

**Architektenkammer und Ingenieurkammer des
Saarlandes, Landkreistag Saarland,
Saarländischer Städte- und Gemeindetag unter
der Schirmherrschaft von Klaus Bouillon,
14. Oktober 2021, Online-Veranstaltung**

Saarländischer Vergabetag

Susanne Corinth
Rechtsanwältin, Rechtsanwältin am Barreau d'Avocats de Luxembourg
Fachanwältin für Bau- und Architektenrecht
Fachanwältin für Vergaberecht
Mediatorin



**BERLIN · SAARBRÜCKEN · TRIER ·
LUXEMBOURG · MALAGA**

JURISTISCHES PROJEKT- UND KONFLIKTMANAGEMENT IM NATIONALEN UND
INTERNATIONALEN BAU-, VERGABE-, IMMOBILIEN- UND WIRTSCHAFTSRECHT

Kronenstraße 10, 66111 Saarbrücken,
Tel. 0681 9101170, susanne.corinth@kohl-law.eu

Wer sind wir?

Die Kanzlei besteht seit dem Jahr 1994 und hat derzeit 5 Standorte (Trier, Saarbrücken, Luxemburg, Málaga und Berlin).

Was machen wir?

Wir verstehen uns als mittelständische Kanzlei und legen als solche Wert auf eine individuelle Betreuung unserer Mandanten. Unsere Erfolgsfaktoren sind ein konsequent gelebter Qualitätsanspruch, eine eindeutige Spezialisierung, stetige Innovationen und eine am Markt einzigartige Verknüpfung von baujuristischen, baubetrieblichen und bautechnischen Fragestellungen.

Disclaimer

© 2021 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.

1. Fall

Auftraggeber übersendet Absageschreiben nach § 134 GWB über Vergabeplattform mit Begleittext:

„Sehr geehrte Damen, sehr geehrte Herren,

*anbei überreichen wir Ihnen die Information gem. § 134 GWB vorab über das DTVP.
Das Originalschreiben wird Ihnen in den nächsten Tagen mit der Post zugestellt.*

Mit freundlichen Grüßen“

Am 22.10.2020 wird die Nachricht elektronisch übermittelt und laut des Protokolls des Systems auch gelesen. Außerdem wird eine E-Mail versendet. Am 26.10.2020 erfolgt der Posteingang des Briefs.

Das Schreiben besagt, dass der Zuschlag am **03.11.2020** nach Ablauf der zehntägigen Informationsfrist erteilt werden soll.

Die Antragstellerin rügt neben der Frist für den Vertragsschluss noch weitere Punkte und zwar am 29.10.2020.

Antwort öffentlicher AG am 02.11.2020: der Rüge wird nicht abgeholfen, am 03.11.2020 (8:31 Uhr) erteilt der AG den Zuschlag.

Frage: Ist das richtig? Durfte der Zuschlag „schon“ erteilt werden? Welche Wartefrist gilt hier?

Am 03.11.2020 (um 10:27 Uhr) leitet die Antragstellerin das Nachprüfungsverfahren ein.

2. Lösung

Am 03.11.2020 wird das Nachprüfungsverfahren antragstellerseits eingeleitet in Unkenntnis der Zuschlagserteilung. Die Vergabekammer leitet das Verfahren durch Weiterleitung des Schriftsatzes der Ast. am 03.11.2020 ein.

Agg: Wartefrist 10 Tage vom 22.10.2020 bis 03.11.2020 durch elektronischen Versand (§134 Abs. 2 S. 3 GWB) eingehalten, denn u.a.:

- AGB der Vergabepattform akzeptiert

Ast: Per Post versandt, also 15 Tage (§ 134 Abs. 2 S. 1 GWB), denn die Einstellung auf der Plattform reiche nicht aus um die 10-Tages-Frist in Gang zu setzen, die Kenntnisnahme ist nicht direkt und unmittelbar (VK Südbayern, Beschluss vom 29.03.2019 – Z3-3-3194-1-07-03/19)

Prüfung: Ein erteilter Zuschlag kann aufgehoben werden, wenn er gegen die Fristen in § 134 GWB verstößt.

2. Lösung

Ergebnis: DIE WARTEFRIST WURDE EINGEHALTEN!

- Vergabekammer: Auf die AGB der Plattform kommt es nicht an, sondern nur auf das Gesetz. (*§ 134 Abs. 2 S. 1 GWB: Ein Vertrag darf erst 15 Kalendertage nach **Absendung** der Information nach Abs. 1 geschlossen werden.*)
- ABER: das Einstellen auf der Plattform ist ausreichend: „Wird das Vergabeverfahren vollständig über eine Vergabepattform digital abgewickelt, kann Versenden auf elektronischem Weg iSd § 134 Abs. 2 und 3 GWB nicht ausschließlich auf das Absenden einer herkömmlichen E-Mail oder eines Fax beschränkt werden.“
- Das Schreiben hat den Machtbereich derart verlassen, dass es nicht mehr geändert oder gelöscht werden kann. Es ist VERSENDET (auf den Weg gebracht) worden und nur darauf kommt es für den Beginn der Frist an. Es kommt nicht auf den Zugang an, ein Briefkasten muss schließlich auch geöffnet werden und es ist nicht relevant, wann das passiert.

2. Lösung

- Aber der Hinweis, dass es eine neue Nachricht gibt, ist noch nicht die Information, dennoch sah die VK Saarland die Entscheidung der VK Südbayern als nicht vergleichbar an, da die Information nicht mit dem Einstellen abgerufen werden konnte. Dort erfolgte die Information über das Einstellen der Nachricht erst 8 Tage nach Einstellung. Das ist aber nicht ausschlaggebend, tatsächlich sei das Einstellen auf der Plattform kein „Versenden“. Vorsorglich sollte man überall außerhalb des Saarlandes zumindest auch mit E-Mail übermitteln.
- VK Bund, Beschluss vom 28.06.2021 – VK 2-77/21: „Auftraggeber darf schon montagmorgens den Zuschlag erteilen!“ (zitiert nach VPR 2021, 3158)

„Die Vorschrift des § 193 BGB, wonach an die Stelle eines Samstags, Sonntags oder Feiertags der nächste Werktag tritt, wenn eine Willenserklärung innerhalb einer Frist abzugeben ist und der letzte Tag der Frist auf einen Samstag, Sonntag oder Feiertag fällt, findet auf § 134 GWB keine Anwendung.“

§ 8 VGV

- (1) Der öffentliche Auftraggeber dokumentiert das Vergabeverfahren **von Beginn an fortlaufend in Textform** nach § 126b des Bürgerlichen Gesetzbuchs, soweit dies für die Begründung von Entscheidungen auf jeder Stufe des Vergabeverfahrens erforderlich ist. Dazu gehört zum Beispiel die Dokumentation der Kommunikation mit Unternehmen und **interner Beratungen, der Vorbereitung** der Auftragsbekanntmachung und der Vergabeunterlagen, der Öffnung der Angebote, Teilnahmeanträge und Interessensbestätigungen, der Verhandlungen und der Dialoge mit den teilnehmenden Unternehmen sowie der Gründe für Auswahlentscheidungen und den Zuschlag.
- (2) Der öffentliche Auftraggeber fertigt über jedes Vergabeverfahren einen Vermerk in Textform nach § 126b des Bürgerlichen Gesetzbuchs an. Dieser Vergabevermerk umfasst mindestens Folgendes:
 1. den Namen und die Anschrift des öffentlichen Auftraggebers sowie Gegenstand und Wert des Auftrags, der Rahmenvereinbarung oder des dynamischen Beschaffungssystems,
 2. die Namen der berücksichtigten Bewerber oder Bieter und die Gründe für ihre Auswahl,
 3. die nicht berücksichtigten Angebote und Teilnahmeanträge sowie die Namen der nicht berücksichtigten Bewerber oder Bieter und die Gründe für ihre Nichtberücksichtigung,
 4. die Gründe für die Ablehnung von Angeboten, die für ungewöhnlich niedrig befunden wurden,

§ 8 VGV

5. den Namen des erfolgreichen Bieters und die Gründe für die Auswahl seines Angebots sowie, falls bekannt, den Anteil am Auftrag oder an der Rahmenvereinbarung, den der Zuschlagsempfänger an Dritte weiterzugeben beabsichtigt, und gegebenenfalls, soweit zu jenem Zeitpunkt bekannt, die Namen der Unterauftragnehmer des Hauptauftragnehmers,
6. Verhandlungsverfahren und wettbewerblichen Dialogen die in § 14 Absatz 3 genannten Umstände, die die Anwendung dieser Verfahren rechtfertigen,
7. bei Verhandlungsverfahren ohne vorherigen Teilnahmewettbewerb die in § 14 Absatz 4 genannten Umstände, die die Anwendung dieses Verfahrens rechtfertigen,
8. gegebenenfalls die Gründe, aus denen der öffentliche Auftraggeber auf die Vergabe eines Auftrags, den Abschluss einer Rahmenvereinbarung oder die Einrichtung eines dynamischen Beschaffungssystems verzichtet hat,
9. gegebenenfalls die Gründe, aus denen andere als elektronische Mittel für die Einreichung der Angebote verwendet wurden,
10. gegebenenfalls Angaben zu aufgedeckten Interessenkonflikten und getroffenen Abhilfemaßnahmen,
11. gegebenenfalls die Gründe, aufgrund derer mehrere Teil- oder Fachlose zusammen vergeben wurden, und
12. gegebenenfalls die Gründe für die Nichtangabe der Gewichtung von Zuschlagskriterien

1. Fall

Ausgeschrieben werden europaweit Bauleistungen für den Rohbau der SHG Klinik in Völklingen. Das gesamte Verfahren wird über eine elektronische Vergabepattform abgewickelt. Ein Bieter wird wegen fehlender Produktangabe ausgeschlossen und leitet das Nachprüfungsverfahren ein. Er beantragt Akteneinsicht.

Die Vergabestelle stellt die Vergabeakte nun erst zusammen und zwar aus den vorhandenen elektronischen Programmen, insgesamt 8 Ordner ohne Paginierung, ohne Vergabevermerk. Auch Formblätter und Dokumente ohne Relevanz sind vorhanden.

Frage: Genügt dies den Anforderungen an die Dokumentationspflicht?

2. Lösung VK Saarland

Nein.

Zwar ist die nachträgliche Zusammenstellung der Vergabeakte aus vorhandenen elektronischen Programmen grundsätzlich möglich, solange die Authentizität und Integrität der Dokumente gewährleistet ist und die Vorgaben des § 8 VGV gewahrt bleiben.

ABER: der Verfahrensgang muss fortlaufend erkennbar sein und das Verfahren darf nicht nur als bloße Blattsammlung vorliegen. Eine fortlaufende Paginierung ist erforderlich.

1. Fall

Kommune schreibt europaweit die denkmalgerechte Sanierung und Modernisierung einer Festhalle und einer Parkanlage aus (Baustelleneinrichtung, Abbruch und Rohbauarbeiten). Am 08.10.2019 erfolgt die erste Kostenschätzung, am 14.10.2019 die Bekanntmachung, am 26.11.2019 (vor Submission) eine „Nachjustierung“ der Kostenschätzung. Zwei Angebote werden eingereicht, ein Bieter ist nicht geeignet. Das andere Angebot ist nach Auffassung des den AG bei dem Verfahren begleitenden Architekturbüro zu teuer, denn es übersteigt die Kostenschätzung um rund 38 %, wobei hierfür 390 von 750 Positionen des LV als sog. Schwerpunktpositionen errechnet worden sind. Die Kommune folgt der Empfehlung des Architekturbüros und beschließt die Aufhebung der Ausschreibung und Durchführung eines neuen Verfahrens.

Hiergegen wendet sich der verbliebene Bieter, weil die Kostenschätzung des AG weder richtig noch vergleichbar sei.

Frage: Hat der Antrag Aussicht auf Erfolg?

Teilweise.

Die Aufhebung ist wirksam, aber rechtswidrig.

Warum gab es vorliegend keinen Aufhebungsgrund?

§ 17 Abs. 1 VOB/A (EU):

Die Ausschreibung kann aufgehoben werden, wenn:

1. kein Angebot eingegangen ist, das den Ausschreibungsbedingungen entspricht
2. die Vergabeunterlagen grundlegend geändert werden müssen,
3. andere schwerwiegende Gründe bestehen.

Hier: dem Bieter wurde aufgrund des unangemessen hohen Angebotes der Zuschlag nicht erteilt (§ 16d Abs. 1 Nr. 1 VOB/A). Das Angebot wird ausgeschlossen.

2. Lösung (VK Thüringen, Beschluss vom 28.02.2020 – 250 – 4002-21/2020 -E – 002 - IK)

Als Maßstab für die Ermittlung eines angemessenen Preises und damit für die Beurteilung, ob ein Preis unangemessen hoch im Sinne von § 16d Abs. 1 Nr. 1 VOB/A-EU ist, können **Angebote anderer Bieter, Daten aus anderen Ausschreibungen, für vergleichbare Leistungen vom Auftraggeber gezahlte oder ihm angebotene Preise, eigene Kostenschätzungen und Kalkulationen beratender Ingenieurbüros** sein.

Allerdings müssen für einen zulässigen Vergleich zwischen der Kostenschätzung des Auftraggebers und dem gebotenen Preis das der Kostenschätzung zu Grunde liegende LV sowie das LV der Ausschreibung übereinstimmen und die bei der Kostenschätzung gewonnenen Ergebnisse müssen als vertretbar erscheinen. Bei der Frage der Angemessenheit des Preises ist auf den Gesamtpreis abzustellen und nicht auf einzelne Preispositionen.

2. Lösung (VK Thüringen, Beschluss vom 28.02.2020 – 250 – 4002-21/2020 -E – 002 - IK)

Die Kammer beanstandet:

- Hier wurde nicht der Gesamtpreis gewertet, sondern nur einzelne Positionen. Dies ist nicht zulässig.

(so auch: VK Sachsen-Anhalt, Beschluss vom 26.09.2020 – 3 VK LSA 44/20

Der Bieter wurde ausgeschlossen, weil er in der Position Stundenlohnarbeiten unangemessen niedrige Preise angegeben hat. Es kommt auf den Gesamtpreis an.

- aus dem bespreisten LV allein lässt sich die Grundlage für die Berechnung der Preise nicht erkennen; ob diese beispielsweise aus vergleichbaren Baumaßnahmen kommen oder woher sie stammen, es reicht nicht einfach nur „irgendwelche“ Preise einzutragen. Es fehlen Angaben darüber, welche Preise wofür ortsüblich und angemessen sind.

2. Lösung (VK Thüringen, Beschluss vom 28.02.2020 – 250 – 4002-21/2020 -E – 002 - IK)

VK Lüneburg, – Beschluss vom 06.10.2020 – VgK-33/2020) hierzu:

Eine Aufhebung des Vergabeverfahrens wegen einer deutlichen Überschreitung des Auftragswerts voraus setzt eine vertretbare, d. h. wirklichkeitsnahe und ordnungsgemäß dokumentierte Auftragswertschätzung voraus.

Erforderlich sind eine korrekte und zeitnahe sowie vor der Bekanntmachung stets anzupassende Kostenschätzung des Auftraggebers im Vorfeld des Vergabeverfahrens sowie gegebenenfalls Kostenvergleichslisten. Hier war die Kostenschätzung ein Jahr vor der tatsächlichen Ausschreibung erfolgt und daher von der Vergabekammer als nicht zeitnah und daher nicht korrekt angesehen worden.

- Außerdem findet sich in der Akte tatsächlich keine Kostenschätzung vom 8.10.2019, sondern nur die vom 26.11.2019. Selbst wenn es eine gäbe, wäre die neue Kostenschätzung an sich allein kein Beleg dafür, dass sie nun richtig ist.

Ab wann ist eine Preisüberschreitung unangemessen hoch?

VK Lüneburg, Beschluss vom 08.06.2020 - VgK-09/2020:

Nur die deutliche Überschreitung der Kosten um **10%** ist ein schwerwiegender Aufhebungsgrund (wobei über § 17 Abs. 1 Nr. 3 VOB/A). Für **8%** verneint.

VK Sachsen-Anhalt, Beschluss vom 06.06.2019 - 3 VK LSA 18/19:

42 % und

wann die Aufhebung einer Ausschreibung wegen deutlicher Überschreitung des vertretbar geschätzten Auftragswerts rechtmäßig ist, ist aufgrund einer umfassenden **Interessenabwägung** zu entscheiden.

2. Lösung (VK Thüringen, Beschluss vom 28.02.2020 – 250 – 4002-21/2020 - E - 002 - IK)

Ebenfalls für nicht wirklichkeitsnah wurde die Kostenschätzung gehalten, die auf Basis der Kosten einer Baumaßnahme aus dem Jahr 2014 mit einem Zuschlag von 23% für die Erhöhung der Baupreise gemäß Baupreisindizes des Statistischen Landesamtes und eines weiteren Kostenwerts für Mehrleistungen erstellt wurde.

VK Sachsen- Anhalt, Beschluss vom 17.10.2019 – 3 VK LSA 38/19: Die Kostenschätzung wurde ohne eine konkrete Beschreibung der erforderlichen Bauleistungen oder eines bepreisten LVs erstellt. Das Bauvorhaben aus 2014 war zudem nicht mit dem auszuschreibenden Bauvorhaben vergleichbar.

1. Fall

Ausgeschrieben wird im offenen europaweiten Vergabeverfahren die Durchführung von Reinigungsleistungen. Einziges Zuschlagskriterium ist der Preis. Mit dem Angebot einzureichen ist:

- Das ausgefüllte LV
- Anlage 3 Angebotsvordruck, dort ist ebenfalls ein Preisblatt enthalten und dieses nimmt Bezug die Ziffern 1 bis 5 des LV

Der Bieter gibt ab, die Preise im LV weichen jedoch von den Preisen in Anlage 3 ab.

Ist das Angebot noch zu retten?

1. Fall

- Nachforderung nach § 56 Abs. 3 VGV?

Aber die Preisunterlagen fehlten nicht, und ein Vervollständigen kam nicht in Betracht, denn dies hätte Auswirkungen auf die Platzierung gehabt.

- Korrektur eines offensichtlichen Schreib- oder Rechenfehlers?

Aber es ist keine Auslegung nach § 57 VGV möglich. Es ist kein bestimmter Berechnungs- oder Übertragungsfehler erkennbar. Daher kommt auch eine Aufklärung nicht in Betracht.

Der Bieter wird ausgeschlossen.

Hiergegen wendet er sich und sagt, er habe lediglich ein falsches Dokument übermittelt. Die Anlage 3 sei falsch übermittelt worden und im Wege der Auslegung hätte man erkennen können, dass die Preise des LV hätten gelten sollen. Der BGH habe am 18. Juni 2019 entschieden, dass Ausschlüsse wg formaler Mängel restriktiv zu handhaben seien.

1. Fall

Hier ist nach § 133, 157 BGB die Auslegung des Angebotsinhaltes vorzunehmen. Dieser ist jedoch nicht eindeutig zu ermitteln. Die Entscheidung des BGH ist nicht auf den vorliegenden Fall übertragbar, in welchem der Preis nicht bestimmt werden kann.

Wenn man nachfragen würde, hätte der Bieter es in der Hand, den einen Preis gegen den anderen auszutauschen.

Daher: Lassen sich die vom Bieter angebotenen Preise nicht zweifelsfrei ermitteln, weil die Eintragungen der Preise im LV 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.

V. Bindefristverlängerung

1. Fall (OLG Celle, Beschluss vom 30.01.2020 – 13 Verg 14/19)

Die Vergabestelle hatte im laufenden Vergabeverfahren mehrere Unterlagen nachgefordert.

Schließlich wurde um die Verlängerung der Bindefrist gebeten, Bindefristverlängerung bis zum 22.9.2019. Die Bestätigung der Verlängerung sollte bis zum 30. Juli 2019 übermittelt werden. Die Antragstellerin reichte die nachgeforderten Unterlagen fristgemäß nach. Die Bestätigung über die Verlängerung der Bindefrist erfolgte jedoch nicht.

Es kam zu einer erneuten Bindefristverlängerung. Die Antragstellerin wurde hierzu jedoch nicht mehr aufgefordert, stattdessen wurde ihr Angebot ausgeschlossen, da sie die Bindefristverlängerung nicht bestätigt habe.

War der Ausschluss rechtens?

V. Bindefristverlängerung

2. Lösung (OLG Celle, Beschluss vom 30.01.2020 – 13 Verg 14/19)

Die Antragstellerin ist hiergegen vorgegangen. Die Vergabekammer (1. Instanz) hat den Antrag abgelehnt, die Vergabestelle sei verpflichtet gewesen, den Bieter auszuschließen. Das Angebot ist ohne die Bindefristverlängerung erloschen. Zwar kann die Vergabestelle den Zuschlag dennoch erteilen, dies sei dann allerdings als neues Angebot anzusehen und eine Verpflichtung ein neues Angebot zu unterbreiten gibt es nicht.

Anders hat dies OLG Celle gesehen:

- Hierin liegt keine Abweichung von der Ausschreibung.
- Es handelt sich nicht um nachgeforderte „Unterlagen“.
- Es gibt dann keinen Ausschlussgrund in § 57 VGV, die dortigen Gründe sind abschließend, es ist nicht zulässig eigene Gründe zu erfinden.
- Das Angebot selbst war form und fristgerecht.

V. Bindefristverlängerung

1. Fall (OLG Celle, Beschluss vom 30.01.2020 – 13 Verg 14/19)

Diese zivilrechtliche Wertung führt allerdings nicht dazu, dass die Angebote auch vergaberechtlich hinfällig und deshalb von der Wertung ausgeschlossen sind. Vielmehr entspricht es gefestigter Rechtsprechung auch des Bundesgerichtshofs, dass der **Auftraggeber nicht daran gehindert ist und unter der Geltung des öffentlichen Haushaltsrechts im Einzelfall sogar dazu gehalten sein kann, den Zuschlag auf ein verfristetes Angebot zu erteilen. Mit den haushaltsrechtlichen Bindungen, denen der Auftraggeber unterliegt, ist in der Regel unvereinbar, das wirtschaftlichste Angebot von der Wertung nur deshalb auszunehmen, weil darauf der Zuschlag nicht mehr durch einfache Annahmeerklärung erteilt werden kann, sondern ein eigener Antrag des Auftraggebers und die Annahme durch den Bieter nötig sind** (vgl. u.a. BGH, Urteil vom 28. Oktober 2003 – X ZR 248/02).

Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit!