Dr. Kirsten Knigge
Rechtsanwältin
Fachanwältin für Bau- und Architektenrecht
Fachanwältin für Vergaberecht

VORSICHT BEI DER ÄNDERUNG VON VERGABEUNTERLAGEN

Vergabekammer Lüneburg, Beschluss vom 06.10.2020 – VgK-33/2020

Will ein Bieter vermeiden, dass sein Angebot ausgeschlossen wird, sollte er grundsätzlich nicht die Vergabeunterlagen ändern. Noch immer wird von allzu vielen Vergabestellen und Bietern verkannt, dass die unzulässige Änderung der Vergabeunterlagen durch den Bieter in der Regel zum Ausschluss seines Angebots führt. Bieter müssen grundsätzlich davon ausgehen, dass der öffentliche Auftraggeber die Leistung im Vergabeverfahren genauso angeboten haben will, wie er sie in den Vergabeunterlagen festgelegt hat.

Eine aktuelle Entscheidung der Vergabekammer Lüneburg verdeutlicht einmal mehr die Bewertungskriterien, die darüber entscheiden, ob der Bieter ausgeschlossen wird.

1. Der Fall

Der Auftraggeber schrieb im Rahmen einer europaweiten Ausschreibung u.a. den Umbau einer biologischen Restabfallbehandlungsanlage (Bauleistung) aus.

Der Bieter machte in seinem Angebot keine Angaben zur maximalen Füllhöhe des sog. Rottetunnels, obwohl der Auftraggeber eine Füllhöhe von mindestens 3,20 m verlangt hatte. Der Auftraggeber vermutete anhand der Planungen des Bieters, dass die verlangte Füllhöhe nicht erreicht werden könnte bzw. deutlich unterschritten werden würde und bat um ein Aufklärungsgespräch. Der Bieter legte daraufhin seine überarbeiteten Planungen vor, nach denen durch Änderungen an der Konstruktion der Anlage die geforderte Höhe nunmehr doch noch erreicht werden konnte.

Im Laufe des Vergabeverfahrens hatte der Bieter darüber hinaus die Vergabeunterlagen teilweise auch an anderer Stelle modifiziert. So gab er in seinem Angebot nur eine Vorgängerversion des geforderten Softwareprogrammes an. Die von ihm vorgenommene Änderung hin zu der älteren Softwareversion begründet er damit, dass die Anlage auch mit der angebotenen Version problemlos liefe. Eine Umstellung sei erst nach einer Erprobungsphase vorgesehen und werde sodann aber auch geliefert. Auf diese Weise könne abgewartet werden, ob hinsichtlich der aktuellen Software „Kinderkrankheiten“ bestünden.

Im Nachgang des Aufklärungsgespräches schloss der Auftraggeber den Bieter mit der Begründung, dass sein Angebot von den Ausschreibungsbedingungen abweichen würde, von der Wertung aus. Das Vergabeverfahren wurde mangels weiterer Angebote aufgehoben.

Der Bieter stellte in der Folge einen Nachprüfungsantrag bei der Vergabekammer des Landes Niedersachsen in Lüneburg. Sein Antrag blieb jedoch ohne Erfolg.

>>

CASTRINGIUS
Rechtsanwälte & Notare

Zweite Schlachtpforte 7
28195 Bremen
Telefon (0421) 368 000
Telefax (0421) 368 0033
info@castringius.de
www.castringius.de

VORSICHT BEI DER ÄNDERUNG VON VERGABEUNTERLAGEN

Vergabekammer Lüneburg, Beschluss vom 06.10.2020 – VgK-33/2020

2. Die Entscheidungsgründe

Nach der Vergabekammer Lüneburg ist der Ausschluss wegen einer unzulässigen Änderung an den Vergabeunterlagen nach § 16 EU Nr. 2 VOB/A i.V.m. § 13 EU Abs. 1 Nr. 5 VOB/A gerechtfertigt.

In den Leitsätzen der Entscheidung heißt es u.a.:

> **1. Änderungen an den Vergabeunterlagen sind unzulässig. Das betreffende Angebot ist zwingend von der Wertung auszuschließen.**
>
> **2. Unzulässige Änderungen an den Vergabeunterlagen liegen immer dann vor, wenn ein Bieter etwas anderes anbietet, als vom öffentlichen Auftraggeber nachgefragt. Unerheblich ist, ob sich die Änderungen in den Vergabeunterlagen selbst manifestieren oder in anderer Weise, etwa dadurch, dass in einem zusätzlichen Begleitschreiben Vorbehalte oder Einschränkungen formuliert werden.**
>
> **3. Auf die Wettbewerbsrelevanz, Wesentlichkeit oder Geringfügigkeit einer Änderung der Vergabeunterlagen kommt es nicht an. Der Bieter ist ohne Einschränkungen an die in den Vergabeunterlagen im Einzelnen präzisierte Nachfrage des öffentlichen Auftraggebers gebunden.**

Die Vergabekammer Lüneburg legt mithin einen strikten Maßstab an und stellt klar, dass immer dann eine unzulässige Änderung der Vergabeunterlagen vorliegt, wenn ein Bieter etwas anderes anbietet, als vom öffentlichen Auftraggeber nachgefragt wurde. Dabei soll es nach der strengen Haltung der Vergabekammer Lüneburg vollkommen unerheblich sein, dass der Bieter – womöglich sogar im Ergebnis zutreffend – meint, Änderungen an der ausgeschriebenen Leistung vornehmen zu müssen, da diese aus dem einen oder anderen Grund geboten seien. Unerheblich ist auch, ob der Bieter aus seiner Sicht etwas „Besseres" anbietet als ausgeschrieben. Ebenfalls kommt es nicht darauf an, ob sich die Änderung aus den Angebotsunterlagen selbst ergibt oder aber beispielsweise aus einem zusätzlichen Begleitschreiben, welches z.B. Vorbehalte oder Einschränkungen enthält. Dies gilt selbst dann, wenn die geringfügige Änderung keine Wettbewerbsrelevanz hat.

Im Ergebnis heißt dies, dass der Bieter ohne Einschränkungen an die in den Vergabeunterlagen im Einzelnen präzisierte Nachfrage des öffentlichen Auftraggebers gebunden ist.

Deshalb hat die Vergabekammer Lüneburg festgestellt, dass der antragstellende Bieter zutreffend vom Verfahren ausgeschlossen worden war. Hinsichtlich der verlangten Softwareversion war aufgrund des eindeutigen Wortlauts in der Leistungsbeschreibung von einer Mindestanforderung auszugehen, die der Bieter in seinem Angebot nicht unterschreiten durfte. Bezüglich der erforderlichen Füllhöhe gab der Bieter im Aufklärungsgespräch zu, dass die maximale Füllhöhe von 3,20 m nach den Angebotsunterlagen nicht erreicht werden könne. Dies sei erst nach einer Verschiebung eines Anlagenteils um ca. 30 cm möglich. Hierzu überreichte der Bieter im Aufklärungsgespräch einen neuen Maschinenaufstellungsplan mit der geforderten Höhe. Die Vergabekammer Lüneburg wertete den Vorgang als eine nach § 15 EU Abs. 3 VOB/A unzulässige Änderung des ursprünglichen Angebotes.

>>

CASTRINGIUS
Rechtsanwälte & Notare

Zweite Schlachtpforte 7
28195 Bremen
Telefon (0421) 368 000
Telefax (0421) 368 0033
info@castringius.de
www.castringius.de

VORSICHT BEI DER ÄNDERUNG VON VERGABEUNTERLAGEN

Vergabekammer Lüneburg, Beschluss vom 06.10.2020 – VgK-33/2020

3. Fazit

Die überzeugenden Ausführungen der Vergabekammer Lüneburg sind zu beachten:

Das Verbot der Änderung der Vorgaben der Vergabeunterlagen stellt die Transparenz des Vergabeverfahrens und die Gleichbehandlung aller Bieter durch die Gewährleistung vergleichbarer Angebote sicher. Insofern ist es richtig, dass Änderungen an den Vergabeunterlagen auf jeden Fall zu vermeiden sind und unzulässige Änderungen damit zum Ausschluss des Angebots führen müssen.

Eine unzulässige Abänderung der Vergabeunterlagen liegt nur dann nicht vor, wenn es sich um lediglich klarstellende, dem besseren Verständnis dienende Zusätze oder offensichtlich irrtümliche Eintragungen, wie Schreibfehler, handelt.

Ein Ausschluss des Bieters sollte vor dem Hintergrund des Wettbewerbsgedankens zudem zumindest dann unzulässig sein, wenn tatsächlich keine inhaltliche Änderung des Angebots vorliegt. Wann nun aber eine inhaltliche Änderung anzunehmen ist, wird im Einzelfall streng bewertet.

Der Beschluss verdeutlicht einmal mehr, dass sowohl für Bieter als auch für öffentliche Auftraggeber durchaus Fallstricke bestehen, wenn sich im abgegebenen Angebot Abweichungen von den Vergabeunterlagen ergeben. Bieterseits droht bereits durch kleine Abänderungen bei der Angebotsabgabe der Ausschluss vom Verfahren. Auftraggeberseits kann sowohl die Entscheidung zur Durchführung von Aufklärungsgesprächen als auch die Entscheidung zum Ausschluss eines Angebotes in einem Nachprüfungsverfahren angreifbar sein. Das Einfallstor für die Bieter ist dabei oftmals eine unklar formulierte Leistungsbeschreibung.

4. Praxishinweis

Die Entscheidung gibt Anlass dazu, auf einige klassische Bieterfehler bei der Angebotsabgabe einzugehen, die nicht nur Bauleistungen betreffen, sondern auch die Vergabe von Liefer- und Dienstleistungsaufträgen (§ 57 Abs. 1 Nr. 4 VgV):

Recht eindeutig ist die Rechtslage, wenn der Bieter in seinem Angebot eine Position inhaltlich abändert oder eine neue Position hinzufügt. In diesem Sinne führt beispielsweise ein abgeänderter Stundenaufwand zwingend zum Ausschluss des Angebots. Dies gilt ebenso für die unzulässige Herausnahme einzelner Positionen des Leistungsverzeichnisses.

Vorsicht ist ebenfalls geboten, wenn der Bieter seinem Angebot seine Allgemeinen Geschäftsbedingungen beifügt. Nach früherer Rechtsprechung führte schon die irrtümliche Bezugnahme des Bieters auf seine AGB zum Ausschluss des Angebots. Insbesondere ist zu prüfen, ob die Vergabeunterlagen eine unzulässige Abwehrklausel enthalten.

CASTRINGIUS
Rechtsanwälte & Notare

Zweite Schlachtpforte 7
28195 Bremen
Telefon (0421) 368 000
Telefax (0421) 368 0033
info@castringius.de
www.castringius.de