



Dr. Eva-Dorothee Leinemann LL.M.,
Rechtsanwältin und Notarin, Partnerin, Fachanwältin für Vergaberecht, Leinemann & Partner Rechtsanwälte mbB

Vergabeunterlagen: Änderungsbedarf nach Veröffentlichung

Aus Auftraggebersicht gibt es viele Gründe für Änderungen an den Vergabeunterlagen. Meist führen eigene neuere Erkenntnisse des Auftraggebers dazu, dass er Änderungsbedarf sieht, aber auch Bierrügen, Gesetzesänderungen sowie neue oder geänderte Rechtsprechung z. B. zur Unwirksamkeit von Besonderen Vertragsbedingungen (BVB) können zu Änderungsbedarf führen. Der nachfolgende Beitrag beschäftigt sich mit der Umsetzung dieses Änderungsbedarfs, unter Berücksichtigung der damit verbundenen, zusätzlichen Schwierigkeiten der Praxis bei der nunmehr verbindlichen E-Vergabe.

1. FEHLERKORREKTUR

Entscheidend für die Vorgehensweise bei der Fehlerkorrektur ist zunächst die Art des Vergabeverfahrens. Das Verhandlungsverfahren ist so flexibel, dass es grundsätzlich durch weitere Angebots- oder Verhandlungsrunden samt Änderungen der Vergabeunterlagen (mit Ausnahme der Änderung der Zuschlagskriterien und Mindestanforderungen) bis zum Vertragschluss fortgesetzt werden kann, solange die vergaberechtlichen Grundsätze von Transparenz, Wettbewerb und Gleichbehandlung eingehalten werden.

Beim offenen Verfahren, der öffentlichen Ausschreibung, dem nicht offenen Verfahren und der Beschränkten Ausschreibung ist auf den Zeitpunkt der Korrektur abzustellen. Damit beschäftigt sich dieser Beitrag.

Die vergaberechtlichen Regelungen enthalten nur wenige Mechanismen für die Korrektur von Fehlern durch den Auftraggeber. Erkannte Defizite oder Fehler sind nach der Rechtsprechung aber in jedem Stadium des Verfahrens zu korrigieren.

1.1 Änderungen vor Angebotsabgabe

Abhängig vom Zeitpunkt des Erkennens des Korrekturbedarfs, ist das Vorgehen des Auftraggebers. Denn selbst wenn erst kurz vor Ablauf der Angebotsfrist eine Unklarheit auftaucht, die Defizite aufdeckt, kann der Auftraggeber die Beantwortung und die Veröffentlichung nicht einfach mit dem Argument ablehnen, die Frage sei zu spät gestellt worden. Dann kann und muss ggf. auch die Angebotsfrist verlängert werden.

Hierbei muss der Auftraggeber inzwischen noch neben dem Umfang der Korrekturen auch die technische Umsetzung der Korrekturen im Rahmen der E-Vergabe bedenken. Nach § 41 Abs. 1 VgV, § 41 Abs. 1 SektVO, § 11a EU Abs. 1 VOB/A sind die Vergabeunterlagen durch den Auftraggeber elektronisch abrufbar bereitzustellen. Diese Voraussetzungen sind durch den Auftraggeber auch für geänderte Vergabeunterlagen zwingend zu beachten. Um diese Anforderungen zu erfüllen, muss er regelmäßig auf Vergabeplattformen von Drittanbietern zurückgreifen. Dadurch ist der Auftraggeber, je nach Vergabeplattform, noch von dem Portalbetreiber abhängig. Insbesondere ist hier durch den Auftraggeber zu beachten, dass eine Angebotsfristverlängerung u.U. nicht ohne Einschaltung des Portalbetreibers vorgenommen werden kann. Es



gibt Portale, da muss der Auftraggeber per Email einen entsprechenden Auftrag bei dem jeweiligen Plattformbetreiber erteilen. Der Auftraggeber muss deshalb wissen, ob er die Angebotsfrist allein ändern kann oder ob er dafür den Plattformbetreiber benötigt. Dies muss dann zeitlich eingeplant werden.

Mit der E-Vergabe ist es aber auch leichter Änderungen und Ergänzungen an den Vergabeunterlagen als solche zu kennzeichnen. Die Vergabeplattformen führen automatisch Protokoll über die Uhrzeit und Datum der Änderung durch Hochladen eines neuen/geänderten Dokuments. Dies bringt für beide Seiten den Vorteil, dass genau ersichtlich ist, wann eine Änderung durchgeführt worden ist.

1.2 Änderungen nach Angebotsabgabe

Da solche Änderungen immer den Wettbewerbsgrundsatz berühren, ist Zurückhaltung geboten. Denn wenn die Änderung eine neue Angebotsabgabe erfordert, ändert sich womöglich das Wettbewerbsergebnis. Korrekturen an den Vergabeunterlagen (z.B. nachträgliche Änderungen von Vordersätzen, technische Änderungen) erfordern eine zumindest teilweise Neukalkulation und damit ist nicht ausgeschlossen, dass ein anderes Wettbewerbsergebnis sich ergibt. Problematisch ist auch die nachträgliche Änderung von Eignungs- und/oder Zuschlagskriterien, insbesondere die Lockerung der Anforderungen. Dies vergrößert zwar den Wettbewerb, allerdings haben die Bieter, die in Kenntnis der bisherigen Anforderungen sich gute Chancen ausgerechnet haben, weil sie diese Anforderungen erfüllen, nun Nachteile im Wettbewerb.

1.2.1 Aufhebung

Die Ausschreibung kann grundsätzlich aufgehoben werden, wenn die Vergabeunterlagen grundlegend geändert werden müssen. In der Rechtsprechung ist anerkannt, dass auch eine teilweise Aufhebung nach VOB/A EU möglich ist. Eine Aufhebung der Ausschreibung setzt eine ermessensfehlerfreie Entscheidung des Auftraggebers voraus. Nur Gründe nach Beginn des Vergabeverfahrens rechtfertigen die Aufhebung einer Ausschreibung. Das heißt, nur unvorhergesehene und unvorhersehbare Gründe sind zulässig. Die normierten Aufhebungsgründe sind abschließend und eng auszulegen. Der Auftraggeber muss also genau prüfen, ob ein Aufhebungsgrund vorliegt, da er im Fall einer rechtswidrigen (aber in der Regel wirksamen) Aufhebung Schadensersatzansprüche zum positiven Interesse ausgesetzt ist.

Wurde das Vergabeverfahren aufgehoben, dann kann und muss der Auftraggeber, will er die mit dem aufgehobenen Vergabeverfahren verfolgte Beschaffung noch vornehmen, dies durch ein neues Vergabeverfahren tun. Die Aufhebung des Vergabeverfahrens ist aber die ultima ratio und nur dann gerechtfertigt, wenn die genannten Gründe vorliegen. Damit stellt sich immer dann, wenn die Beschaffung tatsächlich (im Wesentlichen) so wie ausgeschrieben erfolgen soll die Frage, was zu tun ist, wenn ein Vergabefehler vorliegt. Eine Aufhebung und Neuausschreibung kostet erheblich viel mehr Zeit als eine Rückversetzung. Die Beteiligten haben in der Regel kein Interesse an einer Aufhebung und Neuausschreibung.

1.2.2 Rückversetzung

Als milderes Mittel zur Aufhebung kommt eine Rückversetzungsentscheidung in Betracht. Voraussetzung ist, dass keine Pflicht zur Aufhebung besteht, die Rückversetzung gerechtfertigt ist und keine wesentlichen Änderungen des Beschaffungsgegenstandes vorgenommen werden.

Mit der Rückversetzung erfolgt die Wiederholung bereits durchgeführter Verfahrensschritte des Vergabeverfahrens. Teilweise wird hier zwischen der selbstbestimmten Rückversetzung und der fremdbestimmten Rückversetzung differenziert (vergleiche Herrmann, VergabeR 2018, 196 ff.). Selbstbestimmt ist die Rückversetzung immer dann, wenn sie auf dem eigenen Entschluss des Auftraggebers beruht, das heißt keine äußeren Einflüsse durch Bieter oder Nachprüfungsinstanzen ursächlich für den Entschluss des Auftraggebers sind. Fremdbestimmt ist die Rückversetzung dagegen, wenn sie aufgrund von Bieterfragen oder -rügen oder durch die Vorgaben der Nachprüfungsinstanzen erfolgt. Diese verfügen in aller Regel nur die Rückversetzung und nur im Ausnahmefall die Aufhebung eines Vergabeverfahrens. Klassischer Fall der fremdbestimmten Rückversetzung ist die Wiederholung der Wertung. Fremdbestimmt sind Rückversetzungen auch, wenn sie auf Umständen beruhen, die kein Beteiligter zu vertreten hat.

Eine zusätzliche Schwierigkeit bei der Rückversetzung besteht darin, dass auch diese Option nicht bereits auf jeder Vergabeplattform vorgesehen ist, sondern ggf. nur unter der Mitwirkung des Betreibers durchgeführt werden kann.

Nach der wirksamen Rückversetzung sind die aufgrund der Rückversetzung erledigten Abschnitte des Vergabeverfahrens zu wiederholen. Zu beachten ist auch, dass die Rückversetzung nur soweit zurückreichen darf, wie es für die Fehlerkorrektur notwendig ist. Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz gilt uneingeschränkt. Dies bedeutet, dass Angebote gegebenenfalls auch nur partiell neu einzuholen sind. Nach Auffassung des OLG Düsseldorf kann der Auftraggeber eine Zurückversetzung des Vergabeverfahrens auf einzelne Teilpositionen beschränken, wenn diese Teilpositionen die Preisstruktur des Gesamtangebots nicht in relevanter Weise beeinflussen. Ob eine solche relevante Beeinflussung vorliegt, ist nicht anhand einer starren prozentualen „Geringfügigkeitsschwelle“, sondern anhand der Umstände des Einzelfalls zu bestimmen.

1.3 Änderung mit Vertragsschluss

Erkennt der Auftraggeber Änderungsbedarf kurz vor Vertragsschluss, z.B. weil eine neue AGB-Rechtsprechung Änderungen in den BVB erforderlich machen, könnte unter Wahrung der Vergabegrundsätze gemäß § 18 EU Abs. 2 VOB/A eine Änderung mit Vertragsschluss mit dem Bestbieter vorgenommen werden. Nur dem Bestbieter werden die neuen BVB übersandt. Hier besteht allerdings das Risiko, dass der Bieter den Vertragsschluss annehmen muss, da sonst ist kein wirksamer Vertragsschluss durch den Zuschlag unter Änderungen zustande kommt.

1.4 Änderung nach Vertragsschluss

Schließlich besteht auch die Möglichkeit, nach Vertragsschluss Änderungen, z.B. an den BVB vorzunehmen. Eine solche Vertragsänderung nach Vertragsschluss wäre i.d.R. bei bloßen BVB-Änderungen von § 132 Abs. 3 GWB als zulässige unerhebliche Vertragsänderung erfasst. Auch hier müssen allerdings beide Parteien die Vertragsänderung wollen.

2. FAZIT

Die Vornahme von Änderungen an den Vergabeunterlagen während eines laufenden Vergabeverfahrens war schon immer eine Herausforderung für den Auftraggeber. Die Entscheidung birgt immer Konfliktpotenzial für Rügen, Nachprüfungsverfahren und spätere Vertragsstreitigkeiten. Durch die zwingend durchzuführende E-Vergabe sind noch weitere Schwierigkeiten hinzugekommen, auf die der Auftraggeber sich einstellen muss. Paradoxiertweise wird er, durch die Einbindung des Plattformbetreibers und der damit verbundenen Verzögerung, gezwungen, noch vorausschauender zu agieren, obwohl doch die E-Vergabe eigentlich zur Verfahrensbeschleunigung beitragen sollte. ■