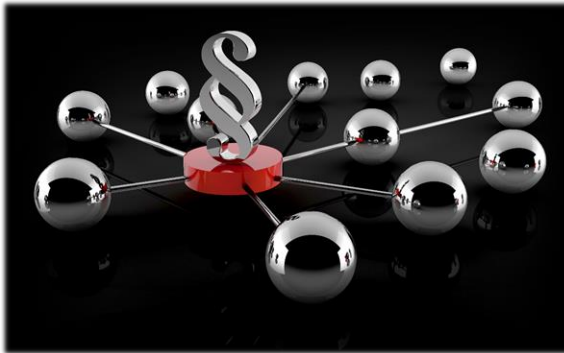


## Kundentagung der Administration Intelligence AG 2023 **Vergabe(recht) aktuell**

B. Neumann an der Residenz Würzburg | 30. März 2023



**Günther Pinkenburg, LL.M.**  
Rechtsanwalt  
Fachanwalt für IT-Recht  
Fachanwalt für Vergaberecht  
Geschäftsführender Gesellschafter

**MAYBURG**  
Rechtsanwaltsgesellschaft mbH  
Paul-Wassermann-Str. 3  
81829 München  
Tel 089 45108896-0  
Fax 089 45108896-9

[pinkenburger@mayburg.de](mailto:pinkenburger@mayburg.de)  
[www.mayburg.de](http://www.mayburg.de)

1

### **Ihr Referent**

**Günther Pinkenburg, LL.M.**

- Rechtsanwalt und Geschäftsführender Gesellschafter der MAYBURG Rechtsanwaltsgesellschaft 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 (DFV)
- Mit-Autor „Praxiskommentar Vergaberecht“ (Weka Verlag)
- Mit-Autor „Handbuch des Vergaberechts (Werner Verlag), 2. Aufl. 2021
- Mit-Autor „Beck'sche Kurzkommentare VgV/UVgO“, (Beck Verlag), 1. Aufl. 2023
- Freier Mitarbeiter der Feuerwehr-Fachzeitschrift „BRANDSchutz“
- Lehrbeauftragter an der
  - Bayerischen Verwaltungsschule (BVS),
  - Hochschule für den öffentlichen Dienst in Bayern (HföD Hof) und
  - FOM Hochschule für Oekonomie & Management gemeinnützige GmbH
- Ehrenamtlicher Mitarbeiter im Landesfeuerwehrverband Bayern e. V.
- Aktives Feuerwehrmitglied seit 1991
- ITIL v3 Foundation, ISO 27001, Projektmanagement

2

2

**MAYBURG Rechtsanwaltsgesellschaft mbH**

forum vergabe  
 DeutscherAnwaltVerein  
 vfdb  
 DEUTSCHER FEUERWEHR VERBAND  
 LFV LANDESFEUERWEHRVERBAND BAYERN  
 davit DAV IT-MITGLIED

FOCUS TOP WIRTSCHAFTS-KANZLEI 2022 IT & TK  
 FOCUS TOP WIRTSCHAFTS-KANZLEI 2021 IT & TK

**3**

3

**Der Kracher: ANBest 2023 in Bayern !**

Bis 31.12.2022:

**3. Vergabe von Aufträgen und Ausführung**

Bei der Vergabe von Aufträgen zur Erfüllung des Zuwendungszwecks sind die Vergabegrundsätze anzuwenden, die das Staatsministerium des Innern, für Sport und Integration im Einvernehmen mit dem für Finanzen zuständigen Staatsministerium auf Grund des § 31 Abs. 2 KommHV-Kameralistik und § 30 Abs. 2 KommHV-Doppik bekannt gegeben hat. Weitergehende Bestimmungen, die den Zuwendungsempfänger zur Anwendung von Vergabevorschriften verpflichten (z.B. die §§ 97 ff. GWB in Verbindung mit der Vergabeverordnung oder der Sektorenverordnung oder der Konzessionsvergabeverordnung und Abschnitt 2 der VOB/A) sind zu beachten.

**4**

4

## **Der Kracher: ANBest 2023 in Bayern !**

Seit 01.01.2023:

### **3. Vergabe von Aufträgen**

Direktaufträge sind nur zulässig nach Maßgabe der für Kommunen geltenden Vergabegrundsätze, die das Staatsministerium des Innern, für Sport und Integration im Einvernehmen mit dem für Finanzen zuständigen Staatsministerium auf Grund des § 31 Abs. 2 KommHV-Kameralistik und § 30 Abs. 2 KommHV-Doppik bekannt gegeben hat, sowie gegebenenfalls weitergehender Bestimmungen, die den Zuwendungsempfänger zur Anwendung von Vergabevorschriften verpflichten (z. B. Teil 4 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen – GWB).

5

5

## **Keine IT- und Cloud-Dienstleistungen von EU-Töchtern amerikanischer Firmen**

VK Baden-Württemberg,  
Beschl. v. 13.07.2022 – 1 VK 23/22 *(aufgehoben!)*

### Sachverhalt:

Es ging um die Beschaffung einer Software durch die öffentliche Hand.

In dem Angebot eines Bieters wurde die Server- und Hostingleistung durch eine in der EU-ansässige Firma erbracht. Es handelte sich dabei um die Tochtergesellschaft eines US-Mutter-Konzerns.

Nun stellte sich die Frage, inwieweit dies DSGVO-konform ist.

6

6

## **Keine IT- und Cloud-Dienstleistungen von EU-Töchtern amerikanischer Firmen**

VK Baden-Württemberg,  
Beschl. v. 13.07.2022 – 1 VK 23/22 (aufgehoben!)

### Entscheidung:

Nach Ansicht der Kammer verletzt das Angebot geltendes Datenschutzrecht:  
Es sei datenschutzwidrig, IT- und Clouddienstleistungen an EU-Töchter amerikanischer Firmen zu vergeben. Denn durch die Einbindung in den Konzern-Verbund bestehe die akute Gefahr, dass eine unzulässige Datenübermittlung in die USA erfolgt.

7

7

## **Keine IT- und Cloud-Dienstleistungen von EU-Töchtern amerikanischer Firmen**

VK Baden-Württemberg,  
Beschl. v. 13.07.2022 – 1 VK 23/22 (aufgehoben!)

### Entscheidung:

*„In dem Einsetzen von X. als Hosting-Dienstleister ist eine Übermittlung im Sinne der Art. 44 ff. DS-GVO zu sehen. (...).*

*Der Übermittlungsbegriff ist im Lichte des weit gefassten Wortlauts des Art. 44 S. 1 DS-GVO sowie der in Art. 44 S. 2 DS-GVO niedergelegten Anweisung in Bezug auf die Normanwendung auszulegen und damit umfassend zu verstehen: Übermittlung ist 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 (...).*

*Gemessen an diesen Maßstäben führt der von der Beigeladenen beabsichtigte Einsatz der X., eine europäische Gesellschaft, deren Muttergesellschaft die in den USA ansässige X. Inc. ist, zu einer unzulässigen Datenübermittlung in ein Drittland.“*

8

8

## **Keine IT- und Cloud-Dienstleistungen von EU-Töchtern amerikanischer Firmen**

VK Baden-Württemberg,

Beschl. v. 13.07.2022 – 1 VK 23/22 (aufgehoben!)

### Entscheidung:

„Die Beauftragung der X. durch die Beigeladene basiert unter anderem auf dem „X. GDPR DATA PROCESSING ADDENDUM“. Diese Vereinbarung enthält unter Ziffer 3 eine Klausel, die die Vertraulichkeit von Kundendaten zum Gegenstand hat („Confidentiality of Customer Data“). Nach dieser Klausel darf auf die Kundendaten seitens X. weder zugegriffen noch dürfen diese verwendet oder an Dritte weitergegeben werden, es sei denn, dies ist zur Aufrechterhaltung oder Bereitstellung der Dienste oder zur Einhaltung von Gesetzen oder wirksamen und rechtskräftigen Anordnungen staatlicher Stellen erforderlich. (...)

Ziffer 3 und 12.1 des „X. GDPR DATA PROCESSING ADDENDUM“ sind generalklauselartig gestaltet und eröffnen sowohl staatlichen als auch privaten Stellen außerhalb der EU und insbesondere in den USA im Rahmen der im konkreten Fall jeweils anwendbaren vertraglichen oder gesetzlichen Ermächtigungen eine Möglichkeit, in bestimmten Situationen auf bei der X. gespeicherte Daten zuzugreifen. (...)

Schließlich kann sich das latente Risiko jederzeit realisieren. Die Beigeladene gibt durch die Eingehung der Vereinbarung mit X. die Einflussmöglichkeiten im Hinblick auf die der X. anvertrauten Daten jedenfalls partiell aus der Hand.“

9

9

## **(Doch) kein pauschaler Ausschluss eines Vergabeangebots mit Einbindung eines US-Hosting-Diensts**

OLG Karlsruhe,

Beschl. v. 07.09.2022 – 15 Verg 8/22

### Entscheidung: Von Erfüllbarkeit der vertraglichen Zusagen ist auszugehen

„Die Anbieterin eines digitalen Entlassmanagements für Patienten ist nicht allein deswegen aus einem kommunalen Vergabeverfahren auszuschließen, weil sie die luxemburgische Tochtergesellschaft eines US-amerikanischen Unternehmens als Hosting-Dienstleisterin einbinden will. Die Auftraggeber dürften sich auf die Zusagen der Anbieterin verlassen, dass die Daten ausschließlich in Deutschland verarbeitet und in kein Drittland übermittelt würden, so das Oberlandesgericht Karlsruhe.“

Bei Nachprüfung einer Vergabeentscheidung sei grundsätzlich davon auszugehen, dass ein Bieter seine vertraglichen Zusagen erfüllen werde. Erst wenn sich aufgrund konkreter Anhaltspunkte Zweifel daran ergäben, müsse der öffentliche Auftraggeber ergänzende Informationen einholen und die Erfüllbarkeit des Leistungsversprechens prüfen. Im entschiedenen Fall hätte die Anbieterin jedoch eindeutige Zusicherungen zu dem Inhalt des Vertrags zwischen ihr und der luxemburgischen Holding-Dienstleisterin gemacht. Danach dürften Daten ausschließlich an diese luxemburgische Gesellschaft übermittelt und ausnahmslos von ihr und nur in Deutschland verarbeitet werden.“

10

10

## **(Doch) kein pauschaler Ausschluss eines Vergabeangebots mit Einbindung eines US-Hosting-Diensts**

OLG Karlsruhe,  
Beschl. v. 07.09.2022 – 15 Verg 8/22

Entscheidung: Datenschutzversprechen nicht zweifelhaft

*„Die Krankenhausgesellschaften könnten auf dieser Grundlage berechtigt darauf vertrauen, dass die Anbieterin diese Vorgaben auch in ihrem Verhältnis zur Hosting-Dienstleisterin vertragsgemäß umsetzen werde. Sie müssten nicht damit rechnen, dass die luxemburgische Gesellschaft vertragswidrige und gegen europäisches Recht verstoßende Weisungen befolgen und personenbezogene Daten in die USA übermitteln werde. Die Konzernbindung allein genüge nicht, die Erfüllbarkeit des Leistungsversprechens zu bezweifeln. Das von den Krankenhausgesellschaften bevorzugte Angebot weiche damit nicht von den bei der Ausschreibung formulierten Anforderungen an Datenschutz und IT-Sicherheit ab.“*

Anmerkung:

**Argumentation letztlich vergleichbar der sog. no-spy-Thematik**

11

11

## **Cloud, die Dritte!**

VK Südbayern,  
Beschl. v. 08.02.2023 – 3194.Z3-3\_01-22-42

Sachverhalt (I):

- Ort der Leistungserbringung ausschließlich in der Bundesrepublik Deutschland, einem Mitgliedsstaat der Europäischen Union oder einem Vertragsstaat des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum liegen dürfe
- AN müsse Erfüllung der ihn betreffenden im Datenschutzkonzept dargestellten und regulatorischen datenschutzrechtlichen Anforderungen sicherstellen
- Ressourcen Standort und Datenverarbeitung des Cloud-Services für das TNA-System die Europäische Union bzw. der Europäische Wirtschaftsraum
- In Wertungskriterien war für das Datenschutzkonzept als Ziel angegeben, dass auf Grundlage des Konzeptes gewährleistet sein soll, dass die Leistung des Bieters den Anforderungen der datenschutzrechtlichen Regulierungen entspricht und persönliche Daten höchstmöglich geschützt sind.

12

12

## Cloud, die Dritte!

VK Südbayern,

Beschl. v. 08.02.2023 – 3194.Z3-3\_01-22-42

### Sachverhalt (II):

- ✓ Das Datenschutzkonzept der Antragstellerin enthielt unter anderem die Aussage, dass ruhende Daten sowie Datenübertragungen innerhalb und außerhalb der A...-Cloud grundsätzlich von M... verschlüsselt werden würden.
- ✓ Die genutzten Rechenzentren seien in Frankfurt am Main und in Berlin.
- ✓ Außerdem werde die Antragstellerin die Bring-Your-Own-Key-Funktionalität nutzen, hierfür werde der Zugangsschlüssel für die TNA-Cloud von der Antragstellerin selbst generiert und verwaltet.
- ✓ Weiter erklärte die Antragstellerin in ihrem Datenschutzkonzept, dass immer mindestens ein kundenseitiger Schlüssel verwendet werde um auf diese Weise sicherzustellen, dass M... oder Unterauftragnehmer zu keinem Zeitpunkt Zugriff auf die Daten in der TNA-Cloud erhalten können.

13

13

## Cloud, die Dritte!

VK Südbayern,

Beschl. v. 08.02.2023 – 3194.Z3-3\_01-22-42

### Sachverhalt (III):

- Bayerischen Landesamts für Datenschutzaufsicht → i.O.
- Bayerische Landesbeauftragte für den Datenschutz → nicht i. O.
- Angebotsausschluss (wg. Verstoß gg. DSGVO und Verstoß gegen die Anforderungen zum Ort der Datenverarbeitung und zum Ort der Leistungserbringung )
- NPV

14

14

## Cloud, die Dritte!

VK Südbayern,

Beschl. v. 08.02.2023 – 3194.Z3-3\_01-22-42

### Entscheidung (I):

1. Der öffentliche Auftraggeber kann ein Angebot dann nach § 57 Abs. 1 Nr. 4 VgV ausschließen, wenn er im Rahmen der Prüfung der fachlichen Richtigkeit nachweisen kann, dass ein Angebot gegen die Vorgaben der Vergabeunterlagen verstößt.
2. Führt der öffentliche Auftraggeber eine Angebotsaufklärung durch, so hat er die von ihm als aufklärungsbedürftig erkannten Punkte klar und unmissverständlich dem Bieter mitzuteilen und konkrete Fragen zu stellen.
3. Ein öffentlicher Auftraggeber darf seine Beurteilung, ob ein Angebot hinsichtlich komplexer technischer und rechtlicher Fragen den Vergabeunterlagen entspricht nicht auf die Beurteilung externer Sachverständiger oder von Fachbehörden stützen, wenn diese ihrer Beurteilung ersichtlich nicht den vollständigen Sachverhalt oder alle relevanten Punkte zugrunde gelegt haben. (hier: **Verschlüsselungsthematik**)

15

15

## Cloud, die Dritte!

VK Südbayern,

Beschl. v. 08.02.2023 – 3194.Z3-3\_01-22-42

### Entscheidung (II):

4. Bedient sich der öffentliche Auftraggeber bei der Überprüfung der fachlichen Richtigkeit des Sachverstandes von Dritten, so ist er verpflichtet, diesen die für die Überprüfung relevanten Umstände und Punkte umfassend mitzuteilen und die Antwort daraufhin zu überprüfen, ob auch alle essentiellen Fragen und Punkte gewürdigt wurden.
5. Entscheidet sich ein öffentlicher Auftraggeber einen Bieter auszuschließen so hat er zu dokumentieren, welche Aspekte er bei dieser Entscheidung berücksichtigt hat, welches Gewicht er ihnen zugemessen hat und was die tragenden Argumente für diese Entscheidung waren. Je komplexer die Prüfung des Ausschlussgrunds war, desto höhere Anforderungen werden auch an die Dokumentation der Entscheidung gestellt

16

16



## Nur mal so am Rande... Cloud vs. CPV-Codes

- „Cloud“ ... gibt's nicht.
- 72400000-4 Internetdienste
  - 72410000-7 Diensteanbieter

PROBLEM: Im eVergabe-System den „Dienstleistungen“ zugeteilt, was bei Vorabauswahl „Lieferleistung“ (wg. Miete, vgl. § 103 Abs. 2 S. 1 GWB) zu einem Inkompatibilitätsfehler führen kann.

- 48000000-8 Softwarepaket und Informationssysteme  
VORTEIL: Fällt unter „Lieferung“, damit Miete sinnvoll möglich.  
PROBLEM: Es geht eher um die Software an sich, als um die Art von deren Bereitstellung.
- Dann beides zusammen angeben? → Dürften die eVergabe-Systeme nicht akzeptieren.

→ In jedem Fall: Eindeutig-klare Klarstellung in der Auftragsbekanntmachung.

17

17

## Dürfen auch strengere Anforderungen an die Leistungsfähigkeit gestellt werden?

EuGH,  
Urt. v. 31.03.2022 – Rs. C-195/21

Entscheidung:

Art. 58 Abs. 1 und 4 der Richtlinie 2014/24/EU [...] ist dahin auszulegen, dass ein öffentlicher Auftraggeber im Rahmen eines Verfahrens zur Vergabe eines öffentlichen Auftrags als **Auswahlkriterien zur technischen und beruflichen Leistungsfähigkeit** der Wirtschaftsteilnehmer **strengere Anforderungen als die insoweit von den nationalen Rechtsvorschriften festgelegten Mindestanforderungen aufstellen darf, soweit** mit den Anforderungen sichergestellt werden kann, dass

- ein Bewerber oder ein Bieter über die für die Ausführung des zu vergebenden Auftrags erforderliche technische und berufliche Eignung verfügt, **und**
- die Anforderungen mit dem Auftragsgegenstand in Verbindung **und**
- mit diesem in einem angemessenen Verhältnis stehen.

18

18

## Dürfen auch strengere Anforderungen an die Leistungsfähigkeit gestellt werden?

EuGH,

Urt. v. 31.03.2022 – Rs. C-195/21

- Art. 58 Abs. 1 und 4 der Richtlinie 2014/24/EU sind umgesetzt in § 122 GWB und § 46 Abs. 1 und 3 VgV.

- Interessant ist vor allem:

Art. 58 Abs. 4 Uabs. 1 und 2 der RiLi 2014/24/EU:

„Im Hinblick auf die technische und berufliche Leistungsfähigkeit **können** die öffentlichen Auftraggeber **Anforderungen stellen**, die sicher stellen, dass die Wirtschaftsteilnehmer über die erforderlichen personellen und technischen Ressourcen sowie Erfahrungen verfügen, um den Auftrag in angemessener Qualität ausführen zu können.

Die öffentlichen Auftraggeber können von den Wirtschaftsteilnehmern **insbesondere** verlangen, ausreichende Erfahrung durch geeignete Referenzen aus früher ausgeführten Aufträgen nachzuweisen. [...]“

§ 46 Abs. 3 VgV:

„Als Beleg der erforderlichen technischen und beruflichen Leistungsfähigkeit des Bewerbers oder Bieters **kann** der öffentliche Auftraggeber je nach Art, Verwendungszweck und Menge oder Umfang der zu erbringenden Liefer- oder Dienstleistungen **ausschließlich** die Vorlage von einer oder mehreren der folgenden Unterlagen **verlangen**: [...]“

19

19

## Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb mit nur einem Bieter kann zulässig sein!

EuGH

Urt. v. 16.06.2022 – Rs. C-376/21

Sachverhalt:

Der Auftraggeber (AG) schreibt die Bereitstellung von Technik, Ausstattung und Einrichtung zur mit europäischen Finanzmitteln geförderten Verbesserung der Bildungsinfrastruktur einer Schule öffentlich aus. Das einzige Angebot liegt über dem Doppelten des Schätzpreises.

Der AG hebt das Verfahren auf und schreibt die Leistungen in einem Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb mit nur einem Bieter neu aus.

Die Fördermittel werden daraufhin gekürzt, wogegen der AG klagt.

20

20

## **Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb mit nur einem Bieter kann zulässig sein!**

EuGH

Urt. v. 16.06.2022 – Rs. C-376/21

Entscheidung (I):

Mit Erfolg! Der AG darf die Fördermittel behalten.

Aus Art. 32 Abs. 2 a Richtlinie 2014/24/EU geht klar hervor, dass ein öffentlicher AG auf ein Verhandlungsverfahren ohne vorherige Veröffentlichung zurückgreifen kann, wenn **drei**

**Voraussetzungen kumulativ** erfüllt sind:

1. ... muss er dartun, dass er im Rahmen eines vorherigen offenen oder nichtoffenen Vergabeverfahrens kein oder zumindest kein geeignetes Angebot erhalten hat und, dass er das Verfahren aus diesem Grund eingestellt hat.
2. ... darf das anschließende Verhandlungsverfahren ohne vorherige Veröffentlichung die ursprünglichen Auftragsbedingungen nicht grundlegend ändern und
3. ... muss der AG imstande sein, der Kommission auf Anforderung einen Lagebericht vorzulegen.

21

21

## **Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb mit nur einem Bieter kann zulässig sein!**

EuGH

Urt. v. 16.06.2022 – Rs. C-376/21

Entscheidung (II):

Ein Angebot gilt dann als ungeeignet, wenn es ohne wesentliche Abänderung den in den Auftragsunterlagen genannten Bedürfnissen und Anforderungen des AG offensichtlich nicht entsprechen kann.

Das ist insbesondere dann der Fall, wenn es „**unannehmbar**“ i.S.v. Art. 26 Abs. 4 b Unterabs. 2 Richtlinie 2014/24/EU ist. Nach dieser Bestimmung werden insbesondere Angebote, deren Preis das vor Einleitung des Vergabeverfahrens festgelegte Budget des AG übersteigt, als unannehmbar angesehen.

Zudem ist das Verhalten eines AG, der beschließt, sich im Rahmen eines Verhandlungsverfahrens ohne vorherige Veröffentlichung an einen einzigen Wirtschaftsteilnehmer zu wenden, mit den in Art. 18 Abs. 1 Unterabs. 1 Richtlinie 2014/24/EU genannten Grundsätzen der Auftragsvergabe auch dann vereinbar, wenn der Gegenstand des fraglichen Auftrags nicht objektiv verlangt, sich an genau diesen Wirtschaftsteilnehmer zu wenden.

22

22

## **Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb mit nur einem Bieter kann zulässig sein!**

EuGH

Urt. v. 16.06.2022 – Rs. C-376/21

Entscheidung (III):

Das vorherige offene oder nichtoffene Verfahren und das anschließende Verhandlungsverfahren ohne vorherige Veröffentlichung bilden 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 kann.

In Deutschland: § 14 Abs. 3 Nr. 5 a. E. und § 14 Abs. 4 Nr. 1 VgV

23

23

## **Vergabe ohne Wettbewerb erst nach erfolglosem Wettbewerb!**

VK Nordbayern

Beschl. v. 14.09.2020 – RMF-SG21-3194-5-25

1. Ein Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb nach **§ 14 Abs. 4 Nr. 1 VgV** ist nur dann zulässig, wenn das vorangegangene offene/nichtoffene Verfahren nicht aus Gründen erfolglos geblieben ist, die dem Auftraggeber zuzurechnen sind.
  2. Die unzulässige Wahl eines Verhandlungsverfahrens verletzt die Rechte eines Unternehmens auch dann, wenn es sich mit einem Angebot am Verfahren beteiligen konnte, weil durch mögliche Verhandlungsrunden die Zuschlagschancen negativ beeinträchtigt werden können.
- Die Flucht in das Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb ist aufgrund der wettbewerbseinschränkenden Wirkung zu recht nur in engen Grenzen zulässig. Scheitert das wettbewerbliche Verfahren an eigenen Fehlern der Vergabestelle, muss dem Auftraggeber dieser Weg versperrt bleiben. Um eine Totalaufhebung zur Fehlerkorrektur zu vermeiden, bleibt dem Auftraggeber als **milderes Mittel** die Möglichkeit der **Teilrückversetzung** des Verfahrens

24

24

## Fristen bei der VK Südbayern...

### Zu § 134 GWB (Beschl. v. 04.08.2022 – 3194.Z3-3\_01-22-1):

- Erschwert der Auftraggeber die Inanspruchnahme von effektivem Rechtsschutz der Bieter dadurch unzumutbar, dass er die 10-tägige Wartefrist nach § 134 Abs. 1 GWB so über Feiertage und Wochenenden legt, dass einem Bieter für die Entscheidung über einen Nachprüfungsantrag praktisch **weniger als vier bis fünf Arbeitstage** verbleiben, wird die Frist nicht wirksam in Lauf gesetzt.
- Der Zeitraum für diese Entscheidung kann auch dadurch unzulässig faktisch verkürzt werden, dass der Auftraggeber **die einzigen Werktage im Jahr, an denen die Vergabekammer dienstfrei** hat (24.12. und 31.12.) und an denen kein Nachprüfungsantrag gestellt werden kann, in die Wartefrist einbezieht.

### Angebotsbindefristen (Beschl. v. 05.08.2022 – 3194.Z3-3\_01-22-29):

- Besondere Bedingungen der internen Willensbildung einer Kommune können zwar eine längere Bindefrist rechtfertigen. Jedoch sind Bindefristen, die die Regelfrist von 60 Kalendertagen nach § 10a EU Abs. 8 Satz 3 VOB/A 2019 übersteigen, nur ganz ausnahmsweise mit besonderer Begründung zulässig.
- Auch in sehr großen Kommunen mit aufwändigen internen Abläufen zur internen Willensbildung dürfen so lange Bindefristen (hier: 138 Tage) nicht zur Regel werden.

25

25

## Rechtsschutzlücke bei unzulässiger Direktvergabe?

### VK Südbayern

Beschl. v. 03.05.2021 – 3194.Z3-3\_01-21-26

#### Sachverhalt:

Ende 2020 war A mit Erdbauarbeiten beauftragt worden.

Im Frühjahr 2021 kündigte der Auftraggeber (AG) den Vertrag wegen Schlechtleistung; wenige Tage später vergab er die Restarbeiten ohne Durchführung eines Vergabeverfahrens an B. B war zuvor vom AG mit Erdbauarbeiten auf einem anderen Grundstück in einem anderen Stadtteil beauftragt worden.

Bei der Vergabe der Restarbeiten an B berief sich der AG auf **§ 132 Abs. 3 GWB**. Der Wert der Restarbeiten liegt bei ca. 12% des Werts des an B vergebenen „Hauptauftrags“ sowie unter dem Schwellenwert für Bauaufträge. A hält den grundstücksübergreifenden „Nachtrag“ für einen faulen Trick und macht mit einem Nachprüfungsantrag die Unwirksamkeit der Direktvergabe nach § 135 Abs. 1 Nr. 2 GWB geltend.

Zugleich beantragt er, dem AG gem. § 169 Abs. 3 GWB zu untersagen, den "Nachtrag" bis zu einer Entscheidung über den Nachprüfungsantrag weiter zu vollziehen.

26

26

## Rechtsschutzlücke bei unzulässiger Direktvergabe?

VK Südbayern

Beschl. v. 03.05.2021 – 3194.Z3-3\_01-21-26

§ 169 Abs. 3 GWB:

<sup>1</sup>Sind Rechte des Antragstellers aus § 97 Absatz 6 **im Vergabeverfahren** auf andere Weise als durch den drohenden Zuschlag gefährdet, kann die Kammer auf besonderen Antrag mit weiteren vorläufigen Maßnahmen in das Vergabeverfahren eingreifen. <sup>2</sup>Sie legt dabei den Beurteilungsmaßstab des Absatzes 2 Satz 1 zugrunde. <sup>3</sup>Diese Entscheidung ist nicht selbständig anfechtbar. <sup>4</sup>Die Vergabekammer kann die von ihr getroffenen weiteren vorläufigen Maßnahmen nach den Verwaltungsvollstreckungsgesetzen des Bundes und der Länder durchsetzen; die Maßnahmen sind sofort vollziehbar. <sup>5</sup>§ 86a Satz 2 gilt entsprechend.

27

27

## Rechtsschutzlücke bei unzulässiger Direktvergabe?

VK Südbayern

Beschl. v. 03.05.2021 – 3194.Z3-3\_01-21-26

Entscheidung:

1. § 169 Abs. 3 GWB gilt damit nach seinem klaren Wortlaut nur in einem Vergabeverfahren und erlaubt nur Einwirkungen auf ein Vergabeverfahren.
2. § 169 Abs. 3 GWB bietet keine Rechtsgrundlage, um die weitere Durchführung eines geschlossenen Vertrags, der unter Verstoß gegen die Verpflichtung zur Durchführung eines europaweiten Vergabeverfahrens geschlossen wurde, zu untersagen.
3. Es spricht viel dafür, dass die Bundesrepublik Deutschland mit der derzeitigen Fassung des § 169 Abs. 3 GWB bzw. der fehlenden Möglichkeit, überhaupt vor den Nachprüfungsinstanzen gegen einen faktischen Vollzug eines öffentlichen Auftrags, der unter Verstoß gegen die Verpflichtung zur Durchführung eines europaweiten Vergabeverfahrens geschlossen wurde, mit vorläufigen Maßnahmen vorzugehen, Art. 2 Abs. 1 Ziff. a Rechtsmittelrichtlinie 2007/66/EG unzureichend umgesetzt hat.
4. Allerdings wendet sich Art. 2 Abs. 1 a Richtlinie 2007/66/EG ausschließlich an die Mitgliedstaaten, so dass eine direkte Anwendung der Richtlinie nicht in Betracht kommt.

28

28

## **Fachübergreifender Lösungsvorschlag gewünscht: Gesamtvergabe möglich!**

VK Südbayern  
Beschl. v. 21.03.2022 - 3194.Z3-3\_01-21-51

### Sachverhalt:

Der AG schreibt Generalplanungsleistungen für den Neubau eines Hallenbades aus. Der antragstellende Bieter will hingegen erreichen, dass die einzelnen Planungsdisziplinen losweise vergeben werden.

Der AG führt zahlreiche Aspekte für die Generalplanervergabe ins Feld:

- So könne er bei einem derart komplexen Bauvorhaben nicht riskieren, dass es zu Problemen an den Schnittstellen der verschiedenen Fachplanungen kommt.
- Zudem könne das energetische Innovationspotenzial zur Reduzierung des CO<sup>2</sup>-Ausstoßes nur durch eine fachübergreifende Planung sichergestellt werden.
- Schließlich sollen die Bieter fachplanungsübergreifende Lösungsvorschläge bereits im Verhandlungsverfahren einreichen, was bei einer losweisen Vergabe nicht möglich ist.

29

29

## **Fachübergreifender Lösungsvorschlag gewünscht: Gesamtvergabe möglich!**

VK Südbayern  
Beschl. v. 21.03.2022 - 3194.Z3-3\_01-21-51

### Entscheidung (I):

Die Generalplanervergabe ist zulässig. Allerdings sind die vom AG vorgebrachten Gründe nur teilweise stichhaltig. § 97 Abs. 4 GWB enthält ein klares Regel-Ausnahme-Verhältnis zu Gunsten der losweisen Vergabe. Dies bedeutet allerdings nicht, dass eine Gesamtvergabe überhaupt nur bei Vorliegen eines objektiv zwingenden Grunds erfolgen darf. Daher hat der AG eine umfassende Interessenabwägung vorzunehmen, bei der ihm ein Beurteilungsspielraum zusteht.

**Unbehelflich** ist der Verweis des AG auf eine Schnittstellenproblematik, Schwierigkeiten bei der Durchsetzung von Gewährleistungsansprüchen, die notwendige Koordination mehrerer Fachplanungen usw. Hier hat der AG aber hinreichende technische Gründe dargetan. Es bestehen erhebliche Verknüpfungen der Anlagengruppen Badewassertechnik und Elektrotechnik mit dem Hochbau und der Tragwerksplanung.

30

30

## Fachübergreifender Lösungsvorschlag gewünscht: Gesamtvergabe möglich!

VK Südbayern  
Beschl. v. 21.03.2022 - 3194.Z3-3\_01-21-51

Entscheidung (II):

**Nachvollziehbar** ist insbesondere der Wunsch des AG, fachplanungsübergreifende Lösungsvorschläge bereits im Vergabeverfahren zu erhalten und diese in die Wertung einzubeziehen.

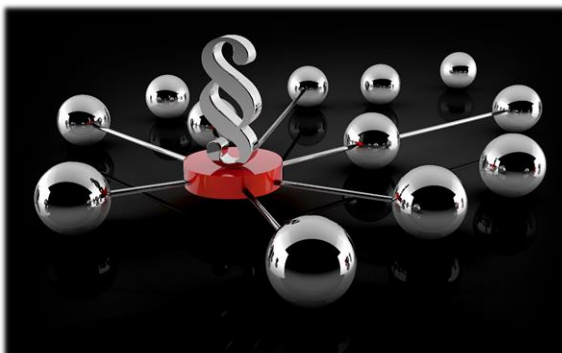
Denn bei der Abwägung zwischen losweiser und Gesamtvergabe sind auch die in § 97 Abs. 3 GWB normierten strategischen Ziele (Qualität, Innovation, soziale und umweltbezogene Aspekte) im Blick zu behalten. Würden die Planungsleistungen in Fachlosen oder Losgruppen vergeben, fände die übergreifende Abstimmung erst bei der Vertragsausführung statt.

- Bei Einsatzfahrzeugen: z. B. die Bewertung von Löschmittelmengen
- Bei Kommunalfahrzeugen: z. B. die Bewertung der Zuladung

31

31

## 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](mailto:pinkenburg@mayburg.de)  
[www.mayburg.de](http://www.mayburg.de)

32