

Rechtsprechungsreport Ausgabe 02/2020**Prüfungsmaßstab bei Referenzen**

VK Bund, Beschluss vom 04.09. 2019 – VK 2 – 54/19

Die Auftraggeberin schrieb Planungsleistungen aus. Sie verlangte als Mindestanforderung geeignete Referenzen zur „technischen und beruflichen Leistungsfähigkeit“ der Bieter. Die (einzig verbliebene) Bieterin fügte ihrem fristgerecht eingereichten Angebot fünf Referenzen zum Beleg bei. Auf telefonische Nachfrage der Auftraggeberin bei den Referenzgebern verwies eine Referenz auf einen laufenden Rechtsstreit mit der Bieterin. Drei Referenzen fielen überwiegend negativ und nur eine Referenz viel überwiegend positiv aus. Die Auftraggeberin hob das Vergabeverfahren auf, weil kein Angebot eingegangen sei, das den Ausschreibungsbedingungen entspräche; eine positive Prognoseentscheidung zur Auftragsvergabe könne wegen der überwiegend negativen Referenzen nicht getroffen werden. Nach Rüge dieser Entscheidung wehrte sich die Bieterin gegen die Entscheidung im Nachprüfungsverfahren.

Die Vergabekammer des Bundes hielt den Antrag für begründet. Die Vergabekammer führte hierzu insbesondere aus, die Auftraggeberin habe den ihr grundsätzlich zustehenden Beurteilungsspielraum bei der materiellen Überprüfung der Referenzen überschritten. Sie habe bei der Bewertung der Referenzen die Prüfung des Vorliegens von gesetzlichen Ausschlussgründen (§§ 123, 124 GWB) mit der konkret auftragsbezogenen Prüfung der Fachkunde und Leistungsfähigkeit (§ 122 Abs. 2 GWB i.V.m. § 44 bis 46 VgV) unzulässigerweise vermengt.

Die Auftraggeberin habe zudem ihre Verpflichtung zur zutreffenden und vollständigen Sachverhaltsermittlung verletzt. Zwar sei sie nicht verpflichtet eine materielle Bewertung der Referenzen vorzunehmen, wenn sie jedoch materiell prüft, dann müsse der Sachverhalt vollständig und zutreffend ermittelt werden, bevor eine Entscheidung zu Lasten eines Bieters getroffen werde.

So ließe der Verweis auf einen anhängigen Rechtsstreit allein weder Rückschlüsse auf die mangelnde Zuverlässigkeit der Bieterin zu noch könne daraus auf die mangelnde Eignung geschlossen werden. Gleiches gelte für die überwiegend negativen Referenzen. Aufgrund des Prinzips der Verhältnismäßigkeit könne nur bei schwerwiegendem Fehlverhalten und nur im Ausnahmefall bei kleineren Unregelmäßigkeiten der Bieter ausgeschlossen werden.

PRAXISHINWEIS: Der Auftraggeber ist verpflichtet, den Sachverhalt bei der Bewertung der Referenzen vollständig zu ermitteln, wenn dieser den vorgelegten Referenzen nachgeht. Dies gilt insbesondere dann, wenn der Bieter die Aussagen der Referenzgeber bestreitet; dann sollte der Bieter hierzu angehört werden.

Bekanntmachung der Eignungskriterien

VK Bund, Beschluss vom 04.10.2019 – VK 1 – 73/19

Die Auftraggeberin schrieb die Vergabe der Jahresabschlussprüfung für das Jahr 2019 sowie optional für die Jahre 2020 und 2021 aus. In der Auftragsbekanntmachung fand sich folgender Verweis: „Eignungskriterien gemäß Auftragsunterlagen“. Die Auftragsunterlagen stellte die Auftraggeberin zum Download bereit. In dem Dokument „VOL 4.1 Aufforderung zur Angebotsabgabe“ hieß es u.a. „Die zum Nachweis der Eignung mit dem Angebot vorzulegenden Unterlagen sind in der als Anlage beigefügten Liste aufgeführt“. Erst auf dieser Liste forderte die Auftraggeberin Bieter zur „Darstellung des zur Verfügung stehenden weiteren Prüfpersonals und Sicherstellung der Redundanz“ auf. Ein Bieter, der mangels Eignung ausgeschlossen wurde, leitete ein Nachprüfungsverfahren ein.

Die Vergabekammer gab dem Bieter recht. Die Auftraggeberin habe die Eignungskriterien nicht wirksam bekannt gemacht gemäß § 122 Abs. 4 S. 2 GWB bzw. § 48 Abs. 1

VgV. Demnach sind die Eignungskriterien in der Auftragsbekanntmachung, der Vorinformation oder der Aufforderung zur Interessensbestätigung aufzuführen. Nach § 48 Abs. 1 VgV ist ferner anzugeben, mit welchen Unterlagen Bewerber oder Bieter ihre Eignung zu belegen haben. Sinn und Zweck dieser Regelungen sei insbesondere ausländischen Bietern die Teilnahme am Vergabeverfahren zu ermöglichen, ohne dass diese sämtliche Unterlagen durcharbeiten müssten, um zu erfahren, ob die Ausschreibung für sie in Frage komme (siehe dazu bereits Ortner, Vergabeblog.de vom 27/11/2017, Nr. 34423 „Eignungskriterien gehören in die Bekanntmachung“. Ein [Hyperlink](#) auf die Vergabeunterlagen erfüllt die Voraussetzungen des § 122 Abs. 4 S. 2 GWB allenfalls dann, wenn der Link unmittelbar zu einem Dokument führt, in dem die Eignungskriterien und Nachweise aufgeführt sind. Mehrere „Klicks“ und das Durchsuchen der Vergabeunterlagen nach den Eignungskriterien reiche für eine wirksame Bekanntmachung dagegen nicht aus.

PRAXISTIPP: Die Anforderungen an die Bekanntmachung der Eignungskriterien und Nachweise ergeben sich unmittelbar aus dem Gesetz. Eignungskriterien müssen daher in der Auftragsbekanntmachung, der Vorinformation oder der Aufforderung zur Interessensbestätigung aufgeführt werden. Der Auftraggeber kann sich eines Links nur dann bedienen, wenn dieser unmittelbar zu dem Dokument führt (d.h. dieses automatisch „öffnet“), in dem die Eignungskriterien und Nachweise aufgeführt sind. Letzteres erscheint nicht praktikabel, da direkte Links in aller Regel im Bekanntmachungsformular bei den eVergabepattformen nicht gesetzt werden können.

Wertung und Dokumentation durch ein Gremium

OLG Düsseldorf, Beschluss vom 16.10.2019 – Verg 6/19

Die Auftraggeberin schrieb die außerschulische Betreuung von Kindern und Jugendlichen im Offenen Ganztage im offenen Verfahren in 51 Losen aus.

Zuschlagskriterien waren unter anderem ein „Konzept für die Betreuung an der Schule“, „Personal“ und „Mittagsverpflegung“. Bei allen Zuschlagskriterien waren Unterkriterien gebildet und Erwartungshaltungen formuliert. Die Bewertung fand teilweise nach festen Punktezuordnungen und teilweise nach einem Schulnotensystem durch ein Wertungsgremium statt:

- Erwartungen werden gar nicht erfüllt 0
- Erwartungen werden nur gering erfüllt 2
- Erwartungen werden erfüllt 6
- Erwartungen werden sehr gut erfüllt 10

Ein Bieter, dessen Angebot nicht das wirtschaftlichste war, wehrte sich gegen die Punktebewertung, unter anderem mit dem Argument, dass im Wertungsgremium zwischen unterschiedlichen Auffassungen diesbezüglich bestanden hätten. Das OLG Düsseldorf gab dem Bieter nicht Recht.

Die Richter wiesen zunächst darauf hin, dass der öffentliche Auftraggeber die Angebotswertung selbst vornehmen muss. Die Wertungsentscheidung sei nicht delegierbar. Die an der Wertungsentscheidung beteiligten Personen müssen Vertreter des öffentlichen Auftraggebers sein. Die Hinzuziehung externen Sachverständigen bei der Wertung ist nur zulässig, solange die Vergabeentscheidung vom Auftraggeber selbst getragen werde.

Der Umstand, dass hier zunächst unterschiedliche Noten vergeben wurden, wurde vom Vergabesenat dem Auftraggeber nicht negativ angelastet: „Die internen Wertungsvorschläge der Gremienmitglieder dienen lediglich als Diskussionsgrundlage und der Vorbereitung der erst noch durch das Gremium selbst zu treffenden Wertungsentscheidung.“

Die Wertung wurde ausreichend dokumentiert:

Die Auftraggeberin hat zu jedem Los eine Tabelle gefertigt, aus der die Konzeptbewertungen der jeweiligen Schulleitungen und des Schulverwaltungsamts der Antragsgegnerin und der gemeinsame Vergabevorschlag ersichtlich sind. Die Begründungen für die Punktabzüge bei der jeweiligen Kategorie lassen ohne Weiteres erkennen, welche Gründe die Antragsgegnerin bewegen haben, der Antragstellerin die volle Punktzahl zu verwehren. Die Punktevergabe bei der Kategorie „Personal“ in den Unterkriterien „Quantität“ bzw. „Qualität“ des Personals erfolgte ausschließlich nach rechnerischen Gesichtspunkten, so dass die tabellarische Übersicht ausreichend und eine sprachliche Begründung, die dennoch erfolgte, entbehrlich war.

PRAXISHINWEIS:

Der Auftraggeber ist verpflichtet, die Gründe für die Auswahlentscheidung und den Zuschlag zu dokumentieren (§ 8 Abs. 1 S. 2 VgV). Insbesondere dann, wenn er sich dafür,

wie im Streitfall, eines ausschließlich aus qualitativen Aspekten zusammengesetzten Kriterienkatalogs bedient, bei dem die Angebote hinsichtlich der Qualitätskriterien mittels eines Benotungssystems bewertet werden, muss der Auftraggeber seine für die Zuschlagserteilung maßgeblichen Erwägungen in allen Schritten so eingehend dokumentieren, dass nachvollziehbar ist, welche konkreten qualitativen Eigenschaften der Angebote mit welchem Gewicht in die Benotung eingegangen sind. Die Begründung muss alle Informationen enthalten, die notwendig sind, um die Entscheidungen des öffentlichen Auftraggebers nachvollziehen zu können. Bei Wertungsentscheidungen hat der öffentliche Auftraggeber darzulegen, nach welchen konkreten Gesichtspunkten die Bewertung erfolgt. Dazu bietet sich eine Tabelle mit mehreren Spalten an.

Der Auftraggeber muss die Wertung durch eigene Leute tragen, er darf die Entscheidung nicht etwa an externe Berater delegieren. Diese dürfen zwar Vorschläge machen, der Auftraggeber muss sich diese aber selbst zu eigen machen.

Abgrenzung zwischen Mietvertrag und Bestellbau durch Vergleich der Konzeptionen des Gebäudes

VK Bund, Beschluss vom 17.12.2019 - VK 2 - 88/19

Die Auftraggeberin, eine Bundesbehörde, mietete ein sich noch im Bau befindliches Dienstgebäude für eine Dauer von 10 Jahren nach Fertigstellung an. Da die Anmietung von Gebäuden nicht dem Vergaberecht unterfällt, verzichtete sie auf eine Ausschreibung.

Ein Wettbewerber des zukünftigen Vermieters, nämlich der aktuelle Vermieter, griff den Mietvertrag mit dem Argument an, es handle sich tatsächlich um einen Bauauftrag, und dieser hätte ausgeschrieben werden müssen. Das Hauptargument war, dass die baulichen Anforderungen an das noch zu errichtende Mietobjekt die Miete überlagern würde.

Die Vergabekammer des Bundes folgte dieser Argumentation nicht. Die Ausnahme des § 107 Abs. 1 Nr. 2 GWB entfällt nicht automatisch aufgrund der Tatsache, dass der Mietvertrag ein noch zu errichtendes Gebäude betrifft. Auch handelt es sich nicht um einen öffentlichen Bauauftrag. Der Schwerpunkt des Vertrages liegt in der Zahlung des Mietzinses. Zwar liegt auch dann ein Bauauftrag im

Sinne eines Bestellbaus vor, wenn der öffentliche Auftraggeber einen entscheidenden Einfluss auf die Art und Planung der Bauleistung hat und ihm diese wirtschaftlich zugutekommt. Ein Einfluss an sich führt aber nicht automatisch zur Annahme eines Bauauftrages, ansonsten liefe der Ausnahmetatbestand faktisch leer. Vielmehr muss der Einfluss schon erheblich sein. Dies ist vorliegend mit Vorgaben zur Barrierefreiheit, zu Grundanforderungen an die EDV-Ausstattung, sowie Ertüchtigung eines Kellerbereichs und dem Aufstellen eines Fahnenmasts nicht gegeben. Denn dies sind Anforderungen, die ein marktübliches Maß an Einfluss nicht überschreiten, da es sich lediglich um die Ausstattung des Gebäudes, nicht aber um bauliche Anpassungen an der Gebäudekonzeption handelt. Die ursprüngliche Gebäudekonzeption wird durch die Anpassungen nicht wesentlich abgeändert, da diese im Vergleich zu der ursprünglichen Gebäudekonzeption unwesentlich sind.

PRAXISHINWEIS: Ein öffentlicher Auftraggeber kann noch zu errichtende Gebäude vergaberechtsfrei anmieten. Dabei hat er jedoch zu beachten, dass von ihm eventuell geforderte Anpassungen die ursprüngliche Gebäudekonzeption nur unwesentlich abändern und zumindest überwiegend die Ausstattung des Gebäudes betreffen. Andernfalls besteht die Gefahr, dass der Vorgang insgesamt doch als Bauauftrag angesehen wird und auszuschreiben ist.

Die Rechtsprechung lässt sich zudem auf die Parallelthematik der Anmietung von Räumen, mit denen Dienstleistungen einhergehen, übertragen. Auch bei dieser Abgrenzung ist darauf abzustellen, inwieweit der Auftraggeber einen maßgeblichen Einfluss auf die in dem Gebäude zu verrichtenden Dienstleistungen ausübt oder inwieweit dieser Einfluss noch marktüblich ist.

Das Vergaberecht findet bei der Anmietung von Gebäuden in der Regel keine Anwendung. Aber Vorsicht: Eine Anmietung kann dem Beihilferecht unterfallen, wenn die von dem Auftraggeber ausgehandelten Konditionen nicht marktüblich sind.

Konkrete Prüfung des einzusetzenden Personals auf Ebene der Eignung zulässig

VK Bund, Beschluss vom 24.01.2020 – VK 1 – 97/19

Der Auftraggeber verlangte mit dem Teilnahmeantrag Qualifikationsprofile unterschiedlichster IT-Berater (Rollen). Verlangt war bei Rolle 3 ein Hochschulstudium der Informatik oder ein vergleichbarer Studienabschluss.

Ein Bewerber reichte mit seinem Teilnahmeantrag 7 eigene Profile ein und 3 eines Unterauftragnehmers. Ausweislich der Mitarbeiterprofile war eine der beiden zur sog. Rolle 3 benannten Personen ein ausgebildeter Elektromonteur, die andere Person hatte Geographie studiert. Da es sich um eine Eignungsleihe handelte, war die „Erklärung des Unterauftragnehmers zur Eignungsleihe“ auszufüllen und zu unterzeichnen. Laut dem vom Auftragnehmer formulierten Text „garantiert“ das betreffende Unternehmen hierin, dem Bewerber für einen im Einzelnen näher bezeichneten Auftragsteil (...) die erforderlichen Mittel bei der Erfüllung des Auftrages zur Verfügung“ zu stellen. Der Bewerber erklärte indes in einem anderen Dokument: „Nach aktuellem Kenntnisstand sehen wir [Name des Beschäftigten] für den Projekteinsatz vor. Die genauen Verfügbarkeiten werden wir im finalen Angebot nach endgültiger Abschätzung des Projektaufwandes und abgestimmter Projektstruktur bestätigen“.

Der Auftraggeber schloss den Bewerber wegen fehlender Eignung aus, da das geforderte Hochschulstudium der Informatik oder ein vergleichbarer Studienabschluss nicht belegt wurde.

Der Bewerber wehrt sich gegen den Ausschluss mit folgenden Argumenten: Die Forderung nach einem bestimmten Studienabschluss sei nicht wirksam festgelegt worden, da sie in der EU-Bekanntmachung fehlt und auch nicht direkt verlinkt war. Davon abgesehen, war die Forderung nach bestimmten Qualifikationsprofilen auf Eignungsebene nicht vom abschließenden Katalog des § 46 Abs. 3 VgV erfasst. Bzgl. der Verpflichtungserklärung hätte der Auftraggeber vor allem im Lichte der neuen BGH-Rechtsprechung aufklären müssen, ob die Einschränkung nun gelte oder die Verpflichtungserklärung. Schließlich sei eine „Garantie“ unzulässig, da keiner den Einsatz eines Mitarbeiters über eine Vertragslaufzeit „garantieren“ könne.

Die Vergabekammer folgte diesen Argumenten nicht und befand den Ausschluss des Teilnahmeantrags für zulässig. Personengebundene Eigenerklärungen seien im abschlie-

ßenden Anforderungskatalog des § 46 Abs. 3 VgV enthalten, wonach Angaben zu den „im Zusammenhang mit der Leistungserbringung eingesetzten“ Personen verlangt werden dürfen (s. § 46 Abs. 3 Nr. 2 VgV). Die zusätzliche Forderung nach Verfügbarkeitsserklärungen ergebe sich bereits aus § 46 Abs. 3 Nr. 2 VgV. Nur durch eine solche Erklärung könne sich ein Auftraggeber die für seine Eignungsprognose erforderliche Gewissheit verschaffen, dass das beim Bewerber grundsätzlich vorhandene Fachpersonal auch tatsächlich eingesetzt wird. Die „garantierte“ Verfügbarkeit betreffe allein das jetzige Vergabeverfahren und nicht die davon zu trennende spätere Durchführung des Vertrags. „Da die Forderung der Ag, eine Verfügbarkeitsserklärung vorzulegen, jedenfalls aus vergaberechtlicher Sicht rechtmäßig war, braucht (anders als die ASt meint) nicht entschieden zu werden, ob und inwieweit dies nach AGB-Recht ebenfalls der Fall wäre.“

Eine Aufklärung sei entbehrlich gewesen, da der einschränkende Erklärungsgehalt deutlich war. Eine nachträgliche Korrektur gemäß § 56 Abs. 2 VgV verstieße gegen die vergaberechtlichen Grundsätze der Gleichbehandlung der Bewerber und der Transparenz des Vergabeverfahrens und wäre daher rechtswidrig.

Die Vergabekammer entschied nicht über die Frage, ob ein Nachweis eines abgeschlossenen Hochschulstudiums der Informatik oder einer vergleichbaren Studienrichtung sachgerecht waren, da der Teilnahmeantrag jedenfalls wegen der fehlenden Verfügbarkeitsserklärungen zu Recht ausgeschlossen worden sei; die Vergabekammer wies jedoch drauf hin, dass die Festlegung tatsächlich in der Bekanntmachung hätte erfolgen müssen.

PRAXISHINWEIS: Die VK Bund bestätigt die Praxis, dass das einzusetzende Personal auch auf Ebene der Eignung mit Qualifikationsprofilen gewertet werden darf. Der Auftraggeber hat somit die Wahl, auf welcher Ebene er das Personal prüft, auf Eignungs- oder auf Zuschlagsebene.

Kein Ausschluss abgelaufener Angebote

OLG Celle, Beschluss vom 30.01.2020 – 13 Verg 14/19

Der Auftraggeber schrieb einen Lieferauftrag über die Lieferung von Materialien und Logistik für den Breitbandausbau in einem Landkreis aus. Auf der elektronischen Vergabeplattform bat der Auftraggeber im laufenden

Vergabeverfahren die Bieter um Verlängerung der Bindefrist sowie um die Bestätigung dieser Verlängerung mittels eines beigefügten Vordrucks über die elektronische Plattform. Eine Bieterin unterließ die ausdrückliche Bestätigung. Deshalb schloss der Auftraggeber sie vom weiteren Verfahren gemäß § 57 VgV aus formellen Gründen aus.

Das Gericht entschied zunächst, dass der Nachprüfungsantrag der Bieterin trotz Ablaufs der Bindefrist zulässig sei. Durch Festhalten an ihrem ursprünglichen Angebot und der Rüge der Entscheidung des Auftraggebers, habe die Bieterin ein ausreichendes Interesse an der Auftragserteilung bekundet.

Auch in der Sache gaben die Richter der Bieterin recht. Eine Rechtsgrundlage für den Ausschluss des Angebots bestünde nicht. Die unterlassene Bestätigung der Bindefristverlängerung stelle keine Änderung oder Ergänzung der Vergabeunterlagen (§ 57 Abs. 1 Nr. 4 VgV) dar. Auch § 57 Abs. 1 Nr. 2 VgV, wonach Angebote ausgeschlossen werden, die nicht die geforderten oder nachgeforderten Unterlagen enthalten, sei nicht einschlägig, da schon fraglich sei, ob es sich bei der Bestätigung der Bindefristverlängerung um "Unterlagen" iSd Vorschrift handle. Jedenfalls sei die Abgabe der Bestätigungserklärung weder in den ursprünglichen Vergabeunterlagen gefordert noch handle es sich um einen Fall der Nachforderung von Unterlagen. Das Angebot der ASt sei form- und fristgerecht eingegangen, sodass auch § 57 Abs. 1 Nr. 1 VgV als Rechtsgrundlage ausscheide.

Allein der Umstand, dass die Bindefrist abgelaufen sei, könne einen Ausschluss nicht rechtfertigen. Das zivilrechtliche Erlöschen eines Angebots führe nicht dazu, dass das Angebot auch vergaberechtlich unbeachtlich sei. Zwar sei für den Vertragsschluss dann ein eigener Antrag des Auftraggebers nötig, der von dem Bieter angenommen werden müsse, allerdings sei dieses Vorgehen aus Gründen des öffentlichen Haushaltsrechts sogar geboten, wenn es sich bei dem verfristeten Angebot des Bieters um das wirtschaftlichste Angebot handle und es nach Verfristung unverändert geblieben sei. Etwas Anderes könne nur dann gelten, wenn Rechte von Mitbewerbern, insb. Gleichbehandlungsrechte, beeinträchtigt sein könnten.

PRAXISTIPP: Selbst wenn ein Bieter die geforderte Bestätigung der Bindefristverlängerung nicht abgibt, kann daraus nicht automatisch gefolgert werden, dass er diese nicht abgeben wolle und sich nicht mehr an sein Angebot gebunden fühlt. Vor dem Ausschluss kann der Auftraggeber aus

Gründen der Wirtschaftlichkeit gehalten sein, zivilrechtlich erloschene Angebote in Betracht zu ziehen, auch wenn es die formale Anforderung des Auftraggebers der Abgabe einer Bestätigung der Bindefristverlängerung nicht erfüllt. Auftraggeber sollten daher durch Nachfrage beim Bieter sicherstellen, dass tatsächlich kein Interesse mehr an dem Angebot besteht, bevor der Bieter vom weiteren Verfahren ausgeschlossen wird.

Inhaltliche Anforderungen an eine Rüge; Angebotsausschluss bei Änderung der Vergabeunterlagen

OLG Düsseldorf, Beschluss vom 12.02.2020 – Verg 24/19

In dem Beschwerdeverfahren vor dem Oberlandesgericht Düsseldorf ging es um die Ausschreibung eines öffentlichen Auftraggebers zur Vergabe von Bauleistungen zur Errichtung von Schachtförderanlagen im Verhandlungsverfahren mit Teilnahmewettbewerb. Gegenstand der Vergabeunterlagen waren neben der Leistungsbeschreibung und den Besonderen Vertragsbedingungen auch die Zusätzlichen Vertragsbedingungen für die Ausführung von Bauleistungen nach der VOB/B (ZVB VOB/B).

Ziffer 10.3 der ZVB sah vor, dass der Auftraggeber berechtigt ist Zahlungen wegen Ansprüchen und Forderungen zurückzuhalten oder aufzurechnen, die ihm aus anderen Rechtsgeschäften mit dem Bieter oder aus sonstigen Gründen gegen den Bieter zustehen.

Die Bieterin empfand die Regelung in Ziff. 10.3 ZVB als zu weitreichend, weil sie sich insbesondere einer bestehenden Schadenersatzforderung des Auftraggebers aus einem früheren Vertragsverhältnis ausgesetzt sah, die im Falle der Auftragserteilung und Aufrechnung dazu führten, dass sie ggf. über längere Zeiträume hinweg keine Werklohnzahlungen erhalten werde. Im Nachgang zu einem Gespräch, bei dem die Bieterin diese Bedenken äußerte, sandte sie eine E-Mail mit einer von ihr vorgenommenen Überarbeitung des Aufrechnungsvorbehalts in Ziff. 10.3. und einem Hinweis darauf, dass sie sich mit der Regelung in Ziff. 10.3 nicht einverstanden erkläre und für sie eine solche Regelung „[...] eine positive projekt- bzw. vertragsbezogene Risikobeurteilung [...] erschweren, wenn nicht gar unmöglich machen“ würde. Der Auftraggeber reagierte auf dieses Schreiben nicht.

Der Auftraggeber forderte anschließend die Bieterin auf, ein finales Angebot einzureichen; Ziffer 10.3. ZVB blieb dabei unverändert. Noch bevor die Bieterin ihr tatsächliches

Angebot abgegeben hatte, fand ein weiteres Gespräch zwischen ihr und dem Auftraggeber statt, bei dem über die Rechte und Pflichten aus den Altverträgen und einer möglichen vergleichswisen Einigung gesprochen wurde.

Nach diesem Gespräch reichte die Bieterin ihr Angebot ein. In dem Angebotsbegleitschreiben zu dem finalen Angebot führte sie Folgendes aus:

„[...] Das in den Vertragsunterlagen aufgeführte Recht zur Aufrechnung durch den AG ist dahingehend zu konkretisieren, dass diese Rechte ausschließlich für Aufrechnungen der C. mit Forderungen/Ansprüchen der C. aus dem durch Zuschlagserteilung neu zu begründenden Vertrag zur Schachtförderanlage T (E+M-Teil) gilt. Andernfalls ist die Gleichbehandlung der Bieter nicht gewährleistet.“

Der öffentliche Auftraggeber schloss das Angebot gemäß § 16 Abs. 2 i.V.m. § 13 Abs. 1 S. 5 VOB/A EU aus, weil die Bieterin mit dem vorzitierten Hinweis im Angebotsbegleitschreiben die Ziffer 10.3 ZVB unzulässigerweise abändere.

Die Bieterin wehrte sich gegen ihren Ausschluss mit dem Argument, die Aufrechnungsklausel in Ziff. 10.3 ZVB sei vergaberechtswidrig. Sie gab an aufgrund der Ansprüche des Auftraggebers gegen sie aus früheren vertraglichen Beziehungen gegenüber anderen Bietern benachteiligt zu sein. Dies verstoße gegen das Diskriminierungsverbot.

Die Richter gaben der Bieterin im Ergebnis nicht Recht.

Die Bieterin habe zunächst verspätet Ziff. 10.3 ZVB gerügt. Damit sei ihr Nachprüfungsantrag „präkludiert“ gemäß § 160 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 GWB. Die Bieterin habe den Verstoß gegen Vergaberecht bereits vor Abgabe ihres finalen Angebots erkannt und hätte diesen bereits vor Ablauf der Frist zur Abgabe eines Angebots rügen müssen. Die Rüge sei auch nicht durch die im Vorhinein geschriebene E-Mail oder das Bietergespräch erfolgt, da diesen keine „konkrete und deutliche vergaberechtliche Beanstandung“ zu entnehmen seien. „Allgemeine Fragen und Hinweise, Kritik oder Unverständnis“ stellten gerade keine ausreichende Rüge dar. Den Erklärungen der Bieterin fehlten der „Rügecharakter“.

Abgesehen davon sei das Vorbringen der Bieterin aber auch unbegründet. Denn sie habe in dem finalen Angebot in der Tat die Vertragsunterlagen unzulässig abgeändert. Zunächst gehören die ZVB zu den Vertragsgrundlagen. Die Bieterin habe die Regelung insoweit abgeändert, als sie die Aufrechnungsansprüche des Auftraggebers auf den durch Zuschlagserteilung neu zu begründenden Vertrag beschränkte.

Diese Beschränkung der Regelung zur Aufrechnung sei auch nicht unbeachtlich gewesen.

Daran könne auch die Grundsatzentscheidung des Bundesgerichtshofs vom 18.06.2019 (X ZR 86/17) zu Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) nichts ändern. Der BGH hat in seiner Entscheidung die Änderung der Vergabeunterlagen bei widersprechenden AGB des Bieters und des Auftraggebers im Fall einer sog. Abwehrklausel in den AGB des Auftraggebers als vergaberechtskonform angesehen (siehe [hierzu](#)). Auch die hier in Ziff. 1.1 Satz 3 ZVB geregelte Abwehrklausel gelte, wie bei der BGH-Entscheidung, nur für abweichende Bedingungen im Angebot des Auftragnehmers durch AGB nach § 305 Abs. 1 S.1 BGB. Da es sich jedoch, anders als bei der BGH-Entscheidung im Angebotsbegleitschreiben gerade nicht um AGB handle, sondern um eine „individuelle Formulierung“, könne auch der Schutz der Abwehrklausel seine Wirkung nicht entfalten.

Auch liegt laut des Oberlandesgerichts kein Verstoß gegen den Transparenzgrundsatz vor. Die in der E-Mail formulierte Bitte um Abänderung der Aufrechnungsklausel, habe der Auftraggeber nicht beantworten müssen. Aus der Aufforderung zur Abgabe eines Angebots sei klar zu erkennen gewesen, dass der Auftraggeber der Bitte nicht nachkommen wolle.

PRAXISHINWEIS: Bieter müssen rechtzeitig und in Textform und mit direkteren Formulierungen auf aus ihrer Sicht vorhandene Missstände im Verfahren oder in den Vergabeunterlagen hinweisen. Der Rügecharakter muss klar und deutlich sein. Es reicht nicht aus, abzuwarten, und erst zu rügen, wenn man ausgeschlossen wurde, da dann ja ohnehin „alles egal“ ist.

Für Auftraggeber ist die Entscheidung keine echte Hilfestellung. Denn es verwundert, warum das OLG nicht die anderen Entscheidungsgründe des BGH beachtet hat. In diesen legt der BGH dar, dass auch ohne Existenz einer Abwehrklausel ein Angebot, dem der Bieter eigene Bedingungen beigelegt hat, in der Wertung verbleiben kann, wenn nach bloßer Streichung des Hinzugefügten ein dem maßgeblichen Inhalt der Vergabeunterlagen vollständig entsprechendes Angebot vorliegt. Im vorliegenden Fall würde bei Streichung des Zusatzes, dass die Aufrechnungsklausel eingeschränkt wird, trotzdem noch ein inhaltlich vollständiges und gleichwertiges Angebot übrigbleiben. Die Grenze des BGH beim Ausschluss liegt bei manipulativen Eingriffen des Bieters vor. Ob die Änderungen hier manipulativ getätigt wurden, ist zweifelhaft.

Wir empfehlen daher: Soweit das OLG Düsseldorf für Sie als öffentlicher Auftraggeber zuständig ist, sollte die Entscheidung natürlich neben der BGH-Entscheidung beachtet werden. Ist das OLG Düsseldorf nicht zuständig, dann ist die Entscheidung mit Vorsicht zu genießen und Maßstab sollte zunächst besser allein die BGH-Entscheidung bleiben.

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



Dr. Roderic Ortner LL.M.

Partner

Roderic.Ortner@bho.legal.com

 + 49 (0) 221 270 956 120



Clara Schmitz

Rechtsanwältin

Clara.Schmitz@bho.legal.com

 + 49 (0) 221 270 956 195



Felix Schwarz

Rechtsanwalt

Felix.Schwarz@bho.legal.com

 + 49 (0) 221 270 956 230