

Vergaberechtsinformationen für Baupraktiker und ihre Berater

Wichtige Entscheidungen

Vom „Auftragnehmer“ vorzulegende Nachweise – müssen diese bereits mit dem Angebot vorgelegt werden?

Das Problem

Gemäß § 13 Abs. 1 Nr. 4 VOB/A müssen Angebote die geforderten Erklärungen und Nachweise enthalten. Fraglich ist, wie vorzugehen ist, wenn der Auftraggeber zwar Erklärungen und Nachweise fordert, der Vorlagezeitpunkt aber unklar formuliert ist.

Beispiel:

Die Vergabestelle schreibt die Herstellung eines Oberflächenabdichtungssystems zur Stilllegung einer Deponie aus. Die Vergabeunterlagen enthalten einen Bauzeitenplan. In Spalte 2 dieses Plans sind die Arbeitsschritte zur Herstellung der Oberflächenabdichtung aufgeführt, Spalte 3 trägt die Überschrift „Leistungsansätze Auftragnehmer“. In der Leistungsbeschreibung heißt es hierzu: „Der AN hat die Kalkulation mit den zur Einhaltung des Terminplans erforderlichen Geräten und Personal durchzuführen, mit dem Angebot die von ihm kalkulierten Leistungsansätze in Spalte 3 einzutragen und diese mit dem Angebot vorzulegen und durch Unterschrift zu bestätigen“. Bieter A trägt in seinem Angebot weder die kalkulierten Leistungsansätze in den Rahmenterminplan ein noch unterschreibt er diesen. Die Vergabestelle ist der Ansicht, dass eine Nachforderung nicht in Betracht kommt und schließt das Angebot von Bieter A aus. Bieter A wendet sich hiergegen, indem er argumentiert, die Vergabeunterlagen seien widersprüchlich, da er „Auftragnehmer“ erst durch den Zuschlag werde.

Frage: Ist der Angebotsausschluss gerechtfertigt?

Die Entscheidung

Die Vergabekammer Lüneburg hält in ihrem **Beschluss vom 23. 06. 2011 – Az.: VgK 20/2011¹⁾** – den **Angebotsausschluss für rechtswidrig**:

1. Eine Verletzung von § 13 Abs. 1 Nr. 4 VOB/A setzt voraus, dass die fehlenden **Angaben eindeutig und unmissverständlich gefordert** wurden. Hieran fehlt es vorliegend. Zur Feststellung, welche Erklärungen oder Unterlagen gefordert werden, sind zunächst die **Vergabeunterlagen auszulegen**. Die Vergabeunterlagen sind nach dem **objektiven Empfängerhorizont** der potenziellen Bieter, also eines abstrakt bestimmten Adressatenkreises, auszulegen. Etwaige **Unklarheiten** gehen nicht zu Lasten des Bieters, sondern **zu Lasten der formulierenden Vergabestelle**. Eindeutig feststehen muss aus Gründen der Gleichbehandlung auch, zu welchem Zeitpunkt die Erklärungen vorliegen müssen (mit dem Angebot oder zu einem späteren Zeitpunkt).
2. Diesen Grundsätzen zur gebotenen Eindeutigkeit genügen die Vergabeunterlagen nicht. Die **Leistungsansätze** waren lt. vorgegebener Überschrift **vom Auftragnehmer einzutragen**, so dass die Bieter davon ausgehen durften, dass die Anlage zunächst ohne die Eintragung der Leistungsansätze und bestätigender Unterschrift zurückgegeben werden konnte. Es handelt sich bei den Leistungsansätzen nicht um Preisangaben, sondern um **Kalkulationsgrundlagen**, mit denen die Einhal-

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

§ 13 Abs. 1 Nr. 4 VOB/A
§ 16 Abs. 1 Nr. 3 VOB/A

Unklarheiten in den Vergabeunterlagen gehen zu Lasten des Auftraggebers. Fordert die Vergabestelle Unterlagen vom „Auftragnehmer“, kann das Angebot eines Bieters, der diese nicht bereits mit dem Angebot vorlegt, nicht ausgeschlossen werden.

¹⁾ Bestandskräftig.

tung des Bauzeitenplans überprüft werden kann, so dass die **nachträgliche Angabe** ohne Weiteres **plausibel** war.

3. Wegen der Missverständlichkeit ihrer Vergabeunterlagen hätte die Vergabestelle, die davon ausging, die Leistungsansätze bis Angebotsabgabe gefordert zu haben, aus damaliger Sicht die **fehlenden Angaben gemäß § 16 Abs. 1 Nr. 3 VOB/A nachfordern** können oder – richtig – den **Angebotsinhalt gemäß § 15 VOB/A aufklären** können.

Hinweise für die Praxis

- ▶ Vorliegend war die Vergabestelle davon ausgegangen, die fehlenden Angaben **nicht nachfordern** zu können, da es nicht nur um formelle Mängel ging, sondern um durch Unterschrift zu bestätigende **kalkulationsrelevante Angaben**. Eine derartige **Differenzierung kennt § 16 Abs. 1 Nr. 3 VOB/A nicht**. Fehlen geforderte Erklärungen und Nachweise im Sinne des § 13 Abs. 1 Nr. 4 VOB/A, sind diese **grundsätzlich** gemäß § 16 Abs. 1 Nr. 3 VOB/A **nachzufordern**.

– Rechtsanwalt Andreas Demharter, München –

§ 16 Abs. 1 Nr. 3 VOB/A
§ 15 Abs. 2 VOB/A

Welche Fristen gelten beim Nachfordern von Unterlagen?

Das Problem

Nach § 16 Abs. 1 Nr. 3 VOB/A haben Bieter die Chance, dem Angebot nicht beigefügte Erklärungen unter den dort genannten Voraussetzungen innerhalb von sechs Kalendertagen nach Aufforderung durch den Auftraggeber nachzureichen. Fraglich ist, ob die Frist für die Nachreichung von sechs Kalendertagen auch dann gilt, wenn die Unterlagen erst auf Aufforderung durch den Auftraggeber vorzulegen sind.

Beispiel:

Der Auftraggeber schreibt **Bauleistungen im offenen Verfahren nach VOB/A aus**. In einer Position wird ein TÜV-geprüftes Fabrikat (GS-Zeichen) gefordert. Nach dem Inhalt der Vergabeunterlagen sind ggf. später Produktdatenblätter und Zertifikate nicht bereits mit dem Angebot, sondern auf Verlangen des Auftraggebers vorzulegen. Hierauf aufbauend setzt der Auftraggeber den Bietern eine Frist von sechs Kalendertagen zur Vorlage eines GS-Zeichens für die vorgenannte Position unter Hinweis auf § 16 Abs. 1 Nr. 3 VOB/B. Ein Bieter legt das Zertifikat nicht fristgerecht vor. Er erläutert, dass die TÜV-Prüfung beantragt sei und das Ausstellen des Zertifikates unmittelbar bevorstehe. Der Auftraggeber schließt das Angebot dieses Bieters gemäß § 16 Abs. 1 Nr. 3 VOB/A aus.

Zu Recht?

Die Entscheidung

Die **Vergabekammer Münster** hat im **Beschluss vom 21. 07. 2011 – Az.: VK9/11** – den **Ausschluss des Angebots** aus folgenden Gründen **für vergaberechtswidrig erachtet**:

1. **Ein Ausschlussgrund nach § 16 Abs. 1 Nr. 3 VOB/A liegt nicht vor.** Die Vorschrift bezieht sich nur auf Erklärungen oder Nachweise, die bereits in den Vergabeunterlagen wirksam gefordert wurden und **die mit dem Angebot vorzulegen waren**. Der Gesetzgeber wollte aufgrund der Neufassung der Bestimmung dem Auftraggeber die Möglichkeit geben, auch solche Angebote zu berücksichtigen, die unvollständig waren. Eine solche Fallkonstellation liegt jedoch nicht vor, weil der Auftraggeber die Vorlage des GS-Zeichens nicht bereits mit dem Angebot forderte, sondern der Nachweis von den Bietern erst auf – nachträgliches – Verlangen vorzulegen war.
2. Ein Ausschluss des Angebots nach § 15 Abs. 2 VOB/A scheidet ebenfalls aus. Die Regelung ist auch auf die Fälle anwendbar, in denen sich der Aufklärungsbedarf aufgrund der Leistungsbeschreibung ergibt, also die Vollständigkeit der Angebote zwingend noch herbeigeführt werden muss, weil die Vergabestelle dies so vorgehen hat. **§ 15 Abs. 2 VOB/A erfasst somit auch Fallgestaltungen, in denen die Vergabestelle konkret die Nachforderung von Unterlagen und Angaben nach Abgabe der Angebote verlangt, wenn sie das in der Leistungsbeschreibung schon angekündigt hat.**
3. Die vom Auftraggeber vorliegend in Anlehnung an § 16 Abs. 1 Nr. 3 VOB/A gesetzte Frist von sechs Tagen war zu kurz bemessen. Diese Frist bezieht sich auf bereits in den Vergabeunterlagen geforderte Nachweise, die dem Angebot schon bei

§ 16 Abs. 1 Nr. 3 VOB/A gilt nur für fehlende Unterlagen, die bereits mit dem Angebot vorzulegen waren.

Behält sich der Auftraggeber eine Nachreichung von benannten Unterlagen nach Angebotseingang vor, ist § 15 Abs. 2 VOB/A zu beachten.

dessen Abgabe beizufügen waren. Folglich muss ein Bieter über diese Nachweise schon bei Angebotsabgabe verfügen. Entsprechend sind kürzere Fristen möglich.

Demgegenüber konnte ein Bieter im vorliegenden Fall zunächst abwarten, ob er überhaupt zur Vorlage von weiteren Nachweisen aufgefordert wird, was in der Regel vom Rangplatz des Angebots abhängt. Erst dann musste er einen solchen Nachweis „besorgen“ und dem Auftraggeber vorlegen. Dem Bieter muss hier ein gewisser Bearbeitungszeitraum zur Beschaffung von Zertifikaten zugestanden werden. Welche Frist nach § 15 Abs. 2 VOB/A angemessen ist, muss ein Auftraggeber immer anhand der Umstände des Einzelfalls ermitteln.

Hinweise für die Praxis

- ▶ Die Entscheidung der Vergabekammer Münster enthält eine interessante Differenzierung für die Nachreichung von Unterlagen. Nur soweit die Unterlagen bereits mit dem Angebot vorzulegen waren, kommt die Anwendung von § 16 Abs. 1 Nr. 3 VOB/A in Betracht.
- ▶ Häufig werden bereits in der Aufforderung zur Angebotsabgabe Fristen für die Vorlage nachzureichender Unterlagen gesetzt. Wenn sich diese an der sechs-Kalendertage-Frist orientieren, kommt die von der Vergabekammer angesprochene Einzelfallbetrachtung zum Tragen. Lassen sich Nachweise innerhalb dieser Frist besorgen, ist dies vergaberechtlich unproblematisch. Ist dies nicht der Fall, so muss die Rügeobliegenheit nach § 107 Abs. 3 Nr. 3 GWB für aus den Vergabeunterlagen erkennbare Verstöße berücksichtigt werden.

– Rechtsanwalt Hans-Peter Burchardt, München-Ismaning –

Kann die unterlassene europaweite Ausschreibung nach § 101 b) GWB angegriffen werden?

Das Problem

Mit der Reform des GWB im Jahr 2009 wurde mit § 101 b) GWB die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens nach Vertragsschluss ermöglicht, wenn gegen die Informationspflicht nach § 101 a) GWB verstoßen wurde oder wenn unter Missachtung des Vergaberechts ein Auftrag unmittelbar an ein Unternehmen erteilt wurde. Fraglich ist, ob dies auch gilt, wenn der Auftraggeber statt einer EU-weiten Vergabe eine rein nationale Vergabe durchführt.

Beispiel:

Der Auftraggeber schreibt die **Wartung, Störungs- und Schadensbeseitigung von öffentlichen Straßenbeleuchtungsanlagen als Bauauftrag nach VOB/A national** aus. Zu den geforderten Leistungen gehören die Inspektion und Prüfung aller Bauteile, Reinigung, Kontrolle der Funktionsfähigkeit, der Austausch defekter Teile und das Anbringen von Prüfplaketten sowie Störungsmeldungen und Störungsbeseitigung, sowie auf Aufforderung die Beseitigung von Schäden. Nach dem Submissionstermin werden die eingegangenen Angebote geprüft und gewertet. Der **Auftraggeber erteilt daraufhin den Zuschlag**. Einige Wochen **nach Auftragserteilung rügt ein nicht beteiligtes Unternehmen die unterlassene EU-weite Bekanntmachung**. Der Schwellenwert für die Vergabe von Dienstleistungsaufträgen ist nachweislich überschritten. Das rügende Unternehmen beruft sich auf § 101 b) GWB.

Frage: Muss das Vergabeverfahren wiederholt werden?

Die Entscheidung

Die **Vergabekammer Berlin** hat im **Beschluss vom 13. 06. 2011 – Az.: VK B2-7/11** – hierzu ausgeführt:

1. Entgegen der Annahme eines Auftraggebers ist **der Auftrag vorliegend als Dienstleistungsauftrag einzustufen**. Maßgebend für die Einordnung als **Bauarbeiten** ist, inwieweit **in nennenswertem Umfang in die Substanz eines Bauwerks eingegriffen** wird. Nicht alle Arbeiten an einer Straße sind zwangsläufig als Bauarbeiten anzusehen. Die ausgeschriebenen Leistungen im vorliegenden Fall enthalten sowohl Positionen, die hiernach als Bauarbeiten anzusehen sind, als auch Positionen, die vergaberechtlich dem Bereich der Dienstleistungen zuzuordnen sind. Hinsichtlich der Einordnung des vorliegenden Auftrags kommt es daher auf den **Schwerpunkt der Auftragsleistungen an. Maßgeblich ist hier, welcher Anteil deutlich überwiegt**. Im vorliegenden Fall liegt der Zweck und Inhalt der Arbeiten überwiegend

**§ 99 Abs. 3 GWB
§ 101 b) GWB**

Enthält ein Auftrag Elemente von Bauarbeiten und Dienstleistungen, so ist zu prüfen, welcher Anteil deutlich überwiegt.

Wird anstelle eines gebotenen EU-weiten Vergabeverfahrens ein nationales Vergabeverfahren durchgeführt, kann dies in der Regel nicht mit einem Nachprüfungsverfahren nach Auftragserteilung angegriffen werden.

im Bereich der Pflege- und Wartungsarbeiten. Echte Reparaturarbeiten machen im Durchschnitt deutlich weniger als ein Drittel des Endpreises der eingereichten Angebote aus. Es ist daher von einem Dienstleistungsauftrag auszugehen.

2. Der Nachprüfungsantrag ist dennoch nicht erfolgreich, da die Tatbestände des § 101 b) GWB nicht erfüllt sind. Der Antragsteller hatte keinen Anspruch auf Information nach § 101 a) GWB. **Erfasst werden nur die Unternehmen, die sich als Bieter oder Bewerber am Vergabeverfahren beteiligt haben.** Unternehmen, für die dies nicht der Fall ist, können somit nach dem Wortlaut des § 101 a) GWB keinen Antrag stellen.
3. Auch liegt keine Direktvergabe nach § 101 b) Abs. 1 Nr. 2 GWB vor. Der Auftraggeber führte im vorliegenden Fall ein Ausschreibungsverfahren mit mehreren Bietern nach den Regeln der VOB/A durch. **Dafür, dass der Begriff „andere Unternehmen“ auch einen Kreis potenzieller Bieter erfasst, die sich im Fall einer – an sich gebotenen – EU-weiten Ausschreibung gemeldet hätten, gibt es nach dem Wortlaut und dem Zweck der Vorschrift keine Anhaltspunkte.** Denn hierdurch sollen Verträge unberechtigter defacto-Vergaben rückgängig gemacht werden, **nicht aber andere Verfahrensfehler durch Vertragsaufhebung beseitigt werden.**

Hinweise für die Praxis

- ▶ Die Entscheidung der Vergabekammer Berlin enthält über die Klarstellung zu § 101 b) GWB hinaus wichtige Hinweise für die Abgrenzung bei Bauaufträgen und Dienstleistungsaufträgen im Bereich Instandhaltung und Instandsetzung. Hier wird nach der Rechtsprechung vorwiegend auf das Gewicht der jeweiligen Leistungsanteile abgestellt.
- ▶ Bei der Abgrenzung zwischen Bauaufträgen und Lieferaufträgen ist zu beachten, dass ein hoher bzw. überwiegender Lieferanteil nicht zwangsläufig zur Annahme eines Lieferauftrages führt.

– Rechtsanwalt Tilman Class, München-Ismaning –

Der wichtige Hinweis

VOB/A 2012 – Abschnitte 2 und 3 bekannt gemacht

Am 24. Oktober 2011 sind im **Bundesanzeiger** die **Abschnitte 2 und 3 der VOB/A 2012** bekannt gemacht worden. Sie sind **erst mit Inkrafttreten** der entsprechenden Änderung der **Vergabeverordnung** sowie der **Vergabeverordnung Verteidigung und Sicherheit anzuwenden**. Mit einem Inkrafttreten der beiden Verordnungen ist Mitte 2012 zu rechnen.

Schwerpunkt der Überarbeitung des **Abschnitts 2** war die Zusammenführung der Bestimmungen der Basis und der a-Paragrafen. Die **Regelungen in den Abschnitten 1 und 2** sind nunmehr **in sich abgeschlossen** und gelten – ohne dass noch ein „Hineinlesen“ erforderlich wäre – für Vergaben unterhalb der EU-Schwellenwerte (Abschnitt 1) oder für Vergaben ab den EU-Schwellenwerten (Abschnitt 2).

Mit dem neuen Abschnitt 3 wird der Neuregelung von **Vergabebestimmungen für die Bereiche Verteidigung und Sicherheit** auf EU-Ebene Rechnung getragen. Basis für den Abschnitt 3 ist der neu gefasste Abschnitt 2 der VOB/A. Er wurde um in den Bereichen Verteidigung und Sicherheit zusätzliche geltende Bestimmungen ergänzt.

Neue Schwellenwerte ab 1. Januar 2012

Zum 1. Januar 2012 tritt eine **europäische Verordnung zur Änderung der EU-Schwellenwerte** in Kraft. Für **Bauaufträge** steigt der Schwellenwert von bisher 4.845.000,- Euro auf **5 Mio. Euro**. Für **Dienstleistungs- und Lieferaufträge** beträgt der Schwellenwert **200.000,- Euro** (bisher 193.000,- Euro). **Dienstleistungs- und Lieferaufträge im Sektorenbereich** unterfallen ab einem Auftragswert von **400.000,- Euro** (bisher 387.000,- Euro) den Oberschwellenregeln. Für Liefer- und Dienstleistungen der obersten oder oberen Bundesbehörden beträgt der Schwellenwert 130.000,- Euro statt bisher 125.000,- Euro.

Bis zu einer Anpassung der Vergabeverordnung gelten die niedrigeren Schwellenwerte der Vergabeverordnung fort. Im Sektorenbereich gelten die neuen EU-Schwellenwerte hingegen sofort.

– DE –

Anwendung der neuen Abschnitte 2 und 3 der VOB/A voraussichtlich ab Mitte 2012

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