

GPA-Mitteilung Bau 3/2001

Az. 600.502; 600.530

01.12.2001

Benachrichtigungen, Mitteilungen und Informationen an die nicht berücksichtigten Bewerber oder Bieter bei Bauvergaben

Nach den Bestimmungen der VOB/A haben die Auftraggeber Benachrichtigungs-, Mitteilungs- und Informationspflichten. Dabei ist zu unterscheiden zwischen

- Auftragsvergaben unterhalb des EU-Schwellenwerts und
- Auftragsvergaben ab dem EU-Schwellenwert.

Bei Auftragsvergaben unterhalb des EU-Schwellenwerts gelten ausschließlich die Bestimmungen des § 27 VOB/A.

Bei Auftragsvergaben ab dem EU-Schwellenwert gelten für alle Auftraggeber i.S. des § 98 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen - GWB - vom 26.08.1998 (BGBl. I S. 2546) die Bestimmungen des § 13 der Vergabeverordnung - VgV - vom 09.01.2001 (BGBl. I S. 110) sowie die Bestimmungen der §§ 27 und 27a VOB/A (betr. Nichtsektorenauftraggeber), der §§ 27 und 27b VOB/A (betr. Sektorenauftraggeber bzw. Anwender der VOB/A - 3. Abschnitt) sowie des § 11 VOB/A-SKR (betr. Sektorenauftraggeber bzw. Anwender der VOB/A - 4. Abschnitt).

1 Auftragsvergaben unterhalb des EU-Schwellenwerts

1.1 Benachrichtigung der Bieter (§ 27 Nr. 1 VOB/A)

Nach § 27 Nr. 1 Satz 1 VOB/A sollen Bieter, deren Angebote nach § 25 Nr. 1 VOB/A ausgeschlossen worden sind (z.B. wegen fehlender Unterschrift oder wegen Änderungen an den Verdingungsunterlagen), und Bieter, deren Angebote nach § 25 Nr. 2 oder Nr. 3 Abs. 1 und 2 VOB/A nicht in die engere Wahl kommen (z.B. wegen mangelnder Eignung bzw. Fach-

kunde, Leistungsfähigkeit, Zuverlässigkeit oder wegen unangemessen hoher oder niedriger Preise), **so bald wie möglich** davon verständigt werden, dass sie nicht den Zuschlag erhalten können. Es handelt sich hierbei um eine **Soll-Vorschrift**, die im Regelfall zu beachten ist. Die VOB/A sieht danach vor, die Bieter schon in einer frühen Phase der Angebotsprüfung und -wertung (**erste Stufe**) vorab zu benachrichtigen, damit sie frühzeitig aus der Angebotsbindung entlassen werden und anderweitig disponieren können.

Nach § 27 Nr. 1 Satz 2 VOB/A sind die in der engeren Wahl verbliebenen Bieter (in einer **zweiten Stufe**) zu verständigen, sobald der Zuschlag erteilt worden ist. Diese Vorschrift ist zwingend (**Muss-Vorschrift**).

Bei der Benachrichtigung nach § 27 Nr. 1 VOB/A sind Ablehnungsgründe nicht zu nennen. Es genügt ein einfaches Absageschreiben.

Die Benachrichtigungspflicht nach § 27 Nr. 1 VOB/A gilt bei allen Vergabearten i.S. des § 3 VOB/A (Öffentliche und Beschränkte Ausschreibung sowie Freihändige Vergabe).

Bei Öffentlichen Teilnahmewettbewerben im Rahmen Beschränkter Ausschreibungen (§ 3 Nr. 3 Abs. 2 VOB/A) besteht gegenüber Bewerbern keine Benachrichtigungspflicht.

1.2 Mitteilung an die Bieter auf deren Antrag (§ 27 Nr. 2 VOB/A)

Nach § 27 Nr. 2 VOB/A sind den nicht berücksichtigten **Bieter**n auf deren Verlangen innerhalb einer Frist von 15 Kalendertagen nach Eingang ihres schriftlichen Antrags die Gründe für die Nichtberücksichtigung ihres Angebots sowie der Name des Auftragnehmers **schriftlich mitzuteilen**.

Die Mitteilungspflicht nach § 27 Nr. 2 VOB/A (einen schriftlichen Antrag vorausgesetzt) besteht unabhängig von der Benachrichtigungspflicht nach § 27 Nr. 1 VOB/A. Je nach Zeitpunkt der Antragstellung durch den Bieter kann die Mitteilung nach § 27 Nr. 2 VOB/A die Benachrichtigung nach § 27 Nr. 1 VOB/A mit einschließen bzw. ersetzen. Stellt aber ein Bieter einen Antrag erst nach erfolgter Verständigung i.S. des § 27 Nr. 1 VOB/A, muss nach § 27 Nr. 2 VOB/A in jedem Fall noch eine gesonderte Mitteilung erfolgen.

Bei der Mitteilung an die Bieter genügt eine kurze Aufzählung der Gründe, weshalb ihr Angebot nach § 25 Nr. 1 VOB/A ausgeschlossen wurde bzw. nach § 25 Nr. 2 oder Nr. 3 Abs. 1 und 2 VOB/A nicht in die engere Wahl kam (dabei ist Vorsicht geboten vor etwaigen geschäftsschädigenden Äußerungen). Außerdem ist den Bietern der Name des Auftragnehmers bzw. desjenigen Bieters mitzuteilen, der den Zuschlag erhalten soll oder erhalten hat.

Die Mitteilungspflicht gilt bei allen Vergabearten (Öffentliche und Beschränkte Ausschreibung, Freihändige Vergabe).

Nach Zugang der Mitteilung sind die Bieter nicht mehr an ihr Angebot gebunden.

Die Frist von 15 Kalendertagen ist knapp bemessen. Die Frist wird nicht immer eingehalten bzw. die nach § 27 Nr. 2 VOB/A geforderten Angaben werden nicht immer gemacht werden können in den Fällen, in denen Bieter ihren Antrag schon frühzeitig mit der Angebotsabgabe verbinden. Dann wird im Regelfall innerhalb der 15-tägigen Frist der Name des Auftragnehmers noch nicht feststehen bzw. mitgeteilt werden können. In solchen Fällen empfiehlt sich die Abgabe einer Zwischennachricht an die Antragsteller, bevor eine endgültige Mitteilung erfolgt.

§ 27 Nr. 2 VOB/A regelt nicht, bis zu welchem Zeitpunkt schriftliche Anträge gestellt werden können. Solche Anträge können jedenfalls auch noch nach Zuschlagserteilung gestellt werden. Im Blick darauf, dass die Schadensersatzansprüche (Ansprüche aus culpa in contrahendo) der übergangenen Bieter nach den Bestimmungen des BGB (§§ 194 ff.) innerhalb von zwei Jahren nach Zuschlagserteilung verjähren, könnte man den Schluss ziehen, dass Anträge i.S. des § 27 Nr. 2 VOB/A noch innerhalb der Verjährungsfrist zulässig sein müssten. Dagegen sehen die VOB-Kommentatoren Ingenstau/Korbion (vgl. 14. Aufl. 2001, Rdnr. 11 zu § 27 VOB/A) schon etwa nach einem halben Jahr nach Zugang der Benachrichtigung i.S. des § 27 Nr. 1 VOB/A das Recht auf Antragstellung nach § 27 Nr. 2 VOB/A als verwirkt an (§ 242 BGB). Die GPA empfiehlt jedoch, sich ggf. an der zweijährigen Verjährungsfrist zu orientieren.

1.3 Mitteilung an die Bewerber auf deren Antrag (§ 27 Nr. 2 VOB/A)

Nach § 27 Nr. 2 VOB/A sind auf Verlangen den nicht berücksichtigten **Bewerbern** innerhalb einer Frist von 15 Kalendertagen nach Eingang ihres schriftlichen Antrags die Gründe für die Nichtberücksichtigung ihrer Bewerbung **schriftlich mitzuteilen**.

Bei der Mitteilung an die Bewerber nach einem Öffentlichen Teilnahmewettbewerb (§ 3 Nr. 3 Abs. 2 VOB/A) genügt ebenfalls eine kurze Angabe der Gründe, weshalb ihre Bewerbung bei der anschließenden Beschränkten Ausschreibung nicht berücksichtigt wurde. Es genügt beispielsweise die Mitteilung, dass die vom Bewerber geforderten Nachweise nicht vorgelegen haben. Da die Bewerber in einem Öffentlichen Teilnahmewettbewerb keinen Anspruch darauf haben, in einem nachfolgenden Vergabeverfahren berücksichtigt zu werden, genügt nach § 27 Nr. 2 VOB/A beispielsweise auch die Mitteilung, dass wegen

der **Vielzahl an Bewerbungen** nicht alle Bewerber zur Angebotsabgabe aufgefordert werden konnten.

Den Bewerbern ist der Name des späteren Auftragnehmers nicht mitzuteilen.

Bei Öffentlichen Teilnahmewettbewerben dürfte die Frist von 15 Kalendertagen im Allgemeinen eingehalten werden können.

Auch hier stellt sich die Frage, bis zu welchem Zeitpunkt Anträge i.S. des § 27 Nr. 2 VOB/A gestellt werden können. Die VOB/A enthält diesbezüglich keine Regelungen. Da die nicht berücksichtigten Bewerber in der Regel keine Schadensersatzansprüche geltend machen können, dürfte die Ausschlussfrist wesentlich kürzer anzusetzen sein als bei den nicht berücksichtigten Bietern (s.o. Abschn. 1.2 letzter Absatz).

2 Auftragsvergaben ab dem EU-Schwellenwert

2.1 Information der Bieter (§ 13 VgV)

Nach § 13 VgV müssen alle Auftraggeber i.S. des § 98 GWB die **Bieter**, deren Angebote nicht berücksichtigt werden sollen, informieren

- über den Namen des Bieters, dessen Angebot angenommen werden soll und
- über den Grund der vorgesehenen Nichtberücksichtigung ihres Angebots.

Die Informationspflicht besteht bei allen Vergabearten (Offenes Verfahren, Nichtoffenes Verfahren, Verhandlungsverfahren). Eine Informationspflicht besteht nicht gegenüber den Bewerbern bei Öffentlichen Teilnahmewettbewerben im Rahmen Nichtoffener Verfahren oder bei Öffentlichen Vergabebekanntmachungen im Rahmen von Verhandlungsverfahren i.S. des § 3a VOB/A.

Mit der Information durch den Auftraggeber über den beabsichtigten Zuschlag wird dem Erfordernis eines effektiven Rechtsschutzes bis zur Zuschlagserteilung nach den §§ 102 ff. GWB entsprochen.

Der Auftraggeber hat die Information spätestens **14 Kalendertage vor dem Vertragsabschluss** abzugeben. Die Frist beginnt am Tag nach der Absendung des Informationsschreibens. Der Tag der Absendung sollte im Vergabebericht festgehalten werden. Es wird

empfohlen, die Information an alle Bieter am gleichen Tag abzusenden. Unter „Vertragsabschluss“ versteht man den Zugang des Auftragsschreibens beim Auftragnehmer, vorausgesetzt, auf ein Angebot wird rechtzeitig und ohne Abänderungen der Zuschlag erteilt (§ 28 Nr. 2 Abs. 1 VOB/A).

Ein vor Fristablauf erteilter Auftrag ist nichtig (§ 13 Satz 4 VgV).

Die Information kann durch einen Standardtext erfolgen (Amtliche Begründung). Allerdings müssen die ablehnenden Gründe schon einigermaßen konkret genannt werden, wenn die Information wirksam sein soll.

Es besteht keine gesetzliche Pflicht, auch den Bieter zu informieren, auf dessen Angebot der Zuschlag erteilt werden soll. Es ist aber empfehlenswert, auch den künftigen Auftragnehmer darüber zu informieren, dass der Auftrag erst nach Ablauf der 14-tägigen Frist erteilt werden darf.

Wegen der Informationspflicht des § 13 VgV sollte bei EU-Ausschreibungen die Zuschlags- und Bindefrist grundsätzlich um 14 Kalendertage verlängert werden.

2.2 Benachrichtigung der Bieter (§ 27 Nr. 1 VOB/A)

Neben § 13 VgV gelten bei EU-Ausschreibungen auch die Bestimmungen des § 27 Nr. 1 VOB/A über die **Benachrichtigung der Bieter** (vgl. die VOB/A 2. und 3. Abschnitt).

Die Informationspflicht nach § 13 VgV schließt die Benachrichtigungspflicht nach § 27 Nr. 1 VOB/A nicht aus. Beide Mitteilungen haben ihrem Sinn und Zweck entsprechend unterschiedliche Inhalte und Absendezeitpunkte. Während die Benachrichtigung nach § 27 Nr. 1 Satz 1 VOB/A jeweils unverzüglich bzw. so früh wie möglich zu erfolgen hat (um Bieter frühzeitig aus ihrer Angebotsbindung zu entlassen), können die Informationen nach § 13 VgV grundsätzlich erst nach Abschluss des Wertungsverfahrens bzw. nach Beschlussfassung in den politischen Gremien abgesandt werden.

Vorab ausgeschiedene Bieter hätten also grundsätzlich **zwei Nachrichten** zu erhalten. Je nach zeitlichem Ablauf des Vergabeverfahrens wäre es allerdings auch unbedenklich und ggf. anzustreben, die Informationen nach § 13 VgV mit der Benachrichtigung nach § 27 Nr. 1 Satz 1 VOB/A zu koppeln.

Die Benachrichtigung der in der engeren Wahl verbliebenen Bieter nach **§ 27 Nr. 1 Satz 2 VOB/A** wird dagegen durch die Information nach § 13 VgV in jedem Fall **entbehrlich**.

2.3 Mitteilung an die Bieter auf deren Antrag (§ 27a Nr. 1 VOB/A)

Bei EU-Ausschreibungen tritt § 27a Nr. 1 Abs. 1 an die Stelle des § 27 Nr. 2 VOB/A.

Die Mitteilung nach § 27a Nr. 1 Abs. 1 VOB/A unterscheidet sich von der nach § 27 Nr. 2 VOB/A nur dadurch, dass bei EU-Ausschreibungen denjenigen Bietern, die ein (im formalen Sinne) ordnungsgemäßes Angebot eingereicht haben, zusätzlich zum Namen des erfolgreichen Bieters noch die **Merkmale und Vorteile des Angebots des erfolgreichen Bieters** mitzuteilen sind. Allerdings fehlt in § 27a Nr. 1 Abs. 1 Satz 1 VOB/A bei der Mitteilung (im Vergleich zu § 27 Nr. 2 VOB/A) das Wort „schriftlich“. Es handelt sich hier jedoch um ein Redaktionsversehen (es müsste auch hier „schriftlich mitzuteilen“ heißen).

Die **Merkmale und Vorteile des Angebots des erfolgreichen Bieters** können ebenfalls in knapper und verständlicher Form geschildert, z.B. mit „Preisvorteilen“ begründet werden.

Im Übrigen gelten die Ausführungen oben zu Abschn. 1.2 entsprechend.

Die Informationspflicht des Auftraggebers nach § 13 VgV schließt seine Mitteilungspflicht nach § 27a Nr. 1 Abs. 1 VOB/A zunächst nicht aus, wengleich der Mitteilungspflicht wegen des § 13 VgV wohl keine große praktische Bedeutung mehr zukommen dürfte. Die Information nach § 13 VgV unterscheidet sich von der Mitteilung nach § 27a Nr. 1 Abs. 1 VOB/A inhaltlich nur dadurch, dass in ihr die **Merkmale und Vorteile des Angebots des erfolgreichen Bieters** nicht anzugeben sind. Es bestehen keine Bedenken, wie folgt zu verfahren:

- Stellt ein Bieter vor Absendung der Information i.S. des § 13 VgV einen schriftlichen Antrag auf Mitteilung nach § 27a Nr. 1 Abs. 1 VOB/A, genügt die Information nach § 13 VgV, in der zusätzlich dann noch die „Merkmale und Vorteile des Angebots des erfolgreichen Bieters“ kurz anzugeben sind (**einheitlicher Vorgang für Mitteilung und Information**). Stellt ein Bieter seinen Antrag auf Mitteilung nach § 27a Nr. 1 Abs. 1 VOB/A so frühzeitig (z.B. bereits bei Angebotsabgabe), dass bis zur Information nach § 13 VgV die 15-tägige Frist nach § 27a Nr. 1 Abs. 1 VOB/A nicht eingehalten werden kann, dann empfiehlt sich eine formlose Zwischennachricht an den Bieter, dass zu gegebener Zeit eine Information nach § 13 VgV rechtzeitig vor Auftragserteilung erfolgt.
- Stellt ein Bieter erst nach Absendung der Information i.S. des § 13 VgV einen schriftlichen Antrag auf Mitteilung nach § 27a Nr. 1 Abs. 1 VOB/A (z.B. erst nach Zuschlagserteilung), genügt es, den betr. Bieter formlos auf die bereits ergangene Information hinzuweisen. Ggf. können dem Bieter in dem formlosen Schreiben ergänzend zur früheren

Information noch die „Merkmale und Vorteile des Angebots des erfolgreichen Bieters“ genannt werden.

2.4 Mitteilung an die Bewerber auf deren Antrag (§ 27a Nr. 1 VOB/A)

Bei EU-Ausschreibungen tritt § 27a Nr. 1 Abs. 1 an die Stelle des § 27 Nr. 2 VOB/A. Beide Bestimmungen sind aber in Bezug auf Bewerber inhaltlich gleich. Deshalb wird hierzu auf die Ausführungen in Abschn. 1.3 verwiesen.

Bei Öffentlichen Teilnahmewettbewerben im Rahmen Nichtoffener Verfahren sowie bei Öffentlichen Vergabebekanntmachungen im Rahmen von Verhandlungsverfahren i.S. des § 3a VOB/A erhalten nicht berücksichtigte Bewerber keine Information nach § 13 VgV.

Bei § 27a Nr. 2 VOB/A handelt es sich bei dem Hinweis auf § 27 Nr. 2 möglicherweise um ein Redaktionsversehen. Richtigerweise müsste auf § 27a Nr. 1 Abs. 1 VOB/A verwiesen werden.

2.5 Sektorauftraggeber

Für die Anwender der §§ 27 und 27b VOB/A (VOB/A 3. Abschnitt) und des § 11 VOB/A-SKR (VOB/A 4. Abschnitt) gelten die vorstehenden Ausführungen in den Abschnitten 2.1 bis 2.3 sinngemäß.

3 Kommunale Einheitliche Formblätter

Für die schriftlichen Benachrichtigungen, Mitteilungen und Informationen können die in Teil III des Kommunalen Vergabehandbuchs - KVHB-Bau - aufgenommenen Kommunalen Einheitlichen Formblätter verwendet werden.