



VERGABERECHT

Corona-Pandemie kann Aufhebungsgrund darstellen

Die schnelle und akute Ausbreitung des Coronavirus SARS-CoV-2 hat ganz Deutschland sozial, ökologisch und wirtschaftlich getroffen. Auch öffentliche Auftraggeber sehen sich angesichts teils sehr dynamischer Marktbewegungen, oft kurzfristig veränderter Beschaffungsbedarfe, wirtschaftlich angeschlagener Bieter und Auftragnehmer oder Schwierigkeiten in der Vertragsdurchführung durch eine veränderte Arbeitswelt vor eine Vielzahl an Problemen gestellt. Nicht selten stellt sich derzeit öffentlichen Auftraggebern die Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen bei einem durch die Corona-Krise veränderten Bedarf oder einer Änderung der Marktverhältnisse die Aufhebung eines laufenden Vergabeverfahrens in Betracht kommt.

Mit der 1. Vergabekammer des Bundes hat sich nun erstmals eine Nachprüfungsinstanz dezidiert mit der Frage auseinandergesetzt, unter welchen Voraussetzungen Vergabeverfahren aufgrund der pandemischen Ausbreitung des Coronavirus rechtmäßig aufgehoben werden können (Beschluss vom 6. Mai 2020 – VK 1-32/20).

SACHVERHALT

Die Antragsgegnerin ist eine für mehrere Bedarfsträger zuständige Vergabestelle. Mit EU-Bekanntmachung vom 17. Januar 2020 schrieb sie ein europaweites offenes Verfahren zur Vergabe von Arbeitsmarktmaßnahmen zur individuellen Förderung von jungen Menschen mit Defiziten in mehreren Losen für die einzelnen Bedarfsträger aus. Maßnahmenbeginn sollte der 4. Mai 2020 sein. Bei den ausgeschriebenen Fördermaßnahmen war die physische Präsenz der Teilnehmer vorgesehen und notwendig.

Die Antragstellerin gab darauf ein Angebot ab. Mit Schreiben vom 13. März 2020 teilte die Antragsgegnerin der Antragstellerin mit, dass sie nach dem derzeitigen Stand des Vergabeverfahrens beabsichtige, ihr den Zuschlag zu erteilen.

Infolge der pandemischen Ausbreitung des Coronavirus ab Mitte März stellte die Vergabestelle interne Überlegungen dahingehend an, ob die Weiterführung der Arbeitsmarktmaßnahmen im Hinblick auf die aktuelle Situation sinnvoll sei. Sie betrachtete dabei den eventuell veränderten Bedarf am Arbeitsmarkt, eine mögliche Umschichtung von Haushaltsmitteln und die aufgrund der Ausbreitung des Virus aktuell gestoppte Zuweisung von Teilnehmern in laufende Maßnahmen mit physischer Anwesenheitspflicht. Die Antragsgegnerin notierte diese Erwägungen mit Vermerk vom 19. März 2020 in der Vergabeakte und übertrug die Entscheidung über den Zuschlag dem haushaltsrechtlich für das Los zuständigen Bedarfsträger. Der zuständige Bedarfsträger bat daraufhin um Aufhebung des streitgegenständlichen Vergabeverfahrens.

Am 23. März 2020 teilte die Antragsgegnerin allen Bietern mit, dass in Anwendung des § 63 Abs. 2 i. V. m. § 63 Abs. 1 Nr. 2 VgV das streitgegenständliche Vergabeverfahren aufgehoben werden müsse, weil sich die Grundlage des Vergabeverfahrens aufgrund der Corona-Pandemie wesentlich geändert habe. Die Ausbreitung des Coronavirus und die damit verbundene Pandemie sei ein nicht vorhersehbares Ereignis, welches die Bedingungen am Arbeitsmarkt erheblich verändern werde. Es sei durch die Ausbreitung des Virus nicht planbar, wann und ob die ausgeschriebenen Leistungen überhaupt benötigt werden.

Die Antragstellerin rügte daraufhin die Aufhebung als rechtswidrig und beantragte bei der Vergabekammer des Bundes die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens mit dem Ziel der Fortsetzung des Vergabeverfahrens und der Erteilung des Zuschlags wie beabsichtigt an sie.

ENTSCHEIDUNG

Der Nachprüfungsantrag hatte keinen Erfolg. Die 1. Vergabekammer des Bundes entschied mit Beschluss vom 6. Mai 2020 (VK 1-32/20), dass der Nachprüfungsantrag zulässig, aber unbegründet sei. Der Antragstellerin stehe kein Anspruch auf Aufhebung der Aufhebungsentscheidung zu. Die Antragsgegnerin habe die Ausschreibung rechtmäßig aufgehoben.

Die Vergabekammer stellte zunächst klar, dass ein öffentlicher Auftraggeber nach § 63 Abs. 1 S. 2 VgV stets von einem Vergabeverfahren Abstand nehmen könne, selbst dann, wenn dafür kein in den Vergabe- und Vertragsordnungen anerkannter Aufhebungsgrund vorliege. Auch im Vergabeverfahren gelte insoweit der Grundsatz der Privatautonomie, nach dem der Abschluss des privatrechtlichen Vertrages in der Entscheidungsgewalt des Ausschreibenden liege. Es könnten unabhängig von den in § 63 Abs. 1 S. 1 VgV normierten Tatbeständen verschiedene Gründe vorliegen, die den öffentlichen Auftraggeber daran hinderten, eine einmal in die Wege geleitete Ausschreibung ordnungsgemäß mit der Erteilung eines Zuschlags zu beenden. Notwendige Voraussetzung für die Aufhebung könne daher nur sein, dass der öffentliche Auftraggeber für seine Aufhebungsentscheidung einen sachlichen Grund vorweise, sodass eine Diskriminierung einzelner Bieter ausgeschlossen und seine Entscheidung nicht willkürlich sei oder lediglich zum Schein erfolge.

Ein sachlicher Grund liege vorliegend bereits darin, dass sich die Corona-Pandemie auf dem Arbeitsmarkt generell und im Besonderen auf das wirtschaftliche Umfeld von Ausbildungsmaßnahmen für junge Menschen mit Defiziten erheblich auswirke, wie es die Antragsgegnerin nachvollziehbar vorgetragen habe. Aus dem Umstand, dass die Antragsgegnerin ab dem 16. März 2020 eine Vielzahl gleichgelagerter Vergabeverfahren mit derselben Begründung aufgehoben habe, ergäbe sich zudem, dass Anhaltspunkte für eine Scheinaufhebung oder eine gezielte Diskriminierung der Antragstellerin nicht existierten.

Nach Maßgabe des § 63 Abs. 1 Satz 1 VgV ist die Aufhebung laut Vergabekammer auch rechtmäßig erfolgt. Die Antragsgegnerin als öffentliche Auftraggeberin sei zur Aufhebung befugt gewesen, weil sich die Grundlage des Vergabeverfahrens wesentlich geändert hätte (§ 63 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 VgV). Das ihr dabei zustehende Ermessen habe die Antragsgegnerin fehlerfrei ausgeübt. Auch Verstöße gegen die Begründungspflicht nach § 63 Abs. 2 Satz 1 VgV sowie gegen die diesbezügliche Dokumentationspflicht lägen nicht vor.

Beim Aufhebungsgrund des § 63 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 VgV sei in zeitlicher Hinsicht entscheidend, auf wesentliche Änderungen, die nach Einleitung des Vergabeverfahrens, aber vor abschließender Zuschlagserteilung auftreten, abzustellen. Sowohl die akute pandemische Ausbreitung des Coronavirus als auch die damit einhergehenden wirtschaftlichen Beeinträchtigungen durch Betriebsschließungen seien erst nach der Bekanntmachung am 17. Januar 2020 eingetreten. Auf den Zeitpunkt der vorläufigen Zuschlagsentscheidung und der diesbezüglichen Information vom 13. März 2020 komme es nicht an. Überdies sei gerade nach dem 13. März 2020 eine weitere gravierende Veränderung der Ausgangslage eingetreten.

In sachlicher Hinsicht liege eine wesentliche Änderung der Grundlage des Vergabeverfahrens vor, die, wie auch die Antragstellerin nicht in Frage stelle, weder der Antragstellerin noch der Antragsgegnerin zugerechnet werden könne. Die Corona-Pandemie sei eine wesentliche Änderung der Grundlagen des Vergabeverfahrens, da, wie die Antragsgegnerin zutreffend vorgetragen habe, die ausgedescribte Maßnahmenkombination eines Förderzentrums für junge Menschen mit Defiziten angesichts der coronabedingten Entwicklung auf dem Arbeitsmarkt wenig erfolgsversprechend sei. Die Gewinnung von Nachwuchskräften mit zusätzlich persönlichen Problemlagen stehe nicht im Fokus der Unternehmen, da diese aktuell vermehrt bereits Schwierigkeiten haben, ihr Stammpersonal zu halten. Darüber hinaus bestehe ein weiteres Problem in der Schwierigkeit der Kontaktaufnahme sowie der aktuell nicht möglichen Abhaltung von Präsenzveranstaltungen, die die Nutzung eines entsprechenden Förderzentrums zusätzlich erheblich erschweren würden.

Ferner stelle auch die Änderung der Finanzierungsgrundlagen eine wesentliche Änderung der Grundlage des Vergabeverfahrens und damit einen rechtmäßigen Aufhebungsgrund dar. Durch die Corona-Pandemie könne eine gesicherte Finanzierung aufgrund von eventuellen Haushaltssperren nicht garantiert und der Antragsgegnerin auch nicht zugemutet werden. Die Antragsgegnerin habe in diesem Punkt nachvollziehbar dargelegt, dass

die Verwendung von Haushaltsmitteln angesichts der akut anfallenden beträchtlichen Aufgabenverlagerungen in wichtigere Produkte für die Kunden des Bedarfsträgers neu überdacht und konzipiert werden müsse.

Die Antragsgegnerin habe darüber hinaus ihr Ermessen fehlerfrei ausgeübt. In ihren internen Überlegungen habe sie zahlreiche Aspekte der aus der Corona-Pandemie entstehenden Situation für die laufenden Vergabeverfahren diskutiert und Lösungsansätze abgewogen. Die Entscheidungsverlagerung auf die örtlichen Bedarfsträger sei im Hinblick auf deren haushaltsrechtliche Verantwortlichkeit und Funktion als „Vor-Ort-Tätige“ nicht zu beanstanden.

PRAXISTIPP

Die wirtschaftlichen Folgen der Corona-Pandemie werden die öffentlichen Auftraggeber noch auf Jahre beschäftigen. Gerade mit Blick auf eine etwaige zweite Welle und die bestehenden Unsicherheiten über die Entwicklung und Bereitstellung von Impfstoffen zur Vorbeugung und von Medikamenten zur Behandlung von COVID-19 ist die vorliegende Entscheidung der Vergabekammer des Bundes wichtig und richtungweisend.

Teils sehr kurzfristige Bedarfsänderungen oder sonstige Hinderungsgründe für einen Zuschlag aufgrund der oftmals sehr dynamischen Entwicklung der Corona-Krise sind auch in Zukunft durchaus zu erwarten. Dem Auftraggeber muss es in solchen Fällen in letzter Konsequenz auch möglich sein, das Vergabeverfahren aufheben zu können.

Die Entscheidung überzeugt vor diesem Hintergrund. Die VK Bund stellt zunächst Altbekanntes noch einmal mit deutlichen Worten heraus: Der Auftraggeber wird – selbst wenn er schon eine Information nach § 134 GWB erteilt hat – durch das Vergaberecht nicht zum Vertragsschluss gezwungen, solange dieser für seine Aufhebungsentscheidung einen sachlichen Grund vorweist und die Aufhebung diskriminierungsfrei und nicht lediglich zum Schein erfolgt. Im Vergabeverfahren gilt der Grundsatz der Privatautonomie.

Auch dass die akute Ausbreitung der Corona-Pandemie im März/April 2020 in sachlicher Hinsicht als wesentliche Änderung der Grundlage eines Vergabeverfahrens taugt und für den Auftraggeber nicht vorhersehbar und zurechenbar war, ist im Ergebnis wenig überraschend. Gleichwohl setzt sich die VK intensiv mit den tatsächlichen Auswirkungen der Pandemie auf die konkret ausgedescribte Leistung und den diesbezüglichen Erwägungen des Auftraggebers auseinander. Pauschale Verweise auf die Corona-Krise werden – auch in Anbetracht der nunmehr schon vorliegenden Erfahrungen mit der Pandemie – künftig nicht genügen, um eine wesentliche Änderung in sachlicher Hinsicht zu begründen. Erster Schritt muss stets die Prüfung sein, ob und inwieweit die eingetretene Bedarfsänderung im Hinblick auf den konkreten Ausschreibungsgegenstand tatsächlich auf die Auswirkungen der

Corona-Pandemie, z.B. beim Auftreten einer zweiten Welle, zurückzuführen ist. Im Rahmen ihrer Ermessensentscheidung über die Aufhebung des Vergabeverfahrens sind sodann die maßgeblichen Gesichtspunkte für und gegen eine Aufhebung zu sammeln, zu bewerten und verschiedene Lösungswege, z.B. auch eine Streckung des Zeitplans oder eine Änderung des Mengengerüsts, gegeneinander abzuwägen. Rechtlich interessant ist in diesem Zusammenhang die zeitliche Einordnung der VK Bund: Die wesentliche Änderung muss nach der Einleitung des Vergabeverfahrens und vor der abschließenden Zuschlagserteilung eingetreten sein. Die vorangehende – vorläufige – Zuschlagsentscheidung und das Informationsschreiben nach § 134 GWB sind somit auf der Zeitlinie nicht relevant.

Wie so oft ist bei alledem die zeitnahe und ausführliche Dokumentation der (Aufhebungs-) Entscheidung des Auftraggebers von entscheidender Bedeutung für den Ausgang des Nachprüfungsverfahrens. Auftraggeber sollten darauf achten, die coronabedingte Bedarfsänderung oder das Zuschlagshindernis, die konkreten Auswirkungen auf die ausgeschriebene Leistung und die ihn bei der Entscheidung für die Aufhebung leitenden Erwägungen in der Vergabeakte ausführlich zu notieren. Auch der erforderliche Abwägungsprozess, der für und gegen eine Aufhebung sprechender Gesichtspunkte, sollte sich nachvollziehbar aus der Vergabeakte ablesen lassen. Die Entscheidung der VK Bund dient nicht als Freibrief für eine Aufhebung unter dem pauschalen Schlagwort „Corona“.

Bieter wiederum haben in aller Regel keinen Anspruch auf die Fortsetzung von Vergabeverfahren. Auch noch kurz vor Zuschlagserteilung – selbst wenn die Wartefrist gemäß § 134 GWB schon angelaufen ist – kann ein Auftraggeber ein Vergabeverfahren aufheben, wenn für ihn in der Beschaffung kein Sinn mehr zu erkennen ist. Anders kann dies nur sein, wenn sich konkrete Anhaltspunkte für eine Scheinaufhebung oder eine gezielte Diskriminierung zulasten des Bieters abzeichnen. Selbst wenn einer Aufhebung im Regelfall wenig entgegengesetzt werden kann: Gelingt es dem Auftraggeber nicht, einen gesetzlichen Aufhebungsgrund, wie die wesentliche Änderung der Grundlage des Verfahrens aufgrund der Corona-Krise nachvollziehbar darzulegen, können im Einzelfall zumindest Schadensersatzansprüche in Betracht kommen.



Christopher Theis

Rechtsanwalt | Fachanwalt
für Vergaberecht
BEITEN BURKHARDT
Rechtsanwalts-gesellschaft mbH
E-Mail: Christopher.Theis@bblaw.com

Auslegung / Aufklärung: Auch „eindeutige“ Angebote können „unklar“ sein

Auslegung, Aufklärung oder Ausschluss? Diese Frage stellt sich in der Praxis bei der Durchführung einer ganzen Reihe von Vergabeverfahren. Trotz immer fortschreitender Technisierung, die es letztlich einfacher machen soll, Angebote vollständig und die Vergabeunterlagen entsprechend einzureichen, treten dennoch oft Probleme im Rahmen der Bewertung von Angeboten auf. Öffentliche Auftraggeber stehen dann vor der Frage, ob die Angebote wörtlich zu verstehen oder auszulegen sind, ob und wann ggf. aufgeklärt werden muss und ob Angebote auszuschließen sind.

Mit zwei praxisrelevanten Fragen aus dem Vergaberecht, nämlich den an eine Vergaberechtsrüge zu stellenden Anforderungen sowie der Frage, ob und wie aufzuklären und auszulegen ist, setzt sich nun das OLG Düsseldorf (Verg 30/19 vom 1. April 2020) auseinander. Besonderheit dieses Falles war, dass ein dem Wortlaut nach zunächst scheinbar eindeutiges Angebot vorlag, das sich jedoch als „unklar“ herausstellte.

SACHVERHALT

Die Antragsgegnerin, eine Körperschaft des öffentlichen Rechts, schrieb mit Auftragsbekanntmachung vom 11. Januar 2019 europaweit Kanalbauarbeiten im offenen Verfahren aus. Einziges Zuschlagskriterium war der Preis.

In der Auftragsbekanntmachung hieß es unter Ziffer II.2.10, dass auch die Abgabe von Alternativangeboten zulässig sei. Unter Ziffer III.1.3.2 hieß es weiter:

„[...] Ist beabsichtigt, Teile der Leistung von Nachunternehmern ausführen zu lassen, müssen diese Bieter/Bietergemeinschaft in ihrem Angebot die Art und den Umfang der von dem/den Nachunternehmer(n) übernommenen Teilleistungen zweifelsfrei angeben. [...]“

Unter dieser vorstehend in Bezug genommenen Ziffer der Auftragsbekanntmachung hieß es weiter:

„Für den Fall fehlender geforderter Erklärungen wird auf § 16a VOB/A-EU verwiesen.“

In dem Bieteransprechen der Antragsgegnerin hieß es darüber hinaus:

„Sofern Nebenangebote zugelassen sind, sind diese auch ohne gleichzeitige Abgabe eines Hauptangebotes zulässig. Sofern Nebenangebote zugelassen sind, sind auch Pauschalpreisangebote zulässig.“

„Sofern Sie sich als Bieter ggf. auch als Mitglied einer Bietergemeinschaft, bei der Erfüllung eines Auftrages der Fähigkeiten anderer Unternehmen bedienen, haben Sie bei europaweiten Ausschreibungen auf Verlangen der Vergabestelle den Nach-

weis gem. § 6 Abs. 1 VOB/A-EU (Verpflichtungserklärung des Nachunternehmers) zu erbringen. Sofern ein Bieter dem nicht nachkommt, führt dies zum Ausschluss seines Angebotes. Die vorgesehenen Nachunternehmerleistungen sind bereits mit Angebotsabgabe zu benennen (siehe Ziffer II Ang-B).“

Bei dem vorstehend in Bezug genommenen Dokument „Ang-B“ der Vergabeunterlagen handelte es sich um das den Bieter von der Antragsgegnerin zur zwingenden Verwendung zur Verfügung gestellte Angebotsschreiben. Unter anderem hieß es dort:

„Beabsichtigt der Bieter Leistungen an Nachunternehmer zu vergeben, so hat er in seinem Angebot unter Ziffer II Ang-B Art und Umfang dieser Leistungen anzugeben.“

Das vorstehend in Bezug genommene Angebotsschreiben (Ang-B) bot den Bieter unter Ziffer II. die Möglichkeit, durch Ankreuzen von Varianten und Ausfüllen von Texteingabefeldern Angaben zum Nachunternehmereinsatz zu machen. Die einleitende Formulierung hierzu lautete wie folgt:

„Ich/Wir werde(n) die Leistungen im eigenen Betrieb ausführen, soweit nicht nachfolgend anders angegeben.“

Bis zum Ablauf der Angebotsfrist gaben nur die Antragstellerin und die Beigeladene Angebote ab. Die Antragstellerin verband mit ihrem Hauptangebot dabei drei Nebenangebote. Die Beigeladene gab kein Hauptangebot, dafür aber 26 miteinander kombinierte Nebenangebote ab. Während die Antragstellerin in ihrem Angebot Angaben zum Einsatz eines Nachunternehmens für Teile der Leistungen macht, fehlten diese Angaben bei der Beigeladenen.

Das von der Antragsgegnerin mit der Prüfung der Angebote beauftragte Ingenieurbüro befand beide Angebote für aufklärungsbedürftig, sandte der Antragstellerin wie auch der Beigeladenen einen Fragenkatalog zu und führte mit beiden Aufklärungsgespräche. Ein Hinweis auf den Einsatz eines Nachunternehmers für die Beigeladene erfolgte erst mit der Stellungnahme des Ingenieurbüros vom 29. April 2019. Dort wurde mitgeteilt, dass die Beigeladene alle Maßnahmen, mit Ausnahme der Rohrvortriebe im eigenen Betrieb, erbringe, ein Nachunternehmer für die Erbringung der Rohrvortriebe wurde hingegen noch nicht genannt.

Mit Schreiben vom 23. Mai 2019 teilte die Antragsgegnerin der Antragstellerin mit, dass sie beabsichtige, der Beigeladenen den Zuschlag zu erteilen. Die abgegebenen Nebenangebote, die im Vergleich zum Angebot der Antragstellerin gleichwertig seien, seien preislich günstiger. Hiergegen wandte sich die Antragstellerin mit Schreiben vom 31. Mai 2019, mit der Begründung, die Beigeladene habe die vergaberechtlichen Vorgaben nicht eingehalten und die Gleichwertigkeit des Nebenangebotes nicht ausreichend ihrem Angebot nachgewiesen. Die Antragsgegnerin habe das Angebot der Beigeladenen „intensiv geprüft“. Die Antragsgegnerin teilte der Antragstellerin hierauf mit, dass die Beanstandung unzulässig sei, da sie „ins Blaue hinein“ erfolgte.

Am 7. Juni 2019 stellte die Antragstellerin einen Nachprüfungsantrag bei der Vergabekammer Rheinland, mit welchem sie geltend machte, dass das Nebenangebot der Beigeladenen die kaufmännischen Mindestanforderungen an ein Nebenangebot nicht erfülle, da kein Hauptangebot durch die Beigeladene abgegeben wurde. Vor allem sei auch die nachträgliche Mitteilung, dass für den Rohrvortrieb ein Nachunternehmen eingesetzt werde, eine unzulässige Änderung des Angebotes.

Mit Beschluss vom 28. August 2019 wies die VK Rheinland den Nachprüfungsantrag zurück. Die Beigeladene habe Nebenangebote nach der Auftragsbekanntmachung auch ohne Hauptangebot abgeben dürfen. Die Mitteilung im Aufklärungsgespräch, dass für den Rohrvortrieb ein Nachunternehmen genutzt werde, stelle keine Änderung des Angebotes dar, sondern vielmehr die Ergänzung eines bis dato unvollständigen Angebotes. Aus der Auftragsbekanntmachung mit ihrem Verweis auf § 16a VOB/A-EU ergebe sich insoweit, dass Angaben zu Nachunternehmerleistungen später nachgeliefert werden können. Im Rahmen der Auslegung des Angebotes wäre man zu dem Ergebnis gekommen, dass die Beigeladene für Teilleistungen Nachunternehmer heranziehen würde, denn bei der Auslegung seien auch außerhalb des Erklärungsaktes liegende Umstände, wie etwa Kenntnisse des Auftraggebers, zu berücksichtigen. Der Antragsgegnerin sei aus vorangegangenen Projekten bekannt gewesen, dass die Beigeladene für Rohrvortriebe Nachunternehmer einsetze.

Gegen den Beschluss der VK Rheinland erhob die Antragstellerin am 11. September 2019 sofortige Beschwerde vor dem Oberlandesgericht Düsseldorf.

ENTSCHEIDUNG

Erfolgos! Das OLG Düsseldorf stellt mit Beschluss vom 1. April 2020 (Verg 30/19) fest, dass die zulässige sofortige Beschwerde unbegründet sei. Der Nachprüfungsantrag sei nur in geringem Umfang überhaupt zulässig, im Übrigen jedenfalls unbegründet.

Die Antragstellerin sei bereits mit ihrem Vorbringen präkludiert, dass es den Nebenangeboten der Beigeladenen an der Gleichwertigkeit zu ihrem Hauptangebot fehle. Die Anforderungen an eine ordnungsgemäße Rüge habe der Senat in jüngerer Zeit in mehreren Beschlüssen ausführlich dargelegt. Hiernach sei an Rügen ein großzügiger Maßstab zu stellen. Da der Bieter nur einen eingeschränkten Einblick in das Vergabeverfahren an sich habe, könne er auch nur das rügen, was er auch auf Grundlage seines Informationsstandes redlicherweise für wahrscheinlich oder möglich halten dürfe, etwa wenn es um Vergaberechtsverstöße ginge, die sich ausschließlich in der Sphäre der Vergabestelle abspielten oder das Angebot eines Mitbewerbers beträfen. Wenn sich der Vergaberechtsverstoß nicht völlig seiner Einsichtsmöglichkeit entziehe, müsse der Antragsteller zumindest tatsächliche Anhaltspunkte oder Indizien vortragen, die einen hinreichenden Verdacht auf einen bestimmten Vergaberechtsverstoß begründen. Reine Vermutungen seien dann nicht mehr ausreichend. Aus Gründen der Beschleunigung wie auch zur Vorbeugung gegen den Missbrauch der Rüge bzw. des Nachprüfungsverfahrens sei es dem öffentlichen Auftraggeber in der Regel nicht zuzumuten, auf gänzlich unsubstantiierte Rügen in neue Tatsachenermittlungen einzutreten.

Die Rüge, die Antragsgegnerin habe Nebenangebote der Beigeladenen nach eigenem Bekunden „intensiv geprüft“ und dies stelle einen Vergaberechtsverstoß dar, sei, so das Oberlandesgericht, eine Rüge ohne Substanz und auf bloßen Verdacht hin ins Blaue erhoben. Nach Auslegung des objektiven Empfängerhorizonts besagt die Aussage, die Antragsgegnerin habe das Angebot der Beigeladenen „intensiv geprüft“, nichts anderes, als die Mitteilung der sorgfältigen Prüfung des Angebotes. Hieraus könne nicht pauschal auf die Geltendmachung eines Vergaberechtsfehlers geschlossen werden.

Soweit die Antragstellerin ihr Vorbringen in ihrem Nachprüfungsantrag substantiiert hat, sei dies mit Blick auf § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 GWB zu spät.

Soweit der übrige Nachprüfungsantrag zulässig sei, sei dieser jedenfalls unbegründet. Trotz des eindeutigen Wortlautes bezüglich des Einsatzes von Nachunternehmern im Angebot der Beigeladenen unter Ziffer II. war dieses Angebot im Ergebnis der Auslegung unklar und gemäß § 15 Abs. 1 Nr. 1 EU VOB/A aufzuklären.

Die Antragsgegnerin habe aus vorangegangenen Aufträgen gewusst, dass die Beigeladene die Leistungen des Rohrvortriebs immer durch Dritte erbringen lasse und zu einer selbstständigen Ausführung gar nicht im Stande gewesen wäre. Da die Antragsgegnerin ständig derartige Leistungen ausschrieb, könne im Ergebnis davon ausgegangen werden, dass die Antragsgegnerin wusste, dass die streitige Leistung am Markt ohnehin nur von drei bis vier Unternehmen im eigenen Betrieb erbracht werden könne. Unter Berücksichtigung dieser Kenntnis sei das Angebot trotz des an sich eindeutigen Wortlautes in Bezug auf den Einsatz von Nachunternehmern unklar und nach § 15 Abs. 1 Nr. 1 VOB/A-EU aufzuklären gewesen. In der Folge sei dann auch die fehlerhaft nicht abgegebene Erklärung über den Einsatz eines Nachunternehmers gemäß § 16a Abs. 1 S. 1 VOB/A-EU nachzufordern gewesen.

PRAXISTIPP

Scheinbar nicht den Vergabeunterlagen entsprechende Formulierungen eines Bieters beruhen oft nur auf einem Missverständnis über die Vorgaben in den Vergabeunterlagen, welches von der Vergabestelle vorrangig aufzuklären ist. Mit diesem sich aus der Entscheidung des Bundesgerichtshofs (Urteil vom 18. Juni 2019 – X ZR 86/17) herauspiegelnden Ergebnis ebnete der BGH mit seiner damaligen Entscheidung den Weg in die großzügige Handhabung der Angebotsauslegung.

Diesen Weg führt das OLG Düsseldorf mit der vorliegenden Entscheidung fort. Trotz des eindeutigen Wortlautes einer Erklärung kann es geboten sein, auch diese aufzuklären, wenn diese nach dem Empfängerhorizont der Vergabestelle unklar erscheint. Nach Durchführung der Aufklärung kann die hiernach klare Erklärung Gegenstand der weiteren Angebotsbewertung werden.

Wenn sich also aus besonderen Umständen ergeben sollte, dass es für einen Auftraggeber ersichtlich sein müsse, dass der Bieter eine angebotene Leistung nicht selbstständig erbringen könne und der Bieter dies im Aufklärungsgespräch richtig stelle, liegt eine vergaberechtlich zulässige Aufklärung einer scheinbar klaren Erklärung vor. Für öffentliche Auftraggeber ist dies von besonderer Relevanz. Der öffentliche Auftraggeber kann eine eigentlich eindeutige, jedoch inhaltlich unzutreffende Erklärung zulässigerweise zum Gegenstand einer Aufklärung machen und so richtigstellen.

Mit dieser Entscheidung wird ein weiteres Mal klargestellt, dass Aufklärung und Auslegung von im Rahmen eines Angebotes abgegebenen Erklärungen in jedem Falle einem Ausschluss eines fehlerhaften Angebotes vorgeht. Die Vergabestellen sollten von dem ihnen eingeräumten Spielraum Gebrauch machen. Allerdings darf der öffentliche Auftraggeber von einem Bieter nur Aufklärung verlangen, um sich über seine Eignung, insbesondere seine technische und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit, das Angebot selbst, etwaige Nebenangebote, die geplante Art der Durchführung, etwaige Ursprungsorte oder Bezugsquellen von Stoffen oder Bauteilen und über die Angemessenheit der Preise, wenn nötig durch Einsicht in die vorzulegenden Preisermittlungen (Kalkulationen) zu unterrichten.



Dr. Hans von Gehlen

Rechtsanwalt
BEITEN BURKHARDT
Rechtsanwaltsgesellschaft mbH
E-Mail: Hans.vonGehlen@bblaw.com

NEWSTICKER

+++ Neue Handlungsleitlinien für die Bundesverwaltung für die Vergabe öffentlicher Aufträge zur Beschleunigung intensiver Maßnahmen zur Bewältigung der wirtschaftlichen Folgen der COVID-19-Pandemie +++

Mit dem Ziel der Beschleunigung öffentlicher Investitionen hat die Bundesregierung am 8. Juli 2020 „verbindliche Handlungsleitlinien für die Bundesverwaltung für die Vergabe öffentlicher Aufträge zur Beschleunigung investiver Maßnahmen zur Bewältigung der wirtschaftlichen Folgen der COVID-19-Pandemie“ beschlossen. Die Leitlinien enthalten dabei folgende maßgebliche Regelungen:

- Bei Liefer- und Dienstleistungsaufträgen können abweichend von § 8 Abs. 2 Satz 2 UVgO wahlweise Beschränkte Ausschreibungen ohne Teilnahmewettbewerb oder Verhandlungsvergaben mit oder ohne Teilnahmewettbewerb bis zu einem geschätzten Auftragswert von EUR 100.000 ohne Umsatzsteuer durchgeführt werden.
- Bei Bauaufträgen liegt die Grenze für Beschränkte Ausschreibungen ohne Teilnahmewettbewerb bei EUR 1 Mio. ohne Umsatzsteuer und für Freihändige Vergaben bei EUR 100.000 ohne Umsatzsteuer.
- Die Schwellenwerte für Direktaufträge bei Liefer- und Dienstleistungen werden von EUR 1.000 auf EUR 3.000 und bei Bauleistungen von EUR 3.000 auf EUR 5.000 hochgesetzt.
- Die Grundsätze des Wettbewerbs, der Transparenz, der Gleichbehandlung sowie der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit bleiben unberührt.
- Die neuen Regelungen sollen gleichermaßen für Zuwendungsempfänger (§§ 23, 44 BHO), die die UVgO oder die VOB/A gemäß Zuwendungsrecht anzuwenden haben, gelten.

Die neuen Handlungsleitlinien gelten bis zum 31. Dezember 2021.

Das Bundesministerium für Wirtschaft und Energie (BMWi) will sich ausweislich von Presseinformationen darüber hinaus auch für eine entsprechende Anpassung der Vergaberegulungen auf europäischer Ebene stark machen.

+++ Vergabestatistik verbindlich ab dem 1. Oktober 2020 +++

Das BMWi hat den Start der Vergabestatistik für den 1. Oktober 2020 angekündigt. Dies betrifft alle dem Vergaberecht unterfallenden Auftraggeber. Diese müssen ab dem 1. Oktober 2020 ihre statistischen Pflichten zu der neuen, beim statistischen Bundesamt geführten Vergabestatistik erfüllen.

Grundlage bildet die Vergabestatistikverordnung (VergStatVO), die zuletzt im April 2020 geändert wurde und bisher nur teilweise anwendbar war. Ziel dieser Verordnung ist die möglichst unbürokratische Erfüllung der bestehenden Berichtspflichten, um aussagekräftige Informationen über die öffentlichen Aufträge in Deutschland zu erhalten.

Erfasst hiervon sind alle öffentlichen Auftraggeber im Sinne des § 98 GWB, also Bund, Länder, Kommunen, aber auch Sektorauftraggeber und Konzessionsgeber.

Die öffentlichen Auftraggeber müssen bereits jetzt Maßnahmen ergreifen, um ihre Pflichten aus der VergStatVO erfüllen zu können: Sie müssen nach der VergStatVO eine interne oder externe Berichtsstelle einrichten. Diese muss sich beim Statistischen Bundesamt (Destatis) registrieren, was bereits seit dem 1. Juli 2020 möglich ist.

Meldungen an die Vergabestatistik können entweder vollautomatisch über eine Datenschnittstelle oder manuell in einem Online-Formular eingereicht werden. Für E-Vergabe-Systeme gibt es eine entsprechende Schnittstellenbeschreibung bereits seit Juni 2019.

Die Ankündigung der vollen Anwendbarkeit der VergStatVO erfolgte im Bundesanzeiger am 25. Juni 2020.

+++ Beschaffung energieeffizienter Produkte und Dienstleistungen +++

Am 27. Mai 2020 ist die Allgemeine Verwaltungsvorschrift zur Beschaffung energieeffizienter Leistungen (AVV-EnEff) in Kraft getreten. Hiernach werden öffentliche Auftraggeber des Bundes zur angemessenen Berücksichtigung von Umwelt- und Energieeffizienzaspekten bei Beschaffungen verpflichtet, womit zugleich die einheitliche Anwendung von § 67 VgV und § 8c VOB/A-EU sichergestellt werden soll.

Die Verwaltungsvorschrift enthält eine Prüfpflicht des Auftraggebers, inwieweit eine Beschaffung überhaupt erforderlich ist und ob nicht eventuell umweltfreundlichere Maßnahmen zur Bedarfsdeckung existieren, z. B. Reparatur, Miete oder Leasing. Bei der Ermittlung des wirtschaftlichsten Angebotes sind auch etwaige Lebenszykluskosten, also Wartungskosten, aber auch die voraussichtlichen Nutzungskosten zu berücksichtigen, außer eine Berücksichtigung wäre nicht sachgerecht oder nicht möglich.

Die AVV-EnEff steht als Download auf der Homepage des BMWi zur Verfügung.

+++ Bundeskabinett beschließt Entwurf zur Änderung der HOAI +++

Am 15. Juli 2020 hat das Bundeskabinett den „Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Gesetzes zur Regelung von Ingenieur- und Architektenleistungen und Änderung vergaberechtlicher Bestimmungen (ArchLG)“ beschlossen.

Anlass der Änderung sind laut Bundesregierung zum einen die durch den europäischen Gerichtshof (EuGH) als rechtswidrig erkannten verbindlichen Mindest- und Höchstsätze der HOAI (Urteil vom 4. Juli 2019 – C-377/17) und zum anderen Erfahrungen, die bei Vergaben während der aktuellen Corona-Pandemie gewonnen wurden.

Der Referentenentwurf enthält Änderungen des Gesetzes zur Regelung von Ingenieur- und Architektenleistungen, welches die Ermächtigungsgrundlage der HOAI darstellt. Hiernach soll die HOAI weiterhin Berechnungsgrundlage für die Vertragspartner sein, jedoch eine freie Verhandelbarkeit der Honorare gewährleisten. Darüber hinaus soll die HOAI zukünftig auch eine Regelung zur vermuteten Honorarhöhe enthalten, wenn kein Honorar zwischen den Parteien vereinbart wurde.

Die entsprechenden Änderungen der HOAI werden in einem gesonderten Gesetzentwurf erfolgen.

Auch zum Vergaberecht enthält der Gesetzentwurf Änderungen, die allerdings nur teilweise in Bezug zur HOAI stehen:

- Zur Anpassung an die Änderung der HOAI wird der – bislang statische – Verweis auf die HOAI 2013 in § 73 Abs. 2 Nr. 1 VgV in einen dynamischen Verweis umgewandelt und der Hinweis auf verbindliche Preisregelungen in § 76 Abs. 1 Satz 2 VgV umformuliert.
- Die Berichtspflichten von Bundesbehörden und Bundesländern, die aktuell nach § 114 GWB zu einem festen Termin gefordert werden, sollen zukünftig nur noch „auf Anforderung“ bestehen.
- In § 17 Abs. 6 VgV soll mit Blick auf die Erkenntnisse aus der Corona-Pandemie klargestellt werden, dass die 30-tägige Angebotsfrist nur bei Verhandlungsverfahren mit Teilnahmewettbewerb gilt. In einem neuen § 17 Abs. 15 VgV soll klargestellt werden, dass bei einem Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb, das wegen äußerst dringlicher Gründe auf § 14 Abs. 4 Nr. 3 VgV gestützt wird, die Verpflichtungen der §§ 9 bis 13, 53 Abs. 1 und 54 sowie 55 VgV nicht gelten.

- § 30 Abs. 1, 2 VSVgV soll dahingehend geändert werden, dass bei Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb, die auf Grundlage von § 12 Abs. 1 Nr. 1 b) VSVgV eingeleitet werden, die Pflichten im Zusammenhang mit der Öffnung von Angeboten nicht verbindlich gelten.
- Ein neuer § 9 Abs. 3 SektVO soll klarstellen, dass bei einem auf § 13 Abs. 2 Nr. 4 SektVO gestützten Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb nicht notwendigerweise elektronische Mittel für die Kommunikation eingesetzt werden müssen.

+++ Übernahme coronabedingter Mehrkosten bei Bauvorhaben +++

Das Bundesministerium des Inneren für Bau und Heimat (BMI), Erlass „Umgang mit COVID-19-Pandemie bedingten Mehrkosten aus Baustellen des Bundes“ vom 17. Juni 2020 – 70406/21#1) und das Bundesministerium für Verkehr und digitale Infrastruktur (BMVI), Rundschreiben „COVID-19-Pandemie – Erstattung von Mehrkosten“ vom 22. Juni 2020 – StB 14/7134.2/005/3337578 und Erlass „Umgang mit COVID-19-Pandemie bedingten Mehrkosten auf Baustellen des Bundes“ vom 23. Juni 2020 – WS 15/5256.11/0) haben in gleichlautenden Veröffentlichungen die Rahmenbedingungen für die Übernahme coronabedingter Mehrkosten durch gestiegene Hygiene- und Gesundheitsschutzmaßnahmen mit Baustellenbezug veröffentlicht. Diese beziehen sich auf bereits bestehende Bauverträge, laufende Ausschreibungen, aber auch auf künftige Ausschreibungen im Bereich von Bundeshochbau, Bundesfernstraßenbau und Bundeswasserstraßenbau.

Bauunternehmen können danach Mehrkosten für zusätzliche Wasch-, Dusch- und Wohncontainer, Hygienemittel und Schutzanzüge sowie für zusätzliche Fahrzeuge für den Personentransport geltend machen.

Grundlage hierfür war der Erlass der Bundesregierung aus März 2020, der Corona als einen Fall höherer Gewalt anerkannt hatte und so sicherstellte, dass Planungen, Ausschreibungen und der Betrieb von Baustellen nahezu ungehindert fortgesetzt werden konnten.

+++ Nordrhein-Westfalen, Rheinland-Pfalz und Mecklenburg-Vorpommern verlängern Corona-Vergabevorschriften +++

Im März setzte **Nordrhein-Westfalen** die UVgO für den Einkauf von Waren und Dienstleistungen zur kurzfristigen Bewältigung der Corona-Pandemie vorübergehend bis zum 30. Juni 2020 aus.

Diese vorübergehende Aussetzung der UVgO hat das Land nun bis zum 31. Dezember 2020 verlängert.

Nähere Informationen enthält der Runderlass vom 2. Juli 2020, abrufbar unter folgendem [Link](#).

Auch **Mecklenburg-Vorpommern** hat mit Erlass vom 15. Juni 2020 die Gültigkeit des Erlasses über die Vergabe öffentlicher Aufträge im Zusammenhang mit der Corona-Pandemie vom 14. April 2020 bis zum 31. Dezember 2020 verlängert. Damit können weiterhin Liefer-, Dienst- und Bauleistungen, die unmittelbar oder mittelbar zur Eindämmung der Corona-Pandemie oder deren Folgen beitragen, bis zur Höhe der jeweiligen EU-Schwellenwerte unter Berücksichtigung der Haushaltsgrundsätze der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit ohne Durchführung eines förmlichen Vergabeverfahrens analog eines Direktauftrages beschafft werden.

Der Erlass vom 15. Juni 2020 findet sich unter folgendem [Link](#).

Ebenfalls verlängerte auch **Rheinland-Pfalz** die Geltung des Rundschreibens „Vergaberechtliche Erleichterungen zur Konjunkturförderung“ vom 29. Juni 2020. Auch diese Regelungen gelten zunächst bis zum 31. Dezember 2020.

Das Rundschreiben ist unter folgendem [Link](#) zu finden.

+++ Bayern: Aktualisierung der Verwaltungsvorschrift zum öffentlichen Auftragswesen (VVöA) und Änderung der Bekanntmachung zur Vergabe von Aufträgen im kommunalen Bereich (IMBek) +++

Auch in Bayern wurde mit der Aktualisierung der Verwaltungsvorschrift zum öffentlichen Auftragswesen (VVöA) die vorübergehende Erhöhung der Wertgrenzen für Vergaben von Liefer- und Dienstleistungen im Unterschwellenbereich bis zum 31. Dezember 2020 verlängert. Darüber hinaus wurden noch weitere Änderungen der VVöA beschlossen:

- Elektronische Kommunikation – Nr. 1.5 VVöA: Klarstellung, dass in den dort genannten Fällen, insbesondere bei der Abgabe von Angeboten per E-Mail, § 7 Abs. 4, § 39 Satz 1 und § 40 UVgO keine Anwendung finden.
- Mindestarbeitsbedingungen – Nr. 1.7 VVöA: Bei Vergaben mit Ausnahme von Direktaufträgen ist in den entsprechenden Vertrag eine Klausel aufzunehmen, die den Auftragnehmer verpflichtet, alle für ihn geltenden Mindestarbeitsbedingungen einzuhalten, insbesondere die Zahlung von Mindestentgelten.

- Vergabe von freiberuflichen Leistungen – Nr. 1.8 VVöA: Unter Berücksichtigung der Haushaltsgrundsätze der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit ist eine Direktvergabe bis zu einem Auftragswert von EUR 10.000 sowie eine Verhandlungsvergabe an nur einen geeigneten Bieter bis zu einem geschätzten Auftragswert von EUR 50.000 zulässig.
- Berücksichtigung von Existenzgründern – Nr. 2.2 VVöA: Neu gegründete Unternehmen sollen als potenzielle Auftragnehmer stärker berücksichtigt werden.

Entsprechende Änderungen für den kommunalen Bereich erfolgten mit Bekanntmachung vom 7. Juli 2020 zur Vergabe von Aufträgen im kommunalen Bereich (IMBek).

+++ VK Hessen: Eignung einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts im Vergabeverfahren +++

Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes ist die Gesellschaft bürgerlichen Rechts teilrechtsfähig. Sie kann also Trägerin von Rechten und Pflichten sein, sofern sie als Außengesellschaft auftritt. Als abstraktes Gebilde ist die GbR an sich zwar nicht handlungsfähig, jedoch werden Ansprüche der GbR rechtlich zugeordnet, sodass in erster Linie nicht die Gesellschafter in ihrer gesamthänderischen Verbundenheit, sondern die GbR selbst Gläubigerin und Schuldnerin eines Auftraggebers ist. Dies entschied die VK Hessen mit Beschluss vom 14. Mai 2020 (69d-VK-2-22/2020).

Die Gesellschafter haften, akzessorisch zur offenen Handelsgesellschaft, persönlich, § 128 Satz 1 HGB. Dies bewirke, so die Vergabekammer, dass der Auftraggeber sich zwar zunächst an die GbR im Auftragsfall zu halten habe, da sie Schuldnerin sei, jedoch auch ein Rückgriff auf die einzelnen Gesellschafter möglich sei. Weil ein solcher Rückgriff auf die handelnden Gesellschafter kraft Gesetzes möglich sei, benötige die GbR auch keine entsprechende Bietergemeinschaftserklärung, denn es handle sich schon gar nicht um eine Bietergemeinschaft, bei der es um die Bündelung der Leistungskraft zwecks Teilnahme am Vergabeverfahren gehe, sondern der Fall sei vielmehr so, dass eine juristische Person Vertragspartner des Auftraggebers wird.

Die GbR könne auf Grundlage des Gesellschaftsvertrages auf die Ressourcen der Gesellschafter zurückgreifen, weshalb auch kein Fall der Eignungsleihe im Sinne von § 47 VgV vorliege.

Impressum

BEITEN BURKHARDT

Rechtsanwaltsgesellschaft mbH
(Herausgeber)
Ganghoferstraße 33 | D-80339 München
AG München HR B 155350/USt.-Idnr: DE-811218811
Weitere Informationen (Impressumsangaben) unter:
<https://www.beiten-burkhardt.com/de/hinweise/impressum>

REDAKTION (VERANTWORTLICH)

Stephan Rechten | Rechtsanwalt
© BEITEN BURKHARDT Rechtsanwaltsgesellschaft mbH.
Alle Rechte vorbehalten 2020.

HINWEISE

Diese Veröffentlichung stellt keine Rechtsberatung dar.
Wenn Sie diesen Newsletter nicht mehr erhalten möchten,
können Sie jederzeit per E-Mail (bitte E-Mail mit Betreff
„Abbestellen“ an newsletter@bblaw.com) oder sonst
gegenüber BEITEN BURKHARDT widersprechen.

IHRE ANSPRECHPARTNER

BERLIN

Lützowplatz 10 | 10785 Berlin
Tel.: +49 30 26471-219
Frank Obermann | Frank.Obermann@bblaw.com
Stephan Rechten | Stephan.Rechten@bblaw.com

DÜSSELDORF

Cecilienallee 7 | 40474 Düsseldorf
Tel.: +49 211 518989-0
Dr. Lars Hettich | Lars.Hettich@bblaw.com
Sascha Opheys | Sascha.Opheys@bblaw.com

FRANKFURT AM MAIN

Mainzer Landstraße 36 | 60325 Frankfurt am Main
Tel.: +49 756095-195
Dr. Hans von Gehlen | Hans.VonGehlen@bblaw.com
Christopher Theis | Christopher.Theis@bblaw.com

HAMBURG

Neuer Wall 72 | 20354 Hamburg
Tel.: +49 40 688745-145
Jan Christian Eggers | Jan.Eggers@bblaw.com

MÜNCHEN

Ganghoferstraße 33 | 80339 München
Tel.: +49 89 35065-1452
Michael Brückner | Michael.Brueckner@bblaw.com
Hans Georg Neumeier | HansGeorg.Neumeier@bblaw.com