

Rechtsprechungsreport Ausgabe 03/2020

Zu den Anforderungen an eine vergaberechtsfreie Kooperation zwischen öffentlichen Auftraggebern

Europäischer Gerichtshof – Urteil vom 04.06.2020 – Rechtssache C-429/19, Remondis

Bei diesem Fall hatten sich mehrere öffentliche Auftraggeber zu einem Zweckverband zusammengeschlossen und die Behandlung von 20% der Siedlungsabfälle einem anderen öffentlichen Auftraggeber, einem Landkreis, gegen Kostenerstattung zuwiesen. Grundlage der Zuweisung war ein als „Kooperationsvereinbarung“ bezeichneter Vertrag.

Remondis klagte gegen die Zuweisung an den Kreis und sah darin eine unzulässige Direktvergabe, die Leistung, so das Unternehmen, müsse im Wettbewerb vergeben werden. Der Zweckverband wiederum vertrat die Meinung, es handele sich bei der Zuweisung um eine vergaberechtsfreie öffentlich-öffentliche Zusammenarbeit nach § 108 GWB (entspr. Art. 12 Richtlinie 2024/14/EU).

Der EuGH stellt zunächst fest, dass der Begriff der „Zusammenarbeit“ im Gesetz nicht näher definiert sei und führt aus, „dass das Zusammenwirken aller Parteien der Kooperationsvereinbarung für die Gewährleistung der von ihnen zu erbringenden öffentlichen Dienstleistungen unerlässlich ist und dass diese Voraussetzung nicht als erfüllt angesehen werden kann, wenn sich der einzige Beitrag bestimmter Vertragspartner auf eine bloße Erstattung von Kosten beschränkt (...). Somit setzt die Ausarbeitung einer Kooperationsvereinbarung voraus, dass die Einrichtungen des öffentlichen Sektors, die eine solche Vereinbarung treffen wollen, gemeinsam ihren Bedarf und die Lösungen dafür definieren. Im Rahmen der Vergabe eines normalen öffentlichen Auftrags ist eine solche Phase der Bedarfsprüfung und -definition dagegen im Allgemeinen einseitig.

Eine Zusammenarbeit zwischen Einrichtungen des öffentlichen Sektors beruht mithin auf einer gemeinsamen Strategie der Partner dieser Zusammenarbeit und setzt voraus, dass die öffentlichen Auftraggeber ihre Anstrengungen zur Erbringung von öffentlichen Dienstleistungen bündeln.“

Der EuGH gelangt zu dem Ergebnis, dass es an diesen Voraussetzungen fehlt und stellt fest: „Folglich scheint die im Ausgangsverfahren in Rede stehende Vereinbarung ausschließlich den Erwerb einer Leistung gegen Zahlung eines Entgelts zum Gegenstand zu haben.“

PRAXISHINWEIS: Der EuGH konkretisiert seine Rechtsprechung zur vergaberechtsfreien öffentlich-öffentlichen Zusammenarbeit. In Abgrenzung zur „normalen“ Beauftragung setzt die Vergabefreiheit voraus, dass eine echte Zusammenarbeit vorliegt, die auf einem kooperativen Konzept beruht, es bedarf einer „kollaborativen Dimension“, es müssen gemeinsame Bedarfe in gemeinsamer Anstrengung einer gemeinsamen Lösung und Strategie zugeführt werden. Unseres Erachtens handelt es sich um eine Tatsachenprüfung, ähnlich der Voraussetzungen einer (verdeckten) Arbeitnehmerüberlassung. Es reicht daher nicht aus, die gemeinsame Zusammenarbeit vertraglich festzulegen, sondern sie muss nachweislich auch gelebt werden. Im vorliegenden Fall wäre eine Zusammenarbeit etwa denkbar gewesen, wenn sich die öffentlichen Auftraggeber gegenseitig im Fall von Versorgungsengpässen (hier wohl eher „Entsorgungsengpässen“) unterstützen und dazu ein gemeinsames Vorgehen und eine gemeinsame Strategie festzulegen würden.

Die Bestimmungsfreiheit des Auftraggebers umfasst auch die Wahl der Rechtsnatur des zu vergebenden Auftrags

VK Rheinland, Beschluss vom 29. April 2020 – VK 17/20

Der Auftraggeber schrieb die Beauftragung eines Steuerberaters in einem EU-weiten offenen Verfahren aus. In der Bekanntmachung wurde ausgeführt, dass zunächst 150 Beratertage in Auftrag gegeben werden sollen. In der Leistungsbeschreibung hieß es, dass wenn die Beratertage für die Erfüllung der in der Leistungsbeschreibung angegeben Leistungsbestandteile nicht ausgeschöpft werden, die verbleibenden Beratertage als optionale Leistungen abgerufen werden könnten.

Eine Bieterin gab in dem Preisblatt den Festpreis für die 150 Beratertage an. In dem einzureichenden Beratungskonzept wies sie aber darauf hin, dass sie für die Erbringung der Leistungsbestandteile lediglich 80 Beratertage benötige. Im Konzept gab die Bieterin einen entsprechend reduzierteren Gesamtpreis an. Bei der Auswertung der Angebote berücksichtigte der Auftraggeber die von der Bieterin in dem Preisblatt angegebene Gesamtsumme. Den von der Bieterin im Konzept angeführten reduzierten Gesamtpreis, ignorierte der Auftraggeber jedoch bei der Bewertung.

Daraufhin rügte die Bieterin vergeblich, dass der reduzierte Preis hätte bewertet werden müssen. Die Vergabekammer wies den anschließend eingereichten Nachprüfungsantrag mit der Begründung zurück, dass nur die im Preisblatt vorgenommenen Eintragungen wertungsrelevant seien. Zwar sei zuzugeben, dass die Leistungsbeschreibung im Hinblick auf die Grundlagen der Preisbewertung auslegungsbedürftig sei. Aus der objektiven Sicht eines verständigen Bieters war aber aus der Gesamtschau der Vergabeunterlagen ersichtlich, dass der Auftragsgegenstand verbindlich durch die 150 Beratertage definiert werde. Damit wird die Leistung gerade nicht durch die Herbeiführung eines Leistungserfolgs definiert, sodass die Angabe der 80 Beratertage irrelevant war. Denn der Auftraggeber habe einen Dienstvertrag ausgeschrieben, der eine zeitlich definierte Arbeitsleistung, nämlich die 150 Beratungstage beinhaltet. Aus diesem Grund ging auch der Einwand der Bieterin fehl, dass die Zuschlagskriterien ungeeignet seien, um das

wirtschaftlichste Angebot zu bestimmen, da ein kürzerer Zeitaufwand zur Leistungserbringung unberücksichtigt bliebe. Denn nach der Vergabekammer ist es Ausdruck des Bestimmungsrechts des Auftraggebers, den Auftragsgegenstand festzulegen und anschließend die Kriterien für die Zuschlagserteilung zu bestimmen. Auch die Wahl, ob ein Dienstvertrag oder aber ein Werkvertrag ausgeschrieben wird, unterfällt danach der Bestimmungs- und Vertragsfreiheit des Auftraggebers. Dieser kann entscheiden, ob er erfolgsbasiert ausschreibt oder eben nicht. Zu beachten sei lediglich die vergaberechtliche Grenze, dass die Festlegung des Beschaffungsgegenstandes durch den Auftragsgegenstand gerechtfertigt und nicht diskriminierend ist.

PRAXISHINWEIS: Die Vergabekammer Rheinland gibt dem Auftraggeber die Freiheit, selbst über die Rechtsnatur des zu vergebenden Auftrags zu entscheiden. Auftraggeber haben durch die Gestaltung der Vergabeunterlagen somit die Möglichkeit, die zivilrechtliche Rechtsnatur einseitig zu bestimmen.

Bieter sollten sich aber davor hüten, kreativ zu werden: Eine Chance auf Zuschlag behält nur, wer sich genau an die Vorgaben der Ausschreibung hält.

Anforderungen an die Begründung einer produktscharfen Ausschreibung

OLG Celle, Beschluss vom 31.03.2020 – 13 Verg 13/19

Die Auftraggeberin schrieb digitale Meldeempfänger für die freiwillige Feuerwehren der Region H. aus. Für solche Empfänger existieren verschiedene Verschlüsselungssysteme, wobei im Netz der Region ausschließlich das System „D“ installiert ist. Die Ausschreibung beschränkte sich in der Folge auf die mit dem System „D“ kompatiblen Empfänger der Firma S.

Eine Bieterin, die selbst Empfänger mit dem Verschlüsselungssystem „B“ herstellt und vertreibt, rügte erfolglos die mangelnde Produktneutralität der Ausschreibung. Im anschließenden Nachprüfungsverfahren ergänzte die Auftraggeberin ihre Begründung für die produktscharfe Ausschreibung. Sie führte u. a. an, dass ein „Mischsystem“

verschiedener Verschlüsselungen zu Verzögerungen bei der Alarmierung und zu hohen Kosten führe.

Die Vergabekammer gab dem Nachprüfungsantrag statt. Die Auftraggeberin habe insbesondere nicht ausreichend geprüft, ob ein „Mischsystem“ mit der notwendigen Sicherheit möglich wäre und habe ihre Prüfung nicht ausreichend dokumentiert.

Der Vergabesenat ergänzte im Beschwerdeverfahren: Es sei keine Rechtfertigung der produktscharfen Ausschreibung durch den Auftragsgegenstand gegeben. Der Vergabesenat schloss zwar nicht aus, dass eine produktscharfe Ausschreibung im konkreten Fall aus technischen oder wirtschaftlichen Gründen gerechtfertigt sein könnte. Die Entscheidung müsse die Auftraggeberin aber ausreichend und konkret dokumentieren. Daran fehle es hier.

Die nachträglichen Ergänzungen waren zur Rechtfertigung nicht mehr geeignet. Die nachgeschobenen Ausführungen hatten im ursprünglichen Vergabevermerk noch keinerlei Anklang gefunden. Eine nachträgliche Heilung dieses Mangels könne zwar durch eine Nachholung der Dokumentation und der Darlegung von Gründen erfolgen, „mit denen er die sachliche Richtigkeit einer angefochtenen Vergabeentscheidung nachträglich verteidigt und die nach Aufhebung in einem wiederholten Verfahren ohne Weiteres der Entscheidung zugrunde gelegt werden können“.

Etwas anderes gelte jedoch, wenn im Nachprüfungsverfahren erstmals in die sachliche Prüfung der zur Rechtfertigung angeführten Problematik eingestiegen und damit erst die eigentlich notwendige Dokumentation vorgenommen wurde.

PRAXISHINWEIS: Die Entscheidung zeigt Auftraggebern erneut die Wichtigkeit einer ausreichenden Dokumentation auf. Insbesondere bei produktspezifischen Ausschreibungen ist darauf zu achten, die Gründe für die Erforderlichkeit der Produktvorgabe bereits von Anfang an ausführlich darzulegen. Gerade solche Abwägungsentscheidungen können im Nachprüfungsverfahren allenfalls ergänzend verteidigt, nicht jedoch gänzlich neu begründet werden, wie schon der BGH darlegte (BGH, Beschluss vom 08.02.2011 - X ZB 4/10). Dies führt dazu, dass ein Unterbleiben der

entsprechenden Dokumentation selbst dann zu einer Wiederholung des Vergabeverfahrens führen kann, wenn die produktscharfe Ausschreibung tatsächlich sachlich gerechtfertigt wäre.

Verdeckte Produktvorgaben – Fragen der Beweislast und der nachträglichen Begründung

OLG München, Beschluss vom 26.03.2020 – Verg 22/19

Der Auftraggeber schrieb Medienausrüstung für ein Gymnasium aus. Einziges Zuschlagskriterium war der Preis. In der Leistungsbeschreibung waren u. a. eine Vielzahl sehr spezifischer technischer Vorgaben für die zu beschaffenden Multi-Touch Displays aufgelistet. Nach Auffassung eines Bieters passten diese Vorgaben ausschließlich auf Displays eines bestimmten Herstellers. Der Bieter rügte daher eine verdeckte Produktvorgabe, was der Auftraggeber indes zurückwies. Der Bieter gab dennoch ein Angebot ab, das den fünften Rang bekleidete. Das Protokoll der Angebotsöffnung wurde in ungeschwärtzter Fassung allen Bietern zur Verfügung gestellt. Nach erneuter Rüge einer verdeckten Produktvorgabe und der unzulässigen Weitergabe von Geschäftsgeheimnissen stellte der Bieter einen Nachprüfungsantrag.

Hielt die Vergabekammer diesen noch für unbegründet, war der Vergabesenat in zweiter Instanz hingegen anderer Auffassung: Der Auftraggeber verstoße gegen das Gebot der Produktneutralität. Die verdeckte Produktvorgabe war hier auch nicht nach § 31 Abs. 6 VgV durch den Auftragsgegenstand gerechtfertigt. Wenngleich es für einige der technischen Vorgaben nachvollziehbare Gründe geben möge, so könne jedoch nicht festgestellt werden, dass die Erfüllung aller Anforderungen aus objektiven Gründen notwendig sei.

Durch die von dem Antragsteller vorgenommene Auswertung marktverfügbarer Produkte habe dieser hinreichend substantiiert dargelegt, dass nur Produkte eines bestimmten Herstellers die Vorgaben der Leistungsbeschreibung entsprechen. Die Aufführung einer noch größeren Anzahl an Produkten könne nicht von ihm verlangt werden. Vielmehr wäre es dem Auftraggeber zumutbar gewesen, kon-

krete, ebenfalls dem Verzeichnis entsprechende Alternativprodukte zu benennen. Zudem bejahte der Vergabesenat die Verletzung des Rechts des Bieters auf Vertraulichkeit seines Angebots durch die Weitergabe der Submissionsergebnisse. Bieter seien gem. § 55 Abs. 2 VgV aus Gründen des Geheimwettbewerbs und der Vertraulichkeit von der Angebotsöffnung ausgeschlossen; eine Weitergabe der Ergebnisse sei unzulässig.

PRAXISHINWEIS: Mit Blick auf die Darlegungs- und Beweislast stellt der Senat klar, dass die Anforderungen an die Darlegung von Vergabebefehlern durch einen Bieter nicht überspannt werden dürfen: Hat er substantiierte Anhaltspunkte für eine verdeckte Produktvorgabe dargelegt, so trifft den Auftraggeber eine sekundäre Darlegungslast.

Auftraggeber müssen beachten, dass der Verzicht auf die Nennung eines Produktnamens nicht automatisch Produktneutralität bedeutet. Die Anforderungen der Leistungsbeschreibung sind fachlich auf ihre tatsächliche Produktneutralität zu überprüfen. Kommt nur ein bestimmtes Produkt in Frage, ist dies nicht automatisch unzulässig, aber im Vergabevermerk zu rechtfertigen und ausführlich zu begründen.

Eine ausführliche Auseinandersetzung mit der Entscheidung finden Sie siehe [hier](#).

Anforderung an die Dokumentation bei einer Wertung von Konzepten

Vergabekammer des Landes Berlin – Beschluss vom 13.03.2020 – VK – B1 – 36/19

Für die Einführung der digitalen Akte beabsichtigte das Land Berlin Standardsoftwarelizenzen für bis zu 100.000 Anwender, Konfiguration und Bereitstellung des Gesamtsystems sowie Unterstützungsleistungen, Schulungen, Support und Service auf Basis eines EVB-IT Systemvertrags zu beschaffen. Zu den Vergabeunterlagen gehörte ein Kriterienkatalog. Dieser sah für die streitgegenständlichen Kriterien zum Projektvorgehen eine Punkteverteilung von 0 – 2 – 4 – 7 – 10 vor. Der intern dem Wertungsgremium zugänglich gemachte Bewertungskatalog unterschied sich

von dem bekanntgemachten Kriterienkatalog durch eine zusätzliche Spalte mit Answererwartungen für die Bewerber. Der Bewertungskatalog, aus dem die Begründung für die Punktergabe und die erreichte Punktzahl für die einzelnen Kriterien hervorging, lag den zu der Vergabeakte genommenen Vermerken zur Angebotswertung bei, wurde allerdings ohne die Angebotserwartungen auch der zweitplatzierten Bieterin mitgeteilt. Diese rügte das Vorgehen des Auftraggebers. Die Bewertung sei weder nachvollziehbar noch sei für die Bieterin erkennbar gewesen, welche Anforderungen für die Erreichung der Höchstpunktzahl erforderlich gewesen wäre. Zudem sei, nach erweiterter Akteneinsicht im Nachprüfungsverfahren, in den Angebotserwartungen Unterkriterien zu den Bewertungskriterien zu sehen, die offenkundig erst nach Öffnung der Angebote erstellt bzw. verändert worden seien.

Die Vergabekammer des Landes Berlin erkannte einen Verstoß gegen das Recht auf Durchführung eines transparenten, alle Bieter gleich behandelnden Vergabeverfahrens. Mangels Dokumentation des Zeitpunkts, in dem der finale, im Wertungsvorgang verwendete Bewertungskatalog festgelegt wurde, habe man nicht feststellen können, dass die Angebotserwartungen bereits vor der Angebotsöffnung festgelegt worden sind. Es handle sich bei den Angebotserwartungen auch nicht um eine bloße unveränderte Zusammenführung ohnehin an anderer Stelle den Bietern bekanntgemachter Angebotsforderungen, Bewertungskriterien und –maßstäben, die ausnahmsweise auch in Ansehung der Angebote zulässig wäre.

PRAXISHINWEIS: Auftraggeber müssen sich der Bedeutung einer fortlaufenden Dokumentation des Vergabeverfahrens und der Anfälligkeit von Konzeptwertungen bewusst sein. Etwasige Handreichungen für Wertungsgremien sollten rechtzeitig finalisiert und dokumentiert werden und keine Erwartungshaltung formulieren, die sich nicht auch aus den Vergabeunterlagen, insbesondere der Leistungsbeschreibung und dem Kriterienkatalog herauslesen lässt. Aus Transparenzgründen ist auf eine ausreichende Verknüpfung der Kriterien und den sich aus der Leistungsbeschreibung ergebenden Anforderungen bzw. Erwartungen zu achten.

**Dr. Oliver Heinrich**

Partner

Oliver.Heinrich@bho-legal.com

☎ + 49 (0) 221 270 956 114

**Dr. Roderic Ortner LL.M.**

Partner

Roderic.Ortner@bho-legal.com

☎ + 49 (0) 221 270 956 120

**Jan Helge Mey LL.M.**

Partner

Jan.Mey@bho-legal.com

☎ + 49 (0) 221 270 956 120

**Felix Schwarz**

Rechtsanwalt

Felix.Schwarz@bho-legal.com

☎ + 49 (0) 221 270 956 230

**Clara Schmitz**

Rechtsanwältin

Clara.Schmitz@bho-legal.com

☎ + 49 (0) 221 270 956 195

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**Zweigstelle München**

Hermann-Schmid-Str. 10

80336 München

☎ + 49 (0) 89 200 626 92

☎ + 49 (0) 89 200 626 93

munich@bho-legal.com**Zweigstelle Brüssel**

Rue Jenneval 6

B-1000 Bruxelles

☎ + 49 (0) 221 270 956 0

☎ + 49 (0) 221 270 956 222

brussels@bho-legal.com