

# Vergaberecht

März 2018

## Vorrang der Aufklärung vor dem Ausschluss des Angebots

Der öffentliche Auftraggeber hatte Entsorgungsdienstleistungen im offenen Verfahren europaweit ausgeschrieben. In den Ausschreibungsunterlagen und der Leistungsbeschreibung war vorgegeben, dass die Bieter „eigene Umschlagstellen“ nicht nutzen dürfen. Ein Bieter hatte sich mit einem Nachprüfungsantrag gegen den angekündigten Zuschlag auf das Angebot des alten Auftragnehmers und bisherigen Vertragshalters gewandt. Dieser hatte in seinem Angebot versehentlich auf sein bisheriges Leistungskonzept Bezug genommen, das abweichend von den Ausschreibungsunterlagen die Nutzung einer eigenen Umschlagstelle enthielt. Zugleich hatte er aber die Einhaltung aller Vorgaben der Ausschreibung ausdrücklich in seinem Angebot bestätigt. Darüber hinaus wickelte das Angebot um mehr als 20 Prozent vom nächstgünstigen Angebot des Antragstellers, der den Nachprüfungsantrag gestellt hatte, ab. Der Auftraggeber hielt dennoch eine Aufklärung für nicht erforderlich, weil der Beigeladene als Altauftragnehmer nachvollziehbare Kalkulationsvorteile habe. Der Nachprüfungsantrag bei der angerufenen Vergabekammer hatte zunächst Erfolg. Die Vergabekammer ordnete den Ausschluss des Angebots des Beigeladenen an, weil er die Vergabeunterlagen geändert habe. Hiergegen wandte sich der Beigeladene mit seiner sofortigen Beschwerde.

### Entscheidung des OLG Düsseldorf (Beschluss vom 02.08.2017, Verg 17/17)

Mit Erfolg! Der Vergabesenat des OLG Düsseldorf stellte fest, dass die Erklärungen des Beigeladenen im Angebot nicht eindeutig gewesen seien. Eine auch nur versehentlich abgegebene Erklärung führe zwar grundsätzlich immer dann zum Ausschluss, wenn mit der Erklärung eindeutig von den Vergabeunterlagen abgewichen werde. Enthalte das Angebot aber (wie hier) widersprüchliche Erklärungen, müsse der öffentliche Auftraggeber den wahren Inhalt des Angebots des Bieters zunächst aufklären. Ergebe sich aus der vom Auftraggeber vorzunehmenden Aufklärung, dass der Bieter sein Angebot ausschreibungskonform habe abgeben wollen, so dürfe dieser Bieter mit seinem Angebot nicht ausgeschlossen werden. Allerdings sei der öffentliche Auftraggeber ab einer Abweichung des Angebotspreises von 20 Prozent verpflichtet, eine Angemessenheitsprüfung durchzuführen, weil in diesem Fall der Preis oder die Kosten eines besten Angebots im Verhältnis zu der zu erbringenden Leistung ungewöhnlich niedrig seien.

### Praxishinweise

Dass Unklarheiten von Willenserklärungen zunächst im Wege der Aufklärung gemäß §§ 133, 157 BGB aufzulösen und zu beseitigen sind, ist

ein Grundsatz, der im Zivilrecht unbestritten ist. Umso konsequenter erscheint es, diesem Grundsatz auch im Vergaberecht seine Geltung zu verschaffen. Dem OLG Düsseldorf ist daher in diesem Punkt uneingeschränkt zuzustimmen. Im Fall widersprüchlicher Erklärungen ist der Auftraggeber zur Aufklärung nicht nur berechtigt, sondern sogar verpflichtet.

Im Übrigen offenbart die Entscheidung an dieser Stelle auch Praxisnähe. Die praktische Umsetzung der inzwischen sehr facettenreichen Bestimmungen im Beschaffungswesen und im Vergaberecht verursachen sowohl auf der Seite der Beschaffer als auch auf der Bieterseite oft Probleme, die erforderliche Transparenz herzustellen. Dies wirkt sich für die Bieter bei Angebotserstellung und für die Auftraggeber bei der Prüfung und Wertung der Bieterangebote erheblich aus. Widersprüche in vor allem sehr umfangreichen Angebotsunterlagen lassen sich in der Praxis oft nicht vermeiden. Sie sollten und müssen nach der Entscheidung des OLG Düsseldorf aufgeklärt werden. Hinzu kommt, dass unterstellt werden kann, dass Bieter im Regelfall immer ein den Ausschreibungsbedingungen entsprechendes Angebot abgeben wollen.

Die Entscheidung des OLG Düsseldorf eröffnet den Auftraggebern an dieser Stelle einen Spielraum, den sie unbedingt nutzen sollten. In der Praxis kann das dazu führen, dass sich der Kreis der wertbaren Angebote vergrößert und im Ergebnis auch eine noch wirtschaftlichere Beschaffung ermöglicht.

Darüber hinaus präzisiert das OLG Düsseldorf im Anschluss an die erst im letzten Jahr ergangene Berliner-Feuerwehr-Entscheidung des BGH vom 31. Januar 2017 (Aktenzeichen X ZB 10/16) die prozentuale Abweichung, ab deren Überschreitung stets eine Angemessenheitsprüfung erfolgen muss („Aufgreifschwelle“). Der BGH hatte die Beantwortung der Frage, wo denn die Aufgreifschwelle nun konkret liegt, offengelassen und jedenfalls bei 30 Prozent als erreicht angesehen. Im Ergebnis kann aber auch unterhalb der genannten Prozentsätze Anlass bestehen, eine Angemessenheitsprüfung im Einzelfall durchzuführen. Bei innovativen Produkten beispielsweise, bei denen auch ein größerer prozentualer Abstand nicht ungewöhnlich ist, kann andererseits auch erst oberhalb dieser Grenze Anlass zur Angemessenheitsprüfung bestehen. Zudem enthalten einige Landesvergabegesetze bereits Regelungen über konkrete Aufgreifschwellewerte, die dann zwingend anzuwenden sind (in Thüringen beispielsweise 10 Prozent gemäß § 14 Abs. 2 ThürVgG).

### Fazit

Wegen der Bedeutung der Rechtsprechung des OLG Düsseldorf für das deutsche Oberschwellenvergaberecht sind öffentliche Auftraggeber jedenfalls gut beraten und auf der sicheren Seite, im Regelfall ab

20 Prozent Preisabstand eine Angemessenheitsprüfung durchzuführen, es sei denn, es bestehen gute Gründe dafür, dies im Ausnahmefall nicht zu tun.



**Dr. Hans von Gehlen,**  
Rechtsanwalt,  
BEITEN BURKHARDT  
Rechtsanwalts-gesellschaft mbH  
E-Mail: Hans.VonGehlen@bblaw.com

## Newsticker

### +++ Berlin führt die UVgO ein +++

Die Senatsverwaltung für Wirtschaft, Energie und Betriebe Berlin hat in einem Informationsschreiben über den aktuellen Stand zur Einführung der Unterschwellenvergabeordnung (UVgO) sowie der eVergabe informiert. Danach soll die UVgO in Berlin grundsätzlich ohne Abweichungen durch eigene Landesvorschriften eingeführt werden. Zudem soll § 50 UVgO, der die Vergabe freiberuflicher Leistungen regelt, um eine Anwendungspflicht der §§ 2 bis 6 UVgO (Vergabegrundsätze) als „vergaberechtliche Selbstverständlichkeiten“ ergänzt werden.

#### Überarbeitung der LHO erforderlich

Die UVgO gilt nicht bereits aufgrund ihrer Bekanntmachung, sondern bedarf eines gesonderten Anwendungsbefehls, der für das Land Berlin in den Ausführungsvorschriften zu § 55 LHO (AV § 55 LHO) verankert sein wird. Die Überarbeitung der LHO läuft derzeit noch. Ein entsprechender Entwurf befindet sich aktuell in der fachlichen Abstimmung.

#### eVergabe wird verpflichtend

Um der Verpflichtung, nach einheitlichen Richtlinien zu verfahren, nachkommen zu können, werden derzeit alle erforderlichen technischen und organisatorischen Maßnahmen zur Umsetzung der bis zum 18. Oktober 2018 zwingend geforderten Abgabemöglichkeit elektronischer Angebote bei EU-Vergaben ergriffen.

Es wird keine praktikable Unterscheidung zwischen nationalen und EU-weiten Vergabeverfahren gesehen, daher wird die UVgO erst eingeführt, wenn die zu erledigenden Arbeiten zur Umsetzung der EU-seitigen eVergabe-Bedingungen erfüllt sind.

#### Umsetzung bis zum 18. Oktober 2018

Alle erforderlichen technischen und organisatorischen Maßnahmen (Anpassung Leitfäden, Rundschreiben, Formulare) sollen bis Juli 2018, jedoch spätestens bis zum 18. Oktober 2018, umgesetzt sein.

### +++ Unzureichende Mitwirkung des Bieters bei der (Preis)Aufklärung – Angebotsausschluss! +++

Nach dem OLG Koblenz (Beschluss vom 04.01.2018, Verg 3/17) ist das Angebot des Bieters zwingend auszuschließen, wenn der Bieter bei der Aufklärung seines Angebotes durch den Auftraggeber nur sehr unzureichend mitwirkt und die ihm vom Auftraggeber gestellten Fragen nicht fristgerecht beantwortet. Auffälligkeiten gab es bei den Einzelpreisen, speziell zu den Leistungen Lagerplatz für Sortierung und getrennte Lagerung von Baustellenabfällen (OZ 1.1.20) sowie Dichtigkeitsprobe (OZ 1.10.810). Bei erstgenannter OZ hatte der Bieter einen Pauschalpreis von EUR 140.000 eingetragen, während die Pauschalen der Konkurrenten jeweils unter EUR 4.000 lagen. Bei letztgenannter OZ fand sich beim Bieter ein Betrag von EUR 44.000, während die Pauschalen der Konkurrenten gut EUR 40.000 niedriger waren. Darauf forderte der AG den Bieter zur Vorlage des ausgefüllten Preisblatts (221 oder 222) sowie zur Darlegung der Auskömmlichkeit und Aufgliederung der benannten Einzelpreise (EPs) auf. Im Rahmen eines Aufklärungsgesprächs gab der Bieter teilweise ausweichende, teilweise unzureichende Antworten auf die Fragen des Auftraggebers, worauf dieser dem Bieter mitteilte, dass sein Angebot ausgeschlossen worden sei.

### +++ Unterschwellige Konzessionsvergabe ohne Vorabinformation und Wartefrist nichtig +++

Das OLG Düsseldorf hat sich in seinem Urteil vom 13. Dezember 2017 (I-27 U 25/17) im Rahmen eines einstweiligen Verfügungsverfahrens wegen der Vergabe einer Unterschwellenkonzession dahingehend geäußert, dass gewichtige Gründe dafür sprächen, auch im Unterschwellenbereich die Einhaltung einer Informations- und Wartepflicht durch den öffentlichen Auftraggeber zu verlangen. Diese Rechtsauffassung ist diskutabel. Für die Vergabe von Konzessionen im Unterschwellenbereich sind die Verfahrensregeln der KonzVgV und des GWB zwar nicht anwendbar. Somit gelten insbesondere nicht die in § 134 GWB geregelte Informations- und Wartepflicht und die Vertragsunwirksamkeit nach § 135 GWB. Für unterschwellige Konzessionen können aber beispielsweise bei einem grenzüberschreitenden Interesse Verfahrensanforderungen aus den Grundnormen des AEUV folgen, insbesondere des Art. 49 AEUV (Niederlassungsfreiheit) und Art. 56 AEUV (Dienstleistungsfreiheit) sowie den sich daraus ergebenden allgemeinen Grundsätzen der Gleichbehandlung, Nichtdiskriminierung und Transparenz. Nach Ansicht des OLG Düsseldorf bestehe ein ungeschriebenes Gesetz, dass ein unter Verstoß gegen die Informations- und Wartepflicht geschlossener Vertrag gemäß § 134 BGB nichtig sei. Dies folge aus der europäischen und deutschen Rechtsprechung.

## Hinweise

Diese Veröffentlichung stellt keine Rechtsberatung dar.

Wenn Sie diesen Newsletter nicht mehr erhalten möchten, können Sie jederzeit per E-Mail (bitte E-Mail mit Betreff „Abbestellen“ an [Stephan.Rechten@bblaw.com](mailto:Stephan.Rechten@bblaw.com)) oder sonst gegenüber BEITEN BURKHARDT widersprechen.

© BEITEN BURKHARDT Rechtsanwalts-gesellschaft mbH.  
Alle Rechte vorbehalten 2018.

## Impressum

BEITEN BURKHARDT Rechtsanwalts-gesellschaft mbH  
(Herausgeber)  
Ganghoferstraße 33, D-80339 München  
AG München HR B 155350/USt.-Idnr: DE-811218811

Weitere Informationen (Impressumsangaben) unter:  
<https://www.beiten-burkhardt.com/de/hinweise/impressum>

## Redaktion (verantwortlich)

Stephan Rechten,  
Rechtsanwalt

## Ihre Ansprechpartner

**Berlin** • Kurfürstenstraße 72-74 • 10787 Berlin  
Tel.: +49 30 26471-219  
Frank Obermann • [Frank.Obermann@bblaw.com](mailto:Frank.Obermann@bblaw.com)  
Stephan Rechten • [Stephan.Rechten@bblaw.com](mailto:Stephan.Rechten@bblaw.com)

**Düsseldorf** • Cecilienallee 7 • 40474 Düsseldorf  
Tel.: +49 211 518989-0  
Dr. Lars Hettich • [Lars.Hettich@bblaw.com](mailto:Lars.Hettich@bblaw.com)  
Sascha Opheys • [Sascha.Opheys@bblaw.com](mailto:Sascha.Opheys@bblaw.com)

**Frankfurt am Main** • Mainzer Landstraße 36  
60325 Frankfurt am Main • Tel.: +49 756095-195  
Dr. Hans von Gehlen • [Hans.VonGehlen@bblaw.com](mailto:Hans.VonGehlen@bblaw.com)

**Hamburg** • Neuer Wall 72 • 20354 Hamburg  
Tel.: +49 40 688745-0  
Jan Eggers • [Jan.Eggers@bblaw.com](mailto:Jan.Eggers@bblaw.com)

**München** • Ganghoferstraße 33 • 80339 München  
Tel.: +49 89 35065-1452  
Michael Brückner • [Michael.Brueckner@bblaw.com](mailto:Michael.Brueckner@bblaw.com)  
Hans Georg Neumeier • [HansGeorg.Neumeier@bblaw.com](mailto:HansGeorg.Neumeier@bblaw.com)



Weitere interessante Themen und Informationen zum Vergaberecht finden Sie in unserem Onlinebereich.



BEIJING • BERLIN • BRÜSSEL • DÜSSELDORF • FRANKFURT AM MAIN  
HAMBURG • MOSKAU • MÜNCHEN • ST. PETERSBURG

[WWW.BEITENBURKHARDT.COM](http://WWW.BEITENBURKHARDT.COM)