

# Vergabe Navigator

ÖFFENTLICHE AUFTRÄGE RECHTSSICHER VERGEBEN – FACHINFORMATIONEN FÜR DIE VERGABESTELLEN

## HERAUSGEBER

Rechtsanwalt  
Norbert Dippel

Ltd. städt. Rechtsdirektor a.D.  
Martin Krämer

Rechtsanwalt  
Prof. Dr. Ralf Leinemann

Rechtsanwalt  
Dr. Rainer Noch

Beigeordneter a.D., DStGB  
Norbert Portz

Leitender Rechtsdirektor  
Dr. Kay-Uwe Rhein

Dipl.-Ing.  
Ulrich Welter



■ *Dr. Rainer Noch*

### Vertrauen ist gut ...

Wann endet das „Vertrauendürfen“? 24

■ *Rechtsanwalt Moritz Schmidt*

### Zuschlag trotz Schlechtleistung

VK Bund: Auch fehlende  
Selbstreinigung kein Ausschlussgrund 14

■ *Rechtsanwalt Paul Dorn*

### Ehrlich währt am längsten

VK Nordbayern: Bei Falschangaben  
kein Vertrauen auf bestätigte Eignung 19

125

≡ Reguvis

■ *Rechtsanwalt Simon Gesing, M.A., Leinemann & Partner Rechtsanwälte mbB, Berlin*

# Die Gesamtvergabe bleibt die Ausnahme

## OLG Düsseldorf: Volkswirtschaftlicher Nutzen stellt keine Rechtfertigung dar

**Ein Verzicht auf eine Losvergabe ist zulässig, wenn wirtschaftliche oder technische Gründe dies erfordern. Wirtschaftliche Gründe für eine Gesamtvergabe liegen vor, wenn eine Aufteilung in Lose mit wirtschaftlich nachteiligen Folgen für den Auftraggeber verbunden ist, die über das übliche Maß hinausgehen. Auf rein volkswirtschaftliche Nachteile kann die Gesamtvergabe nicht gestützt werden. Dies hat das Oberlandesgericht (OLG) Düsseldorf mit Beschluss vom 21.8.2024 (Verg 7/24) entschieden.**

### Der Sachverhalt

Die Auftraggeberin schrieb im offenen Verfahren eine Fahrbahnerneuerung für die Bundesautobahn EU-weit aus. Die ausgeschriebenen Arbeiten umfassen neben der Erneuerung der Asphaltfahrbahn auch die Erneuerung des Fahrbahnrückhaltesystems, eine auf-, um- und abzubauende 3+1-Verkehrsführung sowie die Herstellung der Weißmarkierung. Eine Fachlosaufteilung war nicht vorgesehen.

Die spätere Antragstellerin rügte die unterbliebene Fachlosbildung. Bei der Verkehrssicherung handele es sich um ein anerkanntes Fachlos.

Sie sei ein auf die Verkehrssicherung spezialisiertes Unternehmen und auf die Erbringung dieser Leistung fachlich eingerichtet. Erd- und Deckenbauarbeiten erbringe sie hingegen nicht, weshalb sie durch die unterbliebene Fachlosbildung an einer Angebotsabgabe gehindert werde.

Diese Rüge wies die Auftraggeberin zurück. Es sprächen sowohl wirtschaftliche als auch technische Gründe für das Absehen von einer Losvergabe.

Daraufhin strengte die Antragstellerin ein Nachprüfungsverfahren an. Die Vergabekammer des Bundes (VK Bund) wies den Nachprüfungsantrag zurück (Beschluss v. 29.2.2024 – VK 2-17/24). Das Absehen von der Fachlosbildung sei vergaberechtlich nicht zu beanstanden.

Gegen diese Entscheidung legte die Antragstellerin fristgerecht sofortige Beschwerde ein. Der Verzicht auf eine Fachlosbildung sei nicht gerechtfertigt. Dieser müsse nach der gesetzgeberischen Wertentscheidung in § 97 Abs. 4 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) mit Rücksicht auf die mittelständischen Interessen die Ausnahme sein, was weder die Auftraggeberin noch die VK Bund beachtet habe.

### Die Entscheidung

Der Nachprüfungsantrag ist begründet. Die ohne Losaufteilung erfolgte Ausschreibung der Fahrbahnerneuerung der Bundesautobahn, bestehend aus der Erneuerung der Asphaltfahrbahn, des Fahrbahnrückhaltesystems, der Herstellung der Weißmarkierung sowie der Verkehrssicherung während der Baumaßnahme verstößt gegen § 97 Abs. 4 Satz 2 GWB. Die Gesamtvergabe ist nicht gemäß § 97 Abs. 4 Satz 3 GWB gerechtfertigt.

Ist eine Fachlosbildung – so wie hier für die Leistungen Fahrbahnrückhaltesystem, Verkehrssicherung und Weißmarkierung – möglich, weil für diese Leistungen ein eigener Markt besteht, kommt eine Gesamtvergabe nur ausnahmsweise in Betracht. Der gesetzliche Regelfall ist die losweise Vergabe, sie ist grundsätzlich vorrangig.

Der öffentliche Auftraggeber hat sich daher, wenn ihm eine Ausnahme von dem Grundsatz der losweisen Vergabe aus wirtschaftlichen oder technischen Gründen im Sinne von § 97 Abs. 4 Satz 2

und 3 GWB erforderlich erscheint, mit dem Gebot einer Fachlosvergabe und den dagegensprechenden Gründen intensiv auseinanderzusetzen.

Der Auftraggeber muss eine umfassende Abwägung der widerstreitenden Belange vornehmen, als deren Ergebnis die für eine zusammenfassende Vergabe sprechenden Gründe nicht nur anerkanntenswert sein, sondern überwiegen müssen.

Der Maßstab der rechtlichen Überprüfung durch die Vergabenachprüfungsinstanzen ist allerdings beschränkt. Bei seiner Entscheidung hat der öffentliche Auftraggeber einen Beurteilungsspielraum.

Der Kontrolle unterliegt insofern allein, ob die Entscheidung auf vollständiger und zutreffender Sachverhaltsermittlung und nicht auf einer Fehlbeurteilung, namentlich auf Willkür, beruht. Dabei müssen die für eine Gesamtlosvergabe angeführten Gründe auf den konkreten Auftrag bezogen und tatsächlich vorhanden (festzustellen und notfalls erwiesen) sein.

Nach diesen Maßstäben ist die Entscheidung der Auftraggeberin, von einer Fachlosvergabe Abstand zu nehmen, vergaberechtsfehlerhaft. Die angeführten Gründe sind keine technischen oder wirtschaftlichen Gründe im Sinne von § 97 Abs. 4 Satz 3 GWB, die eine Gesamtvergabe erfordern.

Darüber hinaus hat sich die Auftraggeberin mit den für eine Fachlosbildung sprechenden Gesichtspunkten nicht auseinandergesetzt und sie in eine Abwägung der widerstreitenden Interessen einbezogen.

Unter technischen Gründen für eine Gesamtvergabe sind solche zu verstehen, die eine Integration aller Leistungsschritte in einer Hand zur Erreichung des vom Auftraggeber angestrebten Qualitätsniveaus notwendig machen. Sie müssen im Auftrag selbst begründet sein und damit im Zusammenhang stehen.

Sie liegen vor, wenn bei getrennten Ausschreibungen das nicht durch die inhaltliche Gestaltung der Vergabeunterlagen vermeidbare Risiko besteht, dass der Auftraggeber 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.

Dies ist etwa der Fall, wenn für ein Bauwerk spezifische Bauteile oder eine besondere Abstimmung der Errichtungsschritte aufeinander erforderlich sind, die bereits während des Erstellungsprozesses besondere Maßnahmen aus einer Hand erfordern.

Nach Ansicht der Auftraggeberin verringert eine Gesamtvergabe die Entstehung von Gefahrenlagen in Bezug auf die Verkehrs- und Arbeitssicherheit, da die Ausführung der erforderlichen Leistungen fachlich und technisch überdurchschnittlich komplexen sowie miteinander verknüpften baubetrieblichen Prozessen unterliegen, die im Sinne der Bausicherheit bestmöglich von einem Gesamtauftragnehmer ausgeführt werden können.

Diese Ausführungen rechtfertigen die Feststellung technischer Gründe im Sinne der genannten Vorschrift jedoch nicht.

Es ist nicht nachzuvollziehen, warum die hier in Rede stehende Fahrbahnerneuerung im Vergleich zu anderen Fahrbahnerneuerungen auf Bundesautobahnen, die nach eigenen Angaben der Auftraggeberin in 90 Prozent aller Fälle in Fachlosen vergeben werden, deutlich höhere Anforderungen an die baubetrieblichen Prozesse in fachlicher und technischer Hinsicht stellt.

Die Auftraggeberin macht für das Abweichen von dem Grundsatz der Losvergabe auch keine Gründe geltend, die als wirtschaftliche Gründe im Sinne von § 97 Abs. 4 Satz 3 GWB anzuerkennen sind.

Die Aufteilung in Teil- oder Fachlose soll nicht zu einer „unwirtschaftlichen Zersplitterung“ führen, da ansonsten ein wesentliches Ziel des Vergaberechts, nämlich für ein sparsames und wirtschaftlich vernünftiges Nachfrageverhalten des Staates zu sorgen, beeinträchtigt werden würde.

Wirtschaftliche Gründe für eine Gesamtvergabe liegen vor, wenn eine Aufteilung in Lose mit wirtschaftlich nachteiligen Folgen für den Auftraggeber verbunden ist, die über das übliche in Kauf zu nehmende Maß hinausgehen.

Denn ein gewisses Maß an Aufwand, der sich auch als wirtschaftlich negativer Effekt darstellen lässt, wird vom Gesetzgeber im Hinblick auf die Förderung mittelständischer Unternehmen in Verbindung mit dem aus einer Losvergabe resultierenden Koordinierungsaufwand und der Einbindung zusätzlicher personeller Ressourcen beim öffentlichen Auf-

traggeber grundsätzlich in Kauf genommen.

Nach Maßgabe dieser Voraussetzungen ist die mit einer Gesamtvergabe beabsichtigte Bauzeitverkürzung kein wirtschaftlicher Grund im Sinne von § 97 Abs. 4 Satz 3 GWB. Erforderlich ist vielmehr, dass die Zeitersparnis kausal mit wirtschaftlichen Vorteilen für den öffentlichen Auftraggeber verbunden ist.

Die Auftraggeberin geht bei einer Gesamtvergabe im Vergleich zu einer Fachlosbildung für die Leistungen Bau, Verkehrssicherung, Markierungen und Schutzeinrichtungen von einer Bauzeitverkürzung von 21 Werktagen und damit von einer Bauzeit von vier Monaten aus.

Hierdurch resultiere ein volkswirtschaftlicher Nutzen, der anhand standardisierter Nutzungsausfallkosten für Arbeitsstellen auf Autobahnen quantifiziert werden könne und vorliegend 123.900 Euro pro Tag, mithin insgesamt 3,2 Mio. Euro, betrage.

Die Auftraggeberin beruft sich allein auf den volkswirtschaftlichen Nutzen einer Bauzeitenverkürzung, den sie anhand von standardisiert ermittelten Nutzungsausfallkosten berechnet. Diese beinhalten u.a. die Kosten aus der Veränderung der Fahrzeiten im fließenden Verkehr.

Bei dem volkswirtschaftlichen Nutzen handelt es sich nicht um einen wirtschaftlichen Nachteil des öffentlichen Auftraggebers, auf den es beim Vorliegen eines wirtschaftlichen Grundes gemäß § 97 Abs. 4 Satz 3 GWB entscheidend ankommt, weil er durch das Gebot der Losaufteilung nicht zu einer für ihn als Nachfrager unwirtschaftlichen Beschaffung verpflichtet werden soll.

Nachteilige Folgen für den Straßenzustand, die Verkehrsteilnehmer, die Umwelt und die Volkswirtschaft können allenfalls bei der Gewichtung des wirtschaftlichen Nachteils für den öffentlichen Auftraggeber berücksichtigt werden. Sie können nicht an die Stelle eines von § 97 Abs. 4 Satz 3 GWB geforderten wirtschaftlichen Nachteils des öffentlichen Auftraggebers treten.

### Praxishinweise

Die Entscheidung des Senats überzeugt. Die Gründe, welche im Vergabevermerk ausreichend zu dokumentieren sind, müssen auf den konkreten Einzelfall abstellen und dürfen sich nicht in reinen Zweckmäßigkeitserwägungen erschöpfen. Nachteile, die üblicherweise mit jeder Losvergabe verbunden sind, reichen

als Begründung nicht aus. Dies betrifft den pauschalen Hinweis auf den Wegfall von Synergieeffekten, einen erhöhten Koordinierungs- und Kontrollaufwand aber auch etwaige Sicherheitsrisiken.

Durch die Verankerung des Regel-/Ausnahmeverhältnisses in § 97 Abs. 4 GWB sind die Anforderungen für die Rechtfertigung einer Gesamtvergabe deutlich gestiegen. Eine formelhafte Begründung im Vergabevermerk reicht hierfür nicht aus. Vielmehr bedarf es einer umfassenden Abwägung der widerstreitenden Belange, als deren Ergebnis die für eine zusammenfassende Vergabe sprechenden Gründe nicht nur anerkennenswert sein, sondern überwiegen müssen.

Reguvis

**Leistungsbeschreibungen,  
Bewertungskriterien und  
Netzwerken!**



**Vergabeunterlagen-  
Datenbank für die  
Öffentliche Hand**

Jetzt kostenfrei testen:  
[reguvis.de](https://www.reguvis.de)

