

Vergaberechtsinformationen für Baupraktiker und ihre Berater

Wichtige Entscheidungen

Darf der Auftraggeber im laufenden Vergabeverfahren nach Angebotseröffnung den ausgeschriebenen Leistungsumfang ändern?

Das Problem

Grundsätzlich sind die Angebote mit den ausgeschriebenen Massen zu werten. Fraglich ist, ob und ggf. wie der Auftraggeber reagieren kann, wenn er nach Angebotseröffnung feststellt, dass die ausgeschriebenen Massen nicht mehr aktuell sind.

Beispiel:

Der Auftraggeber schreibt Verkehrssicherungsarbeiten an einer Autobahn während der Bauzeit aus. Bieter A gibt ein Angebot ab und liegt nach der Submission auf Rang 2 hinter dem Angebot von Bieter B. Nach Submission wird Bieter A, der gleichzeitig Auftragnehmer der Verkehrssicherungsmaßnahmen eines unmittelbar an das ausgeschriebene Autobahnlos angrenzenden Loses ist, durch Nachtrag zu diesem Los mit Leistungen beauftragt, die wesentlicher Teil des ausgeschriebenen Loses sind. Die Vergabestelle beabsichtigt, den Zuschlag auf das preisgünstigste Angebot von Bieter B zu erteilen. Bieter A hält dies für vergaberechtswidrig, da er zwischenzeitlich mit einem Teil der ausgeschriebenen Leistung beauftragt worden sei und sich dadurch die Kalkulationsgrundlage für den zu vergebenden Auftrag wesentlich verändert habe.

Frage: Ist die Rüge von Bieter A begründet?

Die Entscheidung

Das **Oberlandesgericht Düsseldorf** hat in seinem **Beschluss vom 26. 10. 2010 – Az.: Verg. 46/10** – Bieter A Recht gegeben:

1. Die in **§ 7 Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 2 VOB/A** ausgeführten Anforderungen an den öffentlichen Auftraggeber, die **Leistung eindeutig und erschöpfend so zu beschreiben**, dass alle Bewerber die Beschreibung im gleichen Sinn verstehen müssen und ihre Preise sicher berechnen können, sowie sämtliche, die **Preisermittlung beeinflussenden Umstände** festzustellen und in den Verdingungsunterlagen **anzugeben**, konkretisieren den vergaberechtlichen Transparenz- und Gleichbehandlungsgrundsatz. Sollen die **Bieter** bei der Abfassung der Angebote die **gleichen Chancen** haben, müssen die **Angebote** aller Wettbewerber den **gleichen Bedingungen** unterworfen sein.
2. Indem der Auftraggeber den **ausgeschriebenen Leistungsumfang** reduziert hat, **ohne den Bietern Gelegenheit** zu geben, auf diese Veränderung durch Änderung und **Anpassung ihrer Angebote** zu reagieren, hat er **gegen § 7 Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 2 VOB/A verstoßen** und Bieter A in seinem Recht auf ein transparentes und dem Gleichbehandlungsgebot genügendes Vergabeverfahren verletzt.
3. Stellt der Auftraggeber – auch noch nach Submission – fest, dass sich sein mit dem Vergabeverfahren zu deckender **Beschaffungsbedarf verändert** hat und nimmt er eine **Anpassung des Leistungsverzeichnisses** vor, so ist den **Bietern** in jeder Lage des Verfahrens **Gelegenheit** zu geben, auf diese Korrektur **zu reagieren**.

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

§ 7 Abs. 1 Nr. 1 und
Nr. 2 VOB/A

Verändert der Auftraggeber während des laufenden Vergabeverfahrens nach Angebotseröffnung die ausgeschriebenen Massen wesentlich, muss er allen Bietern Gelegenheit geben, ihre Angebote anzupassen. Andernfalls verstößt er gegen § 7 Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 2 VOB/A und verletzt damit die Grundsätze von Transparenz und Gleichbehandlung.

Sind die Angebote bereits eröffnet, müssen die Bieter entsprechende Änderungen ihres Angebots vornehmen können.

Hinweise für die Praxis

► Die Vergabekammer hatte den Verstoß gegen § 9 VOB/A erkannt, jedoch nach Abwägung der Gefahren, die eine Wiederholung der Angebotsabgabe durch den Auftraggeber für den transparenten Wettbewerb beinhaltet, den Nachprüfungsantrag von Bieter A zurückgewiesen. Das **Oberlandesgericht** führt hierzu aus, dass eine derartige **Manipulationsgefahr bei Änderungen durch den Auftraggeber** nach Submission **nicht bestehe**, da von den **Vergabenachprüfungsinstanzen** uneingeschränkt zu **kontrollieren** sei, ob eine derartige Änderung des Leistungsumfangs auf **willkürlichen und sachfremden Erwägungen** beruht.

– Rechtsanwalt Andreas Demharter, München –

§ 25 Nr. 3 VOB/A 2006

Jetzt doch: Negative Preise dürfen gewertet werden!

Das Problem

Die Vergabekammer Arnsberg¹⁾ hatte entschieden, dass negative Einheitspreise fehlenden Preisangaben gleichzusetzen wären und daher ein Ausschluss des Angebots zwingend sei. Der Vergabesenat des OLG Düsseldorf hat in der Beschwerdeinstanz ebenfalls zu diesem Punkt Stellung bezogen.

Beispiel:

Der Auftraggeber schreibt Bauleistungen europaweit im offenen Verfahren aus. Wertungskriterien sind der Preis und der technische Wert. In den Bewerbungsbedingungen wird darauf verwiesen, dass **Hauptangebote mit negativen Einheitspreisen von der Wertung ausgeschlossen werden, sofern nicht negative Einheitspreise ausdrücklich für bestimmte Positionen zugelassen sind**. Bei den Mindestbedingungen für Nebenangebote wird darauf verwiesen, dass Nebenangebote mit negativen Einheitspreisen nur dann gewertet werden, wenn die betroffene Position als Pauschale angeboten wird. Der Bieter mit dem preislich niedrigsten Angebot hat **in einzelnen Positionen negative Einheitspreise eingetragen**, die sich im Gesamtpreis des Angebots als niedriger zweistelliger Betrag herausstellen. Der Auftraggeber ist der Auffassung, dass negative Preise unzulässig sind und schließt das Angebot des Bieters aus.

Frage: Zu Recht?

Die Entscheidung

Der **Vergabesenat des OLG Düsseldorf** hat mit **Beschluss vom 22. 12. 2010 – Az.: Verg 33/10 – den vorausgegangenen Beschluss der Vergabekammer Arnsberg mit folgenden Gründen aufgehoben:**

1. Das **Verbot negativer Preise in den Bewerbungsbedingungen ist unwirksam**, da es nicht durch die vergaberechtlichen Bestimmungen gedeckt ist. Unter welchen Bedingungen Angebote nicht zu berücksichtigen sind oder nicht berücksichtigt werden können, ist in der VOB/A grundsätzlich abschließend geregelt. Es ist dem öffentlichen Auftraggeber versagt, weitere Ausschlussgründe zu bestimmen. Der Auftraggeber kann lediglich mittelbar Ausschlussgründe dadurch schaffen, dass er bestimmte Angaben an bestimmter Stelle in bestimmter Form fordert.
2. Das Verbot negativer Einheitspreise in den Bewerbungsbedingungen stellt **eine unzulässige inhaltliche Forderung in Bezug auf die Preishöhe** dar. Der Auftraggeber kann nicht den Preis oder die Kalkulationsgrundlage für die von ihm durch eine Leistungsposition näher beschriebene Teilleistung vorgeben. Die VOB/A 2006 sieht in § 25 Nr. 3 VOB/A lediglich bei unangemessen hohen oder niedrigen Angebotspreisen eine nähere Prüfung vor, wobei sich dies aber auf Gesamtangebotspreise und nicht auf Einzelpreise bezieht. Auch kommt eine Prüfung bei sittenwidrigen Einheitspreisen in Betracht.
3. Darum geht es hier aber nicht. Der öffentliche Auftraggeber hat bestimmte Leistungspositionen gebildet. Er kann erwarten, dass der Bieter diese Leistungspositionen zutreffend kalkuliert. Er kann aber für näher beschriebene Leistungen **keine**

¹⁾ Beschluss vom 06. 07. 2010, VK 7/10, Vergaberechts-Report 12/2010, Seite 46.

Die VOB/A zählt die Ausschlussgründe abschließend auf.

Ein Verbot negativer Einheitspreise ist unzulässig. Der Auftraggeber darf keine Anforderungen an die Preishöhe stellen.

Mindestpreise festsetzen. Dies ist aber gerade der Fall, wenn negative Preise untersagt werden. Bei Arbeiten, bei deren Durchführung der Auftragnehmer vermögenswerte Güter erhält, kann und darf der Bieter dies bei seiner Kalkulation berücksichtigen. Dies kann auch zu negativen Einheitspreisen führen.

4. Entgegen der Auffassung der Vergabekammer fehlt es bei einem negativen Preis auch nicht an einer Preisangabe im Sinne des § 21 Nr. 1, § 25 Nr. 1 Abs. 1 d) VOB/A 2006. Auch negative Preise sind Preise.

Hinweise für die Praxis

- ▶ Der Vergabesenat des OLG Düsseldorf bestätigt letztlich die Entscheidung des Vergabesenats des OLG Dresden im Jahr 2006²⁾.
- ▶ Negative Einheitspreise sind somit grundsätzlich nicht fehlenden Einheitspreisen gleichzusetzen. Dennoch dürfte weiterhin durch die Auftraggeber bei negativen Einheitspreisen eine strenge Prüfung erfolgen. Hierzu muss einem Bieter, der negative Einheitspreise anbietet, jedoch eine unzulässige Mischkalkulation nachgewiesen werden können. Dies wird häufig nicht der Fall sein.

– Rechtsanwalt Tilman Class, München-Ismaning –

Führen Mengenabweichungen im selbst erstellten Kurz-LV zum Ausschluss?

Das Problem

Die Unternehmen verwenden bei der Kalkulation von Angeboten unterschiedlichste Software. Daher werden oft Kurz-Leistungsverzeichnisse erstellt und diese dem Angebot beigefügt. Fraglich ist, welche Folgen es hat, wenn im Kurz-LV andere Mengenangaben enthalten sind, als im Langtext des Leistungsverzeichnisses.

Beispiel:

Der Auftraggeber schreibt Bauleistungen europaweit im offenen Verfahren aus. Mit der Abgabe des Angebots haben die Bieter zu erklären, dass sie bei Abgabe eines Kurz-LVs das vom Auftraggeber verfasste Leistungsverzeichnis (Langtext) als alleinverbindlich anerkennen. Der Auftraggeber informiert die Bieter vor Einreichung der Angebote über eine deutliche Mengenerhöhung in einer Position. Sowohl für das Kurz-LV wie auch für den Langtext werden Austauschseiten an die interessierten Unternehmen übermittelt. Ein Bieter gibt ein selbsterstelltes Kurz-LV ab, in dem die ursprüngliche, niedrigere Menge enthalten ist. Der Auftraggeber schließt den Bieter aus. Dieser ist der Auffassung, dass er durch die Anerkennung des Langtextes die größere Menge angeboten hat.

Frage: Zu Recht?

Die Entscheidung

Die **Vergabekammer Schleswig-Holstein** hat im **Beschluss vom 20. 10. 2010 – Az.: VK-SH 16/10** – den Ausschluss des Angebots mit folgenden Gründen bestätigt:

1. Der Bieter hat in dem von ihm aus Kalkulationsgründen selbst gefertigten Kurz-LV in der maßgeblichen Position die ursprüngliche weit geringere Menge angeboten. **Dies stellt eine Änderung der Verdingungsunterlagen dar. Der Begriff der Änderung ist weit auszulegen.** Durch das Verbot von Änderungen an den Verdingungsunterlagen soll der Auftraggeber davor geschützt werden, den Zuschlag auf ein unbemerkt geändertes Angebot zu erteilen.
2. Vorliegend hat der Bieter in der maßgeblichen Position den alten Vordersatz zum benannten Einheitspreis und einem daraus multiplizierten Gesamtpreis angeboten und nicht den vom Auftraggeber geforderten Vordersatz. **Damit hat der Bieter nicht das angeboten, was der Auftraggeber nachgefragt hat.**
3. Die Angabe des Bieters ist eindeutig. **Eine Auslegung kommt nicht in Betracht**, wenn die Eintragung des Bieters in der maßgeblichen Position für sich genommen eindeutig ist und keinen Rechen- oder Schreibfehler erkennen lässt. Dies ist vorliegend der Fall. Der Bieter hat eindeutig die geringere Menge bepreist und angeboten.

²⁾ Beschluss vom 28. 03. 2006 – Az.: WVerG 4/06.

§ 21 Nr. 1 Abs. 3
VOB/A 2006

§ 25 Nr. 1 Abs. 1
VOB/A 2006

Abweichende Mengenangaben im Kurz-LV führen zum Angebotsausschluss, auch wenn eine Allgemeinverbindlichkeitserklärung in Bezug auf den Langtext abgegeben wird.

Dies gilt auch, wenn im Vergabeverfahren die Mengen durch den Auftraggeber geändert werden.

4. Hieran ändert sich auch durch die vom Bieter abgegebene Alleinverbindlichkeits-erklärung hinsichtlich des Langtextes der Leistungsbeschreibung nichts. Diese Erklärung bezieht sich nach ihrem Sinn und Zweck ausschließlich auf die Positionstexte und nicht auf die unzweifelhaft im Kurz-LV erklärten Angebotsteile, d. h. der Mengen und der Preise. Der Ausschluss des Angebots ist daher zwingend.

Hinweise für die Praxis

- ▶ Die Vergabekammer Nordbayern hatte entschieden, dass widersprüchliche Preisangaben im Langtext und im Kurz-LV zum Ausschluss führen.³⁾ Es wird in der Entscheidung umfassend dargelegt, dass die eindeutigen Erklärungen des Bieters keiner Auslegung zugänglich sind.
- ▶ Die Entscheidung der Vergabekammer Schleswig-Holstein verdeutlicht, dass Veränderungen der Vergabeunterlagen durch den Bieter zu dessen Lasten gehen. Werden eigene Kurz-LVs erstellt, muss somit sorgfältig geprüft werden, ob die Vorgaben des Auftraggebers – auch soweit in zulässiger Weise nachträglich Änderungen vorgenommen worden sind – tatsächlich vollständig übernommen sind.

– Rechtsanwalt Hans-Peter Burchardt, München-Ismaning –

Der wichtige Hinweis

Im Ursprungsvertrag vorgesehene Vertragsänderungen sind ausschreibungsfrei, auch wenn die Änderung an sich den Schwellenwert übersteigt!

Kommt es im Laufe der Vertragsdurchführung zu Änderungen, so ist fraglich, ob diese Änderung ein vergaberechtlich relevanter Vorgang ist. Dies gilt insbesondere, wenn die Änderung für sich genommen den jeweils maßgeblichen Schwellenwert erreicht oder überschreitet.

Der **Vergabesenat des OLG Brandenburg**⁴⁾ hat nunmehr entschieden, dass Vertragsänderungen auch dann nicht dem Vergaberecht unterliegen, wenn sie oberhalb des Schwellenwerts liegen. Voraussetzung ist jedoch, dass sich aus dem ursprünglichen Vertrag die Ermächtigung zu einer Anpassung ergibt. Ausgangspunkt der Entscheidung war die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) zu Vertragsänderungen.⁵⁾ Die vom EuGH definierten Fallgruppen sind nicht einschlägig, wenn die vorgenommenen Änderungen bereits im ursprünglichen Vertrag angelegt waren. Hieran ändert sich auch nichts, wenn die entsprechende Anpassungsklausel weit gefasst ist.

Nach Auffassung des Senats ist es auch nicht entscheidend, ob der ursprünglich erteilte Auftrag aufgrund eines förmlichen Vergabeverfahrens vergeben worden ist. Auch der o. g. Entscheidung des EuGH lag ein Vertrag zugrunde, der nicht aufgrund einer öffentlichen Auftragsvergabe geschlossen worden ist. Ist der vergaberechtswidrig geschlossene Ursprungsvertrag nicht mehr anfechtbar, gibt es kein Gebot, bei unwesentlichen Änderungen dieses Vertrages nunmehr die Ausschreibungspflicht als maßgebliches Kriterium anzusehen und eine Vergabepflicht anzunehmen. Der Unanfechtbarkeit vergaberechtswidrig geschlossener Verträge liegt das Interesse an Vertrauensschutz der am Vertrag beteiligten Parteien zugrunde. Dieses Interesse ist im Hinblick auf mögliche Änderungen, die in dem wirksam geschlossenen Ausgangsvertrag angelegt sind, nicht weniger schutzwürdig.

– CL –

Die im Ursprungsvertrag vorgesehenen Vertragsänderungen sind ausschreibungsfrei, auch wenn die Änderung an sich den Schwellenwert übersteigt.

Dies gilt auch dann, wenn der ursprüngliche Vertrag nicht in einem förmlichen Vergabeverfahren erteilt wurde.

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⁾ Beschluss vom 02. 07. 2010, Az.: 21 VK-3194-21/10, Vergaberechts-Report 9/2010, S. 30.

⁴⁾ Beschluss vom 08. 07. 2010, Az.: Verg W 4/09. Die Entscheidung erging in einem Vergabeverfahren nach VOL/A, Die Entscheidungsgründe sind aber übertragbar.

⁵⁾ Vgl. EuGH, Urteil vom 19. 06. 2008, Rs. C-454,06, „presstext“.