

## Vergaberechtsinformationen für Baupraktiker und ihre Berater

### Wichtige Entscheidungen

Verpflichtungserklärung – Ist ein Angebot auszuschießen, wenn das vorgelegte Original von der zuvor eingereichten Kopie abweicht?

#### Das Problem

Im Oberschwellenbereich kann sich der Auftragnehmer bei der Erfüllung eines Auftrags der Fähigkeit anderer Unternehmen bedienen. In diesem Fall fordert der Auftraggeber gemäß § 6 a Abs. 10 VOB/A von den in der engeren Wahl befindlichen Bietern Nachweise – z. B. Verpflichtungserklärungen der eingesetzten Unternehmen –, dass ihnen die erforderlichen Mittel auch tatsächlich zur Verfügung stehen.

#### Beispiel:

Die Vergabestelle schreibt Rohbauarbeiten für einen Klinikneubau mit einer Auftragssumme von rd. 22 Mio. Euro aus. In der Aufforderung zur Angebotsabgabe heißt es, dass, wenn der Einsatz anderer Unternehmer beabsichtigt ist, auf Verlangen das Formblatt 236 EG „Verpflichtungserklärung“ vorzulegen ist. Zusätzlich findet sich in den Vergabeunterlagen folgender Hinweis: „Sofern Verpflichtungserklärungen in Kopie oder als Telefax vorgelegt werden, behält sich die Vergabestelle vor, die Originale zur Verlangen.“ Bieter A wird von der Vergabestelle dementsprechend aufgefordert, zuvor in Faxkopie übermittelte Nachunternehmer-Verpflichtungserklärungen im Original vorzulegen. Die von Bieter A vorgelegten Originale sind teilweise neu verfasst, da die ursprünglichen Original-Erklärungen nicht mehr vorhanden sind. Die Vergabestelle schließt das Angebot gem. § 16 Abs. 1 Nr. 3 VOB/A aus, da bereits mit der Angebotsabgabe eine gültige Verpflichtungserklärung, d. h. ein physisches Abbild, einzureichen gewesen wäre.

#### Frage: Zu Recht?

#### Die Entscheidung

Das **OLG Bremen** hält in seinem **Beschluss vom 06. 01. 2012 – Az. Verg 5/11** – einen **Angebotsausschluss** nicht für **gerechtfertigt**:

1. In der **Aufforderung zur Abgabe eines Angebots** hat die Vergabestelle lediglich bestimmt, dass **Verpflichtungserklärungen auf Verlangen** vorzulegen sind. Sie hatte nicht von vornherein Originale gefordert, sondern sich lediglich vorbehalten, im Falle der Vorlage von Kopien oder Telefaxen die Nachreichung der Originale zu verlangen. Dies konnte von den **Bietern** nur so **verstanden werden**, dass sie in der Lage sein sollten, **erforderlichenfalls Nachunternehmerverpflichtungserklärungen** und **auf Verlangen** auch **Originale** vorzulegen.
2. Aus den **Ausschreibungsunterlagen ergibt sich gerade nicht**, dass die **Nachunternehmerverpflichtungserklärungen schon zum Zeitpunkt der Angebotsabgabe** vorzuliegen hatten. Dem nachträglichen Verlangen zur Vorlage nach Aufforderung durch die Antragstellerin ist Bieter A ebenso fristgerecht nachgekommen, wie dem späteren Verlangen, Originale vorzulegen. Ein **Verstoß gegen die Vergabebedingungen** mit der Folge der Benachteiligung anderer Bieter **liegt daher nicht vor**.

Jetzt alle Baubücher auch im Internet unter [www.vob-buecher.de](http://www.vob-buecher.de)

§ 6 a Abs. 10 VOB/A  
§ 16 Abs. 1 Nr. 3 VOB/A

Die Vorlage einer Nachunternehmerverpflichtungserklärung im Original, die von der ursprünglich vorgelegten Kopie abweicht, kann zum Angebotsausschluss führen, wenn sich – anders als hier – aus den Ausschreibungsunterlagen ergibt, dass gültige Nachunternehmererklärungen schon zum Zeitpunkt der Angebotsabgabe vorzuliegen haben.

## Hinweise für die Praxis

- Die Entscheidung zeigt, wie wichtig es für die Vergabestelle ist, die **Ausschreibungsbedingungen klar und eindeutig zu formulieren** und umgekehrt, dass die **Bieter diese genau lesen**. Hätte die Vergabestelle in der Ausschreibung von den Bietern die **Vorlage gültiger Verpflichtungserklärungen mit dem Angebot** verlangt und lediglich auf die zwingende Vorlage von Originalen verzichtet, wäre der Fall wohl **anders zu entscheiden** gewesen. Dann hätte die Vorlage eines mit der zunächst vorgelegten Kopie nicht identischen Originals tatsächlich zum Angebotsausschluss geführt.<sup>1)</sup>

– Rechtsanwalt Andreas Demharter, München –

§ 16 Abs. 3 Nr. 1  
VOB/A

## Nichtangabe geforderter Mengenangaben im Nebenangebot – Muss eine Nachfrist für die Nachreichung vor einem Ausschluss gewährt werden?

### Das Problem

Nach § 16 Abs. 1 VOB/A kommt ein unmittelbarer Ausschluss nur bei dem in Nr. 1 und Nr. 2 genannten Gründen in Betracht. In allen anderen Fällen muss einem Bieter nach § 16 Abs. 1 Nr. 3 VOB/A zunächst eine Chance für die Nachreichung von Unterlagen innerhalb einer angemessenen Frist gewährt werden. Fraglich ist, ob hiervon auch geforderte Mengenangaben im Rahmen eines Nebenangebotes erfasst werden.

#### Beispiel:

Der Auftraggeber schreibt die Errichtung eines **Brückenbauwerks EU-weit im offenen Verfahren nach VOB/A** aus. **Nebenangebote sind ausdrücklich zugelassen**. In den Bewerbungsbedingungen werden die formalen Anforderungen an Nebenangebote definiert. Zusätzlich wird vorgegeben, dass Nebenangebote **nach Mengenansätzen und Einzelpreisen aufzugliedern sind. Mengenänderungen müssen plausibel und nachvollziehbar nachgewiesen werden**. Ein Bieter reicht ein Nebenangebot ein. Dieses erfüllt die formalen Anforderungen vollumfänglich. Die sich aus dem Nebenangebot ergebenden Mengenänderungen sind nach Einschätzung des Auftraggebers jedoch nicht nachvollziehbar und plausibel nachgewiesen. Der Auftraggeber **schließt das Nebenangebot ohne Nachforderung** der entsprechenden Angaben aus. Würde das Nebenangebot berücksichtigt, käme es für eine Auftragserteilung in Betracht.

**Frage: War der unmittelbare Ausschluss des Nebenangebots wegen Unvollständigkeit gerechtfertigt?**

### Die Entscheidung

Der **Vergabesenat des OLG Naumburg** hat im **Beschluss vom 23. 02. 2012 – Az.: 2 Verg 15/11** – den Ausschluss des Nebenangebots für vergaberechtswidrig eingestuft und hierzu ausgeführt:

1. Der Ausschluss eines Angebots wegen fehlender Erklärungen oder Nachweise ist in § 16 Abs. 1 Nr. 3 VOB/B geregelt. **Die Regelung bezieht sich nach ihrem Wortlaut und ihrem Sinn sowohl auf Haupt- wie auch auf Nebenangebote**. Dort wo lediglich Hauptangebote gemeint sind, bzw. sich eine Regelung ausschließlich auf Nebenangebote bezieht, wird dies in der VOB/A eindeutig zum Ausdruck gebracht.
2. Der vom Auftraggeber verlangte **Nachweis der Mengenänderungen der technischen Nebenangebote wird von § 16 Abs. 1 Nr. 3 VOB/A** erfasst. Der Begriff der Erklärungen und Nachweise in der vorgenannten Vorschrift ist weit auszulegen. Er bezieht sich sowohl auf **bieterbezogene Eigen- und Fremderklärungen** als auch auf **leistungsbezogene Angaben und Unterlagen**. Nicht erfasst sind lediglich solche Erklärungen, die vom Auftraggeber vorformuliert worden und vom Bieter an keiner Stelle individuell zu ergänzen und auszufüllen sind. Das weite Begriffsverständnis ergibt sich auch aus dem systematischen Zusammenhang. § 16 Abs. 1 Nr. 3 VOB/A ist nur dann anzuwenden, soweit nicht ein zwingender Ausschlussgrund nach § 16 Abs. 1 Nr. 1 VOB/A oder ein fakultativer Ausschlussgrund nach

<sup>1)</sup> So auch die 3. Vergabekammer des Bundes, Beschluss vom 02. 02. 2011 – Az.: VK 3/168/10.

Das Erfordernis zur Mengenbenennung in Nebenangeboten ist eine Erklärung im Sinne des § 16 Abs. 1 Nr. 3 VOB/A.

§ 16 Abs. 1 Nr. 2 VOB/A vorliegt. Im Umkehrschluss folgt hieraus, dass nur für die vorgenannten Fälle keine Heilungsmöglichkeiten gegeben sein sollen. Das Fehlen des Nachweises der Mengenänderungen in Nebenangeboten wird von diesen Ausschlussstatbeständen jedoch nicht erfasst. Diese Auslegung entspricht auch dem Normzweck, Angebotsausschlüsse wegen Unvollständigkeit zu vermeiden.

3. Nachdem dem Bieter vorliegend keine Möglichkeit gewährt wurde, die fehlenden Erklärungen nachzureichen, war der Ausschluss vergaberechtswidrig. Der Auftraggeber hätte im vorliegenden Fall die fehlenden Angaben vor einem Ausschluss des Angebots nachfordern müssen.

## Hinweise für die Praxis

- ▶ Aus der Auslegung des § 16 Abs. 1 Nr. 3 VOB/A durch den erkennenden Vergabesenat lassen sich weitere Rückschlüsse ziehen: Die Auslegung der Norm ergibt, dass der Begriff der Erklärungen und Nachweise weit auszulegen ist. Nachdem im Gegensatz zur VOL/A ein Verzicht auf die Nachreichungsmöglichkeit fehlender Unterlagen nicht im Ermessen des Auftraggebers steht, sollte im Zweifel eine Nachreichung ermöglicht werden.
- ▶ Der Auftraggeber hatte im vorliegenden Fall darauf hingewiesen, dass ein Verstoß gegen die Anforderung an Nebenangeboten zum Ausschluss des Angebots führt. Der Vergabesenat hat offen gelassen, ob ein Auftraggeber zulässigerweise auf die Anwendung des § 16 Abs. 1 Nr. 3 VOB/A verzichten darf. Den Hinweis auf einen Ausschluss wegen formaler Defizite hat der Vergabesenat nicht als gleichzeitigen Ausschluss einer Nachforderungsmöglichkeit gewertet.

– Rechtsanwalt Hans-Peter Burchardt, München-Ismaning –

## Bezugnahme auf die Leistungsfähigkeit Dritter – welche Grenzen sind zu beachten?

§ 6 Abs. 2 a VOB/A  
§ 6 a Abs. 10 VOB/A

### Das Problem

Nach § 6 a Abs. 10 VOB/A kann sich ein Unternehmen bei der Erfüllung eines Auftrags der Fähigkeiten anderer Unternehmen bedienen. Diese so genannte Bezugnahme auf die Leistungsfähigkeit Dritter ist möglich, wenn eine entsprechende Verpflichtungserklärung dieses Unternehmens vorliegt. Fraglich ist, inwieweit dies auch zum Nachweis eines geforderten Mindestumsatzes möglich ist.

#### Beispiel:

Der Auftraggeber schreibt **Bauleistungen europaweit im offenen Verfahren** aus. Zum Nachweis der Eignung muss ein **Mindestumsatz von EUR 10 Mio. pro Jahr** auf Aufforderung durch den Auftraggeber nachgewiesen werden. Bieter A benennt bereits **im Angebot Umsatzzahlen, die unterhalb der genannten Mindestgrenze liegen**. Er wird vom Auftraggeber aufgefordert, andere fehlende Erklärungen nachzureichen. Bieter A reicht diese Unterlagen nach und benennt darüber hinaus **unter Verweis auf Konzernunternehmen mit einer entsprechenden Verpflichtungserklärung nunmehr einen Umsatz oberhalb der vom Auftraggeber definierten Mindestgrenze**. Die nunmehr aufgeführten Konzernunternehmen wurden **nicht als Nachunternehmer** benannt.

**Frage: Erfüllt Bieter A die vom Auftraggeber gestellte Mindestanforderung zum Jahresumsatz?**

### Die Entscheidung

Der **Vergabesenat des OLG München** hat mit **Beschluss vom 15. 03. 2012 – Az.: Verg 2/12** – hierzu Folgendes entschieden:

1. Bieter A hat **keinen Nachweis über einen von ihm erzielten Mindestumsatz von mehr als EUR 10 Mio. pro Jahr vorgelegt**. Nur durch Hinzuzählung des Umsatzes der gesamten Unternehmensgruppe kann Bieter A einen solchen Umsatz nachweisen.
2. Dies ist Bietern jedoch vorliegend verwehrt. Mit der Forderung nach einem bestimmten **Mindestumsatz soll festgestellt werden, ob das Unternehmen, das sich um den ausgeschriebenen Auftrag bemüht, eine gewisse Erfahrung mit Aufträgen der ausgeschriebenen Größenordnung hat**. Dieser Zweck kann nicht mehr erfüllt werden, wenn das sich um den Auftrag bewerbende Unternehmen zu seinem eigenen erzielten Umsatz Umsätzen dritter Unternehmen hinzu-

**Gibt ein Einzelunternehmen ein Angebot ab, ist es nicht ohne weiteres zulässig, sich für den geforderten Mindestumsatz in den letzten drei Geschäftsjahren auf Umsätze dritter Unternehmen zu berufen.**

rechnet. Konzernverbundene Unternehmen sind solche dritten Unternehmen. Sie sind deshalb auch als Nachunternehmer anzugeben.

3. **Eine Bezugnahme auf den Umsatz konzernverbundener Unternehmen** wäre nur dann möglich und zulässig gewesen, wenn ein **Angebot in Form einer Bietergemeinschaft** vorgelegen hätte oder **Bieter A ein anderes Unternehmen in seiner Konzerngruppe als Nachunternehmer angegeben und entsprechende Eignungsnachweise** für dieses Nachunternehmen **vorgelegt hätte**. Eine entsprechende Angabe liegt aber nicht vor. **Für den Auftraggeber war daher in keiner Weise ersichtlich, dass bei der Auftragsdurchführung auf die Ressourcen Dritter zurückgegriffen werden sollte.**
4. **Die Regelung in § 6 a Abs. 10 VOB/A steht dieser Auffassung nicht entgegen.** Diese Regelung betrifft nicht die Frage, welche Eignungsnachweise vorzulegen sind, sondern die hiervon zu trennende Frage, wie ein Bieter in Zukunft den Auftrag ausführen will und kann.

## Hinweise für die Praxis

- ▶ Die einschränkende Auslegung der Bezugnahme auf die Leistungsfähigkeit Dritter überrascht beim ersten Lesen. Bieter A hätte sich vorliegend nach Einschätzung des Vergabesenaats nur auf die Leistungsfähigkeit der Konzernunternehmen berufen können, wenn er diese als Nachunternehmer benannt hätte oder eine Bietergemeinschaft mit diesen eingegangen wäre.
- ▶ Setzt sich diese Rechtsprechung durch, dürfte sich der Anwendungsbereich des in der Praxis wenig handhabbaren Rechtskonstrukts der Bezugnahme auf die Leistungsfähigkeit Dritter erheblich reduzieren. Es bleibt abzuwarten, inwieweit diese Rechtsprechung sich auch bei zweigeteilten Verfahren mit vorausgehendem Teilnahmewettbewerb umsetzen lässt.

– Rechtsanwalt Tilman Class, München-Ismaning –

# Der wichtige Hinweis

## Vergabekammer Nordbayern zur Offenlegung der Bewertungsgrundlagen!

In der vergaberechtlichen Rechtsprechung wird die Frage, inwieweit nicht nur die Zuschlagskriterien und deren Gewichtung, sondern auch die **Umsetzung der Gewichtung offen gelegt werden muss**, kontrovers diskutiert. Die Vergabekammer Nordbayern<sup>2)</sup> hat sich zur Offenlegung der Wertungsangaben zum Preis wie folgt geäußert:

Die am Auftrag interessierten Unternehmen **müssen in die Lage versetzt werden, bei der Vorbereitung ihrer Angebote nicht nur vom Bestehen, sondern auch von der Tragweite der Zuschlagskriterien Kenntnis zu nehmen**. Zur Tragweite gehört nicht nur die Gewichtung selbst, sondern **auch die Umrechnungsformel bei der Wertung**, wie etwa zur Umrechnung der Angebotspreise in Punkte. **Diese Anforderung ist nicht gewahrt, die Bekanntgabe der Maximalpunktzahl für das preisgünstigste Angebot und eine Angabe zur Rechenmethode, wie bei unter-schiedlichen Angebotspreisen die Punktwertung der nachrangigen Angebote ermittelt werden, fehlt**. In einem solchen Fall ist der Bewertungsmaßstab nur unzureichend festgelegt. Ohne die Angabe der Maximalpunktzahl und der Umrechnungsmethode ist eine vergleichende, transparente Bewertung nicht möglich.

– CL –

### VERGABERECHTS-REPORT

Druck-Verlag Ernst Vögel GmbH  
Kalvarienbergstr. 22 □ 93491 Stamsried  
Tel. (094 66) 94 00-0 □ Fax (094 66) 12 76  
Internet: <http://www.vob-buecher.de>  
<http://www.voegel.com>  
E-Mail: [voegel@voegel.com](mailto: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

<sup>2)</sup> Beschluss vom 03. 02. 2012 – Az.: 21.VK-3194-42/11.