

Kanzlei am Steinmarkt

RAe Kuchenreuter, Dr. Stangl & Alt

Rundschreiben / Ausgabe 06/2005

Thema: Die 4 „Todsünden“ im Vergabeverfahren/Baurecht

1. Einleitung

Der Bauwirtschaft geht es nicht gut. Insbesondere die öffentlichen Auftraggeber geizen derzeit mit Aufträgen. Die Auftragnehmer am Bau müssen sich daher immer mehr anstrengen, Aufträge zu erhalten. Deswegen ist es nicht überraschend, dass bundesweit bei öffentlichen Aufträgen die Zahl der Streitigkeiten steigt. Kaum ein Bauunternehmer kann es sich derzeit leisten, sehenden Auges einen Bauauftrag an einen Konkurrenten abzugeben, wenn er glaubt, selber Anspruch auf die Beauftragung zu haben. Im Verlauf des Vergabeverfahrens zeigt sich jedoch oft, dass der Auftragnehmer seine Position durch eigene Fehler im Vergabeverfahren verschlechtert hat. Aus Sicht des Auftraggebers sind dies die Einfallstore, Streitigkeiten trotz eigenen Fehler erfolgreich beenden zu können.

Leider müssen wir bei der Beratung sowohl auf Auftraggeber- als auch auf Auftragnehmerseite viele typische „Todsünden“ der Bieter erkennen, die nachfolgend kurz behandelt werden. Diese können leicht vermieden werden, sofern sich der Auftragnehmer an einige Grundsätze hält. Nichts ist überflüssiger als einen Auftrag wegen bloßer Formalien zu verlieren. Umgekehrt ist es auch für Auftraggeber höchst ärgerlich, einem an sich zuverlässigen Auftragnehmer keinen Zuschlag geben zu können. Auch dem Auftraggeber sind die Hände gebunden, da er bei Nichtbeachtung der Formalien mit gerichtlichen Auseinandersetzungen nachfolgender Bieter rechnen muss, bis hin zum Schadensersatz auf entgangenen Gewinn. Im Extremfall muss der Auftraggeber doppelt zahlen, weshalb Vergabestellen im eigenen Interesse die Vergabevorschriften streng anwenden. Gerade im Bereich der europaweiten Vergabe, bei der Nachprüfungsverfahren drohen, werden besonders strenge Maßstäbe angesetzt.

2. Todsünden im Vergabeverfahren

Nachfolgend werden ein paar **klassische „Todsünden“** des Auftragnehmers im Vergabeverfahren herausgegriffen, die zu einem **zwingenden** Ausschluss des Auftragnehmers als Bieter in der Vergabe führen. Bereits mit Rundschreiben Ausgabe 12/2004 haben wir uns eingehend mit dem Thema „Vergabeverfahren, Wertung der Angebote“ befasst.

Zur Erinnerung geben wir die Übersicht, sowie die Checkliste zu den Wertungsstufen in der Vergabe wieder, um den Standort der Fehler für die Beteiligten besser aufzeigen zu können: Gemäß § 25 VOB/A erfolgt die Wertung der Angebote in 4 Stufen, die strikt einzuhalten sind. Eine **Vermischung der Wertungsstufen ist unzulässig** und führt zu einer Rechtswidrigkeit des Vergabeverfahrens! Es handelt sich hierbei um folgende 4 Stufen:

Übersicht Wertungsstufen:

1. Stufe : Ausschluss wegen formaler Fehler
2. Stufe : Eignung des Bieters
3. Stufe : Angemessenheit des Preises
4. Stufe : Auswahl des wirtschaftlichsten Angebots

Die nachfolgende Checkliste untergliedert die 4 Wertungsstufen weiter:

<p>1. Stufe: Ausschluss wegen formaler Fehler</p> <p>Der Ausschluss von der Wertung wegen formaler Fehler ist in § 25 Nr. 1 VOB/A geregelt: Zwingende Ausschlussgründe, § 25 Nr. 1 Abs. 1 VOB/A:</p> <ul style="list-style-type: none"> - nicht rechtzeitig eingegangenes Angebot - nicht unterzeichnetes Angebot - unvollständiges Angebot (§ 25 Nr. 1 Abs. 1 Satz 3 VOB/A) - nicht zweifelsfreie Änderung an den Eintragungen - Änderungen an den Verdingungsunterlagen - Angebot aufgrund wettbewerbsbeschränkender Absprachen - nicht zugelassene Nebenangebote / Änderungsvorschläge <p>Fakultative Ausschlussgründe, § 25 Nr. 1 Abs. 2 VOB/A:</p> <ul style="list-style-type: none"> - Ausschlussgründe gem. § 8 Nr. 5 VOB/A - Nebenangebote / Änderungsvorschläge, die nicht als besondere Anlage gemacht und als solche deutlich gekennzeichnet sind
<p>2. Stufe: Eignung</p> <p>Die Eignung ist in § 97 Abs. 4 GWB, § 25 Nr. 2, § 8 Nr. 3 VOB/A geregelt. Hierfür gibt es 3 Kriterien:</p> <ul style="list-style-type: none"> - Fachkunde - Leistungsfähigkeit - Zuverlässigkeit
<p>3. Stufe: Angemessenheit des Preises</p> <p>Die Angemessenheit des Preises ergibt sich aus § 25 Nr. 3 Abs. 1 und 2 VOB/A:</p> <ul style="list-style-type: none"> - Unangemessen hoher oder niedriger Preis (> 10 %), den der Bieter auf Nachfrage nicht erklären konnte und eine ordnungsgemäße Ausführung nicht zu erwarten ist.
<p>4. Stufe: Auswahl des wirtschaftlichsten Angebots</p> <p>Die Auswahl des wirtschaftlichsten Angebots ergibt sich aus § 97 Abs. 5 GWB, § 25 Nr. 3 Abs. 3 VOB/A:</p> <ul style="list-style-type: none"> - Angebot lässt einwandfreie Ausführung einschließlich Gewährleistung erwarten. Der Zuschlag wird auf das wirtschaftlichste Angebot erteilt.

Aus den Übersichten wird der Standort der Fehler deutlich. Die „Todsünden“ werden meist auf Stufe 1 begangen, was den zwingenden Ausschluss für den Bieter bedeutet. Stufe 2, 3 und 4 darf die Vergabestelle nicht mehr prüfen, selbst wenn es sich um den „besten & billigsten“ Bieter der Welt handeln sollte!

Diese „Todsünden“ sind insbesondere:

2.1. Verspätung, § 25 Nr. 1 Abs. 1a VOB/A i.V.m. § 22 Nr. 6 VOB/A

Angebote müssen **zum Eröffnungstermin** vorliegen; vgl. § 22 Nr. 2 VOB/A. Dies bedeutet, dass sie derart in den Einflussbereich des Auftraggebers kommen, dass er sie tatsächlich gemeinsam mit den anderen Angeboten gemeinsam öffnen kann. Deswegen müssen Angebote bei der vom Auftraggeber **genannten Adresse** sein, bei Nennung eines Raumes auch in diesem Raum.

Geht ein Angebot des Bieters irgendwo anders ein, ist der Auftraggeber gehalten, dieses zum Eröffnungstermin zu senden. Dabei müssen aber keine übermäßigen Anstrengungen an den Auftraggeber gestellt werden, da dieser nicht für den Transport des Angebotes zuständig ist.

Beispiel:

Sind Angebote, die unmittelbar vor der Angebotsöffnung beim Pförtner abgegeben werden, wenn der Auftraggeber einen konkreten Raum für die Angebotsöffnung angegeben hat, verspätet und auszuschließen.

Der Bieter trägt das Risiko der Übermittlung und des rechtzeitigen Eingangs seines Angebots beim Auftraggeber. Die Möglichkeit einer Wiedereinsetzung bei Versäumung der Angebotsfrist gibt es nicht!

VK Nordbayern, IBR 2000, 587

TIPP:

Der Bieter sollte genau die Adresse prüfen, bei der das Angebot einzugehen hat. Zur Meidung von Nachteilen sollte rechtzeitig für die Abgabe des Angebots gesorgt werden. Gegebenenfalls sich den rechtzeitigen Eingang bestätigen lassen.

2.2. Fehlende Unterschrift, § 25 Nr. 1 Abs. 1b VOB/A i.V.m. § 21 Nr. 1 Abs. 1 VOB/A

Angebote müssen schriftlich eingereicht und unterzeichnet sein; § 21 Nr. 1 Abs. 1 VOB/A.

Die Kopie einer Unterschrift ist ungenügend, weshalb auch **kein Angebot per Fax** zulässig ist.

Digitale Signatur: Gleichsetzung digitaler Angebote mit der eigenhändigen Unterschrift (§ 21 Nr. 1 VOB/A). Dem Auftraggeber ist es aber verwehrt, die Abgabe von digitalen Angeboten als alleinige Möglichkeit vorzugeben. Der Auftraggeber darf auch nicht die parallele Einreichung von schriftlichen Angeboten bei digitaler Angebotsabgabe verlangen.

Bei Bietergemeinschaften müssen alle Mitglieder das Angebot unterschreiben.

Vertretung bei der Unterzeichnung ist zulässig, sofern das Angebot vom Vertreter **erkennbar im Namen des Vertretenen** abgegeben wird und der Vertreter Vertretungsmacht (Vollmacht) hat. Vollmacht daher vorlegen! (Derzeit noch unklar, was bei fehlender Vorlage gilt.)

TIPP:

Der Bieter sollte vor Abgabe des Angebots prüfen, dass er die Unterschrift tatsächlich geleistet hat. Es ist absolut gleichgültig, aus welchen Gründen die Unterschrift fehlt. Auch eine vergessene Unterschrift ändert nichts daran, dass die Form nicht eingehalten ist. Das Angebot ist zwingend auszuschließen.

2.3. Preise und geforderte Erklärungen; § 25 Nr. 1 Abs. 1b VOB/A i.V.m. § 21 Nr. 1 Abs. 1 Satz 3 VOB/A

Gemäß § 21 Nr. 1 Abs. 1 Satz 3 VOB/A ist vorgeschrieben, dass Angebote nur die Preise und die geforderten Erklärungen enthalten sollen.

Der BGH hat nunmehr eine streng formulistische Betrachtung der Vorschrift vorgenommen. Der BGH ist der Auffassung, dass eine Wertung der Angebote nur dann möglich ist, wenn die Angebote die Preise und Erklärungen vollständig enthalten. Nur dann sei eine Vergleichbarkeit der Angebote gegeben und eine Gleichbehandlung der Bieter gewährleistet. Es ist daher erforderlich, dass hinsichtlich **jeder** Position der Leistungsbeschreibung alle zur Kennzeichnung der angebotenen Leistung geeigneten Parameter bekannt sind, deren Angabe den Bieter nicht unzumutbar belastet, aber ausweislich der Ausschreibungsunterlagen gefordert hat.

BGH VergabeR 2003, 558

BGH VergabeR 2003, 313

Häufigste Fehlerquelle ist erfahrungsgemäß, dass die Unterlagen und Angaben des Antragstellers nicht vollständig sind.

Beispielsweise zählen hierzu:

- Fehlende Preisangaben in LV-Positionen
- Fehlende Angaben zum Einsatz von Nachunternehmer bzw. widersprüchliche Angaben
- Verbot der Mischkalkulation
- Fehlende Typenangaben

Sofern der Bieter hier leichtsinnig glaubt, Angaben weglassen zu können, irrt er! Die Vergabestelle hat bei diesen Verstößen kein Recht zu einer wie auch immer gearteten großzügigen Handhabe. Sie ist gezwungen, das betreffende Angebot aus der Wertung zu nehmen.

In Auftragnehmerkreisen noch nicht angekommen ist eine Entscheidung des BGH aus dem Jahre 2003 zur Frage von geforderten **Typenangaben**.

Beispiel:

Eine Ausschreibung enthält bei 120 Positionen die Aufforderung, neben dem Fabrikat/Hersteller auch den Typ des angebotenen Produkts anzugeben. Gleichwohl hat der Bieter zwar den Hersteller, jedoch nur bei ganz wenigen Positionen auch eine Typenbezeichnung angegeben.

Ergebnis:

Zwingender Ausschluss bei fehlender, selbst wettbewerblich unerheblichen Typenangaben.

BGH, NZBau 2003, 293

Bekannter, aber dennoch Quelle stetiger Fehler, ist eine jüngere Entscheidung des BGH zur **Mischkalkulation**.

Beispiel:

Ein Bieter hat bei Ausschreibung ca. 20 Positionen mit einem EP von 0,01 € angeboten. Der Bieter argumentiert im Rahmen der Aufklärung, dass das Angebot Preisbestandteile enthält, die, obwohl zu einer Position zugehörig, bei anderen Positionen einkalkuliert wurden (Mischkalkulation).

Ergebnis:

Zwingender Ausschluss, weil nicht die geforderten Preise angegeben sind.

BGH, BauRB 2004, 335

Ähnlich hat nun kürzlich der EuG mit Beschluss vom 31.01.2005 –RsT -447/04 zu ausgeschriebenen Informationssystemen entschieden.

Auftragnehmer müssen deshalb derartige „Preise“ vermeiden, um nicht einen Ausschluss zu riskieren. Sollte die Vergabestelle eine Aufklärung der Angaben betreiben, muss das Wort „Mischkalkulation“ tabu bleiben. Kreative Bieter begründen den Preis meist mit Synergieeffekten aus anderen Baustellen.

TIPP:

Der BGH hat symbolische Preisangaben zwar nicht per se für unzulässig erklärt. Angebote mit symbolischen Preisen bergen aber auch ohne Mischkalkulation erhebliche Gefahren und Unsicherheiten in sich. Bieter sollten Niedrigpreisangebote möglichst bereits bei Abgabe des Angebots plausibel erklären. Das Wort „Mischkalkulation“ ist tabu.

2.4. Änderungen an den Verdingungsunterlagen, § 25 Nr. 1 Abs. 1b VOB/A i.V.m. § 21 Nr. 1 Abs. 2 VOB/A

Änderungen an den Verdingungsunterlagen sind unzulässig, da ansonsten die Vergleichbarkeit der Angebote nicht gewährleistet ist.

Auch **geringfügige** Änderungen der Verdingungsunterlagen führen **zwingend zum Ausschluss** des Angebots, wenn sie nur unwichtige Leistungspositionen betreffen oder wenn die Änderung keinen Einfluss auf das Wettbewerbsergebnis haben können.

Eine nachträgliche Rücknahme von Änderungen (z.B. im Bietergespräch) stellt ein unzulässiges Nachverhandeln dar, da der Angebotsinhalt nachträglich geändert wird. Es gibt somit keine Möglichkeit der Heilung. Es ist einleuchtend, dass Auftraggeber und Antragsteller nicht gemeinsam oder einseitig auf die Einhaltung von vergaberechtlichen Vorschriften verzichten können, da diese auch dem Schutz der anderen Bieter dienen.

Beispielsweise zählen zu Änderungen der Verdingungsunterlagen:

- Herausnahme einzelner Blätter des LV
- (teilweise) Nichtakzeptanz der ausgeschriebenen Rechtsbedingungen, z.B. Beigabe eigener AGB
- Streichungen im LV
- Ergänzungen im LV

Auftragnehmer sollten auch hier Eigenkreativität vermeiden und keinesfalls irgendwelche handschriftlichen Änderungen vornehmen. Nur an den angegebenen Stellen im LV dürfen Eintragungen vorgenommen werden. Sonstige Erläuterungen, Ergänzungen und Streichungen sind überflüssig und selbstschädigend.

CHECKLISTE: Todsünden des Auftragnehmers

1. Verspätung des Angebots

2. Fehlende Unterschrift

3. Fehlen der Preise und geforderten Erklärungen

- Fehlende Preisangaben in LV-Positionen
- Fehlende Angaben zum Einsatz von Nachunternehmer bzw. widersprüchliche Angaben.
- Verbot der Mischkalkulation
- Fehlende Typenangaben

4. Keine Änderungen an den Verdingungsunterlagen

- Herausnahme einzelner Blätter des LV
- (teilweise) Nichtakzeptanz der ausgeschriebenen Rechtsbedingungen
- Streichungen im LV
- Ergänzungen im LV

Nachdem nun ausführlich die 4 Todsünden des Bieters im Vergabeverfahren näher erläutert wurden, ist auch an die Auftraggeberseite zu appellieren, nicht selbst Todsünden zu begehen. Diese können in nachfolgender Checkliste kurz zusammengefasst werden:

CHECKLISTE: Todsünden des Auftraggebers

- 1. Veränderung der Zuschlagskriterien.**
- 2. Nicht erkennen formaler Fehler des Vergabeverfahrens**
- 3. Ungleichbehandlung der Bieter („Ich drücke die Augen mal zu“.)**
- 4. Fehlende Dokumentation der Vergabeprüfung.**

3. Zusammenfassung

Die Ausführungen zeigen, dass die hier vorgestellten „4 Todsünden“ leicht vermeidbar sind, sofern der Bieter diese kennt und sein Angebot sorgfältig ausfüllt. Die Tendenz der Rechtsprechung ist eindeutig:

Zur Wahrung der Vergabegrundsätze, d.h. dem Wettbewerbsprinzip, dem Transparenzgebot und dem Gleichbehandlungsgebot gelten strenge formale Maßstäbe. Ohne Wahrung der Form keinen Zuschlag!