

Rechtsprechungsreport Ausgabe 02/2022

Öffentliche Auftraggeber dürfen grundsätzlich davon ausgehen, dass ein Bieter seine vertraglichen Pflichten erfüllen wird.

OLG Karlsruhe, Beschluss v. 07.09.2022 – 15 Verg 8/22 und VK Baden-Württemberg, Beschluss v. 13.07.2022 – 1 VK 23/22

Die Antragsgegnerinnen schrieben europaweit die Beschaffung einer Software für Digitales Entlassungsmanagement in einem offenen Verfahren aus. Als Ausschlusskriterium war unter anderem die Einhaltung der Anforderungen aus der DSGVO vorgegeben. Ein Bewertungskriterium war, dass die Daten ausschließlich in einem EWR-Rechenzentrum verarbeitet werden, bei dem kein Subdienstleister/Konzernunternehmen in Drittstaaten ansässig ist.

Sowohl die Antragstellerin als auch die Beigeladene gaben ein Angebot ab. Die Antragsgegnerinnen beabsichtigten, den Zuschlag auf das Angebot der Beigeladenen zu erteilen. Hiergegen wandte sich die Antragstellerin. Sie war der Ansicht, die Beigeladene sei von der Wertung auszuschließen, da sie Änderungen an den Vergabeunterlagen vorgenommen habe, indem sie die A als Unterauftragnehmerin benannt habe. Diese verarbeite personenbezogene Daten auf Servern, auf die Drittstaaten Zugriff hätten. Das Angebot verstoße daher gegen die zwingenden Vorgaben der DSGVO. Nach Ansicht der Antragsgegnerinnen sowie der Beigeladenen sei das Angebot nicht auszuschließen gewesen. Es läge schon kein Verstoß gegen die DSGVO vor, da die rein theoretische Zugriffsmöglichkeit eines Drittstaates keine Übermittlung personenbezogener Daten darstelle.

Die im Rahmen des Nachprüfungsantrags sodann mit unter anderem dieser Frage beschäftigte Vergabekammer

Baden-Württemberg folgte der Argumentation der Antragstellerin dahingehend, dass das Angebot der Beigeladenen nicht den Vergabeunterlagen entspreche und daher gemäß § 57 Abs. 1 Nr. 4 VgV auszuschließen sei. Aufgrund des beabsichtigten Einsatzes von A läge ein Verstoß gegen Art. 44 ff. DSGVO vor. Die Vergabekammer setzte sich sodann ausführlich mit den zugrundeliegenden Vorschriften der DSGVO und insbesondere dem Begriff der „Übermittlung“ im Sinne von Art. 44 DSGVO auseinander und kam zu dem Schluss, dass der Einsatz von A als Hosting-Dienstleister eine unzulässige Übermittlung in diesem Sinne darstelle. Hierbei stütze sie sich auf ein Begriffsverständnis, das den Begriff der Übermittlung umfassend auslegt und hierunter „jede Offenlegung personenbezogener Daten gegenüber einem Empfänger in einem Drittland oder einer internationalen Organisation, wobei es weder auf die Art der Offenlegung noch auf die Offenlegung gegenüber einem Dritten ankommt“ versteht. Eine Offenlegung in diesem Sinne sei bereits dann gegeben, wenn die Einstellung von personenbezogenen Daten auf einer Plattform erfolge, bei der die Möglichkeit bestehe, dass von einem Drittland auf diese zugegriffen wird. Ob tatsächlich ein Zugriff erfolge, sei für die Einordnung unerheblich. Dies folge daraus, dass bereits die reine Zugriffsmöglichkeit als „latentes Risiko“ eine Übermittlung personenbezogener Daten darstelle.

Hieran konnten nach Ansicht der VK Baden-Württemberg auch nicht die mit dem Angebot des Beigeladenen eingereichten Schutzklauseln etwas ändern. Die Klauseln seien nicht geeignet, dem vorliegenden latenten Risiko adäquat zu begegnen, da die Klauseln der A lediglich eine Verpflichtung auferlegten, unangemessene Anfragen staatlicher Stellen, die im Widerspruch zum Recht der EU stehen, anzufechten. Darüber hinaus liege auch kein Angemessen-

heitsbeschluss vor, der einen Erlaubnistatbestand darstellen könne.

Die VK Baden-Württemberg gab den Antragsgegnerinnen daher auf, das Verfahren bei fortbestehender Beschaffungsabsicht in den Stand vor Angebotswertung zurückzusetzen.

Hiergegen hat die Antragstellerin sofortige Beschwerde erhoben – darauf gerichtet, den Beschluss der Vergabekammer aufzuheben und den Nachprüfungsantrag zurückzuweisen.

In Bezug auf das Vorliegen einer Abweichung von den Vergabeunterlagen durch den Einsatz der Unterauftragnehmerin A ist das OLG dem Antrag nachgekommen. Das Angebot sei nach Auffassung des Gerichts nicht wegen einer Abweichung von den Anforderungen der Vergabeunterlagen auszuschließen.

Anders als die VK Baden-Württemberg legt das OLG den Fokus bei der Beantwortung dieser Frage aber nicht auf die datenschutzrechtlichen Bestimmungen und deren Auslegung, sondern darauf, wie das Angebot des Bieters inhaltlich zu verstehen war und ob der öffentliche Auftraggeber aufgrund der getätigten Angaben davon ausgehen musste, dass die Beigeladene keine vertragsgemäße Leistung anbieten bzw. erbringen würde: Der öffentliche Auftraggeber dürfe grundsätzlich davon ausgehen, dass ein Bieter seine vertraglichen Zusagen erfüllen werde. Erst, wenn konkrete Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass die ordnungsgemäße Leistungserbringung zweifelhaft sei, sei der öffentliche Auftraggeber gehalten, die Erfüllung des Leistungsversprechens des Bieters zu überprüfen.

Die Beigeladene habe hieran gemessen ausreichend erklärt, die im Hinblick auf die DSGVO gemachten Vorgaben einzuhalten. Sie habe die vorgegebenen DSGVO-Verträge unterzeichnet sowie darüber hinaus zugesichert, personenbezogene Daten ausschließlich an die Unterauftragnehmerin zu übermitteln und auch diese in der EU zu verarbeiten.

Auch seien Zweifel an diesem Leistungsversprechen der Beigeladenen nicht bereits deshalb gefordert gewesen, weil es sich bei der A um ein Tochterunternehmen eines US-amerikanischen Konzerns handele. Die bestehende

Konzernstruktur erfordere aber nicht zwingend den Schluss, dass es im Rahmen der Vertragsausführung zu rechts- und vertragswidrigen Weisungen an das europäische Tochterunternehmen kommen werde.

PRAXISHINWEIS:

Das OLG hat es – im Gegensatz zur Vorinstanz – vermieden, sich inhaltlich mit den datenschutzrechtlichen Fragestellungen auseinanderzusetzen. Durch die Entscheidung des OLG wird die Frage der Belastbarkeit der Angaben des Bieters in seinem Angebot überwiegend in die Vertragsdurchführungsphase verlagert. Der Inhalt der Angebote sollte vor diesem Hintergrund einmal mehr so ausgestaltet werden, dass Anhaltspunkte einer Nichteinhaltung der vorgegebenen Voraussetzungen das Angebot selbst betreffen, um eine Verlagerung von Streitigkeiten in die Vertragsdurchführungsphase zu vermeiden.

Altbekannte Fragen in neuem Gewand

Vergabekammer Westfalen, Beschluss vom 09.11.2022, VK 3 – 42/22

Die öffentliche Auftraggeberin schrieb im offenen Verfahren die Lieferung einer Server- und Netzwerkinfrastruktur für ein leistungsstarkes heterogenes Rechencluster für KI-Anwendungen aus. Sowohl die Antragstellerin als auch die Beigeladene gaben fristgerecht ein Angebot im Vergabeverfahren ab. Auf Anforderung der Antragsgegnerin reichte die Antragstellerin im Laufe des Verfahrens eine „detaillierte Darstellung der angebotenen Leistungen“ ein. Das Angebot der Beigeladenen enthielt folgenden Zusatz: „Die diesem Angebot zugrundeliegenden AGB finden Sie auf unserer Homepage; bei Bedarf werden wir sie Ihnen selbstverständlich zur Verfügung stellen“. Die Auftraggeberin führte diesbezüglich eine Aufklärung durch, in deren Rahmen die Beigeladene angab, dass sie an den AGB nicht festhalten wolle. Mit Schreiben vom 15.09.2022 teilte die Antragsgegnerin der Antragstellerin sodann mit, dass sie beabsichtige, den Zuschlag frühestens am Montag, den 26.09.2022, auf das Angebot der Beigeladenen zu erteilen. Das Angebot der Antragstellerin erfülle hingegen in mehrfacher Hinsicht nicht die Anforderungen der Leistungsbeschreibung.

Mit Schreiben vom 19.09.2022 rügte die Antragstellerin

die Vergaberechtsentscheidung. Die Entscheidung sei in mehrfacher Hinsicht fehlerhaft: Zunächst sei die Stillhaltefrist falsch berechnet worden. Da bei der Fristberechnung § 193 BGB Anwendung finde, sei der frühestmögliche Zuschlagstermin der 27.09.2022. Auch weiche sie mit ihrem Angebot nicht von der Leistungsbeschreibung ab. Jedenfalls aber hätte die Antragsgegnerin einen Aufklärungsversuch unternommen müssen. Eine Reaktion auf die Rüge erfolgte seitens der Antragsgegnerin nicht. Die Antragstellerin reichte daher am 23.09.2022 einen Nachprüfungsantrag bei der Vergabekammer ein.

Im Laufe des weiteren Verfahrens schloss die Antragsgegnerin die Antragstellerin zudem nach § 57 Abs.1 Nr. 1 VgV vom Verfahren aus, da die Antragstellerin einer weiteren Bindefristverlängerung über den 10.10.2022 hinaus erst am 12.10.2022 zugestimmt hatte. Die bereits im Rahmen der Rüge vorgetragenen Argumente erweiterte die Antragstellerin nach erfolgter Akteneinsicht dahingehend, dass das Angebot der Beigeladenen auch aufgrund der beigefügten AGB hätte ausgeschlossen werden müssen.

Die Antragsgegnerin hält weiterhin an ihrem Vortrag aus dem Informationsschreiben fest. Zudem ist sie der Ansicht, dass die Frist vergaberechtskonform berechnet worden sei, da § 193 BGB keine Anwendung finde. Auch habe die Antragstellerin im Laufe des Verfahrens eine detaillierte Beschreibung der Leistung einreichen können.

Der Nachprüfungsantrag hat in der Sache keinen Erfolg. Die Vergabekammer unterlässt es jedoch – mangels Entscheidungserheblichkeit – zu einzelnen vorgebrachten Argumenten abschließend Stellung zu beziehen. Im Einzelnen:

1. Inwieweit § 193 BGB auf die Stillhaltefrist Anwendung finde, müsse vorliegend nicht entschieden werden, da die Antragstellerin vorliegend durch die Fristberechnung nicht in ihren Rechten verletzt sei, da die Antragsgegnerin vor dem 26.09.2022 den Nachprüfungsantrag gestellt, die Kammer den Antrag weitergeleitet und das Zuschlagsverbot ausgesprochen habe. Die Kammer weist jedoch der Vollständigkeit halber auf die neuere Rechtsprechung der VK Bund hin, nach der § 193 BGB auf die Stillhaltefrist keine Anwendung finde.

2. Im Übrigen sei der auf § 57 Abs. 1 Nr. 4 VgV gestützte Ausschluss aufgrund einer Abweichung des Angebots von den Vergabeunterlagen nicht zu beanstanden. Eine Änderung der Vergabeunterlagen liege regelmäßig dann vor, wenn das Unternehmen inhaltlich von der beschriebenen Leistung abweiche und daher letztlich eine andere als die ausgeschriebene Leistung anbiete. Ob eine solche Änderung vorliege, sei durch eine Auslegung gemäß §§ 133, 157 BGB anhand eines objektiven Empfängerhorizontes auszulegen. Es müsse eine eindeutige Abweichung von den Vorgaben der Vergabeunterlagen vorliegen, um einen Ausschluss zu rechtfertigen. Es komme darauf an, wie der durchschnittliche Bieter des angesprochenen Bieterkreises die Leistungsbeschreibung verstehen musste oder durfte. Nicht mehr eindeutig seien die Vergabeunterlagen daher dann, wenn hiernach mehrere Auslegungsmöglichkeiten in Betracht kämen. Dies zugrunde gelegt, sei der Ausschluss aufgrund einer Abweichung von den Vergabeunterlagen vorliegend nicht zu beanstanden.

3. Darüber hinaus weist die Vergabekammer unter Bezugnahme auf die jüngere BGH-Rechtsprechung (Urt. v. 18.06.2019 – X ZR 86/17) darauf hin, dass ihrer Ansicht nach die Aufklärung im Hinblick auf den Verweis auf die AGB der Beigeladenen vergaberechtskonform erfolgt sei. Durch die Abstandnahme von den eigenen AGB läge ein vollständig den Vergabeunterlagen entsprechendes Angebot vor.

4. Sodann weist die Vergabekammer noch darauf hin, dass es auf die Frage, ob der Ausschluss des Angebots aufgrund der verspätet abgegebenen Bindefristverlängerungserklärung vergaberechtskonform erfolgt sei zwar nicht mehr ankomme, jedenfalls aber wohl eine fehlende Bindefristverlängerung während eines laufenden Nachprüfungsverfahrens die Antragsbefugnis nicht entfallen lasse.

PRAXISHINWEIS:

Die Vergabekammer hatte sich in diesem Verfahren mit vielen bekannten Rechtsfragen zu beschäftigen. Nicht alle hat sie – mangels Entscheidungserheblichkeit – einer abschließenden Entscheidung zugeführt. Begrüßenswert ist der Hinweis auf die Rechtsprechung der VK Bund zur Anwendung des § 193 BGB auf die Stillhaltefrist. Dies lässt

erahnen, dass auch die VK eine Anwendung diesbezüglich ablehnt und die Stillhaltefrist folglich auch an einem Sonntag ablaufen kann. Dies trägt zu mehr Rechtssicherheit in diesem Bereich bei.

Verhandlungen mit einem Unternehmen nach gescheitertem Vergabeverfahren zulässig

EuGH, Urteil v. 16.06.2022 – C-376/21

Der Gerichtshof der Europäischen Union (EuGH) befasste sich in diesem Verfahren mit der Frage, ob und inwieweit ein öffentlicher Auftraggeber mit einem einzigen Unternehmen verhandeln darf, nachdem ein offenes Verfahren mangels annehmbarer Angebote gescheitert war.

Öffentlicher Auftraggeber war die Gemeinde Raslog in Bulgarien. Die Gemeinde schrieb in vier Losen Einrichtungsmaterial für das örtliche Gymnasium aus. Nur für ein Los erhielt sie ein Angebot, welches jedoch mit einem Angebotspreis von 17.370,00 EUR doppelt so hoch war, wie der geschätzte Auftragswert. Daraufhin hob die Gemeinde das Verfahren mangels Wirtschaftlichkeit auf und vergab den Auftrag an ein Unternehmen im Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb.

Nach der zugrundeliegenden bulgarischen Vergabevorschrift verhandelt der öffentliche Auftraggeber die Vertragsklauseln mit einer oder mehreren festgelegten Personen bei einem Verhandlungsverfahren ohne vorherige Veröffentlichung beispielsweise dann, wenn im Rahmen eines offenen oder nicht offenen Verfahrens kein Angebot oder Teilnahmeantrag eingereicht wurde oder wenn die Angebote oder Teilnahmeanträge nicht geeignet waren und die ursprünglichen Auftragsbedingungen nicht grundlegend geändert werden. Diese Vorschrift entspricht ziemlich genau § 14 Abs. 4 Nr. 1 VgV.

Aufgrund des Auftragswerts, der weit unterhalb des maßgeblichen Schwellenwertes lag (damals 209.000 EUR), stellte der EuGH sich zunächst die Frage, warum er in dieser Sache zuständig sein sollte. Dies begründete er damit, dass die Richtlinie 2014/24 wortgetreu in bulgarisches Recht umgesetzt worden ist und das bulgarische Vergabegesetz unabhängig vom Auftragswert anwendbar ist. Wenn sich aber die nationalen Rechtsvorschriften zur Regelung von Sachverhalten, die nicht in den Anwendungsbereich

des betreffenden Unionsrechtsakts fallen, unmittelbar und unbedingt nach den in diesem Rechtsakt getroffenen Regelungen richten würden, bestünde ein klares Interesse der Union daran, dass die aus diesem Rechtsakt übernommenen Bestimmungen einheitlich ausgelegt würden. Dies ermögliche es, künftige Auslegungsunterschiede zu vermeiden und zu gewährleisten, dass diese Sachverhalte und die in den Anwendungsbereich dieser Bestimmungen fallenden Sachverhalte gleichbehandelt werden.

Sodann legt der EuGH Art. 32 Abs. 2 lit. a) der Richtlinie 2014/24 aus, der in der VgV seine Entsprechung in § 14 Abs. 4 Nr. 1 gefunden hat. Er stellt fest, dass ein Angebot ungeeignet sei, wenn es unannehmbar im Sinne des Artikel 26 Abs. 4 Buchstabe b) RL 2014/24 (bei uns § 14 Abs. 3 Nr. 5 VgV) sei. Dies treffe auf ein unwirtschaftliches Angebot zu.

Weiterhin sei es auch zulässig gewesen, dass die Gemeinde nur mit einem Unternehmen verhandelt habe. In einer solchen Konstellation bildeten das vorherige offene oder nicht offene Verfahren und das anschließende Verhandlungsverfahren ohne vorherige Veröffentlichung nämlich ein untrennbares Ganzes, so dass der Umstand, dass die an diesem Auftrag möglicherweise interessierten Wirtschaftsteilnehmer Gelegenheit hatten, sich zu melden und in Wettbewerb zu treten, nicht außer Acht gelassen werden könne. Daher könnten Wirtschaftsteilnehmer, die nicht mit der gebotenen Sorgfalt gehandelt hätten und in einem offenen oder nicht offenen Verfahren kein geeignetes Angebot abgegeben haben, im Rahmen des anschließenden Verhandlungsverfahrens ohne vorherige Veröffentlichung den öffentlichen Auftraggeber nicht dazu zwingen, mit ihnen zu verhandeln. Denn im Rahmen des vorherigen offenen oder nicht offenen Verfahrens habe es ihnen freigestanden, ein Angebot abzugeben und damit die Grundsätze der Gleichheit, der Nichtdiskriminierung, der Transparenz und der Verhältnismäßigkeit uneingeschränkt in Anspruch zu nehmen.

Einschränkend weist der EuGH darauf hin, dass eine solche Direktvergabe nur zulässig sei, wenn der bezuschlagte Preis dem Marktpreis entspreche und den geschätzten Auftragswert nicht übersteige.

PRAXISHINWEIS:

Öffentliche Auftraggeber dürfen nach Aufhebung eines offenen oder nicht offenen Verfahrens direkt mit einem Unternehmen in Verhandlungen treten und dieses beauftragen, wenn sich dieses Unternehmen an dem vorangegangenen Verfahren beteiligt hat, sein Teilnahmeantrag oder Angebot jedoch unannehmbar gewesen ist. Weitere Voraussetzung ist, dass die Vergabeunterlagen nicht wesentlich geändert werden und der verhandelte Preis den Marktpreis und den geschätzten Auftragswert nicht übersteigt. Der Auftraggeber ist beweispflichtig, was das Vorliegen der Voraussetzungen anbelangt. Außerdem hat er den Vorgang zu dokumentieren

Die Möglichkeit zur (Teil-)Aufhebung und Rückversetzung im offenen Verfahren

VK Bund, Beschl. v. 13.10.2022 VK 1 -83/22

Die Vergabekammer des Bundes befasste sich in diesem Verfahren mit der Zulässigkeit der Rückversetzung des Vergabeverfahrens durch den öffentlichen Auftraggeber nach Ablauf der Submissionsfrist.

Der öffentliche Auftraggeber schrieb den „Betrieb, Instandhaltung und Instandsetzung von technischen Anlagen und Einrichtungen [...]“ im offenen Verfahren aus. Der Angebotsschlussstermin war zunächst für den 19.07.2022, 08:00 Uhr vorgesehen. Während der Angebotsfrist aktualisierte der Auftraggeber mehrmals die Leistungsbeschreibung, zuletzt sechs Tage vor Ablauf der ursprünglichen Angebotsfrist. Am Nachmittag des 18.07.2022 rügte ein am Auftrag interessiertes Unternehmen, dass unvollständige kalkulationsrelevante Unterlagen vorlägen und forderte die Verlängerung der Angebotsfrist aufgrund der Änderung der Leistungsbeschreibung. Noch am selben Abend veranlasste der Auftraggeber die Bearbeitung der Vergabeunterlagen. Bis zum Ablauf der Angebotsfrist gingen mehrere Angebote ein. Erst nach Ablauf der ursprünglichen Angebotsfrist, um 08:03 Uhr des 19.07. teilte der Auftraggeber mit, die Angebotsfrist zu verlängern und veröffentlichte am Nachmittag überarbeitete Vergabeunterlagen. Eine Öffnung der Angebote veranlasste der Auftraggeber nicht. Die Bieter zogen daraufhin ihre ursprünglichen Ange-

bote zurück und gaben bis zum verlängerten Submissionstermin neue Angebote ab. Nach Auswertung der neuen Angebote schloss der Auftraggeber das Angebot der späteren Antragstellerin aufgrund von Änderungen an den Vergabeunterlagen aus. Diese rügte daraufhin, dass der Wiedereinstieg in das Vergabeverfahren nach Ende der ursprünglichen Angebotsfrist vergaberechtswidrig sei und stellte einen Nachprüfungsantrag.

Die Vergabekammer hielt die Einwände der Antragstellerin nicht für begründet. Es sei dem Willen des Auftraggebers überlassen, ob, wann und mit welchem Inhalt er einen Auftrag vergibt. Insbesondere sei der Auftraggeber daher nicht gehalten, auf ein Angebot mit einer Leistungsbeschreibung den Zuschlag zu erteilen, dass seinem Bedarf nicht oder nicht vollständig entspricht. Erkennt der Auftraggeber Fehler in seiner Ausschreibung, unterliege es der Gestaltungsfreiheit des Auftraggebers zu entscheiden, wie und in welchem Umfang der Fehler behoben wird. Gebunden sei der Auftraggeber dabei lediglich an die Gebote der Transparenz, Nichtdiskriminierung und Gleichbehandlung, § 97 Abs. 2 GWB. Eine Rückversetzung nach Submission müsse demnach grundsätzlich zulässig sein. Notwendige Voraussetzung sei jedoch das Vorliegen eines sachlichen Grundes, sodass die gezielte Diskriminierung oder eine willkürliche Entscheidung ausgeschlossen sind.

PRAXISHINWEIS:

Die Entscheidung festigt den Gestaltungsspielraum des öffentlichen Auftraggebers in dem eher unflexiblen offenen Verfahren. Liegt ein sachlicher Grund vor, kann der Auftraggeber die Angebotsfrist auch nach deren Ablauf verlängern und die Vergabeunterlagen anpassen. In der Praxis ein häufig auftretender Fall, unter anderem da beispielsweise auf der Vergabeplattform des Bundes eine Verlängerung der Angebotsfrist erst nach Veröffentlichung einer Änderungsbekanntmachung technisch möglich ist. Will der Auftraggeber auf dieser Plattform die Frist kurz vor Submission verlängern, ist es häufig so, dass die Verlängerung erst nach Ablauf der Angebotsfrist wirksam und den Bietern angezeigt wird.

Wie weit dieser Gestaltungsspielraum reicht, bleibt frag-

lich. Es sind Fälle denkbar, bei denen Fehler in den Vergabeunterlagen erst nach Kenntnis der Angebote erkannt werden. Wäre eine Rückversetzung auch dann noch möglich? Konsequenterweise müsste dies bejaht werden, da schließlich auch die Nachprüfungsinstanzen die Möglichkeit haben, das Verfahren in den Stand vor Abgabe der Angebote zurückzusetzen. Als milderer Mittel müsste dem Auftraggeber diese Befugnis ebenfalls zustehen.

Preisabstand nicht das einzige Kriterium für ungewöhnlich niedrige Angebote

EuGH, Urteil v. 15.09.2022 – C-699/20

Das bulgarische Innenministerium schrieb 2018 im Wege eines nicht offenen Verfahrens Planung, Aufbau und Verwaltung eines Systems zur Ausstellung von Ausweisdokumenten aus. Zur Angebotsabgabe wurden zwei Unternehmen aufgefordert. Das mit seinem Angebot unterlegene Unternehmen wehrte sich gegen die Zuschlagsentscheidung mit der Begründung, dass das Angebot des Wettbewerbers ungewöhnlich niedrig sei. Erstinstanzlich wurde der Nachprüfungsantrag zurückgewiesen, weil die nationale Regelung, die auf einen Preisabstand von 20% zum Mittelwert der Angebote der übrigen Teilnehmer abstellt, bei lediglich zwei eingereichten Angeboten, nicht anwendbar sei. Auf Vorlage des obersten bulgarischen Verwaltungsgerichts befasste sich der EuGH mit der Frage, ob eine Prüfpflicht bestehe, wenn das gesetzlich festgelegte Bewertungskriterium objektiv nicht anwendbar und kein anderes Kriterium im Vorhinein bekanntgemacht worden sei, und ob eine Prüfpflicht nicht entfalle, wenn lediglich zwei Angebote vorliegen.

Der EuGH stellte – wenig überraschend – fest, dass der öffentliche Auftraggeber aufgrund der Art. 38 und 49 der Richtlinie 2009/81 verpflichtet ist, die zweifelhaften Angebote zu identifizieren. Natürlich auch dann, wenn lediglich zwei Angebote vorliegen. Der Gerichtshof knüpfte ferner an seine Rechtssprechungslinie an, wonach es Sache der Mitgliedstaaten und insbesondere der öffentlichen Auftraggeber ist, die „Ungewöhnlichkeitsschwelle“ und ggfs. eine „bestimmte Methode“ zur Ermittlung ungewöhnlich niedriger Angebote festzulegen. Bemerkenswert ist allerdings, dass der Gerichtshof verlangt, dass die zweifelhaft erscheinenden Angebote anhand „sämtlicher Merkmale des betreffenden Ausschreibungsgegenstandes“ zu identifizieren sind und nicht allein über einen (Preis-)Vergleich mit den übrigen Angeboten. Ein Vergleich der Angebotspreise sei hilfreich, aber keinesfalls das einzige Kriterium, um die näher zu überprüfenden Angebote herauszufiltern.

Der Bundesgerichtshof hatte in dem Beschluss vom 31.01.2017 – XZB 10/16 noch offengelassen, ob es unverrückbare Schwellenwerte gibt, bei deren Überschreiten eine Aufklärung immer verpflichtend oder bei deren Unterschreiten eine Aufklärung schon gar nicht zulässig ist. Es klang aber bereits an, dass Preisabstände zu Angeboten der Wettbewerber *ein* Indiz für ein ungewöhnlich niedrig erscheinendes Angebot sein können, die Unangemessenheit des Verhältnisses von Preis und Leistung sich aber auch anhand anderer Kriterien feststellen ließe.

PRAXISHINWEIS:

Aus der EuGH-Entscheidung folgt, dass die in der deutschen Vergaberechtsprechung anerkannten Schwellenwerte – insb. die 20%-Grenze – den Auftraggebern eine gute Orientierung geben können. Die Auftraggeber *müssen* und *dürfen* aber auch jenseits dieser starren prozentualen Abstandsregelungen die Umstände des Einzelfalls prüfen. Beurteilt der Auftraggeber ein Angebot als zweifelhaft, d.h. erscheint es ihm als ungewöhnlich niedrig, hat er Aufklärung von dem betroffenen Bieter zu verlangen.

PRAXISHINWEIS:

Sieht der Auftraggeber keinen Anlass zur Preisauflklärung, sollte dieser sich nicht schematisch auf das Unterschreiten eine Aufgreifschwelle (von 20%) verlassen. Neben dem Preisabstand zum nächsthöheren Angebot sollte vorsorglich erörtert und kurz dokumentiert werden, dass auch keine weiteren Umstände ersichtlich sind, die ein Angebot als ungewöhnlich erscheinen lassen.

Will der Auftraggeber trotz eines relativ geringen Preisabstands (von weniger als 10%) aufklären, kann er sich auf die EuGH-Entscheidung „Veridos“ stützen, um weitere Merkmale heranzuziehen und einen subjektiven Beurteilungsspielraum für sich in Anspruch zu nehmen. Es sollte – wie immer – darauf geachtet werden, dass der zugrunde gelegte Sachverhalt hinreichend ermittelt wird.

Die Bekanntgabe der hyperbolischen (Preis-)Bewertungsmethode ist (weiterhin) vergaberechtlich nicht erforderlich.

OLG Celle (13. Vergabesenat), Beschluss vom 07.07.2022 – 13 Verg 4/22

Ein Auftraggeber schrieb mit stationären Fahrkartenautomaten zusammenhängende Leistungen im Verhandlungsverfahren aus. Ein unterlegener Bieter rügte erfolgreich die Wirtschaftlichkeitsprüfung der Angebote.

Der Auftraggeber setzte das Verfahren zurück und forderte die Bieter erneut zur Angebotsabgabe auf. Nach den überarbeiteten Vergabeunterlagen blieben die bisherigen Zuschlagskriterien samt ihrer Gewichtung (Preis 40% und Leistung 60%) bestehen: Die bekanntgemachte Preiswertungsmethode umfasste lediglich die Angabe „Freie Verhältniswahl Preis“.

Nach erneuter Wirtschaftlichkeitsprüfung der Angebote rügte der ursprünglich Bestplatzierte unter anderem, dass die Bewertungsmethode nicht bekanntgemacht wurde. Die Vergabekammer gab dem entsprechenden Nachprüfungsantrag wohl in Unkenntnis der EuGH-Rechtsprechung (EuGH, Urt. vom 14. Juli 2016, C-6/15 – Dimarso) statt.

Das OLG Celle hat auf die sofortige Beschwerde das Verfahren wieder in die Bahnen der EuGH-Rechtsprechung gelenkt. Hierbei hat es zunächst auf die Einschränkung der EuGH-Rechtsprechung hingewiesen, dass die vor Angebotsöffnung festzulegende Bewertungsmethode keine Veränderung der Gewichtung der Zuschlagskriterien beinhalten dürfe. Gleichzeitig wies es in diesem Zusammenhang darauf hin, dass bei unterschiedlichen (Preis-)Bewertungsmethoden naturgemäß abweichende Gesamtpunktzahlen ermittelt würden. Allein dieser Umstand ist aber nicht hinreichend für die Annahme, dass die Gewichtung der Zuschlagskriterien sich verschoben hätte. Das hätte nämlich zur Folge, dass die Bewertungsmethoden doch bekanntgemacht werden müssten. Das OLG Celle stellt daher klar, dass die Auswahl der Bewertungsmethode nur in unzulässiger Weise die bekanntgemachte Gewichtung der Zuschlagskriterien verschiebe, wenn hierdurch die Bedeutung des Kriteriums in objektiv unvorhersehbar verändert werde.

Das sei nicht der Fall, wenn der Auftraggeber eine allgemein anerkannte Preiswertungsmethode zugrunde lege. Insbesondere sei er auch innerhalb seiner Ermessenausübung nicht verpflichtet, sämtliche in Betracht kommenden Formeln in Betracht zu ziehen bzw. zu vergleichen. Unter Hinweis auf die BGH-Rechtsprechung erläutert das OLG Celle, dass die verwendete Formel gängig und anerkannt sei. Der Auftraggeber sei nicht verpflichtet, bei sämtlichen Preiswertungsformeln explizit die jeweiligen mathematischen Vor- und Nachteile abzuwägen. Diese überspannten Ermessensanforderungen fänden keine Grundlage und seien auch nicht von sachlichen Gründen getragen.

Zu erwähnen ist noch, dass nach der zutreffenden Ansicht des OLG Celle die Nachprüfungsantragsbefugnis ohnehin meistens bei einem Verstoß gegen die Bekanntmachungspflicht entfalle. Entweder fehlt es am substantiierten Vortrag, dass dies das eigene Angebot beeinflusst habe oder die marginalen Unterschiede zwischen den jeweiligen Bewertungsmethoden führen zu keiner anderen Rangfolge in der Wirtschaftlichkeitsprüfung.

PRAXISHINWEIS:

Die Entscheidung bestätigt wenig überraschend die EuGH-Rechtsprechung. Die von der Vergabekammer vertretene Auffassung ist mit dieser unvereinbar. Auftraggeber sollten sich daher auch nicht durch darauf abzielende Rügen genötigt sehen, über die Zuschlagskriterien und ihre Gewichtung hinaus auch die Bewertungsmethode (vor allem die Preisbewertungsmethode) bekanntzugeben. Natürlich zeigt die Vergabepaxis, dass sich durch die Bekanntmachung der Bewertungsmethode eine Vielzahl von entsprechenden Bieterfragen erübrigt. Letztendlich sollte man daher der Verfahrensökonomie zuliebe, die Bewertungsmethode bei Möglichkeiten bekanntmachen. Ist diese aber etwa aufgrund von internen Absprachebedarfs zu diesem Zeitpunkt noch nicht festgelegt, genügt es, dies bis zur Angebotsöffnung nachzuholen und zu dokumentieren.

Update: Neue elektronische Formulare – eForms für die die Veröffentlichung von Bekanntmachungen für öffentliche Aufträge ab dem 14.11.2022 verfügbar

Seit dem 14.11.2022 können öffentliche Auftraggeber die neuen eForms-Bekanntmachungen verwenden. Der Einsatz der eForms ist ab dem 25.10.2023 obligatorisch. In der Übergangsphase können die eForms oder die TED-Schema-Bekanntmachungen verwendet werden.

Die elektronischen Formulare – „eForms“ – wurden durch die Durchführungsverordnung (EU) 2019/1780 der EU-Kommission v. 23.09.2019 zur Einführung von Standardformularen für die Veröffentlichung von Bekanntmachungen für öffentliche Aufträge eingeführt. Mit dem Einsatz der eForms komme es zur Umstellung auf rein technische Beschreibungen. Von der Darstellung der zu veröffentlichen Daten in Form von Formularen wird Abstand genommen. Es handelt sich daher nicht mehr um feste, abgeschlossene Formulare. Vielmehr weisen sie einheitliche Datenfelder auf, welche zu insgesamt 40 Bekanntmachungsformaten zusammengefügt werden können.

Nach dieser Lektüre wünscht Ihnen das gesamte Vergabeteam von BHO Legal an dieser Stelle schon einmal ein frohes Fest, erholsame Tage und einen guten Start in das Jahr 2023!

**Dr. Oliver Heinrich**

Partner

Oliver.Heinrich@bho-legal.com

☎ + 49 (0) 221 270 956 200

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

Partner

Roderic.Ortner@bho-legal.com

☎ + 49 (0) 221 270 956 120

**Jan Helge Mey LL.M. (McGill)**

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

**Dr. Christina Kreissl**

Rechtsanwältin

Christina.Kreissl@bho-legal.com

☎ + 49 (0) 221 270 956 170

**Machmud Gadjisade**

Rechtsanwalt

Machmud.Gadjisade@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