

Franke · Kemper · Zanner · Grünhagen · Mertens

VOB-Kommentar

Bauvergaberecht

Bauvertragsrecht

Bauprozessrecht

7. Auflage 2020

Art-Nr. 25318990

ERRATA

Sehr geehrte Kundin, sehr geehrter Kunde,

auf den Seiten 381-388 des Kommentars sind falsche Fußnotenziffern im Text abgedruckt worden. Mit dieser Berichtigung wird der Fehler behoben.

Wir entschuldigen uns für das Versehen und danken für Ihr Verständnis.

Der Verlag

info-wkd@wolterskluwer.com
www.wolterskluwer-online.de

Werner Verlag 2020

geboten sein, wenn in einem Leistungsbereich zum einen ein hohes Schadensrisiko und zum anderen eine **erschwerzte Zuordnung der Verantwortlichkeiten** vorliegt.⁷⁴

– Kürzere Ausführungsfristen

Eine Zusammenfassung von Fachlosen ist dann gerechtfertigt, wenn nur so eine **33** termingerechte Fertigstellung der Maßnahme gewährleistet werden kann und die Terminüberschreitung erhebliche und konkret bezifferbare wirtschaftliche Nachteile erbringen würde.⁷⁵ Allgemeiner Zeitdruck reicht als Rechtfertigung jedoch nicht aus, insbesondere dann nicht, wenn er auf den zu späten Beginn der Vergabe durch den Auftraggeber zurückzuführen ist.

– Kostensicherheit

Auch wenn der öffentliche Auftraggeber an die Einhaltung eines Budgets gebunden **34** ist, so rechtfertigen Forderungen nach Kostensicherheit durch die Durchführung von Bauleistungen aus einer Hand für sich allein nicht die Zusammenfassung von Fachlosen.

– Wesentliche Kostenreduzierung

Ein Verzicht auf die Fachlosvergabe ist hingegen gerechtfertigt, wenn durch die **35** zusammengefasste Vergabe eine **wesentliche** Kostenreduzierung erreicht werden kann.⁷⁶ Eine bloß geringfügige Überschreitung reicht als Rechtfertigung nicht aus (als geringfügig gelten jedenfalls Abweichungen von 0,5% bis zu 0,6%).⁷⁷ Die grundsätzliche Annahme, dass bei einer einheitlichen Beschaffung schon durch größere Stückzahlen etwa bei den zur Leistung gehörenden Lieferungen stets Kostenvorteile für den Auftraggeber entstehen, darf nicht pauschal als wirtschaftlicher Grund für den Verzicht auf eine Aufteilung herangezogen werden, sondern bedarf einer **intensiven Überprüfung und Dokumentation im Einzelfall**. Ansonsten würde sich hieraus ein genereller Ausnahmetatbestand herleiten lassen, der das Regel-Ausnahme-Verhältnis von losweiser Vergabe und einheitlicher Vergabe aushebeln würde. Allerdings ist eine ermessensfehlerfreie Abwägung auch nicht erst dann annehmbar, wenn beim Auftraggeber unverhältnismäßige Kostennachteile oder starke Verzögerungen des Beschaffungsvorhabens eintreten.⁷⁸ Dadurch würde nämlich wiederum die Ausnahmeschrift des § 5 EU Abs. 2 Nr. 1 Satz 3 VOB/A ausgehebelt. Die Kostenprognose selbst ist dabei überprüfbar und muss entsprechend plausibel sein; andernfalls sind prognostizierte Ersparnisse nicht als Grund für den Verzicht auf eine Losaufteilung berücksichtigungsfähig.⁷⁹

74 DVA, BauR 2000, 1793, 1797.

75 DVA, BauR 2000, 1793, 1797.

76 OLG Frankfurt, Beschl. 14.05.2018 – 11 Verg 4/18; Franke/Höfler/Bayer, II. Rn. 119.

77 Ax/Sattler, ZVgR 1999, 231, 233.

78 OLG Düsseldorf, Beschl. v. 25.11.2009 – VII – Verg 27/09.

79 OLG Koblenz, Beschl. v. 04.04.2012 – 1 Verg 2/11.

– **Besondere Fachliche Anforderungen**

- 36 Für Bauleistungen mit besonderen fachlichen Anforderungen, z. B. im Denkmalschutz oder bei Restaurierungen sowie bei verschiedenen maschinen- und elektrotechnischen Anlagen (Aufzugbau, küchentechnische Anlagen, Medizintechnik), ist eine Zusammenfassung mit anderen Fachlosen wegen der einhergehenden Wettbewerbsverkürzung i. d. R. nicht sachgerecht. Diese Leistungen sind grundsätzlich als Fachlose zu vergeben, es sei denn, andere Gründe – etwa die Unmöglichkeit einer Mangelzuordnung bei getrennter Vergabe – erfordern die Zusammenfassung.
- 37 Letztlich kann eine Vergabe nach Fachlosen auch nicht damit abgelehnt werden, dass sich für bestimmte Fachgebiete noch keine eigenständigen Gewerbe herausgebildet haben.⁸⁰

II. Technische Gründe

- 38 An die Abweichung von der Losvergabe aus technischen Gründen werden hohe Anforderungen gestellt. Nach einer Entscheidung der Vergabekammer Sachsen⁸¹ kommen als technisch anerkennungswürdige Ausnahmegründe in Betracht:
- zeitliche Rahmenbedingungen des vorgegebenen Bauablaufs
 - logistische Rahmenbedingungen
 - bautechnische Kopplungen benachbarter Baukörper.

Das OLG Frankfurt⁸² sieht rechtfertigende technische Gründe für eine Loszusammenfassung darin, dass die Vergabekonzeption Elemente zur Steuerungen des grundsätzlich dem AN obliegenden Bauablaufs enthält. Im konkreten Fall einer Straßenbauvergabe wollte der AG mittels funktionaler Ausschreibung und korrespondierender vertraglicher Anreizmechanismen erreichen, dass die Bieter selbst innovative Ansätze hinsichtlich der Gestaltung und Organisation der Arbeiten entwickeln. Auf diese Weise würde der spätere AN zu einer betriebswirtschaftlich »intelligenten« Herangehensweise hinsichtlich einer Abstimmung von Instandsetzung und Begleitmaßnahmen angehalten, um Verfügungseinschränkungen so gering wie möglich zu halten. Diese Vorteile gingen über die bloße Entlastung des AG von Koordinierungsaufträgen hinaus, da nicht nur Koordination und Ausführung in einer Hand lägen, sondern dies verbunden wird mit der klaren Letztverantwortlichkeit eines einzigen AN für den Zustand der Straßen. Es erscheine deshalb plausibel anzunehmen, dass hierdurch die Verfügbarkeit und die Qualität der Straßen im Interesse der Nutzer verbessert wird.

- 39 Mit diesen Vorgaben ist der Rechtsprechung eine erste Eingrenzung gelungen. Aber auch hier kommt es letztlich auf eine **einzelfallbezogene Prüfung der fachtechnischen Erforderlichkeit einer Loszusammenfassung** an. Als technische Gründe kommen dabei insbesondere in Betracht:

80 VÜA Thüringen, Beschl. v. 28.10.1996 – 1 VÜ 4/96, IBR 1997, 314 (Noch).

81 VK Sachsen, Beschl. v. 02.11.1999 – 1/SVK/19–1999, IBR 2000, 302 (Trautner) = VergabeRRep 4/2000, 3.

82 OLG Frankfurt, Beschl. 14.05.2018 – 11 Verg 4/18.

– Verkehrssicherheit⁸³

Bei der Frage einer Zusammenfassung aus technischen Gründen können der konkrete Bauablauf und die Verkehrssicherungspflichten eine erhebliche Rolle spielen. Eine Fachlosvergabe kann dann ungeeignet sein, wenn auf kurzfristig auftretende Sicherungserfordernisse, z. B. wegen zu langer Kommunikationswege, nicht mehr zeitig genug reagiert werden kann (z. B. Sicherung des Bahn- oder Straßenverkehrs).⁸⁴ 40

– Systeme/Herstellungs- und Kooperationsstrukturen

Eine Zusammenfassung aus technischen Gründen kann gerechtfertigt sein, wenn es wegen der Verschiedenartigkeit von Systemen den Bietern freigestellt sein muss, die Gesamtleistung so aufzugliedern und anzubieten, dass es ihrem System entspricht. Das ist insbesondere der Fall, wenn bei einer losweisen Ausschreibung das Risiko besteht, dass der AG Teilleistungen erhält, die zwar jeweils ausschreibungskonform sind, aber nicht zusammenpassen und deshalb in ihrer Gesamtheit nicht geeignet sind, den Beschaffungsbedarf in der angestrebten Qualität zu befriedigen.⁸⁵ 41

E. Gesamtvergabe an einen Unternehmer

Um Risiken der Einzellosvergabe und deren Koordinationsschwierigkeiten zu vermeiden, neigen Auftraggeber zu einer Vergabe an einen sog. **Generalunternehmer**. Eine solche Gesamtvergabe ist auch angesichts der Verpflichtung zur Berücksichtigung mittelständischer Interessen nicht generell unmöglich.⁸⁶ Der Auftraggeber wird bei der Gesamtvergabe an einen Unternehmer nicht nur hinsichtlich der Koordinierung entlastet. Vielmehr verlagern sich wesentliche Risiken auf den Generalunternehmer. So trägt der Generalunternehmer nicht nur das Behinderungsrisiko, sondern auch das Insolvenzrisiko der am Bau Beteiligten.⁸⁷ Andererseits wird bei Insolvenz des Generalunternehmers sofort die gesamte Bauausführung gefährdet.⁸⁸ Ebenso muss der Auftraggeber regelmäßig aufgrund des erhöhten Verwaltungsaufwands des Generalunternehmers (Einholen von Nachunternehmerangeboten, Koordinierung, Risikoübernahme) mit einem »Generalunternehmerzuschlag« rechnen. So sind nach Angaben des Bundesrechnungshofs die Generalunternehmervergaben etwa 10% teurer als die Fachlosvergaben.⁸⁹ Allerdings fallen diese Verwaltungs- und Koordinierungskosten im Fall der Losvergabe direkt beim Auftraggeber an – entweder als eigene Personalkosten oder auch als Honorar von Dritten (z. B. Projektsteuerer). Der Auftraggeber 42

83 VÜA Bayern, Beschl. v. 02.05.1996 – VÜA 5/96, IBR 1996, 364 (Schelle); DVA, BauR 2000, 1793, 1797.

84 DVA, BauR 2000, 1793, 1797.

85 VK Bund, Beschl. v. 06.12.2016 – VK 1-118/16.

86 OLG Celle, Beschl. v. 26.04.2010 – 13 Verg 4/10; VK Sachsen, Beschl. v. 25.09.2009 – 1/SVK/038-09; VK Saarland, Beschl. v. 07.09.2009 – 3 VK 01/2009.

87 Niebuhr/Kulartz/Kus/Portz, § 97 Rn. 156.

88 Niebuhr/Kulartz/Kus/Portz, § 97 Rn. 156.

89 DVA, BauR 2000, 1793, 1795.

hat deshalb **sämtliche** Vorteile den Nachteilen gegenüberzustellen und eine Abwägung vorzunehmen.

I. Begriff des Generalunternehmers

- 43 Generalunternehmer ist derjenige Hauptunternehmer, der sämtliche für die Herstellung einer baulichen Anlage erforderlichen Bauleistungen zu erbringen hat und wesentliche Teile⁹⁰ hiervon selbst ausführt. Haben Generalunternehmer auch Teile der Ausführungsplanung zu erbringen, so spricht man von einem »**qualifizierten Generalunternehmer**«. ⁹¹ Begrifflich dem Generalunternehmer zuzuordnen ist auch der Totalunternehmer. Dieser übernimmt neben der Ausführung der Bauleistungen aller Gewerbezeuge auch die Planungsleistungen oder weitergehende Finanzierungsfragen.⁹²
- 44 Vom Generalunternehmer ist der **Generalübernehmer** zu unterscheiden. Generalübernehmer sind solche, die die Ausführung der Bauleistungen aller Gewerbezeuge für ein Bauwerk übernehmen, jedoch selbst keine Bauleistungen im eigenen Betrieb ausführen.⁹³ Der Generalübernehmer wird also nur als Vermittler und Koordinator tätig. Er ist gem. § 6d EU Abs. 1 VOB/A grds. beteiligungsfähig.⁹⁴ Ein pauschaler Ausschluss von Generalübernehmern ist danach zumindest im Oberschwellenbereich nicht (mehr) zulässig. Dies gilt nach zutreffender Auffassung auch unterhalb der Schwellenwerte.⁹⁵ Allerdings kann der öffentliche Auftraggeber gemäß § 6d EU Abs. 4 VOB/A für »bestimmte kritische Aufgaben« nunmehr die Selbstausführung durch den Auftragnehmer vorschreiben. Hier steckt viel Potential zur richterlichen Rechtsfortbildung.⁹⁶
- 45 (unbesetzt)

II. Zulässigkeitsvoraussetzungen der GU-Vergabe

- 46 Die Gründe für den Ausnahmefall einer Generalunternehmervergabe sind in der Dokumentation nachvollziehbar darzulegen. Eine Gesamtvergabe ist folglich nur gerechtfertigt, wenn wirtschaftliche und technische Gründe ein gänzlich Abweichen von dem Grundsatz der losweisen Vergabe erfordern.⁹⁷ Zu den Anforderungen an eine Loszusammenfassung wird zunächst auf Rdn. 26 ff. verwiesen.

90 S. hierzu Weber/Schäfer/Hausmann, Praxishandbuch Public Private Partnership, S. 277.

91 Niebuhr/Kulartz/Kus/Portz, § 97 Rn. 151.

92 Vgl. Korbion, in: Ingenstau/Korbion, Anhang 2 Rn. 78.

93 OLG Saarbrücken, Beschl. v. 21.04.2004 – 1 Verg 1/04.

94 Dies folgte bereits aus EuGH, Urt. v. 18.03.2004 – Rs. C-314/01, IBR 2004, 261 (Wirner); in der deutschen Entscheidungspraxis so bspw. OLG Frankfurt am Main, Beschl. v. 02.03.2007 – 11 Verg 14/06; VK Bund, Beschl. v. 29.12.2006 – VK 2-131/06; VK Münster, Beschl. v. 21.11.2007 – VK 24/07; s. dazu Stoye, NZBau 2004, 648 ff.

95 Stoye, NZBau 2004, 648, 650 m. w. N.

96 Näher hierzu Stoye/Brugger, VergabeR 2015, 647.

97 VK Nordrhein-Westfalen, Beschl. v. 08.03.2000 – VK 11-03/00, IBR 2001, 80 (Wittchen).

Die eine Generalunternehmervergabe rechtfertigenden Gründe müssen sich aus der **Eigenart der Bauleistung** selbst ergeben. D. h. sie müssen aus dem Gegenstand der ausgeschriebenen Leistung unmittelbar resultieren und dürfen insb. nicht vom Auftraggeber veranlasst sein.⁹⁸ **Erforderlich** kann die Generalunternehmervergabe dann sein, wenn z. B. auf der Grundlage einer Leistungsbeschreibung mit Leistungsprogramm auch Planungsleistungen vom Unternehmer zu erbringen sind und beim schlüsselfertigen Bauen, wenn also das Leistungsziel der Vergabe die Auftragsausführung aus einer Hand geradezu bedingt (vgl. Rdn. 14). 47

Bei Bauprojekten, die sich aus mehreren Abschnitten zusammensetzen, kommt auch eine Unterteilung in mehrere Teillöse in Betracht, für die dann jeweils ein eigenständiger Generalunternehmer betraut wird. Dies kommt etwa bei mehreren Abschnitten einer Autobahn oder mehreren zu errichtenden Gebäuden in Betracht. Diese Unterteilung kann wiederum dem Wettbewerb dienen, da dann jeder Generalunternehmer unterschiedliche Unternehmen zur Ausführung der von ihm verantworteten Abschnitte heranziehen kann und so der Auftrag insgesamt gestreut wird. 48

G. Pflicht zur losweisen Vergabe an Nachunternehmer (§ 5 EU Abs. 2 Nr. 1 S. 4 VOB/A)

Eine deutliche Ausweitung des Anwendungsbereichs erfährt die losweise Vergabe durch § 5 EU Abs. 2 Nr. 1 S. 4 VOB/A. Hierbei wird die Vergabe von Unteraufträgen durch einen Auftragnehmer erfasst, der selbst kein öffentlicher Auftraggeber ist, aber mit der Wahrnehmung oder der Durchführung einer öffentlichen Aufgabe betraut wurde. Der **öffentliche Auftraggeber als Normadressat** hat den Auftragnehmer zu verpflichten, die Regelungen des § 5 EU Abs. 2 Nr. 1 S. 1 bis 3 VOB/A zu beachten. Ziel der Vorschrift, die aus § 97 Abs. 4 S. 4 GWB stammt, ist es, die mittelstandsfreundliche Vergabe auch im Rahmen von **ÖPP-Projekten** sicherzustellen.⁹⁹ Der häufig geäußerten Kritik, dass der Auftragnehmer über Gebühr belastet würde¹⁰⁰, lässt sich der zeitliche Rahmen entgegenhalten, in dem die Verpflichtung greift. Bereits nach dem Wortlaut von § 5 EU Abs. 2 Nr. 1 S. 4 VOB/A soll die Verpflichtung erst nach der Betrauung und somit **ab dem Zeitpunkt der Zuschlagserteilung** erfolgen. Soweit Vertragsverhältnisse zu Nachunternehmern vor der Zuschlagserteilung begründet werden, fallen diese somit nicht unter diese Regelung. 49

H. Begründung im Vergabevermerk (§ 5 EU Abs. 2 Nr. 2 VOB/A)

Mit § 5 EU Abs. 2 Nr. 2 VOB/A wurde Art. 46 Abs. 1 UA 2 VRL in deutsches Recht umgesetzt. Weicht der Auftraggeber vom Gebot der Losaufteilung ab, muss er dies gemäß § 5 EU Abs. 2 Nr. 2 VOB/A im Vergabevermerk begründen. Diese Pflicht folgte freilich seit jeher unmittelbar aus § 20 EU VOB/A. 50

⁹⁸ Niebuhr/Kulartz/Kus/Portz, § 97 Rn. 155.

⁹⁹ BT-Drs. 16/11428, S. 33.

¹⁰⁰ Roth, VergabeR 2009, S. 404 (406); Werner, VergabeR 2010, S. 328 (335).

I. Loslimitierung (§ 5 EU Abs. 2 Nr. 3 VOB/A)

- 51 § 5 EU Abs. 2 Nr. 3 VOB/A wurde in Umsetzung des Art. 46 Abs. 2 und 3 VRL neu in den Abschnitt 2 der VOB/A aufgenommen. Danach kann der Auftraggeber in der Bekanntmachung oder der Aufforderung zur Interessenbestätigung eine Loslimitierung vornehmen. Vereinfacht beschreibt die Loslimitierung eine losweise Vergabe, bei der der öffentliche Auftraggeber eine Regelung dergestalt trifft, dass ein einzelner Bieter nicht bezüglich aller Lose beauftragt wird.¹⁰¹ Nimmt der öffentliche Auftraggeber eine Loslimitierung vor, so ist er an diese Vergabebedingung bei der Vergabeentscheidung gebunden.¹⁰² Zweck der Loslimitierung ist es, eine wirtschaftliche Abhängigkeit des öffentlichen Auftraggebers von einem Hersteller zu vermeiden, das wirtschaftliche und technische Risiko zu streuen und den Wettbewerb der Marktteilnehmer untereinander aufrechtzuerhalten.¹⁰³ Bei der Vergabeentscheidung sind mehrere bietende Konzernunternehmen als verbundene Unternehmen i. S. d. § 36 Abs. 2 Satz 1 GWB anzusehen, d. h. sie müssen als ein an die Loslimitierung gebundenes Unternehmen behandelt werden.¹⁰⁴
- 52 Obgleich Loslimitierungen im Einzelfall mit dem Gebot der wirtschaftlichen Beschaffung kollidieren können, weil besonders leistungsfähige Unternehmen an der Abgabe eines Gesamtangebotes gehindert werden,¹⁰⁵ so unterliegt die Loslimitierung doch dem Bestimmungsrecht des Auftraggebers. Er darf diejenige Form der Loslimitierung wählen, die ihm zweckmäßig erscheint.¹⁰⁶ Sie muss allerdings in der Verfahrensdokumentation nachvollziehbar begründet werden, denn die Nachprüfungsinstanzen kontrollieren die Entscheidung zur Loslimitierung jedenfalls auf Beurteilungsfehler.¹⁰⁷

I. Angebotslimitierung (§ 5 EU Abs. 2 Nr. 3 Satz 1 VOB/A)

- 53 In Umsetzung von Art. 46 Abs. 2 UA 1 VRL kann der öffentliche Auftraggeber gemäß § 5 EU Abs. 2 Nr. 3 Satz 1 VOB/A festlegen, für welche Anzahl von Losen Angebote eingereicht werden dürfen. Diese Loslimitierung in Form einer Angebotslimitierung gemäß Satz 1 bedeutet, dass der Auftraggeber die ausgeschriebene Bauleistung in Lose aufteilt und bestimmt, ob Angebote nur für ein Los oder für mehrere oder alle Lose eingereicht werden können. Voraussetzung ist eine entsprechende Angabe in der Auftragsbekanntmachung oder in der Aufforderung zur Interessenbestätigung.
- 54 Der Auftraggeber muss sich allerdings darüber im Klaren sein, dass er mit einer solchen Angebotslimitierung offensiv den Bieterkreis begrenzt, weil die interessierten

101 Manz/Schönwälder, VergabeR 2013, S. 852.

102 OLG Düsseldorf, Beschl. v. 15.06.2000 – Verg 6/00, BauR 2000, 1603.

103 OLG Karlsruhe, Beschl. v. 25.07.2014 – 15 Verg 5/14.

104 OLG Düsseldorf, Beschl. v. 15.06.2000 – Verg 6/00, BauR 2000, 1603.

105 Schraner, in: Ingenstau/Korbion, A § 5 Rn. 13; Kus, in: Kulartz/Kus/Portz, § 97 Rn. 70.

106 OLG Karlsruhe, Beschl. v. 25.07.2014 – 15 Verg 5/14; OLG Düsseldorf, Beschl. v. 17.01.2013 – Verg 35/12.

107 OLG Düsseldorf, Beschl. v. 17.01.2013 – Verg 35/12; OLG Karlsruhe, Beschl. v. 25.07.2014 – 15 Verg 5/14.

Wirtschaftsteilnehmer diese Angebotsbeschränkung zwingend einzuhalten haben. Im Falle eines Verstoßes gegen die Angebotslimitierung sind nach der Rechtsprechung nicht lediglich die zu viel eingereichten, sondern sämtliche Angebote des betreffenden Bieters vom Vergabeverfahren auszuschließen.¹⁰⁸ Diese scharfe Sanktion ist auch überzeugend, denn anderenfalls würden sich Bieter, die eine unmissverständliche Angebotslimitierung ignorieren, einen ungerechtfertigten Wettbewerbsvorteil verschaffen, wenn sie mehr Angebote als nach den eindeutigen Vorgaben des Auftraggebers zulässig im Wettbewerb platzieren könnten.¹⁰⁹ Diese Restriktion gilt von der Auftragsbekanntmachung bis zur Beendigung des Beschaffungsvorgangs durch Zuschlagserteilung oder endgültiger Abstandnahme von der Bedarfsdeckung. Insbesondere ist der Auftraggeber an seine wettbewerbslenkende Angebotslimitierung auch im Falle einer (nicht endgültigen) Aufhebung der Ausschreibung – aus welchen Gründen auch immer – gebunden. Es wäre nämlich ein logischer Bruch, wenn der Auftraggeber das von ihm selbst geschaffene Umgehungsverbot der Angebotslimitierung nachträglich – und in Ansehung des sich im Zuge der aufgehobenen Ausschreibung abschließend gebildeten Bieterkreises – durch eine weitere Wettbewerbslenkung unterlaufen könnte. Mit dem Bestimmungsrecht des öffentlichen Auftraggebers, den offenen Bieterwettbewerb im Wege einer Angebotslimitierung allein aus Zweckmäßigkeitsgründen zu beschränken,¹¹⁰ geht folgerichtig eine Bindung des Auftraggebers auch für das der Aufhebung nachfolgende Vergabeverfahren zum betreffenden Los einher, weil der Auftraggeber anderenfalls einen verfahrenlenkenden Einfluss auf den Bieterkreis nimmt, ohne dass die Zweckmäßigkeitserwägungen für die festgelegte Angebotslimitierung nachträglich entfallen wären.

II. Zuschlagslimitierung (§ 5 EU Abs. 2 Nr. 3 Satz 2, 3, 4 und 5 VOB/A)

In Umsetzung von Art. 46 Abs. 2 UA 2 VRL kann der öffentliche Auftraggeber gemäß § 5 EU Abs. 2 Nr. 3 Satz 2 VOB/A die Zahl der Lose beschränken, für die ein einzelner Bieter einen Zuschlag erhalten kann. Diese Zuschlagslimitierung gilt gemäß Satz 3 auch dann, wenn ein Bieter Angebote für mehrere oder alle Lose einreichen darf. Gemäß Satz 4 ist die Begrenzung allerdings nur zulässig, sofern der öffentliche Auftraggeber die Höchstzahl der Lose pro Bieter in der Auftragsbekanntmachung oder in der Aufforderung zur Interessenbestätigung angegeben hat. Satz 5 setzt Art. 46 Abs. 2 UA 2 Satz 2 VRL um und regelt den Fall, dass ein einzelner Bieter nach Anwendung der Zuschlagskriterien eine größere Zahl an Losen als die zuvor festgelegte Höchstzahl erhalten würde. Für diesen Fall hat der öffentliche Auftraggeber in den Vergabeunterlagen objektive und nichtdiskriminierende Regeln für die Erteilung des Zuschlags festzulegen. 55

Soweit das OLG Düsseldorf noch mit Beschl. v. 17.01.2013 davon ausgeht, dass die Bestimmungsfreiheit des Auftraggebers zur Form der Loslimitierung auch eine 56

108 KG, Beschl. v. 20.02.2014 – Verg 10/13; KG, Beschl. v. 24.10.2013 – Verg 11/13.

109 Kadenbach, in: Müller-Wrede, VgV/UVgO-Kommentar, § 30 VgV, Rn. 12.

110 OLG Karlsruhe, Beschl. v. 25.07.2014 – 15 Verg 5/14; OLG Düsseldorf, Beschl. v. 17.01.2013 – Verg 35/12; VK Baden-Württemberg, Beschl. v. 25.03.2014 – 1 VK 8/14.

Zuschlagslimitierung erfasse, bei der die Bieter zwar nur für einzelne Lose beauftragt werden können, aber dennoch auf alle Lose anbieten müssen,¹¹¹ ist diese Auffassung mit der Neuregelung nicht (mehr) vereinbar. Nach Abs. 2 Nr. 3 Satz 3 gilt die Zuschlagslimitierung auch dann, wenn ein Bieter Angebote für mehrere oder alle Lose einreichen »darf« und nicht »muss«. Ein Zwang zur Aufwendung von Angebotserstellungskosten, die von Anfang nutzlos sind, besteht danach gerade nicht.

- 57 Nach zutreffender Rechtsprechung der Vergabekammer Brandenburg¹¹² greift die Bindung des Auftraggebers an seine ursprünglich festgelegte Zuschlagslimitierung auch im Falle einer Neuausschreibung in Folge einer wesentlichen Vertragsänderung. Folgerichtig kann ein Auftragnehmer, der bereits die festgelegte Höchstzahl im Auftragsbestand hat, nicht die Nachprüfung eines darüber hinausgehenden Loses mit der Begründung einer wesentlichen Auftragsänderung beantragen.

III. Parallelausschreibung (§ 5 EU Abs. 2 Nr. 3 Satz 6 VOB/A)

- 58 Satz 6 setzt Art. 46 Abs. 3 VRL um. Für den Fall, dass ein einziger Bieter den Zuschlag für mehr als ein Los erhalten kann, kann der öffentliche Auftraggeber Aufträge über mehrere oder alle Lose vergeben, wenn er in der Auftragsbekanntmachung oder in der Aufforderung zur Interessenbestätigung angegeben hat, dass er sich diese Möglichkeit vorbehält und die Lose oder Losgruppen angibt, die kombiniert werden können. Sofern der Auftraggeber also die Durchführung dieser sog. »Parallelausschreibung« vorab deutlich benennt, darf er eine vergleichende Bewertung der Angebote vornehmen, um festzustellen, ob die Angebote eines bestimmten Bieters für eine bestimmte Kombination von Losen die festgelegten Zuschlagskriterien in Bezug auf diese Lose als Ganzes besser erfüllen als die Angebote für die betreffenden einzelnen Lose für sich genommen. Ist dies der Fall, kann dem betreffenden Bieter ein Auftrag in Kombination der betreffenden Lose erteilt werden.¹¹³
- 59 Grenze ihrer Zulässigkeit sind die berechtigten Bieterinteressen. Führt eine Parallelausschreibung für den Bieter zu einem nicht mehr zu rechtfertigenden Aufwand bei der Angebotserstellung, so ist darin ein Verstoß gegen § 2 EU Abs. 7 S. 2 VOB/A zu sehen. Der zulässige Arbeitsaufwand ist im Einzelfall zu bestimmen.¹¹⁴

§ 6 Teilnehmer am Wettbewerb

- (1) Öffentliche Aufträge werden an fachkundige und leistungsfähige (geeignete) Unternehmen vergeben, die nicht nach § 6e EU ausgeschlossen worden sind.
- (2) Ein Unternehmen ist geeignet, wenn es die durch den öffentlichen Auftraggeber im Einzelnen zur ordnungsgemäßen Ausführung des öffentlichen Auftrags

111 OLG Düsseldorf, Beschl. v. 17.01.2013 – Verg 35/12.

112 VK Brandenburg, Beschl. v. 23.08.2018 – VK 15/18.

113 Erwägungsgrund 79 zur VRL.

114 KG, Beschl. v. 22.08.2001 – KartVerg 3/01, NZBau 2002, 402.