

Eignungsanforderungen können Wettbewerb einschränken

## Diffizile Fachpersonalklausel

Ein öffentlicher Auftraggeber hat die Lieferung von StVO-Hinweisschildern und Zubehörteilen sowie die Demontage, Montage und Änderung von Transparenten, Großschildern und Aufstellvorrichtungen zur Unterhaltung und Erneuerung auf den Betriebsstrecken einer Dienststelle der Autobahndirektion Südbayern öffentlich nach VOB/A ausgeschrieben. In den Vergabeunterlagen war u.a. eine Klausel „Fachpersonal“ enthalten: „Die Bieter müssen als Herstellerfirma gelten und der Güteschutzgemeinschaft Verkehrszeichen und Verkehrseinrichtungen e.v. angehören (...).“ Der wirtschaftlich günstigste Bieter wurde von der Angebotswertung mit der Begründung ausgeschlossen, weil er die Fachpersonalklausel nicht erfüllen würde.

Der Bundesgerichtshof (5. Juni 2012 – Az.: X ZR 161/11) hat hierzu entschieden, dass der sparsame Einsatz von Haushaltsmitteln durch eine wettbewerbsbetonte Gestaltung der Vergabeverfahren gefördert werden solle. Öffentliche Auftraggeber sind deshalb dem Wettbewerbsprinzip verpflichtet. Dementsprechend obliegt den Vergabestellen nach der VOB/A die Verpflichtung, die Auftragsvergabe nach Möglichkeit wettbewerbsintensiv auszugestalten.

Die an sich wettbewerbsfreundlichste Vergabeart stellt die öffentliche Ausschreibung dar. Sie wurde auch in dem Streitfall zu Grunde gelegt. Allerdings wird der



Auch bei Baustellenabsicherungen ist ein Vergabeverfahren nötig.

FOTO BZS

Wettbewerb durch die eine zusätzliche Anforderung an die Eignung der Bewerber beinhaltende Fachpersonalklausel von vornherein in einer Weise beschränkt, die auf die Durchführung einer beschränkten Ausschreibung hinausläuft, so die Bundesrichter.

Ob die Beschränkung des Wettbewerbs auf Unternehmen im Sinne einer Fachpersonalklausel rechtmäßig ist, hängt nach Mei-

nung des Bundesgerichtshofs maßgeblich davon ab, ob für die Beschränkung auf qualifizierte Herstellerunternehmen Gründe vorliegen, die denen vergleichbar sind, unter denen eine beschränkte Ausschreibung zulässig oder die Verengung des Wettbewerbs anderweitig rechtmäßig sei. Hierbei sei zum Beispiel auch abzuwägen, ob eine den Anforderungen des öffentlichen Auftraggebers genü-

gende Ausführung auch dann sichergestellt werden könne, wenn Bauunternehmen sich als Bieter beteiligen, welche die Schilder und gegebenenfalls bestimmte Spezialarbeiten über qualifizierte Herstellerunternehmen als Subunternehmer beschaffen könnten.

&gt; HOLGER SCHRÖDER

Der Autor ist Rechtsanwalt bei Rödl & Partner in Nürnberg.

Erfüllung von Mindestanforderungen reicht nicht aus

## Gleichwertigkeitsprüfung bei Bauvergaben nötig

Nach § 16a Absatz 3 VOB/A berücksichtigt der öffentliche Auftraggeber bei europaweiten Vergabeverfahren nur Nebenangebote, welche die von ihm verlangten Mindestanforderungen erfüllen. In einem vom Oberlandesgericht Frankfurt am Main (26. Juni 2012 – Az.: 11 Verg 12/11) entschiedenen Streitfall beim Neubau eines Tunnels war fraglich, ob eine im Leistungsverzeichnis angegebene Betondicke von 50 cm eine solche Mindestbedingung sei: „Als Mindestanforderung für die Qualität gilt das Leistungsverzeichnis; siehe einschlägige Regelwerke gemäß anliegendem Vordruck HVS B-StB Mindestanforderungen Nebenangebote (Anl. BF 16 = GA 120.“

Ein nicht berücksichtigter Bieter, der eine Betondicke von 40 cm in einem Nebenangebot offeriert hatte, vertrat die Ansicht, dass sein Nebenangebot die Mindestbedingungen der ZTV-Ing erfüllen würde und eine darüber hinaus gehende Gleichwertigkeitsprüfung der Vergabestelle nicht notwendig sei. Sein Nachprüfungsantrag blieb ohne Erfolg.

Welche Anforderungen an die Formulierung von Mindestbedingungen bei europaweiten Vergabeverfahren zu stellen sind, ist in der vergaberechtlichen Rechtsprechung noch nicht geklärt. Allerdings wird ein Rückgriff auf die allgemeinen Anforderungen eines Leistungsverzeichnisses überwiegend nicht für ausreichend erach-

tet. Auch ein allgemein gehaltener Hinweis auf nationale Rechtsvorschriften ist nicht genügend, so die Frankfurter Richter. Die Erfüllung von Mindestanforderungen sei auch kein Äquivalent für eine Gleichwertigkeit der im Nebenangebot offerierten Leistungen, sondern die Voraussetzung dafür, um überhaupt in eine Gleichwertigkeitsprüfung eintreten zu können.

Alleine die Erfüllung von Mindestbedingungen führe nach Meinung des hessischen Vergabesenates nicht automatisch dazu, dass Nebenangebote gewertet werden müssten und eine Gleichwertigkeitsprüfung durch den öffentlichen Auftraggeber nicht erfolgen dürfe.

Hierbei steht der Vergabestelle ein weiter Beurteilungs- und Ermessensspielraum zu, den der öffentliche Auftraggeber im Streitfall ordnungsgemäß ausgeübt hat: Das Nebenangebot mit einer Betondicke von 40 cm birgt aus technischer (zum Beispiel keine Reserven bei unvorhergesehenen geologischen Unwägbarkeiten und höherer Wasserdrücke) und vertraglicher Sicht ein für den öffentlichen Auftraggeber höheres Risiko und beruhe auf Mengeneinsparungen oder der Weglassung von Teilleistungen. Ein solches mit dem Nebenangebot verbundene höhere Risiko braucht eine Vergabestelle nach Auffassung des Oberlandesgerichts Frankfurt am Main nicht einzugehen.

&gt; HOLGER SCHRÖDER

Geforderte, aber fehlende Arbeitskarte bei Wartungsverträgen

## Ausschluss statt Nachbesserung

Eine Vergabestelle hat einen Bauauftrag für den Einbau einer küchentechnischen Anlage europaweit ausgeschrieben. Mit dem Angebot war auch ein Vertrag für die Wartung und Inspektion der technischen Anlagen und Einrichtungen entsprechend einem beigefügten Vertragsmuster anzubieten. Die Bieter wurden daher aufgefordert, eine Arbeitskarte über die von ihnen vorgesehenen Wartungsarbeiten zu erstellen, die als Anlage zum Wartungsvertrag Bestandteil desselben werden sollte. Im Rahmen der Angebotswertung wurden

die in den Wartungsverträgen angegebenen Preise berücksichtigt.

Der Bestbieter hat sein Angebot daraufhin ohne Arbeitskarte angeboten. Die ausschreibende Stelle hat das anbietende Unternehmen deshalb aufgefordert, die Arbeitskarte nachzureichen, was auch erfolgt ist. Hiergegen hat ein unterlegener Bieter ein Nachprüfungsverfahren eingeleitet. Mit Erfolg. Das zuletzt angerufene Oberlandesgericht Dresden (21. Februar 2012 – Az.: Verg 1/12) hat geurteilt, dass das Angebot des Bestbieters nach § 16 Absatz 1 Num-

mer 1 Buchstabe b) VOB/A wegen Änderung der Vergabeunterlagen zwingend auszuschließen ist. Eine Änderung der Vergabeunterlagen liegt vor, wenn ein Bieter die zu erbringende Leistung abändere und eine andere als die ausgeschriebene Leistung anbiete. Ob die Vergabeunterlagen in einem Angebot geändert wurden, sei im Wege eines Vergleichs des Inhalts des Angebots mit den in den Vergabeunterlagen geforderten Leistungen festzustellen, so der sächsische Vergabesenat. Eine solche Abänderung war im Streit-

fall gegeben. Das anbietende Unternehmen hat zwar den ihm übersandten Wartungsvertrag ordnungsgemäß ausgefüllt und die angebotenen Preise für die Wartung eingetragen.

Allerdings hat der Bestbieter seinem Angebot keine Arbeitskarte beigefügt. Damit war sein Angebot zum Abschluss eines Wartungsvertrags nach Meinung des Oberlandesgerichts Dresden unvollständig. Das Fehlen der Arbeitskarte habe dazu geführt, dass in der Angebotsfrist schon gar kein wirksames Angebot auf Ab-

schluss eines Wartungsvertrags abgegeben worden sei. Denn die in der Arbeitskarte enthaltenen Eintragungen sollten die vertragsgegenständlichen Leistungen überhaupt erst bestimmen. Ohne die Arbeitskarte bleibe offen, welche Wartungsleistungen angeboten würden. Dies mache ein Angebot ohne Arbeitskarte nahezu inhaltsleer und führt im Ergebnis dazu, dass eine der Annahmefähigkeit der Offerte nicht vorläge.

Insoweit handelt es sich auch nicht lediglich um eine fehlende Erklärung oder einen fehlenden

Nachweis, die nach § 16 Absatz 1 Nummer 3 VOB/A nachgereicht werden könnten. Nachweise und Erklärungen sind nur solche vom öffentlichen Auftraggeber getroffenen Vorgaben, die Angaben zum Inhalt des Vertragsangebots belegen oder außerhalb des eigentlichen Vertragstextes stehende Umstände – wie etwa Angaben zu Eignungskriterien – dokumentieren sollen. Dies trifft auf die Arbeitskarte als untrennbaren Bestandteil des Vertragsangebots selbst nicht zu, so die sächsischen Richter. > HOLGER SCHRÖDER

# 3 auf einen Klick

DIE NEUEN ANGEBOTE DER [www.Staatsanzeiger-eServices.de](http://www.Staatsanzeiger-eServices.de)

## eVergabe

ÜBER 1800 VERGABESTELLEN

## eFormulare

AUF IHRER HOMEPAGE FÜR IHRE BÜRGER

## Kommunaldruck

DIE SPEZIAL-DRUCKEREI FÜR IHRE KOMMUNE

Formular  
Server24Kommunal  
druck24

Staatsanzeiger ONLINE LOGISTIK GmbH  
Prager Straße 1, 82008 Unterhaching  
Tel: (+49) 89/69 39 07-0  
E-Mail: [vertrieb@staatsanzeiger-eservices.de](mailto:vertrieb@staatsanzeiger-eservices.de)  
Web: [www.staatsanzeiger-eservices.de](http://www.staatsanzeiger-eservices.de)



**Staatsanzeiger**  
eServices

EIN UNTERNEHMEN DER BAYERISCHEN STAATSZEITUNG