

# Aktuelle Rechtsprechung im Vergaberecht

Saarländischer Vergabetag  
09.10.2024  
Susanne Corinth

# Wer wir sind.

## Susanne Corinth

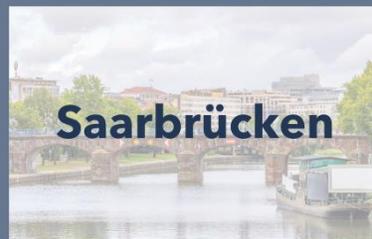


Geschäftsführerin, Rechtsanwältin  
Avocat au Barreau d'Avocats de Luxembourg  
Fachanwältin für Bau- und Architektenrecht  
Fachanwältin für Vergaberecht  
Mediatorin

# Wer wir sind.

## Unsere Standorte

---



# Agenda

1. Die förmliche Rüge (Fälle 1-3)
2. Kann eine Bauzeitverschiebung ein Aufhebungsgrund sein?
3. Ist ein Kalkulationsfehler ein Ausschlussgrund?
4. Müssen Planer ein außergewöhnliches Wagnis tragen?

# Einhaltung der Rügefrist per Telefax?

## Fall:

- Ein Bieter rügt seinen Ausschluss vom Vergabeverfahren **per Telefax am 07.06.2024 um 11.59 Uhr.**
- Sein Sendebericht enthält folgende Angaben:

*"DATUM/UHRZEIT 07/06 11:59  
FAX-Nr./NAME ...  
Ü.-DAUER 00:02:22  
SEITE(N) 05  
**ÜBERTR OK**  
MODUS Standard  
ECM"*

# Einhaltung der Rügefrist per Telefax?

## Fall (Fortsetzung):

- Das Fax des **Auftraggebers** enthält hingegen die Meldung:

*"Übertragung nicht abgeschlossen (3 Seite(n) empfangen)"*

- Vollständig eingegangen ist nur die erste Seite des Rügeschreibens. Die zweite Seite enthält lediglich Satzfragmente, die dritte Seite ist komplett leer und die weiteren Seiten, insbesondere auch die fünfte Seite mit der Unterschrift, fehlen vollständig.
- Nach der Absendung des Faxes reichte der Bieter einen Nachprüfungsantrag mittels Telefax bei der Vergabekammer ein. Der Fax-Ausdruck trägt das Datum "**07.06.2024**" und die Uhrzeit "**14.44 Uhr**".

# Einhaltung der Rügefrist per Telefax?

## VK Rheinland (Beschluss vom 23.07.2024, Az. VK 28/24):

- Der Nachprüfungsantrag ist unzulässig.
- Für eine den Anforderungen des § 160 GWB genügende Rüge ist erforderlich, dass aus ihr für den Auftraggeber **unmissverständlich** hervorgeht, welches Verhalten als Vergabeverstoß angesehen wird und inwiefern der Bieter vom Auftraggeber Abhilfe verlangt.
- Auch müssen **schriftliche** oder **fernschriftliche** Rügen unterschrieben sein. Beides war aus dem beim Auftraggeber per Faxe eingegangenen Rügeschreiben nicht der Fall.
- Für eine fristgemäße Rüge ist zudem deren **Zugang beim Auftraggeber** relevant und nicht deren Absendung. Somit ist der "O.K.-Vermerk" vom Sendebericht des Bieters irrelevant.

# Rüge per WhatsApp ausreichend?

## Fall:

- Der Auftraggeber schreibt europaweit Bauleistungen aus. Die Bekanntmachung enthielt den Eintrag "Eignungskriterien gemäß Auftragsunterlagen".
- Nachdem die Submissionsergebnisse am 7. Februar 2022 eröffnet worden waren, schrieb der Geschäftsführer des Bieters dem Projektleiter des Auftraggebers am 8. Februar 2022 über WhatsApp:

***"Hallo... das Ergebnis kennst du ja bestimmt schon. Vllt. könnt ihr mal gucken, ob die geforderte AK 2 wirklich vorliegt."***

# Rüge per WhatsApp ausreichend?

## Fall:

- Am 28. Februar 2022 erhält der Bieter die Nachricht, dass der Zuschlag an einen anderen Bieter beabsichtigt sei, weil ein niedrigeres Hauptangebot vorliege.
- Hiergegen wendet sich der Bieter mit seinem Nachprüfungsantrag am 4. März 2022. Es bestünden Zweifel an der Geeignetheit des anderen Bieters, da dieser nicht über das RAL Gütezeichen AK 2 verfügt.
- Hat der Bieter ordnungsgemäß gerügt?

# Rüge per WhatsApp ausreichend?

## VK Mecklenburg-Vorpommern (Beschluss vom 19.05.2022, Az. 3 VK 3/22):

- Ja: An die Rüge eines Bieters in einem Vergabeverfahren sind **keine hohen Anforderungen** zu stellen. Sie ist insbesondere an **keine bestimmte Form** gebunden.
- Eine Rüge kann daher auch als Frage formuliert sein, solange der Bieter deutlich macht, dass er in einem bestimmten Sachverhalt einen Vergaberechtsverstoß sieht und Abhilfe erwartet.
- Aus der WhatsApp-Nachricht des Bieters ging hervor, dass Zweifel daran bestehen, ob ein konkurrierender Bieter bessere Preise anbieten kann, wenn er in qualitativer Hinsicht die gleichen Standards bei der Auftragserteilung aufweist wie der Bieter. Daher wurde konkret nach dem Gütezeichen RAL AK 2 gefragt.

# Rüge per WhatsApp ausreichend?

## **VK Mecklenburg-Vorpommern (Fortsetzung):**

- Die WhatsApp Nachricht ist daher als Rüge zu verstehen.
- Das Informationsschreiben nach § 134 GWB vom 28. Februar 2022 war sodann als Weigerung des Auftraggebers zu verstehen, der Rüge abzuhelpfen, sodass der Antrag fristgerecht gem. § 160 Abs. 3 Nr. 4 GWB gestellt wurde.

# Rüge in Gestalt einer Bieterfrage?

## Fall:

- Ein Auftraggeber schreibt eine Rahmenvereinbarung über die Lieferung von Kontroll- und Streifenbooten im offenen Verfahren europaweit aus.
- Ein Bieter stellt verschiedene Fragen. In Frage 65 fragt er zu den Festpreisen in der Rahmenvereinbarung, ob diese angepasst werden können. In Frage 66 fragt er, ob der AG einer Splittung der Schlussrechnung zustimmen würde.
- Der Auftraggeber lehnte sämtliche Änderungswünsche ab.

# Rüge in Gestalt einer Bieterfrage?

## VK Bund (Beschluss vom 08.05.2024, Az. VK 2-35/24):

- Es ist im Grundsatz zwischen Bieterfragen und Rügen zu differenzieren.
- Abzustellen ist stets auf die konkreten **Umstände des Einzelfalls**.
- Der Bieter hatte in seiner Frage auf den von ihm für möglich gehaltenen Rechtsverstoß hingewiesen, indem er zu § 8 der Rahmenvereinbarung ausdrücklich bemängelt hat, dass diese Regelung ein unzumutbares Kalkulationswagnis berge.

# Rüge in Gestalt einer Bieterfrage?

## **VK Bund (Fortsetzung):**

- Daraus geht zum einen hervor, dass der Bieter in der für eine Rüge ausreichende laienhafte vergaberechtliche Betrachtungsweise erkannt hat, dass ein seiner Ansicht nach gegebener Verstoß gegen den vergaberechtlichen Verhältnismäßigkeitsgrundsatz vorliegt.
- Zum anderen geht aus der Frage, ob die Festpreisregelung entsprechend angepasst werde, hervor, dass der Bieter den Auftraggeber konkret zur Änderung der Vergabeunterlagen veranlassen wollte.
- Der Bieter hat damit den Aspekt des unzumutbaren Kalkulationswagnisses in seiner Frage gerügt.

# Rüge in Gestalt einer Bieterfrage?

## **VK Bund (Fortsetzung):**

- Der Auftraggeber hatte es mit den Antworten auf die Fragen des Bieters abgelehnt, den Rügen zu entsprechen.
- Im Ergebnis ist Nachprüfungsantrag daher gem. § 160 Abs. 3 S. 1 Nr. 4 GWB verfristet.  
Der Bieter hat durch seine Fragen zwar die Rechtsverstöße gerügt, die Nichtabhilfemitteilung liegt jedoch deutlich mehr als 15 Kalendertage zurück. Die Entscheidung ist nicht bestandskräftig.

# Bauzeitverschiebung ein Aufhebungsgrund?

## Fall:

- Der Auftraggeber schreibt den Rückbau eines Teils einer Justizvollzugsanstalt und die damit einhergehenden Abbrucharbeiten im offenen Verfahren europaweit aus.
- In der "Beschreibung der Beschaffung" wies der Auftraggeber darauf hin, dass die Ausführung voraussichtlich im Zeitraum **30. Januar 2024 bis 4. November 2024** zu erfolgen habe.
- Diesen Zeitraum wiederholte der Auftraggeber unter "Laufzeit des Vertrages" sowie unter "Termine/Bauzeitenplan".
- Aus der Leistungsbeschreibung ergab sich, dass der Rückbau und die damit einhergehenden Abbrucharbeiten den zweiten Bauabschnitt einer Gesamtbaumaßnahme betrafen. Wie die Bauabschnitte (zeitlich) zusammenhängen, ergab sich aus den Vergabeunterlagen jedoch nicht.

# Bauzeitverschiebung ein Aufhebungsgrund?

## Fall (Fortsetzung):

- Der Bieter gab sein Angebot ab. Sein Angebot war das Günstigste.
- Zwischenzeitlich kam es zu Bauzeitverzögerungen im ersten Bauabschnitt. Am 7. Februar 2024 hob der Auftraggeber das Vergabeverfahren auf. Der gegen die Aufhebung gerichteten Rüge des A am 12. Februar 2024 half der Auftraggeber nicht ab.
- Zur Begründung führte der Auftraggeber an, dass der Beginn der Abrissarbeiten für den 2. BA die Fertigstellung im ersten Bauabschnitt und den Umzug der Justizvollzugsanstalt in das neue Hafthaus voraussetze.

# Bauzeitverschiebung ein Aufhebungsgrund?

## Fall (Fortsetzung):

- Eine Fertigstellung zum 30. Oktober 2023 und eine anschließende Inbetriebnahme zum 31. Januar 2024 hätten der Ausschreibung zu Grunde gelegen. Beides verschiebt sich auf unbestimmte Zeit, daher sei eine wesentliche Bedingung der Ausschreibung nachträglich entfallen.
- Durch die Verschiebung bedürfte es zudem einer Neubewertung der terminlichen Gegebenheiten, da sich der Ausführungszeitraum in eine ungünstige Jahreszeit verschiebt.
- Hätte der Auftraggeber den noch zu ermittelnden späteren Ausführungszeitraum ausgeschrieben, hätte er möglicherweise einen anderen Wettbewerbskreis angesprochen.

# Bauzeitverschiebung ein Aufhebungsgrund?

## VK Westfalen (Beschluss vom 09.07.2024, Az. VK 2 - 17/24):

- Der Nachprüfungsantrag des Bieters ist begründet. Die Aufhebung war rechtswidrig, es fehlt an einem schwerwiegenden Grund gem. § 17 Abs. 1 Nr. 1 bis 3 EU VOB/A.
- Soweit sich der Auftraggeber darauf beruft, dass der erste Bauabschnitt vor Beginn der Abbrucharbeiten im zweiten Bauabschnitt fertiggestellt und abgenommen sein muss, ist dies für die Frage eines schwerwiegenden Grundes unbeachtlich.
- Die Fertigstellung des ersten Bauabschnitts wäre nur dann zu berücksichtigen gewesen, wenn der Auftraggeber dem Wettbewerb diese **im Vorfeld mitgeteilt hätte**. Denn nur dann hätte sich ein potenzieller Auftragnehmer auf eine solche Bedingung einstellen können.

# Bauzeitverschiebung ein Aufhebungsgrund?

## VK Westfalen (Fortsetzung):

- Einen derartigen Zusammenhang konnten die Bieter aber nicht aus den Vergabeunterlagen erkennen. Insbesondere lag den Vergabeunterlagen kein Bauzeitenplan bei.
- Bei der Prüfung eines die Aufhebung rechtfertigenden schwerwiegenden Grundes ist das Vertrauen der Bieter dahingehend zu berücksichtigen, dass diese im Rahmen der vergaberechtlichen Bestimmungen eine **realistische Chance auf Amortisation ihrer jeweiligen Aufwendungen** zur Ausarbeitung eines sorgfältig kalkulierten Angebots haben.

# Kalkulationsfehler ein Ausschlussgrund?

## Fall:

- Ausgeschrieben sind verschiedene Gewerke für den Bau eines Regenüberlaufbeckens. Ein Bieter unterbreitet das günstigste Angebot. Er liegt rund 2% unter dem Angebot des Zweitplatzierten und rund 8% unter dem Angebot des Drittplatzierten.
- Bei der Angebotsbewertung fällt auf, dass bestimmte Einheitspreise des Bieters im Vergleich zu seinen Mitbewerbern sehr günstig sind. Im Rahmen der Aufklärung erklärt er: Er habe infolge der Kalkulation mit vorgefertigten Kalkulationsbausteinen versehentlich einen Kilopreis anstatt eines Tonnenpreises angeboten. Er stehe aber zu den abgegebenen Preisen, weil das Angebot in seiner Gesamtheit auskömmlich sei.
- Die Vergabestelle schließt das Angebot dennoch aus. Zu Recht?

# Kalkulationsfehler ein Ausschlussgrund?

## **OLG Stuttgart (Urteil vom 16.05.2024, Az. 2 U 146/22):**

- Nein.
- Der Bieter ist bei der Kalkulation seiner Preise grundsätzlich frei. Die Preise müssen vollständig, korrekt und eindeutig angegeben werden.
- Es liegt ein unanfechtbarer Kalkulationsirrtum vor. Selbst wenn es ein Erklärungsirrtum wäre, würde dieser nicht zur Anfechtung berechtigen.
- Der Fehler in der Angebotskalkulation war hier also kein Ausschlussgrund.

# Müssen Planer ungewöhnliches Wagnis tragen?

## Fall:

- Der Auftraggeber schreibt Planungsleistungen für den Neubau einer Klinik aus. Dafür steht ihm ein Budget von 425 Millionen Euro zur Verfügung.
- In den Vertragsbedingungen war zunächst vorgesehen, dass der Auftragnehmer verpflichtet ist, dieses Budget einzuhalten bzw. wenn möglich zu unterschreiten. In den Verhandlungen stellte sich jedoch heraus, dass eine Umsetzung des Projekts im Budget voraussichtlich nicht möglich ist.
- Im Anschluss der Verhandlungen überarbeitete der Auftraggeber den Vertragsentwurf und forderte zur Abgabe fortgeschriebener Honorarangebote auf.

# Müssen Planer ungewöhnliches Wagnis tragen?

## Fall (Fortsetzung):

- Im überarbeiteten Vertragsentwurf war weiterhin ein Budget von 425 Millionen vorgegeben. Die zuvor enthaltene Verpflichtung des Auftragnehmers, dieses Budget einzuhalten bzw. wenn möglich zu unterschreiten, wurde gestrichen.
- Stattdessen sollte der Auftragnehmer dem Auftraggeber geeignete Einsparmaßnahmen vorschlagen, wenn im Zuge der Vorplanung erkennbar werde, dass das Planungsziel nur durch Qualitäts- und Quantitätsreduzierungen erreicht werden kann.
- Der rügende Bieter sieht darin ein unzulässiges ungewöhnliches Wagnis. Die Vergabeunterlagen würden kaum kalkulierbare Risiken beinhalten und er sei nicht bereit, diese Risiken zu übernehmen. Es fehle insbesondere an einer Preissicherungsklausel.

# Müssen Planer ungewöhnliches Wagnis tragen?

## Fall (Fortsetzung):

- Das finale Honorarangebot dieses Bieters lag bei 136.181.747,06 EUR, wobei A mit einem Risikozuschlag auf das Grundhonorar von mehr als 90% rechnete.
- Die VK Hamburg hat dem Nachprüfungsantrag des Bieters dahingehend stattgegeben, dass das Vergabeverfahren in den Stand vor Versendung der Vergabeunterlagen zurückversetzt wird.
- Hiergegen richtet sich die sofortige Beschwerde des Auftraggebers. Mit Erfolg?

# Müssen Planer ungewöhnliches Wagnis tragen?

## **OLG Hamburg (Beschluss vom 20.03.2023, 1 Verg 3/22):**

- Ja! Der Nachprüfungsantrag ist unbegründet.
- Die Festlegung einer Kostenobergrenze ist grundsätzlich zulässig. Die Kostenobergrenze wurde auch nicht derart niedrig angesetzt, dass ein Großteil der potenziellen Leistungserbringer als Bieter abgeschreckt und vom Vergabeverfahren ferngehalten werden.
- Dem Auftraggeber ist es zudem nicht verboten, dem Auftragnehmer (auch) erhebliche Wagnisse aufzuerlegen. Die Grenze bildet nur die Unzumutbarkeit, die vorliegend aber nicht überschritten wurde.

# Müssen Planer ungewöhnliches Wagnis tragen?

## **OLG Hamburg (Fortsetzung):**

- In dem abgeänderten Vertragsentwurf wurde dem Umstand, dass das Budget möglicherweise bzw. sogar wahrscheinlich nicht genügen wird, hinreichend Rechnung getragen.
- Dass die Parteien bei der Erarbeitung einer Lösung ggf. verschiedener Auffassung sein können und es daher nötig werden könnte, die Angemessenheit einer Lösung streitig zu klären, stellt kein unzumutbares Risiko dar, sondern ist jedem Austauschvertrag immanent.

**Vielen Dank für Ihre  
Aufmerksamkeit!**

# **Kohl Law** Rechtsanwaltsgesellschaft

BERLIN DÜSSELDORF SAARBRÜCKEN TRIER LUXEMBOURG  
MALAGA MARBEILLA

**BAU VERGABE INFRASTRUKTUR WIRTSCHAFT**

In der Olk 25 - 26, 54290 Trier  
0651 97839-0  
[info@kohl-law.eu](mailto:info@kohl-law.eu)

## Disclaimer

© 2024 Alle Rechte vorbehalten, insbesondere das Recht auf Vervielfältigung und Verbreitung sowie Übersetzung. Kein Teil dieser Unterlagen darf in irgendeiner Form ohne schriftliche Genehmigung von kohl law reproduziert werden oder unter Verwendung elektronischer Systeme verarbeitet, vervielfältigt oder verbreitet werden.

## Haftung für Inhalte

Die Inhalte unserer Unterlagen wurden mit größter Sorgfalt erstellt. Für die Richtigkeit, Vollständigkeit und Aktualität der Inhalte können wir jedoch keine Gewähr übernehmen