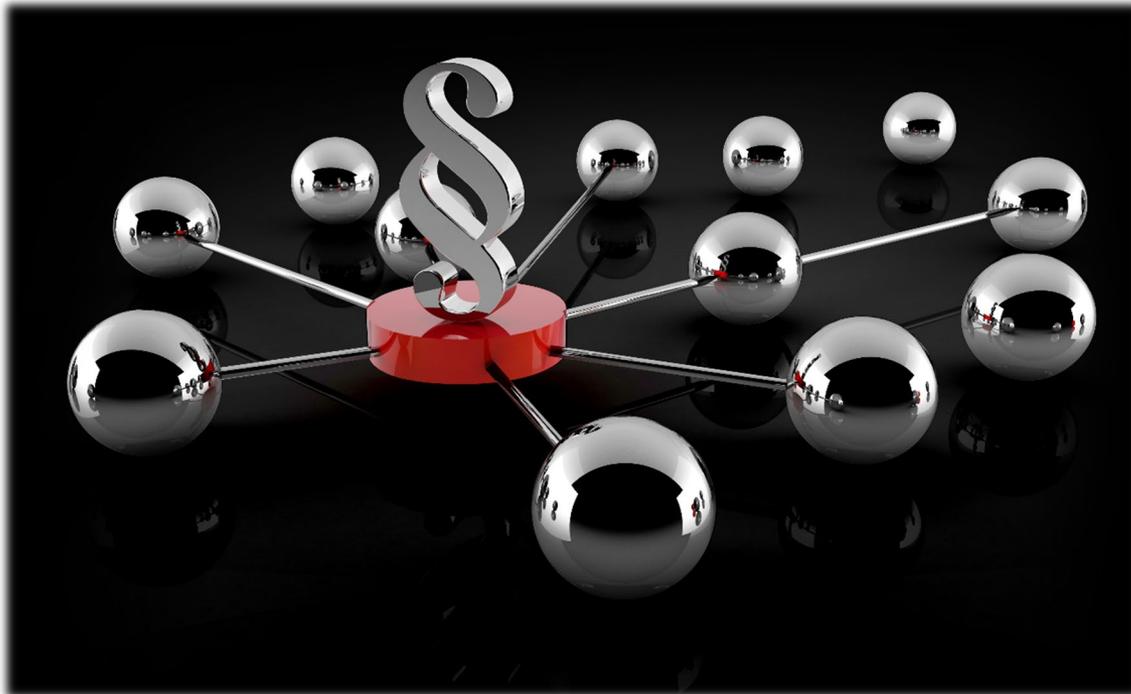


Kumentagung der Administration Intelligence AG 2022

Vergabe(recht) aktuell

Congress Centrum Würzburg | 7. April 2022



Günther Pinkenburg, LL.M.

Rechtsanwalt

Fachanwalt für IT-Recht

Fachanwalt für Vergaberecht

Geschäftsführender Gesellschafter

MAYBURG

Rechtsanwalts-gesellschaft mbH

Paul-Wassermann-Str. 3

81829 München

Tel 089 45108896-0

Fax 089 45108896-9

pinkenburg@mayburg.de

www.mayburg.de



Günther Pinkenburg, LL.M.

- Rechtsanwalt und Geschäftsführender Gesellschafter der MAYBURG Rechtsanwalts-gesellschaft mbH (München)
- Fachanwalt für IT-Recht und Fachanwalt für Vergaberecht
- Mit-Autor Fachbuch „Beschaffung von Einsatzfahrzeugen für die Feuerwehr“ (WALHALLA Verlag)
- Mit-Autor Fachempfehlung Nr.1 „Die Ausschreibung und Beschaffung von Feuerwehrfahrzeugen“ der deutschen Feuerwehren
- Mit-Autor „Praxiskommentar Vergaberecht“ (Weka Verlag)
- Mit-Autor „Handbuch des Vergaberechts (Werner Verlag), 2. Aufl. 2021
- Freier Mitarbeiter der Feuerwehr-Fachzeitschrift „BRANDSchutz“
- Lehrbeauftragter an der Bayerischen Verwaltungsschule (BVS) und der Hochschule für den öffentlichen Dienst in Bayern (HföD Hof)
- Mitglied in DFV-Förderkreis, vfdb, LFV Bayern
- Ehrenamtlicher Mitarbeiter im Landesfeuerwehrverband Bayern e. V.
- Aktives Feuerwehrmitglied seit 1991



„Geschlossene EU-Lieferkette“ verstößt gegen Gleichheitsgrundsatz!



OLG Düsseldorf,

Beschl. v. 01.12.2021 – Verg 54/20

Sachverhalt:

„Wirtschaftlichkeits-
bonus“

Der öAG schrieb im offenen Verfahren Rabattverträge für Arzneimittel aus.

Dabei war zur Erhöhung der für den Zuschlag maßgeblichen Gesamtwirtschaftlichkeitsmaßzahl u. a. der Nachweis der kompletten Wirkstoff-, Bulk- und Blisterproduktion in der EU, in den GPA-Unterzeichnerstaaten bzw. in der Freihandelszone der EU zu führen.

Der in Indien produzierende Bieter legte gegen das Zuschlagskriterium "Geschlossene EU-Lieferkette" mit Erfolg Nachprüfungsantrag ein.

Die Vergabekammer untersagte die Zuschlagserteilung und versetzte das Verfahren zurück. Das Lieferkettenkriterium sei nicht objektiv und verstoße gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz.

In seiner sofortigen Beschwerde verteidigte der AG das **Kriterium** als **objektiv**, denn die genannten Staaten böten bei typisierender Betrachtung eine höhere Gewähr für die Einhaltung der angestrebten hohen Umwelt- und Sozialstandards sowie eine von Drittstaaten unabhängige Arzneimittelversorgung.

„Geschlossene EU-Lieferkette“ verstößt gegen Gleichheitsgrundsatz!



OLG Düsseldorf,

Beschl. v. 01.12.2021 – Verg 54/20

Entscheidung:

1. Der Grundsatz der Gleichbehandlung der Bieter gebietet, dass alle Bieter bei der Abfassung ihrer Angebote die gleichen Chancen haben, was voraussetzt, dass die **Angebote aller Wettbewerber den gleichen Bedingungen unterworfen** sein müssen.
2. Eine **Differenzierung nach Herkunftsstaaten**, bei denen Bieter, die in bestimmten Herkunftsstaaten produzieren, einen Wirtschaftlichkeitsbonus erhalten, **begegnet grundlegenden Bedenken**, weil diese Bieter nicht den gleichen Bedingungen unterworfen sind.
3. Eine Ungleichbehandlung allein wegen des Herkunftsstaates gestatten – von einigen Ausnahmen abgesehen – weder das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen noch die für dessen Auslegung relevanten europäischen Richtlinien.

Aus den Gründen: ...(s. u.)

„Geschlossene EU-Lieferkette“ verstößt gegen Gleichheitsgrundsatz!



- „Dass Art. 25 der Vergaberichtlinie [2014/24/EU] die Diskriminierung von Bietern aus Drittstaaten gerade **nicht** gestattet, folgt zudem eindeutig aus dem Vergleich mit Art. 85 Abs. 2 Unterabs. 1 der die Vergabe von Aufträgen im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie der Postdienste regelnden Sektorenrichtlinie 2014/25/EU.“

„(2) Ein im Hinblick auf die Vergabe eines Lieferauftrages eingereichtes Angebot kann zurückgewiesen werden, wenn der gemäß der Verordnung (EU) Nr. 952/2013 des Europäischen Parlaments und des Rates (1) bestimmte Anteil der Erzeugnisse mit Ursprung in Drittländern mehr als 50 % des Gesamtwertes der in dem Angebot enthaltenen Erzeugnisse beträgt.

Im Sinne dieses Artikels gilt Software, die in der Ausstattung für Telekommunikationsnetze verwendet wird, als Erzeugnis.“

- „Vor diesem Hintergrund ist für ein dahingehendes Verständnis, Art. 25 der Vergaberichtlinie gestatte über seinen Wortlaut hinaus eine Ungleichbehandlung von Bietern aus Drittstaaten, kein Raum. Wäre eine Zurückweisung von Angeboten von Bietern mit Erzeugnissen aus Drittstaaten bereits durch Art. 25 der Richtlinie 2014/24/EU allgemein gestattet, bedürfte es einer Regelung für die Zurückweisung von Angeboten mit Erzeugnissen aus diesen Staaten für den Bereich der Vergabe von Aufträgen im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie der Postdienste nicht.“

„Geschlossene EU-Lieferkette“ verstößt gegen Gleichheitsgrundsatz!



- „Der Umstand, dass die Europäische Union in Bezug auf die nicht durch Art. 25 der Vergaberichtlinie 2014/24/EU privilegierten Drittstaaten – Art. 25 der Vergaberichtlinie setzt im Grunde nur um, wozu die Europäische Union aufgrund der mit diesen privilegierten Staaten bestehenden völkerrechtlichen Verträgen ohnehin verpflichtet ist – weitgehend frei weitere Ausschlussstatbestände schaffen könnte, **gibt den einzelnen öffentlichen Auftraggebern nicht das Recht, Bieter aus diesen Drittstaaten auch dann auszuschließen, wenn der europäische Gesetzgeber einen solchen Ausschlussstatbestand nicht oder noch nicht geschaffen hat.**

[..]

Bisher kennt das Europäische Vergaberecht keine generellen geographischen Einschränkungen für die Beteiligung an Vergabeverfahren. Der Zugang zu Vergabeverfahren für Unternehmen aus Drittstaaten oder Unternehmen mit Erzeugnissen aus Drittstaaten wird als gegeben angesehen. Dies folgt gerade aus den angeführten Überlegungen der Kommission, ob der Zugang zum öffentlichen Beschaffungsmarkt der Europäischen Union für Unternehmen aus Drittländern zu begrenzen ist. **Bis zur Verabschiedung dieser Verordnung bleibt es aber dabei,** dass jedes interessierte Unternehmen sich unabhängig etwaiger geographischer Einschränkungen an einem EU-Vergabeverfahren beteiligen kann.“



VG Köln,

Beschl. v. 01.04.2022 – 1 L 466/22

BSI darf vor Virenschutzsoftware Kaspersky warnen (I)

Der Gesetzgeber habe den **Begriff der Sicherheitslücke**, die das BSI zu einer Warnung berechtige, **weit formuliert**. Virenschutzsoftware erfülle aufgrund der weitreichenden Berechtigungen zu Eingriffen in das jeweilige Computersystem grundsätzlich alle Voraussetzungen für eine solche Sicherheitslücke.

Dass ihr Einsatz dennoch empfohlen werde, beruhe allein auf dem hohen Maß an **Vertrauen in die Zuverlässigkeit des Herstellers**. Daher liege **jedenfalls dann eine Sicherheitslücke vor**, wenn das erforderliche hohe Maß an Vertrauen in den Hersteller nicht (mehr) gewährleistet sei.

Dies sei bei Kaspersky derzeit der Fall: ...

Übertragung auf das VergabeR möglich?

➤ **Entsprechende Anforderung in LB?**

➤ **Sodann Ausschluss gem. § 57 Abs. 1 Nr. 4 VgV?**



VG Köln,

Beschl. v. 01.04.2022 – 1 L 466/22

BSI darf vor Virenschutzsoftware Kaspersky warnen (II)

- ✓ Das Unternehmen habe seinen Hauptsitz in Moskau und beschäftige dort zahlreiche Mitarbeiter. Angesichts des russischen **Angriffskriegs auf die Ukraine**, der auch als „Cyberkrieg“ geführt werde, sei nicht hinreichend sicher auszuschließen, dass russische Entwickler aus eigenem Antrieb oder unter dem Druck anderer russischer Akteure die technischen **Möglichkeiten der Virenschutzsoftware für Cyberangriffe auch auf deutsche Ziele ausnutzen**.
- ✓ Ebenso wenig könne davon ausgegangen werden, dass sich **staatliche Akteure in Russland in rechtstaatlicher Weise an Gesetze halten** werden, nach denen Kaspersky nicht zur Weitergabe von Informationen verpflichtet sei.
- ✓ Außerdem habe die massive Beschränkung der Pressefreiheit in Russland im Zuge des Kriegs mit der Ukraine gezeigt, dass **entsprechende Rechtsgrundlagen schnell geschaffen** werden können.
- ✓ **Die von Kaspersky angeführten Sicherheitsmaßnahmen böten keinen ausreichenden Schutz gegen eine staatliche Einflussnahme**. Es könne nicht ausgeschlossen werden, dass in Russland ansässige Programmierer auf die in Rechenzentren in der Schweiz gespeicherten Daten europäischer Nutzer zugreifen können. Eine permanente Überwachung des Quellcodes und von Updates erscheine demgegenüber wegen der Datenmengen, der Komplexität der Programmcodes und der notwendigen Häufigkeit von Updates praktisch unmöglich.



§ 44 VgV – Befähigung und Erlaubnis zur Berufsausübung

(1) Der öffentliche Auftraggeber kann verlangen, dass Bewerber oder Bieter je nach den Rechtsvorschriften des Staats, in dem sie niedergelassen sind, entweder die **Eintragung in einem Berufs- oder Handelsregister dieses Staats nachweisen oder auf andere Weise die erlaubte Berufsausübung nachweisen**. Für die Mitgliedstaaten der Europäischen Union sind die jeweiligen Berufs- oder Handelsregister und die Bescheinigungen oder Erklärungen über die Berufsausübung in Anhang XI der Richtlinie 2014/24/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Februar 2014 über die öffentliche Auftragsvergabe und zur Aufhebung der Richtlinie 2004/18/EG (ABl. L 94 vom 28.3.2014, S. 65) aufgeführt.

(2) Bei der Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge kann der öffentliche Auftraggeber dann, wenn Bewerber oder Bieter eine bestimmte Berechtigung besitzen oder Mitglied einer bestimmten Organisation sein müssen, um die betreffende Dienstleistung in ihrem Herkunftsstaat erbringen zu können, von den Bewerbern oder Bietern verlangen, ihre Berechtigung oder Mitgliedschaft nachzuweisen.



- ✓ Die vollumfängliche Begleitung bzw. Durchführung eines Vergabeverfahrens beinhaltet **Rechtsdienstleistungen**, die auch keine Nebenleistungen (mehr) sind, vgl. u. a.
 - Remmert, in „Aktuelle Entwicklungen im RDG – Alternative Rechtsdienstleister auf dem Vormarsch“, BRAK-Mitteilungen 5/2019, S. 219, 225 f.; m.w.N.
 - **LG Magdeburg, Urt. v. 15.09.202 – Az. 7 O 1109/2**
 - Pinkenburg/Kins, Behörden Spiegel, Ausgabe Dezember 2021, Seite 10
 - Donhauser/Pinkenburg, „Beschaffungsdienstleistungen auf dem rechtlichen Prüfstand“, BRANDSchutz 01/2022
 - **LG Hamburg, Beschl. v. 25.10.2021 – Az. 312 O 272/20** (bzgl. Beratungsleistungen zu "Pre Merger" sowie "Due Diligence und Erwartungshaltung des Auftraggebers an Berater)
- ✓ Eine rechtliche Prüfung im Einzelfall ist besonders bei der Zusammenstellung von Vertragsrechten und -pflichten im Rahmen von abzuschließenden Verträgen geboten (LG Köln, Urteil v. 08.10.2019, Az.: 33 O 35/19).
- ✓ Die Entscheidung der VK Südbayern vom 22.12.2015 (Az.: Z3-3-3194-1-48-09/15) stellt die aufgeworfenen Rechtsfragen sehr gut dar. Die dortige Entscheidung ist auf Vergabeberatungsaufträge quasi 1:1 übertragbar.
- ✓ Einen weiteren interessanten Aspekt beleuchtet die Entscheidung des OLG Düsseldorf vom 25.08.2015 (Az.: 23 U 13/13): Dort beschäftigt sich der Senat mit der Frage nach einem etwaigen Bestehen von Versicherungsschutz im Falle der Schlecht-/Falschberatung, auch von Rechtsfragen.



- ✓ Auch unterliegen Rechtsanwälte rechtlichen Einschränkungen wie dem selbstverständlichen Verbot widersprechender Interessen, Fremdfinanzierungsverbot und Haftung für Mängel der Beratung nebst obligatorischer Haftpflichtversicherung, damit die Interessen unserer Mandanten quasi schon „von Amts wegen“ bestmöglich gewahrt werden.
- ✓ Zudem stellt auch der „Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Gesetzes zur Regelung von Ingenieur- und Architektenleistungen und anderer Gesetze“ des Bundesministeriums für Wirtschaft und Energie vom 02.07.2020 in seinem Art. 1 zur Änderung des Gesetzes zur Regelung von Ingenieur- und Architektenleistungen klar, dass der Gesetzgeber unter „Leistungen im Zusammenhang mit Vergabeverfahren“ von Architekten und Ingenieuren die **Unterstützung des Auftraggebers bei der Erarbeitung der Leistungsbeschreibung oder der Prüfung und Wertung der Angebote** versteht, und gerade nicht die vollumfängliche Abwicklung von Vergabeverfahren, zumal gegen Entgelt (s. u.) (vgl. B. Besonderer Teil, zu Artikel 1, zu Nummer 1 des Referentenentwurfs).



EuGH:

Urt. v. 19.12.2018 – Rs. C-216/17

Entscheidung:

Die aufgehobene Vergabekoordinierungsrichtlinie 2004/18/EG

- erlaubte öffentlichen Auftraggebern in laufende Rahmenvereinbarungen anderer öffentlicher Auftraggeber einzutreten, vorausgesetzt, dass sie in deren Vergabeunterlagen als potenzielle Nutznießer benannt waren,
- **gebot öffentlichen Auftraggebern, bei Rahmenvereinbarungen eine Höchstmenge und den Gesamtbetrag zu veröffentlichen, einschließlich der Bedarfe etwaig eintretender öffentlicher Auftraggeber.**



EuGH:

Urt. v. 19.12.2018 – Rs. C-216/17

Anmerkung zu 2.:

Die Antwort zur Veröffentlichung von Mengen- und Betragsangaben erlaubt keine Übertragung.

Der EuGH argumentiert bei der Auslegung der Richtlinie 2004/18/EG mit deren Anhang VII Teil A. Dieser sah für die EU-Bekanntmachung von Rahmenvereinbarungen noch als Pflichtangaben den veranschlagten Gesamtwert sowie – wann immer möglich – den Wert und die Häufigkeit der zu vergebenden Aufträge vor. Legt man die aktuelle Richtlinie 2014/24/EU und deren Anhang V Teil C daneben, reicht die geschätzte Gesamtgrößenordnung aus.

Das Urteil betrifft hier alleine die alte Vergaberichtlinie und nicht die aktuellen Bekanntmachungspflichten für Rahmenvereinbarungen.

(so. Dr. Christof Schwabe in ibr-online)



1. VK Bund (*in der Folge*):

Beschl. v. 19.07.2019 – VK 1-39/19

Aus den Gründen:

„Art. 33 Abs. 1 UAbs. 2 der RL 2014/24/EU, der durch § 21 VgV in deutsches Recht umgesetzt wurde, verlangt ebenfalls nur, dass die in Aussicht genommene Menge vom Auftraggeber "gegebenenfalls" im Vorhinein festgelegt werden muss. **Das o.g. Urteil des EuGH ist bereits deshalb nicht auf dieses Verfahren übertragbar, weil es ausdrücklich zur alten Rechtslage nach der RL 2004/18/EG erging** (s. Rz. 47 dieser Entscheidung), die sich gerade in dem hier relevanten Punkt entscheidend geändert hat.

So mussten Bekanntmachungen bei Rahmenvereinbarungen über Dienstleistungen nach dem früheren Recht u.a. die Angabe "des für die gesamte Laufzeit der Rahmenvereinbarung veranschlagten Gesamtwerts der Dienstleistungen" enthalten (s. Art. 36 Abs. 1 i.V.m. Anhang VII Teil A der RL 2004/18/EG). Dem gegenüber verlangt das aktuelle Recht nur noch, dass der Wert oder die Größenordnung der zu vergebenden Rahmenvereinbarung "soweit möglich" angegeben wird (Art. 49 i.V.m. Anhang V Teil C Nr. 10a) der RL 2014/24/EU).“



1. VK Bund (*in der Folge*):

Beschl. v. 19.07.2019 – VK 1-39/19

Aus den Gründen:

„Unabhängig davon, dass die Bekanntmachungsregelungen in Anhang VII Teil A der RL 2004/18/EG auch schon nach früherem Recht nicht nur der schon damals gültigen Legaldefinition der Rahmenvereinbarung (vgl. Art. 1 Abs. 5 der RL 2004/18/EG) widersprach, sondern auch dem typischen Charakter einer Rahmenvereinbarung, bei der die abzurufende Menge regelmäßig noch nicht bei der Auftragsvergabe feststeht (sonst könnte der Auftraggeber ohnehin bereits einen "normalen" Dienstleistungsauftrag mit entsprechender Laufzeit ausschreiben), entspricht die Vorgehensweise der Ag jedenfalls der aktuellen EU-Rechtslage.“



2. VK Bund (*in der Folge*):

Beschl. v. 29.07.2019 – VK 2-48/19

Entscheidung:

1. Wesentliche Änderungen eines öffentlichen Auftrags während der Vertragslaufzeit erfordern ein neues Vergabeverfahren. Wesentlich sind solche Änderungen, die dazu führen, dass sich der öffentliche Auftrag erheblich von dem ursprünglich vergebenen öffentlichen Auftrag unterscheidet. **Das gilt auch für Rahmenvereinbarungen.**
2. Werden die in einer Rahmenvereinbarung angegebenen Mengen überschritten, dürfen nur im Rahmen des nach § 132 GWB Zulässigen ohne neues Vergabeverfahren weitere Einzelabrufe erfolgen.



2. VK Bund (*in der Folge*):

Beschl. v. 29.07.2019 – VK 2-48/19

In Auszügen:

„Die ASt geht fehl, wenn sie meint, die Rahmenvereinbarung aus dem Jahr 2017 gebe ihr bis zum vertraglich vereinbarten Ende im Januar 2021 einen Anspruch auf Einzelabrufe bzw. einen Anspruch auf Aufrechterhaltung der Abrufmöglichkeiten in mengenmäßig grundsätzlich unbegrenzter Höhe. Das folgt konkret aus § 21 Abs. 1 Satz 2 VgV, worin geregelt wird, dass das in Aussicht genommene Auftragsvolumen so genau wie möglich zu ermitteln und bekannt zu geben ist, ohne dass es abschließend festgelegt werden muss, sowie des Weiteren aus allgemeinen vergaberechtlichen Prinzipien, wonach jeder Bedarf eines öffentlichen Auftraggebers einem Vergabeverfahren zuzuführen ist.

Dementsprechend hat der Auftraggeber den Auftragswert zu schätzen, § 3 Abs. 4 VgV. **Diese Angaben bilden demnach eine der Rahmenvereinbarung immanente Mengenbegrenzung im Sinne einer Höchstmenge, bei deren Erreichen der Beschaffungszweck der Rahmenvereinbarung erfüllt ist.** Dies ist aus Sicht des für die Auslegung maßgeblichen objektiven Empfängerhorizonts für jeden verständigen Bieter eine transparente und kalkulatorisch verwertbare Begrenzung. Keinesfalls können diese so benannten Mengen somit unbegrenzt überschritten werden.“



2. VK Bund (in der Folge):

Beschl. v. 29.07.2019 – VK 2-48/19

In Auszügen:

„Eine über die in den Vergabeunterlagen enthaltenen Mengen- bzw. Auftragswertschätzungen unbegrenzt hinausgehende Abrufmöglichkeit der Ag folgt daraus nicht. Die Annahme unbegrenzter, weit über die ursprünglich avisierten Mengen hinausgehender Abrufmöglichkeiten aus einer Rahmenvereinbarung wären nicht in Einklang zu bringen mit grundlegenden vergaberechtlichen Prinzipien, wonach jeder Bedarf eines öffentlichen Auftraggebers grundsätzlich dem offenen und transparenten Wettbewerb zuzuführen ist. Werden die ursprünglichen Mengen überschritten, so dürfen nur im Rahmen des nach § 132 GWB Zulässigen ohne neues Vergabeverfahren weitere Einzelabrufe erfolgen.“

„Ein derartiges unkontrolliertes Anwenden einer Rahmenvereinbarung wäre missbräuchlich im Sinne des § 21 Abs. 1 Satz 3 VgV, weil sie den Wettbewerb über Gebühr behindert und im Hinblick auf die Norm unerwünschten Marktabschottungen Vorschub leistet. Interessierte Wettbewerber würden im Regelfall nichts davon mitbekommen, wenn ein einmal vergebener Rahmenvertrag mengenmäßig übermäßig ausgeschöpft würde, und hätten daher keine Möglichkeit, dagegen vorzugehen. Dieses Risiko hat der EuGH mit seinem Urteil vom 19. Dezember 2018 zutreffend herausgearbeitet.“



EuGH:

Urt. v. 17.06.2021 – Rs. C-23/20

Entscheidung:

1. Es sind gesamthaft für alle Auftragsteile sowohl die Schätzmenge und/oder der Schätzwert als auch eine **Höchstmenge und/oder ein Höchstwert** der gemäß der Rahmenvereinbarung zu liefernden Waren **anzugeben**.
2. Eine Rahmenvereinbarung verliert ihre Wirkung, wenn diese Menge oder dieser Wert erreicht ist.
3. Eine Rahmenvereinbarung kann nicht für unwirksam erklärt werden, nur weil in ihrer Auftragsbekanntmachung die Mengen-/Wertangaben fehlen.



EuGH:

Urt. v. 17.06.2021 – Rs. C-23/20

Anmerkung:

1. Der EuGH beendet den Streit um die Anwendbarkeit seiner noch zur alten Vergaberichtlinie entschiedenen Pflicht zur Bekanntmachung einer Höchstmenge (s.o.).
2. Pers. Meinung: Wie vor zu 2. VK Bund
3. Das Urteil enthält dogmatische Schwächen (vgl. Dr. Christof Schwabe, LL.M. in vpr-online):
 - Trotz Leitsatz 1 scheint nach Randziffer 71 der Urteilsbegründung die Veröffentlichung von Höchstmenge und -wert auch mit den Vergabeunterlagen zulässig zu sein, wenn sie mit der Auftragsbekanntmachung offen online gehen (vgl. Winters, Vergabeblog.de vom 05/07/2021).
 - Der EuGH gibt zu, dass die wörtliche Auslegung der von ihm untersuchten Bestimmungen keinen eindeutigen Schluss auf Pflichtangaben zu Menge und Wert zuließe und fällt auf die Gleichbehandlung und Transparenz zurück.
 - Damit übergeht er wahrscheinlich den Willen des Richtliniengebers. Der Kommissionsentwurf der Richtlinie 2014/24/EU aus 2011 sah in Anhang V Teil C für Auftragsbekanntmachungen noch die Angabe des "veranschlagten Gesamtwerts" vor. Laut EUR-Lex-Materialien führte die parlamentarische Befassung 2014 zu der finalen Formulierung "geschätzte Gesamtgrößenordnung", was auf einen bewussten Kompromiss hindeutet.



VK Lüneburg,

Beschl. v. 11.02.2021 - VgK-53/2020

Sachverhalt (I):

Der öAG schreibt die Lieferung von **Polizei-Schutzwesten** EU-weit im offenen Verfahren nach VgV aus.

Zur Schutzwirkung der Westen wird auf bestimmte Normen der Vereinigung der Prüfstellen für angriffshemmende Materialien und Konstruktionen (VPAM) verwiesen.

Die Ausschreibung sieht weiter vor, dass die Schutzwesten der Technischen Richtlinie "Ballistische Schutzwesten" entsprechen müssen, in welcher u. a. festgelegt ist, dass der Bieter durch ein Prüfzeugnis einer vom Polizeitechnischen Institut (PTI) anerkannten Prüfstelle nachzuweisen hat, dass die Forderungen der Richtlinie erfüllt werden.

Es waren vier deutsche Prüfstellen benannt.

Alternativ war auch eine den benannten deutschen Prüfstellen vergleichbare andere amtliche Einrichtung eines EU-Staats zugelassen, soweit diese die zur Durchführung der geforderten Prüfungen notwendige Sach- und Fachkunde aufweist, wobei diese vom Bieter nachzuweisen war.



VK Lüneburg,

Beschl. v. 11.02.2021 - VgK-53/2020

Sachverhalt (II):

Dem Angebot des Bieters A war ein Prüfzeugnis eines Schweizer Prüfinstituts beigelegt, welches die Prüfung nach VPAM bestätigt und welches von der VPAM anerkannt ist.

Dieses Prüfzeugnis wird vom PTI nicht anerkannt.

Der öAG schloss das Angebot des A deshalb von der Wertung aus, da das von ihm eingereichte Prüfzeugnis nicht von einer der vier in den Ausschreibungsunterlagen benannten anerkannten Prüfstellen ausgestellt worden ist.



VK Lüneburg,

Beschl. v. 11.02.2021 - VgK-53/2020

Entscheidung (I):

§ 31 Abs. 6 VgV legt fest, dass in der Leistungsbeschreibung nicht auf eine bestimmte Produktion oder Herkunft, ein bestimmtes Verfahren etc. verwiesen werden darf, wenn dadurch bestimmte Unternehmen oder bestimmte Produkte begünstigt oder ausgeschlossen werden.

Mit der Verengung auf vier deutsche Prüfstellen hat der AG gegen § 31 Abs. 2, 6 VgV verstoßen.

Bei der Technischen Richtlinie "Ballistische Schutzwesten" handelt es sich um eine technische Spezifikation nach § 31 Abs. 2 c) oder e) VgV.

Den Hinweis auf die Zulassung einer den deutschen Prüfstellen vergleichbaren anderen amtlichen Einrichtung eines EU-Staats hat der öAG durch eine "unglückliche" Formulierung der Ausschreibungsunterlagen an anderer Stelle ausgehebelt, so dass der Nachweis der Gleichwertigkeit anderer Prüfstellen den Bietern überhaupt nicht möglich war.



VK Lüneburg,

Beschl. v. 11.02.2021 - VgK-53/2020

Entscheidung (II):

Die Vergabekammer weist weiter darauf hin, dass der **Angebotsausschluss** infolge eines Prüfzeugnisses eines Schweizer Prüfinstituts, das von der VPAM anerkannt wurde und obwohl keine inhaltlichen Gründe vorliegen, die gegen die Gleichwertigkeit dieses Prüfzeugnisses sprechen (Seriosität infolge der Trägerschaft durch zwei Schweizer Polizeibehörden), **gegen § 97 Abs. 1 GWB verstößt**.

So auch verneinend zu Beschränkungen auf inländische Prüfstellen ohne durch den Auftragsgegenstand gerechtfertigten sachlichen Grund:

- OLG Koblenz, Beschl. v. 10.06.2010 – 1 Verg 3/10 (TL-Transportable Schutzeinrichtungen 97 und „kompletter BAST-Prüfbericht,“)
- OLG Frankfurt, Beschl. v. 12.11.2020 – 11 Verg 13/20 (BAST-Begutachtung)



OLG Düsseldorf,

Beschluss vom 16.10.2019 – Verg 66/18

Sachverhalt (I):

Der öAG schrieb einen Auftrag zur Errichtung eines Digitalen Alarmierungssystems für die nichtpolizeiliche Gefahrenabwehr aus.

Der Auftrag umfasst die **Lieferung und Montage** der Anlagentechnik an 44 Gebäuden und anderen Bauwerken einschließlich einer separaten Stromversorgung, Antennen und Blitzschutzeinrichtungen, die Beschaffung und Programmierung vom digitalen Meldeempfänger (DME), die Inbetriebnahme des Systems sowie Schulungen und Support.



OLG Düsseldorf,

Beschluss vom 16.10.2019 – Verg 66/18

Sachverhalt (II):

Ein potenzieller Bieter reicht Nachprüfungsantrag ein u. a wegen:

- unterlassene Bildung eines Fachloses für die Beschaffung der DME
- Produktvorgaben der Leistungsbeschreibung

Die Vergabekammer stellt einen Verstoß gegen das Gebot der Losbildung fest (VK Rheinland, Beschluss vom 12.11.2018 - VK K 42/18, VPRRS 2019, 0019).
Ausreichende technische oder wirtschaftliche Gründe für eine Gesamtvergabe lägen nicht vor.

Auch handle es sich nicht um einen Bauauftrag, sondern einen Liefer- und Dienstleistungsauftrag über den Schwellenwerten, der europaweit hätte ausgeschrieben werden müssen.

Der AG legte Beschwerde ein.



OLG Düsseldorf,

Beschluss vom 16.10.2019 – Verg 66/18

1. Entscheidung:

1. Die Abgrenzung von Bauaufträgen gegenüber Liefer- und Dienstleistungsaufträgen erfolgt durch die Bestimmung des Hauptgegenstands des ausgeschriebenen Auftrags. Maßgeblich ist daneben bei Bauleistungen der Gesichtspunkt eines **Funktionszusammenhangs**.
2. Ein Auftrag zur Errichtung eines digitalen Alarmierungssystems für die nichtpolizeiliche Gefahrenabwehr ist kein Bau-, sondern ein Liefer- bzw. Dienstauftrag.



OLG Düsseldorf,

Beschluss vom 16.10.2019 – Verg 66/18

2. Entscheidung:

Es bedürfe einer **umfassenden Abwägung der widers tretenden Belange**, als deren Ergebnis die für eine zusammenfassende Vergabe sprechenden Gründe überwiegen müssen.

Der **Verzicht auf eine Losbildung aus Gründen der Systemsicherheit** und zur Vermeidung von Fehlern bei der Alarmierung, die zu gravierenden Folgen für Schutzgüter wie Menschenleben führen können, sei zulässig.

Das Alarmierungssystem stelle keine bloße Ansammlung von Einzelkomponenten dar, sondern ein Gesamtsystem; in dem verschiedene digitale Komponenten aufeinander abgestimmt sein müssen.

Die Erbringung aller Leistungsschritte "aus einer Hand" diene dem legitimen Ziel des AG, ein Höchstmaß an Betriebssicherheit zu gewährleisten.



OLG Karlsruhe,

Beschl. v. 11.11.2020 – 15 Verg 6/20

Sachverhalt (I):

Ein Landkreis (öAG) schreibt im offenen Verfahren die Errichtung der Infrastruktur eines digitalen Alarmierungssystems für die nichtpolizeiliche Gefahrenabwehr aus.

Der Leistungsumfang erfasst die Lieferung und Installation der zentralen Systemtechnik sowie der Netzinfrastruktur einschließlich Antennen. Die Send- und Empfangsanlagen erhalten einen separaten Blitzschutz. Die Arbeiten umfassen u. a. die Ertüchtigung vorhandener Antennenmasten. Ferner werden für den Zeitraum von 48 Monaten Service- und Wartungsleistungen der Systemtechnik verlangt.



OLG Karlsruhe,

Beschl. v. 11.11.2020 – 15 Verg 6/20

Sachverhalt (II):

Ein Bieter rügt die unterlassene Bildung von Fachlosen.

Installations- und Serviceleistungen könnten problemlos unabhängig ausgeschrieben werden. Die Leistungen seien abtrennbar. Für Serviceleistungen sei eine getrennte Vergabe üblich.

Die Vergabekammer (VK) weist den Nachprüfungsantrag zurück. Sie folgt der Argumentation des öAG, die Errichtung der Infrastruktur der digitalen Alarmierung lasse keine Losbildung zu, damit ein reibungslos funktionierendes Gesamtsystem entstehe. Das Risiko kleinster Inkompatibilitäten müsse nicht eingegangen werden.



OLG Karlsruhe,

Beschl. v. 11.11.2020 – 15 Verg 6/20

Entscheidung (I):

Die gegen den Beschluss der VK gerichtete sofortige Beschwerde hat Erfolg. Es liegt nach Auffassung des OLG ein **Verstoß gegen das Gebot der Fachlosbildung** aus § 97 Abs. 4 GWB vor.

Dies gelte sowohl für die

1. Montage von Antennenmasten mit den damit verbundenen Blitzschutz- und Elektrikerarbeiten als auch
2. für die Service- und Wartungsleistungen des in Betrieb genommenen Alarmierungssystems.

Die Leistungen sind teilbar. Es gebe Unternehmen, die diese Leistungen ausführen könnten. Der AG hat keine überwiegenden wirtschaftlichen und technischen Gründe für eine Gesamtvergabe vorgebracht.



OLG Karlsruhe,

Beschl. v. 11.11.2020 – 15 Verg 6/20

Entscheidung (II):

Einer Fachlosbildung bezogen auf die Service- und Wartungsleistungen steht auch der Umstand, dass diese Leistungen systemabhängig sind und deshalb erst nach Beauftragung des Fachloses für das digitale Alarmierungssystem einschließlich der Infrastruktur vergeben werden können, nicht entgegen.

Die Vergabe dieses Loses hat zeitlich versetzt zu erfolgen.

Die Schwierigkeit, Mängel des digitalen Alarmierungssystems von einer nicht mangelbedingten Wartungs- und Instandhaltungsbedürftigkeit während der Gewährleistungsphase abzugrenzen, rechtfertigt eine Gesamtvergabe für einen Zeitraum von 48 Monaten nicht.



OLG Brandenburg,

Beschl. v. 08.07.2021 – 19 Verg 2/21

Sachverhalt:

Im Rahmen des "Digitalpakts Schule" waren in zwei Losen hunderte Tablets nebst Zubehör ausgeschrieben worden.

Da aufgrund eines früheren **Pilotprojekts** bereits **Apple iPads** angeschafft worden waren, hatte der Auftraggeber (AG) wegen der gewünschten Einheitlichkeit der Geräte und wegen der notwendigen Integration in die vorhandene Systemarchitektur nunmehr produktspezifisch Tablets und Tastaturen sowie Pencils des Herstellers Apple ausgeschrieben.

Dagegen wandte sich Antragsteller, der mit dem Betriebssystem Android ausgestattete Tablets vertreibt. Seine Produkte seien gleichwertig und ließen sich ohne zu großen Aufwand in die vorhandene IT-Landschaft integrieren und parallel mit den iOS-Geräten betreiben.

Nachdem die Vergabekammer den Nachprüfungsantrag abgelehnt hatte, legte der Antragsteller sofortige Beschwerde ein.



OLG Brandenburg,

Beschl. v. 08.07.2021 – 19 Verg 2/21

Sachverhalt:

Im Rahmen des "Digitalpakts Schule" waren in zwei Losen hunderte Tablets nebst Zubehör ausgeschrieben worden.

Da aufgrund eines früheren **Pilotprojekts** bereits **Apple iPads** angeschafft worden waren, hatte der Auftraggeber (AG) wegen der gewünschten Einheitlichkeit der Geräte und wegen der notwendigen Integration in die vorhandene Systemarchitektur nunmehr produktspezifisch Tablets und Tastaturen sowie Pencils des Herstellers Apple ausgeschrieben.

Dagegen wandte sich Antragsteller, der mit dem Betriebssystem Android ausgestattete Tablets vertreibt. Seine Produkte seien gleichwertig und ließen sich ohne zu großen Aufwand in die vorhandene IT-Landschaft integrieren und parallel mit den iOS-Geräten betreiben.

Nachdem die Vergabekammer den Nachprüfungsantrag abgelehnt hatte, legte der Antragsteller sofortige Beschwerde ein.



OLG Brandenburg,

Beschl. v. 08.07.2021 – 19 Verg 2/21

Entscheidung (I):

Ohne Erfolg! Das OLG lehnt schon im Eilverfahren die Verlängerung der aufschiebenden Wirkung ab, da das Rechtsmittel keine Aussicht auf Erfolg habe.

Das Gericht referiert zunächst die Grundsätze produktneutraler Beschaffung, die das Leistungsbestimmungsrecht des AG begrenzen:

Eine produktspezifische Ausschreibung ist danach **rechtfertigungsbedürftig**, aber auch **rechtfertigbar**, wenn der AG sich auf

nachvollziehbare und

tatsächlich bestehende Gründe berufen kann,

die willkür- und diskriminierungsfrei

die Vorgabe eines bestimmten Produkts erlauben.



OLG Brandenburg,

Beschl. v. 08.07.2021 – 19 Verg 2/21

Entscheidung (II):

Im Bereich der IT kann insbesondere

die Notwendigkeit, eine **vorhandene IT-Struktur zu nutzen und weiterzuentwickeln**, die Festlegung auf bestimmte Produkte legitimieren.

Die **Vermeidung von Fehlfunktionen und Kompatibilitätsproblemen** sei im Interesse der Systemsicherheit ein legitimes Ziel. Die Annahme, dass der Mischbetrieb von Endgeräten mit unterschiedlichen Betriebssystemen fehleranfällig sei, überzeugt den Vergabesenat.

Auch **Mehraufwand für Schulung von Lehrkräften** sowie

technische Herausforderungen beim Herunterladen von Apps seien zu Recht zu besorgen.

Schließlich erkennt das OLG auch angeführte **Vorteile der Apple-Tablets** an, auf die sich der AG berufen hatte.

All diese Argumente kann der AG anführen, ohne vorher eine aufwändige Markterkundung durchzuführen, dazu ist er nicht verpflichtet.



VK Südbayern,

Beschl. v. 15.11.2021 – 3194.Z3 3_01 21 20

Entscheidung (I):

1. Ist der Schlusstermin für den Eingang der Angebote mit einem Datum und z. B. 10:00 Uhr Ortszeit angegeben, endet die Angebotsfrist "Punkt" 10 Uhr, d. h. um 10:00:00 Uhr, und nicht erst um 10:00:59 Uhr, d. h. mit Umspringen der Uhr auf 10:01(:00) Uhr (VK Bund, Beschluss vom 26.10.2016 VK 1 92/16).
2. Bei einer Angebotsabgabe mit elektronischen Mitteln über eine E-Vergabepattform ist für den maßgeblichen Zugangszeitpunkt eines Angebots nicht auf die Abrufbarkeit (bzw. Öffnungsmöglichkeit) der Angebotsdatei durch den Auftraggeber **abzustellen**, sondern **auf den vollständigen Upload der übermittelten Angebotsdaten auf den Server der von der Antragsgegnerin genutzten Vergabepattform**.
3. Verzögerungen durch Bearbeitungsschritte der bereits eingegangenen Angebotsdaten wie Verschlüsselung und Umspeichern in den gesicherten Auftraggeberbereich auf der E-Vergabepattform führen nicht zu einer faktischen Verkürzung der Angebotsfrist.



VK Südbayern,

Beschl. v. 15.11.2021 – 3194.Z3 3_01 21 20

Entscheidung:

4. § 312i Abs. 1 Satz 2 BGB ist für den Zugang des Angebots in einem elektronisch durchgeführten Vergabeverfahren **nicht** entsprechend anzuwenden.

„Bestellung und Empfangsbestätigung [...] gelten als zugegangen, wenn die Parteien, für die sie bestimmt sind, sie unter gewöhnlichen Umständen **abrufen** können.“

5. Der Betreiber der E-Vergabepattform ist auch hinsichtlich des Empfangs der Angebotsdaten als Erfüllungsgehilfe des Auftraggebers nach § 278 BGB anzusehen.



BayObLG,

Beschl. v. 20.01.2022 – Verg 7/21

Sachverhalt:

- Beschaffung der ersten zugelassenen Corona Schnelltests zur Eigenanwendung (z.B. in den Schulen) in Februar 2021
- Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb nach § 14 Abs. 4 Nr. 3 VgV mit drei aufgeforderten Bietern
- Zum Zeitpunkt der Aufforderung zur Angebotsabgabe gab es – wie der AG wissen musste – vier oder fünf leistungsfähige Unternehmen, deren Tests kurz vor der Zulassung durch die BfArM standen.
- Ohne nachvollziehbare Begründung oder Dokumentation forderte der AG neben zwei leistungsfähigen auch ein Unternehmen auf, das noch nicht einmal einen Zulassungsantrag für seinen Test bei der BfArM gestellt hatte und evident nicht leistungsfähig war.
- Den Zuschlag erhielt eines der aufgeforderten leistungsfähigen Unternehmen.
- Eines der übergangenen leistungsfähigen Unternehmen stellte Nachprüfungsantrag mit dem Ziel nach § 135 Abs. 1 Nr. 2 GWB die Nichtigkeit des geschlossenen Vertrags feststellen zu lassen.
- Die Vergabekammer Südbayern gab diesem Antrag statt und stellte die Nichtigkeit des Vertrags fest. Hiergegen erhob der AG sofortige Beschwerde.



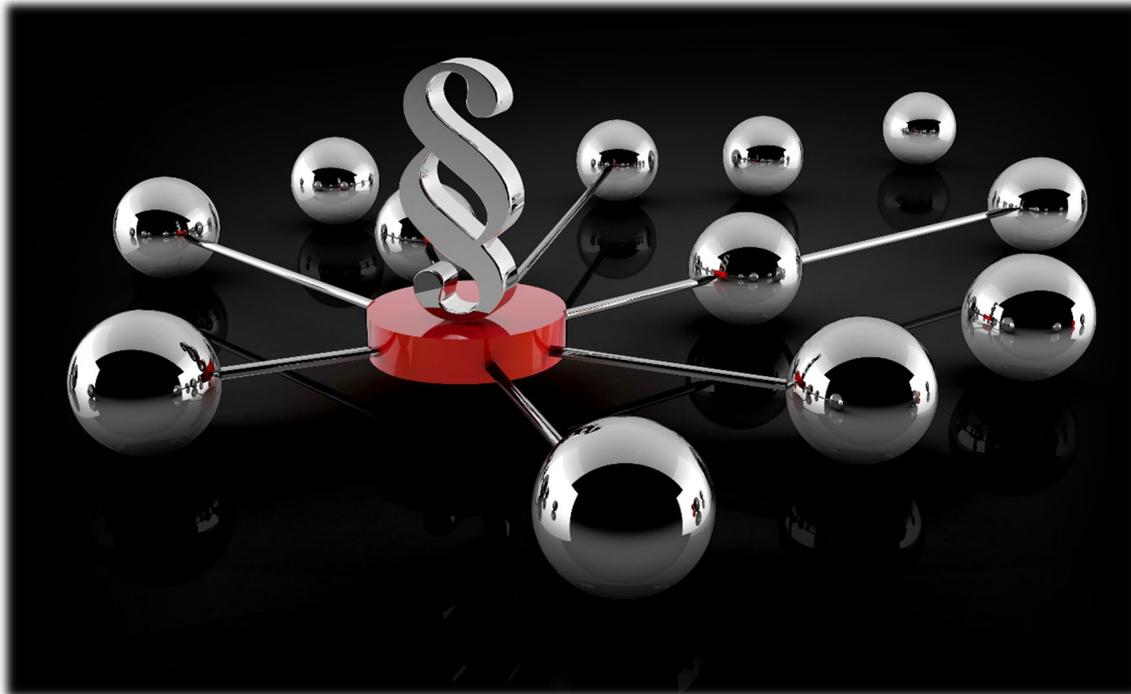
BayObLG,

Beschl. v. 20.01.2022 – Verg 7/21

Entscheidung:

1. Durfte die Vergabestelle einen Auftrag in einem Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb und somit ohne europaweite Bekanntmachung vergeben, da ein Fall der äußersten Dringlichkeit i. S. des § 14 Abs. 4 Nr. 3 VgV vorlag und hat sie für einen ausreichenden Wettbewerb gesorgt, indem sie (mindestens) drei Unternehmen zur Angebotsabgabe aufgefordert hat, führt die bloße fehlerhafte Auswahl der Bieter nicht zur Unwirksamkeit des Vertrags nach § 135 Abs. 1 Nr. 2 GWB.
2. In einem solchen Fall kann die Nachprüfungsinstanz entsprechend § 168 Abs. 2 Satz 2 GWB als Minus zum Antrag auf Unwirksamkeit des geschlossenen Vertrags feststellen, dass der Antragsteller, der sich zulässigerweise mit einem Nachprüfungsantrag gegen den erteilten Zuschlag gewandt hat, durch die fehlerhafte Bieterauswahl in seinen Rechten verletzt ist.

Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit!



Günther Pinkenburg, LL.M.

Rechtsanwalt

Fachanwalt für IT-Recht

Fachanwalt für Vergaberecht

Geschäftsführender Gesellschafter

MAYBURG

Rechtsanwalts-gesellschaft mbH

Paul-Wassermann-Str. 3

81829 München

Tel 089 45108896-0

Fax 089 45108896-9

pinkenburg@mayburg.de

www.mayburg.de