

Ausschreibung von Planungs- und Bauleistungen mit einem Leistungsprogramm

56. Schleswig-Holsteinischer Bau- und Vergaberechtstag

Oliver Schubert

Leiter des Justiziariats der GMSH und
Leiter der Nachprüfungsstelle
oliver.schubert@gmsh.de
0431 599-1112

1

Begriff des Leistungsprogramms

(§ 7c VOB/A)

- Der Auftraggeber skizziert beim Leistungsprogramm nur den **Rahmen oder das Programm der gewünschten Leistung**. Die Bieter haben diesen Rahmen oder das Programm durch Konzeption und Planung auszufüllen.
(Stickler in: Kapellmann/Messerschmidt, 7. Aufl., § 5 VOB/A Rn. 31)
- Beim Leistungsprogramm wird **nur der Zweck bzw. die Funktion der Bauleistung vorgegeben**. Die konstruktive Lösung der Bauaufgabe obliegt den Bietern. Den Bietern ist ein Spielraum bei der Gestaltung der Leistung einzuräumen.
(OLG Saarbrücken, Beschluss vom 27.05.2005 – 3 VK 02/2005, IBRRS 2006, 1833)

2

Begriff des Leistungsprogramms

(§ 7c VOB/A)

- Der Bieter übernimmt **neben den Bauleistungen auch die Planungsleistungen**. Der Auftraggeber überträgt den Bietern die Entwurfs- und Ausführungsplanung (LPH 3 und 5).
(Prieß in: Kulartz/Marx/Portz/Prieß, 2. Aufl., § 7 VOB/A Rn. 197)
- Zulässig ist auch die in § 7c VOB/A nicht geregelte **teilkfunktionale Leistungsbeschreibung**, bei der der Auftraggeber den Entwurf (LPH 3) selbst erstellt und den Auftragnehmer mit der Ausführungsplanung (LPH 5) bis zur schlüsselfertigen Errichtung beauftragt.
(OLG Düsseldorf, Beschluss vom 28.06.2017 – VII-Verg 2/17, NZBau 2018,54; VK Münster, Beschluss vom 17.07.2013 – VK 6/13, ZfBR 2014, 184)

3


Sinn und Zweck eines Leistungsprogramms

(§ 7c VOB/A)

- **Mangels ausreichender Marktkennntnis** ist es dem Auftraggeber oftmals nicht möglich, den Leistungsgegenstand nach Art, Beschaffenheit und Umfang hinreichend zu beschreiben.
(VK Baden-Württemberg Beschluss vom 16.08.2005 – 1 VK 48/05)
- Mit einem Leistungsprogramm kann der Auftraggeber **unternehmerisches „Know-how“ abschöpfen**.
(OLG Düsseldorf, Beschluss vom 11.12.2013 – VII-Verg 22/13, NZBau 2014, 374)
- Der Auftraggeber kann mit einem Leistungsprogramm **Risiken auf die Bieter verlagern**. Die Ausschreibungstechnik der funktionalen Leistungsbeschreibung ist verbreitet und in Fachkreisen bekannt. Ein sachkundiger Auftragnehmer kann sich deshalb nicht darauf berufen, die damit verbundene Risikoverlagerung habe er nicht erkennen können oder nicht zu erkennen brauchen.
(OLG Düsseldorf, Beschluss vom 12.06.2013 – Verg 7/13, NZBau 2013, 788; BGH, Urteil vom 27.06.1996 – VII ZR 59/95, BauR 1997, 126)

4

Ausschreibung mit Leistungsprogramm

 **GM.SH**
Gebäudemanagement
Schleswig-Holstein AöR

Leistungsbeschreibung mit Leistungsprogramm

(§ 7c VOB/A)


- **Räumlicher Umfang eines Leistungsprogramms:**
(Ziffer 4.4.1 Allgemeine Richtlinien Vergabeverfahren (100) VHB)

4.4.1 Die Leistungsbeschreibung mit Leistungsprogramm kann sich auf das **gesamte Bauwerk** oder auf **Teile davon** erstrecken.

Schleswig-Holstein. Der echte Norden. © Oliver Schubert, Stand: Februar 2024 5

5

Ausschreibung mit Leistungsprogramm

 **GM.SH**
Gebäudemanagement
Schleswig-Holstein AöR

Die Ausschreibung anhand eines Leistungsprogramms muss zulässig sein.

(§ 7c Abs. 1 VOB/A)

- **Das Leistungsprogramm widerspricht dem Wettbewerbsgrundsatz.**
(Heiermann/Bauer in: Heiermann/Riedl/Rusam, 13. Aufl., § 7 VOB/A Rn. 80)
 - **Begründung:**
 - **Erhebliche Kosten für die Planungsleistungen**
(VK Lüneburg, Beschluss vom 11.08.2005 – VgK-33/2005, zitiert nach Weyand, ibi-online-Kommentar Vergaberecht, Stand 14.09.2015, § 7 VOB/A Rn. 318)
 - **Eingeschränkte Vergleichbarkeit der angebotenen Leistungen:** Dem Leistungsprogramm ist wesensimmanent, dass es zu unterschiedlichen Angeboten führt und die Wertung erschwert. Dieser Mangel an Vergleichbarkeit ist hinzunehmen, solange dieser alleine aus den unterschiedlichen operativ-konzeptionellen Ansätzen der Bieter resultiert. (Weyand, ibi-online-Kommentar, Stand 14.09.2015, § 7 VOB/A Rn. 327)
 - **Konsequenz:** Das Leistungsprogramm muss eine Ausnahme bleiben.

Schleswig-Holstein. Der echte Norden. © Oliver Schubert, Stand: Februar 2024 6

6

Die Ausschreibung anhand eines Leistungsprogramms muss zulässig sein.

(§ 7c Abs. 1 VOB/A)

- Das setzt die **Zweckmäßigkeit des Leistungsprogramms** voraus, d. h. **nach Abwägung aller Umstände ist es zweckmäßig**, zusammen mit der Bauausführung auch den Entwurf für die Leistung dem Wettbewerb zu unterstellen, um die technisch, wirtschaftlich, gestalterisch beste sowie funktionsgerechteste Lösung der Bauaufgabe zu ermitteln.
- Die Vergabestelle muss dafür eine **Abwägungsentscheidung** treffen, bei der sie alle im Einzelfall vorliegenden Umstände berücksichtigen muss.
 (Lampert in: Beck VergabeR, 3. Aufl. 2019, § 7c VOB/A-EU Rn. 13 und Rn. 22)

Die Ausschreibung anhand eines Leistungsprogramms muss zulässig sein.

(§ 7c Abs. 1 VOB/A)

- Im Rahmen einer Abwägung kann zum Beispiel die **Notwendigkeit einer fertigungsgerechten Planung** oder die **Möglichkeit mehrerer technischer Lösungen** berücksichtigt werden, die nicht im Einzelnen neutral beschrieben werden können, jedoch nur bei genügender Zahl leistungsfähiger Unternehmer.
 (Schranner in: Ingenstau/Korbion/Leupertz/von Wietersheim, 22. Aufl., § 7c EU VOB/A Rn. 1 i.V.m. § 7c VOB/A Rn. 13)

Die Ausschreibung anhand eines Leistungsprogramms muss zulässig sein.

(§ 7c Abs. 1 VOB/A)

- Beabsichtigt der Auftraggeber die **Errichtung von Neubauten in Systembauweise** und kann er für dieses Vorhaben eine **hinreichende Begründung** anführen, wird ihm die Anfertigung eines **Leistungsverzeichnisses nicht möglich** sein, weil sich in diesem Segment **ganz unterschiedliche Systeme im Wettbewerb befinden**.
 (Kulartz/Weidemann, Zulässigkeit und Zweckmäßigkeit funktionaler Ausschreibungen, NZBau 2021, 571)

Die Ausschreibung anhand eines Leistungsprogramms muss zulässig sein.

(§ 7c Abs. 1 VOB/A)

- Zu prüfen ist, ob für die Errichtung eines Gebäudes in **Systembauweise sachliche und auftragsbezogene Gründe** sprechen.
- Weiter ist zu prüfen, ob die Systemanbieter in **unterschiedlicher Konstruktionsweise** bauen.

Die Ausschreibung anhand eines Leistungsprogramms muss zulässig sein.

(§ 7c Abs. 1 VOB/A)

- Diese Konstruktionsweisen unterscheiden sich in den **technischen Komponenten** sowie im **Grad der Vorfertigung**. Die verschiedenen **Konstruktionsweisen sind im Detail nur den jeweiligen Bietern bekannt**. Nur sie können letztlich sicher beurteilen, ob ihr individuelles System, ggf. mit gewissen planerischen und baulichen Anpassungen, zur Umsetzung der Aufgabe in Betracht kommt.
- Folgerichtig ist es anerkannt, dass ein Leistungsprogramm zweckmäßig sein kann, wenn es wegen der **fertigungsgerechten Planung** in Fällen notwendig ist, in denen es beispielsweise bei Fertigteilbauten wegen der Verschiedenartigkeit von Systemen den Bietern freigestellt sein muss, die Gesamtleistung so anzubieten, wie es ihrem System entspricht.

Die Ausschreibung anhand eines Leistungsprogramms muss zulässig sein.

(§ 7c Abs. 1 VOB/A)

- Die Wahl des Leistungsprogramms führt wegen der **Verschiedenartigkeit der am Markt vorhandenen Systeme** nicht zu einer Einschränkung, sondern zu einer Verbreiterung und damit **Förderung des Wettbewerbs**. Würde die Leistung über ein Leistungsverzeichnis beschrieben, dann müsste sich der Auftraggeber zuvor auf ein System festlegen mit der Folge, dass die ausgeschriebene Leistung im schlechtesten Fall nur von einem Unternehmen erbracht werden kann.

Die Ausschreibung anhand eines Leistungsprogramms muss zulässig sein.

(§ 7c Abs. 1 VOB/A)

- Bei einer **komplexen Baumaßnahme mit mehreren Gebäuden** und einem **engen Zeitplan** erscheint es grundsätzlich nicht unzweckmäßig oder unverhältnismäßig, wenn eine Vergabestelle keine Detailplanung aufstellt, sondern hier auf die unternehmerischen Gestaltungsmöglichkeiten der Bieter Rückgriff nimmt.
(VK Münster, Beschluss vom 17.07.2013 – VK 6/13, ZfBR 2014, 184)

13

Die Ausschreibung anhand eines Leistungsprogramms muss zulässig sein.

(§ 7c Abs. 1 VOB/A)

100

(Allgemeine Richtlinien Vergabeverfahren)

- 4.4.1.1 Eine Leistungsbeschreibung mit Leistungsprogramm kann **zweckmäßig** sein,
- wenn sie wegen der fertigungsgerechten Planung in Fällen notwendig ist, in denen es beispielsweise bei Fertigteilbauten wegen der **Verschiedenartigkeit von Systemen den Bietern freigestellt** sein muss, die **Gesamtleistung** so anzubieten, wie es ihrem System entspricht,
 - wenn **mehrere technische Lösungen** möglich sind, die **nicht im Einzelnen neutral beschrieben** werden können, und der Auftraggeber seine Entscheidung unter dem Gesichtspunkt der **Wirtschaftlichkeit und Funktionsgerechtigkeit** erst aufgrund der Angebote treffen will.

14

Die Ausschreibung anhand eines Leistungsprogramms muss zulässig sein.

(§ 7c Abs. 1 VOB/A)

100

(Allgemeine Richtlinien Vergabeverfahren)

- 4.4.1.2 Dabei ist sorgfältig zu prüfen, ob die durch die Übertragung von Planungsaufgaben auf die Bieter entstehenden Kosten in angemessenem Verhältnis zum Nutzen stehen, und ob für die Ausarbeitung der Pläne und Angebote leistungsfähige Unternehmer in so großer Zahl vorhanden sind, dass ein wirksamer Wettbewerb gewährleistet ist.
- 4.4.1.3 Eilbedürftigkeit oder Erleichterungen in der Organisation, Leitung der Baudurchführung und Vertragsabwicklung sowie Gewährleistung sind für sich keine Gründe für die Wahl dieser Beschreibungsart.
- 4.4.1.4 Bevor das Leistungsprogramm erstellt werden darf, ist sicherzustellen, dass die Grundlagen der Ausschreibung nicht mehr geändert werden. Die Beschreibung muss alle für die Entwurfsbearbeitung und Angebotserstellung erforderlichen Angaben eindeutig und vollständig enthalten und gewährleisten, dass die zu erwartenden Angebote vergleichbar sind.

15

Dokumentation über die Anwendung des Leistungsprogramms

Die Zweckmäßigkeit des Leistungsprogramms ist zu dokumentieren:

– Ziffer 3 Richtlinien zu 111 (Vergabevermerk – Wahl der Vergabeart)

3 Leistungsbeschreibung mit Leistungsprogramm

Eine Leistungsbeschreibung mit Leistungsprogramm ist im Vergabevermerk zu begründen (siehe auch Richtlinien 100 Nummer 4.4.).

– Formblatt 111 (Vergabevermerk – Wahl der Vergabeart) VHB:


111

(Vergabevermerk – Wahl der Vergabeart)

Begründung für die Anwendung des Leistungsprogramm

16

Ausschreibung mit Leistungsprogramm

 **GM.SH**
Gebäudemanagement
Schleswig-Holstein AöR

Mitwirkung der Fachaufsicht führenden Ebene bei einer Leistungsbeschreibung mit Leistungsprogramm

100
(Allgemeine Richtlinien Vergabeverfahren)

2.3 Mitwirkung der Fachaufsicht führenden Ebene


Die **Mitwirkung** der Fachaufsicht führenden Ebene ist erforderlich bei

- **Leistungsbeschreibung mit Leistungsprogramm.**

Schleswig-Holstein. Der echte Norden. © Oliver Schubert, Stand: Februar 2024 17

17

Ausschreibung mit Leistungsprogramm

 **GM.SH**
Gebäudemanagement
Schleswig-Holstein AöR

Inhalt des Leistungsprogramms

(§ 7c Abs. 2 Nr. 1 VOB/A)

- Das Leistungsprogramm umfasst eine **Beschreibung der Bauaufgabe**, aus der die Unternehmen **alle** für die Entwurfsbearbeitung und ihr Angebot **maßgebenden Bedingungen und Umstände** erkennen können.
- Anzugeben
 - ist der Zweck der fertigen Leistung,
 - sind die an die Leistung gestellten technischen, wirtschaftlichen, gestalterischen und funktionsbedingten Anforderungen,
 - ist ggf. ein Musterleistungsverzeichnis, in dem die Mengenangaben ganz oder teilweise offengelassen sind.

Schleswig-Holstein. Der echte Norden. © Oliver Schubert, Stand: Februar 2024 18

18

Inhalt des Leistungsprogramms

(§ 7c Abs. 2 Nr. 1 VOB/A)

- Der Auftraggeber erstellt in der Regel eine **Vorplanung (LPH 2)**.
- Macht der Auftraggeber ergänzend zum Leistungsprogramm **detaillierte Vorgaben**, muss sich aus den Vergabeunterlagen ergeben, ob diese Vorgaben zwingend sind bzw. einen Mindeststandard vorgeben sollen.

Inhalt des Leistungsprogramms

(§ 7c Abs. 2 Nr. 1 VOB/A)

▪ Beispiel für detaillierte Vorgaben im Leistungsprogramm:

3. Begründung für den Ausschluss der Fa. _____ aufgrund der von den Verdingungsunterlagen abweichenden Dach- und Deckenneigungen.


3.1. In den **Planzeichnungen** ist zur Entwässerung der Parkebenen eine Neigung von **2,5 Grad** vorgegeben.

3.2. **Pos. 01.18:** Flächenneigung **2,5 Grad**....

Fazit: Die Konstruktionsbeschreibung der Fa. _____ weist eine Neigung der Ebenen von **1 Grad** aus. Dieses entspricht nicht den Vorgaben des

Leistungsverzeichnisses.

Ausschreibung mit Leistungsprogramm

 **GM.SH**
Gebäudemanagement
Schleswig-Holstein AöR

Inhalt des Leistungsprogramms

(§ 7c Abs. 2 Nr. 1 VOB/A)

- **Beispiel für detaillierte Vorgaben im Leistungsprogramm:**

4. Begründung für den Ausschluss der Fa. _____ aufgrund der von den Verdingungsunterlagen Brüstungshöhen.


4.1. In den **Planzeichnungen** ist gem. LBO ab einer Absturzhöhe von 12 m eine **Brüstungshöhe von 1,10m** gefordert.

Fazit: Die Konstruktionsbeschreibung der Fa. _____ weist für die Brüstungshöhen ausschließlich eine **Höhe von 1,0m** aus.. Dieses entspricht nicht den Vorgaben des Leistungsverzeichnisses.

Schleswig-Holstein. Der echte Norden. © Oliver Schubert, Stand: Februar 2024 21

21

Ausschreibung mit Leistungsprogramm

 **GM.SH**
Gebäudemanagement
Schleswig-Holstein AöR

Inhalt des Leistungsprogramms

(§ 7c Abs. 2 Nr. 1 VOB/A)


- **Verpflichtung des Auftraggebers zur eindeutigen und erschöpfenden Leistungsbeschreibung:**

- Aus der Planung des Auftraggebers müssen sich u. a. die **wesentlichen Einzelheiten der Leistung** in der Weise ergeben, dass mit Änderungen nicht mehr zu rechnen ist.
- **Einerseits:** Die Planung muss einen Stand haben, der es zulässt, dass miteinander vergleichbare Angebote abgegeben werden können. Anderenfalls fehlt die erforderliche Vergabereife.
(Bauer in: Heiermann/Riedl/Rusam, 14. Aufl., § 2 VOB/A Rn. 62; Schubert in: Willenbruch/Wiedekind/Hübner, 5. Aufl., § 2 VOB/A Rn. 47)
- **Andererseits:** Das Leistungsprogramm muss den Bietern einen gewissen Gestaltungsspielraum belassen.
(Weyand, Anmerkungen zu OLG Brandenburg, Beschluss vom 19.09.2003 – Verg W 4/03, IBR 2003, 1145 – nur online)

Schleswig-Holstein. Der echte Norden. © Oliver Schubert, Stand: Februar 2024 22

22

Ausschreibung mit Leistungsprogramm

 **GM.SH**
Gebäudemanagement
Schleswig-Holstein AöR

Inhalt des Leistungsprogramms

(§ 7c Abs. 2 Nr. 1 VOB/A)

▪ **Anhang 9 VHB:**


Als Anhalt für Angaben zum Leistungsprogramm und deren Gliederung kann die nachfolgende Aufstellung dienen. Dabei ist jeweils **im Einzelfall zu prüfen**, welche dieser Angaben für eine genaue Beschreibung erforderlich sind.

1	Angaben des Auftraggebers für die Ausführung:
	Beschreibung des Bauwerks/der Teile des Bauwerks
	Allgemeine Beschreibung des Gegenstandes der Leistung nach Art, Zweck und Lage
	Beschreibung der örtlichen Gegebenheiten wie z.B. Klimazone, Baugrund, Zufahrtswege, Anschlüsse, Versorgungseinrichtungen
	Beschreibung der Anforderungen an die Leistung
	Flächen- und Raumprogramm, z.B. Größenangaben, Nutz- und Nebenflächen, Zuordnungen, Orientierung
	Art der Nutzung, z.B. Funktion, Betriebsabläufe, Beanspruchung
	Konstruktion: ggf. bestimmte grundsätzliche Forderungen, z.B. Stahl oder Stahlbeton, statisches System

Schleswig-Holstein. Der echte Norden. © Oliver Schubert, Stand: Februar 2024 23

23

Ausschreibung mit Leistungsprogramm

 **GM.SH**
Gebäudemanagement
Schleswig-Holstein AöR

Inhalt des Leistungsprogramms

(§ 7c Abs. 2 Nr. 1 VOB/A)


▪ **Anhang 9 VHB:**

1	Angaben des Auftraggebers für die Ausführung:
	Einzelangaben zur Ausführung, z.B.
	– Rastermaße, zulässige Toleranzen, Flexibilität
	– Tragfähigkeit, Belastbarkeit
	– Akustik (Schallerzeugung, -dämmung, -dämpfung)
	– Klima (Wärmedämmung, Heizung, Lüftungs- und Klimatechnik)
	– Licht- und Installationstechnik, Aufzüge
	– hygienische Anforderungen
	– besondere physikalische Anforderungen (Elastizität, Rutschfestigkeit, elektrostatisches Verhalten)
	– sonstige Eigenschaften und Qualitätsmerkmale
	– vorgeschriebene Baustoffe und Bauteile
	– Anforderungen an die Gestaltung (Dachform, Fassadengestaltung, Farbgebung, Formgebung).
	Abgrenzung zu Vor- und Folgeleistungen
	Normen oder etwaige Richtlinien der nutzenden Verwaltung, die zusätzlich zu beachten sind
	öffentlich-rechtliche Anforderungen, z.B. spezielle planungsrechtliche, bauordnungsrechtliche, wasser- oder gewerberechtliche Bestimmungen oder Auflagen.

Schleswig-Holstein. Der echte Norden. © Oliver Schubert, Stand: Februar 2024 24

24

Ausschreibung mit Leistungsprogramm

 **GM.SH**
Gebäudemanagement
Schleswig-Holstein AöR

Inhalt des Leistungsprogramms


(§ 7c Abs. 2 Nr. 1 VOB/A)

- **Anhang 9 VHB:**
 - 2 Unterlagen, die der Auftraggeber zur Verfügung stellt:**
Dem Leistungsprogramm sind als Anlage beizufügen z.B. das **Raumprogramm, Pläne, Erläuterungsberichte, Baugrundgutachten**, besondere Richtlinien der nutzenden Verwaltung.
 - Die mit der Ausführung von Vor- und Folgeleistungen beauftragten Unternehmer sind zu benennen. Die Einzelheiten über deren Leistungen sind anzugeben, soweit sie für die Angebotsbearbeitung und die Ausführung von Bedeutung sind, z.B.
 - Belastbarkeit der vorhandenen Konstruktionen
 - Baufristen
 - Vorhaltung von Gerüsten und Versorgungseinrichtungen.

Schleswig-Holstein. Der echte Norden. © Oliver Schubert, Stand: Februar 2024 25

25

Ausschreibung mit Leistungsprogramm

 **GM.SH**
Gebäudemanagement
Schleswig-Holstein AöR

Inhaltliche Gestaltung des Angebots

(§ 7c Abs. 3 VOB/A)

- Um die Vergleichbarkeit der Angebote zu sichern, ist der **Auftraggeber gehalten, die Anforderungen an die inhaltliche Gestaltung der Angebote vorzugeben**. Der Auftraggeber hat die Anforderungen im Hinblick auf die ihm zu unterbreitende Leistung unmissverständlich in den Vergabeunterlagen darzustellen.
(OLG Brandenburg, Beschluss vom 19.09.2003 – Verg W 4/03, IBR 2003, 114 – nur online)
- Das Angebot muss außer der **Ausführung der Leistung** auch den **Entwurf** und die **Beschreibung der Leistung** umfassen.
 - **Zum Entwurf** gehört eine eingehende **Erläuterung und eine Darstellung der Bauausführung** sowie
 - zum Angebot eine eingehende und zweckmäßig **gegliederte Beschreibung der Leistung**. Die Beschreibung der Leistung enthält ggf. Mengen- und Preisangaben für Teile der Leistung.

Schleswig-Holstein. Der echte Norden. © Oliver Schubert, Stand: Februar 2024 26

26

Inhaltliche Gestaltung des Angebots

(§ 7c Abs. 3 VOB/A)

- Bei der Beschreibung der Leistung mit Mengen- und Preisangaben ist vom Bieter zu verlangen, dass er
 - die **Vollständigkeit seiner Angaben**, insbesondere die von ihm selbst ermittelten **Mengen**, entweder ohne Einschränkung oder im Rahmen einer in den Vergabeunterlagen anzugebenden Mengentoleranz, **vertritt** und dass er
 - etwaige **Annahmen**, zu denen er in besonderen Fällen gezwungen ist, weil zum Zeitpunkt der Angebotsabgabe einzelne Teilleistungen nach Art und Menge noch nicht bestimmt werden können - erforderlichenfalls anhand von Plänen und Mengenermittlungen - **begründet**. Das gilt z. B. für Aushub-, Abbruch- oder Wasserhaltungsarbeiten.

Inhaltliche Gestaltung des Angebots

(§ 7c Abs. 3 VOB/A)

- Die Aufstellung der Leistungsbeschreibung mit Leistungsverzeichnis ist vom Auftraggeber auf die Bieter verlagert worden.
(Heiermann/Bauer in: Heiermann/Riedl/Rusam, 13. Aufl., § 7 VOB/A Rn. 88)
- Der Bieter hat die Entwurfs- und Ausführungsplanung (LPH 3 und 5) zu erarbeiten. Daraus folgt die Pflicht, das Angebot eindeutig und erschöpfend zu beschreiben.
(Prieß in: Kulartz/Marx/Portz/Prieß, 2. Aufl., § 7 VOB/A Rn. 214)
- Entscheidend für die Vollständigkeit eines Angebots ist, ob der Bieter mit seinem Angebot die ausgeschriebene Funktionalität erfüllt.
(VK Nordbayern, Beschluss vom 26.01.2004 – 320.VK-3194-47/03)

Inhaltliche Gestaltung des Angebots

(§ 7c Abs. 3 VOB/A)

■ Anhang 9 VHB:

- 3 Ergänzende Angaben des Bieters:**
 Soweit im Einzelfall erforderlich, kann der Bieter z.B. zur Abgabe folgender Erklärungen oder zur Einreichung folgender Unterlagen aufgefordert werden:
- Angaben zur Baustelleneinrichtung, z.B. Platzbedarf, Art der Fertigung
 - Angaben über eine für die Bauausführung erforderliche Mitwirkung oder Zustimmung des Auftraggebers
 - Baufristenplan, u. U. auch weitere Pläne abweichend von der vorgeschriebenen Bauzeit
 - Zahlungsplan, wenn die Bestimmung der Zahlungsbedingungen dem Bieter überlassen werden soll
 - Erklärung, dass und wie die nach dem öffentlichen Recht erforderlichen Genehmigungen usw. beigebracht werden können
 - Wirtschaftlichkeitsberechnung unter Einbeziehung der Folgekosten, unterteilt in Betriebskosten und Unterhaltungskosten, soweit im Einzelfall erforderlich.


Inhaltliche Gestaltung des Angebots

(§ 7c Abs. 3 VOB/A)

■ Anhang 9 VHB:

- 5 zu § 7c Absatz 3 VOB/A:**
 Es ist in der Aufforderung zur Abgabe eines Angebots 211 vom Bieter zu verlangen, dass er sein Angebot so aufstellt, dass
- Art und Umfang der Leistung eindeutig bestimmt,
 - die Erfüllung der Forderungen des Leistungsprogramms nachgewiesen,
 - die Angemessenheit der geforderten Preise beurteilt und
 - nach Abschluss der Arbeit die vertragsgemäße Erfüllung zweifelsfrei geprüft werden kann.
- Dabei ist anzugeben, wie die Angebote gegliedert und durch Angabe von Kennzahlen oder dergleichen erläutert werden sollen.
- Der Bieter ist ferner aufzufordern, sämtliche zur Beurteilung des Angebots erforderlichen Pläne und sonstige Unterlagen mit einer eingehenden Erläuterung, insbesondere der Konstruktionsprinzipien und der Materialwahl seinem Angebot beizufügen.
- Er ist außerdem zu verpflichten, Pläne und Unterlagen, die nicht schon für die Beurteilung des Angebots, sondern erst für die Ausführung und Abrechnung erforderlich sind, zu bezeichnen und zu erklären, dass er alle für die Ausführung und Abrechnung erforderlichen Pläne im Falle der Auftragserteilung dem Auftraggeber rechtzeitig zur Zustimmung vorlegen werde.
- Der Auftraggeber hat Pläne und sonstige Unterlagen, deren Vorlage er bei Angebotsabgabe für erforderlich hält, nach Art und Maßstab im Einzelnen anzugeben.
- Mengen- und Preisangaben sind zu fordern, soweit diese für einen einwandfreien Vergleich bei der Wertung notwendig sind. In diesen Fällen ist in den Vergabeunterlagen eine Regelung nach § 7c Absatz 3 Satz 2 VOB/A zu treffen.

Ausschreibung mit Leistungsprogramm

 **GM.SH**
Gebäudemanagement
Schleswig-Holstein AöR

Wertung von Angeboten, denen ein Leistungsprogramm zugrunde liegt


- **Anhang 9 VHB:**

4 Besondere Bewertungskriterien:
Gegebenenfalls ist anzugeben, **nach welchen Gesichtspunkten** - auch hinsichtlich ihrer Rangfolge - der Auftraggeber die angebotenen Leistungen zu werten beabsichtigt.

Schleswig-Holstein. Der echte Norden. © Oliver Schubert, Stand: Februar 2024 31

31

Ausschreibung mit Leistungsprogramm

 **GM.SH**
Gebäudemanagement
Schleswig-Holstein AöR

Wertung von Angeboten, denen ein Leistungsprogramm zugrunde liegt

- Der **Preis als alleiniges Zuschlagskriterium** ist bei einem Leistungsprogramm unzulässig.
(OLG Düsseldorf, Beschluss vom 11.12.2013 – Verg 22/13, IBR 2014, 229)
- **Begründung:**
 - Einem Leistungsprogramm liegen qualitative Elemente zugrunde. Das gilt insbesondere für **Planungsleistungen**.
 - Der Preis allein ist bei einer (teil-)funktionalen Ausschreibung von Planungsleistungen ungeeignet, weil eine allein daran ausgerichtete Wertung **qualitative Elemente nicht berücksichtigt**.
 - Müssen Bieter Planungsleistungen erbringen, um überhaupt ein Angebot abzugeben, dann ist die Festlegung nur des Preises als Zuschlagskriterium **ermessenswidrig**.

Schleswig-Holstein. Der echte Norden. © Oliver Schubert, Stand: Februar 2024 32

32

Festsetzung einer angemessenen Entschädigung für die Erstellung eines Angebots

(§ 8 Abs. 2 Nr. 1 VOB/A)

- **Grundsatz:** Für die Bearbeitung des Angebots wird **keine Entschädigung** gewährt.
 (§ 8 Abs. 2 Nr. 1 S. 1 VOB/A)

33

Festsetzung einer angemessenen Entschädigung für die Erstellung eines Angebots

(§ 8 Abs. 2 Nr. 1 VOB/A)

- **Ausnahme:**
 (§ 8 Abs. 2 Nr. 1 S. 2 VOB/A)
 - Verlangt der Auftraggeber, dass der Bieter Entwürfe, Pläne, Zeichnungen, statische Berechnungen, Mengenberechnungen oder andere Unterlagen ausarbeitet, insbesondere **in den Fällen des § 7c VOB/A (Leistungsbeschreibung mit Leistungsprogramm)**, so ist einheitlich für alle Bieter in der Ausschreibung eine **angemessene Entschädigung** festzusetzen.
 - Ein Anspruch auf Entschädigung besteht nur, wenn der Auftraggeber **Planungsaufgaben auf die Bieter überträgt** und in diesem Zusammenhang die Ausarbeitung bestimmter Unterlagen verlangt.

34

Festsetzung einer angemessenen Entschädigung für die Erstellung eines Angebots

(§ 8 Abs. 2 Nr. 1 VOB/A)

▪ Ausnahme:

(§ 8 Abs. 2 Nr. 1 S. 2 VOB/A)

– Keine Anwendung der HOAI:

- Die HOAI findet keine Anwendung auf Unternehmen, die neben oder zusammen mit Bauleistungen auch Planungsleistungen erbringen.
(BGH, Urteil vom 22.05.1997 – VII ZR 290/95, BauR 1997, 677; OLG Köln, Beschluss vom 27.01.2014 – 11 U 100/13, IBRRS 2017, 0683)
- Der Anspruch ist auf Entschädigung und nicht auf eine Vergütung gerichtet.
(Wirmer in: Willenbruch, Wiedekind, Hübner, 5. Aufl., § 8b VOB/A Rn. 16)

Festsetzung einer angemessenen Entschädigung für die Erstellung eines Angebots

(§ 8 Abs. 2 Nr. 1 VOB/A)

- Diese Entschädigung steht jedem Bieter zu, der **ein der Ausschreibung entsprechendes Angebot** mit den geforderten Unterlagen rechtzeitig eingereicht hat.

(§ 8 Abs. 2 Nr. 1 S. 3 VOB/A)

- Der Entschädigungsanspruch erfordert ein Angebot, das nicht wegen eines inhaltlichen oder formalen Fehlers gemäß § 16 Abs. 1 VOB/A auszuschließen ist.
(Schubert in: Kompaktcommentar Vergaberecht, 3. Aufl., 5. Los, § 8 VOB/A Rn. 73)
- Dazu zählt auch, dass das Angebot innerhalb der Angebotsfrist beim Auftraggeber eingereicht worden ist.

Wahl der Verfahrensart bei einer Ausschreibung mit Leistungsprogramm

▪ Beschränkte Ausschreibung mit Teilnahmewettbewerb:

(§ 3a Abs. 1 S. 1 VOB/A)

- Dem Auftraggeber stehen **nach seiner Wahl** die Öffentliche Ausschreibung und die Beschränkte Ausschreibung mit Teilnahmewettbewerb zur Verfügung.
- **Ergebnis:** Der Auftraggeber ist berechtigt, das Leistungsprogramm im Wege einer Beschränkten Ausschreibung mit Teilnahmewettbewerb zu vergeben.

Wahl der Verfahrensart bei einer Ausschreibung mit Leistungsprogramm

- **Freihändige Vergabe:** Danach ist die Freihändige Vergabe zulässig, wenn die **Leistung nach Art und Umfang vor der Vergabe nicht so eindeutig und erschöpfend festgelegt** werden kann, dass hinreichend vergleichbare Angebote erwartet werden können.

(§ 3a Abs. 3 S. 1 Nr. 3 VOB/A)

- **Grundsatz:** Bei einem Leistungsprogramm ist in der Regel anzunehmen, dass der Leistungsinhalt und -umfang bestimmbar ist. Auch bei einem Leistungsprogramm ist die Leistung eindeutig und erschöpfend zu beschreiben. (Stickler in: Kapellmann/ Messerschmidt, 7. Aufl., § 3 VOB/A Rn. 31)
- **Ausnahme:** Sollen die Bieter im Vergabeverfahren Lösungsvorschläge zum Leistungsprogramm ausarbeiten und ist davon auszugehen, dass diese vor einer endgültigen Vergabeentscheidung im Sinne der Vergleichbarkeit noch einmal überarbeitet und den Anforderungen und Bedürfnissen des Auftraggebers angepasst werden müssen, scheidet eine Ausschreibung aus. (Stolz in: Ingenstau/Korbion/Korbion/von Wietersheim, 21. Aufl., § 3a VOB/A Rn. 28; Hausmann, von Hoff, Kulartz in: Kulartz/Marx/Portz/ Prieß, 2. Aufl., § 3 VOB/A Rn. 70)

Wahl der Verfahrensart bei einer Ausschreibung mit Leistungsprogramm

▪ Freihändige Vergabe:

- Die **Aufzählung der Gründe**, die eine Freihändige Vergabe rechtfertigen, ist **nicht abschließend**, sondern nur beispielhaft.
(Stickler in: Kapellmann/Messerschmidt, 7. Aufl., § 3a VOB/A Rn. 49)
- An die Zulässigkeit der Freihändigen Vergabe außerhalb der genannten Gründe sind **hohe Anforderungen** zu stellen. Es muss sich um vergleichbare Ausnahmefälle handeln.
(Stickler a.a.O.)
- Eine Freihändige Vergabe mit Teilnahmewettbewerb könnte zulässig sein, wenn der Auftrag **konzeptionelle Lösungen** im Sinne von § 3a EU Abs. 2 Nr. 1 Buchstabe b) VOB/A umfasst.
(Kulartz/Weidemann, NZBau 2021, 571)

Wahl der Verfahrensart bei einer Ausschreibung mit Leistungsprogramm

▪ Nicht offenes Verfahren:

(§ 3a EU Abs. 1 VOB/A)

- Dem öffentlichen Auftraggeber stehen **nach seiner Wahl** das offene und das nicht offene Verfahren zur Verfügung.
(§ 3a EU Abs. 1 S. 1 VOB/A)
- **Ergebnis:** Dem öffentlichen Auftraggeber steht für die Ausschreibung auf der Grundlage eines Leistungsprogramms das nicht offene Verfahren zur Verfügung.

Wahl der Verfahrensart bei einer Ausschreibung mit Leistungsprogramm

- **Verhandlungsverfahren mit Teilnahmewettbewerb:** Der Auftrag umfasst **konzeptionelle** oder **innovative Lösungen**.
 (§ 3a EU Abs. 2 Nr. 1 Buchst. b) VOB/A)
 - Bei einem Leistungsprogramm werden vom Bieter bereits mit dem (Erst-)Angebot Entwürfe für die Lösung der funktional beschriebenen Bauaufgabe verlangt.
 - Über diese Entwürfe besteht regelmäßig Verhandlungsbedarf, weil sie in Bezug auf die Bedürfnisse des Auftraggebers zu optimieren sind.
 - Nicht erforderlich ist, dass die ausgeschriebene Leistung insgesamt konzeptioneller Art ist. Der Auftrag muss lediglich konzeptionelle Leistungen mit umfassen.
 - Ein Verhandlungsverfahren mit Teilnahmewettbewerb kommt daher auch bei teilfunktionalen Ausschreibungen in Betracht.
 (Stolz in: Ingenstau/Korbion/Leupertz/von Wietersheim, 21. Aufl., § 3a VOB/A Rn. 20; Kapellmann in: Kapellmann/Messerschmidt, 5. Aufl., § 7 VOB/A Rn. 77 ff.; Kern, Rubin in: Röwekamp, Kus, Marx, Portz, Prieß, 2. Aufl., § 14 VgV Rn. 27)

Unternehmereinsatzform bei einer Leistungsbeschreibung mit Leistungsprogramm

- Im Rahmen seiner Gestaltungsfreiheit kann der Auftraggeber ein Leistungsprogramm vorsehen, wenn die Voraussetzungen hierfür vorliegen, d. h., es muss nach Abwägung aller Umstände zweckmäßig im Sinne von § 7c Abs. 1 VOB/A sein.
- Beim Leistungsprogramm gibt der Auftraggeber nur den Rahmen oder das Programm der gewünschten Bauleistung an. Es ist Sache der Bieter, bei der Bearbeitung des Angebots diesen Rahmen oder das Programm auszugestalten.
 (Stickler in: Kapellmann/Messerschmidt, 8. Aufl., § 5 VOB/A Rn. 31)

Unternehmereinsatzform bei einer Leistungsbeschreibung mit Leistungsprogramm

- Der Auftraggeber kann eine Aufteilung in Teil- oder Fachlose nicht vornehmen, da er noch nicht absehen kann, in welcher Weise der Auftragnehmer das vorgegebene Programm ausführen wird. Daher kommt nur eine **zusammengefasste Vergabe** in Betracht.
 (umstritten, in diesem Sinn: Stickler in: Kapellmann/Messerschmidt, 8. Aufl., § 5 VOB/A Rn. 31; Kulartz/Weidemann, NZBau, 2021, 571; Werner in: Willenbruch, Wiedekind, Hübner, 5. Aufl., § 5 VOB/A Rn. 28; **andere Auffassung**: Schraner in: Ingenstau/Korbion/Leupertz/von Wietersheim, 21. Aufl., § 5 VOB/A Rn. 20; danach muss das Leistungsprogramm die Voraussetzungen des § 5 Abs. 2 S. 2 VOB/A für eine zusammengefasste Vergabe erfüllen, d. h., das Leistungsprogramm muss aus wirtschaftlichen oder technischen Gründen erforderlich sein.)
- Ein Leistungsprogramm und eine Losaufteilung schließen sich gegenseitig aus.
 (Stickler, a.a.O.)