

Vergabekammer Berlin zur Aufklärung von Ausführungsfristen

# Nachverhandeln ist grundsätzlich verboten

Ein öffentlicher Auftraggeber hat Abbrucharbeiten für die Sanierung und den Ausbau einer Grundschule im offenen Verfahren nach der VOB/A-EU europaweit ausgeschrieben. In der EU-Auftragsbekanntmachung waren der Vertragsbeginn auf den 21. September 2020 und das Ende auf den 16. April 2021 festgelegt. Der Preis war als alleiniges Zuschlagskriterium bestimmt. Am 22. Januar 2021 wurde das preislich bestbietende Bauunternehmen zu einem Aufklärungsgespräch eingeladen. In der Einladung waren unter anderem „neue Ausführungsfristen“ als Gesprächsthema notiert. Im Aufklärungsprotokoll war hierzu dokumentiert: „Baubeginn: neue Ausführungsfristen? Kein Einfluss auf Angebot; sind am 26. Februar 2021 akzeptiert, keine Kosten f. Annahmeverzug“. Zudem sollte „dieses Protokoll“ im Auftragsfall „Vertragsbestandteil“ werden. Der zweitplatzierte Abbruchunternehmer beantragte die Nachprüfung des Vergabeverfahrens. Mit Erfolg. Die Vergabekammer Berlin (Beschluss vom 25. Juni 2021 – VK B 2-7/21) verpflichtete den Auftraggeber, das Vergabeverfahren in das Stadium vor Angebotsabgabe zurückzusetzen.

Denn die Vergabestelle hat gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz nach § 97 Abs. 2 GWB verstoßen, indem sie entgegen § 15 EU Abs. 3 VOB/A das Angebot des bestplatzierten Bauunternehmens nachverhandelt und lediglich mit ihm die Vergabeunterlagen geändert hat. Nach § 15 EU Abs. 3 VOB/A sind Verhandlungen im offenen Verfahren, insbesondere über eine Änderung der Angebote oder Preise, generell unstatthaft. Mit dem Aufklärungsge-



Um die Sanierung eines Schulgebäudes (hier Symbolbild) gab es Streit.

FOTO: DPA/HENDRIK SCHMIDT

sprach am 22. Januar 2021 haben der öffentliche Auftraggeber und der Bestbieter insbesondere festgehalten, dass die neuen Ausführungsfristen „am 26. Februar 2021 akzeptiert“ worden seien. Die Erklärung, es würden neue Ausführungsfristen akzeptiert und keine Kosten für Annahmeverzug geltend gemacht, kann nur in den Grenzen ihres Wortlauts verstan-

den werden. Dieser ist nach dem maßgeblichen objektiven Empfängerhorizont eindeutig: der Bestbieter hat mit der Vergabestelle vereinbart, dass neue Ausführungsfristen gültig sind. Sie hat außerdem erklärt, keine Kosten aufgrund des verzögerten Baubeginns geltend zu machen.

Abweichend von der sogenannten vertragsrechtlichen Lösung,

wonach auch bei Verzögerungen die Zuschlagserteilung mit unveränderten Ausführungsfristen erfolgt und etwaige Auswirkungen auf die Kosten des Auftragnehmers im Wege der Vertragsabwicklung geltend zu machen sind, hat der bestbietende Abbruchunternehmer sein Angebot entsprechend der auftraggeberseitigen Vorgabe neuer Ausführ-

ungsfristen geändert. Rechtsfolge eines solchen Verstoßes gegen das Nachverhandlungsverbot ist zwar grundsätzlich der Ausschluss des nachverhandelten Angebots. Ein Ausschluss des Bieters, der nachverhandelt hat, ist aber ebenso wenig geboten, wie ein Ausschluss des ursprünglichen – nicht nachverhandelten – Angebots.

Dieses ursprüngliche Angebot kann vielmehr grundsätzlich bei einer erneuten Entscheidung über den Zuschlag berücksichtigt werden. Dies hätte vorliegend zur Folge, dass das ursprüngliche Angebot des bestbietenden Abbruchunternehmers fortbestünde. Allerdings beschränkt sich die Nachverhandlung hier nicht nur auf eine einseitige Angebotsänderung. Vielmehr hat der öffentliche Auftraggeber mit dem Bestbieter neue Ausführungsfristen vereinbart, so die Berliner Vergabekammer.

Damit ist die Vergabestelle von der EU-Auftragsbekanntmachung abgewichen und hat eine wesentliche Änderung an den Vergabeunterlagen im Sinne der §§ 10a EU Abs. 6 Satz 1 Nr. 2, 17 EU Abs. 1 Nr. 2 VOB/A vorgenommen. Es ist offensichtlich, dass eine derartige Änderung nicht zulässigerweise gegenüber nur einem einzigen Bieter erfolgen darf. Nach § 97 Abs. 2 GWB sind die Teilnehmer an einem Vergabeverfahren gleich zu behandeln. Dies bedeutet zumindest im Falle einer wesentlichen Änderung der Vergabeunterlagen, dass der Auftraggeber diese dem Wettbewerb unterstellen muss. Bei einem offenen Verfahren ist die Änderung der Vergabeunterlagen daher sämtlichen Interessenten gegenüber bekannt zu machen und diesen Gelegenheit zu geben, darauf ein entsprechendes Angebot abzugeben. Nach Ablauf der Angebotsfrist ist dafür eine erneute unionsweite Auftragsbekanntmachung notwendig, erteilte die Vergabekammer Berlin.

> HOLGER SCHRÖDER

Der Autor ist Fachanwalt für Vergaberecht bei Rödl & Partner in Nürnberg.

Umweltorientierte öffentliche Beschaffung

## Mehr grüne Produktinnovationen

Die grüne öffentliche Beschaffung hat mittlerweile einen hohen Stellenwert in der Politik Deutschlands und Europas. Mit ihrer Hilfe wollen öffentliche Stellen Umweltinnovationen auslösen, indem sie in ihren Ausschreibungen umweltorientierte Auswahlkriterien für die Vergabe formulieren. Dass dies nicht alle Unternehmen gleichermaßen zu Umweltinnovationen anregt, zeigt eine empirische Analyse des ZEW (Leibniz-Zentrum für Europäische Wirtschaftsforschung) in Mannheim.

Das öffentliche Beschaffungswesen hat aufgrund seiner großen Nachfragen einen signifikanten Einfluss auf das Angebot von Un-

ternehmen. In 2017 lag der Anteil der öffentlichen Beschaffung am Bruttoinlandsprodukt der Europäischen Union beispielsweise bei 16 Prozent. In den vergangenen Jahren wurden zunehmend öffentliche Aufträge gezielt umweltorientiert vergeben. Diese gezielte öffentliche Vergabe soll bei den Unternehmen Innovationen anregen.

In einer Studie analysierten Bastian Krieger und Vera Zipperer, welche Auswirkungen eine grüne öffentliche Beschaffung in den Jahren 2008 und 2014 auf Umweltinnovationen von Unternehmen hatte. Als Umweltinnovation auf Unternehmensebene wird dabei die Einführung neuer

oder deutlich verbesserter Produkte oder Prozesse betrachtet, die aus Umweltsicht vorteilhaft sind verglichen mit dem gewöhnlichen Wirtschaften des Unternehmens.

Datenbasis ist der deutsche Beitrag zum Community Innovation Survey der EU. Dabei handelt es sich um eine repräsentative Umfrage von Unternehmen mit mindestens fünf Beschäftigten in Deutschland, die Daten zu ihren Innovationsaktivitäten liefert. Außerdem nutzt das Forschungsteam die Datenbank Tenders Electronic Daily der EU sowie Patentdaten des deutschen Patent- und Markenamts. Wie die Studie zeigt, geht für die gesamte

Stichprobe der Zuschlag bei grünen öffentlichen Ausschreibungen in den Unternehmen mit einer um 20 Prozentpunkte höheren Wahrscheinlichkeit einher, neue, umweltfreundlichere Produkte einzuführen. Auf die Einführung neuer, umweltfreundlicher Prozesse, etwa in der Produktion, hat die öffentliche Auftragsvergabe hingegen keinen statistisch signifikanten Einfluss. Eine mögliche Erklärung hierfür könnte sein, dass die Ausschreibungskriterien größeres Augenmerk auf Produkt- als auf Prozesscharakteristika legen.

Eine Unterteilung nach Größenklassen zeigt des Weiteren auf, dass sich die Ergebnisse je nach

Größe des Unternehmens unterscheiden. Die Wahrscheinlichkeit großer Unternehmen – Unternehmen mit mehr als 250 Beschäftigten – umweltfreundlicherer Produkte oder Prozesse einzuführen ändert sich nicht, nachdem sie den Zuschlag für grüne Ausschreibungen erhalten haben. Für kleine und mittlere Unternehmen hingegen – Unternehmen mit weniger als 249 Beschäftigten – sieht dies jedoch anders aus. Den Zuschlag zu grünen Aufträgen der öffentlichen Hand zu erhalten steigert bei ihnen die Wahrscheinlichkeit, umweltfreundlichere Produkte einzuführen um 25 Prozentpunkte. Die Einführung umweltfreundlicherer Prozesse wird jedoch

auch bei kleinen und mittleren Unternehmen nicht beeinflusst.

Die Studie bestätigt demnach, dass ein umweltorientiertes öffentliches Beschaffungswesen als nachfrageseitige Innovationspolitik insbesondere für kleine und mittlere Unternehmen wirksam ist. Sie legt außerdem nahe, dass es sich lohnt, die Bedürfnisse von kleinen und mittleren Unternehmen bei der Vergabe von öffentlichen Aufträgen zu berücksichtigen. Dahingehend Bedarf es in Zukunft noch weiterer Forschung, die die Herkunft der Unterschiede zwischen großen Unternehmen sowie kleinen und mittleren Unternehmen untersucht. > BSZ

Ausschreibungen für Bayern

## Auftrag **online** finden: Einfach. Schnell. Effizient.

- ✓ Benachrichtigungen per E-Mail
- ✓ Vergabeunterlagen online
- ✓ Viele weitere Vorteile finden Sie unter [www.bsz.de/business](http://www.bsz.de/business)

Webbasiert inkl.  
GAEB online

Aktuelle  
Ausschreibungen  
warten auf Ihren Abruf