



4. Vergaberecht Frühstück 2019

Berlin / 01. Oktober 2019

Unser Team im Vergaberecht



**Sabine Usinger, Partnerin
Rechtsanwältin und Notarin**



**Monika Prell, Counsel
Fachanwältin Vergaberecht**



**Dr. Jana Dahrendorf,
Associate, Rechtsanwältin**

Agenda

Begrüßung

Aktuelles/Ausblick 2020

Rechtssichere Taktik bei Ausschreibungen und Angeboten

Diskussion

Begrüßung

Sabine Usinger

Aktuelles/Ausblick 2020

Monika Prell

Aktuelles

- **Höchst-und Mindestgrenzen der HOAI europarechtswidrig**
(EuGH, Urteil vom 4.7.2019, Rs. C-377/17)
- Rundschreiben BMI vom 5.8.2019 zum Umgang bis zur Neuregelung der HOAI
(https://www.baukammerberlin.de/wp-content/uploads/2019/08/Erlass-BMI-vom-5.8.2019_Anwendung-HOAI-aufgrund-EuGH-Urteil-4-Juli-2019.pdf)
- VK Bund, Beschluss vom 30.08.2019, VK 2-60/19:

„Verbot des öffentlichen Auftraggebers, die EU-rechtswidrigen Vorschriften der HOAI bei der Vergabe von Architekten- und Ingenieurleistungen als Zuschlagskriterium anzuwenden.“
- **Inkrafttreten der VOB/A 2019 in Berlin:** Rundschreiben Senat Berlin vom 31.7.2019
(www.berlin.de/vergabeservice/assets/rundschreiben/rsvm_2019_04.pdf)

Aktuelles

- Abschlussbericht **Marktanalyse BMI August 2019**: „Wege zur Reduzierung von Abhängigkeiten zu einzelnen IT-Anbietern in der Bundesverwaltung“
- https://www.cio.bund.de/SharedDocs/Publikationen/DE/Aktuelles/20190919_strategische_marktanalyse.html?nn=4623908

Ausblick 2020

- **E-Vergabe** ab 01.01.2010 im nationalen Bereich verpflichtend (bei Geltung UVgO)
- **Neue Schwellenwerte**
- **„X-Rechnung“**
 - Umsetzung EU-Richtlinie 2014/55/EU
 - Austauschbares XML-basiertes Format zur Erstellung und Übertragung von elektronischen Rechnungen
 - ab April 2020 „flächendeckend“ für alle Behörden und Länder
 - Ab November 2020 auch für Auftragnehmer verpflichtend
 - Ausnahme: Verteidigungs- und Sicherheitsbereich, Regelungen in den Bundesländern
- **Aktualisiertes Berliner Vergabegesetz (BerlVG)**

Zur Erinnerung: Aktuelle Schwellenwerte

Liefer- und Dienstleistung allgemein (VgV)	221.000,- € (netto)
Liefer- und Dienstleistung Oberste Bundesbehörde	144.000,- € (netto)
Sektorenbereich (Energie, Trinkwasser, Verkehr), Bereich Sicherheit/Verteidigung bei Liefer- und Dienstleistung	443.000,- € (netto)
Bauleistung (auch Sektorenbereich, Verteidigung und Sicherheit)	5.548.000,- € (netto)

Rechtssichere Taktik bei Ausschreibungen und Angeboten

Monika Prell/Dr. Jana Dahlendorf

Rechtssichere Taktik bei Ausschreibungen und Angeboten

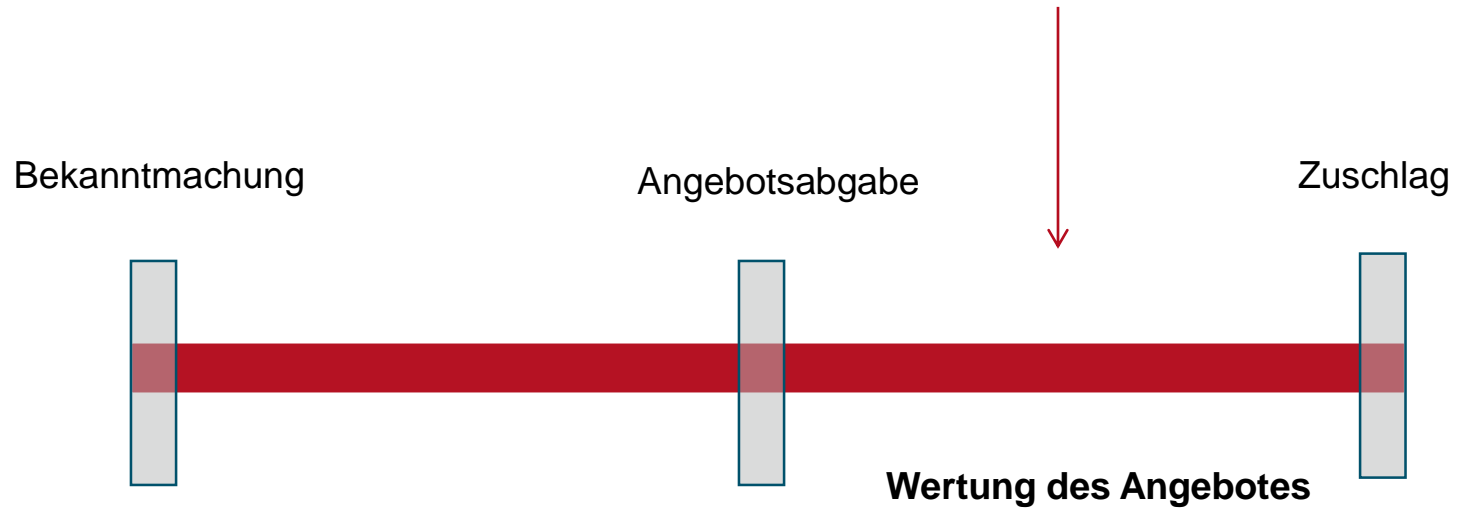
Aktuelle Rechtsprechung

1. Zulässiges Angebot oder unzulässige Änderung?
2. Zulässiges Nachfordern oder unzulässige Nachbesserung?
3. Neues zur E-Vergabe

1.

Zulässiges Angebot oder unzulässige
Änderung?

Änderung der Vergabeunterlagen: Aufklären oder Ausschluss?



4-stufige Angebotswertung

1. Wertungsstufe: formale Anforderungen?

2. Wertungsstufe: Eignung?

3. Wertungsstufe: (Gesamt)Preis angemessen?

4. Wertungsstufe: wirtschaftlichstes Angebot?

Auslegung und Aufklärung geht Ausschluss vor

- **Zwingende Ausschlussgründe nach § 57 Abs. 1 VgV, § 42 UVgO, § 16 (EU) VOB/A**
 - Angebot nicht form- oder fristgerecht
 - Fehlende Preisangaben (Ausnahme unwesentliche Preisangaben)
 - Zwingend (nach)geforderte Unterlagen nicht enthalten
 - Änderung (Auslassung/Streichen/andere Angaben) von Vergabeunterlagen durch Bieter
- **Aufklärung geht Ausschluss vor, Ausschluss „ultima ratio“**
 - Missverständliche Formulierung durch Vergabestelle veranlasst?
 - Auslegung der Erklärung des Bieters nach Empfängerhorizont §§ 133, 157 BGB:
„Objektiver Maßstab, durchschnittlicher fachkundiger Bieter aus der Gruppe des mit der Ausschreibung angesprochenen Bieterkreises“
 - Verbleibende Unklarheiten/Widersprüche gehen zu Lasten der Vergabestelle

Zulässiges Angebot I?

- **BGH, Urteil vom 18.06.2019, X ZR 86/17 (VOB/A EG 2012)**
- **Der Sachverhalt**
 - Geltung der ZVB BAU
 - Vorgabe nach § 8 ZVB Bau: *„Die Schlusszahlung erfolgt innerhalb von 30 Kalendertagen nach Abnahme und Stellung einer prüfbaren Schlussrechnung...“*
 - Bieter eigenes Kurztext – LV ... *„zahlbar bei Rechnungserhalt ohne Abzug“*
 - Ausschluss wegen Änderung der Vergabeunterlagen, § 16 Abs.1 i.V.m. § 13 Abs.1 Nr. 5 VOB/A (2012)
 - Rüge, kein Nachprüfungsverfahren
 - Schadenersatzklage auf positives Interesse im Zivilprozess
 - Unterliegen in Berufungsinstanz (OLG Stuttgart)

Zulässiges Angebot II?

- **BGH, Urteil vom 18.6.2019, X ZR 86/17**
- **Die Entscheidung**

§ 1 Abs. 1.3 ZVB Bau:

„Ausschluss sonstiger Bestimmungen und Regelungen zu den Vertragsbestandteilen

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

- „Abwehrklausel“ des öffentlichen Auftraggebers
- Sinn und Zweck der Vergaberechtsreform 2010: Ausschluss von Angeboten aus nur formalen Gründen zu verhindern
- Abweichende Zahlungsbedingungen des Bieters keine Änderung, da keine Intension zur Änderung, sondern „unbewusstes und ungewolltes“ Abweichen

Zulässiges Angebot III?

- **BGH, Urteil vom 18.6.2019, X ZR 86/17**
- **Die Entscheidung**
 - Auch ohne Geltung einer Abwehrklausel wie § 1 Abs. 1.3 ZVB Bau kann ein Angebot, dem der Bieter eigene Unterlagen wie namentlich Liefer-, Vertrags- und Zahlungsbedingungen beigelegt hat, in der Wertung verbleiben
 - Erklärung mit Angebotsschreiben

„machen neben den oben genannten Angebotsinhalten keine eigenen Allgemeinen Geschäftsbedingungen zum Bestandteil unseres Angebots“

nicht abweichend, sondern widersprüchlich bzw. nicht eindeutig
 - Aufklärung durch öffentlichen Auftraggeber
 - Ausschluss des Angebots wegen Änderungen an den Vergabeunterlagen nicht zulässig.

Zulässiges Angebot IV?

- **BGH, Urteil vom 18.6.2019, X ZR 86/17**
- **Weitere Ausführungen**
 - Aufgabe der „streng formalen Rechtsprechung“ wegen Wertungswandel
 - Wenn Angebot vollständig ist und Bieter von eigenen AGB Abstand nimmt, kann es auch ohne Abwehrklausel bzw. Zusatz unter Angebot in der Wertung verbleiben
 - Nachprüfungsverfahren keine Voraussetzung für Schadenersatzklage (keine Präklusion), für Rüge offengelassen
 - Keine (analoge) Anwendung von § 839 Abs. 3 BGB (keine Amtspflichtverletzung), § 254 BGB (Mitverschulden)
 - Vorgabe von Auftraggeber eines Werkstoff mit dem Hinweis "oder gleichwertiger Art" („*Nahtverbund mit z.B. Dilaplast oder gleichwertiger Art*“), ist keine klare Vorgabe, welche Angabe der Auftraggeber noch als angebotsgemäß akzeptieren wird, Angebotsausschluss setzt Verstoß gegen ganz klare Vorgaben voraus

Unzulässige Änderung ?

- **VK Rheinland, Beschluss vom 9.7.2019 - VK 20/19 (VgV)**
- **Sachverhalt**
 - Ausschreibung „*Aufbereitung textiler Krankenauswäsche*“
 - Konzept „Vorgehen bei Mietwäscheverlusten“
 - ... *Darstellung eines transparenten Abrechnungsmodells für den nachgewiesenen Schwund bei der Pool-Wäsche (die Schwundwäsche darf **maximal** mit 70% des Einkaufspreises pro Stück in Rechnung gestellt werden). Ein niedriger Prozentsatz wird besser bewertet.*
 - Bieter erstellt Konzept mit Restwertberechnung für Wäschestücke, die nach drei Monaten nicht retourniert sind („Schwundwäsche“)
 - Beispiel Inkontinenzunterlage: Restwertermittlung anknüpfend an die Anzahl der Waschzyklen, 0 bis 10 Waschzyklen "Wert" von 100% der angegebenen "Basis", 11 bis 20 Waschzyklen Wert von 90%, etc. bis zu Wert 101 bis 130 Waschzyklen von 20%

Unzulässige Änderung ?

- **VK Rheinland, Beschluss vom 9.7.2019 - VK 20/19 (VgV)**
- **Die Entscheidung**
 - Rechenbeispiel im Konzept berechnet ein nach 0 bis 10 Waschzyklen verlorengangenes Wäschestück mit 100% Restwert, ein nach 11 bis 20 Waschzyklen verloren gegangenenes Wäschestück mit 90% Restwert usw.
 - Keine Angabe, dass zusätzlich zu den Waschzyklen auch berücksichtigt wurde, dass der zu berechnende Restwert in jedem Fall und für jedes Wäschestück maximal 70% des Einkaufspreises beträgt
 - Damit Vorgabe „*maximal 70% des Einkaufspreises*“ nicht beachtet
 - Angebot ist wegen Änderungen an den Vergabeunterlagen nach § 57 Abs. 1 Nr. 4 VgV auszuschließen
 - Kein Anlass zur Auslegung/Aufklärung, entsprechende Nachfrage wäre unzulässige Nachverhandlung gem. § 15 Abs. 5 Satz 2 VgV

Konsequenz Bieter

- Soweit wie möglich keine eigenen Unterlagen verwenden
- Bei Unklarheiten bei Formularen immer Bieterfrage
- Gute Möglichkeit, falls Ausschluss wegen „Änderung der Vergabeunterlagen“
 - Genaue Prüfung, welche Änderung
 - Widerspruch im Angebot?
 - Durch Vergabestelle veranlasst?
 - Durch Auslegung zu ermitteln?
 - Aufklärung durch Vergabestelle geboten?
- Nachprüfungsverfahren keine Voraussetzung für Schadenersatzklage, aber (wohl) Rüge

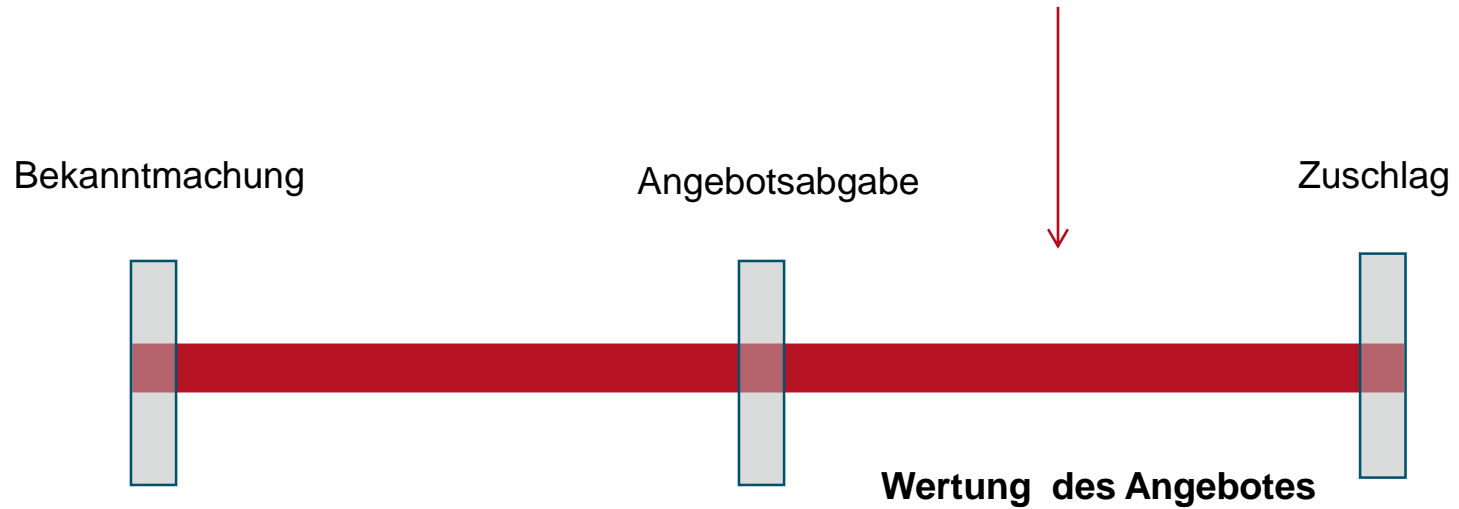
Konsequenz Vergabestelle

- Vorgabe von klaren Formularen über E-Vergabeportal
- Vermeidung von Medienbrüchen
- Genaue Prüfung bei Ausschluss wegen Formalien
- Durch Auslegung zu ermitteln?
- Im Zweifel immer Aufklärung
- Klare Vorgaben an Vergleichbarkeit
- Deutliche Herausstellung der Mindestanforderungen
- Verzicht auf Nachprüfungsverfahren nach Rüge bedeutet nicht automatisch Verzicht auf zivilrechtliche Klage auf Schadenersatz

2.

Zulässiges Nachfordern oder unzulässige
Nachbesserung?

Nachforderung von Unterlagen oder Ausschluss?



Die Regelungen

- Regelung in § 56 Abs. 2 VgV, § 41 Abs. 2 UVgO: **optionale** Nachforderung

*„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“*

- Vorrangige Regelung in Vergabeunterlagen?

„Der öffentliche Auftraggeber ist berechtigt, in der Auftragsbekanntmachung oder den Vergabeunterlagen festzulegen, dass er keine Unterlagen nachfordern wird“

- Keine Korrektur von fehlenden wesentlichen Preisangaben
- Regelung in § 16 a Abs. 1 EU VOB/A: **verpflichtende** Nachforderung innerhalb angemessener Frist (6 Kalendertage)

Zulässiges Nachfordern?

Fehlende Benennung des Nachunternehmers

- **VK Rheinland, Beschluss vom 28.8.2019 - VK 25/19 (VOB/A EU)**
 - Nachunternehmer für Rohrvortriebsarbeiten erst im Aufklärungsgespräch vom Bieter benannt
 - Angebot unvollständig, aber nicht fehlerhaft: nach Auslegung und unter Berücksichtigung weiterer Begleitumstände klar, dass ein Bieter bestimmte Leistungen nicht selbst durchführt, sondern an Nachunternehmer vergibt
 - Fehlende Nachunternehmererklärung ist nachzufordern
- **a.A. VK Südbayern, Beschluss vom 5.6.2019 - Z3-3-3194-1-06-02/19 (VOB/A EU)**
 - Lieferant der OP Wand- und Türsysteme vom Bieter nicht als NU benannt
 - Nach Ansicht der Vergabekammer NU-Leistung, da Fertigung/Herstellung der OP-Wand Bestandteil der Leistungsbeschreibung
 - Nachträgliche Benennung als Nachunternehmer inhaltliche Änderung des Angebots, die im offenen Verfahren gerade nicht zulässig ist: keine Nachforderung möglich

Zulässiges Nachfordern?

Fehlende/fehlerhafte Referenz

- **VK Bund, Beschluss vom 17.10.2017, VK 2-211/17 (VgV)**
 - Inhaltlich unzureichende Referenzen: keine Nachforderung
- **Kammergericht Berlin, Beschluss vom 4.6.2019 - Verg 8/18 (VOB/A EU)**
- **Sachverhalt**
 - Eigenerklärung zur Eignung, vergleichbare Leistungen im Bereich Abbruch- und Erdarbeiten
 - Aufklärungsgespräch, ob neben Erfahrung bei Abbruch Hochbau auch Erfahrung bei Erdbau-, Garten- und Landschaftsbau und Tiefbau, Ausschluss, da keine Klärung
- **Entscheidung**
 - Eigenerklärung keine klaren Vorgaben, Aufklärungsgespräch kein klares Ergebnis
 - Pflicht zur Nachforderung zum Nachweis der Referenzen bei Garten- und Landschaftsbau und Tiefbau

Unzulässiges Nachbessern?

Fehlerhafte Versicherungsbestätigung

- **OLG Karlsruhe, Beschluss vom 14.8.2019 - 15 Verg 10/19 (VgV)**
- **Sachverhalt**
 - Eigenerklärung oder Bestätigung über Umweltschadensversicherung i.H.v. 2 Mio. Euro ab 1.1.2019 gefordert
 - Bieter legt Bestätigung von 2017-2018 über 1 Mio. Euro vor, jährliche Verlängerung
 - Nachforderung durch Vergabestelle als fehlerhafte unternehmensbezogene Unterlage
 - Anderes Unternehmen erfährt während Nachprüfungsverfahren von Nachforderung und rügt unzulässige Nachbesserung
 - Unterliegen vor der Vergabekammer, sofortige Beschwerde OLG

Unzulässiges Nachbessern?

Fehlerhafte Versicherungsbestätigung

- **OLG Karlsruhe, Beschluss vom 14.8.2019 - 15 Verg 10/19 (VgV)**
 - **Entscheidung**
 - Versicherungsbestätigung unternehmensbezogene Unterlage
 - Nachreichen von fehlenden, unvollständigen oder fehlerhaften Versicherungsbestätigungen nach § 56 Abs. 2 VgV möglich
 - Bei vorhandenen fehlerhaften Unterlagen kann nur nachgefordert werden, wenn in rein formaler Hinsicht der Inhalt den Anforderungen nicht genügt
 - Durch unterschiedliche Höhe der Deckungssumme aber inhaltliche Nachbesserung
 - Sofern der in der Unterlagen dokumentierte Erklärungsinhalt nachträglich geändert wird, nicht zulässig, richtlinienkonforme Auslegung von § 56 Abs. 2 VgV
 - Divergenzvorlage zum BGH wegen Entscheidung OLG München (Beschluss vom 27.7.2018 - Verg 2/18) zum nicht mehr aktuellen Führungszeugnis abgelehnt
-

Konsequenz Vergabestelle

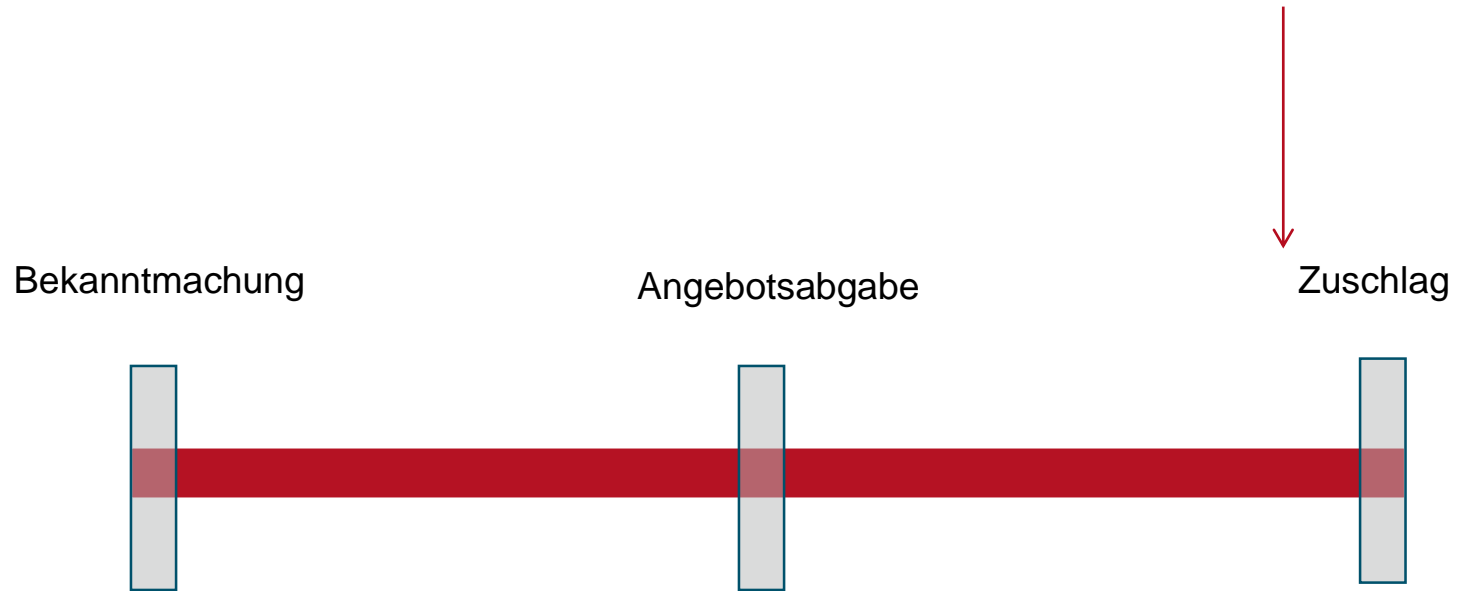
- In Vergabeunterlagen Nachfordern grundsätzlich zulassen (bei VgV)
- Prüfung, ob widersprüchliche Vergabeunterlagen
- Abgrenzung von zulässigem Nachfordern zu unzulässigem Nachbessern immer Einzelfallentscheidung
- Bei Nachfordern von Nachunternehmererklärung eher unzulässiges Nachbessern
- Bei fehlerhaften unternehmensbezogenen Unterlagen rechtliche Unterscheidung
 - Raum für Manipulation, von individuelle Absprachen oder Einflüssen abhängig (Beispiel Versicherungsbestätigung): grundsätzlich Nachbessern
 - Bescheinigung einer „amtlichen“ objektiven Rechtslage (Beispiel Führungszeugnis): grundsätzlich Nachfordern

Konsequenz Bieter

- Bei Ausschluss wegen „fehlenden/fehlerhaften Unterlagen/Nachweisen“:
 - VOB/A EU oder VgV?
 - Bei VgV: Regelung in Vergabeunterlagen?
- Prüfung, ob widersprüchliche Vergabeunterlagen
- Bei Nachunternehmererklärung genaue inhaltliche Prüfung, im Zweifel Bieterfrage oder Angabe als Nachunternehmer
- Genaue Prüfung bei Angebotsabgabe von Inhalt und Zeitraum der Bestätigungen/Zertifikate, um Diskussionen oder Prüfungen zur rechtlichen Unterscheidung von Nachbessern oder Nachfordern zu vermeiden
- Bei bleibenden Zweifeln rügen

Neues zur E-Vergabe

Die Information nach § 134 GWB mit E-Vergabe



Die Regelungen

§ 134 GWB

- (1) *Öffentliche Auftraggeber haben die Bieter, deren Angebote nicht berücksichtigt werden sollen, über den **Namen des Unternehmens**, dessen Angebot angenommen werden soll, über die **Gründe der vorgesehenen Nichtberücksichtigung** ihres Angebots und über den **frühestmöglichen Zeitpunkt des Vertragsschlusses** unverzüglich zu informieren.*
- (2) *Ein Vertrag darf erst 15 Kalendertage nach Absenden der Information nach Absatz 1 geschlossen werden. Wird die Information auf elektronischem Weg oder per Fax gesendet, verkürzt sich die Frist auf zehn Kalendertage. **Die Frist beginnt am Tag der Absendung nach der Information durch den Auftraggeber**, auf den Tag des Zugangs kommt es beim betroffenen Bieter nicht an ...*

§ 97 Abs. 5 GWB, § 9 VgV, § 11 EU VOB/A

- *Für das Senden, Empfangen, Weiterleiten und Speichern von Daten in einem (öffentlichen) Vergabeverfahren verwenden öffentliche Auftraggeber und Unternehmen grundsätzlich Geräte und Programme für die elektronische Datenübermittlung (elektronische Mittel)*

Aktuelle Rechtsprechung

- **VK Südbayern, Beschluss vom 29.03.2019 – Z3-3-3194-1-07-03/19**
- **Sachverhalt:**
 - 22.2.2019 Information nach § 134 GWB über E-Vergabeplattform „Mitteilung ist bereit gestellt“, Zuschlag am 5.3.2019 beabsichtigt
 - 1.3.2019 Hochladen auf Plattform durch nicht berücksichtigten Bieter
 - 4.3.2019 Rüge
 - 6.3.2019 Nachprüfungsantrag (keine Reaktion der Vergabestelle auf Rüge)
 - 18.3.2019 Vortrag Vergabestelle: Rügepräklusion und Antrag unbegründet, bei erstplatziertem Bieter Eignungskriterien erfüllt, da Eignungskriterien nicht wirksam veröffentlicht wurden
 - 19.3.2019 Rücknahme des Nachprüfungsantrags „aufgrund neuer Erkenntnisse“, aber keine Verfristung, da erst ab 1.3.2019 Kenntnis der Absage
 - Antrag auf Kostentragung durch Vergabestelle, da keine Beantwortung der Rüge

Aktuelle Rechtsprechung

- **VK Südbayern, Beschluss vom 29.03.2019 – Z3-3-3194-1-07-03/19**
- **Entscheidung:**
 - Ausgangspunkt Kostenentscheidung nach Rücknahme und Erledigung (§ 182 GWB)
 - Häufige Kosten Vergabestelle wegen „schwerwiegendem Verschulden“
 - Information nach § 134 GWB muss in Textform an die nichtberücksichtigten Bieter erfolgen
 - Freischalten der Information auf der Ausschreibungsplattform genügt nicht
 - Auch Hinweismail, die keine der nach § 134 GWB nötigen Informationen nennt, genügt nicht
 - Kein vergleichbares Versenden/Absenden einer E-Mail mit Information nach § 134 GWB
 - Kein Machtbereich des Bieters, nicht gewollte Hol-Obliegenheit
 - Implementierung der Vergabepattform vergaberechtswidrig
 - Hinweis der VK, das vor Zuschlagserteilung noch eine Mitteilung nach § 134 GWB versendet werden muss

Aktuelle Rechtsprechung

- **Nachfolgend: OLG München, Beschluss vom 28.08.2019 - Verg 10/19/Verg 11/19**
 - Sofortige Beschwerde vor dem OLG München durch Betreiber der E-Vergabeplattform als „schwerwiegend Betroffener“
 - Unzulässig, da nicht am Verfahren vor der Vergabekammer nach § 171 Abs. 1 GWB beteiligt
 - Vergabeverfahren durch Rücknahme erledigt, keine Beschwer im Hinblick auf die Kostenentscheidung
 - Keine Bestandskraft einzelner Begründungselemente eines Beschlusses einer Vergabekammer
 - Keine schwerwiegenden Interessen berührt, da keine rechtsgestaltende Wirkung, sondern „nur“ Befürchtung wirtschaftlicher Nachteile

Konsequenz Vergabestelle

- Versenden der Information nach § 134 GWB nur per Mail/Fax
 - Vorgaben nach § 9 VgV eingehalten?
- Regelung in Nutzungsbedingungen der E-Vergabepattform über Zugangsfiktion bei Einstellung von Nachrichten auf Plattform
 - Zulässig?
- **„Zwei-Wege-Information“**
 - Einstellen auf E-Vergabepattform
 - Versenden per Fax

Konsequenzen Bieter

- Bei Information nach § 134 GWB über Einstellung auf Plattform bzw. Hinweismail auf Nachricht
 - **„Zwei-Wege-Rüge“**
 - Unter Bezugnahme auf Entscheidung der VK Südbayern
 - Rüge, dass keine vergaberechtskonforme Information nach § 134 GWB erfolgt ist
 - Antrag auf Fristverlängerung
 - „Eigentliche“ Rüge

Diskussion – Ihre Fragen?

Vielen Dank und bis zum nächsten Mal!



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