

# Vergabe Prax

## Zeitschrift zur Praxis des Vergaberechts



Heft 04 | April 2022

9.00 € Einzelheft

6.00 € Abonnement

### HERAUSGEBER

RA Dr. jur. Thomas Ax

### REDAKTION

Tobias R.C. Schmitt

# 04 | 22

### AX VERLAG



FÜR VERGABE- UND VERTRAGSRECHT

# INHALT

<b>INHALT</b>	<b>3</b>	Schwerpunkt Vergabeverstöße und ihre Wirkungen (2): Unwirksamkeit von Gebührensatzungen (1) 61
<b>Beiträge</b>	<b>5</b>	<b>Vergaberechtliche Spruchpraxis in Österreich 71</b>
Mehr Sicherheit bei der Handhabung von Störungen während der Leistungserbringung im Zusammenhang mit der Covid-19-Pandemie	5	VwGH: Vertiefte Angebotsprüfung bei Zweifel an kostendeckendem Angebotspreis 72
Umfassende Unterstützung öffentlicher Auftraggeber bei der Durchführung von VgV-Verfahren	7	VwGH: Bieterin versuchte Widerruf zu erzwingen, um ihrem Ausscheiden zu entkommen 72
Ein neues, modernes und dynamisches VergabeRecht für Deutschland	10	VwGH: Beginn der Frist zur Anfechtung von Direktvergaben 72
BGH 12.10.2021, EnZR 43/20: Vermeidung von Interessenkonflikten durch „chinese walls“	17	VwGH: Auswahl der Teilnehmer im nicht offenen Verfahren und im Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung 72
AP: Team KITA-Betreiber-Ausschreibung Bayern führt für eine Gemeinde in Bayern Vergabeverfahren zur Beauftragung eines Trägers mit dem Betreiben einer sechsruppigen Kindertageseinrichtung (2 Kinderkrippengruppen mit 24 Betreuungsplätze und 4 Kindergartengruppen mit 100 Betreuungsplätzen) durch	18	VwGH: Neue Möglichkeiten zur Argumentation einer Nullposition 72
Team KITA-Betreiber-Ausschreibung Niedersachsen führt für eine Stadt in Niedersachsen die vergaberechtliche Beratung die Durchführung des Vergabeverfahrens zur Beauftragung eines Trägers für die Trägerschaft einer 5-gruppigen Kita betreffend durch	27	Angespannter Wohnungsmarkt 71
Schwerpunkt Vergabeverstöße und ihre Wirkungen (1): Rückforderung von Subventionen	36	<b>Vorankündigungen und Seminare 2022 73</b>
OLG Frankfurt am Main, Beschluss vom 16.06.2015 - 11 Verg 3/15: Unzulässiges Nachverhandeln bei fehlendem Verwahrungsgrundstück im Zeitpunkt der Angebotsabgabe; Vorgabe einer maximalen Reaktionszeit	47	<b>Feedback Seminare 74</b>
Gütesicherung Kanalbau RAL-GZ 9611 vergabe- und vertragsrechtlich sauber implementieren	59	Stimmen zu durchgeführten Seminaren, Schulungen, Workshops 74
		<b>Publikationen zum Vergaberecht 75</b>
		VOB – konzentriert und aktuell – was Praktikerinnen und Praktiker über die VOB wissen müssen 75
		Qualitätsvolle Auftragsvergabe Band 1 - Vergabe und Vertrag - VOB 75
		<b>Dienstleistungen 76</b>
		<b>Bestellformular 77</b>
		<b>Stellenanzeigen 78</b>
		<b>Impressum 79</b>

## Beiträge

### Mehr Sicherheit bei der Handhabung von Störungen während der Leistungserbringung im Zusammenhang mit der Covid-19-Pandemie

Interview mit Rechtsanwalt Dr. Thomas Ax



Die Fragen stellte VergabePrax-Redakteur Tobias Schmitt.

**Frage:** Wenn die sich ausbreitende Corona-Pandemie Auswirkungen auf die Vertragserfüllung hat: Wie ist vertragsrechtlich umzugehen mit Störungen während der Leistungserbringung?

**Antwort:** Die Corona-Pandemie ist grundsätzlich geeignet, den Tatbestand der höheren Gewalt auszulösen. Höhere Gewalt ist ein unvorhersehbares, von außen einwirkendes Ereignis, das auch durch äußerste, nach der Sachlage zu erwartende Sorgfalt wirtschaftlich vertretbar nicht abgewendet werden kann und auch nicht wegen seiner Häufigkeit hinzunehmen ist.

**Frage:** Kann das Vorliegen dieser strengen Voraussetzungen in der jetzigen Ausnahmesituation pauschal angenommen werden?

**Antwort:** Nein, das muss im Einzelfall geprüft werden. Grundsätzlich muss derjenige, der sich darauf beruft, die die höhere Gewalt begründenden Umstände darlegen und ggf. beweisen. Beruft sich der Unternehmer also auf höhere Gewalt, müsste er darlegen, warum er seine Leistung nicht erbringen kann.

**Frage:** Wann kann das der Fall sein?

**Antwort:** Z.B., weil ein Großteil der Beschäftigten behördenseitig unter Quarantäne gestellt ist und er auf dem Arbeitsmarkt oder durch Nachunternehmer keinen Ersatz finden kann, seine Beschäftigten aufgrund von Reisebeschränkungen den Ort der Leistungserbringung nicht erreichen können und kein Ersatz möglich ist, er die für die Leistungserbringung notwendige Ausstattung nicht beschaffen kann. Übrigens: Kostensteigerungen sind dabei nicht grundsätzlich unzumutbar.

**Frage:** Was muss der Auftragnehmer darlegen?

**Antwort:** Die Darlegungen des Auftragnehmers müssen das Vorliegen höherer Gewalt als überwiegend wahrscheinlich erscheinen lassen, ohne dass sämtliche Zweifel ausgeräumt sein müssen. Auf Schwierigkeiten bei der Beschaffung von Bescheinigungen und Nachweisen ist mit Blick auf die Überlastung von Behörden und die stark reduzierte Geschäftstätigkeit der Privatwirtschaft Rücksicht zu nehmen. Dies bedeutet, die vom Auftragnehmer geforderten Darlegungen im Einzelfall mit Augenmaß, Pragmatismus und mit Blick auf die Gesamtsituation zu handhaben.

**Frage:** Was reicht nicht?

**Antwort:** Der bloße Hinweis auf die Corona-Pandemie und eine rein vorsorgliche Arbeitseinstellung erfüllen den Tatbestand der höheren Gewalt nicht. Dies gilt insbesondere, falls der Auftragnehmer schon bei der bisherigen Leistungserbringung Schwierigkeiten hatte und sich nun auf die Corona-Pandemie beruft.

**Frage:** Kann höhere Gewalt auch auf Seiten des Auftraggebers eintreten?

**Antwort:** Ja, absolut. Höhere Gewalt kann auch auf Seiten des Auftraggebers eintreten, beispielsweise, weil die Projektleitung unter Quarantäne gestellt wird. Dabei wäre dann - entsprechend der an die Auftragnehmer gestellten Anforderungen und nach denselben

Maßstäben - zu dokumentieren, dass und warum die Projektleitung nicht aus dem Homeoffice erfolgen kann, oder dass und warum keine Vertretung organisiert werden kann.

Frage: Mit welchen rechtlichen Folgen?

Antwort: Falls das Vorliegen höherer Gewalt im Einzelfall angenommen werden kann, verlängern sich Ausführungsfristen automatisch um die Dauer der Behinderung zuzüglich erforderlicher Zeit für die Wiederaufnahme der Leistung. Berufte sich der Auftragnehmer nach den o.g. Maßstäben zu Recht auf höhere Gewalt, entstehen gegen ihn keine Schadens- oder Entschädigungsansprüche.

Frage: Behinderung und Behinderungsfolgen?

Antwort: Bei höherer Gewalt gerät auch der Auftraggeber nicht in Annahmeverzug; die Voraussetzungen des § 642 BGB liegen nicht vor. Ich verweise gerne auf BGH, Urteil vom 20.4.2017- VII ZR 194/13: die dortigen Ausführungen zu außergewöhnlich ungünstigen Witterungsverhältnissen sind - erst recht - auf eine Pandemie übertragbar. Das gilt insbesondere auch für Fallkonstellationen, in denen eine Vorleistung aufgrund höherer Gewalt nicht rechtzeitig erbracht werden kann und nun das nachfolgende Gewerk deswegen Ansprüche wegen Behinderung gegen den Auftraggeber erhebt

Danke für das Interview.

## Umfassende Unterstützung öffentlicher Auftraggeber bei der Durchführung von VgV-Verfahren

Interview mit Rechtsanwalt Dr. Thomas Ax



Die Fragen stellte VergabePrax-Redakteur Tobias Schmitt.

Frage: Mit welchen Leistungen unterstützen Sie und Ihr Team öffentlicher Auftraggeber bei der Durchführung von VgV-Verfahren?

Antwort: Es geht zumeist um die Betreuung und Durchführung von Vergabeverfahren nach der Vergabeverordnung (VgV 2016). Im Rahmen eines VgV-Verfahrens sollen bspw. Planungsleistungen vergeben werden. Gegenstand eines solchen VgV-Verfahrens sind zumeist Planungsleistungen nach HOAI der Objektplanung, der Tragwerksplanung und der Technischen Ausrüstung.

Frage: Können Sie beschreiben, wie Sie arbeiten?

Antwort: Absolut dienstleistungsorientiert und in dienender Funktion. Wir wirken mit und unterstützen bei der Durchführung und Abwicklung des vollständigen VgV-Verfahrens für die Planungsleistungen gemäß Vergabeverordnung (VgV 2016). Die Durchführung der

Leistungen erfolgt in enger Abstimmung mit dem Auftraggeber. Die Vorgehensweise und Bearbeitungsschritte werden in Abstimmung mit dem Auftraggeber detailliert im Rahmen von ggf. digitalen Jour-Fixe dargestellt. Es werden einstündige Termine mit Anwesenheit einer unserer Sachbearbeitungen angesetzt. Unsere Leistungen beinhalten die vollständige Abwicklung des Verfahrens auf und mit der jeweils gewählten Vergabeplattform, wie z.B. die Einstellung der Formblätter etc. auf der Vergabeplattform. Wir erhalten einen Gastzugang. Jedes Formblatt/ Dokument wird erst nach vorheriger Durchsicht und Freigabe durch den Auftraggeber veröffentlicht.

Frage: Können Sie beschreiben, welchen Umfang die zu erbringenden Leistungen haben bzw welche Leistungen Sie für notwendig und zweckmäßig halten?

Antwort: Phase (0) umfasst die Erläuterung der Durchführung und Abwicklung des vollständigen VgV-Verfahrens für die Planungsleistungen gemäß Vergabeverordnung (VgV 2016), insbesondere Erläuterung der Vorgehensweise und Bearbeitungsschritte auf der eVergabeplattform. Phase (1) betrifft das Vorbereiten des Verfahrens. Dazu gehören: Gemeinschaftliche Erarbeitung der Aufgabenbeschreibung; Beratung zum Vergabeverfahren und der möglichen Vorgehensweisen, Erläuterung des von der MSE gewählten Verfahrens; Erstellen eines Flussdiagramms mit Angabe der Beteiligten inklusive Rollenordnung, der jeweiligen Formblätter, der erforderlichen Unterlagen, der Termine, Fristen und Schnittstellen für die einzelnen Verfahrensschritte; Terminplanung sowie Steuerung des Vergabeverfahrens inkl. Erstellen und bedarfsgerechtes Aktualisieren eines Terminplanes und Verteilung an die Beteiligten; Sichten und Abstimmen der Leistungsbeschreibung und des Ingenieurvertrages; Überprüfen der Ansätze der Honorarberechnungen der AG für die Honorierung der Planungsleistungen nach HOAI auf Anforderung der AG. Die Prüfung erfolgt unter dem Gesichtspunkt des EuGH-Urteils vom 4. Juli 2019 und der neu in Kraft getretenen HOAI 2021. Wir erstellen einen Bericht für den AG: Dazu gehören: Erarbeitung und Abstimmung eines Entwurfs für Mindestanforderungen zur Prüfung und Wertung der Teilnahmeanträge; Erarbeitung und Abstimmung der projektspezifischen Eignungs- und Auswahlkriterien einschließlich Gewichtung und Bewertungsmatrix; Erarbeitung und Abstimmung der Zuschlagskriterien einschließlich Gewichtung und Bewertungsmatrix; Zusammenstellen der Vergabeunterlagen und des Teilnahmeantrags auf der Vergabeplattform auf Grundlage der Muster/Formblätter des Auftraggebers (insb. Bewertungsmatrix für die Auswahlkriterien

und die Zuschlagskriterien, Referenzliste, Leistungsbeschreibung und Vertragsbedingungen, Einheitliche Europäische Eigenerklärung, Formulare Bewerbergemeinschaft, Nachunternehmer und dgl.); Erarbeitung und Abstimmung des Entwurfs der Bekanntmachung; Erstellen der Vergabebekanntmachung für das EU Amtsblatt auf der Vergabeplattform; Mitwirkung bei der Vorbereitung und Fortschreibung des Vergabevermerks; Erstellen und laufende Aktualisierung einer chronologischen Vergabedokumentation; Erarbeitung und Abstimmung einer Dokumentation bezüglich der Rechtssicherheit einer gemeinsamen Ausschreibung mehrerer Planungsgewerke.

Frage: Und wie geht es dann weiter?

Antwort: Phase (2) betrifft dann den Teilnahmewettbewerb. Dazu sind erforderlich: Mitwirkung bei der Beantwortung von Bewerberfragen mit Erstellen von Antwortentwürfen; Prüfung und Wertung der eingegangenen Bewerbungen (Teilnahmeanträge) im Rahmen eines Bewertungsteams anhand der aufgestellten Kriterien (Bewerbungsbedingungen und der Mindestanforderungen sowie der quantitativen Eignungskriterien), Vorlage des Wertungsvorschlages zur Entscheidung durch die AG; Protokollieren des Auswahlverfahrens; Dokumentation und Zusammenstellen der Ergebnisse (inkl. Rangfolge), Vorstellen der Ergebnisse; Vorbereiten von Nachforderungs- bzw. Aufklärungsschreiben auf der Vergabeplattform; Vorbereiten der Absageschreiben mit Begründung an die nicht berücksichtigten Bewerber auf der Vergabeplattform; Mitwirkung bei der Behandlung eventueller Nachfragen/Rügen von Bewerbern mit Erstellen von Antwortentwürfen, wobei die AG die Entscheidungsbefugnis hat; Mitwirkung bei der Fortschreibung des Vergabevermerks.

Frage: Und dann geht es in das eigentliche Verhandlungsverfahren?

Antwort: Ja, genau. Phase (3) betrifft das Verhandlungsverfahren. Hier sind wir besonders gefordert mit: Vorbereitung der Aufforderung zur Abgabe des Erstangebots mit Zusammenstellung und Erarbeitung per erforderlichen Vergabe- bzw. Vertragsunterlagen auf der Vergabeplattform; Mitwirkung bei der Beantwortung von Bieterfragen mit Erstellung von Antwortentwürfen; Prüfung und Wertung der eingegangenen Erstangebote im Rahmen eines Bewertungsteams mit Dokumentation; Vorbereiten von möglichen Nachforderungs- bzw. Aufklärungsschreiben; Vorbereiten und Zusammenstellen der Unterlagen für die (Verhandlungs-)termine; Organisation der Verhandlungstermine; Teil-

nahme an den (Verhandlungs-)terminen mit Protokollführung und Dokumentation, inkl. Moderation der Sitzung; Vorbereitung der Aufforderung zur Abgabe eines neuen Angebots mit Zusammenstellung/Anpassung der erforderlichen Vergabe- bzw. Vertragsunterlagen; formale Prüfung der eingegangenen neuen Angebote im Rahmen eines Bewertungsteams mit Dokumentation; Erstellen eines begründeten Wertungsvorschlags anhand der aufgestellten Zuschlagskriterien (Unterkriterien), Vorlage des Wertungsvorschlags zur Entscheidung durch die AG; Vorbereiten der Einladungsschreiben zum (Verhandlungs-)termin einschließlich Gesprächsleitfaden; Dokumentation und Zusammenstellen der Ergebnisse (inkl. Rangfolge); Vorbereiten der Informationsschreiben mit Begründung an die (nicht berücksichtigten) Bieter; Mitwirkung bei der Behandlung eventueller Nachfragen/Rügen von Bewerbern mit Erstellen von Antwortentwürfen; Mitwirkung bei der Fortschreibung des Vergabevermerks.

Frage: Dann folgt wahrscheinlich Phase (4) als Abschluss des Verfahrens? Wo greifen Sie hier an?

Antwort: Dazu gehören: Erstellen der Bekanntmachung über die Auftragsvergabe; Zusammenstellen aller Verfahrensunterlagen für die Dokumentation und gesammelte Übergabe an die MSE, 2-fach in Papierform und einfach auf Speichermedium; Mitwirken bei der Behandlung von Verfahrensrügen und Einsprüchen; Erstellen eines textlichen Vermerks über die Vergabeentscheidung; Abschluss des Verfahrens auf der eVergabe Plattform

Frage: Was muss der Auftraggeber zur Verfügung stellen?

Antwort: Wenn vorhanden stellt der Auftraggeber uns folgende Unterlagen zur Verfügung: zu verwendende Musterformblätter zur Durchführung des VgV-Verfahrens; Matrix der Mindestanforderungen, Zuschlags- und Eignungskriterien; Bereitstellung bisher zusammengestellter Unterlagen (Honorarberechnung, Entwurf Planungsvertrag, Entwurf Leistungsbeschreibung, etc.); Projektbeschreibung (Projektbuch).

Frage: Welche Leistungen erbringt der Auftraggeber selbst?

Antwort: Entscheidung und Auswahl über die einzuladenden Bewerber, ggf. Versand von Schreiben (Nachforderungs- bzw. Aufklärungsschreiben, Einladungsschreiben, Informationsschreiben, Absageschreiben), das können wir aber auch für den Auftraggeber erledigen.

gen; Treffen der Vergabeentscheidung und -genehmigung; Aufstellung des Wertungsteams; Entscheidung über die zur Anwendung kommenden Mindestanforderungen, Eignungs-, Auswahl- und Zuschlagskriterien.

Frage: Erfolgt eine förmliche Verpflichtung durch den Auftraggeber?

Antwort: Ja, natürlich. Zu den allgemeinen Pflichten gehört: Wir müssen uns auf die gewissenhafte Erfüllung der Obliegenheiten gemäß § 1 des Verpflichtungsgesetzes vom 02. März 1974 (BGBl S. 547), geändert durch Gesetz vom 15. August 1974 (BGBl I S. 1942), in Verbindung mit § 11 Abs. 1 Nr. 4 des Strafgesetzbuches verpflichten lassen. Selbstverständlich ist, dass wir im Zusammenhang mit den Leistungen keine Leistungen für Dritte beziehungsweise andere Auftraggeber im Zusammenhang mit der Maßnahme erbringen.

## Ein neues, modernes und dynamisches VergabeRecht für Deutschland

Interview mit Rechtsanwalt Dr. Thomas Ax

Thomas Ax fordert nicht weniger als eine Rundumerneuerung des deutschen Vergaberechts, Unterstützung der Auftraggeber und Bieter und Fortbildung. Tenor: Unsicherheiten sind zu beseitigen. Klarstellungen sind vorzunehmen. Hindernisse sind aus dem Weg zu räumen. Das Vergaberecht muss wieder zur Beschaffungswirklichkeit passen. In jüngerer Zeit haben sich Marktsegmente entwickelt, bei denen die Marktteilnehmer feste Leistungsmodelle entwickelt haben, die von Anbieter zu Anbieter nicht mehr 1:1 verglichen werden können. Vielfach werden Leistungsgegenstände nur Online vermarktet. Hier besteht in vielen Fällen nicht das Interesse der Anbieter, individuelle Angebote zu erstellen, sich einer Eignungsprüfung zu unterziehen oder auf die Einbeziehung Allgemeiner Geschäftsbedingungen zu verzichten. Dieses neue Markgeschehen korrespondiert nicht mit den Verfahrensregeln des Vergaberechts. Soweit Vergaben auf die Nutzung elektronischer Medien gerichtet sind, stellt das die Vergabestellen vor neue Herausforderungen. Im Bereich der sog. social media, wie z.B. Facebook, Twitter oder Instagram bestehen von den Anbietern vorgegebene Leistungspakete, von denen sie nicht abzuweichen bereit sind. Typischerweise geben solche Marktteilnehmer keine Angebote in einem Vergabeverfahren ab. Das aktuelle Vergaberecht bietet keine Handhabe, um auf diese Beschaffungsgegenstände adäquat und flexibel zu reagieren. Aufgrund aktueller Entwicklungen ist im Bereich Verteidigung und Sicherheit eine Änderung an den bestehenden Regelungen erforderlich geworden, um den Bedarf für Einsätze bzw. einsatzgleiche Verpflichtungen der Bundeswehr schneller zu decken. Die militärischen und die zivilen Sicherheitsbehörden stehen vor neuen sicherheitspolitischen Herausforderungen. Die Notwendigkeit, kurzfristig und effektiv auf sicherheitsrelevante Entwicklungen sowohl im In- als auch im Ausland reagieren zu können, gewinnt immer größere Bedeutung. Dabei werden die Herausforderungen vielfältiger und reichen von internationalem Krisenmanagement über die Abwehr terroristischer Gefahren bis zu Fragen der Cybersicherheit und der asymmetrischen Kriegsführung. Ziel muss es sein, bessere Möglichkeiten für eine beschleunigte Beschaffung zu schaffen, die vergaberechtlichen Regularien im Falle kurzfristiger Anforderungen an die Beschaffung noch besser zu nutzen und die vergaberechtlichen Spielräume für eine schnelle Beschaffung konse-

quenter zu nutzen. Kurzum: Es besteht erheblicher gesetzgeberischer Verbesserungsbedarf. Ein neues, modernes und dynamisches VergabeRecht für Deutschland!

Lesen Sie das Interview:



Frage: Welche wirtschaftliche Bedeutung haben öffentliche Aufträge?

Antwort: Bundesweit macht das jährliche Beschaffungsvolumen öffentlicher Institutionen geschätzt mehr als zehn Prozent des deutschen Bruttoinlandsprodukts oder mindestens 300 Mrd. Euro aus. Neben Ausgaben für den laufenden Betrieb der öffentlichen Hand sind Aufträge für öffentliche Investitionen ein besonders wichtiger Teil dieser Beschaffungen. Beispiele für öffentliche Aufträge sind der Ausbau des Schienenpersonennahverkehrs, der Bau von Straßen oder die Ausstattung von Kindergärten, Schulen und Universitäten. Immer öfter entscheidet sich zudem die öffentliche Hand dafür, bestimmte Leistungen durch Private über die Vergabe von Konzessionen anbieten zu lassen, wie etwa den Betrieb von Freizeiteinrichtungen oder Parkhäusern. Für beides – öffentliche Aufträge wie Konzessionen – gilt: Die öffentliche Hand soll im Interesse des Steuerzahlers immer dem wirtschaftlichsten Angebot – gemessen am Preis-Leistungs-Verhältnis – den Vorzug geben. Das Vergaberecht legt fest, wie Bund, Länder und Kommunen vorgehen müssen, um

Güter am Markt einzukaufen oder Bau- und Dienstleistungen in Auftrag zu geben. Es soll sicherstellen, dass Haushaltsmittel wirtschaftlich und in einem wettbewerblichen, transparenten und nicht-diskriminierenden Verfahren eingesetzt werden. Je effizienter die Verfahren ablaufen, umso wirtschaftlicher fallen die öffentlichen Investitionen aus. Umgekehrt können schwerfällige Verfahren und komplexe Regelwerke Investitionen verteuern oder verhindern.

Frage: Wird das Vergaberecht richtig angewendet?

Antwort: Vielfach: Nein.

Eine Auswertung der Entscheidungen von unseren Nachprüfungsverfahren hat Folgendes ergeben: Soweit im Sinne der Antragsteller entschieden wurde, bestanden die vergaberechtlichen Verstöße überwiegend in handwerklichen Fehlern des jeweiligen Auftraggebers, insbesondere bei der Erstellung der Leistungsbeschreibungen, im Rahmen der Eignungsprüfung sowie der Wertung der Angebote. Darüber hinaus wurde in einigen Fällen wegen mangelhafter Dokumentation gegen das Transparenzgebot verstoßen. Ferner haben einige Auftraggeber bei der Eignungsprüfung der Unternehmen und Wertung der Angebote das Vergaberecht unverhältnismäßig eng ausgelegt. Kleine und mittlere Unternehmen sind über die rechtlichen Möglichkeiten des Vergaberechtsschutzes häufig nicht hinreichend informiert und scheitern an den prozessualen Voraussetzungen für einen erfolgreichen Nachprüfungsantrag.

Sind das einfache Verstöße?

Antwort: Vielfach: Nein.

Folgende gravierende Beispiele:

- De-facto-Vergabe von Laboruntersuchungen (Vergabekammer Berlin, Entscheidung vom 27.05.2019, B 1 – 43/19, [https://www.berlin.de/sen/wirtschaft/wirtschaft/wirtschaftsrecht/assets/43\\_19-hauptsachebeschluss-anonymisiert.pdf](https://www.berlin.de/sen/wirtschaft/wirtschaft/wirtschaftsrecht/assets/43_19-hauptsachebeschluss-anonymisiert.pdf); KG, Beschluss vom 08.06.2020, Verg 1002/20, nicht veröffentlicht),
- Wiederholte, fortgesetzte Verlängerung eines Versicherungsvertrags (Rechnungshof von Berlin, Jahresbericht 2019, S. 260, [https://www.berlin.de/rechnungshof/\\_assets/jahresbericht-2019.pdf](https://www.berlin.de/rechnungshof/_assets/jahresbericht-2019.pdf))
- De-facto-Vergabe an ein Beratungsunternehmen, (Rechnungshof von Berlin, Jahresbericht 2020, S. 186, [https://www.berlin.de/rechnungshof/\\_assets/jahresbericht-2020.pdf](https://www.berlin.de/rechnungshof/_assets/jahresbericht-2020.pdf))
- Anklage wegen Bestechung bei Auftragsvergabe: Mit

der am 3. September 2019 zum Landgericht Berlin – Wirtschaftsstrafkammer - erhobenen Anklage legt die Staatsanwaltschaft dem ehemaligen Geschäftsführer einer landeseigenen Gesellschaft zur Last, für den Erhalt von 250.000,- Euro Schmiergeld veranlasst zu haben, dass die vom Geldgeber vertretene Firma den Zuschlag für die Erneuerung der firmeninternen Telefonanlage mit einem Gesamtvolumen von insgesamt 5,1 Mio. Euro erhielt (Tätigkeitsbericht der Zentralstelle „Korruptionsbekämpfung“ 2019: [https://www.berlin.de/generalstaatsanwaltschaft/\\_assets/ueberuns/zentralstellen/korruption/taetigkeitsberichte/2019\\_taetigkeitsbericht\\_korruption.pdf](https://www.berlin.de/generalstaatsanwaltschaft/_assets/ueberuns/zentralstellen/korruption/taetigkeitsberichte/2019_taetigkeitsbericht_korruption.pdf))

Frage: Was sind die Ursachen einer falschen Rechtsanwendung oder Rechtsunsicherheit bei der Vergabe öffentlicher Aufträge und Konzessionen?

Antwort: Als häufigste Ursachen von Rechtsunsicherheit und falscher Rechtsanwendung nennen die von uns betreuten Auftraggeber die Komplexität und die als wenig anwenderfreundliche empfundene Struktur des Vergaberechts. Auch die Auslegung unbestimmter Rechtsbegriffe bereite Schwierigkeiten, dies betreffe insbesondere solche Begriffe, die noch nicht durch die Rechtsprechung ausgeformt sind. Die kasuistische Rechtsprechung und immer kürzere „Erneuerungszyklen“ der Vorschriftenwerke mache es in der Praxis schwierig, stets basierend auf dem aktuellen Sach- und Rechtsstand rechtssicher Vergabeverfahren durchzuführen. Es bestehe hoher Fortbildungs- und Beratungsbedarf, eine Vielzahl von Vergabestellen sei bei Oberschwellenvergaben auf die Hilfe Dritter angewiesen. Verschärft werde dies dadurch, dass sich die Personalsituation in den staatlichen Behörden und den Kommunen nicht positiv entwickelt habe.

Frage: Welche Konkreten Fehlerquellen werden genannt?

Antwort: Als konkrete Fehlerquelle nennen unsere Auftraggeber-Mandanten die Bestimmung von Auftragswerten (insb. bei Bau- und Planungsleistungen) sowie die Abgrenzung von Bau- und Lieferleistungen, die Wahl der Verfahrensart (§ 14 Abs. 4 Nr. 3 VgV), das Dilemma zwischen Produktneutralität und eindeutiger Leistungsbeschreibung, die Verwendung der CPV-Nomenklatur (insb. bzgl. Informations- und Kommunikationstechnologie, Forschungsgeräten, sozialen und anderen besonderen Dienstleistungen), die Nachforderung von Unterlagen (§ 56 Abs. 2 VgV), die Eignungs- und Zuschlagskriterien, Dokumentations- und Begründungsmängel, die Bildung von Teillosen (§ 97 Abs. 4 Satz 2 GWB), die Verpflichtung zur Festlegung einer

Höchstmenge der abrufbaren Leistung nach § 21 Abs. 1 VgV bei der Vergabe von Rahmenvereinbarungen, Auftragsänderungen während der Vertragslaufzeit, die Veröffentlichung von Bekanntmachungen (§ 37 VgV), die Anwendbarkeit des Beschaffungsübereinkommens (GPA), die Einheitliche Europäische Eigenerklärungen (EEE) sowie die rechtskonforme elektronische Übermittlung von Informationen über die E-Vergabe-Plattform gem. § 134 GWB, § 162 Abs. 1 VgV und die Einhaltung der strikten elektronischen Kommunikation über die Vergabeplattform (§ 9 Abs. 1 VgV; § 11 Abs. 1 VOB/A EU).

Frage: Leisten rechtliche Vorgaben bestimmten Umsetzungsproblemen Vorschub?

Antwort: Unsere Auftraggeber sehen die bestehenden hohen rechtlichen Vorgaben als Ursache dafür, dass die Anzahl zuschlagsfähiger Angebote immer mehr abnimmt, insbesondere wenn Umwelt- und Sozialvorgaben eine Rolle spielen. Die als sehr groß empfundene Diskrepanz zwischen den Schwellenwerten im Liefer- und Dienstleistungsbereich auf der einen und dem Baubereich auf der anderen Seite seien nicht vermittelbar. Zudem seien die sehr langen Fristen des EU-Vergaberechts ein Hindernis, flexibel auf Bedarfe und Marktsituationen zu reagieren.

Frage: Ist Vergaberecht noch zeitgemäß?

Antwort: Nur bedingt.

Aufgrund aktueller Entwicklungen ist im Bereich Verteidigung und Sicherheit eine Änderung an den bestehenden Regelungen erforderlich geworden, um den Bedarf für Einsätze bzw. einsatzgleiche Verpflichtungen der Bundeswehr schneller zu decken. Die militärischen und die zivilen Sicherheitsbehörden stehen vor neuen sicherheitspolitischen Herausforderungen. Die Notwendigkeit, kurzfristig und effektiv auf sicherheitsrelevante Entwicklungen sowohl im In- als auch im Ausland reagieren zu können, gewinnt immer größere Bedeutung. Dabei werden die Herausforderungen vielfältiger und reichen von internationalem Krisenmanagement über die Abwehr terroristischer Gefahren bis zu Fragen der Cybersicherheit und der asymmetrischen Kriegsführung. Ziel muss es sein, bessere Möglichkeiten für eine beschleunigte Beschaffung zu schaffen, die vergaberechtlichen Regularien im Falle kurzfristiger Anforderungen an die Beschaffung noch besser zu nutzen und die vergaberechtlichen Spielräume für eine schnelle Beschaffung konsequenter zu nutzen.

Frage: Hat die Corona-Pandemie die Bedeutung der öffentlichen Beschaffung verdeutlicht?

Antwort: Ja. Aber auch die Grenzen aufgezeigt.

Durch zeitweise Engpässe bei Gütern wie Atemschutzmasken, Medikamenten und medizinischen Hilfsmitteln wurde die zentrale Rolle funktionierender Beschaffungsprozesse zur akuten Bewältigung der Krise sichtbar. Unter dem Eindruck der COVID-19-Pandemie sind Vereinfachungen im Vergabeprozess eingeführt worden, die über Gebühr und unsachgemäß angewendet worden sind.

Beispiel:

Ein Auftrag der nordrhein-westfälischen Landesregierung an die Modefirma van Laack beschäftigte die VK Rheinland. Das Mönchengladbacher Unternehmen van Laack hatte im Zuge der Corona-Pandemie mehrere Aufträge für Schutzausrüstung erhalten. Vor allem die Bestellung von zehn Millionen Schutzkitteln sorgte für Debatten, weil bekannt wurde, dass Johannes «Joe» Laschet, der Sohn von NRW-Ministerpräsident Armin Laschet (CDU), den Kontakt zu der Firma hergestellt hatte. Neben den Kitteln hatte die Textilfirma auch zwei Aufträge der NRW-Polizei über je 1,25 Millionen sogenannter Alltagsmasken aus Stoff bekommen.

Frage: Gab es auch Entscheidungen?

Antwort: Ja.

Beispiel:

Coronapandemie als Rechtfertigung für die Aufhebung eines Vergabeverfahrens?

VK Bund, Beschl. vom 07.05.2020 (Az.: 2-31/20)

Frage: Was wird benötigt?

Antwort: Unsicherheiten sind zu beseitigen. Klarstellungen sind vorzunehmen. Hindernisse sind zu beseitigen.

Beispiel 1

Obergrenze bei Rahmenvereinbarungen (EuGH 19.12.2018, C-216/17) Hinsichtlich des o.g. Urteils des EuGH besteht Unsicherheit, inwieweit die derzeitige Rechtslage bei der Vergabe von Rahmenvereinbarungen in der Bekanntmachung oder den Vergabeunterlagen die Angabe einer Obergrenze erfordert. Derzeit wird deshalb teilweise der geschätzte Auf-

tragswert in den Vergabeunterlagen als Obergrenze genannt und mit einer Option im Sinne des § 132 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 GWB verbunden. Es stellt sich die Frage, ob die Erhöhung der Obergrenze durch eine quantitative Leistungserweiterungsoption im Sinne § 132 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 GWB dem Zweck des Missbrauchsverbots von Rahmenvereinbarungen entgegensteht. Die praktische Handhabbarkeit bereitet Schwierigkeiten. Zudem ist zwischenzeitlich ein neues Vorabentscheidungsverfahren (EuGH, C-23-20) anhängig. Bis zur Entscheidung wird davon ausgegangen, dass eine Übertragbarkeit der Rechtsprechung zur alten Vergaberichtlinie möglich ist.

#### Beispiel 2

Auftragsänderungen während der Vertragslaufzeit (§ 132 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 GWB) Nach dem Wortlaut des § 132 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 GWB ist die Auftragsänderung in den dort genannten Fällen ohne Durchführung eines neuen Vergabeverfahrens zulässig, wenn der Wechsel des Lieferanten aus wirtschaftlichen und technischen Gründen nicht erfolgen kann und mit erheblichen Schwierigkeiten oder beträchtlichen Zusatzkosten verbunden wäre.

Es besteht Unsicherheit darüber, inwieweit sich der Meinung in der Literatur angeschlossen werden kann, dass es sich um redaktionelles Versehen handelt und das Wort „und“ als „oder“ zu lesen ist und somit ein alternatives Vorliegen von Tatbestandsmerkmalen ausreichend ist. § 132 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 GWB regelt nicht, inwieweit zusätzliche Leistungen, die nicht zur Erfüllung der Vertragsleistung erforderlich sind, und die nach Nr. 1.4.2. des Leitfadens 510 des VHB ausschreibungspflichtig sind, einen Bezug zur ausgeschriebenen Leistung haben müssen, damit kein gesondertes Vergabeverfahren durchgeführt werden muss. Gewünscht wird eine Klarstellung, ob ggf. eine separate Ausschreibung erforderlich ist und ob und inwieweit ein sachlicher Zusammenhang mit der beauftragten Leistung des Hauptauftrages erforderlich ist.

#### Beispiel 3

Bereitstellung der Vergabeunterlagen (§ 41 Abs. 1 VgV) Fraglich ist, ob auch bei zweistufigen Vergabeverfahren (nicht offene Verfahren mit Teilnahmewettbewerb, Verhandlungsverfahren mit Teilnahmewettbewerb) sämtliche Vergabeunterlagen, d.h. auch die Unterlagen für die Angebots- bzw. Verhandlungsphase, die sich dem Teilnahmewettbewerb anschließt, bereits mit der Bekanntmachung des Teilnahmewettbewerbs veröffent-

fentlicht werden müssen. Hierzu existieren unterschiedliche Rechtsmeinungen (vgl. OLG München, Beschluss vom 13. März 2017, Verg 15/16 – NZBau 2017, 371 und OLG Düsseldorf, Beschluss vom 17. Oktober 2018, VII-Verg 26/18 – NZBau 2019, 129 ff., Rn 45).

#### Beispiel 4

Auslegung der Regelung § 3 Abs. 6 VgV zur Auftragswertberechnung bei Bauaufträgen

Unsicherheit besteht darüber, inwieweit bei der Auftragswertbetrachtung die Architekten- und Ingenieurleistungen zu den geschätzten Baukosten (abzgl. Umsatzsteuer) hinzuzurechnen sind.

#### Beispiel 5

Bekanntmachung der Vergabeunterlagen oberhalb der EU-Schwellenwerte (§§ 37, 38 VgV, § 12 EU VOB/A) Hier wird die Einführung einer Öffnungsklausel in Bezug auf die Verpflichtung, die Vergabeunterlagen zum Zeitpunkt der Vorinformation oder der Bekanntmachung bereits vollständig, unmittelbar und uneingeschränkt bereitzustellen, vorgeschlagen.

#### Beispiel 6

Nachforderung von Unterlagen (§ 56 Abs. 2 VgV) Es bestehen Rechtsunsicherheiten bei allen Liefer- und Dienstleistungsaufträgen und allen Verfahrensarten, wie weit das Nachreichen fehlerhafter unternehmensbezogener Unterlagen sowie die Ergänzung von Referenzen ausgelegt werden kann.

#### Beispiel 7

##### § 120 Abs. 4 GWB

Nach § 120 Abs. 4 GWB können zentrale Beschaffungsstellen für andere öffentliche Auftraggeber öffentliche Aufträge vergeben oder vermitteln. In der Auftragsbekanntmachung muss der öffentliche Auftraggeber die zuständige Nachprüfungsinstanz angeben und er kann auch angeben, ob der Auftrag von einer zentralen Beschaffungsstelle vergeben wird. Die Übermittlung des Nachprüfungsantrags erfolgt in der Regel an den dort genannten öffentlichen Auftraggeber, was nicht unbedingt zutreffend sein muss. Denn im Falle einer zentralen Beschaffungsstelle sind zwei oder mehrere öffentliche Auftraggeber beteiligt, wobei sich erst aus dem Innenverhältnis ergibt, wer die Leistungen tatsächlich vergibt bzw. die Verträge letzt-

endlich schließt. Die Verantwortlichkeit für die Rechtmäßigkeit der Vergabe ergibt sich deshalb erst aus dem Innenverhältnis, das bei Einleitung des Nachprüfungsverfahrens nicht bekannt ist. Dies hat zwei Auswirkungen:

Es lässt sich nicht erkennen, ob der Nachprüfungsantrag an den richtigen Auftraggeber zugestellt worden ist und das Zuschlagsverbot ausgelöst wurde.

Es lässt sich nicht erkennen, welche Vergabekammer für die Nachprüfung zuständig ist, wenn mehrere öffentliche Auftraggeber tätig werden (Beispiel: Straßen NRW und neue Autobahn GmbH).

Es sollte aus der Bekanntmachung klar erkennbar sein, wer der öffentliche Auftraggeber ist.

### Beispiel 8

§ 124 Abs. 1 Nr. 3 und Nr. 7 GWB Die Anwendung der Tatbestandsmerkmale bereitet den öffentlichen Auftraggebern offensichtlich erhebliche Schwierigkeiten, die dann in die Nachprüfungsverfahren getragen werden. Hier geht es insbesondere darum, dass die Vergabekammern innerhalb eines Nachprüfungsverfahrens außervergaberechtliche Streitigkeiten im Rahmen einer sogenannten Inzidentkontrolle mitentscheiden sollen, obwohl das so nicht vorgesehen ist und auch nicht sein sollte.

Wann hat ein Unternehmen im Rahmen einer beruflichen Tätigkeit nachweislich eine schwere Verfehlung begangen? Oft stehen ordnungsbehördliche Erlaubnisse dahinter, die nicht verlängert werden, oder strafrechtliche Ermittlungsverfahren, die nicht abgeschlossen sind. Die vorzeitige Beendigung eines Vertragsverhältnisses aufgrund Schlechterfüllung bereitet erhebliche Probleme in der Praxis. Muss die „Beendigung“ unstrittig vorliegen oder reicht es aus, wenn Klagen bei den Zivilgerichten vorliegen bzw. geplant sind? Was ist eine vergleichbare Rechtsfolge?

### Beispiel 9

§ 65 Abs. 5 Satz 1 VgV

Die Regelung befindet sich im Abschnitt 3 als Besondere Vorschrift für die Vergabe von sozialen und anderen besonderen Dienstleistungen. Unter diese Vorschrift fallen nach Anhang XIV der Richtlinie 2014/24/EU auch Sicherheitsdienstleistungen beispielsweise in Flüchtlingsunterkünften

oder in öffentlichen Einrichtungen und dem ÖPNV mit dem CPV-Code 79700000 etc..

Die Regelung eröffnet den Vergabestellen die Möglichkeit, die Referenzen des Bieters oder die Referenzen des vom Bieter eingesetzten Personals auf der Ebene der Zuschlagsentscheidung zu berücksichtigen und stellt somit eine Erweiterung des § 58 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 VgV dar, der lediglich die Einbeziehung der Qualitätskontrolle bei dem Personal vorsieht, das tatsächlich für den zukünftigen Auftrag eingesetzt werden soll (sog. Projektteams bei Architektenwettbewerben usw.). Diese Vorschrift mag zwar sinnvoll im Bereich von arbeitsmarktpolitischen Dienstleistungen sein, aber nicht bei anderen unter Anhang XIV fallenden Dienstleistungen.

Die Vergabekammer Westfalen hat deshalb eine Ausschreibung eines öffentlichen Auftraggebers vollständig aufgehoben, weil die Regelung nach ihrer Auffassung europarechtskonform anzuwenden ist. Die Leistungen des Bieters (Unternehmensreferenzen) dürfen deshalb nicht auf der 4. Wertungsstufe (erneut) berücksichtigt werden. Eine entsprechende Klarstellung wird angeregt.

### Beispiel 10

Nachweisführung durch Gütezeichen, § 34 VgV Die Regelung des § 34 VgV löst Rechtsunsicherheiten aus, da nicht klar ist, ob allein die Forderung des Gütezeichens ausreicht oder aber die einzelnen Anforderungen zu benennen sind.

### Beispiel 11

Anforderungen an die ausführenden Personen, § 46 VgV

Für öffentliche Auftraggeber hat die Qualifikation und die Erfahrung des ausführenden Personals erhebliche Bedeutung. Eine ausdrückliche Erwähnung erfahren die ausführenden Personen lediglich unter § 46 Abs. 3 Nr. 2 VgV. Es spricht jedoch vieles dafür, die Anforderungen an die ausführenden Personen auch in § 46 Abs. 1 und Abs. 3 Nr. 1 VgV hineinlesen zu können. Mangels ausdrücklicher Regelung bedeutet diese Einordnung allerdings Rechtsunsicherheiten.

### Beispiel 12

Nachforderung von Unterlagen, § 56 VgV Bzgl. des ausführenden Personals: Korrespondierend mit den Ausführungen zu den Anforderun-

gen an die ausführenden Personen stellt sich die Frage, ob es sich um unternehmensbezogene bzw. leistungsbezogene Unterlagen oder keine der beiden Alternativen handelt. Sofern man es unter § 46 Abs. 1 und Abs. 3 Nr. 1 VgV subsumieren würde, wären die Anforderungen als unternehmensbezogene Unterlagen einzuordnen. Dieser Aspekt bedeutet eine weitere Rechtsunsicherheit.

Entscheidungsspielräume der Auftraggeber bzgl. der Anwendung der Alternativen des § 56 Abs. 2 VgV: Dem öffentlichen Auftraggeber steht gem. § 56 Abs. 2 S. 1 VgV ein Ermessen bei der Nachforderung von Unterlagen zu. Es stellt sich daher die Frage, ob er ein solches Ermessen auch vorab bei der Festlegung gem. § 56 Abs. 2 S. 2 VgV ausüben kann oder nur ein Verzicht auf jegliche Form der Nachforderung möglich ist.

### Beispiel 13

Auslegung von § 135 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 GWB Gem. § 135 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 GWB tritt die Unwirksamkeit nach § 135 Abs. 1 Nr. 2 GWB nicht ein, wenn der öffentliche Auftraggeber der Ansicht ist, dass die Auftragsvergabe ohne vorherige

Veröffentlichung einer Bekanntmachung im Amtsblatt der Europäischen Union zulässig ist. Sofern die weiteren Voraussetzungen nach den Nr. 2 und 3 vorliegen, stellt sich die Frage, ob für die Ausnahme von der Unwirksamkeit die Rechtsauffassung des öffentlichen Auftraggebers („der Ansichtist“) ausreicht.

Frage: Welchen Herausforderungen ist wie zu begegnen?

Antwort: Es besteht erheblicher gesetzgeberischer Verbesserungsbedarf.

### Beispiel 1

In jüngerer Zeit haben sich Marktsegmente entwickelt, bei denen die Marktteilnehmer feste Leistungsmodelle entwickelt haben, die von Anbieter zu Anbieter nicht mehr 1:1 verglichen werden können. Vielfach werden Leistungsgegenstände nur Online vermarktet. Hierbei besteht in vielen Fällen nicht das Interesse der Anbieter, individuelle Angebote zu erstellen, sich einer Eignungsprüfung zu unterziehen oder auf die Einbeziehung Allgemeiner Geschäftsbedingungen zu verzichten. Dieses neue Markteschehen korrespondiert nicht mit den Verfahrensregeln des Vergaberechts. Zunächst wären kleinteilige Gegenstände zu nennen, die nahezu nur

noch Online erhältlich sind. Soweit hier größere Mengen zu beschaffen sind, könnte der Schwellenwert überschritten werden. In diesem Bereich entfällt dem öffentlichen Auftraggeber aufgrund der starren Vergabevorschriften ein komplettes Marktsegment, welches möglicherweise zu wirtschaftlicheren Ergebnissen führen würde. Insofern wäre eine flexiblere Handhabung in den genannten Bereichen beispielsweise die Ermittlung des wirtschaftlichsten Angebots durch andere Mittel als die der Ausschreibung, beispielsweise durch Preisvergleich wünschenswert.

Zu nennen sind auch Abonnements von Fotodatenbanken, die Teilnahme an social-media Kanälen, Öffentlichkeitsarbeit durch klassische Medien (Radiosender, Fernsehen, Zeitungen) oder die Beschaffung von Computerlizenzen. Soweit Vergaben auf die Nutzung elektronischer Medien gerichtet sind, stellt das die Vergabestellen vor neue Herausforderungen. Im Bereich der sog. social media, wie z.B. Facebook, Twitter oder Instagram bestehen von den Anbietern vorgegebene Leistungspakete, von denen sie nicht abzuweichen bereit sind. Typischerweise geben solche Marktteilnehmer keine Angebote in einem Vergabeverfahren ab. Auch gibt es im Bereich der sozialen Medien keine vergleichbaren Marktteilnehmer. Bestimmte Anbieter webbasierter Medien verfügen quasi über eine Monopolstellung und sind alternativlos zu beauftragen. Um die Bevölkerung flächendeckend zu erreichen, muss wegen des unterschiedlichen Nutzungsverhaltens zudem an mehrere Anbieter vergeben werden. Das aktuelle Vergaberecht bietet keine Handhabe, um auf diese Beschaffungsgegenstände adäquat und flexibel zu reagieren.

### Beispiel 2

Eine Ausnahmebestimmung zu Fallkonstellationen, in denen keine wirtschaftliche Fortführung einer bestehenden Leistung außerhalb des bisherigen Vertragspartners erzielt werden kann, wäre wünschenswert. Die Bedingungen des Art. 72 Abs. 1 Buchst. b) i) und ii) der RL 2014/24/EU könnten als Maßstab angelegt werden, unter deren Voraussetzung eine Verlängerung der Rahmenvereinbarungslaufzeit in eine unbefristete oder sehr langfristige Laufzeit zulässig ist. In der IT kann dies regelmäßig ein Zeitraum von 10 Jahren sein, nach dem die technischen Novellierungen zu einer Neuaufstellung der Anwendung führen können. Das Ergebnis der derzeitigen Verfahrensweise ist das Risiko des Auftraggebers (hier der Behörde) die in Nutzung befindliche IT-Leistung zur gesetzlichen Aufgabenerfüllung künftig nicht fortgeführt zu erhalten. Denn es besteht das Risiko, dass im Rahmen eines Vergabeverfahrens

aus den vorgenannten Gründen keine Angebote abgegeben werden.

### Beispiel 3

Im Bereich der Universitätskliniken ergeben sich aufgrund des § 67 Abs. 1 VgV besondere Herausforderungen. Nach § 67 Abs. 1 VgV sind unter anderem bei der Beschaffung energie- verbrauchsrelevanter Waren, technischer Geräte oder Ausrüstungen die in § 67 VgV genannten, besonderen Anforderungen an die Energieeffizienz zu berücksichtigen. In der Leistungsbeschreibung sollen nach § 67 Abs. 2 VgV im Hinblick auf die Energieeffizienz insbesondere folgende Anforderungen gestellt werden: (1.) das höchste Leistungsniveau an Energieeffizienz und, (2.) soweit vorhanden, die höchste Energieeffizienzklasse im Sinn der Energieverbrauchskennzeichnungsverordnung. Ein höchstes Leistungsniveau an Energieeffizienz kann dabei nicht für alle durch ein Universitätsklinikum zu beschaffenden Beschaffungsgegenstände/zu beschaffenden Systeme - dies betrifft vor allem hochkomplexe medizintechnische Großgeräte wie z.B. MRT-Geräte, Linearbeschleuniger, Geräte zur MRT-geführten Strahlentherapie (MR-LINAC), aber ausdrücklich nicht alle durch ein Universitätsklinikum zu beschaffenden Leistungen – ermittelt und folglich auch nicht festgelegt werden. Ebenso wenig ist für entsprechende Systeme eine Kennzeichnung nach der Energieverbrauchskennzeichnungsverordnung (keine produktspezifische Energieeffizienzklassifizierung) vorgeschrieben bzw. vorhanden. Entsprechende Anforderungen nach § 67 Abs. 2 VgV können dementsprechend in diesen Fällen nicht gestellt werden.

Frage: Hilft Fortbildung?

Antwort: Ja. Aber bitte nicht undifferenziert und mit der Gießkanne. Beschaffung ist nicht einfach gleich VgV oder UVgO. Jeder Beschaffungsgegenstand in seinem speziellen Beschaffungskontext erfährt eine andere Behandlung. Das betrifft die Markterkundung oder die Bestimmung der Eignungs- und Auswahl- und Zuschlagskriterien, die Festlegung der Verfahrensart oder der zu beschaffenden Leistung. Stadtwerke haben anders gelagerte Beschaffungsbedarfe als ein Universitätsklinikum. Eine Gemeinde ist anders unterwegs als ein Bundesministerium. Nicht alle haben die gleichen Probleme: Bei der Ausgestaltung und Ausrichtung der Inhalte ist folgende Binnendifferenzierung vorzunehmen und sind die jeweils unterschiedlichen Bedarfs-/Bedürfnislagen in den Blick zu nehmen: Spezial- und Vertiefungsthemen VgV/ UVgO für Gemeinden, Städte,

Kreise, Bezirke, für Bundesländer und Bund, für Hochschulen, Fortbildungseinrichtungen, für Universitätsklinik, Krankenhäuser

für Forschungseinrichtungen, für Messen, Theater, Kultureinrichtungen, für kommunale Betriebe, Stadtwerke, Verkehr, ÖPNV, Wasser, Abwasser, Gas, Strom, für kommunale Bäder, Freibäder, Hallenbäder, Freizeit.

Frage: Kommen auch organisatorische Fragen in Betracht?

Antwort: Ja. Organisatorische Maßnahmen dienen der Zentralisierung von vergaberechtlichen Kenntnissen und Erfahrungen sowie der Korruptionsbekämpfung. Dazu zählen insbesondere die für Behörden und Einrichtungen des Landes zuständigen zentralen Beschaffungsstellen für die Beschaffung von Waren und Dienstleistungen, Bauleistungen und Standard-IT-Leistungen. Mit der grundsätzlichen Trennung von Bedarfs- und Vergabestellen wird die vergaberechtliche Kompetenz gebündelt.

Herr Dr. Ax wir danken für das Gespräch.

Die Fragen stellte VergabePrax-Redakteur T. Schmitt.

## Vergaberechtliche Spruchpraxis in Österreich

### VwGH: Vertiefte Angebotsprüfung bei Zweifel an kostendeckendem Angebotspreis

Eine Bieterin legte ein Angebot mit auffällig niedrigem Gesamtpreis. Die von der Auftraggeberin angewendete Preisprüfungsmethode ergab allerdings, dass sich das Angebot im Rahmen der üblichen Marktpreise bewege. Alles gut? Nein, urteilte der VwGH und gibt Anhaltspunkte, worauf Auftraggeber:innen bei der vertieften Angebotsprüfung aufpassen müssen.

VwGH 13.12.2021, Ra 2018/04/0111

### VwGH: Bieterin versuchte Widerruf zu erzwingen, um ihrem Ausscheiden zu entkommen

In der Regel sind die Entscheidungen eines öffentlichen Auftraggebers in einem Vergabeverfahren anfechtbar. Aber wie sieht es mit nicht getroffenen Entscheidungen aus, etwa einem unterlassenen (aber gebotenen) Widerruf? Kann dies in einem Nachprüfungsverfahren gegen eine Ausscheidungsentscheidung geltend gemacht werden?

VwGH 14.12.2021, Ro 2021/04/0014

### VwGH: Beginn der Frist zur Anfechtung von Direktvergaben

Die Anfechtungsfrist einer Direktvergabe ist an deren Kenntnis (oder mögliche Kenntnis) geknüpft. In der Praxis ist aber nicht immer klar, ab wann Mitbewerber des beauftragten Unternehmers von der Direktvergabe Kenntnis erlangen konnten. Im Anlassfall befand sich auf einer Tagesordnung der Hinweis auf die Beschlussfassung über eine „Vergabe“. Der VwGH trifft einige Klarstellungen.

VwGH 12.11.2021, Ra 2018/04/0099-5

### VwGH: Auswahl der Teilnehmer im nicht offenen Verfahren und im Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung

Eine Gemeinde lud fünf Bieter:innen zur Angebotslegung in einem nicht offenen Verfahren ohne vorherige Bekanntmachung ein. Ein nicht eingeladenes Unternehmen fühlte sich übergangen und stellte die Bieter:innenauswahl in Frage. Der VwGH gibt Anhaltspunkte, wie bei Verfahren ohne vorherige Bekanntmachung die Auswahl erfolgen sollte.

VwGH 18.11.2021, Ra 2018/04/0127

### VwGH: Neue Möglichkeiten zur Argumentation einer Nullposition

In der Praxis gliedern Bieter ihre Preise nicht immer wie gefordert auf, sondern legen einzelne Preisbestandteile auf andere um. Der VwGH stellt klar, dass derartige Mischkalkulationen nicht automatisch zum Ausscheiden des Angebots führen und erkennt die Weitergabe von Lieferantenpreisen als mögliche (neue) Begründung für dadurch entstehende Nullpositionen an.

VwGH 09.06.2021, Ro 2019/04/0237

## Vorankündigungen und Seminare 2022

### Vorankündigung für April 2022:

Aktuelle Spruchpraxis Vergabesenate, BGH, EuGH  
in Mannheim Format: Seminar, halbtägig, 199 Euro  
plus MwSt.

## Feedback Seminare

### Stimmen zu durchgeführten Seminaren, Schulungen, Workshops

Lieber Herr Ax,

1. die Teilnehmer waren gestern sehr zufrieden.

---

Sehr geehrter Herr Ax,

ich hoffe Sie hatten eine angenehme Heimfahrt.

Auf diesem Wege möchte ich mich nochmal recht herzlich für das gestrige Seminar bedanken.

Schade, dass nicht mehr Teilnehmer in Präsenz teilgenommen haben.

Es gab jedoch zahlreiche positive Rückmeldungen der Teilnehmer. Auch wir als Vergabestelle haben neue Impulse und sehr gute Anregungen für unsere Arbeit erhalten. Die Ausführungen war sehr praxisbezogen und kamen dadurch bei den Teilnehmenden sehr gut an.

---

Sehr geehrter Herr Ax,

vielen Dank nochmal für den workshop und ihre Ausführungen. Ich habe mit Freude auch nochmal die Aufzeichnung dazu angeschaut und wir können sehr viel für unsere weitere Vorgehensweise daraus lernen. Ich denke auch, dass wir sehr an weiteren Terminen zu ggf. spezifischer auf spez. Ausschreibungen/Situationen, interessiert sind.

## Publikationen zum Vergaberecht



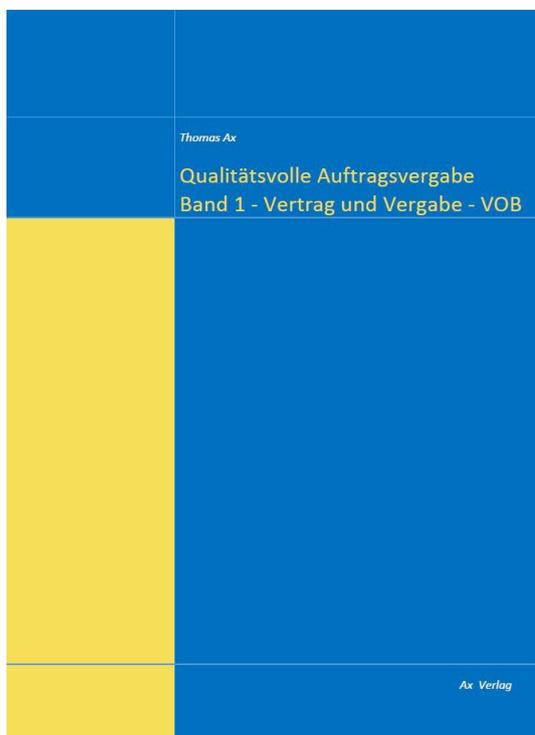
### VOB – konzentriert und aktuell – was Praktikerinnen und Praktiker über die VOB wissen müssen

VOB ist eine Abkürzung für die Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen (VOB) und ist ein von allen Beteiligten im Bauwesen erarbeitetes Regelwerk, aber weder Gesetz noch Rechtsverordnung. Vielmehr erfüllt sie im Bauvertrag die Funktion der Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) und regelt die Rechte und Pflichten der Bauvertragsparteien.

Die VOB wird vom Deutschen Vergabe- und Vertragsausschuss für Bauleistungen (DVA), einem von den Interessengruppen der öffentlichen Auftraggeber und der Auftragnehmer paritätisch besetzten Gremium, erarbeitet und fortgeschrieben. In ihr sind Bestimmungen für die Vergabe von Bauaufträgen öffentlicher Auftraggeber sowie Vertragsbedingungen für die Ausführung von Bauleistungen geregelt.

In diesem Buch erfahren Sie alles, was Sie über die VOB wissen müssen; komprimiert und verständlich zusammengefasst. Aktuelle Rechtsprechung zur VOB und was Sie zu Verträgen wissen müssen. Kurzum ein Handbuch für alle Praktikerinnen und Praktiker.

Umfang: 220 Seiten  
**Preis: 29,90 €**



### Qualitätsvolle Auftragsvergabe Band 1 - Vergabe und Vertrag - VOB

Mit der Vergabe werden weichen für den Vertrag gestellt und jeder Vertrag ist nur so gut wie die dem Vertrag zugrundeliegende Vergabe:

Bewahrheitet sich auch und insbesondere bei VOB-Vergaben. Maßstab für die vertragliche Frage der Mangelfreiheit bzw. Mangelhaftigkeit des Werkes ist die Abweichung der Ist- von der im Vergabeverfahren ausgeschrieben und angebotenen und beauftragten Soll-Beschaffenheit. Das Eine bedingt das Andere.

Dieser Band ist eine Werkstatt für Erfahrungen aus dem einen und den Bezügen auf den anderen Bereich. Die 2. Auflage ist bereits in Vorbereitung und erscheint 2021. Hinweise und Ideen gerne an den Autor.

Umfang: 127 Seiten  
**Preis: 29,90 €**

## Dienstleistungen

---

---

### Ausschreibungen in: Bayern

---

Unterhalts-, Grund- und Glasreinigung  
<https://service.bund.de/IMPORTE/Ausschreibungen/obb/2022/01/137423.html>  
Vergabestelle: Stadt Erlangen  
Ort: 91052 Erlangen, Bayern  
Angebotsfrist: 07.04.2022

---

---

### Ausschreibungen in: Berlin

---

Erweiterungsneubau des Bundesministeriums der Finanzen (BMF) auf dem Postblockareal-Nord, Berlin-Mitte - Leistungen „Bestandsaufnahme und Beweissicherung“ -VOEK 263-21 <https://service.bund.de/IMPORTE/Ausschreibungen/eVergabe/433251.html>  
Vergabestelle: Bundesanstalt für Immobilienaufgaben  
Verdingungsstelle  
Ort: Berlin, Berlin  
Angebotsfrist: 19.04.2022

Erweiterungsneubau des Bundesministeriums der Finanzen (BMF) auf dem Postblockareal-Nord, Berlin-Mitte - Leistungen „Prüfingenieur TGA E“ (VOEK 340-21) <https://service.bund.de/IMPORTE/Ausschreibungen/eVergabe/433299.html>  
Vergabestelle: Bundesanstalt für Immobilienaufgaben  
Verdingungsstelle  
Ort: Berlin, Berlin  
Angebotsfrist: 22.04.2022

Erweiterungsneubau des Bundesministeriums der Finanzen (BMF) auf dem Postblockareal-Nord, Berlin-Mitte - Leistungen „Prüfingenieur TGA M“ - VOEK 267-21 <https://service.bund.de/IMPORTE/Ausschreibungen/eVergabe/433887.html>  
Vergabestelle: Bundesanstalt für Immobilienaufgaben  
Verdingungsstelle  
Ort: Berlin, Berlin  
Angebotsfrist: 21.04.2022

# Bestellformular

## VergabePrax

- JA, hiermit bestelle ich kostenpflichtig die digitale **VergabePrax** mit 12 Ausgaben pro Jahr für nur 72 € Jahresgebühr (zzgl. MwSt). Die Kündigung des Abonnements ist jeweils zum 30.06. und 31.12. eines jeden Jahres möglich.
- JA, hiermit bestelle ich das kostenlose **Schnupper-Abo der VergabePrax**. Dies beinhaltet zwei elektronische Monatsausgaben der VergabePrax. Wenn nach der zweiten elektronischen Ausgabe keine Kündigung erfolgt ist, wird das Abonnement kostenpflichtig. Jede weitere Ausgabe der VergabePrax kostet dann 6 € inkl. MwSt. Eine Kündigung des Abonnements ist jeweils zum 30.06. und 31.12. eines jeden Jahres möglich.

## Qualitätsvolle Auftragsvergabe Band 1 - Vertrag und Vergabe – VOB

- JA, hiermit bestelle ich kostenpflichtig das **Qualitätsvolle Auftragsvergabe Band 1 - Vertrag und Vergabe - VOB** für 29,90 € (zzgl. Versandkosten\*) ISBN 978-3-9819970-5-7

## VOB - konzentriert und aktuell

- JA, hiermit bestelle ich kostenpflichtig das **VOB - konzentriert und aktuell** für 29,90 € (zzgl. Versandkosten\*) ISBN 978-3-9819970-4-0

\* (zzgl. 5,00 € Versandkosten)

## Meine Daten (bitte ausfüllen):

Rechnungsanschrift

Institution/Firma	
Name	
Straße/Nr.	
PLZ/Ort	
Telefon	
E-Mail	

### Datenschutz - Garantie

Ihre Kontaktdaten werden auf unseren Servern gespeichert. Wir setzen diese Daten jedoch ausschließlich für den Versand von E-Mail-Benachrichtigungen bzw. des News-Letters ein. Es findet keine personenbezogene Verwertung statt. Insbesondere geben wir keine Daten an Dritte weiter und werden diese weder für eigene Marketingzwecke missbrauchen noch mit anderen Datenquellen verknüpfen. Die statistische Auswertung anonymisierter Datensätze bleibt vorbehalten.

### Bestellannahme:

Bitte senden Sie Ihre Bestellung per Post an den

#### Ax Verlag

Uferstraße 16  
69151 Neckargemünd

oder über

Fax-Nr.: 06223-8688614

E-Mail: [mail@ax-verlag.de](mailto:mail@ax-verlag.de)

# Stellenanzeigen

## Redakteure m/w/d gesucht:

### VergabePrax, TiefbauRecht, HochbauRecht

Zeitschriften sind ein alter Hut? Von wegen!

2020 stiegen die Auflagen unserer drei Zeitschriften VergabePrax, Tiefbaurecht und Hochbaurecht im 6. Jahr in Folge.

Umso mehr Freude hatten wir an den bereits stattgefundenen Redaktionssitzungen für 2021.

Hier warten viele aktuelle Themen und Praxisempfehlungen auf unsere LeserInnen.

Ein schöner Mix von vergaberechtlichen und vertragsrechtlichen Themenstellungen aus der Praxis für die Praxis.

Von PraktikerInnen für PraktikerInnen, abgerundet durch aktuelle Rechtsprechung als Volltexturteil oder Leitsätze oder kommentiert.

### Ihre Aufgaben:

- Eigenständige Themenfindung und redaktionelle Umsetzung nach den Leserbedürfnissen im Bereich Vergaberecht, Tiefbaurecht, Hochbaurecht
- Schreiben und Redigieren von Beiträgen, Artikeln, Kommentaren
- Durchführung von Recherchen und Interviews
- Betreuung und Koordination freier Fachautoren im Bereich Vergaberecht, Tiefbaurecht, Hochbaurecht
- Redaktionelle Mitgestaltung des Internetauftritts/Contentmanagement

- Betreuung von redaktionellen Sonderprojekten
- Pflege und Ausbau unserer Kontakte zu Verbänden etc.

### Ihr Profil:

- Abgeschlossenes Redaktionsvolontariat
- Branchenkenntnisse bzw. Affinität zu unseren Zielgruppen
- Erfahrungen im Themengebiet Vergaberecht, Tiefbaurecht, Hochbaurecht
- Fähigkeit, komplizierte Sachverhalte attraktiv, verständlich und prägnant darzustellen
- Gespür für aktuelle Themen
- Erfahrung mit neuen Medientechnologien und mobilen Medien
- Kommunikations- und Organisationsstärke
- Teamfähigkeit, Flexibilität und Belastbarkeit

### Wir bieten:

- Ein kollegiales Team
- Offene, transparente Kommunikation
- 30 Tage Urlaub + flexible Arbeitszeiten incl. Homeoffice
- Einen interessanten Aufgabenbereich in einem erfolgreichen, internationalen Unternehmen
- Und vieles mehr

Haben Sie Lust, diese spannende Aufgabe in unserem Verlag mit Leben zu füllen?

Dann freuen wir uns auf Ihre Online-Bewerbung mit der Bitte um Angabe Ihrer Gehaltsvorstellung und des frühestmöglichen Eintrittstermins!



# Impressum

## Herausgeber:

### **DR. JUR. THOMAS AX**

Maîtrise en Droit International Public  
(Paris X-Nanterre)

### **Rechtsanwalt, Seniorpartner und Kanzleihinhaber Ax Rechtsanwälte**

1996 in FFM zur Rechtsanwaltschaft zugelassen blickt Thomas Ax auf über 20 Jahre anwaltliches Tun und viele Jahre Lehrtätigkeit als Professor in Karlsruhe und Heidelberg und mit den Jahren zuvor als Doktorand, wissenschaftlicher Mitarbeiter und Rechtsreferendar bzw. Assessor in Sachen Vergaberecht zurück.

Seit 1993: Mehr als 1000 Fachbeiträge in Fachzeitschriften zu vergaberechtlichen, baurechtlichen und architektenrechtlichen Praxisproblemen; mehr als 70 Handbücher, Leitfäden sowie Kommentare; Herausgeber von Fachzeitschriften.

Projektentwicklung, -konzeptionierung, -begleitung, -steuerung, -umsetzung für öffentliche und private Kunden mit der **Ax Projects GmbH**.

Umfassende kommunale Beratung in der **InterKomm.eu**.

## Redaktion:

Tobias R.C. Schmitt

## Urheber- und Verlagsrecht:

Alle in dieser Zeitschrift veröffentlichten Beiträge sind urheberrechtlich geschützt. Kein Teil dieser Zeitschrift darf außerhalb der Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ohne schriftliche Genehmigung des Herausgebers in irgendeiner Form reproduziert werden.

## **AX VERLAG**

FÜR VERGABE- UND VERTRAGSRECHT 

Uferstraße 16  
69151 Neckargemünd

Tel.: +49 (0)6223/8688613

Fax: +49 (0)6223/8688614

[www.ax-verlag.de](http://www.ax-verlag.de)

[mail@ax-verlag.de](mailto:mail@ax-verlag.de)

ISSN 1862-9458