

Waigel
RECHTSANWÄLTE

Waigel Rechtsanwälte | Nymphenburger Straße 4 | 80335 München
Tel. +49 89 7400457-0
www.waigel.de

Wie beschafft man sich eine Berufsschule?

Kaufen kann man regelmäßig keine. Man muss sie bauen lassen.

Unternehmenseinsatzformen

Wäre man ein Privatmann, also etwa ein Privatschulbetreiber, (Klosterschule, privates Krankenhaus) so würde man sich keine großen Gedanken machen. Als Bauprojekt ist eine Berufsschule zu groß oder komplex, um

mit einem Architekten und **gewerkeweiser Einzelvergabe** zu arbeiten.

Man würde sofort einen Partner suchen, der die gesamte Berufsschule hinstellt. Das ist der **Generalunternehmer**: Alle Bauleistungen werden von einem Unternehmer erbracht oder organisiert.¹

Der private Bauherr muss sich entscheiden zwischen Kostensicherheit und Aufpassen, dass die Bauleistung vollwertig ist (Qualität der Leistungsbeschreibung) oder Herrschaft über die einzelnen Gewerke und Aufpassen, dass die Kosten nicht davonlaufen.

¹Dazu und zu anderen Unternehmenseinsatzformen vgl. etwa Locher, Das private Baurecht, 8. Aufl. 2012, § 38 ff. Anschaulich die Begriffe „schlüsselstfertig“, „turn-key“, „ready to use“.

Zuschüsse haben ihren Preis

Die Freiheit, sich zwischen den einzelnen Risiken entscheiden zu können, endet – auch für den Privaten – sobald man **staatliche Zuschüsse** braucht.

Dann wird man an die Leine gelegt:

„Allgemeine Nebenbestimmungen für **Zuwendungen zur Projektförderung**
(ANBest-P)

3. Vergabe von Aufträgen

Bei der Vergabe von Aufträgen zur Erfüllung des Zweckes sind folgende Vorschriften

zu beachten:

3.1 Bei der Vergabe von Aufträgen für Bauleistungen die Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen Teil A (VOB/A) Abschnitt 13.

3.2 Bei der Vergabe von Aufträgen für Lieferungen und Leistungen die Vergabe- und Vertragsordnung für Leistungen Teil A (VOL/A) Abschnitt 14.

3.3 Weitergehende Bestimmungen, die den Zuwendungsempfänger zur Anwendung von Vergabevorschriften verpflichten (z. B. die §§ 98 ff. GWB in Verbindung mit der Vergabeverordnung

bzw. der Sektorenverordnung in ihren jeweils geltenden Fassungen und den Abschnitten 2 der VOB/A bzw. VOL/A) bleiben unberührt.

3.4 Die Richtlinien für die Berücksichtigung bevorzugter Bewerber bei der Vergabe öffentlicher Aufträge – Spätaussiedler, Werkstätten für Behinderte und Blindenwerkstätten, Verfolgte – (Bevorzugten-Richtlinien) in der jeweils geltenden Fassung⁵.

3.5 Die Mittelstandsrichtlinien Öffentliches Auftragswesen der Staatsregierung in der jeweils geltenden Fassung⁶.

3.6 Die Umweltrichtlinien Öffentliches Auftragswesen der Staatsregierung in der jeweils geltenden Fassung⁷.“

Vergaberecht und Landkreis

Der Landkreis ist von vornherein - also unabhängig von allen Auflagen in Zuwendungsbescheiden - an das Vergaberecht gebunden. Das ergibt sich aus

Art. 55 BayLKrO, Art. 61 BayGO und § 31 Abs. 1 KommHV-Kameralistik bzw. § 30 Abs. 1 KommHV-Doppik.

„Ein wichtiger Ausfluss des Grundsatzes der Wirtschaftlichkeit ist, dass die Gemeinden ihre Aufträge grundsätzlich im Wege einer öffentlichen Ausschreibung zu vergeben haben (§ 31 Abs. 1 KommHV-Kameralistik bzw. § 30 Abs. 1 KommHV-Doppik). Das Vergaberecht wird vom bundes- und europarechtlichen Wettbewerbsrecht (GWB, VgV, etc) überlagert.“²

§ 99 Nr. 1 GWB, Art. 2 Abs. 1 Nr. 1 Richtlinie 2014/24/EU vom 26. Februar 2014

„§ 99 Öffentliche Auftraggeber - Öffentliche Auftraggeber sind
1. Gebietskörperschaften sowie deren Sondervermögen“

und natürlich das

Zuwendungsrecht

²BeckOK KommunalR Bayern/Sedlmaier, 15. Ed. 1.8.2022, GO Art. 61 Rn. 18

Die Losvergabe

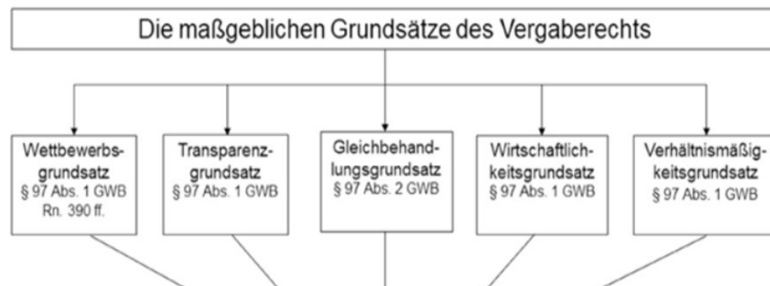
Die VOB/A erwähnt die Auftragsvergabe an den Generalunternehmer/Hauptunternehmer nicht ausdrücklich. Sie stellt aber in § 4 Nr. 3 Satz 1 klar, daß **Bauleistungen verschiedener Handwerks- oder Gewerbebezüge in der Regel nach Fachgebieten oder Gewerbebezügen getrennt zu vergeben sind (Fachlose). Umfangreiche Bauleistungen sollen gemäß § 4 Nr. 2 VOB/A zudem möglichst in Lose geteilt und nach Losen vergeben werden (Teillose)**. Die Teilung eines Auftrages in Fach- und Teillose dient dazu, den Interessen mittelständischer Unternehmen im Bauvergabeverfahren angemessene Rechnung zu tragen. **Die zusammengefasste Vergabe mehrerer oder die Vergabe aller Fachlose an einen Generalunternehmer soll nach der Systematik der VOB/A auf Ausnahmefälle beschränkt bleiben.**

Sie ist gemäß § 4 Nr. 3 Satz 2 VOB/A nur gestattet, sofern dies aus wirtschaftlichen oder technischen Gründen erforderlich ist. Bloße Zweckmäßigkeitserwägungen genügen nicht. **Eine Generalunternehmervergabe ist hiernach nur dann VOB-konform, wenn im Einzelfall wirtschaftliche oder technische Gesichtspunkte bei einer Baumaßnahme ein besonderes Gewicht erhalten und diese begründbar sind.**“

³Beck VergabeR/Sternern, 1. Aufl. 2001, VOBA); Ziekow/Völlink/Ziekow, 4. Aufl. 2020, GWB § 97 Rn. 77

**Wie kann man nun innerhalb des Vergaberechts schnell
und einfach bauen?**

7



8

Sinn und Zweck des Vergaberechts

Wettbewerb

Schonung des öffentlichen Haushalts, Sparsamkeit und
Wirtschaftlichkeit

Aufgabenerfüllung als Basiszweck

Wirtschafts-, umwelt- und sozialpolitische Sekundärzwecke⁴

⁴Burgi VergabeR, § 6. Zwecke und Grundsätze des GWB-Vergaberechts

Wettbewerb

Öffentliche Hand als Wettbewerbsveranstalter

Schonung des öffentlichen Haushalts, Sparsamkeit und
Wirtschaftlichkeit

*Transaktionskosten, Zeitverlust (Corona, Ahrtal, Ukraine),
Rechtsunsicherheit (Flucht in die Komplexität – Im Zweifel lieber
mehr)*

Aufgabenerfüllung als Basiszweck

*„Wiederentdeckung des Zwecks der erfolgreichen Aufgabenerfüllung
als Basiszweck des GWB-Vergaberechts“⁵*

Wirtschafts-, umwelt- und sozialpolitische Sekundärzwecke

⁵10

Aufgabenerfüllung als Basiszweck

Stiftung Warentest

Apple iPad Pro 11" WiFi + Cellular (3rd Generation) (128 GB)

Grundsätzlich ist der öffentliche Auftraggeber bei der Beschaffungsentscheidung für eine bestimmte Leistung frei (sog. **Bestimmungsfreiheit).**

Diese Entscheidung liegt dem eigentlichen Vergabeverfahren vor. **Das Vergaberecht regelt demnach nicht, was der öffentliche Auftraggeber beschafft, sondern nur wie** (vgl. jüngst und statt vieler: OLG Brandenburg, Beschluss vom 08.07.2021, 19 Verg 2/21). Konsequenz dessen ist, dass die Vergabenachprüfungsinstanzen grundsätzlich auch nur das „wie“ ins Auge fassen.

11

Waigel
RECHTSANWÄLTE

Da das Vergaberecht jedoch den Zweck erfüllt, das öffentliche Beschaffungswesen für den Wettbewerb zu öffnen und die Warenverkehrsfreiheit im europäischen Binnenmarkt zu gewährleisten, sind **der Bestimmungsfreiheit Grenzen gesetzt.**

Vor diesem Hintergrund statuiert § 31 Absatz 6 VgV sowie die korrespondierenden Vorschriften – etwa § 7 Absatz 2 VOB/A – das **Gebot der produktneutralen und das Verbot der produktspezifischen Ausschreibung** (vgl. BT-Drs. 18/7318, Seite 172). Nach dieser Vorschrift darf in der Leistungsbeschreibung nicht auf eine bestimmte Produktion oder Herkunft oder ein besonderes Verfahren, das die Erzeugnisse oder Dienstleistungen eines bestimmten Unternehmens kennzeichnet, oder auf gewerbliche Schutzrechte, Typen oder einen bestimmten Ursprung verwiesen werden, wenn dadurch bestimmte Unternehmen oder bestimmte Produkte begünstigt oder ausgeschlossen werden, es sei denn, dieser Verweis ist durch den Auftragsgegenstand gerechtfertigt oder der Auftragsgegenstand kann nicht hinreichend genau und allgemein verständlich beschrieben werden (vgl. hierzu auch OLG Brandenburg, Beschluss vom 08.07.2021, 19 Verg 2/21).

12

Waigel
RECHTSANWÄLTE

Eine produktspezifische Ausschreibung ist daher nur dann vergaberechtskonform, wenn vom Auftraggeber **nachvollziehbare objektive und auftragsbezogene Gründe** angegeben worden sind und die Bestimmung folglich ... willkürfrei getroffen worden ist, solche Gründe tatsächlich vorhanden – daher festzustellen und notfalls erwiesen – sind und die Bestimmung andere Wirtschaftsteilnehmer nicht diskriminiert (vgl. nur. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 16.10.2019, VII Verg 66/18 sowie Beschluss vom 13.04.2016, VII Verg 47/15 und Beschluss vom 01.08.2012, Verg 10/12; OLG München, Beschluss vom 26.03.2020, Verg 22/19; OLG Jena, Beschluss vom 25.06.2014, 2 Verg 1/14; OLG Celle Beschluss vom 31.03.2020, 13 Verg 13/19; teils zur Vorgängervorschrift des § 7 VOB/A).⁶

Gestattet ist die Nennung eines sog. „**Leitfabrikats**“. Der Verweis auf ein Leitfabrikat ist zwingend mit dem Zusatz „oder gleichwertig“ zu versehen. Anforderungen und Merkmale, die einen Wettbewerb völlig obsolet machen würden oder das Diskriminierungsverbot tangieren, sind unzulässig. Ein wettbewerbliches Verfahren mit mehreren Bietern muss gewährleistet bleiben. **Unternehmen dürfen durch Produktvorgaben nicht diskriminiert werden.**⁷

Deshalb ist die Streutechnik für den Winterdienst weniger ausgereift als die für die Ausbringung von Dünger in der Landwirtschaft.

⁶Vergabekammer bei der Bezirksregierung Münster, Beschluss vom 16. März 2022 – VK 2 – 7/22 – , Rn. 37 – 39, juris; Burgi, § 12 Rn. 15

⁷Ziekow/Völlnik/Trutzel, 4. Aufl. 2020, VgV § 31 Rn. 49

Umgedrehte Subsumtion

Wenn der Fall so und so liegt, tritt folgende Rechtsfolge ein.

Wenn Du diese Rechtsfolge willst, musst Du welchen Sachverhalt schaffen?⁸

Eine möglichst einfache Vergabe – setzt welchen Sachverhalt voraus?

⁸Medicus/Petersen, Bürgerliches Recht, § 1 Rn. 3

Innovationspartnerschaft

Die Innovationspartnerschaft (§ 119 Abs. 7 GWB, § 19 VgV, § 3 Nr. 5 VOB/A-EU^{9a})
ist ein spezielles Vergabeverfahren

- zur **Entwicklung**
 - innovativer,
 - noch nicht auf dem Markt verfügbarerLiefer-, Bau- oder Dienstleistungen und
- zum **anschließenden Erwerb** der daraus hervorgehenden Leistungen.

Bei Angesichts eines solchen Verständnisses dürfte jedenfalls bei Großbauprojekten, die aufgrund ihrer Komplexität die Entwicklung und den Einsatz neuer Bautechniken notwendig werden lassen, die Möglichkeit der Vergabe im Rahmen einer Innovationspartnerschaft im Einzelfall eröffnet sein. Kapellmann/Messerschmidt/Wieder, 7. Aufl., 2020, VOB/A § 3 Abs. 5 Nr. 5 S. 2

15

Waigel
RECHTSANWÄLTE

Innovationspartnerschaft Verfahren

§ 119 Abs. 7 S. 2 GWB, § 19 VgV

Nach einem

Teilnahmewettbewerb

verhandelt der öffentliche Auftraggeber in mehreren Phasen mit den
ausgewählten Unternehmen über die Erst- und Folgeangebote

Durchführung

 der Partnerschaft

Dabei kann der Auftraggeber die Zahl der Teilnehmer von vornherein auf bis
zu drei Teilnehmer beschränken (§ 19 Abs. 4 S. 2 iVm § 51 VgV, § 18 Abs. 4 S.
2 iVm § 45 Abs. 3 SektVO, § 3 b Abs. 5 Nr. 3 S. 2 iVm Abs. 2 Nr. 3 VOB/A
EU).⁹

⁹Beck VergabeR/Krönke, 4. Aufl. 2022, GWB § 119 Abs. 7 Rn. 22

16

Waigel
RECHTSANWÄLTE

§ 19 Abs. 8 VgV

Die Innovationspartnerschaft wird entsprechend dem Forschungs- und Innovationsprozess in zwei aufeinanderfolgenden Phasen strukturiert:

1. einer **Forschungs- und Entwicklungsphase**, die die Herstellung von Prototypen oder die Entwicklung der Dienstleistung umfasst, und
2. einer **Leistungsphase**, in der die aus der Partnerschaft hervorgegangene Leistung erbracht wird.

17

Waigel
RECHTSANWÄLTE

Der öffentliche Auftraggeber deckt schließlich seinen Beschaffungsbedarf dadurch, dass er im Anschluss an die Entwicklung die aus der Innovation entspringenden Leistungen erwirbt, **ohne dass es hierfür eines gesonderten Vergabeverfahrens bedarf** (vgl. Begr. zum Gesetzesentwurf in BT-Drs. 18/6281, 98).¹⁰

Das erdachte Produkt, die Innovation darf also dann vergaberechtsfrei erworben werden.

¹⁰BeckOK VergabeR/Mutschler-Siebert/Baumann, 25. Ed. 30.4.2022, GWB § 119 Rn. 35

18

Waigel
RECHTSANWÄLTE

Leistungsbestimmungsrecht

Klimaneutraler Schulbau in Bau und Betrieb mit einer festen
Kostenobergrenze von maximal 60 Mio.

19

Waigel
RECHTSANWÄLTE

- Ergebnis

Insgesamt ist der Gedankengang folgender:

Unter dem Einfluss des Klimaschutzgesetzes definieren wir das Beschaffungsobjekt¹¹ als „Klimaneutraler Schulbau in Bau und Betrieb“. Da so etwas noch niemand gemacht hat, reden wir über eine Innovation und öffnen den Weg zur Innovationspartnerschaft. Wir schreiben aus: Wer liefert uns ein Konzept für einen klimaneutralen Schulbau in Bau und Betrieb?

An denjenigen, der uns die Möglichkeit eines solchen Schulbaus plausibel vorstellt, vergeben wir die Entwicklung und dann die Durchführung des Innovationsauftrag – in einer Vergabeentscheidung¹².

Die Kostenobergrenze gehört zum Innovationsauftrag (keine Innovationslösung um jeden Preis). Ggf. lautet die Frage aber: Wie viel Schule bekommen wir zum festgesetzten Preis?

Zustimmung Fördergeber, Konkurrenten

¹¹ BerKommEnR/Wickel, 5. Aufl. 2022, KSG § 13 Rn. 41) Die Wirkung des Klimaschutzgesetzes auf das Vergabeverfahren setzt schon bei der Planung der Investition ein.
¹² BeckOK Vergaber/Mutschler-Siebert/Baumann, 25. Ed. 30.4.2022, GWB § 119 Rn. 35

20

Waigel
RECHTSANWÄLTE

- E. Durchführung der Innovationspartnerschaft („Abschnitt 3“)
- Auf der dritten Stufe des Verfahrens schließt sich die eigentliche Innovationspartnerschaft an. Sie gliedert sich gemäß § 19 Abs. 8 Satz 1 VgV in eine Forschungs- und Entwicklungsphase, in deren Rahmen die innovative Lösung entwickelt wird, sowie eine Leistungsphase, deren Gegenstand der Erwerb des innovativen Produkts bildet. Beide Phasen sind durch Setzung individueller, dem Innovationsgrad der vorgeschlagenen Lösung Rechnung tragende Zwischenziele zu strukturieren, für deren Erreichen jeweils eine angemessene Teilvergütung zu vereinbaren ist (§ 19 Abs. 8 Satz 2 und 3 VgV).
- Am Ende der Innovationspartnerschaft steht entweder
- (1) der Erwerb der innovativen Liefer- oder Dienstleistung nach Abschluss beider Phasen der Innovationspartnerschaft (§ 19 Abs. 10 1. Hs. VgV);
- (2) der Abschluss nur der Forschungs- und Entwicklungsphase ohne Erwerb wegen Nichteinhaltung des festgelegten Leistungsniveaus bzw. der Kostenobergrenze (§ 19 Abs. 10 2. Hs. VgV);
- (3) die vorzeitige Kündigung der Innovationspartnerschaft am Ende eines Entwicklungsabschnitts (ggf. auch nur gegenüber einzelnen Innovationspartnern); dies setzt voraus, dass der Auftraggeber in der Auftragsbekanntmachung oder in den Vergabeunterlagen darauf hingewiesen hat, ob und unter welchen Umständen von dieser Möglichkeit Gebrauch gemacht werden kann (§ 19 Abs. 9 VgV); bei der Festlegung möglicher Kündigungsgründe wird man den Gestaltungsspielraum des Auftraggebers nicht unnötig einschränken dürfen, ihm also insbesondere nicht lediglich die Nichterreichung der Ziele bzw. Teilziele der Partnerschaft als zulässige Beendigungsgründe vorgeben.
- (Beck VergabeR/Krönke, 3. Aufl. 2019, VgV § 19 Rn. 11)

21 / 02.12.2022