

Vergaberechtsinformationen für Baupraktiker und ihre Berater

Wichtige Entscheidungen

Ist das Fehlen einer vom AG nachgereichten LV-Position mit einer fehlenden Preisangabe gleichzusetzen?

Das Problem

Nach § 16 Abs. 1 Nr. 3 VOB/A 2009 können fehlende Erklärungen oder Nachweise nachgefordert werden. Hierdurch soll der Ausschluss von Angeboten, die lediglich mit formalen Mängeln behaftet sind, vermieden werden. Fraglich ist, ob dies auch gilt, wenn im Angebot eine komplette Leistungsposition fehlt.

Beispiel:

Der Auftraggeber schreibt Bauleistungen europaweit im offenen Verfahren aus. Er übermittelt die Vergabeunterlagen an zahlreiche Interessenten. **Zwölf Tage vor dem Submissionstermin** übermittelt der Auftraggeber eine **Änderung zum Leistungsverzeichnis per Telefax**. Hierbei wird das vorhandene LV **um eine LV-Position ergänzt**. Das zum Submissionstermin preislich günstigste Angebot enthält die nachgereichte LV-Position nicht. Es wird vom Auftraggeber wegen Änderungen an den Vergabeunterlagen nach § 16 Abs. 1 Nr. 1b) VOB/A i. V. m. § 13 Abs. 1 Nr. 5 VOB/A ausgeschlossen.

Frage: Zu Recht?

Die Entscheidung

Die **Vergabekammer Hessen** hat in ihrem **Beschluss vom 10. 12. 2010 – Az.: 69 d-VK-38/2010** hierzu ausgeführt:

1. Dem Angebot lag eine veraltete Version des Leistungsverzeichnisses zugrunde. Hierin ist eine Änderung der aktuellen Vergabeunterlagen zu sehen. Der Begriff der „Änderung“ ist weit auszulegen. Sie **liegt immer dann vor, wenn das Angebot von den Vergabeunterlagen abweicht, sich also Angebot und Nachfrage nicht decken**. Dies gilt in jedem Fall für eine unmittelbare Einwirkung auf den Originaltext, die den Erklärungsinhalt ändert, etwa durch Entfernen oder Hinzufügen von Unterlagen, Streichungen oder Einfügungen im Text.
2. Die Antragstellerin hat die vom Auftraggeber **nachgereichte Austauschseite des LVs unberücksichtigt gelassen** und damit nicht auf die in den aktualisierten Vergabeunterlagen konkretisierte Nachfrage angeboten. In diesen Fällen sieht auch die VOB/A 2009 nur den **zwingenden Angebotsausschluss** vor.
3. Ein Nachfordern einer fehlenden Preisangabe für die LV-Position als fehlende Erklärung nach § 16 Abs. 1 Nr. 3 VOB/A kommt vorliegend nicht in Betracht. Die Nachforderung fehlender Erklärungen soll sich nach dem Willen des Gesetzgebers lediglich auf formale Mängel eines Angebots beziehen, die in der Vergangenheit oftmals zu Ausschlüssen geführt hatten. **Ein unvollständiges Leistungsverzeichnis fällt jedoch nicht unter die Kategorie eines lediglich formalen Mangels**. Das Nachfordern der fehlenden Austauschseite durch den Auftraggeber wäre somit nicht möglich gewesen.

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

§ 13 Abs. 1 Nr. 5 VOB/A

§ 16 Abs. 1 Nr. 1c) VOB/A

§ 16 Abs. 1 Nr. 3 VOB/A

Das Fehlen einer LV-Position im Angebot rechtfertigt den Angebotsausschluss.

Es liegt kein Fall der fehlenden Preisangabe vor.

§ 17 Abs. 1 VOB/A
§ 16 Abs. 1 Nr. 3
VOB/A

Ein Nachprüfungsverfahren zur Überprüfung der Aufhebung einer Ausschreibung ist nur dann unzulässig, wenn auch für den Fall, dass sich der Auftraggeber vergaberechtskonform verhält, ein Zuschlag auf das Angebot des Antragstellers mit Sicherheit ausgeschlossen werden kann.

Hinweise für die Praxis

- ▶ Die Vergabekammer konkretisiert den Anwendungsbereich des § 16 Abs. 1 Nr. 3 VOB/A.
- ▶ Auch das Fehlen einer unwesentlichen Preisangabe nach § 16 Abs. 1 Nr. 1c) VOB/A wurde von der Vergabestelle verneint. Unwesentlich sei eine Position nur dann, wenn sie in Ansehung des nachgefragten Leistungsgegenstandes von untergeordneter Bedeutung ist und nicht einen erheblichen Teil des gesamten Leistungs- und Auftragsvolumens beinhaltet. Dies sah die Vergabekammer vorliegend als nicht gegeben an.

– Rechtsanwalt Tilman Class, München-Ismaning –

Kann sich ein an dritter Stelle liegender Bieter gegen die Aufhebung der Ausschreibung wehren?

Das Problem

In der Rechtsprechung ist anerkannt, dass die Aufhebung einer Ausschreibung im Nachprüfungsverfahren überprüfbar ist. Hierzu muss der Bieter darlegen, dass die Aufhebung gegen § 17 VOB/A verstößt und er hierdurch in eigenen Rechten verletzt ist. Dies ist nur dann der Fall, wenn ihm durch die rechtswidrige Aufhebung ein Schaden entstanden ist oder droht. Fraglich ist, ob auch ein lediglich an dritter Stelle liegender Bieter einen solchen Schaden darlegen kann.

Beispiel:

Bieter A liegt mit seinem Hauptangebot nach der rechnerischen Prüfung an dritter Stelle hinter den Bietern B und C. Er hat in seinem Angebot an verschiedenen Stellen nicht die geforderten Typenangaben gemacht. Der erstplatzierte Bieter B hat in seinem Angebot ebenfalls geforderte Eintragungen unterlassen. Bieter C hat in einem Begleitschreiben ausgeführt, den im Vertrag angegebenen Ausführungsbeginn nicht garantieren zu können. Außerdem hat auch er verschiedene Typenangaben nicht gemacht. Die Vergabestelle hebt die Ausschreibung auf, da alle Angebote nicht den Ausschreibungsbedingungen entsprechen. Hiergegen wendet sich Bieter A mit seinem Nachprüfungsantrag. Er trägt vor, sein eigenes Angebot sei vollständig und damit wertbar. Selbst wenn die Angebote seiner Konkurrenten B und C nicht auszuschließen wären, könnte die Fortsetzung des Verfahrens und eine erneute Wertung zu dem Ergebnis führen, das sein Angebot das Wirtschaftlichste sei. Er habe daher eine reelle Chance auf den Zuschlag.

Frage: Hat das Nachprüfungsverfahren Aussicht auf Erfolg?

Die Entscheidung

In seinem **Beschluss vom 23. 12. 2010 – Az.: Verg. 21/10** – hält das **Oberlandesgericht München** den **Nachprüfungsantrag** von Bieter A für **zulässig** und gibt ihm auch **in der Sache** im Wesentlichen **Recht**.

1. Ein drohender Schaden ist ausgeschlossen, wenn ein **Zuschlag auf das Angebot** eines Bieters – auch bei unterstellter vergaberechtskonformer Handlungsweise des öffentlichen Auftraggebers – **mit Sicherheit ausgeschlossen werden** kann. Ein solcher Fall liegt hier nicht vor. Es steht nicht mit Sicherheit fest, ob bei **Fortführung** der **ursprünglichen Ausschreibung** ein **Zuschlag auf das Angebot von Bieter A** deshalb nicht erfolgen kann, weil das Angebot von Bieter B vor seinem Angebot an erster Stelle liegt. Eine Chance auf den Zuschlag kann nicht zwingend verneint werden.
2. Das **Angebot** des an erster Stelle liegenden **Bieters B war unvollständig**. § 16 Abs. 1 Nr. 3 VOB/A enthält aber eine **Pflicht zur Nachforderung** für den öffentlichen Auftraggeber. Das Angebot von Bieter B konnte ohne diese Nachforderung zunächst nicht ausgeschlossen werden. Gleichzeitig kann aber niemand mit Sicherheit sagen, ob Bieter B bei einer Nachforderung sein Angebot vervollständigt hätte. Solche **Unsicherheiten** über eine **mögliche weitere Entwicklung** dürfen **nicht zu Lasten des antragstellenden Bieters A** gehen. Bei Verneinung der Antragsbefugnis würde der Bieter um seinen effektiven Rechtsschutz in Form der

Chance, den Zuschlag doch noch zu erhalten, gebracht. Das Interesse des öffentlichen Auftraggebers an einer raschen Abwicklung der Ausschreibung darf nicht dazu führen, dass die Bieter auf den Sekundärrechtsschutz verwiesen werden.

Hinweise für die Praxis

- ▶ Der öffentliche Auftraggeber unterliegt **keinem Kontrahierungszwang**. Niemand kann ihn dazu zwingen, einen bestimmten Vertrag mit einem Bieter zu schließen. Einen **Zuschlag auf sein eigenes Angebot** kann der Bieter im Nachprüfungsverfahren gegen eine Aufhebung **nur dann erreichen**, wenn die **Vergabeabsicht weiter fortbesteht** und der **Zuschlag auf sein Angebot die einzige Möglichkeit zu einem rechtmäßigen Abschluss des Ausschreibungsverfahrens** ist. Regelmäßig wird die Nachprüfungsinstanz den Auftraggeber wegen des diesem insofern zustehenden Ermessensspielraums weder zu einem Zuschlag, oftmals nicht einmal zur Fortsetzung des Ausschreibungsverfahrens verpflichten können.

– Rechtsanwalt Andreas Demharter, München –

Transparenzgebot bei der Benennung der Zuschlagskriterien beachten!

§ 16a Abs. 1 VOB/A

Das Problem

Nach § 16a Abs. 1 VOB/A dürfen bei der Wertung der Angebote nur die zuvor mitgeteilten Zuschlagskriterien sowie deren Gewichtung berücksichtigt werden. Immer wieder ist streitig, ob diese Offenlegungspflicht auch für Unterkriterien sowie Bewertungsmaßstäbe gilt.

Beispiel:

Der Auftraggeber schreibt Bauleistungen europaweit im offenen Verfahren nach VOB/A aus. Als Zuschlagskriterium benennt der Auftraggeber neben dem Preis auch die „**Funktionalität**“. Für den Preis verwendet der Auftraggeber eine Bewertungsformel, bei der ausgehend vom billigsten Anbieter entsprechend der Preisabstände Punkteabzüge vorgenommen werden. Für die **Bewertung der Funktionalität definiert der Auftraggeber nachträglich – ohne dies den Bietern mitgeteilt zu haben – Unterkriterien mit einer unterschiedlichen Gewichtung**. Ein unterlegener Bieter sieht hierin einen Verstoß gegen das Transparenzgebot.

Frage: Zu Recht?

Die Entscheidung

Die **Vergabekammer Sachsen**¹⁾ hat in ihrem **Beschluss vom 31. 11. 2011– Az.: 1/SVK-051-10** – hierzu ausgeführt:

1. Die Pflicht zur Offenlegung der Zuschlagskriterien sowie deren Gewichtung **soll den Bietern frühzeitig den Bewertungsmaßstab offenlegen, anhand dessen sie ihre Angebote ausrichten sollen**. Der Auftraggeber hat vorliegend seine primäre Verpflichtung zur Bekanntgabe der Zuschlagskriterien sowie deren Gewichtung genügt. Zwar wurde die Formel für die Preisbewertung nicht offengelegt. Die **angewendete Bewertungsformel war jedoch sachgerecht**. Die Bewertungsmethode entspricht der allgemeinen Praxis. Der angewendete Bewertungsmaßstab war angemessen, da das Verhältnis zum zweiten Zuschlagskriterium nicht verzerrt wurde.
2. Die **unterbliebene Offenlegung der Unterkriterien des Zuschlagskriteriums „Funktionalität“ war jedoch vergaberechtswidrig**. Zwar verfügt ein öffentlicher Auftraggeber bei der Definition der Zuschlagskriterien sowie deren Gewichtung über einen weiteren Beurteilungs- und Ermessensspielraum. Die Auswahl der Zuschlagskriterien sowie deren Gewichtung müssen im Sinne der Transparenz **jedoch von vornherein so weit spezifiziert sein, dass den Bietern der konkrete Wertungsmaßstab bewusst ist und sie ihre Angebote hierauf ausrichten können**. Aus diesem Grund müssen vorgesehene Unterkriterien zu einzelnen Zuschlagskriterien mit der entsprechenden Gewichtung grundsätzlich bekannt-

Eine nachträgliche Festlegung und Gewichtung von Unterkriterien zu einem Zuschlagskriterium stellt einen Verstoß gegen das Transparenzgebot dar.

¹⁾ Die Entscheidung erging in einem Vergabeverfahren nach VOL/A 2009. Die Entscheidungsgründe sind auf Vergabeverfahren zur Vergabe von Bauleistungen jedoch übertragbar.

gegeben werden. Könnte ein Auftraggeber die Bewertungsmatrix in Kenntnis der Angebote festlegen, bestünde in aller Regel die abstrakte Gefahr einer Gestaltung zum Vorteil oder zum Nachteil eines einzelnen Bieters.

3. **Auch die unterschiedliche Gewichtung einzelner Unterkriterien stellt für sich betrachtet einen Vergaberechtsverstoß dar.** Eine nach der Vergabebekanntmachung festgelegte unterschiedliche Gewichtung von Unterkriterien muss objektiv begründet sein und sich aus der Angabe der Kriterien selbst objektiv ableiten lassen. Liegt eine „überraschende“ Gewichtung vor, stellt dies einen Verstoß gegen den Transparenzgrundsatz dar, da dann den Bietern keine zielgerichtete Erstellung der Angebote ermöglicht wird. Auch dies ist vorliegend der Fall.

Hinweise für die Praxis

- ▶ Verwendet der Auftraggeber mehrere Zuschlagskriterien, so schützt nur eine vollständige Offenlegung der Bewertungsmatrix vor dem Vorwurf der Intransparenz. Über den Wortlaut der VOB/A hinaus müssen auch etwaige Unterkriterien samt deren Gewichtung benannt werden.
- ▶ Auch wenn dies von der Vergabekammer Sachsen im vorliegenden Fall nicht entschieden wurde, dürfte diese Offenlegungspflicht auch für verwendete Bewertungsformeln gelten. Auch diese sollten spätestens mit der Aufforderung zur Angebotsabgabe definiert und mitgeteilt werden.

– Rechtsanwalt Hans-Peter Burchardt, München-Ismaning –

Der wichtige Hinweis

Änderung der Vergabeverordnung sowie der Sektorenverordnung beschlossen!

Der Bundesrat hat am 18. 03. 2011 Änderungen der Vergabeverordnung (VgV) sowie der Sektorenverordnung beschlossen. Ausgangspunkt war die Umsetzung der EG-Richtlinie 2009/33 zur Förderung sauberer und energieeffizienter Straßenfahrzeuge ins deutsche Vergaberecht. Hiernach müssen die öffentlichen Auftraggeber bei der Beschaffung von Straßenverkehrsfahrzeugen den Energieverbrauch und Umweltauswirkungen entweder über Vorgaben in der Leistungsbeschreibung oder über die Zuschlagskriterien berücksichtigen.

Im Rahmen der Umsetzung wurden **in der VgV** neben sprachlichen Korrekturen **folgende Änderungen** vorgenommen:

- Bei der Vergabe von freiberuflichen Leistungen müssen Teilaufträge nur derselben freiberuflichen Leistung addiert werden. Bei einer getrennten Vergabe der Objektplanung und der Fachplanungen müssen die Auftragswerte somit nicht addiert werden.
- Die Auswirkungen der Einordnung einer Dienstleistung nach Kategorie A oder B für Vergaben nach VOL/A und VOF werden zukünftig in der VgV geregelt.

In der SektVO wurden über die Umsetzung der vorgenannten Richtlinie und sprachlichen Anpassungen hinaus **folgende Änderungen** vorgenommen:

- § 2 Abs. 6 SektVO wird in zwei Absätze geteilt.
- Das Nachfordern von fehlenden Unterlagen wird über die Angebotsphase hinaus auch auf den Teilnahmewettbewerb erweitert, vgl. § 19 Abs. 3 SektVO.

Die Änderungsverordnung muss noch im Bundesgesetzblatt veröffentlicht werden, damit sie in Kraft tritt. Hiermit ist zeitnah zu rechnen.

– CL –

Bundesrat stimmt Änderungsvorschlägen der Bundesregierung zur VgV und zur SektVO zu.

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