

# Bauvergaberecht

## Vergabe von Bau- und Infrastrukturleistungen

Herausgegeben von

**Professor Dr. Heiko Höfler**

Rechtsanwalt in Frankfurt am Main  
Honorarprofessor  
an der Bauhaus-Universität Weimar

**Dr. Wolfgang Bayer**

Rechtsanwalt in Bremen  
Hauptgeschäftsführer des  
Bauindustrieverbandes  
Niedersachsen-Bremen e.V.

unter Mitarbeit von

**Christine Vöhringer-Gampper**

Rechtsanwältin in Bremen

**Dr. Evelyn Haren**

Rechtsanwältin in Frankfurt am Main

**Ina Witten**

Rechtsanwältin in Bremen

**Thomas Hammer**

Forschungsreferent  
Deutsches Forschungsinstitut für öffentliche Verwaltung Speyer

3. Auflage



Verlag C. H. Beck München 2012

# Vorwort zur dritten Auflage

Das Vergaberecht hat sich zweifellos als bedeutendes Rechtsgebiet im weitläufigen Bereich des Wirtschaftsrechts etabliert. Diese Entwicklung war bereits abzusehen, als die erste Auflage dieses Buches vor mehr als 12 Jahren erschien. Weiterhin bestimmt die europarechtliche Durchdringung die Antworten auf zentrale Fragen und die Entwicklungszyklen des Vergaberechts. Weniger zwangsläufig mag indes die relative Bedeutung des Rechts der Vergabe öffentlicher Bauaufträge für die Entwicklung des Vergaberechts insgesamt geworden sein. Während in den Anfangsjahren der kartellrechtlichen Lösung die überwiegende Anzahl rechtsfortbildender Impulse der Rechtsprechung einen klaren Bezug zu Bauthemen hatte, stehen typisch bauvergaberechtliche Rechtsfragen inzwischen eher gleichwertig neben denen anderer wirtschaftlich nicht weniger bedeutender Sektoren wie des öffentlichen Gesundheitswesens oder der Informationstechnologie, um nur zwei herausragende Beispiele dafür zu benennen, wie sehr das Vergaberecht heute den besonderen Fragestellungen bestimmter Wirtschaftszweige Rechnung trägt.

Dieses Buch widmet sich auch weiterhin den spezifischen Fragestellungen der Ausschreibung öffentlicher Bau- und Infrastrukturprojekte, ohne jedoch den systematischen und historischen Zusammenhang im Recht der öffentlichen Auftragsvergabe allzu stark in den Hintergrund treten zu lassen. Für den Anbieter von Bauleistungen soll das Buch ebenso eine fundierte Orientierung bieten wie für den routinierten Vergabepraktiker, der zu branchentypischen Fallgestaltungen auch dort nach Hilfestellung sucht, wo die inzwischen recht unüberschaubare Kasuistik zum Vergaberecht nichts oder nur wenig zu bieten hat. Dem komplexen Thema des Rechtsschutzes im öffentlichen Auftragswesen wird angesichts der immer noch hohen Anzahl streitiger Vergabeverfahren besondere Aufmerksamkeit gewidmet. Neu aufgenommen haben wir in diesem Zusammenhang eine pointierte Darstellung der Rechtsschutzmöglichkeiten unterhalb des Schwellenwerts bzw. außerhalb des sachlichen Anwendungsbereichs des Vierten Teils des GWB.

Der Tatsache folgend, dass sich das Thema Infrastruktur zwischenzeitlich als eigene Assetklasse etabliert und auch Einzug in die akademische Lehre gehalten hat, haben wir die Neuauflage zur Ergänzung des Buchtitels genutzt. Durch den hinzugekommenen Untertitel möchten wir akzentuieren, dass die im Infrastrukturbereich typischen Projektschemata und ihre vergaberechtlichen Besonderheiten besondere Aufmerksamkeit in der Neuauflage erfahren.

Das Team aus in der Vergabepaxis, der akademischen Lehre und vergaberechtlichen Beratung tätigen Autorinnen und Autoren hat auch in der Neuauflage umfangreiche Erfahrungen aus der Perspektive der anbietenden Wirtschaft und der öffentlichen Auftraggeberseite gleichermaßen einbringen können. Dank gebührt auch bei dieser Auflage unserem Lektor Gerald Fischer, der wie immer routiniert und fachkundig das Entstehen des Werkes begleitet hat.

Frankfurt am Main / Bremen im Januar 2012

Prof. Dr. Heiko Höfler

Dr. Wolfgang Bayer

# Inhaltsübersicht

<b>1. Teil. Grundsätze der Vergabe öffentlicher Aufträge</b> .....	1
<b>A. Historischer Überblick</b> .....	1
I. Lizitation und Versteigerung .....	1
II. Reichsverdingungsausschuss und VOB .....	2
III. Entwicklung von 1945 bis 1999 .....	3
IV. Einführung subjektiver Bieterrechte .....	5
V. Die VOB heute .....	9
<b>B. Rechtsquellen und Systematik des Vergaberechts</b> .....	10
I. Überblick .....	10
II. Europäisches Richtlinienrecht .....	11
III. Nationale Rechtsvorschriften .....	19
IV. Rechtsbindung außerhalb des Vierten Teils des GWB .....	28
<b>C. Verfahrensgrundsätze</b> .....	29
I. Transparenz .....	29
II. Wettbewerb .....	31
III. Diskriminierungsverbot .....	32
IV. Rechtsstaatsprinzip .....	34
V. Verhältnismäßigkeitsprinzip .....	34
VI. Mittelstandsschutz .....	35
VII. Vergabefremde Aspekte .....	37
VIII. Wirtschaftlichkeitsgebot .....	37
<b>D. Auftraggeberqualifikationen und öffentliche Auftraggeber</b> .....	39
I. Auftraggeber bei Beschaffungen unterhalb des Schwellenwerts .....	39
II. Auftraggeber bei EU-weiten Vergabeverfahren .....	40
<b>E. Der öffentliche Bauauftrag</b> .....	47
I. Bauauftrag (§ 99 Abs. 3 GWB) .....	47
II. Baukonzession (§ 99 Abs. 6 GWB) .....	55
III. Praxisrelevante Konstellationen und Einzelprobleme .....	55
<b>2. Teil. Das Vergabeverfahren</b> .....	63
<b>A. Begriff der Bauleistungen</b> .....	63
<b>B. Voraussetzungen der Ausschreibung</b> .....	65
I. Überblick .....	65
II. Fertigstellung aller Vergabeunterlagen .....	65
III. Beginn der Ausführung innerhalb der angegebenen Frist .....	65

II.	Offenes Verfahren	68
III.	Beschränkte Ausschreibung	70
IV.	Nichtoffenes Verfahren	72
V.	Freihändige Vergabe	74
VI.	Verhandlungsverfahren	76
VII.	Wettbewerblicher Dialog	80
<b>D.</b>	<b>Teilnehmer am Wettbewerb/Unternehmereinsatzformen</b>	<b>83</b>
I.	Einführung	83
II.	Hauptunternehmer und Nach-/Subunternehmer	84
III.	Generalunternehmereinsatz und Generalübernehmereinsatz bei Bauvergabe nach Teil A der VOB	86
IV.	Totalunternehmer und Totalübernehmer und schlüsselfertiges Bauen	89
V.	Bieter-/Arbeitsgemeinschaften	90
VI.	Baubetreuer, Bauträger/Projektentwickler	98
VII.	Construction Management	98
VIII.	Betriebe der öffentlichen Hand	99
IX.	Mischformen der Vergabe	99
X.	Auswahl der geeigneten Vergabeart	100
<b>E.</b>	<b>Vertragsarten</b>	<b>100</b>
I.	Leistungsvertrag	101
II.	Der Stundenlohnvertrag	106
III.	Der GMP-Vertrag	106
IV.	Schlüsselfertiges Bauen	117
<b>F.</b>	<b>Eignungskriterien</b>	<b>119</b>
I.	Eignungsanforderungen an die Bewerber	120
II.	Allgemeine Anforderungen an die Eignung der Bewerber	120
III.	Auswahl der Bewerber	121
IV.	Vergabefremde Aspekte	125
V.	Einsatz von Nachunternehmern	125
VI.	Präqualifikationsverfahren	126
VII.	Zeitpunkt des Vorliegens der Eignungsnachweise	127
VIII.	Rechtsfolge des Fehlens von Eignungsnachweisen	127
<b>G.</b>	<b>Leistungsbeschreibung</b>	<b>128</b>
I.	Allgemeine Anforderungen an die Leistungsbeschreibung gem. § 7 Abs. 1 Nr. 1 bis 7 VOB/A	128
II.	Leistungsbeschreibung mit Leistungsverzeichnis	138
<b>H.</b>	<b>Vergabeunterlagen</b>	<b>146</b>
I.	Aufforderung zur Angebotsabgabe/Anschreiben	146
II.	Bewerbungsbedingungen	149
III.	Vertragsunterlagen	149
IV.	Vergabeunterlagen bei europaweiter Ausschreibung	154

II.	Vertragsstrafen .....	155
III.	Verjährung der Mängelansprüche .....	156
IV.	Sicherheitsleistung .....	157
<b>J.</b>	<b>Fristen und Termine</b> .....	158
I.	Übersicht Fristen EU-weite Ausschreibungen .....	158
II.	Übersicht Fristen für die nationale Ausschreibung .....	160
<b>K.</b>	<b>Informationsübermittlung</b> .....	160
<b>L.</b>	<b>Bekanntmachung</b> .....	161
I.	Allgemeines .....	161
II.	Bekanntmachung nationaler Vergabeverfahren .....	162
III.	Bekanntmachung EU-weiter Vergabeverfahren .....	166
<b>M.</b>	<b>Formale Anforderungen an Angebote und deren Prüfung</b> .....	168
I.	Allgemeines .....	168
II.	Form der Angebote .....	168
<b>N.</b>	<b>Eröffnungstermin</b> .....	169
I.	Bedeutung und Wirkung des Eröffnungstermins .....	169
II.	Ablauf des Eröffnungstermins .....	170
III.	Fehler bei der Angebotsabgabe .....	172
IV.	Behandlung verspätet eingegangener Angebote oder versehentlich nicht vorliegender Angebote zu Beginn des Eröffnungstermins .....	173
V.	Niederschrift über den Eröffnungstermin .....	174
<b>O.</b>	<b>Aufklärung des Angebotsinhalts</b> .....	175
I.	Einführung .....	175
II.	Das Aufklärungsgespräch .....	177
III.	Unzulässige Inhalte des Aufklärungsgesprächs .....	178
IV.	Verhandlung über Vertragsstrafe .....	180
V.	Aufklärung eines angebotenen Nachlasses .....	180
VI.	Einsichtnahme in die Urkalkulation .....	181
VII.	Dokumentation .....	181
<b>P.</b>	<b>Wertung von Angeboten</b> .....	182
I.	Wertung des Hauptangebots .....	183
II.	Zwingende Ausschlussgründe .....	186
III.	Fakultative Ausschlussgründe .....	193
IV.	Angebote, die § 13 Abs. 1 Nr. 3 VOB/A nicht entsprechen .....	194
V.	Eignungsprüfung .....	194
VI.	Rechnerische, technische und wirtschaftliche Prüfung der Preise .....	196
VII.	Prüfung der Angemessenheit der Preise .....	197
VIII.	Abschluss des Wertungsvorgangs durch Zuschlagserteilung .....	204
IX.	Wertung von Nebenangeboten .....	205

Zuschlagserteilung nach § 18 Abs. 1 VOB/A .....	211
II. Absageschreiben nach § 19 VOB/A und § 101a GWB .....	212
III. Vertragsschluss .....	213
IV. Probleme der Verzögerung des Zuschlags .....	214
<b>R. Dokumentation .....</b>	<b>215</b>
I. Umfang und Zeitpunkt der Dokumentation .....	215
II. Mängel der Dokumentation .....	216
<b>S. Aufhebung und Einstellung der Ausschreibung .....</b>	<b>217</b>
I. Einführung .....	217
II. Die Regelungen des § 17 Abs. 1 VOB/A .....	217
III. Trennung der Voraussetzungen für Aufhebung und Schadensersatzanspruch .....	223
IV. Unterrichtung der Bieter .....	225
<b>T. Besonderheiten der Vergabe von Sektoraufträgen .....</b>	<b>225</b>
I. Europarecht .....	225
II. Nationales Recht .....	226
<b>U. Rahmenvereinbarung .....</b>	<b>235</b>
<b>3. Teil. Rechtsschutz .....</b>	<b>239</b>
<b>A. Primärrechtsschutz im Anwendungsbereich des Vierten Teils des GWB .....</b>	<b>239</b>
I. Rechtsschutz vor den Vergabekammern .....	239
II. Rechtsschutz vor den Oberlandesgerichten .....	260
<b>B. Primärrechtsschutz bei Vergaben mit ausschließlich nationaler Publizität .....</b>	<b>264</b>
I. Allgemeines .....	264
II. Wettbewerbsrechtlicher Unterlassungsanspruch, §§ 3, 4 Nr. 11, 8 Abs. 1 und 3 Nr. 1 UWG i.V.m. §§ 97 ff. GWB .....	274
<b>C. Spezifisch europarechtlicher Rechtsschutz .....</b>	<b>276</b>
I. Primärrechtlicher Rechtsschutz .....	276
II. Sekundärrechtlicher Rechtsschutz: Art. 3 RMR/§ 129 GWB .....	280
<b>D. Sekundärrechtsschutz .....</b>	<b>280</b>
<b>E. Mehrvergütungsanspruch des Bieters bei verspätetem Zuschlag .....</b>	<b>284</b>