

von Rechtsanwältin **Elisabeth Keller-Stoltenhoff**

Der Umgang mit Bieteranfragen während eines laufenden Vergabeverfahrens

Gem. § 17 Nr. 6 VOL/A Abs. 1 und Abs. 2 haben die Bewerber das Recht, nach dem Versand der Vergabeunterlagen von der Beschaffungsstelle ergänzende Informationen zu erbitten. Diese Anfragen können entweder subjektiver oder objektiver Natur sein. Das heißt, entweder versteht nur der Bewerber eine Regelung in den Vergabeunterlagen nicht (subjektiv) oder die Formulierung in den Vergabeunterlagen ist objektiv aufklärungsbedürftig.

Dieses Anfragerecht sollte jeder Bewerber nutzen, um seine Bewerbungschancen zu erhöhen. Bieteranfragen werden von vielen Bewerbern aber auch virtuos gehandhabt, um bereits frühzeitig Vergabebedingungen in ihrem Sinne zu modifizieren, ohne auf das Recht der Rüge zurückgreifen zu müssen. Im Folgenden soll dargestellt werden, in welchen Fällen Bieterfragen gestellt werden dürfen, wie sie zu beantworten sind und wann die Antworten allen anderen Bietern zugänglich sein müssen.

1. Was sind Vergabeunterlagen?

Die Vergabeunterlagen bestehen gemäß § 9 VOL/A aus dem Anschreiben (Aufforderung zur Abgabe eines Angebotes) und den Verdingungsunterlagen.

Mit dem **Aufforderungsschreiben** erhält der Bewerber alle nach der VOL/A z.B. gemäß § 17 Nr. 3 VOL/A geforderten Informationen über die Bewerberbedingungen und zusätzliche Bedingungen, die die Behörde für das konkrete Vergabeverfahren für erforderlich hält (z.B. Form des Angebots durch Ausfüllen eines [EVB-IT](#) Vertrages Umgang mit dem Fragekatalog der Beschaffungsstelle, etc.).

Zu den **Verdingungsunterlagen** gehören die rechtlichen Bedingungen und die Leistungsbeschreibung.

2. Was ist der Unterschied zwischen § 17 Nr. 6 Abs.1 und Abs. 2 VOL/A?

§ 17 Nr. 6 VOL/A unterscheidet zwischen sachdienlichen (subjektiv) und wichtigen Auskünften (objektiv). Gemäß Abs. 1 hat die Vergabestelle zusätzliche sachdienliche Auskünfte, die einzelne Bewerber über die Vergabeunterlagen, also über das Anschreiben und die Verdingungsunterlagen erbitten, zu beantworten. Diese Auskünfte sind unverzüglich zu erteilen.

Gemäß Abs. 2 kann der Bewerber auch wichtige Auskünfte bezüglich der geforderten Leistung oder der Preisermittlung (Verdingungsunterlagen) verlangen. Diese Antworten sind allen Bewerbern mitzuteilen.

3. Was sind „zusätzliche sachdienliche Auskünfte“?

Zusätzliche sachdienliche Auskünfte sind individuelle Mitteilungen, die sich nur an den anfragenden Bewerber richten, weil dieser die Vergabeunterlagen missverstanden, falsch gelesen oder fehl eingeschätzt hat. Da lediglich der anfragende Bewerber den geforderten Aufklärungsbedarf anmeldet, müssen die Antworten den anderen Bewerbern nicht zwingend mitgeteilt werden, weil die Informationen für die anderen Bieter nicht von Interesse sind.

Die Beschaffungsstelle hat hier aber genau zu prüfen, ob die Ursache der Nachfrage des Bewerbers tatsächlich nur subjektiver Art war. Kann sie zu dem Ergebnis kommen, es liege ein objektiver Aufklärungstatbestand vor, handelt es sich um eine wichtige Auskunft gemäß Abs. 2 und die gegebenen Informationen sind an alle Bieter weiterzuleiten.

4. Was sind „wichtige Auskünfte“?

Wichtige Auskünfte sind Mitteilungen, bei denen die Vergabestelle davon ausgehen muss, dass sie auch für andere Bewerber von Interesse sein können. Wichtige Auskünfte sind zum Beispiel Aufklärungen zu objektiv mehrdeutigen Leistungsbeschreibungen oder rechtlichen Regelungen und zu Lücken in der Leistungsbeschreibung. Von einer objektiv bestehenden Aufklärungssituation ist in der Regel spätestens dann auszugehen, wenn sich Bewerberanfragen zu bestimmten Punkten des Leistungsverzeichnisses häufen. In diesem Fall besteht aber auch die Gefahr (so eine Entscheidung des OLG Düsseldorf, Beschl. v. 23.03.2005 - Verg 77/04) dass eine Nachprüfungsstelle zu dem Ergebnis kommen kann, dass die Leistungsbeschreibung den Anforderungen des § 8 Nr. 1 VOL/A an eine eindeutige und erschöpfende Leistungsbeschreibung nicht genügt. Eine wichtige Auskunft liegt auch auf jeden Fall vor, wenn sie dem anfragenden Bieter einen Informationsvorsprung vor den anderen Bewerbern verschaffen würde.

Gemäß § 17 Nr. 6 Abs. 2 VOL/A hat die Vergabestelle wichtige Aufklärungen über die geforderte Leistung oder die Grundlagen der Preisermittlung allen Bewerbern gleichzeitig mitzuteilen. Hat die Vergabestelle Zweifel, ob es sich um eine zusätzliche oder um eine wichtige Anfrage handelt, sollte sie vorsichtshalber von dem Vorliegen einer wichtigen Anfrage ausgehen.

5. Form der Bieteranfrage und der Aufklärungsmittlung

§ 17 Nr. 6 VOL/A sieht keine Formerfordernisse vor. Die Vergabestelle kann aber in der Aufforderung zur Angebotsabgabe eine solche Form vorschreiben. Die Auskünfte könnten daher auch telefonisch erfragt und gegeben werden. Es ist aber aus Dokumentationsgründen sowohl Bietern als auch der Vergabestelle anzuraten, die Anfragen schriftlich oder zumindest in Textform (E-mail) zu stellen und zu erteilen.

Bei einer Überprüfung hat die Vergabestelle mit Hilfe eines Vergabeverkehrs nachzuweisen, dass sie ihrer Verpflichtung zur ordnungsgemäßen Auskunftserteilung nachgekommen ist.

Der Vergabeverkehrs sollte folgende Mindestinformationen enthalten:

- Wann hat welcher Bewerber welche zusätzliche Auskunft verlangt? Bei schriftlichen Bieterfragen ist die Anfrage (mit Posteingangstempel) oder die Email zur Vergabeakte zu nehmen. Bei telefonischen Auskünften ist ein Gesprächsprotokoll zu fertigen und zur Akte zu nehmen.
- Welche Auskunft wurde erteilt und wann wurde sie an den Bieter abgesandt? Der Inhalt der schriftlichen Auskunft mit Vermerk über den Postausgang und / oder das Gesprächsprotokoll sind zur Akte zu nehmen.
- Aus welchen Gründen handelte es sich um eine sachdienliche oder um eine wichtige Auskunft?
- Im Falle einer wichtigen Auskunft ist der Nachweis der Information aller Bewerber mit Nachweis über den Postausgang erforderlich.

6. Inhalt der erteilten Auskünfte

Die Vergabestelle hat zutreffende Auskünfte zu erteilen. Beinhalten bereits die Vergabeunterlagen die Antwort auf die Bieteranfrage, kann sich die Auskunft mit einem Hinweis auf die entsprechende Stelle in den Vergabeunterlagen begnügen.

Andere Erläuterungen sind so knapp wie möglich zu halten. Gehen die Auskünfte über den Inhalt der Vergabeunterlagen hinaus, kann davon ausgegangen werden, dass es sich um wichtige Auskünfte handelt. Es ist der Vergabestelle daher zu raten, die Auskunft vorsorglich allen Bewerbern mitzuteilen. In diesem Fall sollte auch die Frage des Bewerbers wiederholt werden, wobei diese zu anonymisieren ist (siehe dazu Ziffer 8), so dass den anderen Bewerbern ein Rückschluss auf die Identität des anfragenden Bewerbers nicht möglich ist.

Die Behörde kann aber lediglich missverständliche Formulierungen berichtigen, Lücken in der Darstellung ausfüllen und Präzisierungen vornehmen. Inhaltliche Änderungen sind nur dann erlaubt, sofern diese die Grundlagen des Wettbewerbs und der Preisbildung nicht grundlegend verändern und den Entschluss der Unternehmen zur Beteiligung oder zur Nichtbeteiligung am Wettbewerb nicht berühren. Des Weiteren wird zur Zulässigkeit einer inhaltlichen Änderung gefordert, dass die Mitteilung über die Änderung oder Ergänzung noch vor Ablauf der Angebotsfrist gleichzeitig an alle Bewerber gerichtet und die Angebotsfrist erforderlichenfalls angemessen verlängert wird (<https://www.it-recht-kanzlei.de/index.php?id=%2Fview&cid=2286&title=Nachtr%C3%A4gliche+%C3%84nderung+der+Verdingungsunterlagen+unter+Umst%C3%A4nden+zul%C3%A4ssig>).

7. Bis wann müssen die Auskünfte erteilt werden?

Die Vergabestelle hat die geforderten Informationen unverzüglich zu geben. Dies bedeutet gemäß § 121 BGB ein Handeln ohne schuldhaftes Zögern. Der Auftraggeber handelt unverzüglich, wenn er die angeforderte Information ohne schuldhaftes Zögern erteilt (§ 121 BGB). Wann aber liegt kein schuldhaftes Zögern vor? Eine Hilfe bietet § 18a Nr. 2 Abs. 5 VOL/A. Hier ist in der für europaweite Verfahren geltenden, denselben Sachverhalt regelnden Vorschrift postuliert, dass Auskünfte spätestens 6 Tage, beim nichtoffenen Verfahren oder beschleunigten Verfahren spätestens 4 Tage vor Ablauf der Angebotsfrist zu erteilen sind. Es besteht in der vergaberechtlichen Kommentierung Einigkeit, dass

diese Fristen auch für nationale Ausschreibungen Anwendung finden sollen. Es empfiehlt sich aber nicht, diese Fristen auszureizen. Der Bieter muss noch die Gelegenheit haben, die Auskunft der Vergabestelle bei der Erstellung seines Angebotes zu berücksichtigen. Andererseits hat der Bieter auch eine Obliegenheit, die Anfragen möglichst frühzeitig zu stellen. Eine Anfrage drei Tage vor Ablauf der Angebotsfrist kann kaum noch zu verwertbaren Ergebnissen führen. Der Vergabestelle ist zu raten, in der Aufforderung zur Angebotsabgabe festzulegen, bis zu welchem Zeitpunkt Bieterfragen angenommen und beantwortet werden. Werden bei wichtigen Auskünften alle Bieter von der Frage und der Antwort unterrichtet, hat dieses gleichzeitig zu erfolgen, damit kein Bieter diskriminiert wird.

8. Vertraulichkeit der Behandlung von Bieteranfragen

Die Vergabestelle ist gemäß § 17 Nr. 5 VOL/A verpflichtet, die Namen der Bewerber, die Teilnahmeanträge gestellt oder die die Verdingungsunterlagen erhalten oder eingesehen haben, vertraulich zu behandeln. Würden die Bewerber bereits im Vorfeld bekannt, bestünde die Gefahr von Absprachen der Bieter untereinander.

9. Welche Konsequenzen habe die Verletzungen der Pflichten aus § 17 Nr. 6 VOL/A?

Verletzt die Behörde ihre Pflichten zur Aufklärung, indem sie zum Beispiel keine oder falsche Antworten gibt, dann bestehen in nationalen Verfahren möglicher Weise Schadensersatzansprüche des Bewerbers wegen Verschuldens der Behörde bei Vertragsschluss. In EU-weiten Verfahren können betroffene Bieter Nachprüfungsverfahren einleiten.

10. Beispiel für eine Bieterfrage

Die Vergabestelle A schreibt die Lieferung einer Serversoftware aus. In den Verdingungsunterlagen führt sie aus, dass der Auftragnehmer die Kompatibilität der Software mit der beim Auftraggeber eingesetzten Datenbanksoftware XXXX **zusichert**. Ein Bewerber, ist sich aufgrund der Angaben in der Leistungsbeschreibung nicht sicher, ob es sich bei der Forderung der Vergabestelle um eine Garantie im Rechtsinne gemäß § 443 BGB handelt oder lediglich um die Vereinbarung einer bestimmten Beschaffenheit der Serversoftware.

Telefonisch hinterfragt der Bewerber die Formulierung der Behörde „sichert zu“ und bittet um entsprechende Mitteilung. Wie reagiert die Vergabestelle richtig?

11. Lösung des Beispiels

Die Formulierung in den Verdingungsunterlagen „sichert zu“ ist in der Tat missverständlich. Seit der Schuldrechtsreform im Jahre 2002 ist die „zugesicherte Eigenschaft“ dem Kaufrecht fremd. Wenn aber nach den Grundsätzen der früheren Rechtsprechung von einer zugesicherten Eigenschaft auszugehen ist, ergibt sich jetzt aus § 276 Abs. 1 BGB, dass der Verkäufer für das Fehlen der zugesicherten Eigenschaft im Sinne einer Garantie gemäß § 443 BGB verschuldensunabhängig einzustehen hat. Es wird also neben den gesetzlichen Mängelansprüchen eine vertragliche [Garantieübernahme](#) angenommen.

Ob die Parteien dies gewollt haben oder ob sie rechtsunkundig lediglich die Beschaffenheit der Kaufsache vereinbaren wollten, muss durch Auslegung ermittelt werden.

Die Formulierung der Vergabestelle war daher tatsächlich objektiv auslegungsfähig. Eine Antwort ist allen Bietern mitzuteilen. Sie hat die telefonische Anfrage des Bieters zu protokollieren und allen Bietern per Fax die Frage des Bewerbers und ihre Antwort mitzuteilen.

Hinsichtlich der Antwort eröffnet sich bei dieser Gelegenheit nun auch der Vorteil der Bieterfrage für Bewerber aber auch für Vergabestellen.

Der Bieter hat durch seine Nachfrage in der Hand, die Behörde auf die missverständliche Regelung aufmerksam zu machen. Er kann die Antwort der Behörde aber dahin gehend manipulieren, dass er ausführt, für den Fall, dass die Behörde tatsächlich eine Garantie fordern sollte, führe dies zu vergütungserhöhenden Auswirkungen.

Hat die Behörde tatsächlich nur eine Beschaffenheitsvereinbarung gemeint, kann sie den Bewerber und alle anderen Bewerber über diesen Umstand aufklären.

Wollte sie aber eine Garantie vereinbaren und ist sie über die Bieterfragen informiert, wie teuer so eine Forderung werden kann, erschließt sich ihr nun die Möglichkeit zur behutsamen nachträglichen Änderung Ihrer Verdingungsunterlagen. Sie wird den Bewerbern entgegen ihrer ursprünglichen Absicht mitteilen, sie habe keine Garantie gewollt.

12. Musterantwort

Eine Musterantwort könnte wie folgt aussehen

Titel der Ausschreibung

Vergabenummer:

Hier: Ihre Anfrage vom [Datum]

“

Sehr geehrte.....

in obiger Angelegenheit nehmen wir Bezug auf Ihr Schreiben vom [Datum] mit dem Sie um zusätzliche Auskünfte zu unseren Verdingungsunterlagen baten. Ihre Anfrage beantworten wir wie folgt:

Aufklärung über die Formulierung einer zugesicherten Eigenschaft auf Seite ++ Punkt ++

der Verdingungsunterlagen

Mit dem Kriterium, „ der Auftragnehmer sichert zu“ soll keine [eine] Garantie im Sinne von § 443 BGB vereinbart wird.

”

13. Fazit

Bieteranfragen vor Angebotsabgabe sind eine gute Möglichkeit für Bewerber, sich Klarheiten über die Vorstellungen und Forderungen der Vergabestelle zu verschaffen, wenn sich diese Informationen nicht eindeutig aus den Vergabeunterlagen ergeben. Bieterfragen sind aber auch ein probates Mittel, die Vergabestelle auf scheinbare oder tatsächliche auslegungsfähige Regelungen oder Lücken hinzuweisen und ihr die Gelegenheit zu geben, diese im Sinne des anfragenden Bewerbers klarzustellen. Die Behörde wird diese Gelegenheit ergreifen, wenn sie drohende Rügen vermeiden will oder feststellt, dass bei Festhalten an bestimmten Forderungen zu wenige Bieter ein Angebot abgeben werden, oder dass Angebote mit unerwünscht hohen Preisen eingehen werden. Die Bieterfragen müssen aber so geschickt gestellt werden, dass die Behörde nicht gezwungen wird, die Ausschreibung aufzuheben, weil sie die Leistungsbeschreibung wesentlich ändern muss.

Autor:

RAin Elisabeth Keller-Stoltenhoff

Rechtsanwältin