

Vergaberechtsinformationen für Baupraktiker und ihre Berater

Wichtige Entscheidungen

Abweichung von der Ausschreibung – liegt immer eine Änderung der Verdingungsunterlagen vor?

Das Problem

Gemäß § 13 Abs. 1 Nr. 5 Satz 1 VOB/A sind Änderungen an den Vergabeunterlagen unzulässig und führen gemäß § 16 Abs. 1 Nr. 1d zum Angebotsausschluss. Fraglich ist, wann eine Änderung an den Verdingungsunterlagen vorliegt.

Beispiel:

Der Auftraggeber schreibt im Rahmen der Stilllegung einer Deponie die Erstellung einer Oberflächenabdichtung aus. In den Verdingungsunterlagen ist für Schutzvliese eine BAM-Zulassung gefordert. In einem zusätzlichen Biiterrundschreiben mit Auskünften zu den Verdingungsunterlagen wird den Bietern darüber hinausgehend mitgeteilt, dass die Ausführung eines nicht durch die BAM zugelassenen Schutzvlieses nicht zulässig ist. Der nach rechnerischer Prüfung an erster Stelle liegende Bieter A bietet ein Vlies an, das in der Liste der von der BAM zugelassenen Vliese nicht enthalten ist. In der beigelegten Produktbeschreibung heißt es: „Rohstoff wie Typ B 1200 „0“ II mit BAM-Zulassung“. Die Vergabestelle schließt das Angebot von Bieter A wegen unzulässiger Änderung der Verdingungsunterlagen aus.

Frage: Zu Recht?

Die Entscheidung

Die **Vergabekammer Lüneburg** hat mit **Beschluss vom 14. 01. 2011 – Az.: VgK-63/2010** – den **Ausschluss** des Angebots von Bieter A **bestätigt**:

1. Das Verbot der Änderung der Vorgaben in den Verdingungsunterlagen soll das Zustandekommen eines **wirksamen Vertrages** mit **übereinstimmenden Willenserklärungen** gewährleisten. Zudem soll die **Transparenz** des Vergabeverfahrens und die **Gleichbehandlung** aller Bieter sichergestellt werden. Jeder Bieter darf nur anbieten, was der öffentliche Auftraggeber nachgefragt hat und sich nicht durch eine Abweichung von den Vergabeunterlagen einen Vorteil verschaffen. Andernfalls leidet die Vergleichbarkeit der Angebote.
2. Die Bieter müssen davon ausgehen, dass der Auftraggeber die Leistungen auch so angeboten haben will, wie er sie in den Verdingungsunterlagen festgelegt hat. Wollen oder können die Bewerber die Leistung nicht nach Maßgabe der Verdingungsunterlagen anbieten, so steht es ihnen frei, **Änderungsvorschläge oder Nebenangebote** zu unterbreiten, sofern sie vom Auftraggeber nicht ausdrücklich ausgeschlossen wurden.
3. Der Begriff der **Änderung ist weit auszulegen**. Eine Änderung liegt immer vor, wenn das Angebot von den Vergabeunterlagen abweicht, also immer dann, wenn Angebot und Nachfrage sich nicht decken.
4. Vorliegend hat die Vergabestelle das **Angebot von Bieter A zu Recht ausgeschlossen**. Bieter A hat **kein Schutzvlies** angeboten, das über eine **BAM-Zulassung** verfügt, obwohl der Auftraggeber eindeutig den Einbau eines Schutzvlieses mit BAM-Zulassung **gefordert** hatte. Spätestens aufgrund der **eindeutigen Bieterinformation** stand für alle Bieter fest, dass die Ausführung eines nicht durch die BAM zugelassenen Schutzvlieses nicht zulässig ist.

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

§ 13 Abs. 1 Nr. 5
Satz 1 VOB/A
§ 16 Abs. 1 Nr. 1b
VOB/A

Eine Änderung der Verdingungsunterlagen liegt immer vor, wenn das Angebot von den Vergabeunterlagen abweicht, sich also Angebot und Nachfrage nicht decken.

§ 6 Abs. 3g) VOB/A
§ 15 Abs. 2 VOB/A

Sind Vorgaben im Leistungsverzeichnis nicht eindeutig und unmissverständlich formuliert, sind widersprüchliche Angaben eines Bieters nicht mit fehlenden Angaben oder einer Nichtbeantwortung gleichzusetzen.

Ein zwingender Ausschlussgrund liegt dann nicht vor.

Hinweise für die Praxis

- Die Entscheidung der Vergabekammer zeigt ein weiteres Mal deutlich, dass zum Ausschluss führende „**Änderungen**“ bereits bei **geringen Abweichungen** von den **Vorgaben in der Ausschreibung** vorliegen können. Handelt es sich um Abweichungen von **technischen Spezifikationen** im Sinne von **§ 7 Abs. 3 VOB/A**, sind derartige Abweichungen auch im Hauptangebot **zulässig**, wenn der Bieter die Abweichung in seinem Angebot **eindeutig bezeichnet** und gleichzeitig die **Gleichwertigkeit nachweist** (§ 13 Abs. 2 VOB/A).

– Rechtsanwalt Andreas Demharter, München –

Nachfordern von Unterlagen – Wann ist ein Angebot auszuschließen?

Das Problem

Verweigert ein Bieter geforderte Aufklärungen und Angaben oder lässt er die ihm hierfür gesetzte Frist unbeantwortet verstreichen, so kann sein Angebot im Rahmen einer Ermessensentscheidung unberücksichtigt bleiben. Fraglich ist, wann in diesen Fällen eine Ermessensreduzierung auf Null eintritt.

Beispiel:

Der Auftraggeber schreibt **Rohbauarbeiten im offenen Verfahren nach VOB/A europaweit aus**. Im Leistungsverzeichnis wird eine Perimeterdämmung mit bestimmten Werkstoffeigenschaften ausgeschrieben. Bieter A beteiligt sich am Vergabeverfahren und liegt preislich an erster Stelle. Alleiniges Zuschlagskriterium ist der Preis. Der Auftraggeber fordert **zu den Positionen der Perimeterdämmung Produktdatenblätter nach**. Fristgerecht legt Bieter A Produktdatenblätter vor. Diese werden vom Auftraggeber zurückgewiesen, da sie nicht den Anforderungen des LVs entsprechen. **Der Bieter erhält eine nochmalige Nachfrist zur Vorlage der Datenblätter**. Innerhalb der Frist legt der Bieter Datenblätter für ein anderes Produkt vor, das den Anforderungen der Leistungsbeschreibung erfüllt.

Der Auftraggeber schließt den Bieter **wegen Zweifeln an der Zuverlässigkeit aufgrund zweideutiger Aussagen zum angebotenen Produkt aus**.

Frage: Zu Recht?

Die Entscheidung

Die **Vergabekammer Nordbayern** hat im **Beschluss vom 24. 03. 2011 – Az.: 21.VK-3194-03/11** – wie folgt entschieden:

1. Die Zuverlässigkeit eines Bewerbers ist dann in Frage gestellt, wenn ihm eine schwere Verfehlung nachgewiesen werden kann. Dies ist etwa dann der Fall, wenn ein Bieter von Anfang an nicht willens ist, ein dem Leistungsverzeichnis entsprechendes Produkt zu liefern. Ein Bieter besitzt dann nicht die erforderliche Zuverlässigkeit, wenn er bewusst und vorsätzlich falsche Angaben macht.
2. Der **Auftraggeber bleibt vorliegend den Nachweis schuldig, dass Bieter A nicht willens ist, die im Leistungsverzeichnis geforderte Perimeterdämmung zu verwenden** und dies bei der Ausführung der Bauleistung als geheimes Vorbehalt zu seinem Vorteil nutzen wollte. Der Bieter hat u. a. **mit der letztmaligen Nachreichung** von Unterlagen **bestätigt, eine Perimeterdämmung zu verwenden, die den Anforderungen des LVs entspricht**.
3. Das Angebot ist auch **nicht wegen Unvollständigkeit auszuschließen**. Bei den fraglichen Positionen zur Perimeterdämmung waren Bietereintragungen zum Fabrikat/Typ nicht abgefragt. Es waren **lediglich Preisangaben** zu machen. **Dieser Vorgabe ist Bieter A vollständig nachgekommen**.
4. Es kann dahinstehen, ob der Auftraggeber das Angebot des Bieters A nach Vorlage der ersten Produktdatenblätter hätte ausschließen können, da ein Ausschluss tatsächlich nicht erfolgt ist. Obwohl die beim ersten Nachfordern vorgelegten Produktdatenblätter nicht den Anforderungen des Leistungsverzeichnisses entsprachen, erhielt Bieter A nochmals eine Gelegenheit zur Nachreichung von Unterlagen. Der Auftraggeber hat Bieter A somit im Wettbewerb belassen. **Diese Ermessensentscheidung des Auftraggebers kann nicht durch ein gegenteiliges Ermessen der Vergabekammer ersetzt werden. Der hierfür erforderliche Fall einer Ermessensreduzierung auf Null liegt nicht vor**, da die Vorgaben im Leistungsverzeichnis für die Perimeterdämmung nicht so eindeutig und unmissver-

ständig formuliert waren, dass die widersprüchlichen Angaben des Bieters AG absolut nicht nachvollziehbar und mit der Verweigerung oder Nichtbeantwortung gleichzusetzen gewesen wären.

Hinweise für die Praxis

- ▶ In den maßgeblichen Positionen war die Rede von einer sehr hohen Druckbelastung. Konkrete Wertvorgaben für die Druckfestigkeit und das Langzeit-Kriech-Verhalten waren nur aus anderen Vorgaben des Leistungsverzeichnisses feststellbar. Aufgrund dieser Darstellung, die auch für einen Fachmann nur mit intensiver Befassung mit den Vorgaben des Leistungsverzeichnisses feststellbar war, kam eine Ermessensreduzierung auf Null nicht in Betracht.

– Rechtsanwalt Hans-Peter Burchardt, München-Ismaning –

Bis wann muss ein aus der Bekanntmachung oder den Vergabeunterlagen erkennbarer Verstoß gerügt werden?

Das Problem

Nach § 107 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 GWB muss ein Verstoß, der aus der Bekanntmachung erkennbar ist, bis zum Ablauf der in der Bekanntmachung benannten Frist gerügt werden. Gleiches gilt nach § 107 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 GWB für Verstöße, die aus den Vergabeunterlagen erkennbar sind. Fraglich ist, welcher Zeitpunkt maßgeblich ist, wenn der Auftraggeber die in der Vergabebekanntmachung genannte Frist für die Angebotsabgabe nachträglich verlängert.

Beispiel:

Der Auftraggeber schreibt die Erneuerung einer Telekommunikationsanlage europaweit in zwei Losen im offenen Verfahren nach VOB/A aus. In der EU-weiten Bekanntmachung wird der 28. 09. 2010 als Schlusstermin für den Eingang der Angebote benannt. Die Frist für die Einreichung der Angebote wird auf 12. 10. 2010 verlängert. Mit Schreiben vom 05. 10. 2010 rügt ein Bieter die Anwendung der VOB/A. Nach seiner Auffassung ist die VOL/A die maßgebliche Vergabe- und Vertragsordnung. Der Auftraggeber hilft den Rügen nicht ab.

Frage: Ist die Rüge des Bieters rechtzeitig erhoben?

Die Entscheidung

Die **Vergabekammer Baden-Württemberg** hat mit **Beschluss vom 09. 12. 2010 – Az.: 1 K56/10** – hier wie folgt entschieden:

1. Die **Rüge zur Anwendung der VOB/A ist verspätet vorgebracht** und somit unzulässig. Der Auftraggeber hat sowohl in der EU-weiten Bekanntmachung wie auch in den Vergabeunterlagen auf die Anwendung der VOB/A hingewiesen. Der geltend gemachte Verstoß war auch im Sinne des § 107 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 GWB wie auch des § 107 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 GWB erkennbar.
2. Die Rüge ist erst nach Ablauf der in der EU-weiten Bekanntmachung festgelegten Frist für den Eingang der Angebote (28. 09. 2010) erhoben worden.
3. **Daran ändert sich auch nichts dadurch, dass der Auftraggeber die Angebotsfrist durch Bietermitteilung bis zum 12. 10. 2010 verlängert hat und die Rüge vor Ablauf dieser Verlängerungsfrist beim Auftraggeber einging.** Der **Wortlaut des § 107 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 und Nr. 3 GWB ist insoweit eindeutig.** Auch die **Entstehungsgeschichte der Vorschrift** lässt keinen anderen Schluss zu. Der Gesetzgeber hat bewusst und gewollt den Wortlaut in § 107 Abs. 3 GWB so gewählt, dass für eine Auslegung nach „Treu und Glauben“ kein Raum mehr ist. Nach dem ursprünglichen Entwurf des Gesetzgebers war die Rügepflicht bis zum Ablauf der Angebotsfrist ohne Einschränkung vorgesehen. Der in Kraft getretene Gesetzestext sieht ausdrücklich vor, dass Verstöße bis zum Ablauf der in der Bekanntmachung genannten Frist gerügt werden müssen. Hierin ist eine bewusste Verschärfung der ursprünglich vorgesehenen Regel zu sehen.

Hinweise für die Praxis

- ▶ Mit Beschluss vom 26. 03. 2010 – Az.: 1 VK11/10 – hatte die Vergabekammer Baden-Württemberg in einer anderen Besetzung für die Rügen nach § 107 Abs. 3

§ 107 Abs. 3 S. 1 Nr. 2
GWB

§ 107 Abs. 3. S. 1 Nr. 3
GWB

Auch wenn der in der EU-weiten Bekanntmachung benannte Termin für die Einreichung der Angebote verschoben wird, bleibt für die Rügeobliegenheiten nach § 107 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 und Nr. 3 GWB der in der Bekanntmachung benannte Termin maßgeblich (str.).

Satz 1 Nr. 2 und Nr. 3 GWB auf den vom Auftraggeber verschobenen späteren Termin für die Einreichung der Angebote abgestellt.¹⁾ Bis zu einer abschließenden Klärung der vorliegenden Rechtsfragen können Rügen, die nach dem in der Bekanntmachung benannten Termin für die Einreichung der Angebote erklärt werden, verspätet sein.

- Nachdem vorliegend die Rüge aus Sicht der Vergabekammer verspätet war, musste nicht darüber entschieden werden, ob die Erneuerung der Telekommunikationsanlage tatsächlich nach VOL/A hätte ausgeschrieben werden müssen. Die Vergabekammer Baden-Württemberg tendiert im Rahmen der Begründetheitsprüfung jedoch dazu, keine Baumaßnahme anzunehmen, da die Baumaßnahmen vorliegend gerade nicht Gegenstand der Leistung sein sollten und sich die „baulichen“ Tätigkeiten überwiegend in Elektroarbeiten erschöpften und der Dienstleistungs- und Lieferauftrag dabei im Mittelpunkt steht.

– Rechtsanwalt Tilman Class, München-Ismaning –

Der wichtige Hinweis

Negative Preise und Mischkalkulation!

Die Vergabekammer des Bundes hatte im Bereich Hochbau entschieden, dass negative Einheitspreise grundsätzlich Preisangaben im Sinne der VOB/A darstellen.²⁾ Im maßgeblichen Fall hatte der Bieter Einsparungen so berücksichtigt, dass sich ein Negativ-Preis ergab.

Der **Vergabesenat des OLG Düsseldorf** hat im Beschluss vom 08. 06. 2011³⁾ nunmehr den Beschluss der Vergabekammer des Bundes vollumfänglich bestätigt und klargestellt:

Ein negativer Einheitspreis ist nicht nur dann zulässig, wenn ein Bieter bei den Bauarbeiten gewonnenes Material verwerten darf. Ein zulässiger Negativpreis kann auch dadurch entstehen, dass infolge der betreffenden Leistungsposition ausgeschriebene Leistungen entfallen, aber aufgrund von Übermessungsregeln dennoch bezahlt werden müssen.

Ein Ausschluss wegen Mischkalkulation kommt nicht zwingend in Betracht. Ob bestimmte Positionen bei der Preisangabe zu einer bestimmten Leistungsposition zu berücksichtigen sind, hängt davon ab, ob der Auftraggeber Kalkulationsvorgaben gemacht hat. Hat der Bieter eine Leistungsposition in vertretbarer Weise ausgelegt, so liegt eine unzutreffende Preisangabe nicht vor. Eine derartige zwingende Anordnung, wie durch Übermessungsregelungen hervorgerufene Einsparungen des Auftragnehmers zu berücksichtigen sind, konnte vom Vergabesenat des OLG Düsseldorf vorliegend nicht festgestellt werden. Insoweit waren die negativen Preisangaben des Bieters vorliegend zulässig.

– CL –

Gleichwertigkeitsnachweis im Schadenersatzprozess nur eingeschränkt überprüfbar

Der **Bundesgerichtshof**⁴⁾ hat entschieden, dass in einem Schadenersatzprozess die Beurteilung der **Gleichwertigkeit eines Nebenangebots** nur **eingeschränkt** daraufhin **überprüfbar** ist, **ob** sie sich in Anbetracht der auf eine **transparente Vergabe** im **Wettbewerb** gerichteten Zielsetzung des Gesetzes und der VOB/A als **vertretbar** erweist. In dem vom BGH entschiedenen Fall hatte der Bieter, der das günstigste Hauptangebot abgegeben hatte, die Stadt auf Schadenersatz verklagt. Er war der Meinung, die Stadt hätte den Zuschlag auf sein Hauptangebot, nicht auf das Nebenangebot seines Konkurrenten erteilen müssen, da mit diesem kein ausreichender Gleichwertigkeitsnachweis vorgelegt worden sei.

– DE –

OLG Düsseldorf bestätigt Entscheidung der Vergabekammer des Bundes zu negativen Einheitspreisen im Hochbau!

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

¹⁾ Vgl. auch OLG Düsseldorf, Beschluss vom 29. 09. 2009 – Az.: VII Verg 76/08.

²⁾ Beschluss vom 20. 01. 2011 – Az.: VK 1-142/10 – vgl. Vergaberechts-Report 2/2011, S. 7.

³⁾ Az.: VII Verg 11/11.

⁴⁾ Beschluss vom 23. 03. 2011 – Az.: X ZR 92/09.