

## Kostenberechnung um 19% überschritten: Verfahrensaufhebung nur nach Abwägung!

Die Aufhebung einer Ausschreibung aus wirtschaftlichen Gründen ist ermessensfehlerhaft, wenn das einzige Angebot 19,3% über der Kostenberechnung liegt und die Auftraggeberin das Angebot nicht aufklärt.

OLG Karlsruhe, Beschluss vom 27.09.2013 - [15 Verg 3/13](#)  
VOB/A § [17](#) EG Abs. 1

### Problem/Sachverhalt

Die Vergabestelle schreibt Sanitärleistungen im offenen Verfahren europaweit aus. Es beteiligt sich nur eine Bietergemeinschaft. Der angebotene Gesamtpreis liegt mit 2,6 Mio. Euro 19,3% über der Kostenberechnung der Vergabestelle. Diese hebt die Ausschreibung auf, weil das Angebot nicht wirtschaftlich sei und die damit verbundenen Mehrkosten haushälterisch nicht zur Verfügung stünden.

### Entscheidung

Zu Unrecht! Die Vergabestelle hat das ihr eingeräumte Ermessen für die Aufhebung eines Verfahrens nach § [17 EG](#) Abs. 1 VOB/A verkannt (**Ermessensausfall**). Das Ermessen wird erst durch Vorliegen eines Aufhebungsgrunds eröffnet. Alle sachgerechten Argumente für wie gegen eine Aufhebung sind in die Abwägung einzustellen. In diesem Rahmen hätte auch das (einzige) **Angebot aufgeklärt** werden können. § [16 EG](#) Abs. 6 Nr. 2 VOB/A sieht eine Aufklärung eines unangemessen niedrig erscheinenden Angebotspreises vor. Im Rahmen der Ermessensausübung nach § [17 EG](#) VOB/A ist zur Wahrung der

ROLAND ALTHERR  
Rechtsanwalt  
Fachanwalt für Arbeitsrecht

DOMINIC MIESS LL.M.  
Rechtsanwalt  
Fachanwalt für Medizinrecht

DR. PETER BÄR  
Rechtsanwalt  
Fachanwalt für Familienrecht

CHRISTIAN LANG  
Rechtsanwalt

GREGOR HÖFLING  
Licence en Droit  
Rechtsanwalt  
Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht  
Fachanwalt für Verwaltungsrecht

DR. WOLFGANG W. GÖPFERT  
Rechtsanwalt  
Fachanwalt für gewerblichen  
Rechtsschutz  
Lehrbeauftragter FH Heidelberg

KRISTIAN SCHREMB  
Rechtsanwalt  
Fachanwalt für Medizinrecht  
Lehrbeauftragter FH LU

DR. MICHAEL PFEIFER  
Rechtsanwalt  
Fachanwalt für Medizinrecht

STEFFI HOFMANN  
Rechtsanwältin

DR. MICHAEL HANN  
Rechtsanwalt

Kaiserring 48-50,  
68161 Mannheim  
LG-Fach: 41  
Telefon: (06 21) 12 64 60  
Telefax: (06 21) 15 19 70

E-Mail: [masp@rae-masp.de](mailto:masp@rae-masp.de)  
[www.rae-masp.de](http://www.rae-masp.de)

Verhältnismäßigkeit einer Aufhebung des Verfahrens und der damit verbundenen Folgen für den Bieter gegebenenfalls auch eine **Aufklärung eines unangemessen hoch erscheinenden Angebots** vorzunehmen.

### Praxishinweis

Streitig war die Kalkulation einzelner Leistungspositionen und damit die Angemessenheit des Gesamtpreises. Die VK Baden-Württemberg ([IBR 2013, 644](#)) hatte die Verfahrensaufhebung bestätigt und den Nachprüfungsantrag zurückgewiesen. Die Differenz zwischen Kostenberechnung und Angebot von 19,3% rechtfertigte die Aufhebung dieses Verfahrens, ohne dass eine sachverständige Beurteilung der Kalkulation erforderlich sei. Das OLG verweist auf die Entscheidung des BGH vom 20.11.2012 ([IBR 2013, 93](#)), wonach weder die nominale Höhe der Preisüberschreitung noch ein Prozentsatz für das Vorliegen eines Aufhebungsgrunds maßgeblich sei, vielmehr die Umstände des Einzelfalls, welche die Kostenschätzung bzw. - wie vorliegend bereits - die Kostenberechnung der Vergabestelle deutlich überschreiten müssten. Eine gerichtliche Prüfung der Kalkulation könne ohne sachverständige Begutachtung nicht erfolgen. Vorrangig allerdings sei bei Annahme eines Aufhebungsgrunds eine Ermessensentscheidung der Vergabestelle eröffnet. Das ausgeübte Ermessen ist gerichtlich nur eingeschränkt überprüfbar, unter anderem auf Ermessensausfall. Empfehlenswert ist Akteneinsichtnahme. Denn der Vergabevermerk muss nach § [20 EG](#) VOB/A auch die Ermessensbegründung für die Aufhebung des Verfahrens enthalten. Dazu sind sowohl die Argumente für die Aufhebung als auch die Argumente zu Gunsten der Bieter gegen die Aufhebung des Verfahrens darzustellen. Eine Aufhebung allein aus wirtschaftlichen/haushälterischen Gründen heraus verhindert eine Abwägung und führt zu einem Ermessensausfall mit der Folge, dass der Streit um die Richtigkeit der Kalkulation hinfällig wird. Die Entscheidung zur Aufhebung des Verfahrens wird aufgehoben und das Vergabeverfahren ist fortzusetzen. Es empfiehlt sich daher, vor Aufhebung des Verfahrens im Rahmen der Ermessensentscheidung und in analoger Anwendung des § [16 EG](#) Abs. 6 Nr. 2 VOB/A auch einen unangemessen hoch erscheinenden Preis aufzuklären, was zu einer wirtschaftlichen Annäherung zwischen der Kostenberechnung der Vergabestelle und dem Angebot des einzigen Bieters und letztlich zu einer Entscheidung gegen eine Aufhebung des Vergabeverfahrens führen kann.



Gregor Höfling  
Rechtsanwalt

Fachanwalt für Verwaltungsrecht  
Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht