



## 3. Vergaberecht Frühstück 2019

Berlin / 02. April 2019

# Agenda

Aktuelles/Update 2019

Rechtssichere Taktik bei Ausschreibungen und Angeboten

Diskussion

# Unser Team im Vergaberecht



**Sabine Usinger, Partnerin  
Rechtsanwältin und Notarin**



**Monika Prell, Counsel  
Fachanwältin Vergaberecht**



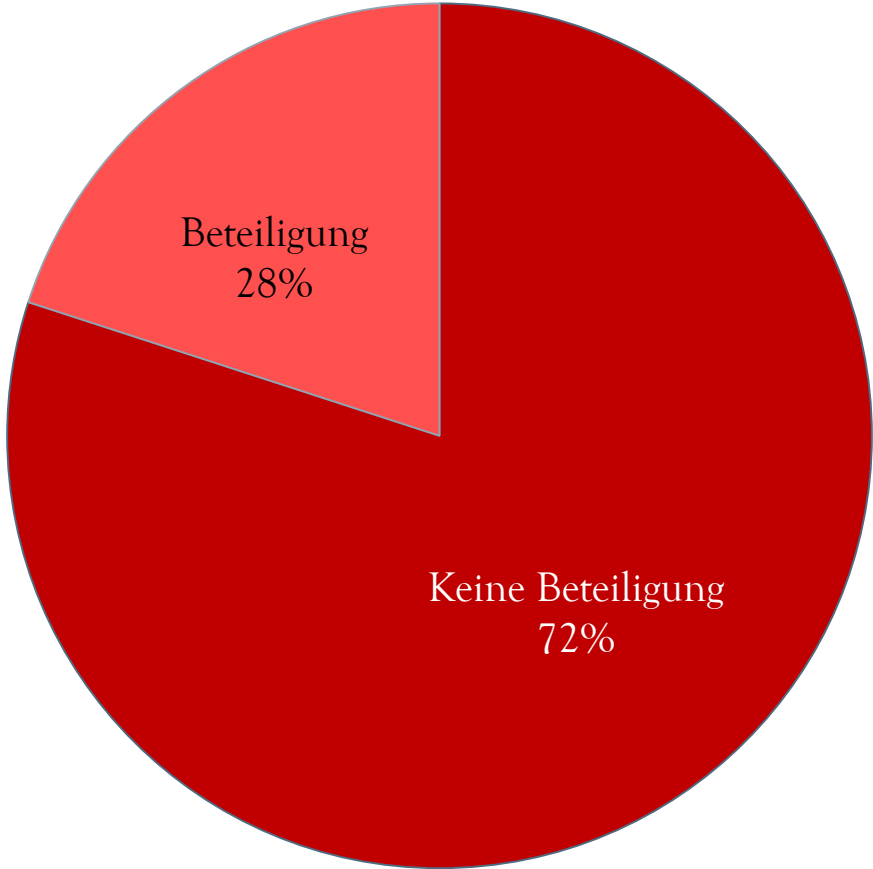
**Dr. Jana Dahrendorf  
Rechtsanwältin**

# Aktuelles/Update 2019

# Aktuelles/Update 2019

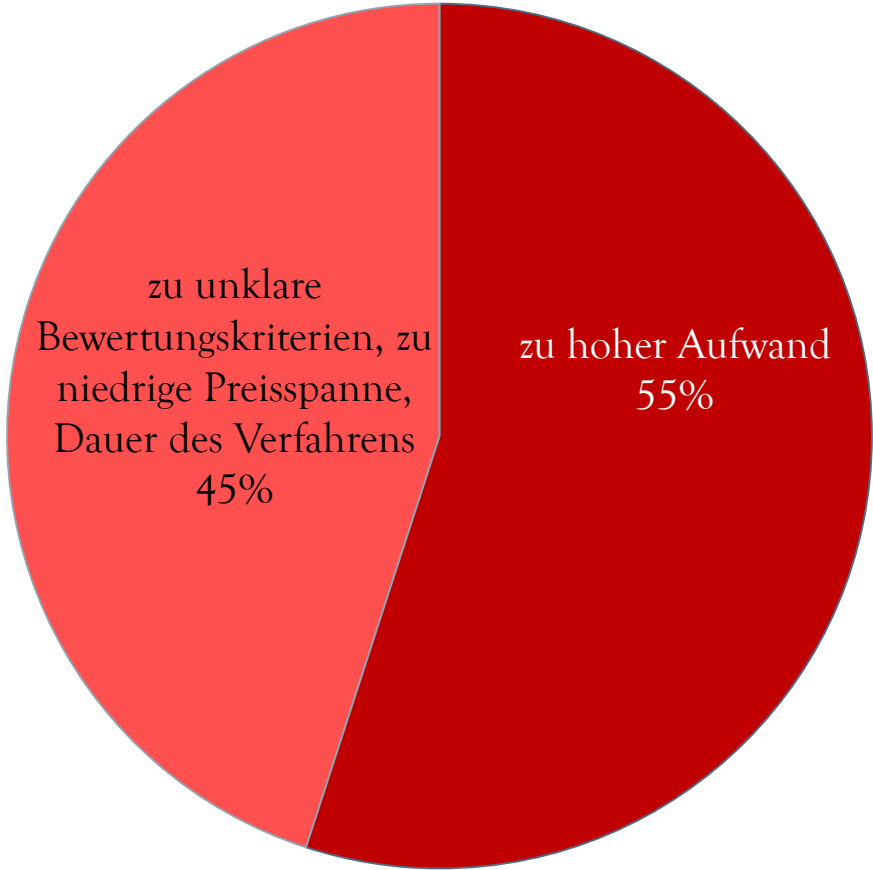
- **Aktueller Stand „UVgO“ (Unterschwel­lenvergabeordnung)**
  - Geltung bei Ausschreibungen vom „Bund“, Hamburg, Bayern, Brandenburg, Bremen, Bremen, Saarland, NRW für Kommunen
  - Andere Bundesländer Umsetzung Anfang 2019 geplant (Berlin, Baden-Württemberg,

# Beteiligung von Berliner Unternehmen



Quelle: Tagesspiegel, 27.03.2019

# Keine Beteiligung, weil ...



Quelle: Tagesspiegel, 27.03.2019

# Rechtssichere Taktik bei Ausschreibungen und Angeboten



# Rechtssichere Taktik bei Ausschreibungen und Angeboten

1. Möglichkeiten und Grenzen bei der Projektantenstellung
2. Möglichkeiten und Grenzen bei der Wertung
3. Aktuelle Rechtsprechung zur E-Vergabe

# 1. Möglichkeiten und Grenzen bei der Projektantenstellung

# Phase vor der Bekanntmachung



Bekanntmachung

Angebotsabgabe

Zuschlag



# Der Projektant/vorbefasste Bieter

## Projektant/vorbefasster Bieter

- Unterstützung/Beratung des Auftraggebers/der Vergabestelle durch Unternehmen bei der **Vorbereitung des konkreten Vergabeverfahrens**
- Späterer Bewerber bzw. Bieter im Vergabeverfahren
- Bsp.: Erstellung der Projektunterlagen, Ausarbeitung von Machbarkeitsstudien, Entwurfsarbeiten oder der Leistungsbeschreibung

## Abgrenzung zum **vorbeauftragten Unternehmen**

- Unternehmen ist Auftragnehmer des bestehenden Vertrages, der **im Zusammenhang oder im Anschluss** mit dem geplanten Auftrag steht, aber nicht der Vorbereitung dient
- Evtl. Wettbewerbsvorsprung durch „internes Wissen“ ist hinzunehmen

# Die Möglichkeiten

- **Regelungen:** § 7 VgV, § 7 SektVO, § 5 UVgO, § 6 EU Abs. 3 Nr. 4 VOB/A
- **Mitwirkung an der Vorbereitung** des Vergabeverfahrens
  - Beratung durch Unternehmen (auch verbundene Unternehmen) oder
  - „auf andere Art und Weise“ an Vorbereitung beteiligt
- **„Angemessene Maßnahmen“** um Wettbewerbsverzerrung zu verhindern
  - Zurverfügungstellung der Unterlagen/einschlägigen Informationen
  - Festlegung angemessener Teilnahmeantrags-/Angebotsabgabefristen
- **Ausschluss „ultima ratio“**
  - Vorherige Nachweismöglichkeit für Unternehmen, dass keine Wettbewerbsverzerrung vorliegt

# Die Grenzen

- **Fakultativer** Ausschluss nach § 124 Abs. 1 Nr. 6 GWB, wenn das Unternehmen
  - bereits in Vorbereitung des Vergabeverfahrens einbezogen war und die Wettbewerbsverzerrung nicht durch andere, weniger einschneidende Maßnahmen zu beseitigen ist
- **Fakultativer** Ausschluss nach § 124 Abs.1 Nr. 9 GWB, wenn das Unternehmen,
  - a. **versucht** hat, die Entscheidungsfindung des öffentlichen Auftraggebers in **unzulässiger** Weise zu beeinflussen,
  - b. **versucht** hat, vertrauliche Informationen zu erhalten, durch die es unzulässige Vorteile beim Vergabeverfahren erlangen **könnte**,
  - c. **fahrlässig** oder vorsätzlich irreführende Informationen übermittelt hat, die die Vergabeentscheidung des öffentlichen Auftraggebers erheblich beeinflussen **könnten**, oder versucht hat, solche Informationen zu übermitteln

# Aktuelle Rechtsprechung zu § 124 Abs. 1 Nr. 9 GWB I

## Kein Verstoß

- Widersprechende Angaben im Angebot, wenn Bieter auf Nachfrage des Auftraggebers die Angaben klarstellt (VK Nordbayern, 23.1.2018 – RMF-SG 21-3194-2-19)
- Direkte Kontaktaufnahme mit Dritten wegen Ablauf/Anforderungen einer Teststellung (VK Sachsen, 28.11.2017 – 1/SVK/024-17)
- Angabe falscher Referenzen, wenn diese nicht die Vergabeentscheidung erheblich beeinflussen können (VK Südbayern, 27.01.2017 – Z3-3-3194-1-48-11/16)
- Kein subjektives Bieterrecht, Vergabestelle muss Gründe vortragen (VK Bund, 30.10.2017, VK 2-114/17)

# Aktuelle Rechtsprechung zu § 124 Abs. 1 Nr. 9 GWB II

## Verstoß

- „Rüge ins Blaue“ wegen Nichteignung eines anderen Bieters  
(VK Baden-Württemberg, 23.1.2018, 1 VK 57/17)
- Unzulässiges Ausnutzen der Urkalkulation eines Mitbewerbers  
(VK Sachsen-Anhalt, 27.4.2018, 1 VK LSA 33/17)



# Abgrenzung zu „prognostizierter Schlechtleistung“

## Unzulässige Beeinflussung, § 124 Abs.1 Nr. 9 GWB

- Beurteilung betrifft den Prozess **vor und während** eines laufenden Vergabeverfahrens
- Bieter grundsätzlich geeignet
- In der Praxis/Rechtsprechung bisher nur „zusätzlicher“ Ausschlussgrund

## „Prognostizierte Schlechtleistung“, § 124 Abs.1 Nr. 7 GWB

- Beurteilung betrifft den Prozess **der früheren Vertragsausführung** und **Auswirkung auf zukünftiges Verhalten**
- Bieter wird mangels Eignung (hat **wesentliche** Anforderungen bei der Ausführung eines öffentlichen Auftrags nicht erfüllt) nicht zu Vergabeverfahren zugelassen
- In der Praxis/Rechtsprechung relativ häufiger – auch alleiniger – Ausschlussgrund
- Rechtsprechung zu Ober- und Unterschwellenbereich einheitlich

# Aktuelle Rechtsprechung zur Schlechtleistung

- Schlechte Erfahrungen mit den Bietern aus **früheren Vertragsverhältnissen**
- Genaue **Dokumentation** der negativen Prognose für das aktuell zu beurteilende Verfahren
  - Bei Berufung auf Schlechtleistung mit Verträgen anderer Auftraggeber ist es nicht ausreichend, nur ein Bauvorhaben anderer Auftraggeber zur Beurteilung heranzuziehen (VK Sachsen-Anhalt, 14.08.2018 – 3 VK LSA 48/18)
- **Hinreichend gesicherte Erkenntnisse**, dass sich Bieter beim vorliegenden Auftrag wieder nicht anforderungsgerecht verhält
  - Kein rechtskräftiges Urteil erforderlich, aber „Indizien von einigem Gewicht“, vernünftige Zweifel nicht ausreichend (OLG Düsseldorf, 11.07.2018 - Verg 7/18) - „**Plausibilitätsprüfung im Schnelldurchlauf**“
    - Zweiwochenfrist bei Kündigung aus wichtigem Grund (§ 626 BGB) nicht eingehalten: Ausschluss nicht möglich (VK Brandenburg, 17.07.2018 - VK 11/18)
    - Nicht genehmigter Nachunternehmereinsatz: Ausschluss möglich (OLG Frankfurt, 03.05.2018 - 11 Verg 5/18)

# Die Umsetzung für Bieter

- Allgemeine Anfrage oder Anfrage zu konkreter Ausschreibung?
- Wie weit geht die Anfrage – Beratung/Unterstützung?
- Vergabestelle Problem erkannt?
- Welche Ausgleichsmaßnahmen geplant?
- Problembewusstsein zu „unzulässiger“ Beeinflussung
  - Kommunikation im Vorfeld und auch während einer Ausschreibung (Anruf) mit Vergabestelle?
- Ausschluss wegen prognostizierter Schlechtleistung immer hinterfragen

# Die Umsetzung für Vergabestellen

- Jede – auch kleinere – Unterstützung kann zur Projektantenstellung führen
- Genaue Dokumentation über Zeitpunkt und Umfang der Unterstützung
- Könnte Unterstützung zum Ausschluss führen?
- Unterstützung durch eventuellen späteren Bieter sinnvoll oder ggf. durch Planer?
- Welche Vorteile hat der Projektant?
- „Gute“ Ausgleichsmaßnahme: Verlängerung der Angebotsfristen
- Vermeidung von Anhaltspunkten zu „unzulässiger“ Beeinflussung bei konkret geplanter Ausschreibung (Telefonate, persönliche „bilaterale“ Treffen,...)
- Genaue Dokumentation und Prüfung der Voraussetzungen bei Ausschluss wegen prognostizierter Schlechtleistung

## 2. Möglichkeiten und Grenzen bei der Wertung

# Die Wertung des Angebots



# Die Regelung, § 127 GWB

## § 127 Abs. 1:

„Der Zuschlag wird auf *das wirtschaftlichste Angebot* erteilt. Grundlage dafür ist eine Bewertung des öffentlichen Auftraggebers, ob und inwieweit das Angebot die vorgegebenen Zuschlagskriterien erfüllt. Das wirtschaftlichste Angebot bestimmt sich nach dem *besten Preis-Leistungs-Verhältnis*.“

## § 127 Abs. 3:

„Die Zuschlagskriterien müssen *mit dem Auftragsgegenstand in Verbindung* stehen.“

## § 127 Abs. 4:

„Die Zuschlagskriterien müssen so festgelegt und bestimmt sein, dass die *Möglichkeit eines wirksamen Wettbewerbs* gewährleistet wird...“

# Idealvorstellung Vergabeverfahren

Vergabestelle	Bieterseite
Ausreichende Anzahl von Angeboten	Wettbewerb zu realisierbaren Bedingungen
Abdeckung aller „Risiken“ in Unterlagen	Auftragsbezogene „reelle“ Risiken
Niedriger Preis	Mind. Kostendeckung, Marge und Gewinn
„Treffsichere“ Leistungsbeschreibung	
Hohe Qualität/hoher Standard	Auftragsbezogene kalkulierbare Anforderungen
Größtmögliche Sicherheit	Umsetzbarer Ansatz



# Idealvorstellung Vertragsphase

Vergabestelle	Bieterseite
Konstante Prozessabläufe	Sinnvolle Flexibilität
Feste Ansprechpartner	Realisierbarer Ansatz
Reibungsloser Ablauf / klar definierte Mitwirkung	
Keine Preissteigerungen	Preisanpassungen nach unten und oben
Keine wesentlichen Änderungen	

# Die Möglichkeiten

- Grundsätzlich **Beschaffungshoheit** des Auftraggebers
- Auch bei Eignungsprüfung Auftraggeber berechtigt, aber nicht verpflichtet, Mindestanforderungen für die Leistungsfähigkeit aufzustellen
- Nachvollziehbare und vergleichbare Wertungsmatrix
- **Weiter Beurteilungs- und Handlungsspielraum** „in den Schranken wirtschaftlicher und fiskalischer Vernunft“ bei Bestimmung und Gewichtung von Zuschlagskriterien
- Wenn hoher Einfluss von Qualitätskriterien auf die Zuschlagsentscheidung unter Umständen einzelnen Anbietern mehr als anderen Bewerbern „entgegenkommt“: Verwendung eines bestimmten Wertungsschemas an sich nicht vergaberechtswidrig
- Auftraggeber ist nicht gehalten, grundsätzlich sachgerechte Zuschlagskriterien so zu formulieren, dass bestehende Wettbewerbsvorteile ausgeglichen oder nivelliert werden

# Die Grenzen

**Wettbewerbsverzerrung**, Verstoß gegen § 97 Abs. 2 GWB (Gleichbehandlung)

- Gewichtung der qualitativen Wertungskriterien ohne sachliche Rechtfertigung
- Nur ein oder einzelne Unternehmen haben realistische Aussichten auf den Zuschlag
- Andere Anbieter trotz Vergabe im offenen Verfahren und objektiv gegebener Eignung von vornherein chancenlos
- Kriterien laufen dem Zweck, das wirtschaftlichste Angebot zu ermitteln, zuwider (BGH, Beschluss vom 4. April 2017, X ZB 3/17)

# Beeinflussung durch weiche Faktoren

## Konzepte

- Zu wenig, keine klaren oder zu hohe Anforderungen – objektive/ nachvollziehbare Bewertung?
  - „40 Punkte : Das Konzept ist schlüssig. Der Anbieter kann **überzeugend darlegen**, dass seine Produkte **vollständig erweiterbar** sind.
  - 20 Punkte - Das Konzept ist schlüssig. Der Anbieter kann **darlegen**, dass **wesentliche Teile seiner Produkte erweiterbar** sind.
  - 10 Punkte - Das Konzept ist schlüssig. Der Anbieter kann darlegen, dass **einige Teile seiner Produkte erweiterbar** sind.“
- Hohe Fachkunde beim Auftraggeber

## Präsentation

- Zu offene Vorgaben - „*Gesamteindruck der Präsentation*“

# Aktuelle Rechtsprechung I

## OLG Celle, Beschluss vom 19.03.2019 - 13 Verg 7/18

- Ausschreibung von Postdienstleistungen (Rahmenvereinbarung) im offenen Verfahren
- Zuschlagskriterien: 30% „Preis“, 20% „Einheitliches Codiersystem“, 20 % „Möglichkeit der E+1 Zustellung“, 30% „Quote der garantierten E+1 Zustellung“
- Darstellung und Bewertung von Konzepten zur Zustellung einer Briefsendung bei Durchlauf der maximalen Anzahl an Nachunternehmern am Folgetag und zum einheitlichen Codiersystem mit nur einer Codierung/Stempel
- Rüge eines Mitbewerbers, dass
  - garantierte Zustellzeit kein im Vergabeverfahren nachprüfbares Kriterium
  - unzureichende Daten bei Zustellgebieten (10-20% bundesweit/80-90% landesweit)
  - keine realistische Chance bei Gewichtung Preis/E+1 Zustellung

# Aktuelle Rechtsprechung II

## OLG Celle, Beschluss vom 19.03.2019 - 13 Verg 7/18

- Voraussichtliche Zustellzeit als Qualitätskriterium an sich zulässig, Vergabestelle an zügigem und reibungslosem Ablauf interessiert
- Im Vergabeverfahren bei Wertungsentscheidung nicht überprüfbar, inwieweit die Angaben der Bieter zutreffend sind, aber durch vertragliche vorgesehene Sanktion Interesse des Auftraggebers gerechtfertigt
- Bei Rahmenvereinbarung nach § 21 Abs.1 S. 2 VgV ausreichend „das in Aussicht genommene Auftragsvolumen so genau wie möglich“ zu ermitteln; gilt auch für andere Leistungsbedingungen wie Leistungszeit; Zurverfügungstellung von Daten abhängig vom Aufwand, hier unverhältnismäßig im Verhältnis zur Aussagekraft
- Auch Zuschlagskriterium „Möglichkeit der E+1 Zustellung“ an sich zulässig, Bezug zur Zustellgeschwindigkeit hinreichende Verbindung zum Auftragsgegenstand

# Aktuelle Rechtsprechung III

## OLG Celle, Beschluss vom 19.03.2019 - 13 Verg 7/18

- Aber: Verstoß gegen § 97 Abs. 2 GWB im Hinblick auf „Gesamtschau“, Gewichtung aller Qualitätskriterien im Verhältnis zur Gewichtung des Preiskriteriums unzulässig und diskriminierend
- Standardzustellung am Folgetag „E+1“ mit 50% herausgehobene Gewichtung, kann zur erheblichen Benachteiligung einzelner Bieter mit örtlich begrenztem Zustellgebiet führen, die auf Nachunternehmer angewiesen sind
- Nicht durch objektiv begründbare Interessen gerechtfertigt
  - Rechtzeitige Zustellung erhebliche Rolle in der öffentlichen Aufgabenwahrnehmung – wieso am Folgetag nicht erläutert
  - Kunden schnelle und zuverlässige Zustellung sehr wichtig, schlechte Erfahrung in Vergangenheit (länger als drei Tage), deswegen Qualität bei Zustellung sehr wichtig – keine Rechtfertigung für „E+1“, bei Bedürfnis an schneller Zustellung „gesondertes Produkt“

# Aktuelle Rechtsprechung IV

## OLG Celle, Beschluss vom 19.03.2019 - 13 Verg 7/18

- Einheitliches Codiersystem: unzulässig diskriminierend und wettbewerbsverzerrend, da nur die „D AG“ überregionales einheitliches Codierungssystem hat
- Vorgabe zudem produktscharf nach § 31 Abs. 6 VgV und nicht durch sachliche Gründe gerechtfertigt
- Ästhetik kann bei Bewertung nach § 58 Abs. 2 VgV berücksichtigt werden, optischer Eindruck der Briefumschläge steht im Zusammenhang mit Auftragsgegenstand, wesentliche Interesse der Behörden an seriöser Außendarstellung
- Vorgabe eines einheitlichen Codierungssystems dazu nicht geeignet
- Verstoß gegen Transparenz (§ 97 Abs. 1 GWB): „Einheitliches Codiersystem“



# Die Umsetzung für Vergabestellen

- Frühzeitige Beschäftigung mit Zielsetzung der Wertungsmatrix
- Prüfung, ob Matrix das gewollte Ergebnis widerspiegelt
- Umsetzung mit klaren und auch für Bieter verständlichen Vorgaben
  - Rechenbeispiele an die Hand geben
- Wenn erforderlich, Spielraum über „weiche“ Kriterien schaffen

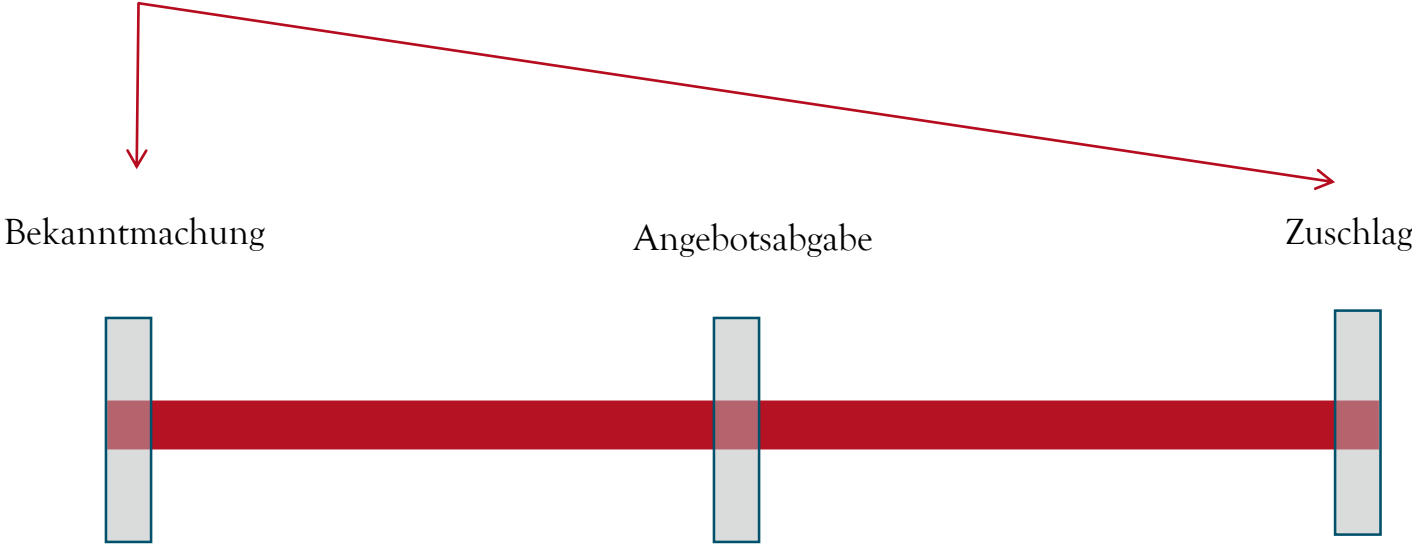
# Umsetzung für Bieter

- Frühzeitige Prüfung der Wertungsmatrix auf Schlüssigkeit im „Gesamtbild“
- Bildung von Rechenbeispielen
- Präsentationen/Konzepte enthalten?
- Klärung von Unschärfen mit (ggf. mehrfachen) Bieterfragen
- Wegen zunehmender „Schärfe“ der Rechtsprechung zur „Erkennbarkeit“ der Rüge:
  - Rüge vor Angebotsabgabe

3.

## Aktuelle Rechtsprechung zur E-Vergabe

# Verpflichtende E-Vergabe: vollständig elektronisch ab Bekanntmachung bis Zuschlag



**EU-weit: seit 18.10.2018**  
**national: ab 01.01.2020**

# Aktuelle Rechtsprechung I

## OLG München, Beschluss vom 25.02.2019 - Verg 11/18

- Keine wirksame Bekanntmachung der geforderten Eignungskriterien, wenn in der Auftragsbekanntmachung lediglich pauschal auf die Auftragsunterlagen verwiesen wird
- Auch ein Link in der Bekanntmachung, der nur auf eine Plattform der Vergabestelle mit mehreren laufenden Vergabeverfahren führt, ist unzureichend - Aufhebung des Verfahrens, Aber: OLG Düsseldorf, Beschluss vom 11.07.2018 - Verg 24/18: Deep-Link ausreichend

## OLG Düsseldorf, Beschluss vom 05.09.2018 - Verg 32/18

- Grundsätzlich bei E-Vergabe Angebote in Textform, aber Vergabestellen können bei erhöhten Anforderungen an die Sicherheit der zu übermittelnden Daten immer noch die fortgeschrittene oder qualifizierte elektronische Signatur verlangen
- Eine geforderte fehlende elektronische Signatur ist kein "sonstiger Nachweis" gem. § 56 Abs. 2 VgV und kann nicht nachgefordert werden, sondern führt zum Ausschluss

# Aktuelle Rechtsprechung II

## VK Lüneburg, Beschluss vom 11.12.2018 - VgK-50/2018

- Auch elektronisch eingereichte Teilnahmeanträge müssen verschlüsselt sein
- Ausschluss, wenn Bieter Teilnahmeantrag in der für den Auftraggeber jederzeit frei zugänglichen Rubrik "Bieterkommunikation" im Web-Frontend ("Projektraum") des Vergabeportals einstellt
- Auftraggeber haben ihren Obliegenheiten genügt, wenn in der Software für den Bieter deutlich sichtbar unterschiedliche Eingabefelder für die (offene) Kommunikation einerseits und die (verschlüsselten) Teilnahmeanträge oder Angebote andererseits vorgesehen sind
- Der Auftraggeber ist nicht dazu verpflichtet, einem derartigen Fehler durch weitere Erläuterungen in den Vergabeunterlagen vorzubeugen

# Aktuelle Rechtsprechung III

VK Südbayern, Urteil vom 19.03.2018 - Z3-3-3194-1-54-11/17

- Öffentliche Auftraggeber müssen Bietern die notwendigen Informationen über die technischen Parameter zur Einreichung von Angeboten mithilfe elektronischer Mittel gem. § 11 Abs. 3 Nr. 2 VgV zur Verfügung stellen
- Es ist die Aufgabe des Bieters, auf seinem PC die notwendigen Updates und Installationen vorzunehmen
- Unternehmen, die an europaweiten Vergabeverfahren teilnehmen, müssen sich darüber im Klaren sein, dass das Unterlassen durchzuführender Updates an der verwendeten Software zu Funktionseinbußen bei Computerprogrammen führen kann. Dies gilt auch für lokal auf der Unternehmenshardware installierten Bieterclients von Vergabepattformen

# Die Umsetzung für Vergabestellen

- In Bekanntmachung alle Eignungskriterien nennen
- Vergabeunterlagen müssen beim Teilnahmeantrag nicht komplett vorliegen, Entwurfsfassung langt im Zweifel
- Vorgaben der Vergabeplattform nicht 1:1 übernehmen, sondern prüfen
- Bieter ggf. nochmals auf Erfordernisse des Updates hinweisen
- Kein Signaturerfordernis, nur noch bei erhöhten Anforderungen an Sicherheit
- Teilnahmeantrag/Angebotseinstellung auf falscher Stelle in Plattform: zwingender Ausschluss



# Umsetzung für Bieter

- Prüfung, ob aktuelle Version der Plattform auf Rechner
- Prüfung, ob richtige Unterlagen eingestellt worden sind
- Prüfung, dass das Angebot/Teilnahmeantrag an richtiger Stelle eingestellt wird
- Wenn Ausschluss droht:
  - Prüfung, ob „Verfahrensfehler“ bei Bekanntmachung (nur Link)
  - Offen: Rügepflicht bis Angebotsabgabe?

# Diskussion – Ihre Fragen?

# Vielen Dank und gutes Gelingen!

---



## SAMMLERUSINGER

Rechtsanwälte Partnerschaft mbB

Hardenbergstr. 28a  
10623 Berlin

Tel +49 30 263 95 09 – 0  
Fax +49 30 263 95 09 – 600

info@sammlerusinger.com  
www.sammlerusinger.com