

Die wichtigsten Entscheidungen zum Vergaberecht der letzten 12 Monate

Stand: 15.07.2015
Autor: Frank Richter
Schwerpunkte: Bayern/ VOL

Anmerkungen: Bitte beachten Sie, dass es sich bei der folgenden Aufstellung um eine Auswahl handelt und kein Anspruch auf Vollständigkeit erhoben wird. Neben diesen Entscheidungen gibt es eine Vielzahl weiterer Entscheidungen, die u.U. erheblichen Einfluss hatten und haben. Die Zusammenfassungen wurden bewusst kurz gehalten. Bevor Sie sich darauf berufen, müssen Sie die ganze Entscheidung jeweils lesen. Die Zusammenfassungen sollen nur eine (erste) grobe Orientierung und einen Überblick ermöglichen. Abschließend sei darauf hinweisen, dass diese Liste keine Aussage der Landeshauptstadt München über die Bedeutung, den Aussagegehalt oder den Umgang mit den Entscheidungen trifft. Es handelt sich ausschließlich um die persönliche Meinung des Autors. Die Sortierung in der Tabelle trifft keine Aussage über die Bedeutung der Entscheidung. Im Folgenden wird aus Gründen der Übersichtlichkeit und besseren Lesbarkeit auf die gleichzeitige Verwendung der weiblichen und der männlichen Form verzichtet und regelmäßig die männliche Form gewählt. Die weibliche Form ist selbstverständlich immer mit eingeschlossen.

EuGH =	Europäischer Gerichtshof	OLG =	Oberlandesgericht	VK =	Vergabekammer
BGH =	Bundesgerichtshof	LG =	Landgericht	VGH =	Verwaltungsgerichtshof
AG =	öffentlicher Auftraggeber	AN =	Auftragnehmer	RL =	Richtlinie

lfd. Nr.	Entscheidung	Fundstelle (z.B.)	Inhalt/ Anmerkungen/ Vertiefungshinweise
01.	OLG Düsseldorf, Beschluss vom 19.11.2014 - VII-Verg 30/14	- NZBau 2015 S. 43 ff. - BeckRS 2014, 22449 - Vergabeblog.de vom 14/12/2014, Nr. 21042	<u>Zuschlagskriterien/ Vorwirkung der neuen Richtlinie</u> Ein Zuschlagskriterium muss mit dem Auftragsgegenstand „nur“ im Zusammenhang stehen und sich nicht unmittelbar aus diesem ableiten lassen. Dies kann selbst dann der Fall sein, wenn die in Bezug genommene Leistung nur fakultativ angeboten werden kann (Hier ein Patientenprogramm im Hinblick auf eine Rabattvereinbarung bei Arzneimitteln). Die EU-Richtlinie 2014/24/EU soll bereits vor ihrer Umsetzung in nationales Recht gewisse Vorwirkungen entfalten. Eine Vertreterin des Spruchkörpers wollte dies auf einer

			<p>Veranstaltung so verstanden wissen, dass die Gerichte usw. auf jeden Fall keine Entscheidungen mehr treffen sollten, die der Richtlinie klar widersprechen.</p> <p><u>Anmerkung 1:</u> Nach Ansicht des OLG soll man also bei allen Entscheidungen im Vergaberecht vorher in die RL schauen. Dies ist aus mind. drei Gründen problematisch. Zunächst entspricht es dem Wesen einer RL, dass sie Spielräume für die Umsetzung enthält. Zweitens sollte man solche Einschätzungen einer Rechtsabteilung überlassen. Schließlich hat man meist nicht so viel Zeit. Es handelt sich bei der Vergabe zumeist um ein Massengeschäft. Man sollte die weitere Entwicklung zunächst abwarten.</p> <p><u>Anmerkung 2:</u> In einer lesenswerten Anmerkung zu der Entscheidung haben Wagner/Schrotz (in EuZW 2015 S. 157 ff.) zu Recht darauf hingewiesen, dass eine klare und verallgemeinerungsfähige Aussage zur Reichweite der angeblichen Vorwirkung fehlt und eine entsprechende Vorwirkung die Grenzen zwischen Verordnung und Richtlinie zu verwischen droht. Schließlich weisen die Kollegen zutreffend darauf hin, dass in diesem Bereich eine absolute Unvorhersehbarkeit der Entscheidungen hinsichtlich der Vorwirkung (siehe z.B. Ziffer 12) droht und damit die Rechtssicherheit schwindet.</p> <p><u>Vertiefungshinweis:</u> Eine vertiefte Betrachtung der Frage, ob EU-RL bereits vor ihrer Umsetzung in nationales Recht gewisse Vorwirkungen entfalten, finden Sie z.B. bei:</p> <ul style="list-style-type: none"> - Müller/Klostermann in ZfBR 2014 S. 347 ff. - Beckmann-Oehmen in Vergabe Navigator 2015 (Heft 3) S. 12 ff. - Krämer in Vergabe Navigator 2015 (Heft 3) S. 5 ff..
02.	OLG Düsseldorf, Beschluss vom 05.11.2014 - VII-Verg 20/14	- BeckRS 2014, 20873 - Vergabeblog.de vom 12/12/2014, Nr. 21022	<p><u>Wartefrist nach § 101a Abs. 1 GWB</u></p> <p>Wenn ein AG durch eine „kreative Nutzung“ von z.B. Feiertagen die Wartefrist massiv verkürzt, sollen Gerichte usw. befugt sein, die praktische Wirksamkeit der Rechtsschutzvorschriften durch geeignete Maßnahmen zu erhalten. Der AG darf sich in diesem Fall nicht auf die Verletzung der Rügeobliegenheit berufen. Der genaue Weg wurde offen gelassen.</p> <p><u>Anmerkung:</u> Die Regelung in § 101a Abs. 1 GWB spricht eindeutig von Kalendertagen und nicht von Werktagen. Wenn man die Entscheidung weiter denkt, muss man sich fragen, ob man auch Wochenenden raus rechnen muss? Weiter kann man sich fragen, ob man auf regionale Besonderheiten Rücksicht nehmen muss (Karneval bei Unternehmen aus Köln?/ Oktoberfest bei Unternehmen aus München?)?</p>

			Im Ergebnis sollte man die Feiertage um Ostern und Weihnachten aussparen, weil dies relativ leicht möglich und der sicherste Weg ist. Ansonsten sollte man weitermachen wie bisher.
03.	OLG München, Beschluss vom 25.09.2014 - Verg 10/14	- IBRRS 2014, 2598 - BeckRS 2014, 18451 - Vergabeblog.de vom 25/11/2014, Nr. 20821	<p><u>Ausschluss unwirtschaftlicher Angebote/ Aufgreifschwelle</u></p> <p>Es ist auf den Gesamtpreis abzustellen und nicht auf Einzelpositionen! Die Aufgreifschwelle liegt bei 20 % Preisabstand zum nächsthöheren Angebot!</p> <p><u>Anmerkung 1:</u> Es geht beim Ausschluss unwirtschaftlicher Angebote im Kern um den Schutz des AG davor, dass der AN die Leistungen mangelhaft oder gar nicht erbringt. Vor dem Ausschluss muss dem Unternehmen auf jeden Fall mit angemessener Fristsetzung die Möglichkeit zur Stellungnahme zur eigenen Kalkulation gegeben werden. Kommt das Unternehmen dem berechtigten Aufklärungsverlangen nicht nach, wird es alleine schon deshalb ausgeschlossen (OLG Frankfurt am Main, Beschluss vom 06.03.2013 – 11 Verg 7/12 [BeckRS 2013, 06833]).</p> <p><u>Anmerkung 2:</u> Ein Unterkostenangebot (für das Unternehmen tatsächlich nicht auskömmlich) ist nicht grds. verboten. Es kann angenommen werden, wenn das Unternehmen nachweist, dass es die Leistung zuverlässig erbringen wird. Es gibt diverse (rechtmäßige) Gründe für eine entsprechende Kalkulation des Unternehmens.</p> <p><u>Anmerkung 3:</u> Im Grundsatz entfaltet diese Regelung keine Schutzwirkung für die anderen (am Vergabeverfahren beteiligten) Unternehmen. Eine Ausnahmesituation kann vorliegen, wenn Marktverdrängungsabsicht besteht (siehe z.B. VK Südbayern, Beschluss vom 11.03.2015 - Z3-3-3194-1-65-12/14 m.w.N.).</p> <p><u>Anmerkung 4:</u> Man kann auch auf den Abstand zur eigenen Kostenschätzung abstellen, wenn diese seriös geschätzt wurde (VK Südbayern, Beschluss vom 10.02.2014 – Z3-3-3194-1-42-11/13). Weiter kann man auch Einzelpreise aufklären, wenn man zunächst die Aufgreifschwelle erreicht hat.</p> <p><u>Anmerkung 5:</u> Zum Teil wird von anderen OLG auch eine Aufgreifschwelle von 10 % Unterschied vertreten und ein explizites Verbot des Aufgreifens unter der Schwelle formuliert (z.B. OLG Karlsruhe, Beschluss vom 06.08.2014 – 15 Verg 7/14 [ZfBR 2014 S. 809 ff.]). Man muss insoweit die weitere Entwicklung beobachten. Im Zuständigkeitsbereich des OLG München sollte man sich natürlich an dessen Meinung orientieren.</p>

04.	VK Südbayern, Beschluss vom 11.09.2014 – Z3-3-3194-1-34-07/14	- IBRRS 2014, 2652 - Vergabeblog.de vom 18/01/2015, Nr. 21311	<p><u>Man darf die Erfahrungen eines beratenden Büros bei der Eignungsprüfung verwerten - ohne vorher in der Bekanntmachung auf die Möglichkeit hinweisen zu müssen -, wenn man als AG selbst keine Erfahrungen mit dem Unternehmen hat.</u></p> <p>Es muss sich um gesicherte Erfahrungen handeln, die aber nicht ungeprüft übernommen werden können. Man muss zumindest prüfen, ob der Dritte ein eigenes Interesse verfolgen könnte und im Normalfall dem (vom drohenden Ausschluss) betroffenen Unternehmen die Möglichkeit zur Stellungnahme eröffnen.</p> <p><u>Anmerkung:</u> Wenn man dies so sieht wie die VK, müsste die Heranziehung eigentlich immer und damit auch bei eigenen Erfahrungen mit dem Unternehmen möglich sein. Dann muss man natürlich ganz gründlich abwägen.</p>
05.	VK Südbayern, Beschluss vom 11.08.2014 - Z3-3-3194-1-29-06/14	- ZfBR 2014 S. 806 ff. - Vergabeblog.de vom 05/10/2014, Nr. 20244	<p><u>Rügepflicht nach § 107 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 GWB im Prinzip außer Kraft</u></p> <p><u>Grundsatz:</u> Wenn ein Unternehmen den „angeblichen“ Verstoß gegen Vergaberecht nicht rechtzeitig rügt (Zulässigkeitsvoraussetzung des Nachprüfungsantrages), wird es vor der Vergabekammer im Grundsatz nicht mehr gehört mit diesem Vortrag.</p> <p><u>Aussage der VK:</u> Das Merkmal der Unverzögerlichkeit soll gegen europäisches Recht verstoßen und wird daher nicht mehr angewandt. Rügen muss man aber trotzdem (Siehe auch VK Südbayern, Beschluss vom 18.03.2015 - Z3-3-3194-1-62-12/14).</p> <p><u>Bewertung:</u> Die VK Südbayern ist mit dieser Ansicht nicht allein und hat sie in diversen Beschlüssen bestätigt. Es gibt aber auch Gegenstimmen (z.B. Ziffer 13.). Wenn man im Zuständigkeitsbereich der VK Südbayern eine andere Ansicht vertreten will, muss man davon ausgehen, dass man vor der VK verliert und dann das OLG München anrufen muss.</p>
06.	OLG Düsseldorf, Beschluss vom 13.08.2014 – VII-Verg 13/14	- NZBau 2014 S. 654 ff.	<p><u>Open-House-Modell</u></p> <p>Das OLG Düsseldorf legt dem EuGH zusammengefasst folgende Hauptfrage vor:</p> <p style="padding-left: 40px;">Liegt ein öffentlicher Auftrag im Sinne der RL 2004/18/EG vor, wenn man sich gar nicht für gewisse Unternehmen entscheidet?</p> <p><u>Hintergrund:</u> Es ging darum, dass eine Krankenkasse (sogar nach Veröffentlichung im EU-Amtsblatt usw.) einen (Rabatt-)Vertrag für Präparate mit einem gewissen Wirkstoff abschließen wollte. Der Vertrag sollte mit allen Unternehmen abgeschlossen werden,</p>

			<p>die mind. einen Rabattsatz von 15 % auf den Herstellerpreis gewähren. Weiter wies man darauf hin, dass das Vergaberecht keine Anwendung finden soll.</p> <p><u>Anmerkung:</u> Wäre ein toller Ansatz für diverse Fälle. Man müsste jedoch überlegen, wie man als AG dann zu der Entscheidung im Einzelfall kommt und ob für diese dann Vergaberecht gilt. Dieses Problem stellt sich hier auf Grund der besonderen Konstellation wahrscheinlich nicht.</p>
07.	VK Nordbayern, Beschluss vom 24.09.2014 - 21.VK-3194-26/14	<p>- IBRRS 2014, 2771</p> <p>- Vergabeblog.de vom 18/12/2014, Nr. 21068</p>	<p><u>Es muss auch bei Produktvorgaben immer „oder vergleichbar“ angegeben werden.</u></p> <p>Die VK will aus der VKR (RL 2004/18/EG) ableiten, dass in jedem Fall bei Produktvorgaben immer der Zusatz „oder gleichwertig“ zwingend erforderlich ist. Dies soll daher kommen, dass der Richtliniengeber davon ausgegangen sein soll, dass niemand europaweit abschätzen kann, welche Möglichkeiten der Markt bietet.</p> <p><u>Anmerkung:</u> Wenn man es tatsächlich schaffen sollte, dass man tragfähig argumentiert, dass nur ein bestimmtes Produkt in Betracht kommt, würde man sich in den Unterlagen selbst widersprechen und die Unternehmen verunsichern. Dies würde dann wahrscheinlich dem Transparenzgrundsatz widersprechen. Auch wenn die Argumentation einen gewissen Charme hat, ist die Ansicht der VK Nordbayern nicht überzeugend.</p>
08.	BGH, Urteil vom 11.11.2014 - X ZR 32/14	<p>- NJW 2015 S. 1513 ff.</p> <p>- BeckRS 2014, 23351</p> <p>- Vergabeblog.de vom 20/11/2014, Nr. 20848</p>	<p><u>Ein AG darf in gewissen Situationen eine Fehlkalkulation eines Unternehmens nicht ausnutzen.</u></p> <p>Im vorliegenden Fall hatte das Unternehmen dem AG nach dem Eröffnungstermin aber deutlich vor Zuschlag mitgeteilt, dass man bei einer gewissen Position einen falschen Mengenansatz verwendet habe. Daher habe man nur 1/6 des tatsächlichen Preises in Ansatz gebracht bei dieser Position. Das Unternehmen bat darum, dass der AG das Angebot aus der Wertung nimmt. Der AG lehnte dies ab und erteilte sogar den Zuschlag auf das Angebot. Die Angebotssumme des Unternehmens lag bei rd. 455.000 €. Die nächst höhere Angebotssumme lag bei rd. 621.000 €.</p> <p><u>Begründung:</u> Nach § 241 Abs. 2 BGB hat der AG im Rahmen des Vergabeverfahrens Rücksicht auf die Rechte und Interessen der Unternehmen zu nehmen. Im vorliegenden Fall verstößt die Erteilung des Zuschlags gegen Treu und Glauben. Alles eine Frage des Einzelfalls. Keine festen Grenzwerte.</p> <p><u>Anmerkung:</u> Sollte sich bei Ihnen eine solche Situation stellen, schalten Sie bitte unbedingt eine Rechtsabteilung ein. Im Hinblick auf das Gebot der Wirtschaftlichkeit und</p>

			Sparsamkeit sollte man erwägen, ob man diese Frage nicht in jedem Einzelfall von einem Gericht klären lässt. Hätten die handelnden Personen das teurere Angebot tatsächlich angenommen, hätte es u.U. kritische Nachfragen von Kontrollinstanzen mit dem Schwerpunkt auf dem Blickwinkel der Sparsamkeit geben können.
09.	EuGH, Urteil vom 18.09.2014 - C-549/13	- EuZW 2014 S. 942 ff. - NZBau 2014 S. 647 ff. - Vergabeblog.de vom 23/09/2014, Nr. 20171	<p><u>Vorgabe eines vergabesp. Mindestlohns für Tätigkeiten im Ausland nicht zulässig</u></p> <p>Es ist nicht zulässig (Verstoß gegen die Dienstleistungsfreiheit), ein Unternehmen zu verpflichten, dass dessen Nachunternehmer ihren Beschäftigten, wenn diese ausschließlich außerhalb des Bundesgebietes arbeiten, einen vergabespezifischen Mindestlohn zahlen. Im vorliegenden Fall ging es um eine Vorgabe aus dem Tariftrue- und Vergabegesetztes NRW. Eine vergleichbare Aussage fand sich aber auch in anderen Landesvergabegesetzen usw..</p> <p>Zusätzliche Aufmerksamkeit verdient die Entscheidung, weil der EuGH davon ausgeht, dass eine Vergabekammer ein Gericht im Sinne der Vorlageregelung (Art. 267 AEUV) ist.</p> <p><u>Anmerkung 1:</u> Zwischenzeitlich ist in Deutschland das MiLoG (Mindestlohngesetz vom 11.08.2014 [BGBl. I S. 1348]) zum 01.01.2015 in Kraft getreten. Nach § 1 des MiLoG beträgt der (gesetzliche, nahezu flächendeckende) Mindestlohn 8,50 € je Zeitstunde. Daneben ist im Hinblick auf das Vergaberecht insbesondere auf § 19 MiLoG (Ausschluss/ Eigenerklärung/ Auszug Gewerbezentralregister) hinzuweisen. Das MiLoG dürfte mit der Entscheidung des EuGH auf Grund des gewählten Anwendungsbereiches (§ 20) nicht kollidieren. Die Vereinbarkeit mit europarechtlichen Vorgaben wird trotzdem regelmäßig in Zweifel gezogen. Eine höchstrichterliche Klärung steht noch aus. Weiter gilt es die Haftungsregelung des § 13 MiLoG, welche auf § 14 Arbeitnehmer-Entsendegesetz verweist, im Auge zu behalten. Die aktuelle Meinungslage tendiert eher (str.) dahin, dass der öffentliche Auftraggeber nicht haftet (eher nur „Generalunternehmerhaftung“). Auch hier steht aber eine höchstrichterliche Klärung – soweit ersichtlich – noch aus.</p> <p><u>Anmerkung 2:</u> Interessant im Hinblick auf das MiLoG und die Entscheidung des EuGH ist auch, dass die Länder an ihren vergabespezifischen Mindestlohnvorgaben weiter festhalten. Insoweit hat die VK Rheinland-Pfalz (Beschluss vom 23.02.2015 – VK 1-39/14) entschieden, dass dies in Ordnung sei, weil der bundeseinheitliche Mindestlohn aus dem MiLoG nur einen Mindeststandard darstelle, der eine höhere vergabespezifische landesrechtliche Regelung nicht ausschließe (Siehe hierzu auch: Vergabeblog.de vom 12/04/2015, Nr. 22088). Diese Ansicht wurde im Kern bereits vorher in zahlreichen Newsbeiträgen zum MiLoG von namhaften Kanzleien vertreten.</p>

			<p><u>Anmerkung 3:</u> Einen Link zu einer relativ aktuellen Übersicht zu den landesspezifischen Vorgaben zum Mindestlohn finden Sie unter: Vergabeblog.de vom 15/03/2015, Nr. 21912. In Bayern gibt es weder ein Landesvergabegesetz noch – soweit ersichtlich – vergabespezifische Vorgaben zum Mindestlohn.</p>
10.	<p>OLG Schleswig-Holstein, Beschluss vom 04.11.2014 - 1 Verg 1/14</p>	<p>- BeckRS 2014, 21771 - Vergabeblog.de vom 22/01/2015, Nr. 21356</p>	<p><u>Wesentliche Vertragsänderungen und ihre Folgen/ Auslegung von § 101b GWB</u></p> <p>Dass wesentliche Vertragsänderungen als Neuvergabe einzuordnen sind, ist spätestens seit der „presstext-Entscheidung“ des EuGH (Urteil vom 19.06.2008 - C-454/06 [z.B. NZBau 2008 S. 518 ff.]) als allgemein bekannt zu unterstellen. Seither bemühen sich die Gerichte und Vergabekammern, die sehr vagen Kriterien des EuGH zu konkretisieren. In der Entscheidung stellt das OLG noch einmal klar, dass sobald der Wert der Vertragsänderung - isoliert betrachtet - den Schwellenwert überschreitet, eine wesentliche Vertragsänderung gegeben ist (h.M. und auf Linie der neuen RL 2014/24/EU).</p> <p>Vorliegend konnte sich das Unternehmen aber auf die Verstöße nicht berufen, weil die Fristen nach § 101b GWB abgelaufen waren. Insbesondere muss der AG auf die Wirkung der Regelung nicht gesondert hinweisen. Die 6-Monats-Frist greift unabhängig davon, ob das Unternehmen Kenntnis vom Vergaberechtsverstoß hatte oder nicht.</p>
11.	<p>LG Saarbrücken, Urteil vom 06.11.2014 - 3 O 260/11</p>	<p>- ZfBR 2015 S. 75 ff. - Vergabeblog.de vom 11/12/2014, Nr. 21015</p>	<p><u>Folgen bei absichtlichen Vergaberechtsverstößen</u></p> <p>Nach Ansicht des LG ist ein Vertrag nichtig (Sittenwidrigkeit/ § 138 BGB), wenn beiden Seiten bewusst ist, dass die Leistungen auszuschreiben gewesen wären und die Beschaffung trotzdem und einvernehmlich ohne Vergabe erfolgt. Weiter sind nach Ansicht des LG in einem solchen Fall (der kollusiven Umgehung der vergaberechtlichen Vorgaben) alle Vergütungs-, Rückforderungs- und Gewährleistungsansprüche wechselseitig ausgeschlossen.</p> <p><u>Anmerkung:</u> Dies gilt zunächst im Verhältnis AG-AN. Hinsichtlich der Möglichkeit eines „internen Regresses“ muss die Lage gesondert geprüft werden. Insoweit ist z.B. auf das Urteil des Landesarbeitsgerichts Mecklenburg-Vorpommern vom 17.04.2014 (3 Sa 305/11) hinzuweisen. Dort erhob die AG im Zusammenhang mit „Ungereimtheiten“ bei der Vergabe von Leistungen Schadensersatzansprüche gegen den AN und einen eigenen Beschäftigten. Schließlich ist zu beachten, dass es durchaus Stimmen gibt, die in gewissen Konstellationen auch strafrechtliche Vorwürfe (Untreue) für gerechtfertigt halten.</p>

12.	OLG Koblenz, Beschluss vom 03.12.2014 - Verg 8/14	- BeckRS 2014, 23205 - Vergabeblog.de vom 05/01/2015, Nr. 21138	<p><u>Interkommunale Zusammenarbeit</u></p> <p>Es reicht nach Ansicht des OLG für eine zulässige Interkommunale Zusammenarbeit (zwischen zwei Landkreisen) nicht aus, wenn ein Partner nur Geld für eine Leistung (Abfallentsorgung) bezahlt und sonst keine „eigene Leistung“ erbringt.</p> <p>Das OLG äußert sich kritisch dazu, ob eine Interkommunale Zusammenarbeit in Deutschland überhaupt eine zulässige Ausnahme vom Vergaberecht darstellt. Weiter deutet das OLG Zweifel an einer Vorwirkung der neuen Richtlinie 2014/24/EU an, ohne sich aber final festzulegen. (Siehe 01.)</p> <p><u>Anmerkung 1:</u> Auch wenn in einzelnen Stellungnahmen auf Grund dieser Entscheidung bereits Zweifel daran geäußert werden, ob eine Interkommunale Zusammenarbeit im bisherigen Verständnis bis zur Vergaberechtsreform 2016 überhaupt noch zulässig sei, sollte man hier Ruhe bewahren und sich nicht verunsichern lassen. Es handelt sich – soweit ersichtlich – um die erste Entscheidung, die in diese Richtung geht. Im Vorfeld dieser Entscheidung war die Anwendbarkeit in Deutschland absolut herrschende Ansicht. Eine abweichende Entscheidung führt noch nicht zu einer plötzlichen Unzulässigkeit. Gleichwohl klingt die Argumentation des OLG nicht ganz abwegig. Auch die Hinweise zum Verständnis der Vorgaben der neuen RL (2014/24/EU) sind plausibel.</p> <p><u>Anmerkung 2:</u> Eine lesenswerte Besprechung der Entscheidung finden Sie in KommJur 2015 S. 104 ff.. Eine weitere Besprechung finden Sie z.B. in der kostenlosen Mandanteninformation (März 2015/ S. 4 & 5) der Kanzlei Menold Bezler: www.menoldbe-zler.de/fileadmin/user_upload/Mandanteninformation_OEH_03-15.pdf</p>
13.	VK M-V, Beschluss vom 07.01.2015 - 2 VK 19/14	- IBRRS 2015, 0373	<p><u>Ein Jurist muss über grundlegende vergaberechtliche Kenntnisse verfügen!</u></p> <p>Es ging um die Lieferung von Inventar u.a. für Labore. In den Unterlagen erfolgte eine klare Produktvorgabe. Der Einwand des Unternehmens war nach Ansicht der VK nach § 107 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 GWB präkludiert, weil die Rüge zu spät erfolgte (knapp über einer Woche). Das Unternehmen wies darauf hin, dass die eigene Rechtsabteilung des Unternehmens keine Kenntnisse im Vergaberecht habe und sich zunächst von fachkundigen Kollegen beraten lassen musste. Letztlich stellte die Kammer auf diesen Beratungstermin zur Fristberechnung ab, lies aber klar erkennen, dass man davon ausgehe, dass Volljuristen in jedem Fall gewisse Grundkenntnisse im Vergaberecht haben müssen.</p> <p><u>Anmerkung 1:</u> Diese Ansicht der VK zu den von jedem Juristen zu erwartenden Kenntnissen des Vergaberechts geht deutlich zu weit und ist unrealistisch. Das Vergaberecht</p>

			<p>ist ein absolutes Spezialgebiet, welches maßgeblich durch die aktuellen Entscheidungen der VK und Gerichte geprägt wird. Es gibt kein einheitliches Vergabegesetz. Darüber hinaus spielt das Vergaberecht in der Ausbildung der Juristen keine bzw. kaum eine Rolle. Soweit man Unterstützung in diesem Rechtsgebiet benötigt, sollte man sich auf jeden Fall an auf das Vergaberecht spezialisierte Juristen wenden. Insoweit wird es künftig zur einfacheren Orientierung einen eigenen Fachanwaltstitel geben, was daneben ein weiteres Indiz dafür ist, dass es sich um ein Spezialgebiet handelt.</p> <p><u>Anmerkung 2:</u> Weiter ist die Entscheidung bemerkenswert, weil die VK die Regelung des § 107 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 GWB bewusst anwendet (siehe aber Ziffer 5.). Das Unternehmen hatte im Verfahren moniert, dass die Regelung gegen europarechtliche Vorgaben verstoße. Dies wies die VK unter Verweis auf eine Entscheidung des für die VK zuständigen OLG Rostock aus dem Jahr 2010 knapp und eindeutig zurück.</p>
14.	VGH Bayern, Urteil vom 09.02.2015 - 4 B 12.2326	- BeckRS 2015, 42469	<p><u>Die ungerechtfertigte Wahl der freihändigen Vergabe berechtigt in der Regel zur Kürzung der Zuwendung. Ob durch den Verstoß ein Schaden eintritt, ist irrelevant.</u></p> <p><u>Hintergrund:</u> Es ging um den Neubau der Biofiltrationsanlage einer Kläranlage. 2003 beantragte eine Klägerin Zuwendungen dafür. Im gleichen Jahr erfolgte der Zuwendungsbescheid in welchem ca. 1 Millionen € in Aussicht gestellt wurden. Nach Vorlage des Verwendungsnachweises (2008) setzte die Behörde den Betrag entsprechend fest. Weiter wurde festgelegt, dass sich die Klägerin bei der Vergabe der Aufträge an das Vergaberecht zu halten habe (näher im Urteil).</p> <p>Die Klägerin vergab die benötigten Ingenieurleistungen jedoch freihändig ohne vorherige Bekanntmachung. Daraufhin widerrief die Behörde den Bewilligungsbescheid (2010) hinsichtlich eines gewissen Teils, kürzte die Zuwendung um rund 90.000 Euro und forderte diesen Betrag von der Klägerin zurück. Die Vorinstanz hatte im Januar 2011 entschieden.</p> <p><u>Anmerkung:</u> Die Entscheidung wurde vor allem aufgenommen, um zu zeigen, dass der Bereich der Vergabe sehr vielfältige Probleme mit sich bringen kann und gerade die Aussage, dass man nach 6 Monaten nach Vertragsschluss sicher sei (§ 101b GWB), mit großer Vorsicht zu genießen ist.</p> <p>Für den Bereich des „Kernvergaberechts“ mag dies mit Ausnahme der Möglichkeit der Anrufung des EuGH noch stimmen. Andere Kontrollinstanzen (mit abweichendem Prüfungsschwerpunkt) interessiert es aber - zu Recht – z.B. nicht, ob der Vertragsschluss zwei Tage oder zwei Jahre her ist.</p>

			Ganz gefährlich wird es, wenn Zuwendungen im Spiel sind. Wie im vorliegenden Fall gut ersichtlich, schwebt in diesen Fällen längere Zeit das Damoklesschwert über einem. Gerade in solchen Vergabeverfahren sollte man daher sehr konservativ agieren und keinerlei Risiken eingehen.
15.	VK Bund, Beschluss vom 05.03.2015 - VK 2-13/15	- IBRRS 2015, 0782 - Vergabeblog.de vom 19/04/2015, Nr. 22145	<p><u>Nachforderung – Ermessensausübung</u></p> <p>Der AG hatte bereits in der Bekanntmachung (usw.) darauf hingewiesen, dass er von der Möglichkeit der Nachforderung von fehlenden Erklärungen und Nachweisen keinen Gebrauch machen wird. Dies hält die VK für nicht zulässig!</p> <p>Als Begründung führt man an, dass bei einem solchen Vorgehen den Besonderheiten des Einzelfalls nicht hinreichend Rechnung getragen werden kann. Genau darum soll es aber bei der Möglichkeit der Nachforderung aus Sicht der VK gehen.</p> <p><u>Anmerkung:</u> Auch wenn die Begründung recht knapp ausfällt, stimmt das Ergebnis. Abgesehen davon, macht ein solches Vorgehen auch keinen Sinn, weil man sich dadurch jeder Handlungsmöglichkeit im Verfahren beraubt. Sowohl die Nachforderung als auch das Unterlassen einer Nachforderung kann Sinn machen. Sollte man sich für eine Nachforderung entscheiden, muss natürlich beachtet werden, dass auch die Nachforderung dem Transparenz- und Gleichbehandlungsgrundsatz entsprechen muss. Schließlich ist sehr umstritten, was man nachfordern kann.</p>
16.	EuGH, Urteil vom 16.04.2015 - C-278/14	- IBRRS 2015, 0842 - BeckRS 2015, 80504 - Vergabeblog.de vom 03/05/2015, Nr. 22318	<p><u>Die Grundprinzipien des AEUV gelten auch unterhalb der Schwellenwerte</u></p> <p>Auch unterhalb der Schwellenwerte sind insbesondere die Grundsätze der Gleichbehandlung und der Nichtdiskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit sowie der daraus folgenden Pflicht zur Transparenz zu beachten, sofern an diesen Aufträgen angesichts bestimmter objektiver Kriterien ein eindeutiges grenzüberschreitendes Interesse besteht. Diese objektiven Kriterien, die für ein grenzüberschreitendes Interesse sprechen, können „u. a. ein gewisses Volumen des fraglichen Auftrags in Verbindung mit dem Leistungsort oder technische Merkmale des Auftrags sein“. Vorliegend sprach auf Grund des Auftragsgegenstands trotz des geringen Auftragswertes aus Sicht des EuGH viel für die Annahme eines grenzüberschreitenden Interesses. Die Feststellung dieses Interesses sei jedoch Aufgabe des nationalen Gerichts.</p> <p>Schließlich weist der EuGH darauf hin, dass es öffentlichen Auftraggeber nach dem Grundsatz der Gleichbehandlung und der Pflicht zur Transparenz auch im unterschwell-</p>

			<p>ligen Bereich untersagt sei, ein den Anforderungen der Ausschreibung genügendes Angebot unter Berufung auf Gründe abzulehnen, die nicht in der Ausschreibung vorgesehen sind.</p> <p><u>Hintergrund:</u> Es ging um ein Vorabentscheidungsersuchen aus Rumänien. Hier sollten Computersysteme beschafft werden. Man ersuchte um die Auslegung einer Regelung aus der Richtlinie 2004/18/EG, übersah jedoch, dass der Auftragswert „nur“ rund 59.000 € betrug. Der Schwellenwert war also nicht erreicht. Der EuGH wies darauf hin, versuchte jedoch gleichwohl eine sachdienliche Antwort zu geben und erläuterte daher die oben genannten Grundsätze.</p> <p><u>Anmerkung:</u> Der Umstand, dass der EuGH auch im unterschwelligen Bereich davon ausgeht, dass hier unter gewissen Voraussetzungen einige europarechtliche Vorgaben zur Vergabe gelten, ist nicht neu, sondern weitgehend bekannt und anerkannt.</p> <p>Die Entscheidung wurde hier aufgenommen, weil der EuGH es in dieser aktuellen Entscheidung noch einmal klar auf den Punkt bringt. Weiter sollte an dieser Stelle daran erinnert werden, dass auch unterhalb der Schwellenwerte europarechtliche Vorgaben bestehen können.</p>
17.	EuGH, Urteil vom 26.03.2015 – C-601/13	<ul style="list-style-type: none"> - NZBau 2015, S. 312 ff. - BeckRS 2015, 80427 - Vergabeblog.de vom 26/04/2015, Nr. 22152 	<p><u>Lockerung der Trennung von Eignungs- und Zuschlagskriterien</u></p> <p>Der EuGH deutet an, dass es für ihn einen Unterschied macht, ob es um die Erfahrungen und das Personal der Bieter im Allgemeinen oder um die Erfahrungen der Personen geht, die den konkret ausgeschriebenen Auftrag ausführen sollen.</p> <p>Für den letztgenannten Fall geht der EuGH davon aus, dass bei Dienstleistungen im Bereich der Fortbildung und Beratung, die einen intellektuellen Charakter aufweisen, ein Zuschlagskriterium in Ordnung sei, in welchem maßgeblich auf die Qualität des ausführenden Teams und die Erfahrung der Teammitglieder abgestellt wird.</p> <p><u>Anmerkung 1:</u> Öfter mal was Neues! Mit dieser Entscheidung konnte man kaum rechnen, was aber nicht heißen soll, dass sie falsch wäre. Ganz im Gegenteil ist sie zutreffend und war längst überfällig, weil gerade in diesem Bereich kaum ein anderes Kriterium Sinn macht (Siehe hierzu auch den Vergabeticker der Kanzlei Mayburg vom 29.05.2015: www.mayburg.de/vergabeticker/detail/vermischung-von-eignungs-und-zuschlagskriterien-ist-doch-zulaessig-in-bezug-auf-die-die-leistung/).</p> <p><u>Anmerkung 2:</u> Die Entscheidung des EuGH liegt damit bereits auf Linie der neuen RL 2014/24/EU, welche eine weitergehende Berücksichtigung von Eignungsaspekten im</p>

			<p>Bereich der Zuschlagskriterien in Art. 67 Abs. 2 S. 2 lit. b ermöglicht. Der EuGH geht jedoch davon aus, dass diese Richtlinie auf den Fall noch nicht angewendet werden kann, weil diese zum maßgeblichen Zeitpunkt noch nicht in Kraft getreten war.</p> <p><u>Anmerkung 3:</u> Bitte beachten Sie, dass sich die Entscheidung nicht nur auf die Fälle der §§ 4 Abs. 2 S. 2 f. & 5 Abs. 1 S. 2 f. VgV beschränkt und auch eine prozentuale Begrenzung nicht angesprochen wird.</p> <p><u>Anmerkung 4:</u> Die Entscheidung des EuGH wurde vom OLG Düsseldorf bereits aufgegriffen und umgesetzt (Beschluss vom 29.04.2015 – Verg 35/14). Eine kurze Darstellung dieser Entscheidung inklusive kurzer Besprechung finden Sie z.B. im Vergabe Navigator 2015 (Heft 4) S. 24 ff..</p>
18.	VK Bund, Beschluss vom 08.04.2015 – VK 2-21/15	- IBRRS 2015, 0987	<p><u>Der Abschluss unbefristeter Verträge ist vergaberechtlich nicht zulässig. Ein so grundlegender Mangel des Vergabeverfahrens ist von Amts wegen durch die VK aufzugreifen und zu berücksichtigen.</u></p> <p><u>Hintergrund:</u> Es ging um die Vergabe von Briefdienstleistungen. Der eigentliche Vertrag sollte vier Jahre laufen. Es sollte sich aber nicht um eine RV handeln. Bzgl. einer Verlängerungsmöglichkeit des Vertrages wurde in der Bekanntmachung nur „Ja“ und keine Begrenzung angegeben. Das Unternehmen rügte die u.U. unbegrenzte Verlängerungsmöglichkeit nicht. Nach der mündlichen Verhandlung wies die VK in einem Schreiben von Amts wegen auf die Problematik hin. Es konnte nicht geklärt werden, ob ein technischer Fehler vorlag. Eigentlich wollte der AG nämlich keine Verlängerungsmöglichkeit und hatte dies in seinen Unterlagen und dem beigefügten Vertragsentwurf wohl auch nicht vorgesehen. Die Bekanntmachung sollte nicht Vertragsbestandteil werden.</p> <p><u>Entscheidung:</u> Obwohl die VK davon ausging, dass es sich um eine RV handelt, äußerte sie sich am Rande noch zur grundsätzlichen Frage, ob man unbefristete Verträge schließen darf. Hierbei vertritt die VK die Ansicht, dass (zumindest im Bereich der Briefdienstleistungen) eine Laufzeit von über 4 Jahren auf Grund des Wettbewerbsgrundsatzes nicht zulässig sei. Den Hinweis darauf, dass die Bekanntmachung nicht Vertragsbestandteil werde, weist die VK im Prinzip mit einem Verweis auf die potentielle „Gefährdungslage für den Wettbewerb“ zurück. Ob bei der Bekanntmachung ein technischer Fehler des Amtes für Veröffentlichung über das öffentliche Auftragswesen vorgelegen habe, sei irrelevant, weil es nicht um Verschulden oder Vorwerfbarkeit gehe, sondern um die Einhaltung des Vergaberechts. Außerdem bekomme man ja vor Veröffentlichung einen Vorabdruck und könne diesen noch einmal prüfen, was wohl unterlassen wurde (so die VK).</p>

		<p><u>Anmerkung 1:</u> Die Ausführungen bleiben insbesondere im Hinblick auf die Aussage zur max. zulässigen Laufzeit von Verträgen (4 Jahre) außerhalb von RV hoffentlich eine Einzelmeinung. Evt. ist die Aussage ja auch nur missverständlich formuliert.</p> <p>Für reine Dienstleistungsverträge im maßgeblichen Bereich gibt es weder im nationalen Recht noch in den maßgeblichen Richtlinien Vorgaben zur max. zulässigen Vertragslaufzeit. Es liegt näher, aus den Vorgaben in § 4 EG VOL/A zur Regellaufzeit von RV und § 3 Abs. 4 VgV den Gegenschluss zu ziehen, dass es im Übrigen keine Vorgaben gibt. Sonst hätte man es ja dort nicht so explizit hervorheben müssen.</p> <p>Die hier von der VK vertretene Auffassung schränkt die Entscheidungsfreiheit des AG – zumal ohne stichhaltige Grundlage – zu sehr ein.</p> <p>Andererseits soll aber nicht verheimlicht werden, dass es eine ältere Entscheidung des EuGH (Urteil vom 09.03.2006 – C-323/03) gibt, in welcher dieser sich in dem Sinne äußerte, dass die Laufzeit einer Verwaltungskonzession von 20 Jahren mit einer Verlängerungsmöglichkeit von 10 Jahren eine Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit darstelle, die nur in Ausnahmefällen gerechtfertigt werden könne. Andererseits weist der EuGH aber in seiner „presstext-Entscheidung“ (Urteil vom 19.06.2008 – C-454/06) ausdrücklich darauf hin, dass das Gemeinschaftsrecht nach aktuellem Stand nicht den Abschluss von öffentl. Dienstleistungsaufträgen auf unbestimmte Dauer verbietet (Rdn. 74).</p> <p><u>Anmerkung 2:</u> Etwas anders dürfte die Lage bzgl. der Berücksichtigung von Amts wegen sein. Es ist natürlich aus Sicht des AG „ärgerlich“ und kommt auch nicht so oft vor, dass ein Unternehmen einen Punkt nicht moniert und dann die VK den Punkt selbst aufgreift. Ausgeschlossen ist es aber auch nicht. Die Regelung des § 110 Abs. 1 Satz 2 GWB spricht nur davon, dass sich die VK darauf beschränken kann, was von den Beteiligten vorgebracht wird. Da steht nicht, dass sie sich darauf beschränken muss.</p> <p>Die VK Südbayern äußerte sich in einer neueren Entscheidung (Beschluss vom 08.08.2014 - Z3-3-3194-1-31-06/14) mit Verweis auf das OLG Düsseldorf (Beschluss v. 11.04.2012 Az.: VII-Verg 95/11) etwas zurückhaltender bzgl. präkludierten Vortrags wie folgt:</p> <p><i>„Ein Aufgreifen eines präkludierten Vergaberechtsverstoßes von Amts wegen ist nur im absoluten Ausnahmefall möglich und geboten. Die Aufgabe der Vergabekammer ist die Sicherstellung der Bieterrechte der Verfahrensbeteiligten, nicht die allgemeine Wahrung der Interessen am Nachprüfungsverfahren nicht beteiligter dritter Unternehmen oder der Allgemeinheit. Als Ausnahme zu diesem Grundsatz anerkannt ist die Fallkonstellation, dass besonders schwerwiegende Verstöße vorliegen. Dann kann</i></p>
--	--	--

			<p>die Vergabekammer auch bei einem wegen Präklusion unzulässigen Nachprüfungsantrag die Aufhebung des Vergabeverfahrens anordnen (OLG München B.v. 10.12.2009 – Verg 16/09). Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn ein Fehler vorliegt, der es unmöglich macht, das Vergabeverfahren fortzusetzen, z.B. weil eine vergaberechtskonforme Wertung der vorliegenden Angebote und ein entsprechender Zuschlag auf der Grundlage der vorliegenden Ausschreibung nicht möglich ist (...).“</p> <p><u>Anmerkung 3:</u> Gegen die Entscheidung wurde Rechtsmittel eingelegt (OLG Düsseldorf, Az. Verg 24/15).</p> <p><u>Anmerkung 4:</u> Eine kurze Darstellung der Entscheidung inklusive Besprechung finden Sie z.B. im Vergabe Navigator 2015 (Heft 4) S. 23 f..</p>
19.	OLG Celle, Beschluss vom 17.12.2014 – 13 Verg 3/13	<ul style="list-style-type: none"> - BeckRS 2015, 00334 - NZBau 2015 S. 178 ff. - ZfBR 2015 S. 289 ff. 	<p><u>Zweckverband mit erheblichem Drittgeschäft zulässig?</u></p> <p>Das OLG Celle legt dem EuGH zwei Fragen vor. Zunächst möchte das OLG wissen, ob die Gründung eines Zweckverbands und die Aufgabenübertragung auf diesen vergaberechtsrelevant ist, es sich um einen öffentlichen Auftrag im Sinne der RL 2004/18/EG handelt? Für den Fall, dass der EuGH diese Frage bejahen sollte, möchte das OLG wissen, ob man sich dann an den Grundsätzen des „inhouse-Geschäfts“ oder der „Zusammenarbeit von öffentlichen Einrichtungen“ orientieren muss?</p> <p><u>Hintergrund:</u> Zwei Kommunen gründeten im Jahr 2002 einen Zweckverband, welcher für die Kommunen gewisse Aufgaben in eigener Zuständigkeit übernehmen sollte (Straßenreinigung/ Abfallentsorgung). Daneben war der Verband nach der Satzung aber auch berechtigt, weitere Tätigkeiten zu entfalten. Zur Erledigung der Aufgaben durfte er sich Dritter bedienen und sich u.a. auch an Unternehmen beteiligen. Im Laufe der Jahre machte nunmehr der Zweckverband von der Möglichkeit der sonstigen Betätigung zunehmend Gebrauch.</p> <p>Ein Konkurrent versucht nunmehr dagegen vorzugehen. Ausgangspunkt war der Ansatz, dass auch Vertragsschlüsse zwischen öffentlichen Stellen im Grundsatz dem Vergaberecht unterfallen. Ausnahmen sind insoweit im Bereich des „inhouse-Geschäfts“ und der „Zusammenarbeit“ anerkannt. Beide Ausnahmesituationen liegen nach Ansicht des Konkurrenten aber zumindest aktuell nicht mehr vor. Dementsprechend wird die Feststellung angestrebt, dass der zu Grunde liegende Vertrag (öffentlicher Auftrag) nach § 101b GWB unwirksam sei.</p>

			<p><u>Anmerkung:</u> Die Situation dürfte keinen Einzelfall darstellen, so dass die Entscheidung erhebliche Auswirkungen haben wird. Interessant ist, dass sich im vorliegenden Verfahren die öffentliche Hand auf die Vorwirkung der RL 2014/24/EU beruft. Siehe hierzu auch die lesenswerte Pressemitteilung der Kanzlei avocado, die den Konkurrenten vertreten: www.avocado.de/fileadmin/user_upload/150128_Pressemitteilung_Vergaberecht.pdf</p>
20.	<p>OLG Düsseldorf, Beschluss vom 17.12.2014 – VII-Verg 22/14</p>	<p>- NZBau 2015 S. 176 ff. - BeckRS 2015, 00626 - Vergabeblog.de vom 08/02/2015, Nr. 21496</p>	<p><u>Bildung von Bietergemeinschaften grundsätzlich zulässig!</u></p> <p>Die Bildung einer Bietergemeinschaft und die Abgabe eines gemeinsamen Angebots sieht die VOL/A ausdrücklich vor. In besonders gelagerten Fällen, kann dieser Vorgang zwar gegen § 1 GWB verstoßen, wenn eine Verfälschung oder Einengung des Wettbewerbs bezweckt oder bewirkt wird. Die als Bietergemeinschaft auftretenden Unternehmen müssen diese Möglichkeit aber nicht bereits bei Abgabe des Angebots widerlegen, sondern erst nach Aufforderung durch den AG.</p> <p><u>Anmerkung 1:</u> Die Thematik war in „letzter Zeit häufiger“ Gegenstand von Entscheidungen:</p> <p>Ausgangspunkt der Diskussion war – soweit ersichtlich – eine Entscheidung des Kammergericht Berlin (Beschluss vom 24.10.2013 – Verg 11/13 [Vergabeblog.de vom 28/03/2014, Nr. 18564]. Dieses ging davon aus, dass bei der Bildung einer Bietergemeinschaft die Voraussetzungen des § 1 GWB in der Regel erfüllt sind. Nur wenn die Unternehmen erst durch das Eingehen der Gemeinschaft in der Lage sind, ein Angebot abzugeben oder zusammen nur einen unerheblichen Marktanteil haben, sei eine Wettbewerbsbeschränkung im Sinne des § 1 GWB zu verneinen. Die reine Nutzung von Synergiepotentialen reiche nicht aus. Die anderen Unternehmen seien aber generell nicht antragsbefugt im Nachprüfungsverfahren. In einer neueren Entscheidung nahm das OLG Karlsruhe (Beschluss vom 05.11.2014 – 15 Verg 6/14) die neue Rechtsprechung des KG zur Kenntnis, verweist auf die eigene ältere Rechtsprechung mit der entgegengesetzten Meinung und lässt die Entscheidung zwischen den Ansichten letztlich offen, weil auch die Voraussetzungen der strengsten Ansicht erfüllt waren.</p> <p>Ansatzpunkt der Überlegungen sind die Regelungen, der §§ 19 EG Abs. 3 lit. f VOL/A und 1 GWB. Aus § 6 EG Abs. 1 & 2 VOL/A ergibt sich allerdings, dass Bietergemeinschaften grds. zulässig sind. In diesem Sinne hat nunmehr auch das OLG Düsseldorf – zu Recht – entschieden.</p>

			<p><u>Anmerkung 2:</u> Vertiefungshinweise</p> <ul style="list-style-type: none"> - www.beiten-burkhardt.com/index.php/de/component/attachments/download/4244 (kostenlose Zusammenfassung der Problematik und möglicher Folgen) - Hausmann/Queisner in: NZBau 2015 S. 402 ff. („Die Zulässigkeit von Bietergemeinschaften im Vergabeverfahren“)
21.	OLG Düsseldorf, Beschluss vom 10.06.2015 - VII-Verg 39/14	<ul style="list-style-type: none"> - BeckRS 2015, 10629 - IBRRS 2015, 1906 - Vergabeblog.de vom 02/07/2015, Nr. 22909 	<p><u>Voraussetzungen des Verhandlungsverfahrens ohne Teilnahmewettbewerb wegen dringlichen zwingenden Gründen (§ 3 EG Abs. 4 lit. d VOL/A). Voraussetzungen der Vergabereife. Bei transparenter Vorankündigung muss auch in Verhandlungsverfahren nicht verhandelt werden.</u></p> <p><u>Sachverhalt:</u> In dem Verfahren ging es um die Ausschreibung der Betriebsführung eines Feldlagers (Bundeswehr) in Afghanistan. Ob der Bedarf tatsächlich anfällt, war u.a. von diversen Entscheidungen abhängig (z.B. Bundestagsmandat, Stationierungsabkommen usw.), welche die Vergabestelle nicht beeinflussen konnte. Während die Haushaltsmittel Ende Juli 2014 freigegeben wurden, erfolgte der Beschluss des Bundestages erst im Dezember 2014. Die Bekanntmachung im EU Amtsblatt erfolgte bereits im August 2014, weil die Betriebsführung zum 01.01.2015 übernommen werden musste. Auf die noch ausstehenden Entscheidungen wurde in der Bekanntmachung explizit hingewiesen. Der vorgesehene Vertragsbeginn war der 01.11.2014. Die Vergabestelle entschied sich für die Durchführung eines Verhandlungsverfahrens ohne Teilnahmewettbewerb und sah von der Wartefrist nach § 101a Abs. 2 GWB aus dringlichen zwingenden Gründen ab. Nachdem der Senat die aufschiebende Wirkung der Beschwerde nicht verlängerte (§ 118 GWB), wurde der Auftrag im Dezember 2014 erteilt.</p> <p><u>Entscheidung:</u> Der Senat stellt fest, dass die Antragstellerin in ihren Rechten durch die unberechtigte Wahl des Verhandlungsverfahrens verletzt wurde. Die Voraussetzungen des § 3 EG Abs. 4 lit. d VOL/A waren vorliegend aus Sicht des Senats schon deshalb nicht erfüllt, weil man das Ergebnis auch im Wege des offenen Verfahrens unter Einhaltung aller Fristen wahrscheinlich hätte erreichen können.</p> <p>Bemerkenswert an dem Beschluss ist zunächst, dass der Senat davon ausgeht, dass die Vergabereife in diesem Fall schon Anfang August 2014 gegeben war. Zu diesem Zeitpunkt waren „nur“ die Haushaltsmittel freigegeben. Die eigentlichen inhaltlichen Entscheidungen standen noch weitgehend aus. Soweit die Vergabestelle auf diese Umstände hinreichend transparent hinweist, sei dies in Ordnung.</p>

		<p>Hervorzuheben ist weiter, dass der Senat in diesem Fall die Grenze des Leistungsbestimmungsrechts des AG als überschritten ansieht und die Festlegung des Vertragsbeginns auf den 01.11.2014 nicht akzeptiert, weil keine sachlichen Gründe hierfür und die daraus resultierende beachtliche Zuspitzung des Zeitplans vorgetragen wurden.</p> <p>Schließlich merkt der Senat an, dass er davon ausgeht, dass in einem Verhandlungsverfahren „nicht mindestens eine Verhandlungsrunde“ durchgeführt werden muss, wenn dies hinreichend transparent kommuniziert wird.</p> <p><u>Anmerkung 1:</u> Die Thematik der besonderen Dringlichkeit wurde in den letzten Monaten wiederholt von Vergabekammern und Gerichten problematisiert. Obwohl der Tatbestand des § 3 EG Abs. 4 lit. d VOL/A nach g.h.M. sehr restriktiv auszulegen ist und es diverse Rundschreiben zur Auslegung dieser Regelung gibt (siehe z.B.: https://www.innenministerium.bayern.de/assets/stmi/buw/bauthemen/iiz5_vergabe_kommunal_rs_20150325.pdf m.w.N.), berufen sich AG relativ regelmäßig darauf und verlieren meist damit vor den Kontrollinstanzen. Im Mittelpunkt der Diskussion standen in letzter Zeit zwei Aspekte:</p> <p>Zunächst ging es darum, wie weit man unter Berufung auf diese Regelungen die üblichen Spielregeln und Grundsätze „aushebeln“ kann (siehe z.B.: OLG Frankfurt am Main, Beschluss vom 30.01.2014 – 11 Verg 15/13 [NZBau 2014 S. 386 ff.]). Insoweit sollte man sich als Richtschnur merken, dass regelmäßig nur Interimsvergaben von der Norm legitimiert werden. Dabei sollte die Laufzeit maximal den Zeitraum umfassen, der für die ordnungsgemäße Ausschreibung benötigt wird. Im Rahmen dieser Interimsvergaben muss man dann genau auf die Gestaltung der Ausschreibung achten, weil diese die Berechnung des maßgeblichen Auftragswertes (§ 3 VgV) beeinflussen kann (Siehe hierzu z.B.: http://www.mayburg.de/vergabeticker/detail/zur-auftragswertschaetzung-bei-interimsvergaben/ mit weiteren Nachweisen zu den maßgeblichen Entscheidungen). Selbst wenn die Voraussetzungen einmal vorliegen sollten, darf man im „Regelfall“ nicht unmittelbar auf ein Unternehmen zugehen, sondern muss einen hinreichenden Wettbewerb gewährleisten, wenn nicht die Umstände des Einzelfalls doch einmal dafür sprechen sollten (im Prinzip ausgeschlossen).</p> <p>Daneben ging es häufig darum, ob nicht doch Situationen denkbar sind, in denen es irrelevant ist, ob dem AG die Umstände, welche die zwingende Dringlichkeit begründen, zuzuschreiben sind. Insoweit vertrat das OLG Frankfurt am Main in einer neueren Entscheidung (Beschluss vom 30.01.2014 – 11 Verg 15/13 [NZBau 2014 S. 386 ff.]), dass im Bereich der Daseinsvorsorge (hier Verkehrsleistungen im Stadtverkehr) Ausnahmen möglich seien. Als Begründung führte das OLG an, dass in diesen Fällen die Notwendigkeit der Kontinuität der Versorgungsleistungen Vorrang hätte. Dem widersprach das OLG Karlsruhe – ebenfalls bei einem Vergabeverfahren im Hinblick auf die Beförderung</p>
--	--	--

			<p>von Personen – in einer aktuellen Entscheidung (Beschluss vom 27.03.2015 – 15 Verg 9/14 [IBRRS 2015, 0798]). Nach Ansicht des OLG Karlsruhe bietet die Regelung des § 3 EG Abs. 4 lit. d VOL/A keine Anhaltspunkte für ein solches Verständnis. Da diese Regelung im Kern den Vorgaben der maßgeblichen RL (2004/18/EG - VKR) entspreche, für deren Auslegung der EuGH zuständig sei, müsse man die Frage eigentlich dem EuGH vorlegen. Man sollte also auch im Bereich der Daseinsvorsorge sehr vorsichtig sein.</p> <p><u>Anmerkung 2:</u> Nach aktuell herrschender Meinung ist für den AG so gut wie jeder Umstand vorhersehbar bzw. diesem zuzurechnen. Hierzu gehören insbesondere auch Verfahren vor der VK usw.. Eine Ausnahme mag gelten, wenn der AG hierfür in der Vergabezeitplanung einen großzügigen Zeitansatz eingebracht hat und selbst dieser nicht ausreicht (siehe z.B. VK Hamburg, Beschluss vom 05.06.2014 – VgK FB 6/14 [IBRRS 2015, 0448]). Auch für den Fall, dass der Beschaffungsbedarf aus einer absehbaren Schlecht- bzw. Nichtleistung des bisherigen AN resultiert, könnte es eng werden, wenn man nicht unverzüglich reagiert oder keine hinreichenden Mechanismen im Vertrag vorgesehen hat.</p> <p><u>Anmerkung 3:</u> Mindestens genauso interessant sind die Ausführungen des OLG, dass bei Verhandlungsverfahren nicht einmal eine Verhandlungsrunde zwingend stattfinden muss, wenn man dies vorher transparent bekannt macht. Das OLG beruft sich insoweit auf die eigene bisherige Rechtsprechung, wobei diese sich nicht eben aufdrängt. Einzig zwei Entscheidungen würden – soweit ersichtlich – in Betracht kommen. Im Beschluss vom 05.07.2006 - VII Verg 21/06 (BeckRS 2006, 08298) lässt der Senat diese Frage jedoch bewusst offen. Im Beschluss vom 14.05.2009 ging es darum, dass der AG mit einem bzgl. des Zuschlags völlig aussichtslosen AN nicht zwingend verhandeln muss. Weitergehende Ansichten wurden höchstens als Klammerzusatz angedeutet. Abgesehen davon, spricht nichts dagegen, das OLG beim Wort zu nehmen, eröffnet dieser Teil der Entscheidung doch erhebliche und sehr interessante Gestaltungsmöglichkeiten für die AG.</p>
--	--	--	---