



LEITFADEN

zur neutralen Vergabe von Betonbauteilen in förmlichen Vergabeverfahren nach VOB/A, 1. und 2. Abschnitt

Erstellt von

LEINEMANN PARTNER RECHTSANWÄLTE

Berlin, 10. Februar 2022

BERLIN

Prof. Dr. Ralf Leinemann^{1,2}
Prof. Dr. Marc Oliver Hilgers^{1,2,5}
Jochen Lüders^{1,2}
Dr. Eva-D. Leinemann, LL.M.,
Notarin²
Stefan Erdmann¹
Dr. Thomas Kirch²
Dr. Ralf Averhaus¹
Michael Göger, LL.M.⁵
Dr. Marc Steffen¹
Dr. Wiebke Mund¹
Andreas Jacob, LL.M.¹
Armin Preussler^{1,2}
Christoph Conrad^{1,3}
Thomas Maibaum
Shushanik Röcker, LL.M.
Lars Thiel
Dr. Danilo Rosendahl¹
Sandra Jurke
Franziska Bouchard
Simon Gesing, M.A.
Marco Michael Hohensee, LL.M.²
Anuschka Pauly
Igor Zarva, LL.M.
Julius Vollhardt
Jasper Strehlow
Gordon Riedel
Daniel Lucas Orf
Petra Gorny, LL.M.¹
Dr. Arndt Winkelmann, LL.M.
Vladislava Zdesenko
Moritz Schmidt
Timm Schoof
Nicolas Störmann
Arne Mafael
Anne Müller
Tolga Ünal
Katharina Molitor
Christian Frieder

DÜSSELDORF

Oliver Schoofs^{1,2}
Henrik M. Nonhoff¹
Norbert Knöbel¹
Robert Schneider¹
Mark von Dahlen¹
Christian Kirschberger¹
Florian Schwab
Julia Thamm
Marie Luise Knossalla, LL.M.

FRANKFURT AM MAIN

Jarl-Hendrik Kues, LL.M.^{1,2}
Gabriela Böhm^{1,4}
Jonas Deppenkemper^{1,2}
Felix S. Thomas¹
Edith M. Scheuermann
Gabriela Simlesa
Babak Kouчек Zadeh
Sabrina Hübting
Dr. Jonas Asgodom, LL.M.

HAMBURG

Dr. Thomas Hildebrandt^{1,2}
P. Anush Rienau
Bastian Haverland^{1,2}
Roman Schlagowsky¹
Dr. Amneh Abu Saris¹
Julia Barnstedt, LL.M.¹
Detlef Grauert
Dr. Christoph F. Priebe, LL.M.
Corinna Osinski
Eva Bouchon, M.A.¹
Gabriel H. Schleicher, LL.M.
Rasmus Gersch¹
Hauke Meyhöfer¹
Andreas Rosenauer²
Gerrit Frömming
Kai Linnemannstöns
Christoph Schlegel, LL.M.
Andrea Hierl¹

KÖLN

Dr. Oliver Homann^{1,2}
Stefan Jochen Hanke, LL.M.¹
Ulrich Neumann
Dr. Martin Büdenbender²
Malte Offermann
Kristin Beckmann
Richard Koenn
Clarissa Sophie Busato, LL.M.
Lena Bredenkötter

MÜNCHEN

Stephan Kaminsky¹
Patrick Böck, LL.M.¹
Daniel Altenburg¹
Katharina Riesenberg
Maximilian Weidemann

BÜRO BERLIN

Friedrichstr. 185 – 190, 10117 Berlin
Telefon 030 · 20 64 19 – 0, Fax 030 · 20 64 90 – 92
E-Mail: Berlin@Leinemann-Partner.de
LEINEMANN-PARTNER.DE

Partnerschaftsgesellschaft mit beschränkter
Berufshaftung,
Partnerschaftsregister Nr. 169 B,
AG Charlottenburg

¹ FA/’in für Bau- und Architektenrecht

² FA/’in für Vergaberecht

³ FA für Verwaltungsrecht

⁴ FA’in für Miet- & WEG-Recht

⁵ FIDIC Dispute Adjudicator

INHALTSVERZEICHNIS

I.	Einführung	3
II.	Vergaberechtliche Vorgaben zur Festlegung des Beschaffungsbedarfs eines öffentlichen Auftraggebers	3
1.	Grundsatz der produktneutralen Ausschreibung	4
a)	Vorgabe bestimmter Produkte oder Verfahrensarten im Leistungsverzeichnis ist vergaberechtwidrig	4
b)	Verstoß gegen den Wettbewerbsgrundsatz	4
c)	Zwischenergebnis	5
2.	Ausnahme vom Grundsatz der produktneutralen Ausschreibung	5
a)	Willkürliche Festlegungen im Leistungsverzeichnis sind vergaberechtwidrig	5
b)	Festlegung auf Ortbeton ist grundsätzlich vergaberechtwidrig	6
c)	Vorgabe zur Verwendung von Fertigbetonteilen kann vergaberechtkonform sein	6
d)	Gleichwertige Verfahrensarten sind zwingend zuzulassen	7
e)	Kein Angebotsausschluss ohne Gleichwertigkeitsprüfung	8
3.	Gleichwertigkeit von Fertigbetonteilen und Ortbeton	8
4.	Nebenangebote	9
III.	Mustertexte für Ausschreibungen von Bauteilen aus Beton	9
a)	Beispiel 1: Vorgabe eines Leitprodukts im LV nebst Möglichkeit zum Anbieten gleichwertiger Alternativen	10
b)	Beispiel 2: Produktspezifische Ausschreibung	10
IV.	Änderung des Auftrags während der Vertragslaufzeit (nach Zuschlagserteilung) für Oberschwellenvergaben	11
1.	Unwesentliche Änderungen	11
a)	Keine Änderung des Gesamtcharakters	12
b)	Wert der Änderung	12
2.	Sonstige Ausnahmen von der Pflicht zur Durchführung von Vergabeverfahren zur Beauftragung von Nachträgen	13
a)	Optionen	13
b)	Zusätzlich erforderlich gewordene Bauleistung	14
c)	Unvorhersehbare Umstände	14
d)	Wertgrenze	15
V.	Änderung des Auftrags während der Vertragslaufzeit (nach Zuschlagserteilung) für Unterschwellenvergaben	16
VI.	Zusammenfassung und Ergebnis	16

I. Einführung

Die Entwicklung und wachsende Verwendung von Betonfertigteilen spiegelt die Entwicklung der Glatthaar-Unternehmensgruppe wider. Wand- und Deckenelemente waren die ersten Fertigteile, die eine Vorfertigung und somit rationellere Ausführung im Kellerbau ermöglichten. Der Infrastrukturbau ist traditionell eher von Ortbetonbauwerken geprägt. Die Glatthaar Starwalls GmbH&Co.KG stellt sich mit Ihren Fertigteillösungen den zeitgemäßen Forderungen nach ökonomischen, ökologischen und die Bauzeit verkürzenden Bauweisen und hat mit zahlreichen Projekten bewiesen, dass Fertigteillösungen eine mindestens gleichwertige Lösung zu traditionellen Bauweisen darstellen.

Die Glatthaar Starwalls GmbH & Co.KG beteiligt sich vermehrt auch an öffentlichen Ausschreibungen. Dabei ist festzustellen, dass öffentliche Auftraggeber meist ihre Bauwerke in Ortbeton ausschreiben. Gründe hierfür sind in der Regel tradierte Standard-Leistungstexte und technische Ausführungsbestimmungen, die bisher alternative Bauweisen in ihren Regelwerken oft noch nicht berücksichtigen. Bisweilen entspringt es auch einer gewissen Unkenntnis, dass mit Fertigteilbauweisen gleich- und hochwertige Bauwerke geschaffen werden können. Häufig dürfen Unternehmen Fertigbetonteile nicht einmal als Alternative zum ausgeschriebenen Ortbeton anbieten.

Dieser Leitfaden soll öffentlichen Auftraggebern eine vergaberechtliche Übersicht dazu verschaffen, welche Möglichkeiten und vergaberechtlichen Grenzen für die Festlegung ihres Beschaffungsbedarfs bestehen und zum anderen aufzeigen, welche Möglichkeiten bestehen, um in einem förmlichen Vergabeverfahren eine Gleichwertigkeit von Fertigbetonteilen wie etwa diejenigen von Glatthaar mit einem als Hauptangebot ausgeschriebenen Ortbeton nachweisen zu lassen.

II. Vergaberechtliche Vorgaben zur Festlegung des Beschaffungsbedarfs eines öffentlichen Auftraggebers

Die Wahl des Beschaffungsgegenstands unterliegt grundsätzlich der Bestimmungsfreiheit des öffentlichen Auftraggebers. Das Vergaberecht regelt insoweit gerade nicht, was der öffentliche Auftraggeber beschafft, sondern nur die Art und Weise, das „Wie“ der Beschaffung. Der Auftraggeber ist in seiner Beschaffungsentscheidung mithin grundsätzlich frei.¹

¹ OLG Düsseldorf, Beschl. v. 31.05.2017 – VII-Verg 36/16; OLG Karlsruhe, Beschl. v. 14.09.2016, Az. 15 Verg 7/16

1. Grundsatz der produktneutralen Ausschreibung

Der Auftraggeber hat die Leistungsbeschreibung allerdings aus Gleichbehandlungs- und Transparenzgründen in einer Weise zu fassen, dass allen Unternehmen der gleiche Zugang zum Vergabeverfahren gewährt wird. Vor allem darf bei technischen Spezifikationen in einer Leistungsbeschreibung grundsätzlich nicht auf eine bestimmte Produktion oder Herkunft oder ein besonderes Verfahren, das die von einem bestimmten Unternehmen bereitgestellten Produkte charakterisiert, oder auf Marken, Patente, Typen oder einen bestimmten Ursprung oder eine bestimmte Produktion verwiesen werden, wenn dadurch bestimmte Unternehmen oder bestimmte Produkte begünstigt oder ausgeschlossen werden verwiesen werden.²

a) Vorgabe bestimmter Produkte oder Verfahrensarten im Leistungsverzeichnis ist vergaberechtswidrig

Schon aus diesen Grundsätzen ergibt sich, dass öffentliche Auftraggeber nicht ohne Weiteres vorschreiben dürfen, bei Ihrem Bauvorhaben ausschließlich Ortbeton (oder bestimmte Produkte) einsetzen zu wollen. Denn öffentliche Auftraggeber dürfen gerade keine bestimmten Produkte oder bestimmte Verfahren zur Leistungserbringung vorgeben, die andere Produkte/Verfahren begünstigen oder ganz ausschließen. Eine zu enge Detaillierung der Leistungsbeschreibung auf bestimmte Erzeugnisse bzw. Herstellungsarten nimmt den Bietern die ihnen werkvertraglich wie wettbewerblich zustehende „Dispositionsfreiheit“ und verletzt damit einen Kernbereich des Vergaberechts, den Wettbewerbsgrundsatz.

b) Verstoß gegen den Wettbewerbsgrundsatz

Der Wettbewerbsgrundsatz verpflichtet Auftraggeber, vor Festlegung der Ausschreibungsbedingungen sich einen möglichst breiten Überblick über die in Betracht kommenden technischen Lösungen zu verschaffen und einzelne Lösungswege – wie die Errichtung eines Bauvorhabens mit Fertigbetonteilen – nicht von vornherein auszublenden. Auftraggeber haben demnach insbesondere vor Veröffentlichung einer Ausschreibung zu prüfen und positiv festzustellen, warum eine durch die technischen Vorgaben (hier: Ortbeton) des Leistungsverzeichnisses – auch nur inzident – ausgeschlossene Lösungsvariante (im konkreten Fall: Fertigbetonteile) zur Verwirklichung des Beschaffungszwecks nicht geeignet

² § 7 EU Abs. 2 VOB/A; § 7 Abs. 2 VOB/A

erscheint,³ bevor sie sich einseitig auf eine Herstellung nur mittels Ortbeton festlegen und keine Alternativen zulassen.

c) Zwischenergebnis

Möchten öffentliche Auftraggeber eine Herstellung ausschließlich in Ortbeton ausschreiben (oder im Leistungsverzeichnis andere bestimmte Produkte vorgeben), bedarf dies vor Veröffentlichung dieser Ausschreibung einer umfassenden und zu dokumentierenden (Einzelfall-)Prüfung sowie der Feststellung, dass Fertigbetonteile zur Leistungserbringung ungeeignet oder sonstwie nachteilig sind. Eine solche Feststellung wird regelmäßig sachlich nicht zu rechtfertigen sein. Auftraggeber dürfen daher im Regelfall nicht vorgeben, dass Unternehmen ihre Leistung nur in Ortbetonbauweise zu erbringen haben. Hat ein Auftraggeber in seinem Leistungsverzeichnis gleichwohl entsprechende Festlegungen getroffen, handelt er in der Regel vergaberechtswidrig, es sei denn, er könnte hier aus sachlichen Gründen die einseitige Festlegung als Ausnahmetatbestand diskriminierungsfrei darlegen.

2. Ausnahme vom Grundsatz der produktneutralen Ausschreibung

Den Gegensatz zu einer grundsätzlich nach § 7 EU Abs. 2 VOB/A vorgeschriebenen produktneutralen Ausschreibung bildet die sog. „produktscharfe“ Ausschreibung.

a) Willkürliche Festlegungen im Leistungsverzeichnis sind vergaberechtswidrig

Ein Auftraggeber kann im Einzelfall vorsehen, dass die Leistung in bestimmter Art und Weise zu erbringen ist, etwa indem er die Herstellung in Ortbeton oder die Verwendung bestimmter Bauteile/Produkte vorgibt. Eine solche Festlegung darf jedoch nur ausnahmsweise und auch nur dann erfolgen, wenn der Auftragsgegenstand sonst nicht hinreichend genau und allgemein verständlich beschrieben werden kann, § 7 EU Abs. 2 S. 2 VOB/A. Die Festlegung auf bestimmte Produkte bzw. Verfahrens-/Herstellungsarten darf dabei insbesondere nicht willkürlich sein, sondern muss auf nachvollziehbaren objektiven und auftragsbezogenen Gründen beruhen.⁴

³ OLG Jena, Beschl. v. 26.06.2006, Az. 9 Verg 2/06

⁴ OLG Düsseldorf, Beschluss vom 13. April 2016 – VII-Verg 47/15, Rn. 21; VK Baden-Württemberg, Beschl. v. 04.05.2018, Az. 1 VK 8/18

b) Festlegung auf Ortbeton ist grundsätzlich vergaberechtswidrig

Nach diesen Vorgaben dürfte die Festlegung eines öffentlichen Auftraggebers auf eine Herstellung in Ortbeton anstelle der Verwendung von Fertigbetonteilen allenfalls in seltenen Ausnahmefällen vergaberechtskonform möglich sein. Auftraggeber dürften regelmäßig dazu in der Lage sein, ihr zu errichtendes Bauvorhaben als Leistungsziel hinreichend genau und allgemein verständlich beschreiben zu können, auch ohne dass sie eine Vorgabe zur Herstellungsart in Ortbeton treffen müssten. Objektiv nachvollziehbare und auftragsbezogene Gründe, die die Vorgabe zur ausschließlichen Herstellung in Ortbetonbauweise anstelle von Fertigteilen rechtfertigen, sind kaum vorstellbar.

c) Vorgabe zur Verwendung von Fertigbetonteilen kann vergaberechtskonform sein

Umgekehrt kann jedoch eine Vorgabe zur Verwendung von Fertigbetonteilen anstelle einer Herstellung in Ortbetonbauweise im Einzelfall durchaus sinnvoll oder gar geboten und damit vergaberechtskonform möglich sein.⁵ Hier kommen maßgeblich die Aspekte der Ersparnis von Bauzeit bei terminlich knappen Projekten in Betracht, wenn Fertigteile entweder in erheblich kürzerer Zeit montiert und eingebaut werden können oder durch die Art und Weise des Einbaus und der kurzen Montagezeit bei unter Verkehr befindlichen Projekten wesentlich geringere Verkehrsbeeinträchtigungen mit sich bringen.

Ein weiteres Argument kann etwa die Witterungsunabhängigkeit in der Produktion sowie bei der Montage von Fertigteilen gegenüber der Ortbetonbauweise sein. Fertigbetonteile werden anhand eines zertifizierten Qualitätsprozesses in einer konstant gleichen Qualität unter Berücksichtigung der jeweils vorliegenden topographischen Eigenheiten passgenau für den Auftraggeber angefertigt. Hierdurch können zum einen die – örtlichen oder auch witterungsbedingten – Gegebenheiten auf der Baustelle wesentlich besser berücksichtigt und die Betonteile exakt an örtlich vorgefundenen Bedingungen angepasst werden. Zum anderen fällt ein deutlich geringerer Aufwand bei der Fremdüberwachung als bei Ortbetonbauwerken auf der Baustelle an.

⁵ OLG Karlsruhe, Beschl. v. 15.11.2013, Az. 15 Verg 5/13

Darüber hinaus sprechen ökologische sowie Nachhaltigkeitsaspekte für den Einsatz von Fertigbetonteilen. Durch den Einsatz von Fertigbetonteilen werden z.B. Transportwege und die Anzahl der Transporte deutlich reduziert. Das führt nicht nur zur Entlastung der Umwelt, sondern bietet Auftraggebern auch Einsparpotentiale gegenüber der Verwendung von Ortbeton. Beispielsweise beim präventiven baulichen Hochwasserschutz kann eine verkürzte Bauzeit sowohl die Bevölkerung als auch die bestehende Infrastruktur schneller und wirtschaftlicher vor Flutschäden bewahren.

d) Gleichwertige Verfahrensarten sind zwingend zuzulassen

Selbst wenn im Einzelfall ausnahmsweise Gründe für die Vorgabe zur Verwendung von Ortbeton vorliegen sollten, führt dies gleichwohl nicht dazu, dass der Auftraggeber die alleinige Verwendung von Ortbeton vorschreiben darf. Vielmehr hat der öffentliche Auftraggeber nach § 7 EU Abs. 2 S. 2 VOB/A seine Leistungsbeschreibung stets derart auszugestalten, dass die Bieter auch andere, „gleichwertige“ Herstellungsmöglichkeiten zur Leistungserbringung anbieten können.⁶

Wird im Leistungsverzeichnis das Anbieten eines gleichwertigen Alternativsystems zugelassen, sind auf jeden Fall gleichwertigkeitsbegründende Parameter anzugeben.⁷

Für die Bewertung als „gleichwertig“ sind vom Auftraggeber Maßstäbe zu benennen, die ähnlich wie bei der Bewertung zugelassener Nebenangebote nach Art von Mindestanforderungen zu beschreiben sind. So kann es etwa konkret um die Gewährleistung einer kürzest möglichen Montagefrist gehen, minimale Verkehrsbeeinträchtigungen, die Absicherung einer besonderen Betonqualität, spezielle Oberflächenbeschaffung, Maßtoleranzen oder andere Aspekte, weshalb der Auftraggeber die Herstellung in Fertigteilen gegenüber der Ortbetonbauweise bevorzugt. Diese geforderten Merkmale müssten dann auch von einem anderen Produkt oder einer anderen Bauweise erfüllt werden, um als gleichwertig zu gelten.

Fehlen hingegen genaue Angaben dazu, unter welchen Voraussetzungen der Auftraggeber von einer Gleichwertigkeit des angebotenen Alternativsystems

⁶ VK Baden-Württemberg, Beschl. v. 22.07.2019, Az. 1 VK 37/19

⁷ VK Thüringen, Beschl. v. 06.06.2017, Az. 250-4002-4861/2017-N-010-NDH

ausgeht, ist das Leistungsverzeichnis mangels ausreichender Bestimmtheit als vergaberechtswidrig anzusehen.⁸

e) Kein Angebotsausschluss ohne Gleichwertigkeitsprüfung

Ist im Leistungsverzeichnis zu bestimmten Produkten/Verfahrensarten/Positionen – wie vergaberechtlich zwingend vorgesehen – angegeben, dass Bieterunternehmen „gleichwertige“ Alternativen anbieten können, haben diese Bieter dem Auftraggeber darzulegen und zu erläutern, dass die von ihnen angebotene Alternative (z.B. die Nutzung von Fertigbetonteilen statt Ortbeton) mit der im Leistungsverzeichnis vorgegebenen Art als gleichwertig anzusehen ist. Entsprechende Ausführungen sollten Bieter bereits ihren (Erst-)Angeboten beifügen und der Auftraggeber sollte dazu auffordern. Fehlen solche Angaben im Angebot, dürfen entsprechende Angebote dennoch nicht direkt von der Wertung ausgeschlossen werden. Stattdessen muss der öffentliche Auftraggeber zunächst nach § 15 (EU) Abs. 1 VOB/A die Gleichwertigkeit der Alternative prüfen, den Angebotsinhalt umfassend aufklären und hierzu ggf. geforderte Unterlagen vom Bieter gem. § 16a (EU) Abs. 1 VOB/A nachfordern, die die Gleichwertigkeit belegen.⁹

3. Gleichwertigkeit von Fertigbetonteilen und Ortbeton

Die Fertigteilbauweise ist im Regelfall als gleichwertig mit der herkömmlichen Ortbetonbauweise anzusehen. Die Verwendung von Fertigbetonteilen bietet gegenüber der Herstellung von Bauteilen in Ortbetonbauweise aus technischer wie aus Nutzersicht keine grundsätzlichen Nachteile. Beschränkungen für Fertigteile kann es allerdings geben, wenn Elemente mit sehr großen Abmessungen nicht mehr wirtschaftlich transportiert oder montiert werden können.

Bei der heute möglichen Herstellung von Fertigteilen als „Maßanzug“ kann ein optimierter statischer Regelquerschnitt unter Einhaltung der zusätzlichen technischen Vertragsbedingungen (ZTV-Ing. oder ZTV-W) über den Regelquerschnitt eines Ortbetonbauwerks gelegt werden, ohne dass das statischen System wesentliche Änderungen erfährt. Insbesondere die hybride Herstellung von Bauwerken aus Fertigteilwänden mit einer bauseitigen Herstellung eines durchgehenden Ortbetonfundamentes verbindet die Vorzüge der Fertigteilbauweise mit den Vorteilen klassischer Ortbetonbauwerke.

⁸ VK Baden-Württemberg, Beschl. v. 22.07.2019, Az. 1 VK 37/19

⁹ BGH, Urt. v. 18.06.2019, Az. X ZR 86/17; OLG München, Beschl. v. 23.12.2010, Az. Verg 21/10

4. Nebenangebote

Auftraggeber können bei der Vergabe von Bauaufträgen grundsätzlich, Nebenangebote zulassen. Dies ist umso empfehlenswerter, wenn sie sich als Amtsvorschlag für die bauliche Ausführung ihrer Baumaßnahme in (herkömmlichem) Ort beton entscheiden. Denn Nebenangebote zeichnen sich gerade dadurch aus, dass von Bietern alternative, günstigere oder sonstwie vorteilhaftere Lösungen angeboten werden können, die bei Erstellung der Ausschreibung nicht untersucht oder nicht bedacht wurden.

Entscheidet sich der Auftraggeber dazu, Nebenangebote zuzulassen, hat er gemäß § 8 EU Abs. 2 Nr. 3 VOB/A in seinen Vergabeunterlagen mitzuteilen, welche Mindestanforderungen die Nebenangebote erfüllen müssen, um wertbar zu sein. Werden vom Auftraggeber hingegen keine (technischen) Mindestanforderungen an Nebenangebote bekanntgegeben, kann er diese auch nicht bei der Wertung berücksichtigen. Der Auftraggeber muss daher wenigstens seine konkreten Erwartungen an die ausgeschriebene Leistung und das angestrebte Ergebnis als Mindestanforderung formulieren,¹⁰ um eine Vergleichbarkeit der eingehenden Nebenangebote zu gewährleisten.

III. Mustertexte für Ausschreibungen von Bauteilen aus Beton

Grundsätzlich ist das Leistungsverzeichnis nach § 7 EU Abs. 2 VOB/A produktneutral auszugestalten. Selbst wenn das aus – nachvollziehbar darzulegenden Gründen – nicht möglich ist, sind gleichwertige Produkte/Verfahrensarten zu akzeptieren, worauf ein Auftraggeber hinweisen muss, wenn er bestimmte Produkte oder Verfahrensarten vorgibt.

Aus der Praxis liegen vielfältige Ausschreibungs-Textbeispiele vor, in denen versucht wird, den Anforderungen der Neutralität eines Ausschreibungstextes vergaberechtskonform Rechnung zu tragen. Hierbei handelt es sich um von öffentlichen Auftraggebern bereits in Vergabeverfahren verwendete Auszüge aus Leistungsverzeichnissen:

¹⁰ VK Baden-Württemberg, Beschl. v. 22.07.2019, Az. 1 VK 37/19

a) Beispiel 1: Vorgabe eines Leitprodukts im LV nebst Möglichkeit zum Anbieten gleichwertiger Alternativen

Betonfertigteile einbauen

... Freitext ...*FT:StBn, Bew.ges.

C35/45*XF2, XC4, XD2

... Freitext ...*... Freitext ...

Bewehrte Betonfertigteile entsprechend statischen und konstruktiven Erfordernissen nach Unterlagen des AG herstellen und einbauen.

Bauteil 'Vorsatzschale der Hangsicherung gemäß Vorgabe des AG - System Glatthaar Starwalls o.glw. '

Fertigteile aus Stahlbeton. Bewehrung wird gesondert vergütet.

Druckfestigkeitsklasse C35/45.

Expositionsklasse XF2, XC4 und XD2.

Sichtflächenschalung 'gemäß Gestaltungsvorgabe des AG.

Matrize Reckli Typ 2/164 Brabant '

Schalungsverlauf 'parallel zur Wandoberkante '

b) Beispiel 2: Produktspezifische Ausschreibung

Stützwände:

Nördlich der St 2335 von Bau-km 0+057 bis Bau-km 0+321 sowie südlich der St 2335 von Bau-km 0+111 bis Bau-km 0+321 werden Stützwände errichtet.

Die aufgehenden Wände bestehen aus Fertigteilen, die Fundamente werden örtlich betoniert. Die Stützwände erhalten eine betongebundene Natursteinverblendung.

Der Hersteller der Betonfertigteilwand:

Fa. glatthaar - technology gmbh & co. kg

Joachim-Glatthaar-Platz 1

78713 Schramberg - Waldmössingen

Tel. 07402 9294-0

E-Mail: info@glatthaar-starwalls.de

Bei diesen Beispielen erfolgte die Ausschreibung durch Spezifizierung als Betonwand aus Fertigteilen, wobei auf das System Starwalls der Fa. Glatthaar Starwalls hingewiesen wurde. In Beispiel 1 wurde dem Leistungsverzeichnis das System Starwalls als sog. „Orientierungsfabrikat“ (oder auch „Leitprodukt“) zu Grunde gelegt. Dies widerspricht zwar grundsätzlich dem Grundsatz der produktneutralen Ausschreibung,¹¹ weshalb ein Hinweis darauf, dass auch Produkte gleichwertiger Art zulässig sind, sich im Regelfall empfehlen wird (wie hier auch im Beispiel 1 erfolgt). Eine Ausnahme besteht jedoch für solche Fälle, in denen es konkret gerade darauf ankommt, dass das System Starwalls verbaut wird

(so Beispiel 2), was im Einzelfall auch erforderlich sein kann und einer gesonderten Begründung im Vergabevermerk bedarf.¹²

¹¹ VK Baden-Württemberg, Beschl. v. 22.07.2019, Az. 1 VK 37/19

¹² Vgl. für solche Fälle etwa OLG Karlsruhe, Beschl. v. 14.09.2016, Az. 15 Verg 7/16

IV. Änderung des Auftrags während der Vertragslaufzeit (nach Zuschlagserteilung) für Oberschwellenvergaben

Entscheidet sich der Auftraggeber erst nach Auftragserteilung dazu, von der von ihm in den Vergabeunterlagen ursprünglich vorgesehenen Herstellung in Ortbeton abzurücken und nun (doch) Fertigbetonteile verwenden zu wollen, handelt es sich hierbei im vergaberechtlichen Sinne um eine Auftragsänderung während der Vertragslaufzeit. Auftragsänderungen während der Vertragslaufzeit erfordern für nach der VOB/A EU vergebene Bauaufträge jedoch nur dann die Durchführung eines neuen Vergabeverfahrens, wenn sie „wesentlich“ im Sinne des § 22 EU Abs. 1 S. 2 VOB/A sind. Ansonsten sind sie ohne weiteres möglich.

Eine Auftragsänderung während der Vertragslaufzeit (Beauftragung eines Nachtrags) ist stets zulässig, wenn es sich um eine unwesentliche Änderung des ursprünglichen Auftrags handelt. Unter welchen Voraussetzungen von einer unwesentlichen Änderung auszugehen ist, regelt § 22 EU Abs. 3 VOB/A. Darüber hinaus kann eine Änderung des Auftrags während der Vertragslaufzeit aber ausnahmsweise auch ohne die Durchführung eines neuen Vergabeverfahrens zulässig sein, wenn einer der in § 22 EU Abs. 2 VOB/A genannten Ausnahmefälle einschlägig ist.

1. Unwesentliche Änderungen

Eine Änderung des Auftrags ist bei Auftragsvergaben oberhalb der EU-Schwellenwerte unwesentlich, wenn sich durch diese Änderung der Gesamtcharakter des Auftrags nicht ändert, der Wert der Änderung den einschlägigen Schwellenwert (für Bauleistungen seit dem 01.01.2022: EUR 5.382.000,00 netto) nicht übersteigt und der Auftragswert der Änderung nicht mehr als 15 % des ursprünglichen Auftragswertes beträgt.

Sind diese – nachfolgend näher dargestellten – Voraussetzungen erfüllt, kann der öffentliche Auftraggeber vergaberechtskonform die avisierte Änderung (Fertigbetonteile statt Ortbeton) vergaberechtskonform beauftragen/anordnen, ohne eine neues Vergabeverfahren durchführen zu müssen.

a) Keine Änderung des Gesamtcharakters

Die Änderung des Gesamtcharakters des Auftrags läge vergaberechtlich nur dann vor, wenn durch die avisierte Änderung zentrale Elemente des Bauauftrags verändert werden.¹³

Entscheidet der Auftraggeber während der Bauausführung, dass nunmehr Fertigbetonteile anstelle des ursprünglich vorgesehenen Ortbetons zum Einsatz gelangen soll, handelt es sich regelmäßig nur um eine Änderung des Bauentwurfs im Sinne des § 1 Abs. 3 VOB/B. Diese führt jedoch nicht dazu, dass sich der Bauauftrag erheblich vom ursprünglich vergebenen Auftrag unterscheidet.¹⁴ Eine Änderung des Gesamtcharakters des ursprünglich vergebenen Auftrags geht mit der Änderung der Bauausführung von Ortbeton hin zu Fertigbetonteilen daher regelmäßig nicht einher.

b) Wert der Änderung

Der Wert der vorgesehenen Änderung (Verwendung von Fertigbetonteilen statt Ortbetonbauweise) darf auch nicht mehr als 15 % des ursprünglichen Auftragswerts betragen, um als unwesentlich zu gelten, § 22 EU Abs. 3 VOB/A. Dabei ist zu beachten, dass bei mehreren aufeinanderfolgenden Änderungen (Nachträgen) der Gesamtwert aller bisher beauftragten Nachträge maßgeblich ist. Das bedeutet, der Wert aller bisher vorgenommenen Änderungen (Nachträge) ist zu dem Wert der avisierten Änderung hinzuzurechnen.

Wird der Bauauftrag in mehreren Losen vergeben, ermittelt sich der zur Berechnung der 15%-Schwelle relevante (Gesamt-)Auftragswert anhand der Auftragswerte aller Einzellose (Addition sämtlicher Auftragswerte aller Lose zum Gesamtauftragswert). Damit stellen die bei Beginn der Ausschreibung erwarteten/geschätzten Kosten für die gesamte Baumaßnahme die relevante Bezugsgröße zur Berechnung der 15%-Schwelle dar.

Beträgt danach der Gesamtauftragswert beispielhaft EUR 6.000.000,00 netto, können Änderungen (Nachträge) bis zu einem Gesamtwert von EUR 900.000,00 netto (15 % von 6.000.000,00) ohne die Durchführung von neuen Vergabeverfahren veranlasst werden. Daneben darf der Gesamtwert aller Änderungen allerdings nicht

¹³ Ziekow/Völlink, Vergaberecht, zum wortgleichen § 132 GWB, Rn. 41

¹⁴ Glahs in Kapellmann/Messerschmidt, VOB-Kommentar, § 22 EU VOB/A, Rn. 20

den jeweils einschlägigen Schwellenwert übersteigen (EUR 5.382.000,00 netto), was jedoch regelmäßig nicht der Fall sein dürfte.

2. Sonstige Ausnahmen von der Pflicht zur Durchführung von Vergabeverfahren zur Beauftragung von Nachträgen

Für den Fall, dass die avisierte Änderung (Fertigbetonteile statt Ortbeton) nicht als unwesentlich im Sinne des § 22 EU Abs. 3 VOB/A zu qualifizieren ist, enthält § 22 EU Abs. 2 VOB/A weitere Tatbestände, bei deren Vorliegen ebenfalls ausnahmsweise keine Durchführung eines neuen Vergabeverfahrens vor Beauftragung einer Änderung/eines Nachtrags notwendig ist.

Die in der Praxis am häufigsten vorliegenden Konstellationen werden folgend in Kürze abstrakt dargestellt. Für eine Änderung von Ortbeton zu Fertigbetonteilen dürften indes im Regelfall die Vorgaben nach § 22 EU Abs. 2 Nr. 2 oder 3 VOB/A relevant sein.

a) Optionen

Voraussetzung der Ausschreibungsfreiheit nach § 22 EU Abs. 2 Nr. 1 VOB/A ist, dass der Auftraggeber in seinen Vergabeunterlagen bereits entsprechende Optionen zur Auftragsweiterung/-änderung vorgesehen hat.

In vergaberechtlicher Hinsicht müssen danach bereits in dem ursprünglich geschlossenen Vertrag Angaben zu Art, Umfang und Voraussetzungen der eventuellen Änderungen enthalten gewesen sein. Darüber hinaus müssen diese Angaben aber auch klar, genau und eindeutig formuliert sein. Maßgebend ist insoweit, dass die Klausel dem öffentlichen Auftraggeber keinen unbegrenzten Ermessensspielraum einräumt,¹⁵ sondern die Voraussetzungen und Reichweite der möglichen Änderung bereits aus den ursprünglichen Vergabeunterlagen ersehen werden konnte.¹⁶

Hat der öffentliche Auftraggeber – wie häufig – keine entsprechende Option vorgesehen, sind die folgenden Ausnahmetatbestände zu prüfen.

¹⁵ Erwägungsgrund 111 der (Vergabe-)Richtlinie 2014/24/EU

¹⁶ Ziekow in Ziekow/Völlink, Vergaberecht, zum wortgleichen § 132 GWB, Rn. 40

b) Zusätzlich erforderlich gewordene Bauleistung

Eine Änderung des Auftrags (Beauftragung eines Nachtrags) ist ebenfalls ohne die Durchführung eines neuen Vergabeverfahrens zulässig, wenn es sich um erforderlich gewordene Bauleistungen handelt, die nicht in den ursprünglichen Vergabeunterlagen vorgesehen waren, und ein Wechsel des Auftragnehmers aus wirtschaftlichen oder technischen Gründen nicht erfolgen kann und mit erheblichen Schwierigkeiten oder beträchtlichen Zusatzkosten verbunden wäre, § 22 EU Abs. 2 Nr. 2 VOB/A.

Gründe, die einem Auftragnehmerwechsel entgegenstehen, sind insbesondere ein erhöhter Koordinierungs- und Anpassungsbedarf.¹⁷ Beträchtliche Schwierigkeiten/ Zusatzkosten können angenommen werden, wenn die Erbringung der zusätzlichen Bauleistungen (Fertigbeton statt Ortbeton) durch einen anderen Auftragnehmer als den aktuellen zu Verzögerungen oder zu komplexen technischen Anpassungsnotwendigkeiten oder zu laufenden Überwachungserfordernissen oder zu Mehrkosten führen würde, die in keinem angemessenen Verhältnis zum Wert der Zusatzleistungen stehen.

Ob die dargestellten Voraussetzungen vorliegen, bedarf der Überprüfung des Einzelfalls und kann nicht abstrakt bejaht oder verneint werden

c) Unvorhersehbare Umstände

Unvorhersehbare Umstände, die gem. § 22 EU Abs. 2 S. 1 Nr. 3 VOB/A von der Pflicht zur Ausschreibung einer Änderung befreien, sind solche Umstände, die auch bei einer nach vernünftigem Ermessen sorgfältigen Vorbereitung der ursprünglichen Zuschlagserteilung durch den öffentlichen Auftraggeber unter Berücksichtigung der zur Verfügung stehenden Mittel, der Art und Merkmale des spezifischen Projekts, der bewährten Praxis und der Notwendigkeit, ein angemessenes Verhältnis zwischen den bei der Vorbereitung der Zuschlagserteilung eingesetzten Ressourcen und dem absehbaren Nutzen zu gewährleisten, nicht hätten vorausgesagt werden können.¹⁸

Zentrales Merkmal der „unvorhersehbaren Umstände“ ist demnach, ob der öffentliche Auftraggeber die Aspekte bei der Vergabe im Rahmen seiner

¹⁷ Ziekow in Ziekow/Völlink, Vergaberecht, zum wortgleichen § 132 GWB, Rn. 48

¹⁸ Erwägungsgrund 109 der Richtlinie 2014/24/EU

Sorgfaltspflicht hätte berücksichtigen können und müssen, die nun zur Auftragsänderung (Fertig-beton statt Ortbeton) führen.¹⁹

Es ist zur Beurteilung dessen auf eine ex ante Sicht zum Zeitpunkt der Ausschreibung abzustellen.²⁰ Zudem sind die Einzelheiten des konkreten Projektes sowie die bei der Vorbereitung der Zuschlagserteilung eingesetzten Ressourcen zu berücksichtigen.²¹

Ob die dargestellten Voraussetzungen vorliegen, bedarf der Überprüfung des Einzelfalls und kann nicht abstrakt bejaht oder verneint werden.

d) Wertgrenze

Liegt einer dieser Tatbestände vor, kann die vorgesehene Auftragsänderung (Fertigbeton statt Ortbeton) vergaberechtskonform auch ohne die Durchführung eines neuen Vergabeverfahrens vorgenommen werden. Dies gilt jedoch für die Ausnahmetatbestände nach § 22 EU Abs. 2 Nr. 2 und 3 VOB/A

(„zusätzlich erforderlich gewordene Bauleistung“ und „Unvorhersehbarkeit“) nur insoweit, als der Wert der avisierten Änderung nicht mehr als 50 % des ursprünglichen (Gesamt-) Auftragswerts betragen darf.

Bei mehreren aufeinanderfolgenden Änderungen ist hierbei allerdings – im Unterschied zu § 22 EU Abs. 3 VOB/A (Unwesentlichkeit) – nicht jede bereits vergebene Nachtragsleistung (bzw. deren Wert/Preis) zu berücksichtigen. Vielmehr ist jeder Nachtrag eigenständig an der 50 %-Grenze des § 22 EU Abs. 2 S. 2 VOB/A zu messen, solange mit der Vergabe von Einzelaufträgen unterhalb der 50 %-Schwelle nicht die Regelung des § 22 EU Abs. 2 S. 2 VOB/A umgangen werden soll.

Beträgt der Gesamtauftragswert fiktiv EUR 6.000.000,00 netto, können daher Nachträge in Höhe von EUR 3.000.000,00 netto (50% von 6.000.000,00) vergaberechtskonform beauftragt werden, wenn einer der in § 22 EU Abs. 2 Nr. 2, 3 VOB/A aufgeführten Ausnahmetatbestände erfüllt ist.

¹⁹ Mertens/Götze in BeckOK, Vergaberecht, zum wortgleichen § 132 GWB, Rn. 80

²⁰ Ritzenhoff in Pünder/Schellenberg, Vergaberecht, zum wortgleichen § 132 GWB, Rn. 48

²¹ Hüttinger in Beck'scher Vergaberechtskommentar, zum wortgleichen § 132 GWB, Rn. 54

V. Änderung des Auftrags während der Vertragslaufzeit (nach Zuschlagserteilung) für Unterschwellenvergaben

Ist ein Auftrag unterhalb der EU-Schwellenwerte nach den Regelungen des 1. Abschnitts der VOB/A – also „nur“ nach nationalen Vergabevorschriften – vergeben worden und soll an einem solchen Auftrag eine nachträgliche Änderung (z.B. Fertigbetonteile statt Ortbeton) vorgenommen werden, so sind lediglich die Vorgaben des § 22 VOB/A zu berücksichtigen.

Nach § 22 VOB/A muss ein öffentlicher Auftraggeber insbesondere in solchen Fällen keine neues Vergabeverfahren vor Beauftragung eines Nachtrags durchführen, in denen der öffentliche Auftraggeber mit der angestrebten Vertragsänderung seine Leistungsbestimmungsrechte nach § 1 Abs. 3 VOB/B

(Änderungen des Bauentwurfs) oder § 1 Abs. 4 VOB/B (Zusätzliche erforderliche Leistungen) ausübt. Da es sich bei dem hier fraglichen Wechsel von Ortbeton zu Fertigbetonteilen um eine Änderung des Bauentwurfs im Sinne des § 1 Abs. 3 VOB/B handelt (s.o.), bedarf eine solche Änderung bei nach der VOB/A vergebenen Aufträgen mithin nie der Durchführung eines neuen Vergabe-verfahrens.

Der Wert der Auftragsänderungen ist hierbei irrelevant.

VI. Zusammenfassung und Ergebnis

Öffentliche Auftraggeber dürfen aufgrund vergaberechtlicher Vorgaben insbesondere in § 7 EU Abs. 2 VOB/A nicht ohne Weiteres die Herstellung einer Leistung in Ortbeton im Leistungsverzeichnis vorgeben, wenn auch die Verwendung von Fertigteilen prinzipiell möglich ist. Vielmehr sind Ausschreibungen von öffentlichen Auftraggebern grundsätzlich produktneutral auszugestalten. In der Regel ist es daher den Bietern zu überlassen, ob sie die ausgeschriebene Bauleistung unter Verwendung von Fertigbetonteilen oder in Ortbeton erbringen wollen. Selbst wenn ausnahmsweise objektive und nachvollziehbare Gründe im Einzelfall für die Verwendung von Ortbeton sprechen und ein Auftraggeber deshalb die Nutzung von Ortbeton in seinem Leistungsverzeichnis vorgibt, so hat er dennoch in seinen Vergabeunterlagen darauf hinzuweisen, dass Bieter auch „gleichwertige“ andere Verfahrensalternativen – wie den Einsatz von Fertigbetonteilen – anbieten können. Andererseits können gewichtige Gründe dafürsprechen, von vornherein nur Fertigbetonteile auszuschreiben (vgl. Ziff. II.2.c).

Möchte ein Auftraggeber nach Zuschlagserteilung die Bauausführung dahingehend ändern, dass statt des ausgeschriebenen Ortbetons nunmehr Fertigbetonteile zum

Einsatz gelangen sollen, so dürfte dies in den meisten Fällen unproblematisch möglich sein. Bei einer solchen Änderung handelt es sich regelmäßig um eine unwesentliche Änderung des ursprünglich vergebenen Auftrags von weniger als 15 % des Auftragswerts. Solche Änderungen dürfen vergaberechtskonform ohne die Durchführung eines neuen Vergabeverfahrens durchgeführt werden. Dies gilt erst recht, wenn es sich um einen „nur“ nach nationalen Vergabevorschriften vergebenen Auftrag handelt.

Berlin, den 10.02.2022



Prof. Dr. Ralf Leinemann
Rechtsanwalt
Fachanwalt für Vergaberecht
Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht



Marco Michael Hohensee, LL.M.
Rechtsanwalt
Fachanwalt für Vergaberecht

Anlage:

Musterbegründung in einem möglichen Vergabevermerk für eine Festlegung in den Ausschreibungsunterlagen auf das Produkt Glatthaar Starwalls:

Die Wahl des Beschaffungsgegenstands unterliegt der Bestimmungsfreiheit des Auftraggebers. Das Vergaberecht regelt nicht, was der öffentliche Auftraggeber beschafft, sondern nur die Art und Weise (das „Wie“) der Beschaffung. Der Auftraggeber ist in seiner Beschaffungsentscheidung mithin grundsätzlich frei.²²

Zwar hat der Auftraggeber gem. § 7 EU Abs. 1 VOB/A die Leistungsbeschreibung in einer Weise zu fassen, dass sie allen Unternehmen den gleichen Zugang zum Vergabeverfahren gewährt. Eine sog. „produktscharfe“ Ausschreibung darf jedoch erfolgen, wenn sie durch den Auftragsgegenstand gerechtfertigt ist.²³

Eine solche Rechtfertigung setzt voraus, dass der Auftraggeber nachvollziehbare objektive und auftragsbezogene Gründe angibt, weshalb bestimmte Produkte angeboten werden müssen. Zudem darf die Begrenzung auf bestimmte Produkte nicht willkürlich sein.²⁴ Insbesondere steht dem öffentlichen Auftraggeber bei der Einschätzung, ob die Vorgabe einer bestimmten Verfahrensart/Produkts – wie hier die Erbringung der Bauleistung in Fertigbetonweise – gerechtfertigt ist, ein Beurteilungsspielraum zu. Die Entscheidung muss nur nachvollziehbar begründet sein.²⁵

Zudem hat erst kürzlich die VK Hessen (wieder) entschieden, dass eine produktspezifische Ausschreibung gerechtfertigt ist, wenn sie auf der Grundlage nachvollziehbarer, produktbezogener und strategischer Überlegungen des Auftraggebers beruht, die Vergabe so zu gestalten, dass eine jahrelange Nutzung möglichst problem- und risikofrei gewährleistet ist.²⁶

Ausgehend von diesen Grundsätzen rechtfertigen die vom Auftraggeber angestrebten, bekanntgemachten und dokumentierten Erwägungen die Festlegung auf das Produkt Glatthaar Starwalls Fertigbetonteile.

Vorliegend erweisen sich von allem technische und wirtschaftliche Faktoren, sowie ökologische Gründe der Nachhaltigkeit als maßgeblich dafür, ein bestimmtes Produkt in den Vergabeunterlagen vorzugeben. Im Einzelnen sind folgende Aspekte maßgeblich:

<vom AG spezifisch für den Einzelfall zu ergänzen>

²² OLG Düsseldorf, Beschl. v. 31.05.2017 – VII-Verg 36/16 m. w. N.

²³ § 7 EU Abs. 2 VOB/A

²⁴ OLG Düsseldorf, Beschluss vom 13. April 2016 – VII-Verg 47/15, Rn. 21 m. w. N.

²⁵ OLG Düsseldorf, Beschluss vom 16. Oktober 2019 – VII-Verg 66/18, Rn. 41

²⁶ VK Hessen, Beschl. v. 19.03.2021 - 69d-VK-41/2019

Variante: Vorgabe von Fertigbetonteilen Glatthaar Starwalls oder glw.

Der Auftraggeber hat sich nach reiflicher Abwägung dazu entscheiden, das Betonbauwerk nicht in Ortbeton herstellen zu lassen, sondern Fertigteile auszuschreiben. Damit ist noch keine Festlegung auf ein bestimmtes Produkt erfolgt, sondern es wird lediglich eine Festlegung hinsichtlich der Herstellung mittels Fertigteilen getroffen, die von verschiedenen Herstellern geliefert werden können. In dieser Vorgabe einer Bauweise liegt keine Produktvorgabe im Sinne von § 7 EU Abs. 1 VOB/A, da verschiedene Produkte in Betracht kommen. Diese Festlegung liegt im Rahmen der Bestimmungsfreiheit des Auftraggebers, wonach er die Art und Weise (das „Wie“) der Beschaffung nach eigenem Ermessen regeln kann. Der Auftraggeber ist in seiner Beschaffungsentscheidung grundsätzlich frei.²⁷

Es liegen objektive und auftragsbezogene Gründe vor, weshalb die Errichtung mittels Fertigbetonteilen hier wesentliche Vorteile bietet und Nachteile vermeidet. Es findet auch keine willkürliche Begrenzung auf bestimmte Produkte statt.²⁸ Die Entscheidung für die Fertigbauweise ist nachvollziehbar begründet.²⁹

Als Orientierung wird das geeignete Fertigteil „Glatthaar Starwalls“ angegeben, wobei gleichwertige Ausführungen ohne weiteres möglich sind. Als Maßstäbe für die Beurteilung der Gleichwertigkeit werden die entscheidenden Parameter im Leistungsverzeichnis angegeben.

Maßgeblich für die Entscheidung zur Bauweise mit Fertigteilen sind vorrangig bautechnische und wirtschaftliche Faktoren:

<vom AG spezifisch für den Einzelfall zu ergänzen>

Darüber hinaus ist die Herstellung von Fertigteilen auch aus Nachhaltigkeitsgesichtspunkten und wegen der geringeren Beeinträchtigung der Umwelt vorzugswürdig gegenüber der Herstellung in Ortbeton:

<vom AG spezifisch für den Einzelfall zu ergänzen>

²⁷ OLG Düsseldorf, Beschl. v. 31.05.2017 – VII-Verg 36/16 m. w. N.

²⁸ OLG Düsseldorf, Beschluss vom 13. April 2016 – VII-Verg 47/15, Rn. 21 m. w. N.

²⁹ OLG Düsseldorf, Beschluss vom 16. Oktober 2019 – VII-Verg 66/18, Rn. 41