

### **Vergabestellen und Bieter**

Wie hoch die Voraussetzungen für eine Aufhebung der Ausschreibung liegen, zeigt ein Beschluss des OLG Naumburg vom 13.10.2006. Der Vergaberechtsschutz gegen den Ausschluss eines Angebots für Straßenbauarbeiten - es ging um das Vorliegen einer Mischkalkulation dauerte über ein Jahr. Diese zeitliche Verzögerung nahm die Vergabestelle zum Anlass, die Ausschreibung aufzuheben. Jetzt beginnt der Rechtsstreit über die Zulässigkeit der Aufhebung. Letztendlich wird der Vergabestelle verboten, die Ausschreibung aufzuheben und angeordnet, den Zuschlag zu erteilen. Dabei stützt sich das OLG Naumburg im Wesentlichen darauf, dass die Verzögerungen von der Vergabestelle zu verantworten sind. Es wäre keine Überraschung, wenn sich jetzt ein weiterer Rechtsstreit anschliesse, nämlich zu der Frage, wer die Kosten aus der Bauzeitverlängerung zu tragen hat und in welcher Höhe sie entstanden sind, vgl. dazu OLG Jena, IBR 2005, 462.

#### **OLG München: Verpflichtungserklärung für Nachunternehmer fehlt - Ausschluss!**

Entscheidung vom 06.11.2006 - Verg 17/06

1. Beim Fehlen der vom öffentlichen Auftraggeber verlangten Verpflichtungserklärung für Nachunternehmer ist das Angebot eines Bieters zwingend wegen unvollständiger Erklärungen nach § 21 Nr. 1 Abs. 2 Satz 5 VOB/A i.V.m. § 25 Nr. 1 Abs. 1 b VOB/A von der Wertung auszuschließen.
2. Das Erfordernis einer solchen Verpflichtungserklärung muss nicht in der Vergabebekanntmachung veröffentlicht werden; es genügt, dass die Vorlage in den Vergabeunterlagen gefordert wird.

#### **BVerfG: Kein Vergabenachprüfungsverfahren unterhalb der Schwellenwerte - verfassungsgemäß!**

Entscheidung vom 13.06.2006 - 1 BvR 1160/03

1. Der Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG bindet die staatlichen Stellen bei der Vergabe öffentlicher Aufträge.
2. Die in der Rechtsordnung dem übergangenen Konkurrenten eingeräumten Möglichkeiten des Rechtsschutzes gegen Entscheidungen über die Vergabe öffentlicher Aufträge mit Auftragssummen unterhalb der Schwellenwerte genügen den Anforderungen des Justizgewährungsanspruchs (GG Art. 20 Abs. 3).
3. Es verletzt nicht den Gleichheitssatz (GG Art. 3 Abs. 1), dass der Gesetzgeber den Rechtsschutz gegen Vergabebestimmungen unterhalb der Schwellenwerte anders gestaltet hat als den gegen Vergabeentscheidungen, die die Schwellenwerte übersteigen.



**OLG Jena: Eine einmal abgelaufene Bindefrist kann nicht nachträglich verlängert werden!**

Entscheidung vom 30.10.2006 - 9 Verg 4/06

1. Mit Ablauf der Bindefrist erlischt ein Angebot gemäß § 146 BGB, so dass ein Zuschlag hierauf nicht mehr erteilt werden kann.
2. Eine nach Ablauf der Bindefrist nochmals erklärte „Verlängerung“ der Bindefrist ist als Abgabe eines neuen Angebots zu sehen, welches nach § 25 Nr. 1 Abs. 1 e VOL/A auszuschließen ist, da die Angebotsfrist überschritten ist.

**OLG Düsseldorf: Keine Rügepflicht bei de-facto-Vergaben**

Entscheidung vom 19.07.2006 - Verg 26/06

1. Für einen vorbeugenden Rechtsschutz ist das Nachprüfungsverfahren nicht geschaffen.
2. Für die Anwendung des Primärrechtsschutzes ist in Abgrenzung zu bloßen Markterkundungen darauf abzustellen, ob und inwieweit der öffentliche Auftraggeber den Beschaffungsvorgang organisatorisch und planerisch bereits eingeleitet und mit potenziellen Anbietern Kontakte mit dem Ziel aufgenommen hat, das Beschaffungsvorhaben mit einer verbindlichen rechtsgeschäftlichen Einigung abzuschließen.
3. § 13 VgV gilt analog bei "de-facto-Vergaben", die zur Beteiligung mehrerer Unternehmen, zu verschiedenen Angeboten und zu einer Auswahl durch den öffentlichen Auftraggeber geführt haben.
4. § 107 Abs. 3 S. 1 GWB, der dem Antragsteller zur Vermeidung einer Präklusion auferlegt, einen im Vergabeverfahren erkannten Verstoß gegen Vergabevorschriften unverzüglich gegenüber dem Auftraggeber zu rügen, ist auf De-facto-Vergaben nicht anzuwenden.
5. Eine Bieter, der sich in Kenntnis der Erforderlichkeit eines regulären Vergabeverfahrens an einer De-facto-Vergabe beteiligt, ohne den Auftraggeber auf den Rechtsverstoß hinzuweisen, handelt nicht rechtsmissbräuchlich.
6. Eine kurze Zeitspanne bis zur Rüge und bis zu Einleitung des Nachprüfungsverfahrens ist nicht geeignet, bei einem Auftraggeber ein beachtliches Vertrauen darauf entstehen zu lassen, es werde bei dem von ihm praktizierten, klar vergaberechtswidrigen Verfahren sein Bewenden haben; eine Verwirkung der Antragsbefugnis wegen Zeitablaufs resultiert daraus nicht.



**OLG Düsseldorf: Handwerksrolle als Berufsregister**

Entscheidung vom 05.07.2006 - Verg 25/06

1. Bei der Handwerksrolle im Sinne der §§ 6 ff. Handwerksordnung (HwO) handelt es sich um ein Berufsregister gemäß § 8 Nr. 3 Abs. 1 Buchst. f) VOB/A.
2. Die Vergabestelle ist verpflichtet, erneut in die Prüfung der Eignung des für den Zuschlag vorgesehenen Bieters einzutreten, wenn sich an der Eignung durch neue Tatsachen Zweifel ergeben.

**OLG Hamm: Mehrvergütungsanspruch nach Verlängerung der Zuschlagsfrist?**

Entscheidung vom 05.12.2006 - 24 U 58/05

1. Die Erklärung des Bieters gegenüber einem öffentlichrechtlichen Auftraggeber, dass er einer Verlängerung der Zuschlagsfrist zustimme, enthält unter Berücksichtigung des Nachverhandlungsverbots (§ 24 Nr. 3 VOB/A) weder ein stillschweigendes Angebot zu einer Preisanpassung noch einen Verzicht auf ein Mehrpreisverlangen.
2. Die Zustimmungserklärung schafft im Rahmen der Vertragsanbahnung lediglich eine Vertrauensgrundlage für den Auftraggeber, dass der Bieter weiterhin bereit ist, den Auftrag entsprechend seinem Angebot auszuführen, soweit sich dessen Grundlagen nicht nachweislich geändert haben.
3. Die auf das ursprüngliche Angebot bezogene Zuschlagserteilung stellt ein verändertes Angebot im Sinne des § 150 Abs. 2 BGB dar, wenn die zunächst geplanten Termine nach dem übereinstimmenden Verständnis der Parteien im Zeitpunkt des Zuschlags nicht mehr vereinbart werden sollen.
4. Der Bieter kann das veränderte Angebot annehmen oder seine Annahmeerklärung hinsichtlich der Vergütung modifizieren. Das darf er unter Beachtung des vorvertraglichen Vertrauensverhältnisses der Parteien nur auf der Grundlage seiner Kalkulation und den vergütungsrelevanten Veränderungen, die zwischen dem ursprünglich vorgesehenen und dem tatsächlichen Zuschlagszeitpunkt eingetreten sind.
5. Der Besteller ist in diesem Fall unter Beachtung seiner Kooperationspflicht verpflichtet, das hinsichtlich der Vergütung modifizierte Angebot anzunehmen, wenn er keinen triftigen Grund hat, es abzulehnen.

**OLG Brandenburg: Schadensersatzanspruch nur mit perfekten Angeboten?**

Entscheidung vom 10.01.2007 - 4 U 81/06

Ein auf entgangenen Gewinn gerichteter Schadensersatzanspruch eines Bieters ist nur dann begründet, wenn dieser Bieter bei ordnungsgemäßer Durchführung des Vergabeverfahrens den Zuschlag hätte erhalten müssen. Auch die Ersatzfähigkeit des negativen Interesses setzt grundsätzlich über einen Vergabeverstoß hinaus voraus, dass dem Bieter der Zuschlag hätte erteilt werden müssen.



**RA Stefan Dausner**  
Fachanwalt für  
Bau- und Architektenrecht

**RA Alexander J. Boos**  
(im Angestelltenverhältnis)

✉ Am Kümmerling 24 - 26  
55294 Bodenheim

☎ 06135 / 7053-0  
📠 06135 / 7053-20

www.radausner.de  
kanzlei.dausner@radausner.de

**OLG Dresden: Geforderte Nachweise fehlen – Zwingender Ausschluss**

Entscheidung vom 17.10.2006 – Wverg 15/06

1. Gemäß § 7 NR. 4 VOL/A zulässigerweise geforderte, aber mit dem Angebot nicht abgegebene Nachweise zur Zuverlässigkeit eines Bieters führen dazu, dass dieses Angebot von der Wertung zwingend auszuschließen ist, ohne dass es darauf ankommt, ob der Auftraggeber sich insoweit eine Ausschlussmessen vorbehalten oder sich, gleich in welchem Stadium der Wertung, auf diesen Ausschlussgrund berufen hat.
2. Ein dem Auftraggeber nach dem Wortlaut von § 25 Nr. 1 Abs. 2a VOL/A zustehendes Ausschlussmessen wird jedenfalls dann regelmäßig auf Null reduziert sein, wenn Erklärungsdefizite eines Angebots für die Position eines Bieters im Wettbewerb von Belang sind.
3. Die Rechtskraft einer Vergabenachprüfungsentscheidung, die als Vorfrage des Angebot des damaligen Antragstellers als vollständig behandelt hat, steht der nachträglichen Feststellung der Unvollständigkeit dieses Angebots nicht entgegen.



**RA Stefan Dausner**

Fachanwalt für  
Bau- und Architektenrecht

**RA Alexander J. Boos**  
(im Angestelltenverhältnis)

✉ Am Kümmerling 24 - 26  
55294 Bodenheim

☎ 06135 / 7053-0  
📠 06135 / 7053-20

[www.radausner.de](http://www.radausner.de)  
[kanzlei.dausner@radausner.de](mailto:kanzlei.dausner@radausner.de)