Verdeckte Risiken im Vergabeverfahren – wo Bieter 2026 strategisch scheitern können

14. Kölner Vergabetage

Modul III: Best Practice für Bieter – Neue Anforderungen meistern und Wettbewerbsvorteile sichern

Kristian Tomczak, LL.M.

Rechtsanwalt und Fachanwalt für Vergaberecht

23. September 2026

Agenda

- 1 – Einleitung & Problemaufriss
- 2 – Formale Ausschlussgründe – die unterschätzte Gefahr
- 3 – Kommunikation & Bieterfragen
- 4 – Eignung, Nachweise & Drittressourcen
- 5 – Rüge und Rechtsschutz
- 6 – Taktische Entscheidungen & Richtige Strategie



ESCH BAHNER LISCH

Kristian Tomczak, LL.M.

Rechtsanwalt / Fachanwalt für Vergaberecht

KANZLEI
ESCH BAHNER LISCH Rechtsanwälte

E-MAIL
kristian.tomczak@eschbahnerlisch.de

1 Einleitung & Problemaufriss


VERGABEVERFAHREN 2026
Wo Bieter strategisch scheitern
„Das Angebot ist so gut wie fertig!“
BIETER
WAS MAN SIEHT:
• Preis & Leistung
• Der Abgabetermin
• Die Leistungsbeschreibung
DIE VERDECKTEN RISIKEN
(Strategische Stolpersteine)
Formfehler & eVergabe-Tücken
Verpasste Rügefristen (Präklusion!)
Abweichung von den Vergabeunterlagen
schlechte Bieter-kommunikation
Mangelhafte Eignungsleihe
fehlerhafte Eignungsnachweise
Und plötzlich ist man raus...

„Das Angebot ist fachlich exzellent und wirtschaftlich – trotzdem Ausschluss!“

DAS PARADOXON IM VERGABERECHT

Typische Ursachen

Mangelnde Kenntnis der e-Vergabe (Vergabeplattformen)	**Fehlende oder falsch abgegebene Unterlagen**	**Unklare Kommunikation**
Übersehene Vorgaben in den Vergabeunterlagen	**Nicht belastbare Nachweise**	**Strategisch falsche Entscheidungen im Verfahren (Verzicht auf Rüge oder Präklusion)**

Ziel des Vortrags

1

SENSIBILISIERUNG

2

RISIKOMINIMIERUNG

3

STRATEGISCHE POSITIONIERUNG

2
Formale Ausschlussgründe - die unterschätzte Gefahr

Frist & Form (§ 57 Abs. 1 Nr. 1 VgV)

- **verspäteter Eingang des Teilnahmeantrags / Angebots auf Vergabeplattform**

  – Bieter trägt das Übermittlungsrisiko (st. Rspr.)
  – verspätetes Angebot muss ausgeschlossen werden (Ausnahme: Vertretenmüssen der Vergabestelle, z.B. durch Ausfall der Vergabeplattform)

- **falsche Form (Textform grds. ausreichend, aber bei Dritterklärungen oftmals Schriftform gefordert)**

- **Einreichung Teilnahmeantrag / Angebot über falsche Kanäle (z.B. Nachrichtenfunktion auf Vergabeplattform)**

Probleme mit der Vergabeplattform

01

Kenntnis der Vergabeplattform

Machen Sie sich frühzeitig mit den Bereichen und Funktionalitäten der verwendeten Vergabeplattform vertraut. Eine Registrierung ist für die Teilnahme stets zwingend. Falls möglich, Upload-Testlauf mindestens 24 Stunden vor Fristablauf durchführen.

02

Screenshot bei Fehlermeldungen

Bei technischen Fehlermeldungen zwingend Screenshots anfertigen, aus denen sich auch Zeit und Datum ergeben. Screenshots dienen als Nachweis gegenüber Vergabestelle. Ggf. hilft die Kontaktaufnahme zum Betreiber der Vergabeplattform.

03

Sofortige Kontaktaufnahme zur Vergabestelle

Im Idealfall noch vor Fristablauf mit der Vergabestelle über die Vergabeplattform (und ggf. zusätzlich telefonisch) Kontakt aufnehmen und die Problematik detailliert schildern, damit etwaige technische Fehler behoben werden und ggf. auch die Frist verlängert wird.

Unvollständigkeit (§ 57 Abs. 1 Nr. 2 VgV)

Unvollständiger Teilnahmeantrag bzw. unvollständiges Angebot kann ebenfalls zum Ausschluss führen

Nicht auf Nachforderung verlassen!

- in Bekanntmachung bzw. Vergabeunterlagen checken, ob Auftraggeber Nachforderung ggf. ausgeschlossen hat
- Auftraggeber **kann** – soweit in Bekanntmachung oder Vergabeunterlagen nicht anders angegeben - Unterlagen nachfordern (gemäß § 56 Abs. 2 VgV)
- Nachforderung von leistungsbezogenen Unterlagen, die die Wirtschaftlichkeitsbewertung der Angebote anhand der Zuschlagskriterien betreffen, ist ausgeschlossen (§ 56 Abs. 3 VgV)

Abweichungen von Vergabeunterlagen (§57 Abs. 1 Nr. 4 VgV)

- AGB-Klauseln in Begleitschreiben
- eigene Zahlungs- oder Lieferbedingungen
- unzulässige Streichungen, Ergänzungen oder Vorbehalte im Preisblatt / Leistungsverzeichnis
- abweichende Konzepte
- Vorbehalte (z.B. bei Reaktionszeiten, Preisen oder bei Serviceleistungen)

Kernaspekt:

Bieter genießen zwar mehr Schutz als früher, da nach Rechtsprechung bloße Unklarheiten oder Begleitdokumente werbenden Charakters aufzuklären sind

→ allerdings greift zwingender Ausschluss unerbittlich, wenn Bieter gezielt von Vorgaben abweicht oder z.B. das Preisblatt / LV eigenmächtig um Positionen erweitert

OLG Düsseldorf

Beschluss vom 04.06.2025 – Az. Verg 36/24

Bieterfreundlich

LEITSATZ

Der erkennende Senat teilt die Auffassung, dass der Ausschluss eines Angebots wegen Abweichung von den Vergabeunterlagen ***nicht unter rein formalen Gesichtspunkten*** *in Betracht kommt. Ein solcher Ausschluss dient nur dazu, um* ***manipulative Eingriffe*** *in die Vergabeunterlagen zu sanktionieren.* ***Bloße Unklarheiten*** *sind dagegen im Wege der* ***Aufklärung*** *zu beseitigen.*

BEDEUTUNG FÜR DIE PRAXIS

OLG Düsseldorf bestätigt die jüngere Rechtsentwicklung, namentlich das Urteil des BGH vom 18.06.2019 (Az.: X ZR 86/17), dahingehend, dass ein Ausschluss des Angebots nach § 57 Abs. 1 Nr. 4 VgV nicht schon bei rein formalen, versehentlichen Abweichungen von den Vergabeunterlagen, sondern nur bei vorsätzlichen und manipulativen Eingriffen in die Vergabeunterlagen in Betracht kommt. Es verbleibt aber eine gewisse Unsicherheit – es kommt auf den Einzelfall an.

Differenzierung

VERSEHENTLICHE ABWEICHUNG

- Auslegung des tatsächlichen „Angebotswillens“
- Bloße Unklarheit im Angebot führt nicht sofort zum zwingenden Ausschluss
- bei nur widersprüchlichen Erklärungen oder Missverständnissen muss Vergabestelle das Angebot vor Ausschluss zunächst aufklären (siehe zur Aufklärungspflicht bei widersprüchlichen Erklärungen im Angebot des Bieters: OLG Düsseldorf, Beschl. v. 05.06.2024 – Verg 25/23)
- Beifügung eines zusätzlichen Dokuments mit informativem Charakter stellt bloße Unklarheit dar

MANIPULATIVER EINGRIFF

- vorsätzliches, gezieltes Abweichen von Vergabeunterlagen
- es verbleibt bei Hinwegdenken der Abweichung ein lückenhaftes Angebot (z.B. Erweiterung des Kalkulationsblattes um nicht geforderte Leistungen oder bei bewusster Einschränkung von Vertragsbedingungen)
- keine körperliche Veränderung im Sinne einer Änderung der vorgegebenen Leistungsmengen oder –beschreibungen notwendig

OLG Düsseldorf

Beschluss vom 04.06.2025 – Az. Verg 36/24

LEITSATZ

Bieterfreundlich

Hingegen ist eine bloße Unklarheit keine Änderung an den Vergabeunterlagen. Die Frage, wo noch von einer bloßen, ggf. aufklärungsfähigen Unklarheit und wo bereits von einem manipulativen Eingriff auszugehen sein soll, kann dabei ***nicht abstrakt-generell beantwortet*** *werden, sondern es bedarf stets einer* ***Einzelfallbetrachtung****. Maßstab ist dabei nicht eine bloß formalistische […] Sichtweise. Maßgeblich ist deshalb der* ***Empfängerhorizont einer verständigen Vergabestelle im Zeitpunkt der Angebotsauswertung****. Von einer solchen Vergabestelle darf man die Erfassung des Sinns und Zwecks der in dem Angebot enthaltenen Erklärungen erwarten.*

Generalklausel als Heilung der Abweichung?

VK Bund, Beschl. v. 04.03.2024 – VK 1-16/24

Eine generalklauselartige Versicherung, ein Angebot erfülle alle Anforderungen, die in den Vergabeunterlagen und der Bekanntmachung enthalten sind, verdrängt nicht konkrete, von den Vorgaben des Auftraggebers abweichende, andere Angebotsteile.

Empfehlungen

- Eigene vertriebliche Standardklauseln strikt prüfen
- Textliche Übereinstimmung des Angebots mit Vergabeunterlagen sichern
- Bieterfragen statt Vorbehalte oder Abweichungen

3 Kommunikation & Bieterfragen

Bieterfragen

✓ Empfehlung

- Fragen bündeln in einer Nachricht, ggf. sortiert nach Themengebiet
- Konkrete Bezugnahme auf Anlage und Seite/Ziff./Nr./§ im Dokument
- Fragen frühzeitig stellen und Puffer für Antwort einplanen
- Wortlaut der Antwort dokumentieren und intern im Team weiterleiten
- Bieterfragen neutral und abstrakt ohne Rückschlüsse auf eigene Kalkulationsidee und Strategie stellen

✕ No-Go

- einzelne Fragen pro Nachricht
- telefonische Klärung ohne schriftliche Bestätigung
- Antworten auf Bieterfragen erst kurz vor Abgabefrist wahrnehmen
- Zugriff auf Vergabeplattform nur für eine Person im Unternehmen
- Preisgabe von Betriebs- oder Geschäftsgeheimnissen oder auch Lösungsansätzen für Auftragsdurchführung in der Bieterfrage (spezifische Know-How-Frage)

Bieterfragen

- Vergabestelle veröffentlicht Frage und dazugehörige Antwort für alle Bieter des Verfahrens (Achtung: Wettbewerber lesen mit!)
- Antworten der Vergabestelle auf Bieterfragen werden rechtlich Bestandteil der Vergabeunterlagen und verändern bzw. konkretisieren den Auftragsinhalt (siehe z.B. VK Thüringen, Beschl. v. 26.02.2026 – 5090-214-4003/515)
- Bieterinformationen binden die Vergabestelle auch hinsichtlich Wertung
- kein Vertrauensschutz auf mündliche Aussagen des Auftraggebers

ACHTUNG:

Stellt der Bieter eine Frage zu einer unklaren oder widersprüchlichen Vorgabe in den Vergabeunterlagen (z.B. unklare Bewertungsmatrix oder Leistungsanforderungen) und die Vergabestelle antwortet ausweichend („*Es gilt die Leistungsbeschreibung*."), muss unmittelbar eine Rüge erhoben werden, da die Unklarheit mit der ausweichenden Antwort manifestiert wurde.

4

Eignung, Nachweise & Drittressourcen

Eignungskriterien

✓ Empfehlung

- streng an die Anforderungen des jeweiligen Eignungskriteriums halten, im Zweifel Bieterfragen stellen (z.B. zur Vergleichbarkeit von Referenzen)
- sämtliche Anforderungen an die Eignungskriterien im Blick behalten → Nachforderung oft nicht möglich

✕ No-Go

- Eignungsnachweise (z.B. Referenzen) wahrheitswidrig aufblähen → Ausschlussrisiko §124 Abs. 1 Nr. 8 oder Nr. 9 GWB
- überschießende Unterlagen zu Eignungskriterien vermeiden (z.B. Versicherungsbestätigung statt Eigenerklärung)
- sich auf eine mögliche Nachforderung (§ 56 Abs. 2 VgV) verlassen

WICHTIG: **Eignungskriterien und geforderte Nachweise in Auftragsbekanntmachung (alternativ Vergabeunterlagen) genau checken!**

Vorrang von Eigenerklärungen

- **§ 122 Abs. 3 GWB:** reduzierte Nachweispflichten bei der Eignung – Eignungsnachweise durch Eigenerklärung, nur bei aussichtsreichen Bietern detaillierterer Nachweis (schon früher zulässig, seit Vergaberechtsreform 2026 der Regelfall)

- **Nachweise sollten trotzdem frühzeitig eingeholt werden, da Fristen zur Vorlage knapp ausfallen können**

- **nicht zusätzlich zu Eigenerklärungen frühzeitig ohne entsprechendes Erfordernis detaillierte Nachweise vorlegen**

Offenlegungspflichten bei Eigenerklärungen

Risiko eines Ausschlusses wegen schwerwiegender Täuschung (§ 124 Abs. 1 Nr. 8 GWB) bei Falsch- oder Unvollständigkeitsangaben zu früheren Kündigungen

VK Bund, Beschl. 26.02.2026 – VK 2-34/26

- keine eigenmächtige Bewertung / Subsumtion durch den Bieter (Bieter hielt die Kündigung für unwirksam)
- Pflicht zur vollständigen Offenlegung (der erfolgten Kündigung, ungeachtet des laufenden zivilrechtlichen Rechtstreits) → seine Rechtsauffassung kann Bieter in Begleitschreiben gesondert darlegen
- Ausschluss wegen Täuschung (§ 124 Abs. 1 Nr. 8 GWB)

Eignungsleihe (§ 47 VgV)

Wichtige Hinweise:

- § 47 Abs. 1 Satz 3 VgV (gekoppelte Auftragsausführung):

„Ein Bewerber oder Bieter kann jedoch im Hinblick auf Nachweise für die erforderliche berufliche Leistungsfähigkeit wie Ausbildungs- und Befähigungsnachweise nach § 46 Absatz 3 Nummer 6 oder die einschlägige berufliche Erfahrung die Kapazitäten anderer Unternehmen nur dann in Anspruch nehmen, wenn diese die Leistung erbringen, für die diese Kapazitäten benötigt werden.“

(P) Keine vollst. Leistungserbringung durch Eignungsverleiher vorgesehen → Ausschluss?

(P) Unvollständige oder unzutreffende Verpflichtungserklärung → Ausschluss?

Eignungsleihe (§ 47 VgV)

Wichtige Hinweise:

- § 47 Abs. 2 Satz 3 VgV (Ersetzung des eignungsverleihenden Unternehmens):

„Der öffentliche Auftraggeber schreibt vor, dass der Bewerber oder Bieter ein Unternehmen, das das entsprechende Eignungskriterium nicht erfüllt oder bei dem zwingende Ausschlussgründe nach § 123 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen vorliegen, ersetzen muss.“

(P) Ersetzung des eignungsverleihenden Unternehmens = nachträglich unzulässige Änderung des TA / Angebots?

5 Rüge & Rechtschutz

Rügeobliegenheit (§ 160 Abs. 3 GWB)

Kardinalfehler Zeitverzug!

Praxisbeispiel

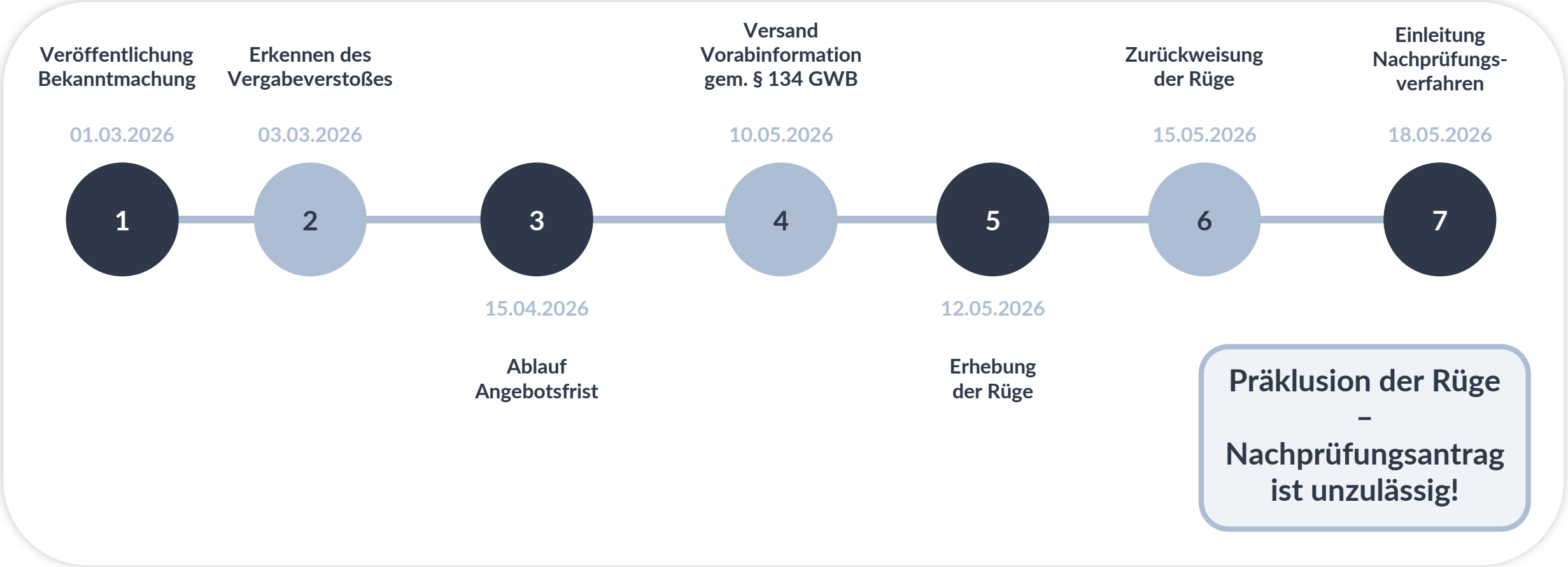
Großstadt in NRW schreibt europaweit die Beschaffung von 100 neuen Elektrobussen im Wert von ca. 50 Mio. Euro aus. Bieter E lädt die Vergabeunterlagen runter. Beim Studium der Leistungsbeschreibung stellt der leitende Ingenieur am 03.03. fest, dass eine spezifische technische Anforderung bezüglich des Ladesystems formuliert ist, die exakt und ausschließlich auf das Patent des heimischen Konkurrenten, des Bieters S zugeschnitten ist. Nach § 31 VgV sind produktneutrale Ausschreibungen jedoch Pflicht. Es liegt ein klarer Vergabeverstoß (fehlende Produktneutralität) vor.

Die Frist zur Angebotsabgabe ist auf den 15.04. festgesetzt. Der Geschäftsführer des Bieters E entscheidet, keine Rüge zu erheben:

„Wir rügen das jetzt lieber nicht. Wenn wir dem Auftraggeber Ärger machen, verschlechtern wir unsere Chancen bei der Wertung. Wir reichen einfach unser Angebot ein und schauen, was passiert. Wenn wir verlieren, können wir die Nachprüfungsstelle immer noch einschalten.“

Der Bieter E gibt daraufhin fristgerecht sein Angebot ab.

Praxisbeispiel



Fristenkette im Vergabeverfahren

§ 160 Abs. 3 Nr. 2 GWB | 15 Kal.-Tage Wartefrist | § 160 Abs. 3 Nr. 1 GWB | 15 Kal.-Tage § 160 GWB

Bekannt-machung

Angebotsfrist
Rüge erkennbarer Fehler

Vorabinformation
§ 134 GWB

Rügefrist
nach Erkennen des Fehlers

Nachprüfungs-antrag VK

ERKENNBARE FEHLER

Vor Ablauf Angebotsfrist

§ 160 Abs. 3 Nr. 2 und 3 GWB — Fehler in den Vergabeunterlagen müssen vor Fristablauf gerügt werden.

ERKANNTE FEHLER

10 Kalender-tage

§ 160 Abs. 3 Nr. 1 GWB — ab Erkennen des Vergabefehlers.

NACHPRÜFUNG + BESCHWERDE

15 + 2 Wochen

NPA: 15 Kal.-Tage nach Nichtabhilfe (§ 160 GWB). Sofortige Beschwerde: 2 Wochen ab Zustellung VK-Beschluss (§ 172 GWB). Hinweis: Seit 01.07.2026 entfällt aufschiebende Wirkung bei VK-Ablehnung (VergBeschlG).

Rügeobliegenheit (§ 160 Abs. 3 GWB)

Kardinalregeln für Bieter:

- Taktisches Zögern bei erkannten Vergabefehlern führt im Vergaberecht zum vollständigen Rechtsverlust. Rügen müssen sofort nach Aufdeckung und – soweit erkennbar – vor Ablauf der Angebotsfrist erhoben werden.

- Höflicher Ton ist gut, rechtliche Klarheit Pflicht. Rüge sollte das Wort „Rüge“ enthalten oder zumindest die unmissverständliche Behauptung eines Vergaberechtsverstoßes (siehe auch OLG Düsseldorf, Beschl. v. 17.09.2025 – Verg 31/24)

- Sobald Vergabestelle förmliche Rüge zurückweist, beginnt die Frist von 15 Kalendertagen für den Nachprüfungsantrag (§ 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 4 GWB).

Rechtsprechung zur Erkennbarkeit von Vergaberechtsverstößen

- Vorgabe von Mindestauftragssummen für Referenzen ist für Unternehmen in sachlicher und rechtlicher Hinsicht (Unangemessenheit) als Mindestanforderung erkennbar und ggf. durch eine Rüge anzugreifen → **VK Bund, Beschl. v. 08.08.2024 – VK 1-64/24**

- Rein kaufmännische und technische Fragen, die keiner juristischen Wertung bedürfen und bei der Kalkulation des Angebots zwangsläufig auffallen (hier: Widersprüche zwischen Preisblatt und Leistungsbeschreibung), sind für jedes Unternehmen erkennbar und damit auch vor Ablauf der Angebotsfrist zu rügen → **VK Berlin, Beschl. v. 25.04.2025 – VK-B1-01/25**

- Vorliegen eines Vergaberechtsverstoßes durch Wahl eines Verhandlungsverfahrens mit TW ist aus Auftragsbekanntmachung regelmäßig nicht erkennbar, wenn dort nur Verfahrensart bezeichnet und kein Grund für die Auswahl der Verfahrensart genannt ist → **OLG Naumburg, Beschl. v. 20.02.2026 – 6 Verg 5/25**

- Vergaberechtswidrige Verwendung einer Referenz zum Beleg der „Leistungsfähigkeit“ als Zuschlagskriterium in der Wertungsmatrix ist i.S.d. § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 GWB erkennbar → **BayObLG, Beschl. v. 26.06.2025 – Verg 4/25e**

6

Taktische Entscheidungen & Richtige Strategie

Frühzeitige Entscheidungen

- Teilnahme an Vergabeverfahren als
  - Einzelbieter (ggf. mit Einbeziehung Dritter / Nachunternehmer)
  - Bietergemeinschaft
  - Nachunternehmer

- Verzicht auf Losvergabe gemäß § 97a Abs. 2 und 3 GWB → Rüge?

  - Erweiterung durch Vergabebeschleunigungsgesetz 2026 auf zeitliche Gründe bei der Durchführung von Infrastrukturvorhaben mit geschätzten Auftragswert, der mindestens das zweifache des jeweiligen Schwellenwerts beträgt und Finanzierung aus Sondervermögen Infrastruktur und Klimaneutralität oder Zuordnung zu Verkehrsinfrastruktur (gemäß § 97a Abs. 4 GWB)

Richtige Strategie im Markt

- **Kenntnis des Marktes und der Wettbewerber**
  - Produktbezogene Anforderungen identifizieren → Rüge?
  - Wettbewerber ist zum Zuschlag vorgesehen, kann aber möglicherweise Leistungsversprechen nicht einhalten → Rüge?
  - bei Auswahl der Kriterien und Eignungsnachweise sind „*besonderen Umstände*“ von jungen Unternehmen und KMU „*angemessen*“ zu berücksichtigen → Rüge?
- **Unzulässige De-facto-Vergaben und Auftragsänderungen identifizieren**
  - Ex-ante-Transparenzbekanntmachungen (gemäß § 135 Abs. 3 GWB) → Rüge?
  - Änderungsbekanntmachungen (gemäß § 132 Abs. 5 GWB) → Rüge?
  - aber: erhöhte Wertgrenzen für Direktaufträge (teilweise bis EUR 100.000,00)

Wichtige Erkenntnisse

keine eigenen abweichenden Dokumente / Bedingungen	**Bieterfragen frühzeitig & taktisch kommunizieren**	**Angebots- bzw. Teilnahmeunterlagen (insb. Eignungsnachweise) doppelt prüfen**
Puffer für Upload von Unterlagen auf Vergabeplattform einplanen	**Rügefristen kennen & strategisch nutzen**	**Beteiligungsform an Vergabeverfahren frühzeitig klären**

Vielen Dank!



Kristian Tomczak, LL.M.
Rechtsanwalt / Fachanwalt für Vergaberecht

KANZLEI
ESCH BAHNER LISCH Rechtsanwälte
Erftstraße 19a (Altes Eichamt)
50672 Köln

T +49 221 716 116 0
F +49 221 716 116 1
kristian.tomczak@eschbahnerlisch.de





ESCH BAHNER LISCH