

Recht

Fehlende Unterlagen im Vergabeverfahren – Nachforderung oder Ausschluss?

Bei Beteiligung an Vergabeverfahren werden die abzugebenden Angebote häufig bis zur letzten Minute bearbeitet. Nicht selten kommt es vor, dass Unterlagen, Angaben oder Erklärungen, die schon den Angebotsunterlagen beigelegt werden sollten, versehentlich fehlen und leider das aussichtsreiche Angebot unvollständig ist. Die entscheidende Frage ist dann, ob dieses Versäumnis noch korrigiert werden kann oder ob der Ausschluss droht.

1 Einleitung

Sowohl oberhalb als auch unterhalb der Schwellenwerte sind die Vergabestellen von den Vergabeordnungen angehalten, fehlende oder unvollständige Unterlagen nachzufordern (z. B. § 16 a EU VOB/A bzw. § 16 a VOB/A oder § 56 Abs. 2–4 VgV bzw. § 41 Abs. 2–5 UVgO). Doch gilt diese Verpflichtung einschränkungslos, so dass die Bieter nicht mehr befürchten müssen, wegen des Fehlens einer geforderten Produkt-, einer einzelnen Preisangabe oder eines dem Angebot beizufügenden Konzeptes aus der Wertung genommen zu werden? Die anwaltliche (Standard-)Antwort: Es kommt drauf an!

2 fehlende, unvollständige oder fehlerhafte Unterlagen

Zurückzuführen sind die in den Vergabeordnungen enthaltenen Regelungen auf eine europarechtliche Vorschrift, nämlich auf Art. 56 Abs. 3 der Richtlinie 2014/24/EU vom 26.2.2014, weshalb die nationalen Regelungen stets im Lichte dieser europarechtlichen Vorgabe zu verstehen sind:

„Sind von Wirtschaftsteilnehmern zu übermittelnde Informationen oder Unterlagen

unvollständig oder fehlerhaft oder scheinen diese unvollständig oder fehlerhaft zu sein oder sind spezifische Unterlagen nicht vorhanden, so können die öffentlichen Auftraggeber, sofern in den nationalen Rechtsvorschriften zur Umsetzung dieser Richtlinie nichts anderes vorgesehen ist, die betreffenden Wirtschaftsteilnehmer auffordern, die jeweiligen Informationen oder Unterlagen innerhalb einer angemessenen Frist zu übermitteln, zu ergänzen, zu erläutern oder zu vervollständigen, sofern diese Aufforderung unter voller Einhaltung der Grundsätze der Transparenz und der Gleichbehandlung erfolgen.“

Das nationale Recht hat nunmehr die Begrifflichkeit der Unterlagen ebenso übernommen und auch in § 56 VgV weitere sprachliche Angleichungen vorgenommen („fehlende, unvollständig oder fehlerhafte...“). Unstreitig ist, dass nach den Regelungen (vgl. auch §§ 16a, § 16a EU VOB/A) nur solche Unterlagen nachgefordert werden dürfen, die nach den Vergabeunterlagen bereits mit dem Angebot vorzulegen waren. Stellt die Vergabestelle die Unvollständigkeit der Angebotsunterlagen vor der Wertung bzw. vor dem Abschluss des Teilnahmewettbewerbs fest, ist sie vergaberechtlich grundsätzlich zur Nachforderung verpflichtet („... muss ... auffordern...“). Demgegenüber sieht die oben zitierte EU-Richtlinie ein Ermessen bei der Nachforderung vor („...so können die öffentlichen Auftraggeber...“), weshalb bei der Umsetzung in nationales Recht für die Vergabestellen die Möglichkeit vorgesehen wurde, schon in der Auftragsbekanntmachung oder in den Vergabeunterlagen festzulegen, dass keine Unterlagen nachgefordert werden (vgl. § 16a EU Abs. 3 VOB/A). Hierdurch soll der europarechtlich vorgegebenen Ausübung des Ermessens beim Nachfordern Rechnung getragen werden, wobei zum Teil die richtige Umsetzung der Richtlinie insoweit bezweifelt wird.

Fehlende Unterlagen sind solche, die physisch nicht vorgelegt worden oder unlesbar oder

sonst nicht wahrnehmbar sind. Eine unvollständige Unterlage ist dann gegeben, wenn sie nur teilweise physisch vorliegt oder nur teilweise lesbar-bzw. wahrnehmbar ist. Eine fehlerhafte Unterlage ist gegeben, wenn diese zwar physisch vollständig und lesbar vorliegt, aber inhaltlich den Anforderungen der Ausschreibungsunterlagen nicht entspricht.

Kommt der Bieter dem Nachforderungsbegehren der Vergabestelle nicht fristgemäß nach, ist die zweite Chance vertan und das Angebot muss ausgeschlossen werden. Die Frist für die Nachreichung der Unterlagen soll sechs Kalendertage nicht überschreiten (§ 16a EU Abs. 4 Satz 2 VOB/A. Diese doch recht knappe Frist ist gleichwohl angemessen, weil es sich letztlich um Unterlagen handelt, die schon mit dem Angebot hätten abgegeben werden müssen.

3 unternehmensbezogene Unterlagen

In den Vergaberegulungen zum Nachfordern von Unterlagen wird zwischen unternehmensbezogenen und leistungsbezogenen Unterlagen differenziert. Unternehmensbezogene Unterlagen sind solche, die nicht die in der Zukunft liegende Leistungserbringung des Auftrags, sondern die aktuelle Situation des Unternehmens bzw. dessen bislang gesammelte Erfahrungen betreffen. Vereinfacht ausgedrückt geht es hierbei im Wesentlichen um Unterlagen zum Nachweis der Eignung (vgl. § 56 Abs. 2 VgV: „insbesondere Eigenerklärungen, Angaben, Bescheinigungen oder sonstige Nachweise...“). Auch die nachträgliche Angabe einer geforderten, aber fehlenden Benennung des Nachunternehmers kann nachgefordert werden, wenn sich aus den Angebotsunterlagen zweifelsfrei ergibt, dass von vornherein die Leistung durch Nachunternehmer ausgeführt werden sollte, also kein späterer Wechsel von Eigen- in Fremdleistung vorliegt (VK Rheinland, Beschluss vom 28.8.2019, – VK 25/19-).

■ Verfasser

Dr. Jan van Dyk

vandyk@ahlers-vogel.de

Rechtsanwalt

Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht

Fachanwalt für Vergaberecht

Fachanwalt für Verwaltungsrecht

Ahlers & Vogel Rechtsanwälte PartG mbB

Contrescarpe 21

28203 Bremen

Nach § 16a EU Abs. 1 VOB/A (vgl. auch § 56 Abs. 2 VgV) sollen nicht nur körperlich fehlende, sondern auch fehlerhafte, also inhaltlich unzureichende unternehmensbezogene Unterlagen nachzufordern sein. Allerdings sieht Art. 56 Abs. 3 der Richtlinie 2014/24/EU eine inhaltliche Korrektur abgegebener Unterlagen nicht vor, weshalb nach richtlinienkonformer Auslegung der §§ 16a EU Abs. 1 VOB/A, 56 Abs. 2 VgV inhaltlich fehlerhafte unternehmensbezogene Unterlagen nachträglich nicht zu korrigieren sind (vgl. VK Sachsen-Anhalt, Beschluss vom 5.8.2020, – 3 VK LSA 27/20-: kein Nachfordern bei einer nicht genügenden Eintragung im Präqualifikationsverzeichnis). Statthaft ist allenfalls im Zuge der Angebotsaufklärung die bloße Korrektur von Schreibfehlern sowie das Erläutern etwaig unklarer Angaben.

4 leistungsbezogene Unterlagen

Bei den leistungsbezogenen Unterlagen handelt es sich um solche, die – mit Ausnahme der in § 16a EU Abs. 2 VOB/A gesondert geregelten Preisangaben – die in der Zukunft liegende Ausführung der ausgeschriebenen Leistungen betreffen und beschreiben („Erklärungen, Produkt- oder sonstige Angaben oder Nachweise“, vgl. § 16a EU Abs. 1 VOB/A), so z. B. auch ein nicht wertungsrelevanter Bauablaufplan (VK Sachsen-Anhalt, Beschluss vom 23.6.2020, – 3 VK LSA 24/20-). Das Nachfordern fehlerhafter leistungsbezogener Unterlagen ist von vornherein nicht vorgesehen und ist deshalb unzulässig. Es stellt sich aber die Frage, ob körperlich fehlende, aber wertungsrelevante leistungsbezogene Unterlagen, so beispielsweise Ausführungskonzepte oder qualitative

Produktangaben, bei Bauvergaben nach § 16a EU Abs. 1 VOB/A nachgefordert werden können; dies ist für Vergabeverfahren nach der Vergabeverordnung in § 56 Abs. 3 S. 1 VgV ausdrücklich ausgeschlossen ist. Sowohl nach der Art. 56 Abs. 3 der Richtlinie 2014/24/EU als auch nach § 16a EU Abs. 1 VOB/A soll die Nachforderung unter Einhaltung der Grundsätze der Transparenz und der Gleichbehandlung erfolgen, wobei die Richtlinie ausdrücklich die volle Einhaltung dieser Grundsätze fordert (s. o.). Insbesondere die Vielzahl bestehender Manipulationsmöglichkeiten zur Verbesserung der eigenen wettbewerblichen Situation durch das Nachreichen wertungsrelevanter Unterlagen in Kenntnis der submittierten Angebote der Wettbewerber (§ 14 EU Abs. 6 VOB/A) schließt „unter voller Einhaltung der Grundsätze der Transparenz und der Gleichbehandlung“ das Nachfordern fehlender wertungsrelevanter leistungsbezogener Unterlagen aus. Zur Klarstellung sollten die Vergabestellen dies gemäß § 16a EU Abs. 3 VOB/A von vornherein in den Vergabeunterlagen festlegen.

5 Preisangaben

Grundsätzlich dürfen fehlende Preisangaben nicht nachgefordert werden, da die Angebote die geforderten Preise enthalten müssen (§ 13 EU Abs. 1 Nr. 3 VOB/A). Ausnahmsweise können aber fehlende Preise unwesentlicher Positionen nachgefordert werden, sofern die Vergabestelle die Nachforderung von Preisangaben nicht ausgeschlossen hat, § 16a EU Abs. 3 VOB/A. Voraussetzung der Nachforderung ist neben der Unwesentlichkeit (Richtwert ca. <1 % der geforderten Preisangaben), dass durch die Außerachtlassung dieser Po-

sitionen im Wettbewerb die Wertungsreihenfolge nicht verändert wird und dies auch nicht bei Wertung dieser Positionen mit den jeweils höchsten Wettbewerbspreisen geschieht. Sofern sich bei diesen zwei Prüfungsschritten eine andere Bieterreihenfolge ergibt, ist eine Nachforderung der fehlenden Preisangaben unzulässig und das Angebot muss ausgeschlossen werden. Erst wenn sich nach diesen Prüfungsschritten die Wertungsreihenfolge nicht ändert, ist der Bieter aufzufordern, die fehlenden Preise der einzelnen Position anzugeben.

6 Zusammenfassung

Die Vergabestelle kann von vornherein das Nachfordern fehlender Unterlagen vollständig oder teilweise ausschließen. Macht sie hiervon keinen Gebrauch, hängt die konkrete Möglichkeit des Nachforderns von Unterlagen stark von der übergeordneten europarechtlichen Vorgabe ab. Fehlende und unvollständige unternehmensbezogene Unterlagen können nachgefordert werden, wohingegen die inhaltliche Veränderung vorliegender, aber fehlerhafter Unterlagen aus wettbewerblichen Gründen nicht statthaft ist. Deshalb können auch fehlende leistungsbezogene Unterlagen grundsätzlich nicht nachgefordert werden. Fehlende Preisangaben können nur bei unwesentlichen Positionen ergänzt werden, sofern die Nichtberücksichtigung der unvollständigen Positionen als auch die Berücksichtigung dieser Positionen mit dem höchsten Wettbewerbspreis nicht zu einer Änderung der Wertungsreihenfolge der Bieter führen darf. Bei Änderung der Wertungsreihenfolge gibt es keine zweite Chance und das Angebot ist auszuschließen. ■

Korrektur

Im Beitrag „Asphalt im Klimawandel – Erkenntnisse und Herausforderungen“ von Dipl.-Ing. Volker Schäfer, Seite 191–206 (Straße und Autobahn 3/2022) wurde versehentlich eine falsche englische Kurzfassung abgedruckt. Es muss wie folgt heißen:

Due to the last years' climate change the number of summer days (days with a maximum air temperature ≥ 25 °C) and especially hot summer days (days with a maximum air temperature ≥ 30 °C) increased. As a result, such hot summer periods partially led to nationwide significant asphalt rutting both on bridge decks and on open roads. Therefore the Federal Highway Research Institute (BAST) commissioned in coordination with the BMVI a preparatory study including the evaluation of findings and experiences of various road projects. It emerged that sections of main lanes in front of construction sites with site-specific narrowed traffic management and distinct backlog caused by a high number of lorries are particularly susceptible to rutting, even more if the lane can be heated almost unhindered by direct sunlight throughout the day because of its East-West orientation. Provided that junctions also are in the section of site-specific traffic management, additional braking and acceleration processes partly contribute to an even worse traffic flow. From these frame conditions a new load case called "Particularly high stresses (besonders hohe Beanspruchungen)" can be deduced. Based on this recent knowledge and on temperature measurements on two bridge constructions as well as bitumen and asphalt tests some recommendations for the prevention of deformations of hot-mix and of mastic asphalt in particularly highly stressed traffic sections are presented. Suggestions will not only be made for the appropriate choice of pavements together with suitable measures before, during and after construction but also for mandatory laboratory tests that must be performed within the proof of suitability of the asphalt mixtures (e.g.). Moreover initial experience-based proposals for the requirements for the test results are given.