

Der Grundsatz des Gebotes der losweisen Vergabe und dessen Ausnahmen



Das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) ordnet unter § 97 Absatz 3 an, dass ein Auftrag, der sich aus mehreren Einzelleistungen zusammensetzt (zum Beispiel eine Bau- und eine Lieferleistung), möglichst in einzelnen Teilleistungen vergeben werden soll. Bei diesen Teilleistungen spricht man von „Losen“.

Förderung des Mittelstands

Durch den Vorrang der losweisen Vergabe sollen die Interessen mittelständischer Unternehmen gefördert werden. Denn diese könnten mit ihren oftmals begrenzten Mitteln nicht um Großaufträge mitbieten. Nur dann, wenn einzelne Leistungen getrennt vergeben werden, ist es Unternehmen mit begrenzten Kapazitäten möglich, an diesem Wettbewerb teilzuhaben. Dies hilft auch dabei, den wettbewerblichen Vorteil der großen Unternehmen einzuschränken.

Schwierigkeiten bei zu vielen Beteiligten

Demgegenüber haben öffentliche Auftraggeber häufig das Ziel, Leistungen aus einer Hand zu erhalten. Hierdurch kann eine leichtere Projektabwicklung erreicht werden. Denn je größer die Zahl der zum Beispiel an einem Bauprojekt beteiligten Unternehmen ist, desto umständlicher sind die Koordination einzelner Gewerke und die anschließende Beseitigung von Mängeln. Im letzteren Fall wird nicht selten versucht, die Verantwortung für eine mangelhafte Bauleistung auf andere Beteiligte abzuwälzen. Erhält der öffentliche Auftraggeber die Leistung dagegen aus einer Hand, so ist ihm gegenüber nur ein einziger Vertragspartner verantwortlich, selbst dann, wenn sich dieser weiterer Subunternehmer bedient hat.

Eine Berücksichtigung des Gebots der Losvergabe führt daher oft dazu, dass das Projekt gerade nicht auf die wirtschaftlich günstigste Weise bewältigt werden kann. Im Gegenteil: Es drohen im schlimmsten Fall enorme Verzögerungen und anschließend endlose Streitigkeiten.

Aus diesem Grunde stellt sich in der Praxis häufig die Frage, ob auf eine Aufteilung des Auftrages in Lose verzichtet werden kann.

Verzicht auf die Bildung von Losen

Der Gesetzgeber hat von dem Grundsatz der Losvergabe Ausnahmen vorgesehen. Die Vorschrift des § 97 Absatz 3 GWB wird unter anderem in § 5 Absatz

2 Satz 2 VOB/A, § 2 Absatz 2 VOL/A, § 2 EG Absatz 2 VOL/A durch die speziellen Vergabe- und Vertragsordnungen weiter ausgestaltet. In diesen ist geregelt, dass auf die Aufteilung in Lose verzichtet werden kann, wenn dies aus wirtschaftlichen oder technischen Gründen erforderlich ist.

Als wirtschaftliche Gründe kommen beispielsweise eine schwierige Koordinierung der Gewerke, Gesichtspunkte einer einheitlichen Gewährleistung oder zu erwartende erhebliche Verzögerungen beim Bauablauf in Betracht (vgl. Kus in: Kulartz/Kus/Portz, Kommentar zum GWB-Vergaberecht, 2. Aufl. 2009, § 97, Rn. 84 und 87 m.w.N.). Diese Fallgruppe erfasst also solche Situationen, in denen bei einer Aufteilung in Lose unverhältnismäßige Kostennachteile drohen würden.

Technische Gründe, die für eine einheitliche Vergabe sprechen, sind insbesondere technische Abhängigkeiten beim Bauablauf (Kus in: Kulartz/Kus/Portz, Kommentar zum GWB-Vergaberecht, 2. Aufl. 2009, § 97, Rn. 86) oder erhöhte Sicherheitsrisiken (vgl. Roth in: Müller-Wrede, Vergabe- und Vertragsordnung für Leistungen, § 2 EG, Rn. 96). Hier ist eine Aufteilung aus technischen Gründen entweder sinnvoll oder gar gefährlich.

Ein Fall des Verzichts auf die Bildung von Losen ist auch die sogenannte „Paketvergabe“. Dieser Begriff wird oft im Zusammenhang mit der Ausschreibung von Generalübernehmerleistungen genannt. Hierbei werden Planung und Bauausführung „im Paket“ an einen einzigen Bieter vergeben. Ein „Paket“ kann aber auch in Bezug auf verschiedene, langfristige Dienstleistungsverträge gebildet werden.

Umfassende Abwägung und Begründung erforderlich

Der öffentliche Auftraggeber hat die technischen oder wirtschaftlichen Gründe für den Verzicht auf die Losbildung nach Ausübung seines pflichtgemäßen Ermessens festzustellen. Ein einfacher Kostennachteil oder eine aufwändigere Projektabwicklung sind an sich für die Begründung nicht ausreichend. Vielmehr muss in der umfassenden Einzelfallabwägung entschieden werden, ob die für eine Gesamtvergabe sprechenden technischen oder wirtschaftlichen Gründe von solchem Gewicht sind, dass eine Aufteilung auf Lose für den öffentlichen Auftraggeber nicht hinnehmbar ist (vgl. Roth in: Müller-Wrede, Vergabe-

und Vertragsordnung für Leistungen, § 2 EG, Rn. 95). Bei dieser Entscheidung steht der Vergabestelle aber auch ein gewisser Beurteilungsspielraum zu (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 08.09.2004, VII Verg 38/04).

Im Rahmen der Ermessensausübung ist grundsätzlich von einem Vorrang der mittelständischen Interessen vor dem Interesse an einer einheitlichen Vergabe auszugehen. Die Mittelstandsförderung soll darin bestehen, nach Möglichkeit Chancengleichheit zwischen mittelständischen Unternehmen und Großunternehmen herzustellen, in dem der aus der Größe des Unternehmens resultierende Wettbewerbsvorteil ausgeglichen wird (vgl. Diehr, in: Reidt/Stickler/Glahs, Vergaberecht, 3. Auflage 2011, § 97 GWB, Rn. 52). Die mittelständischen Interessen können aber oft dadurch ausreichende Berücksichtigung finden, dass Bietergemeinschaften mittelständischer Unternehmen zu dem Vergabeverfahren ausdrücklich zugelassen werden. Auf diese Weise haben auch solche Unternehmen eine Möglichkeit, sich an dem Wettbewerb zu beteiligen, die beispielsweise aufgrund begrenzter Personalkapazitäten nicht auf einen vollständigen Großauftrag bieten könnten.

Dokumentation

Die Begründung der Entscheidung, auf die Bildung von Losen zu verzichten, ist umfassend schriftlich festzuhalten. Dem öffentlichen Auftraggeber ist daher anzuraten, alle hierfür sprechenden Gründe in einen Vergabevermerk aufzunehmen und diesen anschließend in der Vergabeakte aufzubewahren.



Dr. Daniela Hattenhauer,
Partnerin, Heuking Kühn Lüer Wojtek, Düsseldorf/Frankfurt am Main



Sebastian Gall,
Rechtsanwalt, Heuking Kühn Lüer Wojtek, Frankfurt am Main