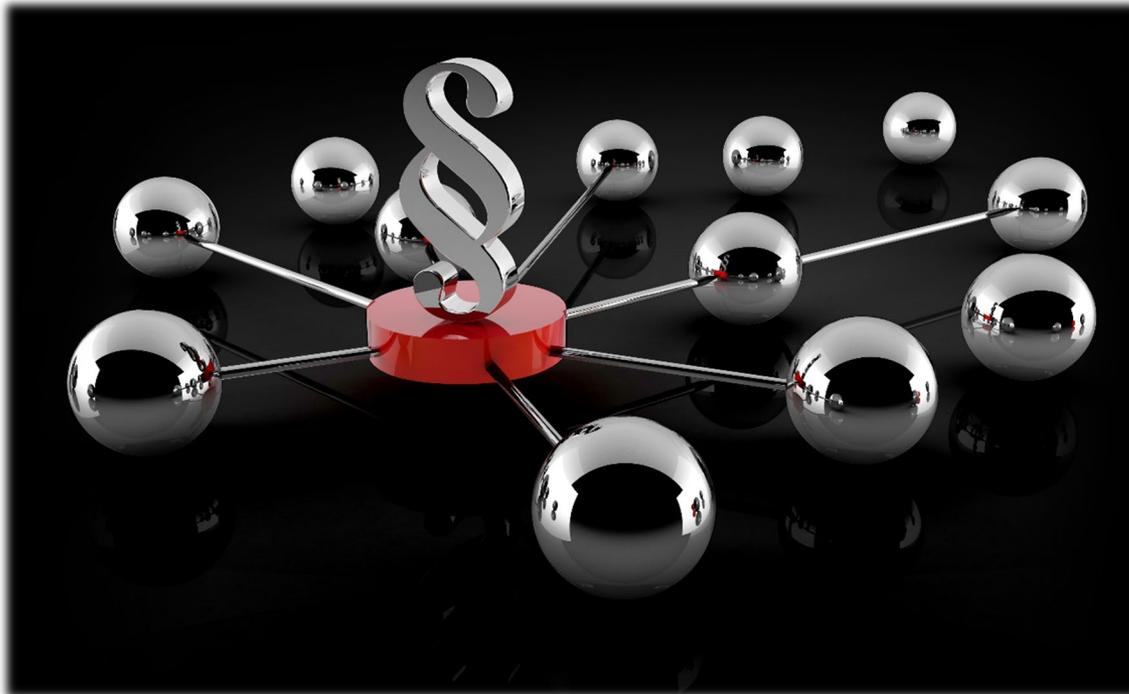


Kumentagung der Administration Intelligence AG 2024

Vergabe(recht) aktuell

Maritim Hotel Würzburg | 11. März 2024



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

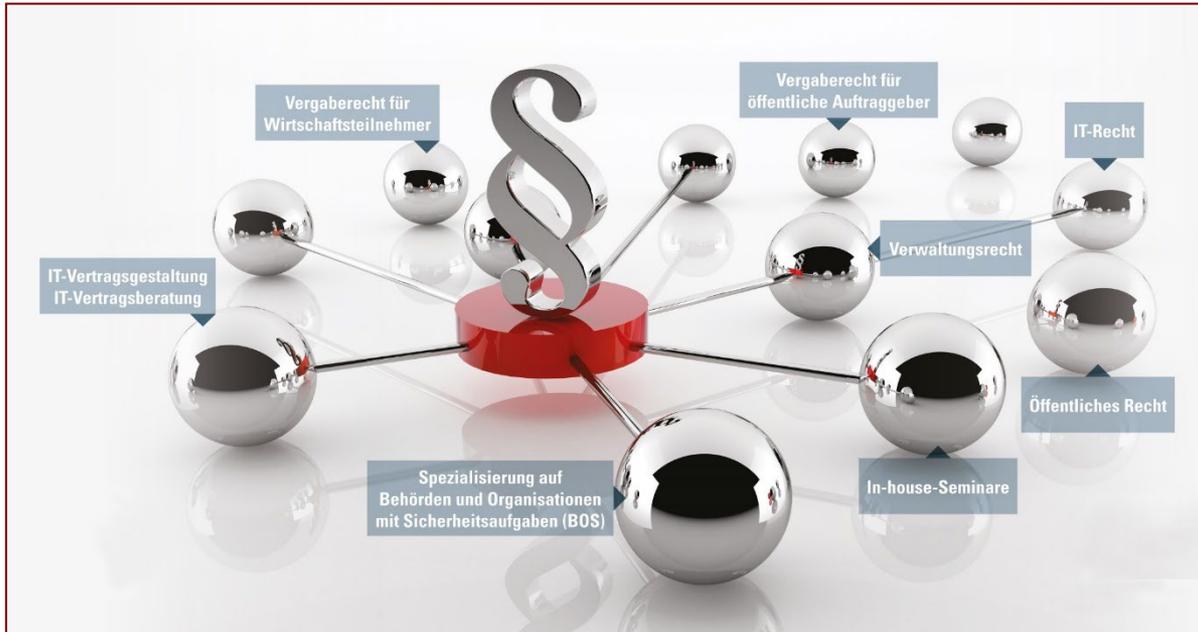
pinkenburg@mayburg.de

www.mayburg.de



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
- Mit-Autor „Praxishandbuch IT-Vergabe“ (Wolters Kluwer)
- 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



DeutscherAnwaltVerein





Seit 14.02.2024:

§ 3 Abs. 7 VgV – Schätzung des Auftragswerts

¹Kann das beabsichtigte Bauvorhaben oder die vorgesehene Erbringung einer Dienstleistung zu einem Auftrag führen, der in mehreren Losen vergeben wird, ist der geschätzte Gesamtwert aller Lose zugrunde zu legen. ²Erreicht oder überschreitet der geschätzte Gesamtwert den maßgeblichen Schwellenwert, gilt diese Verordnung für die Vergabe jedes Loses.

ALT:

¹Kann das beabsichtigte Bauvorhaben oder die vorgesehene Erbringung einer Dienstleistung zu einem Auftrag führen, der in mehreren Losen vergeben wird, ist der geschätzte Gesamtwert aller Lose zugrunde zu legen. ~~²Bei Planungsleistungen gilt dies nur für Lose über gleichartige Leistungen.~~ ³ Erreicht oder überschreitet der geschätzte Gesamtwert den maßgeblichen Schwellenwert, gilt diese Verordnung für die Vergabe jedes Loses.

Mia san mia; auch bei der Auftragswertschätzung!



BayStMWBV vom 18.12.203 (StMB-23-4001-4-6-18):

(in Auszügen)

„Danach besteht in Anlehnung an die Rechtsprechung des EuGHs eine Additions-
pflicht dann, wenn **ein enger funktionaler Zusammenhang** zwischen den
Planungsleistungen besteht.

Grundsätzlich sind dabei die unterschiedlichen Planungsleistungen im Rahmen eines
Bauprojekts mit Blick auf ihre jeweilige konkrete Funktion (z. B. Gebäudeplanung,
Erstellung einer Statik, Planung einer Technischen Gebäudeausrüstung) **einzeln zu
betrachten**.

Jedenfalls dann, wenn die Planungsleistungen **lückenlos aufeinander abgestimmt
und optimiert** sein müssen, um eine **Einheit ohne Schnittstellen** zu bilden, besteht ein
derart enger funktionaler Zusammenhang in obigem Sinne und die Auftragswerte der
betroffenen Planungsleistungen sind zusammenzurechnen (vgl. OLG München, Urteil
vom 13.03.2017, Verg 15/16).

Mia san mia; auch bei der Auftragswertschätzung!



BayStMWBV vom 18.12.203 (StMB-23-4001-4-6-18):

(in Auszügen)

Ein derart enger Zusammenhang wird z. B. gegeben sein bei:

- Hochtechnisierten Gebäuden (z. B. Laborgebäude, Operationszentren usw.)
- Ingenieurbauwerke wie z. B. Schöpfwerke, Tunnelbauwerke, Brückenbauwerke
- Planung eines Hallenbades
- Planung eines Rechenzentrums

In diesen und vergleichbaren Fällen wird eine Additionspflicht **für diejenigen Leistungen** bestehen, bei denen ein solch enger Zusammenhang gegeben ist. Dann müssten z. B. Gebäudeplanung und Technische Gebäudeausrüstung/Tragwerksplanung addiert werden.“

Mia san mia; auch bei der Auftragswertschätzung!



BayStMWBV vom 18.12.203 (StMB-23-4001-4-6-18):

(in Auszügen)

„Zumeist werden in solchen Fällen gleichzeitig auch technische Gründe im Sinne von § 97 Abs. 4 S. 3 GWB vorliegen, die die Zusammenfassung der betroffenen Leistungen und dadurch eine Vergabe an einen (Teil-)Generalplaner ermöglichen.“

Die ansonsten in vielen Leistungsbildern der HOAI bestehende **Verpflichtung** der Planer **zur Integration der Planungsleistungen** anderer an der Planung fachlich Beteiligter allein führt dagegen nach unserem Verständnis noch nicht zu einem derart engen funktionalen Zusammenhang und damit **nicht zu einer Additionspflicht**. Denn die (einfache) Verpflichtung zur Integration bedeutet noch nicht, dass die Planungsleistungen in obigem Sinne lückenlos aufeinander abgestimmt und optimiert sowie einheitlich ohne Schnittstellen sein müssen.“

Mia san mia; auch bei der Auftragswertschätzung!



BayStMWBV vom 18.12.203 (StMB-23-4001-4-6-18):

(in Auszügen)

„Bei Maßnahmen, die mit EU-Mitteln gefördert werden, z. B. EFRE-Maßnahmen, ist die von der EU-Kommission vertretene Auffassung zugrunde zu legen und die Auftragswerte der Planungsleistungen sind in jedem Fall zu addieren. Grund hierfür ist das Risiko der Rückforderung der EU-Mittel.“



VG Magdeburg,

Urt. v. 08.12.2022 – 3 A 117/20

Entscheidung:

Der Inhalt einer Verwaltungsvorschrift kann auch dann zu einer Auflage als Nebenbestimmung nach § 36 VwVfG gemacht werden, wenn das der Verwaltungsvorschrift zu Grunde liegende materiell-rechtliche Gesetz außer Kraft getreten ist (hier: ANBest-K i.V.m. § 32 Gemeindehaushaltsverordnung, GemHVO-SA).

Vergleichbar:

- Bisherige DIN-Norm wird geändert.
- ANBest werden geändert.
- ...



OVG Nordrhein-Westfalen, Beschl. v. 09.02.2023 – 4 A 2549/20

Entscheidung (I):

1. Für die Rechtmäßigkeit der Bewilligung einer Zuwendung ist entscheidend, wie die zuständige Behörde die maßgebliche Förderrichtlinie im entscheidungserheblichen Zeitpunkt des Erlasses des Zuwendungsbescheids in ständiger Praxis gehandhabt hat und in welchem Umfang sie infolgedessen durch den allgemeinen **Gleichheitssatz** gebunden ist. Das gilt auch für Kommunen.
2. Eine (interne) Verwaltungsvorschrift ist nicht wie eine Rechtsnorm, sondern gemäß der von ihrem Urheber gebilligten oder doch geduldeten tatsächlichen Verwaltungspraxis auszulegen.
3. Förderrichtlinien sind keine Rechtssätze. Sie sind dazu bestimmt, für die Verteilung der Fördermittel Maßstäbe zu setzen, und sollen auf diese Weise die Ausübung des Ermessens durch die Bewilligungsbehörden steuern. Deshalb bewirken sie zunächst nur eine interne rechtliche Bindung des Verwaltungsermessens.
4. Der Verstoß gegen eine Verwaltungsvorschrift macht eine Ermessensausübung nicht rechtswidrig, die bloße Beachtung nicht rechtmäßig.



OVG Nordrhein-Westfalen, Beschl. v. 09.02.2023 – 4 A 2549/20

Entscheidung (II):

5. In ihrem rechtlichen Verhältnis zum Förderempfänger ist die Bewilligungsbehörde – abgesehen von den sonstigen gesetzlichen Grenzen des Verwaltungshandelns – **nur durch den allgemeinen Gleichheitssatz gebunden**. Wenn sich die Behörde an ihre Förderrichtlinien hält, ist sie daher durch das Gleichbehandlungsgebot verpflichtet, dies auch weiterhin zu tun, sofern nicht sachliche Gründe im Einzelfall eine Abweichung rechtfertigen oder gar gebieten.
6. Weicht die Bewilligungsbehörde generell von den Förderrichtlinien ab, verlieren diese insoweit ihre ermessensbindende Wirkung; ob das Verwaltungshandeln mit dem Gleichbehandlungsgebot vereinbar ist, beurteilt sich dann nur nach der tatsächlichen Verwaltungspraxis.
7. Vorschriften der (Landes-)Haushaltsordnungen entfalten lediglich Bindungswirkung im Verhältnis der – den Haushaltsplan aufstellenden und den Haushaltsplan ausführenden – Staatsorgane zueinander und regeln nicht das Verhältnis zum Zuwendungsempfänger.



Preisanpassungsklausel ist ein Muss!

Ob eine kaufmännisch vernünftige Kalkulation unzumutbar ist, bestimmt sich nach dem Ergebnis einer Abwägung aller Interessen der Bieter bzw. Auftragnehmer und des öffentlichen Auftraggebers im Einzelfall.

Erst dann, wenn das aufgebürdete Wagnis über die üblichen Risiken hinausgeht, sich nicht abschätzen lässt und demzufolge eine Kalkulation unmöglich macht, kann gegen das Gebot des § 7 EU Abs. 1 Nr. 3 VOB/A 2019 verstoßen werden.

Unzumutbar ist eine kaufmännisch vernünftige Kalkulation, wenn Preis- und Kalkulationsrisiken über das Maß, das Bietern typischerweise obliegt, hinausgehen.

Unbeachtlich ist insoweit, ob das Wagnis vom Auftraggeber selbst oder weder von ihm noch dem Auftragnehmer beherrschbar ist.

[hier: Bauleistungen]

(VK Westfalen, Beschl. v. 12.07.2022 – VK 3-24/22)



Preisanpassungsklausel ist kein Muss!

Nachdem es bei der Vergabe von Lieferleistungen kein allgemeines Verbot für öffentliche Auftraggeber mehr gibt, den Bietern ungewöhnliche Wagnisse aufzubürden, ist eine Preisanpassungsklausel nur dann anzuordnen, wenn den Bietern eine vernünftige kaufmännische Kalkulation unzumutbar ist (hier – Lieferleistungen – verneint).

(VK Bund, Beschl. v. 19.10.2022 – VK 1-85/22)

Argumente:

- jährliches Kündigungsrecht vertraglich vorgesehen
- Preisanpassung nach § 313 BGB bei unvorhersehbaren Ereignissen nicht gänzlich ausgeschlossen
- Vertragliche Regelungen zu Fristverlängerung, Kündigungs- oder Rücktrittsrecht
- Risiko trifft alle Bieter



EuGH,

Urt. v. 03.02.2022 – Rs. C-461/20

Entscheidung:

1. Die Ersetzung des Unternehmens, an das der öffentliche Auftraggeber einen Auftrag oder eine Rahmenvereinbarung ursprünglich vergeben hatte, durch ein anderes Unternehmen, ist **grundsätzlich eine wesentliche und somit ausschreibungspflichtige Auftragsänderung.**
2. Die Ersetzung des ursprünglichen Auftragnehmers durch ein anderes geeignetes Unternehmen ist **ohne neues Vergabeverfahren zulässig, wenn sie im Rahmen einer Unternehmensumstrukturierung erfolgt und keine weiteren wesentlichen Auftragsänderungen vorgenommen werden.**
3. Die unter den Begriff "Umstrukturierung" fallende Insolvenz umfasst auch die vollständige Abwicklung eines zahlungsunfähigen Unternehmens. Es ist deshalb nicht erforderlich, dass der Betrieb des ursprünglichen Auftragnehmers zumindest teilweise fortbesteht, noch dass der neue Auftragnehmer ganze Betriebs- oder Geschäftsteile des insolventen Unternehmens übernimmt.
4. Für die Annahme einer "vergaberechtsfreien" Umstrukturierung **reicht es aus, wenn ein Unternehmen in die Rechte und Pflichten aus einer an das abzuwickelnde Unternehmen vergebenen Rahmenvereinbarung eintritt.**

Höchstgrenze einer Rahmenvereinbarung wegen Kündigungsrecht nicht wirksam (?)



OLG Koblenz,

Beschl. v. 12.12.2022 – Verg 3/22

Entscheidung:

Bei der Ausschreibung einer Rahmenvereinbarung sind in der (Auftrags-) Bekanntmachung und/oder in den Vergabeunterlagen sowohl die Schätzmenge und/oder der Schätzwert als auch eine Höchstmenge und/oder ein Höchstwert der zu erbringenden Dienstleistungen bzw. der zu liefernden Waren anzugeben. **Außerdem ist anzugeben, dass die Rahmenvereinbarung ihre Wirkung verliert, wenn die Höchstmenge oder der Höchstwert erreicht sind.**



OLG Koblenz,

Beschl. v. 12.12.2022 – Verg 3/22

Anmerkung:

- Nach Ansicht des OLG führt ein Kündigungsrecht des Auftraggebers für den Fall des Erreichens der Höchstgrenze dazu, dass diese nicht transparent aufgestellt und damit vergaberechtswidrig ist.
- Kritik:
 - Eine Rahmenvereinbarung erlischt nicht automatisch bei Erreichen des Höchstwerts.
 - Dies fordert auch nicht der EuGH (s.o.).
 - Vielmehr muss das Erreichen des Höchstwerts zu einem Erlöschen der Leistungspflicht des AN führen. Das bedeutet, dass der AG ab Erreichen des Höchstwerts nicht mehr einseitig Leistungen vom AN abrufen darf. Die Parteien können aber in den Grenzen des **§ 132 GWB** weitere Leistungen des AN vereinbaren (s.o.). § 132 GWB erfordert dafür jedoch einen noch bestehenden Vertrag.

Restleistungen nach Kündigung sind öffentlich auszuschreiben!



BayObLG:

Beschl. v. 21.02.2024 – Verg 5/23

Entscheidung:

„Trotz der erfolgten **Kündigung** des Vertrags mit der Antragstellerin handelt es sich um einen **Fall der Ersetzung des Auftragnehmers während der Vertragslaufzeit**.

Nach der Systematik des § 132 GWB kann in einem solchen Fall der Auftragnehmer ohne Durchführung eines neuen Vergabeverfahrens nur unter den Voraussetzungen des § 132 Abs. 2 Nr. 4 GWB ersetzt werden.

Insbesondere hält es der Senat für möglich, dass die **vorliegende Problematik theoretisch über den Weg einer Überprüfungsklausel im Sinne von § 132 Abs. 2 Nr. 1, Nr. 4 Buchstabe a hätte gelöst werden können**. Insoweit wird auf die Frogne – Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs vom 07. September 2016 (Az: Rs. C-549/14) Bezug genommen.“

Bieteridentität eindeutig: Ausschluss unzulässig!



VK Sachsen,
Beschluss vom 13.03.2023 - 1/SVK/034-22

Sachverhalt:

Der öAG schreibt Bauleistungen aus. Angebote sind ausschließlich elektronisch in Textform und auf Basis des Formblattes 213 VHB einzureichen.

Bieter B lässt auf Seite 1 des Formblattes das Adressfeld "Name und Anschrift des Bieters" frei. Zudem lädt er versehentlich die Seite 3 des Formblatts nicht mit auf das Vergabeportal hoch.

Auf Seite 3 finden sich zahlreiche vorformulierte Erklärungen, wie z. B., dass die vom AG verfasste LV-Langfassung als alleinverbindlich gilt.

Außerdem endet das Formular auf Seite 3 mit der "Unterschriftenzeile".

Der AG schließt das Angebot als nicht formgerecht von der Wertung aus. B stellt einen Nachprüfungsantrag.

Bieteridentität eindeutig: Ausschluss unzulässig!



VK Sachsen,
Beschluss vom 13.03.2023 - 1/SVK/034-22

Entscheidung:

Mit Erfolg!

1. Hat ein Bieter im Adressfeld "Name und Anschrift des Bieters" des Formblatts 213 (Angebotsschreiben - Einheitliche Fassung) keine Eintragungen vorgenommen, sind aber an anderen Stellen im Angebotsschreiben (Firmen-)Name, Telefon- und Faxnummer, Umsatzsteuer- und Handelsregisternummer, Ort, E-Mail-Adresse sowie Präqualifikationsnummer genannt, ist erkennbar, welcher Bieter das Angebot übermittelt hat. Nicht erforderlich ist, dass ein Bieter (ausschließlich) aus dem Adressfeld des Formblattes 213 heraus zu erkennen ist.
2. Ist durch Gesetz Textform vorgeschrieben, so muss gem. § 126b BGB eine lesbare Erklärung, in der die Person des Erklärenden genannt ist, auf einem dauerhaften Datenträger abgegeben werden. **Nicht erforderlich ist dabei, dass die Erklärung durch Nachbildung der Namensunterschrift oder anders einen Abschluss erhält, da diese Forderung im Tatbestand des § 126b BGB mit Novellierung der Norm 2014 aufgegeben wurde.**
3. Bei der E-Vergabe wird die Rechtsverbindlichkeit einer Willenserklärung resp. der Angebotsabgabe hinreichend durch das Hochladen der Angebotsunterlagen in ihrer Gesamtheit auf der Angebotsplattform zum Ausdruck gebracht.



BGH, Beschl. v. 24.05.2023 – VII ZB 69/21

Entscheidung:

- Der BGH hat bisher offengelassen, ob Eintragungen in öffentlichen Registern „per se“ offenkundig i.S.v. § 727 Abs. 1 und 2 ZPO sind. Er geht in seiner Rechtsprechung allerdings grundsätzlich davon aus, dass das Internet eine allgemein zugängliche Quelle ist.
- Der Inhalt des von den Registergerichten geführten Handelsregisters (§ 8 HGB) ist eine zuverlässige Informationsquelle.
- Das elektronisch geführte Handelsregister (§ 8 Abs. 1 HGB i.V.m. § 48 HRV) ist eine allgemein zugängliche Informationsquelle.

➔ APPELL:

Verzichten Sie als öAG auf die Einreichung „aktueller HR-Auszüge“ mit den Angeboten!



VK Südbayern,

Beschl. v. 23.05.2023 – 3194.Z3-3_01-22-63

Sachverhalt:

Bei einer EU-weiten Ausschreibung enthielt die Bekanntmachung u. a. einen Hinweis auf die freiwillige Registrierung auf der Vergabeplattform.

Das Handbuch zum Bieterclient ergänzt, dass bei Änderungen der Vergabeunterlagen, eine Benachrichtigung per E-Mail erfolgt.

Nach der ersten Angebotsrunde forderte der öAG die Bieter mit einer durch die Vergabeplattform generierten und versendeten E-Mail zur Abgabe finaler Angebote auf.

Zeitgleich erhielten die Bieter in ihrem jeweiligen Bieterportal die Nachricht: *"Sie wurden von der Vergabestelle eingeladen!"*.

Nach Fristablauf beanstandete ein Bieter keine Angebotsaufforderung erhalten zu haben.

Der öAG schloss den Bieter indes mangels Abgabe eines finalen Angebots aus.

Hinweis auf E-Mail-Versand schließt Zustellung über Vergabeplattform aus!



VK Südbayern,

Beschl. v. 23.05.2023 – 3194.Z3-3_01-22-63

Entscheidung:

Zu Unrecht!

Das Verfahren leide an einem schweren Mangel, da der Bieter nicht über die finale Angebotsabgabe informiert wurde. Der Zugang der von der Vergabeplattform generierten E-Mail sei nicht nachweisbar.

Die Aufforderung sei auch nicht durch die Nachricht im Bieterportal zugegangen.

Nicht nur erweise sich deren Inhalt gegebenenfalls als unzureichend, jedenfalls sei überhaupt zweifelhaft, ob diese Mitteilung den Zugang generell bewirken könne.

Im konkreten Fall sei dies mangels eindeutiger Vorgaben des AG abzulehnen. Der Transparenzgrundsatz fordere für den Zugang von Erklärungen im Bieterbereich der Vergabeplattform die unmissverständliche Mitteilung, dass dort die Zustellung rechtserheblicher Erklärungen erfolgt.

PRAXISTIPP: Klarstellung, dass das bieterindividuelle Postfach auf der Vergabeplattform als "elektronischer Briefkasten" der Bieter fungiert, der für den Zugang im Vergabeverfahren maßgeblich ist.



BGH,

Urt. v. 18.06.2019 – X ZR 86/17

AGB ≠ Individualabrede

- „1. Bedingt sich der öffentliche Auftraggeber in den Vergabeunterlagen [...] aus, dass etwaige Vorverträge, in den Vergabeunterlagen nicht als Vertragsbestandteile aufgeführte Unterlagen, Protokolle oder Klauselwerke oder sonstige Korrespondenz im Zusammenhang mit dem Vertragsschluss, insbesondere Liefer-, Vertrags- und Zahlungsbedingungen des Auftragnehmers nicht Vertragsbestandteil werden, und stellt ein Bieter mit seinem Angebot abweichende Zahlungsbedingungen, können diese infolge der Abwehrklausel des Auftraggebers im Falle der Auftragserteilung keine rechtliche Wirkung entfalten. Ein Ausschluss des Angebots wegen Änderungen an den Vergabeunterlagen ist deshalb nicht erforderlich und nicht zulässig.
2. Auch ohne Geltung von § 1 Abs. 1.3 ZVBBau kann ein Angebot, dem der Bieter eigene Unterlagen wie namentlich Liefer-, Vertrags- und Zahlungsbedingungen beigelegt hat, ohne Verstoß gegen § 15 EU Abs. 1 Nr. 1 VOB/A 2012 **in der Wertung verbleiben**, wenn nach bloßer Streichung des Hinzugefügten ein dem maßgeblichen Inhalt der Vergabeunterlagen vollständig entsprechendes Angebot vorliegt.



BGH,

Urt. v. 16.05.2023 – XIII ZR 14/21

Sachverhalt:

Mit einer auf Schadensersatz gerichteten Klage ging die Klägerin der Sache nach gegen ihren Ausschluss in einer Vergabe nach der VOB/A im Unterschwellenbereich vor.

Die Angebotsabgabe sollte in elektronischer Form erfolgen, wobei der Beklagte die Abgabe des bepreisten Leistungsverzeichnisses als GAEB-Datei forderte.

Die Klägerin reichte die Angebotsunterlagen lediglich als PDF-Datei ein. Ob auch die entsprechende GAEB-Datei eingereicht wurde, war zwischen den Parteien streitig.

Die Klägerin gab das günstigste Angebot ab, wurde jedoch aufgrund der Verwendung des falschen Datei-Formats (PDF-Datei) auf Grundlage von §§ 16 Abs. 1 Nr. 2, 13 Abs. 1 Nr. 1 Satz 1, 11, 11a VOB/A ausgeschlossen.

Gegen diesen Ausschluss wandte sich die Klägerin, verlangte den Ersatz des ihr entgangenen Gewinns und drang damit noch in der Berufungsinstanz durch.

Hiergegen wandte sich der beklagte Auftraggeber mit seiner Revision.



BGH,

Urt. v. 16.05.2023 – XIII ZR 14/21

Entscheidung (I):

Mit Erfolg!

Nach § 13 Abs. 1 Nr. 1 Satz 1 VOB/A [*≈ § 53 Abs. 1 VgV und § 38 Abs. 1 UVgO*] liege die Entscheidung über die Form und die bei der Angebotsabgabe zu verwendenden Mittel allein beim Auftraggeber.

Der in § 13 Abs. 1 Nr. 1 Satz 1 VOB/A 2016 verwandte Begriff der „Form“ der Angebotsabgabe beinhalte auch die Vorgabe der zur Angebotsabgabe zu verwendenden elektronischen Mittel. Dies umfasse nicht zuletzt die Entscheidung zugunsten bestimmter Dateiformate. § 13 Abs. 1 Nr. 1 Satz 1 VOB/A 2016 sei im Zusammenhang mit den §§ 11, 11a VOB/A [*≈ §§ 9 und 10 VgV*] zu lesen, so dass der Auftraggeber das Recht habe, die bei der Einreichung der Angebote zu verwendenden elektronischen Mittel zu bestimmen und entsprechende Dateiformate vorzugeben.



BGH,

Urt. v. 16.05.2023 – XIII ZR 14/21

Entscheidung (II):

Der Ausschluss bei Nichtbeachtung vorgegebener Datei-Formate sei überdies grundsätzlich auch gerechtfertigt.

§ 13 VOB/A diene einem ordnungsgemäßen Wettbewerb und solle die Chancengleichheit und Transparenz gewährleisten sowie der Vergleichbarkeit der Angebote in der Wertungsphase dienen. Gleiche Dateiformate ermöglichen eine (auch elektronische) bessere Vergleichbarkeit und verminderten den Prüfaufwand beim Auftraggeber, so dass im Sinne der Effizienz und Transparenz grundsätzlich die Festlegung bestimmter Formate möglich sei. Sei das Angebot nicht unter Verwendung der entsprechenden Dateiformate abgegeben, könne ein Ausschluss grundsätzlich gerechtfertigt sein.

ABER: Der BGH hat nicht beantwortet, ob die Vorgabe des GAEB-Formats im vorliegenden Fall überhaupt rechtmäßig war (d.h. allgemein verfügbar, nichtdiskriminierend und mit allgemein verbreiteten Geräten und Programmen der Informations- und Kommunikationstechnologie kompatibel), sondern diese Prüfung dem Berufungsgericht überlassen.



VK Sachsen,

Beschl. v. 14.04.2023 – 1/SVK/003-23

Sachverhalt:

Bei einem europaweiten Vergabeverfahren hatte der öAG in den Vergabeunterlagen festgelegt, dass die Kommunikation ausschließlich über eine Vergabeplattform erfolgt.

Nach erster Angebotsprüfung verlangte der öAG unter Fristsetzung per E-Mail von Bieter B, weitere Unterlagen nachzureichen.

B reagierte nicht.

Erst nach Fristablauf bemerkte B die E-Mail und bat um Verlängerung der Frist, die der AG letztlich gewährte.

B legte daraufhin die nachgeforderten Unterlagen vollständig vor.

Ist das Angebot von B auszuschließen?



VK Sachsen,

Beschl. v. 14.04.2023 – 1/SVK/003-23

Entscheidung:

1. Ist mit den Bewerbungsbedingungen klargestellt worden, dass im Vergabeverfahren die Kommunikation mit den am Vergabeverfahren beteiligten Unternehmen ausschließlich über eine Vergabeplattform erfolgen soll, dann muss sich der Auftraggeber hieran im Wege einer Selbstbindung festhalten lassen. Eine nachträgliche, stillschweigende Änderung dieser Selbstbindung, beispielsweise durch Versendung eines fristgebundenen Nachforderungsschreibens per **E-Mail, ist dann ausgeschlossen**.
2. Zwischen einem öffentlichen Auftraggeber und dem jeweiligen Bieter kommt spätestens ab dem Zeitpunkt der Angebotsabgabe ein vertragsähnliches Vertrauensverhältnis zu Stande, das zu gegenseitiger Rücksichtnahme verpflichtet und auf beiden Seiten Sorgfaltspflichten begründet. Dieses verlangt gem. § 241 Abs. 2 BGB die Rücksichtnahme auf Rechte, Rechtsgüter und Interessen des anderen Teils. Dieser Verpflichtung widerspricht es, von einem mit den Bewerbungsbedingungen angekündigten Kommunikationsweg stillschweigend abzuweichen.

Wertungsgremium muss aus Vertretern des Auftraggebers bestehen!



OLG Schleswig,

Beschl. v. 27.10.2022 – 54 Verg 7/22

Sachverhalt:

Eine Auftraggebergemeinschaft schreibt die Beschaffung von digitaler Technik zur Einsatzdokumentation im Rettungsdienst aus.

Die Vergabeunterlage enthält ein komplexes System mit zahlreichen Kriterien.

Zur Bewertung der Angebote ist eine Jury berufen. Deren Zusammensetzung ist ungewöhnlich.

- ✓ Zum einen entsendet nicht jeder Auftraggeber einen Vertreter.
- ✓ Zum anderen gehört ein Mitglied des Landkreistages zur Jury, obwohl der Landkreis gar nicht zu den Auftraggebern gehört.

Diese diskutiert die Vor- und Nachteile der Angebote, bevor sie sich jeweils auf eine bestimmte Punktzahl einigt. In der Vergabeakte sind zwar die Gründe dokumentiert, die zu den vergebenen Punkten geführt haben. Allerdings fehlen die handschriftlichen Notizen der einzelnen Gremiumsmitglieder, so dass nicht nachvollzogen werden kann, auf welchem Weg die Jury zu ihrer Überzeugung gelangt ist. Die Jurymitglieder kommen einstimmig zum Ergebnis, dass die Bieter A das beste Angebot abgegeben hat.

Hiergegen wendet sich Bieter B. Er meint, die Jury sei nicht ordnungsgemäß besetzt gewesen, so dass die Wertung wiederholt werden müsse.

Wertungsgremium muss aus Vertretern des Auftraggebers bestehen!



OLG Schleswig,

Beschl. v. 27.10.2022 – 54 Verg 7/22

Entscheidung (I):

Ohne Erfolg!

- Nicht notwendig ist, dass die Wertungsentscheidung von einem **Organ** des Auftraggebers getroffen wird. Bedenken gegen die Benennung von Fachleuten oder Praktikern, die die Wertungsentscheidung treffen, bestehen nicht. Sofern die entscheidende Person aus dem Organisationsbereich des Auftraggebers kommt, kann die Wertung diesem zugerechnet werden.
- Ebenso wenig ist es notwendig, dass jeder Auftraggeber einen Vertreter entsenden muss. Vielmehr kann ein Mitglied der Auftragbergemeinschaft die Wertungsentscheidung einem anderen Mitglied überlassen und sich dieser unterwerfen.
- **PROBLEM:** Vertreter des Landkreises in der Jury, obwohl der Landkreis nicht zu den Auftraggebern gehörte. Diese Problematik wird durch den Umstand verstärkt, dass sich der Vergabeakte nicht entnehmen ließ, welche Rolle dieser Vertreter bei der Bewertung der Angebote gespielt hat.

ABER: Einstimmig und Entscheidung des Externen zu eigen gemacht.

Wertungsgremium muss aus Vertretern des Auftraggebers bestehen!



OLG Schleswig,

Beschl. v. 27.10.2022 – 54 Verg 7/22

Entscheidung (II):

➤ Zum sog. „Konsensprinzip“:

(Die Begründung muss alle Informationen enthalten, die notwendig sind, um die Entscheidungen des Auftraggebers nachvollziehen zu können.

Auch muss sich aus der Dokumentation ergeben, dass der Auftraggeber sämtliche Zuschlagskriterien zur Wertung herangezogen hat.)

Es reicht aus, dass die endgültigen Erwägungen für die Bewertung festgehalten werden.

Es ist nicht erforderlich, dass etwa die Notizen der Mitglieder eines Gremiums in die Dokumentation einfließen.

Ebensowenig müssen sich aus der Dokumentation inhaltliche Details der Abstimmung im Gremium ergeben (a. A. **offenbar VK Bund, VPR 2021, 70**). Für das Endergebnis ist es unerheblich, welche Auffassungen einzelne Gremienmitglieder ursprünglich vertreten haben und aus welchen Gründen sie sich gegebenenfalls haben umstimmen lassen. Aus solchen Diskussionsbeiträgen können keine Folgen für die Überprüfung der endgültigen Wertungsentscheidung gezogen werden.



VK Bund,

Beschl. v. 18.09.2023 – VK 2-68/23

(nicht bestandskräftig; Beschw.: OLG Düsseldorf, Az. Verg 33/23)

Entscheidung:

1. Ein öffentlicher Auftraggeber kann ein Unternehmen von der Teilnahme am Vergabeverfahren ausschließen, wenn eine Wettbewerbsverzerrung daraus resultiert, dass das Unternehmen bereits in die Vorbereitung des Vergabeverfahrens einbezogen war und die Wettbewerbsverzerrung nicht durch andere, weniger einschneidende Maßnahmen beseitigt werden kann.
2. Hat ein Unternehmen oder dessen Nachunternehmer an der Erstellung der Vergabeunterlagen mitgewirkt, rechtfertigt dieser Umstand für sich genommen nicht den Ausschluss vom Vergabeverfahren. Gleichwohl ist von einem wettbewerbsverzerrenden Informationsvorsprung auszugehen, dessen Ausgleich im Einzelfall vergaberechtlichen Grundsätzen genügen muss.
3. Die bloße Offenlegung der von dem vorbefassten Unternehmen erstellten Vergabeunterlagen genügt nicht, um einen strukturellen Erkenntnisvorteil auszugleichen.



VK Südbayern,

Beschl. v. 05.06.2023 – 3194.Z3-3_01-22-54

Entscheidung:

1. Ein öffentlicher Auftrag kann ohne vorherige europaweite Bekanntmachung im EU-Amtsblatt vergeben werden, wenn der Auftrag nach 14 Abs. 4 Nr. 2 VgV nur von einem bestimmten Unternehmen erbracht oder bereitgestellt werden kann.
2. Der öffentliche Auftraggeber ist darlegungs- und beweisbelastet dafür, dass der bezuschlagte Bieter das einzige Unternehmen ist, das die Anforderungen des Auftraggebers erfüllen kann. Hierfür sind stichhaltige Belege beizubringen.
3. Der vom öffentlichen Auftraggeber zu führende Nachweis des objektiven Fehlens von Wettbewerb muss durch eine umfassende Marktanalyse auf europäischer Ebene erfolgen.



BayObLG,

Beschl. v. 06.09.2023 – Verg 5/22

Entscheidung:

Der Antragsteller kann mit der Rüge der fehlenden Fachlosaufteilung nach § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 oder Nr. 3 GWB nur präkludiert sein, wenn ein durchschnittlich fachkundiger Bieter unter Anwendung der üblichen Sorgfalt hätte erkennen können, dass es im maßgeblichen Fachbereich einen eigenständigen Anbietermarkt mit spezialisierten Fachunternehmen gibt.

D.h.:

- Die Erkennbarkeit des Verstoßes gegen eine Vergabevorschrift setze
 - ✓ einerseits die Erkennbarkeit der maßgeblichen Tatsachen,
 - ✓ andererseits die Erkennbarkeit des Rechtsverstoßes voraus.
- Dabei müsse der Verstoß so deutlich zutage treten, dass er einem verständigen Bieter bei der Vorbereitung seines Angebots bzw. seiner Bewerbung auffallen müsse. Übersteigerte tatsächliche und rechtliche Anforderungen dürften diesbezüglich nicht an einen Bieter gestellt werden.
- Insoweit komme es nicht auf das Verständnis des individuellen, konkreten Bewerbers an, sondern auf den **objektiven Empfängerhorizont** eines potenziellen Bieters (vgl. BGH, Beschluss vom 07.01.2014 – X ZB 15/13). Maßgeblich sei, wie ein verständiger, sachkundiger Bieter die Vergabeunterlagen verstehen müsse.



VK Sachsen, Beschl. v. 23.05.2023 – 1/SVK/015-23

Entscheidung:

Ein vorzeitiger Zuschlag kann ausnahmsweise gestattet werden, wenn unter Berücksichtigung aller möglicherweise geschädigten Interessen die nachteiligen Folgen einer Verzögerung der Vergabe bis zum Abschluss der Nachprüfung die damit verbundenen Vorteile überwiegen. Als überragendes Interesse des Allgemeinwohls für die vorzeitige Gestattung des Zuschlags ist anzuerkennen, dass andernfalls die Erbringung sämtlicher Rettungsdienstleistungen in einem Rettungsdienstbereich gefährdet wären.

BEACHTEN zudem:

- Aussicht auf Erfolg eines Nachprüfungsverfahrens (vgl. OLG Frankfurt, Beschl. v. 14.12.2026 – Verg 20/16)
- Die reguläre Dauer von Nachprüfungs- und Beschwerdeverfahren rechtfertigt in der Abwägung keine vorzeitige Zuschlagserstattung, sondern ist vom öAG einzukalkulieren (vgl. OLG Rostock, Beschl. v. 11.11.2021 – 17 Verg 8/21).

Was nicht in der Bekanntmachung steht, darf der Eignungsprüfung nicht zu Grunde gelegt werden!



VK Bund,

Beschl. v. 31.05.2023 – VK 1-35/23

(nicht bestandskräftig; Beschw.: OLG Düsseldorf, Az. Verg 23/23)

Entscheidung (I):

„Maßgeblich für die Frage, wie die vorgelegte Referenz beschaffen sein muss, um "vergleichbar" zu sein, ist die Auftragsbekanntmachung. Anders als die Antragstellerin meint, dürfen die Vergabeunterlagen, insbesondere die Leistungsbeschreibung, aus folgenden Gründen hierbei nicht erweiternd herangezogen werden.

[...] sieht § 122 Abs. 4 S. 2 GWB aus Gründen der Transparenz des Vergabeverfahrens und der Gleichbehandlung der Bieter vor, dass die Bieter bereits aus der Bekanntmachung alle an sie in persönlicher und wirtschaftlicher Hinsicht gestellten Anforderungen ersehen können, um anhand dieser Angaben zu entscheiden, ob sie sich an der Ausschreibung beteiligen können und wollen. Wenn die Bieter – wie hier – zum Beleg ihrer technischen und beruflichen Leistungsfähigkeit vergleichbare Referenzen vorlegen sollen, müssen sich also die Umstände, die zur Beurteilung der Vergleichbarkeit von Referenzprojekten herangezogen werden, ebenfalls aus der Bekanntmachung ergeben.“

Was nicht in der Bekanntmachung steht, darf der Eignungsprüfung nicht zu Grunde gelegt werden!



VK Bund,

Beschl. v. 31.05.2023 – VK 1-35/23

(nicht bestandskräftig; Beschw.: OLG Düsseldorf, Az. Verg 23/23)

Entscheidung (I):

„Denn nur dann kann ein Bieter auch in dieser Hinsicht allein und bereits anhand der Bekanntmachung prüfen, ob er die Eignungsanforderungen erfüllen kann. Was nicht in der Bekanntmachung steht, darf der Eignungsprüfung mithin nicht zugrunde gelegt werden.

Der Prüfungsmaßstab bzgl. der Vergleichbarkeit der Referenzen wurde hier auch nicht durch den allgemeinen Verweis auf die "Maßgabe der Vergabe- und Vertragsunterlagen" im Rahmen der Auftragsbeschreibung in Ziffer II.1.4 der EU-Bekanntmachung erweitert. Denn dieser Verweis genügt nicht den Transparenzanforderungen, die § 122 Abs. 4 S. 2 GWB verlangt. Ohne weitere Erläuterungen (die nach dem eingangs Gesagten ebenfalls in der Bekanntmachung hätten stehen müssen) kann ein Bieter den in Bezug genommenen Vergabe- und Vertragsunterlagen zwar entnehmen, wie der Auftrag in Gänze beschaffen ist, er kann jedoch nicht mit der gebotenen Eindeutigkeit erkennen, welche Anforderungen der von ihm vorzulegende Referenzauftrag erfüllen muss, um i.S.d. Ziffer III.1.3 der EU-Bekanntmachung mit der zu vergebenden Leistung "vergleichbar" (jedoch gerade nicht identisch oder gleich) zu sein.“

Noch etwas 134er zum Abschluss: Frist – „Strategischer Donnerstagabend adé (?)“



**OLG Bremen,
Beschl. v. 04.11.2023 – 2 Verg 1/22**

Aus den Gründen (I):

„[...] Angesichts dessen kann auch die vom Senat im Beschluss vom 25.08.2022 aufgeworfene Frage im Ergebnis offenbleiben, ob der in der obergerichtlichen Rechtsprechung und in der Literatur vertretenen Auffassung gefolgt werden kann, dass auch vor dem Hintergrund der Regelung des Art. 3 Abs. 4 S. 1 der VO (EWG, Euratom) Nr. 1182/71 des Rates vom 03.07.1971 (ABl. Nr. L 124 vom 08.06.1971, S. 1) der Ablauf der Stillhaltefrist an einem Sonntag unschädlich sei. Allerdings bestehen nach Ansicht des Senats hiergegen zumindest deshalb Bedenken, weil Art. 3 Abs. 4 S. 1 der VO (EWG, Euratom) Nr. 1182/71 eine Verlängerung einer am Sonntag ablaufenden Frist auf den sich anschließenden Arbeitstag anordnet und hiervon gemäß Art. 3 Abs. 4 S. 2 der VO (EWG, Euratom) Nr. 1182/71 nur dann eine Ausnahme vorgesehen ist, wenn es sich um eine rückwärts berechnete Frist handelt. Entgegen der nahezu einhelligen Auffassung in Rechtsprechung und Literatur [...] erscheint es zumindest zweifelhaft, dass es sich bei § 134 Abs. 2 GWB um eine solche rückwärts "berechnete" Frist handelte.

Noch etwas 134er zum Abschluss: Frist – „Strategischer Donnerstagabend adé (?)“



OLG Bremen, Beschl. v. 04.11.2023 – 2 Verg 1/22

Aus den Gründen (I):

„Die Regelung des Art. 2a Abs. 2 der RL 89/665/EWG (Richtlinie des Rates vom 21. Dezember 1989 zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften für die Anwendung der Nachprüfungsverfahren im Rahmen der Vergabe öffentlicher Liefer- und Bauaufträge[…]), deren Umsetzung § 134 Abs. 2 GWB dient, knüpft für den Fristbeginn an das Ereignis der isolierten Zuschlagsentscheidung an und bemisst die sich daran anschließende Frist für die Zukunft. Ebenso knüpft § 134 Abs. 2 S. 2 GWB an das fristauslösende Ereignis der Vorabinformation nach § 134 Abs. 1 GWB an und bemisst die sich daran anschließende Frist mit 10 Tagen, mithin vom Ereignis aus betrachtet für die Zukunft.

Eine rückwärts berechnete Frist wäre eine solche, die – wie etwa § 123 Abs. 1 AktG – von dem fristauslösenden Ereignis aus betrachtet einen in die Vergangenheit reichenden Zeitraum bestimmt. Da Art. 3 Abs. 4 S. 2 der VO (EWG, Euratom) Nr. 1182/71 auf die Berechnung der Frist abstellt, dürfte es auf die in der obergerichtlichen Rechtsprechung angeführte Erwägung, welche Rechtswirkungen am Fristenende eintreten [...], dagegen nicht ankommen.

Noch etwas 134er zum Abschluss: Kostenrisiko bei erfolgreicher Rüge



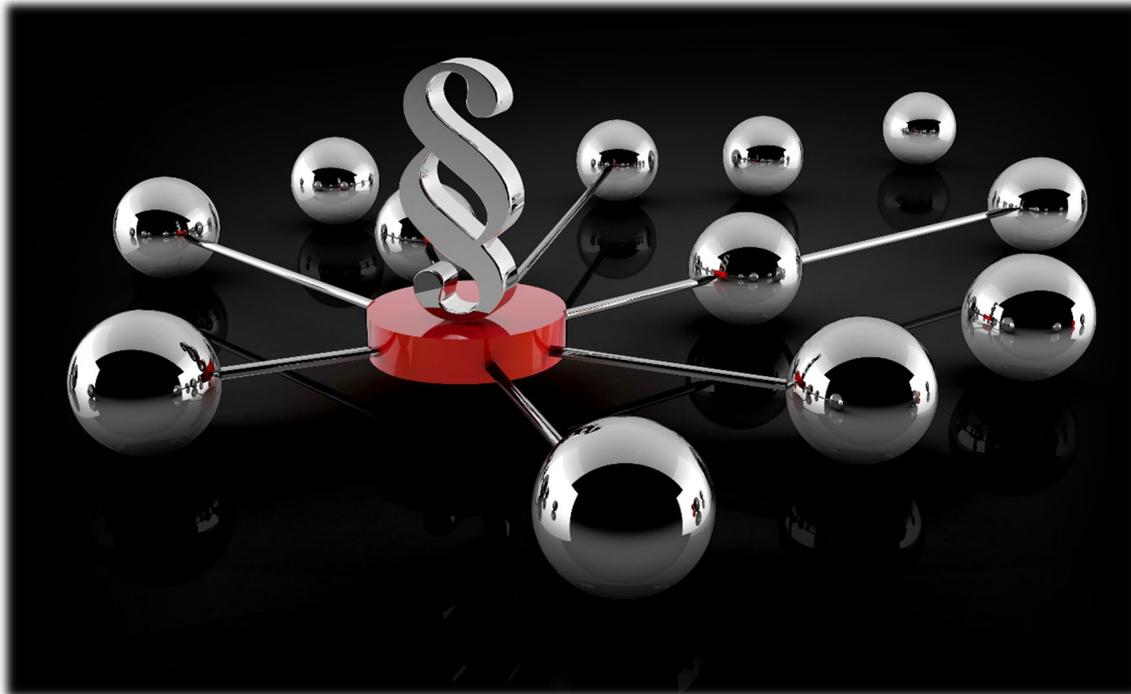
LG Chemnitz,

Urt. v. 29.11.2022 – 3 S 52/22

Entscheidung:

1. Wenn ein öffentlicher Auftraggeber die Gründe nach § 8 Abs. 1 SächsVergabeG mitteilt, aus denen ein anderes Unternehmen den Zuschlag erhalten soll, so müssen die mitgeteilten Gründe, soweit sie auf Tatsachen beruhen, richtig und wahr sein. Dies gilt auch für die im Rahmen einer Konzeptbewertung erzielten Qualitätspunkte.
2. Der gedankliche Schluss des unterlegenen Bieters und Empfängers des unrichtigen Absageschreibens, dass er unter Zugrundelegung des Absageschreibens nur preislich unterboten worden sein könne, was nicht auskömmlich möglich sei, ist dem falsch informierenden öffentlichen Auftraggeber zuzurechnen.
3. **Beauftragt der unterlegene Bieter deshalb eine Anwaltskanzlei, sind deren Kosten nach § 280 Abs. 1, § 311 Abs. 2, § 241 Abs. 2 BGB zu ersetzen.**

Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit!



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

pinkenburg@mayburg.de
www.mayburg.de