

der Geltung der VOB/A der **Ausnahmecharakter** der Funktionalausschreibung durch die im Vergleich zu früher engeren Formulierungen erkennbar ist:

§ 7b I VOB/A: »Die Leistung ist in der Regel durch eine allgemeine Darstellung der Bauaufgabe (Baubeschreibung) und ein in Teilleistungen gegliedertes Leistungsverzeichnis zu beschreiben.« 27

§ 7c I VOB/A: »Wenn es nach Abwägen aller Umstände zweckmäßig ist, abweichend von § 7b Absatz 1 zusammen mit der Bauausführung auch den Entwurf für die Leistung dem Wettbewerb zu unterstellen, um die technisch, wirtschaftlich und gestalterisch beste sowie funktionsgerechteste Lösung der Bauaufgabe zu ermitteln, kann die Leistung durch ein Leistungsprogramm dargestellt werden.«

Vergaberechtliche Streitverfahren im einstweiligen Rechtsschutz (GWB-Nachprüfungsverfahren) zu dem Ausnahmecharakter der Funktionalausschreibungen sind auch bislang noch immer Mangelware. Fest steht aber in jedem Fall, dass eine **aus sachlichen Gründen gerechtfertigte funktionale oder teil-funktionale Leistungsbeschreibung** mit Pauschalierung der Preise nicht per se zu einer rechtswidrigen Überbürdung von ungewöhnlichen Wagnissen führt.³³ Sogar für den Bereich genauer beschreibbarer Leistungen gilt, dass die vergaberechtliche Vergleichbarkeit der Angebote nicht voraussetzt, dass sie inhaltlich identisch sind. Dann wäre eine abgestufte Bewertung der Angebote auf der qualitativen Ebene ohnehin nicht möglich. Vergleichbar sind die Angebote vielmehr (bereits) dann, wenn sie auf denselben ausgeschriebenen Vorgaben beruhen.³⁴ 28

Soweit keine abweichende Beschaffenheitsvereinbarung getroffen wird, ist für die Einhaltung der **allgemein anerkannten Regeln der Technik** deren **Stand zum Zeitpunkt der Abnahme** oder – sofern eine solche noch nicht erfolgt ist – des Schlusses der letzten mündlichen Verhandlung in der Tatsacheninstanz **maßgeblich**. Dies gilt unabhängig davon, ob sich die Anforderungen nach dem Stand der Technik gegenüber dem Zeitpunkt des Abschlusses des Werkvertrags erhöht oder verringert haben. Das Risiko ihrer Änderung im Zeitraum zwischen Angebotsabgabe/Vertragsschluss und Abnahme trägt demnach der Auftragnehmer. Ist die Leistung hingegen detailliert beschrieben, liegt insoweit eine abweichende Beschaffenheitsvereinbarung vor.³⁵ 29

2. Rahmen für Aufklärungsgespräche und Nachverhandlungen

a) Bei der Ausschreibung mit LV

Für Aufklärungsgespräche besteht in der Regel nur ein äußerst geringer Spielraum.³⁶ 30
Von Verhandlungsmöglichkeiten im engeren Sinne (schon gar nicht über die Preise)

33 OLG Düsseldorf, Beschl. v. 16.08.2010 (VII-Verg 35/10).

34 VK Bund, Beschl. v. 15.02.2018 (VK 1–161/17).

35 OLG Nürnberg, Urt. v. 23.09.2010 (13 U 194/08).

36 OLG Düsseldorf, Beschl. v. 13.03.2019 (Verg 42/18); OLG Düsseldorf, Beschl. v. 24.05.2005 (VII-Verg 28/05); OLG Düsseldorf, Beschl. v. 05.05.2004 (VII-Verg 10/04); VK Nordbayern, Beschl. v. 09.08.2005 (320.VK-3194–27/05).

kann im absoluten Regelfall der **Leistungsbeschreibung mit Leistungsverzeichnis** nicht die Rede sein. Dies schon deshalb nicht, weil die Leistungsbeschreibung eindeutig und erschöpfend zu sein hat, was Verhandlungen auch über einzelne Leistungspositionen ausschließt.

Ein **widersprüchliches Angebot** kann nicht im Wege der Aufklärung bzw. von Nachverhandlungen zu einem ausschreibungskonformen avancieren.³⁷ Bereits der BGH betonte verschiedentlich, dass die Widersprüchlichkeit von Angeboten einen (ungeschriebenen) formalen Ausschlussgrund darstellt.

- 31 Die VK Bund hat außerdem festgestellt: Lässt man eine Modifizierung von wesentlichen Preisangaben eines Angebots in einer Nachverhandlung zu, so eröffnet man dem jeweiligen Bieter einen **unkontrollierbaren Spielraum zur nachträglichen Manipulation von wertungsrelevanten Positionen**. Dies war schon von den (damaligen) Ausnahmenvorschriften her nicht mehr gedeckt. Die heutigen Bestimmungen trennen noch eindeutiger zwischen erlaubter Aufklärung und unzulässigen Verhandlungen im Offenen und Nichtoffenen Verfahren. Davon abgesehen steht es grundsätzlich im **Ermessen** des öffentlichen Auftraggebers, ob er eine Aufklärung zur Beseitigung von Zweifeln durchführen will oder nicht.³⁸ Ist jedoch das Angebot in einem wesentlichen Punkt unklar und interpretationsbedürftig, so ist es einem Aufklärungsgespräch nicht zugänglich; es ist von vornherein von der Wertung auszuschließen.³⁹ Andererseits gilt: Die Aufklärung ist zwar in das **Ermessen** des Auftraggebers gestellt; dieses kann sich jedoch **ausnahmsweise zur Aufklärungspflicht verdichten**, wenn etwaige Unklarheiten im Angebot ihrerseits auf einer etwaig unklaren Leistungsbeschreibung beruhen. Dann ist der Auftraggeber verpflichtet, die Unklarheiten im Rahmen eines Aufklärungsgesprächs zu beseitigen, bevor er das Angebot ausschließt.⁴⁰
- 32 Eine zulässige Aufklärung gemäß § 15 VOB/A bedeutet im Übrigen nicht, dass die Vergabestelle sich ausschließlich an den Bieter wenden muss.⁴¹ Sie kann im Einzelfall **auch andere Erkenntnisquellen** nutzen. Dies kann beinhalten, dass sie eine direkte Nachfrage beim Hersteller des vom Bieter angegebenen Produkts tätigt. Andererseits ist die Vergabestelle nicht dazu verpflichtet, Ermittlungen bei Dritten darüber anzustellen, welche Preise für welche Leistungen tatsächlich gefordert werden, um auf diese Weise die Vergleichbarkeit der Angebote herzustellen.⁴² **Im Übrigen existiert kein vorgeschriebenes Verfahren zur Aufklärung einer (potentiellen) Mischkalkulation**. Entscheidend ist daher, ob ein Bieter zu streitigen Positionen des Leistungsverzeichnisses plausible Erklärungen beibringt und den Verdacht einer Mischkalkulation

37 VK Bund, Beschl. v. 21.07.2005 (VK 3–61/05).

38 VK Bund, Beschl. v. 13.07.2005 (VK 1–59/05).

39 VK Baden-Württemberg, Beschl. v. 19.05.2010 (1 VK 24/10).

40 VK Lüneburg, Beschl. v. 24.10.2008 (VgK-35/2008).

41 VK Hessen, Beschl. v. 07.10.2004 (VK 60/2004), VS 2005, 80 [LS].

42 VK Schleswig-Holstein, Beschl. v. 28.07.2006 (VK-SH 18/06).

bspw. auch durch Vorlage der Urkalkulation zerstreut.⁴³ Schließlich besteht keine Verpflichtung seitens der ausschreibenden Stelle, vom Bieter im Angebot verwendete, nicht allgemein bekannte und auch nicht offizielle Bezeichnungen eines angebotenen Produktes einem Aufklärungsprozess zuzuführen.⁴⁴

► **Hinweis:**

Die Position »Baustelleneinrichtung« ist in besonderem Maße für Mischkalkulationen anfällig. Eine Verlagerung von laufenden Kosten in diese Position führt dazu, dass der Bieter sie fehlerhaft zu früh abrechnen dürfte.⁴⁵

Abseits dieser genannten Einzelfallkonstellationen gibt es eine **Tendenz** der Nachprüfungsorgane, dass es vergaberechtlich nicht zu beanstanden ist, wenn der öffentliche Auftraggeber im Leistungsverzeichnis **keine Angaben des Bieters zu dem von ihm angebotenen Fabrikat oder Typ fordert**, sondern dies **erst im Rahmen einer Aufklärungsverhandlung abfragt**.⁴⁶ Macht ein öffentlicher Auftraggeber davon Gebrauch, ist dies jedenfalls in den Vergabeunterlagen anzukündigen. Wird dieser Weg in übermäßig großem Umfang beschritten, so ist dies sicherlich nicht der Idealfall eines Ausschreibungsverfahrens; ein Konflikt mit den Grundsätzen der Leistungsbeschreibung und der Aufklärung droht. Übermäßiger Aufklärungsbedarf ist schon deshalb nicht im Sinne der VOB/A, weil die Aufklärung als Ausnahmefall eher der Lösung unvorhersehbarer Situationen dienen soll. Ein Aufklärungsbedarf in diesen Fällen ist aber absehbar und sogar ausdrücklich gewollt. Sofern der öffentliche Auftraggeber dann **im Nachgang zur Submission die Fabrikate und Typen der angebotenen Produkte abfragt** und der Bieter die entsprechenden Produktblätter vorlegt, **legt** er sein Angebot auf diese Fabrikate und Produkte **fest**. Grundsätzlich handelt es sich bei der Konkretisierung nicht um eine unverbindliche Darstellung, wie der Bieter die Leistung beispielsweise erbringen will, sondern um eine **verbindliche Festlegung** seines insoweit noch nicht konkretisierten Angebotes. Jede Produktänderung würde zu einer verbotenen Nachverhandlung führen (§ 15 I Nr. 1 VOB/A-EU).⁴⁷

b) Bei der Funktionalausschreibung

Im Fall einer Leistungsbeschreibung mit Leistungsprogramm (**Funktionalausschreibung**) verhält es sich etwas anders. Durch den mit der Ausschreibung abgefragten konzeptionellen Lösungsansatz kann es nicht nur eine Fülle von Nachfragen der Vergabestelle geben, sondern es kann sich auch herausstellen, dass technische Ände-

43 OLG Düsseldorf, Beschl. v. 19.05.2021 (Verg 13/21); VK Sachsen, Beschl. v. 27.12.2019 (1/SVK/037–19). Zur Vorlage der Urkalkulation durch eine Bietergemeinschaft auch: OLG Düsseldorf, Beschl. v. 24.11.2010 (VII-Verg 36/10).

44 OLG Frankfurt, Beschl. v. 26.05.2009 (11 Verg 2/09): in casu bzgl. einer Türdrückergarnitur.

45 VK Niedersachsen, Beschl. v. 23.07.2018 (VgK- 27/2018).

46 OLG München, Beschl. v. 15.11.2007 (Verg 10/07).

47 VK Nordbayern, Beschl. v. 09.10.2014 (21.VK-3194- 30/14).