

Vertiefende Rechtsprechung

zu Wertung und Zuschlag,
Angeboten und Nebenangeboten,
Rüge und Präklusion

Rechtsanwalt Dr. Thomas Troidl

Fachanwalt für Verwaltungsrecht

Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht

Überblick

I. Angebote und Nebenangebote

1. OLG Koblenz Beschl. v. 26.2.2014 – 1 Verg 15/13: Abbruchzangen statt Handabbruch
2. VG München Urt. v. 13.1.2011 – M 10 K 09.5291: Kindergarten
3. OVG Münster Urt. v. 22.2.2005 – 15 A 1065/04: Verkehrsberuhigungsmaßnahmen

II. Wertung und Zuschlag

1. OLG Düsseldorf Beschl. v. 27.11.2013 – Verg 20/13
2. EuGH (3. Kammer) Urt. v. 10.5.2012 – C-368/10 (Kommission/Königreich der Niederlande)

III. Rüge und Präklusion

1. Gesetzlicher Hintergrund
2. Entscheidungen
 - a) VK Hessen Beschl. v. 25.6.2013 - 69 d-VK-13/2013
 - b) OLG Düsseldorf Beschl. v. 7.12.2011 – Verg 81/11
(Abschleppmaßnahmen)

I.1. OLG Koblenz Beschl. v. 26.2.2014 – 1 Verg 15/13: Abbruchzangen statt Handabbruch

Fall

- Offenes Verfahren, einziges Zuschlagskriterium: Preis; Nebenangebote = nicht zugelassen
- Abbrucharbeiten im fassadenangrenzenden Bereich mit besonderer Sorgfalt durchzuführen (Nordfassade: Denkmalschutz)
- Original-LV (alleinverbindlich): „*Abbruch von Hand/mit handgeführten Kleingeräten*“ (Bodenplatte, Decke)
- bepreistes Angebots-LV (aus GAEB-Datei) mit Hinweis „*Geräteeinsatz mgl.*“
- Angebotsaufklärung: Einsatz **großer Abbruchzangen** einkalkuliert
- Vergabeverfahren in Stand vor Submission zurückversetzt (kein Angebot wertbar)

Entscheidung

- manueller Abbruch vorgegeben (Original-LV maßgeblich, technischer Fehler unerheblich)
- Hydraulische Abbruchzangen ≠ handgeföhrtes Kleingerät (technisches Nebenangebot!)
- *Leitsatz:* Bei der Auslegung eines Angebots hat der feststellbare wirkliche Wille des Bieters (hier: maschineller Abbruch) Vorrang vor einer Auslegung nach dem objektiven Empfängerhorizont. Dies gilt auch, wenn das übereinstimmende Verständnis vom Inhalt eines Angebots das Ergebnis einer (zulässigen) Aufklärung (§ 15 EG VOB/A 2012) ist.

I.2. VG München Urt. v. 13.1.2011 – M 10 K 09.5291: Kindergarten

Gesetzlicher Hintergrund

- § 13 I Nr. 5 S. 1 VOB/A:
Änderungen an den
Vergabeunterlagen sind unzulässig.
- § 16 I Nr. 1 lit. b) VOB/A:
Auszuschließen sind Angebote, die
den Bestimmungen des § 13 I Nrn.
... 5 nicht entsprechen.

- Das *VG München* hatte über einen - zuwendungsrechtlich gelagerten - Fall zu entscheiden, in dem eine Firma in ihrem Angebot eine **Änderung an den Verdingungsunterlagen** vorgenommen hatte; gerade sie erhielt den Zuschlag für die Landschaftsbauarbeiten bei der Errichtung eines Kindergartens.
- Bei der Position A 53 (Einfassung einer Spielfläche, Sandkasten) wurde statt der geforderten Betonkantensteine mit elastischer Auflage mit der Größe 8 cm x 30 cm ein Betonkantenstein mit elastischer Auflage mit **6 cm x 30 cm** eingetragen.

I.2. VG München Urt. v. 13.1.2011 – M 10 K 09.5291: Kindergarten



- Der Bieter darf Verdingungsunterlagen nach der Vorschrift des § 21 Nr. 1 II VOB/A nicht von sich aus ändern, vielmehr ist ein derart abgeändertes Angebot gemäß § 25 Nr. 1 I lit. b) VOB/A *zwingend auszuschließen*.
- Kürzung der Zuwendung um 49.000 EUR!

I.3. OVG Münster Urt. v. 22.2.2005 – 15 A 1065/04: Verkehrsberuhigungsmaßnahmen

Fall

- Zuwendung = 600.000 DM
- Nr. 3 ANBest-G: Vergabegrundsätze zu beachten
- Ausschreibung: 1.900 t Deckschicht (Teer/Bitumen) abzufahren auf Sondermülldeponie
- Hinweis (BG): Wiedereinbau (zementgebunden) als Unterbau
- Schreiben (BG): Recycling, Wiedereinbau als Deckschicht auf anderem Grundstück
- Auftrag jetzt an BG (günstigstes Angebot zuvor zweimal F)
- Widerruf der Zuwendung i.H.v. **129.674,46 DM!**

Gesetzlicher Hintergrund

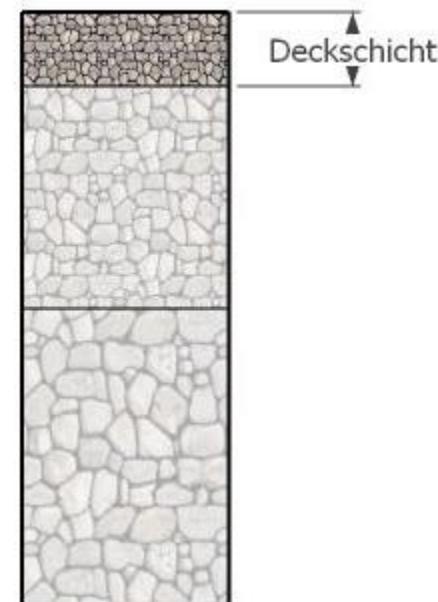
- § 16 I Nr. 1 lit. a) VOB/A:
Auszuschließen sind Angebote, die im **Eröffnungstermin** dem Verhandlungsleiter bei Öffnung des ersten Angebots nicht vorgelegen haben.
- § 15 III VOB/A:
Verhandlungen, besonders über Änderung der Angebote oder Preise, sind **unstatthaft**, außer wenn sie bei Nebenangeboten oder Angeboten aufgrund eines Leistungsprogramms nötig sind, um **unumgängliche technische Änderungen geringen Umfangs** und daraus sich ergebende Änderungen der Preise zu vereinbaren.

I.3. OVG Münster Urt. v. 22.2.2005 – 15 A 1065/04: Verkehrsberuhigungsmaßnahmen

- Die **Auflage**, die Bestimmungen der VOB/A zu beachten (vgl. **Leitsatz 1**), hat die Klägerin nicht erfüllt.
- Ihre Beauftragung der Bietergemeinschaft mit Schreiben vom 25.5.1992 verstößt gegen § 25 Nr. 1 I lit. a VOB/A (a.F.).
- Nach dieser Bestimmung werden Angebote ausgeschlossen, die im Eröffnungstermin dem Verhandlungsleiter bei Öffnung des ersten Angebots nicht vorgelegen haben.
- Das - von der Klägerin angenommene - Angebot der Bietergemeinschaft vom **11.5.1992** war danach ausgeschlossen, weil es der Klägerin erst nach dem **Eröffnungstermin**, der am **26.3.1992** stattfand, unterbreitet wurde.
- Die Rechtsfolge des § 25 Nr. 1 I lit. a VOB/A (a.F.) ist zwingend.
- Sie soll gewährleisten, dass alle Anbieter **gleich behandelt** werden.
- Dies wäre nicht der Fall, wenn ein Bieter einen ungerechtfertigten Zeitvorteil erhielte und gegebenenfalls nachträglich noch den Inhalt der Angebote anderer Bieter berücksichtigen könnte, indem er zum Beispiel den Eröffnungstermin abwartet und sein Angebot nachbessert.
- Das gilt auch, wenn - wie hier - lediglich einzelne Teile eines an sich rechtzeitig eingegangenen Angebots **geändert** bzw. **ergänzt** werden.
- Solche Ergänzungen und Änderungen sind ebenfalls unzulässig.

I.3. OVG Münster Urt. v. 22.2.2005 – 15 A 1065/04: Verkehrsberuhigungsmaßnahmen

- Wegen seines Ausnahmecharakters ist § 24 VOB/A *eng auszulegen*.
- Die dort aufgeführten Tatbestände, die ausnahmsweise Verhandlungen zulassen, sind grundsätzlich als *abschließende Aufzählung* aufzufassen.
- Führt die technische Änderung eines Bauvorhabens zu einer Reduzierung des Angebotspreises um mehr als **10 %**, so handelt es sich grundsätzlich nicht mehr um eine *technische Änderung geringen Umfangs* i.S.v. § 24 Nr. 3 VOB/A (*Leitsatz 3*).
- Ursprünglich: 1.955.767,52 DM
- Zuletzt: 1.624.369,53 DM
- Entspricht ca. **17 %**



II.1. OLG Düsseldorf

Beschl. v. 27.11.2013 – VII-Verg 20/13

Fall

- Offenes Verfahren (dreigleisiger Ausbau der Bahnstrecke Freilassing – Salzburg), SektVO
- Angebotsaufforderung: Zuschlag auf wirtschaftlichstes (nicht preisgünstigstes) Angebot
- Preis (Angebotsendsumme): Gewichtung = **95 %**
- Terminplanung: Gewichtung = **5 %**
- Nebenangebote = zugelassen
- Nachprüfungsantrag nach Vorabinformation (Angebot knapp 5 % höher als Zuschlagskandidat)

Entscheidung

- *Leitsatz 6:* Soll der Zuschlag auf das wirtschaftlich günstigste Angebot ergehen und legt der Auftraggeber als Unterkriterien zu 95 % den Preis und zu 5 % die Terminplanung fest, sind der Wirtschaftlichkeitsgrundsatz des § 97 V GWB und die Selbstbindung des Auftraggebers an das in der Bekanntmachung angegebene Zuschlagskriterium verletzt.
- Terminplanung = Alibifunktion (unbedeutendes Maß)
- Preis = faktisch allein entscheidend (unzulässige Zuschlagskriterien)

II.2. EuGH (3. Kammer) Urt. v. 10.5.2012 – C-368/10 (Kommission/Königreich der Niederlande)



- *Provinz Nord-Holland*: Vergabe eines öffentlichen Auftrags für die Lieferung und Bewirtschaftung von Kaffeeautomaten
- Verwendung von *ökologischen* und *Fair-Trade-Erzeugnissen*
- MAX HAVELAAR- und EKO-Gütezeichen
- *Vertragsverletzungsklage* der **Europäischen Kommission** gegen die Niederlande wegen Verstoß gegen die Richtlinie über die Vergabe öffentlicher Aufträge (2004/18/EG)

II.2. EuGH (3. Kammer) Urt. v. 10.5.2012 – C-368/10 (Kommission/Königreich der Niederlande)



- Auswahl des wirtschaftlich günstigsten Angebots: bestimmte Erzeugnisse mit bestimmten Gütezeichen = bestimmte Anzahl von Punkten (nicht: Kriterien, die Gütezeichen zugrunde liegen)
- außerdem Anforderung an Zuschlagsempfänger, die „Kriterien der **Nachhaltigkeit der Einkäufe**“ und des „**gesellschaftlich verantwortlichen Verhaltens**“ einzuhalten, sowie
- Verpflichtung, „zur Verbesserung der Nachhaltigkeit des Kaffeemarkts und zu einer umwelttechnisch, sozial und wirtschaftlich verantwortlichen Kaffeeproduktion beizutragen“
- im Angebot anzugeben, auf welche Weise diese Kriterien erfüllt oder inwiefern zu den in Bezug auf den Kaffeemarkt und die Kaffeeproduktion angestrebten Zielen beigetragen wird.

II.2. EuGH (3. Kammer) Urt. v. 10.5.2012 – C-368/10 (Kommission/Königreich der Niederlande)

§ 7 IV VOB/A: Die **technischen Spezifikationen** sind in den Vergabeunterlagen zu formulieren:

1. entweder unter Bezugnahme auf die in Anhang TS definierten technischen Spezifikationen in der Rangfolge

- a) nationale Normen, mit denen europäische Normen umgesetzt werden,
- b) europäische technische Zulassungen,
- c) gemeinsame technische Spezifikationen,
- d) internationale Normen und andere technische Bezugsysteme, die von den europäischen Normungsgremien erarbeitet wurden oder,
- e) falls solche Normen und Spezifikationen fehlen, nationale Normen, nationale technische Zulassungen oder nationale technische Spezifikationen für die Planung, Berechnung und Ausführung von Bauwerken und den Einsatz von Produkten.

Jede Bezugnahme ist mit dem Zusatz „oder gleichwertig“ zu verstehen;

2. oder in Form von **Leistungs- oder Funktionsanforderungen**, die so **genau** zu fassen sind, dass sie den Unternehmen ein **klares Bild** vom Auftragsgegenstand vermitteln und dem Auftraggeber die Erteilung des Zuschlags ermöglichen.

§ 7 VII VOB/A: ¹Schreibt der Auftraggeber **Umwelteigenschaften** in Form von Leistungs- oder Funktionsanforderungen vor, so kann er die **Spezifikationen** verwenden, die in europäischen, multinationalen oder anderen **Umweltzeichen** definiert sind, wenn

1. sie sich zur Definition der Merkmale des Auftragsgegenstands eignen,
2. die Anforderungen des Umweltzeichens auf Grundlage von wissenschaftlich abgesicherten Informationen ausgearbeitet werden,
3. die Umweltzeichen im Rahmen eines Verfahrens erlassen werden, an dem interessierte Kreise – wie z.B. staatliche Stellen, Verbraucher, Hersteller, Händler und Umweltorganisationen – teilnehmen können, und
4. wenn das Umweltzeichen für alle Betroffenen **zugänglich** und **verfügbar** ist.

²Der Auftraggeber kann in den Vergabeunterlagen angeben, dass bei Leistungen, die mit einem Umweltzeichen ausgestattet sind, **vermutet** wird, dass sie den in der Leistungsbeschreibung festgelegten technischen Spezifikationen genügen. ³Der Auftraggeber muss jedoch **auch jedes andere geeignete Beweismittel**, wie technische Unterlagen des Herstellers oder Prüfberichte anerkannter Stellen, akzeptieren.

II.2. EuGH (3. Kammer) Urt. v. 10.5.2012 – C-368/10 (Kommission/Königreich der Niederlande)



§ 16 VI Nr. 3 VOB/A (Wertung): ¹In die engere Wahl kommen nur solche Angebote, die unter Berücksichtigung rationellen Baubetriebs und sparsamer Wirtschaftsführung eine einwandfreie Ausführung einschließlich Haftung für Mängelansprüche erwarten lassen. ²Unter diesen Angeboten soll der **Zuschlag** auf das Angebot erteilt werden, das unter Berücksichtigung aller Gesichtspunkte, wie z.B. **Qualität**, Preis, technischer Wert, Ästhetik, Zweckmäßigkeit, **Umwelteigenschaften**, Betriebs- und Folgekosten, Rentabilität, Kundendienst und technische Hilfe oder Ausführungsfrist als das wirtschaftlichste erscheint. ³Der niedrigste Angebotspreis allein ist nicht entscheidend.

II.2. EuGH (3. Kammer) Urt. v. 10.5.2012 – C-368/10 (Kommission/Königreich der Niederlande)

- Nicht erforderlich, dass sich Zuschlagskriterium auf echte innere Eigenschaft eines Erzeugnisses bezieht, also ein Element, das materiell Bestandteil von ihm ist.
- So hat der *EuGH* in Rn. 34 des Urteils *EVN und Wienstrom* entschieden, dass es die für die Vergabe öffentlicher Aufträge geltenden Vorschriften des Unionsrechts einem öffentlichen Auftraggeber nicht verwehren, im Rahmen der Vergabe eines Auftrags über die Lieferung von Strom ein Kriterium festzulegen, das die Lieferung von Strom aus **erneuerbaren Energieträgern** verlangt.
- Grundsätzlich steht somit einem Zuschlagskriterium, das darauf abstellt, dass ein Erzeugnis **fair gehandelt** worden ist, nichts entgegen.
- Technische Spezifikationen können in Form von Leistungs- oder Funktionsanforderungen formuliert werden, die *Umwelteigenschaften* umfassen können.
- *Bestimmte Produktionsmethode* kann eine solche Umwelteigenschaft darstellen.
- **EKO-Gütezeichen**, soweit es auf Umwelteigenschaften beruht und die einschlägigen Voraussetzungen erfüllt = „**Umweltgütezeichen**“ i.d.S.
- Anforderung in Bezug auf Eigenschaft des zu liefernden Kaffees und Tees unter Bezugnahme auf dieses Umweltgütezeichen = **technische Spezifikation**.

II.2. EuGH (3. Kammer) Urt. v. 10.5.2012 – C-368/10 (Kommission/Königreich der Niederlande)

Technische Spezifikationen

- müssen **allen Bietern gleichermaßen zugänglich** sein,
- dürfen die Öffnung der öffentlichen Beschaffungsmärkte für den Wettbewerb nicht in ungerechtfertigter Weise behindern,
- sind so **genau** zu fassen, dass sie den Bietern ein **klares** Bild vom Auftragsgegenstand vermitteln und dem öffentlichen Auftraggeber die Erteilung des Zuschlags ermöglichen
- und **klar festzulegen**, so dass alle Bieter wissen, was die Anforderungen des öffentlichen Auftraggebers umfassen.
- Den öffentlichen Auftraggebern wird bei Anforderungen in Bezug auf Umwelteigenschaften die Befugnis verliehen, die **detaillierten Spezifikationen** eines Umweltgütezeichens, *nicht aber ein Umweltgütezeichen als solches* zu verwenden.

- Mindestanforderungen an **Leistungsfähigkeit**: nur technisch und beruflich (vgl. § 6 III VOB/A)
- „Kriterien der **Nachhaltigkeit der Einkäufe und gesellschaftlich verantwortlichen Verhaltens**“: (-)
- „Qualität“ = **technische** Qualität!
- **Grundsatz der Transparenz**: alle Bedingungen und Modalitäten des Vergabeverfahrens sind klar, präzise und eindeutig in Vergabekanntmachung oder Lastenheft zu formulieren.
- „Kriterien der **Nachhaltigkeit der Einkäufe und des gesellschaftlich verantwortlichen Verhaltens**“ sowie Verpflichtung, „zur Verbesserung der Nachhaltigkeit des Kaffeemarkts und zu umwelt-technisch, sozial und wirtschaftlich verantwortlicher Kaffeeproduktion beizutragen“: (-)
- erst recht nicht Aufforderung, im Angebot anzugeben, auf welche Weise diese Kriterien erfüllt oder inwiefern zu den in Bezug auf den Kaffeemarkt und die Kaffeeproduktion angestrebten Zielen beigetragen wird, ohne dass konkrete Angaben zu von zu erteilenden Auskünften gemacht werden!

II.2. EuGH (3. Kammer) Urt. v. 10.5.2012 – C-368/10 (Kommission/Königreich der Niederlande)

Anschlussfrage: können Zuschlagskriterien auch auf **soziale Aspekte** gestützt werden?

- Zuschlagskriterien dürfen nicht nur wirtschaftlich, sondern auch qualitativ sein.
- **46. Erwägungsgrund Richtlinie 2004/18/EG:** „Öffentlicher Auftraggeber kann auch *Kriterien zur Erfüllung sozialer Anforderungen* anwenden, die insbesondere den in den ... Spezifikationen [des Auftrags] festgelegten Bedürfnissen besonders benachteiligter Bevölkerungsgruppen entsprechen, denen die Nutznießer/Nutzer der Bauleistungen, Lieferungen oder Dienstleistungen angehören“.
- Öffentliche Auftraggeber dürfen auch Zuschlagskriterien wählen, die auf **soziale Aspekte** gestützt sind, die Nutzer oder Nutznießer der Bauleistungen, Lieferungen oder Dienstleistungen, die Gegenstand des Auftrags sind, aber auch andere Personen betreffen können!

Fazit:

- Öffentliche Auftraggeber dürfen die Einhaltung **ökologischer** und **sozialer** Standards als technische Spezifikationen, Anforderungen an die Eignung des Bieters, sonstige Anforderungen an die Leistungserbringung und als Zuschlagskriterien formulieren.
- Anforderungen dürfen **nicht** durch schlichten Hinweis auf **bestimmtes Gütezeichen** ersetzt werden.
- Auch können sie nicht losgelöst vom konkreten Auftrag, also nicht als Maßgabe an die allgemeine Geschäftspolitik des Bieters, festgelegt werden.
- Gerade im Kontext der Diskussion um Neuerungen i.S. *Nachhaltigkeit, fairer Handel* und *Frauenförderung* gibt die Entscheidung Konkretisierungen an die Hand, die zur Umsetzung der teilweise weniger differenziert formulierten politischen Zielvorstellungen hilfreich sein können.

Ausblick: Richtlinie 2014/24/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Februar 2014

Art. 18 II (Grundsätze der Auftragsvergabe)

Die Mitgliedstaaten treffen geeignete Maßnahmen, um dafür zu sorgen, dass die Wirtschaftsteilnehmer bei der Ausführung öffentlicher Aufträge die geltenden **umwelt-, sozial- und arbeitsrechtlichen Verpflichtungen einhalten**, die durch Rechtsvorschriften der Union, einzelstaatliche Rechtsvorschriften, Tarifverträge oder die in Anhang X aufgeführten internationalen umwelt-, sozial- und arbeitsrechtlichen Vorschriften **festgelegt** sind.

Art. 70 (Bedingungen für die Auftragsausführung)

Öffentliche Auftraggeber **können** besondere Bedingungen für die Ausführung eines Auftrags festlegen, sofern diese gemäß Art. 67 III mit dem Auftragsgegenstand in **Verbindung** stehen und im Aufruf zum Wettbewerb oder in den Auftragsunterlagen angegeben werden.

Diese Bedingungen können wirtschaftliche, innovationsbezogene, **umweltbezogene, soziale** oder beschäftigungspolitische Belange umfassen.

III. Rüge und Präklusion

Gesetzlicher Hintergrund

Gemäß § 107 III 1 GWB ist ein Nachprüfungsantrag unzulässig, soweit

1. der Antragsteller den gerügten Verstoß gegen Vergabevorschriften im Vergabeverfahren erkannt und gegenüber dem Auftraggeber nicht **unverzüglich gerügt** hat,
2. Verstöße gegen Vergabevorschriften, die aufgrund der **Bekanntmachung** erkennbar sind, nicht spätestens bis Ablauf der in der Bekanntmachung benannten *Frist zur Angebotsabgabe* oder zur Bewerbung gegenüber dem Auftraggeber **gerügt** werden,
3. Verstöße gegen Vergabevorschriften, die erst in den **Vergabeunterlagen** erkennbar sind, nicht spätestens bis zum Ablauf der in der Bekanntmachung benannten *Frist zur Angebotsabgabe* oder zur Bewerbung gegenüber dem Auftraggeber **gerügt** werden,
4. mehr als **15 Kalendertage** nach Eingang der Mitteilung des Auftraggebers, einer Rüge nicht **abhelfen** zu wollen, vergangen sind.

Problemstellung

- Kann ein Bieter die Rügeobligie mit einer Rüge im **Angebotsbegleitschreiben** oder im (verschlossenen) **Angebotsumschlag** erfüllen?
- **VK Hessen** Beschl. v. 25.6.2013 - 69 d-VK-13/2013: Bei aufgrund der Vergabeunterlagen erkennbaren Verstößen ist die Rügepflicht gemäß § 107 III 1 Nr. 3 GWB nur erfüllt, wenn der Bieter seine Rüge dem Auftraggeber getrennt von seinem Angebot bis zum Ablauf der Frist zur Angebotsabgabe zur Kenntnis bringt. Andernfalls ist eine Rüge, die dem Auftraggeber zusammen mit dem Angebot in demselben verschlossenen Briefumschlag vorgelegt wird, **verfristet**.

III.2.b) OLG Düsseldorf, Beschl. v. 7.12.2011 – Verg 81/11 (Abschleppmaßnahmen)

- Die *Vergabestelle* (VSt) schrieb Abschleppmaßnahmen im *Offenen Verfahren* aus.
- Leistungsbeschreibung basierte auf *Durchschnittsmengen* aus vergangenen Jahren (Schätzung).
- Der Antragsteller gab ein Angebot ab, wobei er im Begleitschreiben Hinweise hinsichtlich der von ihm kalkulierten Anzahl der Abschleppvorgänge aufnahm. Hierbei erläuterte er die von ihm in Ansatz gebrachten Mengen als Basis seines Angebots und der Mitteilung, dass es sich hierbei um die *tatsächlich in der Vergangenheit angefallenen (zuletzt rückläufigen) Mengen* handle.
- Gegen die beabsichtigte Zuschlagserteilung an einen Dritten wandte er sich unter Berufung auf das Angebotsbegleitschreiben. Die VSt vertrat die Auffassung, aufgrund eingetretener *Rügepräklusion* sei der Antrag bereits unzulässig.
- Die *Vergabekammer* hat den Nachprüfungsantrag als *unzulässig* zurückgewiesen. Das Angebotsschreiben könne inhaltlich **nicht** als **Rüge** ausgelegt werden, im Übrigen sei die Rüge der Antragsgegnerin entgegen § 107 III 1 Nr. 3 GWB nicht bis zum Ablauf der Angebotsfrist zur Kenntnis gebracht worden.
- Dagegen wendet sich die Antragstellerin mit ihrer sofortigen Beschwerde.

III.2.b) OLG Düsseldorf, Beschl. v. 7.12.2011 – Verg 81/11 (Abschleppmaßnahmen)

- Die gute Nachricht: das *OLG Düsseldorf* fasst den Inhalt des Angebotsbegleitschreibens als **Rüge** auf.
- Begründung: An den Wortlaut einer Rüge dürften *keine hohen Anforderungen* gestellt werden; entscheidend sei vielmehr, dass die Umstände für einen kalkulationsrelevanten Vergaberechtsverstoß dargelegt worden seien und der Antragsteller auch erkennbar die Erwartung gehegt habe, dass einer Angebotswertung nicht die von der VSt vorgesehenen, sondern die „richtigen“ Zahlen zu Grunde gelegt würden.
- Die schlechte Nachricht: es fehlt jedoch an der **Unverzüglichkeit** der Rüge.
- Da der Vergaberechtsverstoß aus den *Vergabeunterlagen* erkennbar gewesen sei, hätte er unverzüglich, das heißt jedenfalls *bis zur Frist zur Angebotsabgabe* gerügt werden müssen.
- Entscheidend: wann gelangt Rüge VSt zur **Kenntnis**?
- Zwar keine Willenserklärung i.S.d. § 130 BGB (zielt nicht auf Herbeiführung einer Rechtswirkung ab), aber *geschäftsähnliche Handlung*: dient Erhalt der Geltendmachung eines Vergaberechtsverstoßes in Nachprüfungsverfahren
- Vergleichbar mit rechtzeitiger Anmeldung eines Anspruchs nach **§ 651g I BGB**; § 130 BGB = *entsprechend anwendbar*, so dass **Zugang** dann gegeben, wenn Rüge so in Bereich des Empfängers gelangt, dass dieser unter normalen Umständen Möglichkeit zur Kenntnisnahme hat
- Entscheidend = *nicht (nur) körperlicher Eingang* des Rügeschreibens bei der VSt, sondern **Möglichkeit der Kenntnisnahme**
- Da Angebote *bis zum Ablauf der Angebotsfrist ungeöffnet* bleiben müssen (vgl. § 14 I 2 VOB/A), war hier die Rüge **nicht rechtzeitig** im Sinne des § 107 III 1 Nr. 3 GWB eingegangen!

III.2.b) OLG Düsseldorf, Beschl. v. 7.12.2011 – Verg 81/11 (Abschleppmaßnahmen)

Leitsätze

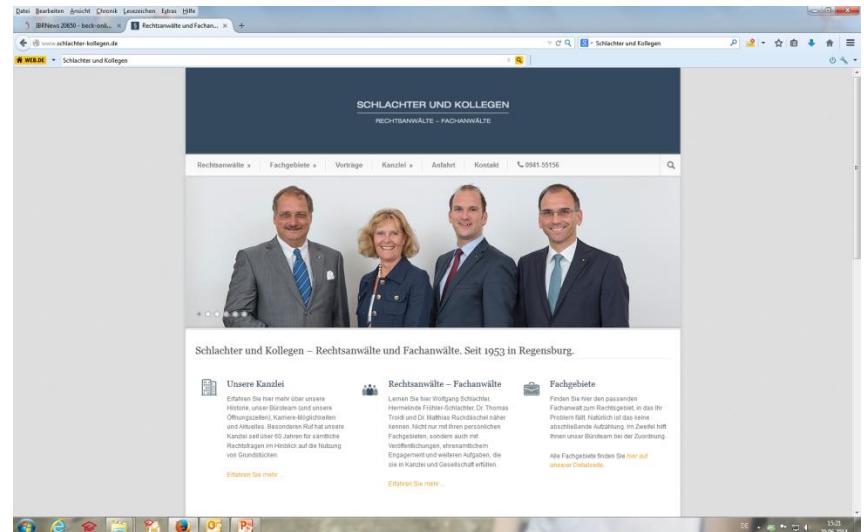
1. Eine Rüge erfolgt jedenfalls dann *nicht rechtzeitig*, wenn sie *zusammen mit dem Angebot* abgegeben wird und der Auftraggeber die Rüge nicht zur Kenntnis nehmen kann, weil das Angebot bis zum Ablauf der Angebotsfrist ungeöffnet bleibt.
2. Für die Rüge als geschäftsähnliche Handlung gilt § 130 BGB entsprechend, so dass der **Zugang** die Möglichkeit des Empfängers von einer Kenntnisnahme erfordert.

Fazit

- Regelmäßig werden von Bieter erst im Angebotsbegleitschreiben vergaberechtliche Rügen ausgesprochen, um der Präklusionswirkung entgegenzutreten.
- Die Entscheidung des *OLG Düsseldorf* stellt klar, dass dies nicht dem Unverzüglichkeitsbegriff des § 107 GWB entspricht.
- Bieter sind daher gehalten, *vor Angebotsabgabe*, d.h. nicht zeitgleich mit dem Angebot, entsprechende Rügen zu formulieren.
- Dies gilt umso mehr, als eine Rüge ein *Abhilfeverlangen* beinhalten muss, so dass auch insoweit nach Ablauf der Angebotsfrist entsprechende Abhilfe regelmäßig - sofern nicht allein die Wertungsentscheidung betroffen ist - nicht mehr erreicht werden kann.

Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit!

- Sie finden diese Präsentation auch online und in Farbe (zum kostenlosen download) auf unserer Homepage:
- www.rae-schlachter.de



Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit!

