

Vergaberechtsinformationen für Baupraktiker und ihre Berater

Wichtige Entscheidungen

Gelten für Nachunternehmer dieselben Eignungsanforderungen wie für den Hauptunternehmer?

Das Problem

Gemäß § 2 Abs. 1 Nr. 1 VOB/A werden Bauleistungen an fachkundige, leistungsfähige und zuverlässige Unternehmen vergeben. Fraglich ist, ob beim Einsatz von Nachunternehmern für diese dieselben Eignungsvoraussetzungen gelten wie für den Hauptunternehmer.

Beispiel:

Die Vergabestelle schreibt im offenen Verfahren ein Großbauvorhaben (Auftragswert rund 30 Mio. Euro) aus. In der Vergabebekanntmachung wird von den Bietern die Eintragung in das Präqualifikationsverzeichnis oder eine Eigenerklärung gemäß Formblatt 124 und – wenn der Einsatz anderer Unternehmer beabsichtigt ist – auf Verlangen von jedem benannten Unternehmen die Vorlage einer Verpflichtungserklärung nach Formblatt 236 EG verlangt. In Formblatt 124 werden Angaben zur Geschäftstätigkeit in den letzten drei abgeschlossenen Geschäftsjahren sowie jeweils Umsatzangaben verlangt. Bieter A gibt für seinen Nachunternehmer D ein Formblatt 124 ab, das für die Jahre 2009 und 2010 entsprechende Eintragungen enthält, für das Jahr 2008 jedoch einen Umsatz von 0,0 Euro enthält. Die Vergabestelle schließt das Angebot von Bieter A aus, da der Subunternehmer D nicht die zulässigerweise gestellte Mindestanforderung, vor Erteilung des Auftrags bereits drei Jahre auf dem einschlägigen Markt tätig gewesen zu sein, erfüllt.

Frage: Zu Recht?

Die Entscheidung

Das **OLG Düsseldorf** gibt in seinem **Beschluss vom 16. 11. 2011 – Az.: Verg 60/11 – der Vergabestelle Recht:**

1. Eine **dreijährige Geschäftstätigkeit** ist vorschriftsgemäß **in der Vergabebekanntmachung verlangt** worden. Zwar war sie aus der Bekanntmachung nicht unmittelbar zu lesen, es ergab sich jedoch aus dem Formblatt 124 und aus dessen Verwendung durch die Vergabestelle. In der Angebotsaufforderung hat die Vergabestelle die Vorgabe auch auf Nachunternehmer bezogen und insoweit Einreichung der Formblätter 124 und 236 EG mit dem Angebot oder auf Verlangen gefordert.
2. Mit Rücksicht darauf, dass der Neubau allein wegen des Bauvolumens und des Kostenaufwands alle Merkmale eines **Großbauvorhabens** erfüllt, ist die Vorgabe einer mindestens **dreijährigen Geschäftstätigkeit** vergaberechtlich **nicht als unangemessen** oder mit dem Auftragsgegenstand nicht zusammenhängend zu beanstanden. Dies gilt – ungeachtet der darauf entfallenden, vergleichsweise geringen Auftragssumme – **auch für** die in Rede stehenden **Betonstahlverlegearbeiten** (Arbeitskosten ca. 800.000 Euro ohne Umsatzsteuer). Armierungsarbeiten stellen bei der gebotenen funktionalen Betrachtung keine lediglich untergeordnete oder weniger wichtige Bauleistung dar.
3. Nach **§ 16 Abs. 2 Nr. 1 VOB/A** ist der **Auftraggeber** zu einer **Prüfung auch der Eignung von Nachunternehmern** verpflichtet. Der Auftragnehmer will einen Teil der ihm obliegenden Bauleistung durch Nachunternehmer ausführen lassen, die ersatzweise an seine Stelle treten. Es versteht sich von selbst, dass der **Nachunternehmer** für die von ihm **zu übernehmenden Teile** der Leistung in **fachlicher,**

Baurechts-Report-Seminare
jetzt im Internet unter
www.baurechts-seminare.de

§ 2 Abs. 1 Nr. 1 VOB/A
§ 16 Abs. 2 Nr. 1 VOB/A

Der Nachunternehmer unterliegt für den von ihm zu erbringenden Leistungsteil den gleichen Anforderungen wie der (Haupt-) Auftragnehmer

persönlicher und wirtschaftlicher Hinsicht denselben Eignungsanforderungen zu genügen hat wie der Auftragnehmer. Der Umstand, dass der **Nachunternehmer D** der gestellten **Mindestanforderung** nicht entsprach, schlägt daher als **Eignungsmangel** auf Bieter A durch.

Hinweise für die Praxis

- ▶ Auch dem Versuch von Bieter A, den **Nachunternehmer D** nachträglich gegen einen anderen **auszutauschen**, hat das Oberlandesgericht Düsseldorf eine **Abgabe erteilt**. Der geplante Einsatz eines Nachunternehmers ist **Gegenstand** des bis zur Auftragserteilung **bindenden und nicht veränderbaren Angebots**. Auch eine nachträgliche Veränderung des Eigenleistungsanteils ist nicht statthaft.
- ▶ Beim **Eignungsnachweis** durch Eintragung in das **Präqualifikationsverzeichnis** erklärt der Bieter, dass er **nur Nachunternehmer** einsetzt, die **ihrerseits präqualifiziert** sind **oder per Einzelnachweis** belegen können, dass alle Präqualifikationskriterien erfüllt sind. Die Entscheidung des Oberlandesgerichts Düsseldorf zeigt, dass der Bieter auch in diesem Fall die Eignung seines Subunternehmers bzw. das Vorhandensein entsprechender Nachweise vorab prüfen sollte.

– Rechtsanwalt Andreas Demharter, München –

§ 7 Abs. 1 Nr. 4 VOB/A

Bedarfs-, Alternativ- und Wahlpositionen: Wann sind sie zu werten?

Das Problem

Nach § 7 Abs. 1 Nr. 4 VOB/A sind Bedarfspositionen grundsätzlich nicht in die Leistungsbeschreibung aufzunehmen. Fraglich ist zum einen, ob diese Regelung auch auf Alternativ- bzw. Wahlpositionen anzuwenden ist. Darüber hinaus ist fraglich, wann entsprechende Positionen bei der Wertung berücksichtigt werden dürfen.

Beispiel:

Der Auftraggeber schreibt **Leistungen der Glasfassade inklusive Sonnenschutz europaweit im offenen Verfahren** aus. In der Leistungsbeschreibung werden teilweise Alternativpositionen und Eventualpositionen ausdrücklich so bezeichnet. Als Grundposition ist Weißglas zu kalkulieren. **In einem gesonderten Titel haben die Bieter Minderkosten für „Normalglas“ anzubieten**. Zur Ermittlung der Gesamtsumme sind am Ende des Leistungsverzeichnisses Gesamtpreise für die Titel einzutragen. Am Ende der rechten Spalte ist die Gesamtsumme zu bilden. Links und abgesetzt von der rechten Spalte sind die übrigen Titelsummen einzutragen. Hierunter fallen auch die Angaben zum Minderpreis für Normalglas. Einziges Zuschlagskriterium ist der Preis. Bieter A berücksichtigt bei der Ermittlung der Gesamtsumme auch die Minderkosten gemäß der linken Spalte. Nach dem Submissionsprotokoll hat er das preislich niedrigste Angebot eingereicht. Der Auftraggeber korrigiert die Angebotssumme dahingehend, dass die vorgenannten Minderkosten unberücksichtigt bleiben. Nach der Korrektur der Angebotssumme hat Bieter B das preislich niedrigste Angebot eingereicht und soll den Auftrag erhalten. Hiergegen wendet sich Bieter A mit einem Nachprüfungsantrag.

Frage: Waren die in der linken Spalte enthaltenen Preisangaben bei der Gesamtsumme zu berücksichtigen?

Die Entscheidung

Die **Vergabekammer Baden-Württemberg** hat im **Beschluss vom 09. 06. 2011 – Az.: 1 VK 26/11** – die Vorgehensweise des Auftraggebers als vergaberechtskonform bestätigt und wie folgt entschieden:

1. Bei den im Leistungsverzeichnis benannten Positionen der Benennung von Minderkosten für die Ausführung von Normalglas statt Weißglas handelt es sich um so genannte **Wahl- oder Alternativpositionen**. **Auch wenn hierfür die VOB/A keine ausdrückliche Regelung enthält, sind Wahl- oder Alternativpositionen Bedarfs- bzw. Eventualpositionen gleichzusetzen**. Dies bedeutet, dass sie grundsätzlich nicht in die Leistungsbeschreibung aufgenommen werden dürfen. Der Auftraggeber hat vorliegend jedoch sämtliche vorgenannten Positionen nur in geringem Umfang ausgeschrieben.
2. Der Auftraggeber hat die Alternativpositionen im Bereich der anzubietenden Minderkosten als solche nicht benannt. Dass es sich um Alternativpositionen handelte, war jedoch objektiv erkennbar. Ebenso war durch die Gestaltung des Leistungsverzeichnisses erkennbar, dass diese Alternativpositionen bei der Bildung des für die Wertung maßgeblichen Gesamtpreises nicht zu berücksichtigen sind.

Wahl- oder Alternativpositionen sind Bedarfspositionen gleichzusetzen.

3. Die Ausführung in Weißglas war im Leistungsverzeichnis ausdrücklich als Grundposition bezeichnet. Ergänzend hierzu hatten die Bieter unter einem weiteren Titel Angaben zu Minderkosten für bestimmte Leistungspositionen zu machen, wenn – so ausdrücklich „Normalglas statt wie vorstehend Weißglas“ zur Ausführung kommt.
4. Über dem Feld für die Gesamtsumme sind auf der rechten Seite der Zusammenfassung die maßgeblichen Grundpositionen aufgeführt. Die Titel mit Minderpositionen und weiteren Alternativpositionen sind gut sichtbar nach links eingerückt. **Durch die Aufteilung in zwei Spalten hat der Auftraggeber erkennbar für einen objektiven Betrachter klar zum Ausdruck gebracht, dass in den Gesamtpreis nur die jeweiligen Angebotspreise eingerechnet werden sollen, die auf der rechten Seite des jeweiligen Blattes einzutragen waren.** Die Leistungsbeschreibung war insoweit transparent und eindeutig. Es stellt keinen Verstoß dar, dass die ausgefüllten Positionen mit Minderpreisen letztendlich ohne Bedeutung sind, weil sie nicht in den ausschlaggebenden Gesamtpreis einberechnet werden.

Hinweise für die Praxis

- ▶ Die Aufteilung in zwei Spalten hat nach Auffassung der Vergabekammer vorliegend ausgereicht, um die Nichtberücksichtigung von Alternativ- und Eventualpositionen bei der Bildung des Gesamtpreises eindeutig zum Ausdruck zu bringen. **Sicherer wäre es, wenn sich in den Vergabeunterlagen ein ausdrücklicher Hinweis findet, ob Alternativ- oder Eventualpositionen gewertet werden oder nicht.**

– Rechtsanwalt Hans-Peter Burchardt, München-Ismaning –

Welche Folgen ergeben sich aus einer ungenügenden Begründung der Zuschlagsentscheidung nach § 101 a) GWB?

§ 101 a) GWB

§ 101 b) GWB

Das Problem

Nach § 101 a) GWB haben die Auftraggeber die erfolglosen Bieter über den Namen des erfolgreichen Bieters, den frühestmöglichen Zeitpunkt der Zuschlagsentscheidung sowie über die Gründe für die Ablehnung ihres Angebots zu informieren. Zur Begründung der Nichtberücksichtigung verwenden Auftraggeber häufig zusammenfassende und kurze Standardformulierungen. Nach § 101 b) Abs. 1 Nr. 1 GWB kann eine Auftragsvergabe auch nachträglich angegriffen werden, wenn gegen die Informationspflicht nach § 101 a) GWB verstoßen wurde. Fraglich ist, ob dies auch gilt, wenn die Begründung im vorgenannten Sinn nicht ausreichend war.

Beispiel:

Der Auftraggeber schreibt **Bauleistungen europaweit im offenen Verfahren** aus. Die Auftragsentscheidung soll **vorrangig nach dem Preis (85%)** erfolgen. Daneben werden auch **qualitative Zuschlagskriterien** benannt.

Ein Bieter beteiligt sich am Vergabeverfahren. Er erhält vom Auftraggeber die Information nach § 101 a) GWB. Zur Begründung wurde darauf verwiesen, dass wirtschaftlichere Angebote auf Basis der Wertung der Zuschlagskriterien vorlägen. Der Auftraggeber rügt die nicht ausreichende Begründung für die Ablehnung seines Angebots. Der Auftraggeber weist die Rüge zurück, woraufhin der Bieter ein Nachprüfungsverfahren einleitet. Der Auftraggeber hatte jedoch vor Einleitung des Nachprüfungsverfahrens bereits den Zuschlag erteilt. Der Bieter beruft sich auf § 101 b) Abs. 1 Nr. 1 GWB.

Frage: Hat der Nachprüfungsantrag Erfolg?

Die Entscheidung

Die Vergabekammer Nordbayern¹⁾ hat im **Beschluss vom 18. 11. 2011 – Az.: 21.VK-3194-36/11** – hierzu ausgeführt:

1. Nach § 101 a) Abs. 1 GWB hat der Auftraggeber die unterlegenen Bieter u. a. über die Gründe der vorgesehenen Nichtberücksichtigung ihres Angebots zu informieren. Diese Begründung kann **auch durch eine knappe Information in einem vorformulierten Standardschreiben erfolgen**. Aus der Information **muss ein Bieter seine Stellung im Wettbewerb erkennen** und die Chancen eines Nachprüfungsverfahrens einschätzen können.

Ein unzureichendes Informationsschreiben nach § 101 a) GWB löst die Unwirksamkeitsfolge des § 101 b) Abs. 1 Nr. 1 GWB nicht aus, wenn dennoch ein effektiver Rechtsschutz gewährleistet ist.

¹⁾ Die Entscheidung erging zu einem Vergabeverfahren nach VOL/A. Die Entscheidungsgründe sind jedoch auch auf VOB-Vergabeverfahren übertragbar.

2. Diese Anforderungen **dürften im vorliegenden Fall nicht erfüllt sein**. Die Ablehnungsgründe im vorliegenden Informationsschreiben **dürften zu knapp und formelhaft dargestellt sein**. Es wird lediglich das **Ergebnis der Angebotswertung dargestellt, ohne die hierfür maßgeblichen tatsächlichen Gründe offen zu legen**.
3. **Selbst ein unzureichend begründetes Informationsschreiben löst die Unwirksamkeitsfolge des § 101 b) Abs. 1 Nr. 1 GWB grundsätzlich nicht aus, so lange ein effektiver Bieterrechtsschutz gewährleistet ist**. Ist eine Vorabinformation rechtzeitig erfolgt, so hat der Bieter die Möglichkeit, sein subjektives Recht auf eine umfassende Information einzufordern. Dies wurde vom Bieter vorliegend versäumt. Er hätte die unzureichende Information mit einem rechtzeitigen Nachprüfungsantrag überprüfen lassen können. Ein effektiver Rechtsschutz wäre hierdurch gewährleistet worden.
4. Der Nachprüfungsantrag ist daher als unzulässig zurückzuweisen.

Hinweise für die Praxis

- ▶ Die Entscheidung der Vergabekammer Nordbayern enthält wichtige Konkretisierungen zur Überprüfung eines Vergabeverfahrens nach Auftragserteilung. Nicht jedes inhaltliche Defizit bezüglich der Begründung der Zuschlagsentscheidung im Informationsschreiben nach § 101 a) GWB eröffnet die Möglichkeit einer nachträglichen Überprüfung der Vergabe. Die Entscheidung begrenzt insoweit das Risiko der Auftraggeber.
- ▶ Dennoch sollten Informationspflichten nach § 101 a) GWB von den Auftraggebern ernst genommen werden. Eine ordnungsgemäße Begründung der vorgesehenen Nichtberücksichtigung erhöht die Transparenz und das Vertrauen der Bieter in ein ordnungsgemäßes Vergabeverfahren.

– Rechtsanwalt Tilman Class, München-Ismaning –

Der wichtige Hinweis

Vorsicht bei Übergang vom offenen Verfahren in ein Verhandlungsverfahren!

Nach § 3 a) Abs. 6 Nr. 1 VOB/A ist ein Verhandlungsverfahren ohne öffentliche Vergabebekanntmachung zulässig, wenn bei einem offenen Verfahren keine wirtschaftlichen Angebote abgegeben worden sind, sofern die ursprünglichen Vertragsunterlagen nicht grundlegend geändert werden und in das Verhandlungsverfahren alle Bieter aus dem vorangegangenen Verfahren einbezogen werden, die fachkundig, zuverlässig und leistungsfähig sind. Die Vergabekammer Sachsen hat hierzu²⁾ die Anwendung der vorgenannten Voraussetzungen wie folgt klargestellt:

Zur fehlenden Wirtschaftlichkeit: Es müssen ausschließlich Angebote vorgelegen haben, die nach Prüfung, unter Zugrundelegung allgemeiner Erfahrungssätze sowie der in der Ausschreibung genannten Wirtschaftlichkeitskriterien, in einem **unangemessenen Preis-Leistungs-Verhältnis** standen. Für das Vorliegen eines unangemessenen Verhältnisses ist der **Auftraggeber grundsätzlich darlegungs- und beweispflichtig**. **Der bloße Hinweis, dass die finanziellen Mittel nicht ausreichen, vermag diese Darlegungs- und Beweispflicht nicht zu begründen**. Ob die Angebote ein solches Missverhältnis zwischen angebotener Leistung und Preis aufweisen, kann nicht allein anhand eines Vergleichs mit den bisherigen Kosten eines Auftraggebers entschieden werden. Vielmehr **muss auf den aktuellen Wert der angebotenen Leistung abgestellt werden**. Der Auftraggeber muss somit anhand einer aktuellen und nachvollziehbaren Schätzung des heutigen Wertes der ausgeschriebenen Leistung überprüfen, ob die Angebotspreise als unwirtschaftlich anzusehen sind.

Keine grundlegende Änderung der ursprünglichen Vertragsunterlagen: Neben der Einbeziehung aller geeigneten Bieter aus dem Vorverfahren dürfen die Vergabeunterlagen nicht grundlegend geändert werden. Eine solche **grundlegende Änderung** liegt jedoch vor, **wenn beispielsweise aufgrund mangelnder Produktneutralität die im ursprünglichen LV benannten Leitfabrikate beseitigt werden**. Wenn weiter eine Alleinstellung begründende Merkmale von Produkten im Rahmen der Überarbeitung gestrichen werden, kann eine breitere Produktpalette als zuvor konform zum Leistungsverzeichnis angeboten werden. Auch dies stellt eine grundlegende Änderung der Vergabeunterlagen dar. In solchen Fällen ist ein Übergang in ein Verhandlungsverfahren ohne Vergabebekanntmachung unzulässig.

– CL –

VERGABERECHTS-REPORT

Druck+Verlag Ernst Vögel GmbH
Kalvarienbergstr. 22 · 93491 Stamsried
Tel. (09466) 9400-0 · Fax (09466) 1276
Internet: <http://www.vob-buecher.de>
<http://www.voegel.com>
E-Mail: voegel@voegel.com

Herausgeber und verantwortlich für den Inhalt:
RA Hans-Peter Burchardt
Carl-Zeiss-Ring 14 · 85737 Ismaning
Erscheint 1x monatlich
Bezugspreis: 29,40 Euro pro Jahr
(einschl. MwSt., zzgl. Versand)

Wiedergabe des Inhalts – auch auszugsweise – nur mit Genehmigung des Verlags
Trotz gewissenhafter Bearbeitung aller Beiträge kann keine Haftung für deren Inhalt übernommen werden.

ISSN 1435-4535
© VOB-Verlag Ernst Vögel OHG,
D-93491 Stamsried, 2012

²⁾ Beschluss vom 27. 09. 2011 – Az.: 1/SVK-037-11.