

**Rechtsprechungsreport Ausgabe 01/2021****Registrierung für das neue Wettbewerbsregister offen!**

Um das Vorliegen von Ausschlussgründen zu erkennen, können Auftraggeber derzeit Abfragen beim Gewerbezentralregister sowie den diversen Korruptions- und Vergaberegistern auf Länderebene vornehmen. Seit Inkrafttreten des [Wettbewerbsregistergesetz](#) am 29.07.2017 wird ein zentrales Wettbewerbsregister beim Bundeskartellamt aufgebaut, das an die Stelle des bisherigen Flickenteppichs treten wird. Das vom Bundeskartellamt geführte Register ist nunmehr operativ und ca. 30.000 Auftraggeber können sich für die Nutzung registrieren. Dazu aufgerufen sind zunächst die obersten Bundesbehörden und Auftraggeber in deren Geschäftsbereich, ab dem 12.04.2021 die obersten Landesbehörden und Auftraggeber in deren Geschäftsbereich, ab Mai 2021 geht das Bundeskartellamt auf Kommunen und weitere Auftraggeber zu. Die Registrierung für das Web-Portal können Sie [hier](#) vornehmen. Nach Abschluss dieser Übergangsphase treten die Mitteilungs- und Abfragepflichten in Kraft, deren genauer Zeitpunkt noch im Bundesanzeiger veröffentlicht wird.

**Zu den Anforderungen an eine Dringlichkeitsvergabe**

*VK Bund, Beschluss vom 13.08.2020 – VK 1 - 54/20 (Selfie Ident) und Beschluss vom 28.08.2020 - 57/20 (Schutzausrüstung-Betreibervertrag)*

Die beiden Beschlüsse betrafen Dringlichkeitsbeschaffungen aufgrund der Corona-Pandemie. Wettbewerb fand keiner statt. Rechtsgrundlage war jeweils § 14 Abs. 4 Nr. 3 VgV (Verhandlungsverfahrens ohne Teilnahmewettbewerb wegen besonderer Dringlichkeit).

In dem ersten Verfahren musste eiligst eine „Selfie Ident-

Software“ beschafft werden, da eine – wie sonst vorgesehene – persönliche Vorsprache der Antragsteller ausblieb. Bei dem anderen Verfahren beauftragte der Auftraggeber einen Dienstleister zur Durchführung der Beschaffung von Schutzausrüstung.

Gegen die geschlossenen Verträge wandten sich ein (vermeintliche) Wettbewerber mit dem Antrag, die Verträge für nichtig zu erklären, da die Voraussetzungen einer besonderen Dringlichkeit nicht vorlägen. Denn eine ungeschriebene Voraussetzung sei, dass stets Vergleichsangebote einzuholen seien.

Die Vergabekammer folgte in beiden Fällen dieser Argumentation nicht und befand die Dringlichkeitsvergaben für zulässig.

Anders als etwa das OLG Rostock (Beschluss vom 25.11.2020 – 17 Verg 1/20) oder die VK Südbayern (Beschluss vom 12.10.2020 – 3194.Z3-3\_01-20-31) betont die VK Bund, dass ein „Wettbewerb light“ nicht erforderlich sei. *„Bei einer anderen Sichtweise würde die Eilbedürftigkeit wiederum konterkariert, wenn doch Angebote von anderen Auftragsinteressenten eingeholt werden müssten, die ihrerseits nicht nahtlos die Leistung erbringen könnten. Die Erläuterung der Kommission in der Leitlinie macht dies deutlich: Bei äußerster Dringlichkeit darf die Direktbeauftragung eines einzelnen Unternehmens erfolgen, wenn technische oder zeitliche Zwänge dies gebieten. So liegt der Fall hier.“*

**PRAXISHINWEIS:** Die Frage, ob trotz besonderer Dringlichkeit immer noch ein Wettbewerb versucht werden muss, ist umstritten (siehe Ortner [Vergabeblog.de vom 22/02/2021, Nr. 46434](#)). Bis auf die Vergabekammer des Bundes scheinen alle anderen Vergabekammern einen

solchen Wettbewerb „light“ anzunehmen. Auftraggeber sollten daher im Fall einer Dringlichkeitsvergabe stets prüfen, wie die Entscheidungspraxis „ihrer“ Vergabekammer ist. Ein Auftraggeber im Freistaat Bayern sollte daher grundsätzlich versuchen, Vergleichsangebote einzuholen oder zumindest aber eine Markterkundung durchführen. Ein Auftraggeber in NRW muss aufpassen: Die VK Bund ist vor allem für Bundeseinrichtungen zuständig. Das OLG Düsseldorf ist zwar für beide zuständig, aber das OLG hat sich noch nicht zu der Frage geäußert. Höchststrichterliche Rechtsprechung wird diesen Streit eines Tages klären.

Nicht zu verwechseln ist die hier besprochene Direktvergabe mit einer sog. Interimsvergabe. Bei einer solchen führt der Auftraggeber ein normales Vergabeverfahren im Wettbewerb durch bzw. steht kurz davor, es droht jedoch für einen Übergangszeitraum ein vertragsloser Zustand, z.B., da das Verfahren vor der Vergabekammer angegriffen wurde. Die entstandene zeitliche Lücke muss nun überbrückt werden. Hier hat sich Rechtsprechung entwickelt, wonach der Auftraggeber aus Gründen der Dringlichkeit ein vereinfachtes Verfahren für die Überbrückungsleistungen durchführen kann, grundsätzlich aber mit Wettbewerb „light“ (also drei Vergleichsangeboten).

---

### **Der Auftraggeber hat frustrierte Bieter von einem sinnlosen Vergabeverfahren abzuhalten!**

*OLG Koblenz, Beschluss vom 26.08.2020 – Verg 5/20*

Der zweitplatzierte Bieter wehrte sich gegen seinen Ausschluss aus dem Vergabeverfahren. Erst im Nachprüfungsverfahren wird ihm vom Auftraggeber mitgeteilt, dass der erstplatzierte Bieter aus den gleichen Gründen ebenfalls ausgeschlossen wurde. Die Vergabekammer stellte das Nachprüfungsverfahren nach Rücknahme des Antrags ein. Weiter gestritten wurde allerdings um die Kosten. Denn hätte der Bieter das eher gewusst, dann hätte er gar keinen Antrag auf Nachprüfung gestellt, deshalb möchte er auch nicht die Kosten des Verfahrens tragen müssen.

Der Vergabesenat stellte fest, dass die Vergabekammer dem Bieter zu Unrecht die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Kosten des Auftraggebers auferlegt hat. Auftraggeber treffe gemäß § 241 Abs. 2 BGB

die Pflicht, einen Bieter durch eine hinreichende Information vor der Einleitung eines sinnlosen Nachprüfungsverfahrens mit entsprechender Kostenfolge zu bewahren. Selbstverschuldete Kosten des Auftraggebers könnten nicht dem Bieter auferlegt werden. Verschuldensgesichtspunkte böten umgekehrt aber auch keine Grundlage, notwendige Aufwendungen einer anderen Partei aufzuerlegen. Die eigenen Rechtsverfolgungskosten bekommt der Bieter also vom Auftraggeber nicht erstattet.

**PRAXISHINWEIS:** Die Entscheidung bestätigt, dass den Auftraggeber im vorvertraglichen Schuldverhältnis, das durch eine Teilnahme an einem Vergabeverfahren entsteht, eine Aufklärungspflicht trifft. Die den Bietern vom Auftraggeber zur Verfügung gestellten Informationen sollten ihm stets eine (eigenverantwortliche) Beurteilung der Erfolgsaussichten von Rechtsmitteln ermöglichen. Den Bieter von der Sinnlosigkeit eines Angriffs gegen das Vergabeverfahren zu überzeugen, sollte ohnehin im Interesse des Auftraggebers sein – worauf das OLG Koblenz zutreffend hinweist.

---

### **Der Auftraggeber entscheidet über die Kriterien, nach denen die Anzahl an Teilnehmern begrenzt wird!**

*VK Nordbayern, Beschl. v. 01.10.2020 – RMF-SG21-3194-5-36*

Bei der Beschaffung von Planungsleistungen für den Neubau einer Kindertagesstätte im Wege eines Verhandlungsverfahrens mit Teilnahmewettbewerb sollte die Auswahl der Teilnehmer nach dem Gesamtumsatz, der Mitarbeiterzahl und maximal 3 Referenzprojekten aus den letzten drei Jahren erfolgen. Der Auftraggeber berücksichtigte ein Referenzprojekt nicht, da die Inbetriebnahme bereits vor dem maßgeblichen Zeitraum erfolgte und nur die vollständige Erbringung der Architektenleistungen in den Betrachtungszeitraum fiel.

Der Bieter konnte vor der Vergabekammer nicht mit dem Argument durchdringen, dass wegen des Wortlauts in § 46 Abs. 3 Nr. 1 VgV, der von „erbrachten Dienstleistungen“ spricht, es ausreiche, dass die Architektenleistung vollständig erbracht wurden. Die Vergabekammer hielt § 46 Abs. 3 Nr. 1 VgV schon gar nicht für maßgeblich, da nicht

die Eignung, sondern die Begrenzung der Bewerber nach § 51 VgV verfahrensgegenständlich sei. Hier müsse der Vergabestelle ein größerer Gestaltungsspielraum zugestanden werden, was den Maßstab für die Reduzierung der Teilnehmer anbelange. Solange die Festlegung der Kriterien nicht willkürlich oder mit dem erklärten Ziel vorgenommen werde, bestimmte Marktteilnehmer von vornherein vom Vergabeverfahren auszuschließen, sei der Auftraggeber bei der Festlegung der ihm wichtig erscheinenden Kriterien frei und habe hierbei einen grundsätzlich weiten Ermessensspielraum.

**PRAXISHINWEIS:** Die VK erinnert auch daran, dass wie bei den Eignungskriterien, auch bei den Kriterien zur Bewerberauswahl auf deren Aufnahme in die Auftragsbekanntmachung zu achten ist. Einen Freibrief für allzu kreative Definitionen von Kriterien stellt auch diese Entscheidung der Vergabekammer Nordbayern indes nicht dar (siehe Mey [Vergabeblog.de vom 18.01.2021, Nr. 46073](https://www.vergabeblog.de/vom-18.01.2021-nr-46073)). Der Auftraggeber sollte sich weiterhin aus dem Katalog der Eignungskriterien bedienen, kann aber in der Ausgestaltung gelassener sein und sich davon leiten lassen, was ihm an den Bewerbern besonders wichtig ist.

---

### **Eine Teststellung ist bei bestimmten subjektiven Bewertungskriterien zwingend!**

*VK Bund, Beschluss vom 11.11.2020 - VK 1 - 84/20*

Das erste Verfahren zur Beschaffung einer Standardsoftware für Datamining war nach Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens aufgehoben worden. In dem Folgeverfahren war eine „intuitive“ Bedienbarkeit ohne besondere Datenbankkenntnisse gefordert und als folgendes B-Kriterium ausgestaltet: „Darstellung der Handhabung für den Nutzer der Standardsoftware – Umgang mit der Software ohne tiefgehende technisch und fachliche Vorkenntnisse möglich“. Eine Teststellung erfolgte nicht, sondern die Bieter hatten „aussagekräftige Unterlagen bzw. Nachweise“ einzureichen. Jedes Mitglied des aus verschiedenen Fachbereichen zusammengesetzten achtköpfigen Bewertungsgremiums füllte einen eigenen Bewertungsbogen aus, dies geschah aber nur lückenhaft, zum Teil mit dem Hinweis

„keine Bewertung möglich“. Die Bewerber erzielten in einer Telefonkonferenz Konsens über die Punktvergabe, so der Auftraggeber in der mündlichen Verhandlung.

Die Vergabekammer verbot dem Auftraggeber die Zuschlagserteilung. Die Wertungsmethodik muss den Bietern zwar nicht vorab mitgeteilt werden (EuGH, 14.07.2016, Rs. C-6/15), auch die Verwendung einer Noten-/Punkteskala ist anerkannt (BGH, 4.04.2017 – XZB 3/17). Durch die lückenhafte Dokumentation könne der Wertungsprozess aber nicht nachvollzogen werden. Außerdem seien die hier festgelegten Zuschlagskriterien von „subjektiven Eindrücken und Erfahrungen einer Person beim konkreten und eigenständigen praktischen Umgang mit einer Software geprägt“, so dass diese ohne eine Teststellung nicht erfolgen kann (OLG Düsseldorf, 22.04.2020, VII-Verg 24/19; 15.01.2021, VII-Verg 20/19).

**PRAXISHINWEIS:** Es steht dem Auftraggeber frei zu entscheiden, ob die Wertung durch eine Person oder durch ein Wertungsgremium erfolgen soll, wie letzteres sich zusammensetzt, ob jedes Mitglied für sich wertet oder Konsens hergestellt wird. Dieses Prozedere muss den Bietern auch nicht mitgeteilt werden. Entscheidend ist, dass die Transparenz und Willkürfreiheit durch eine nachvollziehbare, lückenlose Dokumentation gewährleistet wird. Werden Bewertungsbögen verwendet, sollten diese beispielsweise den Hinweis enthalten, dass diese von jedem Mitglied vollständig auszufüllen sind und ggf. die sachlichen Gründe zu vermerken sind, warum von einer Bewertung einzelner Kriterien abgesehen wurde (z.B. anderer Zuständigkeitsbereich, fehlende Fachkompetenz des Bewerbers). Soll die Benutzerfreundlichkeit eines Produkts oder der Geschmack oder andere subjektive Kriterien bewertet werden, dann ist besonders darauf zu achten, dass die Voraussetzungen für eine transparente Bewertung geschaffen werden. Schriftliche Erläuterungen, Screenshots, Grafische Darstellungen könnten wie in diesem Fall nicht ausreichend und eine Teststellung unumgänglich sein.

---

## Anforderungen an ein Interessenbestätigungsverfahren

VK Niedersachsen, Beschl. v. 14.07.2020 – VgK-13/2020

Der Auftraggeber schrieb europaweit Dienstleistungen im Verhandlungsverfahren mit Teilnahmewettbewerb aus. Statt einer Auftragsbekanntmachung (§§ 37, 40 Abs. 1 VgV) entschied er sich dafür, eine Vorabinformation im EU-Amtsblatt zu veröffentlichen. Mit einer Vorabinformation kann der Auftraggeber freiwillig frühzeitig über anstehende Beschaffungen informieren. Dadurch kann er entweder die Mindestfristen für den Eingang von Angeboten verkürzen (§ 38 Abs. 3 VgV) oder – wie hier – die Auftragsbekanntmachung ersetzen (§ 38 Abs. 4 VgV). Den interessierten Unternehmen stellte der Auftraggeber zusammen mit der Aufforderung zur Interessenbestätigung einen Leitfaden mit Hinweisen zur Einreichung einer wirksamen Interessenbestätigung zur Verfügung. Der Inhalt dieses Leitfades passte jedoch nicht zum gewählten Procedere. Hinzu kam, dass der Auftraggeber im Laufe des Vergabeverfahrens nicht allen Bietern seine Antworten auf Bieterfragen zur Verfügung stellte.

Ein Bieter hielt das Vorgehen des Auftraggebers für intransparent und stellte einen Nachprüfungsantrag.

Mit Erfolg! Die Vergabekammer erkennt gleich mehrere Verstöße gegen Vergabevorschriften. Zum einen verstoße der Auftraggeber gegen den Transparenzgrundsatz, indem er den Bietern einen für das gewählte Verfahren unzutreffenden Leitfaden zur Verfügung stellte und zum anderen indem er nicht allen Bietern seine Antworten auf die Bieterfragen zukommen ließ. Des Weiteren verstoße der Auftraggeber gegen § 121 Abs. 1 GWB, weil er die Leistung nicht eindeutig und erschöpfend beschrieben habe.

Daneben thematisiert die Vergabekammer Fehler, die bereits Gegenstand unzähliger Entscheidungen waren: Bieterrinformationen, wie z.B. Antworten auf Bieterfragen sind grundsätzlich allen Bietern (ggfs. anonymisiert) zur Verfügung zu stellen. Eine Ausnahme davon besteht nur dann, wenn die Frage in den Vergabeunterlagen bereits klar und eindeutig beantwortet wurde. Die Vergabeunterlagen etwaige Leitfäden oder sonstige Informationen müssen klar und verständlich gefasst sein.

**PRAXISHINWEIS:** Sehr deutlich stellt die Vergabekammer heraus, dass es sich um ein „überflüssig komplexes“ und „begrifflich verwirrendes“ Verfahren handelte. Dies lag hier insbesondere daran, dass der Auftraggeber sich für die Veröffentlichung der Vergabe durch eine die Bekanntmachung ersetzende Vorabinformation gemäß § 38 Abs. 4 VgV entschieden hatte. Während dieses Verfahren inzwischen auf den Ausschreibungsportalen immer häufiger anzutreffen ist, scheinen die Voraussetzungen in der Praxis noch nicht in Gänze durchdrungen. Eine vertiefte Lektüre zu der Vorschrift ist zu empfehlen, deren Voraussetzungen hier nur überblicksartig dargestellt werden können. Die Vorabinformation gemäß § 38 Abs. 4 VgV kann von allen öffentlichen Auftraggebern mit Ausnahme oberster Bundesbehörden im Verhandlungsverfahren oder im nicht offenen Verfahren genutzt werden. Zunächst muss darauf geachtet werden, dass die Vorabinformation die Mindestinformationen gemäß § 38 Abs. 4 VgV enthält. Gemäß § 38 Abs. 4 Satz 1 Nr. 3 VgV müssen Unternehmen aufgefordert werden, ihr Interesse mitzuteilen. Über den Wortlaut hinaus sollte der Auftraggeber angeben wo, in welcher Form und mit welcher Frist diese Interessenbekundung abzugeben ist. Auf die *Interessenbekundung* folgt die Aufforderung zur *Interessenbestätigung* gemäß § 38 Abs. 5 bzw. § 52 Abs. 3 VgV. Die Aufforderung muss wiederum den Mindestinformationsgehalt des § 52 Abs. 3 VgV enthalten. Erst dann beginnt der Teilnahmewettbewerb bei dem die Eignung der Bieter geprüft wird.

---

## Ausschluss von Nebenangeboten bei Widersprüchen in den Vergabeunterlagen

VK Bund, Beschluss vom 07.09.2020 VK 1 - 68/20

Der Auftraggeber schrieb in einem offenen Verfahren die Instandsetzung eines Schiebetors einer Schleusenanlage aus. In der Auftragsbekanntmachung hieß es, Alternativangebote seien nicht zulässig. In den Anlagen zur Aufforderung zur Abgabe eines Angebots war hingegen der Passus „Nebenangebote sind zugelassen“ angekreuzt. Zudem hieß es in den Teilnahmebedingungen, dass Nebenangebote die geforderten Bedingungen erfüllen müssen und



ggf. nach Mengensätzen und Einzelpreisen aufzugliedern sind.

Die Antragstellerin gab ein Hauptangebot sowie ein Nebenangebot ab. In der Folge teilte der Auftraggeber ihr mit, dass ihrem Angebot unter Berücksichtigung des Nebenangebots der Zuschlag erteilt werden solle. Nachdem ein konkurrierender Bieter dies gerügt hatte, wurde der Antragstellerin mitgeteilt, dass ihr Angebot aufgrund der Unzulässigkeit von Nebenangeboten doch unzulässig gewesen sei und nun ein anderer Bieter den Zuschlag erhalten soll. Der betroffene Bieter stellte nach erfolgloser Rüge einen Nachprüfungsantrag.

Die Vergabekammer des Bundes hielt den Antrag für teilweise begründet. Zunächst stellte sie zwar klar, dass das Nebenangebot hier zurecht nicht berücksichtigt wurde. Als Begründung führte sie § 8 EU Abs. 2 Nr. 3 S. 1 VOB/A an, der in S. 1 vorsieht, dass Nebenangebote in der Bekanntmachung oder Aufforderung zur Interessenbekundung zugelassen oder vorgeschrieben werden können. Fehlt eine solche Angabe jedoch, so sind Nebenangebote nicht zugelassen. Da die Bekanntmachung Nebenangebote hier nicht ausdrücklich zuließ, durften sie auch nicht gewertet werden.

Nichtsdestotrotz stellte die Kammer klar, dass in einem solchen Fall der Zuschlag auf das Hauptangebot eines anderen Bieters nicht ohne vorherige Rückversetzung des Vergabeverfahrens in den Stand vor Abgabe der Hauptangebote erfolgen darf. Sie begründete dies damit, dass der beschriebene Widerspruch in den Vergabeunterlagen dazu geeignet war, die Antragstellerin zur Abgabe eines Nebenangebots zu verleiten. Die Annahme, dass solche Angebote zulässig seien, könnte sich darüber hinaus auch auf die Erstellung des Hauptangebots ausgewirkt haben. Daher könne der Vergabeverstoß hier nur durch eine Zurückversetzung des Verfahrens beseitigt werden.

**PRAXISHINWEIS:** Möchte ein Auftraggeber Nebenangebote zulassen oder vorschreiben, so hat er entsprechende Angaben in der Auftragsbekanntmachung oder der Aufforderung zur Interessenbestätigung zu machen. Tut er dies nicht, so sind Nebenangebote nicht zugelassen. Wurden in

der Aufforderung zur Abgabe eines Angebots widersprüchliche Angaben gemacht, so hat der Auftraggeber das Vergabeverfahren in den Stand vor Abgabe der Hauptangebote zurückzusetzen. Sofern nachträglich Nebenangebote zugelassen werden sollen, so muss der Auftraggeber das Verfahren sogar in den Stand vor der Bekanntmachung versetzen.

---

**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) 221 270 956 220

**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](http://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](mailto: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](mailto:brussels@bho-legal.com)