

Vergaberecht

Praxiskommentar zu GWB, VgV, SektVO, VSVgV, VOB/A 2012, VOL/A, VOF mit sozialrechtlichen Vorschriften

von
Rudolf Weyand

4. Auflage

Vergaberecht – Weyand

schnell und portofrei erhältlich bei beck-shop.de DIE FACHBUCHHANDLUNG

Thematische Gliederung:

[Privates Baurecht, Vergaberecht, Architektenrecht](#)



Verlag C.H. Beck München 2013

Verlag C.H. Beck im Internet:

www.beck.de

ISBN 978 3 406 62681 4

solche Sachlage kann auch vorliegen, wenn die **Aufteilung unverhältnismäßige Kosten-nachteile mit sich bringen oder zu einer starken Verzögerung des Vorhabens** führen würde (OLG Düsseldorf, B. v. 11. 7. 2007 – Az.: VII – Verg 10/07; 1. VK Sachsen, B. v. 30. 4. 2008 – Az.: 1/SVK/020-08).

Das **Vorliegen einer „unwirtschaftlichen Zersplitterung“ bedarf mehr als nur ge-wisser, nach der Erfahrung zu erwartender Kostennachteile.** Dass eine **Mehrzahl von Auftraggebern** auch eine Mehrzahl von Gewährleistungsgegnern bedeutet, entspricht dem Wesen einer losweisen Vergabe und **wird vom Gesetz hingenommen.** Gleiches gilt für den Umstand, dass eine losweise Vergabe ein **kostenaufwändigeres Vergabeverfahren** verursachen würde (OLG Düsseldorf, B. v. 11. 7. 2007 – Az.: VII – Verg 10/07; B. v. 8. 9. 2004 – Az.: VII – Verg 38/04; 3. VK Bund, B. v. 16. 11. 2010 – Az.: VK 3-111/10; VK Niedersachsen, B. v. 29. 10. 2010 – Az.: VgK-52/2010; 1. VK Sachsen, B. v. 22. 7. 2010 – Az.: 1/SVK/022-10; B. v. 25. 9. 2009 – Az.: 1/SVK/038-09; eher entgegengesetzt 1. VK Bund, B. v. 14. 9. 2007 – Az.: VK 1-101/07; B. v. 31. 8. 2007 – Az.: VK 1-92/07). **An sich plausible Gründe,** wie etwa die Entlastung des Auftraggebers von der Koordinierung, der Vorzug, nur einen Vertragspartner zu haben und damit eine Gewährleistung aus einer Hand verbunden mit einer einfacheren Durchsetzung von Gewährleistungsansprüchen sind damit **nicht geeignet, einen Ausnahmefall zu begründen.** **Die Regelungen zur losweisen Ausschreibung und Vergabe würden leer laufen,** wenn zur Begründung einer Gesamtvergabe die Benennung solcher Schwierigkeiten ausreichte, die typischerweise mit jeder losweisen Ausschreibung verbunden sind (OLG Düsseldorf, B. v. 11. 7. 2007 – Az.: VII – Verg 10/07; OLG Koblenz, B. v. 4. 4. 2012 – Az.: 1 Verg 2/11; VK Arnsberg, B. v. 13. 12. 2010 – Az.: VK 23/10; B. v. 31. 1. 2001 – Az.: VK 2-01/2001; VK Baden-Württemberg, B. v. 11. 2. 2011 – Az.: 1 VK 02/11; 3. VK Bund, B. v. 16. 11. 2010 – Az.: VK 3-111/10; VK Niedersachsen, B. v. 25. 3. 2010 – Az.: VgK-07/2010; VK Rheinland-Pfalz, B. v. 23. 11. 2011 – Az.: VK 1-34/11; 1. VK Sachsen, B. v. 22. 7. 2010 – Az.: 1/SVK/022-10; B. v. 30. 4. 2008 – Az.: 1/SVK/020-08).

Ob es sich um ein „Splitterlos“ handelt, ist nicht **aus der Sicht** des Bieters, sondern **des öffentlichen Auftraggebers zu beurteilen** (OLG Düsseldorf, B. v. 11. 1. 2012 – Az.: VII – Verg 52/11; B. v. 23. 3. 2011 – Az.: VII – Verg 63/10). **Macht der Wert eines Loses aber mindestens rund 7% des Gesamtvolumens** aus, kann ein **Fachlos nicht als Splitterlos** angesehen werden (OLG Koblenz, B. v. 4. 4. 2012 – Az.: 1 Verg 2/11).

Von einer Fachlosvergabe kann der Auftraggeber nach § 97 Abs. 3 S. 2 GWB absehen, wenn dies für ihn **unwirtschaftlich** ist. **Dabei ist nicht allein maßgeblich, welchen prozentua- len Anteil des Gesamtauftrages der auf das betreffende Fachlos entfallende Auftrag einnimmt. Vielmehr ist auch und vor allem darauf abzustellen, wie viele Lose (sei es als Fachlos, sei es als Teillos) der Auftraggeber bereits gebildet hat und welcher Auftragswert z.B. auf ein zusätzliches Fachlos „Glasreinigung“ entfallen würde.** Ein öffentlicher Auftraggeber kann deshalb von der Ausschreibung von Splitterlosen absehen, wenn die gesonderte Wertung des Loses, der Vertragsschluss und die gesonderte Abwicklung des Vertrages im Verhältnis zu einer Gesamtausschreibung erfahrungsgemäß zu unverhältnismäßigem Aufwand führt und damit unwirtschaftlich im Sinne des § 97 Abs. 3 S. 2 GWB ist. Der zusätzliche Aufwand ist umso eher als unverhältnismäßig anzusehen, je mehr Lose der Auftraggeber ohnehin schon gebildet hat und je kleiner ein zusätzliches Los (absolut gesehen) ist. **Ist schon bei Zugrundelegung des günstigsten Angebots von einem Auftragswert für die Glasreinigung von rund 37 000 € p.A. auszugehen und entfällt auf die Glasreinigung ein Anteil von rund 6% des auf nur vier Gebietslose verteilten Gesamtauftragswertes, ist der zusätzliche Aufwand für die Bildung jedenfalls eines Fachloses Glasreinigung nicht unverhältnismäßig** (OLG Düsseldorf, B. v. 11. 1. 2012 – Az.: VII – Verg 52/11).

Nach Auffassung der VK Münster kann das „**Argument – kleinere Mengen – höhere Preise –“ zunächst nicht als sachwidrig angesehen werden.** Ein öffentlicher Auftraggeber kann zu Recht unterstellen, dass die Preise bei kleineren Abnahmemengen höher sein werden, was für ihn unwirtschaftlicher wäre. Das ist im Falle von „Massenlieferungen“ ein Erfahrungssatz, der nicht abwegig oder sachfremd ist, sondern der Realität entspricht. Er müsste somit Preisnachteile in Kauf nehmen, wenn er die Losaufteilung vornehmen würde. Eine Vergabestelle kann bei einer solchen Sachlage nicht verpflichtet werden, die Interessen des Mittelstandes vor die eigenen Interessen zu setzen und sie handelt auch nicht ermessensfehlerhaft, wenn sie sich mit guten Gründen gegen eine Losaufteilung entscheidet. Auch die **Tatsache, dass bei einem Rahmenvertrag sukzessive lediglich Einzelkomponenten abgerufen werden, bedeutet nicht, dass dieser wirtschaftliche Vorteil nicht existiert.** Entscheidend ist, dass das Ge-

Teil 1 GWB § 97

Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen

samtbudget innerhalb eines bestimmten Zeitraums verausgabt werden soll. Bei einer solchen Konstellation bestehen keine Zweifel daran, dass auch dann die Einzelkomponenten günstiger kalkuliert werden können (VK Münster, B. v. 7. 10. 2009 – Az.: VK 18/09).

- 440 Ist es **wegen zahlreicher Unwägbarkeiten (nahezu) unmöglich, eine tatsächengestützte, halbwegs plausible Prognose über mögliche Zusatzkosten einer Losvergabe zu erstellen, gilt der gesetzliche Regelfall** (OLG Koblenz, B. v. 4. 4. 2012 – Az.: 1 Verg 2/11).
- 441 **6.9.5.3.4 Technische Gründe.** Als **technisch anerkennungswürdige Gründe** kommen unter anderem **bautechnische Kopplungen benachbarter Baukörper** in Betracht, wobei als entscheidende Parameter die Plausibilität der von der Vergabestelle vorgetragenen technischen Besonderheiten, die einheitliche Betrachtungsweise dieser Besonderheiten insbesondere im Vorfeld der geplanten Ausschreibung, die Übereinstimmung der dargelegten Fakten mit den aktenkundig dokumentierten geotechnischen und geologischen Gutachten und den vorgelegten Bauwerksentwürfen anzusehen sind (2. VK Bund, B. v. 8. 10. 2003 – Az.: VK 2-78/03).
- 442 **Technische Gründe** für eine Zusammenfassung aller Leistungen liegen vor, wenn **bei getrennten Ausschreibungen das – nicht durch die inhaltliche Gestaltung der Vergabeverträge vermeidbare – Risiko besteht, dass der Auftraggeber Teilleistungen erhält**, die zwar jeweils ausschreibungskonform sind, aber **nicht zusammenpassen** und deshalb in ihrer Gesamtheit nicht geeignet sind, den Beschaffungsbedarf in der angestrebten Qualität zu befriedigen (OLG Koblenz, B. v. 4. 4. 2012 – Az.: 1 Verg 2/11).
- 443 Es ist eine **Erfahrungstatsache, dass insbesondere bei der Integration unterschiedlicher Hardwarekomponenten und Software im System Kompatibilitätsprobleme, technische Schwierigkeiten und Verzögerungen auftreten können, die zu Mehrkosten beim Gebrauch führen.** Das ist dem Senat aufgrund eigener Sachkunde aus zahlreichen ähnlich gelagerten Vergaberechtsstreitigkeiten bekannt. Der Einholung eines Sachverständigengutachtens bedarf es nicht. Denn der **Auftraggeber hat die dargestellten Probleme mittels einer Gesamtvergabe von vorneherein ausschließen wollen. Dazu ist er aufgrund seines Leistungsbestimmungsrechts rechtlich in der Lage** (OLG Düsseldorf, B. v. 25. 4. 2012 – Az.: VII – Verg 100/11).
- 444 **6.9.5.3.5 Maß des „Erforderns“.** Für § 97 Abs. 3 a. F. hat sich das OLG Düsseldorf sehr intensiv mit den Voraussetzungen eines Absehens von der losweisen Ausschreibung und Vergabe befasst. Es bedarf insoweit einer **umfassenden Abwägung der widerstreitenden Belange, als deren Ergebnis die für eine zusammenfassende Vergabe sprechenden Gründe nicht nur anerkennenswert sein, sondern überwiegen müssen**. Für das **Maß eines Überwiegens lassen sich keine allgemeinen Regeln, sondern allenfalls Orientierungshilfen aufstellen**. So können der mit einer Fachlos- oder gewerkeweisen Vergabe **allgemein verbundene Ausschreibungs-, Prüfungs- und Koordinierungsmehraufwand sowie ein höherer Aufwand bei Gewährleistungen eine Gesamtvergabe für sich allein nicht rechtfertigen**. Dabei handelt es sich um einen Fachlosvergaben immanenten und damit typischerweise verbundenen Mehraufwand, der nach dem Zweck des Gesetzes in Kauf zu nehmen ist und bei der Abwägung grundsätzlich unberücksichtigt zu bleiben hat. **Anders kann es sich freilich bei Synergieeffekten verhalten, die aus prognostischer Sicht durch eine zusammenfassende Vergabe zu erwarten sind.** Umgekehrt ist indes genauso wenig zu fordern, eine Fachlosausschreibung müsse, um davon ermessensfehlerfrei absehen zu dürfen, generell unverhältnismäßige Kostennachteile mit sich bringen und/oder zu einer starken Verzögerung des Beschaffungsvorhabens führen. Danach können auch einfache, jedenfalls nicht vernachlässigbare, Kostennachteile oder Verzögerungen genügen. Tendenziell wird ein Überhang aber umso geringer sein dürfen, desto mehr die Bauaufgabe als solche, und zwar hinsichtlich ihres Umfangs oder ihrer Komplexität, ohnehin schon besonderen, insbesondere erschwerenden Anforderungen unterliegt (OLG Düsseldorf, B. v. 25. 11. 2009 – Az.: VII – Verg 27/09; 1. VK Sachsen, B. v. 10. 2. 2012 – Az.: 1/SVK/050-11; B. v. 22. 7. 2010 – Az.: 1/SVK/022-10). Diese dargestellten **Erwägungen sind mit dem Begriff des „Erforderns“ eher noch verstärkt** worden.
- 445 Das **OLG Düsseldorf setzt diese Rechtsprechung auch für § 97 GWB n. F. fort** (OLG Düsseldorf, B. v. 21. 3. 2012 – Az.: VII – Verg 92/11; B. v. 11. 1. 2012 – Az.: VII – Verg 52/11; B. v. 8. 9. 2011 – Az.: VII – Verg 48/11; B. v. 23. 3. 2011 – Az.: VII – Verg 63/10). Die **für eine zusammenfassende Vergabe sprechenden Gründe müssen nicht nur anerkennenswert sein, sondern überwiegen. Das ist im Hinblick auf Koordinierungsgesichts-**

punkte (Mehrzahl von Auftragnehmern in einem Gebäude; Unmöglichkeit, durch Flüssigkeit verursachte Schäden insbesondere am Fußboden einem bestimmten Unternehmen zuordnen zu können; Notwendigkeit, Grund- und Glasreinigung in den Schulferien durchführen zu lassen) nicht der Fall. Es handelt sich dabei um die vom Gesetzgeber als typische Folgen einer Fachlosvergabe bewusst in Kauf genommenen Nachteile, die der öffentliche Auftraggeber grundsätzlich hinzunehmen hat (OLG Düsseldorf, B. v. 11. 1. 2012 – Az.: VII – Verg 52/11).

Zwar mag es sein, dass **durch die Reinigung Reinigungsspuren beispielsweise Wischwasserrückstände oder Trittspuren zurückbleiben können und dann die Frage entsteht, welches Reinigungsunternehmen die Verantwortung dafür trägt**. Auch ist es nahe liegend, dass es **hinsichtlich der Schlüsselverwaltung für die Vergabestelle einfacher ist, mit nur einem Unternehmen zu tun zu haben als mit mehreren** und dass dadurch ein höherer Koordinierungsaufwand entsteht. Ebenfalls ist es nachvollziehbar, dass es für die Vergabestelle leichter ist, wenn ihr grundsätzlich nur ein Ansprechpartner auf Auftragnehmerseite gegenübersteht. Bei all diesen Umständen handelt es sich jedoch **nicht um einen Mehraufwand, der über den typischen mit einer Fachlosvergabe verbundenen Mehraufwand hinausgeht. Er muss damit unberücksichtigt bleiben** (OLG Koblenz, B. v. 4. 4. 2012 – Az.: 1 Verg 2/11; VK Rheinland-Pfalz, B. v. 23. 11. 2011 – Az.: VK 1-34/11).

Der **mit einer Fachlosvergabe allgemein verbundene Ausschreibungs-, Prüfungs- und Koordinierungsmehraufwand sowie ein höherer Aufwand bei Gewährleistungen können also eine Gesamtvergabe für sich allein nicht rechtfertigen**, weil es sich dabei um einen Fachlosvergaben immanenten und damit typischerweise verbundenen Mehraufwand handelt, der nach dem Zweck des Gesetzes grundsätzlich in Kauf zu nehmen ist (OLG Düsseldorf, B. v. 21. 3. 2012 – Az.: VII – Verg 92/11).

6.9.5.3.6 Beurteilungs- und Ermessensspielraum sowie Überprüfungsmaßstab. Hierbei ist **von den Vergabennachprüfungsinstanzen grundsätzlich zu beachten, dass das Vergaberecht nicht nur Bieterrechte eröffnen, sondern auch eine wirtschaftliche Leistungsbeschaffung gewährleisten soll**. Der öffentliche Auftraggeber als Nachfrager hat durch seine Ausschreibungen nicht bestimmte Märkte oder Marktteilnehmer zu bedienen. Vielmehr bestimmt allein der Auftraggeber im Rahmen der ihm übertragenen öffentlichen Aufgaben den daran zu messenden Beschaffungsbedarf und die Art und Weise, wie dieser gedeckt werden soll. Am Auftrag interessierte Unternehmen haben sich darauf einzustellen. Nicht aber hat der öffentliche Auftraggeber – abweichend von den allgemeinen Gepflogenheiten – Ausschreibungen so zuzuschneiden, dass sich bestimmte Unternehmen – auch wenn dies für sie von wirtschaftlichem Vorteil ist – daran beteiligen können (OLG Düsseldorf, B. v. 25. 4. 2012 – Az.: VII – Verg 100/11; B. v. 21. 3. 2012 – Az.: VII – Verg 92/11; B. v. 11. 1. 2012 – Az.: VII – Verg 52/11; B. v. 8. 9. 2011 – Az.: VII – Verg 48/11; B. v. 23. 3. 2011 – Az.: VII – Verg 63/10; OLG Karlsruhe, B. v. 17. 2. 2011 – Az.: 1 VK 4/11; 2. VK Bund, B. v. 27. 9. 2011 – Az.: VK 2-100/11; VK Hessen, B. v. 1. 6. 2011 – Az.: 69d VK – 20/2011).

Der Auftraggeber hat die Interessen des Mittelstands mit seinem eigenen Interesse an einer wirtschaftlichen Vergabe abzuwegen. Dabei steht ihm bei seiner **Entscheidung über die Losaufteilung im Einzelfall ein Beurteilungs- bzw. Ermessensspielraum bzw. eine „Einschätzungsprärogative“ zu**. Die **Überprüfung** durch die Vergabekammer kann mithin nur dahingehend stattfinden, ob der **Auftraggeber bei seiner Einschätzung, dass die Gründe für den gewählten Loszuschnitt überwiegen, die rechtlichen Grenzen des ihm insofern zustehenden Spielraums überschritten** hat. Dies wäre dann der Fall, wenn der Auftraggeber bei seiner Entscheidung **mittelständische Interessen gänzlich unberücksichtigt** gelassen, ihr einen **unzutreffenden Sachverhalt** zugrunde gelegt oder **sachwidrige Erwägungen in seine Überlegungen hätte einfließen** lassen. Eine Überschreitung des Beurteilungs- bzw. Ermessensspielraums müsste aber **auch dann** angenommen werden, wenn die von ihm angeführten **Gründe für die Bildung eines bestimmten Loses nicht geeignet** wären, die **Gründe für die Beibehaltung der bisherigen Losaufteilung zu überwiegen** (OLG Düsseldorf, B. v. 25. 4. 2012 – Az.: VII – Verg 100/11; B. v. 7. 3. 2012 – Az.: VII – Verg 82/11; B. v. 14. 2. 2011 – Az.: VII – Verg 5/11; B. v. 25. 11. 2009 – Az.: VII – Verg 27/09 – sehr umfassende und instruktive Entscheidung; B. v. 8. 9. 2004 – Az.: VII – Verg 38/04; OLG Karlsruhe, B. v. 17. 2. 2011 – Az.: 1 VK 4/11; 2. VK Bund, B. v. 27. 9. 2011 – Az.: VK 2-100/11; B. v. 6. 5. 2011 – Az.: VK 2-22/11; B. v. 15. 9. 2008 – Az.: VK 2-94/08 – instruktive Entscheidung; B. v. 8. 10. 2003 – Az.: VK 2-78/03; 3. VK Bund, B. v. 16. 11. 2010 – Az.: VK 3-111/10; B. v. 4. 11. 2009 – Az.: VK 3-190/09; VK Hessen, B. v. 1. 6. 2011 – Az.: 69d VK – 20/2011; B. v. 19. 2. 2009 – Az.: 69d VK – 01/2009; VK Münster, B. v. 7. 10. 2009 – Az.: VK

Teil 1 GWB § 97

Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen

18/09; VK Niedersachsen, B. v. 25. 3. 2010 – Az.: VgK-07/2010; VK Nordbayern, B. v. 9. 7. 2009 – Az.: 21. VK – 3194 – 15/09; B. v. 19. 5. 2009 – Az.: 21. VK – 3194 – 14/09; B. v. 19. 5. 2009 – Az.: 21. VK – 3194 – 13/09; VK Rheinland-Pfalz, B. v. 23. 11. 2011 – Az.: VK 1-34/11; 3. VK Saarland, B. v. 7. 9. 2009 – Az.: 3 VK 01/2009; 1. VK Sachsen, B. v. 22. 7. 2010 – Az.: 1/SVK/022-10; B. v. 26. 6. 2009 – Az.: 1/SVK/024-09; B. v. 6. 4. 2009 – Az.: 1/SVK/005-09).

- 450 Hierbei hat der **Auftraggeber eine Einschätzungsprärogative** (OLG Düsseldorf, B. v. 25. 4. 2012 – Az.: VII – Verg 100/11; B. v. 14. 2. 2011 – Az.: VII – Verg 5/11; B. v. 11. 7. 2007 – Az.: VII – Verg 10/07; OLG Koblenz, B. v. 4. 4. 2012 – Az.: 1 Verg 2/11; 2. VK Bund, B. v. 27. 9. 2011 – Az.: VK 2-100/11; VK Hessen, B. v. 1. 6. 2011 – Az.: 69 d VK – 20/2011; VK Niedersachsen, B. v. 25. 3. 2010 – Az.: VgK-07/2010; VK Rheinland-Pfalz, B. v. 23. 11. 2011 – Az.: VK 1-34/11; 1. VK Sachsen, B. v. 30. 4. 2008 – Az.: 1/SVK/020-08; VK Südbayern, B. v. 29. 6. 2010 – Az.: Z3-3-3194-1-35-05-10).
- 451 Macht sich der **Auftraggeber keine Gedanken über eine mögliche losweise Ausschreibung und Vergabe**, kommt dies einem **Ermessensausfall** gleich (1. VK Sachsen, B. v. 30. 4. 2008 – Az.: 1/SVK/020-08). Für alle Überlegungen und Abwägungsgesichtspunkte, die eine Abweichung vom Vorrang der losweisen Vergabe begründen, sind also **konkrete Nachweise erforderlich** (OLG Düsseldorf, B. v. 8. 9. 2004 – Az.: VII – Verg 38/04).
- 452 **6.9.5.3.7 Verkürzte Fachlosbildung.** Ist der Auftraggeber **ausnahmsweise berechtigt, aus technischen oder wirtschaftlichen Gründen von einer Fachlosvergabe abzusehen, ist er auch unter Berücksichtigung der ratio der Vorschrift nicht gezwungen, die das Fachlos bildenden Einzelleistungen komplett und vollständig in der Gesamtvergabe aufzugehen** zu lassen. Unter Berücksichtigung der grundsätzlich schützenswerten Interessen der Anbieter der unter das Fachlos fallenden Leistungen ist vielmehr die **Bildung eines verkürzten Fachloses das mildere Mittel gegenüber der vollständigen Vereinigung des Fachloses mit anderen Fachlosen zu einer Gesamtvergabe**. Das gilt jedenfalls dann, wenn ein Angebot auf die verbleibenden Arbeiten technisch und wirtschaftlich möglich sowie die restliche Leistung hinreichend beschrieben ist (OLG Düsseldorf, B. v. 11. 7. 2007 – Az.: VII – Verg 10/07).
- 453 **6.9.5.3.8 Verpflichtung zur Bildung von Teil- und von Fachlosen?** Die Vorschriften über die Fach- und Teillosergabe führen nicht dazu, dass immer und in jedem Falle eine Aufgliederung in Teil- und/oder Fachlose erfolgen muss. Vielmehr besteht ein **Regel/Ausnahmeverhältnis** dahingehend, dass im Ausnahmefall von einer Losbildung abgesehen werden kann. **Soweit nach diesem Regel/Ausnahmeverhältnis also von einer Losbildung auch gänzlich abgesehen werden kann, muss das auch für den Fall gelten, in dem Teillose gebildet wurden und lediglich von einer weiteren Trennung in Fachlose Abstand genommen** wurde (VK Arnsberg, B. v. 13. 12. 2010 – Az.: VK 23/10).
- 454 Nach dem Wortlaut des Gesetzes sind **Leistungen in der Menge aufgeteilt (Teillose) und getrennt nach Art oder Fachgebiet (Fachlose) zu vergeben, wenn beides möglich ist** (OLG Koblenz, B. v. 4. 4. 2012 – Az.: 1 Verg 2/11).
- 455 **6.9.5.3.9 Positionspapier des DVA zu Fach- und Teillosen.** Der **Deutsche Vergabungs- und Vertragsausschuss für Bauleistungen (DVA)** – zuständig für die Fortentwicklung der VOB – hat ein **Positionspapier zu Fach- und Teillosen** veröffentlicht (30. 8. 2000), das **inhaltlich immer noch aktuell** ist. Danach bestimmt sich nach den gewerberechtlichen Vorschriften und der allgemein oder regional üblichen Abgrenzung, welche Leistungen zu einem Fachlos gehören. In einem **Fachlos werden jene Bauarbeiten zusammengefasst, die von einem baugewerblichen bzw. einem maschinen- oder elektrotechnischen Zweig ausgeführt werden**, unabhängig davon, in welchen Allgemeinen Technischen Vertragsbedingungen (ATV) des Teils C der VOB diese Arbeiten behandelt werden. Fachlose können regional verschieden sein. Allgemein ist es z.B. üblich, Erd-, Maurer-, Beton- und Stahlbetonarbeiten zusammen als ein Fachlos zu vergeben, obgleich sie verschiedenen ATV'en angehören. Die **Fachlosvergabe entspricht damit der Struktur der mit der Erbringung von Bauleistungen befassten Unternehmen**.
- 456 Durch die **Bündelung von Fachlosen** in einem Leistungspaket wird es **ermöglicht**,
– fachübergreifend anzubieten,
– den Koordinierungsaufwand zu minimieren und
– Synergieeffekte zu nutzen,
so dass dies zu einem wirtschaftlichen Ergebnis führen kann.

Die Vergabe nach Leistungspaketen kann eine bessere Anpassung an die Anforderungen im Einzelfall ermöglichen und somit aus technischen oder wirtschaftlichen Gründen in Betracht kommen. Kostengünstige Lösungen können im Einzelfall bei Vergabe nach Leistungspaketen, in Verbindung mit Nebenangeboten sowie mit einer Leistungsbeschreibung mit Leistungsprogramm, erreicht werden. 457

Eine Vergabe in Leistungspaketen kann

458

- eine einheitliche Gewährleistung für voneinander abhängige Fachlose ermöglichen,
- die Kosten- und Termsicherheit erhöhen,
- den Koordinierungsaufwand reduzieren.

Die Vergabe in Leistungspaketen kann aber auch den Wettbewerb beschränken. Es gibt allerdings auch Möglichkeiten, dem durch den Vorbehalt einer losweisen Vergabe entgegenzuwirken. 459

6.9.5.4 Losvergabe und Vergabe komplexer Projektmanagementleistungen im Rahmen eines ÖPP-Projektes

6.9.5.4.1 Rechtsprechung. Will eine **Vergabestelle ein sog. PPP-Projekt (Public-Private-Partnership) initiieren, planen und umsetzen** und geht es in der Vorplanungsphase primär darum, die geeignete Form des späteren PPP-Projekts zu entwickeln und hat die Vergabestelle bislang über Inhalt und Organisationsform des künftigen PPP-Projekts noch keine nähere Vorstellungen, besteht jedenfalls noch keine Gewissheit hierüber, **benötigt sie im derzeitigen Stadium Sachverständ, wie ihn ein modernes Projekt-Management erfordert.** Namentlich wird sie zu prüfen haben, ob bzw. welche Vorgaben inhaltlicher Art (etwa im Sinne der o.g. Betreibermodelle) an die Bewerber des künftigen PPP-Projekts bereits in die Ausschreibung aufgenommen werden sollen oder ob stattdessen die Rahmenbedingungen zunächst offen gehalten und die Bewerber zur Einreichung eigener Vorschläge angehalten werden sollen. Entscheidet sich die Vergabestelle für die zweite Variante, benötigt sie in einer späteren Phase Sachverständ zur qualitativen Bewertung der eingereichten Bewerbungen und der darin angebotenen Betreiberlösungen. Diesen (externen) Sachverständ hat die Vergabestelle in Form einer Dienstleistung am Markt beschaffen, die auf einer umfassenden Beratung in rechtlicher, wirtschaftlicher und technischer Hinsicht gründet. **Dabei dient die mit der Ausschreibung gewünschte Leistung dem eigentlichen Zweck, einen Experten ausfindig zu machen, der die wesentlichen „Schnittstellen“ des Projekts aufzeigt und die unterschiedlichen rechtlichen, wirtschaftlichen und technischen Optionen (etwa von Betreibermodellen) gerade in ihrer gegenseitigen Abhängigkeit bewertet und analysiert.** Insoweit erschöpft sich die Gesamtleistung nicht darin, die einzelnen Beratungsleistungen additiv, d. h. isoliert nach Sparten nebeneinander abzufordern. Vielmehr benötigt die Vergabestelle den fachübergreifenden **Blickwinkel, um die geeignete PPP-Projektform wählen zu können.** Eben diesen ihr zu verschaffen, ist die spezifische Aufgabe eines „Projektmanagers“, der Detailkenntnisse oder Erfahrungen bezüglich der einzelnen Sparten des Projekts nicht zwingend in eigener Person vereinigen muss, sondern im Bedarfsfall seinerseits versierte Spezialisten hinzuziehen kann, sofern er nur seine eigentliche Integrationsaufgabe wahrnimmt. **Der Vergabestelle wäre folglich nicht damit gedient, einzelne Beratungsdienstleistungen losweise auszuschreiben und (beispielsweise) einen Rechtsanwalt, einen Bauingenieur und einen Wirtschaftsprüfer nebeneinander zu beauftragen.** Zwangsläufig müsste sie dann einen eigenen Projektleiter stellen, der den angesprochenen interdisziplinären Managementaufwand leistet (OLG Thüringen, B. v. 6. 6. 2007 – Az.: 9 Verg 3/07).

Besteht der vom Auftraggeber mit der Ausschreibung begehrte Sachverständ gerade darin, dem Auftraggeber die wesentlichen Schnittstellen des Projektes aufzuzeigen und die unterschiedlichen rechtlichen, wirtschaftlichen und technischen Optionen in ihrer Abhängigkeit zu bewerten und zu analysieren und **geht es ihm gerade um den interdisziplinären „Managementaufwand“, setzt dem gegenüber eine in Lose unterteilte Vergabe bereits voraus, dass er sich für ein bestimmtes ÖPP-Modell entschieden hätte, weil er nur in diesem Fall einzelne Beratungsleistungen den verschiedenen „Gewerken“ zuordnen könnte.** Ist eine solche Festlegung noch nicht erfolgt, würde bei funktionaler Betrachtung der Antragsgegner daher bei der getrennten Vergabe von wirtschaftlichen, technischen und rechtlichen Fachlosen eine andere Leistung vergeben, als er ausgeschrieben hätte. Er erhielt kein Gesamtkonzept, sondern lediglich Teilleistungen, ohne dass

Teil 1 GWB § 97

Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen

gewährleistet sei, dass diese inhaltlich mit den anderen Teilleistungen zu einem Gesamtkonzept zusammen gefügt werden könnten. Daran würde auch die Vergabe eines weiteren, die Koordinierung betreffenden Fachloses nichts ändern (OLG Celle, B. v. 26. 4. 2010 – Az.: 13 Verg 4/10; VK Niedersachsen, B. v. 25. 3. 2010 – Az.: VgK-07/2010).

- 462 Der mit der Realisierung eines Projektes in öffentlich-privater Partnerschaft verbundene **interdisziplinäre Managementaufwand geht weit über den gewöhnlichen erhöhten Koordinierungsaufwand hinaus, der einem öffentlichen Auftraggeber, etwa im Zusammenhang mit der losweisen Vergabe eines gewöhnlichen Bauauftrages, erwächst** und den er auf Grund der mittelstandsfördernden Entscheidung des Gesetzgebers zu Gunsten der Losvergabe des § 97 Abs. 3 Satz 1 GWB **regelmäßig ausdrücklich hinzunehmen hat**. Die **Vorbereitung und Durchführung von Vergabeverfahren im Zusammenhang mit einer angestrebten öffentlich privaten Partnerschaft gehören regelmäßig zu den anspruchsvollsten und vielschichtigsten Vergabeverfahren**. Dies gilt insbesondere, wenn es dem Auftraggeber darum geht, die geeignete Form des späteren PPP-Projektes zu entwickeln und wenn grundsätzlich unterschiedliche Realisierungs- und Betreibermodelle in Betracht kommen, an die jeweils besondere rechtliche, finanzielle und betriebswirtschaftliche Folgen geknüpft sind. Der Beratungs- und Koordinierungsbedarf beschränkt sich dann nicht nur auf die technische Beratung und Koordinierung eines Bauvorhabens. Vielmehr ist die effektive und reibungslose laufende Abstimmung der technischen, kaufmännischen und rechtlichen Beratung zu gewährleisten. **Vor diesem Hintergrund ist es nachvollziehbar und auch durch das Vergaberecht gedeckt, dass der Auftraggeber den auftragsgegenständlichen Sachverstand gerade darin sieht, dass dem Auftraggeber gerade von einem Ansprechpartner die wesentlichen Schnittstellen des Projektes aufgezeigt werden und die technischen Optionen gerade in ihrer Abhängigkeit bewertet und analysiert werden**. Gerade diesen interdisziplinären Managementaufwand kann die Vergabe an eine Bewerbergemeinschaft, die alle benötigten Fakultäten abdeckt, im besonderen Maße leisten (VK Niedersachsen, B. v. 25. 3. 2010 – Az.: VgK-07/2010).

6.9.5.4.2 Literatur

- 463 – Schwer, Carl-Stephan/Tugendreich, Bettina, Vergabe der ÖPP-Ausschreibungsleistungen, NZBau 2007, 769

6.9.5.5 Losweise bundesweite Ausschreibungen verbunden mit Rabatten für Kombinationen von einzelnen Losen im Gesundheitsbereich

- 464 Würde man die gesetzlichen Krankenkassen bei der Anwendung des Vergaberechts vordringlich zur Förderung des Mittelstands verpflichten, so könnte dies die gesetzgeberischen Intentionen und Vorgaben aus dem Sozialrecht in gewissem Umfang konterkarieren. Erforderlich ist hier die **Herstellung einer „praktischen Konkordanz“**, welche es ermöglicht, beide Vorgaben in ein vernünftiges Verhältnis zueinander zu setzen und damit praktikabel zur Geltung zu bringen. Die Intention der Krankenkassen, einen möglichst wirtschaftlichen Einkauf zu gewährleisten, kann **durch einen entsprechenden Zuschnitt der Einzellose** berücksichtigt werden. Die **darüber hinausgehende Möglichkeit, Rabatte für Kombinationen von bis zu 5 Losen anzubieten, ist vor dem Hintergrund des Mittelstandsschutzes jedoch bedenklich**. Bei der Erteilung des Zuschlags auf nur eine einzige solche Loskombination ist bereits ein Großteil des Gesamtauftrags vergeben. Es ist davon auszugehen, dass mittelständische Unternehmen sich nicht mehr auf Loskombinationen in diesem Umfang bewerben können. **Selbst wenn man aber die Möglichkeit der Berücksichtigung von Loskombinationen für zulässig erachtet, so muss jedenfalls im Rahmen der Angebotswertung den einschlägigen mittelständischen Interessen durch eine ausschließlich losweise Wertung Rechnung getragen werden**. Das bedeutet, dass der Wettbewerb nur zwischen den Bietern eines Loses stattfinden darf. Der Zuschlag darf nur auf das in einem Los wirtschaftlichste Angebot erteilt werden. Die Berücksichtigung von Loskombinationen und hierauf angebotenen Rabatten dergestalt, dass das günstigste Angebot des Bieters X in einem Los durch den günstigen Rabatt des Bieters Y in einem oder mehreren anderen Losen ausgeglichen wird, ist nicht zulässig (3. VK Bund, B. v. 7. 2. 2008 – Az.: VK 3-169/07; B. v. 6. 2. 2008 – Az.: VK 3-11/08; B. v. 5. 2. 2008 – Az.: VK 3-23/08; B. v. 5. 2. 2008 – Az.: VK 3-08/08). Diese Rechtsprechung **hat über den entschiedenen Fall hinaus Bedeutung für alle bundesweiten losweisen Ausschreibungen**.

- 465 Die Vorgaben der beiden Normenkomplexe Vergaberecht und Sozialrecht einschließlich der in § 69 Abs. 2 SGB V mit dem Verweis auf §§ 19, 20 GWB getroffe-

nen Wertung – vorbehaltlich einer konkreten Feststellung im Einzelfall – **sind also auch hinsichtlich der Frage einer Gebietslosaufteilung miteinander in Einklang zu bringen**, und zwar auf eine europarechtskonforme Art und Weise. Andernfalls liefe die aus der Eigenschaft als öffentlicher Auftraggeber resultierende Bindung an das Vergaberecht Gefahr, jedenfalls in Teilen ins Leere zu laufen. Eine Vereinbarkeit mit den Vorgaben der europäischen Vergabekoordinierungsrichtlinie wäre fraglich, zumal die für den Bereich der Beschaffung von Lieferungen im Gesundheitswesen – anders als bei der Beschaffung diesbezüglicher Dienstleistungen, vgl. Art. 21 VKR i. V.m. Anhang II Teil B, Ziffer 25 – keinen Ausnahmebereich eröffnet. Zwar gibt die Richtlinie anders als das nationale Recht keine Losaufteilung vor und beinhaltet ebenso wenig explizit einen Mittelstandsschutz; allerdings ist es eine grundlegende Vorgabe, dass alle Wirtschaftsteilnehmer gleich zu behandeln sind, Art. 2 VKR, so dass im Einzelfall auch aus diesem grundlegenden Programmsatz konkrete Pflichten z. B. zur Losaufteilung erwachsen können, **um auch kleinen und mittelständischen Unternehmen die Möglichkeit einer Teilhabe an öffentlichen Aufträgen zu eröffnen** (3. VK Bund, B. v. 20. 3. 2009 – Az.: VK 3-34/09; B. v. 20. 3. 2009 – Az.: VK 3-22/09; B. v. 30. 1. 2009 – Az.: VK 3-221/08; B. v. 29. 1. 2009 – Az.: VK 3-200/08; B. v. 29. 1. 2009 – Az.: VK 3-197/08; B. v. 23. 1. 2009 – Az.: VK 3-194/08).

Nach Auffassung des OLG Düsseldorf hingegen sind, was einen **Mittelstandsschutz** bei der Ausschreibung von Hilfsmittelieferungen durch gesetzliche Krankenkassen betrifft, die diesbezüglichen §§ 97 Abs. 3 GWB und 2 EG Abs. 2 VOL/A 2006 im Übrigen auch nicht ohne weiteres anzuwenden. § 127 SGB V stellt andere und spezielle Vergabegrundsätze für die Beschaffung von Hilfsmitteln durch gesetzliche Krankenkassen auf. So werden **Zusammenschlüsse auf Nachfrager- wie auf Bieterseite, mithin Konzentrationen, ausdrücklich zugelassen**. Die Auftragsvergabe selbst soll unter den Gesichtspunkten der Qualität der Hilfsmittel und der Beratung der Versicherten erfolgen; sie soll für eine wohnortnahe Versorgung der Versicherten sorgen. **Auf spezifische Belange des Mittelstandsschutzes ist danach keine Rücksicht zu nehmen**. Dass in diesem Punkt zwischen den Vorgaben des Vergaberechts und des Sozialrechts eine „praktische Konkordanz“ herzustellen sei, ist so aus dem Gesetz nicht abzulesen (OLG Düsseldorf, B. v. 17. 4. 2008 – Az.: VII – Verg 15/08).

Das **Vergaberechtsmodernisierungsgesetz** 2009 lässt diese **Frage offen**.

467

Eine **Ausschreibung, die untergliedert wäre in einzelne Packungsgrößen bzw. einzelne Darreichungsformen, führt zu einer nicht mehr überschaubaren und damit nicht mehr praktikablen Losaufteilung**. Nicht nur die technische Abwicklung der Ausschreibung, sondern auch die spätere Umsetzung bei den Leistungserbringern führt dann zu einem nicht mehr vertretbaren Aufwand. Auch das Ziel, den Versicherten eine Heilmittelversorgung zu gewähren, die von Kontinuität geprägt ist, wird verfehlt. Es ist dem Versicherten nicht zu vermitteln, dass er unter Umständen ein anderes Medikament erhält, wenn er beispielsweise eine andere Packungsgröße oder das gleiche Präparat mit einer stärkeren Dosierung benötigt (VK Baden-Württemberg, B. v. 30. 12. 2008 – Az.: 1 VK 51/08).

468

6.9.5.6 Losweise bundesweite Ausschreibungen von sechzehn AOK-Landesverbänden

Vor dem **Hintergrund**, wenn die **sechzehn AOK-Landesverbände bundesweit gemeinsam**, und nicht jeder Landesverband z. B. auf sein Gebiet/Bundesland beschränkt, ausschreiben und unter Berücksichtigung des weiteren Umstandes, dass **alle AOK-Landesverbände gemeinsam ca. 40% der Nachfrage auf dem Markt der Arzneimittel ausmachen** (siehe § 19 Abs. 3 GWB, wonach ab mindestens einem Drittel Marktanteil eine Marktbeherrschung vermutet wird bzw. im europäischen Recht schon ab 15%; siehe Stn. des Bundeskartellamtes vom 22. November 2006), könnte sich die Frage der Marktbeherrschung durch einzelne Bieter stellen. **Durch die bundesweite Ausschreibung erwartet die AOK deutlich günstigere Preise als bei einer Ausschreibung in Regionallosen**. Sie erstrebt damit deutlich bessere Preise als sie sie üblicherweise hätte erzielen können und **nimmt damit in Kauf, dass – auf Grund ihrer marktbeherrschenden Stellung – zahlreiche Firmen in Schwierigkeiten geraten**. Die Praxis hat gezeigt, dass als Folge von Rabattverträgen mittelständische Firmen in große Schwierigkeiten kommen können. Aber selbst wenn eine **Firma den Zuschlag erhalten hat, hat sie enorme Probleme. Sie muss ihre Kapazitäten extrem stark erhöhen** (z. B. um das Vierzigfache) und diese **Kapazitäten auf praktisch Null zurückfahren, wenn sie bei der Anschlussausschreibung leer ausgeht**. Es liegt auf der Hand, dass damit die **Rabattverträge die bisherigen Wettbewerbs- und Marktverhältnisse ändern**. Dies hat der Bundesgesetzgeber so gewollt und ist im Grundsatz verfassungsrechtlich

Teil 1 GWB § 97

Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen

nicht zu beanstanden. Ob es genügt, wenn die Krankenkassen wirkstoffbezogen ausschreiben und damit insgesamt 83 (bundesweite) Fachlose bilden, ist **offen gelassen** worden (LSG Baden-Württemberg, Urteil v. 27. 2. 2008 – Az.: L 5 KR 507/08 ER-B; Urteil v. 27. 2. 2008 – Az.: L 5 KR 6123/07 ER-B).

- 470 Diese **Rechtsprechung** dürfte nach dem Vergaberechtsmodernisierungsgesetz 2009, das in Kenntnis der Problematik beschlossen wurde, **kaum haltbar** sein.
- 471 Eine **wirkstoffbezogene Ausschreibung von Arzneimitteln** führt dazu, dass sich **sämtliche pharmazeutischen Unternehmen mit ihren jeweiligen Produkten beteiligen können**, ohne ihr Produktpotential um weitere Wirkstoffe erweitern zu müssen. Deshalb ist die von den Allgemeinen Ortskrankenkassen vorgenommene **Aufteilung in fünf Gebietslose nicht zu beanstanden** (LSG Baden-Württemberg, B. v. 23. 1. 2009 – Az.: L 11 WB 5971/08; 3. VK Bund, B. v. 30. 1. 2009 – Az.: VK 3-221/08; B. v. 29. 1. 2009 – Az.: VK 3-200/08; B. v. 29. 1. 2009 – Az.: VK 3-197/08; B. v. 23. 1. 2009 – Az.: VK 3-194/08).
- 472 Erfolgt eine **Ausschreibung wirkstoff-, nicht sortimentsbezogen, wird damit also kleinen und mittleren Unternehmen, die nicht über ein großes Produktpotential verfügen, von vornherein die Möglichkeit eröffnet, auch nur auf einen einzelnen Wirkstoff zu bieten**. Diesen Aspekt miteinbeziehend, mag sich die Aufteilung auf fünf Gebietslose an der unteren Grenze dessen bewegen, was unter wettbewerblichen Gesichtspunkten als wünschenswert erscheinen könnte; vergaberechtlich relevant ist jedoch nicht das, was wünschenswert wäre, sondern lediglich eine Überschreitung des einem Auftraggeber bei der Losbildung zustehenden Ermessens. Es gibt nicht „eine“ richtige, naturgemäß oder rechtlich vorgegebene Losgröße, hier greift vielmehr in den Grenzen der rechtlichen Vorgaben der Ermessensspielraum des Auftraggebers (3. VK Bund, B. v. 20. 3. 2009 – Az.: VK 3-34/09; B. v. 20. 3. 2009 – Az.: VK 3-22/09; B. v. 30. 1. 2009 – Az.: VK 3-221/08; B. v. 29. 1. 2009 – Az.: VK 3-200/08; B. v. 29. 1. 2009 – Az.: VK 3-197/08; B. v. 23. 1. 2009 – Az.: VK 3-194/08 – sehr ausführlich begründete und instruktive Entscheidung).
- 473 Eine **Aufsplitterung von Losen auf eine Größe kleiner als das Gebiet eines Krankenlandesverbandes ist nicht erforderlich**. Dafür ist ein nachvollziehbares Argument ausschlaggebend, nämlich die praktische Handhabbarkeit auch unter Berücksichtigung des mit dem Abschluss derartiger Vereinbarungen verbundenen Verwaltungsaufwands, wenn z.B. das **komplette Abrechnungssystem umgestellt werden müsste, was mit beträchtlichem Investitionsaufwand verbunden** wäre. Sind außerdem die Landesverbände in ihrer Mitgliederzahl sehr unterschiedlich, so dass bei entsprechender Anknüpfung für die Losbildung die **Losgrößen in diesem Fall ebenfalls völlig unterschiedlich ausgefallen wären**, ist es nachvollziehbar und legitim, dass die Krankenkassen als ein einheitliches Gebilde, dessen einzelne Landesverbände schon aufgrund des Regionalprinzips nicht im Wettbewerb um Versicherte stehen, allen ihren Versicherten u.a. auch vor dem Hintergrund etwaiger Zuzahlungspflichten bundesweit weitestgehend einheitliche Konditionen bieten wollen und daher auf vergleichbare Rabattkonditionen Wert legen. In der Folge war es **nahe liegend, auf das Gebiet des größten Landesverbandes als Referenzgröße abzustellen** und dessen Größe bei Bildung der weiteren Lose als Maßstab zugrunde zu legen (3. VK Bund, B. v. 20. 3. 2009 – Az.: VK 3-34/09; B. v. 20. 3. 2009 – Az.: VK 3-22/09; B. v. 30. 1. 2009 – Az.: VK 3-221/08; B. v. 29. 1. 2009 – Az.: VK 3-200/08; B. v. 29. 1. 2009 – Az.: VK 3-197/08; B. v. 23. 1. 2009 – Az.: VK 3-194/08).
- 474 Hinzu kommt die Überlegung, dass dem hinter § 130a SGB V stehenden gesetzgeberischen Auftrag, nämlich im Interesse der Versichertengemeinschaft Kosteneinsparungen zu realisieren, nur entsprochen werden kann, wenn auch wirklich nennenswerte Rabatte erzielt werden können. Die finanzielle Stabilität der gesetzlichen Krankenversicherung als Grundlage für den Systemerhalt stellt nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts eine Gemeinwohlaufgabe von hohem Rang dar. Ein **nennenswerter Rabatt wird aber seitens der pharmazeutischen Industrie nur dann angeboten werden können, wenn sich daraus auch ein gewisses Nachfragevolumen ergibt** (3. VK Bund, B. v. 20. 3. 2009 – Az.: VK 3-34/09; B. v. 20. 3. 2009 – Az.: VK 3-22/09; B. v. 30. 1. 2009 – Az.: VK 3-221/08; B. v. 29. 1. 2009 – Az.: VK 3-200/08; B. v. 29. 1. 2009 – Az.: VK 3-197/08; B. v. 23. 1. 2009 – Az.: VK 3-194/08).
- 475 § 97 Abs. 3 GWB erfordert auch – ebenso wie § 2 EG Abs. 2 VOL/A – (jedenfalls) **keine Aufteilung in mehr als 5 Gebietslose, wenn z.B. die Krankenkassen neben den 5 Gebietslosen 63 Fachlose gebildet haben, sodass insgesamt 315 Lose zu vergeben** waren. Theoretisch hätten somit ebenso viele verschiedene Bieter den Zuschlag erhalten können. Diese Vorgehensweise eröffnet einer erheblichen Anzahl von verschiedenen pharmazeutischen Unter-