



Fachtagung Vergaberecht

11./12. April 2019



Die Zulässigkeit der Abänderung von Bieterfragen durch die Vergabestelle

Rechtsanwältin Monika Prell

Agenda

- Einführung
- Die vergaberechtlichen Regelungen
- Die aktuelle Rechtsprechung
- Die Änderung von Bieterfragen
- Die Folgen unzulässiger Änderungen
- Die Konsequenz für die Praxis

Einführung

Hohe Praxisrelevanz der Bieterfrage

- Klarstellung eventueller Unstimmigkeiten/Klärung von Missverständnissen in Vergabeunterlagen
- Konkretisierung der Vergabeunterlagen
- Hinweis auf eventuelle Vergabeverstöße vor einer Rüge
- Aufzeigen von „Schwächen“ der Vergabeunterlagen
- Information der Mitbewerber über (meist kalkulations-) relevante Sachverhalte

Definition von Bieterfragen

- Keine Legaldefinition
- *„Recht des Bieters, ergänzende Informationen zu erbitten...
Chance für beide Seiten, etwaige Unklarheiten in den
Vergabeunterlagen beseitigen zu können.“
(Newsletter Auftragswesen 9/2012 der Auftragsberatungsstellen)*
- *„Auskunftsersuchen über die Vergabeunterlagen.“
(Pünder/Schellenberg, Vergaberecht, 3. Aufl. 2019, VOB/A § 12a Rn. 12)*

Die vergaberechtlichen Regelungen

EU - Richtlinien

Art. 47 Abs. 3 RL 2014/24/EU, Art. 66 Abs. 3 RL 2014/25/EU
(Fristsetzung)

„In den folgenden Fällen verlängern die öffentlichen Auftraggeber die Fristen für den Eingang der Angebote, ...

*a) wenn Zusatzinformationen, obwohl sie **rechtzeitig vom Wirtschaftsteilnehmer angefordert werden**, nicht spätestens sechs Tage vor der für den Eingang der Angebote festgesetzten Frist zur Verfügung gestellt werden. Bei beschleunigten Verfahren ... beträgt dieser Zeitraum vier Tage.“*

VOB/A

§ 12a Abs. 4 VOB/A (Versand der Vergabeunterlagen)

*„Erbitten Unternehmen **zusätzliche sachdienliche Auskünfte über die Vergabeunterlagen**, so sind diese Auskünfte allen Unternehmen unverzüglich in gleicher Weise zu erteilen.“*

§ 12a Abs. 3 EU VOB/A (Versand der Vergabeunterlagen)

*„**Rechtzeitig beantragte Auskünfte über die Vergabeunterlagen** sind spätestens sechs Kalendertage vor Ablauf der Angebotsfrist allen Unternehmen in gleicher Weise zu erteilen:“*

VgV/UVgO/SektVO

§ 20 Abs. 3 Nr. 1 VgV, § 16 Abs. 3 SektVO (Fristsetzung)

*„Die Angebotsfristen sind ...zu verlängern, ...wenn zusätzliche Informationen **trotz rechtzeitiger Anforderung durch ein Unternehmen** nicht spätestens sechs Tage vor Ablauf der Angebotsfrist zur Verfügung gestellt werden...“*

§ 13 Abs. 4 Nr. 1 UVgO (Fristsetzung)

„Die nach Absatz 1 gesetzten Fristen sind, soweit erforderlich, angemessen zu verlängern, wenn zusätzliche wesentliche Informationen vom Auftraggeber vor Ablauf der Angebotsfrist zur Verfügung gestellt werden...“

VSVgV/KonzVgV

§ 20 Abs. 5 VSVgV (Fristsetzung)

*„Die Auftraggeber müssen **rechtzeitig angeforderte zusätzliche Informationen über die Vergabeunterlagen**, die Beschreibung oder die unterstützenden Unterlagen spätestens sechs Tage ...vor Ablauf der für die Einreichung von Angeboten festgelegten Frist übermitteln.“*

§ 18 KonzVgV (Zusätzliche Auskünfte zu den Vergabeunterlagen)

*„Der Konzessionsgeber erteilt allen Unternehmen ... spätestens sechs Tage vor dem Schlusstermin für den Eingang der Angebote **zusätzliche Auskünfte zu den Vergabeunterlagen**, sofern die Unternehmen **diese zusätzlichen Auskünfte rechtzeitig angefordert haben**.“*

GWB

§ 97 Abs. 1, Abs. 2 GWB

- Gleichbehandlungsgrundsatz
- Transparenzgrundsatz
- Geheimhaltung

Die Regelungen zusammengefasst

- **Rechtzeitige Anforderung** zusätzlicher Auskünfte zu Vergabeunterlagen durch Unternehmen (= Bieterfrage)
- Erteilung zusätzlicher (sachdienlicher) Auskünfte an **alle Unternehmen in gleicher Weise** (= Antwort)
- **Zeitpunkt der Auskunftserteilung**
 - EU-weite Ausschreibungen: sechs Kalendertage vor Ablauf der Angebotsfrist oder vier Tage bei beschleunigtem Verfahren
 - UVgO: vor Angebotsabgabe
 - VOB/A: unverzüglich

Die aktuelle Rechtsprechung

Rechtsprechung zu Bieterfragen I

- **VK Westfalen, Beschluss vom 29.02.2016 - VK 1-5/06**
 - Sämtliche Erklärungen der Vergabestelle - sei es in den Vergabeunterlagen oder in Antworten auf Bieteranfragen - müssen eindeutig und unmissverständlich sein.
 - Ableitung aus Urteil BGH vom 10.6.2008, X ZR 78/07 zur Leistungsbeschreibung:

„...Sache des öffentlichen Auftraggebers ..., auf eine eindeutige und transparente Vorformulierung der von den Bietern verlangten, für die Vergabeentscheidung relevanten Erklärungen zu achten.“

Rechtsprechung zu Bieterfragen II

- **VK Sachsen, Beschluss v. 24.08.2016 - 1/SVK/017**
 - Auf Bieterfragen erteilte zusätzliche sachdienliche Auskünfte sind gemäß § 97 Abs. 2 GWB grundsätzlich allen Bietern gleichzeitig und transparent bereitzustellen
 - „**Sachdienliche Auskünfte**“: objektiv mit der Sache zu tun, zur Ausräumung von Missverständnissen oder Beantwortung von Verständnisfragen zu Vergabeunterlagen
 - Individuelle Beantwortung nur, wenn offensichtlich individuelles Missverständnis eines Bieters und die allseitige Beantwortung der Frage Betriebs- oder Geschäftsgeheimnisse verletzen oder die Identität des Bieters preisgeben würde

Rechtsprechung zu Bieterfragen II

- **VK Sachsen, Beschluss v. 24.08.2016 - 1/SVK/017**
 - Auch bei Änderung der Vergabeunterlagen transparente Veröffentlichung der Bieterfrage und Antwort erforderlich, da Umstand, was konkret zur Änderung führt, relevant sein kann
 - Reiner Verweis auf Änderung nicht ausreichend

Rechtsprechung zu Bieterfragen III

- VK Bund, Beschluss v. 27. 01.2017 – VK 2-131/16
 - Auch nach gesetzter Frist eingegangene Bieterfrage **kurz vor Angebotsabgabe** muss beantwortet werden, wenn für alle Bieter relevant
 - Anspruch der Bieter, sich selbst eine Meinung über die Relevanz von zusätzlich erteilten Auskünften zu bilden und selbst einzuschätzen, inwieweit sie diesen Bedeutung für die eigene Angebotserstellung beimessen
 - Bloße Wiederholung muss nicht allen Bietern zur Verfügung gestellt werden muss, aber korrekter Ablauf des Vergabeverfahrens mit gleicher Information für alle ein hoch einzustufendes Gut

Rechtsprechung zu Bieterfragen III

- **VK Bund, Beschluss v. 27. 01.2017 – VK 2-131/16**
 - Schon Anschein der möglichen Bevorzugung eines Bieters ist zu vermeiden
 - Im Zweifel immer Herstellung der Bieteröffentlichkeit

Rechtsprechung zu Bieterfragen IV

- **VK Bund, Beschluss v. 20.12.2016 – VK 1-122/16**
 - Auch höfliche **Bieterfrage** kann Rüge sein
- **VK Südbayern, Beschluss v. 24.07.2018 - Z3-3-3194-1-11-04/18**
 - Beantwortet der Auftraggeber rechtzeitig gestellte Bieterfragen nicht, muss er für jede Frage darlegen und dokumentieren, dass die Frage entweder keine Relevanz für das vorliegende Vergabeverfahren hat oder ihm eine Beantwortung unmöglich oder unzumutbar ist
- **VK Bund, Beschluss v. 15.10.2018 – VK 1-89/18**
 - Auftraggeber kann Angebotsfrist mehrfach verlängern, wenn aufgrund von Bieterfragen zu befürchten ist, dass nur wenige Angebote eingehen

Die Konsequenzen aus der Rechtsprechung

- Grundsätzlich Pflicht zur **umfassenden Auskunftserteilung**
- Klärung ob **Bieterfrage oder Rüge**
- Herstellung der „**Bieteröffentlichkeit**“
- Antwort muss **klar und unmissverständlich** sein
- **Keine** Namensnennung der Bieter und/oder Mitbewerber

Die Konsequenzen aus der Rechtsprechung

- **Gleichzeitige** Bereitstellung der Fragen und Antworten an **alle** Bieter, Anspruch des Bieters auf eigene Meinungsbildung
- Beantwortung aller Bieterfragen **auch kurz vor Angebotsabgabe**, ggf. Fristverlängerung für Angebotsabgabe
- Bei Nichtveröffentlichung der Bieterfrage gute Dokumentation
- Bei **Verstößen**: subjektives Bieterrecht nach § 97 Abs. 6 GWB
- Rückversetzung/Aufhebung des Vergabeverfahrens

Die Änderung von Bieterfragen

Die Möglichkeiten der Änderung

- Anonymisieren
- Umformulieren
- Nichtveröffentlichen
- Streichen einzelner Teile/Passagen

Die Regelungen zur Änderung von Bieterfragen

- Keine konkrete vergaberechtliche Regelung
- Keine (ersichtliche) Rechtsprechung/Kommentierung
- Keine Regelung zur Änderung - Also keine Änderung zulässig?

Die Zulässigkeit der Änderung von Bieterfragen

- Ausgangspunkt: unterschiedliche Interessenslagen
 - Bieter: Informationsinteresse, Gleichbehandlung, Transparenz
 - Vergabestelle: Wahrung des Geheimwettbewerbs, schutzwürdige Interessen dritter Bieter
- Abwägung der schutzwürdigen Interessen nach vergaberechtlichen Grundsätzen

Zulässige/Notwendige Änderungen

- Richtigstellung von Zeichensetzung/Rechtschreibung/Grammatik
 - Grenze: Sinn der Bieterfrage wird verfälscht
- Anonymisierung: Unternehmensangaben zum Bieter
 - Geheimhaltungsinteresse, Gefahr wettbewerbswidriger Absprachen
- Anonymisierung: auch eindeutige Angaben, die Rückschluss auf Bieter ermöglichen
 - „Eindeutige Angaben“ - Grenze?

Zulässige Änderungen?

- Anonymisierung/Streichung, Inhalt der Bieterfrage ermöglicht Rückschluss auf Angebotsinhalt
 - Verstoß gegen Geheimhaltungsinteresse
 - Welche „Tiefe“ der Prüfpflicht hat die Vergabestelle?
 - Unter Umständen hohe Marktkenntnis der Unternehmen

Zulässige Änderungen?

- Streichung/Nichtveröffentlichung von (Teilen von) Bieterfragen, da nicht sachdienlich
 - „Sachdienlich“: Objektiv im Zusammenhang mit Auftragsgegenstand, aus Sicht des bietenden Unternehmens zur Klärung seines Verständnis von der Ausschreibung
 - Grundsätzlich uneingeschränkte Auskunftspflicht, allerdings Vergabestelle keine „Rechtsauskunftsstelle“
 - Zielrichtung der Bieterfrage dient nicht eigener Klärung, sondern Information für Wettbewerber: „Sachdienlich“?

Zulässige Änderungen?

- Streichung/Nichtveröffentlichung von (Teilen von) Bieterfragen, Behandlung als Rüge
 - Abgrenzung zur Bieterfrage – Rüge eines Vergabefehlers?
 - Formulierung entscheidend, unter Umständen hoher Auslegungsmaßstab

Die Folgen unzulässiger Änderungen

Unterlassene Anonymisierung/Streichung

- Inhalt der Bieterfrage ermöglicht **Rückschluss auf Angebotsinhalt**
 - Verletzung des Geheimhaltungswettbewerbs
 - Rügepflicht – Unternehmen/Drittbewerber?
 - § 160 Abs. 2 GWB: „Verletzung in seinen Rechten nach § 97 Abs. 6 GWB“ - „Selbstschutz des Bieters“?
 - In der Praxis wohl eher „inzidente“ Prüfung im Falle eines Nachprüfungsverfahrens
 - Rückversetzung/Aufhebung des Verfahrens

Keine Veröffentlichung/Streichen einzelner Teile

- Fehlerhafte Beurteilung zu den Voraussetzungen der **Anonymisierung oder der Sachdienlichkeit**
 - Verstoß gegen Gleichbehandlung/Transparenzgrundsatz, § § 97 Abs. 1, Abs. 2 GWB
 - Rügepflicht, Rügefrist: Keine Kontrollpflicht des Unternehmens zur Veröffentlichung auf der Vergabeplattform
 - Beginn der Kenntnis und zehntägigen Rügefrist mit Vorabinformation (VK Bund, Beschluss vom 27.01.2017 - VK 2-131/16)
 - Rückversetzung/Aufhebung des Verfahrens

Fehlerhafte Beurteilung Bieterfrage/Rüge

- **Variante 1:** Veröffentlichung der Bieterfrage, obwohl Rüge
 - Verstoß gegen Geheimwettbewerb?
 - Rügepflicht – Unternehmen/Mitbewerber?
 - In der Praxis auch hier „Inzidentprüfung“ im Falle des Nachprüfungsverfahrens
 - Bei bisheriger Rechtsprechung war die Verletzung des Geheimwettbewerbs nicht Gegenstand des Verfahrens

Fehlerhafte Beurteilung Bieterfrage/Rüge

- **Variante 2:** Behandlung als Rüge, keine oder nur teilweise Veröffentlichung, obwohl Bieterfrage
 - Verstoß gegen Transparenz und Gleichbehandlung
 - Auch bei Abhilfe der „Bieterfrage als Rüge“ und Änderung der Vergabeunterlagen keine Heilung, denn unter Umständen Veröffentlichung der Bieterfragen und Antworten relevant
(VK Sachsen, Beschluss vom 24.08.2016 - 1/SVK/017)
 - Sofern Bieter Veröffentlichung an alle Bieter bezweckt: Rügepflicht
 - Rückversetzung/Aufhebung des Verfahrens

Die Konsequenz für die Praxis

Vorgaben der Rechtsprechung zur Änderung

- Keine explizite Rechtsprechung zur Zulässigkeit der Änderung von Bieterfragen
- Aber in allen Entscheidungen
 - „Bieteröffentlichkeit“ als hohes Gut, Nichtveröffentlichung nur in Extremfällen
 - Anspruch der Bieter auf eigene Meinungsbildung, inwieweit Fragen und Antworten für ihre Angebote relevant sind
 - Auch bei Änderung der Vergabeunterlagen müssen Bieterfrage und Antwort immer veröffentlicht werden, da Umstand, was konkret zur Änderung führt, ggf. für Bieter wichtig ist

Die Konsequenz für die Praxis

- **Grundsätzlich Vermeidung jeglicher Änderungen**
 - Ausnahme: Namensnennung/zwingende Anonymisierung
- Bei Zweifeln wegen Rückschluss auf Identität/Angebotsinhalt
 - Ggf. vorherige bilaterale Kommunikation mit Bieter
 - Soweit möglich Umformulierung durch Bieter
 - **Im Zweifel Veröffentlichung**

Die Konsequenz für die Praxis

- Bei Zweifeln an „Sachdienlichkeit“
 - Weite Auslegung
 - Anspruch der Bieter auf eigene Meinungsbildung
 - **Im Zweifel keine Änderung und komplette Einstellung auf Vergabepattform**

Die Konsequenz für die Praxis

- Bei Zweifeln in Bezug auf Abgrenzung Bieterfrage/Rüge
 - Abwägung: Verletzung Gleichbehandlung/Transparenz vs. Geheimwettbewerb
 - Tendenz: **Behandlung als Bieterfrage** wegen Bieteröffentlichkeit

Vielen Dank und viel Erfolg!



Kontakt

Rechtsanwältin Monika Prell

Counsel – Fachanwältin Vergaberecht
SammlerUsinger Rechtsanwälte Partnerschaft mbB

monika.prell@sammlerusinger.com

T +49 30 263 95 09 - 197