



BATTKE GRÜNBERG

vorausdenken. effektiv handeln.

Dienstag, 21. Juni 2022

Gewagtes und Gewieftes

Aktuelles aus der Rechtsprechung

Referent

Dr. Ludger Meuten

Rechtsanwalt | Battke Grünberg



War nicht so gemeint – Zur Auslegung von Angeboten

VK Nordbayer, Beschl. v. 18. November 2021

- ▶ Der AG schrieb europaweit die „Lieferung von Kleinkehrmaschinen“ losweise als Lieferauftrag im offenen Verfahren aus. Alleiniges Zuschlagskriterium ist der Preis.
- ▶ Die ASt bietet für alle drei Einzellose den günstigsten Preis.
- ▶ Das Angebotsschreiben der ASt, das gemäß Vergabeplattform nach § 126b BGB per Textform signiert ist, enthält u.a. folgenden Passus:
 - ▶ An mein/unser Angebot halte(n) ich/wir mich/uns bis zum Ablauf der Bindefrist gebunden.

War nicht so gemeint – Zur Auslegung von Angeboten

VK Nordbayer, Beschl. v. 18. November 2021

- ▶ Dem Angebotsschreiben sind drei Schreiben der ASt mit den Bezeichnungen: LOS 1 Ausschreibung-Angebot (...)“... beigefügt
- ▶ Jedes dieser Schreiben beginnt auf Seite 2 mit „Freibleibendes Angebot:“. Anschließend folgt die entsprechende Produktbeschreibung inkl. Preisangaben.
- ▶ Das Angebot der ASt wurde wegen Abänderung der Vergabeunterlagen ausgeschlossen
- ▶ Zu Recht?

War nicht so gemeint – Zur Auslegung von Angeboten

VK Nordbayer, Beschl. v. 18. November 2021

- ▶ Grundsätzlich liegt eine unzulässige Änderung an den Vergabeunterlagen vor, wenn der Bieter nicht das anbietet, was der öffentliche Auftraggeber nachgefragt hat, sondern von den Vorgaben der Vergabeunterlagen abweicht.
- ▶ Hinsichtlich des Angebots des Bieters ist Maßstab der Auslegung, wie ein mit den Umständen des Einzelfalls vertrauter Dritter in der Lage die Vergabestelle das Angebot nach Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte verstehen musste oder durfte.

War nicht so gemeint – Zur Auslegung von Angeboten

VK Nordbayer, Beschl. v. 18. November 2021

- ▶ Es gibt keinen Erfahrungssatz, dass der Bieter stets das vom Ausschreibenden Nachgefragte anbieten will, auch wenn ihm redliche und interessensgerechte Absichten zu unterstellen sind.
- ▶ Das Angebot der ASt stellt sich zusammengefasst wie folgt dar: Einerseits soll das Angebot laut Angebotsschreiben verbindlich sein, andererseits soll unverbindlich sein.
- ▶ Das Angebot der ASt ist damit als in sich widersprüchlich anzusehen.

War nicht so gemeint – Zur Auslegung von Angeboten

VK Nordbayer, Beschl. v. 18. November 2021

- ▶ Ist ein Angebot in sich widersprüchlich, so stellt dies nicht unmittelbar einen Ausschlussgrund dar.
- ▶ Das Angebot hat keinen von den Vergabeunterlagen abweichenden Inhalt, sondern ist in diesem Punkt lediglich nicht eindeutig.
- ▶ Bei Widersprüchlichkeit bedarf das Angebot vielmehr der Aufklärung.
- ▶ Dem Bieter muss die Gelegenheit eingeräumt werden, die Widersprüchlichkeit auszuräumen.

War nicht so gemeint – Zur Auslegung von Angeboten

VK Nordbayer, Beschl. v. 18. November 2021

- ▶ Daraus folgt, dass eine Aufklärung bei Abweichungen von Vergabeunterlagen nicht stets gefordert wird, sondern nur dann, wenn die Abweichung ein Missverständnis des Bieters indiziert und im Rahmen der Aufklärung ohne weiteres ein vollständig den Vergabeunterlagen entsprechendes Angebot herbeigeführt werden kann.
- ▶ Dem AG musste sich die Möglichkeit aufdrängen, dass die Formulierung „Freibleibendes Angebot“ in den Begleitschreiben auf einem Missverständnis beruhte.

War nicht so gemeint – Zur Auslegung von Angeboten

VK Nordbayer, Beschl. v. 18. November 2021

- ▶ In der mündlichen Verhandlung hat die ASt auf Nachfrage der Vergabekammer mitgeteilt, dass sie ein verbindliches Angebot hat abgeben wollen, sodass mittlerweile der Inhalt des widersprüchlichen Angebots klargestellt und eine Aufklärung damit obsolet geworden ist.

War auch nicht so gemeint – Aufhebung und dann?

VK Bund, Beschl. v. 2. März 2022

- ▶ Der AG leitete mit EU-Bekanntmachung europaweites Verhandlungsverfahren mit Teilnahmewettbewerb zur Vergabe „Zivil-gewerbliche Bewachung am Standort [XX]“ in zwei Losen nach VSVgV ein.
- ▶ In der Aufforderung zur Abgabe eines Teilnahmeantrages wurde jedoch als Verfahrensart das nicht offene Verfahren mit Teilnahmewettbewerb angegeben, ebenso wie in der Aufforderung zur Angebotsabgabe.
- ▶ In der Angebotsaufforderung war zudem angegeben, dass keine Verhandlungen vorgesehen sind.

War auch nicht so gemeint – Aufhebung und dann?

VK Bund, Beschl. v. 2. März 2022

- ▶ Die Antragstellerin hat für beide Lose Angebote abgegeben. Am 7. Januar 2022 erhielt sie die Mitteilung, ihre Angebote könnten nicht berücksichtigt werden.
- ▶ Dies wurde damit begründet, dass die Antragstellerin nicht das wirtschaftlichste Angebot auf Basis der Zuschlagskriterien eingereicht habe.
- ▶ Mit Schreiben vom 14. Januar 2022 rügte die Antragstellerin die Angebotswertung. Mit Schreiben vom 20. Januar 2022 teilte die Antragsgegnerin der

War auch nicht so gemeint – Aufhebung und dann?

VK Bund, Beschl. v. 2. März 2022

„Antragstellerin mit, ihrer Rüge werde abgeholfen und das Vergabeverfahren aufgehoben

- ▶ Die Aufhebung wird wie folgt begründet:
- ▶ Das Vergabeverfahren wird aufgrund schwerwiegender Gründe aufgehoben.
- ▶ Begründung: fehlerhafte Auftragsbekanntmachung im Amtsblatt der Europäischen Union
- ▶ Das Verfahren wird demnächst neu eingeleitet.

War auch nicht so gemeint – Aufhebung und dann?

VK Bund, Beschl. v. 2. März 2022

- ▶ Nach erfolgloser Rüge gegen die Aufhebungsentscheidung beantragte die Antragstellerin im Nachprüfungsverfahren folgendes:
 - ▶ ..., die Antragsgegnerin zu verpflichten, die geltend gemachten Verstöße gegen die Bestimmungen des Vergaberechts zu beseitigen und unter Berücksichtigung der Rechtsauffassung der Vergabekammer das Vergabeverfahren fortzuführen,
 - ▶ Hilfsweise: Für den Fall der Erledigung des Nachprüfungsverfahrens durch die Aufhebung oder in sonstiger Weise festzustellen, dass eine Rechtsverletzung vorgelegen hat,

War auch nicht so gemeint – Aufhebung und dann?

VK Bund, Beschl. v. 2. März 2022

- ▶ Die Aufhebung ist nicht aus Willkür erfolgt, sondern um bestehende Unklarheiten aus dem geführten Verfahren zu beseitigen. Die Bekanntmachung sei fehlerhaft gewesen, da die falsche Verfahrensart angegeben worden sei. Man habe ein nicht offenes Verfahren gewollt.
- ▶ Allen Bietern müsse die Gelegenheit gegeben werden, in einem widerspruchsfreien und transparenten Verfahren ein Angebot abzugeben.
- ▶ Aufhebung wirksam, keine unzulässige Scheinaufhebung aus zu missbilligenden Gründe

War auch nicht so gemeint – Aufhebung und dann?

VK Bund, Beschl. v. 2. März 2022

- ▶ Dem von der Antragstellerin gestellten Antrag auf Feststellung der Rechtswidrigkeit der Aufhebung sowie Feststellung der Rechtsverletzung ist stattzugeben.
- ▶ Die Antragsgegnerin hat die Ausschreibung aufgehoben, ohne dass die materiellen Voraussetzungen für den von ihr herangezogenen Aufhebungsgrund nachgewiesen sind.
- ▶ Die Aufhebung ist insoweit rechtswidrig.

War auch nicht so gemeint – Aufhebung und dann?

VK Bund, Beschl. v. 2. März 2022

- ▶ Ein Vergabeverfahren kann aufgehoben werden, wenn andere schwerwiegende Gründe bestehen.
- ▶ Berücksichtigungsfähig sind grundsätzlich nur Mängel, die die Durchführung des Verfahrens und die Vergabe des Auftrags selbst ausschließen, wie etwa das Fehlen der Bereitstellung öffentlicher Mittel durch den Haushaltsgesetzgeber.

War auch nicht so gemeint – Aufhebung und dann?

VK Bund, Beschl. v. 2. März 2022

- ▶ Ein zur Aufhebung der Ausschreibung Anlass gebendes Fehlverhalten der Vergabestelle kann danach schon deshalb nicht ohne weiteres genügen, weil diese es andernfalls in der Hand hätte, nach freier Entscheidung durch Verstöße gegen das Vergaberecht den bei der Vergabe öffentlicher Aufträge bestehenden Bindungen zu entgehen.
- ▶ Eine Aufhebung kann daher nur rechtmäßig erfolgen, wenn der Aufhebungsgrund nicht vom Auftraggeber selbst schuldhaft herbeigeführt worden ist.

War auch nicht so gemeint – Aufhebung und dann?

VK Bund, Beschl. v. 2. März 2022

- ▶ Der Auftraggeber hat eine Aufhebung zu vertreten, wenn er bei Einleitung des Vergabeverfahrens den Aufhebungsgrund kannte oder kennen konnte.
- ▶ Hier hat der Auftraggeber bei Einleitung des Vergabeverfahrens das Verhandlungsverfahren in der Bekanntmachung festgelegt, obwohl er eigentlich ein nicht-offenes Verfahren mit Teilnahmewettbewerb beabsichtigte und dies später in den Vergabeunterlagen den teilnehmenden Bieter auch so kommunizierte.
- ▶ Bei Anwendung der notwendigen Sorgfalt wäre der Fehler vermeidbar gewesen.

Wer den Schaden hat – bekommt entgangenen Gewinn?

BGH, Urt. v. 23. November 2021, Az.: XIII ZR 20/19

- ▶ Der Kläger fordert von der beklagten Gemeinde Schadensersatz wegen fehlerhafter Durchführung eines Vergabeverfahrens.
- ▶ Die Beklagte machte im Dezember 2015 eine öffentliche Ausschreibung nach Abschnitt 1 der VOB/A bekannt.
- ▶ Ein Mitbieter erhielt als vermeintlich günstigster Bieter am 21. Januar 2016 den Zuschlag auf sein Angebot von EUR 156.060,75.
- ▶ Anschließend wurde festgestellt, dass es bei der Bearbeitung der Angebote zu einem Übertragungsfehler gekommen war.

Wer den Schaden hat – bekommt entgangenen Gewinn?

BGH, Urt. v. 23. November 2021, Az.: XIII ZR 20/19

- ▶ Dadurch war das Angebot des Mitbieters geringfügig günstiger erschienen als das des Klägers.
- ▶ Die Beklagte schloss mit dem Mitbieter einen Aufhebungsvertrag.
- ▶ Es wurde ein neues Vergabeverfahren unter Beteiligung des Mitbieters und des Klägers durchgeführt. Der Mitbieter erhielt erneut den Zuschlag.
- ▶ Mit der Klage begehrt der Kläger Schadensersatz für den ihm entgangenen Auftrag in Höhe von EUR 32.203,13.

Wer den Schaden hat – bekommt entgangenen Gewinn?

BGH, Urt. v. 23. November 2021, Az.: XIII ZR 20/19

- ▶ Ein Schadensersatzanspruch wegen einer verfahrensfehlerhaft erfolgten Vergabe umfasst ausnahmsweise dann den Ersatz entgangenen Gewinns, wenn der übergangene Bieter
 - ▶ - den Auftrag bei ordnungsgemäßer Vergabe hätte erhalten müssen und
 - ▶ - ein Zuschlag tatsächlich erteilt worden ist.

Wer den Schaden hat – bekommt entgangenen Gewinn?

BGH, Urt. v. 23. November 2021, Az.: XIII ZR 20/19

- ▶ Kein Anspruch auf Ersatz entgangenen Gewinns, wenn der Auftraggeber durch Aufhebung des ersten Vergabeverfahrens eine fehlerfreie Neuvergabe vornimmt oder
- ▶ ein wirtschaftlich und wertungsmäßig entsprechendes Ergebnis herbeiführt, indem er mit demjenigen, der den Zuschlag zu Unrecht erhalten hat, einen Aufhebungsvertrag schließt und sodann in Bezug auf den gleichen Auftrag ein neues – vergabekonformes - Vergabeverfahren durchführt

Wer den Schaden hat – bekommt entgangenen Gewinn?

BGH, Urt. v. 23. November 2021, Az.: XIII ZR 20/19

- ▶ Ein Anspruch auf Ersatz entgangenen Gewinns ist grundsätzlich nur dann gegeben, wenn der "falsche" Bieter den Auftrag auch tatsächlich erhält.
- ▶ Hier hat aber im Zuge des zweiten Verfahrens der "richtige" Bieter den Zuschlag erhalten
- ▶ Nach den oben genannten Grundsätzen kann ein Anspruch auf das negative Interesse (Angebots-erstellungskosten) gegeben sein, wenn es zum Abschluss eines Aufhebungsvertrags mit dem falschen Bieter und Durchführung eines neuen Vergabeverfahrens kommt.

Linkes mit dem "link"

VK Bund, Beschl. v. 6. April 2022, Az.: 2-26/22

- ▶ AG schrieb die Leistung "Erneuerung der Fahrbahn, konkret der Fahrzeugrückhaltesysteme" europaweit aus.
- ▶ In der Auftragsbekanntmachung ist unter III.1.3 Technische und berufliche Leistungsfähigkeit unter den Punkten „Auflistung und kurze Beschreibung der Eignungskriterien“ über einen Direktlink die „Eigenerklärung Eignung“ abrufbar.
- ▶ In der „Eigenerklärung Eignung“ findet sich unter „I. Verpflichtende Eignungsnachweise“ der Klammerzusatz „(Angaben sind immer vorzunehmen, soweit das Unternehmen nicht PQ-qualifiziert ist)“.

Linkes mit dem "link"

VK Bund, Beschl. v. 6. April 2022, Az.: 2-26/22

- ▶ Weiter heißt es unter „4. Technische und berufliche Leistungsfähigkeit: Vorlage geeigneter Referenzen über die Ausführung von Bauleistungen in den letzten 5 Kalenderjahren, die mit der zu vergebenden Leistung vergleichbar sind.“
- ▶ Darunter werden 3 Referenzen abgefragt hinsichtlich „Bezeichnung der Leistung, des Auftragswertes des auf mein/unser Unternehmen entfallenden Anteils, des Ausführungszeitraums und des Auftraggebers“.
- ▶ Das Textfeld „Als vergleichbare Leistungen werden anerkannt:“ ist weder angekreuzt noch ausgefüllt.

Linkes mit dem "link"

VK Bund, Beschl. v. 6. April 2022, Az.: 2-26/22

- ▶ Die Antragstellerin (ASt) reichte fristgerecht ein Angebot unter Angabe ihrer PQ-Nummer ein.
- ▶ Der PQ-Eintrag umfasst dabei u.a. die Leistungsbereiche 411_05 Ausstattung von Straßen und 614_01 umfassende Bauleistung für Fernstraßen und Straßen.
- ▶ Für den einschlägigen Leistungsbereich sind 3 Referenzen im PQ-Eintrag angegeben, von denen eine in finanzieller Hinsicht wie auch hinsichtlich des streckenmäßigen Leistungsumfanges nur einen kleinen Bruchteil des ausgeschriebenen Auftrags ausmacht.

Linkes mit dem "link"

VK Bund, Beschl. v. 6. April 2022, Az.: 2-26/22

- ▶ Gemäß Submissionsprotokoll ist die ASt mit ihrem Angebot die preislich erstplatzierte Bieterin.
- ▶ Aus dem Vergabevermerk folgt, dass das Angebot der ASt im Rahmen der Eignungsprüfung ausgeschlossen wurde, da es keine drei vergleichbaren Referenzen im PQ-Eintrag enthalte.
- ▶ Zwei Referenzen würden als noch vergleichbar anerkannt, die dritte aber nicht.
- ▶ Ast. wehrt sich gegen den Ausschluss

Linkes mit dem "link"

VK Bund, Beschl. v. 6. April 2022, Az.: 2-26/22

- ▶ Der Nachprüfungsantrag ist zulässig und begründet.
- ▶ Die ASt musste keine vergleichbaren Referenzen benennen, so dass es auf die Frage, ob die eine von mehreren, im Rahmen der Präqualifizierung hinterlegte und seitens der Ag problematisierte Referenz wirklich nicht vergleichbar ist, nicht ankommt. Eine Nachforderung von Referenzen ist ebenso nicht erforderlich.

Linkes mit dem "link"

VK Bund, Beschl. v. 6. April 2022, Az.: 2-26/22

- ▶ Für die Frage, welche Eignungsanforderungen ein Bieter im Vergabeverfahren zu erfüllen hat, kommt es aufgrund der Regelung in § 122 Abs. 4 S. 2 GWB, wonach Eignungsanforderungen in der Auftragsbekanntmachung aufgeführt werden müssen, vorliegend ausschließlich auf die Auftragsbekanntmachung nebst den direkt verlinkten Eignungsvorgaben an.

Linkes mit dem "link"

VK Bund, Beschl. v. 6. April 2022, Az.: 2-26/22

- ▶ Das Formular „Eigenerklärung Eignung“ fordert unter Punkt I.4 die „Vorlage geeigneter Referenzen über die Ausführung von Bauleistungen in den letzten 5 Kalenderjahren, die mit der zu vergebenden Leistung vergleichbar sind“.
- ▶ Allerdings enthält das Formular schon zu Beginn unter „I. Verpflichtende Eignungsnachweise“ eine Einschränkung dahin, dass Angaben nur dann vorzunehmen sind, soweit das Unternehmen nicht PQ-qualifiziert ist.

Linkes mit dem "link"

VK Bund, Beschl. v. 6. April 2022, Az.: 2-26/22

- ▶ Dies folgt aus dem Wortlaut der vorbehaltlosen Formulierung unter I. der Eigenerklärung zur Eignung, die schlicht auf das Vorhandensein bzw. das Nicht-Vorhandensein einer PQ-Qualifizierung abstellt und die Benennung von Referenzen durch Ausfüllen der Eigenerklärung eben ausschließlich von nicht präqualifizierten Bietern verlangt.
- ▶ Da die ASt präqualifiziert ist, hat sie keine Referenzen vorgelegt und sich damit so verhalten, wie das Formblatt es vorsieht.

Linkes mit dem "link"

VK Bund, Beschl. v. 6. April 2022, Az.: 2-26/22

- ▶ In dem von der Ag verwendeten Vergabehandbuch ist zwar ausdrücklich angesprochen, dass die über eine Präqualifikation einbezogenen Referenzen auch hinsichtlich ihrer Vergleichbarkeit mit dem zu vergebenden Auftrag zu prüfen sind.
- ▶ Maßstab für die Überprüfung der Eignung ist aber nicht das Vergabehandbuch, das einen internen Leitfaden für den öffentlichen Auftraggeber darstellt, sondern relevant sind die Vorgaben, die der Auftraggeber den Bietern gegenüber aufgestellt und bekannt gegeben hat.

Linkes mit dem "link"

VK Bund, Beschl. v. 6. April 2022, Az.: 2-26/22

- ▶ Soweit die Ag der Auffassung ist, dass das Vorliegen von drei vergleichbaren Referenzen eine unverzichtbare Eignungsanforderung für die Durchführung der zu vergebenden Leistung ist, wäre das Vergabeverfahren in den Stand vor Auftragsbekanntmachung zurückzusetzen.

Vielen Dank!





BATTKE GRÜNBERG

vorausdenken. effektiv handeln.

KOMMUNIKATION PFLEGEN

Battke Grünberg

T: + 49 351 563 90 22

Rechtsanwälte PartGmbH

F: + 49 351 563 90 99

Kleine Brüdergasse 3-5

E: info@battke-gruenberg.de

01067 Dresden

W: www.battke-gruenberg.de





BATTKE GRÜNBERG

vorausdenken. effektiv handeln.

Wir sind ausgezeichnet!





BATTKE GRÜNBERG

vorausdenken. effektiv handeln.

Folgen sie uns auch gerne auf
LinkedIn und Twitter!

