

**Rundbrief 20 – Oktober 2015**

Es sind einige neue Entscheidungen zum Vergaberecht ergangen, die interessant und von Bedeutung sind, insbesondere für die Abgabe von Angeboten und die Frage, ob bei Ausschluss des eigenen Angebots oder Vergabe an einen Mitbewerber eine Rüge hiergegen und die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens erfolgsversprechend ist

**1. Auftragserteilung erfolgte zu früh:**

§ 101 a Satz 1 GWB verpflichtet den Auftraggeber, die Bieter, deren Angebot nicht berücksichtigt werden soll, über den Namen des Unternehmers, dessen Angebot angenommen werden soll, über die Gründe der vorgesehenen Nichtberücksichtigung ihres Angebots und über den frühesten Zeitpunkt des Vertragsschlusses unverzüglich in Textform zu informieren. Dort ist auch geregelt, welche Frist für die Auftragserteilung einzuhalten ist. § 101 b Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 bestimmt, dass der Vertrag unwirksam ist, wenn vorher der Vertrag geschlossen wird.

Nach dem Beschluss der Vergabekammer Bund v. 07.07.2015 – VK 2-49/15 ist der vom Auftraggeber erteilte Auftrag von Anfang an unwirksam, wenn zwar die Fristen nach § 101 a Abs. 1 Satz 3 u. 4 GWB eingehalten sind, aber nicht die Frist, die der Auftraggeber im Informationsschreiben selbst vorgegeben hat, die länger ist als die in § 101 a Abs. 1 GWB genannte Frist.

**2. Wesentliche „Aufstockung“ von Leistungen muss ausgeschrieben werden.:**

In einem Vertrag mit einem öffentlichen Auftraggeber darf geregelt sein, dass die vertraglich vereinbarten Leistungen „aufgestockt“ werden dürfen. Nach OLG Schleswig Beschl. v. 28.08.2015 – 1 Verg 1/15 (VPR 2015, 3265) gilt dies aber nur, wenn das Leistungsbestimmungsrecht im Ursprungsvertrag qualitativ oder quantitativ definiert oder begrenzt wurde, andernfalls die Optionsregelung eine Leistungserweiterung nicht legitimiert.

Ohne eine entsprechende Optionsregelung im Ursprungsvertrag ist eine Leistungserweiterung nur bis maximal 10 % zulässig, wobei es nicht auf die einzelne Leistungsänderung, sondern auf den Gesamtumfang des Leistungsvolumens ankommt. Eine über 10% hinausgehende Aufstockung ist danach wesentlich und bedarf der Ausschreibung. Dies ergibt sich aus der Vorwirkung von Art. 72 Richtlinie 2014/24 EU, die bis spätestens bis zum 18.04.2016 in deutsches Recht umgesetzt sein muss.

### 3. Zulagepositionen, Bedarfspositionen, Alternativpositionen – zulässig?

Über die Zulässigkeit dieser Positionen und deren Wertung hatte die VK Sachsen-Anhalt Beschl. v. 10.08.2015 – 3 VK LSA 54/15 zu entscheiden. Danach gilt:

- Zulagepositionen, die im LV vorsehen, dass unter bestimmten Voraussetzungen eine zusätzliche Vergütung zu einer Grundposition verlangt werden kann (z.B. eine Zulage für Erschwernisse, Bodenklasse, Grundwasser), sind vergaberechtlich zulässig, müssen aber grundsätzlich in die Wertung des Angebotspreises mit einbezogen werden.
- Bedarfspositionen und Alternativpositionen dürfen dagegen grundsätzlich nicht in das Leistungsverzeichnis aufgenommen werden.
- Im Falle einer ausnahmsweisen Zulässigkeit darf der Auftraggeber die Bieterreihenfolge nicht nach seinem Belieben durch Einbeziehung oder Nichteinbeziehung nicht beeinflussen.

### 4. Angebotsausschluss begründet oder nicht?

Immer wieder taucht die Frage auf, ob ein Angebotsausschluss zulässig ist (war) oder nicht. Zu diesem Thema sind neue Entscheidungen ergangen.

#### a) Angebotspreis ungewöhnlich niedrig.

VK Sachsen Beschl. v. 26.05.2015 – 1/SVK/015-15

Auf einen unangemessenen hohen oder niedrigen Preis darf der Zuschlag nicht erteilt werden, so geregelt in § 16 Abs. 6 Nr. 1 VOB/A, Ausgabe 2012 (für Bauleistungen) oder in § 19 Abs. 6 VOL/A 2009 (Leistungen). Allerdings ist nach der bisherigen Rechtsprechung ein Kostenunterangebot grundsätzlich nicht per se unzulässig, sondern vielmehr hat die VST zu prüfen, ob die der Preisbildung zugrundeliegenden Kalkulationsansätze nachvollziehbar sind und eine ordnungsgemäße Leistungserbringung trotz des ungewöhnlich niedrig erscheinenden Preises erwartet werden kann. Dabei ist immer dann zunächst von einem ungewöhnlich niedrigen Angebot auszugehen, wenn ein preislicher Abstand des Erstplatzierten zum nächsthöheren Angebot um mehr als 20% vorliegt. Dann ist eine Angemessenheitsprüfung erforderlich. Der Beurteilungsspielraum des Auftraggebers bei seiner Prognose ist nur eingeschränkt prüfbar. Die Darlegungslast der Auskömmlichkeit seines Angebots obliegt aber dem Bieter.

#### b) Hersteller – und/oder Typenangaben fehlen

Zu dieser Rechtsproblematik sind die Rechtsansichten unterschiedlich.

VK Lüneburg Beschl. v. 24.08.2015 – VGK-28/2015

- Die Hersteller- und Typenbezeichnungen sind Kernbestandteil des Angebots und dürfen daher nicht nach § 16 Abs. 1 Nr. 3 VOB/B 2012 nachgefordert werden.

- Fehlende Angaben bewirken deshalb den Ausschluss des Angebots [ebenso VK Thüringen v. 12.04.2013 (VPR 2013, 24); VK Sachsen-Anhalt (IBR 2015, 113); OLG München Beschl. v. 12.11.2010 – Verg 21/10]
- Verlangt der öffentliche Auftraggeber die Benennung eines Fabrikats, kann das Angebot, welches einen Hersteller, aber keine Typenbezeichnung benennt, nicht ohne weiteres ausgeschlossen werden. Die Angaben der Ausschreibung sind in diesem Fall nicht zweifelsfrei. Zwischen Hersteller-, Fabrikat- und Typenangaben muss differenziert werden (BGH Beschl. v. 18.02.2003 – XZB 44/02). Es besteht mithin eine Nachforderungspflicht des Auftraggebers [so auch VK Nordbayern VPR 2014, 288; VK Südbayern VPR 2015/ 448].

## 5. Nachforderungsregelungen

OLG Celle Beschl. v. 16.06.201 – 13 Verg 3/11; IBR 2012, 95

OLG Frankfurt Beschl. v. 21.02.2012 – 11 Verg 11/11; VPRRS 2012, 0262

Wenn Bewerbungsbedingungen vorsehen, dass Unterlagen, die von der Vergabestelle nach Angebotsabgabe verlangt werden, zu einem bestimmten Zeitpunkt einzureichen sind und das Angebot andernfalls ausgeschlossen wird, sind diese Bedingungen nicht mit § 16 Abs. 1 Nr. 3 VOB/A vereinbar. Auf Einigungserklärungen und Nachweise ist § 16 Abs. 1 Nr. 3 VOB/B analog anzuwenden.

[a.A. VK Rheinland-Pfalz Beschl. v. 11.09.2015 – VK 1-19/15; VPR 2015, 3317)

Der Entscheidung zugrundeliegender Sachverhalt:

In den Vergabebedingungen hieß es, dass Unterlagen, die von VST nach Angebotsabgabe verlangt werden, zum von der VST bestimmten Zeitpunkt einzureichen sind und das Angebot ausgeschlossen werden kann, wenn die Unterlagen nicht vollständig fristgerecht vorgelegt werden. Eine Bieterin reichte nur einen Teil der Unterlagen ein; ihr Angebot wurde ausgeschlossen. Die Bieterin rügte erfolglos, dass ihr keine Nachreichung ermöglicht worden sei.

### **Hinweis:**

Nicht auf die Wirksamkeit der Bewerbungsbedingungen vertrauen und die geforderten Unterlagen sofort innerhalb der Angebotsabgabefrist einreichen!!!!!! Oder die Unwirksamkeit der Klausel bis zum Ablauf der Angebotsfrist rügen!!!!!!

### **Grund:**

In den OLG-Entscheidungen heißt es nämlich:

*Der Antragsteller (Bieter) des Nachprüfungsantrags hätte durch die Lektüre des § 16 Abs. 1 Nr. 3 VOB/A ohne Weiteres feststellen können, dass der von der Antragsgegnerin in den Vergabeunterlagen vorgesehene sofortige Ausschluss*

*vergaberechtswidrig war. Dadurch musste der Antragssteller (Bieter) zum Ergebnis kommen, dass sie den Punkt gemäß § 107 Abs. 3 Nr. 3 GWB bis zum Ablauf der Angebotsfrist hätte rügen müssen. Mangels rechtzeitiger Rüge sei ihr Nachprüfungsantrag unzulässig*

## **6. Änderungen oder Ergänzungen der Vertragsunterlagen**

Sowohl in § 13 Abs. 4 VOL/A (2009) als auch in § 16 Abs. 4 EG VOL/A ist geregelt, dass Änderungen und Ergänzungen an den Vertragsunterlagen unzulässig ist und dies zum Ausschluss des Angebots nach § 16 Abs. 3 d VOL/A bzw. nach § 19 Abs. 3 EG VOL/A führt. Gleiches ist in § 13 Abs. 5 VOB/A (2012) geregelt. Auch hier ist in § 16 Abs. 1 b VOB/A der Ausschluss für diesen Fall zwingend bestimmt.

Hierzu gibt es jetzt eine neue Entscheidung des VK Bund v. 05.05.2015 – VK 1-26/15:

*Änderungen oder Ergänzungen der Vertragsunterlagen in dem Angebot führen zwingend zum Ausschluss des Angebots; ein Ermessen steht dem Auftraggeber insofern nicht zu. Zu den Vertragsunterlagen zählen insbesondere die Bestimmungen der Leistungsbeschreibung. Sind die Vorgaben der Ausschreibung allerdings objektiv nicht erfüllbar und damit für den Bieter unzumutbar, dürfen Angebote, die diese Bedingungen nicht einhalten, nicht ausgeschlossen werden.“*

Erk Winkelmann  
Rechtsanwalt und Notar a. D.  
Fachanwalt für Bau- u. Architektenrecht