

GPA-Mitteilung Bau 4/2004

Az. 600.532

01.12.2004

Wertung von Bedarfspositionen (Eventualpositionen)

1 Einführung

Die Wertung von Angeboten mit Bedarfspositionen bereitet gelegentlich dann Probleme, wenn solche Positionen letztlich über die Bieterangfolge entscheiden. Die VOB/A enthält hierüber keine Bestimmungen. Auch aus bisher bekannten Entscheidungen der Vergabekammern/-senate bei Nachprüfungsverfahren nach den §§ 102 ff. GWB lassen sich zur Thematik noch keine klaren Leitlinien ableiten.

Die GPA gibt dazu folgende Hinweise:

2 Begriffe, Aufnahme in Leistungsverzeichnisse - LV -

Die VOB/A enthält keine Definition des Begriffs Bedarfsposition und - abgesehen von § 9 Nr. 1 Satz 2 VOB/A (s. nachfolgend) - keine formellen und materiellen Bestimmungen zu ihrer Behandlung.

In LV als **Bedarfspositionen** gekennzeichnete Positionen beschreiben nach allgemeinem Sprachgebrauch solche Bauleistungen, deren Notwendigkeit bzw. Ausführung im Zeitpunkt der Erstellung der Vergabeunterlagen und der Auftragserteilung noch ungewiss ist. Die **Notwendigkeit** zur Ausführung oder die Entbehrlichkeit solcher Leistungen ergibt sich im Regelfall erst **während der Bauausführung**.

Die Vereinbarung solcher Positionen steht deshalb bei Auftragserteilung noch **unter Vorbehalt**. Die Entscheidung über die Ausführung von Bedarfspositionen trifft der Auftraggeber nach Auftragserteilung (s. Nr. 5 der Zusätzlichen Vertragsbedingungen - KEVM(B)ZVB - in Teil II des Kommunalen Vergabehandbuchs - KVHB-Bau). Bedarfspositionen bedürfen also in jedem Fall noch einer gesonderten (Nach-) Beauftragung durch den Auftraggeber¹.

Enthalten LV keine Bedarfspositionen und zeigt sich während der Bauausführung die Notwendigkeit zur Ausführung von Zusatzleistungen, sind **Nachtragsvereinbarungen** nach den §§ 1 Nr. 4, 2 Nr. 6 oder 2 Nr. 10 VOB/B zu schließen.

Nach **§ 9 Nr. 1 Satz 2 VOB/A** dürfen Bedarfspositionen - zur Vermeidung von Vergabemанипуlationen - nur **ausnahmsweise** in Leistungsbeschreibungen aufgenommen werden. Näheres hierzu regelt die VOB/A nicht. Voraussetzung für die Aufnahme solcher Positionen in LV ist, dass trotz Ausschöpfung aller örtlichen und technischen Erkenntnismöglichkeiten objektiv nicht feststellbar ist, ob und in welchem Umfang Bedarfsleistungen ausgeführt werden müssen (VÜA Nordrhein-Westfalen, Beschl. v. 05.06.1998 Az. 2/1997, nicht veröffentlicht).

Die Aufnahme einiger (weniger) Bedarfspositionen in LV kann im Hoch- und Tiefbaubereich beispielsweise begründet sein bei **Gewerken wie Erd-, Verbau-, Wasserhaltungs-, Landschaftsbau- oder Verkehrswegebauarbeiten** (vgl. die ATV der VOB/C), bei denen baugrund- oder witterungsbedingt durchaus nicht vorhersehbare Bedarfs-/Zusatzleistungen anfallen können. Das Gleiche gilt beispielsweise bei solchen **Umbau- oder Instandsetzungsmaßnahmen**, bei denen sich ggf. erst nach Freilegung von Bauteilen die Notwendigkeit zeigt, dass Zusatzleistungen ausgeführt werden müssen.

Bedarfspositionen werden insbesondere im Hochbaubereich manchmal fälschlicherweise als solche bezeichnet bzw. **verwechselt mit Alternativpositionen** (Wahlpositionen). Dies insbesondere in den Fällen, in denen Zusatzleistungen alternativ zu einer Standardausführung bzw. zur Verbesserung der Ausführungsqualität angeboten werden sollen und der Auftraggeber die Entscheidung über die eine oder andere Ausführungsart beispielsweise vom Preis abhängig machen will.

¹ Hierüber ist noch eine gesonderte GPA-Mitteilung in Vorbereitung.

Dazu folgendes Beispiel:

Bei einer Ausschreibung „...Pos. Markise ohne Elektroantrieb“ und „...Pos. Markise mit Elektroantrieb“ ist die letztere Position eine Alternativ- und keine Bedarfsposition. Es wäre sachlich falsch, sie als Bedarfs- und Zulageposition zu kennzeichnen und sie nur mit „wie vor, jedoch zusätzlich Elektroantrieb“ auszuschreiben.

Bei Aufnahme von Bedarfspositionen in LV ist also stets darauf zu achten, dass es sich hierbei inhaltlich nicht um bauliche Alternativen handelt, sondern um Leistungen, deren Notwendigkeit zur Ausführung in der Tat noch ungewiss ist.

Positionen in einem Leistungsverzeichnis (z.B. im Titel „Baustelleneinrichtung“), in denen ein Einheitspreis für jeden Monat der **Bauzeitverlängerung** abgefragt wird, sind inhaltlich ebenfalls keine Bedarfspositionen. Eine Bauzeitverlängerung entsteht nämlich aufgrund tatsächlicher Umstände und nicht durch entsprechende Zusatzbeauftragung (KG, Urt. v. 28.10.2003, IBR 2004, 482).

3 Wertung von Bedarfspositionen

Transparenzgebot

Vergabeverfahren müssen für die Bewerber **transparent** sein. Dieser allgemeine Vergabe-grundsatz gilt sowohl für EG-Ausschreibungen (vgl. § 97 Abs. 1 GWB) als auch für die sog. Unterschwellenwertvergaben. Das Transparenzgebot gilt insbesondere für das Wertungs-verfahren und somit auch für die Wertung von Bedarfspositionen. Es steht **nicht im Belieben des Auftraggebers**, die Biiterrangfolge durch die Einbeziehung oder Nichteinbeziehung von Bedarfspositionen zu beeinflussen oder gar zu manipulieren (vgl. dazu auch VK Süd-bayern, Beschl. v. 01.03.1999, Vergaberechts-Report 3/1999, 1).

Nach dem Transparenzgebot ist es zweckmäßig und erforderlich, dass öffentliche Auftrag-geber in der „Aufforderung zur Angebotsabgabe“ oder in **Bewerbungsbedingungen re-geln, ob und inwieweit** Bedarfspositionen **gewertet** werden.

Solange entsprechende **Vergaberegelnungen fehlen**¹, vertritt die GPA bis auf Weiteres folgende Auffassung:

Ausschreibungsmöglichkeiten

Bedarfspositionen können in LV auf folgende Art und Weise aufgenommen werden:

- a) Menge „1“ x ___ EP = „xxx“ EUR (Gesamtbetrag gesperrt)
- b) Geschätzte Menge x ___ EP = „xxx“ EUR (Gesamtbetrag gesperrt)
- c) Geschätzte Menge x ___ EP = ___ EUR (Gesamtbetrag wird ausgeworfen)

Zu a)

Menge „1“ x ___ EP = „xxx“ EUR

Bei der ersten Variante gibt die Vergabestelle durch den Verzicht auf einen Mengenanatz sowie durch die Sperrung des Gesamtbetrags klar zu erkennen, dass die betreffende Position nicht der Angebotswertung unterliegt, sondern lediglich der Preisanfrage dient.

Zu b)

Geschätzte Menge x ___ EP = „xxx“ EUR

Auch bei der zweiten Variante gibt die Vergabestelle durch die Sperrung des Gesamtbetrags zu erkennen, dass die betreffende Position nicht der Angebotswertung unterliegen soll, sondern als „Anhängsel“ zum Angebot lediglich als zusätzliche Preisanfrage dient.

Begründung zu a) und b):

Die Addition der Gesamtbeträge der LV-Positionen bildet die **Angebotssumme** und die Grundlage für die Festlegung der **Wertungssumme** bzw. Bierrangfolge. Wer Bedarfspositionen - von Anfang an - der Angebotssumme entzieht, bringt damit gleichzeitig auch zum Ausdruck, dass er die betreffenden Positionen bei der Festlegung der Bierrangfolge unberücksichtigt lassen will.

¹ Dies gilt z.B. für die Anwender der KEVM in Teil II des KVHB-Bau.

Die Hereinnahme solcher Positionen in die Angebotswertung kann bei der zweiten Variante auch nicht damit begründet werden, dass durch die Sperrung des Gesamtbetrags („xxx“) lediglich bewirkt werden sollte, dass die Bedarfspositionen später nicht - versehentlich - in die **Auftragssumme** mit einfließen. Denn nicht die spätere Auftragssumme, sondern allein die Angebots-/Wertungssumme ist vergaberechtlich relevant. Im Übrigen kann ein Auftraggeber, der eine Bedarfsposition sogar mit Mengen und Gesamtbetrag ausweist und damit wertet (s. unten zu c), bei der Beauftragung den Gesamtbetrag der betreffenden Position aus der Auftragssumme jederzeit herausnehmen. Die Bildung der Auftragssumme ist demnach ausschließlich ein **vertragsrechtlicher Aspekt**, der auf die zuvor abgeschlossene Wertung keinen Einfluss hat.

Im Zuständigkeitsbereich der **staatlichen Hochbauverwaltung** wurde verfügt, dass Bedarfspositionen mit Mengen zu versehen sind und der Gesamtbetrag zu sperren ist (vgl. die Richtlinien zu § 9 VOB/A in Teil I des VHB). Dieses Verfahren entspricht der zuvor geschilderten zweiten Variante, weshalb eine Wertung eigentlich nicht möglich wäre. Jedoch ist in der **„Aufforderung zur Angebotsabgabe“** (s. EVM(B)EG A EG und EVM(B)A in Teil II des VHB) klar geregelt, dass **„Bedarfspositionen grundsätzlich zu werten sind“**. Dieser Vergabehinweis ist für die Wertung entscheidend und verbindlich, weshalb hier die Ausführungen im vorstehenden Absatz nicht gelten. Dem Transparenzgebot wird mit diesem Hinweis ausreichend Rechnung getragen (s. einleitend zu Abschn. 3) ¹. Fehlt dieser Wertungshinweis, gilt aber das oben Gesagte.

Zu c)

Geschätzte Menge x ___ EP = ___ EUR

Weist ein Auftraggeber bei Bedarfspositionen Mengen, Einheitspreise und Gesamtbeträge aus, gibt er eindeutig zu erkennen, dass er diese Positionen bei der Angebotswertung **wie normale LV-Positionen** behandelt. Es ist dann nicht zulässig und steht nicht im Ermessen der Vergabestelle, solche Positionen bei der Festlegung der Bieterfolge außer Betracht zu lassen, insbesondere auch nicht mit der Begründung, die Positionen würden Risiken enthalten und stünden - vertragsrechtlich gesehen - noch unter Vorbehalt. Würden Bedarfspositionen dem Wertungsermessen unterstellt, wären **Vergabemanipulationen** nicht ausgeschlossen.

¹ Vgl. dazu auch die Entscheidung des VK Bund, Beschl. v. 19.05.2003, IBR 2003, 438, wonach Bedarfspositionen grundsätzlich zu werten sind, wenn dies im Angebotsaufforderungsschreiben ausdrücklich geregelt ist.

Es gilt hier auch noch der weitere Vergabegrundsatz, dass die Festlegung der Bieterangfolge immer auf der **Grundlage der ausgeschriebenen Leistungsverzeichnisse** zu erfolgen hat. Es ist daher nicht zulässig, bei der Angebotswertung ausgeschriebene Mengen oder Positionen zu ändern oder gar Positionen ganz außer Betracht zu lassen (vgl. dazu Nr. 3.10 Vergabe VwV des IM vom 08.11.2000, GABl. 2000, 414, zuletzt geändert durch VwV vom 06.11.2003, GABl. S. 721; GPA-Mitt. Bau 1/1993 Az. 600.53; OLG Düsseldorf, Urt. v. 28.03.1995, BauR 1996, 98; Vergabekammer Rheinland-Pfalz, Beschl. v. 27.06.2000 Az. VK 10/00, Vergaberechts-Report 7/2000, 1¹; VK Bund, Beschl. v. 06.05.2003, ZfBR Sonderbeilage 5/2004, 21). Dieser Grundsatz gilt auch für die Bedarfspositionen in der dritten Variante und auch in den Fällen, in denen sich nach dem Eröffnungstermin bzw. in der Phase der Angebotswertung - zufällig - neue Erkenntnisse dahingehend ergeben sollten, dass LV-Ansätze falsch sind. Bei fehlerhaften Leistungsverzeichnissen bleibt in krassen Fällen ggf. nur die Möglichkeit, eine Ausschreibung nach § 26 VOB/A aufzuheben und auf der Grundlage berichtigter Leistungsverzeichnisse erneut auszuschreiben².

4 Empfehlungen und Hinweise

- In LV dürfen Bedarfspositionen nur in begründeten Einzelfällen aufgenommen werden (§ 9 Nr. 1 Satz 2 VOB/A). Eine Anhäufung solcher Positionen ist unzulässig.
- Solange in den Bewerbungsunterlagen keine Vergaberegeln „für die Wertung von Bedarfspositionen“ getroffen werden, wird empfohlen, in LV Bedarfspositionen wie Normalpositionen auszuweisen, d.h. sie mit Mengen zu versehen und den Gesamtbeitrag auszuweisen. Solche Positionen sind dann bei der Festlegung der Bieterangfolge uneingeschränkt zu berücksichtigen. Gewisse Risiken sind dabei in Kauf zu nehmen (z.B. spätere Entbehrlichkeit der Position trotz Einbeziehung in die Angebotswertung). Die GPA geht bei ihrer Empfehlung davon aus, dass dann bei den Bedarfspositionen grundsätzlich angemessene (und nicht spekulativ hohe) Preise angeboten werden.
- Regelungen entsprechend der vorstehenden Empfehlung hatte früher auch die staatliche Straßenbauverwaltung. Allerdings wurde für diesen Zuständigkeitsbereich zwischenzeitlich verfügt, dass Bedarfspositionen nicht mehr in LV aufgenommen werden

¹ Danach dürfen ausgeschriebene angehängte Stundenlohnarbeiten, die ebenfalls den Charakter von Bedarfspositionen haben, bei der Angebotswertung nicht außer Betracht bleiben.

² Vgl. dazu bereits die GPA-Mitt. Bau 1/1993 Az. 600.53.



dürfen (vgl. Schreiben des Bundesministers für Verkehr, Bau- und Wohnungswesen vom 16.09.1999 Az. S 12/17.18.00/34 Va 99), weshalb in diesem Verwaltungsbereich Wertungsprobleme nicht mehr auftreten können bzw. Wertungsregelungen entbehrlich geworden sind. Es bestehen auch keine Bedenken, wenn die kommunalen Auftraggeber entsprechend verfahren bzw. den beauftragten Architekten/Ingenieuren entsprechende Weisungen erteilen.

- Werden bei Bedarfspositionen mit geringen Mengenansätzen extrem (spekulativ) hohe Einheitspreise angeboten, ist zu prüfen, ob ein erstplatzierter Bieter wegen mangelnder Zuverlässigkeit oder wegen Unwirtschaftlichkeit des Angebots vom Wettbewerb ausgeschlossen werden kann (vgl. dazu KG Berlin, Beschl. v. 15.03.2004, VergabeR 2004, 350¹).
- Kann - was der Regelfall ist - bei Auftragserteilung über die Ausführung einer Bedarfsposition noch nicht entschieden werden, sollte der Gesamtbetrag dieser Position bei der Bildung der **Auftragssumme** aus Gründen der Klarheit außer Betracht bleiben. Sollte der Gesamtbetrag der Position - versehentlich - doch in die Auftragssumme eingeflossen sein, ist dies aber unschädlich, weil die Bedarfsposition dann immer noch unter Vorbehalt steht bzw. noch nicht als endgültig beauftragt gilt. Nach Nr. 5 Satz 2 KEVM(B)ZVB trifft der Auftraggeber nämlich die Entscheidung über die Ausführung von Bedarfspositionen in jedem Fall erst **nach** der Auftragserteilung.

Abt. 6/60

¹ Im Urteilsfall war eine B-Position „ 500 kg PU 2-Komponenten-Injektionsharz liefern“ ausgeschrieben, bei der ein E-Preis von 660,54 EUR angeboten war (Preis der Mitbieter zwischen 8,73 EUR und 20,31 EUR). Im Extremfall hätte eine Menge bzw. ein Maximalverbrauch von rund 2.320 kg anfallen können.