

kullackrechtsanwälte · friedrichstraße 15 · 60323 frankfurt am main
LGS Landau 2014 gGmbH
z.H. Herrn Matthias Schmauder
Georg-Friedrich-Dentzel-Straße 1
76829 Landau

Sonja Kenigstein
Rechtsanwältin

Bau- und Vergaberecht

Sekretariat: Frau Feldner
Telefon: 069 71 91 26 - 30
Telefax: 069 71 91 26 - 31

Friedrichstraße 15
60323 Frankfurt am Main

post@kullackrechtsanwaelte.de

Aktenzeichen: 706/11RK01 f

Frankfurt am Main, den 11.03.2013

**Landesgartenschau Landau 2014
Los 3**

Sehr geehrter Herr Schmauder,

Sie haben um Überprüfung der Frage gebeten, ob die in Los 3 (Quartierspark Wassergarten) enthaltenen Leistungen zusammen gefasst in einem Los ausgeschrieben werden durften oder eine Aufteilung nach Fachlosen (Trennung der landschaftsgärtnerischen Arbeiten von den fachfremden Teilleistungen) vergaberechtlich erforderlich war.

Anlass der Überprüfung ist ein Schreiben des Landesrechnungshofes vom 21.02.2013.

Zur Erwidern des Schreibens liegt ein von Ihnen verfasster Entwurf vom 07.03.2013 vor.

Zu Ihrer Frage nehmen wir wie folgt Stellung:

1. Zulässigkeit der Gesamtvergabe

a) Grundsätze der Rechtsprechung zur Gesamtvergabe

Zur Zulässigkeit einer Gesamtvergabe (§ 5 VOB/A, § 97 Abs. 3 GWB) geht die aktuelle Rechtsprechung von folgenden Grundsätzen aus:

Bei der Vergabe von Leistungen, die verschiedenen sachlich voneinander abgrenzbaren Gewerken zuzuordnen sind, ist die getrennte Fachlosvergabe der Regelfall (VK Sachsen, Beschluss v. 10.02.2012, Az.: 1/SVK/050-11; OLG Düsseldorf, Beschlüsse v. 25.11.2009, Az.: Verg 27/09, und v. 21.03.2012, Az.: Verg 92/11).

Allerdings kann der Auftraggeber aus überwiegenden wirtschaftlichen oder technischen Gründen mit entsprechender Begründung auf eine Aufteilung verzichten.

~~Erforderlich ist dabei, dass die Gründe für eine Gesamtvergabe nicht nur anerkennenswert sind, sondern überwiegen bzw. die Gesamtvergabe erforderlich machen, was eine umfassende Interessenabwägung des Auftraggebers voraussetzt (VK Schleswig-Holstein, Beschluss v. 19.10.2012, Az.: VK-SH 28/12; OLG Düsseldorf, Beschlüsse v. 25.11.2009, Az.: Verg 27/09, v. 01.08.2012, Az.: Verg 10/12, v. 25.04.2012, Az.: Verg 100/11; VK Baden-Württemberg, Beschluss v. 18.02.2011, Az.: 1 VK 2/11).~~

Bei dieser Entscheidung steht dem Auftraggeber ein Ermessensspielraum zu.

Die Entscheidung ist von den Vergabenachprüfungsinstanzen nur darauf zu überprüfen, ob sie auf vollständiger und zutreffender Sachverhaltsermittlung beruht sowie aus vernünftigen Erwägungen heraus und im Ergebnis vertretbar getroffen worden ist (VK Schleswig-Holstein, Beschluss v. 19.10.2012, Az.: VK-SH 28/12; VK Sachsen, Beschluss v. 10.02.2012, Az.: 1/SVK/050-11; OLG Düsseldorf, Beschlüsse v. 25.11.2009, Az.: Verg 27/09, v. 01.08.2012, Az.: Verg 10/12, v. 25.04.2012, Az.: Verg 100/11).

Insbesondere ist bei der Abwägung zu beachten, dass der öffentliche Auftraggeber durch seine Ausschreibungen nicht bestimmte Märkte oder Marktteilnehmer zu bedienen hat. Er muss seine Ausschreibungen nicht so zuschneiden, dass sich bestimmte Unternehmen daran beteiligen können (VK Schleswig-Holstein, Beschluss v. 19.10.2012, Az.: VK-SH 28/12; OLG Düsseldorf, Beschlüsse v. 25.04.2012, Az.: Verg 100/11, v. 23.03.2011, Az.: Verg 63/10, v. 25.11.2009, Az.: Verg 27/09).

In einem Fall, in dem für unterschiedliche Gebietslose lediglich eine Arbeitsgemeinschaft ein Angebot eingereicht hatte und in dem davon auszugehen war, dass zur Bedienung der Gebietslose Einzelunternehmen nicht in der Lage seien, hat das OLG Düsseldorf allerdings entschieden, dass der gewählte Loszuschnitt zu groß sei (Beschluss v. 21.03.2012, Az.: Verg 92/11).

Demnach hätte der Auftraggeber seine Ausschreibung also doch den Marktverhältnissen anpassen müssen.

Allerdings fügt sich diese Entscheidung ersichtlich nicht in die Reihe anders lautender Beschlüsse des OLG Düsseldorf ein (s. o.). Es ist davon auszugehen, dass die Rechtsprechung grundsätzlich bei ihrer bisherigen Linie, die in nachfolgenden Entscheidungen auch wieder bestätigt wurde (s. o.), bleiben wird.

b) Folgerungen für die Landesgartenschau

Übertragen auf die Situation der LGS (Los 3) bedeutet dies:

Da die ausgeschriebenen Arbeiten anteilig nicht dem Gewerk Garten- und Landschaftsbau zuzuordnen sind (Brunnenbohr-, Beton-, Rohrleitungs- und Stahlbauarbeiten), ist zunächst vom Grundsatz der getrennten Fachlosvergabe auszugehen.

Allerdings kann die LGS nach einer umfassenden Interessenabwägung (die zu dokumentieren ist) zu dem Ergebnis kommen, dass eine Gesamtvergabe aus technischen oder wirtschaftlichen Gründen erforderlich ist.

Dies ist angesichts der Ausführungen auf S. 2 / 3 des Schriftsatzentwurfs vom 07.03.2013 sehr gut vertretbar. Die Verzahnung der Arbeiten der verschiedenen Gewerke ineinander, die sowohl aus technischer als auch aus wirtschaftlicher Sicht (Gewährleistungsproblematik) eine einheitliche Ausführung erforderlich macht, ist nachvollziehbar und konkret dargestellt.

c) Zwischenergebnis

Als Zwischenergebnis ist daher festzustellen, dass mit der Begründung des Schriftsatzentwurfs vom 07.03.2013 die Gesamtvergabe zulässig ist. Es liegt kein Verstoß gegen vergaberechtliche Grundsätze vor.

2. Dokumentation

a) Anforderungen

Die Begründung von Ermessensentscheidungen der Vergabestelle gehört, obwohl in § 20 VOB/A nicht ausdrücklich erwähnt, unstreitig zu den wesentlichen Inhalten der Dokumentationspflicht des Auftraggebers. Der Prozess der Entscheidungsfindung muss detailliert und für einen mit der Sachlage des jeweiligen Vergabeverfahrens vertrauten Leser nachvollziehbar festgehalten werden (z. B. VK Baden-Württemberg, Beschluss v. 18.02.2011, Az.: 1 VK 2/11; VK Lüneburg, Beschluss v. 10.06.2010, Az.: VgK-21/2010).

b) Dokumentation von Los 3

Bei der Entscheidung, die in Los 3 enthaltenen Leistungen nicht in mehreren Fachlosen zu vergeben, handelt es sich um eine Ermessensentscheidung (s. o.).

Die Begründung der Entscheidung für die Gesamtvergabe war nicht bereits im Vergabevermerk enthalten (insbesondere auch nicht in dem Vergabevorschlag vom 28.11.2012), sondern findet mit der beabsichtigten Stellungnahme erstmals schriftlichen Eingang in das Vergabeverfahren.

Es stellt sich daher die Frage nach den Auswirkungen einer solchen nachträglichen Dokumentation.

c) Auswirkungen einer nachträglichen Dokumentation

Die Rechtsprechung ist in dieser Frage nicht einheitlich.

Bis in die jüngste Zeit wurde nahezu einhellig die Auffassung vertreten, dass eine nachträgliche Heilung einer unzureichenden Dokumentation nicht möglich sei. Das Vergabeverfahren sei vielmehr in den Stand vor der lückenhaften Dokumentation zurückzusetzen (VK Baden-Württemberg, Beschluss v. 18.02.2011, Az.: 1 VK 2/11; VK Sachsen, Beschluss v. 24.03.2011, Az.: 1/SVK/005-11; OLG Jena, Beschluss v. 09.09.2010, Az.: 9 Verg 4/10; OLG Celle, Beschluss v. 11.02.2010, Az.: 13 Verg 16/09).

Gegen diese Ansicht hat sich allerdings wiederholt das OLG Düsseldorf ausgesprochen (Beschlüsse v. 23.03.2011, Az.: Verg 63/10 und v. 21.07.2010, Az.: Verg 19/10).

Danach soll es jedenfalls in gewissen Fallgestaltungen zulässig sein, die Erwägungen für eine bestimmte Entscheidung und die notwendige Dokumentation auch nachträglich vorzunehmen.

Dieser Sichtweise hat sich auch der BGH angeschlossen, indem er feststellt dass es mit dem vergaberechtlichen Beschleunigungsgrundsatz nicht vereinbar sei, bei Mängeln der Dokumentation generell und unabhängig von deren Gewicht und Stellenwert von einer späteren Berücksichtigung abzusehen und stattdessen das Vergabeverfahren zurückzusetzen. Dieser Schritt solle vielmehr Fällen vorbehalten bleiben, in denen zu besorgen sei, dass die Berücksichtigung der nachgeschobenen Dokumentation nicht ausreichen könne, um eine wettbewerbskonforme Auftragserteilung zu gewährleisten (BGH, Beschluss v. 08.02.2011, Az.: X ZB 4/10).

d) Folgerungen für die Landesgartenschau

Nach diesen Grundsätzen ist es sehr gut vertretbar, die jetzt nachträglich vorzubringende Begründung für die Gesamtvergabe von Los 3 zu berücksichtigen, ohne dass das Vergabeverfahren teilweise zu wiederholen wäre.

Die Gründe für die Gesamtvergabe (enge „Verzahnung“ der verschiedenen Gewerke mit den daraus resultierenden Folgen) würden auch in einem erneut durchzuführenden Vergabeverfahren in wettbewerbskonformer Weise zur Bildung eines einheitlichen Gesamtloses führen. Durch die nachträgliche Berücksichtigung werden daher keine Grundsätze des Vergaberechts verletzt.

In diesem Zusammenhang ist auch zu berücksichtigen, dass die o. g. Entscheidungen zur nachträglichen Dokumentation sich auf Fälle beziehen, in denen die Begründung erst während eines laufenden Nachprüfungsverfahrens nachgereicht wurde. Die LGS befindet sich noch in dem Stadium vor Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens, was die Berücksichtigung jetzt vorgebrachter Erwägungen tendenziell erleichtert.

3. Gesamtergebnis

Die Gesamtvergabe der in Los 3 enthaltenen Leistungen steht im Einklang mit den Grundsätzen des Vergaberechts.

Die erforderliche Dokumentation der tragenden Ermessenserwägungen wird mit dem als Entwurf vom 07.03.2013 vorliegenden Schreiben in vergaberechtlich zulässiger Weise vorgenommen.

Gerne stehen wir für Rückfragen zur Verfügung.

Mit freundlichen Grüßen


Sonja Kenigstein
Rechtsanwältin