
Newsletter, 24. April 2012

Vergaberecht

EuGH: Keine Aufklärungspflicht des öffentlichen Auftraggebers im Falle eines unklaren Angebots

Thomas Michaelis

Der EuGH hat mit Urteil vom 29. März 2012 (Rs. C-599/10) entschieden, dass ein öffentlicher Auftraggeber nicht verpflichtet ist, in einem nichtoffenen Ausschreibungsverfahren von Bietern zu verlangen, ihre Angebote im Hinblick auf die in den Vergabeunterlagen enthaltenen technischen Spezifikationen zu erläutern, bevor er sie wegen Ungenauigkeit oder Nichtvereinbarkeit mit den Spezifikationen ablehnt. Der öffentliche Auftraggeber ist aber verpflichtet, von den Bietern eine Erläuterung eines ungewöhnlich niedrigen Preises zu verlangen.

I. Der Fall

Ein in der Slowakischen Republik ansässiger öffentlicher Auftraggeber führte ein nichtoffenes Verfahren zur Vergabe eines Dienstleistungsauftrags im Zusammenhang mit der Erhebung von Autobahnmaut durch. Der öffentliche Auftraggeber forderte zwei Bieter auf, ihre Angebote hinsichtlich der ungewöhnlich niedrigen Preise sowie bestimmter technischer Aspekte zu erläutern und klarzustellen. Trotz Beantwortung der Fragen wurden beide Bieter vom Verfahren ausgeschlossen. Nach erfolglosem Widerspruchsverfahren erhoben die ausgeschlossenen Bieter Klage beim zuständigen Regionalgericht, das die Klagen abwies. Im Berufungsverfahren legte der oberste Gerichtshof der Slowakei dem EuGH im Rahmen eines Vorabentscheidungsersuchens Auslegungsfragen im Hinblick auf die Vergabekoordinierungsrichtlinie vor.

Die drei gestellten Vorlagefragen wurden vom EuGH insgesamt dahin ausgelegt, dass sie darauf abzielen, inwieweit ein öffentlicher Auftraggeber im Hinblick auf die Bestimmungen der Art. 2 und 55 der Vergabekoordinierungsrichtlinie 2004/18/EG

(„VKR“) von Bietern Aufklärung verlangen kann oder muss, wenn er im Rahmen eines nichtoffenen Ausschreibungsverfahrens zu der Auffassung gelangt, dass das Angebot (1) ungewöhnlich niedrig oder (2) ungenau ist oder den in den Vergabeunterlagen enthaltenen technischen Spezifikationen nicht entspricht.

II. Die Entscheidung des EuGH

Der **erste Teil** des Urteils befasst sich mit dem Vorgehen bei Angebot eines ungewöhnlich niedrigen Preises. Nach Art. 55 VKR muss der öffentliche Auftraggeber vor Ablehnung eines ungewöhnlich niedrigen Angebots *„schriftlich Aufklärung über die Einzelposten des Angebots verlangen, wo er dies für angezeigt hält“*.

Der EuGH entschied, daraus gehe eindeutig hervor, dass ein öffentlicher Auftraggeber verpflichtet sei, die Einzelposten der ungewöhnlich niedrigen Angebote zu überprüfen und in diesem Zusammenhang Vorlage von Belegen für die Seriosität des Angebots zu fordern. Dazu bedürfe es zu einem zweckmäßigen Zeitpunkt einer kontradiktorischen Erörterung zwischen Auftraggeber und Bieter, damit letz-



terer den geforderten Beleg erbringen könne. Hierdurch solle Willkür des öffentlichen Auftraggebers verhindert und ein gesunder Wettbewerb gewährleistet werden.

Zum **zweiten Teil** der Vorlagefrage stellt der EuGH zunächst fest, dass die VKR - anders als bei ungewöhnlich niedrigen Angeboten - keine Bestimmung enthält, die ausdrücklich das Verfahren regelt, wenn das Angebot eines Bewerbers ungenau ist oder nicht den in den Vergabeunterlagen enthaltenen technischen Spezifikationen entspricht. Aus den Grundsätzen der Gleichbehandlung und Transparenz gemäß Art. 2 VKR folge zunächst, dass Angebote bei einem nichtoffenen Verfahren grundsätzlich nicht mehr geändert werden können. Eine Aufklärung sei vor dem Hintergrund dieser Prinzipien zudem nicht geboten. Ein öffentlicher Auftraggeber sei daher nicht verpflichtet, in einem nichtoffenen Ausschreibungsverfahren von den Bietern zu verlangen, die Angebote vor deren Ausschluss im Hinblick auf Unklarheiten zu erläutern.

Dagegen verbiete Art. 2 VKR auch nicht, dass die Angebote ausnahmsweise in einzelnen Punkten – zum Zwecke einer offensichtlich gebotenen bloßen Klarstellung oder zur Behebung offensichtlicher sachlicher Fehler – berichtigt oder ergänzt werden, vorausgesetzt dies führt nicht dazu, dass in Wirklichkeit ein neues Angebot eingereicht wird.

Der öffentliche Auftraggeber kann nach seinem Ermessen daher zulässigerweise auch eine Erläuterung des Angebots fordern, ohne allerdings eine Änderung des Angebots zu verlangen oder zu akzeptieren, nachdem er von allen Angeboten Kenntnis genommen hat. Die Bieter sind dabei selbstverständlich gleich und fair zu behandeln, so dass am Ende der Angebotsauswahl und im Hinblick auf ihr Ergebnis nicht der Eindruck entstehen kann, dass die Erläuterung dazu diene, Bieter ungerechtfertigt zu begünstigen oder zu benachteiligen. Die Aufforderung hat grundsätzlich an alle Bieter, die sich in der gleichen Situation befinden, zu ergehen, wobei alle unklaren Punkte angesprochen werden müssen.

III. Bewertung

Die Relevanz der **ersten Antwort** des EuGH liegt im Detail: Der Auftraggeber habe die Einzelposten der ungewöhnlich niedrigen Angebote zu überprüfen und dazu die Vorlage von Belegen für die Seriosität des Angebots zu fordern. Die Seriosität des

Angebots mag aber schon bei einem ungewöhnlich niedrigen Einzelposten in Zweifel gezogen sein, so dass es zukünftig möglicherweise nicht mehr (nur) – wie bislang grundsätzlich nach deutscher Rechtsprechung – auf den ungewöhnlich niedrigen Gesamtpreis ankommt, um das Angebot ausschließen zu müssen.

Da der EuGH die Vorlagefragen im Lichte der Grundsätze von Gleichbehandlung und Transparenz beantwortet, mag daraus zudem ein grundsätzlich bieterschützender Charakter der Normen zu ungewöhnlich niedrigen Angeboten abgeleitet werden, so dass den Konkurrenten zukünftig ein Anspruch auf Ausschluss des Unterkostenangebots zusteht, welcher seit jeher umstritten ist. In diesem Zusammenhang entschied z.B. die VK Sachsen unlängst, § 19 Abs. 6 EG VOL/A habe zumindest dann bieterschützende Wirkung, wenn durch den Auftraggeber überhaupt keine Auskömmlichkeitsprüfung vorgenommen worden sei (B. v. 11.11.2011 - 1/SVK/042-11). Ablehnend standen dem dritt-schützenden Charakter dieser Vorschrift zuletzt OLG Jena (B. v. 05.06.2009 - 9 Verg 5/09) und OLG Koblenz (B. v. 15.10.2009 - 1 Verg 9/09) gegenüber.

Hinsichtlich der **zweiten Antwort** ist begrüßenswert, dass EuGH das Procedere zur Angebotsaufklärung klar umreißt: (1) Nach Kenntnisnahme aller Angebote kann (2) der Auftraggeber aufklären, wobei (3) alle Bieter in derselben Situation angesprochen werden müssen und (4) sich die Aufklärung auf alle unklaren Punkte zu erstrecken hat. Eine Zurückweisung eines Angebots wegen Unklarheit eines Punktes, der nicht Gegenstand der Aufforderung gewesen ist, ist dann unzulässig.

Zulässig ist aber in jedem Fall auch ein Ausschluss ohne jedwede vorherige Aufklärung. Entscheidet sich der öffentliche Auftraggeber aber zur Angebotsaufklärung, wird es darauf ankommen, die Aufklärung unter Beachtung der vier vorgenannten Schritte durchzuführen und bestmöglich zu dokumentieren, um keine Verfahrensrisiken zu schaffen bzw. um Rügen angemessen begegnen zu können.

Ansprechpartner



Thomas Michaelis

Rechtsanwalt

Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH
Graf-Adolf-Platz 15
40213 Düsseldorf

Telefon +49 211 5660 16570
Telefax +49 211 5660 16570
thomas.michaelis@luther-lawfirm.com

OLG Düsseldorf/OLG Koblenz: Bei Gebäudereinigungsleistungen ist die Glasreinigung ein eigenständiges Fachlos, das grundsätzlich gesondert ausgeschrieben werden muss.

Dr. Bernhardine Kleinhenz

Das OLG Düsseldorf hat in seiner Entscheidung vom 11. Januar 2012 (VII-Verg 52/11) klargestellt, dass die Glasreinigung als Teilausschnitt der Dienstleistung „Reinigungsarbeiten“ als Fachlos aufzufassen ist. Als zweites Oberlandesgericht folgt nunmehr das OLG Koblenz mit seinem Beschluss vom 4. April 2012 (1 Verg 2/11) dieser Auffassung und stellt klar, dass eine Teillosvergabe eine mögliche Fachlosvergabe nicht entbehrlich macht. Für die Vergabepaxis sind diese beiden Entscheidungen von erheblicher Bedeutung, da Reinigungsarbeiten bisher häufig nicht in Fachlose aufgeteilt wurden.

I. Der Fall des OLG Koblenz

Gegenstand des Vergabeverfahrens waren Gebäudereinigungsleistungen an 26 Schulen sowie an dem Verwaltungsgebäude der Vergabestelle. Die Gesamtleistung wurde in fünf Gebietslose aufgeteilt, wobei die Grundreinigung ca. 101.000 m², die Unterhaltsreinigung ca. 140.000 m² und die Glasreinigung ca. 39.000 m² umfasste. Der Anteil der Glasreinigung differierte in den einzelnen Losen von ca. 2.000 m² bis zu 20.000 m². Bei der Gestaltung der Gebietslose hatte sich die Vergabestelle auch Gedanken über die Bildung eines Fachloses bzw. mehrerer Fachlose Glasreinigung gemacht; hatte dazu jedoch im Vergabevermerk ausgeführt: „Die Bildung eines Loses „Glasreinigung“ erscheint nicht mittelstandsfreundlich, da die Größe des Loses kleine Firmen benachteiligen würde. Die Glasreinigung muss nämlich in allen Gebäuden zur gleichen Zeit (Ostern bzw. Herbstferien) erfolgen. Hingegen erscheint eine Aufteilung in mehrere Glasreinigungslose unwirtschaftlich.“ Hiergegen wandte sich die Antragstellerin, die lediglich Glasreinigungsleistungen erbringen wollte, mit Erfolg.

II. Die Entscheidung

Das OLG Koblenz stellte im Anschluss an die Entscheidung des OLG Düsseldorf (Beschluss vom 11. Januar 2012, VII Verg 52/11) klar, dass die Glasreinigung grundsätzlich ein eigenständiges Fachlos ist, das grundsätzlich auch gesondert vergeben werden muss; eine Teillosvergabe macht eine mögliche Fachlosvergabe nicht entbehrlich. Das OLG Düsseldorf hatte seine Entscheidung damit begründet, dass für die Tätigkeit Glasreinigung sich mitt-

lerweile ein eigener Markt, von den anderen Reinigungsarbeiten abgegrenzter Markt gebildet habe. Die Gebäudereinigung teile sich sowohl in organisatorischer Hinsicht, im Hinblick auf Qualifikation und Entlohnung des eingesetzten Personals sowie in Marktauftritt und in der Wahrnehmung der Marktgegenseite in zwei voneinander getrennte Fachbereiche der Glas- und Unterhaltsreinigung auf (OLG Düsseldorf, a.a.O.).

Von dieser gesonderten Vergabe darf nur im Ausnahmefall abgewichen werden, wenn wirtschaftliche oder technische Gründe dies erfordern. Nach Auffassung des OLG Koblenz reicht insoweit die Begründung im Vergabevermerk nicht aus. Die vom Auftraggeber im Vergabevermerk dargestellte Argumentation, die Glasreinigung müsse in allen Schulgebäuden nahezu zeitgleich, jeweils zu Beginn der Oster- und Herbstferien und somit innerhalb eines kleinen Zeitfensters durchgeführt werden, könne lediglich dazu führen, dass möglicherweise höhere Anforderungen an die Leistungsfähigkeit des Auftragnehmers gestellt werden dürfen, sei aber kein zwingendes Argument gegen eine gesonderte Vergabe der Glasreinigung. Ebenfalls liege kein unverhältnismäßiger zusätzlicher Aufwand für die Vergabestelle bei der Bildung eines Fachloses Glasreinigung vor, da der Wert der Glasreinigung mindestens rund 7 % des Gesamtvolumens ausmache, so dass jedenfalls ein Fachlos nicht als unwirtschaftliches Splitterlos angesehen werden könne (OLG Koblenz a.a.O.).

III. Bewertung

Die Entscheidungen sind von erheblicher praktischer Bedeutung, da bisher die Vergabepaxis in

der Regel bei Gebäudereinigungsleistungen eine Aufteilung in Teillose und nicht in Fachlose vorsah. Dies wird in Zukunft aufgrund der Entscheidung der beiden Oberlandesgerichte nicht mehr möglich sein. Auch die Argumentation, dass die zusätzliche Bildung eines Fachloses Glasreinigung aufgrund des im Verhältnis zu Unterhaltsreinigung deutlich geringeren Volumens unwirtschaftlich sei, wird in Zukunft schwierig sein. So hat die Vergabekammer Köln in

ihrem Beschluss vom 6. März 2012 (VK VOL 45/2011) sogar ein unwirtschaftliches Splitterlos in einem Fall verneint, bei dem der Anteil der Glasreinigung an der Gebäudereinigung unterhalb von 5 % des geschätzten Gesamtauftragswertes lag. Ein Abweichen von dem Vorrang der Fachlosbildung dürfte daher nur noch in Ausnahmefällen bei Besonderheiten eines einzelnen Falles möglich sein.

Ansprechpartner



Dr. Bernhardine Kleinhenz
Rechtsanwältin, Partnerin

Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH
Gänsemarkt 45, 20354 Hamburg

Tel.: +49 40 18067 21165

Fax: + 49 40 18067 110

bernhardine.kleinhenz@luther-lawfirm.com

Aktuelle Veranstaltungen

Termin	Thema/Referent	Veranstalter/Ort
8. Mai 2012	Brücken in Not - kann PPP helfen? Dr. Bernhardine Kleinhenz	11. Jahrestagung Public Private Partnership (Convent), IHK Frankfurt/Main
15. Juni 2012	Einstieg in das Vergaberecht und die VOL Dr. Henning Holz, LL.M.	IHK Hannover
19. Juni 2012	Fachtagung - Soziale Arbeit im Schatten des Vergaberechts Karsten Köhler / Sebastian Schäller	Diakonische Akademie (Radebeul/Sachsen)
4./5. Juli 2012	Aufbauseminar Vergaberecht Karsten Köhler / Sebastian Schäller	Thüringer Landesanstalt für Landwirtschaft (Stadtroda/Thüringen)

Weitere Informationen zu den Veranstaltungen der Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH finden Sie auf unserer Homepage unter dem Stichwort „Termine“.

Regionale Ansprechpartner zum Vergaberecht

Düsseldorf

Dr. Michael Fritzsche
michael.fritzsche@luther-lawfirm.com

Stefan Hitter
stefan.hitter@luther-lawfirm.com

Telefon +49 211 5660 0

Hamburg / Berlin

Dr. Bernhardine Kleinhenz
bernhardine.kleinhenz@luther-lawfirm.com

Telefon +49 40 18067 0

Leipzig

Dr. Thomas Gohrke
thomas.gohrke@luther-lawfirm.com

Karsten Köhler
karsten.koehler@luther-lawfirm.com

Sebastian Schäller
sebastian.schaeller@luther-lawfirm.com

Telefon +49 341 5299 0

Essen

Achim Meier
achim.meier@luther-lawfirm.com

Henner Puppel
henner.puppel@luther-lawfirm.com

Martin Steuber, LL.M.
martin.steuber@luther-lawfirm.com

Telefon +49 201 9220 0

Hannover

Ulf-Dieter Pape
ulf-dieter.pape@luther-lawfirm.com

Dr. Henning Holz, LL.M.
henning.holz@luther-lawfirm.com

Telefon +49 511 5458 0

Luxemburg

Thomas Michaelis
Thomas.michaelis@luther-lawfirm.com

Telefon +49 352 27484 1

Als zentraler Kontakt für allgemeine Fragen zu unserem Beratungsfeld Vergaberecht steht Ihnen Herr Ulf-Dieter Pape, Telefon +49 511 5458 17627, ulf-dieter.pape@luther-lawfirm.com zur Verfügung.

Copyright

Alle Texte dieses Newsletters sind urheberrechtlich geschützt. Gerne dürfen Sie Auszüge unter Nennung der Quelle nach schriftlicher Genehmigung durch uns nutzen. Hierzu bitten wir um Kontaktaufnahme.

Impressum

Verleger: Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH, Anna-Schneider-Steig 22, 50678 Köln, Telefon +49 221 9937 0, Telefax +49 221 9937 110, contact@luther-lawfirm.com

V.i.S.d.P.: Ulf-Dieter Pape, Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH, Berliner Allee 26, 30175 Hannover, Telefon +49 511 5458 0, Telefax +49 511 5458 110, ulf-dieter.pape@luther-lawfirm.com

Haftungsausschluss

Obgleich dieser Newsletter sorgfältig erstellt wurde, wird keine Haftung für Fehler oder Auslassungen übernommen. Die Informationen dieses Newsletters stellen keinen anwaltlichen oder steuerlichen Rechtsrat dar und ersetzen keine auf den Einzelfall bezogene anwaltliche oder steuerliche Beratung. Hierfür stehen unsere Ansprechpartner an den einzelnen Standorten zur Verfügung.

Die Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH berät in allen Bereichen des Wirtschaftsrechts. Zu den Mandanten zählen mittelständische und große Unternehmen sowie die öffentliche Hand. Luther ist das deutsche Mitglied von Taxand, einem weltweiten Zusammenschluss unabhängiger Steuerberatungsgesellschaften.

Berlin, Dresden, Düsseldorf, Frankfurt a. M., Essen, Hamburg, Hannover, Köln, Leipzig, München, Stuttgart | Brüssel, Budapest, Istanbul, London, Luxemburg, Shanghai, Singapur

