

OLG Karlsruhe: Vermischung von Eignungs- und Zuschlagskriterien muss für Bieter erkennbar sein

# Den Auftraggeber rügen

Nach § 107 Absatz 3 Satz 1 Nummer 2 bzw. 3 GWB sind Verstöße gegen Vergabevorschriften, die aufgrund der Bekanntmachung bzw. erst in den Vergabeunterlagen erkennbar sind, spätestens bis zum Ablauf der in der Bekanntmachung benannten Frist zur Angebotsabgabe oder zur Bewerbung gegenüber dem öffentlichen Auftraggeber zu rügen.

Versäumt ein Bieter diese Rügefrist, kann ein Nachprüfungsantrag nicht erfolgreich auf den Vergabefehler gestützt werden. Der Bieter ist mit seiner Beanstandung insoweit präkludiert. Die vorgenannte Vorschrift zur Rügepräklusion ist unter anderem dann bedeutsam, wenn eine Verletzung des vergaberechtlich anerkannten Verbots der Vermischung von Eignungs-/Zuschlagskriterien bieterseitig moniert wird.

Hierzu hat das Oberlandesgericht Karlsruhe (Beschluss vom 5. November 2014 – Az.: 15 Verg 6/14) entschieden, dass die Problematik der rechtswidrigen Vermischung von Eignungs-/Zuschlagskriterien zuletzt intensiv und wiederholt in Rechtsprechung, Literatur und Bieterkreisen behandelt sowie thematisiert wurde. Ein Bieter, der nicht völlig unerfahren ist und sich für einen größeren öffentlichen Auftrag in-



Wenn ein Bieter eine Vergabe rügen will, muss er das zeitnah machen.

FOTO BILDERBOX

teressiert, kann sich diesem Thema nicht verschließen.

Wichtige Aspekte für die Beschaffungspraxis sind:

- Die „Erkennbarkeit“ i.S.d. § 107 Absatz 3 Satz 1 Nummer 2 bzw. 3 GWB umfasst zwei Aspekte: Zum einen müssen die einen Rechtsverstoß begründenden Tatsachen erkennbar sein. Zum anderen muss die rechtliche Bewertung als Vergaberechtsverstoß erkennbar sein.
- Entscheidend ist also, ob ein Bieter den Vergaberechtsverstoß bei sorgfältiger Prüfung ohne besonderen Rechtsrat hätte erkennen können und müssen. Hierbei ist zu fordern, dass der Bieter mit den wichtigsten Regeln des Vergaberechts vertraut ist.

- Von einer „Erkennbarkeit“ ist deshalb auszugehen, wenn die jeweilige vergaberechtliche Problematik seit langer Zeit Gegenstand vergaberechtlicher Rechtsprechung und breit – über die juristischen Fachkreise hinaus – geführter öffentlicher Diskussionen ist. Beim Verbot der Vermischung von Eignungs-/Zuschlagskriterien ist dies bei der Vergabe von Liefer-/Dienstleistungen, auch wegen §§ 7, 19 Absatz 8 VOL/A-EG, der Fall. Gleiches dürfte für europaweite Bauvergaben gemäß der VOB/A-EG gelten.

> HOLGER SCHRÖDER

BGH: Kein Zuschlag bei erheblichem Kalkulationsirrtum des Bieters

# Ein besonders günstiges Angebot

Ein Angebot, das wegen eines Kalkulationsirrtums des Bieters außerordentlich günstig ist, darf nicht bezuschlagt werden. Der Bundesgerichtshof (BGH) hatte einen Sachverhalt zu entscheiden, in dem der Bestbieter zu einem Preis von rund 455 000 Euro angeboten, während sich das nächstgünstigste Angebot auf zirka 621 000 Euro belaufen hatte. Der Bestbieter erklärte daraufhin gegenüber der Vergabestelle, in einer Angebotsposition einen fehlerhaften Mengenansatz gewählt zu haben, und bat um Abschluss seines Angebotes von der Wertung. Die Vergabestelle kam dem nicht nach, sondern erteilte dem vermeintlichen Bestbieter den Zuschlag.

Zu Unrecht, wie der BGH in seiner Entscheidung vom 11.

November 2014 (Az.: X ZR 32/14) geurteilt hat: Bieter genießen den Schutz aus § 241 Absatz 2 BGB, der das gesamte vorvertragliche Verhalten im Vergabeverfahren einschließt. Die Rücksichtnahmepflicht aus § 241 Absatz 2 BGB verpflichtet den öffentlichen Auftraggeber zwar nicht, bei jeglichem noch so geringen Kalkulationsirrtum von der Annahme (Zuschlag) des Angebotes abzusehen.

Steht ein Kalkulationsirrtum aber außer Streit, so hängt die Entscheidung nur noch davon ab, ob der öffentliche Auftraggeber im Hinblick auf die Pflicht zur Rücksichtnahme auf die Interessen des betroffenen Bieters von der Zuschlagserteilung absehen muss. Verhält es sich so und führt die

Vergabestelle den Vertragsschluss herbei, so kann ein Bieter vertraglichen Erfüllungs- oder Schadensersatzansprüchen ein Leistungsverweigerungsrecht entgegensetzen.

Wichtige Aspekte für die Beschaffungspraxis sind:

- Öffentliche Auftraggeber trifft eine Pflicht zur Rücksichtnahme auf die Rechte, Rechtsgüter und Interessen des Bieters (vergleiche § 241 Absatz 2 BGB).
- Diese Rücksichtnahmepflicht verletzt die Vergabestelle, wenn sie den Zuschlag auf ein Angebot erteilt, obwohl ihr (1.) bekannt ist, dass es an einem (2.) erheblichen Kalkulationsirrtum leidet.
- Ein erheblicher Kalkulationsirrtum liegt vor, wenn dem Bieter aus Sicht eines verständigen öf-

fentlichen Auftraggebers bei wirtschaftlicher Betrachtung schlechterdings nicht mehr angesonnen werden kann, sich mit dem irrig kalkulierten Preis als einer auch nur annähernd äquivalenten Ge-

genleistung für die zu erbringende Bau-, Liefer- oder Dienstleistung zu begnügen.

– Hat der öffentliche Auftraggeber keine Kenntnis der einen Kalkulationsirrtum und eine Unzu-

mutbarkeit der Vertragsdurchführung begründenden Tatsachen, so ist entscheidend, ob sich die Vergabestelle nach den gesamten Umständen treuwidrig der Kenntnis vom Kalkulationsirrtum verschließt.

– Auf einen Kalkulationsirrtum kann hindeuten, wenn allein der Abstand zum nächsthöheren Angebotspreis besonders groß ist. Der indizielle Wert der Angebotsstruktur kann aber anders zu bewerten sein, wenn die Angebotssummen ohne signifikanten Abstand zwischen dem günstigsten und den folgenden Angeboten breit gestreut sind.

> HOLGER SCHRÖDER

Der Autor ist Rechtsanwalt bei Rödl & Partner in Nürnberg.

ANZEIGE

## VOF - UND VOL-VERFAHREN

Wir betreuen Ihr Verfahren. Von A bis Z.  
Kompetent. Zuverlässig. Rechtssicher.

DR. SCHREMS PARTNER

www.schrems-partner.de

# 3 auf einen Klick

DIE ANGEBOTE DER [www.Staatsanzeiger-eServices.de](http://www.Staatsanzeiger-eServices.de)

## eVergabe

ÜBER 1800 VERGABESTELLEN

## eFormulare

AUF IHRER HOMEPAGE FÜR IHRE BÜRGER

## Kommunaldruck

DIE SPEZIAL-DRUCKEREI FÜR IHRE KOMMUNE



Staatsanzeiger ONLINE LOGISTIK GmbH  
Arnulfstraße 122, 80636 München  
Tel: (+49) 89/290142-30  
E-Mail: [vertrieb@staatsanzeiger-eservices.de](mailto:vertrieb@staatsanzeiger-eservices.de)  
Web: [www.staatsanzeiger-eservices.de](http://www.staatsanzeiger-eservices.de)



Staatsanzeiger  
eServices

EIN UNTERNEHMEN DER BAYERISCHEN STAATSZEITUNG