

W2K aktuell Vergaberecht 2022

Entscheidungen zum Vergaberecht

Prof. Dr. Alexander Wichmann

Freiburg, 29.03.2022



- 1 | Abweichung von Vergabeunterlagen I
- 2 | Abweichung von den Vergabeunterlagen II
- 3 | Widersprüchliche Preisangaben
- 4 | Widersprüchliche Angaben im Angebot
- 5 | Fehlende Preisangaben I
- 6 | Fehlende Preisangaben II
- 7 | Ungewöhnlich niedrige Angebote
- 8 | Nachträgliche Änderung von Konzepten
- 9 | Fristen und Nachrichten auf der Vergabeplattform

10 | Bindefrist abgelaufen – was tun?

11 | Absageschreiben über die Vergabeplattform?

12 | Aufhebung der Vergabe und Schadensersatz

13 | Zeitpunkt der Auftragswertschätzung und Aufhebung

14 | Betrieb eines Kindergartens ist öffentlicher Auftrag!

1. Abweichung von Vergabeunterlagen I

Bei einer öff. Ausschreibung nach VOB/A geht das folgende Angebot mit einer Ergänzung seitens des Bieters ein.

LEISTUNGSVERZEICHNIS		
Projekt: 190704		
1		
Ausgabebumfang:		Gesamtbetrag
OZ		in EUR
Zusammenstellung		
1.1	Abwasser-, Wasser-, Gasanlagen	43.014,80 EUR
1.2	Wärmeversorgungsanlagen	25.987,50 EUR
1.3	Lüftungsanlagen	36.830,00 EUR
1	Summe	105.832,30 EUR
	+ 19 % MwSt.	20.108,14 EUR
	Bruttosumme	125.940,44 EUR

Es gelten unsere allgemeinen Geschäftsbedingungen.

Darf das Angebot, welches natürlich das günstigste ist, berücksichtigt werden?

Grundsatz: Angebotsausschluss

- § 13 Abs. 1 Nr. 5 VOB/A: Änderungen an den Angebotsunterlagen sind unzulässig.
- § 16 Abs. 1 Nr. 2 VOB/A: Angebote, die § 13 Abs. 1 Nr. 5 nicht entsprechen, sind auszuschließen.

Darf eine Aufklärung erfolgen?

- § 15 Abs. 1 Nr. 1 VOB/A: Aufklärung nur soweit zulässig, um sich über den Angebotsinhalt zu unterrichten (z.B. Aufschlüsselung der Kalkulation).
- § 15 Abs. 3 VOB/A: Verhandlungen, die zu einer Änderung des Angebotes führen können, sind grundsätzlich unzulässig.

Paukenschlag des BGH (18.06.2019 – X ZR 86/17):

- Nach BGH ist es mit dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz (§ 97 Abs. 1 S. 2 GWB) nicht vereinbar, die wirtschaftlichsten Angebote wegen bloßer formaler Mängel ohne weitere Prüfung auszuschließen.
- Vielmehr muss jeder Einzelfall geprüft werden, ob tatsächlich eine ausschreibungswidrige Abweichung von den Vorgaben des AG vorliegt.
- Wenn der AG davon ausgehen darf, dass
 - die Abweichung auf einem Missverständnis der VOB/A-Vergaberegeln beruht und
 - die Abweichung im Widerspruch zu den sonstigen Erklärungen im Angebot stehen
 - hat der AG den Bieter um Aufklärung aufzufordern, ob er an seinen widersprüchlichen Angaben festhält.

Paukenschlag des BGH (18.06.2019 – X ZR 86/17):

- Wenn der Bieter bestätigt, dass er an seiner Änderung nicht festhält, kann das Angebot berücksichtigt werden (Änderung fällt weg, es bleibt bei Vorgaben des AG).
- Problem: Damit liegt eine Änderung des Angebotes vor, die nach § 15 Abs. 3 VOB/A eigentlich untersagt ist.

Die Entscheidung des BGH hat für zahlreiche Kritik gesorgt:

- Bisherige Rechtslage war (weitgehend) eindeutig für die AG (relativ) einfach handzuhaben
- Jetzt Einzelfallprüfungen erforderlich, die zudem fehleranfällig sein können.
- Unsicherheit, ob die Entscheidung des AG letztlich richtig ist (Nachprüfung bei EU-Vergaben, mögliche Schadensersatzansprüche anderer Bieter, Beanstandung des Zuwendungsgebers)
- Wichtig: sorgfältige Dokumentation und Begründung des Vorgehens unter Bezugnahme auf die BGH-Entscheidung

Beispielsfall:

Bauausschreibung: In den Vergabeunterlagen wird die Einbaureihenfolge zwingend vorgegeben. Mit dem Angebot ist ein Konzept zur Umsetzung des Bauzeitenplans einzureichen, welches bewertet werden soll.

Im Bauzeitenplan des Bieters wird von dem Bauzeitenplan in den Vergabeunterlagen abgewichen.

Im Angebotsformular lautet es, dass der "Wortlaut [...] des Leistungsverzeichnisses als allein verbindlich" anerkannt wird. Leistungsverzeichnis selbst enthält keine Angaben zur Ausführungsreihenfolge der Leistungen.

Ist das Angebot auszuschließen oder eine Aufklärung erforderlich?

VK Bund, Beschluss vom 23.04.2021 - VK 2-29/21:

- Zunächst: es gibt keinen Erfahrungssatz, nach dem Bieter stets das vom AG Nachgefragte anbieten wollen, auch wenn grds. redliche und interessengerechte Absichten zu unterstellen sind (OLG Düsseldorf, 22.03.2017 - Verg 54/16).
- Hier aber: Es liegt keine formelhafte Abweichung vor, sondern eine individuelle Erklärung des Bieters, die von den Vorgaben der Baubeschreibung abweicht.
- In diesem Fall ist eine Übertragung der Entscheidung des BGH des nicht angezeigt (Verweis auf OLG Düsseldorf, 12.02.2020 - Verg 24/19).
- Formulärmäßige Anerkennung ("Wortlaut [...] des Leistungsverzeichnisses als allein verbindlich,") hilft nicht, weil im LV keine Angaben zur Reihenfolge der Ausführung enthalten, sondern in einem anderen Dokument.

VK Bund, Beschluss vom 23.04.2021 - VK 2-29/21:

- Die abweichende Erklärung des Bieters betrifft die geschuldete Leistung selbst.
- Die Einhaltung der Vorgabe zur Ausführungsreihenfolge war dem AG - für die Bieter erkennbar - so wichtig, dass sie die Beschreibung des Bauablaufs in die Wertung eingehen sollte.
- Eine Änderung hätte auch zu einem anderen Wertungsergebnis geführt.
- Nachforderung zur Korrektur fehlerhafter leistungsbezogener Unterlagen ist nach § 16a EU Abs. 1 S. 1 VOB/A nicht vorgesehen und würde gegen Verbot zur Nachverhandlung gem. § 15 EU Abs. 3 VOB/A verstoßen.

Ähnlich: VK Nordbayern, 21.12.2021 - RMF-SG 21-3194-6-42: Angebotsausschluss, wenn angebotenes Bauverfahren vom Amtsentwurf abweicht.

Beispielsfall:

Bei einer öffentlichen Ausschreibung nach VOB/A reicht ein Bieter mit seinem Angebot zwei ausgefüllte Leistungsverzeichnisse im PDF-Format und im GAEB-Format ein.

Allerdings widersprechen sich die Preisangaben in beiden LVs sowohl in Einzelpositionen, als auch im Gesamtergebnis. Die beiden LVs enthalten ein unterschiedliches Ausstellungsdatum.

Was kann bzw. muss die Vergabestelle tun?

VK Bund 12.03.2021 – VK 1-20/21:

- Grundsatz: neue Tendenz, möglichst weiten Wettbewerb zu erreichen.
- Keine unnötige Reduzierung von Angeboten wegen an sich vermeidbarer, nicht gravierender formaler Mängel (BGH, 18.06.2019 - X ZR 86/17).
- Bloßes Missverständnis über die Geltung bestimmter Teile seines Angebots (beispielsweise eigene AGB) hier nicht ersichtlich.
- Durch Auslegung des Angebots ist nicht zweifelsfrei ermittelbar, welche Preise die letztgültigen sein sollen, auf die der Zuschlag ergehen könnte.
- Daran ändert sich auch nichts dadurch, dass ein LV „aktueller“ als das andere war, weil beide LVs gleichzeitig hochgeladen worden sind.

VK Bund 12.03.2021 – VK 1-20/21:

- Ohne weitere Nachforschung nicht zweifelsfrei erkennbar, welche Preisangaben zum Angebotsabgabetermin verbindlich angeboten wurden.
- Bei Aufklärung hätte es Bieter in der Hand, Preis nachträglich gegen einen anderen auszutauschen.
 - Unterschied zu den Fällen, in denen bei Verzicht auf abweichende Regelung wieder die Vorgaben in den Vergabeunterlagen Geltung erhalten und ein zuschlagsfähiges Angebot vorliegt.
- Ergebnis: Angebot ist zwingend auszuschließen.

Ausnahme: Es handelt sich um unwesentliche Einzelpositionen, deren Einzelpreise den Gesamtpreis nicht verändern oder die Wertungsreihenfolge und den Wettbewerb nicht beeinträchtigen.

Beispielsfall:

Bei einer EU-Vergabe (Kanalinspektion) verlangt der Auftraggeber, dass die Bieter 2 Einsatzteams mit jeweils 3 Fachkräften zur Verfügung stellen.

Der Bieter reicht einen Musterdienstplan ein, aus dem sich ergibt, dass die Einsatzteams aus jeweils 2 Fachkräften bestehen. Aus dem eingereichten Personalkonzept ergibt sich allerdings, dass insgesamt 6 Fachkräfte zur Verfügung stehen.

Ist das Angebot wegen Widersprüchlichkeit auszuschließen?

VK Bund, 23.07.2021 – VK 2-75/21

- Grundsatz: widersprüchliche Angebote sind auszuschließen.
- Aber vorher ist zu klären, ob die Widersprüchlichkeit durch Auslegung nach §§ 133, 157 BGB beseitigt werden kann:
 - z.B. offensichtliches Eintragungsversehen.
 - Hier nicht eindeutig, Musterdienstplan oder Personalkonzept führend.
- Achtung: Widersprüchlichkeit stellt nicht unmittelbar und direkt einen Ausschlussgrund dar!
- Wie oben: Angebote, die an formalen (!) Mängeln wegen widersprüchlicher Angaben leiden, sollen nicht ausgeschlossen werden, ohne vorher den Bieter zur Aufklärung über den Inhalt des Angebots aufgefordert zu haben.

VK Bund, 23.07.2021 – VK 2-75/21

- Hier: Wahrscheinlichkeit für einen Eintragungsfehler (Versehen bei der Anpassung des Musterdienstplans).
- Aufklärungsermessen reduziert sich auf eine Aufklärungspflicht.
- Dem Bieter muss die Gelegenheit eingeräumt werden, die Widersprüchlichkeit auszuräumen.
- Beachte: Seiner Pflicht zur Aufklärung kann sich der AG nicht durch einen entsprechenden Ausschluss in den Vergabeunterlagen entziehen, da sich die Aufklärungspflicht aus dem für das Vergabeverfahren zentralen Wettbewerbsgrundsatz ergibt.

Dürfen fehlende Preise nachgefordert werden? Siehe § 16a (EU) Abs. 2 VOB/A, § 57 Abs. 1 Nr. 5 VgV, § 42 Abs. 1 S. 2 UVgO:

- Nachforderung von Preisangaben ist regelmäßig unzulässig.
- Angebot mit fehlenden Preisangaben sind regelmäßig auszuschließen.
- Ausnahme, wenn
 - lediglich in unwesentlichen Positionen die Angabe des Preises fehlt
 - sowohl durch Außerachtlassung dieser Positionen als auch bei Wertung dieser Positionen mit dem jeweils höchsten Wettbewerbspreis der Wettbewerb und die Wertungsreihenfolge nicht beeinträchtigt werden.

Wann liegt Unwesentlichkeit vor? Noch nicht abschließend geklärt (OLG Brandenburg, 01.11.2011 – Verg w 12/11: nicht mehr als 10%).

Wie hat der Auftraggeber vorzugehen?

- 1. Schritt: wird bei einer Wertung der betroffenen Position(en) mit 0 EUR der Wettbewerb beeinträchtigt?
 - Lücke mit Manipulationsabsicht / Spekulationspreis (= unzulässige Mischkalkulation → BGH, Urt. v. 19.6.2018 – X ZR 100/16).
- 2. Schritt: Ändert sich die Wertungsreihenfolge, wenn anstelle der 0 EUR der höchste Preis der Wettbewerber eingesetzt wird?
 - Bei Änderung führt dies zum Angebotsausschluss.
- 3. Schritt: Bieter ist aufzufordern, die fehlenden Preise nachzureichen → dann endgültige Wertung.

Was gilt, wenn der Bieter nicht wie gefordert, das Formblatt (Aufgliederung der Einheitspreise) mit dem Angebot einreicht?

VK Nordbayern, 11.08.2021 - RMF-SG21-3194-6-25:

- Eintragungen im Formblatt sind keine Preisangaben i.S.d. § 13 EU Abs. 1 Nr. 3 VOB/A
→ § 16a EU Abs. 2 VOB/A 2019 ist nicht einschlägig.
- Eintragungen werden nicht Vertragsbestandteil, weil nur (Einheits-)Preise, nicht aber deren einzelne Elemente oder die Art ihres Zustandekommens vereinbart werden.
- Ausschließlicher Zweck: erste Prüfung von auffällig erscheinenden Preisen auf Angemessenheit und, falls erforderlich, gezielte Aufklärung.
- Wenn nicht bereits mit dem Angebot eingefordert, darf Formblatt nur im Falle des § 16d EU Abs. 1 VOB/A nachgefordert werden.

Beispielfall:

Bei einer EU-Vergabe stellt der Auftraggeber bei der Angebotsprüfung fest, dass das beste Angebot ca. 25% günstiger ist, als das zweitplatzierte Angebot.

Erfreulicherweise liegt das Angebot damit sogar unter der Auftragswertschätzung.

Darf der Auftraggeber ohne Weiteres den Zuschlag auf das beste Angebot erteilen?

Rechtsgrundlagen:

§ 16d Abs. 1 Nr. 2 VOB/A, § 16d EU Abs. 1 Nr. 2, § 60 Abs. 1 VgV:

Erscheinen Preis/Kosten im Verhältnis zu der zu erbringenden Leistung ungewöhnlich niedrig (VOB/A: und ist anhand der Unterlagen über die Preisermittlung die Angemessenheit nicht zu beurteilen), verlangt der Auftraggeber vom Bieter Aufklärung (in Textform).

§ 16d Abs. 1 Nr. 1 VOB/A, § 16d EU Abs. 1 Nr. 1 S. 1 VOB/A:

Auf Angebot mit unangemessenem niedrigen Preis darf Zuschlag nicht erteilt werden.

§ 60 Abs. 2 VgV:

Kann geringe Höhe des angebotenen Preises/Kosten nicht zufriedenstellend aufgeklärt werden, darf Zuschlag auf Angebot abgelehnt werden. Zwingende Ablehnung, wenn umwelt-, sozial- oder arbeitsrechtliche Normen nicht eingehalten werden (können).

Welche Aufgreifschwelle gilt? VK Bund, Beschluss vom 20.01.2022 - VK 2-135/21

- Preisprüfung ist geboten, wenn Anhaltspunkte für eine Unauskömmlichkeit bestehen, d.h., wenn sich einzelne Angebote erheblich von anderen Angeboten oder von der Kostenschätzung des Auftraggebers absetzen.
- Aufgreifschwelle liegt im Regelfall bei einem Abstand von mindestens 20% des betroffenen zum nächsthöheren Angebotes vor (OLG Düsseldorf, 29.05.2020, VII-Verg 26/19; VK Bund, 26.03.2021 - VK2-13/21).
- Liegt der Abstand darunter, kommt es auf die Umstände des Einzelfalles an (Lausen, in Beck'scher Vergaberechtskommentar, 3. Auflage 2019, § 60 VgV, Rn. 12).
- Dem AG steht bei Frage, ob er ein Angebot als ungewöhnlich niedrig ansieht, ein nur eingeschränkt von der Vergabekammer überprüfbarer Beurteilungsspielraum zu (OLG Düsseldorf, 18.09.2019 – VII-Verg 10/19; VK Münster, 24.07.2020 – VK 2-13/20).

Klärung durch BGH zur Aufgreifschwelle?

BGH, 31.01.2017 - X ZB 10/16:

„Ob eine Schwelle von 20 % als unverrückbare Untergrenze anzusehen ist oder ob besondere Umstände im Einzelfall Aufklärungsbedarf auch bei geringeren Abständen indizieren können, kann fraglich sein, bedarf im Streitfall aber keiner abschließenden Beurteilung, weil hier der Preisabstand von über 30 % zum Angebot der Antragstellerin jedenfalls hinreicht, um den Auftraggeber zu einer Angemessenheitsprüfung zu veranlassen. Im Übrigen kann sich die Frage der Unangemessenheit eines Preises nicht nur aufgrund des signifikanten Abstandes zum nächstgünstigen Gebot im selben Vergabeverfahren stellen, sondern gleichermaßen etwa bei augenfälliger Abweichung von in vergleichbaren Vergabeverfahren oder sonst erfahrungsgemäß verlangten Preisen.“

Wie ist ein unangemessen niedrig erscheinender Preis aufzuklären?

VK Bund, Beschluss vom 15.11.2021 - VK 1-112/21:

- Die Aufklärung betrifft neben rechnerischen Unklarheiten auch alle preisrelevanten inhaltlichen Aspekte des Angebots.
- Prüfung der Unterlagen über die Preisermittlung erfordert eine konkrete Auseinandersetzung mit den Angaben des Bieters.
- Aufklärung ist nicht zufriedenstellend, wenn sie keine gesicherte Tatsachengrundlage für die Feststellung bietet, das
 - Angebot sei entweder angemessen oder
 - Bieter sei im Falle eines Unterkostenangebots wettbewerbskonform in der Lage, den Vertrag ordnungsgemäß durchzuführen.

Wie ist ein unangemessen niedrig erscheinender Preis aufzuklären?

VK Berlin, Beschluss vom 08.02.2021 - VK B 2-17/20:

- Prüfung hat sich auf die bedeutsamen Einzelfallumstände zu erstrecken, die Aussagen über die Auskömmlichkeit des Gesamtpreises erlauben
- Anforderungen an den zu erreichenden Grad der Erkenntnissicherheit durch den Grundsatz der Zumutbarkeit Grenzen gesetzt sind.
- AG darf nicht allein unter Verweis auf die vermeintliche Plausibilität der Erläuterungen des Bieters von der Angemessenheit des Angebotspreises ausgehen, wenn den Angebotspreisen erheblich höhere Zeitaufwände zu Grunde liegen als nach seinen Schätzungen, während die aus den Angebotspreisen resultierenden Stundensätze zum Teil deutlich unter seinen Schätzwerten liegen.

Achtung: Dokumentation der Preisprüfung!

VK Bund, Beschluss vom 22.07.2021 - VK 2-57/21:

- Pflicht zur Prüfung ungewöhnlich niedriger Preise soll nicht nur AG, sondern auch die übrigen Bieter schützen.
- Es ist nicht erforderlich, jede einzelne Preisdifferenz in allen Einzelpreisen zwischen Zuschlagsdestinatär und Vergleichsangebot aufzuklären.
- Die Ablehnung des Zuschlags ist geboten, wenn AG verbleibende Ungewissheiten nicht zufriedenstellend aufklären kann. Bei der Beurteilung der Anforderungen an eine zufriedenstellende Aufklärung hat AG Art und Umfang der im konkreten Fall drohenden Gefahren für eine wettbewerbskonforme Auftragserledigung zu berücksichtigen.

Beispielsfall:

Offenes Verfahren: Der AG verlangt die Einreichung eines Konzeptes und führt nach Auswertung der Angebote ein Aufklärungsgespräch mit dem Bieter durch.

Bei dem Aufklärungsgespräch bemerkt der Bieter, dass er sich nicht richtig ausgedrückt hat und möchte seine Angaben korrigieren. Die Erläuterungen erscheinen dem Auftraggeber plausibel.

Darf der Auftraggeber die Nachbesserung des Bieters berücksichtigen und die Wertung entsprechend anpassen?

VK Bund, Beschluss vom 11.06.2021 - VK 1-44/21:

- Aufklärung über wertungsrelevante Aspekte wie z.B. Durchführungskonzept ist wegen Manipulationsrisikos und Gefahr der Ungleichbehandlung sehr eingeschränkt möglich
→ Grenze zur unzulässigen Nachverhandlung darf nicht überschritten werden (§ 15 Abs. 5 S. 2 VgV; EuGH, 29.03.2012, C-599/10).
- Aufklärung darf grundsätzlich lediglich der Klärung etwaiger Zweifel dienen (OLG Düsseldorf, 16. Oktober 2019 - Verg 6/19), aber nicht Behebung von Verständnisproblemen.
- Dem Bieter obliegt die Sorgfalt Verständnisprobleme zu vermeiden - sein Angebot muss aus sich heraus verständlich sein.
- Ergänzungen oder inhaltliche Nachbesserungen des wertungsrelevanten Konzepts dürfen im Rahmen der Aufklärung wegen § 56 Abs. 3 S. 1 VgV nicht berücksichtigt werden.

Beispielsfall:

Offenes Verfahren nach VOB/A-EU. In den Vergabeunterlagen bestimmte der öffentliche Auftraggeber, dass die Kommunikation ausschließlich elektronisch über die elektronische Vergabepattform erfolgen werde.

AG stellt am 09.02.2021 ein Schreiben im Postfach des Bieters auf der Plattform ein, mit dem Unterlagen § 16a VOB/A EU nachgefordert werden mit Frist zum 15.02.2021.

Nachdem die Frist zur Nachreichung erfolglos verstrichen war, schloss der öffentliche Auftraggeber das Angebot des Bieters mit Schreiben vom 17.02.2021 aus.

Muss der Bieter das hinnehmen?

VK Westfalen, 31.03.2021 - Az.: 1 VK1-9/21 (nicht bestandskräftig):

- Ausschluss des Angebots ist wegen des erfolglosen Ablaufs der Frist zur Nachreichung der Unterlagen am 15.02.2021 gem. § 16a Abs. 5 VOB/A EU zwingend.
- Frist hat mit Zugang der Nachricht am 09.02.2021 zu laufen begonnen.
- Für Zugang genügt Eingang der Nachricht im „Postfach“ des Bieters auf der Vergabepattform, wodurch die Nachricht in den Machtbereich des Bieters gelangt und mit einer Kenntnisnahme durch diesen zu rechnen gewesen sei.
- Durch Registrierung auf der Plattform gem. § 9 Abs. 3 VgV bestätigt Bieter, dass das dortige Postfach durch ihn für den Empfang von Nachrichten genutzt werde.
- Auf den Zugang einer E-Mail, die über eine neue Nachricht im Postfach des Bieters auf der Plattform informiert, soll es nicht ankommen (m. E. zweifelhaft → Sicherstellung, dass eine solche Nachricht dem Bieter zugeht).

Beispielsfall:

Bei einer EU-Vergabe verzögert sich die Entscheidung über den Zuschlag. Als der Gemeinderat beschließt, dem Bieter A den Zuschlag zu erteilen, stellt die Verwaltung fest, dass die Bindefrist in der Zwischenzeit abgelaufen ist.

Kann der Zuschlag trotzdem noch erteilt werden?

Was gilt, wenn der Auftraggeber die Bieter um eine Verlängerung der Bindefrist angefragt hat, der Bestbieter hierauf aber nicht geantwortet hat?

OLG Celle, 30.01.2020 – Verg 14/19:

- Eine nachträgliche Verlängerung der Bindefrist ist wegen § 148 BGB nicht möglich (OLG Düsseldorf, 20.02.2007 – Verg 3/07).
- Allerdings ist es zulässig, dem Bieter auch nach Ablauf der Bindefrist den Zuschlag – auf sein „abgelaufenes Angebot“ – zu erteilen.
 - Das ist kein Zuschlag im eigentlichen Sinn, sondern eine neue Anfrage, die der Bieter nochmal bestätigen muss (OLG Celle, 30.01.2020 – Verg 14/19).
 - Es kann haushaltsrechtlich sogar geboten sein, das wirtschaftlichste Angebot auf diese Weise zu berücksichtigen (z.B. OLG Düsseldorf, 12.12.2012 – Verg 38/12).
- Wichtig: die bisherigen Grundlagen dürfen nicht geändert werden wie z.B. die Ausführungszeiten und die Preise (BGH, 28.10.2003 – X ZR 248/02)!

11. Absageschreiben über die Vergabeplattform?

Löst ein Absageschreiben, das über die Vergabeplattform versendet wird, die zehntägige Wartefrist gem. § 134 Abs. 2 S. 2 u. 3 GWB aus?

VK Südbayern, 29.03.2019 – Z3-3-3194-1-07-03/19 und Z3-3-3194-1-08-03/19:

- Das bloße Zugänglichmachen der Information nach § 134 Abs. 1 GWB auf der Vergabeplattform soll nicht für „Absendung“ ausreichen. Notwendig soll aktive „Versendung“ der Information per Fax oder E-Mail sein.

Anders nun VK Saarland, 22.03.2021 - 1 VK 6/20 und VK Sachsen, 28.07.2021 - 1/SVK/043-20:

- Wenn die maßgebliche Information in einem nur persönlich zugänglichen Raum des Empfängers ("Online-Konto") eingestellt wird, genügt dies für den Beginn der Wartefrist.

→ Solange noch keine Entscheidung für BaWü vorliegt, sollte Mail/Fax genutzt werden!

BGH, Urteil vom 08.12.2020 - XIII ZR 19/19:

- Bei Aufhebung ohne Aufhebungsgrund nach § 17 Abs. 1 VOB/A, steht dem Bieter, auf dessen Angebot bei Vergabe des Auftrags der Zuschlag zu erteilen gewesen wäre, ein Schadensersatzanspruch zu.
- Aufwendungsersatz für die Teilnahme am Vergabeverfahren. Personalkosten für die Angebotserstellung sind ohne konkreten Nachweis, dass er ohne diesen Aufwand durch deren Tätigkeit anderweitig Einnahmen erwirtschaftet hätte, ersatzfähig.
- Anspruch auf Ersatz entgangenen Gewinns, wenn das folgende Vergabeverfahren (mit nahezu identischem Inhalt!!!) mit einem Zuschlag abgeschlossen wird, und der Bestbieter aus dem aufgehobenen Verfahren nun nicht mehr zum Zug kommt.

OLG Rostock, 11.11.2021 - 17 Verg 5/21:

- Selbst wenn öffentlicher Auftraggeber ein Vergabeverfahren ohne sorgfältige Auftragswertschätzung einleitet und nach Angebotseingang feststellt, dass das vorhandene Budget nicht ausreicht, kann die Vergabe aufgehoben werden, auch wenn dies gegen § 17 (EU) VOB/A verstößt (= rechtswidrig ist).
- Bei Verfahrensaufhebung zum Zwecke der Erzielung eines wirtschaftlicheren Ergebnisses hat AG den durch die Ausschreibung verursachten Schaden zu ersetzen.
- Auftragswertschätzung ist nicht sorgfältig, wenn lediglich Kostenberechnungen nach DIN 276 (LPH 2 und 3 der HOAI) zur Verfügung standen und Steigerungen der Baupreise seit deren Erstellung unberücksichtigt geblieben sind.
- Beachte Unterschied zw. Kostenschätzung / Kostenberechnung nach HOAI und Auftragswertschätzung nach § 3 VgV (muss im Zeitpunkt der Veröffentlichung der Vergabe aktuell sein).

OLG Jena, Beschluss vom 09.04.2021 - Verg 2/20:

- Auch wenn Kindergartenrecht öffentlich-rechtlich geprägt ist, unterliegt Vergabe dem allgemeinen Vergaberecht.
- Unerheblich, ob der zu erteilende Auftrag als privat- oder öffentlich-rechtlicher Vertrag zu qualifizieren ist.
- Betrieb eines Kindergartens unterfällt der Kategorie "Dienstleistungen des Gesundheits- und Sozialwesens und zugehörige Dienstleistungen".

W2K – die Kanzlei für Infrastrukturrecht



Wurster Weiß Kupfer Rechtsanwälte Partnerschaft mbB

Kaiser-Joseph-Straße 247 | 79098 Freiburg
Tel. 0761 / 211 149-0 | freiburg@w2k.de
www.w2k.de

Charlottenstraße 21b | 70182 Stuttgart
Tel. 0711 / 248 546-0 | stuttgart@w2k.de
www.w2k.de