

Newsletter Vergaberecht

Juni 2024



Sehr geehrte Damen und Herren,

hiermit erhalten Sie unseren aktuellen Newsletter Vergaberecht, Ausgabe Juni 2024.

Wir wünschen eine angenehme Lektüre!

Mit freundlichen Grüßen

Stephan Rechten

Rechtsanwalt

[vCard](#)



Generalklausel „heilt“ Abweichung von den Vergabeunterlagen nicht

[zum Artikel](#)

Newsticker

Abgrenzung eines öffentlichen Auftrags zu anderen Handlungsoptionen des öffentlichen Auftraggebers

Berlin: Anhebung des Vergabemindestlohns zum 1. Mai 2024

Neue Recherche-Plattform in NRW

NRW: Erlass zur Anwendung des Vergaberechts in Bezug auf die Unterbringung von Geflüchteten verlängert

[zu den Artikeln](#)

REDAKTION (verantwortlich)

Stephan Rechten | Rechtsanwalt

© Beiten Burkhardt

Rechtsanwaltsgesellschaft mbH

Vergaberecht@advant-beiten.com

www.advant-beiten.com

Ihre Ansprechpartner
des Vergaberechts-Teams

Hinweis: Zur besseren Lesbarkeit verzichten wir auf die Verwendung männlicher und weiblicher Sprachformen. Wir verwenden das generische Maskulinum, womit alle Geschlechter gleichermaßen gemeint sind.

Generalklausel „heilt“ Abweichung von den Vergabeunterlagen nicht

Die Vergabekammer des Bundes hat sich in einer kürzlich ergangenen Entscheidung (Beschluss vom 4. März 2024, VK 1-16/24) mit einer von einem Bieter formulierten Generalklausel beschäftigt, durch sein Angebot alle Anforderungen der Vergabeunterlagen und der Bekanntmachung zu erfüllen. Eine solch pauschale Versicherung des Bieters hilft über eine inhaltliche Abweichung von den Vorgaben der Vergabeunterlagen nicht hinweg und schützt daher nicht vor einem Ausschluss.

Sachverhalt

Die Auftraggeberin führte ein europaweites, offenes Vergabeverfahren für wissenschaftliches Rechnen durch. In den Mindestanforderungen heißt es in Ziffer 10 des Leistungsverzeichnisses:

„Es muss eine Reaktionszeit innerhalb von 24 Stunden, mit deutschsprachigen Ansprechpartnern und Möglichkeit eines Vor-Ort-Services bei Bedarf an 5 Tagen (Montag-Freitag, zwischen 9:00-17:00 Uhr) gegeben sein. Ersatzteile für defekte Plug & Play Komponenten (während des Betriebs bzw. ohne Ausbau des Servers austauschbare Komponenten) sollen als Vorab-Austausch geliefert werden und werden vom Auftraggeber selbst eingebaut / ausgetauscht.“

Die Antragstellerin gab ein Angebot ab. Hinsichtlich der oben genannten Mindestanforderung führte sie im Rahmen des von den Bietern vorzulegenden Servicevertrags aus:

„Defekte Komponenten werden innerhalb der Garantiezeit zeitnah und kostenfrei durch Vorabaustausch der Teile ausgetauscht. Im Störfall ist ein kostenfreier deutschsprachiger telefonischer Service durch qualifizierte Mitarbeiter innerhalb von 24 Stunden (Montag bis Freitag 9:00-17:00 Uhr) verfügbar.“

Im Angebot der Antragstellerin findet sich zudem die Erklärung:

„Das Angebot unseres Unternehmens erfüllt alle Anforderungen, welche in den Vergabeunterlagen und der Bekanntmachung enthalten sind.“

Mit Bieterinformation vom 19. Januar 2024 teilte die Auftraggeberin mit, dass das Angebot nicht berücksichtigt werden könne, da es sich nicht um

das wirtschaftlichste Angebot handele. Die Antragstellerin rügte dies und beantragte am 29. Januar 2024 die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens bei der Vergabekammer des Bundes.

Die Auftraggeberin führte im Rahmen des Verfahrens aus, die Antragstellerin erfülle nicht die Eignungskriterien in Bezug auf die Referenzen: die einzigen vergleichbaren Referenzen stammten nicht von der Antragstellerin, sondern von einer Schwesterfirma, ohne dass eine Eignungsleihe in Anspruch genommen worden wäre.

Darüber hinaus erfülle sie auch nicht die Anforderung aus Ziffer 10 des Leistungsverzeichnisses, da sie keinen Vor-Ort-Service anbiete, sondern nur einen telefonischen. Zudem sei der angebotene Service inhaltlich unzureichend.

Die Antragstellerin teilte dazu mit, dass sie am 1. Januar 2023 alle technischen Aktivitäten, einschließlich Mitarbeitern und Ausstattung von ihrer Schwesterfirma übernommen habe.

Ihr Angebot gehe zudem über die geforderte Mindestanforderung hinaus und umfasse den Vorabaustausch aller Teile, nicht nur beschränkt auf Plug & Play Komponenten. Es handele sich um eine klare Bestätigung, dass auch ein Vor-Ort-Service vorliege.

Entscheidung

Die Vergabekammer des Bundes hielt den Nachprüfungsantrag der Antragstellerin für zulässig, aber unbegründet.

Hinsichtlich der Übertragung von Referenzen habe die Antragstellerin vorgetragen, dass sie alle technischen Aktivitäten ihrer Schwestergesellschaft übernommen habe, sodass ihr die angegebenen Referenzen auch vollständig zuzurechnen seien. Einer Eignungsleihe des Referenzgebers hätte es daher nicht bedurft.

Allerdings entspreche das Angebot im Hinblick auf den Servicevertrag nicht den im Leistungsverzeichnis beschriebenen Vorgaben aus Ziffer 10:

Angebote müssen gemäß § 57 I Nr. 4 VgV den ausgeschriebenen Vorgaben entsprechen. Eine unzulässige Änderung der Vergabeunterlagen liegt vor, wenn eine Abweichung von den Vorgaben der

Vergabeunterlagen vorliegt, also der Bieter nicht das anbietet, was der Auftraggeber ausgeschrieben hat. Um eine solche Abweichung festzustellen, müssen der Angebotsinhalt und die Leistungsbeschreibung der Vergabeunterlagen miteinander verglichen werden. Ob das Angebot des Bieters abweicht und damit die Vertragsunterlagen ändert, ist durch Auslegung der Leistungsbeschreibung gemäß §§ 133, 157 BGB zu ermitteln, wobei ein objektiver Maßstab anzulegen ist. Maßgeblich ist hierfür nicht das Verständnis eines einzelnen Bieters, sondern wie der abstrakt angesprochene Empfängerkreis die Leistungsbeschreibung verstehen muss.

Die im hier vorliegenden Fall erfolgte Auslegung ergab, dass Anforderung der Vergabeunterlagen ein Vor-Ort-Service innerhalb von 24 Stunden bei Bedarf von montags bis freitags und jeweils von 09:00-17:00 Uhr gewesen sei. Daneben sollten Ersatzteile für defekte, während des Betriebs, beziehungsweise ohne Ausbau des Servers austauschbare „Plug & Play Komponenten“, die vom Auftraggeber selbst eingebaut oder ausgetauscht werden konnten, als Vorab-Austausch geliefert werden.

Das Angebot der Antragstellerin biete hingegen den Austausch defekter Komponenten zeitnah und kostenfrei durch Vorabaustausch an. Im Störfall werde zudem ein telefonischer Service innerhalb von 24 Stunden zu den geforderten Zeiten verfügbar sein. Dies stellt eine Abweichung von den Anforderungen der Vergabeunterlagen dar: Zum einen sei eine Vorratshaltung sämtlicher Teile bei der Antragstellerin selbst unrealistisch, andererseits seien die Komponenten durch Mitarbeiter der Antragstellerin auszutauschen. Die Antragstellerin biete zudem nur einen telefonischen Service innerhalb der geforderten Service Zeiten an, keinen Vor-Ort-Service innerhalb von 24 Stunden. Dies gehe auch daraus hervor, dass die Antragstellerin nur einen zeitnahen Austausch anbiete, was den Anforderungen der Auftraggeberin nicht entspreche.

Auch die pauschale Versicherung, das Angebot erfülle alle Anforderungen der Vergabeunterlagen und der Bekanntmachung, ändere daran nichts. Eine solche pauschale Versicherung könne die konkrete Darstellung der angebotenen Leistung nicht „heilen“. Aus Sicht eines objektiven Empfängers ist das Angebot der Antragstellerin vielmehr so zu verstehen, dass es sich um konkrete vertragliche Verpflichtungen handelt, die die allgemeine Auffangklausel verdrängen. Dies entspreche auch der allgemeinen Auslegungsregel, wonach die speziellere Norm der allgemeinen Norm vorgehe.

Das Angebot sei hinsichtlich dieser Klausel auch nicht einer Aufklärung zugänglich, denn eine Zusicherung, dass der gewünschte Vor-Ort Service angeboten würde, würde keine Aufklärung, sondern vielmehr eine nachträgliche, nicht erlaubte inhaltliche Änderung des Angebots darstellen.

Praxistipp

Der Beschluss der Vergabekammer des Bundes hält klar und präzise fest, dass Angebotsinhalte den Inhalten der Vergabeunterlagen entsprechen müssen und stellt dar, wie eine entsprechende Auslegung, auch von möglichen Abweichungen, anhand der §§ 133, 157 BGB zu erfolgen hat. Dem Bieter hilft eine Generalklausel in Bezug auf die Erfüllung aller erforderlichen Inhalte dabei nicht weiter und schützt im Ergebnis nicht vor einem Ausschluss. Vielmehr ist bereits bei der Erstellung der Unterlagen großes Gewicht auf den sorgfältigen Abgleich der angebotenen Leistung mit den Inhalten der Leistungsbeschreibung zu legen.

Sascha Opheys

Rechtsanwalt und Fachanwalt für Vergaberecht

vCard



Magdalena Schneider

Rechtsanwältin

vCard



Newsticker

Abgrenzung eines öffentlichen Auftrags zu anderen Handlungsoptionen des öffentlichen Auftraggebers

Die Vergabekammer des Bundes hat sich in der Entscheidung VK 2-19/24 (Beschluss vom 18. März 2024) mit der Abgrenzung der Vergabe eines öffentlichen Auftrags mit alternativen Handlungsformen des öffentlichen Auftraggebers – z. B. das Handeln per Zuwendungsbescheid oder einer dienstrechtlichen Weisung – beschäftigt.

Öffentliche Aufträge sind entgeltliche Verträge zur Beschaffung von Leistungen (§ 103 GWB). Dies setzt eine Vereinbarung zwischen einem öffentlichen Auftraggeber und einem Unternehmen voraus, die auf die Begründung gegenseitiger durchsetzbarer Leistungspflichten gerichtet ist. Keine öffentlichen Aufträge sind hingegen staatliche Handlungsformen, die einseitig einem Dritten bestimmte Aufgaben auferlegen, für deren Erledigung er im Gegenzug staatliche Haushaltsmittel (Zuwendungen) erhält.

Die VK Bund schließt sich zunächst der Rechtsauffassung des OLG Düsseldorf (Beschluss vom 11. Juli 2018 – Verg 1/18) an, wonach der öffentliche Auftraggeber in der Regel nicht verpflichtet ist, zur Deckung seiner Bedarfe einen öffentlichen Auftrag zu vergeben. Sofern ihm andere Handlungsformen offenstehen, kann er frei wählen, welches Mittels er sich bedient. Im Ergebnis kommt es nicht auf die äußere Form des staatlichen Handelns an, sondern maßgeblich ist eine funktionale Gesamtbetrachtung aller mit dem Vorgang zusammenhängenden Vorgaben und Regelungen des öffentlichen Auftraggebers, ob nicht doch ein öffentlicher Auftrag vorliegen könnte. Nur so werden Umgehungen des EU-Vergaberechts wirksam verhindert.

Berlin: Anhebung des Vergabemindestlohns zum 1. Mai 2024

In Berlin wurde zum 1. Mai 2024 das Mindeststundenentgelt für öffentliche Aufträge von EUR 13,00 auf EUR 13,69 brutto erhöht. Die Verordnung nach § 9 Absatz 1 Satz 1 Nummer 3 des Berliner Ausschreibungs- und Vergabegesetzes (BerlAVG) findet Anwendung auf alle Vergabeverfahren, die ab dem 1. Mai 2024 begonnen werden. Unternehmen, die Leistungen für das Land Berlin erbringen, werden damit verpflichtet, ihren im Rahmen öffentlicher Aufträge eingesetzten Beschäftigten den entsprechend erhöhten Stundenlohn zu zahlen.

Neue Recherche-Plattform in NRW

NRW implementiert mit der Plattform strategische Beschaffung.NRW eine zentrale Maßnahme des Strategiepapiers zur Förderung von Innovationen im öffentlichen Beschaffungswesen. Diese Plattform erweitert vergabe.NRW um eine Rechercheoption, die Vergabestellen und Bedarfsträger gleichermaßen dabei unterstützt, geeignete innovative Produkte, insbesondere technologische und überwiegend digitale Lieferleistungen, besser in Beschaffungsvorgängen zu berücksichtigen. Sie bietet Zugang zu über 5.000 technologischen und überwiegend digitalen Lieferleistungen europäischer Anbieter und ermöglicht so eine leichtere Markterkundung innovativer Produkte. Ziel ist es, Mitarbeitenden der Landesverwaltung sowie der Universitäten und Hochschulen in NRW die Marktforschung und Beschaffung digitaler Lösungen zu erleichtern. Bis Ende des Jahres ist es auch für die Beschäftigten der Kommunen möglich, sich kostenlos freischalten zu lassen ([hier](#) möglich).

NRW: Erlass zur Anwendung des Vergaberechts in Bezug auf die Unterbringung von Geflüchteten verlängert

Mit Erlass vom 30. April 2024 wurde der gemeinsame Erlass des Ministeriums der Finanzen und des Ministeriums für Wirtschaft, Industrie, Klimaschutz und Energie vom 11. Oktober 2023 zu Verfahrenshinweisen für die Beschaffung von Leistungen im Zusammenhang mit der Unterbringung von Geflüchteten bis zum 31. Dezember 2024 verlängert, um dem unverändert andauernden Fluchtgeschehen Rechnung zu tragen.

Der Erlass stellt insbesondere die Rechtsauffassung der beteiligten Ministerien dar, die aktuelle Flüchtlingssituation begründe eine „besondere Dringlichkeit“ im vergaberechtlichen Sinne und erlaube daher eine Direktvergabe (Unterschwellenbereich) bzw. ein Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb (Oberschwellenbereich). Zudem bestünden wirtschaftliche und technische Gründe für eine Gesamtvergabe, also eine Ausnahme vom Gebot der Losaufteilung. Das Rundschreiben bietet eine Argumentationsgrundlage, stellt aber insbesondere im Oberschwellenbereich keine für die Vergabenachprüfungsinstanzen bindende Rechtsmeinung dar.

Ihre Ansprechpartner

Für Rückfragen sprechen Sie den ADVANT Beiten Anwalt Ihres Vertrauens an oder wenden Sie sich direkt an das ADVANT Beiten Vergaberechts-Team:

Berlin

Lützowplatz 10 | 10785 Berlin

Tel.: +49 30 86471-219

Stephan Rechten

Rechtsanwalt

[vCard](#)



Max Stanko

Rechtsanwalt,
Fachanwalt für
Vergaberecht

[vCard](#)



Düsseldorf

Cecilienallee 7 | 40474 Düsseldorf

Tel.: +49 211 518989-0

Sascha Opheys

Rechtsanwalt,
Fachanwalt für
Vergaberecht

[vCard](#)



Frankfurt am Main

Mainzer Landstraße 36 | 60325 Frankfurt am Main

Tel.: +49 756095-195

Christopher Theis

Rechtsanwalt,
Fachanwalt für
Vergaberecht

[vCard](#)



München

Ganghoferstraße 33 | 80339 München

Tel.: +49 89 35065-1452

Michael Brückner

Rechtsanwalt

[vCard](#)



Hans Georg Neumeier

Rechtsanwalt,
Fachanwalt
für Verwaltungsrecht

[vCard](#)



Katrin Lüttke

Rechtsanwältin,
Fachanwältin für
Verwaltungsrecht

[vCard](#)





Zur Newsletter Anmeldung

E-Mail weiterleiten

Hinweise

Diese Veröffentlichung stellt keine Rechtsberatung dar.

Wenn Sie künftig keine Informationen erhalten möchten, können Sie sich jederzeit [abmelden](#).

© Beiten Burkhardt

Rechtsanwaltsgesellschaft mbH

Alle Rechte vorbehalten 2024

Impressum

ADVANT Beiten

Beiten Burkhardt Rechtsanwaltsgesellschaft mbH

(Herausgeber)

Ganghoferstraße 33, 80339 München

AG München HR B 155350/USt.-Idnr: DE-811218811

Weitere Informationen (Impressumsangaben) unter:

<https://www.advant-beiten.com/de/impressum>

Beiten Burkhardt Rechtsanwaltsgesellschaft mbH ist Mitglied von ADVANT, einer Vereinigung unabhängiger Anwaltskanzleien. Jede Mitgliedskanzlei ist eine separate und eigenständige Rechtspersönlichkeit, die nur für ihr eigenes Handeln und Unterlassen haftet.