

**Ausschluss unvollständiger Angebote nach VOB/A
Az. 600.532**

Sonderheft 1/2007 der GPA-Mitteilungen Bau

**Abt. 5/50
Vergabe-, Vertrags- und Honorarrecht**

Herausgeber und Druck:

Gemeindeprüfungsanstalt Baden-Württemberg
76133 Karlsruhe, Hoffstraße 1a, Telefon 0721/8 50 05-0
70193 Stuttgart, Klopstockstraße 35, Telefon 0711/6 36 71-0

Nur für dienstlichen Gebrauch

Inhalt

	Seite
1 Einführung	5
2 Vergabebestimmungen	6
2.1 Auszüge aus §§ 21 und 25 VOB/A - Ausgabe 2006	6
2.2 Auszüge aus § 24 VOB/A	7
3 Angebotsbestandteile	9
4 Einzelne Bietererklärungen zu Angebotsbestandteilen	10
4.1 Allgemeines	10
4.2 Erklärungen zur Leistungsbeschreibung	10
4.2.1 Preise	10
4.2.2 Fabrikats-, Typenangaben	12
4.2.3 Kurzfassung eines Leistungsverzeichnisses	13
4.2.4 Angabe von Bezugsquellen	13
4.3 Erklärungen zum Angebotsschreiben	14
4.3.1 Nachunternehmererklärungen	14
4.3.2 Verpflichtungserklärungen der Nachunternehmer	16
4.3.3 Sonstige Bietererklärungen/-auskünfte	18
4.3.4 Preisnachlässe an richtiger Stelle	19
5 Sonstige Angebotsbeilagen	20
6 Eignungsnachweise	22
6.1 Allgemeines	22
6.2 Nachunternehmereinsatz und Bietergemeinschaften	23
6.3 Zeitpunkt der Vorlage	23
6.4 Forderung der Eignungsnachweise	23

7	Technische Nachweise	25
7.1	Allgemeines, Grundsätze	25
7.2	Gleichwertigkeitsnachweise bei Angeboten mit abweichenden Spezifikationen	26
7.2.1	Vergabestimmungen	26
7.2.2	Angebotsausschluss	27
7.3	Gleichwertigkeitsnachweise bei Nebenangeboten	28
8	Weiteres Verfahren bei Unvollständigkeit aller Angebote	30

Anlagen - Rechtsprechungshinweise

Anlage 1	Angebotsbestandteile
Anlage 2	Fabrikats-/Typenangaben
Anlage 3	Nachunternehmererklärungen
Anlage 4	Angebotsbeilagen
Anlage 5	Eignungsnachweise
Anlage 6	Technische Nachweise
Anlage 7	Gleichwertigkeitsnachweise bei Abweichungen von technischen Spezifikationen
Anlage 8	Gleichwertigkeitsnachweise bei Nebenangeboten
Anlage 9	Rechtswidrig geforderte Erklärungen

1 Einführung

Nach § 25 Nr. 1 Abs. 1 b i.V.m. § 21 Nr. 1 Abs. 2 Satz 5 VOB/A - Ausgabe 2006 - sind Angebote, die die Preise und „geforderten Erklärungen“ nicht enthalten, vom Wettbewerb **zwingend auszuschließen**.

Die **formalen Bestimmungen** der VOB/A werden **seit Jahren** von den Vergabenaachprüfungsinstanzen i.S. der §§ 102 ff. GWB insbesondere im Blick auf die allgemeinen Vergabegrundsätze (Gleichbehandlungsgebot, Transparenzgebot, Nachverhandlungsverbot, Vermeidung von Vergabemanipulationen) **äußerst streng ausgelegt**¹, was bei den Vergabestellen **Irritationen** hervorgerufen hat (s. **Anlagen 1 bis 9**).

Es ist mittlerweile keine Seltenheit mehr, dass aufgrund der strengen Rechtsprechung von beispielsweise 20 abgegebenen Angeboten **alle oder fast alle Angebote**, auch wirtschaftlich äußerst interessante, aus formalen Gründen vorweg **auszuschließen sind**². Angebotsausschlüsse sind teilweise aber auch dadurch begründet, dass sich die Vergabestellen die ihnen nach der VOB/A zustehenden Ermessensspielräume durch zwingende Regelungen in den Vergabeunterlagen selbst eingeengt haben.

Die GPA gibt zu den Bestimmungen des § 25 Nr. 1 Abs. 1 b i.V.m. § 21 Nr. 1 Abs. 2 Satz 5 VOB/A nachstehende **Hinweise**, verbunden mit **Anregungen für die Vergabestellen**, ihre Vergabeunterlagen gelegentlich zu überprüfen und ggf. zu überarbeiten.

Der Begriff „geforderte Erklärungen“ i.S. des § 21 Nr. 1 Abs. 2 Satz 5 VOB/A wird nachstehend in **fünf Fallgruppen** unterteilt (s. Abschn. 3 bis 7).

¹ Die zu EG-Ausschreibungen getroffenen Entscheidungen gelten auch für Unterschwellenwertvergaben, soweit in ihnen nicht ausdrücklich auf die VOB/A, 2. bis 4. Abschnitt Bezug genommen wird.

² Oder auszuschließen wären.

2 Vergabebestimmungen¹

2.1 Auszüge aus §§ 21 und 25 VOB/A - Ausgabe 2006

Die Angebote sollen nur die Preise und die geforderten Erklärungen enthalten (§ 21 Nr. 1 Abs. 2 Satz 5 VOB/A).

Ausgeschlossen werden Angebote, die dem § 21 Nr. 1 Abs. 1 bis 3 nicht entsprechen (§ 25 Nr. 1 Abs. 1 b VOB/A).

Nach § 25 Nr. 1 Abs. 1 b VOB/A sind unvollständige Angebote **zwingend** auszuschließen („ausgeschlossen werden“), auch wenn § 21 Nr. 1 Abs. 2 Satz 5 VOB/A, auf den § 25 Nr. 1 Abs. 1 b VOB/A verweist, nur als „Sollbestimmung“ ausgestaltet ist (BGH, Beschl. v. 18.02.2003, s. **Anlage 2**).

Nach der Rechtsprechung fallen unter den **Begriff „geforderte Erklärungen“** (§ 21 Nr. 1 Abs. 2 Satz 5 VOB/A) nicht nur Willenserklärungen im rechtlichen Sinne, sondern alle mit dem Angebot geforderten sonstigen Erklärungen (z.B. Nachweise, Bescheinigungen der Bieter oder einfache Bietererklärungen/-auskünfte).

Die formalen Bestimmungen des § 25 Nr. 1 Abs. 1 b i.V.m. § 21 Nr. 1 Abs. 2 Satz 5 VOB/A machen keinen Unterschied, ob die geforderten Erklärungen **wettbewerbserheblich** sind bzw. auf die Bieterangfolge Einfluss haben **oder nicht wettbewerbsrelevant** sind. Sie greifen bereits dann, wenn Erklärungen mit dem Angebot, d.h. bereits im Zeitpunkt des Eröffnungstermins gefordert waren, aber zu diesem Zeitpunkt nicht vorliegen. Dann verlangt schon der **Gleichbehandlungsgrundsatz** einen Angebotsausschluss (BGH, a.a.O.).

Erklärungen **gelten** aber nur dann **als gefordert**, wenn dies in den Vergabeunterlagen entsprechend deutlich zum Ausdruck gebracht worden ist. Die in den Vergabeunterlagen geforderten Erklärungen sind grundsätzlich auch **allgemeinverständlich** zu bezeichnen. Unverständliche Forderungen dürfen sich nicht zum Nachteil der Bieter auswirken (**2. VK Bund, Beschl. v. 11.02.2005, Vergaberechts-Report 5/2005**).

¹ Die nachfolgenden Hinweise gelten für VOL-Vergaben nur bedingt; § 25 VOL/A enthält teilweise andere Bestimmungen.

Die Bestimmungen der §§ 25 Nr. 1 Abs. 1 b i.V.m. 21 Nr. 1 Abs. 2 Satz 5 VOB/A selbst treffen keine Regelungen, zu welchem **Zeitpunkt** Erklärungen vorliegen müssen (vgl. dazu nachfolgenden Abschn. 2.2).

2.2 Auszüge aus § 24 VOB/A

Bei Ausschreibungen darf der Auftraggeber nach Öffnung der Angebote bis zur Zuschlagserteilung mit einem Bieter nur verhandeln, um sich über seine Eignung, insbesondere seine technische und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit, das Angebot selbst, etwaige Nebenangebote, die geplante Art der Durchführung, etwaige Ursprungsorte oder Bezugsquellen von Stoffen oder Bauteilen und über die Angemessenheit der Preise, wenn nötig durch Einsicht in die vorzulegenden Preisermittlungen (Kalkulationen), zu unterrichten (§ 24 Nr. 1 Abs. 1 VOB/A).

...

Andere Verhandlungen, besonders über Änderung der Angebote oder Preise, sind unstatthaft, außer wenn ... (§ 24 Nr. 3 VOB/A)

Nach § 24 Nr. 1 Abs. 1 VOB/A dürfen die Vergabestellen nach dem Eröffnungstermin **Aufklärungsgespräche** führen. Nach ständiger Rechtsprechung haben die Bieter im Rahmen von Vergabeverfahren keinen Anspruch darauf, dass die Vergabestellen Aufklärungsgespräche führen („darf verhandeln“); gleichwohl haben aber die öffentlichen Auftraggeber grundsätzlich ein Interesse daran, wirtschaftlich interessante Angebote im Wettbewerb zu belassen und ggf. auch solche Gespräche zu führen.

Haben die Vergabestellen in ihren Vergabeunterlagen geregelt, dass „geforderte Erklärungen“ bereits mit Abgabe des Angebots (im Zeitpunkt des Eröffnungstermins) vorliegen müssen, sind insoweit Aufklärungsverhandlungen nach § 24 Nr. 1 Abs. 1 VOB/A nicht mehr möglich, d.h. Erklärungen können nicht mehr nachgefordert werden¹. Dann greift § 25 Nr. 1 Abs. 1 b VOB/A.

In dem Rahmen, in dem nach § 24 Nr. 1 Abs. 1 VOB/A Aufklärungsgespräche geführt werden dürfen, ist es aber den Vergabestellen auch gestattet, in den **Vergabeunterlagen zu regeln**, dass mit dem Angebot „geforderte Erklärungen“ auch nach dem Eröffnungstermin **auf Verlangen** nachgereicht werden

¹ Nach der Rechtsprechung aufgrund des Gleichbehandlungs- und Transparenzgebots, aber auch schon kraft der Selbstbindung in den Vergabeunterlagen.

können. Solche Regelungen haben ihre Grenzen in § 24 Nr. 3 VOB/A (Nachverhandlungsverbot), wonach Erklärungen dann nicht mehr nachgereicht werden können, wenn durch sie zugleich Angebotsinhalte vervollständigt oder geändert werden sollten oder die Wettbewerbsstellung der Bieter beeinflusst werden könnte.

Eine Nachreichung „geforderter Erklärungen“ verstößt aber grundsätzlich nicht gegen § 24 Nr. 3 VOB/A, wenn es hierbei lediglich darum geht, zu bereits inhaltlich vollständigen Angeboten noch bestimmte **Nachweise zu führen**.

3 Angebotsbestandteile¹

Mit Herausgabe der Vergabeunterlagen an die Bewerber wird von ihnen gleichzeitig gefordert, ein vollständiges schriftliches Angebot mit folgenden **Bestandteilen** zu übergeben²:

- Angebotsschreiben (- KEVM(B)Ang -)
- Besondere Vertragsbedingungen - BVB - (- KEVM(B)BVB -)
- Zusätzliche Vertragsbedingungen - ZVB - (- KEVM(B)ZVB -)
- Ggf. Zusätzliche Technische Vertragsbedingungen - ZTV -
- Leistungsbeschreibung (Baubeschreibung, Leistungsverzeichnis - LV -, ggf. LV-Anlagen)
- Ggf. sonstige Angebotsbestandteile (z.B. Wartungsangebote, Preisgleitklauseln).

Es ist unbestritten, dass Angebote, bei denen im Zeitpunkt des Eröffnungstermins Angebotsbestandteile ganz oder teilweise fehlen, nach § 25 Nr. 1 Abs. 1 b i.V.m. § 21 Nr. 1 Abs. 2 Satz 5 VOB/A zwingend auszuschließen sind³. Die Vergabestellen haben keinen **Ermessensspielraum**. Fehlende Angebotsbestandteile/-inhalte können im Zeitpunkt nach dem Eröffnungstermin nicht mehr vervollständigt werden (§ 24 Nr. 3 VOB/A). Anderweitige Regelungen in den Vergabeunterlagen (z.B. in den Bewerbungsbedingungen) wären VOB-widrig.

Vgl. dazu noch die Rechtsprechungshinweise in **Anlage 1**.

¹ Ab Auftragserteilung Vertragsbestandteile.

² Vgl. dazu die KEVM in Teil II des KVHB-Bau.

³ Fehlt das Angebotsschreiben - KEVM(B)Ang -, besteht ein Ausschlussgrund nach § 25 Nr. 1 Abs. 1 b i.V.m. § 21 Nr. 1 Abs. 1 Satz 2 VOB/A schon wegen der fehlenden Unterschrift an der vorgeschriebenen Stelle.

4 Einzelne Bietererklärungen zu Angebotsbestandteilen

4.1 Allgemeines

Fehlende einzelne Bietererklärungen in Angebotsbestandteilen, beispielsweise im Angebotsschreiben oder in der Leistungsbeschreibung, führen ebenfalls grundsätzlich zum Angebotsausschluss. Die Ausführungen zu Abschn. 3 gelten entsprechend.

4.2 Erklärungen zur Leistungsbeschreibung

4.2.1 Preise

Bei VOB-Vergaben¹ führen geforderte, aber **fehlende Preise** grundsätzlich zum Angebotsausschluss, und zwar ohne Rücksicht darauf, ob die fehlenden Preise Einfluss auf das Wettbewerbsergebnis haben bzw. wichtige oder nur untergeordnete LV-Positionen betreffen² (BGH, Urt. v. 24.05.2005, VergabeR 2005, 754³).

Auch das Fehlen geforderter Preise zu **Alternativ-** und **Eventualpositionen** führt zum Angebotsausschluss (zu Alternativpositionen vgl. OLG Naumburg, Beschl. v. 05.05.2004, IBR 2004, 536).

Gleiches gilt für andere den Preis betreffende Angaben, z.B. bei fehlenden Angaben zu

- Bemessungsfaktoren in **Preisgleitklauseln**,
- **prozentualen Preiszuschlägen** für Nacht- und Wochenendarbeiten (VK Südbayern, Beschl. v. 01.07.2003, Vergaberechts-Report 9/2003),

¹ Bei VOL-Vergaben lässt § 25 Nr. 1 Abs. 1 a VOL/A ggf. Ausnahmen zu.

² Auch fehlende Preise im LV-Titel „Stundenlohnarbeiten“ führen zum Angebotsausschluss.

³ In einem Angebot mit einer Angebotssumme von rund 1,8 Mio. DM fehlte beim erstplatzierten Bieter lediglich der geforderte Preis für die Wartungsarbeiten; es handelte sich hier um eine völlig untergeordnete LV-Position im Vergleich zur Gesamtleistung, dennoch war das Angebot zwingend auszuschließen.

- **einzelnen Einheitspreisen** zusätzlich zum geforderten Pauschalpreis (OLG Hamburg, Beschl. v. 21.01.2004, UfBR 2004, 502),
- **Zusatzkosten** (OLG Düsseldorf, Urt. v. 25.01.2006, IBR 2006, 349) oder
- **Preisauflösungen in Lohn und Material** (BayObLG, Beschl. v. 18.09.2001, IBR 2001, 691 = VergabeR 2002, 182)¹

Fehlende Preise können **ausnahmsweise** nur dann nachgetragen werden, wenn sich im Wege der **Angebotsauslegung nach §§ 133, 157 BGB** zweifelsfrei der **Angebotswille** ermitteln lässt, beispielsweise dann, wenn die „**gleiche Position**“, bei der ein Preis fehlt, auch in einem **anderen LV-Titel** mit Preis angeboten worden ist und aus anderen Angebotsunterlagen (z.B. aus dem Formblatt KEFB Preis 2) zu entnehmen ist, dass der Bieter bei der betr. Position mit fehlendem Preis den gleichen Preis anbieten wollte (vgl. dazu u.a. OLG Dresden, Beschl. v. 12.11.2001, VergabeR 2002, 174).

Enthält das Angebot eines Bieters nur in einem **Los vollständige Preise** und war die losweise Vergabe vorbehalten, ist sein Angebot nicht insgesamt auszuschließen². Ein Bieter kann mit dem Los, in dem er vollständige Preise angeboten hat, ggf. den Auftrag erhalten.

Ein Bieter ist nicht verpflichtet, in das Leistungsverzeichnis den **Preis** einzutragen, den sein **Nachunternehmer** im Falle der Auftragserteilung von ihm fordert. Gibt er einen anderen Preis an, ist das kein Ausschlussgrund nach § 25 Nr. 1 Abs. 1 b VOB/A (OLG Dresden, Beschl. v. 26.07.2006, IBR-online).

Preisangaben zu einzelnen LV-Positionen wie „**0,01 EUR**“, „**Preis in anderer Position ... enthalten**“, „**Striche**“, „**Nullen**“ oder „**Minuspreise**“ sind zunächst vollständige Preisangaben (zum **Null-Preis** vgl. z.B. VK Rheinland-Pfalz, Beschl. v. 11.11.2004, IBR 2005, 1104; BayObLG, Beschl. v. 01.03.2004, IBR 2004, 267; VK Schleswig-Holstein, Beschl. v. 28.07.2006, IBR 2006, 580). Ein zwingender

¹ Die Entscheidung wird als äußerst hart empfunden, macht aber die Formstrenge der VOB/A besonders deutlich; im Übrigen sollte davon abgesehen werden, solche Preisauflösungen im LV zu verlangen.

² Rechtsprechung hierzu ist noch nicht bekannt.

Ausschlussgrund kann aber in allen Fällen gegeben sein, wenn eine sog. **Mischkalkulation** vorliegt und bewiesen wird¹ (zu dem Sonderthema spekulative Preise vgl. u.a. das Sonderheft 2/2004 der GPA-Mitt. Bau sowie den GPA-Geschäftsbericht 2007, Abschn. 7.2).

Unschädlich ist beispielsweise die **fehlende Angabe der Angebotssumme** im Angebotsschreiben - KEVM(B)Ang - (VK Hessen, Beschl. v. 19.09.2005, IBR 2006, 44).

4.2.2 Fabrikats-, Typenangaben

Der BGH hat mit Beschl. v. 18.02.2003, NZBau 2003, 293 = IBR 2003, 430 entschieden (s. **Anlage 2**), dass in Angeboten geforderte, aber **fehlende Angaben zu Fabrikaten oder Typen** schon aus Gründen der **Gleichbehandlung** nach § 25 Nr. 1 Abs. 1 b VOB/A zwingend zum Angebotsausschluss führen. Vgl. dazu auch die Ausführungen in der GPA-Mitt. Bau 5/2004 Az. 600.532 mit Rechtsprechungshinweisen, ferner einige aktuelle Entscheidungen in **Anlage 2**.

Die i.d.R. in Leistungsverzeichnissen geforderten Angaben sind vergaberelevant. Die Angaben werden entweder gefordert, um prüfen zu können, ob die im LV ausführlich und neutral beschriebenen **technischen Anforderungen** tatsächlich auch angeboten werden oder ob im Falle einer vereinfachten Leistungsbeschreibung mit Vorgabe eines Leitfabrikats „oder gleichwertig“ tatsächlich auch gleichwertige Fabrikate bzw. Produkte angeboten werden.

Bei Fehlen der geforderten Fabrikatsangaben kann ein Angebot nach §§ 133, 157 BGB nicht ergänzend dahingehend ausgelegt werden, dass dann das im LV vorgegebene Leitfabrikat als angeboten gilt (Schweigen beinhaltet keinen Erklärungswillen)².

Ob bei fehlenden Typenangaben eine **Ausnahme** dann gemacht werden kann, wenn ein Hersteller **nur ein Produkt** anbietet, muss noch offen bleiben (s. die Rechtsprechung in **Anlage 2**).

¹ Zur Angabe „Preis in Pos ... enthalten“ vgl. u.a. VK Rheinland-Pfalz, Beschl. v. 12.05.2005, IBR 2006, 1021 oder OLG München, Beschl. v. 05.07.2005, IBR 2005, 510.

² Vgl. dazu auch Ziffer 2.1 (8) der Bewerbungsbedingungen - KEVM(B)BB -.

Es stellt sich die Frage, ob ein Angebotsausschluss nach den formalen Bestimmungen des § 25 Nr. 1 Abs. 1 b VOB/A vermieden werden kann, indem die Vergabestellen in der Leistungsbeschreibung beispielsweise ausdrücklich regeln, dass **fehlende Fabrikats-/Typenangaben** auf Verlangen **nachzureichen** sind. Nach Auffassung der GPA sind solche Vorgaben nicht möglich, weil die geforderten Fabrikats-/Typenangaben i.d.R. zugleich wettbewerbserhebliche Angebotsinhalte betreffen, die nach § 24 Nr. 3 VOB/A - auch im Blick auf mögliche Vergabemanipulationen - nachträglich nicht mehr vervollständigt werden können.

Um den Ausschluss wirtschaftlicher Angebote aus formalen Gründen zu vermeiden, bleibt nach derzeitiger Rechtslage nur die Möglichkeit, in den Vergabeunterlagen die Bewerber immer wieder ausdrücklich auf die Folgen hinzuweisen, wenn geforderte Fabrikats-/Typenangaben fehlen.

4.2.3 Kurzfassung eines Leistungsverzeichnisses

In den Fällen, in denen ein Bieter mit seinem Angebot zunächst nur eine selbst gefertigte **LV-Kurzfassung** übergibt (§ 21 Nr. 1 Abs. 4 VOB/A), hat er darin alle Angaben zu machen, die im Original-LV des Auftraggebers gefordert waren (z.B. Preise, Fabrikats-/Typenangaben). Fehlen die Angaben, sind die Angebote **zwingend auszuschließen** (BayObLG, Beschl. v. 18.09.2001, IBR 2001, 691)¹.

4.2.4 Angabe von Bezugsquellen

Es kann zweckmäßig sein, im Leistungsverzeichnis eine **Bezugsquellenangabe** zu fordern, wenn für den Einbau nur bestimmte Baustoffe geeignet sind². Werden die Erklärungen bereits mit dem Angebot gefordert und fehlen die Angaben, sind die Angebote nach § 25 Nr. 1 Abs. 1 b VOB/A zwingend auszuschließen, es sei denn, es wird im LV ausdrücklich vermerkt, dass fehlende Angaben auf Verlangen der Vergabestelle nachzureichen sind. § 24 Nr. 1 Abs. 1 VOB/A lässt diesbezügliche Aufklärungsverhandlungen zu.

¹ Insoweit nicht eindeutig die Nr. 2.3 (3) der Bewerbungsbedingungen - KEVM(B)BB -.

² Beispielsweise im Wasser-/Dammbau der Einbau bestimmter lehm- oder tonhaltiger Böden.

4.3 Erklärungen zum Angebotsschreiben

4.3.1 Nachunternehmererklärungen

Die VOB/A verpflichtet die Vergabestellen nicht, von den Bietern zu fordern, dass sie in ihrem Angebot diejenigen Teilleistungen angeben, die sie auf Nachunternehmer übertragen wollen (§ 10 Nr. 5 Abs. 3 VOB/A).

Seit Jahren ist es aber für Zwecke der Eignungsprüfung **gängige Vergabepaxis**, in den Vergabeunterlagen Erklärungen dahingehend zu fordern, dass die Bieter Art und Umfang derjenigen Teilleistungen anzugeben haben, die sie an Nachunternehmer übertragen wollen. Außerdem sind die Nachunternehmer namentlich zu benennen¹.

Gibt ein Bieter die bereits **mit dem Angebot geforderten Erklärungen** nicht, nicht vollständig, widersprüchlich oder (bewusst) falsch ab, führt dies nach §§ 21, 25 VOB/A zwingend zum Angebotsausschluss. Die Vergabestellen haben in solchen Fällen **kein Wertungsermessen**. Die GPA verweist dazu auf die Ausführungen in der Mitteilung Bau 2/2003 Az. 600.532 mit vielen Rechtsprechungshinweisen. Vgl. dazu auch noch einige aktuelle Entscheidungen in **Anlage 3**.

Es stellt sich auch hier die Frage, ob es zulässig wäre, in den Vergabeunterlagen ausdrücklich zu regeln, dass geforderte, aber fehlende Angaben auf Verlangen der Vergabestelle nachgereicht werden können, um einen formalen Angebotsausschluss zu umgehen bzw. sicherzustellen, dass wirtschaftlich interessante Angebote in der Wertung verbleiben können.

Nach derzeitiger Rechtsprechung ist eine Nachreichung fehlender Nachunternehmererklärungen nach § 24 Nr. 3 VOB/A nicht statthaft, weil es sich bei den geforderten Erklärungen um **kalkulationserhebliche Angaben** handelt, die sich wegen ihrer erheblichen Bedeutung für die Beurteilung der Fachkunde, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit eines Bieters auf die **Wettbewerbsstellung** aus-

¹ Vgl. Nr. 4 der Bewerbungsbedingungen - KEVM(B)BB - sowie die Muster KEVM(B)ErgAngNach in Teil II des KVHB-Bau.

wirken können. Auch sind nach § 24 Nr. 3 VOB/A nachträgliche Änderungen bereits abgegebener Nachunternehmererklärungen nicht mehr statthaft (z.B. ein nachträgliches Erhöhen oder Vermindern des Anteils der Nachunternehmerleistungen oder ein Umbenennen der Nachunternehmer).

Um den Ausschluss wirtschaftlicher Angebote aus formalen Gründen zu vermeiden, bleibt also auch in solchen Fällen nur die Möglichkeit, die Bewerber in den Vergabeunterlagen ausdrücklich auf die Folgen hinzuweisen, wenn in ergänzenden Angebotsschreiben geforderte Nachunternehmererklärungen fehlen bzw. unvollständig oder nicht zweifelsfrei abgegeben werden.

Ausnahmen

Nachunternehmererklärungen sind **ausnahmsweise** dann nicht abzugeben, wenn ein Bieter beabsichtigt, nur **unwesentliche Teile von Leistungen** an Nachunternehmer zu vergeben¹. Unter dem Begriff „unwesentliche Teile von Leistungen“ werden sog. **Hilfsleistungen** bzw. Teile von LV-Positionen wie beispielsweise Fuhrleistungen oder Gerätemieten verstanden (vgl. dazu OLG Naumburg, Beschl. v. 26.01.2005, Vergaberechts-Report 2/2005 oder VK Sachsen, Beschl. v. 20.04.2006, IBR 2006, 416²).

Die **Baustofflieferanten** der Bieter sind begrifflich keine Nachunternehmer und folglich auch nicht im Angebot zu benennen³.

¹ S. auch Nr. 4 der Bewerbungsbedingungen - KEVM(B)BB -.

² Bei der Entscheidung des VK Sachsen ging es um die Frage, ob die Übertragung von Planungsleistungen unwesentliche Teilleistungen darstellen; die VK Sachsen kam zu der Entscheidung, dass solche Leistungen wesentliche Teilleistungen darstellen, die, wenn sie im Angebot nicht benannt werden, zum Angebotsausschluss führen.

³ Beteiligt sich z.B. eine Montagefirma bei Fensterbauarbeiten am Wettbewerb, muss sie den Fensterlieferanten als Nachunternehmer nicht angeben, es sei denn, die Angabe wäre an anderer Stelle in den Vergabeunterlagen ausdrücklich gefordert; vgl. dazu OLG Schleswig, Urf. v. 05.02.2004, IBR 2004, 451.

4.3.2 Verpflichtungserklärungen der Nachunternehmer

Ein Bieter kann sich, ggf. auch als Mitglied einer Bietergemeinschaft, bei der Erfüllung eines Auftrags der Fähigkeiten anderer Unternehmen bedienen, ungeachtet des rechtlichen Charakters der zwischen ihm und diesen Unternehmen bestehenden Verbindungen. Er muss in diesem Fall dem Auftraggeber gegenüber nachweisen, dass ihm die erforderlichen Mittel zur Verfügung stehen, indem er beispielsweise eine entsprechende Verpflichtungserklärung dieser Unternehmen vorlegt (§ 8a Nr. 10 VOB/A - Ausgabe 2006 -).

Die Bestimmungen des § 8a Nr. 10 VOB/A gelten nur bei EG-Ausschreibungen. Danach muss ein Bieter für den Fall, dass er beabsichtigt, Teilleistungen auf Nachunternehmer zu übertragen, die ihm zur Verfügung stehenden Mittel nachweisen. Der Nachweis könnte auf verschiedene Art und Weise erbracht werden. In der Regel wird von den Vergabestellen in den **Vergabeunterlagen** gefordert, dass der Nachweis durch Vorlage einer **Verpflichtungserklärung** zu erbringen ist.

Die EG-Vergaberichtlinien sowie die VOB/A regeln keine näheren Einzelheiten zum **Inhalt** solcher Erklärungen. Nach derzeitigen Schrifttumsmeinungen genügt eine einfache Erklärung der Nachunternehmer, dass sie im Falle einer Auftragserteilung an den Bieter die von ihm benannten Nachunternehmerleistungen übernehmen werden. Es ist zweckmäßig, den Vergabeunterlagen eine vorformulierte Erklärung als **Leerblatt** beizufügen.

Die EG-Vergaberichtlinien sowie die VOB/A regeln auch nicht den **Zeitpunkt** der Vorlage solcher Erklärungen. Zu den in der VOB/A - Ausgabe 2006 - eingeführten neuen Vergabebestimmungen liegt Rechtsprechung noch nicht zahlreich vor. Soweit Rechtsprechung vorliegt, geht sie derzeit davon aus, dass die Erklärungen - ggf. zusammen mit den Nachunternehmerklärungen (s. Abschn. 4.3.1) - bereits im Zeitpunkt des Eröffnungstermins vorliegen müssen, andernfalls ein Angebotsausschluss nach § 25 Nr. 1 Abs. 1 b VOB/A zu erfolgen hat (OLG München, Beschl. v. 06.11.2006, IBR 2006, 695; VK Nordbayern, Beschl. v. 09.10.2006, IBR 2006, 636; VK Bund, Beschl. v. 14.08.2006, IBR 2006, 635; OLG Düsseldorf, Beschl. v. 22.12.2004, IBR 2005, 113). Dazu folgende Auszüge aus OLG München (Zitate):

„Die Verpflichtungserklärung soll nicht sicherstellen, dass der Bieter fachkundig ist, sondern dass er verbindlich mit der Leistung des Nachunternehmers **disponieren** kann. Angebote mit fehlenden Erklärungen sind zur **Gewährleistung der Gleichbehandlung** aller Bieter auszuschließen. Die Beibringung der Verpflichtungserklärung ist **kostenträchtig** und damit unmittelbar **wettbewerbsrelevant**. Das Einholen der Erklärung bei der Angebotserstellung erfordert einen gewissen Kosten- und Zeitaufwand. Zudem liegt nahe, dass die Nachunternehmer ihre Bindung an ein Unternehmen bereits zur Angebotsphase mit einem Preisaufschlag für die vereinbarten Leistungen kalkulieren, sodass Auswirkungen auf die Angebotspreise und damit auf den Wettbewerb nicht auszuschließen sind. Derartige Erklärungen können auch nicht nachgereicht werden (§ 24 Nr. 3 VOB/A).“

In den vorgenannten Entscheidungsfällen war in den Vergabeunterlagen auch eindeutig geregelt, dass die Verpflichtungserklärung **bereits mit dem Angebot** vorzulegen ist¹.

Auch hier stellt sich die Frage, ob es zulässig wäre, in den Vergabeunterlagen ausdrücklich zu regeln, dass geforderte, aber fehlende Angaben **auf Verlangen der Vergabestelle** noch nachgereicht werden können, um einen formalen Angebotsausschluss zu umgehen bzw. sicherzustellen, dass wirtschaftlich interessante Angebote in der Wertung verbleiben können.

Die GPA teilt z.Z. nicht die Auffassung der vorgenannten Rechtsprechung. Im Angebot sind die Nachunternehmer **bereits namentlich zu benennen** (s. Abschn. 4.3.1). Folglich ist davon auszugehen, dass die Bieter vor Angebotsabgabe bereits Kontakt mit den benannten Nachunternehmern aufgenommen haben. Es ist somit nicht ersichtlich, weshalb eine zusätzliche Forderung der Vergabestelle zur Abgabe einer Verpflichtungserklärung kostenträchtig sein soll. Auch ist der Inhalt einer Verpflichtungserklärung nicht wettbewerbsrelevant. Der Zeitpunkt der Abgabe einer solchen Erklärung hat auf die **Wettbewerbsstellung keinen Einfluss** (§ 24 Nr. 3 VOB/A). In den Vergabeunterlagen zu regeln, dass eine Verpflichtungserklärung auf Verlangen der Vergabestelle nachzureichen ist², wäre auch im Blick auf mögliche Vergabemanipulationen unbedenklich.

Gleichwohl ist derzeit dringend zu empfehlen, in den Vergabeunterlagen keine anderweitigen Regelungen hinsichtlich des Zeitpunktes der Vorlage zu treffen. Die weitere Rechtsentwicklung bleibt abzuwarten.

¹ Vgl. dazu auch Nr. 4.2 in den Bewerbungsbedingungen - KEVM(B)BB -.

² Z.B. von dem für die Zuschlagserteilung in Betracht kommenden Bieter.

4.3.3 Sonstige Bietererklärungen/-auskünfte

Mit Abgabe des Angebots werden im Angebotsschreiben - KEVM(B)Ang - verschiedene Bietererklärungen/-auskünfte gefordert, beispielsweise Angaben über

- Mitgliedschaft bei der Berufsgenossenschaft,
- Bauabzugsbesteuerung,
- gewerbliche Zugehörigkeit (Handwerk, Industrie, Handel) oder
- Nationalität.

Nach dem strengen Wortlaut des § 25 Nr. 1 Abs. 1 b i.V.m. § 21 Nr. 1 Abs. 2 Satz 5 VOB/A sind Angebote zwingend auszuschließen, die die mit dem Angebotsschreiben geforderten Bietererklärungen/-auskünfte nicht enthalten (vgl. u.a. VK Südbayern, Beschl. v. 28.04.2005; VK Sachsen-Anhalt, Beschl. v. 21.04.2005, IBR 2005, 1178).

Gleiches gilt für Erklärungen betr. **Bietergemeinschaften**, die mit dem Angebot nach einem bestimmten Formblatt abzugeben sind (vgl. Nr. 3 der Bewerbungsbedingungen - KEVM(B)BB -)¹.

Nach § 24 Nr. 1 Abs. 1 VOB/A könnten solche Erklärungen grundsätzlich auch nachverlangt werden, insbesondere solche Erklärungen, die die Eignung (Fachkunde, Leistungsfähigkeit, Zuverlässigkeit) betreffen. Im Allgemeinen sind diese Angaben nicht wettbewerbserheblich (vgl. dazu auch Abschn. 6).

Um zu vermeiden, dass bei Fehlen einzelner Erklärungen der formstrenge § 25 Nr. 1 Abs. 1 b VOB/A greift, wäre es zulässig, in den Vergabeunterlagen zu regeln, dass fehlende Erklärungen auf Verlangen der Vergabestelle unverzüglich nachzureichen sind.

¹ Vgl. dazu aber § 21 Nr. 5 Abs. 2 VOB/A, wonach die Erklärung auch noch vor Zuschlagserteilung vorgelegt werden kann.

Im Angebotsschreiben fehlende Angaben über die **Eintragung in das Präqualifikationsverzeichnis** bzw. zur Registriernummer sind unschädlich, auch wenn der Bieter tatsächlich im Verzeichnis eingetragen ist. Die fehlenden Angaben haben nur die Wirkung, dass der Bieter die geforderten Einzelnachweise vorzulegen hat.

4.3.4 Preisnachlässe an richtiger Stelle

Voraussetzung für die Wertung von **Preisnachlässen ohne Bedingungen** ist, dass sie an der vom Auftraggeber bezeichneten Stelle - z.B. bei Verwendung der KEVM im Muster KEVM(B)Ang unter Nr. 2.1 - angeboten worden sind (§ 21 Nr. 4 i.V.m. § 25 Nr. 5 Satz 2 VOB/A - Ausgabe 2000 -)¹. Wurden sie dort angeboten, aber fälschlicherweise nicht verlesen, ist das für die Wertung unschädlich. Entscheidend ist, dass die Nachlassangebote beim Eröffnungstermin an der **richtigen Stelle** abgegeben worden sind (VK Nordbayern, Beschl. v. 11.06.2001, IBR 2001, 450; VK Nordbayern, Beschl. v. 30.11.2001, Vergaberechts-Report 3/2002, 3; VK Schleswig-Holstein, Beschl. v. 30.03.2004, Vergaberechts-Report 6/2004, VK Baden-Württemberg, 1 VK 8/02, nicht veröffentlicht; a.A. OLG Schleswig-Holstein, Beschl. v. 16.10.2001, VergabeR 2002, 188 = IBR 2001, 689, wonach Angaben im Begleitschreiben genügen sollen; insoweit auch unklar VK Münster, Beschl. v. 21.12.2005, IBR 2006, 222).

¹ Vgl. auch Nr. 2.8 der Bewerbungsbedingungen - KEVM(B)BB.

5 Sonstige Angebotsbeilagen¹

Unter den Begriff „sonstige Angebotsbeilagen“ fallen beispielsweise geforderte **kalkulatorische Aufgliederungen², Originale der Angebotskalkulation, Muster oder besondere Unterlagen**, die eigentlich die Bauausführung betreffen, aber für Vergabezwecke gefordert werden (z.B. **Baustelleneinrichtungspläne, Baufristenpläne**).

Angebotsbeilagen müssen nicht bereits im Zeitpunkt des Eröffnungstermins vorliegen. Sie können, da sie nicht den Angebotsinhalt bzw. späteren Vertragsinhalt betreffen, nach § 24 Nr. 1 Abs. 1 VOB/A grundsätzlich nachgereicht werden. Für **Bemusterungen** können nach dem Eröffnungstermin gesonderte Bemustertermine anberaumt werden (OLG Dresden, Beschl. v. 09.01.2004, IBR 2004, 341).

Werden Angebotsbeilagen im vorstehenden Sinne gefordert, sind sie in den Vergabeunterlagen (z.B. in der Aufforderung zur Angebotsabgabe oder in der Leistungsbeschreibung) **konkret zu benennen**.

Werden Angebotsbeilagen bereits zum Zeitpunkt des Eröffnungstermins gefordert und sind die Beilagen dem Angebot nicht beigelegt, hat nach § 25 Nr. 1 Abs. 1 b VOB/A **zwingend** ein **Angebotsausschluss** zu erfolgen.

Den Vergabestellen ist es aber grundsätzlich freigestellt, in den Vergabeunterlagen den **Zeitpunkt der Vorlage** von Angebotsbeilagen zu regeln.

Im Allgemeinen ist es zweckmäßig, in den Vergabeunterlagen festzulegen, dass die Angebotsbeilagen auf Anforderung der Vergabestelle nach dem Eröffnungstermin vorzulegen sind. In der Regel handelt es sich hier um Unterlagen, die nur von den für die Zuschlagserteilung in Betracht kommenden bzw. von einigen in der engeren Wahl verbliebenen Bietern benötigt werden.

¹ Die Beilagen in dem hier verstandenen Sinne werden nicht Angebots- bzw. Vertragsbestandteil; sie werden nur gefordert für Vergabezwecke.

² Vgl. beispielsweise die Formblätter KEFB Preis 1 und 2 in Teil III des KVHB-Bau.

Es macht beispielsweise **keinen Sinn**, von allen Bietern bereits zum Eröffnungstermin das **Original der Angebotskalkulation** zu verlangen¹.

Vgl. dazu noch die Rechtssprechungshinweise in **Anlage 4**.

¹ In einem der GPA bekannten Fall wurde die Originalkalkulation bereits mit dem Angebot gefordert. Da allen Angeboten die geforderte Beilage zum Eröffnungstermin nicht beigefügt war, waren diese nach § 25 Nr. 1 Abs. 1 b VOB/A zwingend auszuschließen.

6 Eignungsnachweise¹

6.1 Allgemeines

Nach § 8 VOB/A dürfen mit den Vergabeunterlagen sog. Eignungsnachweise bzw. personen-/firmenbezogene Nachweise² verlangt werden. Bei EG-Ausschreibungen gelten ergänzend die Bestimmungen des § 8a VOB/A.

Die geforderten Nachweise sind in der „Aufforderung zur Angebotsabgabe“ anzugeben (§ 10 Nr. 5 Abs. 2 Buchst. I VOB/A), außerdem in der Vergabe-bekanntmachung (§ 17 Nr. 1 Abs. 2 Buchst. s VOB/A).

Als Eignungsnachweise können die in § 8 Nr. 3 Abs. 1 Buchst. a bis f VOB/A ausdrücklich genannten Nachweise verlangt werden (z.B. Nachweise über **Umsätze, Referenzen, beschäftigte Arbeitskräfte, die technische Ausstattung, Führungspersonal oder Eintragungen in Berufsregister**).

Nach § 8 Nr. 3 Abs. 1 Buchst. g VOB/A können weitere, in der VOB/A im Einzelnen nicht genannte Nachweise, verlangt werden (**z.B. Zertifizierungen, Schweiß-nachweise, DVGW-Bescheinigungen, betriebliche Qualitätsmanagements, betriebliche Umweltmanagementverfahren, betriebliche Gütenachweise**).

Schließlich können nach § 8 Nr. 5 Abs. 1 und 2 VOB/A weitere Nachweise bzw. Bescheinigungen verlangt werden (**z.B. Unbedenklichkeitsbescheinigungen von Finanzbehörden, Sozialkassen oder Insolvenzgerichten, Auszüge aus dem Gewerbezentralregister oder Bescheinigungen der Berufsgenossenschaft**), es sei denn, die Vergabestelle begnügt sich mit der Abgabe entsprechender Bietererklärungen³.

Nachweise darüber, dass die Bietererklärungen in einem Angebot zutreffend sind, können nicht verlangt werden (zu § 8 Nr. 5 Abs. 1 Buchst. e VOB/A).

¹ Die nachfolgenden Hinweise gelten nur für Öffentliche Ausschreibungen, nicht für Öffentliche Teilnahmewettbewerbe.

² Betr. Fachkunde, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit.

³ Vgl. die Bietererklärungen/-auskünfte im Angebotsschreiben - KEVM(B)Ang - sowie die Ausführungen zu Abschn. 4.3.2.

6.2 Nachunternehmerersatz und Bietergemeinschaften

Bei beabsichtigtem Nachunternehmerersatz oder bei Angeboten mit Bietergemeinschaften können auch von den Nachunternehmern bzw. allen Einzelmitgliedern der Bietergemeinschaft Eignungsnachweise verlangt werden. Voraussetzung ist jedoch, dass in den Vergabeunterlagen konkret geregelt wird, welche Nachweise von den Nachunternehmern bzw. Einzelmitgliedern gefordert werden (zum Nachweis bei Bietergemeinschaften vgl. VK Bund, Beschl. v. 13.10.2004, IBR 2005, 1045).

6.3 Zeitpunkt der Vorlage

Wird in den Vergabeunterlagen geregelt, dass Eignungsnachweise mit dem Angebot, d.h. bereits zum Zeitpunkt des Eröffnungstermins vorliegen müssen, und fehlen zu diesem Zeitpunkt die Nachweise, greift § 25 Nr. 1 Abs. 1 b VOB/A.

Bei Öffentlichen Ausschreibungen wird aber, um nicht zu riskieren, dass wirtschaftlich interessante Angebote aus formalen Gründen auszuschließen sind, grundsätzlich empfohlen, in den Vergabeunterlagen zu regeln, dass die geforderten Nachweise **auf Verlangen der Vergabestelle** noch nachgereicht werden können (zu § 8 Nr. 3 Abs. 4 Satz 1 VOB/A).

Vgl. dazu noch die Rechtsprechungshinweise in **Anlage 5**.

6.4 Forderung der Eignungsnachweise

Eignungsnachweise sind in der **Aufforderung zur Angebotsabgabe** zu benennen (§ 8 Nr. 3 Abs. 4 Satz 1 i.V.m. § 10 Nr. 5 Abs. 2 Buchst. I VOB/A).

Ferner sind geforderte Eignungsnachweise in der **Vergabebekanntmachung** zu benennen (§ 17 Nr. 1 Abs. 2 Buchst. s VOB/A).

Grundsätzlich reicht es nicht aus, in der Vergabebekanntmachung sowie in dem Aufforderungsschreiben nur auf § 8 VOB/A zu verweisen. Die geforderten **Nachweise** sind grundsätzlich **konkret** zu bezeichnen.

Umstritten ist noch, ob Nachweise - um sie rechtmäßig fordern zu können - sowohl in der Vergabebekanntmachung als auch in dem Aufforderungsschreiben jeweils konkret benannt werden müssen (so VK Bund, Beschl. v. 13.10.2004, IBR 2005, 1045) oder ob es beispielsweise genügt, in der Vergabebekanntmachung lediglich allgemein auf § 8 VOB/A bzw. auf die Vergabeunterlagen zu verweisen und erst im späteren Aufforderungsschreiben die Nachweise konkret zu benennen (so OLG Schleswig, Beschl. v. 22.05.2006, IBR 2006, 412).

Vgl. dazu noch die Rechtsprechungshinweise in **Anlage 9**.

Nach Auffassung der GPA ist hier praktischen Erwägungen der Vorzug zu geben. Es dürfte ausreichen, wenn in der Vergabebekanntmachung lediglich allgemein auf § 8 VOB/A sowie auf die Vergabeunterlagen verwiesen wird. Einem Bewerber ist es zuzumuten, dass er Vergabeunterlagen anfordert, auch wenn er zu diesem Zeitpunkt die von der Vergabestelle geforderten Eignungsnachweise noch nicht im Detail kennt. Nach Anforderung der Vergabeunterlagen kann er sich dann immer noch frühzeitig ein Bild davon machen, ob er sich um den Auftrag bewerben will oder kann.

7 Technische Nachweise

7.1 Allgemeines, Grundsätze

In den Vergabeunterlagen können bei Bedarf auch technische Nachweise gefordert werden (z.B. **Herstellerangaben, Prüfzeugnisse, Gütezeichen, Gutachten, Qualitätszertifikate, Zulassungsnachweise oder TÜV-Bescheinigungen**).

Grundsätzlich sind die geforderten Nachweise im Aufforderungsschreiben zu benennen (§ 10 Nr. 5 Abs. 2 q VOB/A). Gleichzeitig sollte der Vorlagezeitpunkt geregelt werden.

Werden technische Nachweise bereits zum Zeitpunkt der Angebotsabgabe gefordert und sind diese dem Angebot nicht beigelegt, hat ein Angebotsausschluss nach § 25 Nr. 1 Abs. 1 b VOB/A zu erfolgen. Vgl. dazu die Rechtsprechungshinweise in **Anlage 6**.

Den Vergabestellen ist es aber nach § 24 Nr. 1 Abs. 1 VOB/A grundsätzlich nicht verwehrt, in den Vergabeunterlagen (z.B. in der Leistungsbeschreibung) zu regeln, dass bestimmte technische Nachweise (z.B. Prüfzeugnisse) **auf Verlangen** nachträglich vorzulegen sind, um nicht zu riskieren, dass wirtschaftlich interessante Angebote wegen Formalien auszuschließen sind.

Nach § 24 Nr. 3 VOB/A dürfen Angebotsinhalte nicht verändert werden. Dagegen dürfen nach § 24 Nr. 1 Abs. 1 VOB/A von den Bietern (inhaltlich vollständige Angebote vorausgesetzt) technische Nachweise nachträglich gefordert werden, beispielsweise zur Überprüfung, ob Angebote inhaltlich den technischen Anforderungen in der Leistungsbeschreibung entsprechen. Allein das Verlangen eines technischen Nachweises und die Überprüfung der Nachweise tangiert nicht das Nachverhandlungsverbot (§ 24 Nr. 3 VOB/A).

7.2 Gleichwertigkeitsnachweise bei Angeboten mit abweichenden Spezifikationen

7.2.1 Vergabestimmungen

Verweist der Auftraggeber in der Leistungsbeschreibung auf die in Nr. 6 Abs. 1 Buchst. a genannten Spezifikationen, so darf er ein Angebot nicht mit der Begründung ablehnen, die angebotene Leistung entspräche nicht den herangezogenen Spezifikationen, sofern der Bieter in seinem Angebot dem Auftraggeber nachweist, dass die von ihm vorgeschlagenen Lösungen den Anforderungen der technischen Spezifikation, auf die Bezug genommen wurde, gleichermaßen entsprechen. Als geeignetes Mittel kann eine technische Beschreibung des Herstellers oder ein Prüfbericht einer anerkannten Stelle gelten (§ 9 Nr. 7 VOB/A - Ausgabe 2006 -).

Eine Leistung, die von den vorgesehenen technischen Spezifikationen abweicht, darf angeboten werden, wenn sie mit dem geforderten Schutzniveau in Bezug auf Sicherheit, Gesundheit und Gebrauchstauglichkeit gleichwertig ist. Die Abweichung muss im Angebot eindeutig bezeichnet sein. Die Gleichwertigkeit ist mit dem Angebot nachzuweisen (§ 21 Nr. 2 VOB/A).

Die Bestimmungen des § 9 Nr. 7 VOB/A und des § 21 Nr. 2 VOB/A regeln die gleichen Sachverhalte. § 9 Nr. 7 VOB/A ist insofern inhaltlich deutlicher abgefasst, als er auf § 9 Nr. 6 Buchst. a VOB/A verweist und außerdem zugleich geeignete Gleichwertigkeitsnachweise nennt¹.

Die Bestimmungen gelten in den Fällen, in denen

- gemäß § 9 Nr. 6 Abs. 1 a VOB/A bestimmte technische Spezifikationen bzw. **technische Anforderungen**² (z.B. an eine Bauleistung, ein Material, ein Erzeugnis oder an eine Lieferung) unter Bezugnahme auf **Normen oder Zulassungen** mit dem Zusatz „oder gleichwertig“³ formuliert werden oder

¹ § 9 Nr. 7 VOB/A gehört systematisch eigentlich in den § 21 VOB/A; im Grunde stellt er nur eine Wiederholung des § 21 Nr. 2 VOB/A dar.

² Vgl. auch Anhang TS zur VOB/A.

³ Vgl. dazu auch Abschn. der DIN 18299/VOB/C Ausgabe 2006, wonach der Zusatz „oder gleichwertig“ in einem LV nicht ständig wiederholt werden muss, sondern allgemein auch in LV-Vorbemerkungen aufgenommen werden kann.

- gemäß § 9 Nr. 10 VOB/A technische Anforderungen vereinfacht durch **Hersteller-, Fabrikats- oder Typenangaben** mit dem Zusatz „oder gleichwertig“ beschrieben werden.

Die vorgenannten Bestimmungen betreffen **nur Hauptangebote, nicht Nebenangebote**. Nebenangebote können ausgeschlossen werden, nicht dagegen Angebote mit abweichenden technischen Spezifikationen, deren Gleichwertigkeit vorausgesetzt.

7.2.2 Angebotsausschluss

Nach den vorgenannten Bestimmungen dürfen abweichende technische Spezifikationen nur angeboten werden, wenn sie mit den LV-Vorgaben **gleichwertig** sind. Im Falle nicht gleichwertiger Abweichungen ergibt sich der Ausschlussgrund nicht nach § 21 Nr. 2 VOB/A¹, sondern aus § 25 Nr. 1 Abs. 1 b i.V.m. § 21 Nr. 1 Abs. 3 VOB/A („unzulässige Änderungen an den Verdingungsunterlagen“).

Nach den vorgenannten Bestimmungen sind **Gleichwertigkeitsnachweise** bereits **mit dem Angebot** vorzulegen. Die VOB/A regelt aber nicht die Rechtsfolgen, wie zu verfahren ist, wenn erforderliche Nachweise nicht bereits im Zeitpunkt des Eröffnungstermins vorliegen.

Maßgebend ist § 25 Nr. 1 Abs. 1 b VOB/A. Er **verweist nicht auf § 21 Nr. 2 VOB/A**. Daraus muss gefolgert werden, dass die Nichtvorlage der Gleichwertigkeitsnachweise im Zeitpunkt des Eröffnungstermins nicht zwingend zum Angebotsausschluss führt, sondern den Vergabestellen ggf. Ermessensspielräume eingeräumt werden.

Grundsätzlich kann gemäß § 24 Nr. 1 Abs. 1 VOB/A in den Vergabeunterlagen geregelt werden, dass technische Gleichwertigkeitsnachweise (z.B. Prüfzeugnisse) auf Verlangen der Vergabestelle unverzüglich nachzureichen sind. Die

¹ § 21 VOB/A regelt nur die Anforderungen an Angebote, nicht aber die Rechtsfolgen, wenn die Angebote diese Anforderungen nicht erfüllen.

allgemeinen Ausführungen zu Abschn. 7.1 gelten entsprechend¹. Bei fabri-
katsbezogenen Ausschreibungen wird aber vorausgesetzt, dass sie gemäß § 9
Nr. 10 VOB/A überhaupt zulässig sind.

Vgl. dazu noch die Rechtsprechungshinweise in **Anlage 7**.

7.3 Gleichwertigkeitsnachweise bei Nebenangeboten

Die VOB/A enthält keine näheren Bestimmungen über die Wertung von
Nebenangeboten (§ 25 Nr. 5 Satz 1 VOB/A).

Nach der Rechtsprechung müssen Nebenangebote bestimmte **formale Vor-**
aussetzungen erfüllen (s. Sonderheft 1/2004 der GPA-Mitteilungen Bau), um
überhaupt wertungs- bzw. zuschlagsfähig zu sein.

U.a. müssen **Nebenangebote** - wie die Hauptangebote - eindeutig und
erschöpfend beschrieben (§ 9 Nr. 1 VOB/A), d.h. inhaltlich **vollständig und klar**
bestimmt sein. Unvollständige Nebenangebote können nach § 24 Nr. 3 VOB/A
grundsätzlich nicht vervollständigt werden.

Nach der Rechtsprechung müssen Nebenangebote mit den Hauptangeboten
gleichwertig sein, um sie in die engere Wahl nehmen und nach § 25 Nr. 3
Abs. 3 VOB/A letztlich werten zu können². Dazu ist es je nach Gegenstand
eines Nebenangebots erforderlich, dass die Bieter mit ihrem Nebenangebot
Gleichwertigkeitsnachweise übergeben.

Bei Nebenangeboten ist besonders zu berücksichtigen, dass die Vergabe-
stellen bei der Prüfung und Wertung innerhalb der Zuschlags- und Bindefristen
unter besonderem **Zeitdruck** stehen. Da die Bieter keinen Anspruch darauf ha-
ben, dass die Vergabestellen in (zeitraubende) Aufklärungsverhandlungen ein-
treten, riskieren sie, wenn sie mit Abgabe eines Nebenangebots nicht zugleich

¹ Die Regelungen Nr. 2.5 der Bewerbungsbedingungen - KEVM(B)BB - wiederholen nur die
Bestimmungen des § 21 Nr. 2 VOB/A.

² Bei EG-Ausschreibungen müssen die Nebenangebote den in den Vergabeunterlagen vor-
gegebenen technischen Mindestanforderungen entsprechen (vgl. §§ 10a Buchst. f und 25a
Nr. 3 VOB/A).

auch Gleichwertigkeitsnachweise übergeben, einen Angebotsausschluss. Dies wird i.d.R. Fall sein, wenn die Bieter, um die Gleichwertigkeit nachzuweisen, noch umfangreiche Unterlagen (z.B. Statiken, behördliche Genehmigungen) vorlegen müssen, dies aber innerhalb der Zuschlags- und Bindefrist zeitlich nicht mehr bewerkstelligen können.

Wenn es aber bei Nebenangeboten, die eindeutig und erschöpfend beschrieben sind, nur darum geht, für technische Inhalte noch Gleichwertigkeitsnachweise (z.B. Prüfzeugnisse) vorzulegen, die zeitlich ohne großen Aufwand erbracht werden können, müssen die Vergabestellen ein eigenes Interesse daran haben, solche Unterlagen nachzuverlangen, um auf diese Weise wirtschaftlich interessante Nebenangebote im Wettbewerb belassen zu können. § 24 Nr. 1 Abs. 1 VOB/A lässt es jedenfalls zu, solche Gleichwertigkeitsnachweise auf Verlangen nachzufordern. Dies setzt aber voraus, dass in die Vergabeunterlagen auch entsprechende Regelungen und Hinweise aufgenommen werden¹.

Vgl. dazu die Rechtsprechungshinweise in **Anlage 8**.

¹ Die Regelungen Nr. 2.7 (7.1) und (7.2) der Bewerbungsbedingungen - KEVM(B)BB - sehen einen Nachweis bereits bei Abgabe des Angebots vor.

8 Weiteres Verfahren bei Unvollständigkeit aller Angebote

Sind alle Angebote formal unvollständig, kann der Auftraggeber nach pflichtgemäßem Ermessen das Vergabeverfahren nach § 26 VOB/A aufheben und ggf. ein neues - vereinfachtes - Verfahren einleiten. Hält der Auftraggeber ein solches Vorgehen nicht für zweckmäßig, kann er unter strikter Wahrung des Gleichbehandlungsgrundsatzes das Vergabeverfahren fortführen. **Hierbei muss allen Bietern die Chance gewährt werden, fehlende Nachweise und Erklärungen nachzureichen.** Die nachgereichten Unterlagen, die ordnungsgemäß und rechtzeitig vorgelegt wurden, sind bei der wiederholten Angebotsprüfung zugrunde zu legen (VK Brandenburg, Beschl. v. 15.11.2005, Vergaberechts-Report 4/2006, 15 = IBR 2006, 296).

Anlage 1

Rechtsprechungshinweise - Angebotsbestandteile

Strittig könnte sein, ob in Angeboten **fehlende Vertragsbedingungen** zwingend zum Angebotsausschluss führen. Nach VK Lüneburg, Beschl. v. 27.10.2006, IBR 2007, 90 können bei VOL-Ausschreibungen fehlende BVB und ZVB nachgeholt werden, wenn der Bieter die im Angebotsschreiben angekreuzten BVB und ZVB bereits durch Unterschrift anerkannt hat. Ein Ausschluss wegen fehlender Erklärungen nach § 25 Nr. 1 Abs. 2 a VOL/A ist dann nicht gerechtfertigt.

Diese Entscheidung lässt sich nicht auf VOB-Vergaben übertragen. **Gründe:** § 25 Nr. 1 Abs. 1 a VOL/A ist eine Kann-Bestimmung. Sie räumt den Vergabestellen Ermessensspielräume ein bei Fehlen nicht wettbewerbsrelevanter Erklärungen. Der Wortlaut der VOB/A ist dagegen zwingend und unterscheidet beispielsweise nicht zwischen wettbewerbsrelevanten und nicht wettbewerbsrelevanten Erklärungen.

Gemäß dem Angebotsschreiben (s. KEVM(B)Ang) sind die Anlagen bzw. Vertragsbedingungen mit dem Angebot einzureichen. Durch die Rückgabe wird sichergestellt, dass der Bieter die im konkreten Ausschreibungsfall maßgebenden Vertragsbedingungen ausnahmslos anerkennt und sich nicht später darauf beruft, er habe keine oder andere BVB und ZVB erhalten¹.

¹ Im Übrigen sind die BVB und ZVB sog. AGB, die nur unter bestimmten Voraussetzungen Vertragsbestandteil werden (s. § 305 Abs. 2 BGB).

Anlage 2

Rechtsprechungshinweise - Fabrikats- oder Typenangaben

Eine Ausschreibung enthielt 120 Positionen, bei denen neben dem Fabrikat/Hersteller auch der Typ des angebotenen Produkts anzugeben war. Die Hersteller wurden vollständig benannt, dagegen wurde nur bei wenigen Positionen eine Typenbezeichnung angegeben.

Entscheidung: Zwingender Angebotsausschluss nach § 25 Nr. 1 Abs. 1 b VOB/A, auch wenn § 21 Nr. 1 Abs. 1 Satz 2 VOB/A¹ nur als Sollvorschrift formuliert ist.

Zitate: Die Tatsache, dass der § 21 Nr. 1 Abs. 1 Satz 2 VOB/A nur als Sollvorschrift ausgestaltet ist, erklärt sich aus der Handlungsfreiheit, die außerhalb bereits bestehender rechtlicher Beziehungen in Anspruch genommen werden kann. Sie schließt ein, nicht zur Abgabe eines bestimmten Angebots verpflichtet zu sein.

Gleichbehandlung aller Bieter, die das Vergaberecht von dem Ausschreibenden verlangt, ist jedoch nur **gewährleistet**, soweit die Angebote die geforderten Erklärungen enthalten. Da der öffentliche Auftraggeber sich durch die Ausschreibung dem Gleichbehandlungsgebot unterworfen hat, darf er deshalb nur solche Angebote werten.

Der Ausschlussbestand des § 25 Nr. 1 Abs. 1 b VOB/A ist daher auch nicht etwa erst dann gegeben, wenn das betreffende Angebot im Ergebnis nicht mit den anderen abgegebenen Angeboten verglichen werden kann. **Ein transparentes, auf Gleichbehandlung aller Bieter beruhendes Verfahren ist nur zu erreichen, wenn lediglich in jeder sich aus den Verdingungsunterlagen ergebenden Hinsicht vergleichbare Angebote gewertet werden.** Dies erfordert, dass hinsichtlich jeder Position der Leistungsbeschreibung alle zur Kennzeichnung der insoweit angebotenen Leistung geeigneten Parameter bekannt sind, deren Angabe die Bieter nicht zumutbar belastet, aber ausweislich der Ausschreibungsunterlagen gefordert war, sodass sie als Umstände ausgewiesen sind, die für die **Vergabeentscheidung relevant** sein sollen.

Sobald der vom Bieter benannte Hersteller unter dem angegebenen Fabrikat **mehrere** geeignete **Produkte** anbietet, ist weder die erforderliche **Vergleichbarkeit** mit den entsprechenden Positionen in einem insoweit vollständigen Angebot eines anderen Bieters gewährleistet noch die Möglichkeit von nachträglichen **Manipulationen** ausgeschlossen.

BGH, Beschl. v. 18.02.2003, IBR 2003, 430 = NZBau 2003, 293 = VergabeR 2003, 313 = ZfBR 2003, 401

¹ Betraf die VOB/A Ausgabe 2002.

In den Vergabeunterlagen war neben der Bezeichnung des angebotenen Fabrikats auch eine **spezielle Typenangabe** verlangt. Die Angabe fehlte.

Entscheidung: Ausschlussgrund nach § 25 Nr. 1 Abs. 1 b VOB/A (kein Wertungsermessen). Regelmäßig beeinträchtigt das Fehlen von Typenangaben die Vergleichbarkeit der Angebote und wirkt damit wettbewerbsverzerrend.

OLG Dresden, Beschl. v. 10.07.2003, IBR 2003, 622

Fehlende Fabrikats- und Typenangaben führen zum Angebotsausschluss nach § 25 Nr. 1 Abs. 1 VOB/A. Es kommt hierbei nicht darauf an, ob die geforderte Erklärung das Wettbewerbsergebnis beeinflusst. Unerheblich ist auch, dass die Angaben wegen der Vorgaben im LV entbehrlich sind. Maßgebend ist, dass die Vergabestelle die Angaben gefordert hat. Wer die Forderung ignoriert, ist aus Gründen der **Gleichbehandlung** auszuschließen.

OLG Frankfurt, Beschl. v. 16.09.2003, IBR 2004, 159 = ZfBR 2004, 292

Ein Bieter gab statt der geforderten **Fabrikatsangabe** nur den Hinweis „aus Baustoffhandel, genaue Bezeichnung wird nachgereicht“ an.

Entscheidung: Fehlende Fabrikatsangaben auch bei untergeordneten Positionen führen zum Angebotsausschluss. Bei der geforderten Fabrikatsangabe handelt es sich um eine kalkulationsrelevante Erklärung.

OLG Koblenz, Beschl. v. 09.06.2004, IBR 2004, 581

Bei Angabe des ausgeschriebenen Leitfabrikats durch den Bieter und lediglich **zwei fehlenden Typenbezeichnungen** kann die Vergabestelle davon ausgehen, dass auch der vorgegebene Typ angeboten wird. Einer **Wiederholung** der in der Leistungsbeschreibung genannten Typenbezeichnung durch den Bieter bedarf es nicht. Das Angebot ist vollständig und nicht auszuschließen.

OLG Düsseldorf, Beschl. v. 04.07.2005, IBR 2005, 701

Ausgeschrieben wurde ein Leitfabrikat mit dem Zusatz „oder gleichwertig“.

Entscheidung: Ein Angebot ist wegen Fehlens geforderter Angaben nicht zuschlagsfähig, wenn bei der Angabe „**Hersteller/Typ**“ lediglich das Fabrikat ohne nähere Bezeichnung des Typs oder der Fabrikationsnummer genannt wird.

VK Hessen, Beschl. v. 04.04.2005, IBR 2006, 1157

Ausgeschrieben war ein Leitfabrikat mit dem Zusatz „oder gleichwertig“. Ein Bieter hatte in die im LV vorgesehene Leerzeile eingetragen „wie Leistungsverzeichnis“.

Entscheidung: Das Angebot ist zuschlagsfähig. Es ist unschädlich, wenn ein Bieter den Vermerk „**wie LV**“ anbringt, anstatt die Fabrikatsbezeichnung nochmals zu wiederholen.

VK Lüneburg, Beschl. v. 03.05.2005, IBR 2005, 392

Ausgeschrieben wurde die Erneuerung von Metallfenstern und der Einbau von Sonnenschutzanlagen. Ausgeschrieben wurde auch eine Bedarfsposition für ein Zentralsteuergerät. Die **Bedarfsposition** war zu werten. Die in der Bedarfsposition **geforderte Fabrikatsangabe** hatte gefehlt.

Entscheidung: Ausschlussgrund nach § 25 Nr. 1 Abs. 1 b VOB/A.

VG Neustadt, Beschl. v. 06.04.2006, IBR 2006, 1333

Anmerkung: In Rheinland-Pfalz ist bei Unterschwellenwertvergaben für die Überprüfung von Vergabeentscheidungen der Verwaltungsrechtsweg eröffnet.

Ausgeschrieben wurde EG-weit eine komplexe Anlage. Für bestimmte technische Bereiche mussten konkrete **Werte** in vorgesehene **Tabellen** eingetragen und **Garantien erklärt** werden. Ein Bieter macht diese Angaben nicht an der vorgesehenen Stelle.

Entscheidung: Ausschlussgrund nach § 21 Nr. 1 Abs. 1 b VOB/A.

OLG Frankfurt, Beschl. v. 08.02.2005, Vergaberechts-Report 5/2005

Ausgeschrieben wurden Heizungsarbeiten. Die technischen Anforderungen wurden im LV beschrieben. Die Bieter hatten Hersteller und Typ der vorgesehenen Anlage anzugeben. Ein Bieter reichte sein Angebot ohne die Angaben ein mit der Begründung, die Abfrage sei sinnlos.

Entscheidung: Zwingender Angebotsausschluss nach § 25 Nr. 1 Abs. 1 b VOB/A wegen fehlender Hersteller- und Typenangaben, auch wenn die Angaben wegen der im LV ausführlich beschriebenen Anforderungen nicht notwendig waren.

VK Nordbayern, Beschl. v. 10.11.2006, IBR 2007, 93

Ausgeschrieben wurden Tischlerarbeiten. In ca. 60 Positionen wurden Fabrikats- und Produktangaben gefordert. Ein Bieter benannte im Wesentlichen nur den Hersteller. **Fabrikats- und Produktangaben** fehlten.

Entscheidung: Angebotsausschluss nach § 25 Nr. 1 Abs. 1 b VOB/A. **Zitate:** Die Angabe des Herstellers genügt nicht, da dieser i.d.R. eine Vielzahl an fabrikmäßig hergestellten Erzeugnissen anbietet. Der Bieter kann sich nicht darauf berufen, dass der geforderte Qualitätsstandard wegen der detaillierten Vorgaben des LV eindeutig definiert ist und demzufolge exakte Fabrikatsangaben entbehrlich sind. Eine Aufklärung gemäß § 24 Nr. 1 Abs. 1 VOB/A kann dieses Manko nicht beheben. Der Bieter hat **keinen Anspruch auf Nachverhandlungen**, da die Entscheidung, Aufklärungsgespräche zu führen, im Ermessen des Auftraggebers liegt. Dabei ist zu berücksichtigen, dass es sich bei § 24 Nr. 1 VOB/A um eine restriktiv zu handhabende Ausnahme vom allgemeinen vergaberechtlichen Nachverhandlungsverbot (§ 24 Nr. 3 VOB/A) handelt. Eine Abfrage von Erläuterungen zu fast allen abgeforderten Fabrikatsangaben würde diesen Ermessensspielraum deutlich überschreiten.

VK Hannover, Beschl. v. 18.03.2004, IBR 2004, 718

Ausgeschrieben wurden Brückenbauarbeiten. Für die Lärmschutzkonstruktion waren Glaselemente vorgesehen. Im LV wurde als **Mindestanforderung Verbundsicherheitsglas - VSG** - auf Floatglasbasis vorgegeben. **Hersteller:** „Polatherm Flachglas oder gleichwertig“. Verlangt wurde auch eine Typenangabe. Ein Bieter gab Polatherm an, jedoch ohne Typenangabe.

Entscheidung (Zitate): Eine fehlende Typenangabe ist unschädlich, wenn der Hersteller nur ein geeignetes Produkt anbietet (Umkehrschluss aus der Entscheidung des BGH v. 18.02.2003). Der angegebene Hersteller hat tatsächlich nur ein Produkt mit VSG in seiner Palette. Bei anderen Gläsern handelt es sich um Ein-Scheiben-Sicherheitsglas - ESG - und teilvorgespanntes Glas - TVG -. Da die Vergabestelle aber Mindestanforderungen definiert hatte, führt dies dazu, dass auch ESG oder TVG geeignet ist. Insoweit führt die fehlende Typenangabe zum Angebotsausschluss nach § 25 Nr. 1 Abs. 1 b VOB/A.

VK Sachsen, Beschl. v. 09.05.2006, IBR 2006, 409

Anlage 3

Rechtsprechungshinweise - Nachunternehmererklärungen

Gefordert war eine Erklärung hinsichtlich Art und Umfang der Teilleistungen, die an Nachunternehmer vergeben werden sollen. Der Bieter hatte die Spalte „OZ“, die auf das LV Bezug nimmt, freigelassen und die **Nachunternehmerleistungen nur schlagwortartig** eingetragen.

Entscheidung: Die Nachunternehmererklärung ist inhaltlich unzureichend. Aus den Schlagwörtern lässt sich nicht mit der erforderlichen Klarheit entnehmen, auf welche Leistungsbereiche und OZ des Leistungsverzeichnisses sich der Nachunternehmereinsatz beziehen soll.

OLG Schleswig, Beschl. v. 08.12.2005, IBR 2006, 1040

Gefordert war eine Nachunternehmererklärung. In der Spalte „Beschreibung der Teilleistungen“ wurde nur eingetragen „**anteilige Ausführung durch Nachunternehmer**“. Damit war eine eindeutige Zuordnung des Anteils der Nachunternehmerleistungen zum LV nicht möglich, auch nicht durch Auslegung. Das Angebot war nach § 25 Abs. 1 Nr. 1 b VOB/A auszuschließen.

OLG Koblenz, Beschl. v. 13.02.2006, IBR 2006, 633

Gefordert war eine Nachunternehmererklärung. In der **Spalte „OZ“** gab der Bieter keine positionsbezogenen, sondern nur titelbezogene Ordnungszahlen an und verwendete nicht die konkrete Terminologie des LV, sondern andere Begriffe. Damit war unklar, welche Teilleistungen des LV letztlich an Nachunternehmer vergeben werden sollten. Das Angebot war nach § 25 Abs. 1 Nr. 1 b VOB/A auszuschließen.

OLG Dresden, Beschl. v. 11.04.2006, IBR 2006, 515

Benennt ein Bieter für eine Leistung mehrere Nachunternehmer und ergibt sich aus der Position **keine zweifelsfreie Leistungszuordnung**, ist er zwingend wegen Unklarheit der Nachunternehmererklärung auszuschließen.

VK Sachsen, Beschl. v. 20.04.2006, IBR 2006, 415

Lässt sich den Eintragungen eines Bieters wegen der **Nichtaufführung der Ordnungsziffern** auch im Wege der Auslegung nicht genau entnehmen, welche Teilleistungen in welchem Umfang durch den jeweiligen Nachunternehmer ausgeführt werden sollen, ist das Angebot nach § 25 Nr. 1 Abs. 1 b VOB/A zwingend von der Wertung auszuschließen.

OLG Naumburg, Beschl. v. 25.10.2005, IBR 2006, 43

Die Sanktionen eines zwingenden Angebotsausschlusses greifen nur bei Fehlen von Erklärungen und Erklärungsteilen, die kalkulationserheblich sind und sich im Wettbewerb auswirken. **Geringfügige Unschärfen** in der Nachunternehmererklärung sind hinzunehmen, soweit sie nicht wesentliche Teileleistungen betreffen.

OLG Schleswig, Beschl. v. 10.03.2006, IBR 2006, 288

Anlage 4

Rechtsprechungshinweise - Angebotsbeilagen

Mit dem Angebot waren die **Formblätter EFB Preis 1 a, 1 b und 2** gefordert. Die Nichtabgabe führt gemäß § 25 Nr. 1 Abs. 1 b VOB/A zwingend zum Angebotsausschluss. **Zitat:** Ein transparentes, auf Gleichbehandlung aller Bieter beruhendes Vergabeverfahren liegt nur vor, wenn lediglich in jeder sich aus den Vergabungsunterlagen ergebenden Hinsicht vergleichbare Angebote gewertet werden.

BGH, Urts. v. 07.06.2005, Vergaberechts-Report 8/2005 = VergabeR 2005, 617 = IBR 2005, 507 = NZBau 2005, 709; VK Bund, Beschl. v. 09.02.2005, IBR 2005, 399; OLG Naumburg, Beschl. v. 26.10.2005, VergabeR 2006, 209; VK Schleswig-Holstein, Beschl. v. 21.12.2005, IBR 2006, 1339; OLG München, Beschl. v. 07.04.2006, IBR 2006, 354; OLG Düsseldorf, Beschl. v. 09.02.2006, IBR 2006, 345

Anmerkung: Bei den vorgenannten Entscheidungen war in den Vergabeunterlagen ausdrücklich geregelt, dass die Unterlagen bereits „mit dem Angebot“ vorzulegen sind.

Eine Vergabestelle ist berechtigt, bereits bei Abgabe eines **Nebenangebots** die Vorlage der **Urkalkulation** zu verlangen. Auf die Frage der wettbewerblichen Relevanz kommt es nicht an. Die Nichtvorlage führt zur Unvollständigkeit des Angebots.

VK Hessen, Beschl. v. 24.02.2004, IBR 2004, 337

Eine **Originalkalkulation** kann nach § 24 Nr. 1 VOB/A grundsätzlich nachgefordert werden. Die fehlende Beilage macht das Angebot nicht unvollständig i.S. von § 25 Nr. 1 Abs. 1 b VOB/A, es sei denn, die Beilage wurde in der Aufforderung zur Angebotsabgabe ausdrücklich bereits zum Zeitpunkt des Eröffnungstermin gefordert.

VK Bund, Beschl. v. 21.01.2004, VergabeR 2004, 365

Anmerkung: Es ist dringend davon abzuraten, von allen Bietern bereits mit Abgabe ihres Angebots eine Originalkalkulation zu fordern.

Ausgeschrieben wurden Brückensanierungsarbeiten. In der Aufforderung zur Angebotsabgabe wurde u.a. „Nachweise gemäß Baubeschreibung“ verlangt. Bei diesen Nachweisen handelte es sich u.a. um einen **Baublaufplan, Erläuterungen** zum ausgeschriebenen Gerüst und um einen **Baustelleneinrichtungsplan**. Die geforderten Nachweise lagen zum Eröffnungstermin nicht oder nicht vollständig vor.

Entscheidung: Angebotsausschluss nach § 25 Nr. 1 Abs. 1 b VOB/A. Die Vergabestelle hat weder das Recht noch die Pflicht, fehlende Unterlagen nachzufordern. Sie ist an ihre selbst gesetzten „Spielregeln“ gebunden (auch bei bekannten Bietern).

VK Düsseldorf, Beschl. v. 07.10.2005, IBR 2006, 161

In den Verdingungsunterlagen war im Titel „Objektbeschreibung“ gefordert, dass Einbauten mit dem Angebot durch „**Prospekte** und evtl. Farbfotos“ zu dokumentieren sind. Zum Eröffnungstermin lagen Prospekte nicht bei.

Entscheidung: Angebotsausschluss nach § 25 Nr. 1 Abs. 1 b VOB/A. Prospekte sind geforderte Erklärungen. Die Gleichbehandlung aller Bieter ist nur gewährleistet, wenn die Angebote alle Erklärungen enthalten. Verwiesen wurde auf das Urteil des BGH v. 18.02.2003 (IBR 2003, 430).

VK Köln, Beschl. v. 03.02.2005, IBR 2005, 1150

Mit dem Angebot war ein **Bauzeitenplan** gefordert. Der geforderte Bauzeitenplan wurde übergeben, jedoch stimmte dessen Inhalt nicht mit den in den Vergabeunterlagen vorgesehenen Ausführungsfristen überein.

Entscheidung: Ausschlussgrund nach § 25 Nr. 1 Abs. 1 b VOB/A wegen Änderungen an den Verdingungsunterlagen.

OLG Naumburg, Beschl. v. 06.04.2004, IBR 2004, 453

Anlage 5

Rechtsprechungshinweise - Eignungsnachweise

In der Vergabebekanntmachung und in der Aufforderung zur Angebotsabgabe waren bestimmte **Eignungsnachweise bereits bei Angebotsabgabe** gefordert.

Die geforderten Nachweise lagen zum Eröffnungstermin nicht vor.

Entscheidung: Zwingender Angebotsausschluss nach § 25 Nr. 1 Abs. 1 b VOB/A. Der allgemeine Hinweis in den Bewerbungsbedingungen - BWB/E-StB -, wonach der Bieter **auf Verlangen** Angaben hinsichtlich seiner Eignung zu machen hat, hat keine Bedeutung gegenüber den konkreten Vorgaben in dem Aufforderungsschreiben.

OLG Nürnberg, Urt. v. 17.04.2002, IBR 2002, 504

Die fehlende **Tariffreueerklärung**¹ führt zum Angebotsausschluss, wenn in den Vergabeunterlagen geregelt war, dass sie bereits mit Abgabe des Angebots vorliegen muss.

VK Nordbayern, Beschl. v. 25.06.2004, Vergaberechts-Report 8/2004; ferner BayObLG, Beschl. v. 19.03.2002, VergabeR 2002, 252

In den Vergabeunterlagen war ein gültiges **RAL-Gütezeichen** (oder ein **Sachverständigengutachten**) verlangt. Vorgelegt wurde ein Gutachten, das punktuell noch nachträglich zu verbessern war. Kein Angebotsausschluss.

OLG Saarbrücken, Beschl. v. 12.05.2004, IBR 2005, 49

Anmerkung: Aus der Entscheidung geht nicht eindeutig hervor, ob in den Vergabeunterlagen gefordert war, dass die Nachweise bereits bei Angebotsabgabe vollständig vorliegen müssen.

Ausgeschrieben wurden Sanierungsarbeiten an einem Gebäude. Gefordert waren u.a. **VdS-Zertifizierungen**.

Entscheidung: Die geforderten Unterlagen können nachgereicht werden.

VK Lüneburg, Beschl. v. 20.12.2004, IBR 2005, 238

Gefordert war eine **Unbedenklichkeitsbescheinigung** des **Unfallversicherungsträgers**. Ausdrücklich geregelt war: „Bei Nichtvorlage mit dem Angebot erfolgt ein Ausschluss“. Der Auftraggeber ist an seine Vorgabe gebunden.

VK Bund, Beschl. v. 28.04.2005, IBR 2005, 395

¹ Wird in BW i.d.R. nicht verlangt.

Wird über das Vermögen eines der beiden Gesellschafter einer **Bietergemeinschaft** nach Angebotsabgabe das Insolvenzverfahren eröffnet, so ist das Angebot der Bietergemeinschaft nach § 25 Nr. 1 Abs. 2 VOB/A von der Wertung zwingend auszuschließen.

OLG Düsseldorf, Beschl. v. 24.05.2005, NZBau 2005, 710

In den Bewerbungsbedingungen war ein Nachweis über die Entrichtung von Beiträgen an die zuständige **Sozialkasse des Baugewerbes** gefordert (betr. Straßenbauarbeiten). Angeboten war, einen Betrieb des Garten- und Landschaftsbau als Nachunternehmer einzusetzen, der als Mitglied der **Gartenbauberufsgenossenschaft** in die dortige Sozialkasse einzahlt. Das Angebot wurde ausgeschlossen.

Entscheidung: Der Ausschluss ist rechtmäßig. Nach dem vom BGH aufgestellten Gleichbehandlungsgrundsatz dürfen lediglich vergleichbare Angebote - in jeder sich aus den Verdingungsunterlagen ergebenden Hinsicht - gewertet werden.

OLG Bremen, Urf. v. 23.03.2005, IBR 2005, 274

Ist bei einem Verhandlungsverfahren die Abgabe einer Eigenerklärung i.S. des § 8 Nr. 5 Abs. 1 VOB/A bereits mit dem Teilnahmeantrag gefordert und fehlt die Erklärung oder ist sie inhaltlich ungenügend, kann der Bewerber im weiteren Verfahren nicht mehr berücksichtigt werden.

OLG München, Beschl. v. 15.03.2005, Vergaberechts-Report 6/2005

In den Vergabeunterlagen war vorgesehen, dass ein **Gewerbezentralregisterauszug** mit dem Angebot vorzulegen ist. Die Möglichkeit, diesen Auszug auf Verlangen nachträglich vorzulegen, war ausgeschlossen. Der Auszug wurde nicht bereits zum Eröffnungstermin vorgelegt.

Entscheidung: Zwingender Ausschluss nach § 25 Nr. 1 Abs. 1 b VOB/A.

VK Schleswig, Beschl. v. 31.01.2006, IBR 2006, 219; OLG Schleswig, Beschl. v. 22.05.2006, IBR 2006, 414 = VergabeR 2006, 367

Mit dem Angebot geforderte **Handelsregisterblätter** führen zum Angebotsausschluss, wenn diese nur **unleserlich** in Kopie vorliegen.

OLG Düsseldorf, Beschl. v. 26.01.2006, IBR 2006, 292

In der Aufforderung zur Angebotsabgabe war bestimmt, dass die Bieter auf Verlangen der Vergabestelle Nachweise i.S. des § 8 Nr. 3 VOB/A vorzulegen haben. Ein Bieter wurde erst in der Phase der Angebotswertung in die Handwerksrolle eingetragen und erbrachte nachträglich den Nachweis.

Entscheidung: Bei der **Handwerksrolle** handelt es sich um ein **Berufsregister** i.S. von § 8 Nr. 3 VOB/A. Eine Eintragung in die Handwerksrolle war in den Vergabeunterlagen nicht konkret gefordert. Auch war nicht gefordert, dass die Eintragung schon zum Zeitpunkt der Angebotsabgabe bestehen muss. Das Angebot ist nicht auszuschließen.

OLG Düsseldorf, Beschl. v. 05.07.2006, IBR 2007, 151

In den Vergabeunterlagen waren u.a. Nachweise über einen Eintrag in das **Berufsregister** gefordert. Infrage kommen nur Unternehmen, die sich gewerbsmäßig mit den Leistungen befassen (§ 8 Nr. 2 VOB/A). Dazu gehört, dass sie entweder in die **Handwerksrolle** eingetragen sind oder der **IHK** angehören. Diese Nachweise wurden trotz mehrmaliger Aufforderung nicht erbracht.
Entscheidung: Angebotsausschluss nach § 25 Nr. 2 Abs. 1 VOB/A wegen fehlender bzw. nicht nachgewiesener Eignung.

VK Sachsen-Anhalt, Beschl. v. 30.04.2001, IBR 2001, 558

Ausgeschrieben wurden Nassbaggerarbeiten. Gefordert waren in der **Vergabebekanntmachung** bestimmte **Eignungsnachweise**, u.a. **Referenzen**. In der Aufforderung zur Angebotsabgabe wurde auf die Vergabebekanntmachung nochmals hingewiesen, allerdings mit dem Zusatz: „Bei **Bietergemeinschaften** hat jedes Einzelmitglied Referenzen vorzulegen“. Bei einem Angebot betr. einer Bietergemeinschaft fehlten Referenzen für ein Einzelmitglied. Das Angebot wurde ausgeschlossen.

Entscheidung: Ein Ausschluss kommt nicht in Betracht, weil die Vorlage von Referenzen für jedes Einzelmitglied nicht bereits in der Vergabebekanntmachung gefordert war. Im Aufforderungsschreiben dürfen über die Vergabebekanntmachung hinausgehende Nachweise nicht mehr gefordert werden.

VK Bund, Beschl. v. 13.10.2004, IBR 2005, 1045

Die fehlende Eintragung eines **Unternehmens aus einem anderen EU-Mitgliedstaat** in die **Handwerksrolle** führt nicht ohne Weiteres zum Ausschluss dieses Unternehmens von Vergabeverfahren in Deutschland. Ausreichend ist die Eintragung des betreffenden Unternehmens in das **Berufsregister seines EU-Heimatstaates**.

EuGH, Urf. V. 11.12.2003, IBR 2004, 83

Ist ein Bieter (betr. Schreinerarbeiten) nur in das **Verzeichnis der handwerksähnlichen Gewerbe** eingetragen, ist sein Angebot wegen fehlender Eintragung in die Handwerksrolle bzw. wegen fehlender Eignung auszuschließen (betr. § 25 Nr. 2 VOB/A).

BayObLG, Beschl. v. 24.01.2003, IBR 2003, 213

Es verstößt nicht gegen die Handwerksordnung, wenn **Garten- und Landschaftsbaubetriebe** Wege und Platzarbeiten in Freianlagen ausführen.

BayObLG, Beschl. v. 23.03.1992, IBR 2004, 1092; ferner AG Anklam, Urf. v. 22.07.2002, IBR 2004, 1086

Parkplatzbau gehört im Wesentlichen zum **Berufsbild Straßenbau** und nicht zum Berufsbild Garten- und Landschaftsbau.

OLG Celle, Urf. v. 27.12.2001, IBR 2002, 325

Die Vergabestelle darf die Anwendung der Güte- und Prüfbestimmungen einer Güteschutzgemeinschaft (hier: **Güteschutz Kanalbau**) vorschreiben, muss aber neben der Mitgliedschaft in dieser auch eine Fremdüberwachung als Nachweis der Eignung des Bieters gelten lassen, um eine Wettbewerbsbeschränkung i.S. des § 2 VOB/A zu vermeiden.

VOB-Stelle Niedersachsen, Stellungnahme vom 11.06.1996, IBR 1996, 409; mit Anmerkungen von Schelle in IBR 1996, 409

Anlage 6

Rechtsprechungshinweise - Technische Nachweise

Gemäß den Vergabeunterlagen bzw. **Zusätzlichen Technischen Vertragsbedingungen** waren **bereits zum Zeitpunkt des Eröffnungstermins** Detailzeichnungen 1 : 1, Konstruktionserläuterungen, **Prüfzeugnisse** und dergl. vorzulegen. Von 11 eingereichten Angeboten waren 9 Angebote i.S. dieser Vorgaben unvollständig.

Entscheidung: Angebotsausschluss nach § 25 Nr. 1 Abs. 1 b VOB/A.

VÜA Hessen, Beschl. v. 30.06.1999, IBR 1999, 450

Ausgeschrieben wurden Brückenbauarbeiten. Im LV war zu Kappen und Gesimsen eine Beschichtung vorgesehen. Es durften nur **Beschichtungssysteme** verwendet werden, die eine bestimmte **Grundprüfung** bestanden haben und die in einer bestimmten **Zulassungsliste** enthalten sind. Gemäß den Vergabeunterlagen musste bereits bei Angebotsabgabe das vom Bieter vorgesehene System namentlich benannt und der Nachweis der Grundprüfung beigefügt werden. Der Mindestbieter hatte in seinem Angebot keine Angaben gemacht.

Entscheidung: Angebotsausschluss nach § 25 Nr. 1 Abs. 1 b VOB/A.

VK Bremen, Beschl. v. 07.06.2000, Vergaberechts-Report 7/2000

Anlage 7

Rechtsprechungshinweise - Gleichwertigkeitsnachweise bei Abweichungen von technischen Spezifikationen

Bei allen Angeboten fehlen **Gleichwertigkeitsnachweise** für die jeweils angebotenen Fabrikate. Hier liegt auf der ersten Wertungsstufe gegen alle Angebote ein zwingender Ausschlussgrund **gemäß § 25 Nr. 1 Abs. 1 b VOB/A** vor.
VK Sachsen, Beschl. v. 09.11.2006, IBR 2007, 96

Anmerkung: Nähere Begründungen hierzu sind nicht bekannt. Auf die Tatsache, dass § 25 Nr. 1 Abs. 1 b VOB/A nicht auf § 21 Nr. 2 VOB/A verweist, wurde nicht eingegangen.

Ausgeschrieben wurde ein **Leitfabrikat mit dem Zusatz „oder gleichwertig“**. Angeboten wurde ein anderes Fabrikat. Der Bieter wurde unter Fristsetzung aufgefordert, Gleichwertigkeitsnachweise vorzulegen. In einem Aufklärungsgespräch erklärte der Bieter, dass er nunmehr das Leitfabrikat anbieten will. Das Angebot wurde zu Recht ausgeschlossen. Ein **Fabrikatswechsel** ist im Rahmen des § 24 Nr. 3 VOB/A nicht mehr statthaft (unzulässige Änderung des Angebotsinhalts).

VK Sachsen, Beschl. v. 06.04.2005, IBR 2006, 1150

Ausgeschrieben wurde ein **Leitfabrikat mit dem Zusatz „oder gleichwertig“**. Ein Bieter bot das Leitfabrikat an und **alternativ dazu** ein Produkt eines anderen Herstellers, ohne dafür zugleich eine Herstellererklärung zur Eignung des Produkts beizufügen. Der Auftraggeber beabsichtigte, den Bieter zu beauftragen. Ein Mitbieter ist dagegen erfolgreich vorgegangen. Aufgrund der fehlenden Herstellererklärung ist das Angebot unvollständig.

OLG Düsseldorf, Beschl. v. 05.04.2006, IBR 2006, 516.

Anmerkung: Nähere Einzelheiten zur Entscheidung, beispielsweise die Ausschlussgründe sind nicht bekannt. Auch auf die Frage, ob das Angebot insoweit wertbar war, als zugleich auch das Leitfabrikat angeboten wurde, wurde offensichtlich nicht eingegangen.

Ausgeschrieben wurde der Einbau von Metallfenstern. Die ZTV enthielten Anforderungen, die bestimmte Aluminiumprofile erfüllen sollen. Hiervon wich das Angebot eines Bieters ab, weshalb es ausgeschlossen wurde. Gleichwertigkeitsnachweise wurden nicht eingereicht.

Entscheidung: Angebotsausschluss.

VK Hannover, Beschl. v. 16.06.2004, IBR 2005, 1013

Anmerkung: Nähere Sachverhalte zur Entscheidung sind nicht bekannt. Hänsel in IBR 2005, 1013 verweist zu der Entscheidung ergänzend auf § 21 Nr. 2 VOB/A. Fehlt der Nachweis, **kann** der Auftraggeber das Angebot außer Betracht lassen (Kann-Ausschlussgrund?).

Ausgeschrieben wurde für Dachdeckungsarbeiten ein ALU-Stehfalzsystem unter Angabe eines Leitfabrikats. Ein Bieter bot ein anderes System an. Das Angebot wurde ausgeschlossen. Der Nachweis der Gleichwertigkeit wurde nicht geführt (§ 21 Nr. 2 VOB/A). Zwar wurden **bauaufsichtliche Zulassungen** vorgelegt. Diese Nachweise besagen jedoch nur, dass das angebotene System technisch funktioniert und zum Einbau grundsätzlich geeignet ist, nicht jedoch, dass die vorgesehene Konstruktion mit der ausgeschriebenen Konstruktion vergleichbar ist.

VK Nordbayern, Beschl. v. 01.09.2003, IBR 2003, 691

Ausgeschrieben wurden **Lichtpulte** der Fa. Ein Bieter bot ein **anderes Fabrikat** an und reichte Unterlagen zum Nachweis der Gleichwertigkeit nach. Die Gleichwertigkeit war durch ein gerichtliches Sachverständigen Gutachten bewiesen. Der **nachträgliche Nachweis der Gleichwertigkeit** ist nach § 24 Nr. 1 Abs. 1 VOB/A zulässig, weil es sich dabei nicht um eine inhaltliche Änderung des Angebots handelt.

OLG Zweibrücken, Urf. v. 20.11.2003, IBR 2004, 382

Ausgeschrieben wurden Innentüren und WC-Trennwände mit einem **Leitfabrikat und dem Zusatz „oder gleichwertig“**. Angeboten wurde ein anderes Fabrikat, das beauftragt werden sollte. Dagegen wandte sich ein Bieter.

Entscheidung: Das angebotene Fabrikat ist gleichwertig. Maßgebend ist eine **funktionale** und nicht formale **Betrachtungsweise**. Gleichwertigkeit liegt vor, wenn die Ausführung mit dem geforderten Schutzniveau in Bezug auf Sicherheit, Gesundheit und Gebrauchstauglichkeit gleichwertig ist und die Vergabestelle funktional das gleiche Ergebnis wie mit der ausgeschriebenen Leistung erhält.

VK Bremen, Beschl. v. 15.11.2006, IBR 2007, 43

Anmerkung: Es ging hier nicht um die Frage, zu welchem Zeitpunkt noch Nachweise verlangt werden können. Vgl. dazu aber die Anmerkungen von Mertens in IBR 2007, 43, wonach seiner Meinung nach der nachträgliche Nachweis der Gleichwertigkeit von Produkten gemäß § 24 VOB/A zulässig ist.

Ausgeschrieben wurden Dachabdichtungsarbeiten. Vorgegeben wurde das Abdichtungssystem „Plastotex“. Vergleichbare Systeme anderer Hersteller waren zugelassen, wenn **mit der Angebotsabgabe Gleichwertigkeitsnachweise** (z.B. bestimmte **Prüfzeugnisse**) beigelegt werden. Die geforderten Prüfzeugnisse lagen nicht vor. Die Vergabestelle schloss das Angebot aus.

Entscheidung: Angebote sind nicht auszuschließen, wenn die fehlenden Nachweise unter keinem denkbaren Gesichtspunkt zu einer Beeinträchtigung des Wettbewerbs führen können. Dies war vorliegend so. Die geforderten Nachweise sind für den ausgeschriebenen Dachaufbau nicht von Bedeutung und damit irrelevant.

BayObLG, Beschl. v. 15.09.2004, IBR 2004, 712 = VergabeR 2005, 130

Anmerkung: Das Gericht lässt sogar Ausnahmen dann zu, wenn in den Vergabeunterlagen gefordert war, Prüfzeugnisse bereits mit dem Angebot vorzulegen. Es hebt ab auf die „offensichtlich fehlende Wettbewerbsrelevanz“. Die Entscheidung ist aber umstritten.

Ausgeschrieben wurde ein **Leiffabrikat mit dem Zusatz „oder gleichwertig“**. In den Bewerbungsbedingungen war verlangt, dass die Gleichwertigkeit bereits mit dem Angebot nachzuweisen ist. Nachweise wurden nachträglich vorgelegt und geprüft. **Zitate:** Ein Auftraggeber ist nach § 21 Nr. 2 VOB/A zum Ausschluss berechtigt, aber nicht verpflichtet, weil **§ 21 Nr. 2 VOB/A nicht unter die Ausschlussstatbestände des § 25 Nr. 1 Abs. 1 VOB/A fällt**. Der Auftraggeber verwirkt sein Recht auf Ausschluss, wenn er über die Gleichwertigkeit mit dem Bieter tatsächlich verhandelt.

VK Sachsen, Beschl. v. 14.05.2001, IBR 2001, 690

Ausgeschrieben wurden Innentüren. Für bestimmte Türblätter war eine Einbruchhemmung der Widerstandsklasse WK 2 gefordert. Es wurde ein **Leiffabrikat mit dem Zusatz „oder gleichwertig“** angegeben. Der erstplatzierte Bieter wurde ausgeschlossen, weil kein Prüfzeugnis vorlag. Der Bieter reichte den Prüfbericht eines Instituts nach. Die Vergabestelle hielt an ihrem Ausschluss fest.

Entscheidung: Der Angebotsausschluss ist nicht gerechtfertigt, weil in den Vergabeunterlagen keine „Erklärung“ gefordert war. In den Vergabeunterlagen ist aber konkret festzulegen, welche Erklärung gefordert wird. Im Übrigen hat der Bieter die geforderte WK 2 nachgewiesen. Es ist nicht zu beanstanden, wenn ein **Prüfbericht erst nach Öffnung der Angebote** vorgelegt wird.

VK Nordbayern, Beschl. v. 28.06.2005, IBR 2005, 1592

Ausgeschrieben wurden für Elektroarbeiten Leitfabrikate. Gefordert war, dass alle Teile ENEC- und VDE-zertifiziert sein müssen. Ein Bieter bot ein anderes Fabrikat an, das von der Vergabestelle wegen fehlender Gleichwertigkeit ausgeschlossen wurde.

Entscheidung: Kein Angebotsausschluss. Der Auftraggeber hat in den Vergabeunterlagen **keine Kriterien angegeben**, nach denen sich die Gleichwertigkeit bemisst. Der Auftraggeber hat auch nicht dokumentiert, weshalb er das angebotene Fabrikat als nicht gleichwertig ansieht.

VK Südbayern, Beschl. v. 24.06.2004, IBR 2005, 1091

Anmerkung: Die Vergabekammer hat die Vergabestelle angewiesen, dem Bieter eine angemessene Frist zur Vorlage von Nachweisen zu gewähren und anschließend neu zu werten.



Ausgeschrieben wurden Wandflächenbereiche aus Glas. Gefordert wurden **beidseitig gesteckte Glashalteleisten ohne Verschraubungen**. Vorgegeben wurde ein Leitfabrikat. Ein Bieter bot ein anderes Produkt an, bei dem die Glashalteleisten auf einer Seite verschraubt werden.

Entscheidung: Die vorgegebene Spezifikation „beidseitig gesteckte Halteleisten“ ist eine individuelle technische Vorgabe, welche von § 21 Nr. 2 VOB/A nicht erfasst ist. Diese Vorschrift, welche unter bestimmten Voraussetzungen eine Abweichung von den technischen Spezifikationen erlaubt, bezieht sich ausschließlich auf allgemeine technische Regelwerke und Normen, nicht jedoch auf konkrete individuelle technische Vorgaben. Das Angebot weicht von den Ausschreibungsbedingungen ab. Angebotsausschluss gemäß § 21 Nr. 1 Abs. 1 b VOB/A wegen Änderungen an den Verdingungsunterlagen.

OLG München, Beschl. v. 11.08.2005, IBR 2005, 564

Anlage 8

Rechtsprechungshinweise - Gleichwertigkeitsnachweise bei Nebenangeboten

Ausgeschrieben wurden Rohbauarbeiten. Ein Nebenangebot wollte die im LV vorgesehenen **Streifenfundamente** bei entsprechender Umbemessung der Fundamentplatte einsparen. Es enthielt aber dazu keine technischen Einzelheiten.

Entscheidung: Ausschluss wegen Unvollständigkeit. Die Aufklärung des Angebotsinhalts würde auf eine unzulässige Angebotsergänzung hinauslaufen und gegen das Nachverhandlungsverbot verstoßen (§ 24 VOB/A).

VÜA Schleswig-Holstein, Beschl. v. 22.12.1998, IBR 1999, 243

Ausgeschrieben wurde ein Tunnel im Einschwimm- und Absenkverfahren. Ein Nebenangebot sah für den Tunnel eine **offene Deckelbauweise** vor (völlig anderes Verfahren).

Entscheidung: Das Nebenangebot kann wegen **Unvollständigkeit** nicht berücksichtigt werden. Insbesondere fehlt eine Ausarbeitung von konstruktiven, sicherheitsrelevanten und **statischen Details** sowie eine Äußerung hinsichtlich der Genehmigungsfähigkeit durch die zuständige Behörde.

OLG Naumburg, Beschl. v. 22.12.1999, IBR 2000, 105

Ausgeschrieben wurden Brückenbauarbeiten. U.a. wurde ein Nebenangebot eingereicht, in dem gegenüber dem Amtsentwurf ein „**Stahlüberbau**“ als Pauschale angeboten wurde. Im Nebenangebot waren die LV-Positionen „Stahlbauarbeiten“ und „Korrosionsschutz“ ohne Mengen und Einzelpreise ausgewiesen.

Entscheidung: Das Nebenangebot scheidet aus, weil es im Zeitpunkt der Angebotsabgabe in wesentlichen Punkten **unvollständig** war. U.a. waren die **Stahlmengen** nicht angegeben (hiervon wird aber auch die Statik berührt). Das Nebenangebot war unvollständig und nicht vergleichbar mit den Hauptangeboten. Das Angebot kann nach § 24 Nr. 3 VOB/A nicht vervollständigt werden.

OLG Frankfurt, Beschl. v. 26.03.2002, VergabeR 2002, 389

Ausgeschrieben wurden bei Wasserversorgungsarbeiten **Gußrohre**. In einem Nebenangebot wurden PEHD-Rohre günstiger angeboten. Das Nebenangebot war detailliert beschrieben. Der Auftraggeber beabsichtigte, den Zuschlag auf das preisgünstigste Hauptangebot zu erteilen.

Entscheidung (Zitate): Wesentlicher Wertungsbestandteil ist die Frage der Gleichwertigkeit. Sie muss so weit dargelegt werden, dass der Auftraggeber sie ohne besondere Schwierigkeit prüfen kann. Es ist Aufgabe des Bieters, die Gleichwertigkeit durch entsprechende Unterlagen wie Prüfzeugnisse, Gutachten, Qualitätszertifikate usw. nachzuweisen, insbesondere auch hinsichtlich der Betriebs- und Folgekosten (den Auftraggeber trifft allenfalls eine eigene Nachforschungs-

pflicht). Der Bieter hat die geforderten Gleichwertigkeitsnachweise unterlassen. Für den Auftraggeber war die **Gleichwertigkeit innerhalb der Zuschlags- und Bindefrist** nicht mehr feststellbar. Das Nebenangebot kann nicht berücksichtigt werden. Die Vergaberechtmäßigkeit der Nichtberücksichtigung scheitert nicht unbedingt an der fehlenden Gleichwertigkeit, sondern an der **Unvollständigkeit des Angebots**. Nachverhandlungen gemäß § 24 Nr. 1 Abs. 1 VOB/A zur Nachholung der fehlenden Angaben wären unzulässig gewesen¹.

OLG Koblenz, Beschl. v. 05.09.2002, IBR 2003, 40 = VergabeR 2003, 72

Ausgeschrieben wurden **Dachdeckerarbeiten mit Leiffabrikaten**. In einem Nebenangebot wurde nicht das Leiffabrikat, sondern eine Dachbahn der Firma S. angeboten. Dem Nebenangebot wurden zunächst **Produktinformationen beigelegt**. In anschließenden Verhandlungen wurden zum Nebenangebot noch Prüfzeugnisse sowie eine gutachterliche Stellungnahme zur Frage der Gleichwertigkeit nachgereicht. Das Nebenangebot wurde mangels Gleichwertigkeit ausgeschlossen.

Entscheidung: Der Gleichwertigkeitsnachweis ist bereits bei Angebotsabgabe zu erbringen (§ 21 Nr. 2 VOB/A). Die beigelegte Produktinformation des Herstellers reichte nicht aus. Weist der Bieter die Gleichwertigkeit nicht bereits mit dem Angebot nach, besteht keine umfassende Prüfpflicht der Vergabestelle innerhalb der zeitlichen Grenzen der Zuschlags- und Bindefrist. Das Vergabeverfahren steht unter Zeitdruck.

OLG Brandenburg, Beschl. v. 20.08.2002, IBR 2002, 684 = NZBau 2002, 694 = VergabeR 2003, 222 = ZfBR 2003, 307

Anmerkung: Im vorstehenden Verfahren hatte der Auftraggeber tatsächlich technische Nachweise verlangt und kam letztlich zu dem Ergebnis, dass Gleichwertigkeit nicht vorlag. Das Gericht ging aber auf die Gleichwertigkeit nicht ein. Es sah einen formalen Ausschlussgrund, allerdings nach § 21 Nr. 2 VOB/A, obwohl die Bestimmungen in § 25 VOB/A nicht erwähnt sind und auch nicht für Nebenangebote gelten. Auf die Frage, ob das Nachfordern des Auftraggebers nach § 24 Nr. 3 VOB/A unzulässig war, ging das Gericht nicht ein.

Ausgeschrieben wurden Straßenbauarbeiten, u.a. umfangreicher **Bodenaustausch**. Eingereicht wurde ein Nebenangebot mit dem Wortlaut: „**Bodenmassen mit geeigneten Bindemitteln**“ verbessern.

Entscheidung: Das Nebenangebot ist **unvollständig** und kann nicht mit anderen Angeboten verglichen werden (Ausschluss nach § 25 Nr. 1 Abs. 1 b VOB/A). Auch Nebenangebote müssen dem Vollständigkeits- und Eindeutigkeitsmaßstab des § 9 VOB/A genügen. Die Beschreibung lässt kein bestimmtes Bindemittel (z.B. Baukalk) erkennen. Unvollständige Nebenangebote können nach § 24 Nr. 3 VOB/A nicht vervollständigt werden.

OLG Koblenz, Beschl. v. 29.08.2003, IBR 2003, 620

¹ Wird nicht näher begründet.

Ausgeschrieben wurden Unterführungsarbeiten. Verlangt war, dass den **Nebenangeboten** eine **Urkalkulation** beizufügen ist. Diese lag nicht vor. Außerdem **fehlten Gleichwertigkeitsnachweise (gesicherte statische Nachweise)**. Das Nebenangebot war wegen **Unvollständigkeit** auszuschließen. Die Forderung zur Vorlage der Urkalkulation war zulässig. Außerdem muss ein Nebenangebot bereits bei Angebotsabgabe so beschaffen sein, dass es einer Bewertung hinsichtlich der Gleichwertigkeit zugänglich ist.

VK Hessen, Beschl. v. 24.02.2004, IBR 2004, IBR 2004, 337

Ausgeschrieben wurden Dachdeckungsarbeiten (3-Schichtaufbau eines Gründaches). Ein Nebenangebot sah einen **Einschichtaufbau** vor. Gleichwertigkeitsnachweise lagen nicht vor. Das Nebenangebot wurde nicht gewertet.

Entscheidung: Der Bieter muss die Gleichwertigkeit bei Angebotsabgabe nachweisen. Die Verpflichtung zur eindeutigen und erschöpfenden Leistungsbeschreibung (§ 9 VOB/A) geht bei Nebenangeboten auf den Bieter über. Der Inhalt des Nebenangebots muss eine sichere Beurteilung hinsichtlich der Gleichwertigkeit ermöglichen. Der Bieter hat keinen Anspruch, die Gleichwertigkeit im Rahmen eines Gesprächs nach § 24 VOB/A nachzuweisen. Es ist das **Risiko eines Bieters**, wenn er die Nachweise zur Gleichwertigkeit nicht bereits bei der Angebotsabgabe, sondern nach und nach einreicht.

VK Sachsen, Beschl. v. 10.03.2003, IBR 2003, 322

Ausgeschrieben wurden Brückenbauarbeiten. Nebenangebote waren zugelassen. Mindestanforderungen hierfür wurden vorgegeben. Den Vergabeunterlagen war ein **Gutachten** beigelegt, nach dem eine Differenzschicht in Magerbeton oder als Polster aus einem Mineralstoffgemisch ausgebildet werden kann. Das Gutachten enthielt Ausführungen zur Materialwahl und den Erfordernissen an die Dichte des Gemisches. Ein Nebenangebot enthielt folgenden Wortlaut: **„Alternativ zum unbewehrten Beton als Bodenersatz bieten wir Ihnen die Ausführung des Bodenersatzes mit Mineralgemisch an, wie im Baugrundgutachten als Alternative vermerkt.“** Das Nebenangebot wurde wegen mangelnder Gleichwertigkeit nicht gewertet.

Entscheidung: Die Vergabestelle hat grundsätzlich eine Pflicht zur eigenständigen Prüfung der Gleichwertigkeit. Die Pflicht findet ihre Grenze, wenn die Bieter die Leistungen selbst nicht eindeutig und erschöpfend beschreiben. Die Gleichwertigkeit wurde nicht ausreichend dargelegt, weil detaillierte Ausführungen zur konkreten Stofflichkeit des Mineralgemisches und zum Verdichtungsgrad fehlen.

VK Sachsen-Anhalt, Beschl. v. 15.09.2006, IBR 2007, 153

Anlage 9

Rechtsprechungshinweise - Rechtswidrig geforderte Erklärungen

Ausgeschrieben wurden Fahrbahnoberbauarbeiten. In der Baubeschreibung wurde gefordert, dass der Bieter seinem Angebot einen **Bauzeitenplan** beizufügen hat. Dieser lag beim Eröffnungstermin nicht vor.

Entscheidung: Kein Angebotsausschluss. Verlangt eine Vergabestelle unmissverständlich bereits mit dem Angebot einen Bauzeitenplan, hat dessen Fehlen zwar einen Angebotsausschluss zur Folge, jedoch ist in der vorliegenden Ausschreibung die Vorlage des Bauzeitenplans nicht ausreichend deutlich als Umstand ausgewiesen, der für die Vergabeentscheidung erheblich sein soll. Der Bauzeitenplan wird nicht von § 8 Nr. 3 VOB/A erfasst (kein Eignungsnachweis). Wird er bereits bei Angebotsabgabe verlangt, muss der Auftraggeber dies in der „Aufforderung zur Angebotsabgabe“ auch ausdrücklich angeben (§ 10 Nr. 5 Abs. 2 q VOB/A).

BayObLG, Beschl. v. 28.05.2003, IBR 2003, 492

Ausgeschrieben wurden Dachdeckungsarbeiten. Für das Dachabdichtungssystem wurde ein bestimmtes Fabrikat vorgegeben. Systeme anderer Hersteller durften angeboten werden, wenn dem Angebot ein Gleichwertigkeitsnachweis in Form von Prüfzeugnissen beigelegt wird. Ein Bieter, der ein anderes als das Leitfabrikat angeboten hatte, wurde ausgeschlossen, weil seinem Angebot kein **Prüfzeugnis** beilag.

Entscheidung: Vom Bieter durfte die Vorlage eines Prüfzeugnisses nicht verlangt werden. Die fabrikatsbezogene Ausschreibung war nach **§ 9 Nr. 5 Abs. 2 VOB/A** - Ausgabe 2002 - unzulässig. Der Ausschluss war rechtswidrig.

BayObLG, Beschl. v. 15.09.2004, IBR 2005, 44

Ausgeschrieben wurden Innentüren. Für bestimmte Türblätter war eine Einbruchhemmung der Widerstandsklasse WK 2 gefordert. Es wurde ein **Leitfabrikat mit dem Zusatz „oder gleichwertig“** angegeben. Der erstplatzierte Bieter wurde ausgeschlossen, weil kein Prüfzeugnis vorlag. Der Bieter reichte den **Prüfbericht** eines Instituts nach. Die Vergabestelle hielt an ihrem Ausschluss fest.

Entscheidung: Der Angebotsausschluss ist nicht gerechtfertigt, weil in den Vergabeunterlagen keine „Erklärung“ gefordert war. In den Vergabeunterlagen ist aber konkret festzulegen, welche Erklärung gefordert wird. Im Übrigen hat der Bieter die geforderte WK 2 nachgewiesen. Es ist nicht zu beanstanden, wenn ein Prüfbericht erst nach Öffnung der Angebote vorgelegt wird.

VK Nordbayern, Beschl. v. 28.06.2005, IBR 2005, 1592

Ausgeschrieben wurden Wasserbauarbeiten. Den Vergabeunterlagen ist der Text der Technischen Lieferbedingungen Wasserbausteine (TLW) 2003 beigelegt. Die TLW sahen vor: „**Der Bieter muss bei Angebotsabgabe sicherstellen, dass der ausschreibenden Stelle eine Spezifikation des Herstellers nach DIN EN 13383-1 für die angebotenen Steine vorliegt**“. Die Erklärung lag nicht vor.

Entscheidung: Kein Ausschlussgrund. Die TLW sind kein Gesetz oder Normwerk mit Gesetzesrang. Sie müssen in das Vergabeverfahren einbezogen werden. Es genügt nicht, die TLW den Vergabeunterlagen lediglich beizufügen. Eine Erklärung i.S. des § 21 VOB/A muss ausdrücklich und konkret gefordert werden, und zwar in der Aufforderung zur Angebotsabgabe (§ 10 Nr. 5 Abs. 2 q VOB/A).
OLG Düsseldorf, Beschl. v. 07.04.2005, IBR 2005, 390 = Gt-Info 670/05.

Die Forderung „**Vorlage eines Prüfzeugnisses eines Meisters**“ ist vergaberechtswidrig. Der Bieter kann auch eine Ausnahmegewilligung gemäß § 8 der HandwO vorlegen.

VK Bund, Beschl. v. 09.02.2005, IBR 2005, 399

Eignungsnachweise (z.B. Auszüge aus **Gewerbezentralregister**) müssen nicht bereits in der Vergabebekanntmachung konkret benannt werden. In der Bekanntmachung genügt der pauschale Hinweis, dass Nachweise i.S. des § 8 VOB/A verlangt werden. Die geforderten Nachweise sind aber in der „**Aufforderung zur Angebotsabgabe**“ konkret zu benennen (§ 8 Nr. 3 Abs. 4 i.V.m. § 10 Nr. 5 Abs. 1 und 2 VOB/A), andernfalls sind sie bei der Wertung außer Acht zu lassen.

OLG Schleswig, Beschl. v. 22.05.2006, IBR 2006, 412

Werden weder in der Vergabebekanntmachung noch in dem Aufforderungsschreiben Eignungsnachweise benannt (hier: **DIN EN ISO 9001**), darf die Vergabestelle auch solche Nachweise nicht fordern.

OLG Jena, Beschl. v. 05.12.2001, IBR 2002, 209

Geforderte Eignungsnachweise sind bereits in der Vergabebekanntmachung zu benennen (§ 17 Nr. 1 Abs. 2 s VOB/A). Abweichungen von diesen Eignungsvorgaben sind im späteren Aufforderungsschreiben nicht mehr möglich. Soweit nach § 8 Nr. 3 Abs. 4 VOB/A i.V.m. § 10 Nr. 5 Abs. 2 I VOB/A im **Aufforderungsschreiben** die Nachweise zu bezeichnen sind, sind darin lediglich **Wiederholungen** zu den in der **Vergabebekanntmachung** bereits geforderten Nachweisen möglich. Über die Vergabebekanntmachung hinausgehende Nachweise dürfen nicht gefordert und somit auch nicht bei der Angebotswertung berücksichtigt werden.

Gründe (Zitate): Die Bieter um öffentliche Aufträge müssen im Sinne eines transparenten und chancengleichen offenen Vergabewettbewerbs die Möglichkeit haben, sich so früh wie möglich anhand der Vergabebekanntmachung ein Bild zu machen, ob sie sich um den entsprechenden Auftrag bewerben und ggf. die geforderten Nachweise beschaffen können und wollen.

VK Bund, Beschl. v. 13.10.2004, IBR 2005, 1045

Das Verlangen eines **RAL-Gütezeichens** ohne gleichzeitige Einräumung der Möglichkeit, gleichwertige Nachweise vorlegen zu können, ist VOB-widrig. Die rechtswidrige Forderung darf nicht zur Grundlage der Wertung gemacht werden.

VK Thüringen, Beschl. v. 07.02.2006, Vergaberechts-Report 3/2006, 10

Bei EG-Ausschreibungen müssen geforderte **Eignungsnachweise** in der Anforderung zur Angebotsabgabe und in der **Bekanntmachung** konkret benannt werden. Eine konkrete Benennung in der Leistungsbeschreibung genügt nicht. Wegen fehlender Benennung der Nachweise in der Bekanntmachung durfte das Angebot nicht ausgeschlossen werden.

VK Rheinland-Pfalz, Beschl. v. 09.07.2004, Vergaberechts-Report 12/2004

Ausgeschrieben wurden Trockenbauarbeiten. Verlangt wurde zu den Positionen GK-Wände und Betonwände eine Verkleidung mit gipsgebundenen Platten. Die Angabe eines bestimmten Produkts oder Fabrikats war nicht gefordert.

Entscheidung: Da **keine Angaben gefordert** waren, können sie auch nachträglich nicht für Zwecke der Angebotswertung verlangt werden. Der Bieter ist an sein Angebot betr. Verkleidung mit gipsgebundenen Platten gebunden.

OLG München, Beschl. v. 09.08.2005, IBR 2005, 617

Ausgeschrieben wurde bei Dacharbeiten das **Abdichtungssystem** „Plastotex“ oder gleichwertig. Mit dem Angebot waren Gleichwertigkeitsnachweise beizufügen (z.B. bestimmte **Prüfzeugnisse**), falls ein anderer Hersteller angeboten wird. Ein Angebot wurde wegen fehlender Nachweise ausgeschlossen.

Entscheidung: Die Vorgabe eines Leitfabrikats war nach § 9 Nr. 5 (betr. VOB/A - Ausgabe 2002; jetzt § 9 Nr. 10 VOB/A - Ausgabe 2006) nicht zulässig.

BayObLG, Beschl. v. 15.09.2004, IBR 2004, 712