

Vergaberechtsinformationen für Baupraktiker und ihre Berater

Wichtige Entscheidungen

Ist ein wegen eines Eingabefehlers anfechtbares Angebot auszuschließen?

Das Problem

Gemäß § 119 Abs. 1 BGB kann derjenige, dem bei der Abgabe einer Willenserklärung ein Fehler unterläuft, der sich also z. B. verschreibt, diese Willenserklärung „anfechten“, sie rückwirkend wieder beseitigen. Fraglich ist, wie mit einem Angebot umzugehen ist, das vom Bieter wegen eines Erklärungsirrtums angefochten werden kann.

Beispiel:

Bieter A gibt in einem offenen Verfahren zur Vergabe der Rohbauarbeiten für ein städtisches Kulturhaus ein Angebot ab, bei dem er in den Stahlpositionen um etwa den Faktor 1000 niedrigere Preise pro Tonne anbietet als die übrigen Mitbewerber. Im Rahmen der Aufklärung gibt Bieter A an, aufgrund eines Eingabe- oder Softwarefehlers sei durch sein EDV-Programm anstatt des Tonnen-Preises fälschlicherweise der Kilopreis ausgeworfen worden.

Frage: Kann das Angebot von Bieter A gewertet werden?

Die Entscheidung

Das **OLG Karlsruhe** ist in seinem **Beschluss vom 11. 11. 2011 – Az.: 15 Verg 11/11** – der Ansicht, dass das Angebot von Bieter A **zwingend auszuschließen** ist.

1. Aufgrund des **Eingabe- oder Softwarefehlers** liegt ein **Erklärungsirrtum** vor. Der äußere Erklärungstatbestand entspricht nicht dem Willen des Erklärenden. Anders als beim (nicht zur Anfechtung berechtigenden) Kalkulationsirrtum, bei dem der im Stadium der Willensbildung unterlaufende Irrtum im Beweggrund liegt, entstand hier der Irrtum bei der Abgabe der Erklärung selbst.
2. Da der Bieter deswegen die **Möglichkeit** hatte, das **Angebot nach § 119 Abs. 1 BGB** wegen Erklärungsirrtums **anzufechten, stand** zum Zeitpunkt der **Abgabe des Angebots** der Preis insoweit **nicht endgültig fest**. Die für eine ordnungsgemäße Preisangabe nach § 13 Abs. 1 Nr. 3 VOB/A zu fordernde **Angebotsklarheit**, die einen in jeder Hinsicht vollständigen und zweifelsfreien Preis verlangt, war damit gerade **nicht gegeben**.
3. Die von Bieter A im Rahmen der Aufklärung abgegebene **Erklärung**, er lasse sich auf die Positionen des Leistungsverzeichnisses ein, kann nur so verstanden werden, dass vom **Anfechtungsrecht kein Gebrauch** gemacht wird. Dies ist eine unstatthafte **Änderung des Angebots** im Sinne von **§ 15 Abs. 3 VOB/A**. Andernfalls hätte Bieter A nach dem Eröffnungstermin die Möglichkeit, durch eine entsprechende „Klarstellung“ seine Bieterposition zu verbessern.

Hinweise für die Praxis

- Eine vom Bieter unverzüglich schriftlich gegenüber dem Auftraggeber erklärte Anfechtung wegen Erklärungsirrtums **lässt die fehlerhafte Erklärung nur rückwirkend entfallen**. Eine Preisanpassung in Richtung eines angemessenen Preises findet nicht statt. Hätte Bieter A die Anfechtung hinsichtlich der fehlerhaften Positionen bereits erklärt gehabt, wäre es nachträglich unvollständig geworden und damit

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

§ 16 Abs. 1 Nr. 1 VOB/A
§ 13 Abs. 1 Nr. 3 VOB/A
§ 15 Abs. 3 VOB/A
§ 119 Abs. 1 BGB

Ein Angebot, das vom Bieter wegen Erklärungsirrtums gemäß § 119 Abs. 1 BGB angefochten werden kann, ist auszuschließen. Dies gilt auch dann, wenn der Bieter nachträglich erklärt, auf eine Anfechtung zu verzichten.

ebenfalls gemäß § 16 Abs. 1 Nr. 1c VOB/A, § 13 Abs. 1 Nr. 3 VOB/A auszuschließen gewesen.

- ▶ Stark vereinfacht liegt ein **Erklärungsirrtum** vor, wenn der Bieter nicht den Preis in sein Angebot einträgt, den er anbieten will, z. B. weil er sich verschreibt. Ein **Kalkulationsirrtum**, der nicht zur Anfechtung berechtigt, liegt hingegen vor, wenn dem Bieter „auf dem Weg zum Preis“, d. h., bei der Kalkulation, ein Fehler unterläuft, er dann aber dieses (falsche) Ergebnis seiner Kalkulation zutreffend anbietet.

– Rechtsanwalt Andreas Demharter, München –

§ 16 Abs. 6 Nr. 1 VOB/A

Die Vergabebestimmung, wonach ein Zuschlag auf ein Unterangebot nicht erteilt werden darf, dient grundsätzlich ausschließlich dem Schutz des Auftraggebers, nicht aber demjenigen der übrigen Bieter. Ein erfolgloser Bieter kann jedoch geltend machen, dass der erfolgreiche Bieter sein Unterangebot in zielgerichteter Marktverdrängungsabsicht abgegeben hat.

Wann kann sich ein erfolgloser Bieter auf ein Unterangebot eines Konkurrenten berufen?

Das Problem

Gemäß § 16 Abs. 6 Nr. 1 VOB/A darf auf ein Angebot mit einem unangemessen hohen oder niedrigen Preis der Zuschlag nicht erteilt werden.

Beispiel:

Ein erfolgloser Bieter macht geltend, das zur Beauftragung vorgesehene Angebot eines Mitkonkurrenten sei nicht kostendeckend und der Angebotspreis sei derart niedrig, dass bei dessen Abgabe ohne Weiteres von einer Marktverdrängungsabsicht ausgegangen werden könne.

Frage: Kann sich ein erfolgloser Bieter auf das Verbot der Zuschlagserteilung auf ein Unterangebot bei der Vergabekammer berufen?

Die Entscheidung

Die **Vergabekammer Baden-Württemberg** hat in ihrem **Beschluss vom 21. 12. 2011 – Az.: 1 VK 64/L** – hierzu Folgendes entschieden¹⁾:

1. Die Vergaberechtsbestimmung, wonach ein Zuschlag auf ein Unterangebot nicht erteilt werden darf, dient grundsätzlich zum **Schutz der Vergabestelle**. Die Regelung dient dem Zweck, spätere Schäden der Vergabestelle zu verhindern, weil der Auftragnehmer, der einen unangemessen niedrigen Preis anbietet, den Auftrag möglicherweise nicht oder nicht ordnungsgemäß ausführt. Hingegen bezweckt dieses Verbot nicht, den **Konkurrenten zu schützen, so dass dieser sich grundsätzlich nicht auf deren Verletzung berufen kann**.
2. Teilweise wird vertreten, dass sich im Einzelfall aufgrund des Gebots wettbewerbsbeschränkende und unlautere Verhaltensweisen zu bekämpfen, eine Pflicht des Auftraggebers ergebe, Unterpreisangebote zu unterbinden. Dies soll jedenfalls dann gelten, wenn Angebote unter Einstandspreis in **der zielgerichteten Absicht abgegeben werden, einen oder mehrere bestimmte Mitbewerber nicht nur aus einer einzelnen Auftragsvergabe, sondern grundsätzlich vom Markt zu verdrängen und hierdurch zumindest die konkrete Gefahr begründet wird, dass dieser Fall auch tatsächlich eintritt**.
3. Selbst wenn der erfolgreiche Bieter einen Angebotspreis abgegeben hätte, welcher nicht kostendeckend ist, führt dies nicht allein deshalb zu einem Angebotsausschluss. Der Auftraggeber ist bei einem Unterkostenangebot nur dann zum Ausschluss verpflichtet, wenn die oben zitierte **Marktverdrängungsabsicht vorliegt und nachgewiesen wird**. Hierbei ist es ein übliches Wettbewerbsgeschehen, dass Bieter bestrebt sind, günstige Angebote abzugeben, um die Konkurrenz zu unterbieten, um den Auftrag zu erhalten. Die vergaberechtlich notwendige Marktverdrängungsabsicht geht jedoch weit über eine wettbewerbliche Motivation im vorgenannten Sinne hinaus. Auch wenn daher ein Unterpreisangebot vorliegt und hierdurch ein Konkurrent aus dem Markt verdrängt werden könnte, kann hieraus nicht zwingend entnommen werden, dass die Abgabe dieses Unterkostenangebots **zielgerichtet** diesem Zweck diene. Es gehört zum normalen Marktgeschehen, insbesondere bei einem räumlich eng begrenzten Markt oder wenn ein Unternehmen von einem oder nur wenigen Auftraggebern abhängig ist, dass Unternehmen vom Markt verschwinden und andere sich etablieren.
4. Da keine zielgerichtete Marktverdrängungsabsicht nachgewiesen werden konnte, war der Nachprüfungsantrag erfolglos.

¹⁾ Die Entscheidung erging zur VOL/A, gilt aber im vorliegenden Zusammenhang sinngemäß auch für die VOB/A.

Hinweise für die Praxis

- ▶ Einen Sonderfall stellt in diesem Zusammenhang die Konstellation eines Zusammentreffens außergewöhnlich hoher und außergewöhnlich niedriger Positionspreise, also das Vorliegen einer unzulässigen Mischkalkulation dar. Das bloße Zusammentreffen außergewöhnlich hoher und außergewöhnlich niedriger Positionspreise in einem Angebot rechtfertigen jedoch nicht ohne Weiteres den Schluss auf eine unzulässige Mischkalkulation. Solches bietet allerdings Anlass für weitere Angebotsaufklärungen (Vergabekammer Baden-Württemberg, Beschluss vom 09. 09. 2011 – Az.: 1 VK43/11).
- ▶ Zum Vorliegen einer zielgerichteten Marktverdrängungsabsicht ist der Beschluss der Vergabekammer Baden-Württemberg vom 13. 07. 2011 – Az.: 1 VK37/11 – instruktiv: Hiernach entspricht es den Grundsätzen eines freien Wettbewerbs, wenn ein Bieter zunächst investiert, um überhaupt Fuß auf dem Markt zu fassen (so genannte Newcomer-Problematik) oder um seine Marktposition zu festigen oder auszubauen. Dies kann jedoch nicht mit einer Marktverdrängung gleichgesetzt werden, die nur vorliegt, wenn bestimmte Mitbewerber zielgerichtet nicht nur von der einzelnen Auftragsvergabe, sondern vom Markt insgesamt verdrängt werden sollen.

– Rechtsanwalt Hans-Peter Burchardt, München-Ismaning –

Produktneutrale Ausschreibung – Wann kommen Ausnahmen in Betracht?

§ 2 Abs. 2 VOB/A
§ 7 Abs. 8 VOB/A

Das Problem

Nach § 7 Abs. 8 sind die öffentlichen Auftraggeber grundsätzlich verpflichtet, produktneutral auszuschreiben. Ausnahmen kommen nur in Betracht, wenn sie durch den Auftragsgegenstand gerechtfertigt sind. Neben der Frage, wann eine solche Rechtfertigung gegeben ist, ist häufig entscheidend, inwieweit das Vorliegen des Ausnahmetatbestands dokumentiert ist.

Beispiel:

Der Auftraggeber schreibt im Rahmen der Grunderneuerung eines Autobahnabschnittes die Demontage und Montage von Fahrzeugrückhaltesystemen europaweit im offenen Verfahren aus. Er verweist darauf, dass nur Systeme anzubieten sind, für die eine Einsatzfreigabe für den jeweiligen Einsatzbereich der Bundesanstalt für Straßenwesen (BASt) vorliegen muss. Ein Bieter rügt dies als Verstoß gegen das Gebot der produktneutralen Ausschreibung. Für die maßgeblichen Fahrzeugrückhaltesysteme sei derzeit nur ein System gelistet. Es gäbe am Markt aber auch andere Systeme, die die technischen Anforderungen, insbesondere nach der einschlägigen DIN, erfüllen. Der Auftraggeber weist die Rüge zurück. Er beruft sich darauf, aufgrund interner Anweisungen zur Beschränkung auf die Einsatzfreigabeliste verpflichtet worden zu sein.

Frage: Ist das Gebot der produktneutralen Ausschreibung verletzt?

Die Entscheidung

Die **Vergabekammer Niedersachsen** hat im **Beschluss vom 27. 09. 2011 – Az.: VgK-40/2011** – dem Antragsteller mit folgenden Gründen Recht gegeben:

1. Der Auftraggeber ist in Bestimmung des Auftragsgegenstandes frei. Er hat grundsätzlich die volle Planungs- und Vertragsfreiheit bei der von ihm gewünschten Bauleistung. Die Grenzen dieser Freiheit sind u. a. durch das Diskriminierungsverbot bzw. Gleichbehandlungsgebot nach § 2 Abs. 2 VOB/A gezogen. Diese Gleichbehandlung erfordert u. a. auch die Beachtung des Gebots zur produktneutralen Ausschreibung nach § 7 Abs. 8 Satz 1 VOB/A.
2. Eine nach der vorgenannten Norm zulässige Ausnahme ist vorliegend vom Auftraggeber jedoch nicht ausreichend dargelegt worden. In diese Liste gelangen nachweislich nicht alle Systeme, die die technischen Voraussetzungen, insbesondere nach der DIN EN 1317, erfüllen. Diese Begrenzung gerät in Konflikt mit den Vorgaben des § 7 Abs. 8 Satz 1 VOB/A. Für das Vorliegen eines Ausnahmetatbestands hat der Auftraggeber die Darlegungs- und Beweislast. Er muss darlegen können, dass europaweit kein anderes Unternehmen/Produkt existiert, das auf der Basis gesicherter Erkenntnis zur Auftrags Erfüllung in der Lage ist, bzw. den Bedarf des Auftraggebers erfüllen kann.

Die Rechtfertigung einer produktspezifischen Ausschreibung muss im konkreten Einzelfall erfolgen und dokumentiert werden.

Ein Verweis auf interne Anordnungen kann diesen Abwägungsprozess nicht ersetzen.

3. Eine entsprechende Prüfung hat der Auftraggeber vorliegend durch eigene Markt-erkundungsaktivitäten nicht vorgenommen, sondern ausschließlich auf den internen Erlass zur Verwendung der Einsatzfreigabeliste verwiesen. Für eine zulässige produktspezifische Entscheidung bedarf es einer einzelfallbezogenen Entscheidung des Auftraggebers, bei der die Argumente zugunsten der Produktneutralität gegen die der notwendigen Beschränkung abzuwägen sind. An dieser Abwägungsentscheidung fehlt es vorliegend vollständig. Der Auftraggeber war sich nicht einmal bewusst, dass er dieses Ermessen ausüben muss. Ein interner Erlass kann diese Ermessensausübung nicht ersetzen. Nur der Auftraggeber kann im Einzelfall beurteilen, ob die konkreten Umstände des Einzelfalls es rechtfertigen, den Angebotsgegenstand im Hinblick auf die ausgeschriebene Leistung einzuschränken. Das Nachreichen von Argumenten im Rahmen des Nachprüfungsverfahrens kann die gebotene zeitnahe Dokumentation nicht ersetzen. Der Dokumentationsverstoß ist ohne Rückversetzung des Vergabeverfahrens nicht heilbar.

Hinweise für die Praxis

- ▶ Die Entscheidung der Vergabekammer Niedersachsen legt nachvollziehbar dar, dass für eine Ausnahme das Gebot der produktneutralen Ausschreibung im Einzelfall vor Einleitung des Vergabeverfahrens eine Abwägung der mit der Beschränkung des Auftragsgegenstandes einhergehenden Vorteile gegen die wettbewerblichen Nachteile vorzunehmen ist. Die Abwägungsentscheidung ist zu begründen und in der Vergabeakte zu dokumentieren.
- ▶ Auch wenn vernünftige und nachvollziehbare Gründe für eine produktspezifische Ausschreibung sprechen, bleibt diese immer ein Risiko, da der Auftraggeber insofern die Darlegungs- und Beweislast trägt.

– Rechtsanwalt Tilman Class, München-Ismaning –

Der wichtige Hinweis

Kein Nachfordern fehlender Unterlagen bei Ermessensreduzierung auf Null!

Nach § 19 Abs. 3 Sektorenverordnung sind die Auftraggeber berechtigt, Erklärungen und Nachweise, die auf Anforderung des Auftraggebers bis zum Ablauf der Frist durch den Eingang der Angebote nicht von den Bieter vorgelegt wurden, innerhalb einer Nachfrist nachzufordern. Die Vergabekammer des Bundes²⁾ hat Umfang und die Grenzen der Nachforderungsmöglichkeit wie folgt präzisiert:

Nach § 19 Abs. 3 Sektorenverordnung ist der Auftraggeber grundsätzlich berechtigt, fehlende Erklärungen und Nachweise nachzufordern. Eine Nachforderung steht im eigenen Ermessen des Auftraggebers. Dieses Ermessen ist jedoch auf Null begrenzt, wenn der Auftraggeber – auch für einzelne Fälle – eine Nachforderungsmöglichkeit durch entsprechende Formulierungen in den Vergabeunterlagen ausgeschlossen hat. Liegt dem Angebot eines Bieters beispielsweise das ausdrücklich geforderte Kalkulationsbeschlussblatt über die gesamte Angebotssumme nicht bei, sind die darin geforderten Angaben auch nicht den weiteren Angebotsunterlagen zweifelsfrei zu entnehmen, muss das Angebot ausgeschlossen werden, wenn der Auftraggeber in seinen Bewerbungsbedingungen die Vorlagen des entsprechenden Nachweises bereits mit dem Angebot verlangt hat und eine Nachreichung ausgeschlossen hat. Der Auftraggeber ist insoweit an das mit den Vergabeunterlagen bereits ausgeübte Ermessen gebunden.

Unter Berücksichtigung dieser Entscheidung müssen die Formulierungen in den Vergabeunterlagen, beispielsweise im Schreiben „Aufforderung zur Abgabe eines Angebots“ oder in den Bewerbungsbedingungen, sorgfältig verfasst werden. Zu beachten ist weiter, dass nach § 16 Abs. 3 Nr. 3 VOB/A die Nachreichung fehlender Erklärungen und Nachweise nicht in das Ermessen des Auftraggebers gestellt ist. Der Auftraggeber ist hier vielmehr zur Nachforderung verpflichtet.

– CL –

Hat der Auftraggeber in den Vergabeunterlagen ausdrücklich ausgeschlossen, vom Recht der Nachforderung fehlender Unterlagen Gebrauch zu machen, so bleibt er hieran definitiv und zwingend gebunden.

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 08. 07. 2011 – Az.: VK1-75/11.