

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.¹³⁰⁵

(2) Rahmen für Aufklärungsgespräche und Nachverhandlungen

(2a) Bei der Ausschreibung mit LV

- 935 Für Aufklärungsgespräche besteht in der Regel nur ein äußerst geringer Spielraum.¹³⁰⁶ Von Verhandlungsmöglichkeiten im engeren Sinne (schon gar nicht über die Preise) 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.¹³⁰⁷ Bereits der BGH betonte verschiedentlich, dass die Widersprüchlichkeit von Angeboten einen (ungeschriebenen) formalen Ausschlussgrund darstellt.

- 936 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.¹³⁰⁸ 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.¹³⁰⁹ 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 unklaren Leistungsbeschreibung

1305 OLG Nürnberg, Urt. v. 23.9.2010 (13 U 194/08).

1306 OLG Düsseldorf, Beschl. v. 24.5.2005 (VII-Verg 28/05); OLG Düsseldorf, Beschl. v. 5.5.2004 (VII-Verg 10/04); VK Nordbayern, Beschl. v. 9.8.2005 (Az.: 320. VK-3194-27/05).

1307 VK Bund, Beschl. v. 21.7.2005 (VK 3-61/05).

1308 VK Bund, Beschl. v. 13.7.2005 (VK 1-59/05).

1309 VK Baden-Württemberg, Beschl. v. 19.5.2010 (1 VK 24/10).

beruhen. Dann ist der Auftraggeber verpflichtet, die Unklarheiten im Rahmen eines Aufklärungsgesprächs zu beseitigen, bevor er das Angebot ausschließt.¹³¹⁰

Eine zulässige Aufklärung gemäß § 15 VOB/A bedeutet im Übrigen nicht, dass die Vergabestelle sich ausschließlich an den Bieter wenden muss.¹³¹¹ 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.¹³¹² Im Übrigen existiert kein vorgeschriebenes Verfahren zur Aufklärung einer Mischkalkulation. Entscheidend ist daher, ob ein Bieter zu streitigen Positionen des Leistungsverzeichnisses plausible Erklärungen beibringt und den Verdacht einer Mischkalkulation bspw. auch durch Vorlage der Urkalkulation zerstreut.¹³¹³ 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.¹³¹⁴

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**.¹³¹⁵ 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**

1310 VK Lüneburg, Beschl. v. 24.10.2008 (VgK-35/2008).

1311 VK Hessen, Beschl. v. 7.10.2004 (VK 60/2004), VS 2005, 80 [LS].

1312 VK Schleswig-Holstein, Beschl. v. 28.7.2006 (VK-SH 18/06).

1313 VK Sachsen, Beschl. v. 3.3.2008 (1/SVK/002-08). *Noch*, »Fehlkalkulation Mischkalkulation – Versteckte Preise und ihre Folgen«, VergabeNavi 01/2011, S. 28. Zur Vorlage der Urkalkulation durch eine Bietergemeinschaft auch: OLG Düsseldorf, Beschl. v. 24.11.2010 (VII-Verg 36/10).

1314 OLG Frankfurt, Beschl. v. 26.5.2009 (11 Verg 2/09): in casu bzgl. einer Türdrückergarnitur.

1315 OLG München, Beschl. v. 15.11.2007 (Verg 10/07).

Kapitel B I. Auftragsvergabe im Bauwesen und im Liefer- und Dienstleistungsbereich

seines insoweit noch nicht konkretisierten Angebotes. Jede Produktänderung würde zu einer verbotenen Nachverhandlung führen (§ 15 I Nr. 1 VOB/A-EU).¹³¹⁶

(2b) Bei der Funktionalausschreibung

- 939 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 Änderungen in gewissem Umfange notwendig sind, die auch zu anderen Preisen führen dürfen (§ 15 III VOB/A).
- 940 Die Vorschrift des § 15 III VOB/A // VOB/A-EU erlaubt im Fall der **Funktionalausschreibung** im Einzelnen solche Änderungen, die
- nötig sind,
 - um unumgängliche technische Änderungen
 - geringen Umfangs
 - und daraus sich ergebende Änderungen der Preise zu vereinbaren.

(2ba) Nötige Änderungen

Das Merkmal der »nötigen Änderungen« bezieht sich auf eine Art von Änderungen, die im allgemeinen rechtlichen Sinne als »**erforderlich**« zu bezeichnen sind. ■■■

- 941 Diese nötigen bzw. erforderlichen Änderungen haben im Zusammenhang mit der Vorschrift des § 15 III VOB/A – Nachverhandlungen – zur Voraussetzung, dass das unterbreitete Angebot als solches wertbar ist. Nachverhandelt werden kann nämlich nur ein Angebot, das vom Grundentwurf her verwendbar und daher überhaupt wertbar ist.

Das mit der Funktionalausschreibung **vorgegebene Ziel** müsste von der Grundkonzeption her als **erreichbar** und daher als grundsätzlich »baubar« anzusehen sein.

- 942 Die vorzunehmenden (planerischen) Änderungen müssten – unbeschadet der grundsätzlichen Einschätzung als »baubar« – einen **objektiven Änderungsbedarf** aufweisen. Den Gegensatz zu einem objektiven Änderungsbedarf würde ein subjektiver Änderungswunsch bilden. Rein subjektive Verschönerungswünsche sind grundsätzlich nicht von der – ausnahmsweisen – Erlaubnis zu Nachverhandlungen bei Funktionalausschreibungen erfasst.
- 943 Allerdings gilt bei der **Vergabe eines planungsrelevanten Auftrags**, dass der öffentliche Auftraggeber die Planung zu Beginn der Ausschreibung zur Verfügung zu stellen hat, um die Leistung so genau und verbindlich wie möglich festlegen zu können.¹³¹⁷

1316 VK Nordbayern, Beschl. v. 9.10.2014 (21.VK/3194- 30/14).

1317 OLG Düsseldorf, Beschl. v. 11.12.2013 (VII-Verg 22/13).