HECKER
WERNER
HIMMELREICH
RECHTSANWÄLTE

**HECKER WERNER HIMMELREICH**
**Rechtsanwälte Partnerschaft mbB**

# Bauprojekte mit Total- und Generalunternehmern

## Spannungsfeld zwischen Personalmangel, Beschleunigung und Mittelstandsförderung

**Unternehmergespräch**
**am 31. Januar 2024**

HECKER
WERNER
HIMMELREICH
RECHTSANWÄLTE

# Agenda

I. Vorüberlegungen und Voraussetzungen

II. Das Vergabeverfahren

III. Vertragsgestaltung und -abwicklung

HECKER
WERNER
HIMMELREICH
RECHTSANWÄLTE

Teil I

# VORÜBERLEGUNGEN UND VORAUSSETZUNGEN

HECKER
WERNER
HIMMELREICH
RECHTSANWÄLTE

# Herausforderungen der aktuellen Situation

- Modernisierungsstau bauliche Infrastruktur, Beispiel Schulgebäude, Brückensanierung etc.
- Gleichzeitig aber: Hohe Verschuldung der Kommunen und der öffentlichen Hand insgesamt
- Fachkräftemangel auch bei öffentlichen Auftraggebern, insbesondere Ingenieure/Architekten fehlen

HECKER
WERNER
HIMMELREICH
RECHTSANWÄLTE

# Grundsatz: Losvergabe

- Grundsatz (§ 97 Abs. 4 GWB, § 5 EU Abs. 2 Nr. 1 VOB/A):

> 1 Mittelständische Interessen sind bei der Vergabe öffenticher Aufträge vornehmlich zu berücksichtigen. 2 Leistungen sind in der Menge aufgeteilt (Teillose) und getrennt nach Art oder Fachgebiet (Fachlose) zu vergeben. 3 Mehrere Teil- oder Fachlose dürfen zusammen vergeben werden, wenn wirtschaftliche oder technische Gründe dies erfordern.

HECKER
WERNER
HIMMELREICH
RECHTSANWÄLTE

# Grundsatz: Losvergabe

- Begriffsbestimmung Los:
  - Teillos (Gebietslos)
  - Fachlos
  - Unterschiedliche Gewerke einer Gesamtbaumaßnahme

- Losvergabe = Einzelvergabe ist Regelfall und gesetzliches Leitbild (Mittelstandsförderung)

HECKER
WERNER
HIMMELREICH
RECHTSANWÄLTE

# Nachteile der Losvergabe

- Vielzahl von Vergabeverfahren (Planungs- und Bauausführungsebene) zu bewältigen
- Keine frühzeitige Kostensicherheit (Regelfall: Einheitspreisverträge)
- Reduzierte Terminsicherheit bei gewerkeweiser Vergabe (Bsp.: Behinderung des Dachdeckers bei Verzug des Rohbauers etc.)
- Sehr großer Koordinierungsaufwand bei Bauausführung (an sich Aufgabe des Objektplaners und ggf. Projektsteuerers) sowie zwischen Planung und Ausführung

HECKER
WERNER
HIMMELREICH
RECHTSANWÄLTE

# Weitere Nachteile der Losvergabe

- Vielzahl von Schnittstellen, sowohl auf Planungs- als auch auf Ausführungsseite
- Auftraggeber hat diverse Vertrags- und Ansprechpartner
- Zuordnung von Mängelverursachung und Haftung problematisch
- Insolvenz oder Kündigung eines Baubeteiligten: Verzögerungen, Behinderung Folgegewerke, Neuausschreibung des fraglichen Gewerks (?)

HECKER
WERNER
HIMMELREICH
RECHTSANWÄLTE

# Verzicht auf Losvergabe – TU-/GU-Vergaben als Lösung

- Begriffsbestimmungen – keine rechtliche Definition:

➢ **Generalunternehmer:** erbringt zumindest einen Teil der Bauleistungen im eigenen Unternehmen; die übrigen Leistungen gibt er an Nachunternehmer weiter; teils auch Übernahme von Planungsleistungen (in der Praxis häufig ab Ausführungsplanung, LPh 5 HOAI)

➢ **Generalübernehmer:** vergibt alle Bauleistungen (und ggf. Planungsleistungen ab LPh 5 HOAI) an Nachunternehmer und erbringt keine Leistungen im eigenen Betrieb

# TU-/GU-Vergaben: Begriffsbestimmungen

- **Totalunternehmer:** Leistungssoll umfasst neben der Erbringung sämtlicher Bauleistungen auch die wesentlichen Planungsleistungen (z.B. ab Vorplanung, LPh 2 oder Entwurfsplanung, LPh 3); -> Vereinigung Funktionen eines Generalplaners und eines Generalunternehmers; Erbringung Teile der Bauleistungen im eigenen Betrieb, ansonsten Vergabe an Nachunternehmer, in der Praxis insbesondere Weitervergabe der Planungsleistungen an ext. Architekt sowie Fachplaner

HECKER
WERNER
HIMMELREICH
RECHTSANWÄLTE

# TU-/GU-Vergaben: Begriffsbestimmungen

- **Totalübernehmer:** vergibt alle Bauleistungen und Planungsleistungen an Nachunternehmer und erbringt keine Planungs- und Bauleistungen im eigenen Betrieb

- Auch Kombinationslösungen möglich, Beispiel „**Generalunternehmer+**“ bzw. „**Generalübernehmer+**“ (Leistungssoll z.B.: alle Bauleistungen und sämtliche Planungsleistungen ab der zuvor vom Planer unterbrochenen LPh 3); „**Hochbau-GU**“, „**Haustechnik-GU**“, „**Teil-GU**“ etc. („Paket-Vergabe“)

- **Wichtig:** Begrifflichkeiten nicht entscheidend, sondern Festlegung geschuldete Leistungen gemäß Vertragsbedingungen / Leistungsbeschreibung

HECKER
WERNER
HIMMELREICH
RECHTSANWÄLTE

# Wichtigste praktische Vorteile TU-/GU-Vergabe

- Siehe vorne -> analog Nachteile Losvergabe
- Maßgeblich: Deutliche Beschleunigung des Projekts durch Wegfall Mehraufwand diverse Ausschreibungen, Koordinationsaufwand des AG sowie Möglichkeit des GU/TU, sein Personal bzw. seine Nachunternehmer effektiv und flexibel einzusetzen
- Frühestmögliche und größtmögliche Kostensicherheit (Vereinbarung Pauschalvergütung des GU/TU)
- Größere Terminsicherheit (grds. keine Berufung des AN auf Behinderung durch andere Gewerke möglich)
- Minimierung Schnittstellen in Ausführung und Gewährleistung

HECKER
WERNER
HIMMELREICH
RECHTSANWÄLTE

# Vorteile / Nachteile TU-/GU-Vergabe

- Besondere Vorteile **TU-Vergabe**: Schnittstelle zwischen Planung und Ausführung entfällt; TU fungiert auch als Generalplaner, daher auch keine Schnittstellen auf der Planungsebene

- Nachteile GU-/TU-Vergaben: GU- bzw. TU-Zuschlag bei Vergütung (Höhe in der Praxis stark schwankend, im Regelfall zwischen 10 % - 15 %) -> dadurch tendenziell höheres Preisniveau (?)

  andererseits: Ersparnis Koordinierungsaufgaben; Übertragung Risiken (Terminrisiken, Kostenrisiken, Schnittstellenrisiken) an GU/TU – auch dies kostenmäßig zu beachten.

HECKER
WERNER
HIMMELREICH
RECHTSANWÄLTE

# Vorteile / Nachteile TU-/GU-Vergabe

- Nachteil **TU-Vergabe**: AG gibt Planung aus der Hand. Da TU Planer und ausführendes Unternehmen in Personalunion ist, fehlt ggf. Korrektiv in Ausführungsplanung

Mögliche **Gegenmaßnahmen** des AG:

- Vorgabe detaillierter Vorgaben für Planung in Bedarfsplanung, Grundlagenermittlung, im Raumprogramm, in der Funktionalen Leistungsbeschreibung (FLB), insbes. Qualitätsanforderungen
- Vereinbarung Mitwirkungsrechte des AG für Planungsphase in Vertragsbedingungen
- Etablierung einer Qualitätskontrolle bzgl. Planung (Baucontrolling)

HECKER
WERNER
HIMMELREICH
RECHTSANWÄLTE

# Vorteile / Nachteile TU-/GU-Vergabe

- Erfahrung zeigt: GU-/TU-Vergaben weniger geeignet bei komplizierten Sanierungsprojekten / Bauen im Bestand. Grund: Unwägbarkeiten bei der Bauausführung, dadurch eingeschränkte Kalkulationsmöglichkeit des Bieters.

- Dagegen gut geeignet bei Neubauten „auf der grünen Wiese“

HECKER
WERNER
HIMMELREICH
RECHTSANWÄLTE

# Voraussetzungen Gesamtvergabe / Verzicht auf Losvergabe

- Zusammenfassung von Losen (also hier bei GU- bzw. TU-Vergabe) ist gesetzliche Ausnahme!
- Inanspruchnahme gesetzlicher Ausnahmen stets begründungsbedürftig - § 97 Abs. 4 S. 3 GWB: „… wenn wirtschaftliche oder technische Gründe dies erfordern."
  - Wirtschaftliche Gründe
  - Technische Gründe
- Ausführliche Begründung in Dokumentation!
- Reine Zweckmäßigkeitserwägungen reichen nicht

HECKER
WERNER
HIMMELREICH
RECHTSANWÄLTE

# Voraussetzungen Gesamtvergabe / Verzicht auf Losvergabe

- Als Begründung **nicht** allein ausreichend:

  - Entlastung des AG von Koordinierungsaufgaben – Vermeidung organisatorischer Mehraufwand
  - Vermeidung von Schnittstellenproblemen in Ausführung und Gewährleistung

=> diese Nachteile der Losvergabe regelmäßig immanent und in Kauf zu nehmen

HECKER
WERNER
HIMMELREICH
RECHTSANWÄLTE

# Voraussetzungen Gesamtvergabe

- „Erfordern“ heißt *deutliches Überwiegen*

  => Umfassende Abwägung der widerstreitenden Belange im jeweiligen Einzelfall

- Mögliche Gründe **wirtschaftlicher** Art (beispielhaft):

➢ Personalknappheit im Bereich Gebäudemanagement: im Einzelnen zu dokumentieren (Anzahl Mitarbeiter/innen für Hochbau, TGA etc., für welche bzw. wie viele andere Projekte sind diese bereits eingesetzt? Wie viel Aufwand würden Einzelvergaben bedeuten? Welche (erfolglosen) Bemühungen um Neueinstellungen hat es gegeben?

HECKER
WERNER
HIMMELREICH
RECHTSANWÄLTE

# Voraussetzungen Gesamtvergabe – wirtschaftliche Gründe

- Durch Beschleunigung Ersparnis Kosten für Interimsstandorte (z.B. Anmietung von Containern oder Ausweichgebäuden)

- Kostenersparnis durch Beauftragung GU/TU: Nachweis durch Wirtschaftlichkeitsberechnung im Einzelfall

- Bei Schulbauten: Hinweis auf drohenden Schulnotstand, instabile Planungsdaten Schülerzahlen

HECKER
WERNER
HIMMELREICH
RECHTSANWÄLTE

# Voraussetzungen Gesamtvergabe – technische Gründe

- Mögliche Gründe **technischer** Art (beispielhaft):

➢ ggf. beengte örtliche Situation, enges Baufeld: Baustelleneinrichtung und/oder Verkehrsanbindung problematisch, hierdurch mit Beeinträchtigungen des Bauablaufs zu rechnen – notwendige Koordination durch GU besser vorzunehmen

➢ GU kann flexibler auf Schlechtleistungen oder ausbleibende Leistungen der Nachunternehmer reagieren, als dies AG gegenüber Einzel-AN könnte

HECKER
WERNER
HIMMELREICH
RECHTSANWÄLTE

# Voraussetzungen Gesamtvergabe – weitere technische Gründe

- Teils schwierige Lage Baustoffmarkt – Lieferschwierigkeiten; GU arbeitet häufiger mit Fertigteilen bzw. höherem Vorfertigungsgrad

- Besonderer Anspruch an Qualitäten, Nachhaltigkeit / Energieeffizienz, Innovation kann größeres Maß an Koordination zwischen Planern und ausführendem Unternehmen erfordern – TU kann unkomplizierter koordinieren, da alle Beteiligten in seinen Verantwortungsbereich gehören; TU kann besondere Erfahrungen und Fähigkeiten übergreifend einbringen.

- Ggf. Ausführung im laufenden Betrieb (Bsp.: Erweiterung Schulgebäude), erfordert erhöhte Maß an Koordination zur Minimierung von Staub- und Lärmentwicklung

HECKER
WERNER
HIMMELREICH
RECHTSANWÄLTE

# Notwendige Vorarbeiten vor Start TU-/GU-Vergabe

- Zwingend erforderlich: Erstellung einer Funktionalen Leistungsbeschreibung (FLB) (mit Vorgaben Qualitäten, Raumprogramm etc.)
- Ggf. Prüfung der FLB durch Baubetriebler (zur Qualitätssicherung)
- Bei GU-Vergabe: FLB mit Leitdetails üblich (in Bezug auf die Ausführungsplanung des GU)
- Zu prüfen und zu beachten: Wer soll FLB erstellen (Planer? Projektsteuerer? Jemand anderes?)? Wie ist diese Leistung auszuschreiben?
- Planung des GU-/TU-Vergabeverfahrens (Achtung Zuschlagskriterien) – hierzu 2. Teil der Veranstaltung

HECKER
WERNER
HIMMELREICH
RECHTSANWÄLTE

# Besondere Vertrags- und Vergütungsmodelle

- Praktisch bewährt bei GU-/TU-Vergaben: Pauschalvergütung

- Alternative Vergütungsmodelle:

➢ **Zielpreismodell mit Open-Book-Regelung**: Festlegung Kostenbudget (mit „pain-share/gain-share“) – Kombination mit Open-Book-Regelung, damit AG eine Unter-bzw. Überschreitung des Kostenbudgets nachvollziehen kann. Auch Einbindung AG in Vergabe Nachunternehmerleistungen -> Modell geeignet für besonders risikobehaftete und schwer kalkulierbare Leistungen – aber hoher Aufwand seitens AG.

# Besondere Vertrags- und Vergütungsmodelle

- Weitere Vergütungsvarianten mit einer Open-Book-Regelung:

- **GMP-Vertrag** (garantierter Maximalpreis): fester Höchstpreis darf nicht überschritten werden. Aufteilung von Einsparungen bei Vergabe der Nachunternehmerleistungen zwischen AG und AN. AN trägt Risiko der Kostenüberschreitung alleine.

- **Cost + Fee-Vertrag**: Vergütung des TU oder GU setzt sich aus Nachtunternehmerkosten zzgl. TU- bzw. GU-Vergütung (Fee) zusammen. Nachteile für AG: Projektrisiken verbleiben bei ihm; hoher Prüfungsaufwand; fehlende Kostensicherheit

HECKER
WERNER
HIMMELREICH
RECHTSANWÄLTE

# Besondere Vertrags- und Vergütungsmodelle: Mehrparteienvertrag

- Mehrparteienvertrag: partnerschaftliche Projektabwicklung / integrierte Projektabwicklung (IPA) -> Zusammenwirken der Baubeteiligten im Rahmen eines Allianzvertrages statt bilateraler Einzelverträge
- Wesentliche Bauunternehmen werden partnerschaftlich bereits in Planung eingebunden
- Projektorganisation basiert auf Kooperation, Offenheit und Konsens / Lean Construction
- Kostenmehrungen und -einsparungen können unter den Partnern geteilt werden (Chancen- und Risiko-Pool)
- Gemeinsames Risikomanagement

HECKER
WERNER
HIMMELREICH
RECHTSANWÄLTE

# Besondere Vertrags- und Vergütungsmodelle: Mehrparteienvertrag

- Nachteile:

➢ für AG hat das regelmäßig Haftungsverzicht auf Planungsfehler zur Folge

➢ Es handelt sich um Einzelvergaben - u.E. kein Anwendungsfall bei GU-/TU-Vergabe; so auch keine frühzeitige Kostensicherheit

➢ Vergaberechtliche Umsetzung der Zusammenarbeit im Rahmen eines Allianzvertrages u.E. überaus anspruchsvoll und fehler-/rügeanfällig

➢ Beträchtlicher Koordinierungsaufwand in der Planungs- und Ausführungsphase verbleibt beim AG

# Besondere Vertrags- und Vergütungsmodelle: Mehrparteienvertrag

- **Fazit**: Dagegen trifft den AG bei TU-Modell kein Koordinierungsaufwand, Vorteile des kooperativen Ansatzes bestehen aber auch dort (Zusammenwirken des TU mit seinen Nachunternehmen)

HECKER
WERNER
HIMMELREICH
RECHTSANWÄLTE

Teil II

# DAS VERGABEVERFAHREN

HECKER
WERNER
HIMMELREICH
RECHTSANWÄLTE

# Ablauf

**Beschaffungsbedarf festlegen**
- Was möchte der Auftraggeber bauen

**Marktsondierung**
- Informationen über/von Anbietern einholen

**Vergabestrategie festlegen**
- Welches Vergabe-verfahren?

**Durchführung des Vergabeverfahrens**
- Ggf. mit Verhandlung über Angebotsinhalt

HECKER
WERNER
HIMMELREICH
RECHTSANWÄLTE

# Bau- oder Dienstleistung?

- Insbesondere die TU-Vergabe beinhaltet neben Bauleistungen auch Planungsleistungen
- Grundsätzlich ist VOB/A (EU) für Bauleistungen maßgeblich und die VgV für Liefer- und Dienstleistungen
- Maßgeblich: § 110 GWB

„(1) *Öffentliche Aufträge, die* ***verschiedene Leistungen*** *wie Liefer-, Bau- oder Dienstleistungen zum Gegenstand haben, werden nach den Vorschriften vergeben, denen der* ***Hauptgegenstand des Auftrags*** *zuzuordnen ist. Dasselbe gilt für die Vergabe von Konzessionen, die sowohl Bau- als auch Dienstleistungen zum Gegenstand haben.“*

HECKER
WERNER
HIMMELREICH
RECHTSANWÄLTE

# Wahl des Vergabeverfahrens

- Immer möglich sind die Öffentliche Ausschreibung und die Beschränkte Ausschreibung (VOB/A) bzw. das offene und das nicht offene Verfahren (VOB/A EU)
- Nur unter bestimmten Voraussetzungen Verhandlungsverfahren/Freihändige Vergabe

Ausnahme bedarf besonderer Begründung!

HECKER
WERNER
HIMMELREICH
RECHTSANWÄLTE

# Wahl des Vergabeverfahrens

- Das Vergabeverfahren sollte individuell für jedes Projekt einzeln gewählt werden
- Keine Regel, dass Verhandlungsverfahren immer zu bevorzugen ist
- Die Entscheidung sollte möglichst frühzeitig getroffen und dokumentiert werden
- Auch im Rahmen des Sondierungsgesprächs kann bereits darüber gesprochen werden, wie das Vergabeverfahren aufgebaut sein wird

# Offenes Verfahren

- Einstufiges Verfahren (Kein Teilnahmewettbewerb)
- Aufforderung unbeschränkter Anzahl von Unternehmer zur Angebotsabgabe
- Im Anschluss werden die eingegangenen Angebote sowie die Eignung der Bieter geprüft
- Die Leistung kann nicht angepasst werden

HECKER
WERNER
HIMMELREICH
RECHTSANWÄLTE

# Nicht offenes Verfahren

- Zweistufiges Verfahren
- Zunächst wird ein Teilnahmewettbewerb durchgeführt, bei dem die Eignung der Bewerber geprüft wird
- Im Anschluss wird eine vorher definierte Anzahl von Bewerbern zur Angebotsabgabe aufgefordert
- Bestimmung der Kriterien für die Aufforderung zur Angebotsabgabe notwendig
- Mindestens 5 Bewerber (anders im Verhandlungsverfahren)

HECKER
WERNER
HIMMELREICH
RECHTSANWÄLTE

## Verhandlungsverfahren mit Teilnahmewettbewerb (Voraussetzungen)

- Es müssen Anpassungen an verfügbare Lösungen vorgenommen werden
- Konzeptionelle oder innovative Lösungen
- Konkrete Umstände erfordern vorherige Verhandlungen
- Technische Spezifikation nicht möglich
- Aufhebung von offenem oder nicht offenem Verfahren

HECKER
WERNER
HIMMELREICH
RECHTSANWÄLTE

# Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb (Voraussetzungen)

- Offenes oder nicht offenes Verfahren hat nur unbrauchbare Angebote hervorgebracht (alle geeigneten Bieter müssen aufgefordert werden)
- Offenes oder nicht offenes Verfahren hat keine Angebote/ Angebote ungeeigneter Bieter hervorgebracht
- Lediglich ein bestimmtes Unternehmen kann die Leistungen erbringen (Kunst / technische Gründe / Ausschließlichkeitsrechte)
- Äußerste (!) Dringlichkeit
- Gleichartige Bauleistungen, die bereits im Vergabeverfahren vergeben wurden

HECKER
WERNER
HIMMELREICH
RECHTSANWÄLTE

# Wettbewerblicher Dialog und Innovationspartnerschaft

- Wettbewerblicher Dialog hat die gleichen Voraussetzungen wie das Verhandlungsverfahren mit Teilnahmewettbewerb
- Ziel ist die Ermittlung und Festlegung der Mittel, mit denen die Bedürfnisse des öffentlichen Auftraggebers am besten erfüllt werden können
- Innovationspartnerschaft hat das Ziel, gemeinschaftlich eine innovative Leistung zu entwickeln
- Notwendigkeit der Innovation ist wesentliche Voraussetzung

HECKER
WERNER
HIMMELREICH
RECHTSANWÄLTE

# Vor- und Nachteile der einzelnen Verfahren

- Das Verhandlungsverfahren muss besonders begründet werden
- Aufgrund der Verhandlungsphase nimmt dies mehr Zeit in Anspruch, als bspw. das offene Verfahren
- Aber es bietet die Möglichkeit, fehlerhafte Angebote zu korrigieren
- Größter Vorteil: Möglichkeit über die Leistung sowie die Preise zu verhandeln

HECKER
WERNER
HIMMELREICH
RECHTSANWÄLTE

# Vor- und Nachteile der einzelnen Verfahren

## Offenes Verfahren

- Geht schneller, als das Verhandlungsverfahren
- schnelle Kostensicherheit

- Nur wenig Möglichkeiten, Fehler zu reparieren
- Keine Anpassung der abgefragten Leistung oder des Vertrages möglich

HECKER
WERNER
HIMMELREICH
RECHTSANWÄLTE

# Unterschiede zwischen TU- und GU-Vergabe

- Bei GU-Vergabe bietet sich auch das Offene Verfahren an, da hier die abgefragte Leistung bereits durch die Entwurfsplanung feststeht
- Bei TU-Vergabe empfiehlt sich eher ein Verhandlungsverfahren, da die Planung meist noch weiterentwickelt werden muss
- Bei TU-Vergaben ist das Verhandlungsverfahren mit Teilnahmewettbewerb zumeist auch zulässig
- Beachte! Wahl der Vergabeart ist stets zu begründen und dokumentieren

HECKER
WERNER
HIMMELREICH
RECHTSANWÄLTE

# Markterkundung

- Informationseinholung
- Information der Unternehmer
- Noch kein Vergabeverfahren

HECKER
WERNER
HIMMELREICH
RECHTSANWÄLTE

# Markterkundungsgespräch

- Vorstellung des Projektes, etwa in einer Präsentation
- Es steht dem Auftraggeber frei, welche Informationen er bereits teilen möchte und welche erst mit den Vergabeunterlagen veröffentlicht werden sollen
- Auch: Frage nach Einschätzung des Unternehmers zu einzelnen offenen Fragen
- Eine Dokumentation lohnt sich

HECKER
WERNER
HIMMELREICH
RECHTSANWÄLTE

# Vergütung für Planungsleistungen im Vergabeverfahren

- Ausdrücklich vorgesehen, § 8b EU Abs. 1 Nr. 1 VOB/A

„*Verlangt jedoch der öffentliche Auftraggeber, dass das Unternehmen Entwürfe, Pläne, Zeichnungen, statische Berechnungen, Mengenberechnungen oder andere Unterlagen ausarbeitet, insbesondere in den Fällen des § 7c EU, so ist einheitlich für alle Bieter in der Ausschreibung eine angemessene Entschädigung festzusetzen. Diese Entschädigung steht jedem Bieter zu, der ein der Ausschreibung entsprechendes Angebot mit den geforderten Unterlagen rechtzeitig eingereicht hat.*“

→ Höhe richtet sich nach der jeweiligen Leistung

HECKER
WERNER
HIMMELREICH
RECHTSANWÄLTE

# Teilnahmewettbewerb

- Hier wird die Eignung der Bewerber geprüft
- Diese betreffen den Bewerber, nicht die angebotene Leistung, da noch kein Angebot besteht
- Die Eignungskriterien müssen sich an dem Auftragsgegenstand orientieren
- Beispiel: Bei einem geschätzten Auftragswert von 6 Mio. € darf der Jahresmindestumsatz höchstens 12 Mio. € betragen, § 6a EU Nr. 2 lit. c VOB/A

HECKER
WERNER
HIMMELREICH
RECHTSANWÄLTE

# Eignungs- und Zuschlagskriterien

## Eignung

- Befähigung und Erlaubnis zur Berufsausübung
- Wirtschaftliche und finanzielle Leistungsfähigkeit
- Technische und berufliche Leistungsfähigkeit

## Zuschlag

- Preis und Kosten
- Qualität der angebotenen Leistung
- Organisation, Qualifikation und Erfahrung des Personals
- Kundendienst, technische Hilfe und Ausführungsfrist

HECKER
WERNER
HIMMELREICH
RECHTSANWÄLTE

# Konzepte als Zuschlagskriterien

- Beispiel: Besonders schwierige örtliche Gegebenheiten. Hier bietet sich ein Konzept für die Baustelleneinrichtung oder die Baustellenlogistik an
- Es muss im Vorfeld eine genaue Matrix der Zuschlagskriterien erstellt werden
- Auch müssen die jeweiligen Punktestufen definiert werden
- Die Gewichtung der Zuschlagskriterien gibt den Auftraggebern einen gewissen Spielraum

HECKER
WERNER
HIMMELREICH
RECHTSANWÄLTE

# OLG Düsseldorf, Beschluss vom 11.12.2013 - Verg 22/13

*„Das Vorliegen einer Leistungsbeschreibung mit Leistungsprogramm gemäß § 7 XIII – XV VOB/A EG, mit Leistungen ganz oder teilweise funktional ausgeschrieben werden, setzt voraus, dass der öffentliche Auftraggeber bestimmte, wesentliche Planungsaufgaben auf den Bieter verlagert und hierüber einen Wettbewerb eröffnet.“*

HECKER
WERNER
HIMMELREICH
RECHTSANWÄLTE

# Prüfung der Teilnahmeanträge

- Eignung wird geprüft, § 16b EU VOB/A
- Zunächst formal auf Vollständigkeit
- Fehlen Unterlagen, können diese nach § 16 a EU VOB/A nachgefordert werden
- Sind die Unterlagen inhaltlich „falsch“ scheidet eine Nachforderung aus
- Achtung: PQ-Liste kann zu Ausschluss führen, da die Referenzen sich auf das konkrete Projekt beziehen müssen

HECKER
WERNER
HIMMELREICH
RECHTSANWÄLTE

# Verhandlungstermin: Mögliche Inhalte

- Änderungen des Vertrags/der BVB
- Der Preis!
- Vollständigkeit des Angebotes
- Terminplan
- Allgemeine Aufklärung des Angebotes

HECKER
WERNER
HIMMELREICH
RECHTSANWÄLTE

# Verhandlungstermin

- Zu dem Termin wird der Bieter schriftlich aufgefordert
- Dies kann auch mit der Vorstellung von Konzepten und der Angebotsaufklärung verbunden werden
- Im Anschluss ist ein genaues Protokoll anzufertigen
- Dies dient der Dokumentation und als Nachweis, dass keine rechtswidrigen Inhalte besprochen wurden

HECKER
WERNER
HIMMELREICH
RECHTSANWÄLTE

# Angebotsprüfung

- Ausschlussgründe des § 16 EU VOB/A zu beachten
- Prüfung der eingereichten Konzepte, des Preises
- Preisprüfung ist zu beachten. Keine zu hohe Abweichung (< 20% bedingt Aufklärung)
- Bei Verhandlungsverfahren kann ggf. bereits das Erstangebot bezuschlagt werden

HECKER
WERNER
HIMMELREICH
RECHTSANWÄLTE

# Prüfung von Konzepten und Planungsleistungen

- Der Auftraggeber kann sich die Konzepte sowie Planungsleistungen in einem Termin vorstellen lassen
- Auch die Präsentation kann dabei gewertet werden und Einfluss auf die Bezuschlagung haben
- Bewertung nach Maßgabe der vorher festgelegten Punkteskala
- Die Bewertung der einzelnen Konzepte und Planungsleistungen muss dokumentiert werden!

HECKER
WERNER
HIMMELREICH
RECHTSANWÄLTE

# Best Practices

- Marktsondierung
- Klare Vergabeunterlagen
- Qualitative Wertungskriterien
- Begründen und Dokumentieren
- Persönliches Gespräch

HECKER
WERNER
HIMMELREICH
RECHTSANWÄLTE

# Dos and Don‘ts

Dos

- Anpassung der Vergabe auf den konkreten Bedarf
- sorgfältige Festlegung der Zuschlagskriterien und geforderten Nachweise

- vorherige Absprachen Treffen
- Anwendung von gewohnten Vergabemustern

Don‘ts

HECKER
WERNER
HIMMELREICH
RECHTSANWÄLTE

# Zwischenfazit

- Eine gute Vergabestrategie führt zu guten Ergebnissen
- Dabei ist die Vergabestrategie je nach Projekt festzulegen
- Eine GU-Vergabe unterscheidet sich wesentlich von einer TU-Vergabe, da die Entwurfsplanung nicht zu bewerten ist
- Aber: Auch bei einer GU-Vergabe darf der Preis nicht das einzige Zuschlagskriterium sein

HECKER
WERNER
HIMMELREICH
RECHTSANWÄLTE

Teil III

# VERTRAGSGESTALTUNG UND -ABWICKLUNG

HECKER
WERNER
HIMMELREICH
RECHTSANWÄLTE

# Der TU- bzw. GU-Vertrag: ein Vertragsmonster?

- Zu den Vergabeunterlagen gehören die Vertragsunterlagen (§ 8 EU Abs. 1 Nr. 2 VOB/A)
- Vergabeunterlagen werden ab dem Tag der Veröffentlichung unentgeltlich mit uneingeschränktem und vollständigem direktem Zugang anhand elektronischer Mittel angeboten

➢ TU- / GU-Vertrag muss mit der Bekanntmachung vorliegen.

HECKER
WERNER
HIMMELREICH
RECHTSANWÄLTE

# TU- / GU-Vertrag: vergaberechtliche Vorgaben

- VOB/B und VOB/C sind Vertragsbestandteile (§ 8a EU Abs. 1 Satz 1 VOB/A)
- Die VOB/B bleiben „grundsätzlich unverändert“ (§ 8a EU Abs. 2 Nr. 1 Satz 1 VOB/A)
- ZVB dürfen den VOB/B „nicht widersprechen“ (§ 8a Abs. 2 Nr. 1 Satz 3 VOB/A)
- Abweichungen in den BVB sollen sich auf die Fälle beschränken,
  - in denen in den VOB/B besondere Vereinbarungen ausdrücklich vorgesehen sind
  - und auch nur, soweit es die Eigenart der Leistung und ihre Ausführung erfordern

HECKER
WERNER
HIMMELREICH
RECHTSANWÄLTE

# TU- / GU-Vertrag: vergaberechtliche Vorgaben

- „grundsätzlich“: Ausnahmen sind möglich, bedürfen aber einer besonderen sachlichen Begründung
- „sollen“ = müssen, es sei denn, es liegt ein sachlich begründeter Ausnahmefall vor

HECKER
WERNER
HIMMELREICH
RECHTSANWÄLTE

# TU- / GU-Vertrag: weitere Vorgaben in der VOB/A

- Ausführungsfristen sind ausreichend zu bemessen, genügend Zeit für die Bauvorbereitung (§ 9 EU Abs. 1 Nr. 1 VOB/A)
- Einzelfristen nur für „in sich abgeschlossene Teile der Leistung, wenn es ein „erhebliches Interesse“ des AG erfordert (§ 9 EU Abs. 2 Nr. 1 VOB/A)
- Vertragsstrafen nur, wenn die Fristüberschreitung „erhebliche Nachteile“ verursachen kann (§ 9a EU Satz 1 VOB/A)

HECKER
WERNER
HIMMELREICH
RECHTSANWÄLTE

# TU- / GU-Vertrag: weitere Vorgaben in der VOB/A

- Sicherheitsleistungen sollen bei nicht offenen Verfahren und bei Verhandlungsverfahren in der Regel nicht verlangt (§ 9c EU Abs. 1 Satz 3 VOB/A)
- Vertragserfüllungssicherheit soll 5 % der Auftragssumme nicht überschreiten (§ 9c EU VOB/A Abs. 2 Satz 2 VOB/A)
- Mängelansprüchesicherheit soll 3 % der Abrechnungssumme nicht überschreiten (§ 9c EU VOB/A Abs. 2 Satz 2 VOB/A)
- Sind wesentliche Änderungen der Preisermittlungsgrundlagen zu erwarten, kann angemessene Änderung der Vergütung vorgesehen werden – Preisgleitklausel (§9d EU VOB/A)

HECKER
WERNER
HIMMELREICH
RECHTSANWÄLTE

# TU- / GU-Vertrag: Grenzen aus dem AGB-Recht

- AGB = für eine Vielzahl von Verträgen vorformulierte Vertragsbedingungen (§ 305 Abs. 1 Satz 1 BGB)
- Trifft auf die VOB/B zu.
- AGB: gesetzliche Inhaltskontrolle mit Klauselverboten
- Grundregel: Unangemessene Benachteiligung, wenn eine AGB-Klausel mit wesentlichen Grundgedanken der dispositiven gesetzlichen Regelung nicht zu vereinbaren ist.
- Folge: Klausel ist unwirksam, Gesetz gilt stattdessen, Vertrag im Übrigen bleibt bestehen

HECKER
WERNER
HIMMELREICH
RECHTSANWÄLTE

# TU- / GU-Vertrag: Grenzen aus dem AGB-Recht

- VOB/B: gesetzliches Privileg: keine AGB-Prüfung (§ 310 Abs. 1 Satz 3 BGB)
- Voraussetzung: VOB/B werden „im Ganzen“ vereinbart
- VOB/B werden „ohne inhaltliche Abweichungen insgesamt einbezogen“

HECKER
WERNER
HIMMELREICH
RECHTSANWÄLTE

# Wo kann es zu Abweichungen von den VOB/B kommen?

- im TU- / GU-Vertrag
- in den BVB
- in den ZVB
- in der Funktionalen Leistungsbeschreibung (FLB)
- [sonst oft: in Vorbemerkungen zu Leistungsverzeichnissen, mitunter auch in Positionstexten]

HECKER
WERNER
HIMMELREICH
RECHTSANWÄLTE

# Wie kann ein TU- / GU-Vertrag danach gestaltet werden?

- Als Vertragsdokument zur Unterzeichnung durch beide Vertragsparteien
- Als BVB

➢ So § 2 Abs. 2 VOB/B: Bei Widersprüchen sind die BVB nachrangig zur Leistungsbeschreibung

➢ Gestaltung als BVB passt zu Vertragsschluss durch Zuschlagserteilung nach Vergaberecht

HECKER
WERNER
HIMMELREICH
RECHTSANWÄLTE

# TU- / GU-Vertrag: Mögliche Inhalte innerhalb der vergabe- und vertragsrechtlichen Grenzen

- Komplettheitsklausel
  - notwendiger Vertragsbestandteil bei Vertragsschluss aufgrund einer FLB
  - In diesem Fall auch in AGB zulässig!
- Pauschalpreisvereinbarung (§ 2 Abs 7 VOB/B)
- Vom AN zu erbringende Planungsleistungen, Planungsfreigabeverfahren (§ 3 Abs. 5 VOB/B)
- Baustelleneinrichtung, Mediennutzung
- Untervergabe an Nachunternehmer, dabei Berücksichtigung mittelständischer Interessen (§ 5 EU Abs. 2 Nr. 1 Satz 4 VOB/A)

HECKER
WERNER
HIMMELREICH
RECHTSANWÄLTE

# TU- / GU-Vertrag: Mögliche Inhalte innerhalb der vergabe- und vertragsrechtlichen Grenzen

- Ausführungsfristen: Einzelfristen, Frist für die abnahmereife Fertigstellung
- Vertragsstrafen (§ 11 VOB/B)
- Abnahmeprozedere, insbesondere bezüglich der TGA: Funktionsprüfung – Inbetriebnahme – Einregulierung
- Freianlagen: Fertigstellungspflege – Entwicklungspflege

HECKER
WERNER
HIMMELREICH
RECHTSANWÄLTE

# TU- / GU-Vertrag: Mögliche Inhalte innerhalb der vergabe- und vertragsrechtlichen Grenzen

- Preisgleitung?
- Zahlungsplan (Vorauszahlungen? Absicherung durch Vorauszahlungsbürgschaften?)
- Sicherheitsleistung: für Vertragserfüllung und Mängelhaftung

HECKER
WERNER
HIMMELREICH
RECHTSANWÄLTE

# TU- / GU-Vertrag: Mögliche Inhalte innerhalb der vergabe- und vertragsrechtlichen Grenzen

- Gerichtsstand
- Außergerichtliche Streitbeilegung
- Schutz vor illegaler Beschäftigung
- BVB nach dem Tariftreue- und Vergabegesetz (TVgG) NRW

HECKER
WERNER
HIMMELREICH
RECHTSANWÄLTE

# TU- / GU-Vertrag: Gehört eine Regelung in den Vertrag / BVB oder in die FLB?

- Zuordnung in der Regel nicht zwingend, Abstimmung erforderlich
- unbedingt: Widersprüche vermeiden

HECKER
WERNER
HIMMELREICH
RECHTSANWÄLTE

# TU- / GU-Vertrag: Besondere Merkmale

- Enge vergabe- und vertragsrechtliche Grenzen
- Unterschied zu TU- / GU-Verträgen mit privaten Auftraggebern!
- Erfahrungen in der Praxis:

  - ❖ gut funktionierendes Regelwerk
  - ❖ hohe Akzeptanz bei allen Beteiligten
  - ❖ wenige offene Auslegungsfragen

HECKER
WERNER
HIMMELREICH
RECHTSANWÄLTE

# TU- / GU-Vertrag: Besondere Merkmale

- Enge vergabe- und vertragsrechtliche Grenzen
- Unterschied zu TU- / GU-Verträgen mit privaten Auftraggebern!
- Erfahrungen in der Praxis:

  - ❖ gut funktionierendes Regelwerk
  - ❖ hohe Akzeptanz bei allen Beteiligten
  - ❖ wenige offene Auslegungsfragen

HECKER
WERNER
HIMMELREICH
RECHTSANWÄLTE

# TU- / GU-Vertrag: Vertragsbestandteile

Vertragsbestandteile sind vor allem:

- Vertragsdokument / BVB
- Funktionale Leistungsbeschreibung
- GU-Vertrag: Entwurfs- [Ausführungs-] planung
- TU-Vertrag: Grundlagendokumente
  - Bestandsaufnahme
  - Bodengutachten
  - Planungsrecht
  - Weitere Gutachten

HECKER
WERNER
HIMMELREICH
RECHTSANWÄLTE

# TU- / GU-Vergabe: Leistungsbeschreibung

- Für jede TU- / GU-Vergabe ist eine Funktionale Leistungsbeschreibung (FLB) erforderlich
- Bezeichnung im Vergaberecht: Leistungsbeschreibung mit Leistungsprogramm (§ 7c EU VOB/A)

Vorbereitung der TU- / GU-Vergabe: Dazu gehört die Erstellung der FLB!

HECKER
WERNER
HIMMELREICH
RECHTSANWÄLTE

# TU- / GU-Vergabe: Erstellung der FLB

Im Rahmenterminplan für ein TU- / GU-Projekt berücksichtigen:

- Zeit für die Erstellung der FLB
- Ggf. Zeit für ein Vergabeverfahren zur Vergabe der Leistungen zur Erstellung der FLB

  Schwellenwert für EU-weite Vergaben: netto EUR 221.000,

  Ggf. Addition mit anderen Planungsleistungen (§ 3 Abs. 7 VgV)

# FLB für eine GU-Vergabe

- Ausgangssituation: Entwurfsplanung in allen Leistungsbildern ist vorhanden („Ausschreibungsplanung“)
- Weitere Planungsleistungen sind vom GU zu erbringen.
- FLB beschreibt
  - Zweck der fertigen Leistung
  - Technische, wirtschaftliche, gestalterische, funktionsbedingte Anforderungen
  - keine Mengenangaben!

HECKER
WERNER
HIMMELREICH
RECHTSANWÄLTE

# FLB für eine TU-Vergabe

- Ausgangssituation: keine Planung vorhanden
- Aber: Bedarfsermittlung, Raum- und Funktionsprogramm, Nutzeranforderungen
  - Quantitative Ziele des Bauvorhabens
  - Qualitative Ziele des Bauvorhabens
- FLB fasst zusammen
  - die für die Planung Kalkulation erforderlichen Grundlageninformationen
- FLB beschreibt
  - die quantitativen und qualitativen Ziele des Bauvorhabens

HECKER
WERNER
HIMMELREICH
RECHTSANWÄLTE

# FLB-Erstellung: Leistungsbild

- Ähnlich wie Teile der Leistungsphasen 5-7 der HOAI einer Generalplanerleistung
- Leistungsbilder der HOAI (Grundleistungen, Besondere Leistungen) passen aber nicht

Anlage 10 (Objektplanung), LP 6, Besondere Leistung:

*„Aufstellen der Leistungsbeschreibungen mit Leistungsprogramm auf der Grundlage der detaillierten Objektbeschreibung“*

►reicht nicht zur Beschreibung der FLB-Erstellung

HECKER
WERNER
HIMMELREICH
RECHTSANWÄLTE

# FLB-Erstellung: Leistungsbild

- Ähnlich wie Teile der Leistungsphasen 5-7 der HOAI einer Generalplanerleistung
- Leistungsbilder der HOAI (Grundleistungen, Besondere Leistungen) passen aber nicht

Anlage 10 (Objektplanung), LP6, Besondere Leistung:

*„Aufstellen der Leistungsbeschreibungen mit Leistungsprogramm auf der Grundlage der detaillierten Objektbeschreibung“*

►reicht nicht zur Beschreibung der FLB-Erstellung

HECKER
WERNER
HIMMELREICH
RECHTSANWÄLTE

# FLB-Erstellung: Leistungsbild

- Leistungsbild ist individuell zu gestalten
- Zu berücksichtigen:
  - Vorhandene Grundlagendokumente
  - Ggf. vorhandene Planungsleistungen
  - Bedarfsplanung, Funktions- und Raumprogramm
  - Ablauf des Vergabeverfahrens zur TU- / GU-Vergabe
  - Weitere Leistungen im Rahmen des Vergabeverfahrens TU/GU, Abgleich mit Leistungen der eigenen Vergabestelle
- Empfehlung: Planungsziele definieren (§ 650p BGB)

HECKER
WERNER
HIMMELREICH
RECHTSANWÄLTE

# FLB-Erstellung: Honorierung

- HOAI-Leistungsbild passt nicht zur Bewertung der Teilleistungen
- Simmendinger-Tabelle passt auch nicht
- Kostenberechnung nach DIN 276 liegt zum Zeitpunkt der Vergabe nicht vor
- Empfehlung: Pauschalhonorar

HECKER
WERNER
HIMMELREICH
RECHTSANWÄLTE

# Qualitätssicherung der TU- / GU-Leistung: Prüfung der Planungsleistungen

- TU-Projekte:
  - Prüfung der Entwurfsplanung auf Übereinstimmung mit der FLB
  - Prüfung der Ausführungsplanung auf Übereinstimmung mit der FLB und mit der Entwurfsplanung
  - Optional: Prüfung der Entwurfs- / Ausführungsplanung auf Übereinstimmung mit den Regeln der Technik
- GU-Projekte:
  - Prüfung der Ausführungsplanung auf Übereinstimmung mit der FLB und mit der Entwurfsplanung
  - Optional: Prüfung der Ausführungsplanung auf Übereinstimmung mit den Regeln der Technik

# Qualitätssicherung der TU- / GU-Leistung: Baucontrolling

- Praktisch: „abgespeckte“ Leistungsphase 8 in allen Leistungsbildern
- Insbesondere KG 300 und KG 400
- Außerdem: volle Leistungsphase 9

HECKER
WERNER
HIMMELREICH
RECHTSANWÄLTE

# Qualitätssicherung der TU- / GU-Leistung: Baucontrolling

- Leistungen der Leistungsphase 8 reduziert um:
  - Koordinationsleistungen, soweit interne Koordination des TU / GU betroffen ist
  - Dokumentation des Bauablaufs (stattdessen eigenes Berichtswesen)
  - Rechnungsprüfung stark vereinfacht
  - Kostenkontrolle (allenfalls stark reduziert), Kostenfeststellung
- Ergänzt um Nachtragsprüfung
  - ► Auch soweit Bestandteil der Leistungsphase 7

HECKER
WERNER
HIMMELREICH
RECHTSANWÄLTE

# Planungsprüfung und Baucontrolling: Honorierung

- Bei Vergabe zeitlich nach der TU- / GU-Vergabe:
- Möglich: analog HOAI
  - Bewertung der Teilleistungen z. B. nach Simmendinger-Tabelle
  - Anrechenbare Kosten
    - Bei TU-Projekt: nach TU-Vertrag
    - Bei GU-Projekt: nach Kostenberechnung oder GU-Vertrag
- Alternative: Pauschalhonorar, zeitabhängig

HECKER
WERNER
HIMMELREICH
RECHTSANWÄLTE

# TU- / GU-Vergaben: unser Fazit

- TU- / GU-Vergaben haben wesentliche Vorteile gegenüber Einzelvergaben:
  - Frühzeitige Kostensicherheit
  - Relativ hohe Terminsicherheit
  - Wirksame Reduzierung des eigenen Personalaufwands
- Aber: Auswahl der Unternehmereinsatzform ist abhängig vom konkreten Projekt

HECKER
WERNER
HIMMELREICH
RECHTSANWÄLTE

# TU- / GU-Vergaben: unser Fazit

- Vergaberecht: Wahl des Vergabeverfahrens beeinflusst das Ergebnis maßgeblich
- Festlegung einer klaren Vergabestrategie mit eindeutigen Vergabeunterlagen nach vorheriger Markterkundung
- Bei TU-Vergaben ist das Verhandlungsverfahren vorzuziehen, sofern möglich
- Anpassung an den Markt kann sinnvoll sein
  - *Was für Lösungen werden angeboten?*
  - *Welche Lösungen können Kosten sparen?*

HECKER
WERNER
HIMMELREICH
RECHTSANWÄLTE

# TU- / GU-Vergaben: unser Fazit

- Vergaberecht: TU- / GU-Vergabe ist die Ausnahme, Begründung erforderlich
- Wirtschaftlichkeit beachten
- Unsere Erfahrung: TU-Projekte reibungsloser als GU-Projekte
- für TU-Projekte besonders geeignet:
  - Neubau „auf der grünen Wiese“
  - Klare Nutzeranforderungen, fixierte Bedarfsermittlung
  - Klare Qualitätsanforderungen

HECKER
WERNER
HIMMELREICH
RECHTSANWÄLTE

# Herzlichen Dank für Ihre Aufmerksamkeit!

**Dr. Norbert Reuber**
Rechtsanwalt
Fachanwalt für Verwaltungsrecht

**David Poschen**
Rechtsanwalt
Fachanwalt für Vergaberecht

**Alexander Thesling**
Rechtsanwalt

HECKER WERNER HIMMELREICH
Rechtsanwälte Partnerschaft mbB
Sachsenring 69
50677 Köln

Telefon: +49 (0)2 21 / 92 08 1 -147 oder -145
E-Mail: rb@hwhlaw.de
dp@hwhlaw.de
tg@hwhlaw.de
Internet: www.hwhlaw.de