

Vergaberechtsinformationen für Baupraktiker und ihre Berater

Wichtige Entscheidungen

Jetzt alle Baubücher auch im Internet unter www.vob-buecher.de

Abweichung von Soll-Vorschriften – ist ein Gleichwertigkeitsnachweis erforderlich?

§ 13 Abs. 2 VOB/A

Das Problem

Will der Bieter von den Vorgaben des Auftraggebers in der Ausschreibung abweichen, hat er bereits in seinem Nebenangebot die Gleichwertigkeit mit dem Amtsvorschlag nachzuweisen. Wird eine Leistung angeboten, die lediglich von den vorgesehenen technischen Spezifikationen abweicht, handelt es sich zwar um ein Haupt-, nicht um ein Nebenangebot, gleichwohl muss die Gleichwertigkeit im Angebot nachgewiesen werden (§ 13 Abs. 2 VOB/A).¹⁾ Fraglich ist, ob ein Gleichwertigkeitsnachweis auch erforderlich ist, wenn der Bieter lediglich von einer Soll-Vorschrift in einem vom Auftraggeber zur Vertragsgrundlage erhobenen technischen Regelwerk abweicht.

Beispiel:

Die Vergabestelle schreibt für ein Teilstück einer Bundesautobahn Ausbau, Erhaltung und Betrieb sowie Vorfinanzierung der Ausbauleistung im Rahmen eines PPP-Projekts als Baukonzession aus. Die Vergabestelle hat den Ausschreibungsunterlagen eine unverbindliche Referenzplanung beigefügt. Übernimmt der Bieter die Referenzplanung nicht, hat er eigene Planunterlagen entsprechend den Vorgaben der Vergabeunterlagen zu erstellen. Nach den Vergabeunterlagen ist u. a. die RAS-Ew einzuhalten, die im Regelfall einen Schachtabstand von 50 m vorsieht. Aus Unterhaltsgründen „soll“ ein Abstand von 100 m nicht überschritten werden. Bieter A erstellt ein von der Referenzplanung abweichendes Angebot mit Schächten im Abstand von 250 m. Sein Konkurrent rügt, dass das Angebot von Bieter A ausgeschlossen werden müsse, weil Bieter A die Gleichwertigkeit hinsichtlich des Schachtabstands mit Angebotsabgabe nicht nachgewiesen habe.

Frage: War ein Gleichwertigkeitsnachweis im Angebot von Bieter A erforderlich?

Die Entscheidung

Das **Oberlandesgericht München** hält in seinem **Beschluss vom 07. 05. 2011 – Az.: Verg. 5/11** – einen **Gleichwertigkeitsnachweis nicht für erforderlich**:

1. Mit der **Referenzplanung** will der öffentliche Auftraggeber zum einen sicherstellen, dass mindestens die **Anforderungen** der Referenzplanung **angeboten** werden. Zum anderen will er aber eine **Offenheit** auch gegenüber anderen **innovativen technischen Lösungen** erzielen. Insoweit besteht die gleiche **Interessenlage** wie bei der Einreichung von **Nebenangeboten**. Das bedeutet, dass ein Gleichwertigkeitsnachweis nur dann erforderlich ist, wenn er auch sonst bei Angeboten notwendig ist. Das ist der Fall bei der **Abweichung von technischen Spezifikationen**.
2. Durch den Schachtabstand von 250 m ist **Bieter A nicht von vorgeschriebenen technischen Spezifikationen abgewichen**. **Technische Spezifikationen** sind sämtliche **technischen Anforderungen an eine Bauleistung**, zu denen auch die Konstruktionsmethoden oder -verfahren und alle anderen technischen Anforderungen gehören, die der Auftraggeber für Bauwerke oder Teile davon durch allgemei-

Ist eine technische Spezifikation als Soll-Vorschrift formuliert, kommt eine Abweichung hiervon nicht in Betracht. Der Bieter muss in diesem Fall keinen Gleichwertigkeitsnachweis führen, wenn er von der Soll-Vorgabe abweicht.

¹⁾ Siehe hierzu Vergaberechts-Report 5/2011, Seite 17.

ne oder spezielle Vorschriften anzugeben in der Lage ist. Hierzu zählen **auch** die **RAS-Ew**.

3. Eine **Abweichung** von solchen technischen Spezifikationen kann aber **nur** dann vorliegen, wenn die Vorschrift eine bestimmte **Ausführung zwingend** vorschreibt. Lässt das **Regelwerk** selbst Abweichungen zu, kann keine Abweichung von einer feststehenden technischen Spezifikation vorliegen. Für die Schachtabstände enthält die RAS-Ew lediglich eine **Soll-Vorschrift**, nicht eine Muss-Vorschrift. Damit liegt **keine Abweichung** von einer technischen Spezifikation vor.

Hinweise für die Praxis

- Die Entscheidung sollte Bieter nicht dazu verleiten, im Nebenangebot oder bei Abweichung von technischen Spezifikationen im Hauptangebot **leichtfertig auf einen Gleichwertigkeitsnachweis zu verzichten**. Ob die Rechtsprechung ein **Nachreichen** des Gleichwertigkeitsnachweises gem. § 16 Abs. 1 Nr. 3 VOB/A zulässt, bleibt **abzuwarten**.

– Rechtsanwalt Andreas Demharter, München –

§ 150 Abs. 2 BGB
und § 18 Abs. 2 VOB/A

Vorsicht bei Zuschlagserteilung mit Änderungen!

Das Problem

Die Zuschlagserteilung stellt vertragsrechtlich die Annahme des Angebots dar. Ein rechtsverbindlicher Vertragsabschluss kommt jedoch nur zustande, wenn zwischen dem Angebot und der Annahmeerklärung inhaltlich Übereinstimmung besteht. Fraglich ist, ob ein Vertrag zustande kommt, wenn der Auftraggeber im Zuschlagsschreiben geringfügige Änderungen einbringt.

Beispiel:

Der Auftraggeber schreibt **Bauleistungen europaweit nach VOB/A aus**. Ein Bieter reicht ein **Nebenangebot** ein, dass **hinsichtlich des Brückenbaus von den Vorgaben der Ausschreibung bei den Abmessungen abweicht**. Im Angebot verweist der Bieter darauf, dass die endgültigen Abmessungen nach statischen, konstruktiven und wirtschaftlichen Erfordernissen festgelegt werden. Der Auftraggeber nimmt das Nebenangebot des Bieters mit dem Zusatz an, dass es sich bei den dargestellten Abmessungen der Überbauten um Mindestabmessungen handelt. Darüber hinaus hat der Auftraggeber die Angebotssumme geringfügig reduziert, indem einzelne Positionen aus dem Auftrag herausgenommen wurden und ein gesonderter Auftrag in Aussicht gestellt wurde.

Der Bieter übermittelt die geforderte Empfangsbestätigung und Zweitschrift des Auftragsschreibens nicht. Nur der Fachbereichsleiter Kalkulation des Bieters bedankt sich per E-Mail für die Auftragserteilung.

Frage: Ist ein wirksamer Vertragsschluss zustande gekommen?

Die Entscheidung

Das **Kammergericht** hat im **Urteil vom 20. 05. 2011 – Az.: 7 U 125/10** – einen wirksamen Vertragsschluss mit folgenden Gründen verneint:

1. Der Auftraggeber hat das Angebot des Bieters inhaltlich modifiziert. Nach objektiver Betrachtung konnten die vom Bieter angegebenen Maße nur als Regelmäße, nicht jedoch als Mindestmaße verstanden werden. Dies hat der Auftraggeber offensichtlich auch so verstanden, sonst hätte er den Zusatz zu den Mindestmaßen nicht in sein Auftragschreiben aufnehmen müssen.
2. Hierbei ist unbeachtlich, dass in der Baubeschreibung vorgegeben war, die angegebenen Abmessungen als Mindestabmessungen zu übernehmen. Grundsätzlich sind die Willenserklärungen im Vergabeverfahren zwar so zu verstehen, dass sie im Einklang mit den vergaberechtlichen Bestimmungen stehen. Es ist jedoch auch anerkannt, dass einzelne Willenserklärungen keiner ergänzenden Auslegung unterliegen, wenn der Wortlaut der Erklärung eindeutig ist. Dies ist hier der Fall. Für die Prüfung des Vertragsschlusses ist es unerheblich, ob das Nebenangebot des Bieters eventuell ausschreibungswidrig war. Auch die Reduzierung der Angebotssumme stellt eine Änderung des Ursprungsangebots dar.
3. Durch die Änderung des Angebots hat der Auftraggeber das Ursprungsangebot des Bieters abgelehnt und diesem ein neues Vertragsangebot unterbreitet, vgl.

Jede Änderung des Auftraggebers im Zuschlagsschreiben führt zur Ablehnung des ursprünglichen Angebots des Bieters.

Für einen wirksamen Vertragsschluss bedarf es dann einer Annahmeerklärung.

§ 150 Abs. 2 BGB. Auch geringfügige, unwesentliche Änderungsvorschläge gegenüber dem unterbreiteten Vertragsangebot führen dazu, dass es für das Zustandekommen des Vertrags einer neuen Erklärung des Vertragspartners bedarf. Dies gilt auch im Rahmen des Vergaberechts. Auch hier führen schon geringfügige Änderungen dazu, dass die Zuschlagserteilung keinen Vertragsschluss bewirkt. Etwas anderes kann nur gelten, wenn der Annehmende für den Vertragspartner erkennbar Änderungen vorschlägt, aber klar zum Ausdruck bringt, dass er bei einem Beharren des Beantragenden auf dem ursprünglichen Angebot dieses Angebot in der ursprünglichen Form in jedem Fall annimmt. Anhaltspunkte hierfür sind vorliegend jedoch nicht erkennbar.

4. Die E-Mail des Fachbereichsleiters Kalkulation kann nicht als Annahme des geänderten Angebots gewertet werden. Der Fachbereichsleiter war zu einer solchen Erklärung nicht bevollmächtigt. Auch dem Auftraggeber musste klar sein, dass der Fachbereichsleiter nicht ohne besondere Vollmacht zur Abgabe von Willenserklärungen für den Bieter befugt war.

Hinweise für die Praxis

- ▶ Gerade in Verhandlungsverfahren kommt dem Zuschlagsschreiben eine große Bedeutung zu. Fasst der Auftraggeber die aus seiner Sicht wesentlichen Verhandlungsergebnisse im Zuschlagsschreiben zusammen, besteht immer die Möglichkeit eines geänderten Angebots. Die Zuschlagserteilung ist dann nach § 150 Abs. 2 BGB keine Annahmeerklärung.
- ▶ In diesen Fällen muss darauf geachtet werden, dass der Unternehmer den Auftrag in der jeweils im Auftragschreiben beschriebenen Form annimmt. Eine Erklärung, das Auftragschreiben erhalten zu haben, wäre hier nicht ausreichend. Ist eine bestimmte Form für die Annahmeerklärung (häufig Schriftform) vorgesehen, muss auch diese beachtet werden.

– Rechtsanwalt Hans-Peter Burchardt, München-Ismaning –

Vorsicht bei Einschränkungen der Nachweisführung über Gleichwertigkeit nach § 7 Abs. 8 VOB/A!

§ 2 Abs. 1 VOB/A
§ 2 Abs. 2 VOB/A

Das Problem

Nach § 7 Abs. 8 VOB/A darf in technischen Spezifikationen nicht auf bestimmte Produkte oder bestimmte Verfahren verwiesen werden, wenn dadurch bestimmte Unternehmen oder bestimmte Produkte begünstigt oder ausgeschlossen werden. Fraglich ist, ob und ggf. inwieweit ausnahmsweise hiervon abgewichen werden kann.

Beispiel:

Der Auftraggeber schreibt **Schutz- und Leiteinrichtungen für einen Autobahnabschnitt europaweit** aus. Unter Bezugnahme auf das allgemeine Rundschreiben ARS 28/2010 fordert der Auftraggeber, dass grundsätzlich nur im Bereich von Bundesfernstraßen zugelassene Systeme zum Einsatz kommen dürfen. Die Bieter haben die Eintragung des angebotenen Systems in der Einsatzfreigabeliste der Bundesanstalt für Straßenwesen (BASt) nachzuweisen. Ein Bieter rügte diese Forderung. Er möchte ein Produkt anbieten, das eine CE-Zulassung hat aber nicht in die BASt-Freigabeliste eingetragen ist. Mit der DIN EN 1317 sei ein einheitliches Verfahren eingeführt worden, das eine zusätzliche nationale Bestätigung entbehrlich mache. Mit der Forderung nach einer Eintragung in die Einsatzfreigabeliste werden ausländische Konstruktionen diskriminiert.

Der Auftraggeber weist die Rüge zurück und verweist darauf, dass das vorgenannte allgemeine Rundschreiben ein bundeseinheitliches und anforderungsgerechtes Sicherheitsniveau verfolge. Zur Forderung einer Eintragung in die Einsatzfreigabeliste der BASt gäbe es keine Alternative.

Frage: Ist dies zutreffend?

Die Entscheidung

Die Vergabekammer Sachsen hat im **Beschluss vom 04. 05. 2011 – Az.: 1/SVK/010-11** – hierzu entschieden:

Dem Auftraggeber ist es vergaberechtlich untersagt, nur solche Produkte zum Wettbewerb zuzulassen, für die die Einsatzfreigabe durch Aufnahme in eine Einsatzfreigabeliste eines ganz konkreten, nationalen Prüfinstituts bestätigt wurde.

1. Die ausschließliche Zulassung solcher Produkte, die in der Einsatzfreigabeliste der BASt gelistet sind, verstößt gegen geltendes Vergaberecht. Für den Neubau von Fahrzeug-Rückhaltesysteme gibt es eine europäische Norm (DIN EN 1317). Hier-nach dürfen in Europa nur noch CE-gekennzeichnete Fahrzeug-Rückhaltesysteme in den Verkehr gebracht werden. Um eine CE-Kennzeichnung zu erlangen, sind einzelne definierte Maßnahmen erforderlich. Erfüllt ein Produkt die Anforderungen nach DIN EN 1317, wird es bei einer notifizierten Zertifizierungsstelle wie der BASt zertifiziert. Das vom Bieter angebotene Produkt ist CE-gekennzeichnet. Die Erfüllung der Anforderungen nach DIN EN 1317 sind für das In-Verkehr bringen von Fahrzeug-Rückhaltesystemen ausreichend.
2. Der Auftraggeber hat jedoch vorliegend ausdrücklich nur Produkte zugelassen, die in die BASt-Einsatzfreigabeliste eingetragen sind. Damit erhebt er die vergaberechtlich unzulässige Forderung.
3. Der Auftraggeber hat bewusst entgegen § 7 Abs. 8 VOB/A eine andere Nachweisführung als die Leistung in der Einsatzfreigabeliste nicht zugelassen und auch nicht zulassen wollen. Damit beschränkt er die grundsätzlich gemäß § 7 Abs. 3 ff. VOB/A zu gewährende Möglichkeit eines Bieters, den Nachweis der Gleichwertigkeit gemäß § 13 Abs. 2 VOB/A zu führen.

Hinweise für die Praxis

- ▶ Die Anforderung an technische Spezifikationen ist selten Gegenstand einer vergaberechtlichen Überprüfung. Die Vergabekammer Sachsen hat vorliegend klargestellt, dass die Zulassung durch bestimmte – insbesondere nationale – Prüfinstitute eine unzulässige Beschränkung des Wettbewerbs darstellt.
- ▶ Die Entscheidung der Vergabekammer ist auch hinsichtlich der Dokumentationsanforderungen lesenswert. Sie hat klargestellt, dass der Auftraggeber in dem Vergabebericht nachvollziehbar seine Erwägungsgründe zu dokumentieren hat, warum neben der Anwendung technischer (nationaler) Spezifikationen, weitere, individuelle auf das konkrete Bauvorhaben bezogene Produkteinschränkungen in die Vergabeunterlagen aufgenommen wurden.

– Rechtsanwalt Tilman Class, München-Ismaning –

Der wichtige Hinweis

Offenlegungspflichten für Auswahlkriterien im Teilnahmewettbewerb!

Führen die Auftraggeber zweigestufte Verfahren mit vorausgehendem Teilnahmewettbewerb durch, und begrenzen hierbei die Anzahl der Bewerber, die zur Abgabe eines Angebots eingeladen werden sollen, wird häufig eine Bewertungsmatrix zur Durchführung der Auswahl verwendet. Die Vergabekammer Sachsen²⁾ hat aktuell die hierfür geltenden Vorgaben wie folgt zusammengefasst:

1. Die Auftraggeber sind nur dann verpflichtet, die Bewertungsmatrix für den Teilnahmeantrag offenzulegen, wenn eine solche Bewertungsmatrix im Voraus – d. h. vor Versand der Bekanntmachung – aufgestellt wurde.
2. Ist nicht auszuschließen, dass die Gewichtung der Kriterien geeignet ist, den Inhalt der Teilnahmeanträge zu beeinflussen, hat der Auftraggeber die Gewichtung der Auswahlkriterien und die Regeln zur Wertung der Teilnahmeanträge bereits in der Vergabebekanntmachung anzugeben. Eine nach der Vergabebekanntmachung festgelegte unterschiedliche Gewichtung der Auswahlkriterien muss objektiv begründet sein und sich aus der Angabe der Kriterien selbst objektiv ableiten lassen. Liegt eine „überraschende“ Gewichtung vor, stellt dies einen Verstoß gegen den Transparenzgrundsatz dar.
3. Die Bewertungsmatrix muss in jedem Fall vor Eingang der Teilnahmeanträge definiert sein und darf später nicht mehr verändert werden.

– 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, 2011

²⁾ Beschluss vom 24. 03. 2011 – Az.: 1/SVK/005-11.