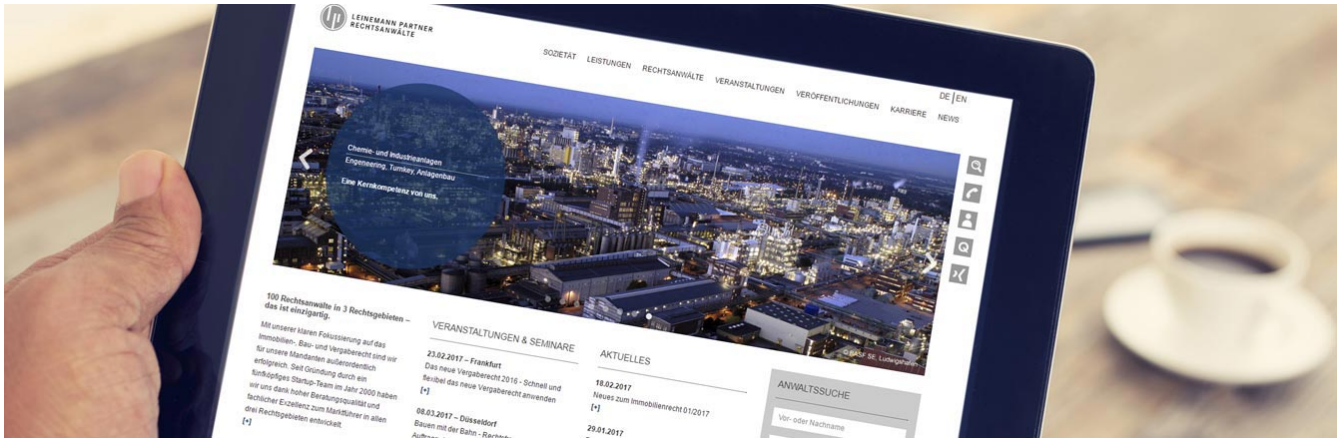
LEINEMANN PARTNER
RECHTSANWÄLTE

Neues zum Vergaberecht 03/2020



Liebe Leserinnen und Leser,

wir freuen uns, Ihnen die dritte Ausgabe unseres Newsletters „Neues zum Vergaberecht“ präsentieren zu dürfen.

Auch in dieser Ausgabe haben wir uns bemüht, eine für die Beratungspraxis relevante Auswahl an Entscheidungen zu treffen, um Sie über die aktuellen Entwicklungen schnelllebigen Vergabegeschäft informiert zu halten.

Hervorzuheben ist in dieser Ausgabe die Entscheidung des BGH (Urteil vom 03.6.2020 - XIII ZR 22/19), die sich mit der Frage eines Interessenkonflikts aufgrund familiärer Beziehungen befasst. Ebenso interessant – gerade aus Sicht der Auftraggeber – sind die Corona-Erleichterungen im Unterschwellenbereich bei Bundesvergaben, die die Wertgrenzen für vermeintlich „unbürokratischere“ Verfahren, deutlich verschieben. Bieter sollten hingegen vor allem die Entscheidung der VK Bund (Beschluss vom 28.05.2020 - VK 1-34/20) kennen, die den taktischen Möglichkeiten des Instruments der Bieterfrage klare Grenzen setzt. Mit dem „Klassiker“ des Widerspruchs in den Vergabeunterlagen befasst sich der letzte Beitrag zu einer Entscheidung der VK Bund (Beschluss vom 07.09.2020 - VK 1-68/20), sodass wir sicher sind, eine Auswahl getroffen zu haben, die unserer breit gefächerten Leserschaft gerecht wird.

Wir möchten Sie außerdem noch auf zwei Veranstaltungen hinweisen:

1. Am 20.10.2020 findet ein Online-Streitgespräch zum Thema "**Wettbewerb oder Formalismus. Wohin bewegt sich das Vergaberecht**" statt. Diskutanten sind Frau Dr. Mutschler-Siebert (K&L Gates) und Dr. Thomas Kirch (Leinemann Partner Rechtsanwälte).
2. Am 25.11.2020 findet ein Seminar zum Thema "**Nachträge und Bauzeit aus mangelhafter Ausschreibung - Ansprüche nach BGB-Bauvertragsrecht 2018 und VOB 2019**" statt. Referenten sind Prof. Dr. Ralf Leinemann, Jochen Lüders und Jarl-Hendrik Kues.

Wir wünschen viel Freude bei der Lektüre! Über Ihre Anregungen und Rückfragen freuen wir uns. Schreiben Sie uns unter: **vergaberecht@leinemann-partner.de**.

Mit den besten Grüßen aus Frankfurt

Jonas Deppenkemper

Themen

Prof. Dr. Ralf Leinemann, Berlin
Ehegatten bei Bieter und Vergabestelle: kein zwingender Ausschluss des Bieters

Sabrina Hißting, Frankfurt am Main
Öffentliche Vergaben in Corona-Zeiten - Handlungsleitlinien des BMWi für die Vergabe öffentlicher Aufträge infolge von COVID-19 als temporäre Erleichterung?!

Jonas Deppenkemper, Frankfurt am Main
Verständnisfrage oder Rüge „durch die Blume“? Ein feiner und mitunter verhängnisvoller Unterschied!

Timm Freiheit, Frankfurt am Main
Zurückversetzung wegen Widerspruch in Vergabeunterlagen (Zulassung von Nebenangeboten)

Prof. Dr. Ralf Leinemann, Berlin

Ehegatten bei Bieter und Vergabestelle: kein zwingender Ausschluss des Bieters

Ein Land als öffentlicher Auftraggeber kann einen Bieter nicht pauschal von allen Vergabeverfahren ausschließen, weil die zuständige Ministerin/Senatorin mit einem Mitarbeiter dieses Bieters verheiratet ist (BGH, Urteil vom 03.6.2020 - **XIII ZR 22/19**)

Sachverhalt

In Berlin kam Ende 2016 eine neue Senatorin für Umwelt und Verkehr ins Amt, deren Ehemann bei einem schon früher gelegentlich von diesem Ressort beauftragten Bieter tätig war, der wissenschaftliche Gutachten für den Senat erstellte. Daraufhin wurde durch hausinterne Mitteilung des Staatssekretärs an die Abteilungsleiter der Verwaltung mitgeteilt, dass zur Vermeidung eines Interessenkonflikts die Angebote dieses Bieters auszuschließen seien. Der Bieter sah dies als Vergabesperre an und klagte dagegen vor dem Landgericht, das der Klage stattgab. Das Kammergericht als Berufungsgericht wies die Klage jedoch ab, sodass nun der BGH als Revisionsinstanz zu entscheiden hatte.

Entscheidung

Der Bieter ist erfolgreich! Mit Urteil vom 3.6.2020 (**XIII ZR 22/19**) hebt der BGH die Vergabesperre auf, weil ein rechtswidriger Eingriff in den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb des klagenden Bieters vorliegt. Nur weil in Gesetzen oder Verordnungen keine Regelungen existieren, wie man gegen eine Vergabesperre vorgehen kann, bedeutet das nicht, dass es hier keinen Rechtsschutz gibt. Müsste erst ein Vergabeverfahren stattfinden, könnte der Rechtsschutz ausgehebelt werden, indem das betroffene Unternehmen gar nicht erst am Vergabeverfahren beteiligt wird. Deswegen ist der Rechtsweg zum Zivilgericht hier immer zulässig.

Durch Umsetzung der Weisung des Staatssekretärs innerhalb der Senatsverwaltung wird jede Geschäftstätigkeit des Bieters mit dieser Verwaltung verhindert, und zwar gerade auch für künftige Vergabeverfahren. Deshalb liegt ein rechtswidriger Eingriff in die Rechte dieses Unternehmens vor, der auch künftig fortbestehen wird.

Zwar ermöglicht §124 Abs. 1 Nr. 5 GWB den Ausschluss eines Bieters, wenn ein Interessenkonflikt bei der Durchführung des Vergabeverfahrens besteht, aber nur, wenn er durch weniger einschneidende Maßnahmen nicht effektiv beseitigt werden kann. Ehegatten sind hier (rechtlich) natürlich ein besonderes Problem: Ist ein Ehegatte eines Vergabestellen-Mitarbeiters bei einem Bieter entgeltlich beschäftigt, wird gem. § 6 Abs. 4 in Verbindung mit Abs. 3 Nr. 3a VgV vermutet,

dass ein Interessenkonflikt besteht. Es wird jedoch nicht angeordnet, dass dann der Bieter auszuschließen wäre, sondern grundsätzlich sieht § 6 Abs. 1 VgV nur ein Mitwirkungsverbot des beim öffentlichen Auftraggeber tätigen Ehegatten vor. Der Ausschluss eines Bieters ist somit nur letztes Mittel (Art. 57 Abs. 4 Unterabs. 1 e) RL 2014/24/EU). Der Auftraggeber muss daher aus Gründen der Verhältnismäßigkeit prüfen, ob der Konflikt nicht durch Anwendung einer milderen Maßnahme behoben werden kann.

Auch im vorliegenden Fall führt das nicht zum Ausschluss des Bieters, sondern dazu, dass die Beteiligung der Senatorin als Ehefrau eines Bieter-Mitarbeiters an all jenen Vergabeverfahren ihrer Senatsverwaltung ausgeschlossen werden muss, an denen der klagende Bieter beteiligt ist.

Praktische Hinweise

Interessenkonflikte zwischen Personen auf Seiten der Bieter und der Vergabestelle dürfen nicht schematisch zulasten des Bieters gelöst werden. Die Erwägungen des BGB zu einer allgemeinen Vergabesperre sind auch auf ein einzelnes Vergabeverfahren übertragbar. Es ist im Regelfall geboten, die den Konflikt auslösende Person im Bereich des öffentlichen Auftraggebers vollständig aus dem Vergabeverfahren herauszunehmen. Auf diese Weise wird der Wettbewerb nicht beeinträchtigt, denn alle potentiellen Bieter können auch weiterhin am Vergabeverfahren teilnehmen. Der Ausschluss eines Bieters würde demgegenüber den Wettbewerb verkleinern und hätte deutlich negativere Effekte.

Sabrina Hißting, Frankfurt am Main

Öffentliche Vergaben in Corona-Zeiten - Handlungsleitlinien des BMWi für die Vergabe öffentlicher Aufträge infolge von COVID-19 als temporäre Erleichterung?!

Die Pandemie hält die Welt und auch Deutschland weiterhin auf Trab und zieht wirtschaftlich und finanziell nicht abschätzbare Folgen mit sich. Mutmaßungen über eine „zweite Welle“ beherrschen den Alltag vieler Unternehmen und der öffentlichen Auftraggeber. Auch die öffentliche Beschaffung und die laufenden sowie beginnenden Vergabeverfahren müssen lernen mit den Folgen der COVID-19 Pandemie umgehen.

Das Bundesministerium für Wirtschaft und Energie (BMWi) erkannte die sich im Zuge der Corona-Krise stellenden Probleme und beschloss am 13.07.2020 ***„Handlungsleitlinien für die Bundesverwaltung für die Vergabe öffentlicher Aufträge zur Beschleunigung investiver Maßnahmen zur Bewältigung der wirtschaftlichen Folgen der COVID-19 Pandemie“***, welche am 14.07.2020 in Kraft getreten sind und bis zum 31.12.2021 für öffentliche Auftraggeber befristet Geltung erlangen.

Mit Erlass der Handlungsleitlinien sollten öffentliche Investitionsmaßnahmen dem wirtschaftlichen Einbruch schneller entgegenwirken können. Erklärtes und löbliches Ziel war, Start-ups, kleine/mittlere Unternehmen und Innovationen mit den staatlich zur Verfügung stehenden Fördermitteln zu unterstützen. So wurden insbesondere die Wertgrenzen und Vergabefristen (Teilnahme- und Angebotsfristen) für Vergaben im Unterschwellenbereich angepasst.

Zusammenfassend wurde im Bereich der „Unterschwellenvergabe“ beschlossen, dass Ausschreibungen von Liefer- und Dienstleistungsverträgen (abweichend von § 8 Abs. 2 S.2 UVgO) bis zu einem Auftragswert in Höhe von 100.000,00 EUR wahlweise im Rahmen von beschränkten Ausschreibungen oder Verhandlungsverfahren mit/ohne Teilnahmewettbewerb ohne Umsatzsteuer durchgeführt werden können. Zudem können Direktaufträge (abweichend zu § 14 UVgO) bis zu einem Auftragswert in Höhe von 3.000,00 EUR ohne Umsatzsteuer vergeben werden.

Bei den Leitlinien hinsichtlich der Vergabe von Bauaufträgen verhält es sich ähnlich. Hier können beschränkte Ausschreibungen ohne Teilnahmewettbewerb (abweichend von § 3a Abs. 1 S. 2 VOB/A) bis zu einem Auftragswert von 1.000.000,00 EUR ohne Umsatzsteuer vergeben werden. Ein freihändiges Verfahren ist (abweichend von § 3 a Abs. 1 S. 2 VOB/A) bis zu einem Auftragswert in Höhe von 100.000,00 EUR möglich. Direktaufträge können (abweichend von § 3 a Abs. 4 VOB/A) bis zu einem Auftragswert in Höhe von 5.000,00 EUR ohne Umsatzsteuer vergeben werden.

Zudem gilt es zu beachten, dass nach den Handlungsleitlinien des Bundes die Angebotsfrist für Bauaufträge im Unterschwellenbereich (abweichend von § 10 Abs. 1 S. 1 VOB/A) weniger als 10 Tage betragen kann.

Fazit

Insgesamt wird durch die Handlungsleitlinien versucht ein der COVID-19-Ausnahmesituation angepasstes, schnelleres Vergabeverfahren zu ermöglichen.

Auch wurden in der politischen Vergangenheit -2009 nach der Finanzkrise und 2015 in der Flüchtlingskrise- bereits Lockerungen bei Vergabeverfahren versucht. Solche Lockerungen/Vereinfachungen haben durchaus Ihre Vorteile, kommen jedoch - entgegen des ursprünglichen Grundgedankens - überwiegend der Seite des Auftraggebers zugute. Baufirmen, Planer, Consulting- und Dienstleistungsfirmen kommen zwar durchaus schneller an die unterhalb des EU-Schwellenwertes liegenden Aufträge; durch die extensive Ausweitung von Direktvergaben bzw. beschränkten Vergaben werden in der Praxis jedoch meist nur die dem Auftraggeber bekannten Unternehmen überhaupt erst zur Angebotsabgabe aufgefordert. Neue, unbekannte Unternehmen, die gerade die Unterstützung durch die staatlichen Stellen benötigen, sind Auftraggebern derweil zumeist unbekannt.

Es gilt daher auch die Kehrseite der Medaille zu betrachten, denn auch bei dem Vorteil einer „beschleunigten“ Vergabe, bedeutet das für die weniger etablierten Bieter zugleich, dass sie noch wachsamer sein müssen, um rechtzeitig auf sich aufmerksam zu machen. Der Bund schreibt insoweit ab gewissen Auftragswerten Veröffentlichungen auf dem Internetportal des Bundes ***„in angemessener Zeit vor der Entscheidung über die Auftragsvergabe“*** vor, die gerade kleinere Unternehmen dringend verfolgen sollten. Doch bleibt offen, was denn eine angemessene Zeit ist. Sollte die Zeit durch die Vergabestelle selbst gewählt werden- wovon auszugehen ist - bedeutet das nicht, dass die Zeit auch für einen potentiellen Bieter angemessen wäre.

Insgesamt können die vereinfachten Vergabeverfahren kurzfristig zu schnelleren Vergaben führen und sind für den Moment sicher auch dringend geboten. Die hiermit einhergehenden Wettbewerbsbeschränkungen sind indes immens, sodass nur zu hoffen bleibt, dass die Ausnahmen nicht zur Regel geraten.

Jonas Deppenkemper, Frankfurt am Main

Verständnisfrage oder Rüge „durch die Blume“? Ein feiner und mitunter verhängnisvoller Unterschied!

Dass Bieterfragen mitunter als Rügen auszulegen sind, hat sich mittlerweile herumgesprochen. Die VK Bund (Beschluss vom 28.05.2020 **VK 1-34/20**) stellte nun jedoch klar, dass eine Antwort auf eine solche dann konsequenterweise auch eine Nichtabhilfe darstellen kann – dies hat gravierende Folgen und kann für einen Bieter den Verlust des Primärrechtsschutzes bedeuten.

A. Einleitung

Bisher verhielt es sich in der Vergabepraxis so, dass die Bieter bei Auftauchen von Unklarheiten in den Vergabeunterlagen während der Erstellung ihres Angebotes jegliche Fragen ohne große Bedenken stellen konnten und auch sollten. Dies ist natürlich auch weiterhin der Fall- jedoch ist bei den Formulierungen der Fragen von nun an Vorsicht geboten! Diese bergen nach der nun ergangenen Entscheidung Risikopotential.

Zunächst bleibt festzuhalten, dass Bieterfragen sowohl für den Auftraggeber als auch für den Auftragnehmer hilfreich sein können und im Zweifel immer das „Mittel der Wahl“ bleiben. Zum einen werden durch die Beantwortung für den Bieter und potentiellen Auftragnehmer Zweifel aus dem Weg geräumt und er kann für sich feststellen, ob er weiterhin zu dem potentiellen Bieterkreis zählt. Zum anderen sind Bieterfragen auch für den Auftraggeber von Interesse, da diese ihm die Möglichkeit zur Korrektur fehler- oder lückenhafter Vergabeunterlagen einräumen.

In der Praxis waren Bieterfragen bisher allerdings auch dann ein gern gewähltes Mittel, wenn der Auftraggeber durch eine strategisch gestellte Fragen auf einen Vergaberechtsverstoß hingewiesen werden sollte und dies ohne gleich das scharfe Schwert der Rüge zu zücken.

Nach der im Folgenden besprochenen Entscheidung der ersten Vergabekammer des Bundes ist diese Praxis nicht mehr ohne jedes Risiko, vielmehr gilt es fortan im Zweifel unmittelbar eine Rüge in Vorbereitung eines etwaigen Nachprüfungsverfahren zu erheben, um einen Rechtsmittelverlust zu vermeiden.

I. Sachverhalt der Entscheidung

Die öffentliche Auftraggeberin schrieb in dem zugrundeliegenden Fall die planmäßige Instandhaltung im Wege eines Verhandlungsverfahrens mit Teilnahmewettbewerb aus. Die Antragstellerin stellte nach Erhalt des Informationsschreibens im Sinne von § 134 GWB einen Nachprüfungsantrag wegen angeblicher Vergabeverstöße. Zuvor und noch während des Vergabeverfahrens reichte sie einen

Katalog an Fragen bei der Auftraggeberin ein. Zur Veranschaulichung der für den vorliegenden Fall entscheidenden Formulierungen soll nachstehendes Beispiel aus der Entscheidung dienen:

> *„6. Versicherungsschutz*
>
> *In ihrer Ausschreibung fordern sie eine Versicherung als Teil des Angebotspreises und somit als Teil des Wettbewerbsverfahrens.*
>
> *Mit Verweis auf andere öffentliche Ausschreibungsverfahren über Reparaturleistungen an [...] möchten wir unsere Auffassung zu diesem Thema vorsorglich dahingehend konkretisieren, dass wir den "**Wettbewerb um Kernleistungen des Vergabefahrens**" kritisch gestört sehen.*
>
> *(...)*
>
> *Die Angebotsposition Versicherungsleistung ist, wie in den o.g. öffentlichen Ausschreibungsverfahren, zu neutralisieren indem die Kosten für die Versicherung nicht in den Preiswettbewerb einbezogen werden.*
>
> ***Wie stellt sich [die Ag] im Wettbewerbsfahren verantwortlich zu dieser Problematik?"***
>
> ***Antwort:** "Die Vorgaben zur Reparaturhaftpflichtversicherung sind mit dem Vergaberecht vereinbar. (...) Eine Wettbewerbsverzerrung aufgrund der Vorgaben zum Versicherungsschutz ist nicht erkennbar. (...) Die Kosten, die von den Bietern eingepreist und [von der Ag] getragen werden, können bei der Angebotswertung nicht unberücksichtigt bleiben."*

Trotz abschlägiger Beantwortung durch die Auftraggeberin gab die Antragstellerin ein Angebot ab.

Erst nach Auswertung der eingegangenen Angebote und Mitteilung, dass die Antragstellerin den Zuschlag nicht erhalten würde, rügte die Antragstellerin die zuvor bereits im Rahmen der Bieterfragen thematisierten Umstände und reichte einen Vergabenachprüfungsantrag ein.

II. Die Entscheidung

Die VK Bund wies den Nachprüfungsantrag als unzulässig im Sinne von § 160 Abs. 3 S. 1 GWB zurück.

Die Vergabekammer begründet ihre Entscheidung mit Verweis auf die Nummern 3 und 4 des § 160 Abs. 3 S. 1 GWB. Nach Ansicht der Kammer sind die während des Vergabeverfahrens gestellten „Fragen“ nämlich als Rügen im Sinne des § 160 Abs. 3 S.1 GWB und die hierauf erhaltenen Antworten als Nichtabhilfemitteilungen zu qualifizieren. Deshalb seien bei Einreichung des Nachprüfungsantrages mehr als 15 Kalendertage nach Eingang der Nichtabhilfeentscheidung vergangen (vgl. § 160 Abs. 3 S.1 Nr. 4 GWB).

Das Gericht hält fest, dass für die Qualifikation eines Bieterverhaltens als Rüge eine objektive Betrachtungsweise der Vergabenachprüfungsstelle entscheidend ist und nicht die Sicht des jeweiligen Bieters bzw. des Auftraggebers. Ob eine Bieterfrage eine Rüge darstelle oder nicht, sei nämlich nicht vom individuellen Verständnis der Parteien, sondern objektiv zu beurteilen.

Für eine Rüge sei insofern ausreichend, dass ein Vergaberechtsverstoß benannt und ein Abhilfeverlangen zum Ausdruck komme. Ebenso ist es unerheblich, ob eine mögliche Rüge als „versteckte“ Frage getarnt wird. Ein Fragezeichen allein mache eine Rüge daher nicht automatisch zu einer Bieterfrage: Entscheidend sei allein der objektive Erklärungsgehalt und dieser stehe gerade

nicht zur Disposition der Beteiligten.

B. Auswirkungen für die Praxis

Die Entscheidungen der Vergabekammer des Bundes dürfte die künftige Vergaberechtspraxis im Umgang mit den Bieterfragen erheblich beeinflussen. Die Entscheidung bedarf vor allem die Aufmerksamkeit der Bieter!

In Zukunft sollte man sich die genaue Formulierung der Frage gründlich überlegen. Sollte die Formulierung einer Frage aus Sicht eines objektiven Dritten als Rüge gewertet werden können, sollte man im Zweifel auf die Einreichung verzichten und ggf. unmittelbar zu dem Mittel der Rüge greifen, um sich nicht (versehentlich) das Nachprüfungsverfahren abzuschneiden.

Im Zweifel gilt daher fortan: **Wenn rügen, dann richtig!**

Timm Freiheit, Frankfurt am Main

Zurückversetzung wegen Widerspruch in Vergabeunterlagen (Zulassung von Nebenangeboten)

VK Bund, Beschluss vom 07.09.2020, Az. VK 1-68/20

Öffentliche Auftraggeber können Nebenangebote in der Auftragsbekanntmachung oder in der Aufforderung zur Interessensbestätigung zugelassen bzw. vorschreiben. Unterbleibt eine entsprechende Zulassung, sind Nebenangebote nicht zugelassen und können auch nachträglich nicht mehr zugelassen werden (§ 8 EU Abs. 2 Nr. 1 VOB/A). Diese Vorgaben für Bauvergaben finden sich teils sinngemäß, teils wortgleich in den unterschiedlichen Vergaberechtsregimen, etwa in § 35 Abs. 1 VgV, § 33 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 S. 1, 2 SektVO, § 32 Abs. 1 S. 1, 4 VSVgV oder auch in § 25 UVgO. Reichen Bieter trotz unterbliebener Zulassung gleichwohl Nebenangebote ein, sind diese auszuschließen. Dies richtet sich z.B. für Bauvergaben nach § 16 EU Nr. 5 VOB/A und ist auch in den übrigen Vergaberechtsregimen vergleichbar geregelt.

Streitpotential in der Praxis bieten meist die Fragen, ob Nebenangeboten nicht nur zugelassen, sondern auch vorgeschrieben darf dürfen und ob etwaige (Mindest-) Anforderungen für Nebenangebote wirksam aufgestellt sind.

Die VK Bund hatte sich im Beschluss vom 07.09.2020 (Az: VK 1-68/20) mit einem interessanten Fall zu beschäftigen der zeigt, dass selbst die vermeintlich simple Zulassung von Nebenangeboten einige Fallstricke bergen kann. Der Auftraggeber wie auch mindestens die Hälfte der Bieter waren offenkundig von zugelassenen Nebenangeboten ausgegangen, gleichwohl musste das Verfahren zurückversetzt werden.

1. Sachverhalt

Der öffentliche Auftraggeber führte ein EU-weites offenes Verfahren zur Vergabe von Instandsetzungsarbeiten an einem Schiebetor einer Schleusenanlage durch, die u.a. großflächige Korrosionsschutzarbeiten umfassten. In Ziffer II.2.10) der EU-Bekanntmachung hatte der Auftraggeber Nebenangebote (bzw. im Terminus der EU-Richtlinie: Varianten /Alternativangebote) ausdrücklich ausgeschlossen:

"Angaben über Varianten/Alternativangebote: Varianten/Alternativangebote sind zulässig: nein."

In der Aufforderung zur Abgabe eines Angebots, in den Teilnahmebedingungen und auch in der Baubeschreibung waren hingegen konkrete Vorgaben für Nebenangebote enthalten. In der Aufforderung zur Abgabe eines Angebots (Formblatt 312-B) unter "*Anlagen zu diesem Formblatt A)*

die beim Bieter verbleiben und im Vergabeverfahren zu beachten sind" war die Zeile "*Mindestanforderungen an Nebenangebote*" angekreuzt. Außerdem war im Formblatt die Zulassung von Nebenangeboten angekreuzt:

"Nebenangebote sind zugelassen (s. auch Nr. 4 der Teilnahmebedingungen [...])"

Weiter war dort angekreuzt (indes ohne Bereiche zu benennen):

"nur für nachfolgend genannte Bereiche:"

In den Teilnahmebedingungen waren Nebenangebote ebenfalls ausgeführt:

"4 Nebenangebote

4.1 Nebenangebote müssen die geforderten Mindestanforderungen erfüllen; dies ist mit Angebotsabgabe nachzuweisen.

4.2 Der Bieter hat die in Nebenangeboten enthaltenen Leistungen eindeutig und erschöpfend zu beschreiben; die Gliederung des Leistungsverzeichnisses ist, soweit möglich, beizubehalten.

Nebenangebote müssen alle Leistungen umfassen, die zu einer einwandfreien Ausführung der Bauleistung erforderlich sind.

Soweit der Bieter eine Leistung anbietet, deren Ausführung nicht in Allgemeinen Technischen Vertragsbedingungen oder in den Vergabeunterlagen geregelt ist, hat er im Angebot entsprechende Angaben über Ausführung und Beschaffenheit dieser Leistung zu machen.

4.3 Nebenangebote sind, soweit sie Teilleistungen (Positionen) des Leistungsverzeichnisses beeinflussen (ändern, ersetzen, entfallen lassen, zusätzlich erfordern), nach Mengenansätzen und Einzelpreisen aufzugliedern (auch bei Vergütung durch Pauschalsumme).

4.4 Nebenangebote, die den Nummern 4.1 bis 4.3 nicht entsprechen, werden von der Wertung ausgeschlossen."

Auch die Baubeschreibung enthielt im Bereich „Bauablauf“ Ausführungen zu Nebenangeboten:

"Strahlarbeiten, Strahlschuttentsorgung

Auf der Baustelle dürfen nur […] verwendet werden. Auf der Baustelle darf nur […]

Für die Ballast- Luft- und Maschinenkammern […] ist die Alternative zu prüfen und zu bewerten, die Vorbereitungsarbeiten mit […] durchzuführen.

Diese Vorbereitungsart ist gesondert in Form eines Nebenangebots einzureichen.“

Außerdem stellten Bieter Fragen zu Nebenangeboten, die der Auftraggeber ebenfalls damit beantwortete, diese seien ausdrücklich zugelassen. Auf eine ganz konkrete Bieterfrage zur Instandsetzung eines in der Schleuse enthaltenen, jedoch nicht mehr gebauten Pumpentyps teilte der Auftraggeber sogar mit, dass im Hauptangebot zwar die Teilzerlegung und die Instandsetzung der Pumpen anzubieten sei, ein Austausch aber in Form eines Nebenangebots vorgesehen werden könne.

Die Antragstellerin gab daraufhin ein Hauptangebot sowie ein Nebenangebot ab. Der Auftraggeber

teilte zunächst mit, dass diesem Angebot – unter Berücksichtigung des Nebenangebots – der Zuschlag erteilt werden solle. Nach der Rüge eines konkurrierenden Bieters informierte der Auftraggeber jedoch darüber, dass das Angebot nun doch nicht berücksichtigt werden könne, da Nebenangebote nicht zulässig seien. Der Zuschlag sollte daher auf das Angebot des konkurrierenden Bieters erteilt werden.

Die Antragstellerin rügte diese Vergabeentscheidung und hat dann mangels Abhilfe ein Nachprüfungsverfahren eingeleitet. Die Antragstellerin war weiterhin der Ansicht, Nebenangebote seien zugelassen. Der Auftraggeber hielt nun daran fest, diese wären nicht zugelassen worden.

2. Die Entscheidung

Die VK Bund hält den Nachprüfungsantrag für zulässig und teilweise begründet. Nebenangebote waren nicht zugelassen, es dem Auftraggeber aber trotzdem verwehrt, den Zuschlag auf das bestplatzierte Hauptangebot zu erteilen.

Die Antragstellerin ging nach ihrem Vortrag davon aus, dass Nebenangebote zugelassen waren. Ein Verstoß gegen Vergaberecht war aus ihrer Sicht nicht gegeben und bis zum Erhalt des Absageschreibens gemäß § 134 GWB auch nicht ersichtlich. Diesen Verstoß hat sie mithin rechtzeitig gerügt.

Der Auftraggeber hat aber Nebenangebote zu Recht nicht in die Wertung einbezogen.

Nebenangebote waren nach der EU-Bekanntmachung nicht zugelassen. Grundsätzlich gilt, dass Nebenangebote gemäß § 8 EU Abs. 2 Nr. 3 S. 1 VOB/A in der Auftragsbekanntmachung zugelassen oder vorgeschrieben werden können. Fehlt eine solche Angabe, sind Nebenangebote nicht zugelassen (§ 8 EU Abs. 2 Nr. 3 S. 2 VOB/A). Dies entspricht Art. 45 Abs. 1 der zugrundeliegenden EU-Vergaberichtlinie 2014/24/EU. Danach haben öffentliche Auftraggeber in der Bekanntmachung darauf hinzuweisen, ob sie Varianten „zulassen oder verlangen oder nicht“. Ohne eine entsprechende Angabe sind Varianten nicht zugelassen (Art. 45 Abs. 1 S. 3). Nicht zugelassene Nebenangebote sind auszuschließen bzw. ein Zuschlag darf auf sie nicht ergehen (§ 16 EU Nr. 5 1. Alt. VOB/A, Art. 56 Abs. 1 lit a) EU-Vergaberichtlinie 2014/24/EU).

Nach Ansicht der VK Bund spricht der Wortlaut der Normen auch gegen eine nachträgliche Zulassung von Nebenangeboten (etwa durch die Beantwortung der Bieterfrage!).

Im Vergabeverfahren sind die Gebote der Gleichbehandlung und Transparenz für die Bieter in jedem Fall zu beachten. Die Vergabeunterlagen müssen daher alle Bedingungen und Modalitäten des Vergabeverfahrens klar, genau und eindeutig enthalten. Hierzu gehören auch die Regeln zur Bekanntmachung der Zulassung von Nebenangeboten.

Der Zuschlag darf aber trotzdem nicht auf das bestplatzierte Hauptangebot des konkurrierenden Bieters ergehen. Schon die bloße Nichtberücksichtigung von eingereichten Nebenangeboten im Rahmen der Wertung ist vergaberechtswidrig. Das Vergabeverfahren muss bei fortbestehender Vergabeabsicht des Auftraggebers zwingend zurückversetzt werden. Denn die Gesamtheit der Vergabeunterlagen war zur Zulassung von Nebenangeboten widersprüchlich. Die Bieter waren aufgrund einer Vielzahl von Angaben – trotz gegenteiliger Angabe in der Bekanntmachung – zur Annahme verleitet, dass Nebenangebote dennoch zugelassen seien. Tatsächlich hatte auch die Hälfte aller Bieter ein Nebenangebot eingereicht.

Außerdem ist davon auszugehen, dass die Hauptangebote unter Berücksichtigung der Erwartung

erstellt wurden, dass auch Nebenangebote zulässig waren. Denn es kann im Allgemeinen davon ausgegangen werden, dass die Zulassung eines Nebenangebots maßgeblichen Einfluss auf die Gestaltung des Hauptangebotes ausgeübt hat, weil die Möglichkeit, Nebenangebote einzureichen, Bietern einen auf mehrere Angebote gestützten Wettbewerbsbeitrag eröffnet, der typischerweise aufeinander abgestimmt wird (vgl. zuletzt VK Südbayern, Beschl. v. 17.03.2020, Z3-3-3194-1-47-11/19 m.w.N.). Die Widersprüchlichkeit der Vergabeunterlagen und der hiermit erzeugte Einfluss auf die Hauptangebote kann nur durch eine Zurückversetzung des Vergabeverfahrens beseitigt werden,– mindestens in den Stand vor Abgabe der Hauptangebote.

3. Praxishinweise

Die Antragstellerin ist zwar mit ihrem Begehren – Wertung ihres Nebenangebots – bisher nicht durchgedrungen. Aber der Auftraggeber muss das Vergabeverfahren *mindestens* in den Stand vor Abgabe der Angebote zurückversetzen. Ein Auftraggeber kann sich insofern auch dazu entscheiden, eine neue Bekanntmachungen zu veröffentlichen und hierbei Nebenangebote zuzulassen. Durch diesen Weg können Nebenangebote letztlich doch gewertet und bezuschlagt werden. Sämtliche Angebote sind indes neu einzureichen.

Zur Hilfe kam der Antragstellerin hier die Erwägung, dass die Rechtsprechung im Allgemeinen davon ausgeht, dass nicht nur die Nebenangebote inhaltlichen Bezug zum Hauptangebot haben, sondern umgekehrt Bieter auch in der Gestaltung und Kalkulation von Hauptangeboten berücksichtigen, dass es ein (alternatives) Nebenangebot gibt. Dies war der Antragstellerin hier wohl selbst nicht bewusst. Vorgetragen hatte sie dies nicht.

Zur Zulassung von Nebenangeboten beschränkte sich die Vergabekammer im hiesigen Fall schlicht auf den Wortlaut von § 8 EU Abs. 2 Nr. 3 S. 1, 2 VOB/A. Es erscheint aber nicht zwingend, die als maßgeblich angelegte grammatische Auslegung auf die herangezogenen Passagen zu verkürzen. Die von der Vergabekammer unterstellte strikte Trennung zwischen den (hier vermeintlich irrelevanten) Vergabeunterlagen und der (einzig maßgeblichen) Auftragsbekanntmachung, die sich letztlich einzig auf den Begriff der „*Auftragsbekanntmachung*“ bzw. „*Aufforderung zur Interessensbestätigung*“ in § 8 EU Abs. 2 Nr. 3 S. 1 VOB/A stützen kann, muss sowohl rechtlich als auch mit Blick auf das Verständnis in der Praxis hinterfragt werden.

Bereits der Folgesatz (§ 8 EU Abs. 2 Nr. 3 S. 2 VOB/A) spricht nur vom Fehlen einer „*entsprechenden Angabe*“ und erfordert – insofern streng nach Wortlaut – gar keinen derart engen begrifflichen Fokus. Insofern wäre zumindest der Regelungszusammenhang zu betrachten. Der Verordnungsgeber hat selbst Verbindungen zwischen Bekanntmachung und Vergabeunterlagen gezogen, u.a. sämtliche Vorgaben unter die gemeinsame Überschrift „*Vergabeunterlagen*“ gestellt und innerhalb von § 8 EU VOB/A wird zwischen Bekanntmachung und Vergabeunterlagen gewechselt. Dies findet sich auch in weitere Vorschriften, etwa in § 12a EU Abs. 1 Nr. 1 S. 2, Nr. 3 S. 2 VOB/A oder auch § 12a EU Abs. 1 Nr. 3 S. 3 VOB/A. Verlässt man also den strengen Fokus auf den isolierten Begriff der „*Auftragsbekanntmachung*“, der in der Regelung zum Ausschluss nicht zugelassener Nebenangebote (§ 8 EU Abs. 2 Nr. 3 S. 2 VOB/A) immerhin gerade *nicht* wörtlich genannt ist, verliert das Argument der von der Vergabekammer zur Wortlautgrenze erheblich an Wirkung. Selbst in der Argumentation der Vergabekammer und rein grammatischer Auslegung führt ein nur geringfügig weiterer Blick schon zu einem anderen Ergebnis. Eine Auslegung nach Historie (z.B. die EU-Vergaberichtlinie), nach Systematik bzw. Sinn und Zweck ließen zudem ebenfalls ein deutlich differenzierteres Bild zeichnen. Damit wäre zumindest Spielraum eröffnet, die unstreitig stark widersprüchlichen Angaben des Auftraggebers zu bewerten.

Der Weg der Vergabekammer ist vor diesem Hintergrund rechtlich nicht so eindeutig, wie es der Beschluss darstellt. Dies insbesondere dann nicht, wenn man berücksichtigt, dass der Auftraggeber gezielt Vorgaben für Nebenangebote formuliert und veröffentlicht hat, die Bieter diese Vorgaben zwangsläufig zur Kenntnis nehmen mussten, per Bieterfrage die Zulässigkeit von Nebenangeboten formell bejaht wurde und sodann auch eine Vielzahl von Bietern die Vergabeunterlagen gleichermaßen in diesem Sinne verstanden haben. Wenn die Beteiligten die Ausschreibung weitgehend einheitlich so verstanden haben, dass Nebenangebote zugelassen waren, ist zumindest zu diskutieren, ob dies nicht doch hinreichende Grundlage für eine „*entsprechende Angabe*“ des Auftraggebers iSd. § 8 Abs. 2 Nr. 3 S. 2 VOB/A bietet.

Die Rückversetzung dürfte für die Beteiligten auf eine Wiederholung des Aufwandes für die Angebotsphase hinauslaufen, einzig damit der Auftraggeber ein in der EU-Bekanntmachung (vermutlich sogar schlicht irrtümlich) gesetztes Formularhäkchen korrigieren kann. Immerhin ging er (spätestens mit Beantwortung der Bieterfrage) selbst davon aus, Nebenangebote zugelassen zu haben. Wenn aber letztlich nur noch die formalistische Einhaltung einheitlicher EU-Standards durchzusetzen ist, darf zurecht gefragt werden, ob dies in jedem Fall den damit verbundenen Aufwand für alle Beteiligten rechtfertigt.