

Rechtsprechungsreport Ausgabe 02/2021**Grundsatz der eindeutigen und erschöpfenden Leistungsbeschreibung bei Rahmenvereinbarungen eingeschränkt**

VK Bund, Beschluss vom 12.01.2021 – VK 1 – 112/20

Gegenstand der Vergabe war die Begleitung und individuelle Förderung junger Menschen beim Übergang in eine betriebliche Berufsausbildung mit dem Ziel, einen Abschluss zu erreichen und sich in den Arbeitsmarkt zu integrieren (sog. assistierte Ausbildung). In den Vergabeunterlagen war ein Gesamtstundenkontingent angegeben, anhand dessen die Bieter die entstehenden Kosten kalkulieren sollten. Eine voraussichtliche Teilnehmerzahl war nicht genannt.

Nach Auffassung eines Bieters lag hierin ein Verstoß gegen den Grundsatz der eindeutigen und erschöpfenden Leistungsbeschreibung. Den Vergabeunterlagen könne aufgrund der fehlenden Teilnehmerzahl keine eindeutigen Kalkulationsvorgaben entnommen werden. Wesentliche Preisbestandteile, wie beispielsweise Unfallversicherung, Raummiete und Verwaltungskosten könnten nicht stunden- sondern nur teilnehmerbezogen kalkuliert werden. Dies würde dazu führen, dass Bieter bei der Kalkulation ihres Angebots nur raten könnten und insoweit das kalkulatorische Risiko vom Auftraggeber auf die Auftragnehmer übergehen würde.

Die Vergabekammer des Bundes sah das anders. Das Gebot der eindeutigen und erschöpfenden Leistungsbeschreibung beinhalte, dass alle Bieter wissen, was sie anzubieten haben. Die Preise müssten aufgrund der Leistungsbeschreibung sicher und ohne große Vorarbeiten kalkuliert werden können. Beim Abschluss einer Rahmenvereinbarung seien in diesem Zusammenhang aber die Anforderungen an die Bestimmtheit der Leistungsbeschreibung aufgrund der flexibleren Gestaltung im Hinblick auf

Menge und Zeitpunkt des Abrufs geringer anzusetzen als bei einer gewöhnlichen Ausschreibung. Auch stehe eine gegebenenfalls notwendige Auslegung der Vergabeunterlagen nicht einer Vergaberechtskonformität entgegen. Die von der Auftraggeberin gewählte Art der Leistungsbeschreibung in Form eines Gesamtstundenkontingents sei daher vorliegend so eindeutig und erschöpfend wie möglich im Sinne des § 121 Abs. 1 GWB erfolgt.

Die Frage hingegen, ob dem Bieter durch die Leistungsbeschreibung unangemessene kalkulatorische Risiken aufgebürdet werden würden, hat nach Ansicht der VK Bund nicht unmittelbar etwas mit dem Gebot der eindeutigen und erschöpfenden Leistungsbeschreibung zu tun. Vielmehr könne die Leistungsbeschreibung eindeutig und erschöpfend sein und gleichzeitig könnten den Bietern ungewöhnliche Risiken aufgebürdet werden, sofern diese jedenfalls in den Vergabeunterlagen eindeutig ersichtlich und insoweit Risikozuschläge für die Bieter planbar seien. Dies war vorliegend der Fall, da aus der Leistungsbeschreibung eindeutig hervorging, welche Kosten (auch teilnehmerbezogene) in den Stundensatz einzupreisen seien. Eine solche Kalkulation der Preise sei dem Bieter zumutbar, da eine hinreichende Kalkulationsgrundlage bestünde.

PRAXISHINWEIS:

Die Entscheidung bestätigt die bisherige Rechtsprechung der VK Bund. Der Grundsatz der eindeutigen und erschöpfenden Leistungsbeschreibung gilt bei Rahmenvereinbarungen nur eingeschränkt. Bieter müssen daraus resultierende Risiken bei der Kalkulation grundsätzlich selbst tragen (hier: Unklarheit der Teilnehmerzahl), es sei denn, das kalkulatorische Risiko ist unzumutbar.

Zulässiger Nachprüfungsantrag auch vor Rüge

OLG Karlsruhe, Beschluss vom 15.01.2021 – 15 Verg 11/20

Ein Bieter wehrt sich gegen die Bewertung seines Angebotes. Hierfür reichte er am 10. Tag der Informationsfrist einen Nachprüfungsantrag bei der Vergabekammer ein. Erst eine halbe Stunde später übermittelte der Bieter dem öffentlichen Auftraggeber ein Schreiben, mit der Bitte, den Zuschlag auf sein Angebot zu erteilen. Dem Schreiben war der bei der Vergabekammer eingereichte Nachprüfungsantrag beigelegt, welcher die Gründe für die Nachprüfung darlegte. Die Vergabekammer lehnte den Nachprüfungsantrag ab, da dieser nicht zulässig sei. Die Unzulässigkeit begründete die Vergabekammer damit, dass der Bieter den Vergabeverstoß vor Einreichung des Nachprüfungsantrages hätte rügen müssen. Gegen die Entscheidung reichte der Bieter sofortige Beschwerde ein.

Mit Erfolg! Nach dem Beschluss des Vergabesenats ist der Nachprüfungsantrag nicht deshalb unzulässig, weil die Rüge erst eine halbe Stunde nach dem Nachprüfungsantrag bei dem Auftraggeber einging. Denn die gesetzlichen Vorschriften sagen nicht aus, dass der Bieter in jedem Fall erst rügen muss. Insbesondere dann nicht, wenn die vorherige Rüge dazu führen würde, dass der Bieter befürchten muss, den Nachprüfungsantrag nicht mehr rechtzeitig stellen zu können. Zumal der Bieter nach der Auffassung des Vergabesenats die Rüge zeitgleich mit dem Nachprüfungsantrag einreichte. Denn die Frist sei nach Tagen und nicht nach Uhrzeiten zu bestimmen.

Auch stelle das durch den Bieter eingereichte Schreiben eine Rüge dar. Denn eine Rüge sei immer dann gegeben, wenn es sich nicht nur um eine Mitteilung von Zweifeln handelt, sondern der Bieter zum Ausdruck bringt, dass er das Vorgehen des Auftraggebers für vergabefehlerhaft hält und ihn ernstgemeint auffordert, den Verstoß zu beseitigen. Der Auftraggeber muss durch die Rüge die Möglichkeit erhalten, sich selbst zu korrigieren. Der Verweis auf den beigelegten Nachprüfungsantrag reiche dafür aus.

PRAXISHINWEIS: Die Rechtsprechung war sich schon lange darüber einig, dass zwischen dem Einreichen der Rüge und dem Nachprüfungsantrag keine besondere Frist

zu wahren ist. Die Entscheidung des Vergabesenats ist jedoch insoweit neu, als der Nachprüfungsantrag sogar vor der Rüge gestellt und auf diesen als Rüge verwiesen werden kann. Nichtsdestotrotz können öffentliche Auftraggeber der Rüge noch abhelfen, was zur Folge hat, dass der Bieter Verfahrenskosten zu tragen hat.

Reicht es aus, nur die Abzüge von der Höchstpunktzahl zu begründen? Ja, aber...

OLG München, Beschluss vom 26.02.2021 – Verg 14/20

Bei der Vergabe von Planungsleistungen im Wege eines Verhandlungsverfahrens rügte ein Architekturbüro, das sich bereits für den Bestandsbau verantwortlich zeichnete, eine Vielzahl von Vergabeverstößen und machte mehrere parallele Nachprüfungs- und Beschwerdeverfahren anhängig. Unter anderem sah sich das Architekturbüro aufgrund eines angeblichen Urheberrechts am gesamten Gebäudekomplex einzig und allein für geeignet an, was der Vergabesenat verneinte und auf die Rechtssprechungsänderung des OLG Düsseldorf hinwies: Für ein Eignungskriterium der „rechtlichen Leistungsfähigkeit“ gebe es hiernach keinen Raum mehr (OLG München, Beschluss v. 28.09.2020 - Verg 3/20; OLG Düsseldorf, Beschl. v. 14.10.2020 – Verg 36/19).

In dem hier aufgegriffenen Verfahren wehrte sich das unterlegene Architekturbüro gegen eine als willkürlich angesehene Bewertung der Angebote in qualitativer Hinsicht. Entscheidende Vorfrage war, ob die Dokumentation überhaupt eine Überprüfung in erforderlichem Maß erlaube. Jedes Mitglied des sechsköpfigen Bewertungsgremiums hatte hierzu einen (zuvor bekanntgegebenen) Bewertungsbogen ausgefüllt. Konkrete Begründungen wurden nur für Punktabzüge aufgenommen, bei Vergabe der Höchstpunktzahl begnügte man sich mit dem Eintragen der Punktzahl.

Der Vergabesenat hielt dies für ausreichend. Aber nur, weil die Bewertungsbögen jedes Kriterium relativ konkret darstellten und erläuterten, teilweise mit näher ausgeführten Unterpunkten. Die Anforderungen für eine bestimmte Punktzahl wurden zudem genau angegeben.

PRAXISHINWEIS: Die Entscheidung zeigt das Wechselspiel

zwischen Bewertungsmethode und Begründungsanforderungen. Je konkreter und transparenter die Bewertungsmethode im Vorfeld ausgestaltet wird, desto weniger Begründungs- und Dokumentationsaufwand besteht im Nachhinein. Die sehr engmaschigen Bewertungsbögen ließen hier den Rückschluss zu, dass sich das Bewertungsgremium bei der Höchstpunktvergabe die konkret formulierten Kriterien vollumfänglich zu eigen gemacht hat. Schon eine kurz darauffolgende Entscheidung der VK München zeigt, wie das Pendel in die andere Richtung ausschlägt: Offene Kriterien + kaum Begründung = klar rechtswidrig (VK München, Beschl. v. 22.03.2021 - 3194.Z3-3_01-20-61).

Anforderungen an die Aufhebung des Vergabeverfahrens

OLG Düsseldorf, Beschluss vom 10.02.2021 – Verg 22/20

Die Auftraggeberin schrieb die Beauftragung von Maßnahmen für Fachkräfte zur betrieblichen Umschulung aus. Die Leistungsbeschreibung sah in bestimmten Phasen Präsenzmaßnahmen vor. Die Auftraggeberin informierte die eine Bieterin, ihr den Zuschlag erteilen zu wollen. Kurz zuvor hatte die WHO das Corona-Virus zur Pandemie erklärt. In den folgenden Tagen hinterfragte die Auftraggeberin intern im Austausch mit dem Bedarfsträger, ob die zu vergebenden Maßnahmen vor diesem Hintergrund noch sinnvoll seien und fasste ihre Überlegungen zu diesbezüglichen Unsicherheiten betreffend Verfügbarkeit von Haushaltsmitteln und Beschränkungen von Online-Maßnahme in einem Vermerk zusammen. Anschließend informierte sie die Bieterin über die Aufhebung der Ausschreibung. In der Begründung führte sie Unsicherheiten im weiteren Bedarf der Maßnahmen aufgrund der unvorhersehbaren Corona-Pandemie und Veränderungen am Arbeitsmarkt an, ohne Nennung aller Details aus ihrem internen Vermerk. Die Bieterin rügte, dass die Voraussetzungen zur rechtmäßigen Aufhebung nicht vorlägen, sie sei willkürlich und außerdem seien mildere Mittel, wie eine Vertragsanpassung, nicht in Betracht gezogen worden. Nach Nichtabhilfe beantragte sie vor der Vergabekammer die Aufhebung der Aufhebung und Fortführung des Vergabeverfahrens mit Zuschlag an sie,

hilfsweise die Feststellung der Rechtswidrigkeit der Aufhebung und Verletzung ihrer Rechte.

Ohne Erfolg! Die VK Bund wies die Anträge als unbegründet zurück; dem folgte das OLG auf die sofortige Beschwerde. Aus § 63 Abs. 1 S. 2 VgV folge die Freiheit des öffentlichen Auftraggebers zur Aufhebung. Ausnahmen ergäben sich bei willkürlicher Aufhebung ohne sachlich gerechtfertigten Grund oder im Falle von Bieterdiskriminierung bei fortbestehender Beschaffungsabsicht (BGH, Beschluss vom 20.03.2014, X ZB 18/13)“. Beides kam nicht in Betracht. Die Aufhebung war vertretbar und nicht von sachfremden Erwägungen geleitet. Dabei war unerheblich, dass die Auftraggeberin in ihrem Schreiben die Aufhebungsgründe nicht in allen Details und Aspekten dargelegt hatte. Die sachgerechte Information der Bieterin war gegeben, denn sie war in die Lage versetzt, die Rechtfertigung der Aufhebung nachzuvollziehen und ihre Betriebsplanung unverzüglich umzustellen. Außerdem durften Gründe der Aufhebung noch im Nachprüfungsverfahren ergänzt, präzisiert und konkretisiert werden, zumal keine Anhaltspunkte für Manipulation vorlagen. Ermessensfehler lagen nicht vor. Insbesondere durfte die Auftraggeberin von dem Vorschlag der zeitlichen Anpassung der Maßnahme aufgrund der Unsicherheiten der Pandemie absehen. Unschädlich war auch, dass die Aufhebung erst nach bereits versendetem Informationsschreiben erfolgte, denn der Aufhebungsgrund ergab sich erst nach dem Datum der Auftragsbekanntmachung. Zudem hatte die Bieterin noch keine Aufwendungen im Vertrauen auf den Zuschlag getätigt. Die Aufhebung war somit auch nicht rechtswidrig.

PRAXISHINWEIS:

Die grundsätzliche Dispositionsfreiheit der Vergabestelle, bei sich nach Auftragsbekanntmachung ergebenden Aufhebungsgründen wird bestätigt. Kommunikationsmängel gegenüber Bietern können im Nachprüfungsverfahren geheilt werden – umso einfacher, je detaillierter die bereits vorhandene interne Dokumentation ist. Das Vertrauen des Bieters auf den Abschluss des Verfahrens wächst mit dessen Fortschreiten und der Kommunikation der Vergabestelle. Kommt eine Aufhebung in Betracht, sollte diese erst abschlägig beschieden werden, bevor die Vergabestelle

die vermeintliche Weiterführung des Verfahrens kommuniziert, um Schadenersatzansprüche zu vermeiden.

Zwingende Angabe der Höchstabrufmenge/-werte bei der Ausschreibung von Rahmenvereinbarungen in der Bekanntmachung

EuGH, Urteil vom 17.06.2021 – C-23/20 – Simonsen & Weel

In Dänemark wurde Ende April 2019 in einem offenen Verfahren eine Rahmenvereinbarung über die Beschaffung von Ausrüstung für die künstliche Ernährung mit einer Laufzeit von 4 Jahren ausgeschrieben. Auftraggeber waren mehrere Regionen, wobei optional noch eine weitere Region beteiligt werden konnte. Anzugeben waren alle Preise im Preisblatt, auch die für die optionale Region. Innerhalb der Bekanntmachung wurden weder Höchstwerte/-mengen noch Schätzwerte/-mengen angegeben.

Hiergegen wandte sich ein Bieter. Der Beschwerdeausschuss für Verfahren über die Vergabe öffentlicher Aufträge stellte daraufhin dem EuGH unter anderem die folgenden Fragen:

- Sind bei der Ausschreibung von Rahmenvereinbarung zwingend die geschätzten Mengen und/oder Werte anzugeben?
- Sind zudem auch die Höchstwerte und/oder Mengen anzugeben?
- Wenn ja, an welcher Stelle in der Bekanntmachung sind diese anzugeben?
- Führt ein Verstoß zur Unwirksamkeit des Vertrages?

Der EuGH stellte fest, dass zwar aus der Richtlinie keine eindeutigen Vorgaben zu entnehmen seien, sich jedoch aus den Grundsätzen der Transparenz und Gleichbehandlung die Verpflichtung ergibt, die geschätzte Menge und/oder Werte sowie auch die Höchstmengen und/oder Werte innerhalb der Bekanntmachung anzugeben. Zumal der Auftraggeber den Auftragswert vor der Ausschreibung schätzen muss, dann könne dieser auch angegeben werden. Andernfalls fehlten den Bietern die Grundlagen für die Schätzung der eigenen Leistungsfähigkeit und die Rahmenvereinbarung könnte zudem missbräuchlich dem Markt entzogen werden. Wichtig sei insoweit auch, dass

die Angabe, wenn möglich, pro Abrufberechtigten aufgeschlüsselt werden sollte, insbesondere dann, wenn Abrufe nur optional seien.

Anzugeben sei in dem Feld II.2.6) „Geschätzter Wert“ innerhalb der Bekanntmachung der maximale Gesamtwert, die Schätzung könne bei der Beschreibung angegeben werden. Sobald diese maximalen Werte und/oder Menge erreicht sei, verliere die Rahmenvereinbarung ihre Wirkung. Allerdings seien Verträge, welche ohne die Angabe von Höchstwerten und/oder Mengen bereits geschlossen worden waren, nicht unwirksam.

PRAXISHINWEIS:

Spätestens nach diesem Urteil sind bei Rahmenvereinbarungen nunmehr zwingend die Maximalabrufe entweder in Mengen und/oder in Werten anzugeben. Der Maximalabruf muss allerdings nicht zwingend dem Schätzwert bzw. der Schätzmenge entsprechen. Wie hoch die Differenz zwischen den beiden Werten sein darf, sagt der EuGH allerdings nicht aus. Vielmehr wird dies wohl vom Einzelfall abhängen. Wenn jedoch eine Differenz besteht, sind auch beide Angaben, die des Schätz- also auch die des Höchstwertes und/oder Mengen anzugeben. Dafür ist der Höchstwert und/oder Menge innerhalb des Feldes für den Gesamtwert einzutragen, ein etwaiger abweichender Schätzwert und/oder Menge innerhalb der Beschreibung der Leistung.

Zahnloser Tiger oder bissiger Hund - Das Lieferkettensorgfaltspflichtengesetz kommt!

Nach langem zähem Ringen wurde am 16. Juli 2021 das „Gesetz über die unternehmerischen Sorgfaltspflichten in Lieferketten“ – kurz Lieferkettensorgfaltspflichtengesetz oder LkSG – vom Bundestag verabschiedet, welches am 1. Januar 2023 (überwiegend) in Kraft treten wird. Das Gesetz soll die Einhaltung der Menschenrechte und Umweltvorgaben innerhalb der Lieferketten deutscher Unternehmen regeln. Während Hubertus Heil das Gesetz eingangs noch als „Gesetz mit Zähnen“ bezeichnete, sind dem Gesetz inzwischen bereits einige Zähne gezogen worden. Ausführlich berichteten wir bereits über den damaligen Regierungsentwurf (). Adressaten des Gesetzes sind

Unternehmen mit Sitz im Inland und ausländische Unternehmen mit einer Zweigniederlassung im Inland, die mehr als 1.000 Arbeitnehmer im Inland beschäftigen. Leiharbeiter, die mehr als sechs Monate im Betrieb beschäftigt sind, sowie Arbeitnehmer aus Deutschland, die ins Ausland entsandt wurden, sind mitzuzählen.

Nicht nur Unternehmen sollten das Gesetz eingehend studieren, sondern auch für die öffentliche Hand hält das Gesetz Änderungen bereit: Deren Beschaffungen sollen nachhaltiger und sozialer werden weshalb das „Gesetz mit Zähnen“ der öffentlichen Hand mehr Bissigkeit bei der Auswahl geeigneter Unternehmen verleiht. So regelt § 22 LkSG einen neuen Ausschlussgrund für Unternehmen von der Vergabe öffentlicher Aufträge. Künftig führt ein Verstoß gegen die Vorschriften des LkSG zum Ausschluss aus dem Vergabeverfahren, wenn dieser Verstoß mit einer Geldbuße von mindestens 175.000 EUR geahndet wurde. Die Vorschrift orientiert sich dabei an vergleichbaren Vorschriften wie dem § 19 des Mindestlohngesetzes oder § 21 des Schwarzarbeitsbekämpfungsgesetzes.

Der Verweis auf § 22 LkSG wird bei den fakultativen Ausschlussgründen in § 124 Abs. 2 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) ergänzt. Der Ausschlussgrund kann für einen Zeitraum von bis zu drei Jahren oder bis zur nachgewiesenen Selbstreinigung gemäß § 125 GWB gelten.

Parallel dazu soll auch das Wettbewerbsregistergesetz (WRegG) geändert werden. In das Wettbewerbsregister sollen künftig Ordnungswidrigkeiten, die einen Ausschluss gemäß dem LkSG auslösen können, eingetragen werden.

**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.**

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

**Dr. Christina Kreissl**

Rechtsanwältin

Christina.Kreissl@bho-legal.com

☎ + 49 (0) 221 270 956 170

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