

**Leitartikel:**

**Erosion des Rechtsschutzes im Vergaberecht?**

**In dieser Ausgabe:**

Erosion des Rechtsschutzes im Vergaberecht?	1, 3
Rückforderung von Zuwendungen	1
Maßstab für die Bildung von Teil- und Fachlosen („Paketbeförderung“)	2
Korrekturmöglichkeiten von Vergabefehlern und deren Grenzen	2
Leitsätze und Begründungen im Überblick—was sonst noch erwähnenswert ist ...	4-6
Mehrkosten nach verzögertem Zuschlag	6
Weitgehende Beschränkung auf Ermessensfehler bei der Überprüfung der Auftragsvergabe	7
Nebenangebote und Zuschlag auf den niedrigsten Preis?	7
Ausblick ...	8

**Erosion des Rechtsschutzes im Vergaberecht?**

Rechtsanwalt Oliver Weihrauch

(Fortsetzung Seite 3)

Es war einmal ..., die ehrenhafte Idee eines möglichst effektiven Vergaberechtsschutzes. Zu diesem Zweck stattete der Gesetzgeber die Vergabekammern mit dem Untersuchungsgrundsatz (§ 120 VgRÄG; BT. Drucks. 13/9340) und die Antragsteller mit dem Akteneinsichtsrecht (§ 121 VgRÄG; BT. Drucks. 13/9340) aus. Von Anfang an waren dieser ehrenhaften Idee Grenzen gesetzt. Zur Einhaltung der Fünf-Wochen-Frist sollte sich der Untersuchungsgrundsatz „in aller Regel auf die Prüfung der vorliegenden Anträge und vorgetragenen Beanstandungen beschränken“ und von der Akteneinsicht waren Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse ausgenommen. Aber immerhin wurden von der Bundesregierung das „öffentliche Interesse an der Rechtmäßigkeit des Vergabeverfahrens“ (zur Rechtfertigung des Untersuchungsgrundsatzes) und die zentrale Bedeutung des Akteneinsichtsrechts für den effektiven Rechtsschutz als entscheidende „Voraussetzung für die Verbesserung der Transparenz des Vergabeverfahrens“ betont. Und die Bieter wurden auf ihre Obliegenheit hingewiesen, die geschützten Aktenteile zu bezeichnen und kenntlich zu machen, weil sie „selbst am besten und schnellsten in der Lage sind, schutzbedürftiges Material zu kennzeichnen“. Ansonsten durfte die Vergabekammer von der Zustimmung der Bieter zur Akteneinsicht ausgehen.

Wie gesagt, es war einmal ...

In der Praxis haben sich die Vergabekammern dann auch „streng“ an die Regel gehalten. Tatsächliche Amtsermittlung war selten. Der Gesetzgeber hat diese Praxis im Vergaberechtsmodernisierungsgesetz 2009 ab-

gesegnet und den Gesetzestext um den ausdrücklichen Hinweis ergänzt, dass die Vergabekammern zu einer umfassenden Rechtmäßigkeitskontrolle nicht verpflichtet sind (§ 110 Abs. 1 GWB). Die Vorschrift



Oliver Weihrauch

über die Akteneinsicht blieb unverändert (§ 111 GWB), wurde von den Vergabekammern aber schon sehr bald anders, als im Gesetz vorgesehen, gehandhabt. Ob der Bieter nämlich seiner Obliegenheit zur Kennzeichnung von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen nachkam, hat kaum

(Fortsetzung Seite 3)

**Rückforderung von Zuwendungen**

BVerwG, Beschluss vom 13.02.2013 – 3 B 58.12

Klare Aussage des Bundesverwaltungsgerichts. Die Rückforderung von Zuwendungen ist bei einem Verstoß gegen die Verpflichtung zur öffentlichen Ausschreibung der Regelfall. Die öffentliche Ausschreibung ist die Regelart, von der abzuweichen besondere Sachgründe erforderlich sind. Ihr Vorrang vor anderen Vergabearten verfolgt den Zweck, einen möglichst

breiten und transparenten Wettbewerb zu schaffen und damit sicherzustellen, dass der im Sinne der Ausschreibung günstigste Anbieter den Zuschlag erhält. Zuwendungen der öffentlichen Hand werden regelmäßig mit einer Verpflichtung des Zuwendungsempfängers zur Einhaltung dieser Bestimmung verbunden, weil auf diesem Wege gewährleistet werden kann,

dass bei der Verwendung der Zuwendungen das haushaltsrechtliche Gebot der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit eingehalten wird. Ein Verstoß über die Bestimmungen über die Vergabeart ist wegen der damit regelmäßig verbundenen Gefährdung der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit im Regelfall als schwerwiegend einzuordnen. ■

Detailbesprechung: VergaberechtsForum-Telegramm v. 21.03.2013

## Maßstab für die Bildung von Teil- und Fachlosen („Postdienstleistungen“)

*OLG Schleswig, Beschl. V. 25.01.2013–1 Verg 8/12 (Ls. 1)*



Foto: Stefanie Ehl

*Das frühere grundsätzliche Verbot einer Aufbüdung ungewöhnlicher Wagnisse für Umstände und Ereignisse, auf die der Bieter keinen Einfluss hat und deren Einwirkung auf die Preise und Fristen er nicht im Voraus schätzen kann, gilt nach § 8 EG VOL/A nicht mehr. Die Ausschreibungsbedingungen können nur noch unter dem Gesichtspunkt der Unzumutbarkeit zu beanstanden sein.*

*OLG Düsseldorf, Beschluss vom 20.02.2013 - Verg 44/12*

Schließen sich mehrere öffentliche Auftraggeber zu einer Einkaufskooperation zusammen, stellt sich automatisch die Frage der Bildung von Teil- und Fachlosen. Ein Thema übrigens, zu dem aktuell ein europaweites Forschungsvorhaben existiert, welches die Ständige Konferenz der Auftragsberatungsstellen im Auftrage des BMWi bearbeitet.

Am Beispiel der Paketbeförderung hat sich nun das OLG Schleswig mit dieser Frage beschäftigt. Das OLG Karlsruhe (Beschluss vom 06.04.2011 - 15 Verg 3/11) geht von einer Ermessensentscheidung des Auftraggebers und einem Mittelstandsbegriff bezogen auf den jeweiligen Wirtschaftszweig (hier: Reinigung) aus. Das OLG Düsseldorf (Beschluss vom 21.03.2012 - Verg 92/11) geht ebenfalls von einer Ermessensentscheidung des Auftraggebers aus, stellt aber ergänzend zu der Berücksichtigung des Wirtschaftszweiges darauf ab, ob die gewählte Losgröße nach den konkreten Marktverhältnissen einen Wettbewerb mehrerer Unternehmen ermöglicht.

Das OLG Schleswig kombiniert ebenfalls beide Ansätze. Es geht von einem allgemeinen

Mittelstandsbegriff aus, würdigt dann aber verstärkt die Besonderheiten des Marktes für Postdienstleistungen, dass sich nämlich in diesem Bereich nach Beendigung des Beförderungsmonopols für Pakete und Päckchen (1998) und für Briefe (31.12.2007) der Markt noch im „Aufwuchs“ befindet. Teil- und Fachlose müssen deshalb so zugeschnitten sein, dass sie nicht nur von einem Monopolisten oder von wenigen großen Dienstleistungsunternehmen bedient werden können. Selbst wenn es wegen des aufwachsenden Marktes (noch) branchenüblich ist, dass mehrere Unternehmen Kooperationen eingehen, um eine Marktteilnahme zu ermöglichen, dürfen Teil- und Fachlose trotzdem nicht so bemessen sein, dass sie von mittelständischen Unternehmen überwiegend über Nachunternehmer, Teilleistungs- bzw. Konsolidierungsaufträge mit überregional tätigen Unternehmen abgewickelt werden können.

Das OLG Schleswig geht weiterhin davon aus, dass die Teillosbildung das Erfordernis der Fachlosvergabe nicht entfallen lässt (ebenso OLG Koblenz, Beschluss vom

04.04.2012 - 1 Verg 2/11). Die vom OLG Koblenz vertretene Anknüpfung am Objekt der Dienstleistung (etwa Reinigung von Räumen bzw. von Fenstern) lehnt das OLG Schleswig ab („wenig Aussagekraft“). Wie das OLG Düsseldorf (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 11.01.2012 - Verg 52/11) fragt das OLG Schleswig vielmehr danach, ob sich ein eigener Markt bzw. eine eigene Branche herausgebildet hat. Indizien hierfür seien tarifliche Regelungen, gefestigte Spezialisierungen, die Notwendigkeit einer speziellen Logistik oder einer speziellen technischen Ausrüstung.

Abschließend erinnert das OLG Schleswig daran, dass einzelne Fachlose (gleiches gilt auch für Teillos, § 97 Abs. 3 Satz 2 GWB) zusammen vergeben werden dürfen, wenn „wirtschaftliche oder technische Gründe dies erfordern“. Auch dieses sei eine Ermessensentscheidung des Auftraggebers, die gerichtlich nur daraufhin überprüft werden könne, ob er von einem zutreffenden Sachverhalt ausgegangen sei, die Entscheidung auf vernünftigen Erwägungen beruht und im Ergebnis vertretbar ist. ■

## Korrekturmöglichkeiten von Vergabebefehlern und deren Grenzen

*OLG Schleswig, Beschl. V. 25.01.2013–1 Verg 8/12 (Ls. 1)*

*VK Rheinland-Pfalz, Beschluss vom 06.02.2013 - VK 1-35/12*



Foto: Stefanie Ehl

Der Auftraggeber hat für die Eignungsprüfung die Vorlage „vergleichbarer“ Referenzen gefordert, die Vergleichbarkeit aber nicht definiert. Wegen der damit verbundenen Unklarheiten hält das OLG dies für rechtswidrig. Im Nachprüfungsverfahren korrigiert der Auftraggeber dies und benennt die für ihn relevanten qualitativen Gesichtspunkte bei der Eignungsprüfung. Das OLG akzeptiert diese Vorgehensweise und betont, dass der Auftraggeber in jedem Stadium des Verfahrens berechtigt ist, Vergabebefehle „transparent und diskriminierungsfrei“ zu berichtigen. Sie muss nicht

sehenden Auges ein fehlerhaftes oder auch nur ein mit Fehlern behaftetes Vergabeverfahren fortsetzen, sondern kann korrigierend in das Verfahren eingreifen (BGH, Beschl. V. 26.09.2006–X ZB 15/06). Das OLG lässt (aus prozessualen Gründen) offen, ob die Transparenz es erfordert, dass diese Änderung auch allen Bieter mitgeteilt wird, die Angebotsunterlagen angefordert haben.

Hier ist es interessant, die Entscheidung der VK Rheinland-Pfalz heranzuziehen, die sich mit der Möglichkeit der Änderung des Beschaffungsge-

genstandes nach dem Zuschlag (§ 1 Abs. 3 VOB/B) beschäftigt. Die VK lehnt dieses mit zutreffender Begründung als „empfindliche Störung des Wettbewerbsergebnisses“ ab, wenn die Möglichkeit besteht, dass ein anderes Unternehmen den Zuschlag erhält.

Das OLG hätte im Rahmen des Amtsermittlungsgrundsatzes dies ebenfalls berücksichtigen können, weil nicht auszuschließen ist, dass sich Bieter wegen der ursprünglich rechtswidrigen Eignungsanforderungen erst gar nicht am Vergabeverfahren beteiligt haben. ■

## Erosion des Rechtsschutzes im Vergaberecht?

(Fortsetzung von Seite 1)

eine Vergabekammer interessiert. Die Unterlagen wurden vor der Weitergabe weitgehend geschwärzt. Einblick bekommt der Bieter im Regelfall nur in sein eigenes Angebot (!) und in die ihn betreffenden Teile des Vergabevermerks. Spätestens damit wurde die Transparenz des Vergabeverfahrens zur Makulatur.

Andere Entwicklungen verstärken dies. Zum Beispiel bei der Vorinformation (§ 101a Abs. 1 GWB). Die Mitteilung über die „Gründe für die Nichtberücksichtigung des Angebotes“ sollte dem Bieter ursprünglich eine aussagekräftige Information über die Gründe der Nichtberücksichtigung verschaffen. Er sollte in die Lage versetzt werden, die Erfolgsaussichten eines Nachprüfungsverfahrens abzuschätzen. Kann der Bieter dies tatsächlich,

wenn ihm Wertungsergebnisse (z.B. Punktwerte) mitgeteilt werden, er mangels weiterer Angaben den Wertungsvorgang aber nicht nachvollziehen kann? Und er im Wege der (verweigerten) Akteneinsicht auch keine Einzelheiten erfährt? Und er mangels konkreter Rügen erfahren muss, dass die Vergabekammer von Amts wegen nicht den Sachverhalt ermittelt? Und wenn der Auftraggeber dann ergänzend mitteilt, dass der Bieter auch bei Berücksichtigung seiner Rüge nicht das wirtschaftlichste Angebot abgegeben hätte? Das einzig denkbare Argument des Bieters, dass dann das Angebot des Wettbewerbers falsch/zu gut und damit unter Verstoß gegen

den Gleichbehandlungsgrundsatz bewertet wurde, greift in der Praxis nicht. Denn mangels Konkretisierungsmöglichkeit erhält der Bieter keine Akteneinsicht; mangels substantiiertem Vortrag erforscht die Vergabekammer den Sachverhalt nicht von Amts wegen. Dann wird es aber richtig skurril. Denn Einzelheiten über die „Merkmale und Vorteile“ des Angebotes des Mindestfordernden (vgl. § 19 EG Abs. 4 VOB/A) werden dem Bieter erst auf Antrag und nach der Zuschlagserteilung mitgeteilt. Diese für die Transparenz wichtige und auch nicht geheimhaltungspflichtigen Informationen stehen im Nachprüfungsverfahren somit nicht zur Verfügung. Eine unverständliche und für den effektiven Rechtsschutz schädliche Regelung.

Schon dieser Befund aus der Praxis rechtfertigt das Zwischenergebnis, dass ein effektiver Rechtsschutz im Vergaberecht nicht mehr möglich ist.

Es geht aber noch weiter. Hat der Bieter es doch einmal geschafft, diese Hürden zu überwinden, wird er mit der Ermessenskeule erschlagen. In immer mehr Fällen erfolgt lediglich eine Kontrolle dahingehend, ob der Auftraggeber ein ihm zugebilligtes Ermessen eingehalten hat. Und so gut wie nie wird dem Auftraggeber ein Ermessensfehler zur Last gelegt. Oft, nach meiner Meinung zu oft, liest man die Formulierung, dass eine Entscheidung der Vergabestelle eine „von den

Nachprüfungsinstanzen nur eingeschränkt überprüfbare Ermessensentscheidung“ sei. Beispiele aus dem ersten Quartal 2013 sind etwa:

- Die Gleichwertigkeit von angebotenem mit dem ausgeschriebenen Produkt (OLG Düsseldorf, Beschl. v. 09.01.2013, Verg 3/12).
- Beschränkung auf die Ermessenskontrolle nach den Bestimmungen des Ausführungsvertrages der Europäischen Union (EuG, Urt. v. 29.01.2013—T-339/10 und T-532/10).

Nur der Vollständigkeit halber möchte ich drei weitere Einschränkungen des effektiven Rechtsschutzes erwähnen. Die vom BGH weitgehend abgesegnete nachträgliche Heilung von Dokumentationsmängeln führt in der Praxis dazu, dass unvollständige Dokumentationen strategisch ergänzt werden. Und die vielfach zu beobachtenden Vereinbarungen im Nachprüfungsverfahren werden von dem OLG als Beschwerdeinstanz auch bei greifbarer Vergaberechtswidrigkeit nicht in Frage gestellt. Oder offenkundige Vergabefehler, die bei Verletzung der Rügeobliegenheit trotz Amtsermittlungsgrundsatz nicht aufgegriffen werden.

Wo ist die Grenze zwischen „eingeschränkt überprüfbar“ und Verlust des effektiven Rechtsschutzes? Diese Frage wird die Rechtsprechung noch zu beantworten haben. Besteht auch für jede einzelne Einschränkung eine Rechtfertigung, so fehlt doch die Gesamtbetrachtung. Und das Bewusstsein, dass die Vielzahl der einzelnen Einschränkungen insgesamt den effektiven Rechtsschutz bereits jetzt erheblich eingeschränkt hat. ■



Foto: Stefanie Ehl

Die Grenze zwischen „eingeschränkt überprüfbar“ und effektivem Vergaberechtsschutz hat sich zu Lasten des Vergaberechtsschutzes verschoben.



Foto: Stefanie Ehl



Foto: Stefanie Ehl

## Leitsätze und Begründungen im Überblick - was sonst noch erwähnenswert ist ...

### Allgemeine Grundsätze

Für die Abgrenzung zwischen vergaberechtlich zulässigen leistungsbezogenen Zuschlagskriterien und vergaberechtlich unzulässigen bieterbezogenen Zuschlagskriterien ist es maßgeblich, ob sich ein Wertungsaspekt in seinem wesentlichen Kern bzw. hinsichtlich seines Bewertungsschwerpunkts auf Angaben stützen soll, die nur für den konkreten Auftrag Bedeutung erlangen, oder auf Angaben zu den generellen Fähigkeiten und Fertigkeiten des Bieters

VK Hessen, Beschluss vom 21.03.2013 - 69d-VK-01/2013

*Der Auftraggeber hat bei der Aufforderung zur Angebotsabgabe alle vorgesehenen Zuschlagskriterien einschließlich deren Gewichtung mitzuteilen. Diese Mitteilungspflicht gilt auch für Unterkriterien und zwar auch dann, wenn sie "im Nachhinein" aufgestellt oder verändert wurden.*

VK Hessen, Beschluss vom 21.03.2013 - 69d-VK-01/2013

In einem Planungswettbewerb führt der Umstand, dass ein Angehöriger eines Teilnehmers zu den ausgewählten Preisrichtern gehört, nicht zwangsläufig dazu, dass der Teilnehmer vom Verfahren auszuschließen ist. Vielmehr ist dem betroffenen Teilnehmer der Nachweis zu ermöglichen, dass sich diese Fallkonstellation nicht auf den Wettbewerb ausgewirkt hat.

Die mögliche Fehlbesetzung des Preisgerichts ist auch kein derart schwer wiegender Vergaberechtsfehler, dass er von Amts wegen von den Nachprüfungsinstanzen berücksichtigt werden muss.

OLG München, Beschluss vom 11.04.2013 - Verg 2/13

Eine Vertragsänderung, die die Annahme eines anderen als des ursprünglich angenommenen Angebots erlaubt hätte, wenn sie Gegenstand des ursprünglichen Vergabeverfahrens gewesen wäre, ist eine Neuvergabe. Vertragsänderungen ohne Durchführung eines Vergabeverfahrens sind ausnahmsweise zulässig, wenn aus dem Erstvertrag klar hervor geht, unter welchen Umständen und in welche Richtung der Vertrag modifiziert werden soll. Vertragsverlängerungsoptionen sind somit statthaft, wenn sie hinsichtlich Laufzeit und Anzahl hinreichend bestimmt sind. Kann eine Vertragsverlängerung nur durch eine beiderseitige Willenserklärung zustande kommen, weil sie wirtschaftlich dem Abschluss eines neuen Vertrages gleich kommt, ist grundsätzlich von einem neuen Auftrag auszugehen. Ein Vertragsschluss ohne erneutes Vergabeverfahren stellt eine unzulässige de-facto-Vergabe dar.

VK Sachsen-Anhalt, Beschluss vom 16.01.2013 - 2 VK LSA 40/12

Ist der Auftragsgegenstand ein Rahmenvertrag, gelten die Gebote der Bestimmtheit, Eindeutigkeit und Vollständigkeit der Leistungsbeschreibung nur eingeschränkt. Der in Aussicht genommene Vertragsumfang ist lediglich so genau wie möglich zu ermitteln und bekannt zu geben; er braucht aber nicht abschließend festgelegt zu werden.

Angeboten bei Rahmenvereinbarungen wohnen - in der Natur der Sache liegend und abhängig vom in der Regel ungeklärten und nicht abschließend klärbaren Auftragsvolumen - erhebliche Kalkulationsrisiken inne, die typischerweise vom Bieter zu tragen sind.

Das frühere grundsätzliche Verbot einer Aufbüdung ungewöhnlicher Wagnisse für Umstände und Ereignisse, auf die der Bieter keinen Einfluss hat und deren Einwirkung auf die Preise und Fristen er nicht im Voraus schätzen kann, gilt nach § 8 EG VOL/A nicht mehr. Die Ausschreibungsbedingungen können nur noch unter dem Gesichtspunkt der Unzumutbarkeit zu beanstanden sein.

OLG Düsseldorf, Beschluss vom 20.02.2013 - Verg 44/12



Foto: Stefanie Ehl

## Leitsätze und Begründungen im Überblick - was sonst noch erwähnenswert ist ...

Im Gegensatz zur früheren Rechtslage des § 22 Nr. 3 VOL/A (2006) ist nunmehr gemäß § 14 VOL/A (2009) in die Dokumentation der Angebotsöffnung nicht mehr zwingend aufzunehmen, ob die Angebote insbesondere ordnungsgemäß verschlossen waren. Eine entsprechende Prüfung ist jedoch weiterhin erforderlich, da nicht form- oder fristgerecht eingegangenen Angebote nach § 16 Abs. 3 e) VOL/A zwingend auszuschließen sind.

VK Sachsen-Anhalt, Beschluss vom 22.02.2013 - 1 VK LSA 21/12



Foto: Stefanie Ehl

Der öffentliche Auftraggeber hat ein weitgehendes Leistungsbestimmungsrecht. Er bestimmt, was er haben möchte und kann hierfür auch einen technischen Standard festlegen, der nach seinen Erfahrungen der Beste ist. Die der Entscheidung des Auftraggebers dabei zugrunde liegenden Motive spielen keine Rolle, solange er keine unmögliche Leistung verlangt oder diskriminierend ausschreibt.

VK Baden-Württemberg, Beschluss vom 07.02.2013 - 1 VK 1/13

*Eine Leistungsbeschreibung, der es im entscheidenden Punkt für einen verständigen Bieter an Klarheit und Unmissverständlichkeit mangelt, ist prinzipiell ungeeignet, einen Ausschluss von Bieterangeboten zu rechtfertigen.*

VK Baden-Württemberg, Beschluss vom 07.02.2013 - 1 VK 1/13

### Freiberufliche Leistungen (VOF)

Die Vorschrift des § 13 Abs. 3 VOF, nach der für die Ausarbeitung von Entwürfen, Plänen, Zeichnungen, Berechnungen und anderen Unterlagen eine angemessene Vergütung festzusetzen ist, findet auch im Rahmen der der Vergabe von Planungsleistungen Anwendung.

Für die erforderliche Abgrenzung zwischen § 13 Abs. 3 VOF und § 20 Abs. 3 VOF, wonach Lösungsvorschläge außerhalb eines Planungswettbewerbs nach der HOAI zu vergüten sind, ist entscheidend, ob der Auftraggeber vom Bieter systematische Planungen (Lösungsvorschläge im Sinne von § 20 Abs. 3 VOF) oder lediglich eine Befassung mit punktuellen Fragen verlangt hat.

LG München I, Beschluss vom 21.03.2013 - 11 O 17404/12

### Rüge und Nachprüfungsverfahren

An den Inhalt einer Rüge sind keine überzogenen Anforderungen zu stellen, erst recht nicht, wenn sie von Wirtschaftsteilnehmern ausgesprochen werden, die über keine juristische Ausbildung (und/oder über keinen vergaberechtlichen Sachverstand) verfügen.

OLG Düsseldorf, Beschluss vom 20.02.2013 - Verg 44/12

Ein Zuschlagsverbot gem. § 115 Abs. 1 GWB wird noch nicht ausgelöst, wenn der Antragsteller selbst die Vergabestelle noch vor der Zustellung durch die Vergabekammer über den Nachprüfungsantrag informiert. Erteilt die Vergabestelle nach dieser Information den Zuschlag, bevor ihr der Nachprüfungsantrag durch die Vergabekammer zugestellt worden ist, ist der Zuschlag wirksam.

OLG Frankfurt, Beschluss vom 06.03.2013 - 11 Verg 7/12



Foto: Stefanie Ehl

## Leitsätze und Begründungen im Überblick - was sonst noch erwähnenswert ist ...



Foto: Stefanie Ehl

*Der Ausschluss ist die schärfste Sanktion in einem Vergabeverfahren, die deshalb dem Bieter klar vor Augen geführt werden muss.*

*OLG München, Beschluss vom 11.04.2013 - Verg 2/13*

Bei dem Vergabenachprüfungsverfahren handelt es sich um ein gerichtsähnliches kontraktorisches Verfahren. Daher muss insbesondere auch der Gedanke der prozessualen Waffengleichheit mit einem anwaltlich vertretenen Antragsteller angemessen Berücksichtigung finden. Dem Umstand, dass sich der Antragsteller anwaltlicher Hilfe bedient, kann deshalb indizielle Bedeutung für die Notwendigkeit der Hinzuziehung eines Anwalts durch den Antragsgegner beigemessen werden.

*OLG Naumburg, Beschluss vom 21.03.2013 - 2 Verg 1/13*

Der Übergang auf einen Feststellungsantrag setzt voraus, dass der Nachprüfungsantrag bis zur Erledigung zulässig war. Kommt die Vergabestelle ihrer Verpflichtung zur Aufklärung eines ungewöhnlich niedrig erscheinenden Angebots gem. § 19 Abs. 6 VOL/A EG nach, muss der Bieter die Wirtschaftlichkeit seines Angebots stichhaltig darlegen. Pauschale, unvollständige und nicht plausible Erklärungen sind nicht geeignet, den Nachweis eines angemessenen Angebotspreises zu erbringen, sondern führen zum Ausschluss des Angebots

*OLG Frankfurt, Beschluss vom 06.03.2013 - 11 Verg 7/12*

Auch wenn ein Nachprüfungsantrag zunächst unzulässig war, weil der Antragsteller die Rechtsverletzung, auf die er seinen Antrag ursprünglich gestützt hatte, nicht zuvor unverzüglich gerügt hatte, können neue Rügen in zulässiger Weise in das Nachprüfungsverfahren einbezogen werden, wenn die vermeintlichen Verstöße erst im Verlauf des Verfahrens bekannt geworden sind.

*VK Hessen, Beschluss vom 21.03.2013 - 69d-VK-01/2013*



Foto: Stefanie Ehl

### Mehrkosten nach verzögertem Zuschlag

*OLG Dresden, Urteil v. 28.06.2012 – 16 U 831/11; BGH, Beschluss v. 21.03.2013 – VII ZR 211/12 – Nichtzulassungsbeschwerde zurückgewiesen*

Rechtsprechung bekommt Konturen. Wieder ein Detailproblem gelöst. Dass ein verzögerter Zuschlag, der zu einer Verschiebung der ursprünglich angesetzten Bauzeit führt, einen Mehrkostenanspruch des Bieters in entsprechender Anwendung des § 2 Nr. 5 VOB/B entstehen lässt, hat der BGH mehrfach entschieden. Mit der Frage, wie diese Mehrkosten darzulegen und zu beweisen sind, hat sich nun das OLG Dresden beschäftigt. Und der BGH hat keinen Anlass gesehen,

die Revision gegen dieses Urteil zuzulassen.

Wie schon das OLG Oldenburg (Urteil vom 14.10.2008 - 12 U 76/08), dessen Urteil vom BGH aus anderen Gründen aufgehoben wurde (BGH, 22.07.2010 - VII ZR 213/08), hat das OLG Dresden darauf abgestellt, ob der Auftragnehmer für die kalkulierten Preise über verbindliche Preiszusagen verfügt. Eine bloße Angebotskalkulation reicht zur Berechnung der Differenz zu den tatsächlich entstan-

denen (verzögerungsbedingten) Mehrkosten nicht aus; erforderlich sind verbindliche Nachunternehmer- / Lieferantenpreise für die Dauer der ursprünglichen Bauzeit. Gewinne und Verluste des Auftragnehmers aus der Vergabe von Lieferanten- und Nachunternehmerverträgen bleiben grundsätzlich betragsmäßig erhalten. Offen bleibt weiterhin, wie Mehrkosten für im eigenen Betrieb erbrachte Leistungen zu berechnen sind. ■

## Weitgehende Beschränkung auf Ermessensfehler bei der Überprüfung der Auftragsvergabe

*EuG, Urteil vom 29.01.2013 - T-339/10 und T-532/10 -*

Formal hat sich das Europäische Gericht mit einer Auftragsvergabe für eine europäische Behörde befasst, die nicht den speziellen Regeln des Vergaberechts unterfällt. Inhaltlich hat das EuG aber wichtige Aussagen zur Auslegung des europäischen Vertragsrechts (Art. 296 AEUV) getroffen, welches durch das spezielle Vergaberecht in ständiger Rechtsprechung des EuGH konkretisiert wird.

Danach verfügt „der öffentliche Auftraggeber bei der Beurteilung der Gesichtspunkte, die bei einer Entscheidung über die Vergabe eines ausgeschriebenen Auftrags zu berücksichtigen sind, über einen weiten Spielraum; die Kontrolle durch das Gericht muss sich auf die Prüfung beschränken, ob die Verfahrensvorschriften und die

Begründungspflicht beachtet wurden, der Sachverhalt richtig ermittelt wurde und kein offensichtlicher Beurteilungsfehler oder Ermessensmissbrauch vorliegt“.

Offen ist noch die Frage, ob das speziellere Vergaberecht nicht doch strengere Vorgaben macht, was theoretisch möglich bleibt. Die Rechtsmittelrichtlinie enthält jedenfalls keinen Hinweis auf ein dem Auftraggeber zustehendes Ermessen. Aber die Entscheidungen der nationalen Nachprüfungsinstanzen bewegt sich auf der Linie der Rechtsprechung des EuG und akzeptiert weitgehende Ermessensspielräume.

Ein Aspekt dieser Entscheidung des EuG verdient aber eine gesonderte Betrachtung: Der Umfang der Begründungspflicht des Auftraggebers für seine Zu-

schlagsentscheidung. Aus dem europäischen Haushaltsrecht leitet das EuG die Verpflichtung des Auftraggebers ab, den unterlegenen Bieter „über die Merkmale und Vorteile des ausgewählten Angebots“ zu informieren (Rn. 49). Das deutsche Recht kennt diese Informationspflicht erst nach der Zuschlagsentscheidung. Im Rahmen der für das Nachprüfungsverfahren wichtigen Vorinformation wird der Bieter nur über die Gründe der vorgesehenen Nichtberücksichtigung seines Angebots informiert (§ 101a Abs. 1 GWB). Da er auch keine Akteneinsicht in die Wertung des Angebots seines Wettbewerbers erhält, fehlen ihm Informationen, mit denen er die ordnungsgemäße Ermessensausübung durch den Auftraggeber überprüfen kann. ■

Detaillbesprechung:  
VergabeRechtsForum-  
Telegramm v.  
01.03.2013



Foto: Stefanie Ehl

*Setzt die Ermessenskontrolle eine Information des Bieters über die „Merkmale und Vorteile des ausgewählten Angebots“ voraus?*

## Nebenangebote und Zuschlag auf den niedrigsten Preis?

*BGH, Beschluss v. 23.01.2013—XZB 8/11*

Eines der drängendsten Probleme im Vergaberecht ist derzeit die Frage, ob Nebenangebote ausschließlich nach dem Kriterium des niedrigsten Preises gewertet werden dürfen.

Das OLG Schleswig (Urteil vom 15.04.2011 - 1 Verg 10/10) hält Nebenangebote in diesen Fällen für zulässig; das OLG Düsseldorf (Beschluss vom 02.11.2011 - Verg 22/11) ist gegenteiliger Auffassung und legt deshalb die Angelegenheit dem Bundesgerichtshof zur Klärung vor.

Nachvollziehbar wird die Schwierigkeit, wenn man

sich vergegenwärtigt, dass Nebenangebote zu einer anderen Leistung des Bieters und zu einer anderen Leistung und Risikostruktur auf Seiten des Auftraggebers führen. Würde der Zuschlag gleichwohl nur nach dem Kriterium des niedrigsten Preises getroffen, hieße dies „Äpfel mit Birnen zu vergleichen“.

Das verdeutlicht ganz praktisch der Vorlagefall beim BGH. Inhaltlich ging es um Abholung und Zustellung von Briefen. Nach dem Amtsvorschlag/Hauptangebot sollten die Briefe nur nach Regionen vorsortiert zur Abholung bereitgestellt werden. Die Nebenangebote

sahen unterschiedliche „Vorsortierungstiefen“ und demgemäß unterschiedliche Preise zwischen Haupt-/Nebenangebot und zwischen den einzelnen Bietern vor.

Der BGH kann dies nicht entscheiden und hätte den Fall dem EuGH zur Entscheidung vorgelegt. Allerdings haben die Parteien den Rechtsstreit vorher für erledigt erklärt, so dass eine Sachentscheidung obsolet wird. Eine Tendenz lässt sich aus der Entscheidung schwer ablesen; sie wäre aber auch unbeachtlich, weil der BGH die Entscheidung des EuGH einholen würde. ■



Foto: Stefanie Ehl

## caspers mock Anwälte

Rechtsanwalt

**Oliver Weihrauch**

c/o caspers mock Anwälte

Wachsbleiche 26

D-53111 Bonn

Telefon: +49 (0)228 97 27 98 0

Fax: +49 (0)228 97 27 98 209

E-Mail: [weihrauch@caspers-mock.de](mailto:weihrauch@caspers-mock.de)**RECHT GUT SICHTBAR**[www.vergaberechtsforum.de](http://www.vergaberechtsforum.de)[www.youtube.com/vergaberecht](http://www.youtube.com/vergaberecht)[www.caspers-mock.de](http://www.caspers-mock.de)

**Oliver Weihrauch** leitet den Fachbereich Vergaberecht bei caspers mock Anwälte. Er hat seit 1995 die Entwicklung des Vergaberechts von der haushaltsrechtlichen Lösung (bis Ende 1998), über die Schaffung eines subjektiven Rechtsschutzes durch das Vergaberechtsänderungsgesetz (1999), und die Schaffung der Vergabeverordnung (2001) bis zu der jetzt in Kraft getretenen Vergaberechtsreform (2010) als Berater, Prozessvertreter und Autor intensiv mit begleitet. Zu den Mandanten von Oliver Weihrauch zählen private Bieter ebenso, wie öffentliche Auftraggeber. Schwerpunkte seiner Tätigkeit sind die Beratung und Vertretung von Bauunternehmen, Ingenieur- und Architekturbüros, aber auch Beratung und Verfahrensleitung öffentlicher Auftraggeber bei der europaweiten Ausschreibung von komplexen PPP-Projekten sowie umfangreichen Dienstleistungen. Neben dem Vergaberecht bilden auch das private Baurecht und das Immobilienrecht weitere Schwerpunkte der Tätigkeit von Oliver Weihrauch. Hier berät er sowohl Industrieunternehmen, wie auch Investoren über bau- und immobilienrechtliche Risiken, entwirft und verhandelt Vertragskonzepte.



Publikationen | Dozententätigkeit (Auszug):

- Mitautor und -herausgeber des Buches „Vergabe öffentlicher Aufträge“, Carl Heymanns Verlag, Köln, 1999 (1. Auflage)
- Mitautor und -herausgeber des Buches „Vergabepaxis“, Verlag Dr. Otto Schmidt, Köln, 2003
- Mitautor und -herausgeber des Buches „Public Private Partnership“, Carl Heymanns Verlag, Köln, 2005/2008 (1. und 2. Auflage)
- Ständiger Mitarbeiter mit zahlreichen Veröffentlichungen der Fachzeitschriften IBR / [ibr-online.de](http://ibr-online.de), [vpr-online.de](http://vpr-online.de), Vergaberecht und BauRB (bis 2005)
- Herausgeber des Internetangebotes „[vergaberechtsforum.de](http://vergaberechtsforum.de)“ und des Kanals „Vergaberecht“ bei [youtube.com](http://youtube.com)
- Leiter der Regionalgruppe Köln|Bonn|Koblenz des Deutschen Vergabernetzwerkes ([www.dvnw.de](http://www.dvnw.de))

**Ausblick ...**

Das Vergaberecht entwickelt sich rasant weiter. Nicht nur in der Rechtsprechung, sondern auch bei der Schaffung neuer Landesvergabegesetze.

Und auch in der politischen Diskussion ist das Vergabegesetz angekommen. Aus diesem Grunde wird sich der Leitartikel in der Sommerausgabe (Q 2 | 2013) mit der Frage „Vergaberecht und Privatisierung der Wasserversorgung“ beschäftigen.

Hinzu kommt eine Einordnung der spannenden Entscheidung des OLG Mün-

chen, (Beschluss vom 04.04.2013 - Verg 4/13), welches die Auffassung vertritt, dass der Bieter Fehler im Leistungsverzeichnis ausnutzen darf. Diese Entscheidung bedarf im Sinne des „kleinen Überblicks“, wie sie dieser Quartalsbericht bieten will, einer Einordnung in das Thema von Treu und Glauben im Vergaberecht.

Die Themen sind erkannt, aber es wäre vermessen zu behaupten, dass ich jetzt schon die Lösung kennen würde. Aber wir können ja gerne miteinander darüber diskutieren. Meine Kommunikationsdaten haben Sie.

Über Anregungen, Diskussionsbeiträge (also Neudeutsch „Feedback“) würde ich mich sehr freuen. Oder möchten Sie selbst im nächsten Quartalsbericht ein Thema bearbeiten? Gerne. Schicken Sie mir einfach ein E-Mail ...

Oliver Weihrauch

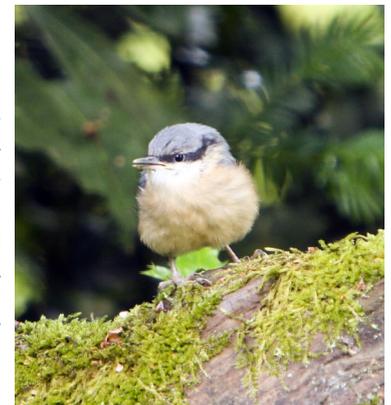


Foto: Stefanie Ehl

