



UPDATE VERGABERECHT

WAHLPOSITIONEN SETZEN AUSREICHENDE PLANUNG VORAUS

OLG Düsseldorf, Beschluss vom 15.05.2019 – Verg 61/18

Der Auftraggeber (A) schrieb im offenen Verfahren die Vergabe von Abbrucharbeiten aus. Teile der Abbruchmassen sollten dabei auf dem Gelände verbleiben und später zu einem Landschaftsbauwerk verbaut werden. Die im Auftrag enthaltene Verkleinerung des Abbruchmaterials wurde im Leistungsverzeichnis als Grund- und Wahlpositionen ausgeschrieben, da die Korngröße noch nicht endgültig definiert sei und von den noch ausstehenden Planungen abhängige. Alleinigiges Zuschlagskriterium war der Preis, wobei für die Wertung sämtliche Grund- und Wahlpositionen jeweils mit 100% bewertet werden sollten. Bei der Bewertung der eingegangenen Angebote erzielte Bieter B unter Berücksichtigung sämtlicher Preise für die Grund- und Wahlpositionen den niedrigsten Preis. Das Angebot von Bieter C hingegen lag mit nur den Grundpositionen auf Rang 1. Auf den Hinweis, dass die Zuschlagserteilung an B beabsichtigt sei, rügte Bieter C das Vorgehen hinsichtlich der Ausschreibung von Wahlpositionen erfolglos. Während des daraufhin eingeleiteten Nachprüfungsverfahrens teilte A mit, dass die Planungen zwischenzeitlich abgeschlossen seien und allein die Wahlpositionen beauftragt werden sollen.

Die VK Bund hielt den Nachprüfungsantrag für begründet und gab A auf, das Vergabeverfahren in den Stand vor Versendung der Vergabeunterlagen zurückzusetzen. Die hiergegen von B erhobene sofortige Beschwerde wies das OLG zurück. A habe gegen die Grundsätze der Transparenz und der erschöpfenden Leistungsbeschreibung verstoßen, weil für die ausgeschriebenen Wahlpositionen kein berechtigtes Interesse bestanden habe. Wahlpositionen dürften nicht dazu genutzt werden, Mängel einer unzureichenden Planung auszugleichen. Vielmehr müssten Auftraggeber vorher alle zumutbaren Erkenntnis- und Klärungsmöglichkeiten ausschöpfen. Dass dies ausreichend erfolgt sei, sei der Vergabedokumentation nicht zu entnehmen gewesen. Tatsächlich habe sich im laufenden Verfahren sogar gezeigt, dass eine Festlegung der Korngröße auch vorzeitig entschieden werden konnte. Anhaltspunkte dafür, dass diese Klärung nicht bereits zu einem früheren Zeitpunkt möglich war, sah das OLG nicht.

Bedeutung für die Praxis

Die Entscheidung macht deutlich, dass die Aufnahme von Wahlpositionen nur unter engen Voraussetzungen zulässig und dabei höchste Sorgfalt geboten ist! Sollten sich Wahlpositionen nicht vermeiden lassen, sind unbedingt die Gründe dafür und die Bemühungen um eine vorzeitige Klärung in die Vergabedokumentation aufzunehmen. Um diesbezügliche Risiken zu vermeiden, ist öffentlichen Auftraggebern ein zurückhaltender Umgang mit Wahlpositionen zu empfehlen.