

# 1. Teil **VOB Teil A:** **Allgemeine Bestimmungen für die** **Vergabe von Bauleistungen**

In der Fassung der Bekanntmachung vom 31. Januar 2019 (BAnz AT 19.2.2019 B2)

## Abschnitt 1 **Basisparagrafen**

### § 1 VOB/A **Bauleistungen**

**Bauleistungen sind Arbeiten jeder Art, durch die eine bauliche Anlage hergestellt, instand gehalten, geändert oder beseitigt wird.**

#### Übersicht

Rn.

A. Normzweck .....	1, 2
B. Einzelerläuterung .....	3–10
I. Begriff der Bauleistungen .....	3–5
a) VOB/A, GWB und EU-Vergaberechtslinien .....	3
b) Definition .....	4
c) Bauliche Anlage und Handlungen .....	5
II. Herstellung .....	6, 7
III. Instandhaltung .....	8
IV. Änderung .....	9
V. Beseitigung .....	10
C. Abgrenzungen .....	11

#### A. Normzweck

Die Eingangsnorm des § 1 VOB/A definiert den Begriff der Bauleistungen und ist damit von zentraler Bedeutung für den Anwendungsbereich der VOB/A. Dabei orientiert sich § 1 VOB/A an den Begriffen der baulichen Anlage sowie den Handlungsformen der Herstellung, Instandhaltung, Änderung und Beseitigung. Diese Begriffe sind im Zusammenhang mit den Bauleistungen zu definieren, wie sie ihrerseits zur Bestimmung von Bauleistungen i. S. der VOB/A beitragen. Ausgehend vom Begriff der Bauleistungen erfolgt schließlich auch die Abgrenzung zu Liefer- und Dienstleistungsaufträgen.<sup>1</sup>

1

Der erste Abschnitt der VOB/A (Basisparagrafen) kommt zur Anwendung unabhängig davon, ob Bauleistungen ober- oder unterhalb der Schwellenwerte des EU-Vergaberechts vorliegen.<sup>2</sup> Oberhalb der Schwellenwerte kommen zusätzlich auch der zweite und der dritte Abschnitt der VOB/A zur Anwendung. Hiermit folgt die VOB/A den bereits im EU-Vergaberecht angelegten ausführlichen Regelungen für europaweit auszuschreibende Vergabevorgänge.

2

1 Z.B. Lederer, in: Kapellmann/Messerschmidt, VOB, Teil A § 1 Rn. 1.

2 Vgl. Korbion, in: Ingenstau/Korbion, VOB, Teil A § 1 Rn. 1; Kau, in: Beck Vergaberecht I, GWB, § 106 Rn. 15.

## B. Einzelerläuterung

### I. Begriff der Bauleistungen

- 3 a) VOB/A, GWB und EU-Vergaberichtlinien.** Schlüsselbegriff der VOB/A sind Bauleistungen, wie sie in § 1 VOB/A genannt und durch die Bezugnahme auf bauliche Vorhaben und die darauf bezogenen Tätigkeiten näher bestimmt werden. Diese Regelung steht zudem auch in Zusammenhang mit § 103 Abs. 3 GWB, der Bauaufträge im Hinblick auf die RL 2014/24/EU bzw. 2014/25/EU beschreibt.<sup>3</sup> Auch wenn die Definition von § 1 VOB/A und § 103 Abs. 3 GWB nicht wortgleich sind,<sup>4</sup> ist wegen der bestehenden Normenhierarchie doch von einer grundsätzlichen Übereinstimmung auszugehen.<sup>5</sup> In jedem Fall besteht zwischen § 1 VOB/A und den Bestimmungen der EU-Vergaberichtlinien kein Widerspruch. Wo Hinweise für das Bestehen von Spannungen bestehen, findet eine richtlinienkonforme Auslegung statt.
- 4 b) Definition.** Grundsätzlich hat die Definition des § 1 VOB/A einen anderen Schwerpunkt als die Festlegungen des GWB und stellt vor allem auf die bauliche Anlage und die in Zusammenhang damit zu verrichtenden Handlungen ab. Der in § 103 Abs. 3 Nr. 2 GWB genannte Begriff des Bauwerks erfasst grundsätzlich dieselben Sachverhalte wie die bauliche Anlage. Im Wesentlichen geht es bei baulichen Anlagen und Bauwerken darum, dass diese unbewegliche Sachen darstellen, die durch Arbeit und Verwendung von (Bau)Material, zum Teil auch durch eigene Schwere, mit dem Erdboden verbunden sind, unabhängig davon, ob sie sich ober- oder unterhalb der Erdoberfläche befinden.<sup>6</sup> Nach der RL 2014/24/EU wird unter einem Bauwerk „das Ergebnis einer Gesamtheit von Tief- und Hochbauarbeiten“ verstanden, „das seinem Wesen nach eine wirtschaftliche oder technische Funktion erfüllen soll.“<sup>7</sup> Zwar sind die Begriffe Bauleistung und Bauwerk nicht deckungsgleich, dennoch wird im Schrifttum anerkannt, dass zwischen den Begriffen nach § 1 VOB/A und dem vom Unionsrecht geprägten § 103 Abs. 3 GWB grundsätzlich kein Widerspruch besteht.<sup>8</sup> Ferner ist der Begriff der Bauleistungen i. S. von § 1 VOB/A weit zu verstehen, soweit er sich auch auf Teile erstreckt, die erforderlich sind, damit eine bauliche Anlage ihre wirtschaftlichen oder technischen Funktion erfüllen kann.<sup>9</sup> Allerdings hat der EuGH beispielsweise die Ahlhorn-Rspr. des OLG Düsseldorf insoweit klargestellt, dass zwar kein körperlich greifbarer Beschaffungsbedarf erforderlich ist, dass aber Geschäfte, die bloß im entfernten Zusammenhang mit Bauwerken stehen (z. B. Grundstückskäufe oder -verkäufe), nicht automatisch auch Bauleistungen oder Bauaufträge betreffen.<sup>10</sup>
- 5 c) Bauliche Anlage und Handlungen.** Der Begriff der baulichen Anlage wird im Weiteren dadurch beschrieben, welche Handlungen in Bezug auf sie vorgenommen werden können. Nach § 1 VOB/A können bauliche Anlagen hergestellt, instand gehalten, geändert oder beseitigt werden. Auch wenn die Aufzäh-

<sup>3</sup> Hüttinger, in: Beck VergabeR I, GWB, § 103 Rn. 112 f.; Korbion, in: Ingenstau/Korbion, VOB, Teil A § 1 Rn. 2.

<sup>4</sup> Vgl. Säcker, in: MüKo VergabeR II, VOB, Teil A § 1 Rn. 5.

<sup>5</sup> So auch Lederer, in: Kapellmann/Messerschmidt, VOB, Teil A § 1 Rn. 3 („Bauleistungen synonym zu dem Begriff der Bauaufträge“); Säcker, in: MüKo VergabeR II, VOB, Teil A § 1 Rn. 5; zu einer Differenzierung anhand der Begriffspaare abstrakt u. konkret: Korbion, in: Ingenstau/Korbion, VOB, Teil A § 1 Rn. 2.

<sup>6</sup> Ähnlich: Korbion, in: Ingenstau/Korbion, VOB, Teil A § 1 Rn. 11.

<sup>7</sup> Hierzu auch Ganske, in: Reidt/Stickler/Glahs, Vergaberecht, GWB, § 103 Rn. 72 f.

<sup>8</sup> Hüttinger, in: Beck VergabeR I, GWB, § 103 Rn. 124 ff.; Ganske, in: Reidt/Stickler/Glahs, Vergaberecht, GWB § 103 Rn. 73.

<sup>9</sup> Korbion, in: Ingenstau/Korbion, VOB, Teil A § 1 Rn. 12.

<sup>10</sup> EuGH 25.3.2010 – Rs. C-451/08 – NJW 2010, 2189 (Müller); hierzu auch Ganske, in: Reidt/Stickler/Glahs, Vergaberecht, GWB, § 103 Rn. 74.

lung auf den ersten Blick abschließend zu sein scheint, legt der weite Umfang der davon insgesamt umfassten Handlungsmöglichkeiten den Schluss nahe, dass grundsätzlich jede auf eine irgendwie geartete Schaffung oder Veränderung neuer oder bereits bestehender baulicher Anlagen gerichtete Handlung unter den Gesamtbegriff Bauleistung fallen soll. Im Ergebnis führt die Aufzählung verschiedener Handlungen, die in Zusammenhang mit baulichen Anlagen vorgenommen werden können, zu einem sehr weiten Verständnis der Bauleistungen. Anerkanntmaßen nicht umfasst sind indessen reine Planungs- oder Ingenieurleistungen sowie die bloße Erstattung von Gutachten, die nicht unmittelbar mit einer in § 1 VOB/A genannten Tätigkeiten verbunden sind.<sup>11</sup>

## II. Herstellung

Das Herstellen einer baulichen Anlage ist die erste von vier Handlungen, die den Begriff Bauleistung i. S. von § 1 VOB/A näher bestimmt. Unter Herstellung ist in diesem Zusammenhang das Erbringen von Beiträgen zur Schaffung einer baulichen Anlage zu verstehen, die vorher nicht oder noch nicht in der späteren Gestalt existierte. In jedem Fall ist hierunter die Neuherstellung von Bauwerken zu verstehen.<sup>12</sup> Ob diese Beiträge gleichzeitig zu einer endgültigen Fertigstellung führen oder ob die Anlage bereits ihre vollständige Funktionalität erreicht hat, ist grundsätzlich unerheblich. In einer stark arbeitsteiligen und von Spezialisierungen geprägten Arbeitswelt werden Herstellungshandlungen vielfach einen Beitrag zu einem Gesamtwerk oder einer Gesamtanlage leisten, ohne dass damit eine Vollendung oder eine endgültige Zweckbestimmung erreicht wird. Es genügt daher, wenn sich die Tätigkeit auf Bauteile, Bauelemente oder Bauglieder bezieht, ohne dass die bauliche Anlage als Ganzes davon erfasst zu sein braucht.<sup>13</sup> Auch bauliche Vorbereitungshandlungen wie Ausschachtungen oder der Aushub von Baugruben werden zur Herstellung gezählt.<sup>14</sup>

Im Einklang mit der Definition des § 103 Abs. 2 GWB fallen auch gleichzeitig die mit der Herstellung oder den anderen Handlungen erfolgende Planungsleistungen unter den Begriff der Bauleistungen. Ausschließliche Planungen, die nicht mit der Herstellung, Instandhaltung oder Änderung einer baulichen Anlage verbunden sind, sind hingegen nicht von der Definition des § 1 VOB/A umfasst.<sup>15</sup>

6

7

## III. Instandhaltung

Unter dem Begriff der Instandhaltung sind verschiedene Reparatur-, Renovierungs-, Ausbesserungs- und Reinigungstätigkeiten zu verstehen.<sup>16</sup> Gemeinsam ist diesen Handlungen, dass sie einen Beitrag zur Erhaltung einer bereits vorhandenen baulichen Anlage darstellen, die sie in ihrer Größe oder ihren Dimensionen im Wesentlichen unverändert lassen. Insofern steht Substanzerhaltung im Mittelpunkt von Handlungen der Instandhaltung. Ob diese Arbeiten im Einzelfall anlagen- oder grundstücksbezogen sind oder ob es sich im Einzelnen um Instandsetzungs- oder Instandhaltungsmaßnahmen handelt, ist ohne Belang.<sup>17</sup>

8

11 Lederer, in: Kapellmann/Messerschmidt, VOB, Teil A § 1 Rn. 13.

12 Korbion, in: Ingenstau/Korbion, VOB, Teil A § 1 Rn. 25.

13 Lederer, in: Kapellmann/Messerschmidt, VOB, Teil A § 1 Rn. 13; Korbion, in: Ingenstau/Korbion, VOB, Teil A § 1 Rn. 23.

14 Säcker, in: MüKo VergabeR II, VOB, Teil A § 1 Rn. 10.

15 Säcker, in: MüKo VergabeR II, VOB, Teil A § 1 Rn. 7.

16 Korbion, in: Ingenstau/Korbion, VOB, Teil A § 1 Rn. 40; Säcker, in: MüKo VergabeR II, VOB, Teil A § 1 Rn. 8.

17 Lederer, in: Kapellmann/Messerschmidt, VOB, Teil A § 1 Rn. 16; Säcker, in: MüKo VergabeR II, VOB, Teil A § 1 Rn. 8.

## IV. Änderung

- 9 Ist es für die Instandhaltung kennzeichnend, dass die vorher bestehende bauliche Anlage im Wesentlichen unverändert bleibt, verhält sich dies bei Änderungen anders. So kann es im Rahmen von Umbau- und Erweiterungsmaßnahmen ausdrücklich zur Veränderung des baulichen Volumens kommen, indem der ursprüngliche Bestand erweitert, in seiner Gestalt modifiziert oder insgesamt reduziert wird.<sup>18</sup> Vielfach wird mit Änderungen i.S. von § 1 VOB/A auch eine Wertsteigerung verbunden sein; dies ist jedoch keine notwendige Folge, um als Bauleistung anerkannt zu werden. Vor allem vertretbare bewegliche Sachen, die in Bauwerke eingebbracht werden, unterfallen nicht dem Begriff der Änderung nach § 1 VOB/A.<sup>19</sup>

## V. Beseitigung

- 10 Die Beseitigung einer baulichen Anlage ist das Gegenstück ihrer Herstellung und hat zur Folge, dass eine einmal existierende bauliche Anlage wieder ganz oder teilweise verschwindet. Die Beseitigung kann durch Rückbau, Abbruch oder sonstige Maßnahmen herbeigeführt werden. Das Ergebnis einer Beseitigung wird durch eine Minderung des Bauvolumens gekennzeichnet.

## C. Abgrenzungen

- 11 Soweit die Anwendung der VOB/A vom Vorliegen von Bauleistungen abhängt, sind diese von anderen Leistungen, namentlich von Lieferungen und Dienstleistungen, abzugrenzen. Bei gemischten Verträgen ist anerkannt, dass der Schwerpunkt des jeweiligen Gesamtauftrags über die Zuordnung entscheidet.<sup>20</sup> Etwas anderes gilt allerdings, wenn die einzelnen Elemente eines Auftrags sinnvoll voneinander getrennt werden können und alle verbleibenden Teile eigenständig bestehen können. Von Trennbarkeit kann typischerweise ausgegangen werden, wenn die einzelnen Auftragsteile für sich betrachtet die Schwellenwerte erreichen oder überschreiten, sodass in diesen Konstellationen typischerweise eine getrennte Auftragserteilung erfolgen könnte.<sup>21</sup>

## § 2 VOB/A Grundsätze

(1) **1 Bauleistungen werden im Wettbewerb und im Wege transparenter Verfahren vergeben. 2 Dabei werden die Grundsätze der Wirtschaftlichkeit und der Verhältnismäßigkeit gewahrt. 3 Wettbewerbsbeschränkende und unlautere Verhaltensweisen sind zu bekämpfen.**

(2) **Bei der Vergabe von Bauleistungen darf kein Unternehmen diskriminiert werden.**

(3) **Bauleistungen werden an fachkundige, leistungsfähige und zuverlässige Unternehmen zu angemessenen Preisen vergeben.**

(4) **Auftraggeber, Bewerber, Bieter und Auftragnehmer wahren die Vertraulichkeit aller Informationen und Unterlagen nach Maßgabe dieser Vergabeordnung oder anderer Rechtsvorschriften.**

(5) **Die Durchführung von Vergabeverfahren zum Zwecke der Markterkundung ist unzulässig.**

18 Korbion, in: Ingenstau/Korbion, VOB, Teil A § 1 Rn. 25 („Umbau oder Erweiterungsbauten“); Lederer, in: Kapellmann/Messerschmidt, VOB, Teil A § 1 Rn. 18.

19 Lederer, in: Kapellmann/Messerschmidt, VOB, Teil A § 1 Rn. 19.

20 Vgl. Kadenbach, in: Reidt/Stickler/Glahs, Vergaberecht, GWB, § 110 Rn. 4; Kau, in: Byok/Jaeger, Vergaberecht, GWB, § 110 Rn. 6.

21 Kau, in: Byok/Jaeger, Vergaberecht, GWB, § 110 Rn. 5.

**(6) Der Auftraggeber soll erst dann ausschreiben, wenn alle Vergabeunterlagen fertig gestellt sind und wenn innerhalb der angegebenen Fristen mit der Ausführung begonnen werden kann.**

**(7) Es ist anzustreben, die Aufträge so zu erteilen, dass die ganzjährige Bautätigkeit gefördert wird.**

## Übersicht Rn.

A. Allgemeines .....	1-3
B. Vergabegrundsätze im Einzelnen .....	4-19
I. Wettbewerbsgebot (§ 2 Abs. 1 Satz 1 und 3) .....	4-6
II. Transparenzgebot (§ 2 Abs. 1 Satz 1) .....	7, 8
III. Grundsatz der Wirtschaftlichkeit (§ 2 Abs. 1 Satz 2) .....	9, 10
IV. Grundsatz der Verhältnismäßigkeit (§ 2 Abs. 1 Satz 2) .....	11, 12
V. Diskriminierungsverbot (§ 2 Abs. 2) .....	13, 14
VII. Vergabe an geeignete Unternehmen (§ 2 Abs. 3) .....	15, 16
VIII. Förderung ganzjähriger Bautätigkeit (§ 2 Abs. 7) .....	17, 18
	19

### A. Allgemeines

§ 2 normiert die zentralen Grundsätze für Bauvergaben im Anwendungsbereich des 1. Abschnitts der VOB/A. Die Grundsätze entsprechen weitgehend denen, die § 2 EU für Bauvergaben im Anwendungsbereich des 2. Abschnitts der VOB/A regelt. **1**

Die Vergabegrundsätze gelten in jeder Phase eines Vergabeverfahrens und grundsätzlich in jeder Vergabeverfahrensart. Die Vergabegrundsätze werden durch die einzelnen Vorschriften innerhalb des 1. Abschnitts der VOB/A näher ausgestaltet und konkretisiert. **2**

Im Folgenden wird auf die in § 2 geregelten Vergabegrundsätze näher eingegangen. **3**

### B. Vergabegrundsätze im Einzelnen

#### I. Wettbewerbsgebot (§ 2 Abs. 1 Satz 1 und 3)

Der Wortlaut von § 2 Abs. 1 Satz 1 ist nahezu identisch mit dem Wortlaut von § 2 EU Abs. 1 Satz 1. Der Formulierung in § 2 Abs. 1 Satz 1, dass „Bauleistungen“ im Wettbewerb vergeben werden, ist kein Mehr oder Weniger an Regelungsgehalt zu entnehmen als der Formulierung des Wettbewerbsgebots in § 2 EU Abs. 1 Satz 1, wonach „öffentliche Aufträge“ im Wettbewerb vergeben werden. Die Terminologie in § 2 EU geht auf die Verwendung eines einheitlichen „Auftrags“-Begriffs im Anwendungsbereich des 2. Abschnittes der VOB/A zurück (vgl. auch § 103 GWB). **4**

Der Wortlaut von § 2 Abs. 1 Satz 3 ist identisch mit dem Wortlaut von § 2 EU Abs. 1 Satz 3. **5**

Für die Kommentierung des § 2 Abs. 1 Satz 1 und 3 wird daher auf die Kommentierung zu § 2 EU Abs. 1 Satz 1 und 3 verwiesen. **6**

## II. Transparenzgebot (§ 2 Abs. 1 Satz 1)

- 7 Der Wortlaut von § 2 Abs. 1 Satz 1 ist – soweit er das Gebot der Vergabe in transparenten Vergabeverfahren umfasst – identisch mit dem Wortlaut von § 2 EU Abs. 1 Satz 1.
- 8 Für die Kommentierung des § 2 Abs. 1 Nr. 1 wird insoweit auf die Kommentierung zu § 2 EU Abs. 1 Satz 1 verwiesen.

## III. Grundsatz der Wirtschaftlichkeit (§ 2 Abs. 1 Satz 2)

- 9 Der Wortlaut von § 2 Abs. 1 Satz 2 ist – soweit er den Grundsatz der Wirtschaftlichkeit umfasst – identisch mit dem Wortlaut von § 2 EU Abs. 1 Satz 2.
- 10 Für die Kommentierung des § 2 Abs. 1 Satz 2 wird insoweit auf die Kommentierung zu § 2 EU Abs. 1 Satz 2 verwiesen.

## IV. Grundsatz der Verhältnismäßigkeit (§ 2 Abs. 1 Satz 2)

- 11 Der Wortlaut von § 2 Abs. 1 Satz 2 ist – soweit er den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit umfasst – identisch mit dem Wortlaut von § 2 EU Abs. 1 Satz 2.
- 12 Für die Kommentierung des § 2 Abs. 1 Satz 2 wird insoweit auf die Kommentierung zu § 2 EU Abs. 1 Satz 2 verwiesen.

## V. Diskriminierungsverbot (§ 2 Abs. 2)

- 13 Der Regelungsgehalt des § 2 Abs. 2 ist weitestgehend gleichzusetzen mit dem Gleichbehandlungsgebot im Sinne von § 2 EU Abs. 2. Da § 2 EU Abs. 2 in Verbindung mit § 97 Abs. 2 GWB keinen grenzüberschreitenden Bezug voraussetzt, sondern auch Differenzierungen zwischen Unternehmen aus demselben Mitgliedstaat erfasst, lassen sich die zur Anwendung des § 2 EU Abs. 2 entwickelten Grundsätze auf § 2 Abs. 2 VOB/A übertragen.<sup>1</sup>
- 14 Für die Kommentierung des § 2 Abs. 2 wird daher auf die Kommentierung zu § 2 EU Abs. 2 verwiesen.

## VI. Vergabe an geeignete Unternehmen (§ 2 Abs. 3)

- 15 Der Regelungsgehalt des § 2 Abs. 3 ist – soweit er das Gebot der Vergabe an geeignete Unternehmen umfasst – nahezu identisch mit dem Wortlaut von § 2 EU Abs. 3. Der einzige Unterschied besteht darin, dass nur § 2 EU Abs. 3 zusätzlich auf die Ausschlussgründe des § 6e EU verweist, die in dieser Form nur im Anwendungsbereich des 2. Abschnitts der VOB/A gelten.
- 16 Für die Kommentierung des § 2 Abs. 3 wird insoweit auf die Kommentierung zu § 2 EU Abs. 3 verwiesen.

## VII. Vergabe zu angemessenen Preisen (§ 2 Abs. 3)

- 17 Die Vorgabe der Vergabe zu angemessenen Preisen (§ 2 Abs. 1 Nr. 1) enthält keine eigenständige Prüfanforderung,<sup>2</sup> sondern hebt die Bedeutung der Regelun-

1 Völlink, in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, VOB, Teil A § 2 Rn. 6.

2 Völlink, in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, VOB, Teil A § 2 Rn. 3.

gen zur Preisangemessenheitsprüfung (vgl. § 16d Abs. 1) im Rahmen der Angebotswertung (nur) nochmals besonders hervor.

Für die Kommentierung des § 2 Abs. 1 Nr. 1 wird insoweit auf die Kommentierung zu § 16d Abs. 1 verwiesen. 18

### VIII. Förderung ganzjähriger Bautätigkeit (§ 2 Abs. 7)

Der Wortlaut von § 2 Abs. 7 ist identisch mit dem Wortlaut von § 2 EU Abs. 9. Für die Kommentierung des § 2 Abs. 7 wird daher auf die Kommentierung zu § 2 EU Abs. 9 verwiesen. 19

#### § 3 VOB/A Arten der Vergabe

**Die Vergabe von Bauleistungen erfolgt nach Öffentlicher Ausschreibung, Beschränkter Ausschreibung mit oder ohne Teilnahmewettbewerb oder nach Freihändiger Vergabe.**

1. Bei Öffentlicher Ausschreibung werden Bauleistungen im vorgeschriebenen Verfahren nach öffentlicher Aufforderung einer unbeschränkten Zahl von Unternehmen zur Einreichung von Angeboten vergeben.
2. Bei Beschränkten Ausschreibungen (Beschränkte Ausschreibung mit oder ohne Teilnahmewettbewerb) werden Bauleistungen im vorgeschriebenen Verfahren nach Aufforderung einer beschränkten Zahl von Unternehmen zur Einreichung von Angeboten vergeben.
3. Bei Freihändiger Vergabe werden Bauleistungen in einem vereinfachten Verfahren vergeben.

#### Übersicht

Rn.

A. Vergabearten .....	1–6
I. Überblick .....	1–3
II. Anwendungsbereich .....	4–6
B. Definition der Vergabearten und ihre Merkmale .....	7–24
I. Die Öffentliche Ausschreibung, § 3 Satz 1 Nr. 1 VOB/A .....	7–13
1. Erstellung der Vergabeunterlagen .....	8
2. Auftragsbekanntmachung .....	9
3. Angebotserstellung .....	10
4. Wertungsphase .....	11, 12
5. Verhandlungsverbot .....	13
II. Die Beschränkte Ausschreibung, § 3 Satz 1 Nr. 2 VOB/A .....	14–20
1. Beschränkte Ausschreibung mit Teilnahmewettbewerb .....	15–18
2. Beschränkte Ausschreibung ohne Teilnahmewettbewerb .....	19, 20
III. Die Freihändige Vergabe, § 3 Satz 1 Nr. 3 VOB/A .....	21–24

#### A. Vergabearten

##### I. Überblick

Mit der Neustrukturierung der Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen 2016 wurden die §§ 3 bis 3b VOB/A strukturell, aber nicht inhaltlich verändert. § 3 VOB/A 2016 definierte abschließend die zulässigen Vergabearten, während § 3a VOB/A 2016 erstmals eingeführt wurde und deren Zulässigkeitsvoraussetzungen formulierte. Der ursprüngliche § 3 VOB/A (a. F.) war inhaltlich auf zwei Paragraphen aufgeteilt worden. § 3b VOB/A regelte, inhaltlich unverändert und – wenn überhaupt – allenfalls im Ansatz den Ablauf der einzelnen Verfahren. 1

Aufgenommen wurde beispielsweise die Anzahl der zu beteiligenden Unternehmen, die vorher in § 6 Abs. 2 VOB/A (a. F.) geregelt war.

- 2** Die Novelle der VOB/A im Jahre 2019<sup>1</sup> hat dagegen sowohl redaktionelle als auch inhaltliche Änderungen mit sich gebracht, um den intendierten Gleichlauf der Abschnitte innerhalb der VOB/A zu erzielen.<sup>2</sup> § 3 VOB/A wurde inhaltlich nicht verändert, sondern dem Aufbau des § 3 EU VOB/A angeglichen. So wurde ein neuer Satz 1 eingefügt, der die unterschiedlichen Vergabeverfahren aufzählt. In Satz 1 Nr. 1 bis 3 werden sodann – wie bisher – die wesentlichen Merkmale der einzelnen Vergabeverfahren beschrieben. § 3a VOB/A wurde sprachlich und inhaltlich geändert. Er enthält nun auch im nationalen Bereich erstmals die Gleichrangigkeit der Öffentlichen und der Beschränkten Ausschreibung mit Teilnahmewettbewerb und das damit verbundene Wahlrecht des öffentlichen Auftraggebers zwischen diesen beiden Vergabearten, was zur Folge hat, dass die Zulässigkeitsvoraussetzungen für die Beschränkte Ausschreibung mit Teilnahmewettbewerb nach § 3a Abs. 3 VOB/A 2016 aufgehoben werden mussten. Im Rahmen von § 3a Abs. 2 Nr. 1 VOB/A sind die dort angeführten Fußnoten im Verordnungstext zu beachten. Die amtlichen Anmerkungen enthalten die durch die Beschlüsse des Wohnungsgipfels im Bundeskanzleramt am 21. September 2018 angehobenen Wertgrenzen bei Beschränkten Ausschreibungen ohne Teilnahmewettbewerb für Bauleistungen zu Wohnzwecken, die bis zum 31. Dezember 2021 gelten. Neu hinzugekommen ist der Direktauftrag (eine Vergabe ohne Vergabeverfahren), der in § 3a Abs. 4 VOB/A geregelt ist. § 3b VOB/A wird seiner Überschrift „Ablauf der Verfahren“ nach wie vor nicht gerecht, auch wenn der Verfahrensablauf bei der Beschränkten Ausschreibung mit Teilnahmewettbewerb nunmehr in seinen Grundzügen in § 3b Abs. 2 VOB/A beschrieben wird, sind die Ausführungen zu den übrigen Verfahrensarten doch äußerst lückenhaft.
- 3** Die Öffentliche Ausschreibung, die sich an einen unbegrenzten Bieterkreis wendet, entspricht im Oberschwellenbereich dem offenen Verfahren nach § 3 EU Satz 1 Nr. 1 VOB/A, die Beschränkte Ausschreibung mit Teilnahmewettbewerb heißt dort nicht offenes Verfahren, § 3a EU Satz 1 Nr. 2 VOB/A. Die Freihändige Vergabe nach § 3 Abs. 3 VOB/A, die weitgehend ohne förmliches Verfahren stattfindet, entspricht dem Verhandlungsverfahren des § 3 EU Satz 1 Nr. 3 VOB/A. Als weitere Vergabeart ist die Beschränkte Ausschreibung ohne Teilnahmewettbewerb vorgesehen, zu der es kein Äquivalent bei Vergaben im Oberschwellenbereich gibt. Abgesehen von der Öffentlichen Ausschreibung und der Beschränkten Ausschreibung mit Teilnahmewettbewerb ist bei den übrigen Vergabeverfahren der Kreis der Bieter eingeschränkt bzw. kann eingeschränkt werden. Die Öffentliche Ausschreibung und die Beschränkte Ausschreibung mit Teilnahmewettbewerb sind formalisierte Vergabeverfahren, während die Freihändige Vergabe ein nicht formalisiertes Verfahren ist. Gleichwohl sind auch hier gewisse Regelungen der Vergabe- und Vertragsordnung zu beachten. Der wettbewerbliche Dialog (§ 3 EU Satz 1 Nr. 4 VOB/A) und die Innovationspartnerschaft (§ 3 EU Satz 1 Nr. 5 VOB/A) stehen den öffentlichen Auftraggebern nur oberhalb der EU-Schwellenwerte zur Verfügung.

## II. Anwendungsbereich

- 4** Die §§ 3 bis 3b VOB/A gelten für alle Auftragnehmer, die Vergabeverfahren nach dem 1. Abschnitt der Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen durchführen müssen. Dies sind in der Regel jene, die nach Haushaltrecht (Bundes- und Landes- und Gemeindehaushaltssordnungen, entsprechende Erlasse der je-

<sup>1</sup> Veröffentlicht im BAnz AT 19.2.2019 B2, S. 1–69.

<sup>2</sup> Janssen, NZBau 2019, 147.

weiligen Ministerien) zur sparsamen und wirtschaftlichen Mittelverwendung und infolge dessen zur Beachtung und Einhaltung der Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen verpflichtet sind. Private Auftraggeber sind nicht verpflichtet, den 1. Abschnitt der Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen anzuwenden. Es bleibt ihnen jedoch unbenommen, diesen freiwillig anzuwenden, wobei sich der private Auftraggeber dann auch unbedingt an sämtliche Regelungen halten muss, um sich nicht nach den Grundsätzen der culpa in contrahendo (zivilrechtlich) schadenersatzpflichtig zu machen, §§ 280 Abs. 1, 311 Abs. 2, 241 Abs. 2 BGB. Auch der öffentliche Auftraggeber haftet nach den Grundsätzen der culpa in contrahendo.<sup>3</sup>

Erhalten (auch private) Auftraggeber durch Zuwendungsbescheide bzw. Zuwendungsverträge zweckgebundene öffentliche Mittel zur Förderung von Bauleistungen, so werden sie in der Regel vertraglich verpflichtet, die Regelungen des 1. Abschnittes der Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen anzuwenden, mit der Folge, dass bei schweren Verstößen (die entsprechenden Tatbestände werden grundsätzlich in entsprechenden Erlassen formuliert) gegen das Vergaberecht die die Fördermittel bewilligende Stelle diese gegebenenfalls zurückfordert.<sup>4</sup> Die Bewerber bzw. die Bieter können aus dieser vertraglichen Verpflichtung jedoch keinerlei Rechte herleiten, weil die Verpflichtung zur Einhaltung der Vorschriften des Vergaberechts ausschließlich der Einhaltung der Grundsätze der Sparsamkeit und Wirtschaftlichkeit geschuldet ist. Zu beachten ist in diesem Zusammenhang jedoch, dass durch die öffentlichen Fördermittel der EU-Schwellenwert gegebenenfalls überschritten und der Auftraggeber zu einem öffentlichen Auftraggeber im Sinne des Kartellvergaberechtes wird, was den Anwendungsbereich des 2. Abschnittes der Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen zur Folge hat.

Wird der (öffentliche) Auftraggeber am Markt tätig, um eine Leistung, hier eine Bauleistung, zu erwerben, so handelt er, ebenso wie ein Bürger, privatrechtlich, das heißt, sein Handeln ist auf den Abschluss eines zivilrechtlichen Vertrages ausgerichtet. Dies ist deshalb möglich, weil die Verwaltung grundsätzlich ein Wahlrecht hat, ob sie öffentlich-rechtlich oder privatrechtlich handeln will und darüber hinaus die Rechtsform des Handelns im Vergaberecht gesetzlich nicht vorgeschrieben ist oder sich aus allgemeinen Rechtsgrundsätzen ergibt. Auch wenn der öffentliche Auftraggeber mithin privatrechtlich tätig wird, so hat er dennoch die öffentlich-rechtlichen Vorschriften und Rechtsgrundsätze (Art. 20 Abs. 3 GG) zu beachten und unterliegt insoweit der uneingeschränkten Grundrechtsbindung.<sup>5</sup> Da der (öffentliche) Auftraggeber im Bereich des Vergaberechts privatrechtlich tätig wird, hat er also neben den Vorschriften des Haushaltungsrechts (gegebenenfalls Einführungserlasse), der Landesvergabegesetze, der Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen – auch die Regelungen – zum Beispiel – des Bürgerlichen Gesetzbuchs zu beachten und einzuhalten. Die Vorschriften des Bundesverwaltungsverfahrensgesetzes (VwVfG) bzw. die der Landesverfahrensverfahrensgesetze finden keine Anwendung.

## B. Definition der Vergabearten und ihre Merkmale

### I. Die Öffentliche Ausschreibung, § 3 Satz 1 Nr. 1 VOB/A

Ebenso wie in der Parallelvorschrift des § 3 EU VOB/A ist auch die Gliederung des § 3 VOB/A misslungen. Es fehlt ein logisch notwendiger Satz 2 (siehe Kom-

3 OLG Nürnberg 26.5.2015 – 1 U 1430/14 – ZfBR 2016, 198.

4 Dietlein/Fandrey, in: Gabriel/Krohn/Neun, Hdb. Vergaberecht, 3. Aufl. 2021, § 9 Rn. 11.

5 BGH 17.6.2003 – XI ZR 195/02; BVerfG 14.4.1987 – 1 BvR 775/84; BVerfG 22.2.2011 – 1 BvR 699/06.

mentierung zu § 3 EU VOB/A Rn. 3). Die vorliegende Kommentierung verwendet die Zitierweise „§ 3 Satz 1 Nr. 1 bis 3 VOB/A“. Die Öffentliche Ausschreibung ist ein vorgeschriebenes Vergabeverfahren, bei dem der Auftraggeber zur Vergabe einer Bauleistung nach öffentlicher Bekanntgabe eine unbeschränkte Anzahl von Unternehmen zur Abgabe (Einreichung) von Angeboten auffordert. Das Vergabeverfahren endet entweder durch Zuschlag (§ 18 Abs. 1 VOB/A, §§ 147 ff. BGB) oder durch Aufhebung der Ausschreibung (§ 17 VOB/A). Es handelt sich um ein förmliches und detailliert geregeltes Verfahren, was die Formulierung „im vorgeschriebenen Verfahren“ in § 3 Satz 1 Nr. 1 VOB/A hervorhebt. Abgesehen von der Einhaltung der allgemeinen und für alle Vergabearten geltenden Vergabegrundsätze des § 2 VOB/A, hat der öffentliche Auftraggeber folgende Schritte einzuhalten:

### 1. Erstellung der Vergabeunterlagen

- 8** Bevor der Auftraggeber die zu vergebende Bauleistung ausschreibt, muss er die Vergabeunterlagen erstellt haben, § 2 Abs. 6 VOB/A (Vergabereife). Was zu den Vergabeunterlagen gehört, ergibt sich aus § 8 VOB/A. Bestandteil sind auch die Leistungsbeschreibung (§§ 7 ff. VOB/A) und die Vertragsbedingungen (§ 8a VOB/A).

### 2. Auftragsbekanntmachung

- 9** Die Öffentliche Ausschreibung beginnt dann mit der Auftragsbekanntmachung (§ 12 Abs. 1 VOB/A) der zu vergebenden Bauleistung. Der Auftraggeber darf grundsätzlich wählen, welches Veröffentlichungsmedium er nutzen möchte, muss aber darauf achten, dass ein möglichst breiter Wettbewerb gewährleistet ist, was aus dem Wettbewerbsgrundsatz folgt (§ 2 Abs. 1 VOB/A). Der Auftraggeber darf zusätzlich auch einzelne Unternehmen auf die Bekanntmachung hinweisen und zur Abgabe eines Angebotes auffordern, solange er ihnen keine Informationen zur Verfügung stellt, die den übrigen interessierten Unternehmen nicht oder zu einem späteren Zeitpunkt zugänglich gemacht worden sind.<sup>6</sup> Nach § 11 Abs. 2 VOB/A sind die Vergabeunterlagen grundsätzlich elektronisch zur Verfügung zu stellen und zwar im Zeitpunkt der Auftragsbekanntmachung (§ 11 Abs. 3 i. V. m. § 12a Satz 1 VOB/A). Der Auftraggeber muss hierfür eine elektronische Adresse angeben, unter der die Vergabeunterlagen unentgeltlich, uneingeschränkt, vollständig und direkt abgerufen werden können, ansonsten sind die Vergabeunterlagen den Unternehmen unverzüglich in geeigneter Weise zu übermitteln (§ 12a Abs. 1 Nr. 1 VOB/A). Nach § 3b Abs. 1 VOB/A hat der Auftraggeber die Vergabeunterlagen nicht mehr nur an solche Unternehmen zu geben, die sich gewerbsmäßig mit der Ausführung von Leistungen der ausgeschriebenen Art befassen.<sup>7</sup> Da eine entsprechende Prüfung aber ohnehin im Rahmen des § 6 Abs. 3 VOB/A zu erfolgen hat, dürfte nichts dagegensprechen, die Unterlagen nicht an Unternehmen zu geben, die von vornherein keine Zuschlagschance haben. Erbitten Unternehmen zusätzliche sachdienliche Auskünfte über die Vergabeunterlagen, so hat die Vergabestelle diese Auskünfte allen Unternehmen unverzüglich in gleicher Weise zu erteilen, § 12a Abs. 4 VOB/A.

### 3. Angebotserstellung

- 10** Auf der Grundlage der Vergabeunterlagen und deren Vorgaben erstellen die Bietende ihre Angebote und reichen diese bis zum Ablauf der Angebotsfrist ein, §§ 10, 13 VOB/A. Der Ablauf der Angebotsfrist ist in der Auftragsbekanntmachung enthalten (§ 12 Abs. 2 lit. o VOB/A). Mit Ablauf der Angebotsfrist endet auch die Angebotserstellungsphase der Öffentlichen Ausschreibung. Bis zum Öff-

6 Mertens, in: Franke/Kemper/Zanner/Grünhagen/Mertens, VOB, Teil A § 12 Rn. 14.

7 A. A. Schranner/Stolz, in: Ingenstau/Korbion, 21. Aufl. 2020, VOB, Teil A § 3b Rn. 4.