

Bau und Vergabe

*Thomas Ax*

# Kanalbau von A – Z

*Vergabe, Vertrag, Gütesicherung*

überreicht von  
Güteschutz Kanalbau  
[www.kanalbau.com](http://www.kanalbau.com)



Ax Verlag für Vergabe- und Vertragsrecht

Kanalbau A-Z

# **Kanalbau von A-Z**

*Vergabe, Vertrag, Gütesicherung*

Dr. jur. Thomas Ax

3. völlig neu bearbeitete Auflage, August 2020

*Dr. jur. Thomas Ax*

*Rechtsanwalt, Seniorpartner und Kanzleihinhaber Ax Rechtsanwälte*

1996 in Frankfurt am Main zur Rechtsanwaltschaft zugelassen, blickt er auf mehr als 25 Jahre vergaberechtliche Erfahrung, mehr als 20 Jahre anwaltliches Tun und viele Jahre Lehrtätigkeit als Professor in Karlsruhe und Heidelberg zurück. Das von ihm entwickelte VergMan® – Vergabemanagement für öffentliche Auftraggeber 2020 – führt öffentliche Auftraggeber fachlich und vergaberechtlich komplett und umfassend durch komplexe und anspruchsvolle Vergabeverfahren, d. h. störungsfrei, termingerecht und ohne Nachprüfung.

Gleichzeitig steht Dr. Thomas Ax auch für die Flexibilität der neuen Beratungsstelle für Vergabeeinzelfallberatung und das Vertragsmanagement für Bauverträge, Lieferverträge und Dienstleistungsverträge, das im Anschluss an die Vergabe die vertragsgerechte Leistungserbringung bis zur Gewährleistungsabnahme sichert. Praktiker insbesondere in Sachen Tiefbaurecht zur sachgerechten Handhabung und Gestaltung von Risiken für den öffentlichen Auftraggeber. Praktiker in Bezug auf die erfolgreiche Abwehr aller Arten von Ansprüche des Tiefbauunternehmers gegen den Auftraggeber. Seit 1993: mehr als 5000-fach durchgehend erfolgreiche Begleitung und Durchführung von Vergabeverfahren, erfolgreiche Vertretung in und Durchführung von Nachprüfungsverfahren, mehr als 1000 Fachbeiträge in Fachzeitschriften zu vergaberechtlichen, baurechtlichen und architektenrechtlichen Praxisproblemen; mehr als 120 Handbücher, Leitfäden sowie Kommentare; Herausgeber von Fachzeitschriften.

ISBN 13: 978-3-9819970-9-5

© 2020 Ax Verlag für Vergabe- und Vertragsrecht, Neckargemünd  
[www.ax-verlag.de](http://www.ax-verlag.de)

## Vorwort

In der Bevölkerung werden die Rolle und die Wichtigkeit des Kanalbaus für das Wohl der Allgemeinheit meist unterschätzt. Viele Menschen verbinden mit der Kanalisation zumeist unangenehme Assoziationen. In das Bewusstsein der Bevölkerung dringt der Kanalbau meist nur, wenn etwas schiefgelaufen ist. Eine moderne Zivilisation wäre aber ohne eine funktionierende Kanalisation nicht vorstellbar. Von der Kanalisation können aber auch Gefahren ausgehen, nämlich dann, wenn Kanäle undicht werden.

Bereits 1985 wurde vom damals zuständigen Bundesministerium des Innern deutlich gemacht, dass der dauerhaften Dichtheit von Kanälen und Leitungen bei der Abwasserableitung erhöhte Aufmerksamkeit gewidmet werden müsse. Die Reinhaltung von Boden und Grundwasser wäre nach Möglichkeit sowohl mit technischen und organisatorischen Maßnahmen als auch durch verbesserte Rechtsgrundlagen für den Vollzug zukünftig zu gewährleisten.

Auch die DWA Deutsche Vereinigung für Wasserwirtschaft, Abwasser und Abfall e.V. hat dieses Projekt erkannt und weitere Maßnahmen ergriffen. Eine Umfrage der DWA bei Städten und Gemeinden hat die Tragweite des Problems der undichten Kanäle deutlich gemacht. Das bedeutet eine nicht bezifferbare Verunreinigung von Grundwasser und Boden durch die Schadstoffe aus versickerndem Abwasser. Noch problematischer ist die Exfiltration von gefährlichen Stoffen in Industriegebieten. Andererseits werden durch undichte Kanäle große Mengen von Grundwasser als Fremdwasser unnötigerweise der Kläranlage zugeführt.

Es liegt also im Interesse aller, ein gleichbleibend hohes Niveau des Kanalbaus zu gewährleisten. Aus diesem Grund wurde beispielweise die RAL-Gütesicherung nach RAL-GZ 961 „Kanalbau“ eingeführt, um eine bessere Überwachung der Unternehmen und eine Qualitätssteigerung zu erreichen. Auch dieses Werk will seinen Teil beitragen, indem es den mit dem Kanalbau Beschäftigten eine Hilfestellung gibt, sich in dem für juristische Laien oftmals verwirrenden Paragrafendschungel zurechtzufinden.

Alphabetisch geordnet finden sich in diesem Buch die wichtigsten Stichworte zu Bauleistungen allgemein und zum Kanalbau im Besonderen.

So will der Autor des Werkes „Kanalbau von A-Z – Vergabe, Vertrag, Gütesicherung“ helfen, dass ein nachhaltiger Kanalbau hoher Qualität eine langfristige Entsorgungssicherung gewährleistet.

*Dr. jur. Thomas Ax*

## Verzeichnis

<b>A</b>	<b>1</b>
Abdichtungsarbeiten, Planung .....	1
Abgrenzung, Bau-/Dienstleistungsauftrag .....	1
Abgrenzung, Bau-/Lieferauftrag .....	4
Ablauf der Verfahren, offenes Verfahren .....	4
Ablauf der Verfahren, nicht offenes Verfahren .....	4
Ablauf der Verfahren, Verhandlungsverfahren mit Teilnahmewettbewerb....	5
Ablauf der Verfahren, Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb.	5
Ablauf der Verfahren, Verhandlungsverfahren, Verhandeln .....	6
Ablauf der Verfahren, wettbewerblicher Dialog .....	7
Ablauf der Verfahren, Innovationspartnerschaft .....	9
Abmagerungsangebote .....	11
Abnahme und Verjährungsfrist für Mängelbeseitigungsleistung .....	11
Abnahme, Abnahmefiktion .....	12
Abnahme, Abnahmeverlangen .....	12
Abnahme, fehlende, – trotz erheblichem Zeitablauf nach Ingebrauchnahme .....	12
Abnahme, förmliche .....	12
Abnahme, förmliche, Ausschluss Abnahmefiktion .....	13
Abnahme, Wirkung .....	14
Abnahmeniederschrift .....	14
Abnahmereife .....	14
Abnahmetermin .....	14
Abnahmeverweigerung .....	14
Abrechnung .....	15
Abrechnung, Prüfbarkeit der Rechnung .....	15
Abrechnung, Mehrleistungen beim Pauschalvertrag .....	16
Abschlagsrechnung, Erstellung nach Fertigstellung der Arbeiten und Stellung der Schlussrechnung .....	16
Abschlagszahlung .....	16
Abschlagszahlung anstelle von Schlusszahlung .....	18
Abschlagszahlung, AGB .....	19
Abschlagszahlung, Mahnbescheid .....	19
Abschlagszahlung, nach Abnahme .....	19
Abschlagszahlung, Vorauszahlungen .....	20
Abprache, wettbewerbsbeschränkende .....	21
ABAK, Beurteilungsgruppe, Gütezeichen der .....	21
ABS, Beurteilungsgruppe, Gütezeichen der .....	22

## Alphabetisches Verzeichnis

ABV, Beurteilungsgruppe, Gütezeichen der .....	23
Abwasserabgabe, Verrechnung von Investitionskosten für Regenrückhaltebecken .....	24
Akkreditierung .....	25
Akteneinsicht, Nachprüfung .....	26
Akteneinsicht, Vergabekammer .....	26
Alleinunternehmer .....	28
Allgemeine Geschäftsbedingungen (AGB) .....	28
Allgemeine Technische Vertragsbedingungen .....	28
Alternativpositionen .....	29
Änderung des Bauentwurfs und andere Anordnungen des Auftraggebers..29	
Änderungen des Bauentwurfs (§ 1 Abs. 3 VOB/B), Leistungspflichten des Auftragnehmers .....	30
Änderungsanordnung bei von Ausschreibung abweichender Fertigungsliste .....	31
Änderungsvorbehalt, unwirksam .....	32
Änderungsvorschläge .....	34
Anfechtung .....	34
Angebot .....	34
Angebot, Hochladen, Benutzerkonto .....	35
Angebot, Widersprüche .....	38
Angebot, Begleitschreiben als Angebotsbestandteil.....	39
Angebote, Angebotsinhalt, Aufklärung des, VOB/A, national .....	40
Angebote, Ausschluss, VOB/A, national.....	40
Angebote, Form und Inhalt der .....	41
Angebote, Vertraulichkeit.....	42
Angebotsverfahren .....	42
Anlagen, komplexe, Spielraum und Leistungstoleranz bei der Planung und Errichtung .....	43
Anlieger .....	43
Anordnungsrecht des Auftraggebers .....	43
Anordnung des Auftraggebers.....	44
Anpassung des Vertrags .....	45
Anwendungsbereich der VOB/A .....	45
Arbeitsgemeinschaft .....	46
Arbeitsschutz, betrieblicher.....	46
Architekt, Anspruch auf Vergütung bei schwerwiegenden Mängeln des Architektenwerkes .....	46
Architekt, bauüberwachender, Inanspruchnahme .....	47
Arten der Vergabe (EU).....	48

Arten der Vergabe (national).....	48
Aufbewahrungspflicht .....	49
Aufforderung zur Mängelbeseitigung .....	49
Auf- und Abgebotsverfahren .....	49
Aufgliederung des Angebotspreises .....	50
Aufhebung des Vergabeverfahrens als einzig verbleibende Entscheidungsoption .....	50
Aufhebung, Begründung hoher Preis.....	51
Aufhebung, rechtswidrige, Wirksamkeit.....	53
Aufhebung der Ausschreibung, unwirtschaftliches Ergebnis .....	54
Aufhebung eines Vergabeverfahrens, wirksame .....	55
Aufhebungsgrund, selbstverschuldeter.....	56
Aufklärungsgespräch .....	57
Aufmaß .....	57
Aufmaß, einseitiges .....	58
Aufmaß, gemeinsames .....	59
Aufrechnungsfälle .....	59
Auftraggeber, öffentlicher, Wohnungsbaugesellschaft.....	59
Auftragsbekanntmachung, Ausschreibung, beschränkte mit TW.....	60
Auftragsbekanntmachung, Ausschreibung, öffentliche .....	61
Auftrags- bzw. Vergabesperre .....	62
Auftragswert, Schätzung.....	65
Aufwendungen, ersparte und anderweitiger Erwerb .....	67
Ausführungsbedingungen .....	68
Ausführungsfristen, Begriff .....	71
Ausführungsfristen, Bemessung .....	71
Auskunftsrechte, VOB/A-Vergabeverfahren .....	72
Ausführungsunterlagen.....	76
Ausschreibung, beschränkte mit TW, Ablauf .....	77
Ausschreibung, beschränkte ohne TW, Ablauf.....	77
Ausschreibung, gütegesicherte und Bauüberwachung.....	77
Ausschreibung, öffentliche, Ablauf.....	79
Ausschreibung, produktneutrale .....	79
Auswahl geeigneter Unternehmen, Ausschluss von Bewerbern und Bietern, EU, VgV (Dienst- u. Lieferung) .....	82
<b>B</b>	<b>83</b>
Bauarbeiten .....	83
Bauftrag .....	83
Baubeschreibung, Gliederung .....	84
Baubeschreibung, Grundlagen .....	84

## Alphabetisches Verzeichnis

Baubeschreibung, Vorhabensbeschreibung .....	85
Bauentwurf, Änderung .....	86
Baugenehmigung, fehlende/verspätete .....	86
Baugrube, (Mehr-) Mengenrisiko .....	87
Baugrund, Beschreibung, unzutreffend .....	87
Baugrund, Untersuchung .....	88
Baugrundgutachten, Einholung durch Statiker .....	88
Baugrundrisiko.....	88
Baugrundrisiko, Ausschreibung, lückenhaft.....	89
Baugrunduntersuchung, Auftragnehmer.....	91
Bauleiter .....	91
Bauleitplanung.....	92
Bauliche Anlagen.....	93
Baumaterialien, falsche Auswahl von .....	93
Bauüberwachung.....	93
Bauüberwachung, Arglisthaftung.....	94
Bauüberwachungsfehler, arglistiges Verschweigen .....	95
Bauüberwachung, Dienstvertrag, ausnahmsweise .....	96
Bauüberwachung, Leistungen der .....	96
Bauüberwachung, unzureichende, Beweis des ersten Anscheins.....	97
Bauvertrag, fristlose Kündigung.....	98
Bauvertrag, Kündigung, angekündigte Arbeitseinstellung .....	98
Bauvertrag, Kündigung, schuldhaft begangene Vertragsverletzung.....	99
Bauvertrag, wichtiger zur Kündigung berechtigender Grund .....	99
Bauvorhaben, gefördert, Bauüberwacher .....	100
Bauwerk.....	100
Bedenken des Auftragnehmers .....	102
Bedenken des Auftragnehmers gegen Anordnungen des Auftraggebers..	102
Bedenkenanmeldung, Empfangsbevollmächtigter.....	102
Befangenheit, Gutachter.....	103
Behinderung, Begriff.....	103
Behinderung, Schadensersatzansprüche .....	103
Behinderung, Verlängerung Ausführungsfrist .....	104
Behinderungen .....	104
Beiladung, Vergabekammer .....	105
Bekanntmachung über Auftragsänderungen, EU, VgV .....	106
Bekanntmachungen, Veröffentlichung von, EU, VgV .....	106
Beschleunigungsvergütungen (Prämien).....	107
Besondere Ereignisse .....	107
Betonoberfläche, Prüfung Belegreife.....	107

Bettungsschichten .....	108
Beurteilung der für die Ermittlung des neuen Preises maßgebenden Ansätze, Lohnkosten .....	108
Beurteilung der für die Ermittlung des neuen Preises maßgebenden Ansätze, Stoffkosten .....	110
Beurteilung der für die Ermittlung des neuen Preises maßgebenden Ansätze, Gerätekosten .....	110
Beurteilung der für die Ermittlung des neuen Preises maßgebenden Ansätze, sonstige Kosten .....	111
Beurteilung der für die Ermittlung des neuen Preises maßgebenden Ansätze, Baustellengemeinkosten .....	111
Beurteilung der für die Ermittlung des neuen Preises maßgebenden Ansätze, allgemeine Geschäftskosten .....	112
Beurteilung der für die Ermittlung des neuen Preises maßgebenden Ansätze, Wagnis und Gewinn .....	113
Beurteilung der für die Ermittlung des neuen Preises maßgebenden Ansätze, Kalkulationsirrtum .....	114
Beurteilung der für die Ermittlung des neuen Preises maßgebenden Ansätze, Ausgleichsberechnung .....	114
Beurteilung der für die Ermittlung des neuen Preises maßgebenden Ansätze, Nachunternehmerleistungen .....	115
Beurteilungsgruppen .....	115
Beurteilungsspielraum des Auftraggebers, Überlassung an Dritte .....	119
Bewerber .....	119
Bewerbungsbedingungen .....	119
BGB-Bauvertrag .....	120
Bieter .....	120
Bietereignung auf Grundlage RAL-GZ 961, Forderung der .....	120
Bietereignung, rechtliche Rahmenbedingungen zur Forderung der .....	121
Bieterfragen und -antworten, Weiterleitung .....	122
Bietergemeinschaft .....	122
Bietergemeinschaften, Ausschluss von .....	123
Bieterinformation, Anforderungen an die .....	128
Bindefrist .....	129
Bodengutachten, Überprüfungspflicht .....	130
Bodenkontamination, ausdrücklicher Hinweis .....	130
Bohrwerkzeug, Ersatz bei Verlust .....	131
Bürgschaft .....	131
<b>C</b>	<b>132</b>
Ca.-Angaben, Leistungsbeschreibung .....	132

## Alphabetisches Verzeichnis

CE-Zeichen.....	133
Chance, zweite .....	134
CPV-Code .....	134
<b>D</b>	<b>136</b>
Deliktshaftung.....	136
Deutscher Vergabe- und Vertragsausschuss für Bauleistungen (DVA).....	136
Dokumentation, EU .....	136
Dichtheit von Grundstücksentwässerungsanlagen, Prüfung .....	137
Dienstaufsichtsbeschwerde .....	137
Dienstleistungsfreiheit .....	138
Dienstleistungskonzessionen im Abwasserbereich .....	138
Dienstvertrag .....	139
DIN EN 1610:2015-12 .....	140
DIN; DIN-Norm .....	141
DIN-EN .....	142
Direkte Kosten .....	142
Dokumentation, Ablauf des Vergabeverfahrens .....	142
Dokumentation, Wertungsergebnis .....	142
Doppelausschreibung.....	143
Dumpingangebot .....	143
DWA-A 139, Qualifikationen.....	144
DWA-M 805, Technische Leistungsfähigkeit .....	145
DWA-M 808, Ausschreibung und Wertung von Angeboten .....	146
<b>E</b>	<b>148</b>
e-Certis.....	148
EFB-Formblätter .....	148
EFB-Preis .....	149
EU-Konformitätszeichen.....	150
EU-Schwellenwerte .....	150
EEE, Einheitliche Europäische Eigenerklärung .....	151
Eigenbetriebe .....	153
Eigener Betrieb des Auftragnehmers.....	153
Eigenmächtige Leistungsabweichung .....	154
Eigenüberwachung.....	155
Eignung nach RAL-GZ 961, Nachweis zur, Textbausteine.....	156
Eignung, Prüfung der, VOB/A, national .....	158
Eignungsleihe (Kapazitäten anderer Unternehmen).....	159
Eignungsanforderungen, Niveau .....	160
Eignungsnachweise, Angaben, EU .....	160
Eignungsnachweise, Angaben, national.....	162

Eignungsnachweis, Bietergemeinschaften .....	163
Eignungsnachweis, Eigenüberwachung und Kontrolle .....	164
Eignungsnachweise, Nachweisführung, EU .....	173
Eignungsnachweise, Nachweisführung, national.....	174
Eignungsprofil, auftragsbezogenes.....	175
Eignungsprüfung, Durchführung .....	176
Eignungsprüfung, vorgezogene .....	176
Einbehalt von Gegenforderungen .....	177
Einbehalt von Geld .....	177
Einbeziehung der VOB .....	177
Eindeutige und erschöpfende Leistungsbeschreibung .....	178
Einheitliche Vergabe .....	178
Einheitspreise .....	178
Einheitspreis, Mengenmehrungen, Mengenminderungen .....	179
Einheitspreisvertrag .....	181
Einreichung der Angebote .....	181
Einreichung der Stundenlohnrechnungen.....	182
Einreichungstermin .....	182
Einrichtungen des öffentlichen Rechts.....	182
Einsicht in die Eröffnungsniederschrift.....	182
Einstweiliges Verfügungsverfahren.....	183
Einstweiliges Verfügungsverfahren, Darlegungsnot .....	184
Elektronische Auktion .....	187
Elektronische Mittel im Vergabeverfahren, elektronische, Anforderungen an den Einsatz, EU .....	187
Elektronische Mittel, Bauwerksdatenmodellierung, EU.....	188
Elektronische Mittel bei der Kommunikation, Einsatz alternativer, EU.....	188
Erfüllungsverweigerung des Auftragnehmers .....	188
Erkundungspflicht .....	189
Erkundigungs- und Sicherungspflichten für Tiefbauunternehmen .....	191
Ersatz der Fremdnachbesserungskosten .....	191
Erschließungsanlagen .....	191
Erschließungskosten .....	192
Ersparnisse infolge Kündigung .....	192
Erstprüfung .....	193
Europäischer Gerichtshof (EuGH) .....	193
Europaweite Vergabeverfahren .....	194
Eventualposition .....	194
EU-Amtsblatt.....	194
EU-Kommission.....	195

## Alphabetisches Verzeichnis

<b>F</b>	<b>196</b>
Fachlos .....	196
Fachlosbildung, Begründung für das Unterbleiben der Fachlosbildung, Dokumentation .....	197
Fachunternehmer .....	200
Fälligkeit .....	200
Fälligkeit der Schlusszahlung .....	200
FBS-Richtlinie, Einbau von Beton- und Stahlbetonrohren .....	201
Festpreise .....	202
Festpreisvertrag .....	202
Fiktive Abnahme .....	202
Fixe Kosten; Fixkosten .....	203
Forderung des „Nachweis zur Eignung nach RAL-GZ 961“, Formulierung zur .....	203
Formblätter EFB .....	204
Förmliche Abnahme .....	204
Fortsetzung des Vergabeverfahrens nach Aufhebung .....	205
Fremdkontrolle der Eigenüberwachung .....	206
Fristen .....	207
Funktionale Leistungsbeschreibung .....	208
<b>G</b>	<b>210</b>
Geänderte Leistung, Leistungsverweigerungsrecht .....	210
Gefahrtragung; Gefahrübergang .....	210
Gefälligkeit, Haftung für bauplanende oder überwachende Architektentätigkeit .....	211
Geheimwettbewerb .....	211
Geheimwettbewerb, verbundene Unternehmen .....	212
Gemeinkosten .....	213
Gemeinsame Feststellung von Leistungen .....	213
Generalübernehmer .....	213
Generalunternehmer .....	215
Geräteverzeichnis .....	215
Gerichtsgutachten, Widersprüche zu Privatgutachten .....	215
Gesamtauftragswert .....	216
Gesamtschuldner, Innenverhältnis .....	216
Gesamtschuldnerausgleich, Verjährungsbeginn .....	217
Gesamtschuldverhältnis, mehrere Bauunternehmer .....	217
Gesamtvergabe, Zulässigkeit .....	218
Gewährleistung; Mängelansprüche .....	219
Gewährleistungsfrist .....	220

Gewerbsmäßigkeit.....	220
Gleichbehandlungsgrundsatz .....	221
Gleichwertige Art .....	224
Gleichwertigkeit, Parameter für.....	225
Gleitklauseln, Lohn-Preis-.....	226
Grundposition .....	227
Grundsätze der Vergabe .....	227
Gütesicherung Kanalbau RAL-GZ 961 .....	227
Gütesicherung Grundstücksentwässerung RAL-GZ 968 .....	229
Gütezeichen für Produkte und Bauteile .....	229
Gütezeichen, Benutzung und Überprüfung.....	230
Gütezeichen, Verleihungsverfahren.....	231
GWB .....	232
<b>H</b>	<b>233</b>
Haftpflichtgesetz .....	233
Haftung .....	234
Haftung, Beschädigung von Trinkwasserleitungen .....	235
Haftung der Beteiligten an einem Bauvorhaben als Gesamtschuldner.....	236
Haftung des Anschlussnehmers für Folgen unzulässiger Einleitungen ....	237
Haftung für Kabelschaden bei Tiefbauarbeiten, technischer Minderwert..	238
Haftung für Tiefbauarbeiten, Privatgrundstücke.....	238
Haftung für Überschwemmung durch Rückstau, Gemeinde und Anschlussnehmer .....	238
Haftung, keine für fehlerhafte Bauplanung und Bautätigkeit im Zuge der Erstellung des Abwasserkanals .....	238
Haftung der Gemeinde für Schäden, fehlerhaft durchgeführte Kanalbauarbeiten.....	240
Haftungsausschluss, Unwirksamkeit .....	244
Handbuch, Thema „Ausschreibung und Bauüberwachung von Kanalbaumaßnahmen in offener Bauweise“ (ABAK) .....	245
Handelsregister.....	247
Handwerker, Überwachung, Brandschutzbereich.....	247
Handwerksrolle .....	247
Hauptangebote .....	248
Hauptangebote, mehrere .....	249
Hauptunternehmer.....	251
Herstellkosten .....	251
Hinauszögern der Eröffnung.....	251
Hinterlegung von Geld .....	252
Hinweispflicht des Auftragnehmers.....	252

## Alphabetisches Verzeichnis

HOAI (2013), EuGH-Urteil vom 04.07.2019 (Az. C-377/17) .....	253
HOAI 2009, auch in Teilen europarechtswidrig .....	254
Höhere Gewalt.....	255
Honorarabrechnung, getrennte, bei Regen- und Schmutzwasserkanal, Verkehrsanlage .....	256
Honorarvereinbarung, EU-rechtswidriges HOAI-Preisrecht.....	259
HVA-StB .....	260
<b>I</b> .....	<b>261</b>
Indexklauseln.....	261
Indirekte Kosten.....	261
Irrtum, Anfechtung wegen.....	261
<b>J</b> .....	<b>262</b>
Juristische Person .....	262
<b>K</b> .....	<b>263</b>
Kalkulation .....	263
Kalkulationsirrtum .....	263
Kalkulationsfehler, Ausnutzung, Auftraggeber .....	264
Kanal, sanierter, Anforderungen.....	265
Kanalbauarbeiten, Haftung für Nachbarschäden.....	267
Kanalreinigung.....	267
Kanal- und Schachtsanierungsmaßnahmen, Verbuchung .....	269
Kanalvertiefung, Schadensersatz .....	274
Kartell .....	275
Kartellvergaberecht .....	277
Kommunikation, Grundsätze der, EU .....	277
Konformitätsbewertung.....	277
Kontaminationsrisiko .....	278
Kontrolle der Stoffe und Bauteile .....	279
Kopplungsangebot.....	281
Kostenschätzung .....	281
Kostenüberschreitung, Aufhebung .....	281
Kündigung .....	284
Kündigung aus wichtigem Grund erst nach Abmahnung.....	286
Kündigung, außerordentliche, Werklohnanspruch.....	286
Kündigung eines VOB/B-Vertrages, nach § 314 BGB analog .....	286
Kündigung des Bauvertrags, außerordentliche.....	287
Kündigung durch AN, bei Ablehnung der Nachträge .....	288
Kündigung des Bauvertrages, ordentliche (freie).....	288
Kündigung durch den Auftraggeber (§ 8 VOB/B).....	289

Kündigung, fristlose, als eine ernsthafte und endgültige	
Erfüllungsverweigerung .....	289
Kumulative Verwendung von PQ VOB und „Güteschutz Kanalbau“ .....	290
<b>L</b>	<b>292</b>
Längere Unterbrechung der Ausführung .....	292
Leistung .....	292
Leistung ohne Auftrag.....	292
Leistung, bauseitige.....	293
Leistungsänderung .....	293
Leistungsbeschreibung .....	294
Leistungsbeschreibung einer öffentlichen Ausschreibung, Verständnis ...	296
Leistungsbeschreibung, erkennbare Lückenhaftigkeit .....	296
Leistungsbestimmungsrecht des öffentlichen Auftraggebers.....	297
Leistungsfähigkeit, Allgemein .....	297
Leistungsfähigkeit, Technische.....	298
Leistungsfeststellung und Leistungserfassung .....	299
Leistungsinhalt.....	299
Leistungskette, Pauschalvergütung .....	299
Leistungskürzung durch den Auftraggeber .....	301
Leistungsprogramm .....	301
Leistungsvertrag .....	302
Leistungsverweigerungsrecht des Auftragnehmers .....	302
Leistungsverzeichnis (LV).....	303
Leistungsverzeichnis, erkennbar oder erkannt lücken- oder fehlerhaftes .	303
Leistungsverzeichnis, fehlerhaftes, Prüfungs- und Hinweispflicht.....	304
Leitfabrikate .....	305
Leitfabrikate, Vorgabe nicht zwingend .....	308
Lieferleistungen .....	309
Link genügt (Bekanntgabe Eignungskriterien) .....	310
Lohnleitklausel .....	310
Lose; losweise Vergabe.....	311
Losentscheid bei mehreren Angeboten .....	312
Losverfahren zur Reduzierung der Bewerberzahl.....	315
Lückenhafte Leistungsbeschreibung .....	316
LV .....	317
<b>M</b>	<b>318</b>
Mahnung.....	318
Mahnverfahren.....	318
Mangel.....	318
Mangel, erheblicher – Abriss des Bauwerks.....	319

## Alphabetisches Verzeichnis

Mangelhafte Stoffe oder Bauteile .....	319
Manipulation des Angebotes .....	319
Mängel, Beweissicherung .....	320
Mängel, Minderungsrechte .....	320
Mängel, Unterbrechung der Verjährung bzw. Hemmung des Ablaufs der Verjährung .....	320
Mängelansprüche, bei mangelhafter Leistung .....	321
Mängelansprüche, nach Abnahme, Mangel .....	321
Mängelansprüche, nach Abnahme, funktionaler Mangel .....	321
Mängelansprüche, nach Abnahme, Verjährung .....	322
Mängelansprüche, nach Abnahme, Anspruch auf Mängelbeseitigung, Verjährung .....	322
Mängelansprüche, nach Abnahme, Ersatzvornahme .....	323
Mängelansprüche, nach Abnahme, Mängelbeseitigungsverlangen .....	323
Mängelansprüche, Unverhältnismäßigkeit .....	324
Mängelansprüche, Haftung für Schäden .....	325
Mängelbeseitigung .....	325
Mängelbeseitigung, Arbeiten an Fremdgewerken .....	326
Mängelbeseitigung durch Dritte .....	327
Mängelbeseitigung, mehrfach gescheitert .....	327
Mängelbeseitigung, objektiv geeignet .....	328
Mängelbeseitigung, untaugliche .....	328
Mängelbeseitigung, unverhältnismäßige .....	328
Mängelbeseitigung, Vergütungsansprüche übersteigender Mängelbeseitigungsaufwand .....	329
Mängelbeseitigung, Verhältnismäßigkeit bei „jahrelanger Duldung“ .....	329
Mängelbeseitigung, Verweigerung .....	329
Mängelhaftung, verschuldensunabhängig .....	330
Mängelbeseitigung, Vorschuss .....	330
Mängelbeseitigungskosten, erstattungsfähige .....	331
Mangelhaftigkeit, fehlende Funktionstauglichkeit .....	332
Mängelrüge .....	332
Mängelrüge, E-Mail .....	332
Mehrkosten, „baubetriebsbedingte“ .....	333
Mehrkosten, Zurückweisung .....	333
Mehrvergütungsansprüche wegen Bauzeitverschiebung infolge Vergabeverzögerung .....	334
Mehrwertsteuer .....	335
Mengenabweichung, von über 10 v.H. ....	336
Mengenansätze, Über- und Unterschreitung der .....	336

Mengenänderung.....	336
Mengenänderung, Mindermengen, Kompensation durch anderweitigen Ausgleich .....	337
Merkantiler Minderwert .....	338
Minderung; Minderungsrecht .....	339
Mindestumsatz.....	340
Mischkalkulation .....	340
Missverhältnis von Preis und Leistung.....	341
Mitarbeiterzahl, unzulässiges Zuschlagskriterium.....	342
Mittelstand, mittelständische Interessen .....	343
Mitverschulden.....	344
Mitwirkung des Planers.....	344
Mitwirkungspflichten des Auftraggebers .....	345
Mitwirkungspflichten des Auftragnehmers .....	346
Mündliche Verhandlung, Vergabekammer.....	346
Muster für die Bekanntmachung öffentlicher Aufträge .....	346
Muster und Proben .....	347
<b>N</b>	<b>348</b>
Nachbarrechtlicher Entschädigungsanspruch.....	348
Nachbesserung.....	349
Nachbesserung, Unverhältnismäßigkeit für öffentlichen Auftraggeber .....	349
Nacherfüllung.....	350
Nachforderung von Unterlagen, UVgO, VgV, Dienstleistung .....	350
Nachforderung von Unterlagen, VOB, Bauleistung.....	352
Nachfragemacht .....	354
Nachfristsetzung, präzise .....	354
Nachlässe .....	354
Nachprüfungsantrag, Antragstellung .....	354
Nachprüfungsantrag, Beiziehung Vergabeakten .....	355
Nachprüfungsantrag, Checkliste.....	355
Nachprüfungsantrag, Rüge.....	356
Nachprüfungsantrag, Übermittlung .....	357
Nachprüfungsantrag, Zulässigkeit eines Nachprüfungsverfahrens.....	357
Nachprüfungsverfahren, Aufklärung des Sachverhalts .....	357
Nachprüfungsverfahren, Beiladung .....	358
Nachprüfungsverfahren, Beschluss .....	358
Nachprüfungsverfahren, Beschwerde.....	358
Nachprüfungsverfahren, Divergenzvorlage .....	359
Nachprüfungsverfahren, Gebühren der Vergabekammer.....	359
Nachprüfungsverfahren, Kosten .....	359

## Alphabetisches Verzeichnis

Nachprüfungsverfahren, Kosten für Beigeladenen .....	360
Nachprüfungsverfahren, Kosten für Rechtsanwalt .....	360
Nachprüfungsverfahren, mündliche Verhandlung.....	360
Nachprüfungsverfahren, Rechtsmittelinstanz .....	361
Nachprüfungsverfahren, Schadensersatzklage .....	361
Nachprüfungsverfahren, Vergabeakten .....	361
Nachprüfungsverfahren, Vorprüfung .....	362
Nachprüfungsverfahren, Zuschlagsverbot .....	362
Nachtrag, Preisermittlungs- und Vergütungsbasis.....	362
Nachtrag, Verfahren, Nachtragsvereinbarung .....	363
Nachtrag, Verfahren, Nachweis.....	364
Nachtrag, Verfahren, Prüfung.....	365
Nachtrag, Verfahren, Prüfungsvermerk .....	365
Nachträge; Nachtragsangebot; Nachtragsvereinbarungen.....	366
Nachtragsforderung unberechtigt, Arbeitseinstellung .....	369
Nachunternehmer .....	371
Nachunternehmer, Berufung des Bieters auf.....	372
Nachunternehmer, Vergütung, Fälligkeit .....	372
Nachunternehmer, vertragswidriger Einsatz.....	372
Nachverhandlungen, Nachverhandlungsverbot.....	373
Nebenangebote, allgemeiner Hinweis .....	373
Nebenangebote, Beispiele.....	374
Nebenangebote, Festlegung von Kriterien zur Angebotswertung.....	374
Nebenangebote, Gleichwertigkeitsprüfung .....	375
Nebenangebote, Mindestanforderungen .....	376
Nebenangebote, Mindestanforderungen, unzureichende.....	376
Nebenangebote, nur Preis.....	377
Nebenangebote, SektVO.....	379
Nebenangebote, Verlagerung von Risiken auf den Auftragnehmer.....	381
Nebenangebote, Wirtschaftlichkeitsprüfung .....	382
Newcomer .....	383
Nebenleistungen.....	384
Nicht bestellte Leistungen.....	384
Niedrigpreisangebote .....	384
NUTS-Code .....	385
<b>O</b> .....	<b>386</b>
Objektlose.....	386
Objektüberwacher, Überprüfung der Planung .....	386
Öffentlich-rechtliche Genehmigungen und Erlaubnisse .....	386
Ordnungszahl .....	386

Ortsansässigkeit; ortsansässige Bewerber .....	387
Ortsbesichtigung .....	387
Ortsübliche Vergütung .....	388
OZ .....	388
<b>P</b>	<b>389</b>
Parallelausschreibung .....	389
Pauschalpreis .....	391
Pauschalvertrag .....	392
Pauschalsummen, Vergütungsanpassung bei vereinbarten .....	392
Pauschalvereinbarung, Festanhalten an der .....	393
Pflichtverletzung .....	393
Person, juristische, Anordnung des persönlichen Erscheinens .....	394
Personal, ausreichendes eigenes, zur Auftragsdurchführung .....	395
Planungsfehler .....	396
Planungsleistungen, ausschreibungsbezogene .....	397
Planungsmängel, Verjährung .....	398
Planungs- und Ausführungsmangel, Haftung nur für Verursachungsanteil .....	399
Position; Positionsarten .....	399
Präqualifikation; vorgezogene Eignungsprüfung .....	402
Präqualifikation; Zuordnung des Systems RAL-GZ 961 .....	402
Präqualifizierung; Präqualifizierungsverfahren (PQ-Verfahren) .....	403
Präqualifizierungsstellen „PQ-VOB“ .....	405
„PQ-VOB-Liste“ (Liste des PQ-Vereins, § 6b Abs. 1 VOB/A) .....	406
„PQ-VOB-Liste“, Referenzen .....	406
Preise .....	411
Preisabsprachen .....	411
Preisermittlung .....	412
Preisgleitklauseln .....	412
Preisnachlässe .....	412
Preisspiegel .....	413
Preismanipulation .....	413
Preisprüfung öffentlicher Aufträge .....	413
Preistyp .....	414
Produktbeobachtung, passive .....	415
Produktbezogene Ausschreibung .....	415
Produkt- oder Typenbezeichnung, Anfechtbarkeit .....	418
Projektsteuerungsvertrag, Werk- oder Dienstvertrag .....	419
Prüfbarkeit der Abrechnung .....	420
Prüfungs- und Hinweispflicht des Werkunternehmers .....	421

## Alphabetisches Verzeichnis

Prüfungs- und Hinweispflicht, in Bezug auf Nachfolgewerke.....	422
Prüfung der Schlussrechnung und Fälligkeit der Schlusszahlung .....	422
Prüfung, VOB/A, national.....	423
Prüfungspflicht, Planung.....	423
Public Private Partnership (PPP).....	424
<b>Q</b>	<b>426</b>
Qualifizierungssysteme nach SektVO .....	426
Qualität .....	429
Qualität als Zuschlagskriterium.....	430
Qualitätsmanagement .....	431
Qualitätsmanagement, RAL-Gütesicherung, Verhältnis .....	431
Qualitätssicherung, Prüfstelle .....	432
Qualitätssicherungsmaßnahme, umweltbezogene, RAL-Gütesicherung..	432
Qualitätssicherungsnorm, RAL-Gütesicherung.....	435
<b>R</b>	<b>437</b>
Rahmenvereinbarung, Auftragsvolumen, Ermittlung .....	437
Rahmenvereinbarung, Leistungserweiterung .....	437
Rahmenvereinbarungen .....	438
RAL .....	439
RAL-Gütesicherung .....	439
RAL-Verfahren.....	441
Rechenfehler .....	441
Rechnerische Prüfung der Angebote.....	442
Rechtsschutzbedürfnis, Zuschlagsentscheidung droht.....	443
Referenzen, Allgemein .....	443
Referenzen, bei PQ VOB (PQ-Verein) vorhandene.....	444
Referenzen, Niveau PQ VOB (PQ-Verein) .....	445
Referenzen, Vergleichbarkeit .....	447
Referenzenanzahl, Beschränkung.....	448
Referenzbescheinigung, vom AG unterschriebene .....	449
Regeln der Technik .....	450
Regiebetriebe .....	450
Risiko einer höheren Störkörperbelastung, Übernahme .....	450
Risiko, gewöhnliches, ungewöhnliches .....	452
Rücktritt vom Vertrag .....	452
Rückstauschäden, Haftung für .....	453
Rüge, entbehrlich .....	457
Rüge Vergabeverstoß, Rügeobliegenheit, entfallen .....	458
Rüge Vergabeverstoß, Rügeobliegenheit, entstehen.....	458

<b>S</b>	<b>460</b>
Sanierungsverfahren .....	460
Schaden .....	460
Schadensersatz .....	460
Schadensersatz, Amtspflichtverletzung .....	461
Schadensersatz, erkennbare Baumängel .....	462
Schadensersatz, Schadenshöhe, keine fiktiven Mängelbeseitigungskosten .....	463
Schadensersatz, verwaltungsrechtliches Schuldverhältnis .....	464
Schadensersatz, Wirkungshaftung .....	466
Schadensersatz, gegen den bauaufsichtsführenden Architekten .....	467
Schäden an der Kanalisation durch Baumwurzeln, Haftung für .....	468
Schäden an Häusern, Haftung und Entschädigung .....	472
Schiedsgericht, Schiedsvereinbarung .....	473
Schlechtleistung, Ausschluss wegen früherer .....	474
Schlechtleistung, kein Ausschluss wegen früherer .....	475
Schlussrechnung, Fälligkeit .....	475
Schlussrechnung, prüffähige .....	476
Schlussrechnung, Prüfung durch den Auftraggeber .....	477
Schlusszahlung .....	477
Schlusszahlungseinrede .....	478
Schuldnerkenntnis, deklaratorisches .....	478
Schuldnerverzug .....	479
Schwarzarbeit .....	480
Schwellenwerte .....	481
Selbständiges Beweisverfahren .....	482
Selbständiges Beweisverfahren, Streitverkündung .....	483
Selbstreinigung .....	486
Sicherheits- und Gesundheitsschutz .....	488
Sicherheitsleistung .....	488
Sicherheitsleistung, Verzicht .....	489
Sicherheitsleistung, Arten der Sicherheit .....	489
Sicherheitsleistung, Darlegung der Höhe des Sicherungsanspruchs .....	489
Skonto .....	490
Sonderregelung zur Vergabe von freiberuflichen Leistungen .....	491
Sorgfaltsanforderungen bei Erdarbeiten, Erdrakete .....	492
Sorgfaltsanforderungen bei Erdarbeiten, Versorgungsleitungen .....	492
Sorgfaltsanforderungen bei Versorgungsleitungen .....	492
Sorgfaltspflicht auch auf privaten Grundstücken .....	493
Sowiesokosten .....	494

## Alphabetisches Verzeichnis

Spekulationspreise .....	495
Stoffe, Prüfung von .....	495
Stundenlohnvertrag .....	496
Stundenlohnarbeiten (§ 2 Abs. 10 VOB/B) .....	496
Stundenlohnzettel, Notwendiger Inhalt und Vorlage der .....	497
Submissionsbetrug, Submissionsabsprachen .....	497
Subunternehmer .....	498
Subventionierte Bieter .....	498
Systeme zur Prüfung von Lieferanten und Unternehmen .....	499
<b>T</b>	<b>501</b>
Tariftreueerklärung .....	501
Tatsächliche Abnahme .....	501
Technische Leistungsfähigkeit, Berufliche und .....	502
Technische Vertragsbedingungen .....	503
TED .....	503
Teilabnahme .....	504
Teilkündigung .....	504
Teilleistungen .....	504
Teillos .....	505
Teilnahmewettbewerb, vor Beschränkter Ausschreibung .....	505
Totalübernehmer .....	506
Totalunternehmer .....	507
Transparenzgebot .....	507
<b>U</b>	<b>508</b>
Übernahme von beauftragten Leistungen durch den Auftraggeber (§ 2 Abs. 4 VOB/B) .....	508
Überschreitung der Mengenansätze einer Leistungsposition, um mehr als 10 v.H. (§ 2 Abs. 3 Nr. 2 VOB/B) .....	508
Überwachung der Bauausführung .....	508
Überwachung des Auftragnehmers .....	509
Überwachung durch Architekt .....	509
Überwachung, kein Anrecht des Auftragnehmers auf .....	510
Überwachungsfehler, keine volle Entlastung Planer .....	510
Überwachungsrecht des Auftraggebers .....	511
Überzahlungen, Rückforderung bei .....	512
Übliche Vergütung .....	512
Umsatzangaben für drei Geschäftsjahre .....	513
Unangemessen hoher Preis .....	514
Unter- und Überschreitung der Mengenansätze von verschiedenen Leistungspositionen .....	515

Unteraufträge, EU, VgV .....	515
Unterlagen, Nachforderung von, VOB/A, national .....	516
Unternehmereinsatzformen .....	516
Unterschreitung der Mengenansätze einer Leistungsposition, um mehr als 10 v.H. ....	519
Unterschwelvenvergabeordnung, Einführung .....	521
Unterschwelvenvergabeordnung, Verfahrensarten.....	521
Urheberrechtlich geschütztes Werk, Vernichtung .....	522
<b>V</b>	<b>524</b>
Verbundene Unternehmen .....	524
Verfehlung, schwere .....	524
Vergabebekanntmachung, EU, VgV .....	525
Vergabeunterlagen .....	525
Vergabeunterlagen, Änderungen .....	526
Vergabeunterlagen, Bereitstellung der elektronischen .....	527
Vergabeunterlagen, Bezug auf Regelwerke .....	528
Vergabeunterlagen, eindeutige und widerspruchsfreie .....	529
Vergabeunterlagen, Fehler, Korrektur .....	530
Vergabeunterlagen, Versand der .....	530
Vergabeunterlagen, Verständnis .....	531
Vergabeunterlagen, Zeitpunkt und Umfang .....	532
Vergabeverstoß, Erkennbarkeit .....	532
Vergabevermerk, EU .....	532
Vergütung .....	533
Vergütung, auftragslos erbrachte Leistungen .....	535
Vergütung, Einbehalt von Teilen der .....	536
Vergütung, Fälligkeit .....	536
Vergütung, geänderte .....	537
Vergütung, ohne Einigung auf .....	537
Vergütung, zusätzliche .....	538
Vergütungsansprüche nach § 2 VOB/B .....	539
Verhandlungen mit Bietern .....	541
Verjährung .....	541
Verjährung, Mängelansprüche .....	542
Verkehrssicherungspflicht .....	543
Verlust von Arbeitsgerät .....	544
Vermischung von Kriterien (Eignung - Zuschlag) .....	545
Vermutung, rechtliche .....	546
Verpflichtung zum Anschluss an die Kanalisation .....	547
Verspätung des Bieters zum Eröffnungstermin .....	549

## Alphabetisches Verzeichnis

Verträge, Gemischte; Zuordnung .....	552
Vertragsarten .....	553
Vertragsbedingungen .....	554
Vertragsklauseln, Überprüfung .....	555
Vertragsstrafe .....	556
Vertragsstrafen, Bemessung .....	557
Vertragsstrafen, Beschleunigungsvergütung .....	557
Vertragsunterlagen .....	558
Vertragsverlängerung .....	558
Verzug .....	558
VOB/A .....	559
VOB/B .....	559
VOB/C .....	563
VOB-Vertrag .....	564
Vorauszahlungen .....	564
Vorauszahlungen und Abschlagszahlungen nach § 16 Absatz 1 Nummer 1 Satz 3 VOB/B .....	564
Vorbehalt bei Schlusszahlungen .....	565
Vorbereitung des Vergabeverfahrens, EU, Mitwirkung an der .....	566
Vorgaben, Einhaltung .....	566
VTV Bau .....	567
<b>W</b> .....	<b>568</b>
Wagnis, ungewöhnliches .....	568
Wahlposition .....	569
Wegfall der Geschäftsgrundlage .....	570
Wegfall von Leistungspositionen .....	572
Weitervergabe .....	572
Werkerfolg, geschuldete Leistung .....	572
Werkvertrag .....	574
Wertgrenzen .....	575
Wertung, VOB/A, national .....	575
Wurzeleinwuchs, Haftung, Verkehrssicherungspflicht .....	577
Wurzeleinwuchs, Haftung für .....	579
<b>Z</b> .....	<b>582</b>
Zahlung des Werklohns .....	582
Zeichnungen, Berechnungen oder andere Unterlagen, vom Auftraggeber verlangte .....	583
Zertifizierung nach DIN EN ISO 9001 .....	583
ZTV, Kanalbau in offener Bauweise .....	588
Zulagepositionen; Zuschlagspositionen .....	588

Zulässigkeitsvoraussetzungen, Arten der Vergabe (EU) .....	589
Zulässigkeitsvoraussetzungen, Arten der Vergabe (national).....	591
Zurückversetzung des Vergabeverfahrens in das Verfahrensstadum vor dessen Bekanntmachung .....	592
Zusatzvergütung, fehlender Hinweis auf Kontamination.....	592
Zusätzliche Eignungsanforderungen (§ 6a Abs. 3 VOB/A) .....	592
Zusätzliche Leistungen .....	596
Zusätzliche Leistung, im Vertrag nicht vorgesehene, erforderliche und vom Auftraggeber geforderte.....	596
Zusätzliche Leistungspflichten des Auftragnehmers, im Vertrag nicht vereinbarte.....	597
Zuschlag, verspätet .....	598
Zuwendungsbescheid.....	598
ZVB.....	599



## A

### **Abdichtungsarbeiten, Planung**

Die Planung der Abdichtung eines Bauwerks muss nach Auffassung des BGH bei einwandfreier handwerklicher Ausführung zu einer fachlich richtigen, vollständigen und dauerhaften Abdichtung führen. Wie detailliert diese Planung sein müsse, hänge von den Umständen des Einzelfalles ab. Maßgeblich seien die Anforderungen an die Ausführung insbesondere unter Berücksichtigung der vorhandenen Boden- und Wasserverhältnisse und die Kenntnisse, die von einem ausführenden Unternehmer unter Berücksichtigung der baulichen und örtlichen Gegebenheiten zu erwarten seien. Seien Details der Ausführung besonders schadensträchtig, müssten diese unter Umständen im Einzelnen geplant und dem Unternehmer in einer jedes Risiko ausschließenden Weise verdeutlicht werden, *OLG Stuttgart, Urteil vom 30.11.2010 - 10 U 67/10; BGH, Beschluss vom 28.06.2012 - VII ZR 225/10 - NZB zurückgewiesen.*

### **Abgrenzung, Bau-/Dienstleistungsauftrag**

Die Beurteilung des Hauptgegenstandes eines Vertrages, welcher neben Bau- (§ 103 Abs. 3 GWB) auch Dienstleistungsaufträge (§ 103 Abs. 4 GWB) umfasst, erfolgt anhand der Intensität des Substanzeingriffs.

Die Frage der Abgrenzung stellt sich in der Praxis häufig bei Arbeiten, durch welche ein bestehendes Bauwerk instand gesetzt/gehalten wird.

Ausgehend von der Definition der Bauleistung, deren Ziel es ist, eine bauliche Anlage zu errichten oder zu ändern, ist bei „Instandhaltungsmaßnahmen“ zwischen

- Maßnahmen zur Erhaltung (Dienstleistung) des zum bestimmungsgemäßen Gebrauch geeigneten Zustands (Sollzustands) und
- Maßnahmen zur Wiederherstellung (Bauleistung) des Sollzustands zu unterscheiden.

Beispiele für typengemischte Verträge mit Schwerpunkt Dienstleistungen sind:

- Wartung, z.B. einer Brandmeldeanlage wie auch die Auswechslung einzelner Brandmelder (OLG Düsseldorf, VII-Verg 60/09).

## Abgrenzung, Bau-/Dienstleistungsauftrag

- Beseitigung von Verschleißerscheinungen bzw. kleinerer Schäden
- Pflege z.B. Kanalreinigung

Beispiele für typengemischte Verträge mit Schwerpunkt Bauleistungen sind:

- Verputzarbeiten
- Reparatur größerer Schäden
- Neuanpflanzungen und umfangreichere Erdbewegungsarbeiten
- Arbeiten an Gewässern (= Bauwerk!) - Werden beispielsweise die Krautung der Sohle, Mähen und Krautung der Böschungen, Holzungen etc. unterhalb der Wasseroberfläche ausgeführt, wird durch diese Arbeiten direkt auf das Bauwerk eingewirkt (VK Sachsen-Anhalt, VK 2 LVwA LSA 01/08).
- Korrosionsschutz (Einzelfallbetrachtung notwendig)

Stellen also Kanalreinigungsarbeiten den Hauptgegenstand eines Vertrags dar und sind für diese Arbeiten im Wesentlichen Saug- und Spülmaßnahmen zu erbringen, liegt ein Dienstleistungsauftrag i.S.v. § 99 Abs. 4 GWB a.F. (neu § 103 Abs. 4 GWB) vor. Ein solcher Auftrag ist (daher) und entgegen der im Merkblatt DWA-M 197 der Deutschen Vereinigung für Wasserwirtschaft, Abwasser und Abfall e.V. vertretenen Einschätzung nach den Vorschriften der VOL/A 2009 und nicht nach der VOB/A 2012 auszuschreiben, *VK Westfalen, Beschluss vom 05.08.2015 - VK 2-16/15*.

Gemäß § 99 Abs. 10 Satz 2 GWB a.F. richtet(e) sich der Charakter eines Vertrags, der neben Dienstleistungen auch Bauleistungen umfasst, nach dem Hauptgegenstand des Auftrags. Hauptgegenstand des hier (vg VK Westfalen) vergebenen Auftrags sind Dienstleistungen, weil im Rahmen der nach dem Auftrag schwerpunktmäßig zu erbringenden Kanalreinigungsarbeiten im Wesentlichen Saug- und Spülmaßnahmen mit speziellen Fahrzeugen durchzuführen sind. Auch die auftragsgegenständlichen Kanaluntersuchungen und deren Dokumentation stellen Dienstleistungen dar.

Nach § 103 Abs. 3 GWB n.F. sind Bauaufträge Verträge über die Ausführung oder die gleichzeitige Planung und Ausführung

- von Bauleistungen im Zusammenhang mit einer der Tätigkeiten, die in Anhang II der Richtlinie 2014/24/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Februar 2014 über die öffentliche Auftragsvergabe und zur Aufhebung der Richtlinie 2004/18/EG (ABl. L 94 vom 28.3.2014, S. 65) und Anhang I der Richtlinie 2014/25/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26.

Februar 2014 über die Vergabe von Aufträgen durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie der Postdienste und zur Aufhebung der Richtlinie 2004/17/EG (ABl. L 94 vom 28.3.2014, S. 243) genannt sind, oder

- eines Bauwerkes für den öffentlichen Auftraggeber oder Sektorenauftraggeber, das Ergebnis von Tief- oder Hochbauarbeiten ist und eine wirtschaftliche oder technische Funktion erfüllen soll.

Ein Bauauftrag liegt auch vor, wenn ein Dritter eine Bauleistung gemäß den vom öffentlichen Auftraggeber oder Sektorenauftraggeber genannten Erfordernissen erbringt, die Bauleistung dem Auftraggeber unmittelbar wirtschaftlich zugutekommt und dieser einen entscheidenden Einfluss auf Art und Planung der Bauleistung hat.

Nach vg Anhang II der Richtlinie 2014/24/EU, einem VERZEICHNIS DER TÄTIGKEITEN NACH ARTIKEL 2 ABSATZ 1 NUMMER 6 BUCHSTABE a DER RL, sind die Tätigkeiten im Baugewerbe aufgeführt, für den Kanalbau z.B. (CPV-Code):

Hauptgegenstand

**45.23.24.00-6 Bauarbeiten für Abwasserkanäle**

Ergänzende Gegenstände z.B.:

45.23.24.10-9 Kanalisationsarbeiten

45.23.24.11-6 Bau von Schmutzwasserleitungen

45.23.24.24-0 Bau von Abwasserausmündungsstellen

Auch in Frage kommen z.B.

45.23.13.00-8 Bauarbeiten für Wasser- und Abwasserrohrleitungen

45.23.24.20-2 Bauarbeiten für Abwasserbeseitigungsanlagen

45.23.24.23-3 Bau von Abwasserpumpstationen

Kanalreinigungsarbeiten (im Wesentlichen Saug- und Spülmaßnahmen mit speziellen Fahrzeugen), Kanaluntersuchungen und deren Dokumentation können hier offensichtlich nicht subsummiert werden und stellen Dienstleistungen (CPV hier z.B.: 90.47.00.00-2 bzw. 90.49.10.00-5) dar.

## **Abgrenzung, Bau-/Lieferauftrag**

Werden für ein Bauvorhaben Baumaterialien (hier: Granitsteine und -platten) beschafft, handelt es sich nicht um einen Bau-, sondern um einen Lieferauftrag, wenn keine weiteren Bauleistungen hinzukommen, *VK Nordbayern, Beschluss vom 19.08.2019 - RMF-SG21-3194-4-40*.

Siehe auch Hinweise bei „Kontrolle der Stoffe und Bauteile“.

## **Ablauf der Verfahren, offenes Verfahren**

Bei einem offenen Verfahren wird eine unbeschränkte Anzahl von Unternehmen öffentlich zur Abgabe von Angeboten aufgefordert. Jedes interessierte Unternehmen kann ein Angebot abgeben (§ 3 b EU Absatz 1 VOB/A).

## **Ablauf der Verfahren, nicht offenes Verfahren**

Bei einem nicht offenen Verfahren wird im Rahmen eines Teilnahmewettbewerbs eine unbeschränkte Anzahl von Unternehmen öffentlich zur Abgabe von Teilnahmeanträgen aufgefordert. Jedes interessierte Unternehmen kann einen Teilnahmeantrag abgeben. Mit dem Teilnahmeantrag übermitteln die Unternehmen die vom öffentlichen Auftraggeber geforderten Informationen für die Prüfung der Eignung und das Nichtvorliegen von Ausschlussgründen. Nur diejenigen Unternehmen, die vom öffentlichen Auftraggeber infolge einer Bewertung der übermittelten Information dazu aufgefordert werden, können ein Angebot einreichen. Der öffentliche Auftraggeber kann die Zahl geeigneter Bewerber, die zur Angebotsabgabe aufgefordert werden, begrenzen. Dazu gibt der öffentliche Auftraggeber in der Auftragsbekanntmachung oder der Aufforderung zur Interessensbestätigung die von ihm vorgesehenen objektiven und nicht diskriminierenden Eignungskriterien für die Begrenzung der Zahl, die vorgesehene Mindestzahl und gegebenenfalls auch die Höchstzahl der einzuladenden Bewerber an. Die vorgesehene Mindestzahl der einzuladenden Bewerber darf nicht niedriger als fünf sein. In jedem Fall muss die Zahl der eingeladenen Bewerber ausreichend hoch sein, dass ein echter Wettbewerb gewährleistet ist. Sofern geeignete Bewerber in ausreichender Zahl zur Verfügung stehen, lädt der öffentliche Auftraggeber von diesen eine Anzahl ein, die nicht niedriger als die festgelegte Mindestzahl ist. Sofern die Zahl geeigneter Bewerber unter

der Mindestzahl liegt, darf der öffentliche Auftraggeber das Verfahren ausschließlich mit diesem oder diesen geeigneten Bewerber(n) fortführen (§ 3 b EU Absatz 2 VOB/A).

## **Ablauf der Verfahren, Verhandlungsverfahren mit Teilnahmewettbewerb**

Bei einem Verhandlungsverfahren mit Teilnahmewettbewerb wird im Rahmen des Teilnahmewettbewerbs eine unbeschränkte Anzahl von Unternehmen öffentlich zur Abgabe von Teilnahmeanträgen aufgefordert. Jedes interessierte Unternehmen kann einen Teilnahmeantrag abgeben. Mit dem Teilnahmeantrag übermitteln die Unternehmen die vom öffentlichen Auftraggeber geforderten Informationen für die Prüfung der Eignung und das Nichtvorliegen von Ausschlussgründen. Nur diejenigen Unternehmen, die vom öffentlichen Auftraggeber infolge einer Bewertung der übermittelten Informationen dazu aufgefordert werden, können ein Erstantegebot übermitteln, das die Grundlage für die späteren Verhandlungen bildet (§ 3b EU Absatz 3 Nr. 1+2 VOB/A).

Der öffentliche Auftraggeber kann die Zahl geeigneter Bewerber, die zur Angebotsabgabe aufgefordert werden, begrenzen. Dazu gibt der öffentliche Auftraggeber in der Auftragsbekanntmachung oder der Aufforderung zur Interessensbestätigung die von ihm vorgesehenen objektiven und nicht diskriminierenden Eignungskriterien für die Begrenzung der Zahl, die vorgesehene Mindestzahl und gegebenenfalls auch die Höchstzahl der einzuladenden Bewerber an. Die vorgesehene Mindestzahl der einzuladenden Bewerber darf nicht niedriger als drei sein. In jedem Fall muss die Zahl der eingeladenen Bewerber ausreichend hoch sein, dass ein echter Wettbewerb gewährleistet ist. Sofern geeignete Bewerber in ausreichender Zahl zur Verfügung stehen, lädt der öffentliche Auftraggeber von diesen eine Anzahl ein, die nicht niedriger als die festgelegte Mindestzahl ist. Sofern die Zahl geeigneter Bewerber unter der Mindestzahl liegt, darf der öffentliche Auftraggeber das Verfahren ausschließlich mit diesem oder diesen geeigneten Bewerber(n) fortführen (§ 3b EU Absatz 3 Nr. 3 VOB/A).

## **Ablauf der Verfahren, Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb**

Bei einem Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb erfolgt keine öffentliche Aufforderung zur Teilnahme (§ 3b EU Absatz 3 Nr. 4 VOB/A).

## **Ablauf der Verfahren, Verhandlungsverfahren, Verhandeln**

Die Mindestanforderungen und die Zuschlagskriterien sind nicht Gegenstand von Verhandlungen. Der öffentliche Auftraggeber verhandelt mit den Bietern über die von ihnen eingereichten Erstangebote und alle Folgeangebote, mit Ausnahme der endgültigen Angebote, mit dem Ziel, die Angebote inhaltlich zu verbessern. Der öffentliche Auftraggeber kann öffentliche Aufträge auf der Grundlage der Erstangebote vergeben, ohne in Verhandlungen einzutreten, wenn er in der Auftragsbekanntmachung oder in der Aufforderung zur Interessensbestätigung darauf hingewiesen hat, dass er sich diese Möglichkeit vorbehält. Der öffentliche Auftraggeber kann vorsehen, dass das Verhandlungsverfahren in verschiedenen aufeinander folgenden Phasen abgewickelt wird, um so die Zahl der Angebote, über die verhandelt wird, oder die zu erörternden Lösungen anhand der vorgegebenen Zuschlagskriterien zu verringern. Wenn der öffentliche Auftraggeber dies vorsieht, gibt er dies in der Auftragsbekanntmachung, der Aufforderung zur Interessensbestätigung oder in den Vergabeunterlagen an. In der Schlussphase des Verfahrens müssen so viele Angebote vorliegen, dass ein echter Wettbewerb gewährleistet ist, sofern eine ausreichende Anzahl von geeigneten Bietern vorhanden ist. Der öffentliche Auftraggeber stellt sicher, dass alle Bieter bei den Verhandlungen gleich behandelt werden. Insbesondere enthält er sich jeder diskriminierenden Weitergabe von Informationen, durch die bestimmte Bieter gegenüber anderen begünstigt werden könnten. Er unterrichtet alle Bieter, deren Angebote nicht ausgeschieden wurden, schriftlich über etwaige Änderungen der Leistungsbeschreibung, insbesondere der technischen Anforderungen oder anderer Bestandteile der Vergabeunterlagen, die nicht die Festlegung der Mindestanforderungen betreffen. Im Anschluss an solche Änderungen gewährt der öffentliche Auftraggeber den Bietern ausreichend Zeit, um ihre Angebote zu ändern und gegebenenfalls überarbeitete Angebote einzureichen. Der öffentliche Auftraggeber darf vertrauliche Informationen eines an den Verhandlungen teilnehmenden Bieters nicht ohne dessen Zustimmung an die anderen Teilnehmer weitergeben. Eine solche Zustimmung darf nicht allgemein erteilt werden, sondern wird nur in Bezug auf die beabsichtigte Mitteilung bestimmter Informationen erteilt. Beabsichtigt der öffentliche Auftraggeber, die Verhandlungen abzuschließen, so unterrichtet er die verbleibenden Bieter und legt eine einheitliche Frist für die Einreichung neuer oder überarbeiteter Angebote fest. Er vergewissert sich, dass die endgültigen Angebote den Mindestanforderungen entsprechen und erteilt den Zuschlag (§ 3b EU Absatz 3 Nr. 5 - 10 VOB/A).

## **Ablauf der Verfahren, wettbewerblicher Dialog**

Beim wettbewerblichen Dialog fordert der öffentliche Auftraggeber eine unbeschränkte Anzahl von Unternehmen im Rahmen eines Teilnahmewettbewerbs öffentlich zur Abgabe von Teilnahmeanträgen auf. Jedes interessierte Unternehmen kann einen Teilnahmeantrag abgeben. Mit dem Teilnahmeantrag übermitteln die Unternehmen die vom öffentlichen Auftraggeber geforderten Informationen für die Prüfung der Eignung und das Nichtvorliegen von Ausschlussgründen. Nur diejenigen Unternehmen, die vom öffentlichen Auftraggeber infolge einer Bewertung der übermittelten Informationen dazu aufgefordert werden, können in den Dialog mit dem öffentlichen Auftraggeber eintreten. Der öffentliche Auftraggeber kann die Zahl geeigneter Bewerber, die zur Angebotsabgabe aufgefordert werden, begrenzen. Dazu gibt der öffentliche Auftraggeber in der Auftragsbekanntmachung oder der Aufforderung zur Interessensbestätigung die von ihm vorgesehenen objektiven und nicht diskriminierenden Eignungskriterien für die Begrenzung der Zahl, die vorgesehene Mindestzahl und gegebenenfalls auch die Höchstzahl der einzuladenden Bewerber an. Die vorgesehene Mindestzahl der einzuladenden Bewerber darf nicht niedriger als drei sein. In jedem Fall muss die Zahl der eingeladenen Bewerber ausreichend hoch sein, dass ein echter Wettbewerb gewährleistet ist. Sofern geeignete Bewerber in ausreichender Zahl zur Verfügung stehen, lädt der öffentliche Auftraggeber von diesen eine Anzahl ein, die nicht niedriger als die festgelegte Mindestzahl ist. Sofern die Zahl geeigneter Bewerber unter der Mindestzahl liegt, darf der öffentliche Auftraggeber das Verfahren ausschließlich mit diesem oder diesen geeigneten Bewerber(n) fortführen. In der Auftragsbekanntmachung oder den Vergabeunterlagen zur Durchführung eines wettbewerblichen Dialogs beschreibt der öffentliche Auftraggeber seine Bedürfnisse und Anforderungen an die zu beschaffende Leistung. Gleichzeitig erläutert und definiert er die hierbei zugrunde gelegten Zuschlagskriterien und legt einen vorläufigen Zeitrahmen für Verhandlungen fest. Der öffentliche Auftraggeber eröffnet mit den ausgewählten Unternehmen einen Dialog, in dem er ermittelt und festlegt, wie seine Bedürfnisse am besten erfüllt werden können. Dabei kann er mit den ausgewählten Unternehmen alle Einzelheiten des Auftrages erörtern. Er sorgt dafür, dass alle Unternehmen bei dem Dialog gleich behandelt werden, gibt Lösungsvorschläge oder vertrauliche Informationen eines Unternehmens nicht ohne dessen Zustimmung an die anderen Unternehmen weiter und verwendet diese nur im Rahmen des Vergabeverfahrens. Der öffentliche Auftraggeber kann vorsehen, dass der Dialog in verschiedenen aufeinander folgenden Phasen geführt wird, sofern der öffentliche Auftraggeber darauf in der Auftragsbekanntmachung oder in den Vergabeunterlagen hingewiesen hat.

## Ablauf der Verfahren, wettbewerblicher Dialog

In jeder Dialogphase kann die Zahl der zu erörternden Lösungen anhand der vorgegebenen Zuschlagskriterien verringert werden. Der öffentliche Auftraggeber hat die Unternehmen zu informieren, wenn deren Lösungen nicht für die folgende Dialogphase vorgesehen sind. In der Schlussphase müssen noch so viele Lösungen vorliegen, dass ein echter Wettbewerb gewährleistet ist, sofern ursprünglich eine ausreichende Anzahl von Lösungen oder geeigneten Bietern vorhanden war. Der öffentliche Auftraggeber schließt den Dialog ab, wenn a) eine Lösung gefunden worden ist, die seine Bedürfnisse und Anforderungen erfüllt, oder b) erkennbar ist, dass keine Lösung gefunden werden kann. Der öffentliche Auftraggeber informiert die Unternehmen über den Abschluss des Dialogs. Der öffentliche Auftraggeber fordert die Unternehmen auf, auf der Grundlage der eingereichten und in der Dialogphase näher ausgeführten Lösungen ihr endgültiges Angebot vorzulegen. Die Angebote müssen alle Einzelheiten enthalten, die zur Ausführung des Projekts erforderlich sind. Der öffentliche Auftraggeber kann Klarstellungen und Ergänzungen zu diesen Angeboten verlangen. Diese Klarstellungen oder Ergänzungen dürfen nicht dazu führen, dass grundlegende Elemente des Angebots oder der Auftragsbekanntmachung geändert werden, der Wettbewerb verzerrt wird oder andere am Verfahren beteiligte Unternehmen diskriminiert werden. Der öffentliche Auftraggeber bewertet die Angebote anhand der in der Auftragsbekanntmachung oder in der Beschreibung festgelegten Zuschlagskriterien. Der öffentliche Auftraggeber kann mit dem Unternehmen, dessen Angebot als das wirtschaftlichste ermittelt wurde, mit dem Ziel Verhandlungen führen, um im Angebot enthaltene finanzielle Zusagen oder andere Bedingungen zu bestätigen, die in den Auftragsbedingungen abschließend festgelegt werden. Dies darf nicht dazu führen, dass wesentliche Bestandteile des Angebots oder des öffentlichen Auftrags einschließlich der in der Auftragsbekanntmachung oder der Beschreibung festgelegten Bedürfnisse und Anforderungen grundlegend geändert werden, und dass der Wettbewerb verzerrt wird oder andere am Verfahren beteiligte Unternehmen diskriminiert werden. Verlangt der öffentliche Auftraggeber, dass die am wettbewerblichen Dialog teilnehmenden Unternehmen Entwürfe, Pläne, Zeichnungen, Berechnungen oder andere Unterlagen ausarbeiten, muss er einheitlich allen Unternehmen, die die geforderten Unterlagen rechtzeitig vorgelegt haben, eine angemessene Kostenerstattung gewähren (§ 3b EU Absatz 4 VOB/A).

## **Ablauf der Verfahren, Innovationspartnerschaft**

Bei einer Innovationspartnerschaft beschreibt der öffentliche Auftraggeber in der Auftragsbekanntmachung oder den Vergabeunterlagen die Nachfrage nach der innovativen Bauleistung. Dabei ist anzugeben, welche Elemente dieser Beschreibung Mindestanforderungen darstellen. Es sind Eignungskriterien vorzugeben, die die Fähigkeiten der Unternehmen auf dem Gebiet der Forschung und Entwicklung sowie die Ausarbeitung und Umsetzung innovativer Lösungen betreffen. Die bereitgestellten Informationen müssen so genau sein, dass die Unternehmen Art und Umfang der geforderten Lösung erkennen und entscheiden können, ob sie eine Teilnahme an dem Verfahren beantragen. Der öffentliche Auftraggeber fordert eine unbeschränkte Anzahl von Unternehmen im Rahmen eines Teilnahmewettbewerbs öffentlich zur Abgabe von Teilnahmeanträgen auf. Jedes interessierte Unternehmen kann einen Teilnahmeantrag abgeben. Mit dem Teilnahmeantrag übermitteln die Unternehmen die vom öffentlichen Auftraggeber geforderten Informationen für die Prüfung der Eignung und das Nichtvorliegen von Ausschlussgründen. Nur diejenigen Unternehmen, die vom öffentlichen Auftraggeber infolge einer Bewertung der übermittelten Informationen dazu aufgefordert werden, können ein Angebot in Form von Forschungs- und Innovationsprojekten einreichen. Der öffentliche Auftraggeber kann die Zahl geeigneter Bewerber, die zur Angebotsabgabe aufgefordert werden, begrenzen. Dazu gibt der öffentliche Auftraggeber in der Auftragsbekanntmachung oder der Aufforderung zur Interessensbestätigung die von ihm vorgesehenen objektiven und nicht diskriminierenden Eignungskriterien für die Begrenzung der Zahl, die vorgesehene Mindestzahl und gegebenenfalls auch die Höchstzahl der einzuladenden Bewerber an. Die vorgesehene Mindestzahl der einzuladenden Bewerber darf nicht niedriger als drei sein. In jedem Fall muss die Zahl der eingeladenen Bewerber ausreichend hoch sein, dass ein echter Wettbewerb gewährleistet ist. Sofern geeignete Bewerber in ausreichender Zahl zur Verfügung stehen, lädt der öffentliche Auftraggeber von diesen eine Anzahl ein, die nicht niedriger als die festgelegte Mindestzahl ist. Sofern die Zahl geeigneter Bewerber unter der Mindestzahl liegt, darf der öffentliche Auftraggeber das Verfahren ausschließlich mit diesem oder diesen geeigneten Bewerber(n) fortführen. Der öffentliche Auftraggeber verhandelt mit den Bietern über die von ihnen eingereichten Erstangebote und alle Folgeangebote, mit Ausnahme der endgültigen Angebote, mit dem Ziel, die Angebote inhaltlich zu verbessern. Dabei darf über den gesamten Auftragsinhalt verhandelt werden mit Ausnahme der vom öffentlichen Auftraggeber in den Vergabeunterlagen festgelegten Mindestanforderungen und Zuschlagskriterien. Sofern der öffentliche Auftraggeber in der Auftragsbekanntmachung oder in

den Vergabeunterlagen darauf hingewiesen hat, kann er die Verhandlungen in verschiedenen aufeinander folgenden Phasen abwickeln, um so die Zahl der Angebote, über die verhandelt wird, anhand der vorgegebenen Zuschlagskriterien zu verringern. Der öffentliche Auftraggeber trägt dafür Sorge, dass alle Bieter bei den Verhandlungen gleich behandelt werden. Insbesondere enthält er sich jeder diskriminierenden Weitergabe von Informationen, durch die bestimmte Bieter gegenüber anderen begünstigt werden könnten. Er unterrichtet alle Bieter, deren Angebote nicht ausgeschieden wurden, in Textform über etwaige Änderungen der Anforderungen und sonstigen Informationen in den Vergabeunterlagen, die nicht die Festlegung der Mindestanforderungen betreffen. Im Anschluss an solche Änderungen gewährt der öffentliche Auftraggeber den Bietern ausreichend Zeit, um ihre Angebote zu ändern und gegebenenfalls überarbeitete Angebote einzureichen. Der öffentliche Auftraggeber darf vertrauliche Informationen eines an den Verhandlungen teilnehmenden Bieters nicht ohne dessen Zustimmung an die anderen Teilnehmer weitergeben. Eine solche Zustimmung darf nicht allgemein, sondern nur in Bezug auf die beabsichtigte Mitteilung bestimmter Informationen erteilt werden. Der öffentliche Auftraggeber muss in den Vergabeunterlagen die zum Schutz des geistigen Eigentums geltenden Vorkehrungen festlegen. Die Innovationspartnerschaft wird durch Zuschlag auf Angebote eines oder mehrerer Bieter eingegangen. Eine Erteilung des Zuschlags allein auf der Grundlage des niedrigsten Preises oder der niedrigsten Kosten ist ausgeschlossen. Der öffentliche Auftraggeber kann die Innovationspartnerschaft mit einem Partner oder mit mehreren Partnern, die getrennte Forschungs- und Entwicklungstätigkeiten durchführen, eingehen. Die Innovationspartnerschaft wird entsprechend dem Forschungs- und Innovationsprozess in zwei aufeinander folgenden Phasen strukturiert: a) einer Forschungs- und Entwicklungsphase, die die Herstellung von Prototypen oder die Entwicklung der Bauleistung umfasst, und b) einer Leistungsphase, in der die aus der Partnerschaft hervorgegangene Leistung erbracht wird. Die Phasen sind durch die Festlegung von Zwischenzielen zu untergliedern, bei deren Erreichen die Zahlung der Vergütung in angemessenen Teilbeträgen vereinbart wird. Der öffentliche Auftraggeber stellt sicher, dass die Struktur der Partnerschaft und insbesondere die Dauer und der Wert der einzelnen Phasen den Innovationsgrad der vorgeschlagenen Lösung und der Abfolge der Forschungs- und Innovationstätigkeiten widerspiegeln. Der geschätzte Wert der Bauleistung darf in Bezug auf die für ihre Entwicklung erforderlichen Investitionen nicht unverhältnismäßig sein. Auf der Grundlage der Zwischenziele kann der öffentliche Auftraggeber am Ende jedes Entwicklungsab-

schnitts entscheiden, ob er die Innovationspartnerschaft beendet oder, im Fall einer Innovationspartnerschaft mit mehreren Partnern, die Zahl der Partner durch die Kündigung einzelner Verträge reduziert, sofern der öffentliche Auftraggeber in der Auftragsbekanntmachung oder in den Vergabeunterlagen darauf hingewiesen hat, dass diese Möglichkeiten bestehen und unter welchen Umständen davon Gebrauch gemacht werden kann. Nach Abschluss der Forschungs- und Entwicklungsphase ist der öffentliche Auftraggeber zum anschließenden Erwerb der innovativen Leistung nur dann verpflichtet, wenn das bei Eingehung der Innovationspartnerschaft festgelegte Leistungsniveau und die Kostenobergrenze eingehalten werden (§ 3 b EU Absatz 5 Nr. 1 bis 9 VOB/A).

### **Abmagerungsangebote**

Unter Abmagerungsangebote versteht man Nebengebote, die gegenüber dem Hauptangebot lediglich einen geänderten Leistungsumfang aufweisen. Sie sind unzulässig, weil nicht gleichwertig. Nebengebote, die quantitativ nicht gleichwertig sind, dürfen darüber hinaus vom Auftraggeber nicht gewertet werden. Sie verzerrten den Wettbewerb, weil nicht auszuschließen ist, dass andere Bieter bei Kenntnis des entsprechend veränderten Leistungsumfangs günstigere Angebote abgegeben hätten.

### **Abnahme und Verjährungsfrist für Mängelbeseitigungsleistung**

Vor der Abnahme ist der Auftragnehmer für seine behauptete vertragsgemäße Leistungserbringung beweispflichtig; die Beweispflicht für im Abnahmeprotokoll aufgeführte Mängel und geringe Restarbeiten liegt beim Auftraggeber. Durch eine Abnahme wird der Erfüllungsanspruch zum Mängelbeseitigungsanspruch; dies gilt auch für Restarbeiten. Für den Anspruch auf Beseitigung eines Mangels ist zu beachten, dass am Tag nach dem Zugang der Mängelrüge beim Auftragnehmer eine neue Verjährungsfrist für die beanstandete Leistung beginnt. Sie endet nach § 13 Absatz 5 VOB/B nach zwei Jahren, nicht aber vor Ablauf der Regelfrist bzw. der vertraglich vereinbarten Frist. Bei Schadenersatzansprüchen ist die abweichende Verjährungsfrist nach § 13 Absatz 7 Nummer. 4 VOB/B zu beachten. Die Verjährungsfrist für die Mängelansprüche hinsichtlich der Mängelbeseitigungsleistung beginnt am Tag nach der Abnahme dieser Leistung. Sie endet nach 2 Jahren, jedoch nicht vor Ablauf der Regelfrist (§ 13 Absatz 4 VOB/B).

## **Abnahme, Abnahmefiktion**

Nach VOB/B gilt Folgendes: Wird keine Abnahme verlangt, so gilt die Leistung als abgenommen mit Ablauf von 12 Werktagen nach schriftlicher Mitteilung über die Fertigstellung der Leistung. Wird keine Abnahme verlangt und hat der Auftraggeber die Leistung oder einen Teil der Leistung in Benutzung genommen, so gilt die Abnahme nach Ablauf von 6 Werktagen nach Beginn der Benutzung als erfolgt, wenn nichts anderes vereinbart ist. Die Benutzung von Teilen einer baulichen Anlage zur Weiterführung der Arbeiten gilt nicht als Abnahme. Siehe auch „Fiktive Abnahme.“

## **Abnahme, Abnahmeverlangen**

Nach VOB/B gilt Folgendes: Verlangt der Auftragnehmer nach der Fertigstellung – gegebenenfalls auch vor Ablauf der vereinbarten Ausführungsfrist – die Abnahme der Leistung, so hat sie der Auftraggeber binnen 12 Werktagen durchzuführen; eine andere Frist kann vereinbart werden.

## **Abnahme, fehlende, – trotz erheblichem Zeitablauf nach Ingebrauchnahme**

Auch nach einer über sechsjährigen Ingebrauchnahme eines Gebäudes kann es an einer konkludenten Abnahme fehlen. An die Feststellung eines konkludenten Verzichtswillens von der vertraglich vereinbarten förmlichen Abnahme sind erhebliche Anforderungen zu stellen. Die fehlende Übergabe von Revisionsplänen kann einen wesentlichen Mangel darstellen, der einer Abnahmereife entgegensteht. Gleiches gilt für ein unzureichendes Bodengefälle in zahlreichen Bädern eines Gebäudes, *OLG Hamm, Urteil vom 17.06.2008 - 19 U 152/04.*

## **Abnahme, förmliche**

Nach VOB/B gilt Folgendes: Eine förmliche Abnahme hat stattzufinden, wenn eine Vertragspartei es verlangt. Jede Partei kann auf ihre Kosten einen Sachverständigen zuziehen. Der Befund ist in gemeinsamer Verhandlung schriftlich niederzulegen. In die Niederschrift sind etwaige Vorbehalte wegen bekannter Mängel und wegen Vertragsstrafen aufzunehmen, ebenso etwaige Einwendungen des Auftragnehmers. Jede Partei erhält eine Ausfertigung. Die förmliche Abnahme kann in Abwesenheit des Auftragnehmers stattfinden, wenn der Termin vereinbart war oder der Auftraggeber mit genügender Frist dazu eingeladen hatte. Das Ergebnis der

Abnahme ist dem Auftragnehmer alsbald mitzuteilen (§ 12 Absatz 4 VOB/B). Weitere Hinweise siehe unter „Förmliche Abnahme“.

## **Abnahme, förmliche, Ausschluss Abnahmefiktion**

Ist im Vertrag eine förmliche Abnahme vereinbart, kommen sowohl Abnahmefiktion als auch konkludente Abnahme nicht in Betracht. Wegen des Erfordernisses der förmlichen Abnahme ist eine fiktive Abnahme nach § 12 Nr. 5 Abs. 1 VOB/B nicht möglich. Zwar wird teilweise vertreten, dass dann, wenn innerhalb der Frist des § 12 Nr. 5 Abs. 1 VOB/B 2009 kein Abnahmetermin anberaumt und die Abnahme auch nicht ausdrücklich verweigert wird, davon auszugehen sei, dass auf die vertraglich vereinbarte förmliche Abnahme verzichtet werde, so dass nach Ablauf von zwölf Werktagen nach Erhalt der Fertigstellungsmitteilung gem. § 12 Nr. 5 Abs. 1 VOB/B oder durch Inbenutzungnahme gem. § 12 Nr. 5 Abs. 2 VOB/B die Abnahme als erfolgt gelte (vgl. KG Berlin, Beschluss vom 07. Januar 2014 - 7 U 103/13 - ; KG Berlin, Beschluss vom 08. November 2013 - 7 U 103/13 - ; KG Berlin, Urteil vom 04. April 2006 - 7 U 247105 - NZBau 2006, 436). Indes folgt hier der Senat der Ansicht, wonach die vertragliche Vereinbarung einer förmlichen Abnahme eine Abnahmefiktion nach § 12 Abs. 5 VOB/B und eine konkludente Abnahme ausschließt (vgl. Brandenburgisches Oberlandesgericht, Urteil vom 25. Januar 2012 - 4 U 7/10 - NJW-RR 2012, 655; Abu Saris, in: Nicklisch/Weick/Jansen/Seibel, VOB/B, 4. Auflage 2016). Wenn die förmliche Abnahme bereits im Werkvertrag vereinbart worden ist (vgl. Bröker, in: Ganten/Jansen/Voit, Beck'scher VOB-Kommentar, Teil B, 3. Auflage 2013, § 12 Abs. 5 [Fiktive Abnahme] Rn. 5), muss diese nicht mehr eigens „verlangt“ werden (vgl. KG Berlin, Urteil vom 04. April 2006 - 7 U 247105 - NZBau 2006, 436; Abu Saris, in: Nicklisch/Weick/Jansen/Seibel, VOB/B, 4. Auflage 2016, § 12 VOB/B Rn. 126). Damit aber fehlt es schon („Wird keine Abnahme verlangt“) an den Voraussetzungen der fiktiven Abnahme, so dass eine fiktive Abnahme nach § 12 Nr. 5 Abs. 1 VOB/B 2009 ausscheidet (vgl. Bröker, in: Ganten/Jansen/Voit, Beck'scher VOB-Kommentar, Teil B, 3. Auflage 2013, § 12 Abs. 5 [Fiktive Abnahme] Rn. 5). Eine spätere konkludente Abnahme durch Nutzung ist damit deshalb nicht anzunehmen, weil die Parteien die Billigung des Werkes ausdrücklich an die förmliche Abnahme geknüpft haben (vgl. OLG Hamm, Urteil vom 12. Dezember 2006 - 26 U 49/04 -). Obgleich die bereits im Bauvertrag vereinbarte förmliche Abnahme Vorrang vor den anderen Abnahmeformen hat, ist möglich, dass die Parteien durch ausdrückliche Erklärung oder durch schlüssiges Verhalten auf die förmliche Abnahme verzichten. Die Vereinbarung einer förmlichen Abnahme kann nämlich ihrerseits konkludent wieder aufgehoben werden (vgl. BGH,

## Abnahme, Wirkung

Urteil vom 22. Dezember 2000 - VII ZR 310/99 - NJW 2001, 818; OLG Düsseldorf, Urteil vom 19. November 2013 - I-23 U 15/13 -), da ein vereinbarter Formzwang jederzeit formlos durch die Vertragsparteien aufgehoben werden kann (vgl. BGH, Urteil vom 03. November 1992 - X ZR 83/90 - NJW 1993, 1063). An die Voraussetzungen einer konkludenten Aufhebung sind jedoch strenge Anforderungen zu stellen, *OLG Hamm, Urteil vom 30.04.2019 - 24 U 14/18*.

### **Abnahme, Wirkung**

Nach VOB/B gilt Folgendes: Mit der Abnahme geht die Gefahr auf den Auftraggeber über.

### **Abnahmeniederschrift**

Bei förmlicher Abnahme ist nach § 12 Abs. 4 Nr. 1 S. 3 VOB/B der Abnahmebefund in einer gemeinsamen Verhandlung schriftlich niederzulegen und zu unterzeichnen. Bis zu der Abnahmeniederschrift können noch Vorbehalte aufgenommen oder erklärt werden.

### **Abnahmereife**

Von Abnahmereife spricht man, wenn die Bauleistung im Wesentlichen, also bis auf geringfügige bzw. unwesentliche Mängel oder Restarbeiten, erbracht ist, so dass die Abnahme vorgenommen werden kann.

### **Abnahmetermin**

Häufig wird in Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Zeitpunkt der Abnahme vom jeweiligen Verwender in seinem Sinne geändert. Eine Vorverlegung oder Hinausschiebung des Abnahmetermins wird häufig unzulässig sein. Wird in AGB des Auftragnehmers der Abnahmezeitpunkt in eine Zeit vorverlegt, in der z. B. noch gar kein Abnahmewille des Auftraggebers vorhanden sein konnte, liefe dies auf eine unzulässige Fiktion der Abnahme hinaus. Umgekehrt wird man ein Hinausschieben des A. durch den Auftraggeber als unangemessen zu beurteilen haben.

### **Abnahmeverweigerung**

Wird die Abnahme vom Auftraggeber verweigert, stellt sich die Frage, ob dies zu Recht oder zu Unrecht erfolgt. Wenn das Werk vertragsgemäß hergestellt ist, ist

der Auftraggeber zur Abnahme verpflichtet. Lehnt er dennoch die Abnahme ab, so kann der Auftragnehmer den Auftraggeber auf Abnahme und Zahlung des Werklohnes in Anspruch nehmen. Während früher die Abnahme grundsätzlich wegen jeden Mangels verweigert werden konnte, kann nach heutiger Rechtslage die Abnahme wegen unwesentlicher Mängel nicht verweigert werden (§ 640 BGB). Ob ein wesentlicher Mangel vorliegt, kann nach der Rechtsprechung nur aufgrund einer Zusammenschau aller relevanten Umstände ermittelt werden.

### **Abrechnung**

Nach § 14 VOB/B gilt Folgendes: Der Auftragnehmer hat seine Leistungen prüfbar abzurechnen. Er hat die Rechnungen übersichtlich aufzustellen und dabei die Reihenfolge der Posten einzuhalten und die in den Vertragsbestandteilen enthaltenen Bezeichnungen zu verwenden. Die zum Nachweis von Art und Umfang der Leistung erforderlichen Mengenberechnungen, Zeichnungen und andere Belege sind beizufügen. Änderungen und Ergänzungen des Vertrags sind in der Rechnung besonders kenntlich zu machen; sie sind auf Verlangen getrennt abzurechnen.

Die für die Abrechnung notwendigen Feststellungen sind dem Fortgang der Leistung entsprechend möglichst gemeinsam vorzunehmen. Die Abrechnungsbestimmungen in den Technischen Vertragsbedingungen und den anderen Vertragsunterlagen sind zu beachten. Für Leistungen, die bei Weiterführung der Arbeiten nur schwer feststellbar sind, hat der Auftragnehmer rechtzeitig gemeinsame Feststellungen zu beantragen.

Die Schlussrechnung muss bei Leistungen mit einer vertraglichen Ausführungsfrist von höchstens 3 Monaten spätestens 12 Werktage nach Fertigstellung eingereicht werden, wenn nichts anderes vereinbart ist; diese Frist wird um je 6 Werktage für je weitere 3 Monate Ausführungsfrist verlängert.

Reicht der Auftragnehmer eine prüfbare Rechnung nicht ein, obwohl ihm der Auftraggeber dafür eine angemessene Frist gesetzt hat, so kann sie der Auftraggeber selbst auf Kosten des Auftragnehmers aufstellen.

### **Abrechnung, Prüfbarkeit der Rechnung**

Sofort nach Eingang jeder Art von Rechnung (Abschlags-, Vorauszahlung-, Schluss- und Teilschlussrechnung sowie Stundenlohnrechnung) ist zu prüfen, ob

## Abrechnung, Mehrleistungen beim Pauschalvertrag

die Rechnung prüfbar ist und alle zur Beurteilung des Leistungsumfangs erforderlichen Unterlagen vollständig und zweifelsfrei sind. Ist dies nicht der Fall, ist die Rechnung unverzüglich schriftlich zurückzuweisen. Die Gründe für die Zurückweisung sind darzulegen; auf die Nichtprüfbarkeit ist hinzuweisen. Fristsetzung: Wenn der Auftragnehmer innerhalb der Frist des § 14 Absatz 3 VOB/B keine prüfbare Rechnung eingereicht hat, ist ihm schriftlich eine angemessene Frist mit dem Hinweis zu setzen, dass nach deren Ablauf die Rechnung auf seine Kosten aufgestellt wird.

### **Abrechnung, Mehrleistungen beim Pauschalvertrag**

Im Falle des Pauschalvertrages müssen auch Mehrleistungen ausgehend von der Urkalkulation berechnet werden. Dies gilt vor allen Dingen dann, wenn es sich um im ursprünglichen Pauschalvertrag enthaltene Leistungen handelt, die lediglich geändert wurden, teilweise zu einem Wegfall von Leistungen führten oder zu unnützen Leistungen bzw. um Leistungen, die anstelle der ursprünglichen Leistung getreten sind, *OLG Dresden, Urteil vom 27.01.2006 - 12 U 2705/99*.

### **Abschlagsrechnung, Erstellung nach Fertigstellung der Arbeiten und Stellung der Schlussrechnung**

Zwar geht der Anspruch auf Abschlagsrechnung nach der Fertigstellung der Arbeiten und Stellung der Schlussrechnung grundsätzlich unter, dies gilt jedoch dann nicht, wenn mangels Abnahme oder Abnahmefähigkeit des Werks die Fälligkeit des Werklohnanspruchs nicht eintreten kann. In diesem Fall können Abschlagszahlungen gemäß § 16 Abs. 1 Nr. 1 VOB/B aber nur in Höhe des Wertes der jeweils nachgewiesenen vertragsgemäßen Leistungen einschließlich des ausgewiesenen, darauf entfallenden Umsatzsteuerbetrags geltend gemacht werden, *OLG Koblenz, Urteil vom 10.02.2015 – 3 U 317/13*.

### **Abschlagszahlung**

Abschlagszahlungen sind nach VOB/B auf Antrag in möglichst kurzen Zeitabständen oder zu den vereinbarten Zeitpunkten zu gewähren, und zwar in Höhe des Wertes der jeweils nachgewiesenen vertragsgemäßen Leistungen einschließlich des ausgewiesenen, darauf entfallenden Umsatzsteuerbetrages. Die Leistungen sind durch eine prüfbare Aufstellung nachzuweisen, die eine rasche und sichere Beurteilung der Leistungen ermöglichen muss. Als Leistungen gelten hierbei auch

die für die geforderte Leistung eigens angefertigten und bereitgestellten Bauteile sowie die auf der Baustelle angelieferten Stoffe und Bauteile, wenn dem Auftraggeber nach seiner Wahl das Eigentum an ihnen übertragen ist oder entsprechende Sicherheit gegeben wird. Gegenforderungen können einbehalten werden. Andere Einbehalte sind nur in den im Vertrag und in den gesetzlichen Bestimmungen vorgesehenen Fällen zulässig. Ansprüche auf Abschlagszahlungen werden binnen 21 Tagen nach Zugang der Aufstellung fällig. Die Abschlagszahlungen sind ohne Einfluss auf die Haftung des Auftragnehmers; sie gelten nicht als Abnahme von Teilen der Leistung.

Der Anspruch auf Abschlagszahlung kann dann nicht mehr geltend gemacht werden, wenn die Bauleistung abgenommen ist und der Auftragnehmer die Schlussrechnung gestellt hat (BGH, Urteil vom 20.08.2009 - VII ZR 205/07). Gleiches gilt, wenn die Abnahme erfolgt ist, die Leistung des Auftragnehmers fertig gestellt ist und die Frist abgelaufen ist, binnen derer der Auftragnehmer gemäß § 14 Abs. 3 VOB/B die Schlussrechnung einzureichen hat. Eine Fertigstellung im Sinne von § 14 Abs. 3 VOB/B liegt vor, wenn der Auftragnehmer die vertraglichen Leistungen erbracht hat. Die Abnahme indiziert die Fertigstellung regelmäßig auch dann, wenn Restleistungen fehlen. Fehlen wesentliche Restleistungen, kann sich aus deren Gewicht und den Baumständen ergeben, dass die Leistungen noch nicht fertig gestellt sind. Eine Forderung aus § 2 Abs. 5 VOB/B kann grundsätzlich nicht in der Weise berechnet werden, dass lediglich bestimmte Mehrkosten geltend gemacht werden, ohne den sich aus einer Änderung des Bauentwurfes oder einer anderen Anordnung des Auftraggebers ergebenden neuen Preis darzulegen, der unter Berücksichtigung sämtlicher Mehr- und Minderkosten zu ermitteln ist. Sind in einem der Ausschreibung beiliegenden Gutachten bestimmte Verhältnisse beschrieben, werden diese regelmäßig zum Leistungsinhalt erhoben, wenn sie für die Leistung des Auftragnehmers und damit auch für die Kalkulation seines Preises erheblich sind. Ordnet der Auftraggeber die Leistung für tatsächlich davon abweichende Verhältnisse an, liegt darin eine Änderung des Bauentwurfes, die zu einem Anspruch auf eine veränderte Vergütung gemäß § 2 Abs. 5 VOB/B führen kann.

Der Auftragnehmer kann bei nicht beendetem Vertrag nach erteilter Schlussrechnung den einmal begründeten Anspruch auf Abschlagszahlung im Prozess jedenfalls für den Fall hilfsweise geltend machen, dass er eine Abnahme oder deren unberechtigte Verweigerung nicht nachweisen kann. *BGH, Urteil vom 15.06.2000 – VII ZR 30/99.*

## **Abschlagszahlung anstelle von Schlusszahlung**

Der Anspruch auf Schlusszahlung wird nach VOB/B alsbald nach Prüfung und Feststellung fällig, spätestens innerhalb von 30 Tagen nach Zugang der Schlussrechnung. Die Frist verlängert sich auf höchstens 60 Tage, wenn sie aufgrund der besonderen Natur oder Merkmale der Vereinbarung sachlich gerechtfertigt ist und ausdrücklich vereinbart wurde. Werden Einwendungen gegen die Prüfbarkeit unter Angabe der Gründe nicht bis zum Ablauf der jeweiligen Frist erhoben, kann der Auftraggeber sich nicht mehr auf die fehlende Prüfbarkeit berufen. Die Prüfung der Schlussrechnung ist nach Möglichkeit zu beschleunigen. Verzögert sie sich, so ist das unbestrittene Guthaben als Abschlagszahlung sofort zu zahlen.

Die vorbehaltlose Annahme der Schlusszahlung schließt Nachforderungen aus, wenn der Auftragnehmer über die Schlusszahlung schriftlich unterrichtet und auf die Ausschlusswirkung hingewiesen wurde.

Einer Schlusszahlung steht es gleich, wenn der Auftraggeber unter Hinweis auf geleistete Zahlungen weitere Zahlungen endgültig und schriftlich ablehnt.

Auch früher gestellte, aber unerledigte Forderungen werden ausgeschlossen, wenn sie nicht nochmals vorbehalten werden.

Ein Vorbehalt ist innerhalb von 28 Tagen nach Zugang der Mitteilung über die Schlusszahlung zu erklären. Er wird hinfällig, wenn nicht innerhalb von weiteren 28 Tagen – beginnend am Tag nach Ablauf der 28 Tage – eine prüfbare Rechnung über die vorbehaltenen Forderungen eingereicht oder, wenn das nicht möglich ist, der Vorbehalt eingehend begründet wird.

Die Ausschlussfristen gelten nicht für ein Verlangen nach Richtigstellung der Schlussrechnung und -zahlung wegen Aufmaß-, Rechen- und Übertragungsfehlern.

Der Verzug mit der Bezahlung einer Abschlagsforderung endet jedenfalls nach Abnahme und Erteilung einer Schlussrechnung. Die Fälligkeit der Abschlagsforderungen wirkt nach einer Abnahme und Erteilung der Schlussrechnung nicht fort. Die Abschlagsforderung verliert durch die endgültige Abrechnung zwangsläufig ihren selbständigen Charakter. Sie verliert auch ihre Durchsetzbarkeit. Ein Verzug wird beendet (MünchKommBGB/Ernst, 4. Aufl., § 286 Rdn. 98). Entgegen der Auffassung der Revision bleibt sie auch nicht als unselbständiger Bestandteil der Schlussrechnungsforderung bestehen, soweit identische Leistungen abgerechnet

werden. Es gibt nur eine Werklohnforderung. Deren Fälligkeit kann nur einheitlich geregelt sein (BGH, Urteil vom 15.04.2004 - VII ZR 471/01).

Der rechtzeitig erklärte Vorbehalt des Auftragnehmers gegen die Schlusszahlung des Auftraggebers wird nur dann gemäß § 16 Abs. 3 Nr. 5 Satz 2 VOB/B hinfällig, wenn der Vorbehalt nicht innerhalb von weiteren 24 Werktagen, beginnend am Tag nach Ablauf der 24-Werktagesfrist für die Erklärung des Vorbehaltes, eingehend begründet oder innerhalb dieser Frist eine prüfbare Rechnung über die vorbehaltenen Forderungen eingereicht wird. Das gilt – obwohl erst in § 16 Abs. 3 Nr. 5 VOB/B ausdrücklich so geregelt – auch bereits im zeitlichen Geltungsbereich der VOB/B idF der Bekanntmachung vom 12. September 2002 (BAz. Nr. 202a), *OLG Naumburg, Urteil vom 22.11.2007 - 2 U 105/07*.

### **Abschlagszahlung, AGB**

Für einen Anspruch auf Abschlagszahlung muss der Auftragnehmer nach § 16 Nr. 1 VOB/B nicht mehr tun, als die Leistung zu erbringen, deren Vergütung er beansprucht, und diese prüfbar nachweisen. Wird in Allgemeinen Geschäftsbedingungen des Auftraggebers die Fälligkeit von Faktoren abhängig gemacht, auf die der Auftragnehmer keinen Einfluss hat, verstößt dies gegen § 307 Abs. 2 BGB, *LG Frankfurt/Main, Urteil vom 03.12.2007 - 3/1 O 104/07*.

### **Abschlagszahlung, Mahnbescheid**

Werden durch einen Mahnbescheid ausschließlich Ansprüche aus Abschlagszahlungen geltend gemacht, so haben diese zwar mit Erteilung der Schlussrechnung ihre Durchsetzbarkeit verloren, durch den Mahnbescheid wird aber der Anspruch auf Werklohnzahlung aus der Schlussrechnung mitgehemmt, *OLG Dresden, Urteil vom 25.07.2008 - 12 U 137/08*.

### **Abschlagszahlung, nach Abnahme**

Der Anspruch auf Abschlagszahlung kann dann nicht mehr geltend gemacht werden, wenn die Bauleistung abgenommen ist und der Auftragnehmer die Schlussrechnung gestellt hat (Bestätigung von BGH, Urteil vom 15.04.2004 – VII ZR 471/01, IBR 2004, 361 = BauR 2004, 1146 = NZBau 2004, 386 = ZfBR 2004, 552). Gleiches gilt, wenn die Abnahme erfolgt ist, die Leistung des Auftragnehmers fertig gestellt ist und die Frist abgelaufen ist, binnen derer der Auftragnehmer gemäß §

## Abschlagszahlung, Vorauszahlungen

14 Abs. 3 VOB/B die Schlussrechnung einzureichen hat. Daran ändert nichts, dass eine Klage auf Abschlagszahlung bereits erhoben worden ist. Diese Klage kann, auf eine Schlussrechnung gestützt, fortgeführt werden. Eine Fertigstellung im Sinne von § 14 Abs. 3 VOB/B liegt vor, wenn der Auftragnehmer die vertraglichen Leistungen erbracht hat. Die Abnahme indiziert die Fertigstellung regelmäßig auch dann, wenn Restleistungen fehlen. Fehlen wesentliche Restleistungen, kann sich aus deren Gewicht und den Baumständen ergeben, dass die Leistung noch nicht fertig gestellt ist. Die Abschlagsforderung ist grundsätzlich aus der Differenz zwischen der Vergütung für die erbrachten, nachgewiesenen Leistungen und bereits geleisteten Zahlungen zu berechnen. Eine isolierte Durchsetzung der Vergütung für einzelne Positionen kommt nur in Betracht, wenn in deren Höhe ein positiver Saldo festgestellt werden kann (im Anschluss an BGH, Urteil vom 09.01.1997 - VII ZR 69/96, IBR 1997, 182 = BauR 1997, 468 = ZfBR 1997, 186), *BGH, Urteil vom 20.08.2009 - VII ZR 205/07*.

## Abschlagszahlung, Vorauszahlungen

Vorauszahlungen können nach VOB/B auch nach Vertragsabschluss vereinbart werden; hierfür ist auf Verlangen des Auftraggebers ausreichende Sicherheit zu leisten. Diese Vorauszahlungen sind, sofern nichts anderes vereinbart wird, mit 3 v. H. über dem Basiszinssatz des § 247 BGB zu verzinsen. Vorauszahlungen sind auf die nächstfälligen Zahlungen anzurechnen, soweit damit Leistungen abzugelten sind, für welche die Vorauszahlungen gewährt worden sind.

Die Haftung aus Vorauszahlungsbürgschaften beim Bauvertrag ist auf den Betrag begrenzt, der sich aus der Differenz der vom Auftraggeber geleisteten Vorauszahlungen einerseits, des Wertes der vom Auftragnehmer erbrachten Bauleistungen andererseits ergibt; dies gilt auch dann, wenn die Vorauszahlungen nach dem Vertrag erst „gegen Ende der Bauzeit abgebaut“ werden sollten und es dazu wegen der insolvenzbedingten Kündigung des Auftraggebers nicht mehr gekommen ist (BGH, Urteil vom 06.05.1999 – IX ZR 430/97 (OLG München), ZIP 1999, 995).

Aus der Vereinbarung über Voraus- oder Abschlagszahlungen in einem BGB-Werkvertrag folgt die vertragliche Verpflichtung des Unternehmers, seine Leistungen abzurechnen. Der Besteller hat einen vertraglichen Anspruch auf Auszahlung des Überschusses. Der Besteller hat schlüssig vorzutragen, in welcher Höhe er Voraus- und Abschlagszahlungen geleistet hat und dass diesen Zahlungen ein ent-

sprechender endgültiger Vergütungsanspruch des Unternehmers nicht gegenübersteht. Hat der Besteller ausreichend vorgetragen, muss der Unternehmer darlegen und beweisen, dass er berechtigt ist, die Voraus- oder Abschlagszahlungen endgültig zu behalten. Der Besteller trägt demgegenüber die Beweislast für die behaupteten Voraus- oder Abschlagszahlungen, *BGH, Urteil vom 24.01.2002 - VII ZR 196/00; OLG Dresden*.

## **Absprache, wettbewerbsbeschränkende**

Wettbewerbsbeschränkende Absprachen sind ein zwingender Ausschlussgrund. Beispiele für unzulässige Wettbewerbsbeschränkungen in diesem Sinne sind insbesondere Verabredungen mit anderen Bietern über Abgabe oder Nichtabgabe von Angeboten und die zu fordernden Preise oder sonstige preisrelevante Bedingungen (GWB; Kartell; Preisabsprachen).

Wettbewerbsbeschränkende Absprachen können darüber hinaus den Straftatbestand der wettbewerbsbeschränkenden Preisabsprachen (§ 298 StGB) oder des Submissionsbetruges (§ 263 StGB) erfüllen.

## **ABAK, Beurteilungsgruppe, Gütezeichen der**

Als weiterer Bereich beim RAL Gütezeichen 961 „Güteschutz Kanalbau“ ist schließlich 2012 die Beurteilungsgruppe ABAK in Bezug auf **Ausschreibung** und **Bauüberwachung** im Bereich Offener Kanalbau (ABAK) für Planer und Ingenieurbüros hinzugekommen.

Ziel dieser Erweiterung ist es, die Umweltverträglichkeit von Abwasserleitungen und -kanälen durch eine qualitativ hochwertige Ausschreibung und Bauüberwachung zu gewährleisten. Fachleute sind sich einig: Die Verbesserung der Qualität kann insbesondere in einem gemeinsamen Prozess zwischen Auftraggebern und Auftragnehmern gelingen. Daher weisen folgerichtig auch ausschreibende und bauüberwachende Stellen ihre Qualifikation nach.

Konsequent wurden damit nun nach und nach die Ingenieurleistung im Bereich Ausschreibung (A) und Bauüberwachung (B) im offenen Kanalbau (AK), bei grabenlosem Einbau (V) und der grabenlosen Sanierung (S) von Abwasserleitungen und -kanälen als Beurteilungsgruppen ABAK, ABV und ABS in die Güte- und Prüfbestimmungen RAL-GZ 961 aufgenommen. Auftraggeber und Ingenieurbüros dokumentieren damit besondere Erfahrung und Zuverlässigkeit der Organisation und

## ABS, Beurteilungsgruppe, Gütezeichen der

des eingesetzten Personals. Etwa durch entsprechende Referenzen und ein Managementsystem zur Fehlerminimierung. Die Qualifikation des eingesetzten Personals wird über Zeugnisse nachgewiesen.

Es liegt im Interesse aller, dass Abwasserleitungen und -kanäle von erfahrenen und zuverlässigen Fachleuten geplant, gebaut oder saniert werden. Aus diesem Grund wurde die Gütesicherung RAL-GZ 961 eingeführt, um eine kontrollierte Selbstverpflichtung der Unternehmen und eine Steigerung der Zuverlässigkeit zu erreichen. Im Fokus steht dabei der Zustand unserer Kanalisation. Erfahrung und Zuverlässigkeit sind Grundlagen für Planungs- und Ausführungsqualität und somit für die Langlebigkeit und Wirtschaftlichkeit der Leitungsinfrastruktur.

Qualität und Funktion von Abwasserleitungen und -kanälen werden bestimmt durch die Bauausführung auf Grundlage einer fachgerechten Ausschreibung und Bauüberwachung nach den allgemein anerkannten Regeln der Technik. Folgerichtig hat der Güteausschuss der Gütegemeinschaft Kanalbau – er ist das zentrale Organ zur Verwirklichung des Gütesicherungsgedankens und setzt sich aus Vertretern der Auftraggeber, Ingenieurbüros und Auftragnehmer zusammen – auf Initiative der Mitgliederversammlung in den letzten Jahren sukzessive Gütezeichen für die fachtechnische Eignung von Organisationen geschaffen, die mit der Ausschreibung und Bauüberwachung von Maßnahmen beauftragt sind.

## **ABS, Beurteilungsgruppe, Gütezeichen der**

Schon im Jahr 2007 wurde die Beurteilungsgruppe ABS – Ausschreibung und Bauüberwachung bei grabenloser Sanierung von Abwasserleitungen und -kanälen aller Werkstoffe und Nennweiten mit den dazugehörigen Bauwerken – in die Güte- und Prüfbestimmungen der Gütesicherung Kanalbau RAL-GZ 961 aufgenommen.

Die Beteiligten wünschten sich einen Beleg für die fachtechnische Eignung von Organisationen, die mit der Ausschreibung und Bauüberwachung von Maßnahmen beauftragt sind. Einen entsprechenden Antrag hat die Mitgliederversammlung der Gütegemeinschaft Kanalbau diskutiert und unterstützt. Konsequenterweise wurde für die Ingenieurleistung im Bereich Ausschreibung (A) und Bauüberwachung (B) zunächst bei der grabenlosen Sanierung (S) von Abwasserleitungen und -kanälen als Beurteilungsgruppe ABS in den Güte- und Prüfbestimmungen ein Bereich geschaffen. Ingenieurbüros, die ein Gütezeichen dieser Beurteilungsgruppe führen, weisen damit nach, dass sie über besondere Erfahrungen und Zuverlässigkeit der Organi-

sation und des eingesetzten Personals in Bezug auf die Ausschreibung und Bauüberwachung von Sanierungsmaßnahmen an Abwasserleitungen und -kanälen verfügen. Damals wie heute für die Beteiligten ein Schritt in die richtige Richtung. Die Vorstellungen von Auftraggebern, Bauunternehmen und Ingenieurbüros wurden damit umgesetzt.

Auftraggeber und Ingenieurbüros dokumentieren so ihre besondere Erfahrung und Zuverlässigkeit der Organisation und des eingesetzten Personals. Etwa durch entsprechende Referenzen oder durch Vorlage eines zertifizierten Qualitätsmanagementsystems bzw. des Nachweises eines Organisationsmanagements zur Fehlerminimierung. Mit Zeugnissen kann die Qualifikation des eingesetzten Personals nachgewiesen werden. Damit wurde ein Anforderungskatalog geschaffen, der Grundlage ist für zuverlässiges Handeln bei Ausschreibung und Bauüberwachung. Politik, Wirtschaft sowie Institutionen und Verbände weisen seit vielen Jahren darauf hin, dass der dauerhaften Dichtheit von Abwasserleitungen und -kanälen mehr Aufmerksamkeit gewidmet werden müsse.

## **ABV, Beurteilungsgruppe, Gütezeichen der**

Die Güte- und Prüfbestimmungen der RAL-Gütegemeinschaft Kanalbau (RAL-GZ 961) sind im Jahr 2010 um das Gütezeichen der Beurteilungsgruppe ABV (**A**usschreibung und **B**auüberwachung bei der grabenlosen Verlegung und Prüfung von Abwasserleitungen und -kanälen, „**V**ortrieb“) erweitert worden.

Auftraggeber und Ingenieurbüros, die das Gütezeichen dieser Beurteilungsgruppe führen, dokumentieren damit ihre besondere Erfahrung und Zuverlässigkeit der Organisation und des eingesetzten Personals. Etwa durch entsprechende Referenzen oder durch Vorlage eines zertifizierten Qualitätsmanagementsystems bzw. des Nachweises eines Organisationsmanagements zur Fehlerminimierung. Damit wurde ein Anforderungskatalog geschaffen, der Grundlage ist für zuverlässiges Handeln bei Ausschreibung und Bauüberwachung bei der grabenlosen Verlegung und Prüfung von Abwasserleitungen und -kanälen.

Intakte Abwasserleitungen und -kanäle sind für den Schutz von Umwelt und Gesundheit eine wichtige Voraussetzung. An den Kanalbau werden aus diesem Grund besondere Ansprüche gestellt. Zum Beispiel hinsichtlich einer konsequenten Qualitätssicherung von der Kanaluntersuchung über die Ausschreibung bis zur Ausführung.

## Abwasserabgabe, Verrechnung von Investitionskosten für Regenrückhaltebecken

Auch im Bereich „Vortrieb“ sind spezielle Kenntnisse bei den Personen erforderlich, die mit der Ausschreibung und Bauüberwachung beauftragt sind. Die bei der Bearbeitung von Ausschreibungen und der Durchführung der Bauüberwachung zu beachtenden Punkte sind in Form von Checklisten und als Muster für eine Dokumentation in den entsprechenden „Leitfäden zur Eigenüberwachung“ niedergeschrieben. Sie enthalten Mindestanforderungen an den Umfang der Eigenüberwachung, die sich auch aus den einschlägigen Regelwerken ergeben.

### **Abwasserabgabe, Verrechnung von Investitionskosten für Regenrückhaltebecken**

Investitionskosten für Regenrückhaltebecken können mit der gesamten Abwasserabgabe verrechnet werden und nicht nur mit dem auf die Einleitung von Niederschlagswasser entfallenden Anteil, (Verwaltungsgericht Freiburg, Urteil vom 13.12.2010).

Im zugrundeliegenden Fall geht es um einen Abwasserverband, der für die Einleitung von Abwasser in den Bodensee als öffentliches Gewässer - nach Klärung in der Abwasserbehandlungsanlage Moos - jährlich zur Zahlung einer Abwasserabgabe nach dem Bundesabwasserabgabengesetz herangezogen wird. Die Abwasserabgabe erfasst zwar die Einleitung von Niederschlagswasser und Schmutzwasser. Für das eingeleitete Niederschlagswasser muss der Abwasserverband aber nach Landesrecht aufgrund der umfassenden Regenwasserbehandlung in seinem Zuständigkeitsbereich keine Abgabe zahlen.

Das Bundesabwasserabgabengesetz sieht als Anreiz für Investitionen im Bereich der Abwasserentsorgung vor, dass Investitionskosten mit der Abwasserabgabenschuld verrechnet werden können, wenn sich durch die finanzierten Maßnahmen die Gesamtschmutzfracht reduziert. Eine solche Verrechnung, welche die Abwasserabgabenschuld des Verbandes für 2006 von ca. 21.000 Euro auf Null reduziert hätte, hatte das Landratsamt mit der Begründung abgelehnt, die Investitionen beträfen nur die Erweiterung und Verbesserung von Regenrückhaltebecken, also nur das kaum verschmutzte Niederschlagswasser. Eine Verrechnung dürfe daher allenfalls mit dem Anteil der Abwasserabgabe vorgenommen werden, der auf die Einleitung von Niederschlagswasser entfällt. Da diese Einleitung aber nach Landesrecht wegen der umfassenden Regenwasserbehandlung durch den Verband ohnehin schon abgabefrei sei, scheidet eine Verrechnung aus.

Das Verwaltungsgericht Freiburg ist dieser Argumentation nicht gefolgt, sondern hat in Anlehnung an Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts entschieden, Investitionen in Regenrückhaltebecken könnten mit der gesamten Abwasserabgabe verrechnet werden und nicht nur mit dem auf die Einleitung von Niederschlagswasser entfallenden Anteil. Ansonsten liefe der Investitionsanreiz wegen der Reduzierung des Verrechnungsvolumens bei landesrechtlich gewährter Abgabefreiheit für Niederschlagswasser leer. Dass der Landesgesetzgeber eine eigene Verrechnungsmöglichkeit für Investitionen in Regenrückhaltebecken normiert habe, stehe dem nicht entgegen. Die Gefahr einer doppelten Verrechnung bestehe nicht.

## **Akkreditierung**

Das Vertrauen in Zertifikate, Inspektionen, Prüfungen oder Kalibrierungen steht und fällt mit der Kompetenz desjenigen, der die Bewertungsleistung erbringt. Viele dieser sogenannten Konformitätsbewertungsstellen belegen die Qualität ihrer eigenen Arbeit daher durch eine Akkreditierung. Die Anforderungen an Akkreditierungsstellen, die Konformitätsbewertungsstellen wie Laboratorien, Inspektions- und Zertifizierungsstellen akkreditieren, sind in der Norm DIN EN ISO/IEC 17011 festgelegt. Diese Norm definiert Akkreditierung als „Bestätigung durch eine dritte Seite, die formal darlegt, dass eine Konformitätsbewertungsstelle die Kompetenz besitzt, bestimmte Konformitätsbewertungsaufgaben durchzuführen“.

Ein Auftraggeber muss einen Nachweis aber nicht deshalb (unbesehen) als seine Forderungen erfüllend anerkennen, weil die den Nachweis ausstellende Stelle akkreditiert ist. Akkreditierung ist kein inhaltlicher Wert an sich. Vielmehr kommt es auf den substanziellen Inhalt der Aussage eines Zertifikates an, auf die hinter dem Zertifikat stehenden (erfüllten) Merkmale, Eigenschaften, bestätigten Fähigkeiten usw.

Die Feststellung z.B. der Eignung bleibt eine Auftraggeber-Entscheidung mit einem sachgemäß gegebenen Beurteilungsspielraum. Im Fokus dabei steht besonders die Entscheidung des Auftraggebers, ob durch bestimmte vorgelegte Belege und Ausweise, die vollständige Erfüllung der von ihm vergaberechtskonform gestellten Anforderungen an die Eignung positiv festgestellt werden kann.

Eine (tatsächlich vorhandene) Akkreditierung einer Prüfstelle wurde als solche (zu Recht) von einem öffentlichen Auftraggeber bei Kanalbauleistungen für „irrelevant“

gehalten, weil der Auftraggeber überzeugend dartun konnte, dass eine Akkreditierung im Bereich von Dienstleistungen jedenfalls kein relevantes Merkmal für die Bedeutung und die Qualität der von der Prüfstelle angebotenen Zertifizierung im Bereich von Bauleistungen sein kann (da entsprechende einschlägige, nationale oder harmonisierte europäische Normen, auf welche sich eine Akkreditierung bei Leistungen im Zusammenhang mit der Ausführung von Kanalbauarbeiten beziehen könnte, nicht vorhanden sind). Die vom Auftraggeber vertretene Position, dass nämlich die (tatsächlich vorhandene) Akkreditierung der Prüfstelle rechtlich unbedeutend sei bei Bauleistungen im Kanalbau, da es kein Qualitätssicherungssystem basierend auf europäischen Normen für den Bereich Kanalbau gebe, ist gerichtlich bestätigt worden, *LG Berlin 25.09.14 - 91 O 102/14*.

Eine ausführliche Darstellung und juristische Betrachtung zu diesem Urteil findet sich auch in einem Fachbeitrag der juristischen Zeitschrift *VergabePrax* 11/2014, „Aktuelle Rechtsprechung, LG Berlin, Urteil 91 O 102/14 vom 25.09.2014 (Zeitschrift *VergabePrax*, Heft 11/2014, Seite 47 bis Seite 52 - ISBN 1862-9423 - Herausgegeben durch IDIV, Privates Institut für deutsches und internationales Vergaberecht GmbH, Neckargemünd, RA Dr. Thomas Ax, Maîtrise en Droit International Public (Paris X-Nanterre), November 2014.

### **Akteneinsicht, Nachprüfung**

Nach ständiger Rechtsprechung des Senats (vgl. zuletzt Senatsbeschluss vom 20.12.2019 - Verg 35/19) hat der Anspruch auf Akteneinsicht im Nachprüfungsverfahren eine rein dienende, zum zulässigen Verfahrensgegenstand akzessorische Funktion (ebenso OLG Naumburg, Beschluss vom 01.06.2011 - 2 Verg 3/11). Die Beschleunigungsbedürftigkeit von Vergabenaachprüfungsverfahren steht einem gänzlich voraussetzungslosen Akteneinsichtsanspruch aus § 165 Abs. 1 GWB entgegen (Senatsbeschluss vom 25.09.2017 - Verg 19/17). Ein Anspruch auf Akteneinsicht setzt vielmehr über den Wortlaut von § 165 Abs. 1 GWB hinaus einen das Akteneinsichtsgesuch begründenden beachtlichen und entscheidungserheblichen Sachvortrag voraus, *OLG Düsseldorf, Beschluss vom 09.01.2020 - Verg 10/18*.

### **Akteneinsicht, Vergabekammer**

Gemäß § 165 Abs. 1 GWB steht den Verfahrensbeteiligten ein – im Ausgangspunkt – uneingeschränktes Recht auf Akteneinsicht zu, das gemäß § 165

Abs. 2 GWB nur dann eine Einschränkung erfährt, wenn „wichtige“ Gründe, insbesondere des Geheimschutzes oder zur „Wahrung von Betriebs- oder Geschäftsgeheimnissen“ die Einsichtsversagung „gebieten“. Eine Akteneinsicht, die erst das Auffinden etwaiger [Rechts]verstöße ermöglichen soll, ist weder unberechtigt noch irgendwie anstößig. Denn Sinn der Akteneinsicht ist es gerade, dem Akteneinsichtsberechtigten die Möglichkeit zu geben, Vergaberechtsverstöße aufzudecken, die ihm ansonsten, mangels Aktenkenntnis häufig unbekannt sind (Dicks in Ziekow/Völlink, Vergaberecht 3. Aufl. 2018, § 165 Rdnr. 1). Zwar wird z.T. angenommen, dass die Unzulässigkeit des Vergabenachprüfungsantrages einen ungeschriebenen, weiteren Ausnahmetatbestand vom Einsichtsrecht darstellt. Voraussetzung für die Bejahung dieser Ausnahme ist jedoch jedenfalls, dass die Unzulässigkeit offensichtlich ist (so ausdrücklich Senat, Beschluss v. 6.1.2020, - Verg 10/19, Ziff. 1.a. der Beschlussgründe; ebenso Dicks in Ziekow/Völlink, Vergaberecht, 3. Aufl. 2018, § 165 GWB Rdnr. 6, Seite 770, m.Rpsr.N., sowie Senat, Beschluss v. 21.12.2018, - Verg 7/18; in dieselbe Richtung bereits Senat, Beschluss v. 21.12.2018, - Verg 7/18, Ziff. II.3.b.bb. der Beschlussgründe: es ist „große Zurückhaltung“ bei Verweigerung der Akteneinsichtswegen angeblicher Unerheblichkeit des Akteninhalts geboten). Denn vor einem rechtskräftigen Abschluss des Verfahrens, geschweige denn vor einem Abschluss des erstinstanzlichen Vergabenachprüfungsverfahrens vor der Vergabekammer, kann die Zulässigkeit des Vergabenachprüfungsantrages allenfalls dann mit hinreichender, die Akteneinsichtsversagung rechtfertigender Sicherheit verneint werden, wenn die Unzulässigkeit offensichtlich ist, d.h. wenn an der Unzulässigkeit keine vernünftigen Zweifel bestehen. Es ist nämlich stets im Blick zu behalten, dass die Beurteilung der Sach- und Rechtslage zum Zeitpunkt der Entscheidung über die Akteneinsichtsgewährung eine nur vorläufige sein kann. Dies gilt in besonderem Maße für die Vergabekammer, die – anders als der Vergabesenat – nicht am Ende des Instanzenzuges steht. Wenn die Vergabekammer weder in dem Beschluss noch in einer zeitlich vorgelagerten, schriftlichen Zwischenentscheidung irgendwelche Gründe anführt, warum sie die Akteneinsicht verwehrt, verstößt sie gegen das allgemein bestehende Begründungserfordernis für anfechtbare Entscheidungen der Vergabekammer (vgl. zum Begründungserfordernis für Hauptsacheentscheidungen der Vergabekammer: §§ 168 Abs. 3 Satz 3, 61 Abs. 1 Satz 1 GWB sowie § 168 Abs. 3 Satz 1 i.V.m. den Formvorschriften für Verwaltungsakte des VwVfG, Gause in Willenbruch/Wieddedekind, Vergaberecht, 4. Aufl. 2017; § 168 Rdnr. 141; zum Begründungserfordernis für Beschlüsse nach der VwGO: § 122 Abs. 2 Satz 1 VwGO; zum Begründungserfordernis für Beschlüsse nach der ZPO: Feskorn in Zöllner, ZPO, 33.

## Alleinunternehmer

Aufl. 2020, § 329 Rdnr. 26), *KG, Beschluss vom 10.02.2020 - Verg 6/19; vorhergehend: VK Berlin, 12.06.2019 - VK B 1-10/19.*

### **Alleinunternehmer**

Ein Alleinunternehmer ist ein Fachunternehmer, der die ihm übertragende Bauleistung im eigenen Betrieb und ohne Nachunternehmer ausführt. Auch eine handelsrechtliche Gesellschaft (z. B. GmbH, AG) kann Alleinunternehmer sein.

### **Allgemeine Geschäftsbedingungen (AGB)**

Unter AGB versteht man alle für eine Vielzahl von Verträgen vorformulierten Vertragsbedingungen, die eine Vertragspartei (Verwender) der anderen bei Abschluss des Vertrages stellt, d. h. einseitig auferlegt. AGB unterliegen einer Inhaltskontrolle durch die Gerichte; insbesondere können sie dann unwirksam sein, wenn sie den Vertragspartner entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen benachteiligen.

Auch die VOB/B enthält grundsätzlich AGB, nach Auffassung der Rechtsprechung ist sie jedoch der AGB-Kontrolle nach dem BGB entzogen, wenn die VOB/B als Ganzes in den Vertrag einbezogen ist. Sofern allerdings durch weitere Vertragsbedingungen von einzelnen Regelungen der VOB/B abgewichen wird, ohne dass insoweit ein sog. Öffnungstatbestand vorliegt, ist die Ausgewogenheit der VOB/B nicht mehr gegeben, sodass die einzelnen Bestimmungen der VOB/B wieder der AGB-Kontrolle unterliegen.

### **Allgemeine Technische Vertragsbedingungen**

Die Allgemeinen Technischen Vertragsbedingungen für Bauleistungen (DIN 18299 ff.) sind mit der VOB/C identisch. Nach der VOB/A ist in den Vergabeunterlagen vorzuschreiben, dass die Allgemeinen Vertragsbedingungen für die Ausführung von Bauleistungen (VOB/B) und die Allgemeinen Technischen Vertragsbedingungen für Bauleistungen (VOB/C) Bestandteile des Vertrags werden. Das gilt auch für etwaige Zusätzliche Vertragsbedingungen und etwaige Zusätzliche Technische Vertragsbedingungen, soweit sie Bestandteile des Vertrags werden sollen.

## Änderung des Bauentwurfs und andere Anordnungen des Auftraggebers

Die Allgemeinen Vertragsbedingungen bleiben grundsätzlich unverändert. Sie können von Auftraggebern, die ständig Bauleistungen vergeben, für die bei ihnen allgemein gegebenen Verhältnisse durch Zusätzliche Vertragsbedingungen ergänzt werden. Diese dürfen den Allgemeinen Vertragsbedingungen nicht widersprechen. Für die Erfordernisse des Einzelfalles sind die Allgemeinen Vertragsbedingungen und etwaige Zusätzliche Vertragsbedingungen durch Besondere Vertragsbedingungen zu ergänzen. In diesen sollen sich Abweichungen von den Allgemeinen Vertragsbedingungen auf die Fälle beschränken, in denen dort besondere Vereinbarungen ausdrücklich vorgesehen sind und auch nur soweit es die Eigenart der Leistung und ihre Ausführung erfordern.

### **Alternativpositionen**

Alternativpositionen sind im Leistungsverzeichnis als solche gekennzeichnet und treten alternativ nach Wahl durch den Auftraggeber an die Stelle der in den Grund- oder Normalpositionen vorgesehenen Leistungen. Sie werden dann ausgeschrieben, wenn der Auftraggeber die Entscheidung, ob die Leistung gemäß einer Grundposition oder anders erbracht werden soll, zwar hinausschieben, sie aber dem Wettbewerb unterwerfen will. Die Aufnahme zahlreicher Alternativpositionen ist vergaberechtlich problematisch, da sie den Grundsatz der eindeutigen und erschöpfenden Leistungsbeschreibung (vgl. § 7 Abs. 1 Nr. 1 VOB/A) aushöhlen kann.

Macht der Auftraggeber von dem ihm vom Bieter eingeräumten Wahlrecht Gebrauch, so wird die gewünschte Alternative Gegenstand des Bauvertrages.

### **Änderung des Bauentwurfs und andere Anordnungen des Auftraggebers**

§ 2 Abs. 5 VOB/B ist bei Vergütungsanpassung wegen fachlicher Änderungsanordnungen nach § 1 Abs. 3 VOB/B und wegen anderer Anordnungen des Auftraggebers – das sind in der Regel seine koordinatorischen oder zeitlichen Anordnungen nach § 4 Abs. 1 VOB/B – anzuwenden. Anordnungen in diesem Sinne sind nur einseitige Entscheidungen des Auftraggebers, die vom vertraglich festgelegten baufachlichen und/oder ausführungszeitlichen Inhalt abweichen. Anweisungen zur Sicherung der Durchführung des unverändert vereinbarten Vertragsinhalts und fachliche Beratung, Überlegungen, Entscheidungsvorschläge und Hinweise seitens des Auftraggebers sind keine „Änderung des Bauentwurfs“ oder „anderen Anordnungen“ im Sinne des § 2 Abs. 5 VOB/B. Das können z.B. Anweisungen zur

## Änderungen des Bauentwurfs (§ 1 Abs. 3 VOB/B), Leistungspflichten des Auftragnehmers

Aufrechterhaltung und Fortführung der Baumaßnahme sein, die auf Grund von Umständen erforderlich sind, auf die der Auftraggeber keinen Einfluss hat und deshalb von ihm auch nicht zu verantworten sind (in der Regel z.B. fachliche, koordinatorische oder zeitliche Anordnungen wegen Insolvenz eines Vorunternehmers). Eine Anpassung des Preises bestimmt sich nach den durch die fachliche, koordinatorische oder zeitliche Änderungsanordnung bedingten Mehr- oder Minderkosten, die als Nachtragsforderung begründet und nachgewiesen geltend zu machen sind. Dabei darf der Auftragnehmer nicht schlechter gestellt werden als bei Ausführung der ursprünglich beauftragten Bauleistung, daher ist grundsätzlich abzustellen auf die Urkalkulation der geänderten Position. Eine Vergütungsanpassung soll möglichst vor Ausführung der angeordneten Leistungsänderung erfolgen (§ 2 Abs. 5 Satz 2 VOB/B). Eine Preisanpassung nach § 2 Abs. 5 VOB/B wegen koordinatorischer oder zeitlicher Anordnungen des Auftraggebers nach § 4 Abs.1 VOB/B ist gegenüber Schadensersatz wegen vertragswidriger und schuldhaft zu vertretender Behinderung und Unterbrechung der Bauausführung nach § 6 Abs. 6 VOB/B bzw. ggf. gegen Entschädigungsansprüche nach § 642 BGB wegen Annahmeverzugs des Auftraggebers abzugrenzen.

## **Änderungen des Bauentwurfs (§ 1 Abs. 3 VOB/B), Leistungspflichten des Auftragnehmers**

Nach § 1 Abs. 3 VOB/B hat der Auftraggeber das Recht, Änderungen des Bauentwurfs anzuordnen; hierzu hat er Art und Umfang der Leistungsänderung unverzüglich schriftlich festzulegen. Den Anordnungen hat der Auftragnehmer Folge zu leisten; sein Recht zur Anmeldung von Bedenken nach § 4 Abs. 3 VOB/B bleibt dabei unberührt. Eine eventuell erforderliche Vergütungsanpassung bestimmt sich dann nach § 2 Abs. 5 VOB/B. Der Begriff „Bauentwurf“ umfasst nicht nur die Planungsunterlagen und Pläne, sondern alle dem Vertrag zugrunde liegenden baufachlichen Unterlagen, Erklärungen und Äußerungen. Änderung von Vertragsfristen und Einzelfristen Werden durch fachliche Änderungsanordnungen des Auftraggebers auch Änderungen der Vertragsfristen erforderlich, so sind sie Bestandteil dieser Änderungsanordnung nach § 1 Abs. 3 VOB/B. Andere, rein zeitliche Anordnungen des Auftraggebers im Rahmen seiner Baustellenkoordination nach § 4 Abs. 1 VOB/B mit der Folge der Änderung von Ausführungsfristen fallen nicht unter § 1 Abs. 3 VOB/B, sondern verbleiben im Rahmen der Koordinationsanordnungen nach

## Änderungsanordnung bei von Ausschreibung abweichender Fertigungsliste

§ 4 Abs. 1 VOB/B. Eine eventuell erforderliche Vergütungsanpassung bestimmt sich dann nach § 2 Abs. 5 VOB/B.

### **Änderungsanordnung bei von Ausschreibung abweichender Fertigungsliste**

Ob und unter welchen Voraussetzungen die Freigabe einer von den Vertragsunterlagen abweichenden auftragnehmerseitigen Fertigungsliste eine Anordnung im Sinne des § 2 Abs. 5 VOB/B begründet, ist nicht immer tatsächlich und rechtlich klar. Für die Annahme einer ausdrücklichen oder konkludenten Anordnung des Auftraggebers mit dem Inhalt der Änderung des Bauentwurfs i.S.v. § 2 Abs. 5 VOB/B i.V.m. § 1 Abs. 3 VOB/B bzw. einer anderen Anordnung i.S.v. § 2 Abs. 5 VOB/B bedürfte es einer rechtsgeschäftlichen Erklärung des Auftraggebers, für deren Wirksamkeit die Regeln einer Willenserklärung gelten, insbesondere auch das Vertretungsrecht. Der Auftraggeber müsse dabei hinreichend eindeutig zum Ausdruck bringen, dass es sich dabei um eine verpflichtende Vertragserklärung handelt. Allein die Mitteilung des Auftragnehmers an den Auftraggeber, es lägen veränderte Umstände vor, rechtfertige die Annahme einer vertragsändernden Leistungsbestimmung nicht; notwendig sei vielmehr zumindest ein Verhalten des Auftraggebers, aus dem eine rechtsgeschäftliche Anordnung abzuleiten ist. Selbst wenn die Veränderung der Baumstände - wie z.B. durch ein unzureichendes Leistungsverzeichnis o.ä. - aus dem Verantwortungsbereich des Auftraggebers stammt, rechtfertige allein eine Bauablaufstörung oder ein ähnlicher Sachverhalt grundsätzlich noch nicht ohne weiteres die Annahme einer Anordnung. Vielmehr sei das Verhalten des Auftraggebers - unter Berücksichtigung des Kooperationsgebots, wonach sich der Auftraggeber nicht hinter einem Schweigen verschanzen darf, sondern nach Treu und Glauben gehalten ist, sich zu erklären (d.h. eine Anordnung zu treffen oder diese zu verweigern - auszulegen. Bei dieser Auslegung dürfe indes nicht außer Acht geraten, dass stets ein echtes positives Einwirken des Auftraggebers auf den Vertrag feststellbar sein muss; ein rein passives Verhalten stellt regelmäßig keine einen vertraglichen Mehrvergütungsanspruch auslösende Anordnung i.S.v. § 2 Abs. 5 VOB/B dar, selbst wenn ggf. sogar eine Pflicht zum Handeln bestände. Davon abzugrenzen ist eine stillschweigende Anordnung, die vorliegen kann, wenn sich die Vertragspartner stillschweigend auf eine tatsächlich veränderte Situation einstellen, etwa durch das Ergebnis einer Abstimmung der Vertragspartner bei einem Baustellengespräch oder im Rahmen eines Schriftwechsels. Das OLG Düsseldorf geht von einer Anordnung jedenfalls dann aus, wenn

## Änderungsvorbehalt, unwirksam

und soweit der Auftraggeber sachkundig vertreten ist und zwar unabhängig davon, ob der sachkundige Vertreter diese Abweichung tatsächlich erkannt hat, *OLG Düsseldorf, Urteil vom 30.08.2012 – 23 U 162/11*.

## Änderungsvorbehalt, unwirksam

Die Rechte und Pflichten der Bauvertragsparteien müssen in einem vorformulierten Bauvertrag möglichst klar, einfach und verständlich dargestellt werden. Die in einem vom Unternehmer vorformulierte Bauvertragsklausel, wonach „Änderungen, Ergänzungen und Verbesserungen im Sinne des Bauherrn und des technischen Fortschritts vorbehalten bleiben,“ benachteiligt den Besteller unangemessen und ist unwirksam, weil nicht klar formuliert ist, welchen Inhalt die Anpassungen haben können.

„Wesentliche Veränderungen zu den Zeichnungsmaßen und den Ausstattungsmerkmalen der Technischen Baubeschreibung im Zuge der Bauausführung erfolgten nur im gegenseitigen Einverständnis zwischen dem Auftraggeber und dem Auftragnehmer und bei Erfordernis vorbehaltlich der behördlichen Zustimmung.“

Diese Bestimmung ist wegen Verstoßes gegen das Transparenzgebot aus § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB sowie wegen eines Verstoßes gegen das Verbot der einseitigen Leistungsänderung nach § 308 Nr. 4 BGB unwirksam. Der Auftraggeber muss Rechtsklarheit und Preisklarheit erlangen. Maßgeblich ist das Verständnis des typischen Durchschnittskunden. Die vorliegende Bestimmung lässt den Auftraggebern der Beklagten aber bei der gebotenen kundenfeindlichsten Auslegung keine Möglichkeit, abzusehen, welche Änderungen im gegenseitigen Einverständnis zu erfolgen haben und welche die Beklagte ohne das Einverständnis des Bauherrn „bei Erfordernis vorbehaltlich der behördlichen Zustimmung“ vornehmen kann. Auch eine konkrete Differenzierung zwischen wesentlichen und unwesentlichen Änderungen enthält die Bestimmung nicht. Soweit die Beklagte einwendet, dass Maßabweichungen im Bau üblich sein sollen, rechtfertigt dies den Änderungsvorbehalt nicht. Auch der Kunde hat ein Interesse an der Maßgenauigkeit, da er häufig für die Innenausstattung – etwa für die Küche – auf die Einhaltung der bei der Planung bestimmten Maße angewiesen ist.

Bei derartigen Änderungs- und Erweiterungsklauseln geht es in der Regel darum, dass sich eine Vertragspartei als Verwenderin im Vertrag das Recht einräumen lassen möchte, die vertragliche Leistung einseitig, das heißt nötigenfalls auch ohne oder gegen den Willen der anderen Partei zu ändern. Die Klausel verstößt gegen

§ 308 Nr. 4 BGB, weil die Interessen des Auftraggebers durch die nicht hinreichend bestimmte Einschränkung des Bestimmungsrechts nicht gewahrt werden. In ihrer verwendungsgegnerfeindlichsten Auslegung gibt die Klausel der Beklagten selbst dann ein Bestimmungsrecht, wenn die Parteien eine Beschaffenheitsvereinbarung getroffen haben. Im Hinblick auf die gebotene Transparenz ist es unverzichtbar, dass die Klausel Gründe für ein vermeintliches Erfordernis für einseitige wesentliche Änderungen benennt und die Voraussetzungen und Folgen der Änderungen in einer die Interessen beider Parteien angemessenen berücksichtigenden Weise regelt (vgl. Markus/ Kapellmann/Pioch, AGB-Handbuch Bauvertragsklauseln, 5. Aufl. Rn. 216, 223 ff. m.w.N.).

Für Änderungen muss ein triftiger Grund vorliegen. Voraussetzung und Umfang der Änderungen müssen möglichst konkretisiert und kalkulierbar sein. Unzulässig sind Änderungsvorbehalte, die das Zumutbarkeitskriterium ersatzlos wegfallen lassen (vgl. Palandt-Grüneberg, a.a.O. § 308 Rn. 5).

„Auftragnehmer und Auftraggeber bestätigen den Wortlaut dieses Werkvertrages in allen Punkten anzuerkennen.“

Die Klausel ist gemäß § 307 Abs. 1 BGB unwirksam. Sie stellt eine fingierte Erklärung dar, mit der die Auftraggeber bestätigen, den Wortlaut des Werkvertrages in allen Punkten anzuerkennen, also auch soweit einzelne Klauseln unwirksam sind. Sie legt damit einen Verzicht auf diesbezügliche Einwendungen der Auftraggeber nahe, durch den sie davon abgehalten werden sollen, ihre berechtigten Ansprüche oder Gegenrechte gegenüber der Beklagten als Verwenderin geltend zu machen. Die Bestätigung von unangemessenen Klauseln ist ebenfalls unangemessen.

„Änderungen, Ergänzungen und Verbesserungen im Sinne des Bauherrn und des technischen Fortschritts bleiben vorbehalten.“

Diese Klausel ist wegen Verstoßes gegen § 307 Abs. 1 und § 308 Nr. 4 BGB unwirksam. Sie räumt der Beklagten das einseitige Recht zur Änderung des Bauvertrages ein, ohne zwingende Gründe hierfür konkret anzugeben. Es ist wiederum nicht klar formuliert, welchen Inhalt die Anpassungen haben können. Art und Umfang möglicher Änderungen sind für den Kunden nicht ersichtlich. Der Verwenderin wird das Recht eingeräumt, ihre Leistungen zu ändern, selbst wenn eine Beschaffenheitsvereinbarung vorliegt und ohne dass gleichzeitig die Verpflichtung zur Zahlung des Werklohnes angepasst wird (vgl. Markus/Kapellmann/Pioch, a.a.O. Rn. 216, 223 ff. m.w.N.), *OLG Brandenburg, Urteil vom 30.10.2019 - 7 U 25/18*.

### **Änderungsvorschläge**

Es handelt sich um einen Vorschlag eines Bieters, die Leistung in einer anderen als vom Auftraggeber vorgesehenen Weise durchzuführen. Zum Teil werden auch Bieteranschläge, die sich nur auf einen Teil der Leistung beziehen, so bezeichnet. An sich handelt es sich um Nebenangebote.

### **Anfechtung**

Erklärungen eines Bieters, die aus bestimmten Gründen mangelhaft sind, können nach allgemeinen zivilrechtlichen Grundsätzen angefochten werden, mit der Folge, dass sie ab Zugang der Anfechtungserklärung als nichtig anzusehen sind. Ist der Zuschlag bereits erfolgt, hat die Anfechtung im Zweifel die Nichtigkeit des ganzen Bauvertrages zur Folge.

Denkbar sind solche Fälle insbesondere bei Irrtümern (z. B. infolge ungewollter Rechen- oder Schreibfehler); das Vorliegen eines Irrtums ist von dem Unternehmer zu beweisen. Ein Kalkulationsirrtum, bei dem das Verhältnis zwischen Preis und Leistung nicht mehr ausgewogen ist, berechtigt den Bieter allerdings grundsätzlich nicht zur Anfechtung.

### **Angebot**

#### I. Begriff

Mit einem Angebot strebt der Bauunternehmer den Abschluss eines Bauvertrages an, was eine Annahme dieses Angebots durch den Bauherrn voraussetzt. Dem Angebot des Bauunternehmers liegt in der Regel die Beschreibung der auszuführenden Leistungen im Leistungsverzeichnis zugrunde.

#### II. Fehler bei der Angebotserstellung und ihre Folgen

Nicht selten werden bei der Angebotserstellung Fehler in formeller oder inhaltlicher Hinsicht gemacht. Hier stellt sich die Frage, ob ein fehlerhaftes Angebot ausgeschlossen werden muss, ausgeschlossen werden kann oder u.U. korrigiert oder doch jedenfalls gewertet werden kann (Wertung von Angeboten). Unterläuft dem Bieter ein Kalkulationsirrtum ist das Angebot grundsätzlich wertbar. Im Rahmen einer öffentlichen Ausschreibung nach VOB/A trägt grundsätzlich der Bieter das

Risiko der Fehlkalkulation bei Erstellung seines Angebots. Der Vergabestelle ist die Erteilung des Zuschlags auf ein fehlkalkuliertes Angebot nicht a priori verwehrt; der Bieter ist nicht zur Anfechtung seines Angebots berechtigt, *OLG Naumburg, Urteil vom 22.11.2004 – 1 U 56/04*.

### III. Zurückziehung von Angeboten

Bei der Frage, ob und bis zu welchem Zeitpunkt ein Bieter ein Angebot zurückziehen kann, ist zu differenzieren: Bis zum Ablauf der Angebotsfrist können Angebote ohne weiteres zurückgezogen werden. Der Bieter ist erst dann an sein Angebot gebunden, wenn die Bindefrist eingetreten ist, die mit dem Eröffnungstermin identisch ist. Vor diesem Zeitpunkt, also vor Eröffnung der Angebote, kann der Bieter sein Angebot jederzeit zurückziehen, sodass es von Seiten der Vergabestelle nicht gewertet werden kann.

Nach Ablauf der Angebotsfrist kann das Angebot nur dann unwirksam werden, wenn entweder die Grundsätze des Wegfalls der Geschäftsgrundlage oder der Irrtumsanfechtung eingreifen. Der Gesichtspunkt, dass der Bieter sich bei der Erstellung des Angebotes verkalkuliert, ist rechtlich grundsätzlich unbeachtlich und berechtigt regelmäßig nicht zur Anfechtung.

Für den Fall, dass ein zur Anfechtung berechtigender Irrtum tatsächlich nachgewiesen werden kann (z. B. wegen ungewollter Rechen- oder Schreibfehler), ist der anfechtende Bieter verpflichtet, dem Auftraggeber den Schaden zu ersetzen, den dieser dadurch erleidet, dass er auf die Wirksamkeit des Angebotes vertraute. Dieser Schaden kann u.U. auch die Kosten beinhalten, die dem Auftraggeber dadurch entstehen, dass er nochmals eine Ausschreibung durchführen muss.

## **Angebot, Hochladen, Benutzerkonto**

Eine über ein fremdes Benutzerkonto hochgeladenes Angebot ist auszuschließen.

Ein Auftraggeber darf über die Internetadresse der e-Vergabe-Plattform des Bundes einen Zugang eröffnen und dessen Verwendung vorgeben, für den eine Registrierung unter einer eindeutig identifizierbaren Unternehmensbezeichnung erforderlich ist und der die Anforderungen des § 12 Abs. 1 Nr. 1 VgV erfüllt. Der Auftraggeber darf darauf hinweisen, dass nur derjenige als Bieter berücksichtigt wird,

der als registrierter Teilnehmer der eVergabe-Plattform das Angebot hochlädt. Jedem sich registrierenden Unternehmen muss klar sein, dass eine Registrierung des jeweiligen bietenden Unternehmens bzw. des Bevollmächtigten einer Bietergemeinschaft vorzunehmen ist und dass die Verwendung des Benutzerkontos eines Dritten nicht statthaft ist. Es ist zulässig zu spezifizieren, dass Angebote von Bietergemeinschaften nur berücksichtigt werden, wenn sie durch den Bevollmächtigten der Bietergemeinschaft hochgeladen werden.

Der öffentliche Auftraggeber darf grundsätzlich weitergehende, über die Textform des § 126b BGB als Mindestanforderung hinausgehende formelle Anforderungen für die Abgabe, d.h. die (elektronische) Übermittlung eines Angebots stellen. Nach dem eindeutigen Wortlaut des § 57 Abs. 1 VgV sind nicht nur solche Angebote auszuschließen, die die in § 53 Abs. 1 VgV festgelegten Erfordernisse nicht erfüllen. Vielmehr wird auf die gesamte Vorschrift des § 53 VgV und damit auf sämtliche dort geregelte Erfordernisse einer formgerechten Angebotsabgabe Bezug genommen (*OLG Düsseldorf, Beschluss vom 5. September 2018 - Verg 32/18*). Dies umfasst die Vorschriften zur Angebotsabgabe mithilfe elektronischer Mittel i.S.d. § 10 VgV und die Möglichkeit erhöhte Sicherheitsanforderungen (§ 53 Abs. 3 Satz 1 VgV) vorzusehen. In § 53 Abs. 7 Satz 1 VgV wird zudem festgelegt, dass Änderungen an den Vergabeunterlagen unzulässig sind, wozu gemäß § 29 Abs. 1 Nr. 2 VgV auch die „Einzelheiten der Durchführung des Verfahrens (Bewerbungsbedingungen)“ gehören. In § 9 bis 12 VgV hat der Ordnungsgeber - in Umsetzung der entsprechenden Vorgaben der Richtlinie 2014/24/EU - Regelungen zur Kommunikation und zur Angebotsabgabe mithilfe elektronischer Mittel vorgenommen. Diese sehen (u.a.) vor, dass der öffentliche Auftraggeber „die Angabe einer eindeutigen Unternehmensbezeichnung sowie einer elektronischen Adresse [...] (Registrierung)“ verlangen kann (§ 9 Abs. 3 Satz 1 VgV). Nach § 10 Abs. 1 Satz 1 VgV ist der öffentliche Auftraggeber berechtigt, das Sicherheitsniveau der elektronischen Mittel festzusetzen. Nach § 11 Abs. 1 Satz 2 VgV darf der Zugang von Unternehmen zum Vergabeverfahren nicht eingeschränkt werden und nach § 11 Abs. 3 Nr. 2 VgV müssen die technischen Parameter zur Einreichung von Angeboten zur Verfügung gestellt werden. Gemäß § 12 Abs. 1 Nr. 1 VgV kann der öffentliche Auftraggeber die Verwendung elektronischer Mittel verlangen, die nicht allgemein verfügbar sind (alternative elektronische Mittel), wenn er unter einer Internetadresse einen unentgeltlichen, uneingeschränkten, vollständigen und direkten Zugang gewährt (vgl. hierzu Art. 22 Abs. 5 der Richtlinie 2014/24/EU). Auf dieser Grundlage obliegt es dem öffentlichen Auftraggeber bei der Festlegung der Formanforderungen eine Abwägung zwischen einer möglichst weiten Wettbewerbsoffenheit durch

weitgehend barrierefreie elektronische Kommunikation einerseits und der Gewährleistung eines hinreichend sicheren und effizienten elektronischen Ausschreibungsverfahrens andererseits vorzunehmen. Dabei muss sich der öffentliche Auftraggeber nicht mit der Textform gemäß § 126b BGB als gesetzlicher Mindestanforderung begnügen, sondern darf weitergehende formelle Anforderungen aufstellen, die eine hinreichende Beweis- und Klarstellungsfunktion im Ausschreibungsverfahren und nachfolgenden Rechtsverkehr sicherstellen. Hierzu gehören insbesondere auch - verhältnismäßige - formelle Anforderungen, die eine sachlich richtige, zuverlässige und sichere Identifikation des Bieters bzw. Senders von Daten und die Gewährleistung einer gesicherten und vertraulichen elektronischen Kommunikation im Ausschreibungsverfahren ermöglichen (vgl. hierzu Regierungsbegründung zur VergModVO, BT-Drs. 18/7318, S. 154 zu § 10 Abs. 1, s.a. zu § 9 Abs. 3, S. 153). Hinzu kommt die Verpflichtung des öffentlichen Auftraggebers durch weitergehende Vorgaben sicherzustellen, dass die Integrität der Daten und Vertraulichkeit der Angebote jederzeit gewährleistet wird (vgl. Art. 22 Abs. 3 der Richtlinie 2014/24/EU).

Auf diese Weise hat der Auftraggeber transparente und nicht diskriminierende Anforderungen an die Identifizierbarkeit eines als Bieter/Bevollmächtigten registrierten Unternehmens gestellt. Diese Anforderungen sind nicht mehrdeutig oder unverständlich formuliert, wenn man als Maßstab den Empfängerhorizont fachkundiger Unternehmen ansetzt, die sich regelmäßig an Ausschreibungen vergleichbarer wirtschaftlicher Bedeutung beteiligen. Dabei ist es nicht zu beanstanden, wenn ein öffentlicher Auftraggeber sich im Sinne einer möglichst großen Wettbewerbsoffenheit gegen weitergehende einschränkende Vorgaben, wie etwa die Vorgabe qualifizierter digitaler Signaturen oder Siegel i.S.d. § 10 Abs. 1 Satz 1 und § 53 Abs. 3 VgV entscheidet und stattdessen Mindestvorgaben zur Registrierung und Nutzung der e-Vergabe-Plattform des Bundes fordert. Hier dient die Vorgabe der Registrierung des Bieters auf der e-Vergabe-Plattform des Bundes zum einen der Identifikation des Bieters als Erklärenden – in Ergänzung der Textform gemäß § 126b BGB – und zum anderen der Gewährleistung einer effizienten und sicheren elektronischen Kommunikation in massenhaft geführten Ausschreibungsverfahren.

Ohne diese formellen Vorgaben müsste der Auftraggeber in solchen Massenverfahren systematisch prüfen, ob das in Textform abgegebene Angebot tatsächlich eine rechtsverbindliche Erklärung des genannten Bieters bzw. eines bevollmächtigten Vertreters enthält und gegenüber wem, bzw. welchem Ansprechpartner mit welcher Vertretungsmacht, Erklärungen abgegeben werden können. Aufgrund der

## Angebot, Widersprüche

Vorgabe, dass der Bieter bzw. Bevollmächtigte der Bietergemeinschaft zusätzlich das Angebot über einen auf diesen registriertes Benutzerkonto hochzuladen ist, erfolgt eine zusätzliche Klarstellung und es wird ein Kommunikationskanal eröffnet, der eine effiziente und sichere – d.h. nur für den Inhaber der Benutzerdaten des Benutzerkontos zugängliche – Kommunikation mit dem öffentlichen Auftraggeber gewährleistet.

Diese Vorgehensweise des Auftraggebers ist von § 9 Abs. 3 Satz 1, § 10 Abs. 1 und 2, § 11 Abs. 2 und 3 Nr. 2 und § 12 Abs. 1 VgV gedeckt.

Die Zulassung eines Hochladens von Angeboten über Benutzerkonten Dritter birgt das zusätzliche Risiko, dass mehrere, konkurrierende Angebote hochgeladen werden. Dabei würde der spätere Vorgang des Hochladens die Rücknahme tatsächlich konkurrierender, früherer Angebote bewirken, wodurch völlig unklar wäre, welcher Bieter welches Angebot zu welcher Zeit abgegeben hat. Dies ist durchaus geeignet nicht nur die Integrität der Daten und die Vertraulichkeit der Kommunikation zu beeinträchtigen, sondern birgt auch Manipulationsrisiken, die durch die Ausschreibungsbedingungen gerade vermieden werden sollen, *VK Bund, Beschluss vom 31.01.2020 - VK 2-102/19 (nicht bestandskräftig; Beschwerde: OLG Düsseldorf, Az. Verg 6/20)*

## Angebot, Widersprüche

Der öffentliche Auftraggeber darf Angebote, die wegen widersprüchlicher Angaben an sich ausschusswürdig bzw. -bedürftig sind, nicht ohne Weiteres von der Wertung ausnehmen, ohne den von einem Ausschluss seines Angebots bedrohten Bieter zuvor zu einer Aufklärung über den Inhalt des Angebots aufgefordert und ihm Gelegenheit gegeben zu haben, den Tatbestand der Widersprüchlichkeit nachvollziehbar auszuräumen. Nach § 15 EU Abs. 1 Nr. 1 VOB/A darf sich der Auftraggeber bis zur Auftragserteilung bei einem Bieter jederzeit Aufklärung u.a. über das Angebot selbst sowie über die geplante Art der Durchführung verschaffen. Echte Verhandlungen über das Angebot sind wegen des Nachverhandlungsverbots, § 15 EU Abs. 3 VOB/A unstatthaft, da das eingereichte Angebot nicht mehr abgeändert werden darf. Gemäß der Intention, Angebotsausschlüsse aus lediglich formalen Gründen nach Möglichkeit zu vermeiden, darf der öffentliche Auftraggeber Angebote, die wegen widersprüchlicher Angaben an sich ausschusswürdig bzw. -bedürftig sind, nicht ohne Weiteres von der Wertung ausnehmen, ohne den von einem Ausschluss seines Angebots bedrohten Bieter zuvor zu einer Aufklärung über den Inhalt des Angebots aufgefordert und ihm Gelegenheit gegeben zu haben, den

Tatbestand der Widersprüchlichkeit nachvollziehbar auszuräumen (so grundlegend OLG Düsseldorf, Beschluss vom 21.10.2015 - Verg 35/15; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 11. Mai 2016 - Verg 50/15; vgl. a. OLG Oldenburg, Beschluss vom 25. April 2017, 6 U 170/16 zur „Nachforderung“ der Aufhebung einer Sperrvermerkserklärung auf der Urkalkulation durch den Bieter, um einen formalen Mangel zu beseitigen), *VK Bund, Beschluss vom 18.04.2018 - VK 2-32/18*.

### **Angebot, Begleitschreiben als Angebotsbestandteil**

Bei Auslegung eines Angebots im Rahmen einer öffentlichen Ausschreibung ist der Inhalt des Begleitschreibens einzubeziehen. Durch den Inhalt des Begleitschreibens kann daher das Angebot und damit der spätere Vertragsinhalt von den Ausschreibungsunterlagen, insbesondere dem Leistungsverzeichnis, abweichen. Im Ausschreibungsverfahren entsteht zwischen dem Ausschreibenden und den einzelnen Bietern ein vorvertragliches Schuldverhältnis, in dem für die Bieter die in der VOB/A festgehaltenen allgemeinen Verhaltenspflichten gelten, auch wenn die VOB/A dem an die VOB/A angelehnten Ausschreibungsverfahren nicht ausdrücklich zu Grunde gelegt wurde. Zu den allgemeinen Verhaltenspflichten eines Bieters gehört die Verpflichtung, Änderungsvorschläge oder Nebenangebote so deutlich zu kennzeichnen, dass ein Übersehen durch die ausschreibende Stelle möglichst ausgeschlossen wird. Ändert ein Bieter im Begleitschreiben zu seinem Angebot die im Leistungsverzeichnis des Ausschreibenden verlangte Beschaffenheit des Werks ohne ausreichenden Hinweis ab und wird diese Änderung Vertragsinhalt, kann dieses Verhalten des Bieters einen Schadensersatzanspruch aus Verschulden bei Vertragsschluss begründen. Ein solcher Anspruch aus Verschulden bei Vertragsschluss wird nicht durch das Gewährleistungsrecht verdrängt, weil der Bieter, der eine Änderung der Ausschreibungsunterlagen in Bezug auf die geschuldete Beschaffenheit des Werks nicht hinreichend deutlich macht, besondere Auskunft- und Hinweispflichten im Ausschreibungsverfahren verletzt. Dadurch wird ein eigenständiger, neben dem Gewährleistungsrecht stehender Schadensersatzanspruch ausgelöst. Der Schadensersatzanspruch wird grundsätzlich nicht wegen eines Mitverschuldens reduziert, weil die ausschreibende Stelle die nicht ausreichend kenntlich gemachte Abänderung der Ausschreibungsunterlagen im Angebot übersehen und das Angebot nicht ausgeschlossen hat, *OLG Stuttgart, Urteil vom 09.02.2010 - 10 U 76/09*.

## **Angebote, Angebotsinhalt, Aufklärung des, VOB/A, national**

Bei Ausschreibungen darf der Auftraggeber nach Öffnung der Angebote bis zur Zuschlagserteilung von einem Bieter nur Aufklärung verlangen, um sich über seine Eignung, insbesondere seine technische und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit, das Angebot selbst, etwaige Nebenangebote, die geplante Art der Durchführung, etwaige Ursprungsorte oder Bezugsquellen von Stoffen oder Bauteilen und über die Angemessenheit der Preise, wenn nötig durch Einsicht in die vorzulegenden Preisermittlungen (Kalkulationen), zu unterrichten. Die Ergebnisse solcher Aufklärungen sind geheim zu halten. Sie sollen in Textform niedergelegt werden. Verweigert ein Bieter die geforderten Aufklärungen und Angaben oder lässt er die ihm gesetzte angemessene Frist unbeantwortet verstreichen, so ist sein Angebot auszuschließen. Verhandlungen, besonders über Änderung der Angebote oder Preise, sind unstatthaft, außer, wenn sie bei Nebenangeboten oder Angeboten aufgrund eines Leistungsprogramms nötig sind, um unumgängliche technische Änderungen geringen Umfangs und daraus sich ergebende Änderungen der Preise zu vereinbaren (§ 15 VOB/A).

## **Angebote, Ausschluss, VOB/A, national**

Auszuschließen sind: 1. Angebote, die nicht fristgerecht eingegangen sind, 2. Angebote, die den Bestimmungen des § 13 Absatz 1 Nummer 1, 2 und 5 nicht entsprechen, 3. Angebote, die die geforderten Unterlagen im Sinne von § 8 Absatz 2 Nummer 5 nicht enthalten, wenn der Auftraggeber gemäß § 16a Absatz 3 festgelegt hat, dass er keine Unterlagen nachfordern wird. Satz 1 gilt für Teilnahmeanträge entsprechend, 4. Angebote, bei denen der Bieter Erklärungen oder Nachweise, deren Vorlage sich der Auftraggeber vorbehalten hat, auf Anforderung nicht innerhalb einer angemessenen, nach dem Kalender bestimmten Frist vorgelegt hat. Satz 1 gilt für Teilnahmeanträge entsprechend, 5. Angebote von Bieter, die in Bezug auf die Ausschreibung eine Abrede getroffen haben, die eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung darstellt, 6. Nebenangebote, wenn der Auftraggeber in der Auftragsbekanntmachung oder in den Vergabeunterlagen erklärt hat, dass er diese nicht zulässt, 7. Hauptangebote von Bieter, die mehrere Hauptangebote abgegeben haben, wenn der Auftraggeber die Abgabe mehrerer Hauptangebote in der Auftragsbekanntmachung oder in den Vergabeunterlagen nicht zugelassen hat, 8. Nebenangebote, die dem § 13 Absatz 3 Satz 2 nicht entsprechen, 9. Hauptangebote, die dem § 13 Absatz 3 Satz 3 nicht entsprechen, 10. Angebote von Bieter, die im Vergabeverfahren vorsätzlich unzutreffende Erklärungen in Bezug auf

ihre Fachkunde, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit abgegeben haben. Außerdem können Angebote von Bietern ausgeschlossen werden, wenn 1. ein Insolvenzverfahren oder ein vergleichbares gesetzlich geregeltes Verfahren eröffnet oder die Eröffnung beantragt worden ist oder der Antrag mangels Masse abgelehnt wurde oder ein Insolvenzplan rechtskräftig bestätigt wurde, 2. sich das Unternehmen in Liquidation befindet, 3. nachweislich eine schwere Verfehlung begangen wurde, die die Zuverlässigkeit als Bewerber oder Bieter in Frage stellt, 4. die Verpflichtung zur Zahlung von Steuern und Abgaben sowie der Beiträge zur Sozialversicherung nicht ordnungsgemäß erfüllt wurde, 5. sich das Unternehmen nicht bei der Berufsgenossenschaft angemeldet hat (§ 16 VOB/A).

## **Angebote, Form und Inhalt der**

Der Auftraggeber legt fest, in welcher Form die Angebote einzureichen sind. Schriftlich eingereichte Angebote müssen unterzeichnet sein. Elektronische Angebote sind nach Wahl des Auftraggebers in Textform oder versehen mit a) einer fortgeschrittenen elektronischen Signatur, b) einer qualifizierten elektronischen Signatur, c) einem fortgeschrittenen elektronischen Siegel oder d) einem qualifizierten elektronischen Siegel zu übermitteln. Der Auftraggeber hat die Datenintegrität und die Vertraulichkeit der Angebote auf geeignete Weise zu gewährleisten. Per Post oder direkt übermittelte Angebote sind in einem verschlossenen Umschlag einzureichen, als solche zu kennzeichnen und bis zum Ablauf der für die Einreichung vorgesehenen Frist unter Verschluss zu halten. Bei elektronisch übermittelten Angeboten ist dies durch entsprechende technische Lösungen nach den Anforderungen des Auftraggebers und durch Verschlüsselung sicherzustellen. Die Verschlüsselung muss bis zur Öffnung des ersten Angebots aufrechterhalten bleiben. Die Angebote müssen die geforderten Preise enthalten. Die Angebote müssen die geforderten Erklärungen und Nachweise enthalten. Änderungen an den Vergabeunterlagen sind unzulässig. Änderungen des Bieters an seinen Eintragungen müssen zweifelsfrei sein. Bieter können für die Angebotsabgabe eine selbstgefertigte Abschrift oder Kurzfassung des Leistungsverzeichnisses benutzen, wenn sie den vom Auftraggeber verfassten Wortlaut des Leistungsverzeichnisses im Angebot als allein verbindlich anerkennen; Kurzfassungen müssen jedoch die Ordnungszahlen (Positionen) vollzählig, in der gleichen Reihenfolge und mit den gleichen Nummern wie in dem vom Auftraggeber verfassten Leistungsverzeichnis wiedergeben. Muster und Proben der Bieter müssen als zum Angebot gehörig ge-

## Angebote, Vertraulichkeit

kennzeichnet sein. Eine Leistung, die von den vorgesehenen technischen Spezifikationen nach § 7a Absatz 1 VOB/A abweicht, kann angeboten werden, wenn sie mit dem geforderten Schutzniveau in Bezug auf Sicherheit, Gesundheit und Gebrauchstauglichkeit gleichwertig ist. Die Abweichung muss im Angebot eindeutig bezeichnet sein. Die Gleichwertigkeit ist mit dem Angebot nachzuweisen. Die Anzahl von Nebenangeboten ist an einer vom Auftraggeber in den Vergabeunterlagen bezeichneten Stelle aufzuführen. Etwaige Nebenangebote müssen auf besonderer Anlage erstellt und als solche deutlich gekennzeichnet werden. Werden mehrere Hauptangebote abgegeben, muss jedes aus sich heraus zuschlagsfähig sein. Soweit Preisnachlässe ohne Bedingungen gewährt werden, sind diese an einer vom Auftraggeber in den Vergabeunterlagen bezeichneten Stelle aufzuführen. Bietergemeinschaften haben die Mitglieder zu benennen sowie eines ihrer Mitglieder als bevollmächtigten Vertreter für den Abschluss und die Durchführung des Vertrags zu bezeichnen. Fehlt die Bezeichnung des bevollmächtigten Vertreters im Angebot, so ist sie vor der Zuschlagserteilung beizubringen. Der Auftraggeber hat die Anforderungen an den Inhalt der Angebote in die Vergabeunterlagen aufzunehmen (§ 13 VOB/A).

## Angebote, Vertraulichkeit

Bei elektronischen Angeboten ist die Vertraulichkeit durch Verschlüsselung sicherzustellen. Eine ausdrückliche diesbezügliche Vorgabe des Auftraggebers ist nicht erforderlich. Ein unverschlüsselt eingereichtes elektronisches Angebot ist zwingend auszuschließen. Auf die Frage des Verschuldens oder Vertretenmüssens kommt es dabei nicht an. Der Mangel kann nicht durch nochmalige verschlüsselte Übermittlung des Angebots geheilt werden, *OLG Karlsruhe, Beschluss vom 17.03.2017-15 Verg 2/17*.

## Angebotsverfahren

Das Angebotsverfahren ist im Rahmen der Ausschreibung nach der VOB/A der Regelfall und in § 4 Abs. 3 VOB/A normiert. Zwingende Voraussetzung ist, dass der Auftraggeber dem Bewerber eine Leistungsbeschreibung als Grundlage an die Hand gibt, die den Bewerber in die Lage versetzt, ein klares und eindeutiges Angebot abzugeben. Das Angebot des Bieters muss so bestimmt sein, dass ein bloßes Ja zur Einigung über Inhalt und Gegenstand des Vertrages genügt. Gegenbe-griff ist das Auf- und Abgebotsverfahren.

## **Anlagen, komplexe, Spielraum und Leistungstoleranz bei der Planung und Errichtung**

Haben die Parteien keine Vereinbarung dazu getroffen, welche Leistungen eine zu errichtende Wasserkraftanlage erbringen soll, ist ein für den gewöhnlichen Gebrauch funktionstaugliches und zweckentsprechendes Werk zu errichten. Der geschuldete Erfolg besteht in einem solchen Fall darin, dass eine Anlage bereitzustellen ist, die die nach den örtlichen Gegebenheiten verfügbare Wasserkraft bestmöglich nutzt. Kann die Funktion einer (Wasserkraft-) Anlage angesichts der Komplexität des Vorhabens nicht lediglich auf eine bestimmte Art und Weise erreicht werden, steht dem (planenden) Auftragnehmer ein Spielraum in der sachgerechten Konzeption der Anlage zu. Die Leistung ist erst mangelhaft, wenn dieser Spielraum überschritten wird, *OLG Dresden, Urteil vom 09.07.2015 – 9 U 1777/08*.

## **Anlieger**

Die Eigentümer und Pächter betroffener Flächen sind in geeigneter Weise rechtzeitig vor Inanspruchnahme ihrer Flächen zu unterrichten. Wird der Bauüberwachung bekannt, dass Anlieger durch die Bauarbeiten über das unvermeidbare Maß hinaus belästigt oder Flächen unzulässiger Weise beeinflusst werden, hat sie beim Bauleiter des Auftragnehmers auf Abhilfe hinzuwirken. Im Bautagebuch ist hierüber ein entsprechender Vermerk aufzunehmen. Die Bauüberwachung hat darauf zu achten, dass sie gegenüber den Anliegern keine Verpflichtungen eingetht oder Erklärungen abgibt, die den bereits bestehenden Vereinbarungen entgegenstehen.

## **Anordnungsrecht des Auftraggebers**

Der Auftraggeber hat nach § 4 Abs. 1 Nr. 3 VOB/B das Recht, dem Auftragnehmer Anordnungen zu erteilen, die zur vertragsgemäßen Ausführung der Bauleistung notwendig sind. Eine Anordnung in diesem Sinne liegt allerdings nur bei einer eindeutigen Aufforderung vor, eine Baumaßnahme in einer bestimmten Weise vorzunehmen; bloße Wünsche oder Vorschläge, die keine Befolgung durch den Auftragnehmer verlangen, fallen nicht unter § 4 VOB/B.

Das Anordnungsrecht steht dem Auftraggeber nur zu, soweit es die dem Auftragnehmer zustehende Leitung wahrt und zur vertragsgemäßen Durchführung der Leistung notwendig ist.

## Anordnung des Auftraggebers

Als Anordnung des Auftraggebers i.S. von § 2 Abs. 5 VOB/B ist auch die Mitteilung über einen gerichtlich angeordneten Baustopp anzusehen, wenn sie mit der Aufforderung verbunden wird, dieser Anordnung Folge zu leisten. Die Anordnung eines vorläufigen Baustopps ohne gleichzeitige Anordnung der Räumung der Baustelle kann in einem Vertragsverhältnis, in dem es dem Bauunternehmer grundsätzlich obliegt, die Ausführung der Bauleistung organisatorisch und insbesondere zeitlich selbst zu koordinieren, zu einer erheblichen Störung des ursprünglichen Äquivalenzverhältnisses zwischen Preis und Leistung führen. Für die Vergütungspflicht kommt es nicht darauf an, ob die Anordnung des Auftraggebers i.S. von § 2 Abs. 5 VOB/B vertraglich erlaubt bzw. vorgesehen war oder vom Auftragnehmer lediglich widerspruchslos im Rahmen seiner Kooperationspflicht akzeptiert und umgesetzt wurde (OLG Naumburg, Urteil vom 23.06.2011 - 2 U 113/09).

Eine ausdrückliche oder konkludente Anordnung des Auftraggebers mit dem Inhalt einer Änderung des Bauentwurfs i.S.v. § 2 Abs. 5 VOB/B i.V.m. § 1 Abs. 3 VOB/B oder eine andere Anordnung i.S.v. § 2 Abs. 5 VOB/B setzt eine rechtsgeschäftliche Erklärung voraus, für deren Wirksamkeit die Regeln einer Willenserklärung gelten. Die Rechtsprechung des BGH zur Abgrenzung von Anspruchsgrund und Anspruchshöhe im Rahmen eines Schadensersatzanspruchs gemäß § 6 Abs. 6 VOB/B und der entsprechenden Bemessung der Darlegungs- und Beweislast des Auftragnehmers gemäß § 286 ZPO bzw. § 287 ZPO (vgl. Urteile vom 24.02.2005 - VII ZR 222/03, BauR 2005, 861 sowie VII ZR 141/03, BauR 2005, 857) ist im Rahmen eines vertraglichen Anspruchs auf Anpassung der Vergütung gemäß § 2 Abs. 5 VOB/B weder unmittelbar noch entsprechend anwendbar (OLG Düsseldorf, Urteil vom 20.01.2009 - 23 U 47/08). Die Freigabe einer von den Vertragsunterlagen abweichenden auftragnehmerseitigen Fertigungsliste begründet eine Anordnung im Sinne des § 2 Abs. 5 VOB/B, wenn der Auftraggeber sachkundig vertreten ist - unabhängig davon, ob der sachkundige Vertreter diese Abweichung tatsächlich erkannt hat, *OLG Düsseldorf, Urteil vom 30.08.2012 - 23 U 162/11*.

Ein passives Verhalten und Schweigen ersetzt eine Anordnung nicht, selbst dann nicht, wenn der Auftraggeber eigentlich gehalten gewesen wäre, zu handeln (OLG Düsseldorf, Urteil vom 20.01.2009 - 23 U 47/08). Die Parteien stritten um Mehrvergütungsansprüche für die Herstellung einer Dichtwand. Während der Ausführung der Arbeiten wurde festgestellt, dass das Leistungsverzeichnis die auszuführenden Arbeiten unzureichend abgebildet hatte, insbesondere weil die Baugrundverhält-

nisse bei der Herstellung der Dichtwand sich anders darstellten als in der Ausschreibung angenommen. Der Auftragnehmer machte Mehrvergütungsansprüche geltend, bis zum Schluss blieb zwischen den Parteien allerdings streitig, wie genau die Bodenverhältnisse beschaffen waren und ob die Mehrvergütungsansprüche bzw. der daraus abgeleitete Mehraufwand des Auftragnehmers notwendig und wirklich entstanden war. Zu keinem Zeitpunkt hatte der Auftraggeber zusätzliche Arbeiten tatsächlich angeordnet. Deshalb scheiterte der Unternehmer dann letztlich auch bei der Geltendmachung des Mehrvergütungsanspruches. Das Gericht macht deutlich, dass es einer ausdrücklichen Anordnung bedarf, wenn nach § 1 Abs. 3, § 2 Abs. 5 VOB/B zusätzliche Arbeiten ausgeführt werden sollen. Ein passives Verhalten und Schweigen ersetzt eine solche Anordnung nicht, selbst dann nicht, wenn der Auftraggeber eigentlich gehalten gewesen wäre, zu handeln. In solchen Fällen bleibt dem Auftragnehmer lediglich sein Leistungsverweigerungsrecht, wobei im Einzelfall zu prüfen ist, ob ein solches tatsächlich ausgeübt werden kann.

## **Anpassung des Vertrags**

Grundsätzlich ist ein wirksam abgeschlossener Vertrag so einzuhalten, wie er vereinbart wurde. Eine Anpassung des Vertrages kommt nur in extremen Ausnahmefällen in Betracht, in denen veränderte Umstände eine Anpassung zwingend erfordern (Wegfall der Geschäftsgrundlage).

## **Anwendungsbereich der VOB/A**

Hinsichtlich des Anwendungsbereichs der VOB/A ist nach den einzelnen Abschnitten der VOB/A zu differenzieren.

Zur Anwendung der Bestimmungen des Ersten Abschnitts der VOB/A sind zum einen die klassischen öffentlichen Auftraggeber, also Bund, Länder und Gemeinden (einschließlich der zugehörigen Verbände usw.) verpflichtet sowie Auftraggeber, die mit öffentlichen Mitteln geförderte Bauvorhaben durchführen. Bei den Bestimmungen des Zweiten Abschnitts (der EU-Paragrafen) sind oberhalb der Schwellenwerte sämtliche Auftraggeber im Sinne des Kartellvergaberechts zur Anwendung der Bestimmungen verpflichtet.

## **Arbeitsgemeinschaft**

Als Arbeitsgemeinschaft wird der Zusammenschluss von Fachunternehmen bezeichnet, mit dem Ziel, den erhaltenen Auftrag gemeinsam auszuführen. Üblicherweise wandelt sich eine Bietergemeinschaft im Falle einer Auftragserteilung in eine Arbeitsgemeinschaft um. Sowohl Bietergemeinschaften als auch Arbeitsgemeinschaften sind Gesellschaften des bürgerlichen Rechts gemäß §§ 705 ff. BGB.

## **Arbeitsschutz, betrieblicher**

Der betriebliche Arbeitsschutz ist in Deutschland in zahlreichen Gesetzen, Regelwerken und Verordnungen verankert und ausgeführt, um die Sicherheit und Gesundheit von Beschäftigten bei der Arbeit zu gewährleisten.

Entsprechend ihrer umfassenden Aufträge nach § 14 ff. SGB VII, erlassen die Träger der gesetzlichen Unfallversicherung (UV) Unfallverhütungsvorschriften (UVVen), deren Einhaltung von den Aufsichtsdiensten der UV-Träger überprüft wird.

Unterhalb dieser Vorschriftenebene haben die UV-Träger zudem ein umfassendes Regelwerk (Regeln, Informationen und Grundsätze) zur Unterstützung der Unternehmer und Versicherten bei der Wahrnehmung ihrer Pflichten im Bereich Sicherheit und Gesundheitsschutz erarbeitet.

Die Fachbereiche und Sachgebiete der Deutschen Gesetzlichen Unfallversicherung e. V. (DGUV) entwickeln das Vorschriften- und Regelwerk.

## **Architekt, Anspruch auf Vergütung bei schwerwiegenden Mängeln des Architektenwerkes**

Der Architekt hat grundsätzlich einen Anspruch auf Vergütung seiner erbrachten Leistungen. Dies gilt auch im Falle einer Kündigung aus wichtigem Grund durch den Auftraggeber für Leistungen, welche bis zur Kündigung erbracht wurden. Eine Ausnahme gilt für den Fall, dass das Architektenwerk schwerwiegende Mängel aufweist und für den Auftraggeber wertlos ist. In diesem Fall ist ein Vergütungsanspruch ausgeschlossen. Als schwerwiegender Mangel ist ein Abweichen von den vertraglichen Vorgaben des Bauherrn bei der Planung anzusehen. Dies gilt insbesondere, wenn der Auftraggeber nach der Kündigung zur Erstellung einer neuen Planung gezwungen ist. Die Verbindlichkeit der Planungsvorgaben wird nicht

dadurch ausgeschlossen, dass sie erst im Laufe des Planungsprozesses festgelegt werden, *OLG Jena, Urteil vom 09.09.2010 - 1 U 887/07; BGH, 08.12.2011 - VII ZR 162/10 (NZZ zurückgewiesen)*.

## **Architekt, bauüberwachender, Inanspruchnahme**

Es steht dem Auftraggeber bis zur Grenze der Treuwidrigkeit frei, ob er wegen eines Mangels am Bauwerk den Unternehmer oder den Architekten, der seine Aufsichtspflicht verletzt hat, in Anspruch nehmen will. Es ist nicht treuwidrig, den Architekten wegen Verletzung der Aufsichtspflicht in Anspruch zu nehmen, wenn die mit ihm ggf. in einem einer Gesamtschuld ähnlichen Verhältnis haftenden Unternehmer ihre Einstandspflicht für Mängel des Bauwerks bestreiten. Beseitigen Unternehmer Mängel ihres Werks nur gegen eine weitere Vergütung, weil sie ihre Einstandspflicht bestreiten, führt die Zahlung der weiteren Vergütung durch den Auftraggeber zu einem Mangelfolgeschaden, der vom Architekten, der den Mangel schuldhaft mit verursacht hat, zu ersetzen ist. Der Architekt kann im Weg der Vorteilsausgleichung für seine Zahlung von Schadensersatz Zug um Zug die Abtretung eventueller Rückforderungsansprüche wegen der unberechtigten Vergütung von Nachbesserungsleistungen verlangen. Dass damit das Prozessrisiko der Rückforderung der Zahlungen an die Unternehmer auf ihn als Schädiger übergeht, ist nicht unangemessen. Ein Rückforderungsanspruch des Auftraggebers gegen einen Unternehmer, der eine Vergütung für Nachbesserungsarbeiten erhalten hat, ist nicht schon nach § 814 BGB ausgeschlossen, wenn die Einstandspflicht des Unternehmers für den Mangel an seinem Werk bei Zahlung ungeklärt war. Einem Ingenieur, der mit der Objektüberwachung betraut ist, steht wegen des Umfangs der Mängel vor Abnahme und des Mängelbeseitigungsaufwands kein nachträglicher Anspruch auf eine gesonderte Vergütung zu, soweit seine Tätigkeit im Zusammenhang mit der Mängelbeseitigung zu keiner Wiederholung bereits abgeschlossener Grundleistungen führt (vgl. Ziff. II. A. 3.19 der Gründe). Das gilt auch, wenn zur Mängelbeseitigung an Unternehmer neue Aufträge erteilt werden, weil die Aufgaben des Ingenieurs/Architekten bei der Objektüberwachung sich nicht auf bestimmte Unternehmer, sondern auf die Herstellung eines bestimmten Werks beziehen, *OLG Stuttgart, Urteil vom 08.12.2015 - 10 U 132/13*.

## **Arten der Vergabe (EU)**

Arten der Vergabe (EU) sind nach § 3 EU (VOB/A): Die Vergabe von öffentlichen Aufträgen erfolgt im offenen Verfahren, im nicht offenen Verfahren, im Verhandlungsverfahren, im wettbewerblichen Dialog oder in der Innovationspartnerschaft.

1. Das offene Verfahren ist ein Verfahren, in dem der öffentliche Auftraggeber eine unbeschränkte Anzahl von Unternehmen öffentlich zur Abgabe von Angeboten auffordert. 2. Das nicht offene Verfahren ist ein Verfahren, bei dem der öffentliche Auftraggeber nach vorheriger öffentlicher Aufforderung zur Teilnahme eine beschränkte Anzahl von Unternehmen nach objektiven, transparenten und nichtdiskriminierenden Kriterien auswählt (Teilnahmewettbewerb), die er zur Abgabe von Angeboten auffordert. 3. Das Verhandlungsverfahren ist ein Verfahren, bei dem sich der öffentliche Auftraggeber mit oder ohne Teilnahmewettbewerb an ausgewählte Unternehmen wendet, um mit einem oder mehreren dieser Unternehmen über die Angebote zu verhandeln. 4. Der wettbewerbliche Dialog ist ein Verfahren zur Vergabe öffentlicher Aufträge mit dem Ziel der Ermittlung und Festlegung der Mittel, mit denen die Bedürfnisse des öffentlichen Auftraggebers am besten erfüllt werden können. 5. Die Innovationspartnerschaft ist ein Verfahren zur Entwicklung innovativer, noch nicht auf dem Markt verfügbarer Bauleistungen und zum anschließenden Erwerb der daraus hervorgehenden Leistungen (§ 3 EU VOB/A).

## **Arten der Vergabe (national)**

Arten der Vergabe (national) sind nach § 3 VOB/A: Die Vergabe von Bauleistungen erfolgt nach Öffentlicher Ausschreibung, Beschränkter Ausschreibung mit oder ohne Teilnahmewettbewerb oder nach Freihändiger Vergabe. Bei Öffentlicher Ausschreibung werden Bauleistungen im vorgeschriebenen Verfahren nach öffentlicher Aufforderung einer unbeschränkten Zahl von Unternehmen zur Einreichung von Angeboten vergeben. Bei Beschränkten Ausschreibungen (Beschränkte Ausschreibung mit oder ohne Teilnahmewettbewerb) werden Bauleistungen im vorgeschriebenen Verfahren nach Aufforderung einer beschränkten Zahl von Unternehmen zur Einreichung von Angeboten vergeben. Bei Freihändiger Vergabe werden Bauleistungen in einem vereinfachten Verfahren vergeben (§ 3 VOB/A).

### **Aufbewahrungspflicht**

Die Dokumentation, der Vergabevermerk sowie die Angebote, die Teilnahmeanträge, die Interessensbekundungen, die Interessensbestätigungen und ihre Anlagen sind aus vergaberechtlicher Sicht bis zum Ende der Laufzeit des Vertrags oder der Rahmenvereinbarung aufzubewahren, mindestens jedoch für drei Jahre ab dem Tag des Zuschlags. Gleiches gilt für Kopien aller abgeschlossenen Verträge, die mindestens den folgenden Auftragswert haben: 1. 1 Million Euro im Falle von Liefer- oder Dienstleistungsaufträgen, 2. 10 Millionen Euro im Falle von Bauaufträgen (§ 8 Abs. 4 VGV). Allerdings handelt es sich hierbei um Mindestfristen, welche durch andere (gesetzliche) Regelungen überlagert und bis auf 6 Jahre (z.B. auch durch bundesländerspezifische Gemeindehaushaltsverordnungen) oder auf 10 Jahre (z.B. aus steuerrechtlichen Gründen, Abgabenordnung) verlängert sein können.

### **Aufforderung zur Mängelbeseitigung**

Die Aufforderung zur Mängelbeseitigung ist eine Voraussetzung dafür, dass der Auftraggeber bei Vorliegen von Mängeln schon während der Ausführung dem Auftragnehmer kündigen kann, vgl. § 4 Abs. 7 VOB/B.

Voraussetzung für eine Aufforderung, die zu einer Kündigung berechtigt ist, dass der Auftraggeber dem Auftragnehmer eindeutig, unmissverständlich und zweifelsfrei zur Beseitigung der im Einzelnen bezeichneten Mängel bzw. Vertragswidrigkeiten auffordert. Aufforderungen allgemeiner Art wie Haftbarmachung für weitere Schäden, Androhung gerichtlicher Schritte u. ä. genügen nicht. Vielmehr muss der Auftraggeber in seiner Aufforderung den zu beseitigenden Mangel bzw. die Vertragswidrigkeit der Leistung so konkret beschreiben, dass der Auftragnehmer zweifelsfrei ersehen kann, welche Leistung von ihm gefordert wird.

Das gilt gleichermaßen für Mängelbeseitigungsarbeiten nach der Abnahme während der Verjährungsfrist, wobei hier die Vorschrift des § 13 Abs. 5 Nr. 2 VOB/B einschlägig ist und die Rechtsfolge naturgemäß nicht die Kündigung, sondern das Selbstvornahmerecht gegen Kostenerstattung ist.

### **Auf- und Abgebotsverfahren**

Das Auf- und Abgebotsverfahren, bei dem vom Auftraggeber angegebene Preise dem Auf- und Abgebot der Bieter unterstellt werden, soll nur ausnahmsweise bei

## Aufgliederung des Angebotspreises

regelmäßig wiederkehrenden Unterhaltungsarbeiten, deren Umfang möglichst zu umgrenzen ist, angewandt werden.

### **Aufgliederung des Angebotspreises**

Die Kenntnis darüber, wie sich der Angebotspreis entsprechend der betriebsinternen Kalkulation des Bieters zusammensetzt, ist von großer Bedeutung für die Beurteilung der Angemessenheit eines Angebotspreises. Dies ist der Grund, dass viele Auftraggeber von den Bietern eine Aufgliederung des Angebotspreises fordern.

Das Vergabehandbuch (VHB Bund Ausgabe 2017 – Stand 2019) enthält dazu die Formblätter EFB-Preis 221 und sowie 223 (Aufgliederung der Einheitspreise), die aussagekräftige Grundlagen für die preislichen Beurteilungen schaffen sollen.

Hier ist der Angebotspreis als solcher aufzugliedern und es sind die Bestandteile wichtiger Einheitspreise offen zu legen. Die Formblätter werden nicht Vertragsbestandteil. Wenn Formblätter zur Aufgliederung des Angebotspreises nicht ausgefüllt werden, ist daher das Angebot zum Zeitpunkt der Angebotsabgabe zwar unvollständig, es liegt insoweit aber kein Ausschlussgrund vor. Die Formblätter werden nicht Vertragsbestandteil und sind deshalb auch nicht Teil des Angebots.

Aus der Intention, die mit der Aufgliederung des Angebotspreises verfolgt wird, nämlich die Angemessenheit des Angebotspreises überprüfen und gegebenenfalls die angemessene Höhe eines Nachtragsangebots ermitteln zu können, wird deutlich, dass ein Ausschluss des Angebots nur in Betracht kommen kann, wenn durch das Fehlen der geforderten Preisangaben eine ordnungsgemäße Wertung behindert oder vereitelt wird. Hat der Auftraggeber nicht dokumentiert, dass er durch das Fehlen der geforderten Preisangaben an einer ordnungsgemäßen Wertung behindert war bzw. keine Wertung durchführen konnte, kann dies nicht den Bietern angelastet und ihre Angebote ausgeschlossen werden, *Vergabekammer Lüneburg, Beschluss vom 15.9.2003 – 203-VgK-22/2003*.

### **Aufhebung des Vergabeverfahrens als einzig verbleibende Entscheidungsoption**

Eine Aufhebung des Vergabeverfahrens als einzig verbleibende Entscheidungsoption ist unter anderem dann geboten, wenn die Angebotspreise der Bieter die vertretbare Kostenschätzung eines Auftraggebers bzw. die zur Verfügung stehenden

Haushaltsmittel deutlich übersteigen und weniger einschneidende Alternativen als die Aufhebung des Vergabeverfahrens nicht erkennbar sind. Die Grundsätze der Sparsamkeit und Wirtschaftlichkeit gebieten dann eine Aufhebung des Vergabeverfahrens (vgl. auch OLG Düsseldorf, Beschluss vom 29.08.2018, Az.: Verg 14/17; OLG Karlsruhe, NZBau 2014, 189, 192; VK Bund, Beschluss vom 13.02.2019, Az.: VK 1-3/19), *VK Thüringen, Beschluss vom 28.02.2020 - 250-4002-21/2020-E-002-IK*.

## **Aufhebung, Begründung hoher Preis**

Gemäß § 18 VOB/A wird ein Vergabeverfahren in der Regel mit der Erteilung des Zuschlags beendet. Der Auftraggeber hat aber auch die Möglichkeit, unter den in § 17 Abs. 1 VOB/A geregelten Voraussetzungen ein Vergabeverfahren rechtmäßig aufzuheben. Die dort geregelten Aufhebungstatbestände sind eng auszulegen und abschließend (BGH, Urteil vom 08.09.1998 - X ZR 48/97).

Gemäß § 17 Abs. 1 VOB/A kann eine Ausschreibung aufgehoben werden, wenn kein Angebot eingegangen ist, das den Ausschreibungsunterlagen entspricht (Nr. 1), die Vergabeunterlagen grundlegend geändert werden müssen (Nr. 2) oder andere schwerwiegende Gründe bestehen (Nr. 3). Eine Aufhebung nach § 17 Abs. 1 VOB/A kann allerdings nur in den Fällen rechtmäßig sein, in denen der Auftraggeber keine tatbestandliche Verantwortlichkeit hinsichtlich der Aufhebungsgründe trifft.

Gemäß § 16 d Abs. 1 Nr. 1 VOB/A darf auf ein Angebot mit einem unangemessen hohen Preis der Zuschlag nicht erteilt werden. Die Feststellung eines unangemessen hohen Angebotspreises muss jedoch auf einer ordnungsgemäßen Schätzung des Auftragswerts beruhen. Für die Schätzung muss der Auftraggeber oder der von ihm gegebenenfalls beauftragte Fachmann Methoden wählen, die ein wirklichkeitsnahes Schätzungsergebnis ernsthaft erwarten lassen (BGH, Urteil vom 20.11.2012 - X ZR 108/10). Ihn trifft für die Rechtmäßigkeit seiner Auftragswertschätzung eine Darlegungs- und Beweislast. Der Auftraggeber kann die Angebotspreise nicht subjektiv als unangemessen hoch beurteilen.

Entscheidet sich der Auftraggeber für die Aufhebung, so hat er zudem alle entscheidungsrelevanten Gründe und Erwägungen sorgfältig und vollständig zu dokumentieren, im vorliegenden Fall gem. § 20 VOB/A. Dies ist hier nur unzureichend erfolgt.

## Aufhebung, Begründung hoher Preis

Nur auf eine möglichst wirklichkeitsnahe Schätzung darf ein öffentlicher Auftraggeber seine Ausschlussentscheidung eines angeblich unverhältnismäßig teuren Angebots stützen; diese Schätzung muss grundsätzlich von den aktuellen Kosten der konkret ausgeschriebenen Leistungen ausgehen, und die einzelnen Schätzgrundlagen müssen nachvollziehbar begründet worden sein (OLG München, Beschluss vom 07.03.2013, Verg 36/12; VK Bund, Beschluss vom 19.09.2014, VK 1-70/14).

Die Aufhebung eines Vergabeverfahrens ist eine von den Nachprüfungsinstanzen nur eingeschränkt überprüfbare Ermessensentscheidung, nämlich dahingehend, ob die Vergabestelle überhaupt ihr Ermessen ausgeübt hat (ggf. Ermessensnichtgebrauch) oder ob sie das vorgeschriebene Verfahren nicht eingehalten hat, von einem nicht zutreffenden oder unvollständig ermittelten Sachverhalt ausgegangen ist, sachwidrige Erwägungen in die Wertung mit eingeflossen sind oder der Beurteilungsmaßstab nicht zutreffend angewandt worden ist (Ermessensfehlergebrauch).

Die für einen Zuschlag erforderliche „Aufhebung der Aufhebung“ des Vergabeverfahrens kann die Vergabekammer allerdings nicht vornehmen oder anordnen.

Trotz Rechtswidrigkeit der Aufhebung ist diese wirksam, wenn hierfür ein sachlicher Grund besteht und die Aufhebung nicht zur Diskriminierung einzelner Bieter, zum Schein oder aus Willkür erfolgt ist (BGH, Urteil vom 08.09.1998, X ZR 48/97; VK Bund, Beschluss vom 07.03.2018, VK 2-12/18; VK Nordbayern, Beschluss vom 05.07.2019, RMF-SG21-3194-4-23).

Das Vorliegen eines sachlichen Grundes wird u. a. dann angenommen, wenn der öffentliche Auftraggeber feststellt, dass er aus haushaltsmäßigen Gründen auf die konkret ausgeschriebene Beschaffung verzichten muss, weil er entweder keine Mittel mehr in der benötigten Höhe zur Verfügung hat oder ihm die Beschaffung schlicht zu teuer ist (VK Bund, Beschluss vom 11.06.2008, VK 1-63/08; VK Lüneburg, Beschluss vom 13.03.2017, VgK-02/2017).

Hinzu kommt, dass öffentliche Auftraggeber ohnehin nicht verpflichtet sind, den Zuschlag zu erteilen und den Vertrag zu schließen, wenn die Voraussetzungen nach § 17 Abs. 1 VOB/A nicht gegeben sind. Nach der Rechtsprechung des BGH müssen Bieter die Aufhebung des Vergabeverfahrens, von engen Ausnahmen abgesehen, nicht nur dann hinnehmen, wenn sie von einem der in den einschlägigen Bestimmungen der Vergabe- und Vertragsordnungen (etwa § 17 Abs. 1 VOB/A) aufgeführten Gründe gedeckt und deshalb von vornherein rechtmäßig ist. Aus den entsprechenden Bestimmungen der Vergabe- und Vertragsordnungen folge nicht

im Gegenschluss, dass ein öffentlicher Auftraggeber gezwungen wäre, ein Vergabeverfahren mit der Zuschlagserteilung abzuschließen, wenn keiner der zur Aufhebung berechtigenden Tatbestände erfüllt ist (siehe nur BGH, Urteil vom 20.03.2014 - X ZB 18/13).

Für den Auftraggeber besteht also kein Kontrahierungszwang. Vielmehr bleibt es ihm grundsätzlich unbenommen, von einem Beschaffungsvorhaben auch dann Abstand zu nehmen, wenn dafür kein anerkannter Aufhebungsgrund vorliegt. Dies folgt daraus, dass die Bieter zwar einen Anspruch darauf haben, dass der Auftraggeber die Bestimmungen über das Vergabeverfahren einhält, aber nicht darauf, dass er den Auftrag auch erteilt und demgemäß die Vergabestelle das Vergabeverfahren mit der Erteilung des Zuschlags abschließt (st. Rspr., siehe nur BGH, Beschluss vom 20.03.2014 - X ZB 18/13), *VK Sachsen-Anhalt, Beschluss vom 01.11.2019 - 3 VK LSA 37/19*.

## **Aufhebung, rechtswidrige, Wirksamkeit**

Nach § 63 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 VgV kann ein Vergabeverfahren aufgehoben werden, wenn andere schwerwiegende Gründe (abgesehen von den Aufhebungsgründen aus § 63 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 bis 3 VgV) bestehen. Diese anderen schwerwiegenden Gründe dürfen dem Auftraggeber jedoch erst nach Beginn der Ausschreibung bekanntgeworden sein und nicht von ihm verschuldet sein. Eine rechtswidrige und vom Auftraggeber verschuldete Aufhebung des Vergabeverfahrens liegt jedoch auch dann vor, wenn zwar objektiv ein Aufhebungsgrund gegeben ist, dieser aber dem Auftraggeber zurechenbar ist bzw. dessen Vorliegen von dem Auftraggeber selbst zu verantworten ist (OLG München, Beschluss vom 04.04.2013 - Verg 4/13). Nach ihren Angaben, die sich so auch in der Vergabedokumentation nachvollziehen lassen (Aktenvermerk der Antragsgegnerin vom 04.07.2019) hat sich die Antragsgegnerin deshalb zur Aufhebung des streitgegenständlichen Vergabeverfahrens entschlossen, weil sie nach den Rügen eines weiteren Bieters, der letztlich kein form- und fristgerechtes Angebot abgegeben hat, festgestellt hat, dass in dem in den Vergabeunterlagen enthaltenen Excel-Preisblatt eine Netto-Variable gefehlt hat und dies zu einer nur für Bieter sichtbaren Fehlermeldung geführt hat. Die Aufhebung des Vergabeverfahrens hat aber Bestand, wenn sie von einem sachlichen Grund gedeckt war und nicht unterstellt werden kann, dass sie die Aufhebung missbräuchlich vorgenommen hat. Gemäß § 63 Abs. 1 Satz 2 VgV ist der Auftraggeber grundsätzlich nicht verpflichtet, den Zuschlag zu erteilen. Die Aufhebung ist regelmäßig auch dann rechtswirksam und vom Bieter hinzunehmen, wenn dafür kein in

## Aufhebung der Ausschreibung, unwirtschaftliches Ergebnis

den Vergabeordnungen anerkannter Grund vorliegt. Dies folgt aus den Grundsätzen der Vertragsfreiheit und Privatautonomie. Aus den Bestimmungen der Vergabe- und Verfahrensordnungen ergibt sich nicht, dass ein öffentlicher Auftraggeber gezwungen wäre, ein Vergabeverfahren mit der Zuschlagserteilung abzuschließen, wenn keiner der zur Aufhebung berechtigenden Tatbestände erfüllt ist. Bieter können vom öffentlichen Auftraggeber eine Fortsetzung des Vergabeverfahrens und einen Abschluss mit einem Zuschlag nur ausnahmsweise erzwingen, wenn der Auftraggeber über keinen sachlichen Grund für eine Aufhebung des Verfahrens verfügt, sondern er dieses Instrument in diskriminierender Weise dazu einsetzt, durch die Aufhebung die formalen Voraussetzungen dafür zu schaffen, den Auftrag außerhalb des eingeleiteten Vergabeverfahrens einem bestimmten Bieter zukommen zu lassen oder unter anderen Voraussetzungen vergeben zu können (vgl. BGH, Beschluss vom 20.03.2014 - X ZB 18/13; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 28.12.2016 - VII-Verg 28/16), *VK Südbayern, Beschluss vom 11.11.2019 - Z3-3-3194-1-27-07/19*.

## Aufhebung der Ausschreibung, unwirtschaftliches Ergebnis

Einem öffentlichen Auftraggeber steht es grundsätzlich frei, von einem Beschaffungsvorhaben Abstand zu nehmen, auch wenn der Grund hierfür nicht unter eine Kategorie des § 17 EG Abs. 1 VOB/A fällt; die Tatsache, dass ein Vergabeverfahren initiiert worden war, begründet keinen Kontrahierungszwang. Gibt der Auftraggeber jedoch sein Bauvorhaben nicht auf, sondern verfolgt es vielmehr unverändert in einem anderen Vergabeverfahren, nämlich dem Verhandlungsverfahren, weiter, kommt es darauf an, ob in Bezug auf das ursprüngliche Vergabeverfahren ein Aufhebungsgrund gegeben ist. Wenn dies nicht der Fall sein sollte, gibt es keine Berechtigung, das öffentliche Ausschreibungsverfahren zu beenden und das Beschaffungsverfahren auf der Grundlage der Ausnahmenvorschrift des § 3 EG Abs. 5 Nr. 1 VOB/A im Verhandlungsverfahren fortzuführen. Gemäß § 17 EG Abs. 1 Nr. 3 VOB/A kann die Ausschreibung aufgehoben werden, wenn „andere schwerwiegende Gründe bestehen“. Dies gilt u. a., wenn die Ausschreibung kein wirtschaftliches Ergebnis gehabt hat. Die Aufhebung eines Vergabeverfahrens ist eine von den Nachprüfungsinstanzen nur eingeschränkt überprüfbare Ermessensentscheidung. Nicht im Ermessen liegt jedoch die Entscheidung, ob die tatbestandlichen Voraussetzungen des § 17 EG Abs. 1 VOB/A vorliegen. Dabei ist stets zu beachten, dass die Aufhebung einer Ausschreibung aufgrund des zu beachtenden Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes immer nur das letzte Mittel sein darf. Ein durch § 17 EG Abs. 1 Nr. 3 VOB/A gedeckter Grund zur Aufhebung wegen eines nicht

wirtschaftlichen Ergebnisses oder wegen einer Budgetüberschreitung ist nicht gegeben, wenn der Auftraggeber den Preis nur subjektiv für überhöht hält, obwohl er den gegebenen Marktverhältnissen entspricht. Eine Kostenschätzung kann ein geeigneter Maßstab für eine angenommene Überschreitung des kalkulierten Finanzbedarfs sein. Der Rückgriff auf den Schätzpreis setzt indes voraus, dass dieser zutreffend gebildet wurde. Angesichts des Umstandes, dass eine Kostenschätzung prognostischen Charakter hat, ist dem Auftraggeber zwar ein gewisser Beurteilungsspielraum zuzubilligen. Erforderlich ist aber, dass der Auftraggeber bei der Kostenschätzung mit der gebotenen Sorgfalt vorgeht und alle bei der Ausarbeitung der Schätzung erkennbaren Daten in einer den Umständen des geplanten Vergabeverfahrens angemessenen und methodisch vertretbaren Weise berücksichtigt. Der Beurteilungsspielraum wird daher überschritten, wenn der Auftraggeber bei der Preisschätzung Faktoren außer Betracht lässt, deren Bedeutung für die zu erwartenden Preise sich geradezu aufdrängt. Eine auf den Schätzpreis abzustellende Unwirtschaftlichkeit nach § 17 EG Abs. 1 Nr. 3 VOB/A setzt ein deutliches Überschreiten der (ordnungsgemäß zu ermittelnden) Kostenschätzung voraus, die erst jenseits einer Abweichung von 10 % angenommen werden kann. Für die Frage der zur Verfügung stehenden Haushaltsmittel ist bei einer in Lose aufgeteilten Ausschreibung nicht das für einzelne Gewerke errechnete „Vergabebudget“, sondern das Gesamtvolumen des Bauprojektes maßgeblich, *VK Brandenburg, Beschluss vom 02.04.2012 – Az: VK 6/12.*

### **Aufhebung eines Vergabeverfahrens, wirksame**

Notwendige Voraussetzung für die wirksame Aufhebung eines Vergabeverfahrens ist, dass der öffentliche Auftraggeber für seine Aufhebungsentscheidung einen sachlichen Grund hat, so dass eine Diskriminierung einzelner Bieter ausgeschlossen und seine Entscheidung nicht willkürlich ist oder bloß zum Schein erfolgt. Ein öffentlicher Auftraggeber kann grundsätzlich nicht verpflichtet werden, einen Auftrag auf der Grundlage einer Ausschreibung zu erteilen, die er als fehlerhaft erkannt hat. Die Beendigung eines Vergabeverfahrens, das durchgreifenden rechtlichen Bedenken begegnet, ist jedenfalls dann sachgerecht, wenn das zugehörige vorläufige Rechtsschutzverfahren rechtskräftig zuungunsten der öffentlichen Hand abgeschlossen wurde. Gemäß dem jedenfalls seinem Rechtsgedanken nach heranziehbaren § 63 Abs. 1 VgV ist der öffentliche Auftraggeber unter bestimmten Voraussetzungen berechtigt, ein Vergabeverfahren ganz oder teilweise aufzuheben (Satz 1), und im Übrigen grundsätzlich nicht verpflichtet, den Zuschlag zu erteilen

## Aufhebungsgrund, selbstverschuldeter

(Satz 2). Aus der zuletzt genannten Norm ergibt sich, dass ein öffentlicher Auftraggeber von den Nachprüfungsinstanzen in der Regel nicht gegen seinen Willen verpflichtet werden kann, trotz der ausdrücklich erklärten Aufhebung des Vergabeverfahrens fortzuführen, um einen der Ausschreibung entsprechenden Auftrag zu erteilen. Es bleibt der Vergabestelle grundsätzlich unbenommen, von einem Beschaffungsvorhaben auch dann Abstand zu nehmen, wenn dafür kein in den Vergabe- und Vertragsordnungen anerkannter Aufhebungsgrund vorliegt (vgl. BGH, Beschluss vom 20. März 2014 - X ZB 18/13 -; VK Brandenburg, Beschluss vom 11. Oktober 2017 - VK 8/17 -). Notwendige Voraussetzung für eine wirksame Aufhebung des Vergabeverfahrens ist lediglich, dass der öffentliche Auftraggeber für seine Aufhebungsentscheidung einen sachlichen Grund hat, so dass eine Diskriminierung einzelner Bieter ausgeschlossen und seine Entscheidung nicht willkürlich ist oder bloß zum Schein erfolgt. Eine Aufhebung der Aufhebung bzw. ein Anspruch auf Fortsetzung des Vergabeverfahrens kommt nur ausnahmsweise in Frage, wenn die Aufhebung sowohl rechtswidrig als auch sachgrundlos erfolgte und die Beschaffungsabsicht auf Seiten des Auftraggebers weiter fortbesteht (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 12. Januar 2015 - Verg 29/14 -; VK Brandenburg, Beschluss vom 11. Oktober 2017 - VK 8/17 -; VK Westfalen, Beschluss vom 20. März 2018 - VK 1-37/17 -). Insbesondere kann ein öffentlicher Auftraggeber grundsätzlich nicht verpflichtet werden, einen Auftrag auf der Grundlage einer Ausschreibung zu erteilen, die er als fehlerhaft erkannt hat. Dies ist Folge der Vertragsfreiheit, die auch für im Wege öffentlicher Ausschreibungen vergebene Aufträge gilt (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 12. Januar 2015 - Verg 29/14 -). Die Beendigung eines Vergabeverfahrens, das durchgreifenden rechtlichen Bedenken begegnet, ist jedenfalls dann sachgerecht, wenn das zugehörige vorläufige Rechtschutzverfahren rechtskräftig zuungunsten der öffentlichen Hand abgeschlossen wurde (vgl. insoweit zum öffentlichen Dienstrecht BVerfG, Beschluss vom 24. September 2015 - 2 BvR 1686/15 -), *OVG Nordrhein-Westfalen, Beschluss vom 07.10.2019 - 15 B 856/19*.

## Aufhebungsgrund, selbstverschuldeter

Im Rahmen der Rechtmäßigkeitsprüfung der Aufhebung kann sich der Auftraggeber nicht auf einen Aufhebungsgrund berufen, den er selbst schuldhaft herbeigeführt hat. Wegen der Vertragsfreiheit des Auftraggebers ist auch die rechtswidrige Aufhebung des Vergabeverfahrens durch die Vergabestelle wirksam. Es besteht

keine Zuschlagspflicht des Auftraggebers, *OLG München, Beschluss vom 28.08.2012 - Verg 11 / 12.*

## **Aufklärungsgespräch**

Nach Öffnung der Angebote darf der Auftraggeber bis zur Zuschlagsentscheidung von einem Bieter nur Aufklärung verlangen, um sich über die Eignung des Bieters, insbesondere seine technische und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit, das Angebot selbst, etwaige Nebenangebote, die geplante Art der Durchführung, etwaige Ursprungsorte oder Bezugsquellen von Stoffen oder Bauteilen und über die Angemessenheit der Preise zu unterrichten. Hinsichtlich der Preise darf er nötigenfalls Einsicht in die vorzulegenden Preisermittlungen – sog. Urkalkulation nehmen. Die Ergebnisse der Aufklärungsmaßnahmen sollen textlich festgehalten werden und unterliegen der Geheimhaltung. Wenn der betroffene Bieter die geforderte Aufklärung und Angaben verweigert oder nicht innerhalb der zu setzen den Frist reagiert, muss sein Angebot in der weiteren Wertung unberücksichtigt bleiben.

Grundsätzlich sind Verhandlungen, insbesondere über Änderungen der Angebote und Preise, im Rahmen der Aufklärung unzulässig. Ausnahmsweise sind Verhandlungen zulässig, wenn sie bei Nebenangeboten oder Angeboten aufgrund eines Leistungsprogramms notwendig sind, um unumgängliche technische Änderungen geringen Umfangs und daraus resultierende Änderungen der Preise zu vereinbaren (§ 15 VOB/A).

## **Aufmaß**

Bei einem VOB-Bauvertrag ist die Abrechnung nach Einheitspreisen der Regelfall, da bei Vertragsschluss mit Angebot und Leistungsverzeichnis lediglich die voraussichtliche Leistungsmenge vorherbestimmt wird. Daher muss für die Aufstellung der Rechnung des Bauunternehmers die Anzahl der Einheiten (z. B. Zahl und Länge der verlegten Rohre) festgestellt werden, was durch Aufmessen erfolgt. Der Bauunternehmer kann dies entweder allein oder – bei dem gemeinsamen Aufmaß – zusammen mit dem Bauherrn oder Architekten vornehmen.

## Aufmaß, einseitiges

Zwar sieht § 14 Abs. 2 VOB/B vor, dass die für die Abrechnung notwendigen Feststellungen „möglichst gemeinsam“ vorzunehmen sind. Fehlt es an einem gemeinsamen Aufmaß, hindert dies den Auftragnehmer jedoch nicht an einer Abrechnung und steht auch der Prüfbarkeit der Abrechnung nicht entgegen. Der Auftragnehmer begibt sich lediglich der Vorteile eines vom beiderseitigen Einverständnis getragenen Aufmaßes und hat in diesem Fall vorzutragen und im Bestreitensfall zu beweisen, dass die in der Rechnung geltend gemachten Leistungen tatsächlich erbracht worden sind (BGH, Urteil vom 29.04.1999, VII ZR 127/98, Rz. 13; OLG Naumburg, Urteil vom 30.11.2007, 1 U 18/07, Rn. 23; Messerschmidt in Kapellmann/Messerschmidt, VOB/B, 5. Aufl., § 14, Rn. 47; Beck'scher VOB-Kommentar/Voit, 3. Aufl., § 14 VOB/B, Rn. 36; Kniffka/Koeble, Kompendium des Baurechts, 4. Aufl., 5. Teil, Rn. 220). Der weitergehenden Auffassung des KG Berlin (Urteil vom 01.06.2007, 7 U 190/06), wonach ein hinreichendes Bestreiten nicht vorliege, wenn weder ein eigenes Aufmaß vorgelegt noch sonst erläutert werde, weshalb das Aufmaß des Auftragnehmers falsch sein soll, kann nicht gefolgt werden. Denn der Auftragnehmer hat es in der Hand, den Auftraggeber rechtzeitig über den geplanten Aufmaßtermin zu informieren und so ein gemeinsames Aufmaß herbeizuführen. Verweigert der Auftraggeber eine Teilnahme unberechtigt, so trägt er in der Folge das Risiko der Nichterweislichkeit des Leistungsumfangs (BGH, Urteil vom 24.07.2003, VII ZR 79/02, Rn. 67). Es besteht daher kein Bedürfnis, dem Auftraggeber im Falle eines einseitigen Aufmaßes erhöhte Substantiierungsanforderungen aufzuerlegen.

Der Auftragnehmer könne zur Vermeidung der Risiken eines einseitigen Aufmaßes ein gemeinsames Aufmaß herbeiführen oder erreichen, dass der Auftraggeber die Folgen der Nichterweislichkeit des Leistungsumfangs zu tragen habe, wenn der Auftraggeber die Teilnahme am mitgeteilten Aufmaßtermin unberechtigt verweigert. Die hinreichende Dokumentation der angefallenen Massen nach dem jeweiligen Baufortschritt obliegt dem Auftragnehmer. Er trägt grundsätzlich das Risiko, dass die tatsächlich erbrachten Massen nicht mehr nachweisbar sind. Eine Schätzung der tatsächlichen Massen nach § 287 ZPO sei nur dann veranlasst, wenn der Auftraggeber ein Aufmaß objektiv vereitelt hat und ein solches nur noch mit unzumutbarem Aufwand oder gar nicht mehr erstellt werden könnte, *OLG Bamberg, Hinweisbeschluss vom 11.04.2016 – 4 U 196/15*.

## **Aufmaß, gemeinsames**

Auch wenn im Bauvertrag ein gemeinsames Aufmaß vorgesehen ist, kann der Unternehmer auf der Grundlage eines bloß einseitigen Aufmaßes eine prüfbare Schlussrechnung erstellen. Mangels „Beweissicherung“ durch ein gemeinsames Aufmaß trägt der Unternehmer jedoch das Risiko, dass er die tatsächlich erbrachten Leistungen nicht mehr in vollem Umfange darlegen und beweisen kann. Denn es ist zulässig, dass der Auftraggeber alle nicht anerkannten Aufmäße einfach bestreitet, *OLG Naumburg, Urteil vom 30.11.2007 - Az.: 1 U 18/07.*

## **Aufrechnungsfälle**

Erfüllt der Auftragnehmer Forderungen des Auftraggebers nicht und reicht das Guthaben in demselben Vertrag zur Befriedigung der Forderungen nicht aus, so ist die Aufrechnung gegen Guthaben des Auftragnehmers aus anderen Verträgen zu veranlassen, wenn die Voraussetzungen für eine Aufrechnung gegeben sind (§§ 387 ff BGB). Bürgschaften sind in der Regel vor Ausschöpfen der Aufrechnungsmöglichkeit nicht in Anspruch zu nehmen. Die Aufrechnungsmöglichkeiten sind – soweit eine Aufrechnung bei Verträgen der eigenen Baudienststelle nicht möglich ist – durch eine Umfrage bei anderen Baudienststellen, die aufrechnungsfähige Guthaben des Auftragnehmers haben könnten, festzustellen. Hat der Auftraggeber gegen eine Arbeitsgemeinschaft (Arge) Forderungen, so können diese gegen Guthaben jedes einzelnen Arge-Mitglieds aus anderen Bauverträgen mit dem Auftraggeber aufgerechnet werden. Hat der Auftraggeber Forderungen gegen einen Auftragnehmer, der in anderen Bauverträgen Arge-Mitglied ist, dürfen die Forderungen nicht gegenüber Guthaben der Arge oder der anderen Arge-Mitglieder aufgerechnet werden.

## **Auftraggeber, öffentlicher, Wohnungsbaugesellschaft**

Eine im Bereich des sozialen Wohnungsbaus tätige kommunale Wohnungsbaugesellschaft in der Rechtsform einer GmbH ist als öffentlicher Auftraggeber anzusehen, *OLG Rostock, Beschluss vom 02.10.2019 - 17 Verg 3/19.*

## **Auftragsbekanntmachung, Ausschreibung, beschränkte mit TW**

Bei Beschränkter Ausschreibung mit Teilnahmewettbewerb sind die Unternehmen durch Auftragsbekanntmachungen, z. B. in Tageszeitungen, amtlichen Veröffentlichungsblättern oder auf unentgeltlich nutzbaren und direkt zugänglichen Internetportalen, aufzufordern, ihre Teilnahme am Wettbewerb zu beantragen. Die Auftragsbekanntmachung kann auch auf [www.service.bund.de](http://www.service.bund.de) veröffentlicht werden. Diese Auftragsbekanntmachungen sollen folgende Angaben enthalten: a) Name, Anschrift, Telefon-, Telefaxnummer sowie E-Mail-Adresse des Auftraggebers (Vergabestelle), b) gewähltes Vergabeverfahren, c) gegebenenfalls Auftragsvergabe auf elektronischem Wege und Verfahren der Ver- und Entschlüsselung, d) Art des Auftrags, e) Ort der Ausführung, f) Art und Umfang der Leistung, g) Angaben über den Zweck der baulichen Anlage oder des Auftrags, wenn auch Planungsleistungen gefordert werden, h) falls der Auftrag in mehrere Lose aufgeteilt ist, Art und Umfang der einzelnen Lose und Möglichkeit, Angebote für eines, mehrere oder alle Lose einzureichen, i) Zeitpunkt, bis zu dem die Bauleistungen beendet werden sollen oder Dauer des Bauleistungsauftrags; sofern möglich, Zeitpunkt, zu dem die Bauleistungen begonnen werden sollen, j) gegebenenfalls Angaben nach § 8 Absatz 2 Nummer 3 VOB/A zur Nichtzulassung von Nebenangeboten, k) gegebenenfalls Angaben nach § 8 Absatz 2 Nummer 4 VOB/A zur Nichtzulassung der Abgabe mehrerer Hauptangebote, l) Name und Anschrift, Telefon- und Telefaxnummer, E-Mail-Adresse der Stelle, bei der die Vergabeunterlagen und zusätzliche Unterlagen angefordert und eingesehen werden können; bei Veröffentlichung der Auftragsbekanntmachung auf einem Internetportal die Angabe einer Internetadresse, unter der die Vergabeunterlagen unentgeltlich, uneingeschränkt, vollständig und direkt abgerufen werden können; § 11 Absatz 7 VOB/A bleibt unberührt, m) gegebenenfalls Höhe und Bedingungen für die Zahlung des Betrags, der für die Unterlagen zu entrichten ist, n) bei Teilnahmeantrag: Frist für den Eingang der Anträge auf Teilnahme, Anschrift, an die diese Anträge zu richten sind, Tag, an dem die Aufforderungen zur Angebotsabgabe spätestens abgesandt werden, o) Frist für den Eingang der Angebote und die Bindefrist, p) Anschrift, an die die Angebote zu richten sind, gegebenenfalls auch Anschrift, an die Angebote elektronisch zu übermitteln sind, q) Sprache, in der die Angebote abgefasst sein müssen, r) die Zuschlagskriterien, sofern diese nicht in den Vergabeunterlagen genannt werden, und gegebenenfalls deren Gewichtung, s) Datum, Uhrzeit und Ort

des Eröffnungstermins sowie Angabe, welche Personen bei der Eröffnung der Angebote anwesend sein dürfen, t) gegebenenfalls geforderte Sicherheiten, u) wesentliche Finanzierungs- und Zahlungsbedingungen und/oder Hinweise auf die maßgeblichen Vorschriften, in denen sie enthalten sind, v) gegebenenfalls Rechtsform, die die Bietergemeinschaft nach der Auftragsvergabe haben muss, w) verlangte Nachweise für die Beurteilung der Eignung des Bewerbers oder Bieters, x) Name und Anschrift der Stelle, an die sich der Bewerber oder Bieter zur Nachprüfung behaupteter Verstöße gegen Vergabebestimmungen wenden kann. Teilnahmeanträge sind auch dann zu berücksichtigen, wenn sie durch Telefax oder in sonstiger Weise elektronisch übermittelt werden, sofern die sonstigen Teilnahmebedingungen erfüllt sind (§ 12 Absatz 2 + 3 VOB/A).

### **Auftragsbekanntmachung, Ausschreibung, öffentliche**

Öffentliche Ausschreibungen sind bekannt zu machen, z. B. in Tageszeitungen, amtlichen Veröffentlichungsblättern oder auf unentgeltlich nutzbaren und direkt zugänglichen Internetportalen; sie können auch auf [www.service.bund.de](http://www.service.bund.de) veröffentlicht werden. Diese Auftragsbekanntmachungen sollen folgende Angaben enthalten: a) Name, Anschrift, Telefon-, Telefaxnummer sowie E-Mail-Adresse des Auftraggebers (Vergabestelle), b) gewähltes Vergabeverfahren, c) gegebenenfalls Auftragsvergabe auf elektronischem Wege und Verfahren der Ver- und Entschlüsselung, d) Art des Auftrags, e) Ort der Ausführung, f) Art und Umfang der Leistung, g) Angaben über den Zweck der baulichen Anlage oder des Auftrags, wenn auch Planungsleistungen gefordert werden, h) falls der Auftrag in mehrere Lose aufgeteilt ist, Art und Umfang der einzelnen Lose und Möglichkeit, Angebote für eines, mehrere oder alle Lose einzureichen, i) Zeitpunkt, bis zu dem die Bauleistungen beendet werden sollen oder Dauer des Bauleistungsauftrags; sofern möglich, Zeitpunkt, zu dem die Bauleistungen begonnen werden sollen, j) gegebenenfalls Angaben nach § 8 Absatz 2 Nummer 3 VOB/A zur Nichtzulassung von Nebenangeboten, k) gegebenenfalls Angaben nach § 8 Absatz 2 Nummer 4 VOB/A zur Nichtzulassung der Abgabe mehrerer Hauptangebote, l) Name und Anschrift, Telefon- und Telefaxnummer, E-Mail-Adresse der Stelle, bei der die Vergabeunterlagen und zusätzliche Unterlagen angefordert und eingesehen werden können; bei Veröffentlichung der Auftragsbekanntmachung auf einem Internetportal die Angabe einer Internetadresse, unter der die Vergabeunterlagen unentgeltlich, uneingeschränkt, vollständig und direkt abgerufen werden können; § 11 Absatz 7 VOB/A bleibt unberührt, m) gegebenenfalls Höhe und Bedingungen für die Zahlung des Betrags,

## Auftrags- bzw. Vergabesperre

der für die Unterlagen zu entrichten ist, n) bei Teilnahmeantrag: Frist für den Eingang der Anträge auf Teilnahme, Anschrift, an die diese Anträge zu richten sind, Tag, an dem die Aufforderungen zur Angebotsabgabe spätestens abgesandt werden, o) Frist für den Eingang der Angebote und die Bindefrist, p) Anschrift, an die die Angebote zu richten sind, gegebenenfalls auch Anschrift, an die Angebote elektronisch zu übermitteln sind, q) Sprache, in der die Angebote abgefasst sein müssen, r) die Zuschlagskriterien, sofern diese nicht in den Vergabeunterlagen genannt werden, und gegebenenfalls deren Gewichtung, s) Datum, Uhrzeit und Ort des Eröffnungstermins sowie Angabe, welche Personen bei der Eröffnung der Angebote anwesend sein dürfen, t) gegebenenfalls geforderte Sicherheiten, u) wesentliche Finanzierungs- und Zahlungsbedingungen und/oder Hinweise auf die maßgeblichen Vorschriften, in denen sie enthalten sind, v) gegebenenfalls Rechtsform, die die Bietergemeinschaft nach der Auftragsvergabe haben muss, w) verlangte Nachweise für die Beurteilung der Eignung des Bewerbers oder Bieters, x) Name und Anschrift der Stelle, an die sich der Bewerber oder Bieter zur Nachprüfung behaupteter Verstöße gegen Vergabebestimmungen wenden kann (§ 12 Absatz 1 VOB/A).

## Auftrags- bzw. Vergabesperre

Bauleistungen werden an fachkundige, leistungsfähige und zuverlässige Unternehmen zu angemessenen Preisen in transparenten Vergabeverfahren vergeben.

Danach ist der Auftraggeber verpflichtet, die Eignung der Bieter zu prüfen. Dabei sind anhand der vorgelegten Nachweise die Angebote der Bieter auszuwählen, deren Eignung die für die Erfüllung der vertraglichen Verpflichtungen notwendigen Sicherheiten bietet.

Fachkundig ist der Bieter, der über die für die Vorbereitung und Ausführung der jeweiligen Leistung notwendigen technischen Kenntnisse verfügt.

Leistungsfähig ist der Bieter, der über das für die fach- und fristgerechte Ausführung notwendige Personal und Gerät verfügt und die Erfüllung seiner Verbindlichkeiten erwarten lässt.

Zuverlässig ist ein Bieter, der seinen gesetzlichen Verpflichtungen – auch zur Entrichtung von Steuern und sonstigen Abgaben – nachgekommen ist und der aufgrund der Erfüllung früherer Verträge eine einwandfreie Ausführung einschließlich Erfüllung der Mängelansprüche erwarten lässt.

Fachkunde, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit sind bei Öffentlicher Ausschreibung im Rahmen der Wertung der Angebote anhand der Angaben in der Präqualifikationsliste oder der Eigenerklärungen sowie der weiteren geforderten Nachweise zu bewerten. Für die Bewertung der Zuverlässigkeit eines Bieters im Vergabeverfahren ist maßgebend, inwieweit die Umstände des einzelnen Falles die Aussage rechtfertigen, er werde die von ihm angebotenen Leistungen, die Gegenstand des Vergabeverfahrens sind, vertragsgerecht erbringen. Die Beurteilung der Zuverlässigkeit ist eine Prognoseentscheidung, die auch aufgrund des in der Vergangenheit liegenden Geschäftsgebarens eines Bewerbers erfolgt. Die mangelnde Sorgfalt bei der Ausführung früherer Arbeiten ist hierbei durchaus ein Kriterium, das zur Unzuverlässigkeit eines Bewerbers führt. Hierfür ist es erforderlich, dass durch den Auftraggeber eine umfassende Abwägung aller in Betracht kommenden Gesichtspunkte unter angemessener Berücksichtigung des Umfangs, der Identität des Ausmaßes und des Grades der Vorwurfbareit der Pflichtverletzungen stattfindet (OLG Düsseldorf, Beschluss v. 28.08.2001, Verg 27/01).

Angebote von Bietern können ausgeschlossen werden, wenn nachweislich eine schwere Verfehlung begangen wurde, die die Zuverlässigkeit als Bieter in Frage stellt.

Schwer ist eine Verfehlung dann, wenn sie erhebliche Auswirkungen hat. Dazu zählen u.a. ständige (wiederholte) Nichteinhaltung von Vertragsfristen, mangelnde Bauausführung, nicht prüfbare Abrechnung der Bauleistungen, Vertragskündigungen und Schadensersatzforderungen wegen nicht erbrachter oder schlechter Leistung.

Entscheidend ist, dass dem Auftraggeber angesichts des früheren Verhaltens des Unternehmers nicht zugemutet werden kann, mit dem Unternehmer erneut in vertragliche Beziehungen zu treten. (VK Düsseldorf, Beschl. V. 31.10.2005).

Bei der Beurteilung der Zuverlässigkeit ist ausschlaggebend, ob bei einer Gesamt abwägung die positiven oder die negativen Erfahrungen mit der Antragstellerin objektiv größeres Gewicht haben. Zum Ausschluss der Antragstellerin wegen Unzuverlässigkeit bedarf es einer dokumentierten negativen Prognose, wonach die in der Vergangenheit festgestellte mangelhafte Leistung für den zu vergebenden Auftrag erhebliche Zweifel an der Zuverlässigkeit der Antragstellerin begründen. Diese Feststellungen müssen bereits in der Dokumentation enthalten sein.

## Auftrags- bzw. Vergabesperre

Davon zu unterscheiden ist eine verfahrensübergreifende Vergabesperre. Die grundsätzliche Möglichkeit der Verhängung einer Vergabesperre ist allgemein anerkannt. Vergabesperrungen wegen Unzuverlässigkeit des Unternehmens unterscheiden sich zum Ausschluss von einem konkreten Vergabeverfahren lediglich insoweit, als die Umstände, auf die die Unzuverlässigkeit gestützt wird, geeignet sein müssen, den Ausschluss nicht nur im Hinblick auf eine konkrete Vergabe, sondern generell zu rechtfertigen. Dem Auftraggeber ist die Verhängung einer generellen Vergabesperre wie der Ausschluss eines Angebots im Rahmen eines konkreten Vergabeverfahrens nicht etwa erst möglich, wenn sich der Auftragnehmer strafrechtlichen Vorwürfen ausgesetzt hat, die entweder unstreitig sind oder zu einer rechtskräftigen Verurteilung geführt haben. Die Verfehlungen, die den Ausschluss bzw. die Verhängung der Sperre rechtfertigen, müssen nicht nachgewiesen, sondern lediglich „nachweislich“ sein. Ergibt sich für den Auftraggeber, dass die Zuverlässigkeit des Bieters weiterhin ungewiss erscheint, darf er ihn weiter generell von der Teilnahme an Ausschreibungen ausschließen (KG, Urteil vom 17.01.2011 - 2 U 4/06 Kart).

Es besteht keine Rechtsgrundlage für den Erlass einer Vergabesperre durch einen Verwaltungsakt. Auch durch Auslegung kommt man nicht zu einem anderen Ergebnis: Jede denkbare gesetzliche Vorschrift kann nicht darüber hinweghelfen, dass das Beschaffungswesen kein Verhältnis von Über- und Unterordnung bestimmt, sondern die Beteiligten sich auf der Ebene der Gleichordnung bewegen (vgl. EuGH Urteil v. 12.12.2013, C - 327/12).

Mithin spricht einiges dafür, dass es sich bei der Ausschlussentscheidung des Auftraggebers um eine privatrechtliche Willensbekundung handelt, die materiell-rechtlich dem bürgerlichen Recht zuzuordnen ist. Die einseitige Erklärung der Vergabestelle ist daher als bloße Ankündigung eines bestimmten Verhaltens zu begreifen, das nicht auf eine Rechtsgestaltung abzielt, sondern der Bekundung, der Bieter komme für eine Auftragserteilung bis auf Weiteres nicht in Betracht. Die Verhängung einer Vergabesperre ist als Ausdruck der dahin verstandenen Vertragsfreiheit der Vergabestelle zu verstehen, keine Angebote von Bietern einzuholen, die generell als unzuverlässig angesehen werden (VG Düsseldorf, Urteil vom. 24.03.2015, Az. 20 K 6764/13).

Für EU-Vergabeverfahren gilt § 126 GWB und regelt den zulässigen Zeitraum für Ausschlüsse. Danach darf ein Unternehmen, bei dem ein Ausschlussgrund vorliegt, das keine oder keine ausreichenden Selbstreinigungsmaßnahmen nach § 125 GWB ergriffen hat,

1. bei Vorliegen eines Ausschlussgrundes nach § 123 GWB höchstens fünf Jahre ab dem Tag der rechtskräftigen Verurteilung von der Teilnahme an Vergabeverfahren ausgeschlossen werden,
2. bei Vorliegen eines Ausschlussgrundes nach § 124 GWB höchstens drei Jahre ab dem betreffenden Ereignis von der Teilnahme an Vergabeverfahren ausgeschlossen werden.

§ 125 GWB regelt insoweit:

(1) Öffentliche Auftraggeber schließen ein Unternehmen, bei dem ein Ausschlussgrund nach § 123 oder § 124 vorliegt, nicht von der Teilnahme an dem Vergabeverfahren aus, wenn das Unternehmen nachgewiesen hat, dass es

1. für jeden durch eine Straftat oder ein Fehlverhalten verursachten Schaden einen Ausgleich gezahlt oder sich zur Zahlung eines Ausgleichs verpflichtet hat,
2. die Tatsachen und Umstände, die mit der Straftat oder dem Fehlverhalten und dem dadurch verursachten Schaden in Zusammenhang stehen, durch eine aktive Zusammenarbeit mit den Ermittlungsbehörden und dem öffentlichen Auftraggeber umfassend geklärt hat, und
3. konkrete technische, organisatorische und personelle Maßnahmen ergriffen hat, die geeignet sind, weitere Straftaten oder weiteres Fehlverhalten zu vermeiden.

§ 123 Absatz 4 Satz 2 bleibt unberührt.

(2) Öffentliche Auftraggeber bewerten die von dem Unternehmen ergriffenen Selbstreinigungsmaßnahmen und berücksichtigen dabei die Schwere und die besonderen Umstände der Straftat oder des Fehlverhaltens. Erachten die öffentlichen Auftraggeber die Selbstreinigungsmaßnahmen des Unternehmens als unzureichend, so begründen sie diese Entscheidung gegenüber dem Unternehmen.

Im Bereich der Bauaufträge regeln §§ 6e EU und 6f EU VOB/A den beschriebenen Sachverhalt entsprechend.

## **Auftragswert, Schätzung**

Bei der Schätzung des Auftragswerts ist vom voraussichtlichen Gesamtwert der vorgesehenen Leistung ohne Umsatzsteuer auszugehen. Zudem sind etwaige Optionen oder Vertragsverlängerungen zu berücksichtigen. Sieht der öffentliche Auftraggeber Prämien oder Zahlungen an den Bewerber oder Bieter vor, sind auch

diese zu berücksichtigen. Die Wahl der Methode zur Berechnung des geschätzten Auftragswerts darf nicht in der Absicht erfolgen, die Anwendung der Bestimmungen des Teils 4 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen oder der Vergabeverordnung zu umgehen. Eine Auftragsvergabe darf nicht so unterteilt werden, dass sie nicht in den Anwendungsbereich der Bestimmungen des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen oder der Vergabeverordnung fällt, es sei denn, es liegen objektive Gründe dafür vor, etwa wenn eine eigenständige Organisationseinheit selbstständig für ihre Auftragsvergabe oder bestimmte Kategorien der Auftragsvergabe zuständig ist. Maßgeblicher Zeitpunkt für die Schätzung des Auftragswerts ist der Tag, an dem die Auftragsbekanntmachung abgesendet wird oder das Vergabeverfahren auf sonstige Weise eingeleitet wird. Der Wert einer Rahmenvereinbarung oder eines dynamischen Beschaffungssystems wird auf der Grundlage des geschätzten Gesamtwerts aller Einzelaufträge berechnet, die während der gesamten Laufzeit einer Rahmenvereinbarung oder eines dynamischen Beschaffungssystems geplant sind. Der zu berücksichtigende Wert im Falle einer Innovationspartnerschaft entspricht dem geschätzten Gesamtwert der Forschungs- und Entwicklungstätigkeiten, die während sämtlicher Phasen der geplanten Partnerschaft stattfinden sollen, sowie der Bau-, Liefer- oder Dienstleistungen, die zu entwickeln und am Ende der geplanten Partnerschaft zu beschaffen sind. Bei der Schätzung des Auftragswerts von Bauleistungen ist neben dem Auftragswert der Bauaufträge der geschätzte Gesamtwert aller Liefer- und Dienstleistungen zu berücksichtigen, die für die Ausführung der Bauleistungen erforderlich sind und vom öffentlichen Auftraggeber zur Verfügung gestellt werden. Die Möglichkeit des öffentlichen Auftraggebers, Aufträge für die Planung und die Ausführung von Bauleistungen entweder getrennt oder gemeinsam zu vergeben, bleibt unberührt. Kann das beabsichtigte Bauvorhaben oder die vorgesehene Erbringung einer Dienstleistung zu einem Auftrag führen, der in mehreren Losen vergeben wird, ist der geschätzte Gesamtwert aller Lose zugrunde zu legen. Bei Planungsleistungen gilt dies nur für Lose über gleichartige Leistungen. Erreicht oder überschreitet der geschätzte Gesamtwert den maßgeblichen Schwellenwert, gilt die VgV für die Vergabe jedes Loses. Der öffentliche Auftraggeber kann bei der Vergabe einzelner Lose davon abweichen, wenn der geschätzte Nettowert des betreffenden Loses bei Liefer- und Dienstleistungen unter 80 000 Euro und bei Bauleistungen unter 1 Million Euro liegt und die Summe der Nettowerte dieser Lose 20 Prozent des Gesamtwerts aller Lose nicht übersteigt. Bei regelmäßig wiederkehrenden Aufträgen oder Daueraufträgen über Liefer- oder Dienstleistungen sowie bei Liefer- oder Dienstleistungsaufträgen, die innerhalb eines bestimmten Zeitraums verlängert

werden sollen, ist der Auftragswert zu schätzen 1. auf der Grundlage des tatsächlichen Gesamtwerts entsprechender aufeinanderfolgender Aufträge aus dem vorangegangenen Haushaltsjahr oder Geschäftsjahr; dabei sind voraussichtliche Änderungen bei Mengen oder Kosten möglichst zu berücksichtigen, die während der zwölf Monate zu erwarten sind, die auf den ursprünglichen Auftrag folgen, oder 2. auf der Grundlage des geschätzten Gesamtwerts aufeinanderfolgender Aufträge, die während der auf die erste Lieferung folgenden zwölf Monate oder während des auf die erste Lieferung folgenden Haushaltsjahres oder Geschäftsjahres, wenn dieses länger als zwölf Monate ist, vergeben werden. Bei Aufträgen über Liefer- oder Dienstleistungen, für die kein Gesamtpreis angegeben wird, ist Berechnungsgrundlage für den geschätzten Auftragswert 1. bei zeitlich begrenzten Aufträgen mit einer Laufzeit von bis zu 48 Monaten der Gesamtwert für die Laufzeit dieser Aufträge, und 2. bei Aufträgen mit unbestimmter Laufzeit oder mit einer Laufzeit von mehr als 48 Monaten der 48-fache Monatswert. Bei einem Planungswettbewerb nach § 69 VgV, der zu einem Dienstleistungsauftrag führen soll, ist der Wert des Dienstleistungsauftrags zu schätzen zuzüglich etwaiger Preisgelder und Zahlungen an die Teilnehmer. Bei allen übrigen Planungswettbewerben entspricht der Auftragswert der Summe der Preisgelder und Zahlungen an die Teilnehmer einschließlich des Werts des Dienstleistungsauftrags, der vergeben werden könnte, soweit der öffentliche Auftraggeber diese Vergabe in der Wettbewerbsbekanntmachung des Planungswettbewerbs nicht ausschließt (§ 3 VgV).

### **Aufwendungen, ersparte und anderweitiger Erwerb**

Wird der Bauvertrag frei gekündigt, hat der Auftragnehmer Anspruch auf Zahlung des Differenzbetrags zwischen der vereinbarten Vergütung einerseits und den ersparten Aufwendungen sowie dem anderweitigen Erwerb andererseits. Der Auftragnehmer hat zur Darlegung seiner Forderung die ersparten Aufwendungen und den anderweitigen Erwerb darzulegen und zu beziffern. Dabei ist auf die Aufwendungen abzustellen, die durch Nichtausführung des konkreten Vertrages entfallen sind. Maßgebend sind die Aufwendungen, die sich nach den Vertragsunterlagen unter Berücksichtigung der Kalkulation ergeben. Zur Schlüssigkeit des Anspruchs gehört eine auf den Einzelfall bezogene Abrechnung. Es ergibt sich eine gesteigerte Darlegungslast des Auftragnehmers aus der besonderen Lage des Auftraggebers, dass dieser die zur Beurteilung notwendigen Tatsachen nicht oder nicht zuverlässig kennen kann, weil es sich um Betriebsinterna des Auftragnehmers handelt, die in der Regel nur der Auftragnehmer zu beziffern und zu beschreiben in der

## Ausführungsbedingungen

Lage ist. Der Auftragnehmer muss über die kalkulatorischen Grundlagen der Abrechnung jedenfalls so viel vortragen, dass dem für höhere ersparte Aufwendungen und anderweitigen Erwerb darlegungs- und beweisbelasteten Auftraggebers eine sachgerechte Rechtswahrung ermöglicht wird. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs entsteht der Anspruch des Unternehmers aus § 649 Satz 2 BGB a.F. von vorneherein als Differenz zwischen vereinbarter Vergütung einerseits, ersparten Aufwendungen und anderweitigem Erwerb andererseits (vgl. BGH, Urt. v. 23.10.1980 - VII ZR 324/79, BauR 1981, 198). Der Unternehmer hat daher zur Darlegung seiner Forderung aus § 649 Satz 2 BGB a.F. ersparte Aufwendungen und anderweitigen Erwerb darzulegen und zu beziffern. Dabei ist auf die Aufwendungen abzustellen, die durch Nichtausführung des konkreten Vertrages entfallen sind. Maßgebend sind die Aufwendungen, die sich nach den Vertragsunterlagen unter Berücksichtigung der Kalkulation ergeben (vgl. BGH, Urt. v. 21.12.1995 - VII ZR 198/94 = BGHZ 131, 362 = NJW 1996, 1282; BGH, Urt. v. 14.01.1999 - VII ZR 277/97, BGHZ 140, 263 = NJW 1999, 1253). Da der Anspruch aus § 649 Satz 2 BGB a.F. von vornherein nur die um ersparte Aufwendungen und anderweitigen Erwerb verkürzte Vergütungsforderung ausmacht, gehört zu seiner Schlüssigkeit eine auf den Einzelfall bezogene Abrechnung. Diesen Vortrag hat der Unternehmer gegebenenfalls nach allgemeinen Grundsätzen näher zu substantiieren, wenn er aufgrund der Stellungnahme der Gegenseite relevant unklar und deshalb ergänzungsbedürftig wird (vgl. BGH, Urt. v. 12.07.1984 - VII ZR 123/83 = NJW 1984, 2888; BGH, Urt. v. 23.04.1991 - X ZR 77/89 = NJW 1991, 2707). Darüber hinaus ergibt sich eine gesteigerte Darlegungslast des Unternehmers aus der besonderen Lage des Bestellers, dass er nämlich die zur Beurteilung notwendigen Tatsachen nicht oder nicht zuverlässig kennen kann, weil es sich um Betriebsinterna des Unternehmers handelt, die in der Regel nur der Unternehmer zu beziffern und zu beschreiben in der Lage ist. Der Unternehmer muss über die kalkulatorischen Grundlagen der Abrechnung jedenfalls so viel vortragen, dass dem für höhere ersparte Aufwendungen und anderweitigen Erwerb darlegungs- und beweisbelasteten Besteller eine sachgerechte Rechtswahrung ermöglicht wird, *OLG Köln, Urteil vom 14.12.2018 - 19 U 27/18*

## Ausführungsbedingungen

Ausführungsbedingungen sind nach der Legaldefinition in § 128 Abs. 2 S. 1 GWB besondere Bedingungen für die Ausführung eines Auftrags. Sie enthalten solche

Bedingungen, die vom späteren Auftragnehmer bei der Auftragsausführung zu beachten sind. Die Ausführungsbedingungen stellen Verhaltensanweisungen an das ausführende Unternehmen dar; sie beziehen sich auf die Art und Weise der Durchführung des Auftrages. Regelungstechnisch handelt es sich also um Vertragsbedingungen, die dem Auftragnehmer zwingend zur Beachtung und Einhaltung vorgegeben werden.

Öffentliche Auftraggeber können Ausführungsbedingungen festlegen, sofern sie mit dem Auftragsgegenstand in Verbindung stehen (§ 128 Abs. 2 GWB). Diese können nach § 128 Abs. 2 S. 3 GWB insbesondere wirtschaftliche, innovationsbezogene, umweltbezogene, soziale oder beschäftigungspolitische Belange oder den Schutz der Vertraulichkeit von Informationen umfassen.

Die Ausführungsbedingungen dürfen sich auf den gesamten Lebenszyklus eines Auftrages von der Gewinnung der Rohstoffe für eine Ware bis zu ihrer Entsorgung beziehen.

Ausführungsbedingungen müssen verhältnismäßig sein und kontrolliert werden können, was bei der Verpflichtung auf bestimmte ILO-Kernarbeitsnormen ein Problem sein kann (z. B. wenn Waren nicht aus „ausbeuterischer Kinderarbeit“ stammen dürfen, vgl. zuletzt VGH Bad.-Württ. 21.09.2015 – 1 S 536/14, IBRRS 2015, 2726).

Kommt ein Auftragnehmer den Ausführungsbedingungen während der Erbringung der Leistung nicht nach, liegt eine Vertragsverletzung vor, die zivilrechtliche Konsequenzen nach sich ziehen kann. Darüber hinaus bleibt es dem öffentlichen Auftraggeber unbenommen, sich die Einhaltung der Ausführungsbedingungen bei Angebotsabgabe durch eine gesonderte Erklärung seitens des Bieters oder Bewerbers zusichern zu lassen oder die Einhaltung durch Vertragsstrafen bzw. Sonderkündigungsrechte abzusichern.

Einer gesonderten Begründung des öffentlichen Auftraggebers für die Vorgabe von Auftragsbedingungen bedarf es nicht.

Es ist also z.B. möglich, umweltschutzrelevante Erwägungen als Bedingung für die Auftragsausführung einzubringen. Es ist dabei zwischen produkt- und produktionsbezogenen Kriterien zu differenzieren. Produktionsbezogene Kriterien knüpfen nicht an das Produkt selbst an, sondern an dessen Herstellung.

Die (umweltschützende) Anforderung wird dabei an das Unternehmen (den „Produktionsbetrieb“) selbst gestellt, denkbar ist insoweit z.B.

## Ausführungsbedingungen

- die Verwendung von Strom aus erneuerbaren Energien bei der Ausführung der Arbeiten zur Herstellung des Produktes oder
- die Vermeidung von Abfällen bei der Herstellung. Möglich erscheint auch, dass
- die Einhaltung sonstiger ökologischer Standards hinsichtlich dieser Abfälle gefordert wird, beispielsweise der Nachweis der umweltgerechten Entsorgung von Abfallprodukten, die bei der Herstellung des zu beschaffenden Produktes zwangsläufig entstehen.

Oder, wegen der weitreichenden statischen Bedeutung eines optimalen Boden-Rohr-Systems bei Abwasserkanälen z.B. auch

- Bedingungen für die vollständige Realisierung der statischen Annahmen für die (Langzeit-) Qualität des Endergebnisses der Bautätigkeit und damit insbesondere für die Lebensdauer der Abwasserkanalleitung
- Bedingungen für eine fachtechnisch richtige und vollständige Verwirklichung der Annahmen in der Rohrstatik durch die Erd- u. Verbauarbeiten und
- die Formulierung bestimmter Festlegungen, die verhindern, dass eine sog. „Teilleistung Erdarbeiten“ als eine quasi eigenständige Leistung minderen Anspruchs angesehen wird, welche ohne Zustimmung des AG durch Subunternehmer mit weniger Qualifikation (Fachkunde, Leistungsfähigkeit) ausgeführt werden dürfte oder könnte.

Oder, wegen besonderer Randbedingungen der Maßnahme z. B.

- Festlegungen für die Beschränkung von Lärmemissionen bestimmter Baugeräte mit weitergehenden Anforderungen als diejenigen der AVV Baulärm
- Festlegungen für die Zeit des täglichen Baustellenbetriebes in Abhängigkeit des Umfeldes und des Betriebs des Entwässerungssystems
- Festlegungen zu den zu verwendenden Geräten
- Festlegungen für Art und Umfang von Kontrollprüfungen und deren Dokumentation
- Festlegung von Prüfverfahren, Entnahmestellen u.ä.
- Festlegung von zulässigen Abweichungen für Maßhaltigkeiten (Trasse, Gefälle, Stoffkennwerte, Wanddicken, u.a.)
- Anforderungen an Inhalt, Umfang und Dokumentation von Eigenüberwachung
- Anforderungen an eine zusätzliche Kontrolle der Eigenüberwachung
- Festlegungen für die Überlassung der Dokumentation der Eigenüberwachung
- Anforderungen an Sicherheit und Gesundheitsschutz bei Gefährdungen aus dem Kanalbetrieb

- Besondere Vorgaben bei erforderlichen Abwasserüberleitungen und -umleitungen (bspw. Evakuierungskonzept und diesbezügliche Sicherheitsanforderungen)
- Vorgaben für Art und Umfang der Information von Anliegern
- Anforderungen an zeitliche und bautechnische Zugänglichkeiten von Grundstücken im Umfeld

### **Ausführungsfristen, Begriff**

Es ist zwischen Ausführungsfristen und Einzelfristen zu unterscheiden. Ausführungsfristen sind immer verbindliche Vertragsfristen. Einzelfristen (§ 9 Absatz 2 VOB/A) sind in der Regel Bauablauffristen. Sie werden nur dann zu Vertragsfristen, wenn sie in den Besonderen Vertragsbedingungen als solche bezeichnet sind oder im Rahmen der Vertragsdurchführung nachträglich nach § 5 Absatz 1 Satz 2 VOB/B ausdrücklich vereinbart werden. Die maßgebende Rechtsfolge der Unterscheidung zwischen Vertragsfristen und Einzelfristen ist: Hält der Auftragnehmer die Vertragsfristen (Ausführungsfristen und zu Vertragsfristen erklärte Einzelfristen) nicht ein, kommt er in der Regel ohne weiteres mit seiner Leistung in Verzug und macht sich in vollem Umfang schadensersatzpflichtig (Verzugsschaden). Hält der Auftragnehmer Einzelfristen, die nicht zu Vertragsfristen erklärt sind, nicht ein, kommt der Auftragnehmer nicht ohne weiteres in Verzug, macht sich aber gegebenenfalls wegen Störung, Behinderung oder Unterbrechung des Bauablaufs schadensersatzpflichtig. Ausführungsfristen als Vertragsfristen müssen in den Besonderen Vertragsbedingungen eindeutig festgelegt sein, um verbindlich Angebotsinhalt und bei Beauftragung Vertragsinhalt zu werden.

### **Ausführungsfristen, Bemessung**

Ausführungsfristen können durch Angabe eines Anfangs- bzw. Endzeitpunktes (Datum) oder nach Zeiteinheiten (Werktage, Wochen) bemessen werden. Werktage sind alle Tage außer Sonn- und Feiertage. Die Fristbestimmung durch Datumsangabe soll nur dann gewählt werden, wenn der Auftraggeber den Beginn der Ausführung verbindlich festlegen kann und ein bestimmter Endtermin eingehalten werden muss. Auch bei Fristbestimmung nach Zeiteinheiten ist der Beginn der Ausführung möglichst genau zu nennen. Bei Bemessung der Ausführungsfristen ist zu berücksichtigen: zeitliche Abhängigkeiten von vorausgehenden und nachfolgenden Leistungen, Zeitpunkt der Verfügbarkeit von Ausführungsunterlagen, Anzahl arbeitsfreier Tage (Samstage, Sonn- und Feiertage), wahrscheinliche Ausfalltage

durch Witterungseinflüsse. Ist im Einzelfall eine bestimmte Frist für den Beginn der Ausführung nicht von vornherein festlegbar, ist zu vereinbaren, dass mit der Ausführung innerhalb von zwölf Werktagen nach Zugang der Aufforderung durch den Auftraggeber zu beginnen ist (§ 5 Absatz. 2 Satz 2 VOB/B). Dabei ist vom Auftraggeber eine zumutbare Frist (§ 9 Absatz. 1 Nummer 3 VOB/A), innerhalb derer diese Aufforderung an den Auftragnehmer geht, in den Vergabeunterlagen festzulegen.

### **Auskunftsrechte, VOB/A-Vergabeverfahren**

Anders als im Oberschwellenbereich, der durch das GWB gesetzlich geregelt ist, gibt es im Unterschwellenbereich keinen geregelten vergabeinternen Primärrechtsschutz, mit dem die Erteilung des Zuschlags an einen anderen Bieter verhindert werden kann. Insoweit ist aber die Möglichkeit des Rechtsschutzes im einstweiligen Verfügungsverfahren anerkannt.

Ein besonderes Rechtsschutzverfahren für Vergaben unterhalb der Schwellenwerte existiert in den Bundesländern überwiegend nicht.

Unterhalb der Schwellenwerte erlangen die Verdingungsordnungen keine Gesetzesqualität. Sie sind als verwaltungsinterne Vorschriften in diesem Bereich ohne Außenwirkung. Die VOB/A stellen in diesem Bereich lediglich interne Verfahrensregeln der Verwaltung dar, die keine Schutzfunktion zugunsten der Bieter entfalten (Völlink/Kehrberg, VOB/A, Einl Rn. 34; Schneider in Kapellmann/Messerschmidt, 6. Auflage, VOB/A Einleitung Rn. 33).

Ein Auskunftsanspruch bzw. Akteneinsichtsrecht kann sich entweder aus den Regelungen der VOB/A ergeben oder – soweit darin keine abschließende Regelung getroffen wird – gemäß § 242 BGB. Die VOB/A regelt in der Fassung 2012 Informationsrechte der Bewerber in §§ 14 und 19 VOB/A über den Eröffnungstermin und die Zuschlagsentscheidung. Soweit sich aus § 242 BGB ein Auskunftsanspruch ergeben kann, geht dieser nicht über die in der VOB/A geregelten Informationspflichten und Auskunftsrechte hinaus.

Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zu § 242 BGB gebieten es Treu und Glauben, einem Anspruchsberechtigten einen Auskunftsanspruch zuzubilligen, wenn er in entschuldbarer Weise über das Bestehen oder den Umfang seines Rechts im Ungewissen ist, und wenn der Verpflichtete in der Lage ist, unschwer die zur Beseitigung dieser Ungewissheit erforderliche Auskunft zu erteilen (vgl. nur BGH, Urteil vom 06.02.2007 - X ZR 117/04 - NJW 2007, 1806).

Ein solcher einem Schadensersatzanspruch oder der Feststellung einer Schadensersatzpflicht dem Grunde nach vorausgehender Auskunftsanspruch kommt nur in Betracht, wenn das Bestehen eines Schadensersatzanspruchs überhaupt grundsätzlich möglich erscheint.

Ergibt sich der etwaige Schadensersatzanspruch aus einer vertraglichen Grundlage, reicht es aus, dass für den Leistungsanspruch, der mit Hilfe der begehrten Auskunft geltend gemacht werden soll, eine überwiegende Wahrscheinlichkeit besteht. Soll die begehrte Auskunft also einen vertraglichen Schadensersatzanspruch belegen, muss dieser nach allgemeiner Meinung nicht bereits dem Grunde nach feststehen; vielmehr reicht schon der begründete Verdacht einer Vertragspflichtverletzung aus (Palandt/Grüneberg, BGB, 79. Auflage, § 260 Rn. 6 mwN; OLG Düsseldorf, Urteil vom 06.04.2011, VI U 28/10 (Kart) mwN und Ausführungen; Urteil vom 20.08.2008 - VI-U (Kart) 1/08).

Bei gesetzlichen Schadensersatzansprüchen wird für das Bestehen eines Auskunftsanspruchs darüber hinaus allgemein vorausgesetzt, dass der Geschädigte dartun muss, dass der Anspruch, dessen Durchsetzung die Auskunft dienen soll, dem Grunde nach besteht; es genügt grundsätzlich nicht, dass die Anspruchsvoraussetzungen wahrscheinlich gemacht werden (Palandt/Grüneberg, BGB, 79. Auflage, § 260 Rn. 6 mwN; OLG Düsseldorf, a.a.O. und Urteil vom 20.08.2008 - VI-U (Kart) 1/08).

Soweit sich aus dem durch das Vergabeverfahren begründeten Schuldverhältnis ein Auskunftsanspruch herleiten lässt, wird dieser durch die Regelungen der VOB/A, die zumindest im Wege der Selbstbindung der Beteiligten anwendbar sind, konkretisiert und begrenzt.

Infolge der Durchführung eines Verfahrens zur Vergabe öffentlicher Aufträge entsteht ein Schuldverhältnis im Sinne von § 241 Abs. 2 BGB durch die Aufnahme von Vertragsverhandlungen, § 311 Abs. 2 Nr. 1 BGB. Hiernach kann dem Bieter – auch im Unterschwellenbereich bei Zugrundelegung der Regelungen der VOB/A – gegen den Auftraggeber ein Schadensersatzanspruch nach §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2, 311 Abs. 2, 3 BGB zustehen, wenn dieser durch Missachtung von Vergabevorschriften seine Verpflichtung zur Rücksichtnahme auf die Rechte, Rechtsgüter und Interessen des Bieters schuldhaft verletzt und dem durch diese Vorschriften geschützten Unternehmen hierdurch Schaden zugefügt hat (vgl. nur BGH, Urteil vom 15. Januar 2013 - X ZR 155/10 - Parkhaussanierung - NZBau 2013, 319).

Ein auf das positive Interesse gerichteter Schadensersatzanspruch steht einem Bieter nach ständiger Rechtsprechung zu, wenn der ausgeschriebene oder ein diesem wirtschaftlich gleichzusetzender Auftrag erteilt worden ist und ihm bei rechtmäßigem Verlauf des Vergabeverfahrens der Zuschlag hätte erteilt werden müssen (BGH, Urteil vom 15. Januar 2013 - X ZR 155/10 - Parkhaussanierung - NZBau 2013, 319).

Unter Berücksichtigung der VOB/A steht ein Auskunftsanspruch nur hinsichtlich des offiziellen Submissionsprotokolls samt Nachträgen zu.

Nach § 14 Abs. 7 VOB/A ist den Bietern und ihren Bevollmächtigten Einsicht – nicht Übersendung (von Wietersheim/Katzenberg in Ingenstau/Korbion, VOB, 19. Auflage, § 14 VOB/A Rn. 49; 21. Auflage, § 14a VOB/A Rn. 46) – in die Niederschrift des Eröffnungstermins (das Submissionsprotokoll) und deren Nachträge zu gestatten. Den Bietern sind auf Antrag die Namen der (anderen) Bieter sowie die verlesenen und nachgerechneten Endbeträge der Angebote sowie die Zahl ihrer Nebenangebote nach der rechnerischen Prüfung unverzüglich mitzuteilen. Hinsichtlich der Nebenangebote erfasst das Auskunftsrecht nach § 14 VOB/A nur deren Zahl, nicht deren Endbeträge (Planker, in Kapellmann/Messerschmidt, 6. Auflage, VOB, § 14 VOB/A Rn. 31 a.E.).

Dem Auskunfts- und Einsichtsrecht gem. § 14 Abs. 7 VOB/A steht auch der Zeitablauf nicht entgegen. Das Einsichtsrecht besteht grundsätzlich so lange fort, wie der Bieter ein berechtigtes Interesse daran hat. Will der Bieter einen Schadensersatzanspruch geltend machen, steht ihm das Einsichtsrecht auch nach Zuschlagserteilung weiter zu (Planker, in Kapellmann/Messerschmidt, 6. Auflage, VOB, § 14 VOB/A Rn. 30).

Der Antrag kann indes nicht mehr gestellt werden, wenn der Auftraggeber mit einem solchen Antrag nicht mehr rechnen muss (vgl. zur insofern gleich gelagerten Problematik bei § 19 VOB/A: Stickler, in Kapellmann/Messerschmidt, VOB, 5./6. Auflage, VOB/A § 19 Rn. 18).

Zwar wird für den Antrag des Bieters diskutiert, dass ein schutzwürdiges Interesse des Bieters nicht mehr zu erkennen sei und der Auftraggeber mit einem Antrag nicht mehr rechnen musste, wenn nach der Mitteilung über den erteilten Zuschlag ein halbes Jahr vergangen ist. Danach soll in der Regel Verwirkung eintreten. Eine feste Zeitgrenze soll damit aber nicht festgelegt werden (vgl. Stickler in Kapell-

mann/Messerschmidt, 6. Auflage, VOB/A, § 19 Rn. 19; siehe zum zeitlichen Rahmen der Geltendmachung des Informationsverlangens auch Reichling/Portz in Ingenstau/Korbion, 19. Auflage, § 19 VOB/A Rn. 19; 21. Auflage Rn. 20).

Im Übrigen besteht in diesem Bereich kein weitergehender Auskunftsanspruch nach § 242 BGB. Denn die Frage, welche Informationen über Nebenangebote anderer Bieter der Bieter erhalten darf, ist in § 14 VOB/A geregelt (unter Berücksichtigung des Geheimhaltungsgebots nach § 14 Abs. 1 und 8 VOB/A). Das gleiche gilt für die Bietererklärungen. Diese sind Bestandteil des Angebots und gehören nicht zu den Umständen, die nach § 14 VOB/A mitzuteilen sind.

Insoweit ist in der VOB/A geregelt, dass Bieter, die nicht berücksichtigt werden, unverzüglich zu informieren sind (§ 19 Abs. 1 VOB/A). Ferner haben sie nach § 19 Abs. 2 VOB/A auf Verlangen Anspruch auf Mitteilung der Gründe für ihre Nichtberücksichtigung sowie die Merkmale und Vorteile des Angebots des erfolgreichen Bieters sowie dessen Namen. Auch insoweit begrenzt die VOB/A den Anspruch auf die in § 19 Abs. 1 und 2 VOB/A genannten Informationen. Der Vergabevermerk mit abschließender Bewertung und Zuschlagsempfehlung gehört nicht hierzu. Die Information nach § 19 Abs. 2 VOB/A darf sich nur auf das Angebot des jeweils informierten Bieters beziehen. Der Auskunftsanspruch nach § 19 Abs. 2 VOB/A betrifft nur das eigene Angebot des Bieters und die Gründe für seine Nichtberücksichtigung. Insoweit genügt es, dem unterlegenen Bieter in Stichworten die Gründe seiner Nichtberücksichtigung mitzuteilen, etwa dass ein anderer Bieter ein wirtschaftlicheres Angebot abgegeben hat. Die Mitteilung von Informationen über die Angebote anderer Bieter ist dem Auftraggeber regelmäßig untersagt. Denn die Angebote und ihre Anlagen sind geheim zu halten (§ 14 Abs. 8 VOB/A). Mitzuteilen sind den Bietern allerdings – anders als Bewerbern – die Merkmale und Vorteile des Angebots des erfolgreichen Bieters sowie dessen Name. Bei den Merkmalen und Vorzügen handelt es sich um diejenigen Zuschlagskriterien, die den Ausschlag für die Wertungsreihenfolge in der vierten Wertungsstufe gegeben haben. Die Informationspflicht beschränkt sich auf die in § 19 Abs. 2 VOB/A genannten Angaben. Weitere Auskünfte über den Inhalt der Angebote anderer Bieter darf der Auftraggeber aufgrund seiner Geheimhaltungsverpflichtung nicht erteilen (Stickler, in Kapellmann/Messerschmidt, VOB, 5./6. Auflage, VOB/A § 19 Rn. 15). Zulässig ist lediglich die Mitteilung der Vergabekriterien (Wirtschaftlichkeit pp.), auf denen die Zuschlagsentscheidung beruht (Vergabehandbuch Formblatt 334 bzw. 335). Diese Angaben hatte die Beklagte gemacht. Weitergehende Bestandteile des Angebots des erfolgreichen Bieters, etwa der Preis, dürfen nicht mitgeteilt werden.

## Ausführungsunterlagen

Ein Anspruch auf Erteilung weitergehender Auskünfte lässt sich auch nicht aus dem allgemeinen Auskunftsanspruch aus § 242 BGB herleiten. Auch ein etwaiger, insbesondere weitergehender Auskunftsanspruch gemäß § 810 BGB in Verbindung mit § 20 VOB/A scheidet aus.

Vergabeakten dürften zwar auch im Interesse der am Vergabeverfahren teilnehmenden Bieter errichtet sein (Habersack in Münchener Kommentar zum BGB, 7. Auflage 2017, § 810 Rn. 6). Ungeschriebene Anspruchsvoraussetzung ist aber die Schutzwürdigkeit des Interesses. Daran fehlt es, wenn die Einsichtnahme der Ausforschung des Anspruchsgegners dienen soll. Die Einsichtnahme ist auch unzulässig, wenn ein Schadensersatzanspruch gegen den Urkundenbesitzer erhoben werden soll und der darlegungspflichtige Anspruchsteller die Kenntnis der den Ersatzanspruch begründenden Tatsachen erst durch die Einsichtnahme erwerben will (Habersack in Münchener Kommentar zum BGB, 7. Auflage 2017, § 810 Rn. 11). Insofern gilt die entsprechende Wertung zu § 242 BGB. Der Anspruch aus § 810 BGB geht nicht über denjenigen nach § 242 BGB hinaus. Zu den Voraussetzungen des § 810 BGB gehört die Schutzwürdigkeit des Gläubigers. Hierzu zählt wiederum die Abwägung mit Gegeninteressen des Urkundenbesitzers: So ist die Einsichtnahme nicht zu gestatten, wenn sie für die beabsichtigte Rechtsverfolgung nicht erforderlich ist (vgl. Habersack in Münchener Kommentar zum BGB, 7. Auflage 2017, § 810, Rn. 11). Im Streitfall begehrt die Klägerin eher eine Ausforschung als eine letzte Klarheit. Sie möchte nahezu umfassend über die Gründe der Auswahlentscheidung informiert werden, um so deren Rechtmäßigkeit überprüfen zu können. Jedenfalls wäre aber das Einsichtsrecht des § 810 BGB durch die entsprechenden Vorschriften der VOB/A begrenzt, *OLG Köln, Urteil vom 29.01.2020 – 11 U 14*.

## Ausführungsunterlagen

Ausführungsunterlagen sind Unterlagen, die für die reibungslose Ausführung des Bauens erheblich sind. Der Begriff der Ausführungsunterlagen ist sehr weit zu fassen. Zu ihm zählen z. B. Pläne, Einzel- und Gesamtzeichnungen mit Maßen, Modelle und statische Berechnungen.

Nach § 3 VOB/B hat der Auftraggeber die Pflicht, dem Auftragnehmer die „nötigen“ Ausführungsunterlagen rechtzeitig zu übergeben. Welche Ausführungsunterlagen „nötig“ sind, bestimmt sich nach den Vertragsbestimmungen und der Verkehrssitte.

## **Ausschreibung, beschränkte mit TW, Ablauf**

Bei Beschränkter Ausschreibung mit Teilnahmewettbewerb erfolgt die Auswahl der Unternehmen, die zur Angebotsabgabe aufgefordert werden, durch die Auswertung des Teilnahmewettbewerbs. Dazu fordert der Auftraggeber eine unbeschränkte Anzahl von Unternehmen öffentlich zur Abgabe von Teilnahmeanträgen auf. Die Auswahl der Bewerber erfolgt anhand der vom Auftraggeber festgelegten Eignungskriterien. Die transparenten, objektiven und nichtdiskriminierenden Eignungskriterien für die Begrenzung der Zahl der Bewerber, die Mindestzahl und gegebenenfalls Höchstzahl der einzuladenden Bewerber gibt der Auftraggeber in der Auftragsbekanntmachung des Teilnahmewettbewerbs an. Die vorgesehene Mindestzahl der einzuladenden Bewerber darf nicht niedriger als fünf sein. Liegt die Zahl geeigneter Bewerber unter der Mindestzahl, darf der Auftraggeber das Verfahren mit dem oder den geeigneten Bewerber(n) fortführen (§ 3b Absatz 2 VOB/A).

## **Ausschreibung, beschränkte ohne TW, Ablauf**

Bei beschränkter Ausschreibung ohne Teilnahmewettbewerb sollen mehrere, im Allgemeinen mindestens drei geeignete Unternehmen aufgefordert werden (§ 3b Absatz 3 VOB/A).

## **Ausschreibung, gütegesicherte und Bauüberwachung**

Der Neubau von Abwasserleitungen und -kanälen erfordert ein spezielles Know-how – von Auftraggebern und Bauüberwachern ebenso, wie von den ausführenden Unternehmen. Unstrittig ist, dass eine Kanalbaumaßnahme nur dann gelingen kann, wenn die an der Realisierung Beteiligten über das nötige Fachwissen verfügen. Es liegt deshalb im Interesse aller, dass Abwasserleitungen und -kanäle von erfahrenen und zuverlässigen Fachleuten geplant, gebaut oder saniert werden. Denn neben der Ausführungsqualität haben insbesondere auch Planung, Ausschreibung und Bauüberwachung großen Einfluss auf die Qualität und Langlebigkeit der Anlagen.

Bei Entwässerungssystemen handelt es sich um langfristig nutzbare Einrichtungen mit hohen Investitionskosten. Sie repräsentieren damit hohe Vermögenswerte, deren Bau, Wartung und Erhalt hohe Anforderungen an Betreiber, Planer und ausführende Unternehmen stellen. Um die gesteckten Ziele zu erreichen, bedarf es

Organisationen mit besonderer Erfahrung und Zuverlässigkeit in Bezug auf die Ausschreibung und Bauüberwachung der Bauverfahren und Bauabläufe. Die Qualität wird in den frühen Stadien eines Projektes am stärksten beeinflusst. Daher ist es sinnvoll, bereits ab der Ausschreibungsphase geeignete Rahmenbedingungen zu definieren.

Eine zuverlässige Planung, Ausschreibung und Bauausführung bei der Verlegung dichter und dauerhafter Abwasserleitungen und -kanäle verbessert die Wirtschaftlichkeit der Baumaßnahme und sorgt für eine längere Nutzungsdauer der Abwassernetze. Ein wichtiger Baustein für mehr Nachhaltigkeit ist das System der RAL-Gütesicherung Kanalbau. Die RAL-Gütesicherung wird von Auftraggebern und Auftragnehmern gleichberechtigt getragen; gemeinsam wird an dem Thema Ausführungsqualität gearbeitet. Zusätzlich bietet die RAL-Gütesicherung Kanalbau Beurteilungsgruppen, um die Eignung der Organisation für Leistungen der Ausschreibung und Bauüberwachung nachzuweisen.

Auf Grundlage der Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen (VOB) fordern Auftraggeber und Netzbetreiber in Bezug auf die Ausführung von den Bietern vor Auftragsvergabe einen Eignungsnachweis. Die Erfüllung definierter Kriterien zur fachtechnischen Eignung ist Voraussetzung für die Berücksichtigung bei der Vergabe. Eine zuverlässige Bauausführung ist ein wichtiges Element für die Wirtschaftlichkeit der Abwassernetze; geringere Unterhaltskosten sowie eine längere Nutzungsdauer. Unternehmen mit Gütezeichen Kanalbau haben ihre technische Leistungsfähigkeit, besondere Erfahrung und Zuverlässigkeit nachgewiesen.

Was für die Ausführung gilt, sollte auch für die Ausschreibung und Bauüberwachung selbstverständlich sein. Der Planer hat unter anderem dafür Sorge zu tragen, dass geeignete Bauverfahren nach den Regeln der Technik eingesetzt werden. Vor diesem Hintergrund wurde auf Initiative der Mitgliederversammlung der Gütegemeinschaft Kanalbau ein zusätzlicher Baustein zur Qualitätssicherung – Ausschreibung und Bauüberwachung – geschaffen: Es wurden in die Güte- und Prüfbestimmungen Anforderungen aufgenommen für Ingenieurleistung im Bereich Ausschreibung (A) und Bauüberwachung (B) im offenen Kanalbau (AK), bei grabenlosem Einbau (V) und der grabenlosen Sanierung (S) von Abwasserleitungen und -kanälen (Beurteilungsgruppen ABAK, ABV und ABS).

Vor Vergabe von Leistungen bei Ausschreibung und Bauüberwachung sollte der Auftraggeber prüfen, ob die entsprechenden Organisationen die erforderlichen Eignungskriterien erfüllen. Die Organisation kann diesen Nachweis auf Grundlage der

Gütesicherung RAL-GZ 961, Beurteilungsgruppen ABAK, ABV und ABS führen. Der Güteausschuss der Gütegemeinschaft Kanalbau in Verbindung mit den beauftragten Prüfungingenieuren prüft bzw. bestätigt dem Antragsteller bzw. der Organisation die Erfüllung der Eignungskriterien regelmäßig einmal pro Jahr.

Besondere Erfahrungen der Organisation bzw. des eingesetzten Personals werden durch Belege über entsprechende Tätigkeiten nachgewiesen. Zudem erfolgen schriftliche Referenzanfragen an Auftraggeber mit Bestätigung der Ausschreibungs- und Bauüberwachungsleistung. Entsprechend qualifizierte Organisationen betreiben aktiv ein zertifiziertes Qualitätsmanagementsystem zur Fehlerminimierung. Die Zuverlässigkeit des eingesetzten Personals wird durch Vorlage entsprechender Referenzen nachgewiesen. Regelmäßige Schulungen zur Aufrechterhaltung der Qualifikation gehören ebenso zum Profil der Gütezeicheninhaber. Gütezeicheninhaber dokumentieren ihre Eigenüberwachung. Dazu erhalten sie Unterstützung von der Gütegemeinschaft in Form von Checklisten (Leitfäden), die dazu beitragen, dass die wesentlichen Kriterien und Randbedingungen bei der Ausschreibung und Bauüberwachung systematisch in der Eigenüberwachung berücksichtigt werden.

## **Ausschreibung, öffentliche, Ablauf**

Bei einer Öffentlichen Ausschreibung fordert der Auftraggeber eine unbeschränkte Anzahl von Unternehmen öffentlich zur Abgabe von Angeboten auf. Jedes interessierte Unternehmen kann ein Angebot abgeben (§ 3b Absatz 1 VOB/A).

## **Ausschreibung, produktneutrale**

Das vergaberechtliche Gebot der Produktneutralität von Ausschreibungen soll nach Auffassung der VK Bund, VK Bund, Beschluss vom 27.08.2012 - VK 2-65/12 gewährleisten, dass in den technischen Anforderungen nicht auf eine bestimmte Produktion oder Herkunft oder ein besonderes Verfahren oder auf Marken, Patente, Typen, einen bestimmten Ursprung oder eine bestimmte Produktion verwiesen werden darf, wenn dadurch bestimmte Unternehmen oder bestimmte Produkte begünstigt oder ausgeschlossen werden, soweit dies nicht ausnahmsweise durch den Auftragsgegenstand gerechtfertigt ist. Vom Gebot der produktneutralen Ausschreibung würden auch solche Vorgaben des öffentlichen Auftraggebers erfasst, die zwar nicht auf ein bestimmtes Produkt oder Verfahren oder einen bestimmten Hersteller verweisen, denen aber – wie etwa eine zwar abstrakt formulierte, aber

## Ausschreibung, produktneutrale

in der Sache auf ein ganz bestimmtes Produkt eines Herstellers zugeschnittene Leistungsbeschreibung – gleichsam wettbewerbsbeschränkende bzw. diskriminierende Wirkung zukomme.

Es werde bei einer hersteller- und produktneutralen Ausschreibung grundsätzlich die Lieferung eines Gerätes mittlerer Art und Güte gemäß § 243 BGB geschuldet. Legt sich aber ein Bieter im Rahmen eines Aufklärungsgespräches auf ein bestimmtes Produkt fest, welches nicht in allen Punkten den Anforderungen des Leistungsverzeichnisses entspricht, ist sein Angebot zwingend auszuschließen, auch wenn der öffentliche Auftraggeber im Leistungsverzeichnis weder Fabrikats- noch Typangaben verlangt hat.

Das OLG München hatte zu entscheiden, ob ein Angebot zwingend auszuschließen ist, wenn im Leistungsverzeichnis weder Fabrikats- noch Typangaben verlangt wurden, sich der Bieter aber später im Rahmen eines Aufklärungsgespräches auf ein bestimmtes Produkt festlegt, das die Vorgaben des Leistungsverzeichnisses nicht vollständig erfüllt, *OLG München 25.11.2013 – Verg 13/13*.

Nach § 7 Abs. 2 VOB/A gilt Folgendes: Soweit es nicht durch den Auftragsgegenstand gerechtfertigt ist, darf in technischen Spezifikationen nicht auf eine bestimmte Produktion oder Herkunft oder ein besonderes Verfahren oder auf Marken, Patente, Typen eines bestimmten Ursprungs oder einer bestimmten Produktion verwiesen werden, wenn dadurch bestimmte Unternehmen oder bestimmte Produkte begünstigt oder ausgeschlossen werden.

Solche Verweise sind jedoch ausnahmsweise zulässig, wenn der Auftragsgegenstand nicht hinreichend genau und allgemein verständlich beschrieben werden kann; solche Verweise sind mit dem Zusatz „oder gleichwertig“ zu versehen.

Das Vorliegen eines Ausnahmesachverhalts muss sorgfältig geprüft werden. Der Auftraggeber muss zunächst prüfen, ob der spezielle Auftragsgegenstand den Verweis zulässt. Der Auftraggeber hat ein bestimmtes Anforderungsprofil bestehend aus Einzelanforderungen definiert. Die Einzelanforderungen betreffen technisch-funktionale Anforderungen und damit notwendige Eigenschaften des einzubauenden Aggregats in technisch funktionaler Hinsicht. Die Einzelanforderungen sind zwingend und ergeben sich aus den spezifischen Einsatzanforderungen des Aggregats. Die in diesem Sinne zwingenden Einzelanforderungen werden nur von einem bestimmten, dem bestimmten genannten ausgeschriebenen Aggregat erfüllt.

Andere Aggregate anderer Hersteller, die die Einzelanforderungen nachgewiesen ebenso gut erfüllen sind selbstverständlich zugelassen. Der Bieter benennt das Fabrikat des von ihm angebotenen Aggregats. Hierzu macht er eine Eintragung in dem von dem Bieter auszufüllenden Feld. Der Bieter wird regelmäßig zusätzlich verpflichtet, bei abweichenden Aggregaten entsprechende Datenblätter und Beschreibungen beizufügen, auf dass geprüft werden kann, ob das abweichend angebotene Aggregat für gleichwertig gehalten werden kann oder nicht. Ist dies nicht der Fall, ist also das benannte, also angebotene Gerät nicht gleichwertig, wird das Angebot ausgeschlossen. Eine Umdeutung in ein Nebenangebot kommt nicht in Betracht. Fehlt eine Angabe, müsste die fehlende Angabe ggf. nachgefordert werden. Das Fehlen der Angabe führt nicht zwingend zum Ausschluss. Das Angebot ist aber, weil nicht hinreichend konkretisiert, zunächst nicht wertbar. Stattdessen legen Auftraggeber regelmäßig fest, dass wenn eine Angabe fehlt, das von dem Auftraggeber geforderte Fabrikat als angeboten gilt. Auf diese Weise kann quasi die Unvollständigkeit im Sinne der Auftraggeber-Anforderung vervollständigt und konkretisiert werden.

In einem so vorliegenden Zusammenhang ist Folgendes von Bedeutung: Der Auftraggeber hat ein bestimmtes Anforderungsprofil bestehend aus Einzelanforderungen definiert. Die Einzelanforderungen betreffen technisch-funktionale Anforderungen und damit notwendige Eigenschaften des einzubauenden Aggregats in technisch funktionaler Hinsicht. Die in diesem Sinne zwingenden Einzelanforderungen werden nur von einem bestimmten, dem bestimmten genannten ausgeschriebenen Aggregat erfüllt. Der Auftraggeber schreibt dieses Aggregat produktbezogen aus. Er nennt lediglich schlagwortartig das Aggregat des bestimmten Herstellers.

Ausnahmsweise nicht mitgeteilt werden müssen: Die Einzelanforderungen die technisch-funktionalen Anforderungen betreffend; die notwendigen Eigenschaften des einzubauenden Aggregats in technisch funktionaler Hinsicht. Die Einzelanforderungen sind so oder so zwingend und ergeben sich aus den spezifischen Einsatzanforderungen des Aggregats selbst. Die in diesem Sinne zwingenden Einzelanforderungen werden nicht mitgeteilt und müssen nicht mitgeteilt werden. Die Einzelanforderungen ergeben sich schlagwortartig aus der Nennung eines bestimmten, dem genannten ausgeschriebenen Aggregats eines bestimmten Herstellers. Diese Hinweise können in geeignet gelagerten Anwendungsfällen auch auf Inhalte von anderen sog. „Leitprodukten“ oder Systemen übertragen werden.

## Auswahl geeigneter Unternehmen, Ausschluss von Bewerbern und Bietern, EU, VgV (Dienst- u. Lieferung)

Die Nennung eines bestimmten Produkts in der Leistungsbeschreibung – erst recht mit dem Zusatz „oder gleichwertiger Art“ – kann nämlich auch so aufgefasst werden, dass das Produkt als Planungs-, Richt- oder Leitfabrikat, d.h. nur beispielhaft genannt wird, aus Sicht des Auftraggebers aber gar keine Festlegung auf ein bestimmtes Produkt erfolgen, sondern den Bietern lediglich die Bearbeitung des Angebots erleichtert werden soll, *OLG Düsseldorf 09.01.2013 – Verg 33/12*.

## **Auswahl geeigneter Unternehmen, Ausschluss von Bewerbern und Bietern, EU, VgV (Dienst- u. Lieferung)**

Der öffentliche Auftraggeber überprüft die Eignung der Bewerber oder Bieter anhand der nach § 122 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen festgelegten Eignungskriterien und das Nichtvorliegen von Ausschlussgründen nach den §§ 123 und 124 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen sowie gegebenenfalls Maßnahmen des Bewerbers oder Bieters zur Selbstreinigung nach § 125 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen und schließt gegebenenfalls Bewerber oder Bieter vom Vergabeverfahren aus. Im nicht offenen Verfahren, im Verhandlungsverfahren mit Teilnahmewettbewerb, im wettbewerblichen Dialog und in der Innovationspartnerschaft fordert der öffentliche Auftraggeber nur solche Bewerber zur Abgabe eines Angebotes auf, die ihre Eignung nachgewiesen haben und nicht ausgeschlossen worden sind. § 51 VgV bleibt unberührt. Bei offenen Verfahren kann der öffentliche Auftraggeber entscheiden, ob er die Angebotsprüfung vor der Eignungsprüfung durchführt.

## B

### Bauarbeiten

Der Begriff der Bauarbeiten, der wichtig für die Anwendbarkeit der VOB ist, ist umfassend zu verstehen. Unter Bauarbeiten „jeder Art“ versteht man daher sowohl Arbeiten, durch die Bauwerke unmittelbar geschaffen, geändert oder beseitigt werden, als auch Arbeiten, durch die bauliche Änderungen der Erdoberfläche oder des Erdinnern in anderer Weise unmittelbar bewirkt werden.

Nicht zu den „Bauarbeiten“ im Sinne der VOB zählen Arbeiten der landwirtschaftlichen und gärtnerischen Bodennutzung und Arbeiten der Gewinnung von Bodenbestandteilen (z. B. Kohleabbau). Bauarbeiten werden weiter unterteilt in „Arbeiten bei Bauwerken“ und „Arbeiten an anderen Werken, deren Erfolg in der Herstellung, Wartung oder Veränderung einer Sache besteht“. Die Abgrenzung ist für die Verjährung der Mängelansprüche von Bedeutung.

### Bauftrag

Als Bauaufträge gelten nach der Definition von § 1 EU Abs. 1 VOB/A Verträge, entweder über die Ausführung oder die gleichzeitige Planung und Ausführung eines Bauvorhabens oder eines Bauwerks, das Ergebnis von Hoch- oder Tiefbauarbeiten ist und eine wirtschaftliche oder technische Funktion erfüllen soll, oder einer Bauleistung durch Dritte gemäß den vom Auftraggeber genannten Erfordernissen (z. B. Bauträgervertrag, Mietkauf- oder Leasingvertrag), die dem Auftraggeber unmittelbar wirtschaftlich zugutekommen soll.

Verträge über die reine Ausführung sind in der Praxis der Regelfall. Verträge über gleichzeitige Planung und Ausführung können, z. B. bei einer Ausschreibung, der eine Leistungsbeschreibung mit Leistungsprogramm zugrunde liegt, vorkommen. Mit der zweiten Alternative soll sichergestellt werden, dass auch die Fälle, in denen ein an die Vergabevorschriften gebundener Auftraggeber nicht selbst baut, sondern für seine Zwecke bauen lässt, dem EU-weiten Wettbewerb unterworfen werden.

Treffen in einem Beschaffungsvorhaben Bauleistungen und Lieferleistungen zusammen, kommt es auf den Schwerpunkt an. Dementsprechend ist als Grundlage für die Ausschreibung entweder VOB/A oder VgV bzw. UVgO zu wählen.

## **Baubeschreibung, Gliederung**

Eine Baubeschreibung kann wie folgt gegliedert werden: 1. Allgemeine Beschreibung der Leistung 2. Angaben zur Baustelle 3. Angaben zur Ausführung 4. Ausführungsunterlagen 5. Zusätzliche Technische Vertragsbedingungen. In diesen Abschnitten sind je nach Art der Leistung Angaben in der nachstehenden Reihenfolge, soweit erforderlich, zu machen. Nach den Erfordernissen der einzelnen Baumaßnahme sind weitere Angaben einzufügen.

## **Baubeschreibung, Grundlagen**

In der „Baubeschreibung“ ist eine allgemeine Darstellung der Bauaufgabe zu geben. Darin sind alle objektbezogenen Angaben, Anforderungen und Bedingungen aufzunehmen, die zur Beschreibung der Leistung neben dem „Leistungsverzeichnis“ erforderlich sind und dem Verständnis der Beschreibung der einzelnen Teilleistungen dienen. Leistungen, die sich nach Art und Umfang bestimmen lassen, sind nicht in der Baubeschreibung anzugeben, sondern als Positionen in das „Leistungsverzeichnis“ aufzunehmen. Wiederholungen oder Abweichungen von der VOB/B und VOB/C bzw. VOL/B, den Besonderen, den Zusätzlichen und Zusätzlichen Technischen Vertragsbedingungen sowie Widersprüche in den Vergabeunterlagen sind auszuschließen. Sofern Regelungen in Ergänzung der Besonderen Vertragsbedingungen (BVB) / Zusätzlichen Vertragsbedingungen (ZVB) / Zusätzlichen Technischen Vertragsbedingungen (ZTVB) in den Vertrag (z.B. in weiteren besonderen Vertragsbedingungen – WBVB oder dem Leistungsverzeichnis – LV) aufgenommen werden sollen, dürfen diese keine inhaltliche Abweichung von der VOB/B enthalten, da andernfalls der Vertrag einer AGB-rechtlichen Klauselkontrolle unterworfen werden (§ 310 Absatz 3 Satz 1 BGB) und teilweise unwirksam werden könnte. An die Stelle der unwirksamen Regelungen des VOB/B-Vertrages würden in diesem Fall die gesetzlichen Regelungen des BGB treten, z.B. mit der Folge,

- dass Leistungsänderungen nicht mehr ohne vorherige Verhandlung mit dem Auftragnehmer angeordnet werden können,
- dass die Nachtragsvergütung nicht mehr anhand der Urkalkulation fortgeschrieben sondern anhand der tatsächlich erforderlichen Kosten neu ermittelt werden muss, oder