

MENOLD BEZLER Partnerschaft mbB
Postfach 30 10 66 · 70450 Stuttgart

Persönlich/Vertraulich
Per E-Mail: m.joas@ludwigsburg.de

Stadt Ludwigsburg
Fachbereich Hochbau u. Gebäudewirtschaft
Herrn Markus Joas
Mathildenstraße 21
71638 Ludwigsburg

MENOLD BEZLER
Rechtsanwälte Steuerberater
Wirtschaftsprüfer Partnerschaft mbB
Stresemannstraße 79, 70191 Stuttgart

Rechtsanwältin/Fachanwältin für Vergabe-
recht
Dr. Valeska Pfarr, M.L.E.
Telefon: +49 711 86040 378
Telefax: +49 711 86040 550
valeska.pfarr@menoldbezler.de

Sekretariat:
Stefanie Rometsch

Unser Zeichen: 747/2015
B_Joas_221201_finale Version_RF_1 /rom

Stuttgart, 1. Dezember 2022

BV Turnhalle Hoheneck; hier: Stellungnahme zu Prüfungsbericht der Gemeindeprüfungsanstalt vom 21.07.2022

Sehr geehrter Herr Joas,

in oben bezeichneter Angelegenheit nehmen wir Bezug auf Ihre Nachricht vom 31. Oktober 2022 sowie unsere nachfolgende Korrespondenz. Anlässlich des GPA-Prüfungsberichts vom 21.07.2022 baten Sie uns um ergänzende Stellungnahme zur Feststellung A 27. Diesbezüglich führen wir gern wie folgt aus:

I. Unklare Kritikpunkte der GPA

1. Zulässigkeit der Totalübernehmervergabe

Die GPA moniert in ihrem Prüfungsbericht vom 21.07.2022 bezüglich des Vergabeverfahrens für die Turnhalle im Stadtteil Hoheneck in ihrer Feststellung A 27, dass die Vergabe an einen Totalübernehmer unzulässig gewesen sei. Diese Aussage wird nicht näher begründet oder erläutert und lediglich § 6 Abs. 2 VOB/A 2012 und § 4 Abs. 8 Satz 1 VOB/B zitiert, die u.E. aber keine Rückschlüsse auf die Zulässigkeit der Vergabe an einen Totalübernehmer zulassen bzw. keine Belege für die Unzulässigkeit einer solchen Vergabe sind. Insbesondere wird an keiner Stelle des Prüfungsberichts näher ausgeführt, ob und ggf. in welchen Punkten die GPA den Stellungnahmen unserer Kanzlei rechtlich widerspricht, welche im Vorfeld eigens zur Prüfung eingeholt wurden. Diese Stellungnahmen werden lediglich ausschnittsweise in der chronologischen Zusammenfassung in Anlage 1 zitiert, ohne dass inhaltlich näher darauf eingegangen wird.

Es findet sich lediglich ein einziger – aus unserer Sicht schwacher - Anhaltspunkt für die Kritik der GPA in der chronologischen Zusammenfassung in Anlage 1. Dort wird auf Seite 113, zweiter Spiegelstrich, festgehalten, dass in einer Anfrage des Fachbereichs Hochbau und Gebäudewirtschaft vom 04.12.2014 an das Rechnungsprüfungsamt „festgehalten“ worden sei, „dass diese Art der Vergabe durch das RPA kritisch“ gesehen werde. Möglicherweise besteht also der Vorwurf darin, dass der Stadt Ludwigsburg eine grundsätzlich kritische Haltung des RPA bekannt war.

Allerdings wäre auch damit noch keine Einschätzung des Auftraggebers in Bezug auf den konkret vorliegenden Fall verbunden, insofern läuft dieser Hinweis aus unserer Sicht „ins Leere“. Wenn diese Anfrage in Bezug auf das konkrete Projekt überhaupt etwas zeigt, dann: dass der Auftraggeber sich schon im Vorfeld um möglichst weitreichende Rechtssicherheit bemüht hat. Die Antwort auf diese Anfrage wird nicht wiedergegeben. Da uns weder diese Anfrage noch die Auskunft vorliegt, können wir zu diesem Punkt weiter nichts ausführen.

Bekannt ist uns allerdings eine positive, spätere Stellungnahme des RP Stuttgart. Nach unserem Kenntnisstand hatte das RP Stuttgart als Förderbehörde auf eine Anfrage zur Zulässigkeit der „GÜ-Vergabe“ mitgeteilt, dass dieses die Vergabe einer GÜ-Vergabe nicht grundsätzlich für förderschädlich halte (s. unsere Stellungnahme vom 29. Oktober 2015, Seite 3). Auf diese Auskunft geht der Prüfbericht jedoch nicht ein.

Da also der genaue Inhalt der Kritik der GPA an dem gewählten Verfahren im konkreten Fall – auch in Gesamtschau mit anderen, monierten Punkten - nicht klar erkennbar ist, verbleibt uns zunächst nur, zur Vermeidung von Wiederholungen, auf unsere bereits vorliegenden Stellungnahmen, insbesondere vom 4. März und vom 29. Oktober 2015, hinzuweisen und um freundliche Berücksichtigung der dort genannten rechtlichen Argumente für die vorliegend erfolgte Verfahrenswahl seitens der GPA zu bitten. Darüber hinaus erhalten Sie vorsorglich nachfolgend einige ergänzende Ausführungen.

2. „Abgabe von Unterlagen an Unternehmen, das sich gewerbsmäßig mit der Ausführung der beschriebenen Leistungen befassen“, § 6 Abs. 2 VOB/A 2012

Die GPA moniert an der zitierten Stelle, dass die Unterlagen gemäß § 6 Abs. 2 VOB/A 2012 an Unternehmen abzugeben gewesen seien, die sich gewerbsmäßig mit der Ausführung von Leistungen der ausgeschriebenen Art befassen.

Dieser Kritikpunkt wird nicht näher erläutert und ist auch sachlich schwer nachzuvollziehen. § 6 Abs. 2 Nr. 1 VOB/A 2012 bezieht sich ausschließlich auf die Vorgehensweise im Rahmen einer öffentlichen Ausschreibung (vgl. hierzu auch Mertens in Franke/Kemper/Zanner/Grünhagen, VOB/A, 201, § 6 Rn. 31). Im vorliegenden Fall wurde jedoch eine freihändige Vergabe durchgeführt (das ist ja gerade Gegenstand der zuvor geäußerten Kritik), auf freihändige Vergaben findet diese Vorschrift aber keine Anwendung. Für freihändige Vergaben bestimmt § 6 Abs. 2 Nr. 3 VOB/A 2012 lediglich, dass zwischen den Bewerbern möglichst gewechselt werden soll.

Abgesehen davon wurden nach unserer Information im Rahmen eines wettbewerblichen Verfahrens mehrere geeignete Unternehmen zur Angebotsabgabe aufgefordert und damit selbstverständlich die Vergabeunterlagen Unternehmen zur Verfügung gestellt, die sich mit der gewerbsmäßigen Ausführung der in der funktionalen Leistungsbeschreibung beschriebenen Leistungen befassen. Insbesondere auch die bezugschlagte Schatz Projectbau GmbH befasst sich gewerbsmäßig mit der Ausführung der vergebenen Leistungen.

3. Ausführung im eigenen Betrieb gemäß § 4 Abs. 8 Nr. 1 VOB/B

Schließlich moniert die GPA in ihrer Stellungnahme in Ziffer A 27, dass der Auftragnehmer die Leistungen entsprechend § 4 Abs. 8 Nr. 1 Satz 1 VOB/B im eigenen Betrieb hätte ausführen müssen. Auch diese Kritik ist nicht nachvollziehbar, da der Auftragnehmer seine Leistungen gemäß § 4 Abs. 8 Nr. 1 Satz 2 VOB/B mit schriftlicher Zustimmung des Auftraggebers an Nachunternehmer vergeben darf.

II. Ergänzende Ausführungen zur Zulässigkeit der Totalübernehmer- bzw. -Totalunternehmervergabe

In Ergänzung zu unseren bereits vorliegenden Stellungnahmen zur Zulässigkeit einer Totalübernehmer- bzw. Totalunternehmervergabe im vorliegenden Fall (in unseren Stellungnahmen dem verbreiteten Sprachgebrauch folgend auch als „Generalübernehmervergabe“ oder „GÜ-Vergabe“ bezeichnet) weisen wir auf folgende Gesichtspunkte hin:

- Gemäß **§ 5 Abs. 1 VOB/A 2012** sollen Bauleistungen so vergeben werden, dass eine **einheitliche Ausführung und zweifelsfreie umfassende Haftung** für Mängelansprüche erreicht wird. Die Totalübernehmer- bzw. Totalunternehmervergabe gewährleistet in optimaler Weise eine zweifelsfreie umfassende Haftung für Mängelansprüche, da sie eine einheitliche Ausführung durch einen einzigen Auftragnehmer vorsieht. Sie steht daher in vollem Einklang mit dem speziell unterhalb der EU-Schwellenwerte geltenden Leitbild für Bauausschreibungen.
- Zwar bestimmt **§ 5 Abs. 2 VOB/A 2012** – dazu auf den ersten Blick im scheinbaren Widerspruch – dass Bauleistungen der Menge nach (Teillose) und getrennt nach Art oder Fachgebiet (Fachlose) zu vergeben sind.

Wie aber bereits in unserer Stellungnahme vom 4. März 2015, Seite 3, ausgeführt, besteht nach den in der oberschwelligen Rechtsprechung herausgebildeten Grundsätzen eine solche Pflicht zur Losvergabe nur dort, wo das mit der Beschaffung verfolgte Ziel durch eine losweise Vergabe überhaupt erreicht werden kann. Das Vergaberecht verpflichtet den Auftraggeber nämlich nicht dazu, eine von seinem tatsächlichen Bedarf abweichende Leistung zu vergeben, nur um dem Gebot der Losaufteilung gerecht zu werden. Das Leistungsbestimmungsrecht liegt vielmehr uneingeschränkt beim Auftraggeber (vgl. so auch schon unsere Stellungnahme vom 4. März 2015). Immer dann also, wenn eine **Losaufteilung** dazu führen würde, dass der Auftraggeber **etwas anderes beschaffen würde**, als dies seinem Bedarf entspricht – gewissermaßen ein „aliud“ - , ist er schon aufgrund seines **Leistungsbestimmungsrechts** berechtigt, die tatsächlich benötigte Gesamtleistung zu beschaffen.

Die im vorliegenden Fall als Totalunternehmer- bzw. Totalübernehmervergabe ausgedruckten Leistungen hätten indes nicht einzelgewerkweise ausgeschrieben werden können, ohne auch zwangsläufig den Inhalt der ausgedruckten Leistung zu verändern. So gibt es inzwischen auf GU- oder TU-Ausschreibungen spezialisierte Unternehmen, die im Falle einer einzelgewerkweisen Ausschreibung gar nicht in der Lage gewesen wären, ein Angebot abzugeben. So hat auch im vorliegenden Fall auskunftsgemäß die Schatz Projectbau GmbH als ein solches auf GU/TU-Vergaben spezialisiertes Unternehmen den Zuschlag erhalten. Die Ausschreibung von TU-Leistungen spricht damit tatsächlich einen eigenständigen, anderen Markt an, als die getrennte Ausschreibung von Planungsleistungen und Einzelgewerken.

Darüber hinaus lag das maximal verfügbare Budget für alle Leistungen bei 2,3 Mio. Euro brutto, wobei dies – wie sich schon aus der chronologischen Aufstellung ergibt – äußerst knapp bemessen war. Die Einhaltung dieser Obergrenze für sämtliche

ineinandergreifenden Leistungen wäre im Rahmen getrennter und einander teils nachfolgender Planungs- und Einzelgewerkausschreibungen nicht gesichert gewesen.

Im Übrigen ergab sich die gesamthafte Ausschreibung auch aus der vorliegend gewählten, funktionalen Ausschreibungsweise, die sich insbesondere im Kontext wenig komplexer, standardisierter Bauten mit festem Budget anbietet, da sie Bietern die Möglichkeit gibt, firmenoptimierte Lösungen aus einer Hand anzubieten. Die vergaberechtliche Kommentarliteratur nennt als Beispielsfall für zulässige funktionale Ausschreibungen im Baubereich explizit Turnhallen (vgl. Kratzenberg in Ingenstau/Korbion, VOB/A 2019, § 7c, Rn. 3).

Die Ausschreibung als TU-Vergabe entsprach damit als einziges dem Beschaffungsziel des Auftraggebers.

- **Auch ist das Ziel der Losvergabe im vorliegenden Fall durch die Totalunternehmer- bzw. Totalübernehmervergabe nicht tangiert.** So soll das Gebot der Bildung von Teillosen vornehmlich **mittelständischen Unternehmen** eine eigenständige Angebotsabgabe ermöglichen. Im vorliegenden Fall war dies schon durch das - im Baubereich vergleichsweise geringe - Auftragsvolumen gewährleistet. Und so erhielt konsequenterweise auch ein mittelständisches Unternehmen den Zuschlag.

Ein eigenes **Fachlos** ist immer dann zu bilden, wenn sich für eine bestimmte Leistung ein eigenständiger Markt herausgebildet hat. Dabei ist zu konstatieren, dass sich inzwischen gerade für GU- und TU-Vergaben ein eigenständiger Anbietermarkt herausgebildet hat. Dementsprechend handelt es sich bei dem bezuschlagten Unternehmen auch um ein Unternehmen, das sich **auf diesen Markt spezialisiert** hat und das im Falle einer gewerkweisen Ausschreibung kein Angebot hätte abgeben können.

- Schließlich kann wie ebenfalls bereits in unserer Stellungnahme vom 4. März 2015 ausgeführt, aus **wirtschaftlichen oder technischen Gründen** auf eine Aufteilung oder Trennung des Auftrags in verschiedene Lose verzichtet werden. Dabei ist zunächst zu konstatieren, dass die in dem Prüfungsbericht enthaltene Aussage, dass TU- bzw. GU-Vergaben zwangsläufig aufgrund des GU/TU-Zuschlags teurer seien, als gewerkweise Ausschreibungen, so nach unseren Erfahrungen mit Bauvergaben nicht zutrifft und auch nicht durch belastbare Statistiken belegt ist. Wollte man die tatsächlichen Kosten der beiden Ausschreibungsformen einander gegenüberstellen, müsste man im Falle der gewerkweisen Ausschreibung auch regelmäßig schnittstellenbedingt anfallende Mehrkosten und Nachträge, sowie Mehrkosten

durch Verzögerungen und ggf. die Kosten für deren Abwehr bei. Hinzuziehung externer Dritter einbeziehen. Zudem wurde unseres Wissens in einer weiteren Stellungnahme anlässlich des vorliegenden Prüfungsberichts aber auch aufgezeigt, dass im konkreten Fall die gesamthafte Vergabe bei richtiger Berechnung im Vergleich mit der gewerkeweisen Vergabe wirtschaftlich selbst dann vorteilhafter war, wenn man diese Mehrkosten im Falle einer hypothetischen gewerkeweisen Auftragsvergabe nicht berücksichtigen würde.

Richtig ist zwar, dass der typischerweise immer mit einer losweisen Vergabe verbundene Mehraufwand rein vergaberechtlich nicht herangezogen werden kann, um eine gesamthafte Vergabe zu begründen. Vorliegend liegt der Fall jedoch besonders, weil der Auftraggeber – wie sich aus der chronologischen Darstellung ergibt – auf eine Budgetausschreibung in Form eines kombinierten Planen- und Bauen-Verfahrens für einen Neubau umschwenken musste, um den tatsächlich bestehenden Bedarf zu erfüllen. Zunächst hatte er durchaus eine gewerkeweise Ausschreibung geplant, welche die Sanierung der Bestandshalle zum Gegenstand gehabt hätte. Die Kosten für den dann u.a. bedingt durch steigende Schülerzahlen erforderlichen Neubau wären jedoch für eine konventionelle Realisierung mit 2,6 Mio. Euro zu veranschlagen gewesen, was die vorhandenen Mittel auskunftsgemäß überstiegen hätte, so dass eine Budgetausschreibung wirtschaftlich vorliegend unumgänglich war, um den tatsächlichen Bedarf überhaupt erfüllen zu können (ohne die Budgetausschreibung hätte die Stadt den Neubau nach unseren Informationen gar nicht beauftragt).

Es erscheint sachlich nicht zu beanstanden, im Rahmen der auftraggeberseitigen Abwägung die vollständige Erfüllung des Bedarfs im Rahmen der Daseinsvorsorge nicht hinter dem vergaberechtlichen Gebot der Losaufteilung zurückstehen zu lassen.

Freundliche Grüße



Dr. Valeska Pfarr, M.L.E.

- Rechtsanwältin/Fachanwältin für Vergaberecht -