

Bieter hat falsche Vorstellung: Auftraggeber muss "richtige" Antwort geben!

Bestärkt die Vergabestelle durch ihre Antwort auf eine Bieteranfrage den Bieter in der Einschätzung eines Parameters für die Preiskalkulation, die sie selbst für fehlerhaft hält, kann dies zu einer Diskriminierung dieses Bieters führen, wenn dieser sein Angebot auf der Grundlage dieser Fehlvorstellung kalkuliert.*)

OLG Frankfurt, Beschluss vom 24.11.2020 - **11 Verg 12/20**

GWB § 97 Abs. 2

Problem/Sachverhalt

Die Vergabestelle (VSt) schrieb im offenen Verfahren einen FM-Dienstleistungsauftrag aus. Beim Preiskriterium wurde u. a. nach dem Stundenverrechnungssatz für einen Objektleiter gefragt. Ein Bieter stellt dazu die Frage, ob *"hier der Tariflohn oder der Tariflohn inklusive der gesetzlichen und notwendigen Lohnnebenkosten einzutragen"* sei. Die VSt beantwortete dies mit *"der Tariflohn inklusive der gesetzlichen und notwendigen Lohnnebenkosten"*. Die Antwort teilte sie den übrigen Bietern nicht mit, weil es sich ihrer Ansicht nach um eine Fragestellung subjektiver Natur handelte und es keiner Auskunft gegenüber anderen Bietern bedurfte. In der Folge wurde das Angebot des Bieters mangels Wirtschaftlichkeit ausgeschlossen. Der Bieter rügte daraufhin, dass der Erstbieter zwar Lohnnebenkosten, allerdings keinen Tariflohn einkalkuliert habe. Die VSt ist der Ansicht, dass der Bieter hätte erkennen können, dass die Bezahlung des Objektleiters nicht tariflohngebunden sei und er bei der Preiskalkulation von seinem Wahlrecht nach Zahlung eines Tariflohns Gebrauch gemacht hätte. Dem widerspricht der ausgeschlossene Bieter und beanstandet die Intransparenz der Zuschlagskriterien, im Besonderen seine Benachteiligung durch den fehlleitenden Hinweis der VSt.

Entscheidung

Die Rüge des Bieters hat in der Sache Erfolg, da dieser durch den **missverständlichen Hinweis** der VSt gegenüber den anderen **Bietern benachteiligt** wurde (§ 97 Abs. 2 GWB). Denn die VSt hat die unzutreffende Vorstellung des Bieters durch ihre Antwort, dass für den Objektleiter ein Tariflohn inklusive der Lohnnebenkosten einzutragen sei, erweckt bzw. verstärkt. Wollte die VSt - wie sie geltend macht - hiermit lediglich die Antwort auf die Frage der Berücksichtigungspflichtigkeit der Lohnnebenkosten beantworten, hätte sie ohne Weiteres in der Antwort auf die Pflicht zur Eintragung des "Lohns inklusive der Lohnnebenkosten" abstellen können. Bestand damit für die Beantwortung der Frage nicht die Notwendigkeit, auf den Tariflohn abzustellen, war die Verwendung des Begriffs "Tariflohn" in der Antwort der VSt für den verständigen Bieter dahin zu verstehen, dass auf den Tariflohn (inklusive Lohnnebenkosten) abzustellen ist. Die Bezugnahme des Bieters in seiner Frage auf den Tariflohn kann nicht dahin verstanden werden, dass er im Rahmen der Kalkulationsfreiheit entschieden hätte, der Kalkulation des Lohns des Objektleiters freiwillig einen Tariflohn zu Grunde zu legen: Nach der Frage kam für den Bieter ausschließlich die Eintragung des Tariflohns mit Nebenleistungen oder des Tariflohns ohne Nebenleistungen in Betracht. Es bestand aus Sicht der VSt kein Anlass für die Annahme, dass der Bieter bereits in diesem Zeitpunkt und in diesem Zusammenhang von einer - unterstellten - Kalkulationsfreiheit Gebrauch gemacht hätte.

Praxishinweis

Das Bestärken einer seitens der VSt erkannten Fehlvorstellung beim Bieter über Parameter für seine Preiskalkulation vor der Angebotsabgabe bewirkt eine vergabewidrige Diskriminierung. Geschützt wird auch der erfahrene Bieter, da durch das Bestärken der Fehlvorstellung die Erkennbarkeitsschwelle mit hochgesetzt werden muss. Die VSt ist zur Vermeidung eines Vergabeverstößes gehalten, eine erkannte Fehlvorstellung vor Angebotsabgabe nicht weiter zu vertiefen. Hinweise an den Bieter sind zumindest so zu formulieren, dass der Bieter daraus seine Fehlvorstellung erkennen kann. Eine Aufklärungspflicht wäre indes zu befürworten.

RA und FA für Bau- und Architektenrecht Dr. Christian Kruska, Stuttgart

© id Verlag

Links

 **IBR 2017, 269**

VK Sachsen - Antworten auf Bieterfragen sind allen Bietern mitzuteilen!