

VERGABERECHTS-REPORT 10/2011

Vergaberechtsinformationen für Baupraktiker und ihre Berater

Wichtige Entscheidungen

Wann führt ein Kalkulationsfehler zum Angebotsausschluss?

Das Problem

Spätestens seit der Rechtsprechung zur „Mischkalkulation“ gewinnt die Kalkulation des Bieters vergaberechtlich zunehmend an Bedeutung. Fraglich ist, ob auch eine bloße Fehlkalkulation aufgrund eines falschen Verständnisses der Verdingungsunterlagen zum Angebotsausschluss führen kann.

Beispiel:

Eine Vergabestelle schreibt Elektroninstallationsarbeiten aus. In dem von ihr verwendeten, an das Formblatt 214 des VHB angelehnten Formular gibt sie vor, dass die Bieter bei den Kabelpreisen mit einem Kupferpreis von 500,- Euro/100 kg zu kalkulieren haben. Bieter A versteht das Formular dahingehend, dass mit sogenannten „Hohlpreisen“, also einem Kupferpreis von 0,- Euro, zu kalkulieren sei. Die Vergabestelle will sein Angebot deshalb ausschließen.

Frage: Zu Recht?

Die Entscheidung

Das Oberlandesgericht Brandenburg hält in seinem **Beschluss vom 24. 05. 2011 – Az.: Verg W 8/11** – den **Ausschluss** des Angebots von Bieter A für **gerechtfertigt**:

1. Aus dem **vom Auftraggeber verwendeten Formblatt** ergibt sich **unmissverständlich**, dass mit einem **Kupferpreis von 500,- Euro/100 kg**, **nicht** mit sogenannten „Hohlpreisen“ zu kalkulieren ist. Zwar weicht das vom Auftraggeber verwendete Formular von dem im Vergabehandbuch des Bundes enthaltenen Formblatt 214 ab. Ein **verständiger Bieter** musste jedoch erkennen, dass er vollständige Preise für die Kabel angeben sollte – keine Hohlpreise. Auch die Verdingungsunterlagen enthalten keinen Hinweis darauf, dass mit Hohlpreisen kalkuliert werden sollte.
2. Man kann die Auffassung vertreten, dass Bieter A dadurch, dass er das Kupfermaterial nicht angeboten hat, **unzulässige Änderungen an den Verdingungsunterlagen** vorgenommen hat (§ 13 Abs. 1 Nr. 5 Satz 1 VOB/A), die zum Angebotsausschluss gemäß § 16 Abs. 1 Nr. 1 b VOB/A führen müssen. Im Ergebnis kann dies aber dahinstehen, da Bieter A jedenfalls die vom Auftraggeber **geforderten Preise nicht angegeben** und damit gegen § 13 Abs. 1 Nr. 3 VOB/A verstoßen hat. Dies führt grundsätzlich zum **Angebotsausschluss** gemäß § 16 Abs. 1 Nr. 1 c VOB/A.
3. Ein Ausschluss kann auch **nicht** deshalb unterbleiben, weil **lediglich in einer einzigen unwesentlichen Position** der Preis fehlt und durch die Außerachtlassung dieser Position der Wettbewerb und die Wertungsreihenfolge nicht beeinträchtigt würden. **Die Voraussetzungen** dieser engen Ausnahmeregelung **liegen nicht vor**. Eine Korrektur in einer **Größenordnung von rund 150.000,- Euro**, die den Angebotspreis von Bieter A um ein Fünftel erhöhen würde, dürfte nicht als unwesentlich angesehen werden. Jedenfalls ist **nicht nur eine einzige Position** betroffen, sondern sämtliche Positionen, die einen Kupferanteil enthalten.

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

§ 13 Abs. 1 Nr. 3
Satz 1 VOB/A
§ 16 Abs. 1 Nr. 1 c
VOB/A
§ 13 Abs. 1 Nr. 5
Satz 1 VOB/A
§ 16 Abs. 1 Nr. 1 b
VOB/A

Ein Kalkulationsfehler kann dazu führen, dass der Bieter nicht die vom Auftraggeber geforderten Preise angibt und damit gegen § 13 Abs. 1 Nr. 3 VOB/A verstößt, was zum Angebotsausschluss gemäß § 16 Abs. 1 Nr. 1 c VOB/A führt.

Hinweise für die Praxis

- ▶ Vorliegend hatten alle **übrigen Bieter** das vom Auftraggeber verwendete Formblatt **richtig verstanden**, so dass der Bieter eine Unklarheit in den Verdingungsunterlagen des Auftraggebers – die sich nicht zu seinen Lasten hätte auswirken dürfen – **nicht darlegen** konnte.
- ▶ Von den Formularen der Vergabehandbücher abweichende, **selbst formulierte Formulare** des Auftraggebers **erhöhen die Gefahr von Fehlern auf Bieterseite**. Der Fall zeigt, dass dies auch unter Geltung der weniger formalistischen VOB/A 2009 dazu führen kann, dass möglicherweise wirtschaftliche Angebote ausgeschlossen werden müssen.

– Rechtsanwalt Andreas Demharter, München –

§ 97 Abs. 3 GWB

Wann darf auf die Bildung von Fach- und Teillosen verzichtet werden?

Das Problem

Nach § 97 Abs. 3 GWB bildet die Aufteilung der Leistung in Teillose und Fachlose die Regel. Eine Zusammenfassung von Leistungsinhalten kommt nur in Betracht, wenn wirtschaftliche oder technische Gründe dies erfordern. Fraglich ist oft, wann eine solche Ausnahme in Betracht kommt.

Beispiel:

Der Auftraggeber schreibt die Vergabe von Inspektions-, Prüfungs-, Wartungs- und Instandsetzungsleistungen im Sinne der DIN 31051 für zahlreiche Brandmeldeanlagen, Elektroakustische Anlagen, Einbruchmelde- und Überwachungsanlagen sowie Rauch-, Wärme- und Abzugsanlagen in zahlreichen Liegenschaften in drei Regionallosen im Verhandlungsverfahren europaweit aus. Ein Unternehmen beteiligt sich nicht am Teilnahmewettbewerb, rügt aber unter anderem die unterbliebene Teil- und Fachlosbildung. Der Auftraggeber begründet im Nachprüfungsverfahren seinen Verzicht auf die Teillosbildung mit erheblichen wirtschaftlichen Einsparungen sowie Vorteilen bei der Funktionalität und Betriebssicherheit.

Frage: Sind diese Argumente für einen Verzicht auf eine Fachlosbildung ausreichend?

Die Entscheidung

Der **Vergabesenat** des **OLG Düsseldorf** hat im **Beschluss vom 08. 09. 2011 – Az.: Verg 8/11** – die Losaufteilung des Auftraggebers bestätigt und hierzu ausgeführt:

1. Im Rahmen der dem Auftraggeber obliegenden Entscheidung, ob ausnahmsweise auf eine Fachlosvergabe verzichtet wird, bedarf es einer umfassenden Abwägung der widerstreitenden Belange. Ein Verzicht auf eine Fachlosbildung kommt in Betracht, wenn die hierfür maßgeblichen Gründe nicht nur aner kennenswert sind, sondern überwiegen. Für das Maß des Überwiegens lassen sich keine allgemeinen Regeln aufstellen. Der mit einer Fachlosvergabe allgemein verbundene Ausschreibungs-, Prüfungs- und Koordinierungsmehraufwand sowie ein höherer Aufwand bei Gewährleistungen können eine Gesamtvergabe für sich allein nicht rechtfertigen.
2. Der Maßstab der rechtlichen Kontrolle durch die Nachprüfungsinstanzen ist beschränkt. Die Entscheidung des Auftraggebers ist im Nachprüfungsverfahren nur darauf zu überprüfen, ob sie auf vollständiger und zutreffender Sachverhaltsermittlung und nicht auf einer Ermessensfehlbetätigung, insbesondere auf Willkür, beruht. Dabei ist von den Nachprüfungsinstanzen zu beachten, dass das Vergaberecht nicht nur Bieterrechte eröffnen, sondern auch eine wirtschaftliche Leistungsbeschaffung gewährleisten soll. Der Auftraggeber hat durch seine Ausschreibung nicht bestimmte Märkte oder Marktteilnehmer zu bedienen. Vielmehr bestimmt allein der Auftraggeber im Rahmen der ihm übertragenen öffentlichen Aufgaben den daran zu bemessenden Beschaffungsbedarf und die Art und Weise, wie dieser gedeckt werden soll. Am Auftrag interessierte Unternehmen haben sich darauf einzustellen.
3. Nach diesen Maßstäben war die Losaufteilung des Auftraggebers nicht zu beanstanden. Zwar könnten Teile der ausgeschriebenen Leistungen tatsächlich als Fachlose ausgeschrieben werden. Hiergegen sprechen jedoch die vom Auftraggeber vorgebrachten wirtschaftlichen Gesichtspunkte. Eine Kostenersparnis von 50% bei Vergabe eines Gesamtauftrages im Vergleich zu einer Aufteilung in Einzelverträge stellt einen wirtschaftlichen Grund im Sinne des § 97 Abs. 3 Satz 3 GWB dar.

Ein Verzicht auf die Fachlosbildung kommt in Betracht, wenn die hierfür maßgeblichen Gründe überwiegen. Die Entscheidung des Auftraggebers ist im Nachprüfungsverfahren nur darauf zu überprüfen, ob sie auf vollständiger und zutreffender Sachverhaltsermittlung und nicht auf Ermessensfehlbetätigung beruht.

4. Zudem sprechen auch technische Gründe für eine Gesamtvergabe. So hat der Auftraggeber zutreffend dargelegt, dass bei einer Losaufteilung besondere Haftungsprobleme für die Wärme-, Rauch- und Abzugs- bzw. Brandmeldeanlagen auftreten würden. Eine effektive Durchsetzung von Gewährleistungsansprüchen wäre maßgeblich erschwert. Insoweit greifen auch Gründe der Funktionalität und Betriebssicherheit für die vorgenommene Losaufteilung.

Hinweise für die Praxis

- ▶ Die Entscheidung des Vergabesenats des OLG Düsseldorf enthält wichtige Hinweise für einen Verzicht auf die an sich gebotene Losbildung. Neben erheblichen Kosteneinsparungen können insbesondere auch Haftungsprobleme ein Gesamtvergaberecht fertigen. Der Vergabesenat setzt sich hierbei ausdrücklich mit dem Spannungsverhältnis zwischen nicht berücksichtigungsfähigem allgemeinem Mehraufwand durch die Vergabe an mehrere Firmen einerseits, und in den vorliegend aufgrund der ausgeschriebenen Leistung maßgeblichen Betriebsschwierigkeiten andererseits, auseinander.
- ▶ Der Vergabesenat betont zudem, dass der Abwägungsprozess bei einem Verzicht auf eine Losbildung dokumentiert werden muss.

– Rechtsanwalt Hans-Peter Burchardt, München-Ismaning –

Selbstbindung des Auftraggebers an überschießende Produkthanforderungen in den Vergabeunterlagen

§ 7 Abs. 1 Nr. 1 VOB/A

Das Problem

In der Leistungsbeschreibung sind die technischen Anforderungen an die Leistung zu definieren. Fraglich ist, ob der Auftraggeber von diesen Anforderungen nachträglich im laufenden Verfahren abweichen kann, wenn sich die Produkthanforderungen als überzogen herausstellen.

Beispiel:

Der Auftraggeber schreibt Wärmedämmarbeiten im Rahmen eines Ersatzneubaus im offenen Verfahren europaweit aus. In einer Position für die Dämmung der Schmutzwasserableitung wird eine Körperschalldämmung, welche gleichzeitig eine Luftschallpegelminderung von 10 dB sicherstellt, ausgeschrieben. Der Auftraggeber prüft und wertet die Angebote. Bieter A hat das teuerste Angebot eingereicht. Er rügt, dass Bieter B, der den Auftrag erhalten sollte, für die Dämmung der Schmutzwasserleitung ein Produkt ohne Luftschalldämmung angeboten haben muss. Der Auftraggeber ist der Auffassung, dass der Bieter die Forderung nach einer Luftschalldämmung irrtümlich angenommen hätte und bleibt bei der mitgeteilten Wertungsentscheidung.

Frage: Darf das Angebot von Bieter B gewertet werden?

Die Entscheidung

Die **Vergabekammer des Freistaates Sachsen** hat im Beschluss vom **16. 05. 2011 – Az.: 1/SVK/016-11** – dem Antragsteller Recht gegeben und wie folgt entschieden:

1. Das in § 7 Abs. 1 Nr. 1 VOB/A enthaltene Gebot einer eindeutigen und erschöpfenden Leistungsbeschreibung ist sowohl für das Vergabeverfahren als auch für die spätere Vertragsdurchführung mit dem erfolgreichen Bieter von fundamentaler Bedeutung. Die Leistungsbeschreibung bildet insoweit das Kernstück der Vergabeunterlagen.
2. Der Auftraggeber ist an die in der Leistungsbeschreibung gestellten Anforderungen gebunden und darf keine Angebote berücksichtigen, die den Anforderungen der Leistungsbeschreibung nicht gerecht werden.
3. Der Auftraggeber hat vorliegend gemäß § 7 Abs. 1 Nr. 1 VOB/A für die Schmutzwasserleitung ein Produkt ausgeschrieben, das neben einer Körperschalldämmung auch eine Luftschallpegelminderung sicherstellen muss. Die gewählte Formulierung in der entsprechenden Leistungsposition lässt keine andere Auslegung zu. Somit dürfen Angebote, mit denen Produkte angeboten wurden, die die voranstehenden Anforderungen nicht einhalten, nicht gewertet werden.
4. Hierbei ist es unerheblich, dass alleine Bieter A ein Produkt mit den geforderten Dämmeigenschaften angeboten hat.

Der Auftraggeber ist an die in der Leistungsbeschreibung festgelegten Anforderungen gebunden. Er darf deshalb keine Angebote berücksichtigen, die diesen Anforderungen nicht genügen.

5. Auch eine Pflicht zur Nachfrage hinsichtlich der anzubietenden Dämmeigenschaften bestand für Bieter A nicht. Die Leistungsbeschreibung war nicht missverständlich. Es hätte vielmehr den Bietern obliegen, welche keine Luftschallpegelminderung anbieten wollten, hierzu eine Nachfrage an den Auftraggeber zu richten.

Hinweise für die Praxis

- Die Entscheidung der Vergabekammer Sachsen betont die Bindung des Auftraggebers an die von ihm in der Leistungsbeschreibung definierten Produkthanforderungen. Es ist einem Auftraggeber aus Transparenzgründen nicht möglich, nach Vorlage und Öffnung der Angebote die in der Leistungsbeschreibung definierten Anforderungen zugunsten etwaiger günstigerer Angebote umzustellen.

– Rechtsanwalt Tilman Class, München-Ismaning –

Der wichtige Hinweis

Vergabehandbuch – Formblatt 124 ausgetauscht

Mit **Erlass vom 06. 09. 2011** hat das Bundesministerium für Verkehr, Bau und Stadtentwicklung das für die Praxis wichtige **Formblatt 124 – Eigenerklärung zur Eignung** – ausgetauscht. **Grund für die Überarbeitung** war, dass die Vergabestellen die vorgesehenen **Bestätigungen** zur Überprüfung der Eigenerklärungen der Bieter **nicht gefordert** und teilweise die Eigenerklärung nicht nur für die konkrete Vergabe, sondern für **verschiedene Vergabeverfahren genutzt** haben. Das neue Formblatt ist durch die Angabe der Baumaßnahme und der Vergabenummer erkennbar einem **bestimmten Vergabeverfahren zugeordnet**. Außerdem wurden die abzugebenden **Erklärungen** auf das notwendige Maß **reduziert** und klargestellt, dass eine abschließende **Feststellung der Eignung ohne** die zugehörigen **Bestätigungen nicht mehr möglich** ist. Durch die Änderung soll sichergestellt werden, dass die Voraussetzungen für die Eignungsprüfung bei präqualifizierten und nicht präqualifizierten Unternehmen gleich sind.

– DE –

Eigenerklärung zur Eignung gestrafft

Bei abweichenden Erklärungen im Begleitschreiben muss das Angebot ausgelegt werden.

Bei widersprüchlichen Angaben aufgrund von Angaben im Begleitschreiben ist das Angebot auszuschließen.

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

Vorsicht bei abweichenden Erklärungen in Begleitschreiben!

Regelmäßig fügen Unternehmen den mit dem Angebot vorgegebenen Angebotschreiben noch ein eigenes Begleitschreiben bei. Hierbei werden häufig zusätzliche oder inhaltlich nicht mit den Vorgaben der Vergabeunterlagen übereinstimmende Erklärungen abgegeben. Klassisches Beispiel hierfür ist der Abdruck von Allgemeinen Geschäftsbedingungen auf der Rückseite des Begleitschreibens.

Die **Vergabekammer Sachsen** hat hierzu nochmals Folgendes klargestellt¹⁾: Ein Begleitschreiben des Bieters ist regelmäßig Bestandteil seines Angebotes. Sofern das Schreiben angebotsrelevante Inhalte wie Angebotspreise oder Lieferfristen umfasst, muss der Auftraggeber diese Erklärungen berücksichtigen. Es ist dann eine Frage der Auslegung des Angebots, wie sich die im Begleitschreiben aufgeführten Inhalte in den Gesamtkontext des Angebots einfügen.

Enthält ein Angebot widersprüchliche Preisangaben, so ist für den öffentlichen Auftraggeber der vom Bieter tatsächlich gewollte Preis nicht erkennbar. Solche Preisangaben dürfen grundsätzlich nicht gewertet werden. Nur hierdurch können Manipulationen vermieden werden. Bei widersprüchlichen Preisangaben hätte es der Bieter in der Hand, die Auskömmlichkeit oder Wettbewerbsfähigkeit seines Angebots je nach Lage des Ausschreibungsverfahrens herzustellen.

Unvorsichtigerweise in Begleitschreiben enthaltene Angaben können daher zum Abschluss des Angebots führen.

– CL –

¹⁾ Beschluss vom 22. 06. 2011, Az.: 1/SVK 024-11.