



## FFW – Depesche

November 2021  
08/2021

### ZAHLEN | DATEN | FAKTEN

Mehr als jedes dritte Unternehmen im Hochbau findet einer aktuellen Ifo-Umfrage zufolge nicht genügend Personal. Dabei seien die Auftragsbücher im Bau gut gefüllt. In der Branche meldeten im Oktober 34,1 Prozent der Unternehmen einen Mangel an Fachkräften, nach 33,5 Prozent im Vormonat. Im Tiefbau ging die Zahl zurück auf 36,8 Prozent, nach 37,9 Prozent im Vormonat.

Die boomende Baubranche rechnet außerdem mit Nachschubproblemen bis ins kommende Frühjahr. Im Hochbau meldeten 38,0% der befragten Betriebe Beeinträchtigungen durch Lieferverzögerungen, im Tiefbau 26,1%.

Quelle: [www.ifo.de](http://www.ifo.de)

### I. AKTUELLES

#### **Weihnachtsgeschenke schon besorgt? Zu den Ursachen der Lieferkrise**

Die WirtschaftsWoche greift in ihrer aktuellen Ausgabe den Insiderreport eines US-Truckers auf, der auf der Plattform „Medium“ unverblümt über seine Sicht auf die Lieferkrise und die Zustände an US-amerikanischen Containerhäfen berichtet, nachzulesen im englischsprachigen Originaltext unter:

<https://medium.com/@ryan79z28>.

Die These lautet, dass Häfen und Logistikanbieter nicht in bessere Infrastruktur investieren, da sie an der Knappheit auch so verdienen. Sollte das zutreffen, wäre mit einem Ende der Lieferkrise auch bei angepasster Produktion in absehbarer Zeit nicht zu rechnen.

### II. ENTSCHEIDUNGEN IM ÜBERBLICK

#### **Ein Baustellenverbot des Auftraggebers (AG) begründet keinen Verlust des Nacherfüllungsanspruchs.**

OLG Schleswig, Beschluss vom 29.07.2020 - 12 U 23/20

Mit dem Ausspruch eines Baustellenverbots lehnt der AG zwar die Annahme der Mängelbeseitigungsarbeiten des Auftragnehmers (AN) ab – aber nicht endgültig. Die Ablehnung führt nur zum Annahmeverzug des AG mit der Folge von Haftungserleichterungen und Ansprüchen auf Ersatz von etwaigen Mehraufwendungen zu-

gunsten des AN. Zu einem Entfall der Leistungspflicht des AN führt der Annahmeverzug hingegen nicht.

### **Teure Pinkelpause: Bagger v. Cabrio**

LG Nürnberg-Fürth (Urt. v. 24.02.2021, Az. 8 O 6187/20)

Ein Autofahrer will ein dringendes Bedürfnis erledigen und parkt sein Alfa Spider Cabriolet am Straßenrand neben einem Bagger auf einem Privatgrundstück. Der Mann sucht Sichtschutz – und genau in diesem Moment dreht sich die Baggerschaufel und beschädigt das Cabrio erheblich, es entstand ein Gesamtschaden in Höhe von 18 TEUR. Auf diesen Betrag verklagt der Cabrio-Fahrer den Baggerfahrer.

Das LG Nürnberg-Fürth sprach in erster Instanz lediglich einen Schadenersatz in Höhe von 75 Prozent zu. Die restlichen 25 Prozent müsse sich der Cabrio-Fahrer aufgrund der Betriebsgefahr seines Fahrzeugs anrechnen lassen. Dabei berücksichtigt das Landgericht auch, dass der Cabrio-Fahrer einen größeren Abstand zum Bagger hätte einhalten müssen.

Der beklagte Baggerfahrer hingegen hätte das Cabrio des Klägers ohne weiteres bemerken müssen, wenn er sich vor dem Schwenken der Baggerschaufel umgesehen hätte. Er musste nach Auffassung des Gerichts damit rechnen, dass sich andere Verkehrsteilnehmer auf sein Grundstück begeben, das nicht als Privatgelände erkennbar gewesen sei, und hätte die Baustelle entsprechend beschildern müssen.

### **III. ENTSCHEIDUNG IM DETAIL**

**Vorsicht Falle: Abweichungen vom Amtsentwurf können auch im Verhandlungsverfahren zum zwingenden Ausschluss führen!**

VK Bund, Beschluss vom 08.07.2021 - VK 1-48/21

Anders als beim offenen oder nicht offenen Verfahren kann der öffentliche Auftraggeber im Verhandlungsverfahren über die Angebote der Bieter verhandeln. Der Leistungsgegenstand muss im Verhandlungsverfahren nicht bereits in der Ausschreibung in allen Einzelheiten festgeschrieben sein.

Verhandelbar ist generell der gesamte Angebotsinhalt einschließlich der Preise und Vertragsklauseln, mit Ausnahme der physischen, funktionellen und rechtlichen Mindestanforderungen, die jedes Angebot erfüllen muss. Nicht verhandelbar sind zudem die Zuschlagskriterien zur Ermittlung des wirtschaftlichsten Angebotes.

Die Sektorenverordnung enthält keinen ausdrücklichen Ausschlussstatbestand wegen Änderungen an den Vergabeunterlagen, wie beispielsweise in § 57 Abs. 1 Nr. 4 Vergabeverordnung (VgV). Dass auch im Anwendungsbereich der Sektorenverordnung (SektVO) eine Abweichung von den Vergabeunterlagen grundsätzlich zum Ausschluss des Angebots führt, hatte die Vergabekammer (VK) Bund bereits 2016 entschieden (VK Bund, Beschluss vom 08.01.2016 - VK 2-127/15).



Unter Berücksichtigung der besonderen Situation im Verhandlungsverfahren befasste sich die VK Bund mit folgendem

#### **Sachverhalt:**

Der AG (DB Netz AG) schreibt Planungsleistungen für die Neubaustrecke Dresden–Prag im Verhandlungsverfahren mit Teilnahmewettbewerb nach der SektVO aus. Das Projekt teilt sich räumlich und technisch in drei Projektabschnitte wobei in einem Projektteil eine Volltunnelvariante bzw. Teiluntertunnelung durch das zu beauftragende Planungsbüro untersucht werden soll. In der Auftragsbekanntmachung behält sich der AG vor, ohne weitere Verhandlungen auf eines der eingegangenen Angebote den Zuschlag zu erteilen.

Der Preis von Bieter A liegt deutlich unter dem Angebotspreis der übrigen Bieter. Im Rahmen der Angebotsaufklärung stellt sich heraus, dass A die Vergabeunterlagen falsch interpretiert hat. A ging davon aus, dass der Streckenverlauf beider Varianten (Volltunnelvariante bzw. Teiluntertunnelung) zumindest teilweise identisch sei, so dass Planungsleistungen mehrfach verwendet werden können. Diese Annahme hat A in seiner Kalkulation berücksichtigt. Der Projektbeschreibung war jedoch zu entnehmen, dass das Planungsergebnis und damit (u. a.) der Streckenverlauf noch vollkommen offen sind und dass es zwei grundsätzlich verschiedene Korridoralternativen geben werde, die im Zuge der Vorplanung komplett zu beplanen sind.

Der AG schließt das Angebot von A wegen Änderungen an den Vergabeunterlagen aus. Hiergegen richtet sich der Nachprüfungsantrag von A.

#### **Entscheidung:**

Die VK Bund weist den Nachprüfungsantrag wegen offensichtlicher Unbegründetheit ab, da der AG das Angebot des A zu Recht wegen unzulässiger Änderungen an den Vergabeunterlagen ausgeschlossen hat. Dafür, dass die Streckenverläufe teilweise identisch sein sollen, so dass der Bieter von der Wiederverwendbarkeit planerischer Leistungen ausgehen durfte, bietet die Leistungsbeschreibung keine Anhaltspunkte. Zu diesem Ergebnis kommt die VK nach Auslegung der Leistungs- oder Projektbeschreibung aus Sicht eines objektiven, branchenkundigen Bieters (§§ 133, 157 BGB).

Dass es sich hier um ein Verhandlungsverfahren handelt, stehe dem Angebotsausschluss von A nicht entgegen. Im Verhandlungsverfahren können Abweichungen vom ausgeschriebenen Angebotsinhalt zwar grundsätzlich noch in den nächsten Verhandlungsrunden beseitigt werden (vgl. § 119 Abs. 5 GWB). Etwas anderes gilt jedoch dann, wenn sich der öffentliche Auftraggeber – wie hier – i.S.d. § 15 Abs. 4 SektVO ausdrücklich vorbehalten hat, den Zuschlag ggf. auf die Erstangebote zu erteilen, und sich - ebenfalls wie hier bereits geschehen - dafür entschieden hat, von diesem Vorbehalt tatsächlich Gebrauch zu machen. Die Erstangebote sind mithin nicht (mehr) indikativer Natur, sondern final. Mangels Möglichkeit, dessen Inhalt noch zu überarbeiten,

kann ein solches finales Angebot, das die aus-  
geschriebenen Anforderungen nicht erfüllt, aus-  
geschlossen werden.

### **Praxistipp:**

Die Entscheidung zeigt auf, wie wichtig die Lek-  
türe der Bekanntmachung und der Ausschrei-  
bungsunterlagen für die Bieter ist. Den Bietern  
ist dringend zu empfehlen, die Auftragsbekannt-  
machung gerade in Verhandlungsverfahren im  
Hinblick auf einen möglichen Zuschlagsvorbe-  
halt auf die Erstangebote gründlich zu studieren  
aber auch im Übrigen die eigenen Angebote  
sorgfältig und ggf. mehrmals auf Übereinstim-  
mung mit den aufgestellten Anforderungen zu  
überprüfen.

Die Anforderungen an die Bieter sind hoch. Von  
einem sachkundigen Bieter wird z. B. erwartet,  
dass er die ihm zur Erstellung seines Angebots  
übersandten Vergabeunterlagen auf Verständ-  
lichkeit und Vollständigkeit prüft (vgl. OLG Düs-  
seldorf, B. v. 27.09.2017, VII - Verg 12/17). Au-  
ßerdem wird im Rahmen der Rügepflicht die  
Kenntnis der einschlägigen Vergabeordnungen  
bei der Prüfung erkennbarer Vergaberechtsver-  
stöße (§ 169 Abs. 3 GWB) vorausgesetzt. Kann  
der Vergabeverstoß ohne Einholung eines  
Rechtsrats schon durch Abgleich der einschlägi-  
gen Rechtsnormen mit dem Text der Vergabe-  
unterlagen ermittelt werden, ist er für ein fach-  
kundiges Unternehmen erkennbar und muss ge-  
rügt werden (OLG Schleswig, Beschluss vom  
22.01.2019 - 54 Verg 3/18).

Sebastian Koch  
Rechtsanwalt



---

### **Impressum**

Herausgeber:

FELLA FRICKE WAGNER PARTNERSCHAFT  
Rechtsanwälte Steuerberater  
(Amtsgericht Charlottenburg PR 763 B)  
Genthiner Str. 11  
10785 Berlin

Tel.: +49 (0)30 / 26 39 53 99 0  
Fax: +49 (0)30 / 26 39 53 99 99  
E-Mail: [info@ffwkanzlei.de](mailto:info@ffwkanzlei.de)  
Web: [www.ffwkanzlei.de](http://www.ffwkanzlei.de)  
Verantwortlich für den Inhalt: Sebastian Koch