

Rechtsprechungsreport Ausgabe 01/2023**Missverständnis mit Folgen**

BGH, Urteil vom 13.09.2022 – XIII ZR 9/20

Die Klägerin machte gegen die beklagte Gemeinde Schadensersatz im Zusammenhang mit der Vergabe von Bauleistungen geltend.

Gegenstand des Leistungsverzeichnisses waren unter anderem die Aufnahme und Entsorgung von Bodenaushub in fünf unterschiedlichen Entsorgungsklassen. Dabei sollte die Deponiegebühr abhängig von der Entsorgungsklasse teilweise vom AN getragen, teilweise vom beklagten AG „nach Wiegescheinen vergütet“ werden. Eine weitere Klarstellung, ob diese Kosten in das Angebot eingepreist werden und dann eine nachträgliche Erstattung erfolgen sollte, fand sich in den Unterlagen nicht. Die Klägerin gab ein Angebot ab, das für die Erdarbeiten den Einsatz eines Nachunternehmers vorsah. Jene Positionen, in denen die Deponiegebühr von der Beklagten vergütet werden sollte, lagen dabei, wie bei den übrigen Angeboten, 500 % bis 900 % über dem Baukostenindexpreis für Lösen, Laden und Abfahren von Baugrubenaushub.

Zunächst bejahte die Klägerin in einem Bietergespräch die Frage, ob in diesen Positionen die Deponiekosten einkalkuliert seien. „Im Rahmen der Aufklärung gemäß VOB/A“ stellte die Beklagte erneut Rückfrage per E-Mail, ob diese Deponiekosten im Angebot abgegolten seien. Die Klägerin verneinte diesmal und wies darauf hin, dass dann nicht der AG die Kosten tragen würde, sondern der AN.

Die Beklagte erteilte einem anderen Unternehmen den Zuschlag mit der Begründung, sein Angebot enthielte die Deponiekosten, sodass seine Einheitspreise gegenüber dem klägerischen Angebot niedriger seien.

Das Berufungsgericht gestand der Klägerin einen Schadensersatzanspruch mit der Begründung zu, eigentlich habe sie den Zuschlag erhalten müssen. Die Beklagte

habe nach dem objektiven Empfängerhorizont davon ausgehen müssen, dass die Angebote keine Deponiekosten enthielten. Dem stehe auch nicht entgegen, dass manche Angebote diese enthalten hätten. Sie hätte deshalb nicht mit einem Bieter nachverhandeln und diesem den Zuschlag erteilen dürfen. Da die Klägerin dann das wirtschaftlichste Angebot abgegeben hätte, hätte sie auch den Zuschlag erhalten müssen. Der BGH hat das Urteil aufgehoben und an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Ein Schadensersatzanspruch sei laut BGH nicht ausreichend begründet, weil nicht feststehe, dass der Klägerin bei fehlerfreier Fortsetzung des Vergabeverfahrens der Zuschlag hätte erteilt werden müssen. Das Berufungsgericht hatte offengelassen, ob die Deponiekosten in die streitigen Positionen eingerechnet waren. Soweit das klägerische Angebot die Deponiekosten enthielt, habe die Klägerin jedenfalls das berechtigte Auskunftsverlangen nach § 15 Abs. 1 VOB/A 2016 unrichtig beantwortet und dürfte deshalb nach § 16 Abs. 2 Nr. 3, § 16b Abs. 1 VOB/A 2016 ausgeschlossen werden.

Nach ihrem Kenntnisstand habe für die Beklagte andernfalls das Risiko bestanden, dass sie sowohl die hohen Positionen als auch die Deponiegebühren hätte zahlen müssen. Dem berechtigten Auskunftsverlangen habe auch nicht entgegengehalten, dass ein Nachunternehmer eingesetzt werden sollte. Die Aufklärung über die Preiskalkulation eines Nachunternehmers sei nämlich dann zulässig, wenn wie hier zu klären gewesen wäre, ob das Angebot den Vorgaben des Leistungsverzeichnisses entsprach.

Daneben hätte die Klägerin dann eine schwere Verfehlung begangen, die ihre Zuverlässigkeit als Bieterin gefährdet hätte: Das Risiko der Beklagten die Mehrkosten zu tragen, habe ihr nämlich auch bekannt sein müssen. Die Klägerin hätte mit ihren unrichtigen Angaben, in diesem Fall ihre

Rücksichtnahmepflichten aus § 241 Abs. 2 BGB, verletzt.

PRAXISHINWEIS:

Der Fall zeigt recht eindrücklich, welche gravierenden Folgen bereits kleine Unklarheiten im Vergabeverfahren haben können. Zudem zeigt die Entscheidung, dass Rücksichtnahme keine Einbahnstraße ist. Sowohl Auftraggeber als auch Bieter haben sich um eine klare Kommunikation zu bemühen; Rückfragen vor Ablauf der Angebotsfrist können Missverständnissen dieser Art nämlich vorbeugen.

Die nachträgliche Präzisierung von Zuschlagskriterien ist zulässig

VK Bund, Beschluss vom 07.12.2022 – VK 2-96/22

Die Antragstellerin hatte für ein nicht-offenes Verfahrens über eine Rahmenvereinbarung zur Beratung bezüglich IT-Sicherheitskonzepten ein Angebot bei der Antragsgegnerin abgegeben. Als Zuschlagskriterium wurde das „wirtschaftlich günstigste Angebot in Bezug auf die Kriterien die in den [Vergabeunterlagen] aufgeführt sind“ bestimmt. Die ursprünglich bekanntgegebenen Vergabeunterlagen umfassten unter anderem den „Kriterienkatalog Leistung“ mit zunächst fünf Seiten. Kernbestandteil der qualitativen Angebotswertung sollte die Lösung einer neunstündigen Testaufgabe bestehend aus sechs Arbeitspaketen zu diesem Thema sein. Die Antragstellerin durchlief erfolgreich den Teilnahmewettbewerb. Einen halben Monat nach fristgemäßer Abgabe ihrer Angebote wurde die Aufgabenstellung den Bietern mit dem Hinweis übersandt, Lösungen innerhalb von neun Stunden über die E-Vergabeplattform zurück zu übermitteln. Die Aufforderung umfasste daneben auch einen ergänzten „Kriterienkatalog Leistung“ der nunmehr neun Seiten umfasste. Der gestiegene Umfang ergab sich vor allem aus Konkretisierungen bezüglich verschiedener Bewertungs(Unter-)Kriterien zu den einzelnen Arbeitspaketen und deren Gewichtung.

In ihrem Nachprüfungsantrag machte die ASt geltend, die späte Bekanntgabe dieser Bewertungs(Unter-)Kriterien habe gegen § 127 Abs. 5 GWB und den Transparenzgrundsatz nach § 97 Abs. 1 GWB verstoßen.

Die VK Bund entschied, dass die nachträgliche Bekannt-

gabe der Bewertungskriterien und Gewichtung mit der Aufgabenstellung vergaberechtlich nicht zu beanstanden sei und weder gegen § 127 Abs. 5 noch gegen § 97 Abs. 1 GWB verstoße.

Die zeitlich begrenzte Bearbeitung der Testaufgabe sei gerade eine typisierte Umsetzung eines Sicherheitskonzeptes unter Berücksichtigung von Budgetrestriktionen. Die im Vorfeld der Prüfungsaufgabe verbleibende Unsicherheit der Bieter über die genaue Bewertung der Aufgabe sei jeder Prüfungssituation immanent und verstoße nicht gegen Transparenzanforderungen.

Daneben handele es sich bei den nachträglich veröffentlichten Kriterien auch nicht um Zuschlagskriterien i. S. d. § 127 GWB. Zwar gelte die Bekanntmachungspflicht des Abs. 5 grundsätzlich auch für Zuschlags(Haupt)- und Unterkriterien, sie hindere den Auftraggeber aber nicht, auch erst nach dem Ablauf der Angebotsfrist eine Präzisierung bereits bekannt gemachter Zuschlagskriterien vorzunehmen. Das gelte jedenfalls nach Rechtsprechung des EuGHs dann, wenn sie wie hier „im Wesentlichen den Kriterien entsprächen, die den Bietern vorher zur Kenntnis gebracht wurden“.

PRAXISHINWEIS: Vor allem für IT-Vergaben werden Testaufgaben aufgrund der dort vorausgesetzten Komplexität immer gebräuchlicher. Die Entscheidung macht deutlich, dass dem Auftraggeber bei der Präzisierung damit zusammenhängender Bewertungs- und Zuschlagskriterien ein weiter Beurteilungsspielraum zukommt. Das dürfte konsequenterweise immerhin dort gelten, wo eine Präzisierung im Vorfeld den Test ad absurdum führen würde. Der Bieter kann an dieser Stelle damit punkten, dass er unwägbaren Herausforderungen gewachsen ist.

Der Ausschluss „uneigenständiger“ Angebote ist zulässig

BayObLG, Beschluss vom 11.01.2023 – Verg 2/21

Der Auftraggeber beabsichtigte, im offenen Verfahren Busverkehrsdienstleistungen zu vergeben.

Die Antragssteller zu 1) und 2) gaben beide ein fristgemäßes Angebot ab. Der ASt zu 1) ist eingetragener Kaufmann und tritt unter eingetragener Firma auf. Die ASt zu 2) ist

eine GmbH, deren Geschäftsführer und Alleingesellschafter der ASt zu 1) ist. Als Erklärender beider Angebote wurde der ASt zu 1) eingetragen. Der Auftraggeber teilte den beiden ASt mit, dass ihre Angebote wegen Verstoßes gegen den Geheimwettbewerb und Wettbewerbsverfälschung ausgeschlossen worden seien, weil sie von der gleichen Person stammten. Nach erfolgloser Rüge haben die ASt Nachprüfungsantrag gestellt.

Die ASt würden nach ihrer Auffassung ein einheitliches Unternehmen darstellen, weil der ASt zu 1) die ASt zu 2) vollständig beherrsche. Deshalb bestünde zwischen ihnen auch kein Wettbewerb, der beschränkt werden könnte. Die Angebote seien als mehrere Gebote eines Bieters zu betrachten, was zulässig sei. Nachdem dem Nachprüfungsantrag der ASt zunächst entsprochen worden war, legte die AG sofortige Beschwerde gegen den Beschluss der Vergabekammer ein.

Mit überwiegendem Erfolg: Nach zwischenzeitlicher Vorabentscheidung des EuGHs entschied das BayObLG, die abgestimmten Angebote der ASt seien zwingend auszuschließen. Ein fakultativer Ausschlussgrund nach § 124 Abs. 1 Nr. 4 GWB bestehe zwar nicht, denn insbesondere liege keine wettbewerbsverzerrende Absprache zwischen den ASt vor. Der EuGH hatte festgestellt, dass in einer solchen Konstellation eine „Vereinbarung“ mangels Personenverschiedenheit gar nicht getroffen werden könne. Auch eine entsprechende Anwendung der § 124 GWB komme nicht infrage, weil die Aufzählung dort abschließend sei.

Dennoch dürften die Angebote aber wegen des Gleichbehandlungsgrundsatzes aus § 97 Abs. 2 GWB keine Berücksichtigung finden. Durch die Abgabe abgestimmter Angebote hätten die miteinander verbundenen Bieter gegenüber den anderen Bietern möglicherweise ungerechtfertigte Vorteile erlangt. Die abgegebenen Angebote seien weder eigenständig noch unabhängig voneinander abgegeben. Eines weitergehenden „spezifischen Unrechtselements“ bedürfe es darüber hinaus nicht.

Auch nach dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit sei zur Feststellung der mangelnden Unabhängigkeit der Angebote eine Prüfung der Vergabestelle ausreichend, ob die

Verbindung der Bieter ihre abgegebenen Angebote beeinflusst hat. Nach Rechtsprechung des EuGHs reiche dafür die Feststellung aus, dass ein wie auch immer gearteter Einfluss festgestellt sei. Dann könnten die betreffenden Einheiten vom Verfahren ausgeschlossen werden. Vorliegend habe die AG das aber festgestellt. Einer konkreteren gesetzlichen Grundlage bedürfe es daneben nicht.

Ob die unterschiedlichen Angebote als Doppelangebote zu betrachten gewesen wären, könne offenbleiben. Die nationale Rechtsprechung über die ausnahmsweise Zulässigkeit von Doppelangeboten sei auf den vorliegenden Fall nicht anwendbar. Dabei könne dahinstehen, ob sich die Angebote in technischer Hinsicht unterscheiden. Es mache nämlich einen Unterschied, ob ein Bieter mehrere Angebote abgibt, die sich in technischer Hinsicht unterscheiden oder ob mehrere Bieter, die eine wirtschaftliche Einheit bilden, abgestimmte Angebote abgaben und so als Konkurrenten aufträten, obwohl sie es tatsächlich nicht seien. Schon darauf könne der Ausschluss gestützt werden.

Die Eröffnung einer „zweiten Chance“ durch Zurücksetzung des Vergabeverfahrens komme nicht in Betracht, weil dafür ein vergaberechtskonformer Zuschlag nicht möglich sein dürfe. Hier hätten aber insbesondere auch andere zuschlagsfähige Angebote vorgelegen.

PRAXISHINWEIS: Auf Linie der Rechtsprechung des EuGHs entschied das BayObLG, dass ein Ausschluss wegen Wettbewerbsverzerrung nicht nur dann in Betracht kommt, wenn ein Ausschlussgrund nach den § 124 Abs. 1 Nr. 4 GWB in Rede steht. Vielmehr kommt ein Ausschluss auch dann infrage, wenn andere Regeln zur Wahrung eines unverfälschten Wettbewerbs dies erfordern. Den Anknüpfungspunkt für die Feststellung der Verbundenheit haben die Antragsteller hier mit ihrer Argumentation selbst geliefert. Der darauffolgende Ausschluss trägt zwar einerseits zum Schutz des Wettbewerbs bei, sorgt aber auf Seiten der Rechtsanwender für Unsicherheiten. Für sie ist bei Abgabe eines Angebots mitunter nicht zweifelsfrei ersichtlich, aus welchen Umständen ein Ausschluss folgen kann. Gleichzeitig schließt die Entscheidung Lücken, die sich bei der Abgrenzung von unterschiedlichen Rechtsinstituten ergeben. Das Gericht ließ die Frage offen, ob eine so enge per-

sonelle Verschränkung wie hier automatisch den Tatbestand des sog. „Doppelangebots“ erfüllt. Es machte aber deutlich, dass selbst dann eine, der Mehrfachbeteiligung ähnliche, Wettbewerbsverzerrung vorliegen kann, die zum Ausschluss führt, auch wenn ein Doppelangebot zulässig wäre.

Die Existenz eines US-Mutterkonzerns begründet keine datenschutzrechtlichen Bedenken

VK Bund, Beschluss vom 13.02.2023 – VK 2-114/22

Die Auftraggeberin veröffentlichte ein unionsweites, auf zwei Lose aufgeteiltes Verhandlungsvergabeverfahren zum Abschluss von Rahmenvereinbarungen für Aufträge zur Überlassung und Entwicklung von Anwendungen.

Unter Ziff. III.2.2) der Auftragsbekanntmachung wurde bereits unter anderem darauf hingewiesen, dass ein Zugriff auf Sozialdaten nur auf dem Gebiet eines Mitgliedsstaates der EU oder des EWR oder einem Drittstaat, für den die EU-Kommission förmlich die Angemessenheit des Datenschutzniveaus gemäß Art. 45 der EU Datenschutz-Grundverordnung festgestellt hat, durchgeführt werden dürfe. Deshalb würden entsprechende Erklärungen von Bietern verlangt werden. Daneben wurden in der Leistungsbeschreibung und den Vertragsentwürfen diverse datenschutzrechtliche Vorgaben gemacht.

Nach einem Bewertungsverfahren, das sowohl das jeweils wirtschaftlichste Einzelangebot als auch das wirtschaftlichste Kombinationslos bewertete, rangierte die Antragstellerin in jeder Kategorie auf Platz 3. Erstplatziert war die beigeladene Z.

Auf das Informationsschreiben nach § 134 GWB hat die ASt die beabsichtigte Zuschlagerteilung an Z zunächst erfolglos gerügt und dann ein Nachprüfungsverfahren angestrengt. Mit der Auftragserteilung an die Z sei ein Verstoß gegen § 80 Abs. 2 SGB X verwirklicht: Soweit die Verarbeitung von Sozialdaten durch ein deutsches Tochterunternehmen einer US-amerikanischen Muttergesellschaft erfolge, könne kein sicherer Verarbeitungsort angenommen werden. Ein Angemessenheitsbeschluss für die USA nach Art. 45 DSGVO besteht nicht. Das Mutterunternehmen könne nach US-Recht dazu verpflichtet werden, den Zugriff

auf die europäischen Sozialdaten zu ermöglichen. Eine Verarbeitung der Daten in den USA könne aufgrund der US-Rechtslage nicht ausgeschlossen werden. Ausweislich der Schrems II-Rechtsprechung des EuGHs bestünde auch die Gefahr eines Zugriffs auf Daten, die nicht in den USA gespeichert seien, insbesondere weil die Unterauftragnehmerin der Z dem „Cloud Act“ unterfalle.

Die VK Bund sah keinen Grund für einen Ausschluss.

Nach dem Angebot der Z erfolge die Auftragsdatenverarbeitung ausschließlich in Deutschland. Ein Angemessenheitsbeschluss sei deshalb irrelevant; eines solchen bedürfe es nur für eine Datenverarbeitung in den USA. Auf das diesbezügliche Leistungsversprechen der Z und ihrer Nachunternehmerin zur Verarbeitung an einem „sicheren“ Ort dürfe die AG vertrauen. Einem zwangsweisen Datenzugriff durch amerikanische Behörden stünde deren fehlende Staatsgewalt in Deutschland entgegen. Weil eine entsprechende Datenweitergabe an den US-Mutterkonzern außerdem auch mangels Angemessenheitsbeschluss gegen § 80 Abs. 2 SGB X verstoße, wäre eine entsprechende Aufforderung für die deutsche Tochter unwirksam. Dass sie einer solchen Aufforderung nicht nachkommen würde, habe die Unterauftragnehmerin der Z durch die entsprechende Abgabe der Eigenerklärungen dokumentiert. Eine andere Einschätzung bedürfte einer weiteren Ermächtigungsgrundlage, wie sie etwa aus anderen Gründen für russische Unternehmen bestünde. Die bloße Existenz einer US-Muttergesellschaft führe noch nicht zu einer Auftragsverarbeitung der Sozialdaten in den USA. Die ASt konstruiere eine weitere Fallgruppe, denn das bloße Zugriffsrisiko aus dem Ausland sei von § 80 Abs. 2 SGB X nicht erfasst. Ein unberechtigter Datenzugriff stelle aber keine datenschutzrechtliche Verarbeitung dar. Vielmehr sei der Auftragsdatenverarbeiter dann seinerseits einem Datenzugriff passiv ausgesetzt. Gerade die besondere Sensibilität der Sozialdaten erfordere die Schaffung einer eigenen Ermächtigungsgrundlage, soweit der Gesetzgeber das für erforderlich halte, schließe aber eine entsprechende Anwendung des § 80 Abs. 2 SGB X aus. Selbst wenn man ein weites Zuständigkeitsverständnis der US-Justiz zugrunde lege, sei deren Zugriff auf Server im Inland

nicht möglich. Das latente Risiko eines illegalen Datenzugriffs, wie einem Hackerangriff, bestehe auch bei einer Verarbeitung der Daten innerhalb Deutschlands oder der EU. Das generelle Restrisiko, der Auftragnehmer könne seine Verpflichtungen nicht einhalten, bestehe immer; wolle man jedes Unternehmen mit US-Mutterkonzern für die ausländische Rechtslage haftbar machen (und gewissermaßen prophylaktisch vom Wettbewerb ausschließen), würde das einen diskriminierenden Eingriff in deren Rechte und den Wettbewerb darstellen.

PRAXISHINWEIS: Die Entscheidung der VK Bund reiht sich in eine Serie von Entscheidungen ein, die innerhalb des letzten Jahres zu der Frage der Zulässigkeit des Einsatzes von (IT-)Dienstleistern mit konzernangehörigen Unternehmen in sog. Drittländern im Bereich von Cloud-Dienstleistungen ergangen sind. So war die VK Baden-Württemberg im Juli 2022 die erste Vergabekammer, die sich an diese Thematik wagte und – für viele überraschend – entschied, dass der Einsatz einer Tochtergesellschaft eines US-amerikanischen Konzerns als Nachunternehmen eine unzulässige Übermittlung personenbezogener Daten im Sinne des Art. 44 DSGVO darstelle und das Angebot des Bieters daher auszuschließen sei. Auf die sofortige Beschwerde des öffentlichen Auftraggebers hin, hob das OLG Karlsruhe die Entscheidung der VK im folgenden Verlauf auf. Anders als die VK vermied es das OLG jedoch, sich dezidiert mit den datenschutzrechtlichen Regelungen auseinanderzusetzen und begründete die Entscheidung damit, dass er öffentliche Auftraggeber grundsätzlich davon ausgehen dürfe, 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 (eine ausführliche Besprechung beider Entscheidungen findet sich [hier](#)). Die nunmehr zu diesem Thema vorliegende Entscheidung der VK Bund folgt im Ergebnis dem OLG Karlsruhe und begründet das zu erwartende Ergebnis überaus ausführlich und pragmatisch. Ein genereller Ausschluss der Tochterunternehmen von US-Mutterkonzernen wäre letztlich auch kaum praktikabel. Dies gilt einmal mehr vor dem Hintergrund, dass die EU-

Kommission bereits den Entwurf eines neuen Angemessenheitsbeschlusses vorbereitet, der in der Abstimmung ist und daher offensichtlich auch die Kommission das Risiko eines zwangsweisen Datenabflusses in die USA als nicht allzu relevant einschätzt.

Kalkulationsvorgaben sind als weiteres Kriterium für ungewöhnlich niedrige Angebote zu prüfen

VK Bund, Beschluss vom 07.12.2022 – VK 2-94/22

Die VK Bund befasste sich in diesem Verfahren mit der Frage, welche Anforderungen an die Prüfung, ob ein Angebot ungewöhnlich niedrig erscheint, zu stellen sind und ob eine nachgeholte Dokumentation dieser Prüfung zulässig ist. Die Auftraggeberin schrieb im Wege eines offenen Verfahrens einen Dienstleistungsauftrag über Bewachungsdienste aus. Einziges Zuschlagskriterium war der Preis mit einer differenzierten Gewichtung: Der Gesamtpreis für bestimmte Liegenschaften für ein Jahr ging zu 80 % in die Bewertung ein, der Stundenverrechnungssatz für Zusatzdienste (Vertretung), Pfortendienst zu 10 %, der Stundenverrechnungssatz für Innen- und Außenrevierkontrollen ebenfalls zu 10 %. Den Zuschlag sollte das Angebot mit der höchsten Gesamtpunktzahl erreichen.

Die Auftraggeberin gab im Preisblatt die Anwendung des aktuellen Lohntarifvertrages als Grundlage der Kalkulation vor, die zudem konkretisiert wurde durch seine Antworten auf entsprechende Bieterfragen. Das von den Bietern auszufüllende Preisblatt gab für die einzelnen Positionen 1 bis 4, die die zu bewachenden Liegenschaften der Auftraggeberin betrafen, jeweils vor, dass Grundlage der Kalkulation der aktuelle Lohntarifvertrag ist. Zu Position 5, betreffend eine weitere zu bewachende Liegenschaft der Auftraggeberin, enthielt das Preisblatt ebenfalls die Vorgabe einer bestimmten Lohngruppe. In ihrer Antwort auf die Bieterfrage 6 bestätigte die Auftraggeberin allen Bietern, dass bei Angebotsabgabe mit dem jeweiligen Tariflohn zu kalkulieren sei. In ihrer Antwort auf Bieterfrage 3 bestätigte die Auftraggeberin allen Bietern, dass für die anzubietende Dienstleistung im Pfortendienst mit einem bestimmten Stundengrundlohn und für den Revierdienst mit einem bestimmten Stundengrundlohn zu kalkulieren sei.

Antragstellerin und Beigeladene gaben jeweils fristgerecht

ein Angebot ab. Die Antragstellerin erreichte in Bezug auf die Stundenverrechnungssätze jeweils den ersten Rang; beim Zuschlagskriterium des Gesamtpreises jedoch nur den dritten Rang. Ihr Angebot erreichte insgesamt den dritten Rang. Die drittplatzierte Antragstellerin rügte einen Verstoß gegen § 60 VgV aufgrund einer vermeintlich unterbliebenen Preisprüfung und eine damit einhergehende Nichtberücksichtigung eines Ausschlusses der besserplatzierten Angebote. Die Antragstellerin war der Ansicht, dass die Antragsgegnerin keine Prüfung der Angemessenheit der Preise durchgeführt haben könne, da die Antragstellerin selbst bereits sehr knapp kalkuliert habe, was ihr nur aufgrund ihrer Stellung als bisherige Auftragnehmerin möglich gewesen sei.

Die Antragsgegnerin half der Rüge nicht ab. Im Vergabevermerk hielt sie fest, dass eine Aufklärung nicht erforderlich gewesen sei, da bereits die von der Rechtsprechung ange-setzte niedrigste Aufgreifschwelle nicht erreicht werde. Die Antragstellerin reichte daraufhin einen Nachprüfungsantrag ein. Der Nachprüfungsantrag hat in der Sache keinen Erfolg.

Nach § 60 Abs. 1 VgV hat die öffentliche Auftraggeberin vom Bieter Aufklärung zu verlangen, wenn der Preis oder die Kosten eines Angebots im Verhältnis zu der zu erbringenden Leistung ungewöhnlich niedrig erscheinen. In Bezug auf die Frage, ob ein Angebot ungewöhnlich niedrig erscheint, steht dem öffentlichen Auftraggeber ein Beurteilungsspielraum zu, der im Nachprüfungsverfahren nur auf etwaige Beurteilungsfehler hin überprüft werden kann. Die VK Bund führt in diesem Zusammenhang aus, dass neben der Aufgreifschwelle insbesondere auch die spezifischen Kalkulationsvorgaben von der Auftraggeberin einer Plausibilitätsprüfung zu unterziehen seien.

Der Einschätzungs- bzw. Beurteilungsspielraums der Auftraggeberin werde dahingehend begrenzt, dass sie im Zuge des § 60 Abs. 1 VgV jedenfalls all diejenigen Merkmale des konkreten Auftragsgegenstandes in den Blick nehmen müsse, die eine Einschätzung ermöglichen können, ob der angebotene Preis im Verhältnis zu der zu erbringenden Leistung ungewöhnlich niedrig erscheine. Allein eine Betrachtung der im Wettbewerb abgegebenen Angebote genüge hierfür im Regelfall nicht. Das könne jedenfalls nicht

das einzige Kriterium sein, dass der öffentliche Auftraggeber im Rahmen dieser Prüfung anwende. Vorliegend seien daher insbesondere die von der Auftraggeberin in den Vergabeunterlagen vorgegebenen Grundlagen zur Kalkulation in die Prüfung mit einzubeziehen gewesen. Dass diese Vorgaben bei der Prüfung eines ungewöhnlich niedrigen Preises von der Antragsgegnerin in den Blick genommen wurden, ergab sich im hiesigen Verfahren jedoch zunächst weder aus dem Vergabevermerk noch aus den Ausführungen in der Antragsrüge.

Die von der Antragsgegnerin angestellten Plausibilitätserwägungen wurden jedoch nach Ansicht der Vergabekammer mit Schriftsatz vom 17.11.2022 nachvollziehbar nachdokumentiert. Diese Nachdokumentation war nach Ansicht der VK Bund auch im Lichte der Rechtsprechung des BGH (vgl. BGH, Beschl. v. 08.02.2011 – X ZB 4/10) aufgrund fehlender Anhaltspunkte, die für eine Gefährdung eines wettbewerbskonformen Vergabeverfahrens sprechen, zulässig.

In diesem Schriftsatz legte die Antragsgegnerin dar, wie bei der Prüfung nach § 60 Abs. 1 VgV hinsichtlich des von der Beigeladenen angebotenen Preises vorgegangen wurde. Danach lagen im konkreten Fall alle Angebote im preislichen Ergebnis sehr eng beieinander. Der rügende Antragsteller war bei einzelnen Positionen sogar günstiger als der erstplatzierte Bieter, wenn auch nicht im maßgeblichen Gesamtpreis. Bei der Bewertung nach § 60 Abs. 1 VgV hatte die Auftraggeberin den pauschalen Gesamtpreis des erstplatzierten Angebots betrachtet und hierzu einen durchschnittlichen Stundenverrechnungssatz gebildet. Die durchschnittlichen Stundenverrechnungssätze des Angebots lagen deutlich oberhalb der seitens der Auftraggeberin auf die Bieterfragen bestätigten tarifvertraglichen Mindestlöhne.

Vor diesem Hintergrund erschien es für die VK Bund nachvollziehbar und sachgemäß – und damit beurteilungsfehlerfrei – dass die Auftraggeberin zu der Entscheidung gelangte, dass ihr der Preis der Beigeladenen nicht nach § 60 Abs. 1 VgV ungewöhnlich niedrig erschien und eine nähere Prüfung der Auskömmlichkeit des Preises der Beigeladenen nach § 60 Abs. 2 VgV nicht erforderlich war.

PRAXISHINWEIS:

Die fehlerfreie Ausübung des den öffentlichen Auftraggebern im Rahmen von § 60 Abs. 1 VgV zustehenden subjektiven Einschätzungs- bzw. Beurteilungsspielraums erfordert nach dieser Entscheidung die Berücksichtigung der seitens des Auftraggebers gestellten konkreten Vorgaben. Die VK Bund folgt damit der sich in der Rechtsprechung herausbildenden Tendenz (prominent EuGH, Urt. v. 15.09.2022 – C-669/20 – „Veridos“) im Rahmen der Prüfung der Auskömmlichkeit der Preise neben der sog. Aufgreifschwelle weitere und umfassendere Gesichtspunkte heranzuziehen, um das Vorliegen eines ungewöhnlich niedrigen Preises zu prüfen. Öffentliche Auftraggeber sollten daher neben dem Preisabstand zum nächsthöheren Angebot vorsorglich ebenfalls erörtern und dokumentieren, dass auch keine weiteren Umstände ersichtlich sind, die ein Angebot als ungewöhnlich niedrig erscheinen lassen.

UPDATE: Neue elektronische Formulare – eForms sind ab dem 25.10.2023 Pflicht!

Bereits in früheren Ausgaben des Rechtsprechungs-Reports, wie [hier](#), hatten wir über die Möglichkeit zur freiwilligen Nutzung der sog. eForms berichtet. Diese bilden nach Aussagen der EU „den Kern der digitalen Transformation der öffentlichen Auftragsvergabe in der EU“. Es handelt sich dabei um neue Standardformulare, deren Anwendung Wirtschaftsbeteiligten das Auffinden relevanter Bekanntmachungen erleichtern, den Verwaltungsaufwand für Auftraggeber verringern und die Kostentransparenz gegenüber Bürgern erhöhen soll. Während die bisherigen Formulare letztlich auf Papierformularen basieren, sollen diese nun durch elektronische Formate ersetzt werden. Dabei erfolgt von Auftraggeberseite eine rein technische Beschreibung in dafür vorgesehenen Feldern der neuen Formate, die im Baukastenprinzip zu einer neuen Bekanntmachung zusammengesetzt werden. Inhaltlich werden in Zukunft zwischen Pflichtfeldern, die europaweit einheitlich gelten, optionalen Feldern und solchen, deren Umsetzung dem nationalen Gesetzgeber überlassen bleibt, deutlich unterschieden. Vor wenigen Wochen ist der deutsche [Re-](#)

[ferentenentwurf](#), der die eForms-Durchführungsverordnung (EU) 2019/1780 in Deutschland umsetzen soll, eingebracht worden. Diese sollen zentral in einem neuen § 10a VgV geregelt werden, andere Vergabeordnungen sollen auf diese Regelung verweisen. Der Entwurf sieht bei dieser Gelegenheit gleich die Streichung § 3 Abs. 7 Satz 2 VgV vor. Die von der EU-Kommission für rechtswidrig gehaltene Zusammenrechnung von Auftragswerten bei Planungsleistungen soll entfallen. Daneben enthält der Entwurf auch im Sektorenbereich eine Klarstellung, nämlich, dass der Nachweis des Mindestumsatzes auf das Zweifache des geschätzten Auftragsvolumens beschränkt sein soll.

PRAXISHINWEIS: Insbesondere Vergabestellen tun gut daran, sich bereits jetzt mit dem neuen Format vertraut zu machen, um im Oktober nicht den sprichwörtlichen Sprung ins kalte Wasser machen zu müssen. Es empfiehlt sich, mit der jeweiligen eVergabe-Plattform zu klären, ob diese rechtzeitig zur verpflichtenden Einführung am 25.10.2023 vorbereitet sind. Die Entwicklungen des Gesetzesentwurfs sollten im Auge behalten werden, weil noch nicht feststeht, welche weiteren Änderungen und Ergänzungen den Entwurf bis zu seiner Verabschiedung noch ereilen wird.

UPDATE: BMI startet Bekanntmachungsservice

Insbesondere, um Unternehmen den Zugang zu Ausschreibungen zu erleichtern, hat das Beschaffungssamt des Bundesministeriums des Innern und für Heimat gemeinsam mit diesem einen zentralen Bekanntmachungsservice entwickelt. Aktuell sind dort Bekanntmachungen auf [service.bund.de](https://www.service.bund.de), der Vergabeplattform des Bundes und der Hansestadt Bremen eingepflegt. Sukzessive soll der Bestand an Bekanntmachungen auf weiteren Vergabeplattformen erweitert werden. Neben der zentralisierten Suchfunktion bietet der Service Wirtschaftsteilnehmern nach Registrierung mit einem Elster-Unternehmenskonto die Möglichkeit, Ausschreibungen zu merken und zu teilen, Suchvorlagen anzulegen und an einem „Arbeitsplatz“ den Status verschiedener Ausschreibungen im Blick zu behalten. Der Service ist seit Dezember letzten Jahres nutzbar und kann über den Link <https://www.oeffentliche-vergabe.de/ui/de> angesteuert werden.

Unser Vergabeteam

Dr. Oliver Heinrich
Rechtsanwalt | Partner
Oliver.Heinrich@bho-legal.com
☎ + 49 (0) 221 270 956 200



Dr. Roderic Ortner, LL.M.
Rechtsanwalt | Partner
Fachanwalt für Vergaberecht
Fachanwalt für IT-Recht
Roderic.Ortner@bho-legal.com
☎ + 49 (0) 221 270 956 120



Jan Helge Mey, LL.M. (McGill)
Rechtsanwalt | Partner
Fachanwalt für Vergaberecht
Jan.Mey@bho-legal.com
☎ + 49 (0) 221 270 956 220



Felix Schwarz
Rechtsanwalt | Senior Associate
Fachanwalt für Vergaberecht
Felix.Schwarz@bho-legal.com
☎ + 49 (0) 221 270 956 230



Dr. Christina Kreissl
Rechtsanwältin | Associate
Christina.Kreissl@bho-legal.com
☎ + 49 (0) 221 270 956 170



Machmud Gadjisade
Rechtsanwalt | Associate
Machmud.Gadjisade@bho-legal.com
☎ + 49 (0) 221 270 956 195



Niklas Horn
Rechtsanwalt | Associate
Niklas.Horn@bho-legal.com
☎ + 49 (0) 221 270 956 235



Gülseren Kinik
Wirtschaftsjuristin
Guelseren.Kinik@bho-legal.com
☎ + 49 (0) 221 270 956 265

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. Mehr über uns:



www.bho-legal.com



[LinkedIn-Profil](#)

**BHO Legal – Baumann, Heinrich, Ortner
Rechtsanwälte Partnerschaft mbB**

Hohenstaufenring 29-37
50674 Köln

☎ + 49 (0) 221 270 956 0

☎ + 49 (0) 221 270 956 222

cologne@bho-legal.com

