



BDA Werkstatt

Vergabekodex – Fairness und Qualität im VgV-Verfahren

VgV aus rechtlicher Perspektive

Bund Deutscher Architektinnen und Architekten

Rechtsanwalt Björn Heinrich

07.10.2021



Überblick

- Inhalt und Regelungen der VgV
- Rechtssichere Bewerbung im VgV-Verfahren
- Rechtsmittel bei Verstößen der Vergabestelle / des Auftraggebers gegen die VgV



VgV – aber worum geht es („eigentlich“)?



... und das bedeutet:



Also auch die VgV!

- **§ 99 Abs. 6 GWB:**

*„Unternehmen haben **Anspruch** darauf, dass die Bestimmungen über das Vergabeverfahren eingehalten werden.“*

- **Folgen für Vergabestelle/Auftraggeber:**

- Vertragsverletzungsverfahren der EU-Kommission, ggf. vor dem Europäischen Gerichtshof!
- Risiko der Rückforderung von Fördermitteln!
- Oberschwellenbereich: Nachprüfungsverfahren vor der Vergabekammer, Oberlandesgericht, Bundesgerichtshof, EuGH!
- Schadensersatzprozess vor dem Landgericht!



Rechtsgrundlagen Architekten- und Ingenieurleistungen

Oberschwellenbereich **Honorar > 214 T€ (netto)**

GWB

VgV

Insbesondere: Abschnitt 6 VgV

Landeshaushaltsordnung

(Berliner) Vergabegesetz

Unterschwellenbereich **Honorar ≤ 214 T€ (netto)**

UVgO

Ausschließlich: § 50 UVgO

Landeshaushaltsordnung

(Berliner) Vergabegesetz



Unterswellenbereich: § 50 UVgO

*„Öffentliche Aufträge über Leistungen, die im Rahmen einer freiberuflichen Tätigkeit erbracht oder im Wettbewerb mit freiberuflich Tätigen angeboten werden, sind **grundsätzlich im Wettbewerb** zu vergeben.*

*Dabei ist so viel Wettbewerb zu schaffen, wie dies **nach der Natur des Geschäfts oder nach den besonderen Umständen** möglich ist.“*

Extrem niedrige Regelungsdichte!

Kaum effektive Rechtsschutzmöglichkeit!

Oberschwellenbereich: VgV mit Abschnitt 6

VgV Allgemein

- § 73 Anwendungsbereich und Grundsätze
- § 74 Verfahrensart
- § 75 Eignung
- § 76 Zuschlag
- § 77 Kosten und Vergütung

- § 78 Grundsätze und Anwendungsbereich für Planungswettbewerbe
- § 79 Durchführung von Planungswettbewerben
- § 80 Aufforderung zur Verhandlung; Nutzung der Ergebnisse des Planungswettbewerbs

↑
Statistik 2020 über
Nachprüfungsverfahren:
632 VgV-Verfahren
262 VOB/A-Verfahren



Formaler Fehler, der eigentlich nicht mehr passieren darf...

- AG schreibt die Objektplanung im Verhandlungsverfahren aus.
- Termin zur Angebotsabgabe: 16.10.2018; Bindefrist: 2 Monate.
- Bieter gibt Angebot ab mit dem Zusatz „*wir halten uns bis 30.11.2018 an unser Angebot gebunden*“.
- **VK Nordbayern, Beschluss vom 15.03.2019 - RMF-SG21-3194-4-8:**
- Angebot ist zwingend nach § 57 Abs. 1 Nr. 4 VgV auszuschließen!
- Aber
 - Kritisch, da sich der **BGH (Urteil vom 18.06.2019 - X ZR 86/17)** in derartigen Fällen für eine „*Aufklärung vor Ausschluss*“ ausgesprochen hat!
 - Kritisch, wenn es nur das „**erste indikative**“ **Angebot** gewesen wäre!

Gleichbehandlung!



„Formalien“ aus dem Planungswettbewerb...

- AG führt einen nichtoffenen, einstufigen **Realisierungswettbewerb** mit Ideenteil und nachfolgendem Verhandlungsverfahren für den Neubau eines internationalen Wissenschaftszentrums durch.
- Dabei stand zur Debatte, ob ein Fremdgrundstück überbaut werden darf oder nicht. Im Laufe des Verfahrens konkretisiert der AG seine Vorstellungen dahin, dass er eine **Überbauung nicht wünscht**.
- **Wettbewerbsarbeit** eines Architekten sieht gleichwohl vor, dass das Fremdgrundstück **mit einer offenen Treppenanlage bebaut** wird.
- Architekt erhält einen Preis zugesprochen, wobei das Preisgericht den Überarbeitungshinweis gibt, **dass auf die Treppenanlage verzichtet werden sollte**.
- Gleichwohl behält Architekt die **Treppenanlage in seinem Angebot** bei.
- Nachdem Architekt nur auf den zweiten Platz einkommt, führt er ein Nachprüfungsverfahren durch. Dies wiederum nimmt AG zum Anlass, das Angebot wegen Änderung an den Vergabeunterlagen **auszuschließen**.



Lösung à la VK Südbayern (Beschluss vom 22.03.2021 – 3194.Z3-3_01-20-61)

- Das Angebot **darf nicht ausgeschlossen** werden!
- Zwar war es für die Bieter offensichtlich, dass das Nachbargrundstück **nicht überbaut werden sollte**.
- Allerdings fehlt es an einer **eindeutigen Definition von Mindestanforderungen**, die die Lösungsvorschläge erfüllen müssen!
- Es darf **nicht unklar bleiben**, ob
 - eine bestimmte Angabe in einem Angebot zum Ausschluss führt oder
 - nur Einfluss auf die Wertung der nicht preislichen Zuschlagskriterien hat.





Nachforderungsmöglichkeit nach § 56 VgV

„(2) Der öffentliche Auftraggeber **kann** den Bewerber oder Bieter unter Einhaltung der Grundsätze der Transparenz und der Gleichbehandlung auffordern, **fehlende, unvollständige oder fehlerhafte unternehmensbezogene Unterlagen, insbesondere Eigenerklärungen, Angaben, Bescheinigungen oder sonstige Nachweise, nachzureichen, zu vervollständigen oder zu korrigieren, oder fehlende oder unvollständige leistungsbezogene Unterlagen nachzureichen oder zu vervollständigen.**

Der öffentliche Auftraggeber ist berechtigt, in der Auftragsbekanntmachung oder den Vergabeunterlagen festzulegen, **dass er keine Unterlagen nachfordern wird.**

(3) Die Nachforderung **Wirtschaftlichkeitsbewertung der Angebote anhand der Zuschlagskriterien** von leistungsbezogenen Unterlagen, die die betreffen, ist ausgeschlossen (...)



§ 75 Abs. 5 S. 3 VgV
„Für die Vergleichbarkeit
der Referenzobjekte ist es in der Regel
unerheblich, ob der Bewerber bereits
Objekte derselben Nutzungsart
geplant oder realisiert hat.“

Welche Referenzen?

- AG schreibt Leistungen der Gebäudeplanung für ein Ballsportzentrum aus. Eine bereits bestehende Halle soll saniert werden. Daneben ist ein Neubau geplant.
- Zum Nachweis der Eignung verlangt der AG Referenzen für den Neubau einer Sporthalle und die Sanierung einer Sportstätte.
- Architekt A rügt, dass es dem AG verwehrt ist, die Sanierungsreferenz auf eine Sportstätte zu beschränken. Aus Sicht von A ist es vielmehr ausreichend, wenn der Bewerber die Sanierung eines Wohn- und Geschäftshauses nachweisen kann.
- **VK Sachsen, Beschluss vom 05.02.2019 - 1/SVK/038-18:**
- Es ist **nicht per se unzulässig**, dass der AG **bei der Sanierungsreferenz auf die Nutzungsart abstellt!**
- Hier konnte der AG **hinreichende Gründe** für die Beschränkung auf eine Sportstätte darlegen und **hatte diese auch dokumentiert!**

Referenzen & BIM

§ 75 Abs. 4 S. 2 VgV
„Die Eignungskriterien sind bei geeigneten
Aufgabenstellungen so
zu wählen, dass kleinere Büroorganisationen
und Berufsanfänger sich beteiligen können.“

- Ausschreibung "Leistungen zur Objektplanung Gebäude inklusive BIM" für Neubau einer Universitätsbibliothek.
- AG fordert, dass die Bewerber aus einem Zeitraum von drei Jahren mindestens drei Referenzen nachweisen, davon
 - mindestens eine Referenz über eine Planung mit der BIM-Methode und dem Schwierigkeitsgrad mindestens Honorarzone IV,
 - mindestens eine Referenz mit Baukosten KG 300 über 10 Mio. Euro brutto und
 - mindestens eine Referenz mit dem Neubau einer Kultureinrichtung (Theater- und Konzerthäuser, Kunst- und Medieneinrichtungen, Museen und Bibliotheken).
- **VK Westfalen, Beschluss vom 07.03.2019 - VK 1-4/19:**
- Es liegt ein Verstoß gegen § 75 Abs. 4 S. 2 VgV vor, wenn Referenzen hinsichtlich der Bearbeitung mit BIM gefordert werden, ohne den hiermit einhergehenden **Ausschluss kleinerer Büroorganisationen** in nachvollziehbarer Weise zu begründen.

Mittelstand!

Versicherungsnachweis bei Planer-BiGe

- Objektplanung Freianlagen Neubau einer Grund- und Mittelschule.
- Bei einer Planer-BiGe verfügt nur ein Mitglied über die aufgestellten Versicherungsnachweise.
- **VK Südbayern, Beschluss vom 17.12.2020 - 3194.Z3-3_01-20-51:**
- Grundsatz: BiGen sind **wie Einzelbewerber** zu behandeln!
- Regelt AG **nicht** dass der Versicherungsnachweis von allen Partner einer BiGe erbracht werden muss, kann es für den Nachweis der Eignung ausreichen, **wenn nur ein Mitglied der BiGe über einen ausreichenden Versicherungsschutz verfügt!**



Zuschlagsentscheidung (§ 76 Abs. 1 VgV)

*„Architekten- und Ingenieurleistungen werden **im Leistungswettbewerb** vergeben. Ist die zu erbringende Leistung nach einer gesetzlichen Gebühren- oder Honorarordnung zu vergüten, ist der Preis im dort vorgeschriebenen Rahmen zu berücksichtigen.“*

Beispiel:

Zuschlagskriterium	Gewichtung	Punkte	Erwartungshorizont
Preis	50 %	0 – 6	---
„Entwurf“	50 %	0 – 6	





Zuschlagskriterien:

„Originalität, Innovation und gestalterische Qualität“

- **OLG München, Beschluss vom 10.08.2017 - Verg 3/17:**
- Auswahlkriterien *"Originalität, Innovation und gestalterische Qualität eines Referenzobjekts und ihre Übertragbarkeit auf das anstehende Projekt"* sind ohne konkretisierende Unterkriterien oder Erläuterungen **keine eindeutigen und nichtdiskriminierenden Auswahlkriterien!**
- **Es fehlen:**
 - Abgrenzung der Kriterien!
 - Konkretisierung der Kriterien!
 - Eventuell Angabe von Unterkriterien!





Aber: „*Schulnotenentscheidung*“ (BGH, Beschluss vom 04.04.2017 - X ZB 3/17)

1. Es steht einer transparenten und wettbewerbskonformen Auftragsvergabe regelmäßig nicht entgegen, wenn für die Erfüllung qualitativer Wertungskriterien Noten mit zugeordneten Punktwerten vergeben werden, **ohne dass die Vergabeunterlagen weitere konkretisierende Angaben dazu enthalten, wovon die jeweils zu erreichende Punktzahl abhängen soll.**
2. Der Gefahr, dass die Offenheit eines Wertungsschemas zu einer nicht hinreichend transparenten Vergabe führt, ist durch eingehende **Dokumentation des Wertungsprozesses** zu begegnen.



§ 8 Abs. 2 RPW
„Bei der Umsetzung des Projektes ist einer der
Preisträger, in der Regel der Gewinner, (...) zu
beauftragen (...)“.

Zuschlagsentscheidung: Planungswettbewerb

- AG führt Realisierungswettbewerb für Freianlagen betreffend die Neugestaltung eines Domplatzes mit anschließendem Verhandlungsverfahren durch.
- Bei der Wertung können maximal 500 Punkte erreicht werden.
- Gesetzlich ist das Kriterium "Wettbewerbsergebnis", bei dem der Sieger 300 Punkte erhält. Für den zweiten Platz gibt es 240 Punkte.
- Der Sieger des Wettbewerbs belegt bei der Wertung den zweiten Platz, der zweitbeste Entwurf kommt nach vorn.
- **OLG Frankfurt, Beschluss vom 23.06.2020 - 11 Verg 2/20:**
- Die in § 8 Abs. 2 RPW vorgesehene **Regelbewertung verpflichtet nicht zur Beauftragung des ersten Preisträgers.**
- AG muss lediglich sicherstellen, dass der **Wettbewerbssieger hinreichend privilegiert** wird. Die hier vorgesehene Differenz von 60 Punkten, was 12% der Gesamtpunkte entspricht, wird dieser Vorgabe gerecht.

Wettbewerb!



Effektiver Rechtsschutz = Nachprüfungsverfahren



Antrag eines Bieters auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens bei der Vergabekammer

Vergabekammer stellt Nachprüfungsantrag dem AG zu:
Zuschlagsstopp bis zur Beendigung des Nachprüfungsverfahrens
= Effektiver Rechtsschutz!

Vergabekammer überprüft die Rechtmäßigkeit der Vergabe



Rügepflicht (§ 160 Abs. 3 GWB)

„(3) Der Antrag ist **unzulässig**, soweit

1. *der Antragsteller den geltend gemachten Verstoß gegen Vergabevorschriften vor Einreichen des Nachprüfungsantrags **erkannt** und gegenüber dem Auftraggeber nicht innerhalb einer Frist von **zehn Kalendertagen** gerügt hat; der Ablauf der Frist nach § 134 Absatz 2 bleibt unberührt,*
2. *Verstöße gegen Vergabevorschriften, die aufgrund der **Bekanntmachung erkennbar** sind, nicht spätestens bis zum Ablauf der in der Bekanntmachung benannten **Frist zur Bewerbung oder zur Angebotsabgabe** gegenüber dem Auftraggeber gerügt werden,*
3. *Verstöße gegen Vergabevorschriften, die erst in den **Vergabeunterlagen erkennbar** sind, nicht spätestens bis zum Ablauf der **Frist zur Bewerbung oder zur Angebotsabgabe** gegenüber dem Auftraggeber gerügt werden,*
4. *mehr als **15 Kalendertage** nach Eingang der Mitteilung des Auftraggebers, einer Rüge nicht abhelfen zu wollen, vergangen sind.“*



Ausblick: Vergaberecht und kein Ende ...

§ 132 Auftragsänderungen während der Vertragslaufzeit

(1) Wesentliche Änderungen eines öffentlichen Auftrags während der Vertragslaufzeit erfordern ein neues Vergabeverfahren. Wesentlich sind Änderungen, die dazu führen, dass sich der öffentliche Auftrag erheblich von dem ursprünglich vergebenen öffentlichen Auftrag unterscheidet. Eine wesentliche Änderung liegt insbesondere vor, wenn

Zum Beispiel:

- Geänderte und zusätzliche Leistungen
- Vertragsverlängerungen
- Im Vertrag nicht vorgesehene Optionen
- Änderung der Firma des Auftragnehmers

Risiko:

Wird die Vertragsänderung nicht nach § 132 GWB „vergeben“, droht Unwirksamkeit nach § 135 GWB!



Vielen Dank!

KEMPER Rechtsanwaltsgesellschaft mbH
Rechtsanwalt Björn Heinrich

Kurfürstendamm 36

10719 Berlin

Tel + 49 30 2359 398 00

Fax + 49 30 2359 398 99

Mail heinrich@kemperberlin.de

www.kemper-rechtsanwaelte.de