken sind erste Planer-Pflicht

Melden Planer keine Bedenken an, kann das unerwartete Folgen haben



Dipl.-Ing. Ulrich Welter, ö.b.u.v. Sachverständiger für Honorare nach HOAI, inside® Büsum

Bedenken anzumelden ist mittlerweile eine Pflicht auch für Planer. Tun sie das nicht, kann ihre Leistung mangelhaft sein, mit der Folge, dass bereits erbrachte Planungsleistungen ohne zusätzliches Honorar wiederholt erbracht werden müssen. Das kann man vermeiden.

Mit fortschreitender Vergewerblichung der ehemals freiberuflichen Planungsleistungen, verbunden mit den Verfahren zur Vergabe dieser Leistungen und der damit geförderten Konkurrenz, ergibt sich ein Preisdruck, den die Planer nach erhaltenem Auftrag nur auf der Leistungsseite ausgleichen können. Nachtragsmanagement und effizienter Personaleinsatz sind die Folgen. Dabei gehen oft so wichtige werkvertragliche Nebenleistungen wie die Hinweis- und Beratungspflicht und die Prüfungs- und Bedenkenhinweispflicht unter.

Die meisten Ingenieur- und Architektenverträge werden immer noch, jedenfalls was die Leistungen anbelangt, an den Leistungsbildern der Honorarordnung für Architekten und Ingenieure (HOAI) ausgerichtet:

„(...) beauftragen wir Sie mit den Leistungen der Leistungsphasen 1 bis x gem. HOAI.“

Schaut man genau hin, findet man in allen Leistungsbildern eine sehr wichtige Grundleistung bereits in der Leistungsphase 1, nämlich:

Gebäude

Anlage 10.1 zur HOAI, Lph. 1 lit. c)

Beraten zum gesamten Leistungs- und Untersuchungsbedarf

Freianlagen

Anlage 11.1 zur HOAI, Lph. 1 lit. c)

Beraten zum gesamten Leistungs- und Untersuchungsbedarf

Ingenieurbauwerke

Anlage 12.1 zur HOAI, Lph. 1 lit. b)

Ermitteln der Planungsrandbedingungen sowie Beraten zum gesamten Leistungsbedarf

Verkehrsanlagen

Anlage 13.1 zur HOAI, Lph. 1 lit. b)

Ermitteln der Planungsrandbedingungen sowie Beraten zum gesamten Leistungsbedarf

Tragwerksplanung

Anlage 14.1 zur HOAI, Lph. 2 lit. b)

Beraten in statisch-konstruktiver Hinsicht unter Berücksichtigung der Belange der Standsicherheit, der Gebrauchsfähigkeit und der Wirtschaftlichkeit

Technische Ausrüstung

Anlage 15.1 zur HOAI, Lph. 1 lit. b)

Ermitteln der Planungsrandbedingungen und Beraten zum Leistungsbedarf und gegebenenfalls zur technischen Erschließung

Die Beratung des Auftraggebers ist eine Grundleistung. Aus dem Wortlaut der Grundleistungen ergibt sich, dass der Planer den Auftraggeber insbesondere dazu beraten muss, was dieser ggf. noch benötigt bzw. benötigen wird. Das können fehlende Vermessungsleistungen, Lärmschutzgutachter, weitere Planungen wie Tragwerksplanungen oder Leistungen für Technische Ausrüstung, Gutachten, Bestandserkundungen u.v.m. sein.

Ist der Planer mit der Leistungsphase nicht beauftragt, so muss er diese Beratungsleistungen in der Leistungsphase 2 erbringen und die Planungswünsche des Bauherrn ermitteln (OLG Düsseldorf, Urteil v. 1.7.2016 – 22 U 11/16). Er kann sich also nicht damit herausreden, dass