

UPDATE

Vergaberecht

Juni 2020



Angebotsausschluss wegen (individueller) Änderungen an den Vergabeunterlagen

OLG Düsseldorf, Beschluss vom 12.02.2020 – Verg 24/19

Sachverhalt

Gegenstand der Entscheidung des OLG Düsseldorf war die Vergabe von Bauleistungen zur Errichtung einer Schachtförderanlage in einem Verhandlungsverfahren mit Teilnahmewettbewerb. Die Auftraggeberin behielt sich in Ziffer 10.3 ihrer zusätzlichen Vertragsbedingungen (ZVB) das Recht zur Zurückbehaltung oder Aufrechnung wegen Ansprüchen aus anderen Rechtsgeschäften vor. Nach Einreichung eines indikativen Angebots kritisierte Bieter A in einem Verhandlungsgespräch mit der Auftraggeberin, dass die Regelung in Ziffer 10.3 ZVB zu weitreichend sei. Bieter A sah sich nämlich Schadensersatzforderungen aus einem früheren Vertrag ausgesetzt, die bei Zuschlagserteilung zur Aufrechnung mit seiner Werklohnforderung führen würden. Im Nachgang zu dem Bietergespräch übersandte A der Auftraggeberin eine E-Mail,

in der er anmerkte, mit dem Aufrechnungsvorbehalt nicht einverstanden zu sein. Die Auftraggeberin nahm jedoch in den finalen Vergabeunterlagen keine Änderung an Ziffer 10.3 ZVB vor.

A fügte seinem finalen Angebot dann ein Begleitschreiben bei, welches das Recht der Auftraggeberin zur Aufrechnung auf Ansprüche aus dem durch Zuschlagserteilung neu zu begründenden Vertrag beschränkt. Die Auftraggeberin hat das Angebot des A daraufhin wegen Änderung an den Vergabeunterlagen ausgeschlossen. Nachdem die Vergabekammer des Bundes den Nachprüfungsantrag des A zurückgewiesen hat, legte dieser sofortige Beschwerde ein.

Entscheidung

Ohne Erfolg!

Der Antrag ist mangels Erfüllung des Rügeerfordernisses schon teilweise unzulässig. Die gegen Ziffer 10.3 ZVB gerichtete Rüge ist gemäß § 160 Abs. 3 Nr. 3 GWB präkludiert. A hätte die behauptete Diskriminierung durch die Klausel bis zur Abgabe des finalen Angebots rügen müssen. Das Angebotsbegleitschreiben konnte erst nach Ablauf der Angebotsfrist geöffnet werden und mithin schon aus diesem Grund

keine Rüge vor Angebotsabgabe darstellen. Auch den weiteren Erklärungen vor Angebotsabgabe fehlt der Rügecharakter. Allgemeine Fragen und Hinweise, Kritik oder Unverständnis sind nicht ausreichend. Der Bieter muss deutlich machen, in welchem Punkt und aus welchem Grund er das Vorgehen der Auftraggeberin für fehlerhaft hält und dass er eine Korrektur erreichen will. Insofern ist der Vortrag von A, mit der Aufrechnungsklausel nicht einverstanden zu sein, da diese eine „positive projekt- bzw. vertragsbezogene Risikobeurtei-

lung“ für ihn erschwere oder unmöglich mache, nicht ausreichend.

Im Übrigen war die sofortige Beschwerde auch unbegründet, da das finale Angebot wegen der abweichenden Regelung im Angebotsbegleitschreiben zu Recht wegen Änderung der Vergabeunterlagen gemäß § 16 Abs. 1 Nr. 2 i.V.m. § 13 Abs. 1 Nr. 5 VOB/A-EU ausgeschlossen wurde. Auch unter Berücksichtigung des BGH-Urteils vom 18.06.2019 (BGH, Urteil vom 18.06.2019 – X ZR 86/17) sind die Ausführungen von A im Angebotsbegleitschreiben als Änderung der Vergabeunterlagen zu qualifizieren. Zwar enthielt Ziffer 1.1 S. 3 ZVB eine sog. Abwehrklausel, wonach abweichende Allgemeine Ge-

schäftsbedingungen (AGB) eines Bieters bei Zuschlagserteilung nicht Vertragsbestandteil werden und insoweit auch nicht als Änderung der Vergabeunterlagen qualifiziert werden können. Die Ausführungen von A im Angebotsbegleitschreiben zur Beschränkung des Rechts zur Aufrechnung sind aber nicht als AGB zu qualifizieren. Vielmehr handelt es sich um eine auf das konkrete Projekt bezogene individuelle Formulierung des A, die als Änderung der Vergabeunterlagen zu qualifizieren ist.

Praxishinweis

Der BGH hatte in seiner Entscheidung vom 18.06.2019 festgelegt, dass die Beifügung bieter eigener AGB zumindest bei Vorliegen einer Abwehrklausel nicht als den Ausschluss bedingende Änderung der Vergabeunterlagen zu qualifizieren ist. Aber auch ohne Abwehrklausel kann ein Angebot nicht ausgeschlossen werden, wenn die Verwendung abweichender AGB bloß ein erkennbares Missverständnis darstellt und ohne diese – und das ist bedeutsam – ein **sonst vollständig den Vergabeunterlagen entsprechendes Angebot** vorliegt.

Eine unzulässige Änderung der Vergabeunterlagen liegt in Übereinstimmung mit der Entscheidung des BGH und den gesetzlichen Regelungen aber weiterhin dann vor, wenn – wie im vorliegenden Fall – **einzelfallbezogene Ausführungen des Bieters von den inhaltlichen Vorgaben des Auftraggebers abweichen**.

Keine generelle Vorabinformations- und Wartepflicht unterhalb der Schwellenwerte entsprechend § 134 GWB

OLG Celle, Urteil vom 09.01.2020, 13 W 56/1

Sachverhalt

Die öffentliche Auftraggeberin schrieb die Durchführung der sozialen Schuldnerberatung nach § 11 Abs. 5 SGB XII und der Schuldnerberatung zur Unterstützung bei der Eingliederung in Arbeit nach § 1a Nr. 2 SGB II öffentlich aus. Im Rahmen dieses Vergabeverfahrens im Unterschwellenbereich forderte der Bieter die öffentliche Auftraggeberin dazu auf, sie vor Zuschlagserteilung über die Gründe der Nichtberücksichtigung des Angebots zu informieren und eine angemessene Wartefrist einzuhalten. Die Auftraggeberin lehnte entsprechende Informations- und Wartepflichten ab, was der Bieter wiederum rügte und daraufhin den Erlass einer einstweiligen Verfügung beantragte, die der Auftraggeberin die Zuschlagserteilung ohne vorherige Information der unterlegenen Bieter über die Gründe für deren Nichtberücksichtigung und ohne Einhaltung einer zehntägigen Wartefrist zur Ermögli-

chung der Inanspruchnahme gerichtlichen Rechtsschutzes untersagen sollte.

Das LG Lüneburg wies den Antrag des Bieters zurück. Zur Begründung führte das LG aus, dass der öffentlichen Auftraggeberin gerade keine (vor-)vertraglichen Nebenpflichten in Form von Informations- und Wartepflichten gemäß §§ 241 Abs. 2, 311 BGB oblägen und weder der vom Bieter vorgetragene Rechtsauffassung des OLG Düsseldorf (Urteil vom 13.12.2017 – I-27 U 25/17) gefolgt werden könne, da sie im Widerspruch zur Rechtsprechung des BVerfG stünde (Beschluss vom 13.06.2006 – BvR 1160/03), noch europarechtliche Erwägungen entsprechende Pflichten gebieten würden. Hiergegen wendete sich der Bieter mit der sofortigen Beschwerde an das OLG Celle.

Entscheidung

Ohne Erfolg!

Das OLG Celle verneinte das Bestehen von Vorabinformations- und Wartepflichten für Vergaben im Unterschwellenbereich und wies damit die sofortige Beschwerde des Bieters als unbegründet zurück.

Das Gericht begründete dies mit dem Fehlen einer entsprechenden gesetzlichen Grundlage. Öffentliche Auftraggeber sind im Unterschwellenbereich nach der vorliegend anzuwendenden Vorschrift des § 19 VOL/A (sowie der in Niedersachsen noch nicht in Kraft getretenen Regelung des § 46 UVgO) nur dazu verpflichtet, nicht berücksichtigte Bieter nachträglich über eine bereits erfolgte Zuschlagserteilung zu informieren. Eine Pflicht zur Vorabinformation vor Zuschlagserteilung sowie eine Wartepflicht bestehen nach Auffassung des OLG Celle nicht. Insofern ist auch eine analoge Anwendung von § 134 GWB ausgeschlossen, da die im politischen Prozess verworfene Aufnahme von Informations- und Wartepflichten der Annahme einer planwidrigen Regelungslücke eindeutig entgegensteht.

Das OLG Celle tritt damit eindeutig der Entscheidung des OLG Düsseldorf entgegen. Die vom OLG Düsseldorf in Bezug

genommenen Entscheidungen des EuG (Urteil vom 20.09.2011 – T-461/08) einerseits und des BVerwG zu Informations- und Wartepflichten im Beamten- und Richterrecht (Urteil vom 04.11.2010 – 2 C 16/09) andererseits führen nach Auffassung des OLG Celle nicht zu der Annahme entsprechender Nebenpflichten öffentlicher Auftraggeber im Unterschwellenbereich. So fehlt es bei der streitgegenständlichen Vergabe an einer Binnenmarktrelevanz des Auftrags, die in der Entscheidung des EuG aber gerade zentral für die Begründung von Informations- und Wartepflichten war. Zudem unterscheidet sich die vorliegende Vergabe von Aufträgen im Unterschwellenbereich insofern von den der Rechtsprechung des BVerwG zugrundeliegenden Fällen des Beamten- und Richterrechts, als in den entsprechenden Bewerberverfahren die Ausübung öffentlicher Gewalt betroffen ist und die Rechtsposition eines unterlegenen Bewerbers im Beamtenrecht verfassungsrechtlichen Schutz genießt. Schließlich sind Informations- und Wartepflichten im Unterschwellenbereich auch und gerade nach bundesverfassungsgerichtlicher Rechtsprechung verfassungsrechtlich nicht geboten.

Praxishinweis

Die Entscheidung des OLG Celle greift mit den Vorabinformations- und Wartepflichten im Unterschwellenbereich eine vergaberechtliche Grundsatzfrage auf und stellt abweichend von der in diesem Zusammenhang singulären Entscheidung des OLG Düsseldorf fest, dass es zur Etablierung einer Vorabinformations- und Wartepflicht einer gesetzlichen Rege-

lung bedarf. Diese gibt es mittlerweile in fünf Bundesländern mit variierenden Fristen (vgl. § 16 NTVergG, § 12 VgG-MV, § 8 SächsVergabeG, § 19 LVG-SA, § 19 ThürVgG). Der in Niedersachsen nunmehr geltende § 16 NTVergG, der inhaltlich an § 134 GWB angelehnt ist, war auf den vom OLG Celle entschiedenen Fall aber noch nicht anwendbar.

Zulässigkeit eines Verhandlungsverfahrens ohne Teilnahmewettbewerb (für eine Interimsbeschaffung)

OLG Düsseldorf, Beschluss vom 20.12.2019 – Verg 18/19

Sachverhalt

Wegen verzögerter Bauausführungen kündigte der Auftraggeber den vorher an Unternehmer A vergebenen Auftrag über den Trockenbau eines Neubaus auf einem Klinikgelände und schrieb die noch ausstehenden Trockenbauarbeiten in einem Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb aus. Nachdem bloß Bieter B ein Angebot einreichte, das weit oberhalb des geschätzten Auftragswertes lag, hob der Auftraggeber das Verfahren wegen Unwirtschaftlichkeit auf und schrieb es erneut im offenen Verfahren aus. In diesem Verfahren wurde das Angebot des A auf Grund des Ausschlusses

von zwei preislich günstigeren Angeboten auf Platz 1 gewertet. Wegen der Überschreitung des geschätzten Auftragswertes wurde auch dieses Verfahren mangels eines wirtschaftlichen Ergebnisses aufgehoben. Allerdings wurde B interimswise mit einem Teil der im offenen Verfahren ausgeschrieben Leistungen beauftragt. Unter Berufung auf die Rechtswidrigkeit der Aufhebung und Interimsvergabe reichte A bei der VK Rheinland einen Nachprüfungsantrag ein. Die VK Rheinland gab diesem statt. Hiergegen legte der Auftraggeber sofortige Beschwerde ein.

Entscheidung

Ohne Erfolg!

Der **interimsweise geschlossene Vertrag** zwischen dem Auftraggeber und B ist mangels europaweiter Auftragsbekanntmachung gemäß § 135 Abs. 1 Nr. 1 GWB **unwirksam**. Von der Pflicht zur Auftragsbekanntmachung konnte nicht gemäß § 12 Abs. 3 Nr. 1 S. 1, 2 VOB/A-EU abgesehen werden. Denn ein Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb nach § 3a Abs. 3 Nr. 4 VOB/A-EU ist mangels äußerster Dringlichkeit und zwingender Gründe nicht zulässig gewesen. Dringliche und zwingende Gründe kommen nur bei **akuten Gefahrensituationen und höherer Gewalt in Betracht, die zur Vermeidung von Gefahren und Schäden für Leib und Leben ein sofortiges, die Einhaltung von Fristen ausschließendes Handeln erfordern**. Die Darlegungs- und Feststellungslast trägt der Auftraggeber. Vorliegend hat der Auftraggeber das Bestehen einer Gefahrensituation aber lediglich pauschal behauptet, ohne prüfbare Tatsachen vorzutragen. Eine äußerste Dringlichkeit kann regelmäßig nicht

mit bloßen wirtschaftlichen Erwägungen begründet werden. Als Begründung unzureichend ist insoweit das Bestreben des Auftraggebers, das „unkontrollierte Abziehen von Schlüsselgewerken von der Baustelle sowie ggf. weitere Ansprüche auf Bauzeitenverlängerung“ zu vermeiden.

Darüber hinaus wurde A durch die unrechtmäßige Aufhebung in seinen Rechten verletzt. Zwar könne eine Ausschreibung gemäß § 17 Abs. 1 Nr. 3 VOB/A-EU aufgehoben werden, wenn diese zu keinem wirtschaftlichen Ergebnis geführt hat. Dies setze jedoch voraus, dass auch das wirtschaftlichste Angebot erheblich über dem Preis liegt, der nach einer ordnungsgemäßen Schätzung des Auftragswertes ermittelt worden ist. Mangels ordnungsgemäßer Kostenschätzung konnte sich der Auftraggeber aber nicht auf den Aufhebungsgrund der Unwirtschaftlichkeit berufen. Dieser hatte **nämlich nicht überprüft, ob die 2016 ermittelten Preise 2018 überhaupt noch Gültigkeit besitzen**.

Praxishinweis

Beschaffungen im Wege von Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb, insbesondere zur interimsweisen Vergabe von Aufträgen, unterliegen sehr strengen Voraussetzungen, die kumulativ erfüllt sein müssen. Gemäß § 3a Abs. 3 Nr. 4 VOB/A-EU muss (1.) ein für den betreffenden Auftraggeber unvorhersehbares Ereignis vorliegen; (2.) es müssen dringliche und zwingende Gründe gegeben sein, die die Einhaltung der bei einem Verfahren mit Bekanntmachung vorgeschriebenen Fristen nicht zulassen; und (3.) es muss ein kausaler Zusammenhang zwischen dem unvorhergesehenen Ereignis und der Unmöglichkeit, die vorgeschriebenen Fristen einzuhalten, bestehen. Zudem (4.) darf der Auftraggeber die **Unmöglichkeit nicht verschuldet haben**. Ausnahmen vom fehlenden Verschulden des Auftraggebers macht die Rechtsprechung lediglich im Bereich **zwingender Daseinsvorsorge** (vgl. VK Südbayern, Beschluss vom 12.08.2016 –

Z3-3-3194-1-27-07-16 für die Versorgung von Asylbewerbern). Damit ist der Tatbestand des § 3a Abs. 3 Nr. 4 VOB/A-EU grundsätzlich auf unvorhersehbare Katastrophenfälle beschränkt.

Interimsvergaben müssen ferner auf die Leistungen beschränkt sein, die zur vorübergehenden Bedarfsdeckung unbedingt erforderlich sind, und auf den **Zeitraum beschränkt werden**, der zur Durchführung des erforderlichen Vergabeverfahrens notwendig ist.

Interessenkonflikt bei gleichzeitiger Beratung von Auftraggeber und Bieter durch einen Rechtsanwalt in unterschiedlichen Mandaten

VK Saarland, Beschluss vom 09.09.2019 - 2 VK 01/19

Sachverhalt

Gegenstand des Vergabenaachprüfungsverfahrens war die Vergabe von Bauleistungen für den Rohbau eines Krankenhausbauwerkes. Einziges Zuschlagskriterium war der Preis.

In der Auftragsbekanntmachung war der Verfahrensbevollmächtigte der Antragsgegnerin als Kontaktstelle für den Auftraggeber mit seiner Kanzlei namentlich benannt.

Der Verfahrensbevollmächtigte der Antragsgegnerin war darüber hinaus zwar nicht in dem konkreten Vergabeverfahren aber in anderen aktuellen Mandaten auch für die Antragstellerin tätig.

Die Submission der elektronischen Angebote wurde durch den Verfahrensbevollmächtigten der Antragsgegnerin und eine Mitarbeiterin des Verfahrensbevollmächtigten in dessen Kanzleiräumen durchgeführt.

Das Angebot der Antragstellerin ging dabei als das preislich Günstigste hervor.

Im Zuge der Angebotsprüfung wurde festgestellt, dass im Angebot der Antragstellerin an verschiedenen Stellen Angaben zu Produkten bzw. Typenangaben fehlten. Die Antragstellerin reichte auf Nachforderung gemäß § 16a EU VOB/A Unterlagen nach. Die erneute Prüfung ergab, dass für einige der bemängelten Positionen keine Unterlagen eingereicht worden waren, des Weiteren gegenüber dem Angebot bei

mehreren Positionen die Fabrikate geändert worden und schließlich bei einigen Positionen mehrere Fabrikate und Typenangaben aufgeführt worden waren. Aufgrund dieser Mängel wurde das Angebot der Bieterin auf Grundlage eines von dem Verfahrensbevollmächtigten der Antragsgegnerin erstellten Schreibens ausgeschlossen.

Die Antragstellerin rügte den Ausschluss ihres Angebots mangels Anwendbarkeit der Ausschlussregelung in § 16a EU VOB/A. Überdies wurden einen Verstoß gegen das 4-Augen-Prinzip des § 14 Abs. 1 EU VOB/A sowie insbesondere ein Verstoß gegen § 6 VgV wegen der Verletzung der Pflicht zur Vermeidung von Interessenkonflikten gerügt, da der Verfahrensbevollmächtigte der Antragsgegnerin an dem Vergabeverfahren mitgewirkt und gleichzeitig die Antragstellerin in anderen Mandaten anwaltlich vertreten hat.

Infolge der Nichtabhilfe stellte die Antragstellerin Nachprüfungsantrag bei der VK Saarland.

Entscheidung

Mit Erfolg!

Zunächst verneinte die VK mit Blick auf die restriktive Auslegung der Präklusionsvorschrift des § 160 Abs. 3 Nr. 1 GWB eine verspätete Rüge hinsichtlich des behaupteten Interessenkonflikts infolge der Mitwirkung der Verfahrensbevollmächtigten der Antragsgegnerin.

Darüber hinaus wurde ein Verstoß gegen das 4-Augen-Prinzip des § 14 Abs. 1 EU VOB/A von Seiten der VK verneint. Vertreter des Auftraggebers bei Durchführung der Öffnung der Angebote im Sinne des § 55 Abs. 2 S. 1 VgV kann jede von ihm hierzu ermächtigte Person sein, etwa ein Mitarbeiter oder externer Berater, ebenso ein Rechtsanwalt. Danach war auch die Angebotsöffnung durch den Verfahrensbevollmächtigten der Antragsgegnerin zusammen mit einer Mitarbeiterin zulässig.

Allerdings wurde ein Verstoß gegen das Mitwirkungsverbot von § 6 Abs. 1 VgV bejaht und das Verfahren aufgrund dieses Verstoßes in den Stand vor Angebotswertung zurückversetzt.

Nach Auffassung der VK fallen auch Rechtsanwälte wie der Verfahrensbevollmächtigte der Antragsgegnerin unter den Begriff des Beschaffungsdienstleisters des § 6 Abs. 1 VgV. **Wesentlich** ist in diesem Zusammenhang die Auffassung der

VK, dass zur Bejahung der Vermutung eines Interessenkonflikts gemäß § 6 Abs. 3 Nr. 2 VgV schon die aktuelle Beratungstätigkeit des Rechtsanwalts für die Antragstellerin in anderen Mandaten neben der Tätigkeit für die Antragsgegnerin im konkreten Vergabeverfahren ausreichend ist. Nach dem neuen Gesetzeswortlaut kommt es im Gegensatz zur früheren gesetzlichen Regelung nämlich nicht mehr auf eine mandatsbezogene Tätigkeit im konkreten Vergabeverfahren an.

Die gesetzliche Vermutungsregel des § 6 Abs. 3 VgV kann aber dadurch widerlegt werden, dass organisatorische Maßnahmen nachgewiesen werden, die es ausschließen, dass innerhalb der Organisationseinheit vom Mitwirkungsverbot betroffene Personen tatsächlich mitwirken können.

Der Vortrag der Antragsgegnerin, dass ein zwingender Ausschlussgrund vorliegt und sich eine fehlerhafte Mitwirkung mithin nicht auf das Ergebnis der Entscheidung auswirken konnte, ist nicht geeignet, die Vermutungsregel zu widerlegen. Dies liegt daran, dass sich die Vorschrift gegen die fehlerhafte Mitwirkung als solche wendet und es auch bei Vorliegen eines zwingenden Ausschlussgrundes bei der fehlerhaften Mitwirkung verbleibt.

Praxishinweis

Die Entscheidung der VK Saarland ist insofern bedeutsam, als sie feststellt, dass ein Interessenkonflikt schon dann vorliegt, wenn ein Rechtsanwalt den Auftraggeber in einem Vergabeverfahren berät und gleichzeitig, wenn auch nicht im konkreten Vergabeverfahren aber in anderen laufenden Mandaten, einen der Bieter vertritt.

Nach dieser Entscheidung sind Auftraggeber, sofern sie sich in einem Vergabeverfahren anwaltlich beraten lassen, gehalten, sich den Bieterkreis genauestens anzuschauen, um

sodann mit ihrem Rechtsanwalt zu klären, ob dieser Bieter des Vergabeverfahrens aktuell berät.

Zu diesem Themenkreis sollte die weitere Entwicklung in der Rechtsprechung aufmerksam verfolgt werden.

Die Kenntnis vergaberechtlich relevanter Tatsachen von Beratern wird dem Auftraggeber (manchmal folgenschwer) zugerechnet!

OLG Koblenz, Urteil vom 07.05.2020, 1 U 772/19

Sachverhalt

Das OLG hatte sich mit einer Klage auf Schadensersatz zu befassen, die die Klägerin wegen des Ausschlusses ihres Angebots von einer öffentlichen Ausschreibung zum Umbau einer Kindertagesstätte erhoben hatte.

Die Klägerin hatte im Rahmen der Ausschreibung der Beklagten **das preislich günstigste Angebot** abgegeben. Alleiniges Zuschlagskriterium war der Preis. Im Anschluss an die Angebotseröffnung wurde die Klägerin durch die von der Beklagten mit der Durchführung des Vergabeverfahrens beauftragten Architektin aufgefordert, zur Prüfung der Bieterreignung das Formblatt 126 (Sicherheitsauskunft und Verpflichtungserklärung - Nachunternehmer - Unterauftragnehmer), das Formblatt 223 (Aufgliederung der Einheitspreise), das Leistungsverzeichnis sowie die Urkalkulation nachzureichen.

Die geforderten Unterlagen wurden von der Klägerin am 04.07.2017 fristgerecht nachgereicht. Am 05.07.2017 erklärte die Klägerin jedoch, in der überreichten Urkalkulation einen formellen Fehler gemacht zu haben, und bat um Aus-

tausch mit einer korrigierten Kalkulation. Auch diese wurde fristgerecht am 05.07.2017 in einem verschlossenen Umschlag bei der Architektin eingereicht.

Die beiden von der Klägerin bei der Architektin eingereichten Umschläge wurden von der Architektin mit Post-it-Zettel und der jeweiligen Aufschrift „1. Urkalkulation“ für die Kalkulation vom 04.07.2017 und „2. Urkalkulation“ für die Kalkulation vom 05.07.2017 gekennzeichnet.

Die Klägerin wurde infolge der Übersendung der geänderten Urkalkulation vom 05.07.2017 wegen Unzuverlässigkeit bzw. des Verdachts eines Manipulationsversuches vom Verfahren ausgeschlossen. Die Beklagte erteilte schließlich einem anderen Bieter den Zuschlag und teilte dies der Klägerin mit. Die von der Klägerin vor dem Landgericht erhobene Klage auf Schadensersatz in Höhe des entgangenen Gewinns hatte Erfolg. Hiergegen wendete sich die Beklagte mit der vorliegenden Berufung.

Entscheidung

Ohne Erfolg!

Das OLG Koblenz bejahte den Schadensersatzanspruch und verurteilte die Beklagte gemäß §§ 241 Abs. 2, 311 Abs. 2 Nr. 1, 280 Abs. 1 S. 1 BGB zur Zahlung in Höhe des entgangenen Gewinns von 24.935,72 €.

Das Angebot der Klägerin war vergaberechtswidrig wegen

der behaupteten Unzuverlässigkeit bzw. des Verdachts eines Manipulationsversuches vom Verfahren ausgeschlossen worden.

Nach Auffassung des Senats hat die Klägerin vor Ablauf der Frist zur Abgabe der nachgeforderten Unterlagen erkannt, dass sie bei der Fertigung ihrer Urkalkulation einen Fehler begangen hat. Diesen hat sie durch die **fristgerechte**

Nachreichung der „2. Urkalkulation“ am 05.07.2017 vergaberechtskonform behoben.

Die Beklagte muss sich in diesem Zusammenhang die **Kenntnis der von ihr beauftragten Architektin gemäß § 278 BGB zurechnen lassen**. Daher war ersichtlich, dass die „2. Urkalkulation“ vom 05.07.2017 die maßgebliche Kalkulation war.

Insoweit durfte das Angebot der Klägerin infolge der Übersendung der geänderten Urkalkulation vom 05.07.2017 nicht wegen der behaupteten Unzuverlässigkeit bzw. des Ver-

dachts eines Manipulationsversuches vom Verfahren ausgeschlossen werden.

Es bestehen auch keine Anhaltspunkte für das von der Beklagten behauptete kollusive Zusammenwirken von Klägerin und Architektin zum Nachteil von anderen Bietern.

Danach hätte der Zuschlag auf das Angebot der Klägerin erteilt werden müssen. Mithin steht ihr der entgangene Gewinn in Höhe von 24.935,72 € zu.

Praxishinweis

Die Entscheidung des Zivilsenats des OLG Koblenz ist eine der wenigen Entscheidungen zur Gewährung von Schadensersatz in Höhe des entgangenen Gewinns. Sie belegt einerseits die **Letztverantwortlichkeit des öffentlichen Auftraggebers für die von ihm in das Vergabeverfahren einbezogenen Berater** (ein etwaiger Rückgriff der Beklagten bei der Architektin ist im Außenverhältnis zur Klägerin

nicht relevant) und andererseits die Erforderlichkeit einer genauen vergaberechtlichen Prüfung des Ausschlusses eines Bestbieters ggf. unter Hinzuziehung anwaltlicher Beratung. Dies gilt natürlich für Ausschlussprüfungen unterhalb wie oberhalb der Schwellenwerte gleichermaßen.

Aufgrund der Aktualität können die angesprochenen Themen nur schlagwortartig und in gedrängter Kürze dargestellt werden. Die Lektüre ersetzt also in keinem Fall eine Rechtsberatung.

Urheberrecht

Aulinger Rechtsanwälte Notare – Alle Rechte vorbehalten. Die Wiedergabe, Vervielfältigung, Verbreitung und/oder Bearbeitung sämtlicher Inhalte und Darstellungen des Beitrages sowie jegliche sonstige Nutzung ist nur mit vorheriger schriftlicher Zustimmung von Aulinger Rechtsanwälte Notare gestattet.

Haftungsausschluss

Diese Mandanteninformation enthält ausschließlich allgemeine Informationen, die nicht geeignet sind, den besonderen Umständen eines Einzelfalles gerecht zu werden. Sie hat nicht den Sinn, Grundlage für wirtschaftliche oder sonstige Entscheidungen jedweder Art zu sein. Sie stellt keine Beratung, Auskunft oder ein rechtsverbindliches Angebot auf Beratung oder Auskunft dar und ist auch nicht geeignet, eine persönliche Beratung zu ersetzen.

Weder übernehmen Aulinger Rechtsanwälte Notare und auch die in dieser Mandanteninformation namentlich genannten Personen Garantie oder Gewährleistung, noch haften Aulinger Rechtsanwälte Notare und einzelne Personen in irgendeiner anderen Weise für den Inhalt dieser Mandanteninformation.

Aulinger im Vergabe- und Vertragsrecht

Für weitere Informationen sprechen Sie uns gerne an.



Dr. Nicola Ohrtmann

Partnerin Vergaberecht
nicola.ohrtmann@aulinger.eu



Dr. Markus Haggenev

Partner Vertragsrecht
markus.haggenev@aulinger.eu



Katrin Weßler

Associate Vergaberecht
katrin.wessler@aulinger.eu



Sven Beaujean

Associate Vergaberecht
sven.beaujean@aulinger.eu



Samira Asabar

Associate Vergaberecht
samira.asabar@aulinger.eu



Dr. Melanie Verstege

Salary-Partnerin Vertragsrecht
melanie.verstege@aulinger.eu



Dr. Jens Hausmanns

Salary-Partner Vertragsrecht
jens.hausmanns@aulinger.eu

Aulinger Rechtsanwälte Notare

Bochum

Josef-Neuberger-Straße 4
44787 Bochum
Telefon 0234 68779-0
Telefax 0234 68779-993

Essen

Frankenstraße 348
45133 Essen
Telefon 0201 95986-0
Telefax 0201 95986-99

