

Beitrag (IBR 2005, 1308)

Nach Angebotsöffnung können fehlende Unterlagen nachgefordert werden!

1. Bereits in der Bekanntmachung bzw. den Verdingungsunterlagen hat der Auftraggeber zwischen Unterlagen, die zum Zeitpunkt der Angebotsabgabe zwingend vorliegen müssen (Mindestanforderung) und solchen, die zum Ausschluss führen können, zu unterscheiden.
2. Ein zwingender Ausschluss des Angebots wegen Unvollständigkeit kommt nur bei Verletzung der Mindestanforderungen in Betracht.
3. Im Rahmen der Angebotsaufklärung können die Unterlagen, die nicht als Mindestanforderungen definiert sind, nachgefordert werden.

Thesen gebildet nach:

RA Dr. Jan Scharf, RA Dr. Peter Schütte: *Fehlende Angebotsunterlagen im Bau und Dienstleistungsbereich*, veröffentlicht in: VergabeR 2005, 448 ff

GWB § 97 Abs. 2, 5; VOB/A § 21 Nr. 1 Abs. 1 Satz 2, §§ 24, 25 Nr. 1; VOL/A § 21 Nr. 1 Satz 1, §§ 24, 25 Nr. 1

Problem

Sowohl für die Auftraggeber- als auch für die Bieterseite stellt sich der Ausschluss unvollständiger Angebote immer mehr als zentrale Hürde auf dem Weg zum erfolgreichen Abschluss eines Vergabeverfahrens dar. Die Rechtsprechung und Literatur nähert sich dem Problem uneinheitlich an. Zum Teil wird trennscharf zwischen bieter- und auftragsbezogenen Angaben sowie zwischen Bau- und VOL-Vergaben unterschieden. Zum Teil wird pauschal ohne nähere Differenzierung auf den formalen Ansatz des BGH ([IBR 2005, 507](#)) verwiesen. Eine einheitliche und rechtssichere Lösung fehlt weiterhin.

Kernaussage des Autors

Die Autoren nehmen zunächst eine differenzierte Betrachtung der Spruchpraxis zur Problematik vor. Als besonders vorzugswürdig stufen sie die Rechtsprechung des OLG Celle (Beschluss vom 11.03.2004 - [13 Verg 3/04](#), ibr-online) ein, wonach insbesondere bei Eignungsnachweisen ein Ausschluss wegen Unvollständigkeit nur dann in Betracht kommt, wenn der Auftraggeber die geforderten Nachweise als "Mindestanforderung" bezeichnet. Auf der Basis dieser Spruchpraxis sind die Autoren der Ansicht, dass vor der Entscheidung über den Ausschluss einzelner Angebote Verhandlungen im Rahmen der Vorgaben des § 24 VOL/A (entsprechend § 24 VOB/A) möglich und zulässig sind. Diese Vorschrift eröffnet die Möglichkeit, Zweifel über die Angebote oder die Bieter zu beheben. Danach ist es grundsätzlich möglich, sowohl bieter- als auch angebotsbezogene Aufklärungen und Unterlagen nach Angebotsöffnung zu verlangen. Von der Nachforderungsmöglichkeit ausgenommen sind Unterlagen, die Einfluss auf den Wettbewerb nehmen und solche Unterlagen, die der Auftraggeber ausdrücklich als Mindestanforderung und damit als zwingend gefordert hat. Nach Ansicht der Autoren besteht aus Vertrauensschutzgründen eine Pflicht des Auftraggebers zur Nachforderung von Unterlagen, wenn diese keinen Einfluss auf den Wettbewerb nehmen und nicht als Mindestanforderung für die Vergabe bezeichnet sind.

Anmerkung

Es ist zutreffend und begrüßenswert, dass dem strengen Formalismus, der sich in der Spruchpraxis durchsetzt, mit einer praxistauglichen Lösung entgegengetreten wird. Die hier vertretenen Ansätze halten einer Überprüfung anhand der geltenden Vorschriften jedoch nur kurzfristig stand. Insbesondere bleibt das Argument der Rechtsprechung des BGH ([IBR 2005, 507](#)), dass die Nachforderung unvollständiger Unterlagen stets eine Diskriminierung des sorgfältig Anbietenden beinhalte, unbeantwortet im Raum stehen. Darüber hinaus erscheint hier auch der Einstieg in die Aufklärung nach § 24 VOL/A dogmatisch schwer möglich, da dieser "Zweifel" über die Angebote oder die Bieter erfordert. Solche Zweifel liegen dann jedoch nicht vor, wenn der Auftraggeber bereits auf Grund fehlender Unterlagen eine Entscheidung über die Unvollständigkeit, mithin über den Ausschluss treffen kann. Ausdrücklich begrüßenswert ist der Ausblick der Autoren auf die Vergabereform 2006. Eine für alle Beteiligten an Vergabeverfahren sinnvolle Lösung kann durch die Einführung des vorgesehenen § 45 Abs. 1 Nr. 4, 5 VgV-Entwurf (ibr-online) vorangebracht werden. Danach erfolgt der Ausschluss von Unternehmen u. a. dann, wenn diese die

vom Auftraggeber geforderten Aufklärungen nicht innerhalb einer gesetzten Frist abgeben oder den Angeboten für die Wertung wesentliche Angaben, insbesondere der Preis, fehlen. Für die derzeit geltende Rechtslage kann Auftraggebern nur angeraten werden, mit Angebotsabgabe nur solche Nachweise zu fordern, die für die Wertung zwingend erforderlich sind bzw. durch die Landesvorschriften als zwingend bestimmt sind.

RAin Dr. Susanne Mertens, LL.M., Berlin

© id Verlag