



Fehlerhafte Fassadenausschreibung:

Ausschreibung mit Tücken

Als es um die Erneuerung einer Rathausfassade ging, wurden in das Leistungsverzeichnis Wahlpositionen aufgenommen, was die Bestimmtheit und Eindeutigkeit der Leistungsbeschreibung beeinträchtigte. Die Verwendung von Wahlpositionen beeinträchtigte zudem die Transparenz des Vergabeverfahrens: Denn das erlaubte der Gemeinde, ihre Entscheidung für oder gegen eine Wahlposition zu beeinflussen.

Der Ansatz von Wahlpositionen ist nur unter engen Voraussetzungen statthaft. Er kommt nur in Betracht, wenn und soweit ein berechtigtes Interesse des öffentlichen Auftraggebers besteht, die zu beauftragende Leistung in den betreffenden Punkten einstweilen offen zu halten. Der Ansatz von Wahlpositionen steht zudem unter dem Vorbehalt, dass der öffentliche Auftraggeber durch die Gestaltung seiner Ausschreibungsbedingungen soweit wie möglich Transparenz des Vergabeverfahrens wahrt und einer Manipulation der Vergabeentscheidung vorbeugt.

Nach dem Beschluss des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 24.3.2004 – VII Verg 7/04 – sind Wahlpositionen aber auch zulässig, wenn sie nur mehr oder weniger gering-

fügte Teile der ausgeschriebenen Leistung betreffen. Bei einem geringen Abstand der Angebotspreise können nämlich schon kleinere Wahlpositionen das Wertungsergebnis maßgeblich beeinflussen. Auch lässt sich bei Erstellung des Leistungsverzeichnisses im Allgemeinen nicht absehen, ob und gegebenenfalls welche Wahlpositionen letztlich Einfluss auf das Wertungsergebnis haben können.

Unzulässige Herangehensweise der ausschreibenden Gemeinde

Im Grunde ging es aber gar nicht um nur geringfügige Leistungsteile. Der öffentliche Auftraggeber hatte sowohl die Ausführung der Fassadenverkleidung in zwei Varianten (Einfach- oder Doppelfassade) als auch das zum Einbau vorgesehene Fassadenmaterial in drei Alternativen (Weißglas, Floatglas, Blechverkleidung) und den vorgesehenen

Sonnenschutz wahlweise in fünf verschiedenen Versionen ausgeschrieben. Die Wahlpositionen umfassten damit insgesamt drei vollständige – und zudem wesentliche – Leistungsbereiche des ausgeschriebenen Auftrags. In einem solchen Fall gelten die strengen Anforderungen an die Zulässigkeit von Wahlpositionen in jedem Fall. So hatte die Gemeinde die Wahlpositionen nicht in zulässiger Weise verwendet.

Zwar stand ihr ein berechtigtes Interesse zur Seite, die Fassade alternativ als

Wann sind Wahlpositionen bei Ausschreibungen zulässig?

Wahlpositionen sind nur unter engen Voraussetzungen statthaft. Sie kommen nur in Betracht, wenn und soweit ein berechtigtes Interesse des öffentlichen Auftraggebers besteht, die zu beauftragende Leistung in den betreffenden Punkten einstweilen offen zu halten

Einfach- oder als Doppelfassade auszuschieben, sowie ferner wahlweise verschiedene Materialien der Fassadenverkleidung und unterschiedliche Sonnenschutzsysteme in die Leistungsbeschreibung aufzunehmen. Maßgeblich dafür war, dass der Gemeinde für die Erneuerung der Rathausfassade nur Haushaltsmittel in Höhe von 4,45 Mio. € zur Verfügung standen. Angesichts dieser begrenzten Haushaltsmittel war nicht voraussehbar, ob die in erster Linie bevorzugte Ausführungsvariante einer Doppelfassade in Weißglas mit beweglichen Sonnenschutzlamellen letztlich durchführbar war oder ob die Gemeinde auf eine andere (kostengünstigere) Gestaltungsalternative zurückgreifen musste. Unklar war ebenso, welche der in Betracht kommenden Gestaltungsalternativen mit den zur Verfügung stehenden Geldern realisiert werden konnte. Die Gemeinde hatte vor diesem Hintergrund ein legitimes Interesse, eine zeit- und kostenintensive Aneinanderreihung mehrerer Vergabeverfahren zu vermeiden und stattdessen ihre Ausschreibung zugleich mit Hilfe entsprechender Wahlpositionen auf alle von ihr in Erwägung gezogenen Ausführungsvarianten zu erstrecken.

Zur Gewährleistung eines transparenten Vergabeverfahrens musste die Gemeinde dem Bieterkreis allerdings vorab die Kriterien bekannt geben, die für die Inanspruchnahme der ausgeschriebenen Wahlpositionen maßgebend sein sollten. Sie hätte dazu in ihren Verdingungsunterlagen auf die begrenzten Haushaltsmittel als entscheidenden Maßstab für die Inanspruchnahme der Grund- oder einer der Wahlpositionen hinweisen müssen. Zudem hätte sie festlegen müssen, in welcher Reihenfolge die – aufgrund der Wahlpositionen (Einfach- und Doppelfassade, Weißglas, Floatglas, Blechverkleidung, fünf Sonnenschutzvarianten) in Betracht kommenden – Ausführungsvarianten von ihr bevorzugt wurden.

Diesen Anforderungen hatte die Gemeinde nicht genügt. Die Ausschreibung wurde deshalb in den Stand ab Übersendung einer vergaberechtskonformen Leistungsbeschreibung nebst Verdingungsunterlagen an die Bewerber zurückversetzt. *Dr. Otto*

