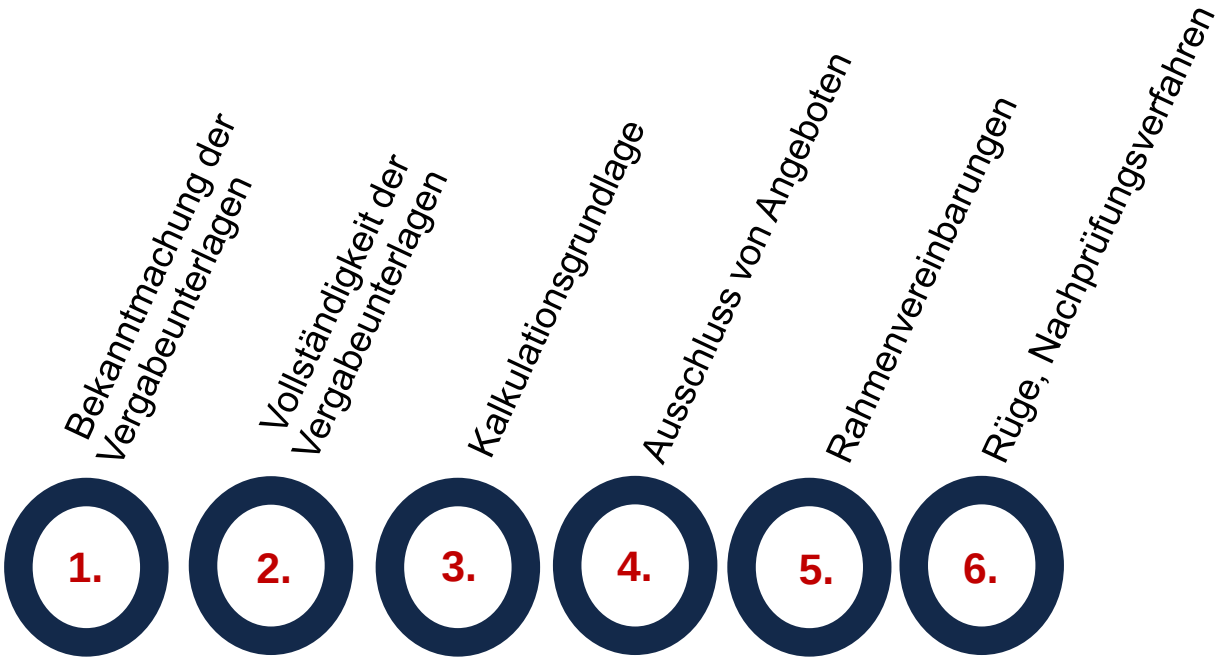
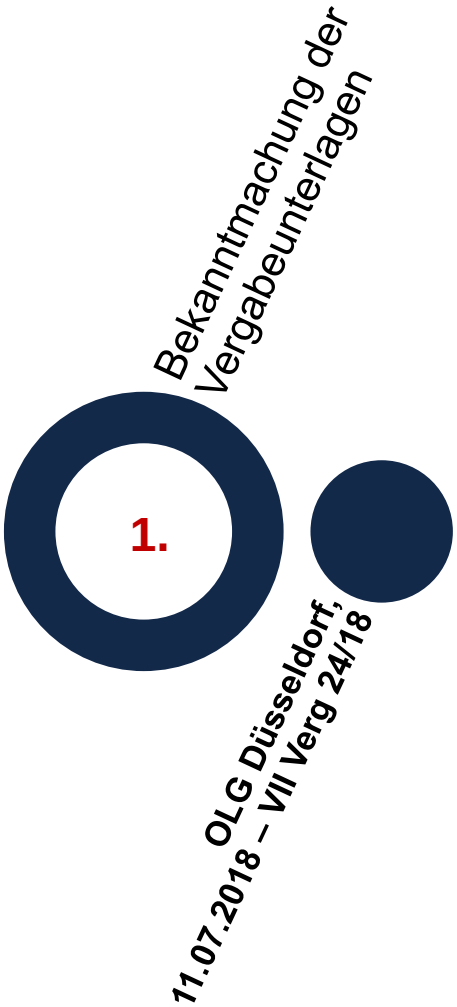
Up to date durch das Vergabeverfahren – Workshop zu aktueller Rechtsprechung

Dr. Stefan Höß
Rechtsanwalt | Partner

Aktuelle Rechtsprechung



Aktuelle Rechtsprechung



Bekanntmachung – Verlinkung von Eignungsanforderungen

OLG Düsseldorf, 11.07.2018 – VII-Verg 24/18

OLG Düsseldorf, 11.07.2018 – VII-Verg 24/18
– Sachverhalt:

§ 122 GWB

(1) Öffentliche Aufträge werden an fachkundige und leistungsfähige (geeignete) Unternehmen vergeben, die nicht nach den §§ 123 oder 124 ausgeschlossen worden sind.

(2) [1]Ein Unternehmen ist geeignet, wenn es die durch den öffentlichen Auftraggeber im Einzelnen zur ordnungsgemäßen Ausführung des öffentlichen Auftrags festgelegten Kriterien (Eignungskriterien) erfüllt. [2]Die Eignungskriterien dürfen ausschließlich Folgendes betreffen:
1. Befähigung und Erlaubnis zur Berufsausübung,
2. wirtschaftliche und finanzielle Leistungsfähigkeit,
3. technische und berufliche Leistungsfähigkeit.

(3) Der Nachweis der Eignung und des Nichtvorliegens von Ausschlussgründen nach den §§ 123 und 124 kann ganz oder teilweise durch die Teilnahme an Präqualifizierungssystemen erbracht werden.

(4) [1]Eignungskriterien müssen mit dem Auftragsgegenstand in Verbindung und zu diesem in einem angemessenen Verhältnis stehen. [2]**Sie sind in der Auftragsbekanntmachung, der Vorinformation oder der Aufforderung zur Interessensbestätigung aufzuführen**.

OLG Düsseldorf, 11.07.2018 – VII-Verg 24/18
– Sachverhalt:

Bekanntmachung – Verlinkung von Eignungsanforderungen:

– Der Auftraggeber stellt in einem europaweiten Vergabeverfahren die Vergabeunterlagen **über einen Link** in Ziffer I.3 des Bekanntmachungsformulars zum Download zur Verfügung.

I.3) **Kommunikation**
Die Auftragsunterlagen stehen für einen uneingeschränkten und vollständigen direkten Zugang gebührenfrei zur Verfügung unter: https://www.dtvp.de/Satellite/notice/CXP4YS9

III.1.2) **Wirtschaftliche und finanzielle Leistungsfähigkeit**
Eignungskriterien gemäß Auftragsunterlagen

III.1.3) **Technische und berufliche Leistungsfähigkeit**
Eignungskriterien gemäß Auftragsunterlagen

OLG Düsseldorf, 11.07.2018 – VII-Verg 24/18
– Sachverhalt:

Bekanntmachung – Verlinkung von Eignungsanforderungen:

- In den Vergabeunterlagen sind u.a. die **Eignungskriterien** aufgeführt, **nicht jedoch** in der EU-Bekanntmachung.

- Ein **mangels Eignung** ausgeschlossener Bieter rügt dies als vergaberechtswidrig.

Zu Recht?

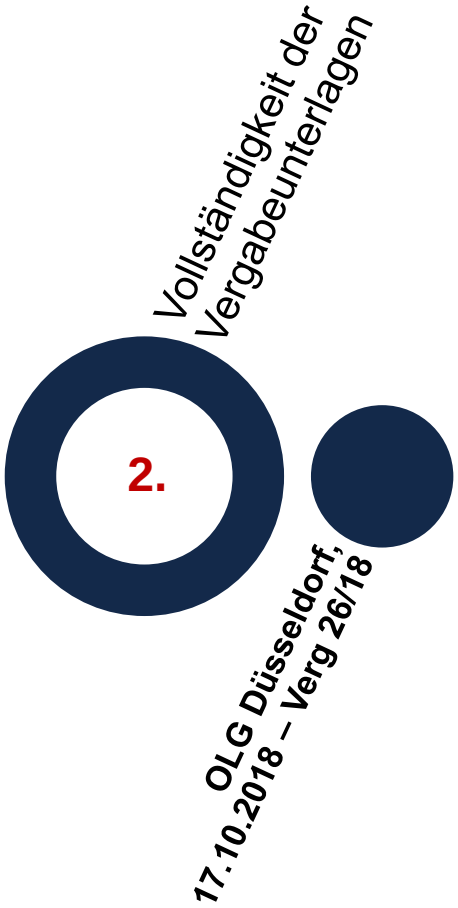
OLG Düsseldorf, 11.07.2018 – VII-Verg 24/18
– Entscheidung:

- Nach **§ 122 Abs. 4 Satz 2 GWB** sind die Eignungskriterien bereits in der Bekanntmachung aufzuführen. Ein **bloßer Verweis** auf die elektronisch bereitgestellten Vergabeunterlagen in Ziffer I.3. der Bekanntmachung **genügt nicht**.
- Ausreichend ist allenfalls ein Link, der **unmittelbar** zu einem Dokument führt, in dem die Eignungskriterien aufgeführt sind. Das Dokument muss sich zudem **mit einem Klick** öffnen lassen. Es reicht nicht aus, wenn der Bieter sich erst auf einer Seite durchklicken muss.
- Der Link muss unmittelbar **in die Auflistung der Eignungsanforderungen** eingebunden sein (also in III.1.1, III.1.2 und III.1.3).
- Das Vergabeverfahren leidet an einem **schwerwiegenden Mangel**, der **von Amts wegen** aufzugreifen ist.

OLG Düsseldorf, 11.07.2018 – VII-Verg 24/18
– Hintergrund und Praxistipp:

- Keine vollständige Übereinstimmung in der **Rechtsprechung**:
  - OLG München, 25.02.2019 - Verg 11/18: pauschaler Verweis auf die Auftragsunterlagen und Link, der nur auf eine Plattform der Vergabestelle mit mehreren laufenden Vergabeverfahren führt, ist unzureichend.
  - OLG Dresden, 15.02.2019 - Verg 5/18: nicht auf Vergabeunterlagen als Ganzes, mehrfaches Klicken und Anmeldung auf einer Internetplattform unproblematisch, solange der Text gem. § 122 Abs. 4 Satz 2 GWB selbst das elektronische Dokument konkret bezeichnet, das die bekannt zu machenden Informationen enthält.
- **Rechtsfolge** ist in der Regel die Rückversetzung des Vergabeverfahrens.
- Am rechtssichersten ist es daher, die Eignungskriterien direkt **in die Bekanntmachung** aufzunehmen. Wenn aufgrund Platzmangels ein Link eingefügt werden muss, sollte dieser direkt zum einschlägigen Dokument führen.

Aktuelle Rechtsprechung



Bestandteile der Vergabeunterlagen

OLG Düsseldorf, 17.10.2018 – VII-Verg 26/18

OLG Düsseldorf, 17.10.2018 – VII-Verg 26/18

§ 41 VgV	§ 29 VgV
(1) Der öffentliche Auftraggeber gibt in der Auftragsbekanntmachung oder der Aufforderung zur Interessensbestätigung eine elektronische Adresse an, unter der **die Vergabeunterlagen** unentgeltlich, uneingeschränkt, **vollständig** und direkt **abgerufen werden können**.	(1) [1]Die **Vergabeunterlagen** umfassen alle Angaben, die erforderlich sind, um dem Bewerber oder Bieter eine Entscheidung zur Teilnahme am Vergabeverfahren zu ermöglichen. [2]Sie bestehen **in der Regel** aus 1. dem Anschreiben, insbesondere der Aufforderung zur Abgabe von Teilnahmeanträgen oder Angeboten oder Begleitschreiben für die Abgabe der angeforderten Unterlagen, 2. der Beschreibung der Einzelheiten der Durchführung des Verfahrens (Bewerbungsbedingungen), einschließlich der Angabe der Eignungs- und Zuschlagskriterien, sofern nicht bereits in der Auftragsbekanntmachung genannt, und 3. den **Vertragsunterlagen**, die aus der Leistungsbeschreibung und den Vertragsbedingungen bestehen

OLG Düsseldorf, 17.10.2018 – VII-Verg 26/18
– Sachverhalt (I):

Bestandteile der Vergabeunterlagen:

- Die Antragstellerin ist ein Unternehmen, das **Reinigungsdienst-leistungen** erbringt, u.a. auch für den Auftraggeber, der einen Messe- und Veranstaltungsort betreibt.

- Der Auftraggeber schreibt in einem nicht offenen Verfahren **mit Teilnahmewettbewerb** die Neuvergabe der Reinigungsdienst-leistungen aus. Der Auftraggeber stellt den Bietern zunächst nur einen Bewerbungsvordruck, die Bewerbungsbedingungen und auf Rüge die Leistungsbeschreibung zur Verfügung, **nicht** jedoch den **Vertragsentwurf**.

- Die **vollständigen Vergabeunterlagen** sollten nur den im Teilnahme-wettbewerb **ausgewählten Bietern** zur Verfügung gestellt werden, die zur Abgabe eines Angebots aufgefordert werden.

OLG Düsseldorf, 17.10.2018 – VII-Verg 26/18
– Sachverhalt (II):

- Die Antragstellerin rügt dies als Verstoß gegen **§ 41 Abs. 1 VgV** ("Bereitstellung der Vergabeunterlagen"). Ohne den Vertragsentwurf könne eine **unternehmerische Entscheidung**, einen Teilnahmeantrag zu stellen, nicht getroffen werden.

- Die Leistungsbeschreibung könne nur im Zusammenhang mit dem Vertragsentwurf zutreffend eingeordnet werden. Dies sei auch **kalkulationsrelevant**.

- Zudem könne u.a. nur so entschieden werden, ob man sich als **Einzelbewerber** oder **Bietergemeinschaft** bewerbe.

Hätte der Bieter auch den Vertragsentwurf erhalten müssen?

OLG Düsseldorf, 17.10.2018 – VII-Verg 26/18
– Entscheidung (I):

– Der Nachprüfungsantrag hat sowohl vor der Vergabekammer als auch vor dem OLG Düsseldorf keinen Erfolg:

- § 41 Abs. 1 VgV gibt **allein keinen Aufschluss** darüber, welche Vergabeunterlagen mit der Auftragsbekanntmachung elektronisch zur Verfügung gestellt werden müssen.
- § 41 Abs. 1 VgV begründet **keine Pflicht** zur Bereitstellung der vollständigen Vergabeunterlagen zum **Zeitpunkt** der Auftragsbekanntmachung.
- "**Vollständig**" i.S.v. § 41 Abs. 1 VgV bezieht sich nicht auf den Umfang der Vergabeunterlagen, sondern darauf, in welchem Umfang der Abruf der Unterlagen möglich sein muss. Diese dürfen also **nicht nur teilweise elektronisch und teilweise in Papierform** zugänglich sein.

OLG Düsseldorf, 17.10.2018 – VII-Verg 26/18
– Entscheidung (II):

- Was zu den Vergabeunterlagen gehört, bestimmt **§ 29 VgV** ("**Vergabeunterlagen**"):

  "*Die Vergabeunterlagen umfassen alle Angaben, die erforderlich sind, um dem Bewerber oder Bieter eine Entscheidung zur Teilnahme am Vergabeverfahren zu ermöglichen. Sie bestehen **in der Regel** aus…"*

- Es handelt sich um eine **Entscheidung im Einzelfall**, die u.a. davon abhängt, welche **Verfahrensart** der Auftraggeber gewählt hat und welche Bedeutung die Angaben für die Entscheidung des Bewerbers oder Bieters haben, sich an dem Verfahren zu beteiligen.

OLG Düsseldorf, 17.10.2018 – VII-Verg 26/18
– Entscheidung (III):

- Bei Verfahren, in denen wie hier ein **Teilnahmewettbewerb** vorgeschaltet ist, geht es im ersten Schritt noch nicht um die Kalkulation und Abgabe eines Angebots. **Der konkrete Inhalt des Vertrags ist daher irrelevant**.

- Der Antragstellerin standen aufgrund der Angaben in der Bekanntmachung, den Bewerbungsbedingungen und der Leistungsbeschreibung **ausreichend** Informationen zur Verfügung, um eine belastbare Entscheidung über die Teilnahme am Verfahren zu treffen.

OLG Düsseldorf, 17.10.2018 – VII-Verg 26/18
– Fazit (I):

- Jedenfalls bei Verfahren mit Teilnahmewettbewerb müssen Auftraggeber im Teilnahmewettbewerb im Einzelfall **noch nicht alle Vergabeunterlagen** zur Verfügung stellen.

- Dennoch verbleiben Rechtsunsicherheiten:

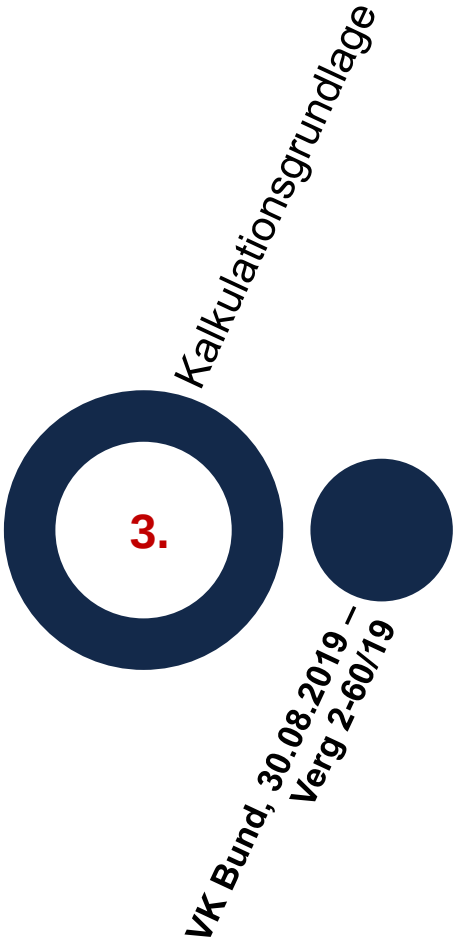
  - Nach § 29 Abs. 1 Nr. 3 VgV umfassen die bereitzustellenden Vergabeunterlagen "**in der Regel**" auch die Vertragsbedingungen.

  - Konkrete Vertragsregelungen können für Bieter im Einzelfall auch schon in einem **"frühen Stadium" von Bedeutung** sein, u. a. auch schon im Teilnahmewettbewerb.

OLG Düsseldorf, 17.10.2018 – VII-Verg 26/18
– Fazit (II):

- Auftraggebern ist daher zu raten, den Bietern **möglichst auch im Teilnahmewettbewerb schon alle Vergabeunterlagen** zur Verfügung zu stellen. Anderenfalls besteht das Risiko, dass nachträglich darüber gestritten wird, welche Unterlagen für die Unternehmen schon im Teilnahmewettbewerb erforderlich sind.

Aktuelle Rechtsprechung



Kalkulationsgrundlage

VK Bund, 30.08.2019 – Verg 2-60/19

VK Bund, 30.08.2019 – Verg 2-60/19
– Sachverhalt (I):

Kalkulationsgrundlage

- Der Auftraggeber schreibt die Vergabe von **Planungsleistungen** aus.

- Der Vertragsentwurf sieht vor, dass 35 % Anteil am Gesamthonorar durch die Tafelwerte der **HOAI festgelegt** sind. Im Übrigen ist das Honorar aber frei kalkulierbar, denn die Leistungen unterfallen insoweit nicht der HOAI.

- Der letztendlich nur wegen des höheren Angebotspreises unterliegende Bieter leitet ein Nachprüfungsverfahren ein, weil sein **Angebot fehlerhaft** bewertet worden sei.

VK Bund, 30.08.2019 – Verg 2-60/19
– Sachverhalt (II):

- Alle Verfahrensbeteiligten erklären in der mündlichen Verhandlung, dass sich das Urteil des EuGH vom 04.07.2019 ihrer Ansicht nach **nicht auf die Kalkulation** ihres Honorars **ausgewirkt** hat.

Wie entscheidet die Vergabekammer?

VK Bund, 30.08.2019 – Verg 2-60/19
– Entscheidung (I):

- Aufgrund des EuGH-Urteils ergibt sich für einen öffentlichen Auftraggeber das **Verbot**, die EU-rechtswidrigen Vorschriften der HOAI bei der Vergabe von Architekten- und Ingenieurleistungen **als Zuschlagskriterium anzuwenden**.
- **Gerichte** und auch **vergaberechtliche Nachprüfungsinstanzen** haben der verbindlichen Wirkung des Urteils des EuGH Rechnung zu tragen.
- Wird in einem Vergabeverfahren für das Zuschlagskriterium des Preises und die hierfür erforderliche Honorarkalkulation durch die Bieter zumindest teilweise das verbindliche Preisrecht der HOAI vorgegeben, leidet das Vergabeverfahren an einem **von Amts wegen aufzugreifenden Mangel**.

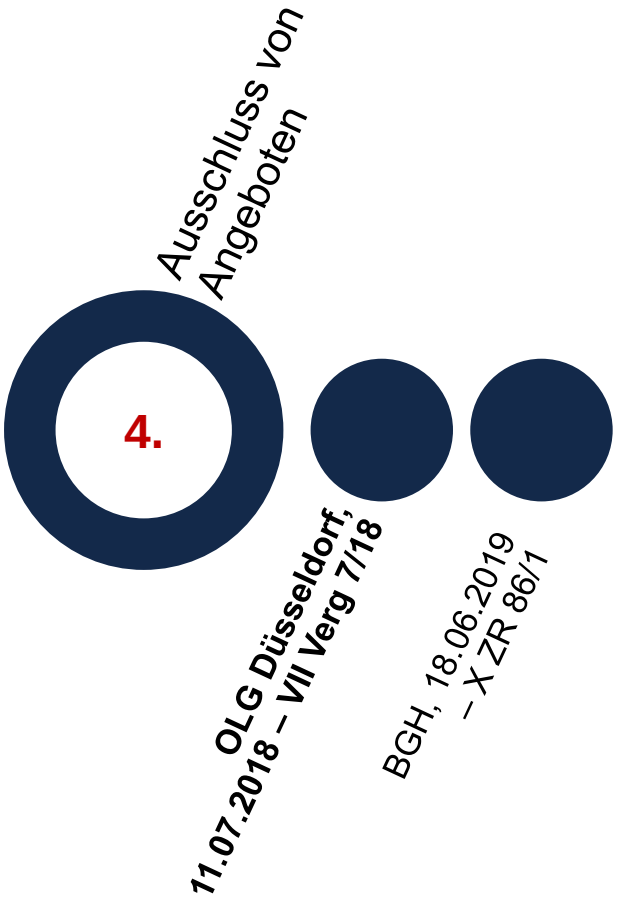
VK Bund, 30.08.2019 – Verg 2-60/19
– Entscheidung (II):

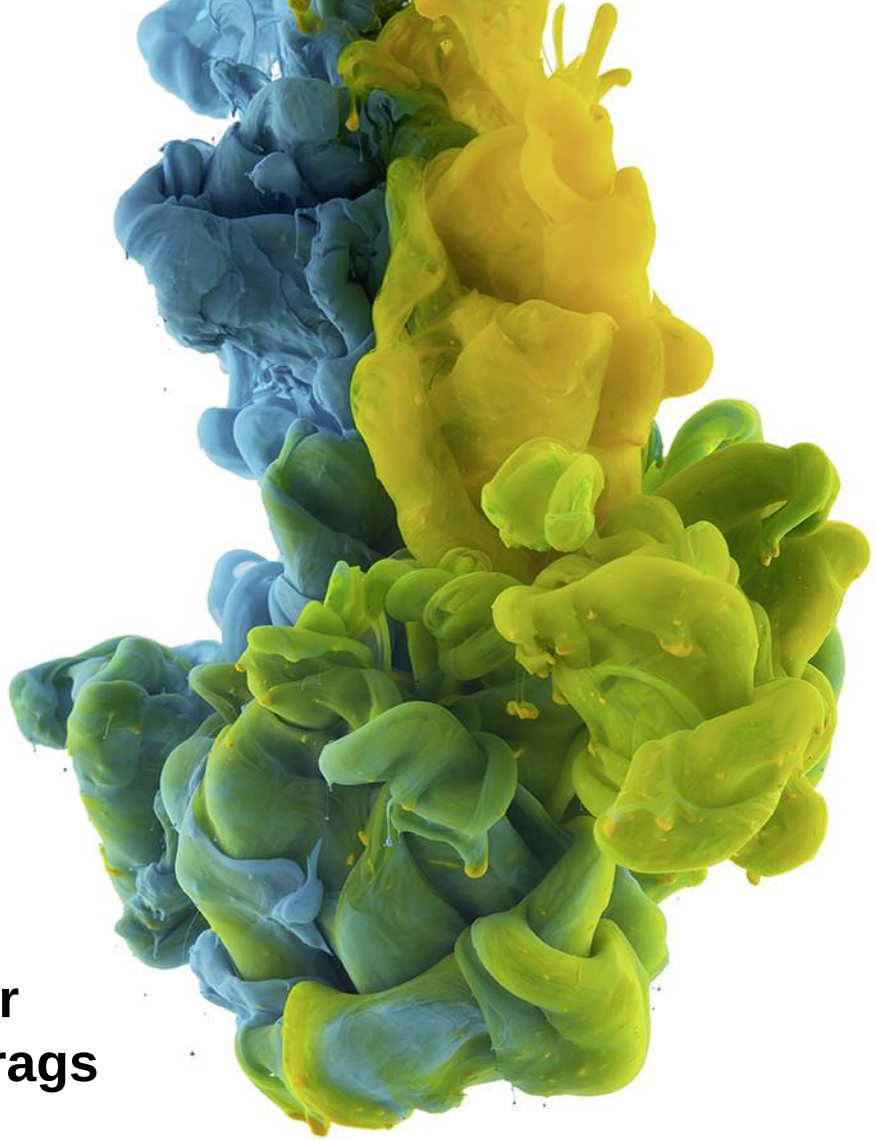
- Es ist nicht auszuschließen, dass die Kalkulation des Honorars **anders ausgefallen** wäre, wenn die verbindlichen Honorarregeln der HOAI von Anfang an nicht zugrunde zu legen gewesen wären.

- Das Vergabeverfahren ist **zurückzuversetzen**, um den Bietern eine neue Kalkulation unter Beachtung der Maßgaben des EuGH-Urteils zu ermöglichen.

- Nachdem die Auftragsbekanntmachung noch **keinen Hinweis** auf die Geltung der verbindlichen Honorarregeln enthalten hat, genügt es, **den Bieterkreis** erneut zur Kalkulation aufzufordern.

Aktuelle Rechtsprechung





Ausschluss wegen mangelhafter Erfüllung eines vorherigen Auftrags

OLG Düsseldorf, 11.07.2018 – VII-Verg 7/18

OLG Düsseldorf, 11.07.2018 – VII-Verg 7/18

§ 124 Nr. 7 GWB

(1) Öffentliche Auftraggeber **können** unter Berücksichtigung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit ein Unternehmen zu jedem Zeitpunkt des Vergabeverfahrens von der Teilnahme an einem Vergabeverfahren **ausschließen**, **wenn**

(…)

7. das Unternehmen eine wesentliche Anforderung bei der Ausführung **eines früheren öffentlichen Auftrags** oder Konzessionsvertrags **erheblich** oder **fortdauernd** mangelhaft erfüllt hat und dies zu einer vorzeitigen Beendigung, zu Schadensersatz oder zu einer vergleichbaren Rechtsfolge geführt hat.

OLG Düsseldorf, 11.07.2018 – VII-Verg 7/18
– Sachverhalt (I):

Ausschluss wegen mangelhafter Erfüllung eines vorherigen Auftrags:

- Der Bund hatte B im Jahr 2011 mit der **Errichtung** des Rohbaus des zum Bundestagskomplex gehörenden **Marie-Elisabeth-Lüders Hauses** beauftragt.

- Zentraler Leistungsumfang war die Ausführung einer **wasserundurch-lässigen Bodenplatte** (das Gebäude liegt an der Spree; in den Unter-geschossen war die Haustechnik untergebracht).

- Im Jahr 2012 traten Undichtigkeiten in Gestalt wasserführender Risse an der Konstruktion der Bodenplatten auf.

OLG Düsseldorf, 11.07.2018 – VII-Verg 7/18
– Sachverhalt (II):

- Diverse Sachverständige werden mit der Klärung der Verantwortlichkeit für die Undichtigkeiten beauftragt. **Sie kommen zu keinem einheitlichen Ergebnis**. Einige sehen **Ausführungsmängel** bei B bei der Erstellung der Bodenplatten, andere sehen die Verantwortung beim Auftraggeber aufgrund von **Planungsfehlern**, weitere sehen eine Überlagerung von Planungsfehlern und Ausführungsfehlern.

- Der Bund kündigt den Vertrag aus wichtigem Grund und schreibt im Jahr 2017 **Sanierungsarbeiten an der Bodenplatte** des inzwischen fertiggestellten Rohbaus im offenen Verfahren aus. Einziges Zuschlagskriterium ist der Preis.

OLG Düsseldorf, 11.07.2018 – VII-Verg 7/18
– Sachverhalt (III):

- B gibt das preisgünstigste Angebot ab.
- Der Auftraggeber schließt B jedoch wegen der **Ausführungsmängel des Rohbaus** und der darauf gestützten Beendigung des Vertrages gemäß **§ 124 Abs. 1 Nr. 7 GWB** vom Vergabeverfahren aus.
- B stellt wegen des Ausschlusses einen Nachprüfungsantrag.

Hat der Nachprüfungsantrag Erfolg?

OLG Düsseldorf, 11.07.2018 – VII-Verg 7/18
– Entscheidung:

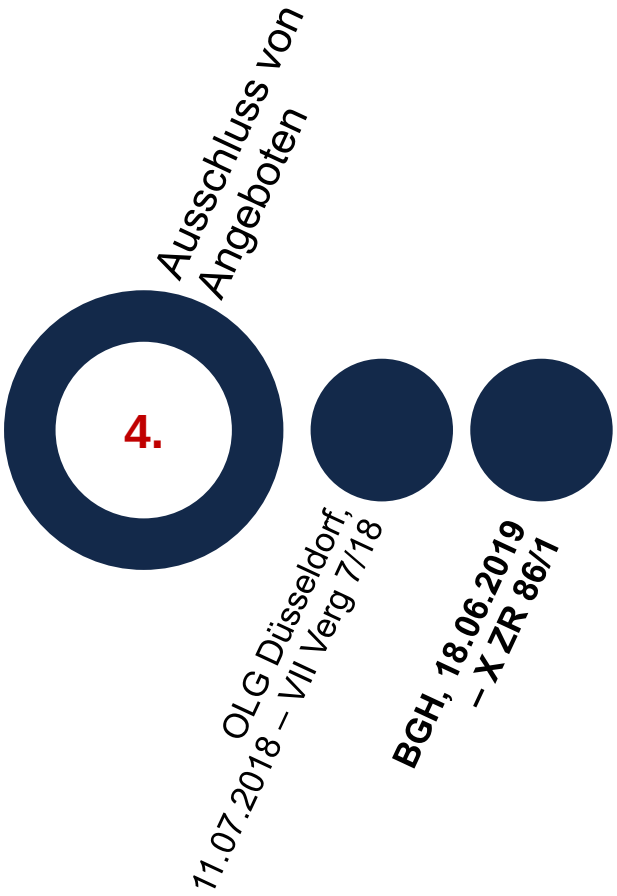
- Der Nachprüfungsantrag hat Erfolg. Der Ausschluss ist rechtswidrig.
- Der Auftraggeber hat die **Darlegungs- und Beweislast** in Bezug auf die Voraussetzungen des § 124 Nr. 7 GWB. Er konnte nicht **nachweisen**, dass B eine wesentliche Anforderung bei der Ausführung des Rohbauvertrages erheblich oder fortdauernd mangelhaft erfüllt hat.
- Für eine erheblich **mangelhafte Vertragserfüllung** ist zu fordern, dass der Auftragnehmer den Mangel **allein** oder **überwiegend verursacht** hat.
- Hier gibt es jedoch eine **widersprüchliche Gutachtenlage** und damit unklare Verantwortlichkeiten.

OLG Düsseldorf, 11.07.2018 – VII-Verg 7/18
– Fazit:

– Es werden **unterschiedliche Auffassungen** vertreten, welche Anforderungen an den Nachweis der Voraussetzungen des § 124 Nr. 7 GWB zu stellen sind:

- *Auffassung 1*: **Glaubhaftmachung** der Ausschlussgründe wegen des Beschleunigungsgebots ausreichend (Literatur).
- *Auffassung 2*: Ausreichend sind gewichtige **Indizien**, die die Entscheidung des Auftraggebers zum Ausschluss nachvollziehbar erscheinen lassen (OLG Celle, 09.01.2017, 13 Verg 9/16).
- *Auffassung 3:* Es muss eine **Überzeugung** vorliegen, "*die vernünftigen Zweifeln Schweigen gebietet*" (OLG Düsseldorf). Diese Forderung kommt einem Vollbeweis sehr nahe.

Aktuelle Rechtsprechung



Abweichende Bedingungen

BGH, 18.06.2019 – X ZR 86/1

BGH, 18.06.2019 – X ZR 86/1

§ 16 EU VOB/A

Auszuschließen sind :

1. (…)
2. Angebote, die den Bestimmungen des **§13 EU Absatz 1** Nummer 1, 2 und **5** nicht entsprechen,

§ 13 EU Abs. 1 VOB/A

5. Das Angebot ist auf der Grundlage der Vergabeunterlagen zu erstellen. **Änderungen an den Vergabeunterlagen sind unzulässig**. Änderungen des Bieters an seinen Eintragungen müssen zweifelsfrei sein.

BGH, 18.06.2019 – X ZR 86/1
– Sachverhalt (I):

Abweichende Bedingungen:

- Ausgeschrieben waren Tief- und Straßenbauarbeiten im offenen Verfahren. Angebotsbestandteil waren unter anderem die **Zusätzlichen Vertragsbedingungen** für Bauleistungen (ZVBBau).

- § 1 Abs. 1.3 ZVB enthält folgende Regelung:

  "*Etwaige Vorverträge, unter § 1.2 nicht aufgeführte Unterlagen, Protokolle oder* ***sonstige Korrespondenz*** *im Zusammenhang mit dem Abschluss dieses Vertrages, insbesondere Liefer-, Vertrags- und Zahlungsbedingungen des AN* ***sind nicht Vertragsbestandteil****.*"

- § 8 ZVBBau bestimmt

  "*Die Schlusszahlung erfolgt* ***innerhalb von 30 Kalendertagen*** *nach der Abnahme und Stellung einer prüfbaren Schlussrechnung.*"

BGH, 18.06.2019 – X ZR 86/1
– Sachverhalt (II):

- Der Bieter gibt die im Angebotsschreiben vorformulierte Erklärung ab, dass

  *"wir neben den oben genannten Angebotsinhalten **keine eigenen Allgemeinen Geschäftsbedingungen** zum Bestandteil unseres Angebots machen".*

- Im Kurztext-Leistungsverzeichnis gibt er aber zum Angebotsendpreis an "... ***zahlbar bei Rechnungserhalt ohne Abzug***" und wird deshalb mit seinem Angebot wegen Änderung der Vergabeunterlagen ausgeschlossen.

- **Ohne Nachprüfung** klagt der Bieter das positive Interesse ein.

Zu Recht?

BGH, 18.06.2019 – X ZR 86/1
– Entscheidung (I):

- Die Regelung in § 1 Abs. 1.3 ZVBBau ist **im Lichte der Neuregelungen** seit der Ausgabe der VOB/A 2009 zu sehen, die **dazu dienen, den Ausschluss von Angeboten aus vielfach nur formalen Gründen zu verhindern**.
- Aus der maßgeblichen **objektiven Sicht** der potenziellen Bieter liegt an sich die **Annahme fern**, die mit den Vergabeunterlagen vorgegebenen Bestimmungen dürften **bieterseitig** durch eigene Klauseln oder AGB **ersetzt** oder **abgewandelt** werden.
- Fügt ein Bieter seinem Angebot eigene AGB bei, deutet das auf ein **Missverständnis der Bindungen** des öffentlichen Auftraggebers bei der öffentlichen Auftragsvergabe hin, denen der Bieter aber voraussichtlich von vornherein **Rechnung getragen hätte**, wenn ihm diese bewusst gewesen wären.
- § 1 Abs. 1.3 ZVBBau hat **Abwehrcharakter** und **ermöglicht** in solchen Fällen, das **Angebot in der Wertung zu belassen**.

BGH, 18.06.2019 – X ZR 86/1
– Entscheidung (II):

- § 1 Abs. 1.3 ZVBBau ist **für beide Seiten bindend**, d.h. es gibt keine kollidierenden AGB.

  Auftraggeber haben deshalb **nicht zu befürchten**, dass der Bieter sich im Falle der Auftragsvergabe an ihn während der Vertragsdurchführung mit Erfolg auf die eigenen AGB berufen könnte, oder dass sie im Umfang der Kollision auf die gesetzlichen Regelungen verwiesen wären.
- Dementsprechend bestand **kein Anlass und kein Raum** dafür, das Angebot der Klägerin wegen vermeintlicher Änderungen an den Vergabeunterlagen **auszuschließen**.
- Das gilt unabhängig davon, ob die abweichende Regelung des Bieters selbst AGB sind oder nicht.

BGH, 18.06.2019 – X ZR 86/1
– Entscheidung (III):

- Der Bieter hat zudem die im Angebotsschreiben vorformulierte Erklärung abgegeben, dass er **keine eigenen AGB** zum Bestandteil seines Angebots macht.
- Nachdem der Zusatz dazu in **Widerspruch** stand, hatte das Angebot keinen von den Vergabeunterlagen abweichenden Inhalt, sondern war in diesem Punkt **lediglich nicht eindeutig**, und der Auftraggeber hätte nach § 15 EU Abs. 1 Nr. 1 VOB/A insoweit **Aufklärung** über das Angebot selbst **verlangen dürfen und müssen**.

BGH, 18.06.2019 – X ZR 86/1
– Entscheidung (IV):

– Hinweise des BGH:
  - Der Ausschlussgrund der Änderungen an den Vergabeunterlagen ist zwar **vom Wortlaut her unverändert** geblieben. Die Regelung ist jedoch dem aufgezeigten **Wertungswandel** in den rechtlichen Grundlagen der Vergabebestimmungen **angepasst auszulegen und anzuwenden**.
  - Solche und ähnliche Abweichungen von den Vergabeunterlagen hätte der Auftraggeber **auch ohne die Klausel in § 1 Abs. 1.3 ZVBBau oder die Erklärung in dem Angebotsschreiben** ohne Verstoß gegen § 15 EU Abs. 1 Nr. 1 VOB/A aufklären und das Angebot **auf den maßgeblichen Inhalt der Vergabeunterlagen zurückführen können**.
  - Solche Fallgestaltungen liegen **anders als bei manipulativen Eingriffen** in die Vergabeunterlagen, die dadurch gekennzeichnet sind, dass ein von den Vorgaben der Vergabeunterlagen inhaltlich abweichendes Angebot abgegeben wird und bei **Hinwegdenken solcher Abweichungen** gerade **kein vollständiges**, **sondern ein lückenhaftes** Angebot vorliegt.

BGH, 18.06.2019 – X ZR 86/1
– Entscheidung (IV):

– Hinweise des BGH:

- Der Bieter ist mit dem Schadensersatzanspruch **nicht** deshalb **ausgeschlossen**, weil er nicht gerügt und keinen Primärrechtsschutz (Nachprüfung) in Anspruch genommen hat.

- Die **Kalkulationsfreiheit** des Bieters schließt die Befugnis ein, festzulegen, zu welchen Einzelpreisen die Positionen des Leistungsverzeichnisses ausgeführt werden sollen, solange ausdrücklich geforderte Angaben gemacht werden.

- Auch die Nachforderung fehlender, unvollständiger oder fehlerhafter **leistungsbezogener** Unterlagen - insbesondere Erklärungen, **Produkt**- und sonstige Angaben oder Nachweise ist möglich (§ 16a EU Abs. 1 Satz 1 VOB/A bzw. § 16a Abs. 1 Satz 1 VOB/A).

BGH, 18.06.2019 – X ZR 86/1

§ 16 EU VOB/A

(1) [1]Der öffentliche Auftraggeber **muss** Bieter, die für den Zuschlag in Betracht kommen, unter Einhaltung der Grundsätze der Transparenz und der Gleichbehandlung auffordern, fehlende, unvollständige oder fehlerhafte unternehmensbezogene Unterlagen - insbesondere Erklärungen, Angaben oder Nachweise – nachzureichen, zu vervollständigen oder zu korrigieren, **oder fehlende oder unvollständige leistungsbezogene Unterlagen - insbesondere Erklärungen, Produkt- und sonstige Angaben oder Nachweise – nachzureichen oder zu vervollständigen** (Nachforderung), es sei denn, er hat von seinem Recht aus Absatz 3 Gebrauch gemacht. (…).

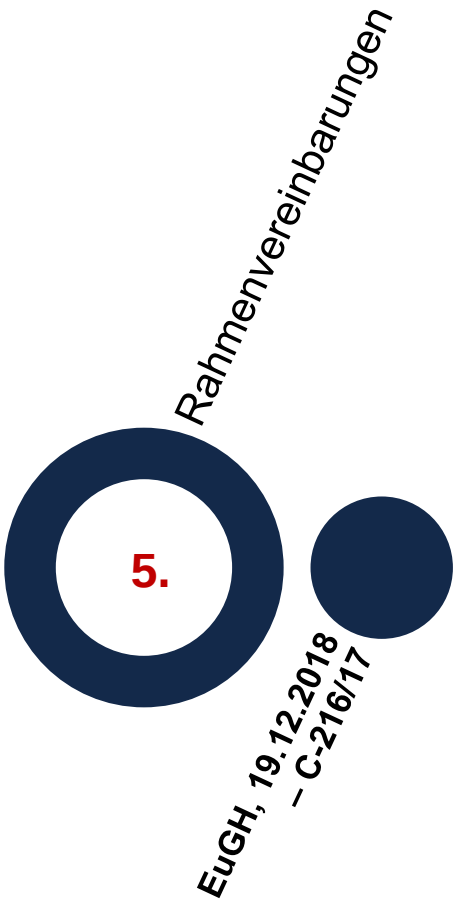
(2) [1]Fehlende **Preisangaben dürfen nicht nachgefordert** werden. [2]Angebote, die den Bestimmungen des § 13 EU Absatz 1 Nummer 3 nicht entsprechen, sind auszuschließen. [3]Dies **gilt nicht** für Angebote, bei denen lediglich **in unwesentlichen Positionen** die Angabe des Preises fehlt und sowohl durch die Außerachtlassung dieser Positionen der Wettbewerb und die Wertungsreihenfolge nicht beeinträchtigt werden als auch bei Wertung dieser Positionen mit dem jeweils höchsten Wettbewerbspreis.

§ 56 VgV

(2) [1]Der öffentliche Auftraggeber **kann** den Bewerber oder Bieter unter Einhaltung der Grundsätze der Transparenz und der Gleichbehandlung auffordern, fehlende, unvollständige oder fehlerhafte unternehmensbezogene Unterlagen, insbesondere Eigenerklärungen, Angaben, Bescheinigungen oder sonstige Nachweise, nachzureichen, zu vervollständigen oder zu korrigieren, **oder fehlende oder unvollständige leistungsbezogene Unterlagen nachzureichen oder zu vervollständigen**. [2]Der öffentliche Auftraggeber ist berechtigt, in der Auftragsbekanntmachung oder den Vergabeunterlagen festzulegen, dass er keine Unterlagen nachfordern wird.

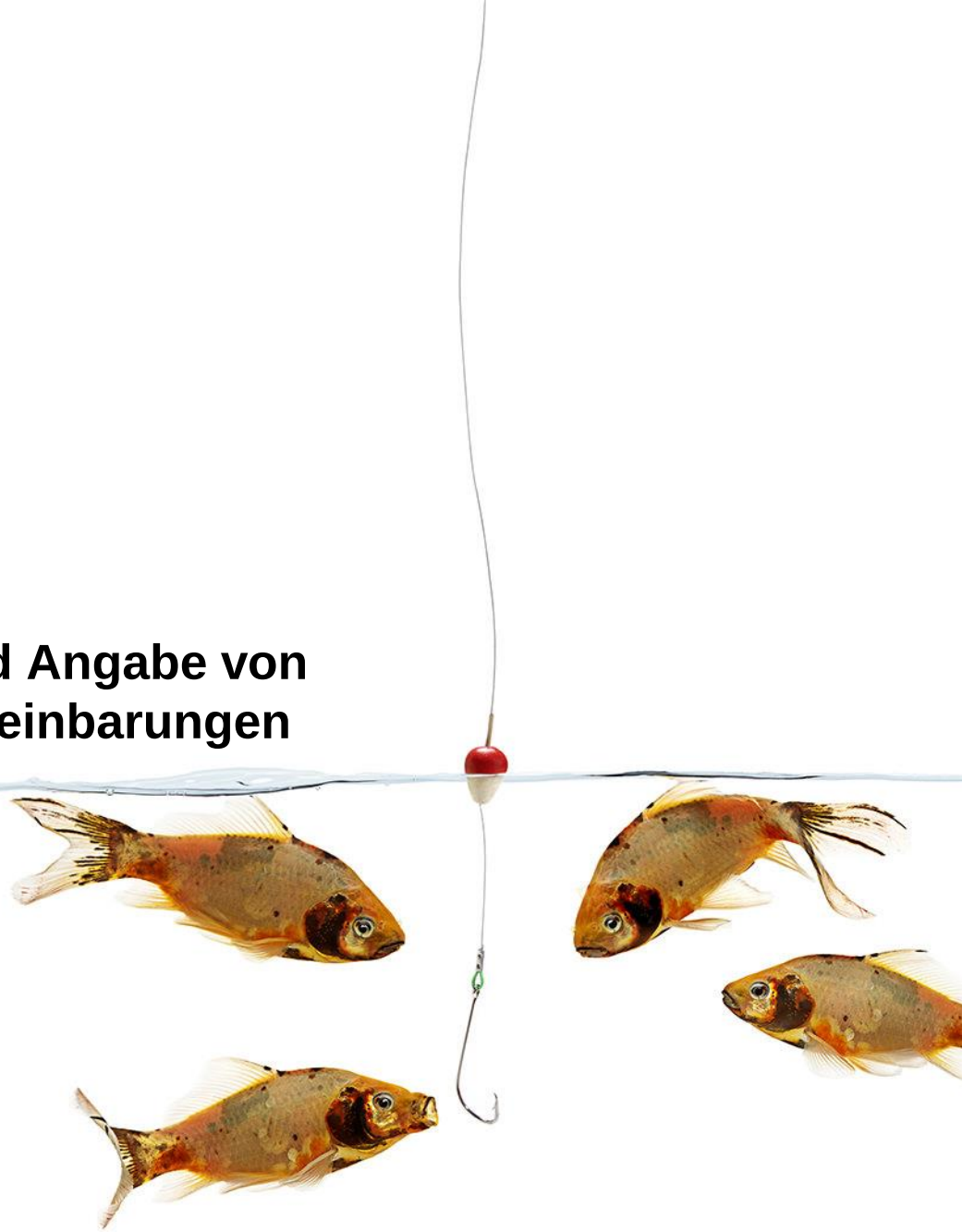
(3) [1]Die Nachforderung von **leistungsbezogenen Unterlagen, die die Wirtschaftlichkeitsbewertung** der Angebote anhand der Zuschlagskriterien betreffen, ist **ausgeschlossen**. [2]Dies **gilt nicht für Preisangaben**, wenn es sich um unwesentliche Einzelpositionen handelt, deren Einzelpreise den Gesamtpreis nicht verändern oder die Wertungsreihenfolge und den Wettbewerb nicht beeinträchtigen.

Aktuelle Rechtsprechung



Beitritt dritter Auftraggeber und Angabe von Höchstmengen bei Rahmenvereinbarungen

EuGH, 19.12.2018 – C-216/17



EuGH, 19.12.2018 – C-216/17

Art. 1 Abs. 5 RL 2004/18/EG	Art. 33 Abs. 1 UA 2 RL 2014/24/EU
Eine "Rahmenvereinbarung" ist eine Vereinbarung **zwischen einem oder mehreren öffentlichen Auftraggebern und einem oder mehreren Wirtschaftsteilnehmern**, die zum Ziel hat, die Bedingungen für die Aufträge, die im Laufe eines bestimmten Zeitraums vergeben werden sollen, festzulegen, insbesondere in Bezug auf den Preis und **gegebenenfalls** die in Aussicht genommene Menge.	Bei einer Rahmenvereinbarung handelt es sich um eine Vereinbarung **zwischen einem oder mehreren öffentlichen Auftraggebern und einem oder mehreren Wirtschaftsteil-nehmern**, die dazu dient, die Bedingungen für die Aufträge, die im Laufe eines bestimmten Zeitraums vergeben werden sollen, festzulegen, insbesondere in Bezug auf den Preis und **gegebenenfalls** die in Aussicht genommene Menge.

EuGH, 19.12.2018 – C-216/17
– Sachverhalt:

Beitritt dritter Auftraggeber und Angabe von Höchstmengen bei Rahmenvereinbarungen:

- Vorlage an den EuGH: Ein italienisches Unternehmen wandte sich dagegen, dass ein öffentlicher Auftraggeber (eine Gesundheitseinrichtung) einer bestehenden **Rahmenvereinbarung** über Reinigungsdienste sowie über Abfallentsorgungsleistungen **beigetreten** war, den eine andere Gesundheitsbehörde geschlossen hatte.
- Zu beantworten war,

  (1) ob und wie Rahmenvereinbarungen auch **für weitere öffentliche Auftraggeber** abgeschlossen werden können, welche die Rahmenvereinbarung nicht unterzeichnet haben, und

  (2) ob für Rahmenvereinbarungen eine **Höchstmenge der abrufbaren Leistungen** gilt.

EuGH, 19.12.2018 – C-216/17
– Entscheidung (I):

Vorlagefrage (1):

- Rahmenvereinbarungen **dürfen** von einem Auftraggeber **auch für andere Auftraggeber abgeschlossen werden**. Die anderen Auftraggeber müssen die Vereinbarung **nicht mit unterzeichnen**, sie müssen aus Gründen der Transparenz jedoch nach europäischem Recht in der Ausschreibung (Bekanntmachung oder Vergabeunterlagen) genannt sein.
- Nach deutschem Recht ist eine Benennung **in der Bekanntmachung** erforderlich. § 21 Abs. 2 Satz 2 VgV:

"Die **Einzelauftragsvergabe** erfolgt **ausschließlich** zwischen den in der Auftragsbekanntmachung oder der Aufforderung zur Interessensbestätigung **genannten öffentlichen Auftraggebern** und denjenigen Unternehmen, die zum Zeitpunkt des Abschlusses des Einzelauftrags Vertragspartei der Rahmenvereinbarung sind."

EuGH, 19.12.2018 – C-216/17
– Entscheidung (II):

Vorlagefrage (2):

- In Ausschreibungen von Rahmenvereinbarungen sind **Höchstmengen zwingend anzugeben**.
- Der Auftraggeber muss eine **maximale Gesamtmenge** angeben, in die sich die **Folgeaufträge** einfügen können.
- Die bloße Bezugnahme auf eine "**übliche Menge**" bzw. einen "üblichen Bedarf" **genügt nicht**, da Bieter aus dem europäischen Ausland mit nationalen Gegebenheiten nicht gleichermaßen vertraut sind.
- Die Rahmenvereinbarung **verliert ihre Wirkung**, wenn die Gesamtmenge erreicht ist.
- Es kann nicht ausgeschlossen werden, dass eine Rahmenvereinbarung, die die nach der RL zulässige Laufzeit ohne Vorliegen eines Sonderfalls überschreitet, in den ersten vier Jahren ihrer Anwendung einen gültigen Vertrag darstellt und nach Ablauf dieses Zeitraums **unwirksam wird**.

EuGH, 19.12.2018 – C-216/17

– Die Entscheidung erging aber noch zur **alten RL 2004/18/EG** und ist nach Ansicht der VK Bund **auf die neue RL nicht übertragbar** (VK Bund, 19.07.2019 – VK1-39/19), die in § 21 Abs. 1 Satz 2 VgV umgesetzt ist:

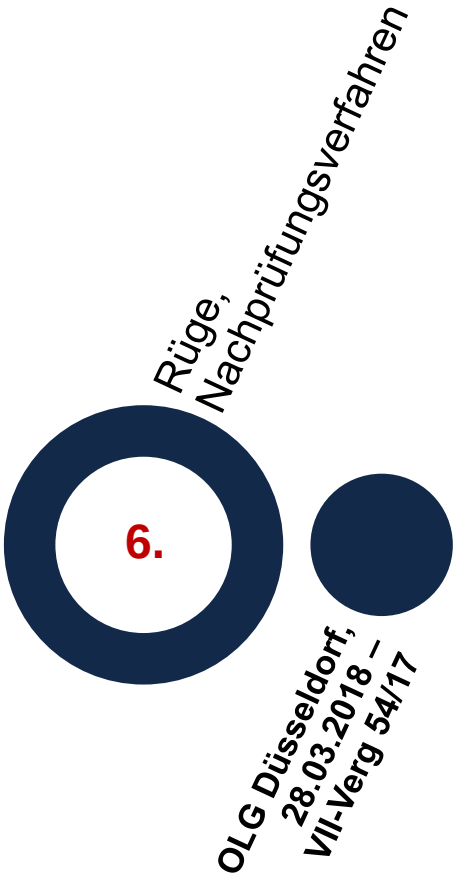
"Das in Aussicht genommene Auftragsvolumen ist so genau wie möglich zu ermitteln und bekannt zu geben, braucht aber nicht abschließend festgelegt zu werden."

VK Bund, 19.07.2019 – VK1-39/19

Angaben, die in den Bekanntmachungen enthalten sein müssen

Art. 36 Abs. 1 i.V.m. Anhang VII Teil A der RL 2004/18/EG	Art. 49 i.V.m. Anhang V Teil C Nr. 10a) der RL 2014/24/EU
Bei Rahmenvereinbarungen ferner Angabe der vorgesehenen Laufzeit der Vereinbarung, des für die gesamte Laufzeit der Rahmenvereinbarung **veranschlagten Gesamtwerts der Dienstleistungen** sowie - wann immer möglich - des Wertes und der Häufigkeit der zu vergebenden Aufträge.	Bei Rahmenvereinbarungen Angabe der vorgesehenen Laufzeit der Vereinbarung, gegebenenfalls unter Angabe der Gründe für eine etwaige Laufzeit von mehr als vier Jahren. **Soweit möglich**, **Angabe des Werts oder der Größenordnung** und der Häufigkeit der zu vergebenden Aufträge sowie gegebenenfalls vorgeschlagene Höchstzahl der teilnehmenden Wirtschaftsteilnehmer.
Aber:	
Der zu berücksichtigende Wert einer Rahmenvereinbarung oder eines dynamischen Beschaffungssystems ist gleich dem **geschätzten Gesamtwert** ohne MwSt. aller für die gesamte Laufzeit der Rahmenvereinbarung oder des dynamischen Beschaffungssystems geplanten Aufträge.	Der zu berücksichtigende Wert einer Rahmenvereinbarung oder eines dynamischen Beschaffungssystems ist gleich dem **geschätzten Gesamtwert** ohne MwSt. aller für die gesamte Laufzeit der Rahmenvereinbarung oder des dynamischen Beschaffungssystems geplanten Aufträge.

Aktuelle Rechtsprechung



Rügepräklusion

OLG Düsseldorf, 28.03.2018 – VII-Verg 54/17

OLG Düsseldorf, 28.03.2018 – VII-Verg 54/17

§ 160 Abs. 3 GWB

(3) [1]Der Antrag ist unzulässig, soweit

1. der Antragsteller den geltend gemachten Verstoß gegen Vergabevorschriften vor Einreichen des Nachprüfungsantrags erkannt und gegenüber dem Auftraggeber nicht innerhalb einer Frist von zehn Kalendertagen gerügt hat; der Ablauf der Frist nach § 134 Absatz 2 bleibt unberührt,
2. Verstöße gegen Vergabevorschriften, die aufgrund der Bekanntmachung erkennbar sind, nicht spätestens bis zum Ablauf der in der Bekanntmachung benannten Frist zur Bewerbung oder zur Angebotsabgabe gegenüber dem Auftraggeber gerügt werden,
3. Verstöße gegen Vergabevorschriften, die erst **in den Vergabeunterlagen erkennbar** sind, nicht spätestens **bis zum Ablauf der Frist zur Bewerbung** oder zur Angebotsabgabe gegenüber dem Auftraggeber gerügt werden,
4. mehr als 15 Kalendertage nach Eingang der Mitteilung des Auftraggebers, einer Rüge nicht abhelfen zu wollen, vergangen sind.

OLG Düsseldorf, 28.03.2018 – VII-Verg 54/17
– Sachverhalt (I):

Rügepräklusion:

- Der Auftraggeber schreibt EU-weit in einem **Verhandlungsverfahren mit Teilnahmewettbewerb** aus. Er stellt dabei die gesamten Vergabeunterlagen (§§ 29, 41 VgV) zeitgleich mit der TED-Bekanntmachung online.

- Der Bieter nimmt erfolgreich die Hürde des Teilnahmewettbewerbs und wird im Anschluss vom Auftraggeber zur **Angebotsabgabe** aufgefordert.

- Im weiteren Verlauf des Verfahrens (d.h. nach Ablauf der Bewerbungsfrist für den Teilnahmewettbewerb, aber noch vor Ablauf der Angebotsfrist) **rügt** der Bieter **angebotsrelevante Mängel der Vergabeunterlagen** (u.a. unklare Mindestanforderungen an die Leistung, intransparentes "Schulnotensystem").

OLG Düsseldorf, 28.03.2018 – VII-Verg 54/17
– Sachverhalt (II):

- Diesen Rügen hilft der Auftraggeber nicht ab.

- Im Nachprüfungsverfahren beruft sich der Auftraggeber auf die **Rügepräklusion** nach § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 GWB.

Ist der Bieter mit den Rügen ausgeschlossen?

OLG Düsseldorf, 28.03.2018 – VII-Verg 54/17
– Entscheidung (I):

- Nach Auffassung des OLG ist **keine** Rügepräklusion eingetreten.

- Zwar wird in Verfahren mit **Teilnahmewettbewerb** über § 41 Abs. 1 VgV (Bereitstellung der Vergabeunterlagen mit Bekanntmachung) die **Rügefrist** für in den Vergabeunterlagen enthaltene Vergaberechtsverstöße grundsätzlich in die **Bewerbungsfrist vorverlagert** (d.h. Rügefrist endet bereits mit Ablauf der Bewerbungsfrist).

- Die Rügepräklusion aus § 160 Abs. 3 S. 1 Nr. 3 GWB erfasst aber nur solche Vergaberechtsverstöße, die dem durchschnittlich fachkundigen Bieter **bei Anwendung der üblichen Sorgfalt** auffallen müssen. Bis zum Ablauf der **Bewerbungsfrist** waren die gerügten (**angebotsbezogenen**) Vergaberechtsfehler für den Durchschnittsbieter nicht erkennbar.

OLG Düsseldorf, 28.03.2018 – VII-Verg 54/17
– Entscheidung (II):

- Zu diesem Zeitpunkt benötigen die Unternehmen den Teil der Vergabeunterlagen, die für die **konkrete Angebotserstellung** erforderlich sind, noch nicht. Ihr Augenmerk ist vielmehr auf die Angaben in der Bekanntmachung und die Teilnahmebedingungen gerichtet.

- **Bieter sind** in dieser Phase **nicht verpflichtet**, die **Vergabeunterlagen auf angebotsbezogene Vergaberechtsverstöße zu prüfen**. Eine solche Auseinandersetzung erfolgt regelmäßig erst im Rahmen der Angebotserstellung.

- Im ersten Verfahrensabschnitt müssen sich Bieter somit **nur mit dem Teil der Vergabeunterlagen befassen**, die für den Teilnahmewettbewerb relevant sind. Das System für die **Wertung** der Angebote ist für den Teilnahmewettbewerb **irrelevant**.

Ihr Ansprechpartner

Dr. Stefan Höß
Rechtsanwalt | Partner
T +49 89 23807 161
F +49 89 23807 40726
E stefan.hoess@cms-hs.com

CMS München
Nymphenburger Straße 12
80335 München

C/M/S/ Law-Now™

Law.Tax

Ihr kostenloser juristischer Online-Informationsdienst.

E-Mail-Abodienst für Fachartikel zu vielfältigen juristischen Themen.
cms-lawnow.com

C/M/S/ e-guides

Law.Tax

Ihre juristische Online-Bibliothek.

Profunde internationale Fachrecherche und juristisches Expertenwissen nach Maß.
eguides.cmslegal.com

Dieses Dokument stellt keine Rechtsberatung dar und verfolgt ausschließlich den Zweck, bestimmte Themen anzusprechen. Es erhebt keinen Anspruch auf Richtigkeit oder Vollständigkeit und die in ihm enthaltenen Informationen können eine individuelle Rechtsberatung nicht ersetzen. Sollten Sie weitere Fragen bezüglich der hier angesprochenen oder hinsichtlich anderer rechtlicher Themen haben, so wenden Sie sich bitte an Ihren Ansprechpartner bei CMS Hasche Sigle.

CMS Hasche Sigle ist eine der führenden wirtschaftsberatenden Anwaltssozietäten. Mehr als 600 Anwälte sind in acht wichtigen Wirtschaftszentren Deutschlands sowie in Brüssel, Hongkong, Moskau, Peking und Shanghai für unsere Mandanten tätig. CMS Hasche Sigle ist Mitglied der CMS Legal Services EEIG, einer europäischen wirtschaftlichen Interessenvereinigung zur Koordinierung von unabhängigen Anwaltssozietäten. CMS EEIG ist nicht für Mandanten tätig. Derartige Leistungen werden ausschließlich von den Mitgliedssozietäten in den jeweiligen Ländern erbracht. CMS EEIG und deren Mitgliedssozietäten sind rechtlich eigenständige und unabhängige Einheiten. Keine dieser Einheiten ist dazu berechtigt, im Namen einer anderen Verpflichtungen einzugehen. CMS EEIG und die einzelnen Mitgliedssozietäten haften jeweils ausschließlich für eigene Handlungen und Unterlassungen. Der Markenname „CMS“ und die Bezeichnung „Sozietät“ können sich auf einzelne oder alle Mitgliedssozietäten oder deren Büros beziehen.

CMS-Standorte:
Aberdeen, Algier, Amsterdam, Antwerpen, Barcelona, Belgrad, Berlin, Bogotá, Bratislava, Bristol, Brüssel, Budapest, Bukarest, Casablanca, Dubai, Düsseldorf, Edinburgh, Frankfurt/Main, Funchal, Genf, Glasgow, Hamburg, Hongkong, Istanbul, Kiew, Köln, Leipzig, Lima, Lissabon, Ljubljana, London, Luanda, Luxemburg, Lyon, Madrid, Mailand, Manchester, Maskat, Mexiko-Stadt, Monaco, Moskau, München, Paris, Peking, Podgorica, Posen, Prag, Reading, Riad, Rio de Janeiro, Rom, Santiago de Chile, Sarajevo, Sevilla, Shanghai, Sheffield, Singapur, Skopje, Sofia, Straßburg, Stuttgart, Tirana, Utrecht, Warschau, Wien, Zagreb und Zürich.

CMS Hasche Sigle Partnerschaft von Rechtsanwälten und Steuerberatern mbB, Sitz: Berlin, (AG Charlottenburg, PR 316 B), Liste der Partner: s. Website.

---

cms.law

© CMS Hasche Sigle