

Vergaberechtsinformationen für Baupraktiker und ihre Berater

Wichtige Entscheidungen

Verdacht auf Unterangebot – Auftraggeber muss Auswahlentscheidung dokumentieren!

Das Problem

Gemäß § 60 VgV hat der Auftraggeber ungewöhnlich niedrige Angebote aufzuklären. Stellt er Verstöße gegen gesetzliche Verpflichtungen fest, muss er das Angebot ablehnen. Gelingt keine zufriedenstellende Aufklärung, darf er den Zuschlag auf das Angebot ablehnen. Fraglich ist, wie detailliert der Auftraggeber den Umgang mit möglichen Unterangeboten gemäß § 8 VgV zu dokumentieren hat.

Beispiel:

Die Vergabestelle (VSt) schreibt Gebäudereinigungsleistungen aus. Anzubieten ist u. a. ein aufsichtsführender Vorarbeiter, für den die Bieter zu erklären haben, dass sie die Zahlung nach Tariflohn im angebotenen Preis mit einkalkuliert haben. Die VSt teilt dem an vierter Stelle gelegenen Bieter A mit, dass die Zuschlagserteilung auf das Angebot seines Konkurrenten B vorgesehen sei. Bieter A rügt, dass die Kalkulation von B nicht auf Grundlage der gesetzlichen Mindestbedingungen und des Rahmentarifvertrags Gebäudereiniger-Handwerk erfolgt sei. Die VSt fordert daraufhin A und B auf, zusätzliche Kalkulationsunterlagen vorzulegen. Nach Prüfung teilt die VSt A mit, dass sie der Rüge nicht abhelfe. Hierauf leitet A ein Nachprüfungsverfahren ein.

Frage: Mit Aussicht auf Erfolg?

Die Entscheidung

Die **1. Vergabekammer des Bundes** hält in ihrem **Beschluss vom 06. 06. 2023 – Az.: VK 1-39/23** – den **Nachprüfungsantrag schon deswegen für begründet**, weil der **Vergabevermerk keine ausreichenden Informationen** enthält, um die Zuschlagsentscheidung der Vergabestelle beurteilen zu können:

1. Bieter sind in der **Kalkulation** ihrer Preise **grundsätzlich frei**, es ist ihnen **nicht verwehrt**, zu einem Gesamtpreis anzubieten, der **lediglich** einen **Deckungsbeitrag** zu eigenen Fixkosten verspricht. Der öffentliche Auftraggeber ist bei solchen Angeboten allerdings gehalten, **sorgfältig zu prüfen**, ob eine **einwandfreie Ausführung** und **Haftung für Gewährleistungsansprüche gesichert** ist. Der Auftraggeber muss seine für die abschließende Entscheidung **maßgeblichen Erwägungen** dabei **so dokumentieren**, dass **nachvollziehbar** ist, wie die Überprüfung der Kalkulation vorgenommen wurde.
2. Im Rahmen der **Aufklärung gemäß § 60 VgV** kann der Auftraggeber neben der Wirtschaftlichkeit auch die **Einhaltung von umwelt-, sozial- und arbeitsrechtlichen Vorschriften** prüfen (§ 60 Abs. 2 Satz 2 Nr. 4 VgV). Stellt er fest, dass das Angebot ungewöhnlich niedrig ist, weil die genannten **gesetzlichen Verpflichtungen nicht eingehalten** werden, ist er **verpflichtet**, das **Angebot abzulehnen**. Kann der Auftraggeber verbleibende Ungewissheiten **nicht zufriedenstellend aufklären**, ist die **Ablehnung des Zuschlags** grundsätzlich geboten.
3. Vorliegend enthält die Akte **handschriftliche Kommentierungen** der Kalkulation, wobei auch im Vergleich der Kommentierungen der Angebote von A und B **nicht erkennbar** ist, wie die **Vergabestelle** die Unterschiede in der **Kalkulation der Bieter einordnet**. Ein abschließender, **zusammenfassender Vermerk**, der sich mit den ausführlichen Äußerungen von A zu seiner Kalkulation beschäftigt, ist

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

§ 8 VgV,
§ 60 VgV

Bieter sind in der Kalkulation ihrer Preise grundsätzlich frei, es ist ihnen nicht verwehrt, zu einem Gesamtpreis anzubieten, der lediglich einen Deckungsbeitrag zu den eigenen Fixkosten vorsieht.

Der Auftraggeber hat bei Unterkostenangeboten sorgfältig zu prüfen, ob eine einwandfreie Ausführung und Haftung für Gewährleistungsansprüche gesichert ist, und die für seine Entscheidung maßgeblichen Erwägungen so zu dokumentieren, dass nachvollziehbar ist, wie die Überprüfung der Kalkulation vorgenommen wurde.

nicht vorhanden. Es bleibt unklar, ob die Vergabestelle davon ausgeht, dass es sich beim Angebot von A um ein auskömmliches Angebot handelt, ein Unterkostenangebot vorliegt und ob dieses zufriedenstellend oder nicht zufriedenstellend aufgeklärt wurde. Auch im **Nachprüfungsverfahren** hat die Vergabestelle dieses **Dokumentationsdefizit nicht beseitigt.**

Hinweise für die Praxis

► Für die Frage der **Auskömmlichkeit eines Angebots** ist auf dessen **Gesamtpreis, nicht** auf die zu **einzelnen Positionen** angebotenen Preise abzustellen. Dies hat die **Vergabekammer Sachsen** jüngst erneut bestätigt.¹⁾ Niedrige Preise in Einzelpositionen lassen auch nicht automatisch auf das Vorliegen einer **unzulässigen Mischkalkulation** schließen, da es keinen Erfahrungssatz gibt, dass auf auffällig niedrigen Preisen auch entsprechende Aufpreisungen gegenüberstehen. Das – so die Vergabekammer – muss vielmehr im Einzelfall durch einen Vergleich mit Preisangaben in den Angeboten der Konkurrenten oder mit Marktpreisen festgestellt werden.

– Rechtsanwalt Andreas Demharter, München –

§ 241 Abs. 2 BGB,
§ 9 Abs. 1 VgV,
§ 11 Abs. 2 VgV,
§ 57 Abs. 1 Nr. 2 VgV

Art der Kommunikation festgelegt – Selbstbindung?

Das Problem

In Bewerbungsbedingungen wird oftmals eine ausschließliche Kommunikation im Vergabeverfahren festgelegt. Beispielsweise legt die Vergabestelle (VSt) eine Kommunikation ausschließlich über die Vergabeplattform fest.

Beispiel:

Die VSt schreibt die Vergabe von Server- und Speichertechnik aus. Die Vergabeunterlagen regelten Folgendes: „Die Kommunikation mit den am Vergabeverfahren beteiligten Unternehmen erfolgt ausschließlich über die Vergabeplattform ... Die Registrierung und Nutzung der Vergabeplattform ist zwingende Voraussetzung für sämtliche Aktivitäten der Bieter gegenüber der VSt, wie zum Beispiel für das Abgeben eines Angebots oder für das Stellen einer Frage zum Verfahren.“ Von Bieter B fordert die VSt Unterlagen per E-Mail mit Fristsetzung nach. Die VSt erhält weder eine Empfangsbestätigung der Mail, noch eine Zustellbenachrichtigung. B beantragt nach Fristablauf eine Fristverlängerung, die bewilligt wird. Die VSt berücksichtigt die innerhalb verlängerter Frist vorgelegten Unterlagen von B. Hiergegen wendet sich ein anderer Bieter A.

Frage: Könnte die VSt die „verspätet“ nachgereichten Unterlagen berücksichtigen?

Die Entscheidung

Die **VK Sachsen** weist mit **Beschluss vom 14. 04. 2023 – Az.: 1/SVK/003-23 – den Nachprüfungsantrag von A zurück.**

1. Das Angebot von B ist nicht gemäß § 57 Abs. 1 Nr. 2 VgV wegen verspäteter Antwort auf ein Nachforderungs- und Aufklärungsverlangen von der Wertung auszuschließen. Die Entscheidung der VSt, das Angebot in der Wertung zu belassen, ist nicht zu beanstanden.
2. Voraussetzung für eine wirksame Nachforderung der Unterlagen unter Fristsetzung war, dass das Nachforderungsschreiben der VSt bei B **so in seinen Machtbereich gelangt wäre, dass er unter normalen Verhältnissen die Möglichkeit gehabt hätte, vom Inhalt der Erklärung Kenntnis zu nehmen.**

In den Bewerbungsbedingungen war klargestellt worden, dass im Vergabeverfahren die Kommunikation **ausschließlich** über die Vergabeplattform erfolgt. Dann muss sich die VSt hieran im Wege einer **Selbstbindung** festhalten lassen. Eine nachträgliche, stillschweigende Änderung dieser Selbstbindung, beispielsweise durch Versendung eines fristgebundenen Nachforderungsschreibens per E-Mail, ist dann ausgeschlossen.

3. Der VSt war es zudem nach **Treu und Glauben verwehrt, sich auf den Zugang des Nachforderungsschreibens zu berufen.** Zwischen der VSt und dem jeweiligen Bieter kommt spätestens ab dem Zeitpunkt der Angebotsabgabe ein vertrags-

¹⁾ Beschluss vom 30. 03. 2023 – Az.: 1/SVK/002-23.

Ist mit den Bewerbungsbedingungen klargestellt worden, dass im Vergabeverfahren die Kommunikation ausschließlich über eine Vergabeplattform erfolgen soll, dann muss sich der Auftraggeber hieran im Wege einer Selbstbindung festhalten lassen.

ähnliches Vertrauensverhältnis zustande, das zu gegenseitiger Rücksichtnahme verpflichtet und auf beiden Seiten Sorgfaltspflichten begründet²⁾). Dieses verlangt gemäß § 241 Abs. 2 BGB die Rücksichtnahme auf Rechte, Rechtsgüter und Interessen des anderen Teils. Dieser Verpflichtung widerspricht die Handlungsweise der VSt, soweit sie zum einen **vom angekündigten Kommunikationsweg abwich und andererseits Indizien für den fehlgeschlagenen Zugang resp. die Abwesenheit des B ignorierte**.

Hinweise für die Praxis

- ▶ Im Falle von Fristversäumnissen der Bieter beim Nachfordern von Unterlagen und Erklärungen kann versucht werden, sich mit dieser Entscheidung wieder in die Vergabe „zurückzubringen“, wenn sich die Vergabestelle selbst nicht an die eigenen Vorgaben zum Kommunikationsweg gehalten hat.

– Fachanwalt für Vergaberecht Martin Weis, München –

Darf der Auftraggeber einen Rechtsanwalt brauchen?

§ 182 Abs. 4 Satz 4 GWB

Das Problem

Nach § 182 Abs. 4 Satz 4 GWB sind Gebühren und Auslagen eines Rechtsanwalts erstattungsfähig, wenn die Hinzuziehung eines Bevollmächtigten zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung notwendig war. Wann dies bei einem Auftraggeber der Fall ist, wird unterschiedlich bewertet.

Beispiel:

Ein Auftraggeber schreibt Planerleistungen für den Neubau seines Schulzentrums europaweit aus. Der **Nachprüfungsantrag** eines nicht berücksichtigten Planers **wird von der Vergabekammer zurückgewiesen**. Die Gebühren und **Auslagen für die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten durch den Antragsgegner werden aber nicht für erstattungsfähig erachtet**, weil die Antragsgegnerin auch ohne anwaltliche Unterstützung in der Lage gewesen sei, die aufgeworfenen Rechtsfragen beantworten zu können. **Auf komplexere Fragen der Leistungsbestimmung sowie der Beschränkung der Anzahl von Referenzen sei es im vorliegenden Nachprüfungsverfahren nicht entscheidungserheblich angekommen**. Hiergegen wendet sich die Beschwerde der Antragsgegnerin.

Frage: Zu Recht?

Die Entscheidung

Das **Bayerische Oberste Landesgericht** hat im **Beschluss vom 26. 05. 2023 – Az.: Verg 17/22** – hierzu wie folgt entschieden:

1. Die Gebühren und Auslagen eines Verfahrensbevollmächtigten sind erstattungsfähig, wenn dessen Hinzuziehung zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung notwendig war. **Entscheidend sind hier die Umstände des Einzelfalls**. Abzustellen ist darauf, ob der **Beteiligte unter den Umständen des Falles auch selbst in der Lage gewesen wäre**, aufgrund der bekannten und erkennbaren Tatsachen den **maßgeblichen Sachverhalt zu erfassen**, hieraus **die für eine sinnvolle Rechtswahrung oder Rechtsverteidigung nötigen Schlüsse zu ziehen** und das danach Gebotene gegenüber der Vergabekammer vorzutragen. Maßgeblich können hier die **Einfachheit oder Komplexität des Sachverhalts, die Überschaubarkeit oder Schwierigkeit der zu beurteilenden Rechtsfragen, rein persönliche Umstände** in der Person des Beteiligten (sachliche und personelle Ausstattung) sowie das **Gewicht sowie Bedeutung des zu vergebenden Auftrags sein**. Die Einzelfallentscheidung ist auf der Grundlage objektiv anzuerkennender Erfordernisse im Rahmen einer **ex ante Prognose** zu treffen. Ergänzend kann auch der Gesichtspunkt der **prozessualen Waffengleichheit** in die Prüfung einfließen.
2. Bei lediglich einfachen, auftragsbezogenen Sach- und Rechtsfragen auf der Grundlage geklärter Rechtsgrundsätze kann die Hinzuziehung nicht notwendig sein, weil die Darlegung der Vertretung im Nachprüfungsverfahren in diesen Fällen von der Vergabestelle ohne Weiteres erwartet werden kann. **Bei nicht einfa-**

Für ungeklärte Rechtsfragen braucht auch der Auftraggeber einen Anwalt!

²⁾ Vgl. BGH, Urteil vom 03. 07. 2020 – Az.: VII ZR 144/19; OLG München, Beschluss vom 15. 03. 2012 – Az.: Verg 2/12, OLG Dresden, Urteil vom 10. 02. 2004 – Az.: 20 U 1697/03; OLG Celle, Urteil vom 30. 05. 2002 – Az.: 13 U 266/01.

chen, insbesondere rechtlich noch ungeklärten oder nicht dem klassischen Vergaberecht zuzurechnenden Rechtsfragen kommt tendenziell die Notwendigkeit einer anwaltlichen Vertretung in Betracht.

3. Im vorliegenden Fall **machte der Antragsteller zahlreiche**, angeblich vorliegende, **rechtlich nicht einfach zu beurteilende Vergabeverstöße geltend**. Die erhobenen Rügen betrafen noch weitgehend ungeklärte Rechtsfragen, z. B. unter welchen Voraussetzungen und in welchem Umfang Vertragsbedingungen zur Überprüfung durch die Vergabekammer gestellt werden können. Auch die Begrenzung der Beschränkung der Anzahl der einzureichenden Referenzen oder die unterbliebene Ausschreibung der Leistungen der Leistungsphase 1 nach der HOAI stellen ungeklärte Rechtsfragen dar.

Hinweise für die Praxis

- ▶ Für Antragsteller ist es anerkannt, dass diese sich rechtlich in einem Nachprüfungsverfahren vertreten lassen dürfen. Die Beiziehung eines Verfahrensbevollmächtigten führt in der Regel dazu, dass eine Vielzahl von Rügen erhoben werden. Hierbei werden häufig ungeklärte Rechtsfragen zum Streitgegenstand erklärt.
- ▶ Das BayObLG stellt in seinem Beschluss zutreffend – immer unter der Berücksichtigung des Einzelfalls – die Grundlagen dar und lässt bei ungeklärten Rechtsfragen tendenziell die Beiziehungskostenerstattung zu. Anderweitigen Tendenzen in der Rechtsprechung³⁾ wird daher zu Recht eine Absage erteilt.
- ▶ Unberücksichtigt bleibt oft auch, dass neben der Beherrschung des materiellen Rechts im Nachprüfungsverfahren auch prozessuale Aspekte zu berücksichtigen sind. Die Tatsache, dass materiell versiertes juristisches Personal bei einem Auftraggeber vorhanden ist, lässt keine Rückschlüsse darauf zu, dass auch die erforderliche Erfahrung in Nachprüfungsverfahren besteht. Hier kommt der Aspekt der prozessualen Waffengleichheit zum Tragen.

– Fachanwalt für Vergaberecht Tilman Class, München –

Der wichtige Hinweis

Die Vergleichbarkeit von Referenzen bestimmt sich ausschließlich nach der Auftragsbekanntmachung

Nach § 122 Abs. 4 Satz 2 GWB sind die Eignungskriterien in der Auftragsbekanntmachung aufzuführen. Unter Ziff. I.3 der Auftragsbekanntmachung ist ein Link zu den Vergabeunterlagen aufzunehmen. Dort wird die Leistung umfassend und vollständig beschrieben. Die VK Bund⁴⁾ hatte sich mit der Frage zu beschäftigen, wie eine vorzulegende Referenz beschaffen sein muss, um „vergleichbar“ zu sein. Sie hat entschieden, dass es hierfür nur auf die Auftragsbekanntmachung ankomme. Die Vergabeunterlagen, insbesondere die Leistungsbeschreibung dürften hierbei nicht erweiternd herangezogen werden. Dies ergibt sich für die VK Bund aus § 122 Abs. 4 Satz 2 GWB. Wenn die Bieter zum Beleg ihrer technischen und beruflichen Leistungsfähigkeit vergleichbare Referenzen vorlegen sollen, müssen sich die Umstände, die zur Beurteilung der Vergleichbarkeit von Referenzprojekten herangezogen werden, ebenfalls aus der Bekanntmachung ergeben. Denn nur dann kann ein Bieter auch in dieser Hinsicht allein und bereits anhand der Bekanntmachung prüfen, ob er die Eignungsanforderungen erfüllen kann. Was nicht in der Bekanntmachung steht, darf der Eignungsprüfung nicht zugrunde gelegt werden. Ein Verweis in Ziff. II.1.4 der EU-Bekanntmachung auf die Vergabe- und Vertragsunterlagen genügt nicht den Transparenzanforderungen nach § 122 Abs. 4 Satz 2 GWB. Ohne weitere Erläuterungen kann ein Bieter den in Bezug genommenen Vergabe- und Vertragsunterlagen zwar entnehmen, wie der Auftrag in Gänze beschaffen ist. Er kann jedoch nicht mit der gebotenen Eindeutigkeit erkennen, welche Anforderungen die von ihm vorzulegenden Referenzen erfüllen müssen, um gerade vergleichbar zu sein.

Sollte der Vergabesenat des OLG Düsseldorf diese Auffassung bestätigen, muss der Darstellung des Auftrags in der Bekanntmachung ein größeres Gewicht beigemessen werden.

– WE –

³⁾ Etwa VK Bund, Beschluss vom 09. 05. 2023 – Az.: VK 2-26/23.

⁴⁾ Beschluss vom 31. 05. 2023 – Az.: VK 1-35/23 – nicht bestandskräftig.

Nur die Bekanntmachung definiert die Anforderungen an die Eignungsprüfung!

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 Tilman Class und
RA Andreas Demharter
Erscheint 1x monatlich
Bezugspreis: 38,74 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 Vögel OHG,
D-93491 Stamsried, 2023