

Vergabekammer Niedersachsen zu Abweichungen vom Leistungsverzeichnis

Wenn es zum Angebotsausschluss kommt

Der Auftraggeber schrieb einen Bauauftrag über die Errichtung eines Glasfasernetzes EU-weit offen aus. Nach den Angebots-, Bewerbungs- und Vertragsbedingungen konnte eine Leistung, die von den vorgesehenen technischen Spezifikationen nach § 7a EU Abs. 1 Nr. 1 VOB/A abweicht, angeboten werden, sofern sie mit dem geforderten Schutzniveau in Bezug auf Sicherheit, Gesundheit und Gebrauchstauglichkeit gleichwertig ist, die Abweichung im Angebot eindeutig bezeichnet und die Gleichwertigkeit mit dem Angebot nachgewiesen wird.

Der Auftraggeber stellte für zwei Positionen wesentliche Abweichungen vom Leistungsverzeichnis fest, die zum Ausschluss führen. Dagegen wendete sich die Antragstellerin mit einem Nachprüfungsantrag, weil ihrer Ansicht nach keine wesentlichen Abweichungen vom Leistungsverzeichnis vorliegen. Sie ist der Ansicht, selbst wenn diese vorlägen, seien sie als allenfalls geringfügige Abweichungen von „technischen Spezifikationen“ des Leistungsverzeichnisses nach § 13 EU Abs. 2 VOB/A in Verbindung mit § 7a EU Abs. 1 VOB/A in Verbindung mit dem Anhang TS zur VOB/A sowie den Angebots-, Bewerbungs- und Vertragsbedingungen ausdrücklich zulässig.



Um einen Bauauftrag über die Errichtung eines Glasfasernetzes gab es Streit.

FOTO: DEUTSCHE TELEKOM

Zu Recht ausgeschlossen

Nach Ansicht der Vergabekammer Niedersachsen (VgK – 21/2022 vom 21. Dezember 2022) hat der Auftraggeber das Angebot der Antragstellerin zu Recht aufgrund unzulässiger Änderungen an den Vergabeunterlagen von der weiteren Wertung gemäß § 16 EU Nr. 2 VOB/A in Verbindung mit § 13 EU Abs. 1 Nr. 5 Satz 2 VOB/A ausgeschlossen. Nach § 13 EU Abs. 1 Nr. 5 Satz 2 VOB/A und § 53 Abs. 7 Satz 1 VgV seien Änderungen an den Vergabeunterlagen unzulässig und das entsprechende Angebot gemäß § 16 EU Nr. 2 VOB/A zwingend von der Wertung auszuschließen. Sinn und Zweck der Vorschriften sei es, das Zustandekommen eines wirksamen Vertrags mit übereinstimmenden Willenserklärungen zu gewährleisten. Der öffentliche Auftraggeber brauche sich nicht auf einen Streit über den Inhalt des Angebots beziehungsweise des gegebenenfalls abgeschlossenen Vertrags einzulassen.

Diese Regelung betreffe jedoch auch die Transparenz des Vergabeverfahrens und die Gleichbehandlung der Bieter: Dadurch, dass jeder Bieter nur das anbieten dürfe,

was der öffentliche Auftraggeber auch tatsächlich nachgefragt habe, und sich keinen Wettbewerbsvorteil dadurch verschaffen dürfe, dass er von den Ausschreibungsvorgaben abweiche, sei gewährleistet, dass nur solche Angebote gewertet werden, die in jeder sich aus den Vergabeunterlagen ergebenden Hinsicht miteinander vergleichbar seien. Unzulässige Änderungen an den Vergabeunterlagen liegen somit immer dann vor, wenn ein Bieter etwas anderes anbiete, als vom öffentlichen Auftraggeber nachgefragt.

Wie bereits aus dem Wortlaut der §§ 13 EU Abs. 1 Nr. 5 Satz 2, 16 EU Nr. 2 VOB/A ersichtlich, komme es auf Wettbewerbsrelevanz, Wesentlichkeit oder Geringfügigkeit einer Änderung der Vergabeunterlagen indes nicht an. Dies zugrunde gelegt, teilt die Vergabekammer die Auffassung des Auftraggebers, dass das Angebot im Hinblick auf die betreffenden Positionen von den Vorgaben der Vergabeunterlagen abweiche.

Die Vergabeunterlagen seien hinsichtlich des wirklichen und erkennbaren Willens des öffentlichen Auftraggebers aus der objektiven Sicht eines verständigen und fachkundigen Bieters, der mit der Erbringung der ausgeschriebenen Leistung vertraut sei, auszulegen. Entscheidend sei die Verständnismöglichkeit aus der

Perspektive des potenziellen Bieterkreises.

Vorliegend habe die Leistungsbeschreibung aus Sicht eines fachkundigen Bieters nur so verstanden werden können, dass je Gebäude eine einzelne Anschlussbox (die Anschlussbox = Singular) mit eindeutig festgelegten Maximalmaßen zu liefern und zu montieren gewesen seien. Zudem habe der Bieter unter Angabe des angebotenen Fabrikats und Typen den Preis für „1 St“ und damit eine einzelne Anschlussbox einzutragen gehabt.

Die Antragstellerin habe demgegenüber eine „zur Zweckerreichung ausreichende Anzahl von Wandanschlussboxen“ und insofern im Vergleich zur ausgeschriebenen Realisierung des Glasfaser-Wandanschlusses ein Aliud angeboten. Diese Abweichung sei auch nicht als zulässige gleichwertige Abweichung von technischen Spezifikationen im Sinne des § 13 EU Abs. 2 VOB/A einzustufen.

Danach könne eine Leistung, die von den vorgesehenen technischen Spezifikationen nach § 7a EU Abs. 1 VOB/A abweiche, angeboten werden, wenn sie mit dem geforderten Schutzniveau in Bezug auf Sicherheit, Gesundheit und Gebrauchstauglichkeit gleichwertig sei, die Abweichung ausdrücklich im Angebot bezeichnet und die Gleichwertigkeit mit

dem Angebot nachgewiesen worden sei.

Es liege hier jedoch keine technische Spezifikation vor. Technische Spezifikationen seien technische Regelwerke, Normen oder allgemeine Eigenschafts- oder Funktionsbeschreibungen (vgl. Ziffer 1 der Anlage TS zur VOB/A-EU), nicht jedoch wie vorliegend individuell auf das konkrete Bauvorhaben bezogene technische Angaben. Überdies habe die Antragstellerin eine vermeintliche Gleichwertigkeit auch nicht, wie von § 13 EU Abs. 2 Satz 3 VOB/A gefordert, mit dem Angebot nachgewiesen.

Klassische Beschreibung

Schließlich biete der Wortlaut der Position im Leistungsverzeichnis auch keinen Anhaltspunkt dafür, dass lediglich eine funktional beschriebene Teilleistung zu erbringen gewesen sei. Es handle sich eindeutig um eine klassische Leistungsbeschreibung mit Leistungsverzeichnis. Dies komme auch durch die Festlegung der Maximalmaße (B x T x H = 36,0 x 17,5 x 48,0 cm) zum Ausdruck, die die anzubietende Wandanschlussbox aufweisen müsse. Auch diese Maximalmaße halte der von der Antragstellerin angebotene Wandan-

schluss bei ihrer vorgesehenen Konfiguration mit mehreren Wandanschlussboxen nicht ein.

Der Ausschlussbestand des § 16 EU Nr. 2 VOB/A in Verbindung mit § 13 EU Abs. 1 Nr. 5 Satz 2 VOB/A greife in Fällen, in denen im Angebot etwas anderes offeriert werde, als in den Vergabeunterlagen verlangt worden sei, das heißt inhaltliche Abweichungen von den verbindlichen fachlichen Vorgaben der Ausschreibung vorlägen. Dabei sei unerheblich, ob es sich um wichtige oder weniger bedeutende Änderungen handle.

Eine den Angebotsausschluss begründende Änderung an den Vergabeunterlagen liege bereits dann vor, wenn das Angebot von einer einzigen Vorgabe der Leistungsbeschreibung inhaltlich abweiche, wobei unbeachtlich sei, ob die Vorgabe als fachlich richtig, zweckmäßig oder technisch sinnvoll angesehen werde und ob die Änderung absichtlich oder versehentlich erfolgt sei. Die betreffenden Positionen seien daher als unzulässige Änderungen der Vergabeunterlagen zu werten, die den Ausschluss des Angebots der Antragstellerin wegen unzulässiger Änderungen der Vergabeunterlagen gemäß § 16 EU Nr. 2 VOB/A in Verbindung mit § 13 EU Abs. 1 Nr. 5 Satz 2 VOB/A nach sich ziehen. > **FV**

DGB fordert bayerisches Tariftreuegesetz

Bayerische Gewerkschaften fordern im Vorfeld der Landtagswahl ein landeseigenes Tariftreuegesetz. Die Staatsregierung sei hier seit Langem in einer Bringschuld, sagte der DGB-Landesvorsitzende Bernhard Stiedl am Donnerstag. Arbeitgeber, die ihre Beschäftigten nach Tarif bezahlen, müssten bei der Vergabe öffentlicher Aufträge bevorzugt werden. Bisher setze sich bei Ausschreibungen aber meist der billigste Anbieter durch – oft mit Lohndumping auf dem Rücken der Arbeitnehmer.

Stiedl kritisierte, dass die Tarifbindung in Bayern auf dem Rückzug sei. Seien Anfang des Jahrtausends noch 70 Prozent der Beschäftigten in tarifgebundenen Betrieben tätig gewesen, seien es inzwischen nur noch 51 Prozent. Die „zunehmende Tariffucht“ komme dabei die Gesellschaft teuer zu stehen. Nach Berechnungen des DGB gehe es um insgesamt rund 10 Milliarden Euro: 5 Milliarden fehlende Kaufkraft, 1,3 Milliarden wegfallende Einkommensteuer und 3,6 Milliarden, die in den Sozialkassen fehlten.

Dagegen helfen soll, was die Gewerkschaften „Faire-Löhne-Gesetz“ nennen: „Öffentliche Aufträge, Konzessionen und staatliche Wirtschaftsförderung, Forschungsmittel und Versorgungsaufträge sollen künftig nur noch an Unternehmen vergeben werden, die ihre Beschäftigten fair und nach Tarif entlohnen und faire Arbeitsbedingungen bieten“, fasst Stiedl dessen Kern zusammen. Die Mindestarbeitsbedingungen sollen dabei durch Verordnungen festgelegt werden. Kontrolliert werden sollen die Vorgaben von einer staatlichen Prüfstelle Tariftreue.

Auf der Arbeitgeberseite stößt die Forderung der Gewerkschaften auf Skepsis. Die Vereinigung der Bayerischen Wirtschaft (vbw) lehnt Tariftreuegesetze grundsätzlich ab. Die Anwendung von Tarifverträgen müsse freiwillig bleiben, eine gesetzliche Regulierung sei ein Angriff auf die Tarifautonomie. Zudem entstehe ein großer Prüf- und Kontrollaufwand.

> **CHRISTOF RÜHRMAIR, DPA**

RÜSTUNGSauftrag

Tschechien rüstet angesichts des Ukraine-Krieges auf. Der Nato-Partner erwirbt für umgerechnet rund 2,5 Milliarden Euro 246 Schützenpanzer CV90 des britischen Rüstungskonzerns BAE Systems. Deutsche Hersteller gingen bei der Beschaffung leer aus, nachdem eine öffentliche Ausschreibung ergebnislos abgebrochen wurde. Aber Prag könnte sich einer deutschen Bestellung von Leopard-Kampfpanzern in der Ausführung 2A8 anschließen. > **DPA**

Ausschreibungen für Bayern

Auftrag **online** finden: Einfach. Schnell. Effizient.

- ✓ Benachrichtigungen per E-Mail
- ✓ Vergabeunterlagen online
- ✓ Viele weitere Vorteile finden Sie unter www.bsz.de/business

Webbasiert inkl.
GAEB online

Aktuelle
Ausschreibungen
warten auf Ihren Abruf