

1. Deutscher Baubetriebs- und Baurechtstag

Workshop 9: Vergaberecht

Matthias Goede

Fachanwalt für Vergaberecht und für Bau- und Architektenrecht
Lehrbeauftragter an der Leuphana Universität Lüneburg
und an der Hochschule München (FH)

Prof. Dr.-Ing. Bernd Schweibenz

Geschäftsführer der PMS Projektmanagement Services GmbH
FH Potsdam, Fachgebiet Baubetrieb und Baumanagement

Prof. Dr. Stefan Hertwig

Fachanwalt für Vergaberecht und für Bau- und Architektenrecht
Honorarprofessor der Heinrich-Heine-Universität Düsseldorf

Überblick

- 1) Wertungskriterien und Nachhaltigkeit
- 2) Aufklärung des Angebotsinhalts zur Absicherung der Wertung
- 3) Die (neue) Rolle des Vergaberechts bei der Abwicklung von Bauaufträgen

1) Wertungskriterien und Nachhaltigkeit

➤ **Vier geregelte Gruppen von Zuschlagskriterien**

- (1) Preis und Kosten
- (2) Qualität
- (3) Organisation, Qualifikation und Erfahrung im Ausnahmefall
- (4) Service

➤ **Kein Zuschlagskriterium ist die Nachhaltigkeit.** Es handelt sich bei dem Begriff Nachhaltigkeit aus rechtlicher Sicht um einen **unbestimmten Rechtsbegriff**.

➤ AG hat hinsichtlich der Zuschlagskriterien ein sog. **Kriterienauswahl- und gewichtungsermessen**

➤ Zuschlagskriterien sind in Abhängigkeit von der Art der Ausschreibung zu formulieren:

- Bei Bauvergaben mit (eindeutig und erschöpfender) Leistungsbeschreibung und Leistungsverzeichnis nach § 7b EU VOB/A ist die technische Qualität der Leistung definiert
 - > kein Platz für qualitative Zuschlagskriterien
 - > sinnvolle Zuschlagskriterien können daher nur sein,
 - Der Preis und Kosten
 - Servicegesichtspunkte
 - Qualifikation des Personals und
 - Konzeptionelle Lösungen der Bieter für den Bauablauf (Havarie-, Logistikkonzepte o.ä.)
- Bei Leistungsbeschreibungen mit Leistungsprogramm sind dagegen auch qualitative Kriterien möglich, da hier der Bieter (vergütungspflichtig gem. § 7c EU Abs. 3 iVm § 8b EU Nr. 1 VOB/A) die Qualität im Rahmen seiner Planungen der funktional beschriebenen Bauaufgabe definiert.
- Seit der Entscheidung des BGH vom 04.04.2017 (X ZB 3/17) ist klar, dass ein einfaches Schema, wie z.B. Schulnoten für die ausgewählten Kriterien, zulässig ist. Die Bewertung ist freilich nachvollziehbar zu begründen.

2) **Aufklärung des Angebotsinhalts zur Absicherung der Wertung**

- Keine Aufklärung um der Aufklärung willen, d.h. berechtigtes Interesse muss bestehen
- Aufklärung heißt nicht Erklärung
- Grundsätzlich gilt auch insoweit, je mehr technische Spielräume den Bietern eingeräumt werden, desto weiter geht die Aufklärung. D.h. bei einem funktionalem Leistungsbeschreibung ist der Aufklärungsbedarf regelmäßig höher als beim klassischen Regelfall (Vergabe mit LV).

3) Die (neue) Rolle des Vergaberechts bei der Abwicklung von Bauaufträgen

- Wesentliche Vertragsänderungen führen zu neuer Ausschreibungspflicht, deshalb lösen größere Nachträge (> 15%) als Auftragsänderungen/-erweiterungen Bekanntmachungspflichten gem. § 132 Abs. 5 GWB aus. Damit sollen Klagerechte bzw. Nachprüfungsverfahren von Konkurrenten ermöglicht werden
- Vertragsänderungen die die Voraussetzungen des § 132 Abs. 2 GWB können zur Nichtigkeit des Nachtragsbeauftragung und zur Kündigung des gesamten Vertrages führen.
- Unklar ist, ob ein Zivilgericht § 132 GWB bei dem Streit über die Höhe des Nachtrages berücksichtigen muss
- Empfehlung: Bekanntmachung des Nachtrages im Amtsblatt