

Rechtsprechungsreport Ausgabe 01/2020**Nachforderung, Angebotsöffnung***OLG Düsseldorf, Beschluss vom 14.11.2018 – Verg 31/18*

Der öffentliche Auftraggeber hatte im Rahmen des Vergabeverfahrens nach VgV für Dolmetscherleistungen am 13.06.2017 um 15:18 Uhr bei einem Bieter Angaben zu dessen Referenzen mit Frist bis zum 16.06.2017, 10:00 Uhr nachgefordert. Der 15.06.2017 war ein Feiertag. Der Bieter reichte die nachgeforderten Unterlagen erst mit über zweistündiger Verspätung ein. Daraufhin schloss der Auftraggeber das Angebot des Bieters aus.

Das OLG Düsseldorf entschied, dass der Angebotsabschluss nicht auf die verspätete Nachreichung gestützt werden könne, weil die Frist zu knapp bemessen sei.

Bei der Nachforderung sind die Unterlagen vom Bewerber oder Bieter gemäß § 56 Abs. 4 VgV nach Aufforderung durch den öffentlichen Auftraggeber innerhalb einer von diesem festzulegenden angemessenen, nach dem Kalender bestimmten Frist vorzulegen. Bei der Bestimmung der Frist ist auf den Einzelfall abzustellen und neben dem Beschleunigungsinteresse des Auftraggebers der Zeitbedarf zu berücksichtigen, den der Bieter zur Vervollständigung der Unterlagen voraussichtlich benötigt. Eine Frist von sechs Kalendertagen, wie sie § 16a VOB/A-EU vorsieht, ist im Regelfall auch für Auftragsvergaben nach der VgV angemessen. Ob die vom Auftraggeber gesetzte Frist angemessen war, kann von den Nachprüfungsinstanzen überprüft werden, wobei dem öffentlichen Auftraggeber insoweit ein gewisser Beurteilungsspielraum zuzugestehen ist.

In diesem Fall war nach Auffassung des OLG Düsseldorf der Beurteilungsspielraum überschritten, weil die Frist für die Vorlage der nachgeforderten Angaben faktisch nur gut einen Arbeitstag betrug. Die Nachforderung war am 13.06.2017 kurz vor dem üblichen Büroschluss eingegangen. Eine Bearbeitung hätte am 14.06.2017 erfolgen müssen, da der 15.06.2017 ein Feiertag war und die Frist schon am 16.06.2017 um 10:00 Uhr ablief. Unter Berücksichtigung des Umstands, dass der Bieter die benötigten

Angaben möglicherweise noch zusammentragen musste, sei dieser Zeitraum unangemessen kurz.

Nebenbei stellt das OLG Düsseldorf noch fest, dass es keinen rechtlichen Bedenken begegnet, wenn die Angebotsöffnung durch Vertreter des öffentlichen Auftraggebers erfolgt, die nicht zugleich selbst Mitarbeiter des Auftraggebers sind. Vertreter des Auftraggebers im Sinne des § 55 Abs. 2 Satz 1 VgV könne jede von ihm hierzu ermächtigte Person sein, etwa ein Mitarbeiter oder externer Berater, ebenso ein Rechtsanwalt.

Damit wurde der durch die VK Südbayern geäußerten Auffassung (02.01.2018 – Z3-3-3194-1-47-08/17), die Angebotsöffnung dürfe nicht ausschließlich von Mitarbeitern eines beauftragten Büros durchgeführt werden, hier nicht gefolgt.

PRAXISHINWEIS zu Nachforderung: Bei der Bestimmung der Nachforderungsfrist sind auch faktische Fristverkürzungen zu berücksichtigen. Es ist auf den Einzelfall abzustellen und auch der Zeitbedarf des Bieters zur Nachreichung zu beachten. Eine Nachforderungsfrist von nur einem Arbeitstag ist zu kurz. Eine Frist von 6 Kalendertagen wird dagegen im Regelfall angemessen sein.

PRAXISHINWEIS zu Angebotseröffnung: Die Angebotsöffnung muss durch zwei Vertreter des Auftraggebers erfolgen. Vertreter kann jede von ihm hierzu ermächtigte Person sein, etwa ein Mitarbeiter oder externer Berater, ebenso ein Rechtsanwalt.

Verlängerung Angebotsfrist, Wesentliche Änderung Vergabeunterlagen*OLG München, Beschluss vom 25.03.2019 – Verg 10/18*

Der öffentliche Auftraggeber schrieb die Erneuerung sicherheitstechnischer Anlagen und Einrichtungen in einer Justizvollzugsanstalt EU-weit nach VOB/A aus. Die vom OLG München hierzu ergangene Entscheidung lässt sich aber ohne Weiteres auch auf Vergaben von Liefer- und

Dienstleistungen nach der VgV übertragen. Neben Erwägungen zu den Themen Gesamtvergabe und Produktneutralität, setzt sich das OLG München in dieser Entscheidung intensiv damit auseinander, wann genau eine Änderung der Vergabeunterlagen durch den Auftraggeber während der Angebotsfrist wesentlich ist und eine Fristverlängerung erfordert.

Im zugrundeliegenden Streitfall hatte der Auftraggeber 12 Tage vor Ablauf der Angebotsfrist eine Änderung der Vergabeunterlagen bereitgestellt: Ursprünglich waren für die Erneuerung der Videoüberwachungsanlage regulär 105 Kameras geplant, vom Bieter durften aber zur Sicherstellung der Leistung bis zu 157 Kameras angeboten werden. Die Änderungen sahen dann vor, dass die geplante Anzahl ca. 130 Kameras beträgt und vom Bieter auf max. 160 Stück erhöht werden kann. Nach Ansicht des Auftraggebers war die Änderung in diesem Zusammenhang eine Erleichterung für die Bieter. Ein Bieter rügte, dass die Angebotsfrist infolge dieser Änderungen nicht verlängert wurde.

Das OLG München entschied, dass der Auftraggeber zu einer Verlängerung der Angebotsfrist nicht verpflichtet sei. Auch wenn diese Änderung Auswirkungen auf die Kalkulation haben könne, sei sie sowohl zahlenmäßig (max. 157 bzw. 160 Kameras) als auch bezüglich des Arbeitsumfangs bei der Angebotsbearbeitung nur von untergeordneter Bedeutung.

Wann eine „wesentliche“ Änderung an den Vergabeunterlagen vorliegt, ist weder in der VOB/A noch in der VgV ausdrücklich geregelt. In der Richtlinie 2014/24/EU werden als Beispielsfälle eine Änderung der technischen Spezifikationen sowie Änderungen, infolge derer die Wirtschaftsteilnehmer für die Erfassung und die entsprechende Reaktion zusätzliche Zeit benötigen, erwähnt.

Der Begriff der „wesentlichen Änderung“ ist unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalls objektiv zu bestimmen. Das schließt nicht aus, dass auch eine Erleichterung für die Bieter dazu führen kann, dass die Bieter zusätzliche Zeit benötigen, um darauf zu reagieren. Dies kann insbesondere dann der Fall sein, wenn die Änderungen kalkulationserheblich sind. Letztlich muss der Auftraggeber prognostizieren, ob ein durchschnittlicher Bieter zusätzliche Zeit benötigt, wobei es – ebenso wie bei der Festsetzung der Frist – auf den objektiv erforderlichen Zeitbedarf ankommt. Bei der Prognose, ob zusätzliche Zeit erforderlich ist, sind der Umfang bzw. die Bedeutung der Änderungen und der Zeitpunkt, zu dem sie vorgenommen wurden, zu

berücksichtigen. Je früher die Änderung in den Vergabeunterlagen vorgenommen wird, desto mehr Zeit verbleibt für die Unternehmen, ihre Angebote zu erstellen.

PRAXISHINWEIS: Ob eine „wesentliche Änderung“ der Vergabeunterlagen während der Angebotsfrist eine Fristverlängerung erfordert, hängt davon ab, ob ein durchschnittlicher Bieter aus objektiver Sicht zusätzliche Zeit benötigt. Dabei kommt es auf Umfang, Bedeutung und Zeitpunkt der Änderungen an.

Eignung, Zurechnung von Referenzen

OLG Düsseldorf, Beschluss vom 17.04.2019 – Verg 36/18

Bei der Vergabe eines Brückenbaus in einem offenen Verfahren mit reinem Preiswettbewerb war im Rahmen der materiellen Eignungsprüfung streitig, ob Referenzen dem Bieter zugerechnet werden können. Eine Zurechnung wurde im Ergebnis abgelehnt.

Sofern es sich nicht um Eigenreferenzen des Bieters bzw. bei einer Bietergemeinschaft von Mitgliedern der Bietergemeinschaft handelt, könnten Referenzen eines anderen Unternehmens nach Auffassung des Gerichts dem Bieterunternehmen zugerechnet werden,

- wenn das Referenzunternehmen von dem Bieterunternehmen, sei es im Wege der Verschmelzung oder Fusion, übernommen worden ist, und
- die für den Referenzauftrag maßgeblichen Erfahrungen und Ressourcen übergegangen sind.

Die Entscheidung betont, dass Referenzen nicht nur Auskunft über die Leistungsfähigkeit des beauftragten Personals, sondern der Unternehmensorganisation als Ganzes geben. Eine Zurechnung kann folglich nur erfolgen, wenn die Organisation des übernommenen Unternehmens im wesentlich unverändert geblieben ist, weil Unternehmensleitung, Betriebsorganisation und Unternehmensstruktur maßgeblichen Anteil an der Unternehmensleistung haben. Eine noch nicht abgeschlossene Fusion bzw. eine „faktische Integration“ sowie eine Konzernverbundenheit reichen nicht aus. Referenzen anderer Konzerngesellschaften könnten (nur) im Wege der Eignungsleihe einbezogen werden.

PRAXISHINWEIS: Bei der materiellen Eignungsprüfung von Referenzen ist danach zu unterscheiden, ob es sich um Eigenreferenzen, die Zurechnung von Fremddreferenzen oder Fälle der Eignungsleihe handelt. Insbesondere bei umstrukturierten Unternehmen und Konzerngesellschaften

ist zu prüfen, ob der Bieter die Referenzen für sich in Anspruch nehmen kann.

Eignung, Ausschlussgründe, Wettbewerbswidrige Absprache, Selbstreinigung

VK Münster, Beschluss vom 25.04.2019 – VK 2-41/18

Der öffentliche Auftraggeber schrieb die Lieferung von LKW-Fahrgestellen aus. Hierzu gab u.a. ein Unternehmen ein Angebot ab, das zusammen mit anderen Unternehmen an kartellrechtswidrigen Absprachen im Bereich des LKW-Vertriebs beteiligt war, die mit Bußgeldbescheid der EU-Kommission geahndet wurden. Trotz der Einreichung (einer gekürzten Fassung) des Bußgeldbescheids und einer Bewertung der „ausreichenden“ Selbstreinigungsmaßnahmen i.S.d. § 125 Abs. 1 GWB durch seine Anwälte, wurde das Unternehmen vom Auftraggeber nach § 124 Abs. 1 Nr. 4 GWB ausgeschlossen. Bereits vor Beginn des Vergabeverfahrens hatte der Auftraggeber – als ehemaliger Vertragspartner des Unternehmens – die Aufnahme von außergerichtlichen Verhandlungen über eine Kompensation des aus dem kartellrechtswidrigen Verhalten entstandenen Schadens, aber auch im Hinblick auf eine Selbstreinigung i.S.v. § 125 GWB angeregt. Die Aufnahme von Gesprächen lehnte das Unternehmen mit dem Hinweis darauf, dass dem Auftraggeber durch die von der EU-Kommission festgestellten Vorfälle kein finanzieller Schaden entstanden sei, ab.

Der Ausschluss des Unternehmens erfolgte zu Recht, entschied die VK Münster: Nach § 125 Abs. 1 GWB trage das vom Ausschluss betroffene Unternehmen die Darlegungs- und Beweislast für die Erfüllung der Voraussetzungen der Selbstreinigung. Das Unternehmen müsse nachweisen,

1. dass es einen Schadensausgleich geleistet hat oder sich zur Zahlung eines Ausgleichs verpflichtet hat,
2. dass die Tatsachen und Umstände, die mit der Straftat oder dem Fehlverhalten und dem dadurch verursachten Schaden in Zusammenhang stehen, durch eine aktive Zusammenarbeit mit dem öffentlichen Auftraggeber umfassend geklärt hat und
3. und darstellen, dass es konkrete technische, organisatorische und personelle Maßnahmen ergriffen hat, die geeignet sind, weitere Straftaten oder weiteres Fehlverhalten zu vermeiden.

Hinsichtlich § 125 Abs. 1 Nr. 2 GWB erfülle das Unternehmen die Voraussetzungen an den Nachweis der Sachverhaltsaufklärung nicht. Das Unternehmen sei verpflichtet, im Rahmen der Zusammenarbeit mit dem Auftraggeber, auch über den Sachverhalt zum möglichen Schaden umfassend aufzuklären. Das könne auch zur Folge haben, dass der Geschädigte (hier der Auftraggeber selbst) erst auf Grundlage dieser Sachverhaltsaufklärung erfolgversprechend seine Schadensersatzansprüche geltend machen kann und für das Unternehmen dem Ausgleich des Schadens dienende Selbstreinigungsmaßnahmen nach § 125 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 GWB erforderlich werden.

Die Darlegung der Selbstreinigung müsse vom Auftraggeber bewertet werden, der dabei die Risiken einer Auftragsvergabe an einen Bieter mit zweifelhafter Integrität einzuschätzen habe. Ihm stehe dabei ein Beurteilungsspielraum zu, der von den Nachprüfungsinstanzen nur eingeschränkt überprüft werden könne.

PRAXISHINWEIS: Liegt bei einem Unternehmen ein Ausschlussgrund aufgrund einer früheren Kartellbeteiligung vor, muss dieses Unternehmen zum Nachweis seiner Selbstreinigung nach § 125 GWB auch den Sachverhalt zum potenziell durch die Kartellbeteiligung entstandenen Schaden umfassend gegenüber dem Auftraggeber darlegen.

Bekanntmachung, Link auf Vergabeunterlagen

OLG Düsseldorf, Beschluss vom 13.05.2019 – Verg 47/18

Bei der Vergabe eines Rahmenvertrags über die Lieferung von elektrisch höhenverstellbaren Bildschirmarbeitstischen im offenen Verfahren war in der Auftragsbekanntmachung unter Ziffer I.3 ein Deeplink auf die Vergabeunterlagen angegeben. Allerdings enthielt die Bekanntmachung unter Ziffer III.1.3 einen weiteren Link auf ein Verzeichnis diverser technischer Lieferbedingungen, über den auch die technischen Lieferbedingungen für die ausgeschriebenen Geräte abrufbar waren.

Der Vergabesenat nahm (u.a.) einen Verstoß gegen § 41 Abs. 1 VgV an, da die Vergabeunterlagen unter einer angegebenen Internetadresse vollständig abrufbar sein müssten. Die Vollständigkeit sei nicht gewahrt, wenn referenzierte technische Lieferbedingungen, die Teil der Vergabeunterlagen nach § 29 VgV sind, dort nicht auffindbar sind, sondern erst über eine weitere elektronische Adresse abgerufen werden müssen.

PRAXISHINWEIS: Über den bekanntgemachten Link zu den Vergabeunterlagen müssen sämtliche für das Vergabeverfahren relevanten Angaben abrufbar sein. Die zusätzliche Verweisung auf eine allgemeine Sammlung von Unterlagen ist nicht zulässig.

Eignung, Ausschlussgründe, Schlechte Erfahrung

EuGH, Urteil vom 19.06.2019 – C-41/18 – „Meca“

Nachdem in Neapel bei der Schulspeisung Fälle von Lebensmittelvergiftung aufgrund von Kolibakterien aufgetreten waren, kündigte die Stadt Neapel den Dienstleistungsvertrag für die Schulspeisung mit der Fa. Sirio. Die Kolibakterien wurden durch von der Schulleitung aufbewahrte Lebensmittelproben amtlich bestätigt. Gegen die Vertragskündigung klagte Sirio beim Tribunale di Napoli.

Die Stadt Neapel schrieb die Schulspeisungsaufträge erneut aus, Sirio beteiligte sich erneut an der Ausschreibung. Die Stadt Neapel gestattete Sirio die Teilnahme am Vergabeverfahren, da die Entscheidung im zivilgerichtlichen Prozess noch ausstand und das italienische Vergaberecht einen Ausschluss aufgrund von früherer Schlechtleistung nur im Falle vorzeitiger - nicht gerichtlich angefochtene oder am Ende eines Gerichtsverfahrens bestätigte – Beendigung gestattet. Hiergegen wandte sich der Bieter Meca. Der EuGH entschied, dass eine derartige nationale Regelung EU-rechtswidrig sei. Hierzu verwies er vor allem auf Art. 57 Abs. 4 der Richtlinie 2014/24:

"Öffentliche Auftraggeber können in einer der [in dieser Bestimmung genannten] Situationen einen Wirtschaftsteilnehmer von der Teilnahme an einem Vergabeverfahren ausschließen oder dazu von den Mitgliedstaaten verpflichtet werden."

Nach dem Wortlaut sei den öffentlichen Auftraggebern und nicht einem nationalen Gericht die Aufgabe übertragen, zu beurteilen, ob ein Wirtschaftsteilnehmer von einem Vergabeverfahren auszuschließen ist. Die Befugnis jedes Auftraggebers, einen Bieter von einem Vergabeverfahren auszuschließen, solle ihm insbesondere die Möglichkeit geben, die Integrität und Zuverlässigkeit des einzelnen Bieters zu beurteilen. Bei der Anwendung der fakultativen Ausschlussgründe muss der Auftraggeber insbesondere den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz beachten. Die Auftraggeber müsse ein Unternehmen "zu jedem Zeitpunkt des Verfahrens" ausschließen können und nicht nur, nachdem ein Gericht sein Urteil gefällt hat.

Obwohl in Deutschland keine nationale Regelung wie in Italien besteht, können in einem laufenden Gerichtsverfahren auch hiezulande Umstände zutage treten, aus denen sich Zweifel an der Rechtmäßigkeit einer Kündigung ergeben. Das Urteil des EuGH hält die Auftraggeber dennoch dazu an, eine eigene Entscheidung über den Bieterausschluss wegen Schlechtleistung zu fällen, und ihre Entscheidung nicht von einem noch offenen Gerichtsverfahren beeinflussen zu lassen – wenngleich nach OLG Düsseldorf (11.07.2018, Verg 7/18), der Auftraggeber bezüglich der Schlechterfüllung Gewissheit erlangt haben, also eine Überzeugung gewonnen haben muss, die vernünftigen Zweifeln Schweigen gebietet.

PRAXISHINWEIS: Nach einer Kündigung aufgrund von Schlechtleistung, gegen die das gekündigte Unternehmen zivilgerichtlich vorgeht, obliegt es bei der Durchführung einer anschließenden Neuausschreibung allein dem öffentlichen Auftraggeber, die Zuverlässigkeit des von der Kündigung betroffenen Unternehmens zu beurteilen. Ein anhängiges Gerichtsverfahren ist hierbei nicht zu beachten und stellt auch keinen Grund für die Aufschiebung der Entscheidung bis zum Urteil dar.

HOAI, Kalkulationsvorgaben

EuGH, Urteil vom 04.07.2019 – C-377/17

Der EuGH hat festgestellt, dass die verbindlichen Mindest- und Höchstsätze der Honorarordnung für Architekten und Ingenieure (HOAI) gegen die EU-Dienstleistungsrichtlinie 2006/123/EG verstoßen. Ausgangspunkt der Entscheidung war ein durch die EU-Kommission gegen Deutschland angestrigtes Vertragsverletzungsverfahren.

Nach der EU-Dienstleistungsrichtlinie dürfen Mindest- und Höchstpreise nur unter bestimmten Bedingungen festgelegt werden: (1) keine direkte oder indirekte Diskriminierung aufgrund der Staatsangehörigkeit bzw. des Ortes des satzungsmäßigen Sitzes, (2) zwingende Gründe des Allgemeininteresses für die Preisvorgabe und (3) Verhältnismäßigkeit. Der EuGH hat zwar festgestellt, dass die Mindest- und Höchstsätze der HOAI keine Diskriminierung aufgrund der Staatsangehörigkeit bzw. des Sitzes darstellen, und auch zwingende Gründe des Allgemeininteresses anerkannt. Allerdings sah der EuGH die Festlegung der verbindlichen Honorargrenzen nicht als verhältnismäßig an – weder die Mindest- noch die Höchstsätze.

Das deutsche Vergaberecht ist in EU-rechtskonformer

Weise anzuwenden. Das Urteil bedeutet daher für öffentliche Auftraggeber, dass die Mindest- oder Höchstsätze für Architekten- und Ingenieurleistungen nicht mehr durch die HOAI vorgegeben werden. Macht ein Auftraggeber in den Vergabeunterlagen dennoch Vorgaben zu Mindest- oder Höchstsätzen für Architekten- und Ingenieurleistungen, greift er nun unzulässigerweise in die Kalkulationsfreiheit des Bieters ein. Im Übrigen bleiben die Regelungen der HOAI weiterhin anwendbar.

PRAXISHINWEIS: Die verbindlichen Honorare für Architekten und Ingenieure gemäß HOAI sind EU-rechtswidrig. Zum Umgang mit der HOAI sollten öffentliche Auftraggeber das Informationsschreiben des Bundesministeriums für Wirtschaft und Energie vom 4. Juli 2019 beachten.

Ungewöhnlich niedriges Angebot, 20% Schwelle, Regel-Ausnahme-Verhältnis, Konzeptbewertung „Schulnoten“

VK Bund, Beschluss vom 17.07.2019 – VK 2-36/19

Ein Bieter wendet sich gegen seinen Ausschluss von einem Vergabeverfahren betreffend Call-Center-Dienstleistungen in einem offenen Verfahren. Der Ausschluss stütze sich auf die Bewertung eines Konzepts zur Mitarbeiterschulung bei einem Mindestkriterium mit 0 Punkten sowie auf eine nicht nachvollziehbare Preisaufklärung.

Hinsichtlich der Preisaufklärung reiht sich die Entscheidung der Vergabekammer in die Spruchpraxis ein, die als Aufgreifschwelle für § 60 Abs. 1 VgV eine Abweichung von 20% zum nächsten Angebot annimmt. Die Entscheidung stellt klar, dass bei nicht ausreichender Plausibilisierung eines sehr niedrigen Preises ein Regel-Ausnahme-Verhältnis für den Angebotsausschluss nach § 60 Abs. 3 Satz 1 VgV gilt. Wird die geringe Höhe des angebotenen Preises nicht zufriedenstellend aufgeklärt, d.h. auch die pflichtgemäß durchgeführte Aufklärung führt zu keiner gesicherten Tatsachengrundlage, die es rechtfertigt, von der Angemessenheit des Preises auszugehen, ist das Angebot regelmäßig auszuschließen. Ein solches Vorgehen kann dem Auftraggeber also nicht angelastet werden, sondern das Absehen von einem Angebotsausschluss wäre hingegen rechtfertigungsbedürftig.

Hinsichtlich der Konzeptbewertung bestätigt die Entscheidung, dass der sich am Begriff „überzeugend“ orientierende offene Maßstab („besonders überzeugend“ (3 Punkte), „überzeugend“ (2 Punkte), „weniger überzeugend“ (1 Punkt) sowie „nicht überzeugend“ (0 Punkte)) im

Sinne der Schulnotenrechtsprechung zulässig war, weil für einen fachkundigen Bieter die Erwartungshaltung aus der Gesamtschau aller Vorgaben, insb. der Leistungsbeschreibung, deutlich wurde. Allerdings verlangte die Vergabekammer, dass der Auftraggeber aufgrund der Offenheit des Erwartungshorizonts bei der konkreten Angebotsbewertung „großzügiger“ zu sein habe und „besonders sorgfältig“ prüfen müsse, ob und inwieweit Ansätze im Konzept vorhanden sind, die den offenen Erwartungshorizont spiegeln. Im Ergebnis sah die Vergabekammer hier eine 0 Punkte-Wertung für nicht gerechtfertigt an, da diese voraussetze, dass „keinerlei verwertbare Substanz“, „gar keine Aussagen“ vorhanden seien.

PRAXISHINWEIS zu Ungewöhnlich niedriges Angebot, 20% Schwelle, Regel-Ausnahme-Verhältnis: Verbleiben nach einer Preisaufklärung Restzweifel hinsichtlich der Angemessenheit des Preises, ist das Angebot regelmäßig auszuschließen.

PRAXISHINWEIS zu Konzeptbewertung, „Schulnoten“: Bei einer Konzeptbewertung mithilfe eines offenen Maßstabs ist auf die Formulierung der Erwartungshaltung und die „großzügige“ Bewertung besonderes Augenmerk zu legen. Wenn „nicht überzeugend“ nur gleichgesetzt werden darf mit „keine verwertbare Substanz“, dann sollte überlegt werden, das Mindestkriterium auf ein höheres Punktniveau anzusetzen.

Aufhebung eines Vergabeverfahrens, Sachlicher Grund

VK Südbayern, Beschluss vom 11.11.2019 – Z3-3-3194-1-27-07/19

Gegenstand der Vergabe war die Übernahme und Vermarktung von Altpapier aus den Sammelsystemen. Die Vergabekammer hatte sich mit der Aufhebung des Vergabeverfahrens wegen fehlerhafter Vergabeunterlagen auseinanderzusetzen.

Im Ergebnis konnte die Aufhebung nicht auf den Aufhebungsgrund des § 63 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 VgV gestützt werden.

Nach § 63 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 VgV kann ein Vergabeverfahren aufgehoben werden, wenn andere schwerwiegende Gründe (abgesehen von den Aufhebungsgründen aus § 63 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 bis 3 VgV) bestehen. Diese anderen schwerwiegenden Gründe dürften dem Auftraggeber jedoch erst nach Beginn der Ausschreibung bekanntgeworden und ferner nicht von ihm verschuldet worden sein.

Rechtswidrig und vom Auftraggeber verschuldet sei die Aufhebung etwa dann, wenn zwar objektiv ein Aufhebungsgrund gegeben sei, dieser aber dem Auftraggeber zurechenbar bzw. von ihm selbst zu verantworten sei (OLG München, Beschluss vom 04.04.2013 – Verg 4/13).

Die Aufhebung des Vergabeverfahrens erfolgte zur Korrektur einer von dem öffentlichen Auftraggeber herbeigeführten vergaberechtswidrigen Situation, was grundsätzlich einen sachlichen Grund für eine Aufhebung darstellen kann, aber regelmäßig nicht von den Aufhebungsgründen des § 63 Abs. 1 VgV gedeckt ist.

Eine so begründete Aufhebung kann jedoch trotzdem Bestand haben, wenn:

- sie von einem sachlichen Grund gedeckt ist,
- und die Aufhebung nicht missbräuchlich vorgenommen worden ist.

Gemäß § 63 Abs. 1 Satz 2 VgV ist der Auftraggeber grundsätzlich nicht verpflichtet, den Zuschlag zu erteilen. Die Aufhebung ist regelmäßig auch dann rechtswirksam und vom Bieter hinzunehmen, wenn dafür kein in den Vergabeordnungen anerkannter Grund vorliegt. Dies folgt aus den Grundsätzen der Vertragsfreiheit und Privatautonomie.

PRAXISHINWEIS: Ein Vergabeverfahren kann aufgehoben werden, wenn schwerwiegende Gründe bestehen. Die Korrektur einer vergaberechtswidrigen Situation kann einen sachlichen Grund für die Aufhebung eines Vergabeverfahrens darstellen. Die Korrektur einer vergaberechtswidrigen Situation ist regelmäßig nicht von den Aufhebungsgründen des § 63 Abs. 1 VgV gedeckt. Eine Aufhebung kann trotz ihrer Rechtswidrigkeit Bestand haben, dann allerdings ggf. auch Schadensersatzforderungen nach sich ziehen.

Doppelwertung von Referenzen, Eignungskriterien, Zuschlagskriterien

VK Karlsruhe, Beschluss vom 12.11.2019 – 1 VK 62/19

Gegenstand des Verfahrens war die Vergabe von Leistungen für eine regionale Mobilitätsplattform durch einen öffentlich-rechtlichen Zweckverband.

Streitgegenständlich war eine gerügte vermeintlich unzulässige Vermischung von Eignungs- und Zuschlagskriterien bzw. eine unzulässige Doppelbewertung. Eine solche wurde von der Vergabekammer verneint.

In Übereinstimmung mit der Rechtsprechung der Vergabekammer Südbayern (Beschluss vom 02.04.2019 – Z3-3-

3194-1-43-11/18) kam die Vergabekammer zu der Auffassung, dass die Berücksichtigung von Referenzen bei der Eignung und als Anknüpfungspunkt bei den Zuschlagskriterien zur Bewertung der Qualität der angebotenen Leistung keinen Bedenken begegne. Ein allgemeines Doppelverwertungsangebot existiere nach Auffassung der Vergabekammer nicht, der Gesetzgeber habe vielmehr die Berücksichtigung von Referenzen bei der Eignung und auch als Bezugspunkt bei den Zuschlagskriterien ausdrücklich nach § 58 Abs. 2 Nr. 2 VgV zugelassen. Streng genommen dürfe es sich bereits nicht um eine Doppelberücksichtigung handeln, wenn einerseits die Eignung des Unternehmens und andererseits strikt die Qualität der Leistung bewertet würde. Bei der systematischen Interpretation sei entscheidend, dass § 46 Abs. 3 Nr. 6 VgV nur in einem, im vorliegenden Fall nicht einschlägigen, Teilaspekt ausdrücklich eine Doppelberücksichtigung untersage, was im Umkehrschluss zu bedeuten habe, dass nur dort ausnahmsweise eine Grenze bestehe, im Übrigen aber die doppelte Berücksichtigung zulässig sei.

PRAXISHINWEIS: Die Berücksichtigung von Referenzen bei der Eignung und als Anknüpfungspunkt bei den Zuschlagskriterien zur Bewertung der Qualität der angebotenen Leistung begegnet keinen Bedenken. § 46 Abs. 3 Nr. 6 VgV untersagt nur in einem Teilaspekt, nämlich bei Studien- und Ausbildungsnachweisen und Bescheinigungen über die Erlaubnis zur Berufsausübung, ausdrücklich eine Doppelberücksichtigung. Im Umkehrschluss bedeutet dies, dass im Übrigen die doppelte Berücksichtigung zulässig ist.

Verhandlungsverfahren, Transparenz

VK Rheinland, Beschluss vom 19.11.2019, VK 40 / 19 - L

Gemäß § 17 Abs. 6 VgV sind im Verhandlungsverfahren Erstangebote vorzulegen, über die der Auftraggeber nach § 17 Abs. 10 VgV – vorbehaltlich der in § 17 Abs. 11 VgV geregelten, vom Auftraggeber ausdrücklich vorzubehaltenden Ausnahme – mit den Bietern mit dem Ziel verhandelt, die Angebote inhaltlich zu verbessern. Die Zuschlagsentscheidung selbst ist sodann auf die endgültigen Angebote zu stützen (§ 17 Abs. 14 Satz 2 VgV).

Nach § 53 Abs. 1 VgV sind Angebote – von den in § 53 Abs. 2 VgV normierten Sonderfällen abgesehen – in Textform einzureichen. Ergänzend regelt § 9 Abs. 2 VgV, dass die Kommunikation in einem Vergabeverfahren nur dann mündlich erfolgen kann, wenn sie nicht (unter anderem) die Angebote betrifft.

Daraus folge nach Auffassung der Vergabekammer, dass im Verhandlungsverfahren bereits das Erstangebot, aber auch alle weiteren Angebote einschließlich des finalen Angebots zwingend in Textform vorliegen müsse und ein rein mündlicher Vortrag des Angebotsinhalts nicht genüge. Zwar dürfe über Angebote mündlich kommuniziert werden, jedoch dürfe – unabhängig von der Dokumentationspflicht – die mündliche Kommunikation den Inhalt der Angebote lediglich beeinflussen, nicht aber selbst einen Bestandteil der Angebote bilden.

Grundlage der Angebotsbewertung habe das in Textform eingereichte finale Angebot zu sein (§ 17 Abs. 14 Satz 2 VgV). Eine mündliche Präsentation könne bei der Angebotsbewertung lediglich ergänzend zu entsprechenden Ausführungen in Textform herangezogen werden.

Ein Verstoß gegen den in § 97 Abs. 1 GWB niedergelegten Transparenzgrundsatz liege vor, wenn der öffentliche Auftraggeber das von ihm bei der Bewertung der Angebote beabsichtigte Verfahren den Bietern erst im jeweiligen Präsentationstermin mitteile.

Wesentlicher Bestandteil des Transparenzgebots sei die Ex-ante-Transparenz. Bieter müssten sich, um erfolgversprechend am Vergabeverfahren teilnehmen zu können, auf die Bedingungen des Verfahrens beizeiten einstellen können. Ein Auftraggeber müsse den Bietern daher die von ihm geplanten wesentlichen Abläufe des Vergabeverfahrens rechtzeitig mitteilen. Dies gelte insbesondere in Verhandlungsverfahren, deren konkrete Ausgestaltung in erheblichem Umfang im Ermessen des Auftraggebers liege.

PRAXISHINWEIS: Im Verhandlungsverfahren müssen indikative und finale Angebote in Textform vorliegen. Eine Präsentation kann ein Angebot in Textform nicht ersetzen. Es verstößt gegen das Transparenzgebot, Bietern erst zu Beginn eines Präsentationstermins das Bewertungsverfahren mitzuteilen.

Angebotsbewertung

VK Bund, Beschluss vom 22.11.2019 VK 1-83/19

Gegenstand der Entscheidung war ein Vergabeverfahren für Projektsteuerungsleistungen in Stabsfunktion. Die Antragstellerin bewarb sich und wurde zu einem Verhandlungsgespräch eingeladen. Der Ablaufplan des Verhandlungsgesprächs beinhaltete die Vorstellung des Unternehmens sowie die Vorstellung des Projektteams. Diese Vorstellung wurde zudem in die Angebotsbewertung

miteinbezogen.

Nach Auffassung der Vergabekammer verstoße die Bewertung einer Präsentation bei der Zuschlagsentscheidung nicht gegen die Formvorschriften des § 53 i.V.m. § 9 Abs. 2 VgV. Es liege keine vergaberechtlich unzulässige mündliche Kommunikation über ein Angebot vor. Grundsätzlich könne die fachlich-inhaltliche Vorstellung des Angebots sowie des einzusetzenden Personals in Form einer mündlichen Präsentation vorgenommen und entsprechend bewertet werden. Eine Unzulässigkeit der Wertung einer mündlichen Präsentation ergebe sich nicht aus der gesetzlich geregelten Textform eines Angebots oder den Vorgaben für die Kommunikation im Vergabeverfahren.

Eine genauere Unterdifferenzierung der vorab für die Vorstellung angekündigten Fragen in der Auswertungsmatrix sei vergaberechtlich nicht geboten gewesen. Grundsätzlich verfüge ein Bewertungsausschuss bei der Erfüllung seiner Aufgabe über einen gewissen Freiraum und dürfe, ohne die in den Verdingungsunterlagen oder in der Bekanntmachung festgelegten Zuschlagskriterien zu verändern, seine Tätigkeit der Prüfung und Bewertung der eingereichten Angebote strukturieren. Es genüge, wenn dem Bieter die Themenbereiche der Fragen hinreichend transparent gemacht würden.

PRAXISHINWEIS: Die Bewertung einer mündlichen Präsentation im Vergabeverfahren ist grundsätzlich zulässig. Dieser Fall ist von dem Fall in *VK Rheinland, Beschluss vom 19.11.2019, VK 40 / 19 - L* (s.o.) zu unterscheiden, wo zu Gunsten einer Präsentation insgesamt auf ein Angebot in Textform verzichtet wurde. Ein solches Angebot in Textform bleibt weiterhin notwendig. Eine zusätzliche Darlegung von Unterkriterien zu im Präsentationstermin aufgabenspezifisch gestellten Fragen über die Bekanntgabe der Aufgabenbereiche hinaus, ist nicht notwendig.

Haupt- und Nebenangebote, Gleichbehandlung, Leistungsbestimmungsrecht des Auftraggebers

OLG Düsseldorf, Beschluss vom 20.12.2019 – VII-Verg 35/19

Bei der Vergabe von Vorrichtungen zur Lärmreduzierung an Schienenstegen in einem offenen Verfahren wurde streitig, ob unterschiedlich strenge Anforderungen an Haupt- und Nebenangebote gestellt werden können. Dies wurde im Ergebnis bejaht.

Der vergaberechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz, normiert in § 97 Abs. 2 GWB, sieht vor, dass die Teilnehmer an einem Vergabeverfahren gleich zu behandeln sind, es sei denn, dass eine Ungleichbehandlung aufgrund des GWB ausdrücklich geboten oder gestattet ist.

Die Vorschrift des § 33 Abs. 1 Satz 2 SektVO (Parallelnorm § 35 Abs. 2 VgV) gestattet im Sinne von § 97 Abs. 2 GWB, die Gruppen von Teilnehmern eines Vergabeverfahrens, die Haupt- und die Nebenangebote abgeben, ungleich zu behandeln.

Weil Haupt- und Nebenangebote den vom öffentlichen Auftraggeber festgelegten Beschaffungsbedarf aufgrund ihrer Unterschiede nicht per se in gleicher Weise deckten, könne der öffentliche Auftraggeber mithilfe der Festlegung von Mindestanforderungen für Nebenangebote bestimmen, wann er ein Nebenangebot im Hinblick auf den zu deckenden Beschaffungsbedarf im Vergleich mit einem Hauptangebot als gleichwertig anerkennen wolle.

Im Hinblick darauf, dass er nicht verpflichtet sei, Nebenangebote überhaupt zuzulassen, könne von Unternehmen, die ein Nebenangebot abgeben möchten, nicht erfolgreich beanstandet werden, dass die Anforderungen an Nebenangebote strenger seien als die Anforderungen, die Hauptangebote erfüllen müssen. Das Bestimmungsrecht des öffentlichen Auftraggebers in Bezug auf die Entscheidung über die Zulassung von Nebenangeboten setze sich bei der Festlegung der für sie geltenden Mindestanforderungen fort. Der vergaberechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz gelte insoweit nur innerhalb der Gruppe der Bieter, die Nebenangebote abgeben möchten.

PRAXISHINWEIS: Lässt der öffentliche Auftraggeber Nebenangebote zu, hat er Mindestanforderungen festzulegen, denen die Nebenangebote genügen müssen. Für eine Gleichwertigkeitsprüfung zwischen Haupt- und Nebenangeboten ist kein Raum. Der öffentliche Auftraggeber kann mithilfe von Mindestanforderungen bestimmen, wann er ein Nebenangebot im Vergleich mit einem Hauptangebot als gleichwertig anerkennen will.

BHO Legal berät europäische und nationale Behörden, öffentliche Auftraggeber und private Unternehmen in allen Fragen des Technologierechts. Wir fokussieren uns auf die Sektoren Luft- und Raumfahrt, Forschung und Entwicklung, IT und Digitalisierung sowie Sicherheit und Verteidigung. Unsere Tätigkeitsschwerpunkte sind das nationale und internationale Vergaberecht, Vertragsrecht, Luft- und Weltraumrecht, IT- und Datenschutzrecht, Gewerblicher Rechtsschutz, sowie das Zuwendungs- und Beihilferecht.

www.bho-legal.com

 Folgen Sie uns auf LinkedIn

Standort Köln

Hohenstaufenring 29-37
50674 Köln

☎ + 49 (0) 221 270 956 0

☎ + 49 (0) 221 270 956 222

cologne@bho-legal.com

Standort München

Hermann-Schmid-Str. 10
80336 München

☎ + 49 (0) 89 200 626 92

☎ + 49 (0) 89 200 626 93

munich@bho-legal.com

IHRE ANSPRECHPARTNER



Dr. Roderic Ortner LL.M.

Partner

Roderic.Ortner@bho-legal.com

☎ + 49 (0) 221 270 956 120



Dr. Oliver Heinrich

Partner

Oliver.Heinrich@bho-legal.com

☎ + 49 (0) 221 270 956 200



Jan Helge Mey LL.M. (McGill)

Partner

Jan.Mey@bho-legal.com

☎ + 49 (0) 221 270 956 220