

**Vergabe
Prax**

**Zeitschrift
zur Praxis
des Vergaberechts**



Heft 11 | November 2021

9.00 € Abonnement

6.00 € Einzelheft

HERAUSGEBER

RA Dr. jur. Thomas Ax

REDAKTION

Tobias R.C. Schmitt

11 | 21

AX VERLAG



FÜR VERGABE- UND VERTRAGSRECHT

INHALT

INHALT	3	Hinweise für die Erarbeitung von Leistungsverzeichnissen	41
Beiträge	4	Grundlagen des Vergaberechts	48
Prüfung von Honorarangeboten erst ab Aufgreifschwelle von 20 %!	4	Werbung	54
VergabeRecht kurz belichtet von A-Z	5	NEU im Programm! Seminar "Kommunal-Leasing" am 07.12.2021 - Online-Seminar	54
Aktuelle Beschlüsse VK	10	Vorankündigungen Seminare 2021/2022	55
Referenzen von Leistungen für öffentliche Auftraggeber dürfen gefordert werden	10	Workshops 2021/2022	56
(VK Baden-Württemberg, Beschluss vom 05.07.2021, 1 VK 26/21)	10	Publikationen zum Vergaberecht	57
Aussage, dass vergaberechtliche Vorgaben einzuhalten sind, darf Bewerbenden nicht negativ ausgelegt werden	21	VOB – konzentriert und aktuell – was Praktikerinnen und Praktiker über die VOB wissen müssen	57
Angabe zum "Kfz-Einsatz" ist eine wesentliche Preisangabe, deren Fehlen zum Ausschluss des Angebots führt	36	Qualitätsvolle Auftragsvergabe Band 1 - Vergabe und Vertrag - VOB	57
		Bestellformular	58
		Stellenanzeigen	59
		Impressum	60

Beiträge

Prüfung von Honorarangeboten erst ab Aufgreifschwelle von 20 %!

VK Baden-Württemberg, Beschluss vom 12.04.2021 – 1 VK 3/21

Eine Aufklärungspflicht des preislichen Angebots besteht schon dann nicht, wenn die Grenze von 20% zum nächsthöheren Angebot nicht erreicht ist. Bei den qualitativen Kriterien ist nicht jeder Punktabzug von der maximal möglichen Punktzahl zu begründen, vielmehr muss jede Bewertung nur aussagekräftig sein. Die Wiederholung eines zunächst von der Vergabekammer als nicht ausreichend dokumentierten Verfahrensschritts der Wertung ist zulässig.

Eintragungen im Formblatt 223 sind keine Preisangaben

VK Nordbayern, Beschluss vom 11.08.2021 – RMF-SG21-3194-6-25

Eintragungen im Formblatt 223 sind keine Preisangaben i.S.d. § 13 EU Abs. 1 Nr. 3 VOB/A 2019, so dass § 16a EU Abs. 2 VOB/A 2019 nicht einschlägig ist. Sie werden nicht Vertragsbestandteil, weil im Vertrag nur die (Einheits-)Preise, nicht aber deren einzelne Elemente oder die Art ihres Zustandekommens vereinbart werden. Das Formblatt 223 hat somit ausschließlich den Zweck, dem Auftraggeber zu ermöglichen, auffällig erscheinende Angebotspreise auf Angemessenheit einer ersten Prüfung zu unterziehen und, falls erforderlich, eine gezielte Aufklärung vorzunehmen. Jedenfalls dann, wenn Formblatt 223 nicht bereits mit dem Angebot vorzulegen ist, darf der Auftraggeber dieses nicht allein deshalb anfordern, weil er sich dies vorbehalten hat oder dies in einem Vergabehandbuch oder einer Dienstanweisung so geschrieben steht. Vielmehr braucht er dafür einen Grund i.S.d. § 16d EU Abs. 1 VOB/A 2019. Ein Angebot enthält dann nicht die geforderten Preise i.S.d. § 13 EU Abs. 1 Nr. 3 VOB/A 2019, wenn ein Bieter die für einzelne Positionen aus dem Leistungsverzeichnis vorgesehenen Preise ganz oder teilweise in andere Positionen verlagert. Seit Inkrafttreten der Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen, Ausgabe 2009, kann grundsätzlich nicht mehr ein Angebot nur deshalb ausgeschlossen werden, wenn in einem Vergabeverfahren für Bauleistungen ein Preis in einer einzelnen unwesentlichen Position fehlt. Sinn und Zweck dieser liberalisierenden Novellierung

der Vergaberegulungen war, im Interesse eines umfassenden Wettbewerbs den Ausschluss von Angeboten aus vielfach nur formalen Gründen zu verhindern und die Anzahl der am Wettbewerb teilnehmenden Angebote nicht unnötig zu reduzieren (BGH, Urteil vom 19.06.2018 – X ZR 100/16, IBRRS 2018, 3168 = VPRRS 2018, 0312).

Bieter nutzt Ausschreibungsfehler aus: Auftraggeber kann Bauvertrag anfechten

OLG Naumburg, Urteil vom 13.07.2020 – 12 U 147/19

Im Vergaberecht haben die Vertragsparteien ungeachtet der Kündigungsmöglichkeiten auch die Möglichkeit der Anfechtung ihrer Willenserklärungen wegen arglistiger Täuschung. Bei der Frage der (Un-)Wirksamkeit des Bauvertrags sind alle bürgerlich-rechtlichen Unwirksamkeitsgründe zu berücksichtigen. Eine arglistige Täuschung des Auftraggebers kann darin liegen, dass der Auftragnehmer bei Vertragsabschluss beabsichtigt, den zu schließenden Vertrag nicht ordnungsgemäß zu erfüllen. Erkennt der (spätere) Auftragnehmer bereits bei der Abgabe seines Angebots die Ungeeignetheit einer im Leistungsverzeichnis vorgegebenen Teilleistung und legt er seinem Angebot eine andere Teilleistung zugrunde, um den Zuschlag erhalten, ist ihm eine arglistige Täuschung durch Verschweigen eines offenbarungspflichtigen Umstands zur Last zu legen.

Abweichung von den Vergabeunterlagen: Ausschluss auch im Verhandlungsverfahren?

VK Bund, Beschluss vom 08.07.2021 – VK 1-48/21

Auch im Anwendungsbereich der Sektorenverordnung (SektVO) darf der öffentliche Auftraggeber nur solche Angebote bezuschlagen, die den ausgeschriebenen Vorgaben vollumfänglich entsprechen, und auf die vorab für alle verbindlich aufgestellten Leistungsanforderungen nicht zugunsten einzelner Bieter verzichtet werden darf. In einem Verhandlungsverfahren können Abweichungen vom ausgeschriebenen Angebotsinhalt zwar grundsätzlich noch in den nächsten Verhandlungsrunden beseitigt werden. Etwas anderes gilt jedoch dann, wenn sich der öffentliche Auftraggeber ausdrücklich vorbehalten hat, den Zuschlag ggf. auf die Erstangebote zu erteilen, und sich dafür entschieden hat, von diesem Vorbehalt tatsächlich Gebrauch zu machen.

Anforderung an die Aufklärung ungewöhnlich niedriger Preise?

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

Die Prüfung eines ungewöhnlich niedrig erscheinenden Preises muss darauf gerichtet sein, eine gesicherte Erkenntnisgrundlage für die zu treffende Entscheidung über die Ablehnung eines Angebots zu schaffen und hat sich insofern auf die bedeutsamen Einzelfallumstände zu erstrecken, die Aussagen über die Auskömmlichkeit des Gesamtpreises erlauben, wenngleich den Anforderungen an den zu erreichenden Grad der Erkenntnissicherheit durch den Grundsatz der Zumutbarkeit Grenzen gesetzt sind. Der Auftraggeber 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 lagen.

Preiswertung müssen keine Nettopreise zugrunde liegen

VK Bund, Beschluss vom 23.08.2021 – VK 1-84/21

Ein nicht zum Vorsteuerabzug berechtigter öffentlicher Auftraggeber muss der Preiswertung keine Nettopreise zugrunde legen. Auch wenn zum Zeitpunkt der Wertungsentscheidung keine justiziable Entscheidung über den Steuersatz durch die zuständigen Steuerbehörden vorliegt, kann der Auftraggeber – nach Angebotsaufklärung und Vorlage einer Eigenerklärung – den Zuschlag auf das Angebot einer Werkstätte für behinderte Menschen auf der Basis des ermäßigten Steuersatzes erteilen.

Keine Aufklärung widersprüchlicher Preisangaben

VK Bund, Beschluss vom 12.03.2021 – VK 1-20/21

Lassen sich die vom Bieter angebotenen Preise nicht zweifelsfrei ermitteln, weil die Eintragungen der Preise im Leistungsverzeichnis nicht denen im Angebotsblatt entsprechen, enthält das Angebot nicht die erforderlichen Preisangaben und ist auszuschließen. Eine Nachforderung beziehungsweise Aufklärung von nicht eindeutigen Preisen ist unzulässig.

An (eindeutige) Kalkulationsvorgaben sind die Bieter gebunden

VK Rheinland-Pfalz, Beschluss vom 28.05.2021 – VK 2-33/20

Angebote, die nicht die erforderlichen Preisangaben enthalten, werden ausgeschlossen, es sei denn, es handelt sich um unwesentliche Einzelpositionen, deren Einzelpreis den Gesamtpreis nicht verändern oder die Wertungsreihenfolge und den Wettbewerb nicht beeinträchtigen. In der Leistungsbeschreibung ist vom Bieter an den entsprechend gekennzeichneten Stellen der vorgesehene Preis – so wie gefordert – vollständig und mit dem Betrag anzugeben, den er für die betreffende Leistung beansprucht. Bringt der Auftraggeber unmissverständlich zum Ausdruck, dass bestimmte Kosten in einer konkret benannten Einzelposition einzustellen sind (sog. Kalkulationsvorgaben), sind Bieter an diese Vorgaben gebunden. Wie sonstige Festlegungen des Auftraggebers in den Vergabeunterlagen auch, unterliegen Kalkulationsvorgaben dem Gebot der Eindeutigkeit und Bestimmtheit.

VergabeRecht kurz belichtet von A-Z

von Thomas Ax

Anfechtung wegen arglistiger Täuschung durch Verschweigen eines offenbarungspflichtigen Umstands

Erkennt der (spätere) Auftragnehmer bereits bei der Abgabe seines Angebots die Ungeeignetheit einer im Leistungsverzeichnis vorgegebenen Teilleistung und legt er seinem Angebot eine andere Teilleistung zugrunde, um den Zuschlag zu erhalten, ist ihm eine arglistige Täuschung durch Verschweigen eines offenbarungspflichtigen Umstands zur Last zu legen.

Im Vergaberecht haben die Vertragsparteien ungeachtet der Kündigungsmöglichkeiten auch die Möglichkeit der Anfechtung ihrer Willenserklärungen wegen arglistiger Täuschung. Bei der Frage der Wirksamkeit des Bauvertrages sind alle bürgerlich-rechtlichen Unwirksamkeitsgründe zu berücksichtigen (Ingenstau-Korbion/Reichling, VOB, 21. Aufl., 3 18, Rn. 38f; Baumann/Mutschler-Siebert in: Heiermann/Zeiss/Summa, jurisPK-Vergaberecht, 5. Aufl. 2016, § 133 GWB, Rn. 27; Ganske in: Reidt/Stickler/Glahs, Vergaberecht, 4. Aufl. 2018, § 133 GWB, Rn. 20; vgl. BT-Drs. 18/6281, S. 121; BGH, Beschluss vom 28. Januar 2010 – VII ZR 50/09 -).

Ein Anfechtungsgrund gemäß § 123 Abs. 1 BGB ist gegeben, wenn der Anfechtende durch arglistige Täuschung zur Abgabe der Willenserklärung bestimmt worden ist. Das setzt voraus, dass er sich bei Abgabe seiner Willenserklärung über einen Umstand geirrt hat, weil ein anderer eine Täuschungshandlung begangen hat, sowie dass der Irrtum den Entschluss zur Abgabe der Willenserklärung veranlasst hat, wobei es ausreicht, wenn die Täuschungshandlung eine von mehreren Ursachen ist und die EntschlieÙung lediglich beeinflusst hat (BGH, Urteil vom 23. März 1982 – X ZR 76/80 -). Die Täuschungshandlung kann in Angaben bestehen, die Tatsachen vorspiegeln, entstellen oder – bei Bestehen einer Aufklärungspflicht – verschweigen (BGH, Urteil vom 18. März 2003 – X ZR 19/01 -; Palandt-Ellenberger, BGB, 79. Aufl., § 123, Rn. 5b; Arnold in: Erman, BGB, 15. Aufl. 2017, § 123 BGB, Rn. 11, 13). Da grundsätzlich derjenige, der einen Vertrag schließt, sich selbst darüber zu vergewissern hat, ob das Geschäft für ihn von Vorteil ist oder nicht und dementsprechend der Vertragspartner nicht gehalten ist, auf alle Umstände hinzuweisen, stellt das Verschweigen von Tatsachen nur dann eine Täuschungshandlung im Sinne des § 123 Abs. 1 BGB dar, wenn eine entsprechende Offenbarungspflicht besteht (Arnold in: Erman, BGB, 15. Aufl. 2017, § 123 BGB, Rn. 11; BGH, Urteil vom 13. Dezember 1990 – III ZR 333/89 -, Rn. 18; BGH, Urteil vom 11. August 2010 – XII ZR 192/08 -). Entscheidend ist, ob der andere Teil nach Treu und Glauben unter Berücksichtigung der Verkehrsanschauung im Einzelfall redlicherweise eine Aufklärung über den verschwiegenen Umstand erwarten durfte. Insbesondere ist über solche Umstände aufzuklären, die nur der eine Vertragsteil kennt und von denen er weiß oder wissen muss, dass sie für den anderen Teil von wesentlicher Bedeutung sind, etwa weil sie den Vertragszweck vereiteln könnten (BGH, Urteil vom 26. Januar 1996 – V ZR 42/94 -, Rn. 10; BGH, Urteil vom März 1998 – VIII ZR 378/96 -, Rn. 15; BGH, Urteil vom 20. Oktober 2000 – V ZR 285/99 -, Rn. 7; BGH, Urteil vom 11. November 2011 – V ZR 245/10 – Rn. 6). Voraussetzung für eine solche Offenbarungspflicht ist demnach ein erkennbares Informationsgefälle (Informationsasymmetrie) zwischen den Vertragsparteien (OLG Düsseldorf, Urteil vom 10. Dezember 2013 – I-21 U 113/12 -). Wesentliche Beurteilungskriterien sind hierbei u.a. besondere Fachkunde des Adressaten der Willenserklärung oder auch für den Erklärenden offensichtlich bedeutsame Umstände (Moritz in: Herberger/Martinek/Rüßmann/Weth/Würdinger, jurisPKBGB, 8. Aufl., § 123 BGB, Rn. 31; Arnold in: Erman, BGB, 15. Aufl. 2017, § 123 BGB, Rn. 15).

Zu den allgemeinen vorvertraglichen Verpflichtungen gehört es, im Rahmen der Vertragsverhandlungen beim künftigen Vertragspartner keinen Irrtum über den Inhalt des Vertrages zu erregen. Damit korrespondiert die Verpflichtung, Irrtümer richtigzustellen, die der eine Teil beim anderen hervorgerufen hat. Ganz allgemein kann eine arglistige Täuschung darin liegen, dass eine Vertragspartei bei Vertragsabschluss beabsichtigt, den zu schließenden Vertrag nicht ordnungsgemäß zu erfüllen (MünchKomm-Armbrüster, BGB, 8. Aufl. § 123, Rn. 36; Erman-Kindl, BGB, 12. Aufl. § 311, Rn. 29). Bieter müssen grundsätzlich davon ausgehen, dass der Auftraggeber die Leistung so angeboten haben will, wie er sie in den Vergabeunterlagen festgelegt hat (§ 7 Abs. 3 VOB A 2009). Falls ein Bieter eine anders geartete Leistung für zweckmäßig hält, kann er ein Nebenangebot einreichen. Entsprechend dem zum Zeitpunkt der Angebotsabgabe geltenden § 13 Abs. 3 VOB A 2009 mussten etwaige Änderungsvorschläge oder Nebenangebote in einer öffentlichen Ausschreibung auf besonderer Anlage gemacht und als solche deutlich gekennzeichnet werden (BGH, Beschluss vom 26. September 2006 – X ZB 14/06 -, BGHZ 169, 131-153). Allerdings besteht keine unbegrenzte Rügepflicht. § 107 Abs. 3 Satz 1 GWB a.F. beinhaltete eine Rügeobligiertheit nur für erkannte Verstöße gegen Vergabevorschriften. Das setzt positive Kenntnis aller tatsächlichen Tatumstände sowie die zumindest laienhafte rechtliche Wertung voraus, dass sich aus ihnen eine Missachtung von Bestimmungen über das Vergabeverfahren ergibt (BGH, Beschluss vom 26. September 2006 – X ZB 14/06 -).

Antragsbefugnis

Antragsbefugt ist nach § 160 Abs. 2 GWB jedes Unternehmen, das ein Interesse an dem öffentlichen Auftrag hat, eine Verletzung in eigenen, bieterschützenden Rechten nach § 97 Abs. 6 GWB geltend macht und einen dadurch entstandenen oder drohenden Schaden darlegt. Aus Gründen des effektiven Rechtsschutzes, der durch das vergaberechtliche Nachprüfungsverfahren sichergestellt werden soll, kann die Antragsbefugnis allerdings nur dem Antragsteller abgesprochen werden, bei dem eine Rechtsbeeinträchtigung offensichtlich nicht gegeben ist. Für die Zulässigkeit des Nachprüfungsantrags ist insoweit die schlüssige Behauptung der Rechtsverletzung erforderlich, aber regelmäßig auch ausreichend (BGH, Beschluss vom 26. September 2006 – X ZB 14/06 -, BGHZ 169, 131-153, Rn. 19 – 20; Beschluss vom 18. Mai 2004 – X ZB 7/04 -, BGHZ 159, 186-197, Rn. 21). Ob der Rechtsverstoß tatsächlich vorliegt, ist eine Frage der Begründetheit.

Ein schlüssiger Vortrag setzt hierbei nicht voraus, dass der Antragsteller positive Kenntnis von den als Tatsache behaupteten Umständen hat. Vielmehr genügt im Allgemeinen ein Vortrag solcher auf eine Rechtsverletzung hindeutender Tatsachen, die der Bieter auf der Grundlage seines – oft nur beschränkten – Informationsstands redlicherweise für wahrscheinlich oder möglich halten darf, weil dafür objektive Anhaltspunkte vorliegen. Die Substantiierungsanforderungen sind umso geringer, je weniger Informationen der Antragsteller hat und haben kann (KG Berlin, Beschluss vom 19. Dezember 2019 – Verg 9/19 -). Ein Mindestmaß an Substantiierung ist aber einzuhalten. Auch muss der Antragsteller angeben, woher seine Erkenntnisse stammen (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 14. Oktober 2020 – Verg 36/19 -). Reine Vermutungen zu eventuellen Vergabeverstößen (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 15. Januar 2020 – Verg 20/19 -; Beschluss vom 01. April 2020 – Verg 30/19 -; Beschluss vom 14. Oktober 2020 – Verg 36/19 -), willkürliche, ins Blaue hinein aufgestellte Behauptungen, die nur abstrakte Möglichkeit einer Rechtsverletzung oder die ohne weiteren Sachenvortrag unterlegte Behauptung, das Angebot des für den Zuschlag vorgesehenen Konkurrenten sei nicht wertungsfähig oder diesem Bieter fehle die notwendige Eignung, reichen nicht aus (Summa in: Heiermann/Zeiss/Summa, jurisPK-Vergaberecht, 5. Aufl., § 160 GWB (Stand: 11.01.2021), Rn. 85 ff.).

Ausschluss bei einer Abweichung nach § 57 Abs. 1 Nr. 4 VgV

Zwar ist der Ausschluss bei einer Abweichung nach § 57 Abs. 1 Nr. 4 VgV grundsätzlich zwingend und liegt nicht im Ermessen der Vergabestelle. Er kann aber nicht ohne Weiteres erfolgen, wenn die Abweichung letztlich durch die Vergabestelle verursacht ist (für missverständliche oder widersprüchliche Angaben in den Vergabeunterlagen vgl. BGH, Urteil vom 03. April 2012 – X ZR 130/10 -, Rn. 11; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 26. Juli 2005 – Verg 71/04 -; Oberlandesgericht des Landes Sachsen-Anhalt, Beschluss vom 12. September 2016 – 7 Verg 5/16 -; unter Verweis auf den gemäß § 97 Abs. 1 Satz 2 GWB generell geltenden Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, letztlich aber offen lassend auch Bayerisches Oberstes Landesgericht, Beschluss vom 17. Juni 2021 – Verg 6/21 -).

Beurteilungsspielraum

Dem öffentlichen Auftraggeber steht bei der Bewertung und Benotung ein Beurteilungsspielraum zu. Seine diesbezüglichen Bewertungsentscheidungen sind in diesem Rahmen insbesondere auch daraufhin

überprüfbar, ob die jeweiligen Noten im Vergleich ohne Benachteiligung des einen oder anderen Bieters plausibel vergeben wurden (BGH, Beschluss vom 04.04.2017 – X ZB 3/17). Dabei trifft die Vergabekammer jedoch keine eigene Wertungsentscheidung, sondern überprüft die Entscheidung der Vergabestelle auf Grundlage der zuvor aufgestellten vergaberechtlichen Anforderungen. Hierzu gehört die vollständige und zutreffende Sachverhaltsermittlung sowie die Beachtung der von der Vergabestelle selbst aufgestellten Vorgaben. Darüber hinaus dürfen keine sachwidrigen und gegen allgemeine Bewertungsgrundsätze verstoßenden Erwägungen angestellt werden (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 16.10.2019, Verg 6/19).

Erstellung von Konzepten

Verlangt der Auftraggeber von den Bietern die Erstellung von Konzepten, gleicht das Verfahren einem Verfahren mit funktionaler Leistungsbeschreibung. Bei funktionalen Leistungsbeschreibungen geht es dem Auftraggeber darum, die technisch, gestalterisch, ökologisch oder wirtschaftlich beste Lösung dadurch zu finden, dass er den Bietern die konkrete Art und Weise der Lösung zu ihrer kreativen Beurteilung überlässt. Sie ist dadurch gekennzeichnet, dass in dieser nur der Zweck und die zu erreichenden Ziele vorgegeben werden. In solchen Fällen gilt der Grundsatz, dass die Lösung eindeutig oder erschöpfend zu beschreiben ist, nur eingeschränkt, da eine funktionale Leistungsbeschreibung den Auftragsgegenstand nicht in gleicher Weise beschreiben kann wie eine konventionelle Beschreibung. Einem solchen Verfahren ist immanent, dass der Auftraggeber die Einzelheiten nicht abschließend festlegt oder verbindliche Vorgaben macht.

Hinweispflicht im Ausschreibungs- und Angebotsstadium

Für den Bieter bei öffentlichen Ausschreibungen gibt es keine generelle vorvertragliche Hinweispflicht im Ausschreibungs- und Angebotsstadium, da der Bieter die Prüfung der Verdingungsunterlagen in Vorbereitung seines eigenen Angebots nur unter kalkulatorischen Aspekten vornimmt (OLG München, Beschluss vom 4. April 2013 – Verg 4/13 -, Rn. 61; OLG Celle, Urteil vom 31. Januar 2017, 14 U 200/15). Wenn allerdings die Verdingungsunterlagen erkanntermaßen evident fehlerhaft sind, besteht die sich aus den Bewerbungsbedingungen ergebende allgemeine Pflicht, auf Unklarheiten und etwaige Plausibilitätsdefizite hinzuweisen (vgl. hierzu: OLG München, a.a.O., BGH, Urteil vom 25. Juni 1987 – VII ZR 107/86 -, Rn. 15; OLG Naumburg, Urteil vom 22. Februar 2013, 12 U 120/12, Rn. 55 und

vom 27. Juni 2019 – 2 U 11/18 -). Ein Bieter ist gemäß §§ 241 Abs. 2, 311 Abs. 2 Nr. 1 BGB mithin dann verpflichtet, auf Mängel der Ausschreibungsunterlagen hinzuweisen, wenn er die Ungeeignetheit der Ausschreibung vor Vertragsabschluss positiv erkennt (vgl. OLG Celle, Urteil vom 31. Januar 2017, 14 U 200/15, a.a.O., Kniffka/Koebele, Kompendium des Baurechts, 4. Aufl., 6. Teil, Rn. 48) bzw. etwaige Unstimmigkeiten und Lücken des Leistungsverzeichnisses klar auf der Hand liegen. Über die von ihm erkannten und offenkundigen Mängel der Vergabeunterlagen muss er den Auftraggeber dann aufklären, wenn diese ersichtlich ungeeignet sind, das mit dem Vertrag verfolgte Ziel zu erreichen (OLG Naumburg, Urteil vom 18. August 2017 – 7 U 17/17 -, Rn. 57 ff.).

Klärung der vertraglichen Pflichten

Zur Klärung der vertraglichen Pflichten sind die Vereinbarungen der Parteien nach §§ 133, 157 BGB auszulegen. Hierfür ist nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes bei einem auf dem Vergabeverfahren der VOB A beruhenden Vertragsschluss die öffentliche Ausschreibung zugrunde zu legen, und zwar so, wie sie der maßgebliche Empfängerkreis, also die potentiellen Bieter, verstehen musste, mit anderen Worten: Grundlage der Auslegung ist der objektive Empfängerhorizont der potentiellen Bieter (BGH, Urteil vom 9. Januar 1997 – VII ZR 259/95 -; BGH, Urteil vom 22. Dezember 2011, VII ZR 67/11 „Teerstraße“, BGHZ 192, 172; BGH, Urteil vom 21. März 2013, VII ZR 122/11 „Kreisstraße“; OLG Zweibrücken, Urteil vom 21. Mai 2015, 4 U 101/13). Dabei kommt es nicht auf einen einzelnen Bieter, sondern auf den angesprochenen Empfängerkreis an. Ihr Horizont und ihre Verständnismöglichkeit ist maßgebend und zwar auch dann, wenn der Erklärende die Erklärung anders verstanden hat und auch verstehen durfte (BGH, Urteil vom 15. Januar 2013 – X ZR 155/10 -). Hinzu tritt, dass der Bieter einer Ausschreibung nach der VOB A bei möglichen Auslegungszweifeln eine Ausschreibung als den Anforderungen der VOB A entsprechend verstehen darf (BGH, Urteil vom 9. Januar 1997 – VII ZR 259/95 -, BGHZ 134, 245-250, Rn. 18). Dabei kommt dem Wortlaut eine besondere Bedeutung zu, weil der Empfängerkreis der Erklärung nur abstrakt bestimmt ist. Daneben sind auch die Umstände des Einzelfalls, also z.B. die konkreten Verhältnisse des Bauwerks, die Verkehrssitte sowie Treu und Glauben zu berücksichtigen (BGH, Urteil vom 11. November 1993 – VII ZR 47/93 -). Dabei darf ein Bieter die Leistungsbeschreibung einer öffentlichen Ausschreibung nach der VOB A im Zweifelsfall so verstehen, dass der Auftraggeber den Anforderungen der VOB/A an die Ausschreibung so entsprechen will, dass der Bieter die Preise sicher kalkulieren kann (BGH, Urteil vom 22. Dezember 2011 – VII ZR 67/11 -, Rn. 15; BGH, Urteil vom 21. März 2013 – VII ZR 122/11 -, Rn. 22, Rn. 16; BGH, Urteil vom 12. September 2013 – VII ZR 227/11 -). Das Ergebnis der danach vorzunehmenden objektiven Auslegung hängt weiter nicht davon ab, ob der Auftragnehmer auf bestehende oder angenommene Unklarheiten hingewiesen hat (BGH, Beschluss vom 10. April 2014 – VII ZR 144/12 -).

derungen der VOB/A an die Ausschreibung so entsprechen will, dass der Bieter die Preise sicher kalkulieren kann (BGH, Urteil vom 22. Dezember 2011 – VII ZR 67/11 -, Rn. 15; BGH, Urteil vom 21. März 2013 – VII ZR 122/11 -, Rn. 22, Rn. 16; BGH, Urteil vom 12. September 2013 – VII ZR 227/11 -). Das Ergebnis der danach vorzunehmenden objektiven Auslegung hängt weiter nicht davon ab, ob der Auftragnehmer auf bestehende oder angenommene Unklarheiten hingewiesen hat (BGH, Beschluss vom 10. April 2014 – VII ZR 144/12 -).

Nachträgliche Ergänzungen eines Angebots

Nachträgliche Ergänzungen eines Angebots, für die es im ursprünglichen Text keine Anhaltspunkte gibt, sind eine unzulässige Nachbesserung und dürfen daher vom Auftraggeber nicht berücksichtigt werden (vgl. OLG Düsseldorf, Beschlüsse vom 13. März 2019 – Verg 42/18, 16. März 2016 – Verg 48/15 und vom 9. Juni 2010 – Verg 5/10; vgl. auch EuGH, Urteil vom 29. März 2012, C-599/10; EuG, Urteil vom 10. Dezember 2009, T-195/08).

Schwerwiegende und offenkundige Vergaberechtsverstöße

Die Vergabekammer darf grundsätzlich keine Vergaberechtsverstöße aufgreifen, die – wie hier – nicht rechtzeitig gerügt wurden und deshalb präkludiert sind (OLG Celle, Beschluss vom 11. Februar 2010 – 13 Verg 16/09 -; Summa in: Heiermann/Zeiss/Summa, jurisPK-Vergaberecht, 5. Aufl., § 163 GWB (Stand: 01.02.2021), Rn. 13). Eine Ausnahme besteht nur für schwerwiegende und offenkundige Vergaberechtsverstöße. An einer Offenkundigkeit fehlt es aber, wenn die Feststellung der (angeblichen) Vergaberechtswidrigkeit das Ergebnis einer komplexen Auslegung und Bewertung ist (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 18. September 2019 – Verg 10/19 -; Summa in: Heiermann/Zeiss/Summa, jurisPK-Vergaberecht, 5. Aufl., § 163 GWB (Stand: 01.02.2021), Rn. 19_1).

Systematische Auslegung

Nach § 7 Nr. 1 Absatz 1 VOB A 2009 sind Leistungen eindeutig und so erschöpfend zu beschreiben, dass alle Bewerber die Beschreibung im gleichen Sinne verstehen müssen und ihre Preise sicher und ohne umfangreiche Vorarbeiten berechnen können. Um die Preisermittlung zu ermöglichen, sind alle sie beeinflussenden Umstände festzustellen und in den Vergabeunterlagen anzugeben (§ 7 Nr. 2 VOB A 2009). Der Bieter seinerseits muss alle Bestandteile der Ausschreibungsunterlagen aus einem subjektiven Empfängerhorizont eines

verständigen und sachkundigen potentiellen Bieters zur Kenntnis nehmen (Kapellmann/Messerschmidt, VOB, 5. Aufl., § 7 VOB A, Rn. 9). Bei der Interpretation des Leistungsverzeichnisses darf das Unternehmen nicht ohne weiteres von der für seine Verhältnisse günstigsten Möglichkeit ausgehen. Er muss sich vielmehr fragen, was der Auftraggeber wollte; Zweifeln ist nachzugehen, weil der Bieter nur dann eine ausreichende Kalkulationsgrundlage hat (BGH, Urteil vom 21. März 2013 – VII ZR 122/11 -, Rn. 16; Lausen in: Heiermann/Zeiss, jurisPK-Vergaberecht, a.a.O., § 7 VOB A 2012, Rn. 21; Brandenburgisches Oberlandesgericht, Urteil vom 25. November 2015 – 4 U 7/14 -).

Treu und Glauben

Das in § 242 BGB verankerte Prinzip von Treu und Glauben bildet eine allen Rechten immanente Inhaltsbegrenzung (vgl. nur BGH, Urteil vom 12. Juli 2016 – XI ZR 564/15 -, Rn. 43 mwN, BGH, Urteil vom 11. März 1992 – VIII ZR 291/90 -; Pfeiffer in: Herberger/Martinek/Rüßmann/Weth/Würdinger, jurisPK-BGB, 9. Aufl., § 242 BGB). Welche Anforderungen sich daraus im Einzelfall ergeben, ob insbesondere die Berufung auf eine Rechtsposition rechtsmissbräuchlich erscheint, kann dabei regelmäßig nur mit Hilfe einer umfassenden Bewertung der gesamten Fallumstände entschieden werden, wobei die Interessen aller an einem bestimmten Rechtsverhältnis Beteiligten zu berücksichtigen sind.

Aktuelle Beschlüsse VK

Referenzen von Leistungen für öffentliche Auftraggeber dürfen gefordert werden

(VK Baden-Württemberg, Beschluss vom 05.07.2021, 1 VK 26/21)

vorgestellt von Thomas Ax

1. Bei der Berechnung des Auftragswerts sind die Leistungsphasen 1 bis 9 und die Preisgelder zu Grunde zu legen.
2. Es ist zulässig, Referenzen von Leistungen für öffentliche Auftraggeber zu fordern.
3. Der Wettbewerb kann auf Planungsleistungen nur für das Gebäude unmittelbar (KG 300 und 400) beschränkt werden. Die Planung der Außenanlagen kann unbeachtet bleiben, die Vergabestelle bestimmt den Beschaffungsgegenstand.

Gründe

I.

Mit EU-weiter Bekanntmachung vom 31.03.2021 hat die Vergabestelle Dienstleistungen von Architekturbüros bei Gebäuden (XXX) als Realisierungswettbewerb für den Neubau eines Kindergartens ausgeschrieben. Der Wettbewerb wird auf der Grundlage des GWB, der VgV und der RPW 2013 durchgeführt.

In der Bekanntmachung wurde folgendes veröffentlicht:

"III.1.10) Kriterien für die Auswahl der Teilnehmer:

1. Zulassung:

Bewerber, die zur Auswahl zugelassen werden wollen, müssen den folgenden Zulassungskriterien: Ausnahmslos genügen:

[...]

- Nachweis der geforderten Referenzprojekte (Projektblätter sind hochzuladen),

[...]

2. Auswahl:

Den Nachweis der fachlichen Eignung und Kompetenz

erbringen die Bewerber durch Nachweise in Form Projektblättern, auf denen die Bewerber darlegen, inwieweit sie den nachfolgend aufgeführten Auswahlkriterien genügen.

Zusätzlich zu den 4 bereits ausgewählten Teilnehmern werden weitere etwa 11 Teilnehmer ausgewählt. Qualifizieren sich mehr als etwa 11 Teilnehmer, entscheidet das Los.

3. Auswahlkriterien:

Kategorie A Referenzprojekt "Neubau oder Umbau/Sanierung Kindergarten → unmittelbar vergleichbares Projekt, 40 Punkte, (max. 1 Projekt):

- Selbst erbrachte Leistungsphasen nach § 34 HOAI 1 bis 8, mindestens 5 aufeinanderfolgende Leistungsphasen,

- Einordnung mindestens Honorarzone III n. HOAI,

- Baukosten KG 300 und KG 400: mindestens 1,0 Mio. netto,

- Angabe BGF (mindestens 400 m²),

- Übergabe an den Nutzer vom 1.1.2011 bis 28.2.2021.

Kategorie B1

Referenzprojekt "Neubau oder Umbau/Sanierung allgemein mit öffentlichem Auftraggeber", 30 Punkte (max. 1 Projekt):

- Selbst erbrachte Leistungsphasen nach § 34 HOAI 1 bis 8, mindestens 5 aufeinanderfolgende Leistungsphasen,

- Einordnung mindestens Honorarzone III n. HOAI,

- Baukosten KG 300 und KG 300: mindestens 1,0 Mio. netto,

- Angabe BGF (mindestens 400 m²),

- Übergabe an den Nutzer vom 1.1.2011 bis 28.2.2021.

Kategorie B2 Referenzprojekt "Neubau oder Umbau/Sanierung allgemein", 20 Punkte, (max. 1 Projekt):

- Selbst erbrachte Leistungsphasen nach § 34 HOAI 1 bis 8, mindestens 5 aufeinanderfolgende Leistungsphasen,

Impressum

Herausgeber:

DR. JUR. THOMAS AX

Maîtrise en Droit International Public
(Paris X-Nanterre)

Rechtsanwalt, Seniorpartner und Kanzleiinhaber
[Ax Rechtsanwälte](#)

1996 in FFM zur Rechtsanwaltschaft zugelassen blickt Thomas Ax auf über 20 Jahre anwaltliches Tun und viele Jahre Lehrtätigkeit als Professor in Karlsruhe und Heidelberg und mit den Jahren zuvor als Doktorand, wissenschaftlicher Mitarbeiter und Rechtsreferendar bzw. Assessor in Sachen Vergaberecht zurück.

Seit 1993: Mehr als 1000 Fachbeiträge in Fachzeitschriften zu vergaberechtlichen, baurechtlichen und architektenrechtlichen Praxisproblemen; mehr als 70 Handbücher, Leitfäden sowie Kommentare; Herausgeber von Fachzeitschriften.

Projektentwicklung, -konzeptionierung, -begleitung, -steuerung, -umsetzung für öffentliche und private Kunden mit der **[Ax Projects GmbH](#)**.

Umfassende kommunale Beratung in der **[InterKomm.eu](#)**.

Redaktion:

Tobias R.C. Schmitt

Urheber- und Verlagsrecht:

Alle in dieser Zeitschrift veröffentlichten Beiträge sind urheberrechtlich geschützt. Kein Teil dieser Zeitschrift darf außerhalb der Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ohne schriftliche Genehmigung des Herausgebers in irgendeiner Form reproduziert werden.

AX VERLAG

FÜR VERGABE- UND VERTRAGSRECHT

Uferstraße 16
69151 Neckargemünd

Tel.: +49 (0)6223/8688613

Fax: +49 (0)6223/8688614

www.ax-verlag.de

mail@ax-verlag.de

ISSN 1862-9458