

Spotlight – Bauvergabe: Der Umgang mit unvollständigen Angeboten nach der VOB/A 2009



Inhalt:	S.
I. Die neue VOB/A	1
<hr style="border-top: 1px dashed #000;"/>	
II. Unvollständige Angebote	2
1. Zwingende Nachforderung fehlender Erklärungen und Nachweise?	2
2. Welche fehlenden Unterlagen bzw. Nachweise dürfen nachgefordert werden?	2
<hr style="border-top: 1px dashed #000;"/>	
IV. Praxishinweis	2

I. Die neue VOB/A

Ende Juni 2010 ist die neue Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen Teil A (VOB/A 2009) in Kraft getreten. Erklärtes Ziel der Neufassung war insbesondere eine Reduzierung der hohen Formalanforderungen an die Erstellung der Angebote im Rahmen von öffentlichen Auftragsvergaben. Die neue VOB/A sieht unter anderem vor, dass Angebote nicht mehr alleine wegen fehlender Erklärungen oder Nachweise aus dem Vergabeverfahren auszuschließen sind.

Nach der früheren - unter der VOB/A 2006 geltenden - Rechtslage waren Angebote, die nicht die in den Vergabeunterlagen geforderten Erklärungen und Nachweise enthielten, stets vom weiteren Verfahren auszuschließen. Dies hatte zur Folge, dass der Auftraggeber häufig preisgünstige und qualitativ hochwertige Angebote bei der Vergabe nicht berücksichtigen durfte, weil diesen etwa ein veralteter Gewerbezentralregisterauszug beigefügt worden war oder eine Typenangabe fehlte. Eine Möglichkeit zur Nachforderung der fehlenden Unterlagen bzw. Angaben bestand nur dann, wenn der Auftraggeber sich die Nachforderung in den Vergabeunterlagen ausdrücklich vorbehalten hatte. Diesem strengen Formalismus hat die neue VOB/A nunmehr ein Ende gesetzt:

Fehlen geforderte Erklärungen oder Nachweise und ist das Angebot nicht aus anderen Gründen zwingend auszuschließen, fordert der Auftraggeber zunächst die fehlenden Erklärungen und Nachweise nach. Erst wenn der Bieter diese nicht innerhalb von 6 Kalendertagen nach Aufforderung durch den Auftraggeber vorlegt, ist sein Angebot zwingend auszuschließen (vgl. § 16 Abs. 1 Nr. 3 VOB/A 2009).

II. Unvollständige Angebote

Auf den ersten Blick erscheint die Auftraggeber- wie auch Bieterinteressen berücksichtigende Neuregelung durchweg begrüßenswert. Bei näherer Betrachtung ergeben sich jedoch einige praxisrelevante Fragestellungen. So ist beispielsweise unklar, ob die Regelung den Auftraggeber zur Nachforderung der

Dieser Newsletter dient der allgemeinen Information und ersetzt nicht die Beratung im Einzelfall. Wenn Sie Fragen haben oder weitere Informationen wünschen, wenden Sie sich bitte an Ihren üblichen Ansprechpartner bei Clifford Chance oder an:



Steffen Amelung
Counsel, Real Estate
+49 69 7199 1593
steffen.amelung@cliffordchance.com



Larissa Hartmann
Associate, Real Estate
+49 69 7199 1368
larissa.hartmann@cliffordchance.com

Clifford Chance
Mainzer Landstraße 46
60325 Frankfurt am Main

www.cliffordchance.com

fehlenden Erklärungen und Nachweise nicht nur berechtigt, sondern auch verpflichtet. Zudem ist noch nicht eindeutig geklärt, welche Unterlagen und Angaben unter die Begriffe "Erklärungen und Nachweise" fallen und somit vom Auftraggeber nachgefordert werden können.

1. Zwingende Nachforderung fehlender Erklärungen und Nachweise?

Nach Auffassung der VK Sachsen ist der Auftraggeber nicht zur Nachforderung fehlender Erklärungen und Nachweise verpflichtet (Beschluss vom 08.03.2010 – 1 VK 03/2010 -). Vielmehr könne dieser zwischen einer Nachforderung der fehlenden Unterlagen und einem Ausschluss des Angebots wählen. Es ist allerdings zu erwarten, dass der entsprechende Beschluss der VK Sachsen nicht durch weitere Vergabenachprüfungsinstanzen bestätigt wird, sondern eine Einzelfallentscheidung bleibt. Denn der insoweit eindeutige Wortlaut der Neuregelung – "verlangt" - räumt dem Auftraggeber grundsätzlich kein Ermessen ein, von einer Nachforderung abzusehen und stattdessen den Angebotsausschluss zu wählen. Öffentliche Auftraggeber sind daher gut beraten, fehlende Erklärungen und Nachweise nachzufordern und den betroffenen Bietern damit die Chance auf Vervollständigung ihres Angebots einzuräumen, soweit das Angebot nicht aus anderen Gründen ausgeschlossen werden muss.

Offen lässt die Neuregelung allerdings, wie lange der Auftraggeber die fehlenden Erklärungen und Nachweise nachfordern kann. Mangels einer zeitlichen Befristung erscheint es jedoch grundsätzlich vertretbar, fehlende Unterlagen bis zum Abschluss der Angebotswertung und selbst noch während eines Vergabenachprüfungsverfahrens nachfordern zu dürfen.

2. Welche fehlenden Unterlagen bzw. Angaben dürfen nachgefordert werden?

Aus der Neuregelung wird darüber hinaus nicht hinreichend deutlich, welche Unterlagen bzw. Angaben unter die Begriffe "Erklärungen und Nachweise" fallen und somit durch den Auftraggeber zulässigerweise nachgefordert werden können. Vereinzelt wird angenommen, unter "Erklärungen und Nachweise" seien lediglich die zur Beurteilung der Fachkunde, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit des Bieters geforderten so genannten Eignungsnachweise (wie Referenzen, Bilanzen, Nachunternehmerverzeichnisse oder Handelsregisterauszüge) zu verstehen. Diese Auslegung wird jedoch dem Sinn und Zweck der Neuregelung - der Schaffung einer Heilungsmöglichkeit für Angebote mit nur geringfügigen formalen Mängeln - nicht gerecht.

Daher dürften zu den Erklärungen und Nachweisen im Sinne der Neuregelung neben den eignungsbezogenen auch angebotsbezogene Angaben und Erklärungen des Bieters – wie beispielsweise Hersteller-, Typ- und Produktangaben - zählen.

Ob die Regelung allerdings so weit auszulegen ist, dass hierunter auch fehlende bzw. unvollständige Bieterkonzepte, Bauzeitenpläne oder etwa Nebenangebote ohne entsprechende Leistungsbeschreibung fallen, wird final wohl von den Vergabenachprüfungsinstanzen zu klären sein. Eine derart weite Auslegung der Nachforderungspflicht birgt jedenfalls das Risiko, dass Bieter ihre Angebote bewusst unvollständig einreichen, um diese nach Verlesung der Konkurrenzangebote im Rahmen eines öffentlichen Eröffnungstermins und damit in Kenntnis des Rangverhältnisses inhaltlich "nachbessern" zu können.

Auf jeden Fall nicht von der Nachforderungspflicht umfasst sind fehlende Preisangaben. Die nicht vollständige Angabe der Angebotspreise führt grundsätzlich zum zwingenden Ausschluss des betreffenden Angebots aus dem Wettbewerb. Eine Ausnahme von diesem Grundsatz besteht nach der neuen VOB/A lediglich dann, wenn in einer einzelnen unwesentlichen Position die Angabe des Preises fehlt und durch die Außerachtlassung dieser Position der Wettbewerb und die Wertungsreihenfolge – auch bei Wertung dieser Position mit dem höchsten Wettbewerbspreis – nicht beeinträchtigt werden (vgl. § 16 Nr. 1 lit. c) VOB/A 2009).

III. Praxishinweis

Die Neuregelung zur Angebotswertung und Nachforderung fehlender Erklärungen und Nachweise dämpft den Formalismus im Vergaberecht ein und ist insoweit zu begrüßen. Allerdings weist die zum Teil unklare Ausgestaltung auch Schwächen auf, da diese in der Praxis die Anwendbarkeit für den öffentlichen Auftraggeber erschwert.

Um überhaupt von der Nachforderungsregelung Gebrauch machen zu können, sind Auftraggeber daher gut beraten, die zwingend beizubringenden Erklärungen und Nachweise in den Vergabeunterlagen in klarer und eindeutiger Weise zu bezeichnen. Denn ein Bieter ist nur insoweit verpflichtet, seinem Angebot Erklärungen und Nachweise beizufügen, wie der Auftraggeber diese klar und eindeutig benannt und gefordert hat. Die Nachforderungspflicht sowie die Pflicht zum Ausschluss des Angebots im Falle der Nichtvorlage der fehlenden Erklärungen und Nachweise innerhalb der Nachfrist besteht folglich nur dann, wenn die betreffenden Unterlagen bzw. Angaben ausdrücklich vom Bieter gefordert wurden.

Dieser Newsletter dient der allgemeinen Information und ersetzt nicht die Beratung im Einzelfall.

www.cliffordchance.com

Abu Dhabi ■ Amsterdam ■ Bangkok ■ Barcelona ■ Beijing ■ Brussels ■ Bucharest ■ Dubai ■ Düsseldorf ■ Frankfurt ■ Hong Kong ■ Kyiv ■ London ■ Luxembourg ■ Madrid ■ Milan ■ Moscow ■ Munich ■ New York ■ Paris ■ Prague ■ Riyadh (co-operation agreement) ■ Rome ■ São Paulo ■ Shanghai ■ Singapore ■ Tokyo ■ Warsaw ■ Washington, D.C.

* Clifford Chance has a co-operation agreement with Al-Jadaan & Partners Law Firm in Riyadh