

Vergaberechtsinformationen für Baupraktiker und ihre Berater

Wichtige Entscheidungen

Verstößt eine technisch falsche Ausschreibung automatisch gegen § 7 Abs. 1 VOB/A?

Das Problem

Gemäß § 7 Abs. 1 VOB/A hat der Auftraggeber die Leistung eindeutig und so erschöpfend zu beschreiben, dass alle Bewerber die Beschreibung im gleichen Sinn verstehen müssen und ihre Preise sicher und ohne umfangreiche Vorarbeiten berechnen können. Fraglich ist, ob eine technisch falsche Ausschreibung immer auch gegen § 7 Abs. 1 VOB/A verstößt.

Beispiel:

Die Vergabestelle schreibt im Offenen Verfahren Abbruch- und Neubau von Holzfenstern aus. In den Vergabeunterlagen weist der Auftraggeber darauf hin, dass der Mindestwärmeschutz eingehalten, die Anforderungen der RAL-Richtlinie berücksichtigt wurden und Schimmelschutz bzw. Tauwasserausfall gewährleistet seien. Für das Bauvorhaben sei ein EnEV-Nachweis erstellt. Bieter A rügt gleichwohl, dass die im Leistungsverzeichnis geforderte Montage der Fenster nicht die Forderungen der technischen Baubestimmungen hinsichtlich Wärmeschutz, Schimmelschutz und Tauwasser erfülle. Zudem verletzte die Ausschreibung Vorschriften der Bauordnung und der EnEV. Hierin liege ein Verstoß gegen § 7 Abs. 1 VOB/A, der ihn an der Abgabe eines Angebots hindere.

Frage: Liegt tatsächlich ein Verstoß gegen § 7 Abs. 1 VOB/A vor?

Die Entscheidung

Nach dem Beschluss der **1. Vergabekammer des Freistaats Sachsen vom 15. 03. 2011 – Az.: 1/SVK/004-11 –¹⁾** liegt **kein Verstoß gegen § 7 Abs. 1 VOB/A** vor:

1. Die **Rüge von Bieter A** zur Mangelhaftigkeit des Leistungsverzeichnisses **führt** – auch wenn sie zutreffend sein sollte – **nicht zu einem Verstoß gegen § 7 Abs. 1 VOB/A. Eindeutig** i. S. v. § 7 VOB/A bedeutet nicht „richtig“, d. h., **auch eine falsche Leistungsberechnung** kann eindeutig sein. Was der Auftraggeber als Auftrag vergeben will, unterliegt einzig und allein seinem Willen. **Mängel der Leistungsbeschreibung** sind vergaberechtlich **nur** insoweit **relevant**, als sie die **Funktionen der eindeutig und erschöpfenden Beschreibung**, die im Ergebnis zum gleichen Verständnis des fachkundigen Bieters führt, **beeinträchtigen**.
2. Durch die entsprechenden Vorgaben im Leistungsverzeichnis hat der **Auftraggeber** den **Bieter**n verlässlich und unmissverständlich **zu verstehen gegeben**, dass die **einschlägigen Normen** und anerkannten Regeln der Technik **umgesetzt** wurden. Da gemäß § 7 Abs. 1 Nr. 1 VOB/A die Berechnung der Angebote bzw. der Preise ohne umfangreiche Vorarbeiten möglich sein muss, ist **kein Bieter verpflichtet**, die Vergabeunterlagen weitergehend „auf Herz und Nieren“ – möglichst unter Hinzuziehung eines Sachverständigen – einer **Prüfung zu unterziehen**. Vielmehr erwächst dem öffentlichen Auftraggeber mit der Freiheit, den zu vergabenden Auftrag zu bestimmen, auch die Verpflichtung, im Rahmen seiner Planung sicherzustellen, dass die anerkannten technischen Regelwerke Beachtung finden und sich in den Vergabeunterlagen niederschlagen.
3. Das **Vergaberecht dient** – soweit es den Schutz der Bieter betrifft – **nicht dazu**, den **Auftraggeber** vor **technisch oder wirtschaftlich unsinnigen Aufträgen zu**

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

§ 7 Abs. 1 VOB/A
§ 4 Abs. 3 VOB/B

Auch eine technisch falsche Ausschreibung kann „eindeutig“ i. S. v. § 7 Abs. 1 VOB/A sein. Das Vergaberecht dient nicht dazu, den Auftraggeber vor technisch oder wirtschaftlich unsinnigen Aufträgen zu schützen.

¹⁾ Bestandskräftig.

schützen. Eine Korrektur erfolgt in diesen Fällen im Rahmen der Ausführung und Abrechnung, regelmäßig aufgrund eines Bedenkenhinweises des Auftragnehmers nach **§ 4 Abs. 3 VOB/B.**

Hinweise für die Praxis

- ▶ Zu den vom Bieter ebenfalls gerügten **Verstößen gegen die Bauordnung** weist die Vergabekammer darauf hin, dass diese nicht Prüfungsgegenstand im Rahmen eines Vergabeverfahrens sind, sondern erst mit der Bauausführung – also **im Rahmen der VOB/B – relevant** werden. Während der Bauausführung – so die Vergabekammer – kann es durchaus dazu kommen, dass der Bauausführende aufgrund seiner fachspezifisch besseren Kenntnisse die Leistungsausführung gemäß § 4 Abs. 3 VOB/B verweigern muss, wenn z. B. **zwingend einzuhaltende öffentlich-rechtliche Vorschriften** in der Ausführungsplanung des Auftraggebers keine Berücksichtigung gefunden haben. Diese Fragen können aber **nicht** in das **Vergabeverfahren vorverlagert** werden.

– Rechtsanwalt Andreas Demharter, München –

§ 16 Abs. 1 Nr. 1 d)
VOB/A und § 13 Abs. 1
Nr. 3 VOB/A

Vorsicht bei Verwendung eines nicht produktneutralen Leitfabrikats!

Das Problem

Nach § 7 Abs. 8 VOB/A sind Bauleistungen produktneutral auszuschreiben. Eine Bezugnahme auf bestimmte Produkte ist nur ausnahmsweise zulässig, wenn der Auftragsgegenstand nicht hinreichend genau beschrieben werden kann. Dann muss der Zusatz „oder gleichwertig“ verwendet werden. Beschreibt ein Auftraggeber ein Leitfabrikat anhand detaillierter Vorgaben, so ist fraglich, ob mit dem Zusatz „oder gleichwertig“ auch andere Produkte den gestellten Anforderungen entsprechen können.

Beispiel:

Der Auftraggeber schreibt im Rahmen eines Neubauprojekts Einrichtungsgegenstände nach VOB/A europaweit im offenen Verfahren aus. Einziges Zuschlagskriterium ist der Preis. Nebenangebote sind nicht zugelassen. In einer Hauptposition wird ein bestimmtes Produkt mit zahlreichen detaillierten Anforderungen beschrieben. Am Ende der Produktbeschreibung findet sich der Zusatz „Fabrikatsangabe XXX oder gleichwertig“.

Der Auftraggeber beabsichtigt den Zuschlag auf das preisgünstigste Angebot des Bieters A zu erteilen. Dies wird den unterlegenen Bietern nach § 101 a) GWB mitgeteilt. Am selben Tag rügt Bieter B die Zuschlagsentscheidung. Er legt richtigweise dar, dass das Fabrikat des Bieters A aus verschiedenen Gründen von den detaillierten Vorgaben der Leistungsbeschreibung in der maßgeblichen Position abweicht. Der Auftraggeber verweist darauf, dass auch ein gleichwertiges Produkt angeboten werden darf.

Frage: Muss das Angebot von Bieter A ausgeschlossen werden?

Die Entscheidung

Die **Vergabekammer Sachsen** hat im **Beschluss vom 01. 07. 2011 – Az.: 1/SVK-025-11** – hierzu entschieden:

1. Das Angebot von Bieter A ist gemäß § 16 Abs. 1 Nr. 1 d) i. V. m. § 13 Abs. 1 Nr. 3 VOB/A wegen Änderungen an den Vergabeunterlagen auszuschließen. **Der Begriff der Änderung umfasst nicht nur Streichungen, Hinzufügungen, Entnahme von Seiten aus Formblättern oder den Austausch von Vertragsbedingungen.** Nach ständiger Rechtsprechung des BGH ist es auch **eine unzulässige Änderung der Vergabeunterlagen, wenn das Angebot eines Bieters eine Vorgabe des Leistungsverzeichnisses nicht einhält.** Will oder kann ein Bieter die geforderte Leistung nicht anbieten, so bleibt ihm nur – soweit dies zulässig ist – die Einreichung eines Nebenangebots.
2. Der Auftraggeber hat vorliegend das Leistungsverzeichnis **nicht produktneutral abgefasst, sondern detailgenau in der maßgeblichen Position ein Produkt einer bestimmten Firma umschrieben.** Das vom Bieter A angebotene Produkt weicht inhaltlich in zahlreichen Fällen von den detaillierten Vorgaben des Leistungsverzeichnisses ab und ändert dadurch in unzulässiger Weise die Vergabeunterlagen ab.

Werden in einer LV-Position Festlegungen getroffen, denen nur ein einziges Produkt gerecht werden kann, lässt sich über den Zusatz „oder gleichwertig“ im Zusammenhang mit der Vorgabe eines Leitfabrikats der Wettbewerb nicht eröffnen.

3. Hierbei ist **unbeachtlich**, dass **am Ende** der detaillierten Produktbeschreibung bei der Benennung der Fabrikatsangabe **der Zusatz „oder gleichwertig“ angefügt war**. Der Verweis auf ein mögliches gleichwertiges Produkt läuft ins Leere soweit mit einer Detailtiefe einzelne Parameter vorgegeben werden und daneben keine Mindestanforderungen dafür aufgestellt wurden, welche Abweichungen vom Leitfabrikat noch als gleichwertig angesehen werden können. **Wird auf ein bestimmtes Produkt detailliert verwiesen, kann über den Zusatz „oder gleichwertig“ im Zusammenhang mit der Vorgabe eines Leitfabrikats der Wettbewerb nicht eröffnet werden**. Möchte der Auftraggeber Produkte mit vergleichbaren Spezifikationen zulassen, muss er entweder Nebenangebote mit konkret definierten Mindestanforderungen zulassen oder aber eine detaillierte Beschreibung einzelner Anforderungen in der Leistungsbeschreibung unterlassen.

Hinweise für die Praxis

- ▶ Die produktbezogene Ausschreibung war von keinem Bieter – insbesondere nicht von Bieter A – gerügt worden. Insoweit haben die Inhalte der Leistungsbeschreibung unbeschadet der mangelnden Produktneutralität Gültigkeit.
- ▶ Die Vergabekammer betont in ihrer Entscheidung, dass sich der Auftraggeber am Inhalt der Leistungsbeschreibung nunmehr festhalten muss. Zutreffenderweise wird darauf verwiesen, dass bei einem anderen Ausschreibungsinhalt auch andere Anbieter ggf. kostengünstigere Produkte in ihren Angeboten zugrunde gelegt hätten.

– Rechtsanwalt Hans-Peter Burchardt, München-Ismaning –

Angebotsabgabe durch verbundene Unternehmen – was ist zu beachten?

§ 97 Abs. 1 GWB
§ 16 Abs. 1 Nr. 1 d)
VOB/A

Das Problem

Nach § 2 Abs. 1 Nr. 2 VOB/A sind Bauleistungen im Wettbewerb zu vergeben. In größeren Konzernen gibt es häufig mehrere Unternehmen, die grundsätzlich für die Erbringung der ausgeschriebenen Leistungen in Betracht kommen. Beteiligen sich mehrere konzernrechtlich verbundene Unternehmen an einem Vergabeverfahren, so ist fraglich, unter welchen Voraussetzungen ein Wettbewerbsverstoß vorliegt.

Beispiel:

Der Auftraggeber schreibt Bauleistungen in mehreren Losen europaweit aus. Die Unternehmen A und B sind konzernrechtlich miteinander verbunden und geben jeweils ein Angebot ab. Darüber hinaus bestehen zwischen den für die Unternehmen handelnden Personen Übereinstimmungen. Unternehmen A und B sollen jeweils in einem Los den Auftrag erhalten. Auf die Information nach § 101 a) GWB hin rügt ein Konkurrent dies und fordert den Ausschluss beider Angebote. Er ist der Auffassung, eine unzulässige wettbewerbsbeschränkende Abrede müsse nicht positiv vom Auftraggeber festgestellt werden.

Frage: Zu Recht?

Die Entscheidung

Der **Vergabesenat des OLG Düsseldorf²⁾** hat mit **Beschluss vom 11. 05. 2011 – Az.: Verg 8/11** – hierzu wie folgt entschieden:

1. Der **Begriff der wettbewerbsbeschränkenden Abrede ist weit auszulegen**. Er ist nicht nur auf gesetzeswidriges Verhalten beschränkt, sondern **umfasst auch alle sonstigen Absprachen und Verhaltensweisen eines Bieters, die mit dem vergaberechtlichen Wettbewerbsgebot unvereinbar sind**. Das Zustandekommen einer wettbewerbsbeschränkenden Absprache erfordert nicht eine ausdrückliche Verständigung zwischen zwei Unternehmen darüber, wer welche Leistungen zu welchem Preis anbietet. Sie ist vielmehr in aller Regel **schon dann verwirklicht, wenn ein Angebot in Kenntnis der Bedingungen des Konkurrenzangebots erstellt wird**.
2. Für einen **Angebotsausschluss** wegen wettbewerbsbeschränkender Abrede ist **die Tatsache einer Verbundenheit im Sinne von § 15 AktG und § 18 AktG nicht**

Die Angebotslegung verbundener Unternehmen birgt aufgrund vorhandener Schnittstellen und Berührungspunkte eine objektiv erhöhte Gefahr von Verstößen gegen den Geheimhaltungswettbewerb durch abgestimmtes Verhalten.

²⁾ Die Entscheidung erging in einem Vergabeverfahren nach VOL/A. Die Entscheidungsgründe sind aber auf Verfahren zur Vergabe von Bauleistungen nach VOB/A übertragbar.

ausreichend. Es existiert **keine unwiderlegliche Vermutung dahingehend**, dass Angebote verbundener Unternehmen für denselben Auftrag infolge der typischerweise bestehenden gesellschaftsrechtlichen, personellen und organisatorischen Verflechtungen stets voneinander beeinflusst worden sind. **Würden verbundene Unternehmen immer vom Wettbewerb ausgeschlossen werden, verstieße dies gegen den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit.**

3. Aus dem vorliegenden Sachverhalt lässt sich jedoch eine zu Lasten der Unternehmen A und B wirkende Vermutung eines Verstoßes gegen den Geheimwettbewerb ableiten. Dieser Vermutungstatbestand greift nicht erst dann ein, wenn inhaltliche Übereinstimmungen in den Angeboten oder personelle, räumliche und infrastrukturelle Verflechtungen festgestellt werden können. **Hierbei ist entscheidend, dass im Konzernverbund mögliche Schnittstellen und Berührungspunkte eine objektiv erhöhte Gefahr von Verstößen gegen den Geheimhaltungswettbewerb bewirken, die im Vergleich zur Angebotslegung von einander vollkommen unabhängiger Unternehmen nicht bestehen.** In einer solchen Ausgangslage obliegt die Widerlegung dieser Vermutung den betroffenen Unternehmen. Abweichend von der üblichen Verteilung der Darlegungs- und Beweislast haben sie diejenigen Umstände und Vorkehrungen aufzuzeigen und nachzuweisen, die die Unabhängigkeit und Vertraulichkeit der Angebotserstellung gewährleisten.
4. Vorliegend konnten die Unternehmen nicht nachweisen, dass sie durch ihre Geschäftspolitik und entsprechende organisatorische Maßnahmen die Unabhängigkeit und Vertraulichkeit bei der Erstellung und Ausarbeitung von Angeboten sichergestellt haben.

Hinweise für die Praxis

- ▶ Die vorliegende Entscheidung erging zu so genannten Rabattverträgen für Arzneimittel. Die Entscheidungsgründe sind aber auch auf Verfahren zur Vergabe von Bauleistungen übertragbar. Hiernach kommt ein Ausschluss allein aufgrund einer konzernrechtlichen Verflechtung beider Angebote nicht in Betracht. Auch ein entsprechender Vorbehalt dürfte vergaberechtlich nicht zulässig sein.
- ▶ Konzernrechtlich verbundene Unternehmen können sich nach der vorliegenden Rechtsprechung nicht darauf verlassen, dass eine wettbewerbswidrige Absprache vom Auftraggeber nachgewiesen werden muss. Haben sie bei der Angebotserstellung Kenntnis davon, dass sich ein anderes konzernrechtlich verbundenes Unternehmen am Vergabeverfahren beteiligt, müssen bereits mit der Angebotsabgabe die zur Wahrung des Geheimniswettbewerbs erforderlichen Sicherungsmaßnahmen dargelegt und beschrieben werden.

– Rechtsanwalt Tilman Class, München-Ismaning –

Der wichtige Hinweis

Weitere Entscheidung zur Anwendung von § 107 Abs. 3 Nr. 1 GWB!

Nach § 107 Abs. 3 Nr. 1 GWB ist ein Bieter verpflichtet, einen erkannten Verstoß unverzüglich zu rügen. Ausgehend von der Entscheidung des EuGH³⁾ wird die Anwendbarkeit dieser Regelung durch die deutschen Nachprüfungsinstanzen unterschiedlich bewertet.⁴⁾ Während zahlreiche Vergabekammern die Pflicht zur unverzüglichen Rüge wegen eines Verstoßes gegen das EU-Vergaberecht für nicht mehr anwendbar erachten, wird von den Vergabesenaten bei den Oberlandesgerichten die Regelung überwiegend für anwendbar erachtet. **In einer aktuellen Entscheidung hat sich nunmehr die Vergabekammer Nordbayern mit den bekannten Argumenten der letztgenannten Auffassung angeschlossen.**⁵⁾ Der Beschluss ist bestandskräftig. Eine Überprüfung durch den Vergabesenat des OLG München kommt somit nicht in Betracht.

– CL –

Vergabekammer Nordbayern hält § 107 Abs. 3 Nr. 1 GWB weiterhin für anwendbar!

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

³⁾ Urteil vom 28. 01. 2010, Rs. C-4-06/08, „Uniplex“.

⁴⁾ Vgl. zuletzt Vergaberechts-Report 2/2011, Seite 8.

⁵⁾ Beschluss vom 08. 06. 2011, Az.: 21.VK-3194-14/11.