

## Per E-Mail

Landkreise des Saarlandes  
Regionalverband Saarbrücken

Städte und Gemeinden  
des Saarlandes

### nachrichtlich:

Saarländischer Städte- und Gemeindetag  
Landkreistag Saarland  
AGV Bau Saar  
Handwerkskammer des Saarlandes  
Industrie- und Handelskammer des Saarlandes  
Architektenkammer des Saarlandes  
Ingenieurkammer des Saarlandes  
Landesverwaltungsamt als Kommunalaufsichtsbehörde

Abteilung C:  
Kommunale Angelegenheiten

Bearbeitung: Frau Petry  
Tel.: 0681 501 – 2180  
Fax: 0681 501 – 2110  
E-Mail:  
u.petry@innen.saarland.de  
Datum: 9. Januar 2020  
Az.: C 4 - 4773

## Hinweise zur Vergabe von Bauleistungen

Sehr geehrte Damen und Herren,

verschiedene an das Ministerium für Inneres, Bauen und Sport und an die Kommunalaufsichtsbehörde herangetragene Probleme bei öffentlichen Bauausschreibungen nehme ich zum Anlass für die nachfolgenden grundsätzlichen Hinweise:

### 1. Ausschreibung nach ordnungsgemäßer Planung

Nach § 2 Abs. 6 VOB/A soll der Auftraggeber erst dann ausschreiben, wenn alle Vergabeunterlagen fertig gestellt sind. Maßgeblicher Zeitpunkt, zu dem die Vergabeunterlagen fertig gestellt werden sollen, ist der Zeitpunkt der Ausschreibung. Bei vorgeschaltetem Teilnahmewettbewerb reicht es aus, wenn die Ausschreibungsunterlagen bei Aufforderung zur Abgabe eines Angebotes fertig gestellt sind.



Darüber hinaus muss der Zeitpunkt, zu dem mit der Maßnahme begonnen werden kann, feststehen. Steht der Baubeginn noch nicht fest, darf nicht ausgeschrieben werden.

Hierbei handelt es sich um eine Schutzvorschrift für die beteiligten Unternehmen. Es liegt jedoch auch im Interesse des Auftraggebers, erst dann auszuschreiben, wenn der Leistungsumfang bekannt ist (vgl. auch 2.1).

## 2. Leistungsbeschreibung

### 2.1 Erschöpfende Leistungsbeschreibung

Nach § 7 Abs. 1 Nr. 1 VOB/A ist die Leistung eindeutig und so erschöpfend zu beschreiben, dass alle Unternehmen die Beschreibung im gleichen Sinne verstehen und ihre Preise sicher und ohne umfangreiche Vorarbeiten berechnen können.

Der Auftraggeber hat daher die notwendigen technischen Anforderungen und die erwarteten Ausführungsbedingungen und Erschwernisse anzugeben. Der Bieter muss die Verhältnisse „vor Ort“ beurteilen können, beispielsweise zu berücksichtigende Entfernungen sowie An- und Abfahrtsmöglichkeiten, Lagermöglichkeiten, Grundwasserhältnisse sowie die Beschaffenheit des Bodens sowie andere Verhältnisse, die den Preis beeinflussen können.

Den Anforderungen an die Leistungsbeschreibung wird ein Auftraggeber nicht gerecht, wenn er von den Bietern verlangt, Ausführungsunterlagen beim Auftraggeber einzusehen oder eine Besichtigung der Baustelle (vgl. auch 2.2) vorzunehmen. Wenn ein potenzieller Bieter dafür weite Strecken zurücklegen muss, stellt dies eine Einschränkung des Wettbewerbs dar, es sei denn, der Auftraggeber würde insoweit eine finanzielle Entschädigung bereitstellen (vgl. Praxis der Kommunalverwaltung Bu D-1b, VOB/A § 7 1. 1.1, beck-online).

Eine eindeutige Leistungsbeschreibung ist auch aus Sicht des Auftraggebers aufgrund von Wirtschaftlichkeitserwägungen dringend erforderlich, weil nur auf diese Weise festgestellt werden kann, welche Leistungen in welcher Qualität wirklich erforderlich sind. Nur so ist auch sichergestellt, dass die Angebote vergleichbar sind. Das Risiko von Nachträgen und von Preissteigerungen wird minimiert. Diese Aussagen gelten grundsätzlich auch bei freihändigen Vergaben.

### 2.2 Wesentliche Verhältnisse der Baustelle

Nach § 7 Abs. 1 Nr. 6 VOB/A sind die für die Ausführung wesentlichen Verhältnisse der Baustelle, z. B. Boden- und Wasserverhältnisse, so zu beschreiben, dass das Unternehmen ihre Auswirkungen auf die bauliche Anlage und die Bauausführung hinreichend beurteilen kann.

Vom Bieter kann grundsätzlich nicht verlangt werden, dass er sich vor Ort über die Gegebenheiten informiert, um ein Angebot erstellen zu können. Dies würde dem Gleichbehandlungsgrundsatz widersprechen, da ortsansässige Bieter einen Vorteil hätten. Eine Ausnahme kann nur vorliegen, wenn eine Ortsbesichtigung unumgänglich ist. Dies ist nicht der Fall, wenn die Gegebenheiten vor Ort im Leistungsverzeichnis dargestellt werden können, sei es durch Beschreibung, Pläne, etc. (vgl. auch Nr. 2.1).

### 2.3 Vermeidung ungewöhnlicher Wagnisse

Nach § 7 Abs. 1 Nr. 3 VOB/A darf dem Auftragnehmer kein ungewöhnliches Wagnis aufgebürdet werden für Umstände und Ereignisse, auf die er keinen Einfluss hat und deren Einwirkung auf die Preise und Fristen er nicht im Voraus schätzen kann. Dies würde zu unzumutbaren Kalkulationsrisiken führen.

Beispielsweise dürfen keine Unklarheiten in Bezug auf die Beschaffenheit des Baugrundes bestehen.

### 2.4 Bedarfspositionen als absolute Ausnahme

Nach § 7 Abs. 1 Nr. 4 VOB/A sind Bedarfspositionen „grundsätzlich nicht“ in die Leistungsbeschreibung aufzunehmen.

Waren Bedarfspositionen in der Vergangenheit „ausnahmsweise“ erlaubt, ist ihre Zulässigkeit seit der Fassung der VOB 2009 weiter eingeschränkt. Nur noch in berechtigten Ausnahmefällen sind Bedarfspositionen erlaubt. Sie müssen bei objektiver Betrachtung geboten sein. Sie dürfen v. a. nicht dazu missbraucht werden, unzureichende Planungen auszugleichen. Daneben dürfen Bedarfspositionen nur von untergeordneter Bedeutung sein.

### 2.5 Präzise Auskünfte zu Vergabeunterlagen

Nach § 12a Abs. 4 VOB/A ist der Auftraggeber verpflichtet, allen Unternehmen zusätzliche sachdienliche Auskünfte über die Vergabeunterlagen unverzüglich in gleicher Weise zu erteilen, wenn Unternehmen diese erbitten.

Die Fragen sind präzise und lückenlos zu beantworten. Daneben sind die Auskünfte unverzüglich zu erteilen, sobald die Anfrage eingeht. Ansonsten würde die Angebotsfrist verkürzt, da der Bieter auf die Erteilung der Information angewiesen ist, um sein Angebot zu erstellen.

Die Informationen sind allen Unternehmen, die sich an der Ausschreibung beteiligen wollen, soweit sie dem Auftraggeber bekannt sind, zu übermitteln.

### 3. Prüfung und Wertung der Angebote

#### 3.1 Eignungsprüfung bei Pflicht zum Eintrag in die Handwerksrolle

Bezüglich der Eignung der Auftragnehmer wurde mehrfach vorgetragen, Aufträge würden auch an Firmen erteilt, die nicht über den notwendigen Eintrag in die Handwerksrolle verfügen.

Nach § 2 Abs. 3 VOB/A werden Bauleistungen an fachkundige, leistungsfähige und zuverlässige Unternehmen zu angemessenen Preisen vergeben. Damit dürfen Aufträge nur an geeignete Bieter vergeben werden. Bei Beschränkter Ausschreibung und Freihändiger Vergabe ist die Eignung nach § 6b Abs. 5 VOB/A vor der Aufforderung zur Angebotsabgabe zu prüfen. Bei Öffentlicher Ausschreibung ist die Eignung nach § 16b Abs. 1 Satz 1 VOB/A bei Vorlage des Angebots zu prüfen. Zum Nachweis der Eignung wird u. a. die Eintragung in das Berufsregister verlangt (§ 6a Abs. 2 Nr. 4 VOB/A).

Die grundsätzlich bestehende Gewerbefreiheit ist durch öffentlich-rechtliche Bestimmungen wie die Gewerbeordnung und die Handwerksordnung eingeschränkt (vgl. Kommentar Weyand Vergaberecht, VOB/A § 6 Rn. 126 - 137, beck-online). Bauleistungen im Sinne des § 1 VOB/A dürfen daher nur von Unternehmen ausgeführt werden, die hierzu nach den gewerberechtlichen Bestimmungen berechtigt sind. Hierzu kann auch der Eintrag in die Handwerksrolle gehören, wenn es sich bei der ausgeschriebenen Leistung um ein zulassungspflichtiges Handwerk handelt. Für den Auftraggeber besteht insoweit eine Prüfungspflicht. Ist ein Bieter wegen seiner bezogen auf die ausgeschriebene Leistung fehlenden Eintragung in der Handwerksrolle zur Ausführung der ausgeschriebenen Handwerksleistungen nicht fähig, ist sein Angebot wegen fehlender Eignung auszuschließen (BayObLG, B. v. 24.1.2003 - Az.: Verg 30/02).

Handelt es sich bei der ausgeschriebenen Leistung um ein zulassungsfreies Handwerk, kann durch den Auszug aus dem Berufsregister festgestellt werden, ob der Handwerksbetrieb ordnungsgemäß eingerichtet und tätig ist. Um die Eignung des Bieters zu prüfen, ist daher der Auszug aus dem Berufsregister unerlässlich.

#### 3.2 Wirtschaftlichstes Angebot bei hohen Preisdifferenzen

Der Zuschlag wird nach § 16d Abs. 1 Nr. 4 VOB/A auf das wirtschaftlichste Angebot erteilt. Dabei darf nach § 16d Abs. 1 Nr. 1 VOB/A auf ein Angebot mit einem unangemessen hohen oder niedrigen Preis der Zuschlag nicht erteilt werden.

Das Angebot eines Bieters, das unangemessen niedrig erscheint, darf nicht ohne weiteres ausgeschlossen werden. Denn ein niedriger Angebotspreis könnte sich z. B. aus günstigen Einkaufspreisen, hohen Rabatten, speziellem Know-how oder kurzen Wegen etc. ergeben.

Zunächst ist nach § 16d Abs. 1 Nr. 2 VOB/A in Textform vom Bieter Aufklärung über die Ermittlung der Preise für die Gesamtleistung oder für Teilleistungen zu verlangen.

Bei einer Unterschreitung des nächsten Angebots bzw. der - ordnungsgemäß kalkulierten - Kostenschätzung um 20 % besteht regelmäßig der Verdacht, dass ein Angebotspreis zu niedrig ist. Im Einzelfall kann dieser Verdacht schon bei einem geringeren Prozentsatz bestehen.

In einem solchen Fall obliegt es dem Bieter, die Auskömmlichkeit des Angebotspreises nachzuweisen.

### **Faustregel**

- Der Verdacht eines unauskömmlichen Angebots ist ausgeräumt, wenn die Abweichung vom Vergleichsmaßstab entweder vollständig oder zumindest soweit erklärt ist, dass der ungeklärte Teil rechnerisch weniger als 10% ausmacht.
- Verbleibt eine nicht erklärbare Abweichung von 20% und mehr, ist ein offensichtliches Missverhältnis bewiesen.
- Bei Werten zwischen 10% und 20% muss der Auftraggeber eine Einzelfallentscheidung treffen.

(vgl. Summa in: Heiermann/Zeiss/Summa, jurisPK-Vergaberecht, 5. Aufl. 2016, § 16d VOB/A, Rn. 40).

## 4. Pauschalvertrag als Ausnahme

Bauleistungen sind so zu vergeben, dass die Vergütung nach Leistung bemessen wird (Leistungsvertrag) und zwar in der Regel zu Einheitspreisen für technisch und wirtschaftlich einheitliche Teilleistungen, deren Menge nach Maß, Gewicht oder Stückzahl vom Auftraggeber in den Vertragsunterlagen anzugeben ist (Einheitspreisvertrag, nach § 4 Abs. 1 Nr. 1 VOB/A)

Nur in geeigneten Fällen, wenn - kumulativ - die Leistung nach Ausführungsart und Umfang genau bestimmt ist und mit einer Änderung bei der Ausführung nicht zu rechnen ist, ist die Vergabe für eine Pauschalsumme (Pauschalvertrag) zulässig (§ 4 Abs. 1 Nr. 2 VOB/A).

Bei Pauschalverträgen entfällt das zeitaufwendige Aufmaß der Leistung, weshalb bei Auftraggebern eine Tendenz bestehen kann, darauf zurückzugreifen. Da Pauschalverträge aber im Spannungsverhältnis zum Gebot der Klarheit des Leistungsverzeichnisses stehen, dürfen sie nur in Ausnahmefällen ausgeschrieben werden.

## 5. Angemessene Angebots- und Bindefristen

Von Bieterseite wird kritisiert, Angebotsfristen seien oftmals sehr kurz bemessen, die Bindefristen dagegen unter Ausschöpfung der rechtlichen Möglichkeiten sehr lang. Oft würden sie auch verlängert.

Die Angemessenheit der Angebotsfrist hängt von der Komplexität der Ausschreibung für die Bieter und der Dringlichkeit der Beschaffung für den Auftraggeber ab. Angebotsfristen sind so zu bemessen, dass die Beschaffung von Angebotsunterlagen und die Erstellung des Angebotes für den Bieter ohne Probleme leistbar ist. Zu der Erstellung des Angebotes gehört nicht nur die eigentliche Erarbeitung in Form von Berechnungen und Einsetzen der Preise sowie die Abgabe der sonstigen geforderten Erklärungen und letztlich dessen Einreichung. Vielmehr sind auch zusätzliche Aufwendungen zu berücksichtigen, wie z.B. die Beschaffung von – zum Teil beglaubigten – Unterlagen, die der Auftraggeber fordert, oder die evtl. notwendige Ausarbeitung von Plänen oder eine möglicherweise erforderliche Baustellenbesichtigung (vgl. Lausen in: Heiermann/Zeiss/Summa, jurisPK-Vergaberecht, 5. Aufl. 2016, § 10 VOB/A, Rn. 14; vgl. aber 2.2).

Die Beschaffung von Nachweisen nach § 6a Abs. 2 VOB/A kann der Bieter durch eine Präqualifikation beschleunigen. Bei der Präqualifikation handelt es sich um die vorgelagerte auftragsunabhängige Prüfung der Eignungsnachweise.

Die Bindefrist sollte im Interesse der Bieter möglichst kurz bemessen sein. Eine Überschreitung der Frist von 30 Tagen ist nur unter engen Voraussetzungen zulässig. Hierbei müssen konkrete Gründe dargelegt werden, die ein Überschreiten rechtfertigen.

Es ist anerkannt, dass bei kommunale Auftragsvergaben, bei denen Gremien, wie Ausschuss oder Gemeinderat in einem formalen Verfahren über den Zuschlag entscheiden, die besonderen Organisationsbedingungen eine längere Bindefrist erfordern können. Ein pauschaler Hinweis auf diese Organisationsbedingungen genügt jedoch nicht. Vielmehr muss im Einzelfall, beispielsweise durch Bezugnahme auf die Terminpläne der Sitzungen, in der Dokumentation dargelegt werden, warum konkret eine längere Frist erforderlich ist (vgl. Lausen in: Heiermann/Zeiss/Summa, jurisPK-Vergaberecht, 5. Aufl. 2016, § 10 VOB/A, Rn. 41).

Ist die Vergabeentscheidung gefallen, ist zu berücksichtigen, dass die Bewerber ein berechtigtes Interesse an einer frühzeitigen Mitteilung haben, damit sie sich ggf. rechtzeitig um andere Aufträge bewerben können.

## 6. Sicherheitsleistungen im zulässigen Umfang

Nach § 9c Abs. 1 Satz 1 VOB/A ist auf Sicherheitsleistungen für die Vertragserfüllung und in der Regel auf Sicherheitsleistungen für die Mängelansprüche zu verzichten, wenn die Auftragssumme 250.000 Euro unterschreitet.

Eine Sicherheitsleistung für die Vertragserfüllung darf daher unterhalb der genannten Wertgrenze nicht verlangt werden.

Auf Sicherheitsleistungen für Mängelansprüche in der genannten Größenordnung soll dagegen „in der Regel“ verzichtet werden. Wird eine Sicherheitsleistung ausnahmsweise verlangt, ist dies zu dokumentieren. Eine pauschale Begründung reicht nicht aus, sondern es muss konkret angegeben werden, warum angenommen wird, dass Mängel welcher Art

im speziellen Einzelfall auftreten können, weil bestimmte Risiken bestehen (vgl. Lausen in: Heiermann/Zeiss/Summa, jurisPK-Vergaberecht, 5. Aufl. 2016, § 9c VOB/A, Rn. 16).

Bei beschränkter Ausschreibung und freihändiger Vergabe soll ganz auf Sicherheitsleistungen verzichtet werden.

## 7. Vollständige Dokumentation des Vergabeverfahrens (Vergabevermerk)

§ 20 VOB/A regelt die Dokumentation des Vergabeverfahrens. Absatz 1 gibt an, welche Mindestinhalte die Dokumentation enthalten muss.

Der Vergabevermerk ist entscheidend im Rahmen einer Nachprüfung, sei es durch Gerichte, die überörtliche Prüfungseinrichtung, den Rechnungshof oder bei Zuwendungen durch den Zuwendungsgeber. Mit der Dokumentation kann der Auftraggeber eine ordnungsgemäße Auftragsvergabe beweisen. Eine unzureichende Dokumentation geht bei Nachprüfungsverfahren zu Lasten des Auftraggebers und erleichtert die Beweisführung des Antragstellers.

Wegen der besonderen Bedeutung der Dokumentation zur Gewährleistung von Transparenz, Gleichbehandlung und Wettbewerb im Vergabeverfahren sowie zur Korruptionsbekämpfung, kommt eine Heilung von Dokumentationsmängeln grundsätzlich nicht in Betracht, soweit Maßnahmen/Feststellungen/Entscheidungen im Sinne von § 20 Abs. 1 und 2 VOB/A überhaupt nicht dokumentiert worden sind (vgl. Kapellmann/Messerschmidt/Schneider, 6. Aufl. 2017, VOB/A § 20 Rn. 9).

Daher ist die lückenlose Dokumentation von Vergabeverfahren von entscheidender Bedeutung und liegt im eignen Interesse des Auftraggebers.

## 8. Wahrung des Wettbewerbs bei freihändiger Vergabe

Auch bei freihändigen Vergaben muss der Wettbewerb gewahrt werden. In der Regel sind mindestens drei Angebote einzuholen. Die Beschränkung auf ortsansässige Bieter ist mit dem Wettbewerbsprinzip nicht vereinbar. Auch die Vereinbarkeit mit dem Grundsatz der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit ist fraglich.

## 9. Keine Nachprüfung nach § 21 VOB/A

Nach Nr. 1.1 des Vergabeerlasses vom 5. April 2019 (Amtsbl. I S. 348) findet § 21 VOB/A keine Anwendung. Daher darf in den Ausschreibungsunterlagen keine Nachprüfstelle nach § 21 VOB/A angegeben werden, auch nicht das Landesverwaltungsamt als Kommunalaufsichtsbehörde. Bieter haben sich bei Beschwerden unmittelbar an die ausschreibende Stelle zu wenden.

Die kommunalen Auftraggeber sind entsprechend aufgerufen, sich mit den Einwendungen der Bieter sachlich auseinanderzusetzen.

Ich bitte Sie, die vorgenannten Hinweise unter dem Gesichtspunkt eines fairen Wettbewerbs aber auch wirtschaftlicher Vergabeverfahren bei Ihren zukünftigen Ausschreibungen zu beachten.

Mitfreundlichen Grüßen  
Im Auftrag

Gez.  
Helmut Neumeyer