

Kanzlei am Steinmarkt

RAe Kuchenreuter, Dr. Stangl & Alt

Rundschreiben / Ausgabe 06/2007

Thema: Vergabeverfahren, Wertung der Angebote / Baurecht

1. Einleitung

Die Vergabe öffentlicher Aufträge wird zunehmend „verrechtlicht“. Für alle Beteiligte, ob Vergabestelle oder Bieter, ist es entscheidend ein Basiswissen zu haben. Leider ist es traurige Realität, dass viele formale Fehler bei der Vergabe begangen werden. Beispielsweise sind „unvollständige Angebote“ in der Vergabepaxis nicht selten. Dabei ist festzustellen, dass in den letzten Jahren, die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (BGH) als auch des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) zunehmend formalistischer wird.

Deshalb ist es besonders für den Bieter wichtig, formale Fehler zu vermeiden, um nicht im Rahmen des Vergabeverfahrens frühzeitig auszuschneiden. Die Kenntnis des Vergabeverfahrens hilft auch, rechtzeitig die Verstöße der Vergabestelle zu erkennen und frühzeitig zu rügen. Falls die Rüge versäumt wird, ist kaum eine Möglichkeit für einen Rechtsschutz gegeben. Umgekehrt müssen Vergabestellen Kenntnis über das Vergabeverfahren, insbesondere die Wertung der Angebote haben, um sich nicht unnötig selbst zu benachteiligen und sich Nachprüfungsverfahren und Schadensersatzansprüchen auszusetzen.

Auch die Vergabestelle ist zunehmend „überfordert“, da von ihr zunehmend „rechtliche Kenntnisse“ verlangt werden.

Die nachfolgende Darstellung soll einen Überblick über den Ablauf des Vergabeverfahrens liefern, die Wertung der Angebote darstellen und schließlich eine Reihe von Todsünden aufzeigen. Am Ende befinden sich einige für den Bieter wichtige Muster, um seine Rechte zu wahren.

2. Ablauf Vergabeverfahren

Nachfolgende Übersicht soll am Beispiel der VOB/A einen Überblick über den Ablauf eines Vergabeverfahrens sowohl oberhalb als auch unterhalb der Schwellenwerte verschaffen¹.

| Oberhalb der Schwellenwerte | | Unterhalb der Schwellenwerte | |
|--|---|--|---|
| Zeitliche Planung | | Zeitliche Planung | |
| Vorinformation an EU | | | |
| Zusammenstellen der Vergabeunterlagen | | Zusammenstellen der Vergabeunterlagen | |
| Bekanntmachung | | Bekanntmachung | |
| Offenes Verfahren | Nichtoffenes Verfahren | Öffentliche Ausschreibung | Beschränkte Ausschreibung |
| | Prüfung der Bewerbungen (Eignungsprüfung) | | Prüfung der Bewerbungen (Eignungsprüfung) |
| | Auswahl der Bieter (mindestens 5) | | Auswahl der Bieter (in der Regel 3-8) |
| Versand der Vergabeunterlagen | | Versand der Vergabeunterlagen | |
| Ggf. Beantwortung der Fragen | | Ggf. Beantwortung der Fragen | |
| Submissionstermin | | Submissionstermin | |
| Prüfung der Angebote | | Prüfung der Angebote | |
| Ggf. Ausschluss von Bietern und Info | | Ggf. Ausschluss von Bietern und Info | |
| Wertung der Angebote | | Wertung der Angebote | |
| Ggf. Aufklärung über die Angemessenheit der Preise | | Ggf. Aufklärung über die Angemessenheit der Preise | |
| Ggf. Aufklärungsgespräche | | Ggf. Aufklärungsgespräche | |
| Vergabevorschlag | | Vergabevorschlag | |
| Zuschlagsentscheidung | | Zuschlagsentscheidung | |
| Information gemäß § 13 VgV | | | |
| 14 Kalendertage | | | |
| Zuschlag (= Vertragsschluss) | | Zuschlag (= Vertragsschluss) | |
| Bekanntmachung der Auftragsvergabe an EU | | Information gemäß § 27 VOB/A | |

¹ Vgl. Erdl, Skript Spezialisierungslehrgang Baurecht, S. 60

3. Wertung der Angebote, Übersicht

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 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 Vergabestelle ist gehalten, diese 4 Wertungsstufen strikt zu unterscheiden und zu dokumentieren. Ist nämlich in den Vergabeakten nicht erkennbar, dass die 4 Wertungsstufen eingehalten worden sind, so wird vermutet, dass die nicht dokumentierten Schritte nicht stattgefunden haben, was bereits alleine für sich ein Vergabefehler mit den entsprechenden Schadensersatzpflichten (bezüglich bestimmter Bieter, die in die engere Wahl gekommen wären) begründen kann.

Die nachfolgende Aufstellung untergliedert als „Checkliste“ die 4 Wertungsstufen weiter:

1. Stufe: Ausschluss wegen formaler Fehler

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:

- 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

Fakultative Ausschlussgründe, § 25 Nr. 1 Abs. 2 VOB/A:

- Ausschlussgründe gem. § 8 Nr. 5 VOB/A
- Nebenangebote / Änderungsvorschläge, die nicht als besondere Anlage gemacht und als solche deutlich gekennzeichnet sind

2. Stufe: Eignung

Die Eignung ist in § 97 Abs. 4 GWB, § 25 Nr. 2, § 8 Nr. 3 VOB/A geregelt. Hierfür gibt es 3 Kriterien:

- Fachkunde
- Leistungsfähigkeit
- Zuverlässigkeit

3. Stufe: Angemessenheit des Preises

Die Angemessenheit des Preises ergibt sich aus § 25 Nr. 3 Abs. 1 und 2 VOB/A.

- Unangemessen hoher oder niedriger Preis (> 10 %), den der Bieter auf Nachfrage nicht erklären konnte und eine ordnungsgemäße Ausführung nicht zu erwarten ist.

4. Stufe: Auswahl des wirtschaftlichsten Angebots

Die Auswahl des wirtschaftlichsten Angebots ergibt sich aus § 97 Abs. 5 GWB, § 25 Nr. 3 Abs. 3 VOB/A.

- Angebot lässt einwandfreie Ausführung einschließlich Gewährleistung erwarten. Der Zuschlag wird auf das wirtschaftlichste Angebot erteilt.

Die Darstellung der Wertung in allen Einzelheiten würde den Rahmen sprengen. Es sollen deshalb nur einzelne Probleme herausgegriffen und erläutert werden.

3.1. Ausschluss von der Wertung wegen formaler Fehler

Viele Bieter verstossen bereits bei den Formalien, was zum **zwingenden Ausschlussgrund** führt. Die rechtzeitige Vorlage des Angebots und das Vorhandensein einer Unterschrift (Kopie einer Unterschrift genügt nicht, daher auch kein Angebot per Fax) dürften selbstverständlich sein.

Schwierigkeiten bereitet bereits das Vorliegen der Preise und geforderten Erklärungen.

Gem. § 21 Nr. 1 Abs. 1 Satz 3 VOB/A ist vorgeschrieben, dass Angebote **nur die Preise und die geforderte Erklärung** enthalten sollen. „Sollen“ bedeutet jedoch nach der bislang vorherrschenden Rechtssprechung, dass auch Ausnahmen zulässig waren. Solche Ausnahmen lagen danach vor, wenn Erklärungen fehlten, die für das Wettbewerbsergebnis unerheblich waren und die den Wettbewerb nicht beeinträchtigten.

OLG Thüringen, 05.12.2001, VergabeR 2002, 256,

Als erheblich wurde beispielsweise das Fehlen von Angaben über Art und Umfang beabsichtiger Nachunternehmerleistungen angesehen. Zunehmend werden aber die Anforderungen höher gesetzt.

Der BGH hat in einer streng formalistischer Betrachtungsweise des § 21 Nr. 1 Abs. 1 VOB/A gefordert, dass die **Angebote die Preise und Erklärungen vollständig enthalten müssen**. Nur dann sei eine Vergleichbarkeit der Angebote gegeben und eine Gleichbehandlung der Bieter gewährleistet. Es ist deshalb 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 war.

BGH 07.01.2003, VergabeR 2003, 558

BGH 18.02.2003, VergabeR 2003, 313

Die fehlende Angabe von Typenbezeichnungen oder Fabrikationsangaben führt daher zum Ausschluss.

Ein weiteres Problem sind **Änderungen an den Verdingungsunterlagen**. Änderungen an den Verdingungsunterlagen sind unzulässig, da ansonsten die Vergleichbarkeit der Angebote nicht mehr gewährleistet ist. Selbst geringfügige Änderungen der Verdingungsunterlagen führen zwingend zum Ausschluss des Angebots, auch wenn sie nur unwichtige Leistungspositionen betreffen oder keinen Einfluss auf das Wettbewerbsergebnis haben können. Streichungen, Ergänzungen oder die Herausnahme von Teilen der Verdingungsunterlagen sind daher nicht zulässig.

Vermieden werden sollte auch, inhaltliche Änderungen in einem Anschreiben vorzunehmen. Sinn und Zweck des § 21 Nr. 2 VOB/A ist es, daß die Bieter dem Auftraggeber nicht Bedingungen „unterschieben“ sollen, die er evtl. gar nicht bemerkt. Bislang wurden derartige Änderungen in einem Anschreiben als Nebenangebot behandelt. Dies gilt seit Inkrafttreten der VOB/2000 so nicht mehr, da nunmehr Nebenangebote, die nicht als besondere Anlage gemacht und als solche deutlich gekennzeichnet sind, ausgeschlossen werden können, §§ 21

Nr. 3 Satz 2, 25 Nr. 1 Abs. 2 VOB/A. Das Vergabehandbuch schreibt zudem vor, dass solche Nebenangebote in der Regel auszuschließen sind (VHB, Richtlinien zu § 21 VOB/A, Ziff. 4).

Neben diesen zwingenden Ausschlussgründen gibt es auch noch sogenannte **fakultative Ausschlussgründe** („können ausgeschlossen werden“). Es liegt im Ermessen des Auftraggebers, über einen Ausschluss zu entscheiden. Wichtig ist dabei, dass dem Auftraggeber keine offensichtlichen und groben Ermessensfehler unterlaufen.

TIPP:

1. Vergabestelle sollte dokumentieren:
 - Angaben, welche Angebote aus welchen formalen Gründen zu welchem Zeitpunkt ausgeschlossen wurden
 - Zeitpunkt der evtl. Information der betroffenen Bieter
 - bei fakultativem Ausschluss: Begründung für den Ausschluss und Darlegung der Ermessensentscheidung
2. Bieter sollten beachten:
 - Bieter sollten die Angebote sorgfältig prüfen und ausfüllen. Die geforderten Erklärungen sind vollständig beizufügen, da zunehmend seitens der Rechtsprechung eine formalistische Beachtungsweise bevorzugt wird.

3.2. Eignung

Der Auftraggeber hat verschiedene Möglichkeiten, die Eignung der Bieter zu prüfen (vgl. § 8 Nr. 3 VOB/A). Es ist allein die Aufgabe des Auftraggebers, die erforderlichen Fakten zur Beurteilung der Eignung einzufordern. Am Ende der Prüfung kann immer nur das Ergebnis stehen, dass ein Bieter entweder geeignet oder ungeeignet ist.

Ein häufiger Fehler der Auftraggeber ist es, später noch im Rahmen der Auswahl des wirtschaftlichen Angebots wiederum das Kriterium der Eignung zu prüfen.

Es gibt nach der Rechtsprechung grundsätzlich keine „geeigneteren“ Bieter, die wegen eines **„mehr an Eignung“** im Rahmen der Auswahl des wirtschaftlichsten Angebots den anderen Bietern vorzuziehen sind.

BGH 08.09.1989, IBR 1989, 463

Die Kriterien für die Prüfung der Eignung der Bieter sind von den Kriterien für die Auswahl des wirtschaftlichsten Angebots (Zuschlagskriterien) zu unterscheiden.

EUGH 18.06.2003, VergabeR 2003, 546

Die Hauptkriterien der Eignung sind die Fachkunde, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit:

Fachkundig ist ein Bieter, der über die für die Vorbereitung und Ausführung der jeweiligen Leistung notwendigen Kenntnisse verfügt. Die Fachkunde ist objektbezogen, d.h. mit den zu vergebenden Aufträgen des betreffenden Bauvorhabens zu prüfen.

Zum Nachweis der Fachkunde kann beispielsweise die Vorlage von Fortbildungszertifikaten etc. verlangt werden.

Leistungsfähig ist ein Betrieb, wenn er aufgrund Ausstattung, Kapazität den zu vergebenden Auftrag ohne Schwierigkeiten ausführen kann. Dieses Kriterium wird insbesondere durch technische, finanzielle und kaufmännische Mindestanforderungen geprägt.

Zuverlässigkeit liegt vor, wenn der Bieter die Gewähr für eine sorgfältige und ordnungsgemäße, den öffentlich rechtlichen und technischen Normen entsprechende Bauausführung zum vereinbarten Termin bietet.

TIPP:

Die Vergabestelle muss beachten, dass die Eignung nicht ausgeschlossen werden kann, wenn dies nicht auf gesicherten Erkenntnissen des Auftraggebers beruht. Bei der Einholung von Referenzen ist darauf zu achten, dass im Falle der Ablehnung der Eignung wegen schlechter Referenzen genaue Angaben vorliegen und diese dokumentiert werden. Die häufig übliche, nur kurze telefonische Abfrage anderer Auftraggeber, sie hätten mit den Unternehmen viele „Probleme gehabt“ genügt nicht.

3.3. Angemessenheit des Preises

Auf ein Angebot mit einem unangemessen hohen oder niedrigen Preis darf der Zuschlag nicht erteilt werden, § 25 Nr. 3 Abs. 1 VOB/A.

Unangemessen hohe Angebote sind in der dritten Wertungsstufe auszuschließen.

Unangemessen niedrige Angebote müssen durch Aufklärung gem. § 25 Nr. 3 Abs. 2 VOB/B geklärt werden.

Es reicht für den Ausschluss nicht aus, wenn ein Angebot lediglich nicht auskömmlich ist. Es muss darüber hinaus erwartet werden, dass der Bieter wegen des Missverhältnisses in so große wirtschaftliche Schwierigkeiten gerät, dass er den Auftrag nicht oder nicht ordnungsgemäß durchführen kann. Erforderlich ist also:

- ein offensichtliches Missverhältnis und
- keine Erwartung einer ordnungsgemäßen Ausführung

TIPP:

Die Vergabestelle hat zu dokumentieren, welche Angebotspreise unangemessen hoch oder niedrig erscheinen. Dabei ist anzuführen, was der Auftraggeber zur Aufklärung der Preise unternommen hat und zu welchem Ergebnis dies geführt hat einschließlich deren Begründung.

3.4. Auswahl des wirtschaftlichsten Angebots

In die engere Wahl kommen nur solche Angebote gem. § 25 Nr. 3 Abs. 3 Satz 1 VOB/A, die unter Berücksichtigung eines rationellen Baubetriebs und sparsamer Wirtschaftsführung eine einwandfreie Ausführung einschließlich Gewährleistung erwarten lassen.

Unter diesen Angeboten ist gem. § 25 Nr. 3 Abs. 3 Satz 2 VOB/A das wirtschaftlichste Angebot auszuwählen. Das wirtschaftlichste Angebot ist exakt anhand der in der Bekanntmachung oder den Verdingungsunterlagen genannten Kriterien (nicht mehr und nicht weniger!) zu ermitteln.

Der niedrigste Preis ist dabei gem. § 25 Nr. 3 Abs. 3 Satz 3 VOB/A nicht allein entscheidend.

Die Vergabestellen vergeben sich hier häufig selbst die Chance, die Kriterien vorzugeben. Fehlt es an Kriterien und stimmen die eingereichten Angebote inhaltlich überein, kommt es letztendlich trotz der Formulierung auf den niedrigsten Preis an. Auftraggeber können also in der Ausschreibung durchaus eine Bewertungsmatrix (Wertungskriterien mit ihrer Gewichtung) vorgeben. Falls sie derartige Kriterien vorgeben, sind sie bei der Wertung an diese gebunden (Selbstbindung).

TIPP:

Die Vergabestelle muss die Werte und Kriterien darlegen (Bewertungsmatrix, Wertungskriterien mit ihrer Gewichtung etc.) und dokumentieren.

4. 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.

Diese „Todsünden“ sind insbesondere:

4.1. 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.

4.2. 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!

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.

4.3. 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.

4.3.1. Typenangaben

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

4.3.2. Mischkalkulation

Bekannter, aber dennoch Quelle stetiger Fehler, ist die 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 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.

4.3.3. Nachunternehmer

Ein weiterer Fehler ist es, dass viele Bieter die geforderten Angaben zum **Nachunternehmerereinsatz** überhaupt nicht oder unzureichend ausfüllen. Für viele Bieter stellt sich das Problem, dass sie zum Zeitpunkt des Antrags die Nachunternehmer einzelner Gewerke bzw. einzelner Teilleistungen noch nicht festlegen wollen oder gar können.

Beispiel:

Ein Bieter gibt die geforderte Erklärung nicht ab. Er macht keine Angaben zum Nachunternehmer bzw. unzureichende Angaben.

Ergebnis:

Zwingender Ausschluss, weil geforderte Erklärung nicht abgegeben.

VK Bund IBR 2004, 583

Die Erklärungen zum Nachunternehmereinsatz sind für die Eignungsprüfung erheblich. Dementsprechend müssen Angebote mit unzureichenden oder mehrdeutigen Angaben und Widersprüchen nach der Rechtsprechung zwingend von der Wertung ausgeschlossen werden. Argument ist, dass aus Gründen der Transparenz und Gleichbehandlung nur im Falle von Zweifeln bei der Auslegung von Nachunternehmererklärungen anhand des objektiven Empfängerhorizontes ein Aufklärungsgespräch der Vergabestelle mit dem einzelnen Bieter möglich ist. Nur in diesem engen Ausnahmefall hat der Bieter noch eine Chance.

TIPP:

Es steht fest, dass unterbliebene oder nicht rechtzeitige Vorlage zwingend geforderter Eignungsnachweise zwangsläufig den Ausschluss des betroffenen Angebots nach sich ziehen. Mit dem Argument einer Gleichbehandlung gegenüber allen Bietern ist die Vergabestelle zum Ausschluss gezwungen. Eine Gleichbehandlung ist nur zu erreichen, wenn alle Bieter an den gleichen Vorgaben und damit den gleichen geforderten Nachweisen gemessen werden.

4.3.4. Nachweise für Eignung

Eine weitere Fehlerquelle ist es, dass im Rahmen der Eignungsprüfung von den Bietern zum Nachweis ihrer Eignung Angaben über die Eintragung in das Berufsregister ihres Sitzes oder Wohnsitzes gefordert werden. Diese **Nachweise zum Geschäftsbetrieb** sind für öffentliche Auftraggeber wichtig, da sie vor Zuschlagserteilung feststellen müssen, ob das sich bewerbende Unternehmen zur Ausführung der ausgeschriebenen Leistungen nach den gewerblichen Bestimmungen berechtigt ist. Als Nachweis ist für den Baubereich die Eintragung entweder in das Handelsregister oder die Handwerksrolle und das Mitgliederverzeichnis der IHK, bezogen auf das zu vergebende Gewerk bzw. die zu vergebenden Gewerke, im allgemeinen maßgebend. Um sicher zu stellen, dass die Angaben noch zutreffend sind, wird vom Bieter zumeist ein aktueller Auszug aus dem Berufsregister gefordert.

Die Bieter sollten sich im Zusammenhang mit den Anforderungen für den Nachweis immer den Sinn und Zweck des Nachweises vergegenwärtigen. Es kommt häufig vor, dass ein Nachweis älteren Datums beigefügt wird. Während früher hier die Vergabestelle häufig noch großzügig war, hat sich auch hier die Sachlage im Zuge der formalistischen Rechtsprechung des BGH verschärft. Der Bieter muss daher darauf achten, dass sich aus dem von ihm als Nachweis für das Berufsregister eingereichten Unterlagen die Eignung für die ausgeschriebene Leistung ergibt.

Beispiel:

Ein Bieter wird aufgefordert, entsprechende Nachweise zum Geschäftsbetrieb zu liefern. Der Bieter liefert von Mutter- bzw. Schwesterunternehmen entsprechende Nachweise, nicht aber vom eigenen Unternehmen.

Ergebnis:

Zwingender Ausschluss, weil der Nachweis nicht zum Geschäftsbetrieb des Bieters erfolgt ist.

VK Nordbayern, Beschl. v. 15.06.2003 – 320.VK-3194-15/01

TIPP:

Bietern ist anzuraten, die Eignungsnachweise des eigenen Unternehmens vorzulegen sowie die geforderten Nachweise in aktueller Form und rechtzeitig vorzulegen. Evtl. entschärft sich die Problematik, sofern der Bieter zu den requalifizierten Unternehmen gehört.

4.4. 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.

5. Musterschreiben für Bieter

Nachfolgend sollen eine Reihe von Hilfestellungen gegeben werden, da häufig viele Bieter gar nicht oder unzureichend während der Vergabe handeln.

5.1. Auskunftsverlangen des Bieters

| MUSTER: AUSKUNFT DES BIETERS | |
|---|------------|
| Bieter bzw. BieterARGE, Adresse | |
| An den Auftraggeber | |
| Vorab per Telefax: | |
| | Datum..... |
| Eilt! Bitte sofort vorlegen! | |
| Bezeichnung des Ausschreibungsvorhabens | |
| Vergabenummer: | |
| Hier: Sachdienliche Auskünfte | |
| Sehr geehrte Damen und Herren, | |
| im Rahmen der Vorbereitung des Angebots sind wir auf einige offene Punkte gestoßen, um deren Klärung wir Sie hiermit bitten: <i>(Konkret unter Bezugnahme auf Positionen)</i> | |
| Beispiel: | |
| 1. Bei Pos. 2 des LV wird auf ein Bodengutachten verwiesen, das den Vergabeunterlagen nicht beigefügt wurde. Wir bitten um Übersendung. | |
| 2. In LV-Pos. haben Sie das Leitfabrikat ohne den Zusatz „oder gleichwertig“ vorgegeben. Wollen Sie das Leitfabrikat verlangen, obwohl es eine Reihe technisch völlig gleichwertiger Alternativprodukte gibt. | |
| 3. | |
| Wir bitten um die schnellstmögliche Übersendung der erforderlichen Informationen. | |
| <i>Alternativer Zusatz:</i> | |
| Um eine sorgfältige Angebotserstellung zu ermöglichen, bitten wir Sie zugleich, die Angebotsfrist angemessen zu verlängern. | |
| Mit freundlichen Grüßen | |
| Unterschrift | |

ANMERKUNGEN:**Anwendungsbereich:**

Der Bieter hat einen Anspruch darauf, dass der Auftraggeber Defizite seiner Vergabeunterlagen beseitigt und dadurch die ordnungsgemäße Angebotskalkulation ermöglicht wird. Sobald der Bieter Unklarheiten oder sogar Unrichtigkeiten in den Verdingungsunterlagen oder sonstigen Vorgaben des Auftraggebers erkennt, sollte er sofort deren Klärung herbeiführen – d.h. unbedingt noch während der Angebotsfrist. Im Auftragsfall gehen alle Unzulänglichkeiten, die in der Vergabephase erkennbar waren, zu Lasten des Bieters.

Unzulässiger Vorbehalt im Angebot:

Unklarheiten der Ausschreibungsunterlagen können rechtssicher nicht durch einen Vorbehalt im Anschreiben ausgeräumt werden. Der Vorbehalt im Anschreiben stellt eine unzulässige Abänderung der Vergabeunterlagen dar. Sie führt zum Ausschluss des Bieters.

Rüge bei ergebnislosem Aufklärungsverlangen:

Wenn der Auftraggeber die vom Bieter in der Angebotsphase gestellten Fragen nicht beantwortet, sollte der Bieter den Ausschreibungsfehler einer unzulänglichen Leistungsbeschreibung unbedingt noch in der Angebotsfrist als vergabefehlerhaft rügen; anderenfalls besteht die Gefahr, im Falle einer Nachprüfung mit diesem Punkt ausgeschlossen zu sein, obwohl die Ausschreibung vergaberechtswidrig war.

Fristen:

Unabhängig von den Mindestfristen (§§ 18, 18a, 18b VOB/A, § 9 VOB/A-SKR) muss die Angebotsfrist stets zur sorgfältigen Erstellung eines ordnungsgemäßen Angebotes ausreichen. Wenn mit den Auskünften des Auftraggebers wesentliche Abänderungen der Vergabeunterlagen verbunden sind, kann daher die gleichzeitige Verlängerung der Angebotsfrist für die Bieter erforderlich werden.

5.2. Rüge des Bieters

| MUSTER: RÜGE DES BIETERS | |
|---|--|
| <p>Bieter bzw. BieterARGE, Adresse</p> <p>An den Auftraggeber</p> <p>Vorab per Telefax:</p> <p style="text-align: right;">Datum</p> <p>Bezeichnung des Ausschreibungsvorhabens Vergabenummer: Hier: Rüge gem. § <u>107</u> Abs. <u>3</u> GWB</p> <p>Sehr geehrte Damen und Herren,</p> <p>als Teilnehmer am vorstehend genannten Ausschreibungsverfahren sind wir an einer ordnungsgemäßen Vergabe interessiert. Aus Ihrem Schreiben vom ... geht hervor, dass Sie beabsichtigen, nicht unserem Angebot, sondern dem Angebot von ... den Zuschlag zu erteilen. Dieses Vorgehen ist vergebefehlerhaft. Wir erheben hiermit folgende</p> <p style="text-align: center;">Rügen:</p> <p>1. Die beabsichtigte Zuschlagserteilung verstößt gegen die Vorschriften über einen fairen Wettbewerb im Vergabeverfahren, weil <i>(konkrete Darstellung des betreffenden Sachverhalts)</i></p> <p>2. <i>(weitere Verstöße darstellen)</i></p> <p>Wir fordern Sie auf, den gerügten Verstößen bis</p> <p style="text-align: center;">zum ... (Datum)</p> <p>abzuhelfen. Anderenfalls sehen wir uns zur Wahrung unserer Rechte gezwungen, umgehend Nachprüfungsantrag bei der Vergabekammer einzureichen.</p> <p>Mit freundlichen Grüßen</p> <p>Unterschrift</p> <p>Empfangsbestätigung per Telefax zurück: <i>(eigene Telefaxnummer)</i></p> <p>Hiermit bestätigen wir den Empfang des Schreibens.</p> <p>_____</p> <p>Datum _____ Unterschrift</p> | |

ANMERKUNGEN:**Anwendungsbereich:**

Bei Vergaben oberhalb der Schwellenwerte haben die Verfahrensteilnehmer Verstöße gegen die Vergabevorschriften gegenüber dem Auftraggeber anzuzeigen (Rügeobliegenheit). Erfolgt die Rüge nicht oder nicht ordnungsgemäß, so verliert der Antragsteller die Durchsetzungsmöglichkeit im Rechtsschutz; ein entsprechender Nachprüfungsantrag ist unzulässig (Präklusion).

Teilweise sehen die Landesvergabegesetze auch für Verfahren unterhalb der Schwellenwerte vergleichbare Anzeigepflichten zur Rechtswahrung vor.

Absender:

Absender der Rüge ist der Teilnehmer an der Vergabe. Schließen sich mehrere Unternehmen zu einer ARGE für das Vergabeverfahren zusammen, so hat die Rüge auch gemeinschaftlich zu erfolgen.

Die Rüge kann auch durch einen Bevollmächtigten (z.B. Rechtsanwalt) erfolgen; das Vorliegen einer entsprechenden Vollmacht ist nachzuweisen.

Adressat:

Die Rüge muss zwingend gegenüber dem Auftraggeber erklärt werden. Es reicht nicht aus, Fehler gegenüber mit der Durchführung des Vergabeverfahrens beauftragten Planungs- oder Beratungsbüros anzuzeigen.

Inhalt:

Die Rüge muss den angeblichen Verstoß bezeichnen und die Aufforderung an den Auftraggeber enthalten, den Verstoß zu beseitigen. Dabei ist es nicht notwendig, dass die verletzen Normen bezeichnet werden. Vielmehr hat aus dem Inhalt der Rüge hervorzugehen, welches Handeln des Auftraggebers beanstandet wird und warum dies die Rechtsposition des Rügenden im Verfahren beeinträchtigt.

Strittig ist die Rechtsprechung, ob mit der Rüge bereits für den Fall der Nichtabhilfe angezeigt werden muss, dass Rechtsschutz vor der Vergabekammer eingeleitet werden wird. Vorsorglich sollte dies angedroht werden.

Form und Frist:

Die Rügeobliegenheit enthält keine Formvorgaben. Der Bieter hat dafür Sorge zu tragen, dass seine Rüge dem Auftraggeber auch zugeht, um diesem die Möglichkeit der Abhilfe der gerügten Verstöße überhaupt zu ermöglichen. Eine ausdrückliche Frist ist für die Rüge nicht vorgesehen. Vielmehr hat der Unternehmer **unverzüglich** zu rügen. Nach der Legaldefinition des § **121** Abs. **1** S. **2** BGB hat die Anzeige ohne schuldhaftes Zögern zu erfolgen. Wann ein schuldhaftes Zögern vorliegt, ist für den jeweiligen Einzelfall festzustellen. Die Rechtsprechung variiert hierzu erheblich in den verschiedenen oberlandesgerichtlichen Bezirken.

Bekanntmachungsfehler:

Bekanntmachungsfehler sind spätestens bis zum Ablauf der in der Bekanntmachung genannten Bewerbungs- bzw. Angebotsfrist gegenüber dem Auftraggeber zu rügen. Das bedeutet jedoch nicht, dass sich der Bieter bis kurz vor Fristablauf mit der Rüge „Zeit lassen kann“. Es gilt auch hier unverzüglicher Handlungsbedarf ab Erkennen eines Vergabefehlers. § **107** Abs. **3** S. **2** GWB ist insoweit als maximale Ausschlussfrist ausgestaltet.

5.3. Nachprüfungsantrag des Bieters

| MUSTER: NACHPRÜFUNGSANTRAG | |
|--|---------------------|
| An die Vergabekammer | |
| Vorab per Telefax: | |
| | Datum |
| Eilt! Bitte sofort vorlegen! Zuschlagserteilung steht unmittelbar bevor! | |
| Antrag auf Durchführung eines Nachprüfungsverfahrens | |
| | - Antragstellerin - |
| gegen | |
| | - Antragsgegnerin - |
| BETREFF: <i>(konkretes Bauvorhaben)</i> | |
| Vergabenummer: | |
| Die Antragstellerin stellt folgende A n t r ä g e : | |
| <ol style="list-style-type: none"> 1. Ein Vergabenachprüfungsverfahren wird eingeleitet. 2. Den vorliegenden Vergabenachprüfungsantrag sofort der Antragsgegnerin zuzustellen. 3. Der Antragstellerin die Einsichtnahme in die Vergabeakten gem. § 111 GWB zu gewähren. 4. Die Antragsgegnerin zu verpflichten, die Angebotswertung zur Vergabe des Auftrages Nr. (...) bezüglich des Bauvorhabens (...) unter Einbezug des Angebots der Antragstellerin vom (...) zu wiederholen. | |
| Voraussichtliche Zuschlagserteilung am: | |
| Ein Kostenvorschuss in Höhe der Gebühr von € haben wir eingezahlt. | |
| <u>B e w e i s</u>: Einzahlungsbeleg, vorgelegt in Kopie als Anlage ASt 1 | |

Begründung:

1. Sachverhalt

Die Antragsgegnerin schrieb im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften vom ... das nachfolgende Bauvorhaben aus. Schlusstermin für den Eingang der Angebote war am

Beweis: Bekanntmachung im Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaft vom ... unter der Nummer, vorgelegt in Kopie als Anlage ASt 2

Die Antragstellerin gab mit Datum vom ... fristgerecht ein ordnungsgemäßes und wirtschaftliches Angebot ab.

Beweis: Angebot der Antragstellerin vom ..., vorgelegt in Kopie als Anlage ASt 3

Nach dem Submissionsspiegel vom ... gab die Antragstellerin das preislich günstigste Angebot ab.

Beweis: Submissionsspiegel vom ..., vorgelegt in Kopie als Anlage ASt 4

Mit Telefax vom ... informierte die Antragsgegnerin die Antragstellerin im Wege der Vorabinformation nach § 13 VgV darüber, dass die Antragstellerin nicht den Zuschlag erhalten werde. Die Antragsgegnerin beabsichtigt vielmehr, den Zuschlag auf das Nebenangebot der (*Bieter benennen*) zu erteilen.

Beweis: Vorabinformation der Antragsgegnerin vom ..., vorgelegt in Kopie als Anlage ASt 5

Bereits am nach Erhalt der Vorabinformation gemäß § 13 VgV rügte die Antragstellerin mit Telefax vom ... die Wertungsentscheidung als vergaberechtswidrig.

Sie forderte die Antragsgegnerin dazu auf, das Angebot der ... nicht zu berücksichtigen und den Zuschlag auf das wirtschaftlichste Angebot zu erteilen.

Beweis: Rügeschreiben der Antragstellerin vom ..., vorgelegt in Kopie als Anlage ASt 6

Die Antragsgegnerin hat die Rüge mit Telefax vom ... zurückgewiesen.

Beweis: Schreiben der Antragsgegnerin vom ..., vorgelegt in Kopie als Anlage ASt 7

Ein Zuschlag wurde bisher noch nicht erteilt, steht aber aufgrund der in Kürze ablaufenden 14-tägigen Vorabinformationsfrist unmittelbar bevor.

2. Rechtliche Würdigung

2.1. Zulässigkeit

Der Nachprüfungsantrag ist zulässig.

Die Antragsgegnerin ist öffentlicher Auftraggeber. Ein öffentlicher Auftrag i. S. des § 99 Abs. 1 und 3 GWB liegt vor. Denn die Antragsgegnerin bezweckt mit dem vorliegenden Vergabeverfahren, einen entgeltlichen Vertrag über eine Bauleistung zu schließen.

Die Antragstellerin ist gemäß § 107 Abs. 2 GWB antragsbefugt. Das Interesse am Auftrag ergibt sich daraus, dass sie sich mit einem Angebot am Wettbewerb beteiligt.

Die Antragstellerin macht zudem geltend, durch Nichtbeachtung von Vergabevorschriften in ihren Rechten verletzt zu sein.

Der Antragstellerin droht infolge der gerügten Vergaberechtsverletzung ein erheblicher wirtschaftlicher Schaden. Denn bei rechtmäßiger Verfahrensführung hat sie aufgrund des Submissionsergebnisses gute Aussichten auf den Erhalt des Zuschlags.

Die Antragstellerin hat die Verletzung der Vergabevorschriften unverzüglich nach Kenntniserlangung gemäß § 107 Abs. 3 GWB gegenüber der Antragsgegnerin gerügt.

Die Vergabekammer ist für den Antrag sachlich und örtlich zuständig. Die Antragsgegnerin hat ihren Sitz im Zuständigkeitsbereich der angerufenen Vergabekammer. Das Auftragsvolumen überschreitet den für Bauleistungen maßgeblichen Schwellenwert.

2.2. Begründetheit

Der Nachprüfungsantrag ist begründet. Denn zwingende Verfahrensvorschriften und -rechte werden hier zu Lasten der Antragstellerin verletzt.

Gem. § 97 GWB sind eine Reihe von Grundsätzen und Prinzipien des Vergaberechts festgeschrieben:

- Vergabe im Wettbewerb, Transparenz des Vergabeverfahrens (§ 97 Abs. 1 GWB)
- Gleichbehandlungsgrundsatz, Diskriminierungsverbot (§ 97 Abs. 2 GWB)
- Berücksichtigung mittelständischer Interessen (§ 97 Abs. 3 GWB)
- Vergabe nur an fachkundige, leistungsfähige und zuverlässige Unternehmen, Verbot vergabefremder Regelungen (§ 97 Abs. 4 GWB)
- Zuschlagserteilung auf das wirtschaftlichste Angebot (§ 97 Abs. 5 GWB)
- Anspruch auf Einhaltung der Vergaberegeln (§ 97 Abs. 7 GWB)

Im vorliegenden Vergabeverfahren wurden folgende Grundsätze bzw. Vorschriften verletzt:
(konkret näher die einzelnen Punkte ausführen)

Durch die geltend gemachten Verletzungen der Vergabevorschriften droht der Antragstellerin ein Schaden. Sie hat mit erheblichem Aufwand an dem Verfahren mitgewirkt und ein formgerechtes und wirtschaftliches Angebot abgegeben. Sie durfte bei korrekter Wertung ihres Angebots damit rechnen, den Zuschlag zu erhalten.

.....
Unterschrift Antragstellerin

ANMERKUNGEN:

**Notwendige Inhalte des Antrags auf Durchführung eines
Nachprüfungsverfahrens zur Vergabekammer**

1. Schriftliche Erläuterung eines bestimmten Begehrens (§ 108 Abs. 1 GWB)
2. Darlegung des Interesses am Auftrag (§ 107 Abs. 2 GWB)
3. Darlegung der rechtzeitigen Rüge gegenüber dem Auftraggeber (§ 107 Abs. 3; § 108 Abs. 2 GWB)
4. Darlegung des Schadens (§ 107 Abs. 2 GWB)
5. Beschreibung der behaupteten Rechtsverletzung mit Sachverhaltsdarstellung (§ 108 Abs. 2 GWB)
6. Bezeichnung der verfügbaren Beweismittel (§ 108 Abs. 2 GWB)
7. Bezeichnung des Antragsgegners (§ 108 Abs. 2 GWB)
8. Benennung der sonstigen Beteiligten (§ 108 Abs. 2 GWB)
9. Benennung eines Empfangsbevollmächtigten (§ 108 Abs. 1 GWB)

Anwendungsbereich:**EU-Vergaberecht:**

Bei der Vergabe von öffentlichen Aufträgen oberhalb der Schwellenwerte haben die Verfahrensteilnehmer einen Anspruch darauf, dass der öffentliche Auftraggeber die Bestimmungen über das Vergabeverfahren beachtet. Zur Absicherung dieser Rechte kann bei der zuständigen Vergabekammer ein Antrag auf Nachprüfung des betreffenden Vergabeverfahrens gestellt werden. Sofern der Antrag nicht offensichtlich unzulässig oder unbegründet ist, wird die Vergabekammer den Antrag an den Auftraggeber zustellen und ein Zuschlagsverbot erlassen. Um eine rechtzeitige Einleitung des Nachprüfungsverfahrens zu ermöglichen, ist der Auftraggeber 14 Tage vor Zuschlagserteilung dazu verpflichtet, die Bieter, die nicht berücksichtigt werden sollen, vorab zu informieren.

Laufendes Vergabeverfahren:

Der Nachprüfungsantrag ist nur während eines laufenden Vergabeverfahrens statthaft. Das Vergabeverfahren endet mit der Zuschlagserteilung. Da die Vergabekammer einen bereits erteilten Zuschlag nicht aufheben kann, ist ein später eingeleitetes Nachprüfungsverfahren unzulässig.

Etwas anderes gilt nur dann, wenn der öffentliche Auftraggeber den Zuschlag ohne vorherige Vorabinformation oder vor Ablauf der 14-Tages-Frist erteilt hat. Denn ein auf diese Weise zustande gekommener Vertrag ist nichtig.

Richtiger Antragsteller:

Antragsteller kann grundsätzlich jedes Unternehmen sein, das ein Interesse am Auftrag hat. Bei Teilnahme als Bieter am Vergabeverfahren ist davon auszugehen.

Sofern ausnahmsweise rechtswidrig kein Vergabeverfahren durchgeführt wurde (de-facto-Vergabe), besteht ein Interesse am Auftrag auch bei sämtlichen potenziellen Unternehmen, die am Vergabeverfahren teilgenommen hätten.

Bieter-ARGE:

Schließen sich mehrere Unternehmen zu einer Bietergemeinschaft zusammen, muss der Nachprüfungsantrag grundsätzlich gemeinschaftlich oder durch ein bevollmächtigtes Mitglied der Gemeinschaft erfolgen. Der Nachprüfungsantrag kann durch einen bevollmächtigten Dritten (bspw. Rechtsanwalt) oder den Antragsteller selbst gestellt werden.

Antragsziel:

Der Nachprüfungsantrag soll ein bestimmtes Antragsbegehren enthalten, das auf die Beseitigung der behaupteten Rechtsverletzung gerichtet ist. Die Ausformulierung eines bestimmten Antrags ist nicht zwingend. Es reicht aus, dass sich aus dem Vorbringen des Antragstellers ein bestimmtes Antragsziel ergibt. Das Antragsziel kann etwa dadurch erreicht werden, dass die Vergabekammer dem Antragsgegner ein bestimmtes Verhalten aufgibt oder bestimmte Verhaltensweisen untersagt. Selbst wenn ein bestimmtes Antragsziel ausdrücklich formuliert wird, ist die Vergabekammer hieran nicht gebunden. Sie kann unabhängig davon durch andere geeignete Maßnahmen auf die Rechtmäßigkeit des Vergabeverfahrens hinwirken.

Antragsgegner und Beigeladene:

Antragsgegner ist der öffentliche Auftraggeber; dieser ist in der Begründung zum Nachprüfungsantrag zu benennen. Unternehmen, deren Interessen durch die Entscheidung schwerwiegend berührt werden, werden von der Vergabekammer beigeladen. Die beizuladenden Unternehmen sollen vom Antragsteller - soweit bekannt - in der Begründung des Nachprüfungsantrags ebenfalls genannt werden. Dies ist meist der Bieter, der den Auftrag erhalten soll.

Rügeobliegenheit:

Der Antragsteller muss in der Begründung des Nachprüfungsantrags darlegen, dass er den Vergabefehler zuvor gegenüber dem Auftraggeber unverzüglich gerügt hat.

Form und Frist:

Der Nachprüfungsantrag ist in deutscher Sprache bei der Vergabekammer schriftlich einzureichen. Die Übermittlung kann auch per Telefax erfolgen. Eine bestimmte Frist für die Einreichung des Nachprüfungsantrags gibt es nicht. Allerdings ist ein nach Zuschlagserteilung eingereichter Nachprüfungsantrag grundsätzlich unzulässig.

Beschreibung der Rechtsverletzung:

Die **Begründung** muss eine Beschreibung der behaupteten Rechtsverletzung mit Sachverhaltsdarstellung enthalten. Es ist nicht erforderlich, die konkret verletzte Vergabevorschrift im Einzelnen zu benennen und rechtlich zu würdigen. Es reicht vielmehr aus, dass die behauptete Rechtsverletzung zumindest nach der laienhaften Darstellung des Antragstellers ansatzweise erkennbar ist.

Der Antragsteller muss eine **Verletzung in seinen Rechten** geltend machen. Subjektive Bieterrechte in diesem Sinne gewähren neben den allgemeinen Vergabeprinzipien insbesondere die Vorschriften der Verdingungsordnungen (VOB/A), die aufgrund gesetzlicher Verweisung Rechtssatzqualität besitzen.

Der Antragsteller muss zudem darlegen, dass ihm durch die behauptete Rechtsverletzung ein **Schaden** entstanden ist oder zu entstehen droht. Die Möglichkeit eines Schadenseintritts reicht hierbei aus. Das Angebot des Antragstellers muss bei ordnungsgemäßem Vergabeverfahren insofern zumindest eine Chance auf Berücksichtigung gehabt haben.

Bezeichnung der verfügbaren Beweismittel:

In der Begründung sind die verfügbaren Beweismittel zu bezeichnen. Zulässige Beweismittel sind nicht nur alle in Betracht kommenden Schriftstücke (insbesondere mit Bezug zum Vergabeverfahren), sondern etwa auch die Benennung von Zeugen, die Vorlage eidesstattlicher Versicherungen oder die Einholung eines Sachverständigengutachtens.

Zeitpunkt der Begründung:

Die Begründung kann nach Einlegung des Nachprüfungsantrags auch unverzüglich nachgereicht werden. Wenn die Zuschlagserteilung unmittelbar bevorsteht, empfiehlt es sich jedoch, die Begründung unmittelbar mit dem Nachprüfungsantrag zu verbinden. Denn nur so kann die Vergabekammer umgehend prüfen, ob der Antrag nicht offensichtlich unzulässig oder unbegründet ist. Dies ist nämlich Voraussetzung dafür, dass der Nachprüfungsantrag beim Auftraggeber zugestellt wird und damit das Zuschlagsverbot eintritt.

Zuständigkeit und Verfahren:

Die Zuständigkeit der Vergabekammer richtet sich grundsätzlich nach dem Sitz des öffentlichen Auftraggebers. Für Auftragsvergaben des Bundes sind die Vergabekammern des Bundes beim Bundeskartellamt zuständig. Die Anschrift der zuständigen Vergabekammer ergibt sich regelmäßig aus der Vergabebekanntmachung und den Vergabeunterlagen. Es ist dennoch empfehlenswert, diese Angaben vor Einreichung des Nachprüfungsantrags zu prüfen. Denn ein Nachprüfungsantrag, der an eine unzuständige Vergabekammer gerichtet ist, ist in jedem Fall unzulässig, selbst wenn die betreffende Vergabekammer in der Bekanntmachung oder den Vergabeunterlagen fehlerhaft als zuständig bezeichnet wird.

Kostenvorschuss:

Nachprüfungsverfahren sind gebührenpflichtig. Es ist empfehlenswert, rechtzeitig vor Einleitung des Nachprüfungsverfahrens bei der zuständigen Vergabekammer Erkundigungen einzuholen, ob und in welcher Höhe ein Kostenvorschuss für die Zustellung des Nachprüfungsantrags gefordert wird. Ansonsten wird der Antrag in der Regel nicht zugestellt.

Bei den Vergabekammer des Bundes beträgt die Mindestgebühr nach der einschlägigen Gebührentabelle 2.500,00 €. Sofern mit dem Nachprüfungsantrag gleichzeitig ein Kostenvorschuss für das Nachprüfungsverfahren eingezahlt werden muss, sollte die Zahlung durch Übergabe des Einzahlungsbelegs nachgewiesen werden.

Die Kosten des Verfahrens trägt im Endeffekt derjenige, der als Beteiligter im Nachprüfungsverfahren unterliegt, ggf. findet eine spätere Kostenerstattung statt.

Akteneinsicht:

Die Verfahrensbeteiligten haben ein Recht auf Einsicht in die Vergabeakten. Sie können sich auf ihre Kosten von der Geschäftsstelle der Vergabekammer Ausfertigungen, Auszüge und Abschriften erteilen lassen. Dem Antragsteller steht ein Akteneinsichtsrecht bei unzulässigem Nachprüfungsantrag nicht oder nur in dem Umfang zu, in dem die Vergabeakten zur Beantwortung der Zulässigkeitsfrage eingesehen werden müssen.

Im Übrigen versagt die Vergabekammer die Akteneinsicht, soweit dies aus wichtigen Gründen, insbesondere des Geheimschutzes oder Wahrung von Fabrikations-, Betriebs- oder Geschäftsgeheimnissen geboten ist.

Die Vergabekammer hat insofern zwischen den schutzwürdigen Geheimhaltungsinteressen und den Belangen eines wirksamen Nachprüfungsverfahrens abzuwägen.

6. Zusammenfassung

Die vorstehenden Ausführungen zeigen, dass das Vergabeverfahren sehr stark strukturiert ist. Letztlich handelt es sich bei dem gesamten Vergabeverfahren nur um eine besondere Form des Abschlusses eines Bauvertrages. Mit Hilfe der VOB/A soll aus einer Vielzahl von Angeboten unter Einhaltung einer Reihe von Grundsätzen das wirtschaftlichste Angebot herausgefiltert werden. Auf dieses wirtschaftliche Angebot will die Vergabestelle ihren Zuschlag erteilen.

Um eine weitgehende Gleichbehandlung zu erreichen, ist es unabdingbar, dass die entsprechenden Angebote vergleichbar sind. Diese Vergleichbarkeit wird letztlich mit sehr formalistischen Kriterien erzwungen, um eine Vergleichbarkeit zu garantieren.

Dies mag man kritisieren, letztendlich sind es die Spielregeln der Vergabe. Wer sich an die Spielregeln nicht hält, wird keinen Auftrag erhalten.

Den Ausführungen kann auch entnommen werden, dass, wenn sich die Vergabestelle selbst nicht an Spielregeln hält, der Bieter gefordert ist. Dieser muss rechtzeitig reagieren und darf keinesfalls „Unklarheiten oder Fehler der Vergabestelle aussitzen“.

Hierzu muss er sich frühzeitig der genannten Instrumente eines Auskunftsverlangens, einer Rüge und gegebenenfalls eines Nachprüfungsantrags (oberhalb der Schwellenwerte) bedienen.