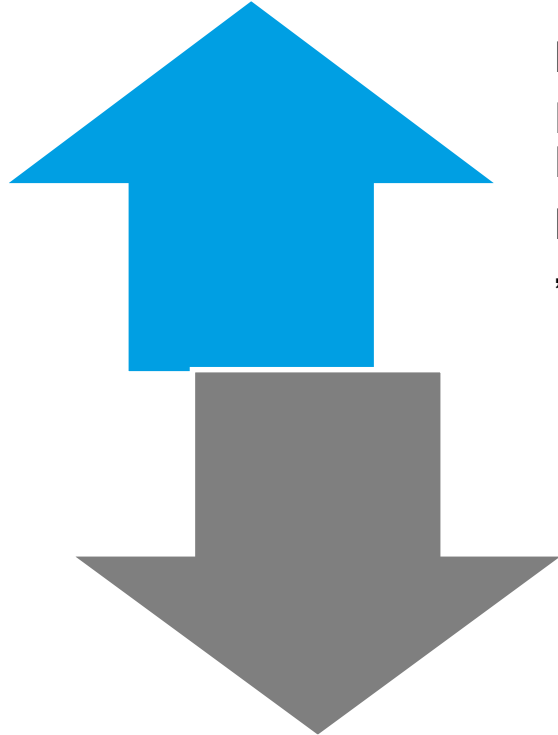


Impuls zu neuer Rechtsprechung im Vergaberecht

Monika Prell, SAMMLERUSINGER Rechtsanwälte Partnerschaft mbB, Berlin
AK Öffentliche Aufträge, Berlin, 05. März 2020

Zweiteilung des Vergaberechts durch Schwellenwerte



EU-weite Ausschreibungen: Ab Schwellenwert

Rügemöglichkeit, Information vor Zuschlag (Suspensiveffekt),
Primärrechtsschutz vor Vergabekammern/OLG

Bessere Möglichkeit für Bieter auf das laufende Verfahren
„einzuwirken“

Nationale Ausschreibungen: Unterhalb Schwellenwert

Kein Primärrechtsschutz, ggf. einstweilige Verfügung

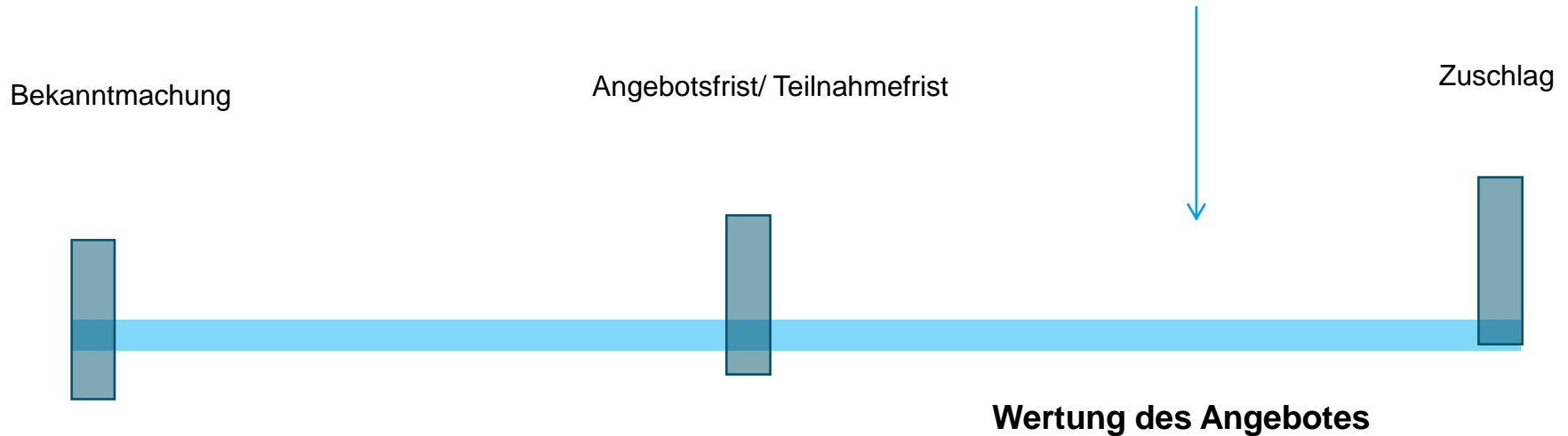
Spezielle Regelung in Bundesländern

Aktuelle Schwellenwerte seit 01.01.2020

Liefer- und Dienstleistung allgemein	214.000,- € (netto)
Liefer- und Dienstleistung Oberste Bundesbehörde	139.000,- € (netto)
Sektorenbereich (Energie, Trinkwasser, Verkehr), Bereich Sicherheit/Verteidigung bei Liefer- und Dienstleistung	428.000,- € (netto)
Bauleistung (auch Sektorenbereich, Verteidigung und Sicherheit)	5.350.000,- € (netto)

1) Ende des Formalismus im Vergaberecht?

Änderung der Vergabeunterlagen: Ausschluss?



4-stufige Angebotswertung im Vergaberecht

1. Wertungsstufe: formale Anforderungen?

2. Wertungsstufe: Eignung?

3. Wertungsstufe: Preis angemessen?

4. Wertungsstufe: wirtschaftlichstes Angebot?

BGH, Urteil vom 18.06.2019, X ZR 86/17

▪ Der Sachverhalt

- Vorgabe: „Die Schlusszahlung erfolgt innerhalb von 30 Kalendertagen nach Abnahme und Stellung einer prüfbaren Schlussrechnung...“ (§ 8 ZVB Bau)
- Bieter eigenes Kurztext – Leistungsverzeichnis „zahlbar bei Rechnungserhalt ohne Abzug“
- **Ausschluss wegen Änderung der Vergabeunterlagen**
- Rüge, aber **kein** Rechtsschutz im Nachprüfungsverfahren
- Schadenersatzklage auf positives Interesse im Zivilprozess
- Unterliegen in Berufungsinstanz (OLG Stuttgart)

BGH, Urteil vom 18.06.2019, X ZR 86/17

▪ Die Entscheidung I

➤ „Abwehrklausel“ des öffentlichen Auftraggebers:

„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“ (1 Abs. 1.3 ZVB Bau)

➤ 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

BGH, Urteil vom 18.06.2019, X ZR 86/17

▪ Die Entscheidung II

- Auch ohne Geltung einer Abwehrklausel kann ein Angebot, dem der Bieter eigene Unterlagen wie 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
- **Kein Ausschluss** des Angebots wegen Änderungen an den Vergabeunterlagen

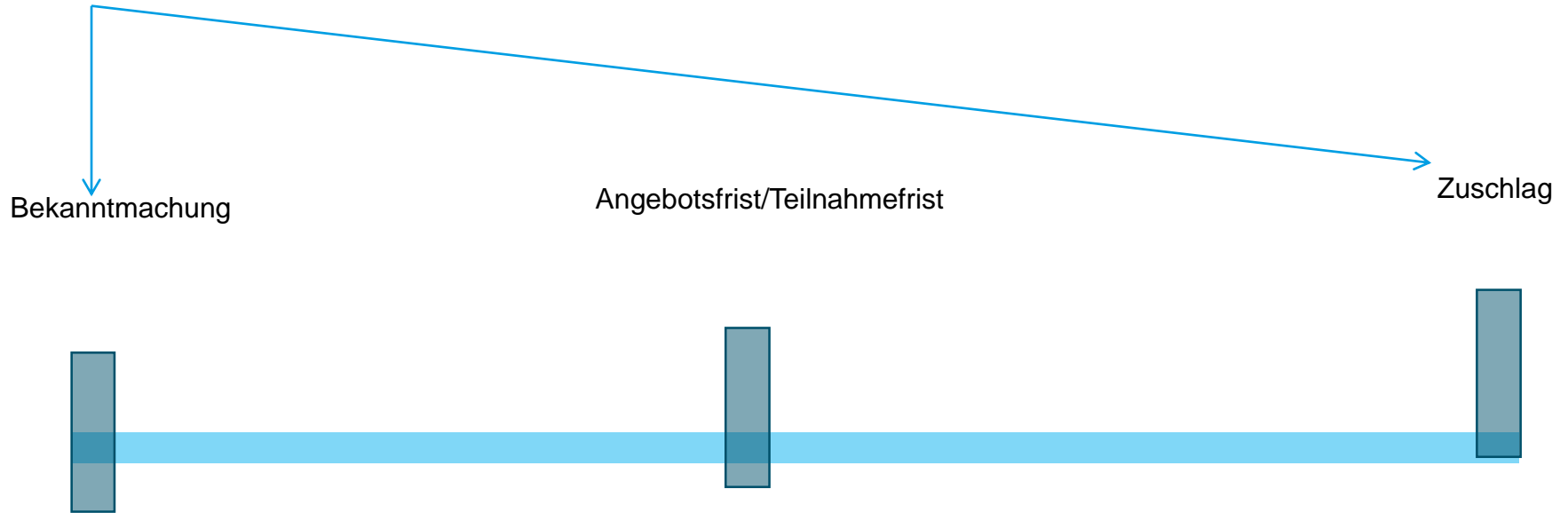
BGH, Urteil vom 18.06.2019, X ZR 86/17

▪ Die Entscheidung III

- Aufgabe der „streng formalen Rechtsprechung“ wegen Wertungswandel
- Wenn Angebot vollständig ist und der Bieter nach Aufklärung 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
 - BGH, Urteil vom 17.09.2019, X ZR 124/18: noch möglich **nach Verzicht** auf Nachprüfungsverfahren auf Bitten der Vergabestelle
- Keine (analoge) Anwendung von § 839 Abs. 3 BGB (keine Amtspflichtverletzung), § 254 BGB (Mitverschulden)

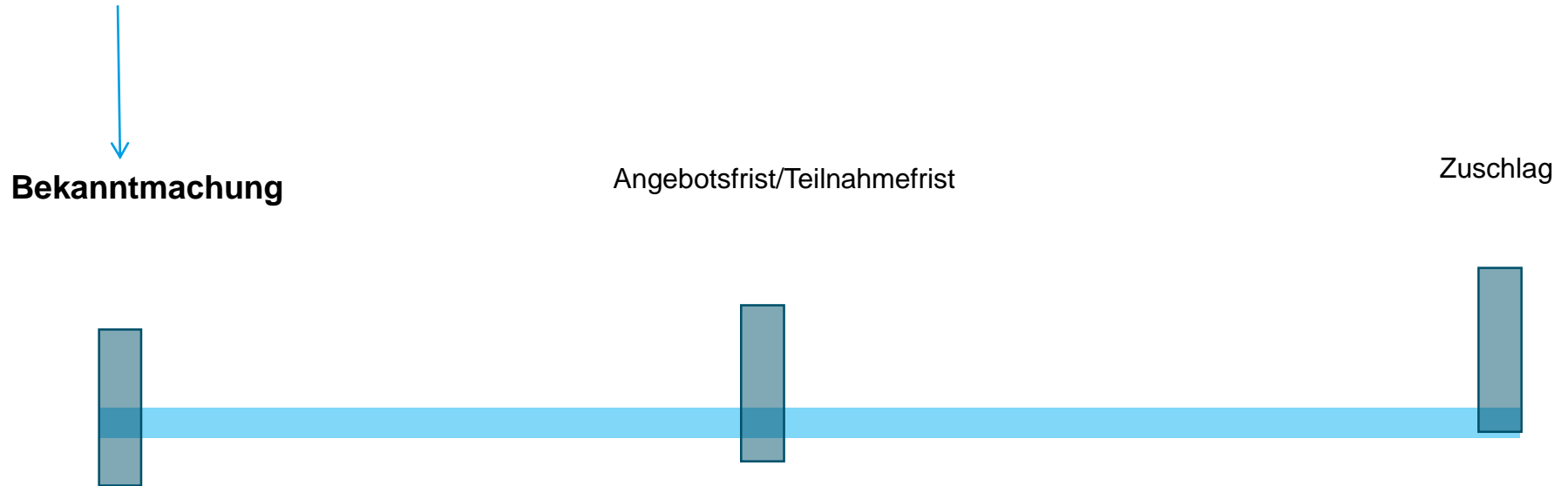
2) Wissenswertes zur E-Vergabe

Verpflichtende E-Vergabe



E-Vergabe im gesamten Beschaffungsprozess

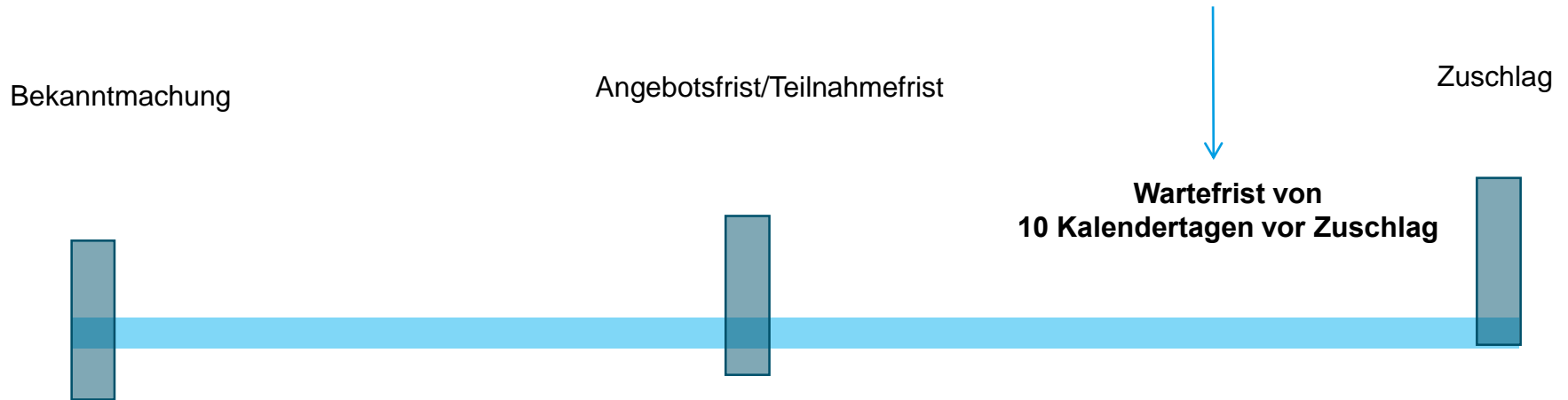
Bereitstellung von Vergabeunterlagen



OLG Düsseldorf, Beschluss vom 13.05.2019, Verg 47/18

- **Vollständig:** über die in der Bekanntmachung genannte Internetadresse können die Vergabeunterlagen vollständig (nicht nur Teile) heruntergeladen werden
- **Uneingeschränkt:** elektronische Adresse enthält einen eindeutig und vollständig beschriebenen medienbruchfreien elektronischen Weg zu den Vergabeunterlagen
- **Direkt:** potentielle Bieter oder Bewerber können sich über bekanntgemachte öffentliche Auftragsvergaben informieren oder Vergabeunterlagen abrufen, ohne sich zuvor auf einer elektronischen Vergabeplattform mit ihrem Namen, einer Benutzerkennung oder ihrer E-Mail-Adresse registrieren zu lassen
- Zweifache Verlinkung bzw. Anforderungen von Unterlagen via E-Mail nicht ausreichend

Die Information an nicht berücksichtigte Bieter (§ 134 GWB) bei der E-Vergabe



Zwingende Information vor Zuschlag über

- Name des erstplatzierten Bieters
- Vorgesehenes Zuschlagsdatum
- Gründe der Nichtberücksichtigung

VK Südbayern, Beschluss vom 29.03.2019, Z3-3-3194-1-07-03/19

- Information nach § 134 GWB muss in Textform an alle nicht berücksichtigten Bieter erfolgen
- Freischalten der Information und Verweis auf Nachricht (auch mit Hinweis auf Nachricht nach § 134 GWB) in Ausschreibungsplattform reicht nicht
 - Kein vergleichbares Versenden/Absenden einer E-Mail mit Information nach § 134 GWB
- Bieter muss **alle** nach § 134 GWB erforderlichen Information **direkt** erhalten
- **Warte-/Stillhaltefrist** beginnt erst mit **vollständiger** Information nach § 134 GWB
- Voraussetzung: Benachrichtigung über Vergabepattform mit allen Informationen nach § 134 GWB oder „Zwei-Wege-Lösung“ (Nachricht und zusätzlich Zusendung per Mail/Fax)

Sonstige aktuelle Rechtsprechung zur E-Vergabe

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

- Elektronisch eingereichte Teilnahmeanträge müssen (auch) verschlüsselt sein, Ausschluss bei Einstellung in Projektraum „Bieterkommunikation“

VK Südbayern, Beschluss vom 14.10.2019, Z3-3-3194-1-15-05/19

- „Sphärentheorie“ bei technischen Problemen bei der E-Vergabe: Bedienungsfehler und Fehlfunktionen beim Bieterclients grundsätzlich zu Lasten der Bieter; Fehler der Vergabepattformen grundsätzlich zu Lasten des Auftraggebers

OLG Naumburg, Beschluss vom 04.10.2019, 7 Verg 3/19

- Elektronische Angebote erfüllen Anforderungen an Textform, wenn der Bieter die auszufüllenden Formblätter in allen Textfeldern maschinenschriftlich ausfüllt; der Bieter muss nicht die - ursprünglich für Angebote in Papierform entworfenen und weiter verwendeten - Formblätter ausdrucken, unterschreiben und wieder einscannen

3) Zulässige Produktvorgaben

Die Leistungsbeschreibung

- Eindeutige und erschöpfende Leistungsbeschreibung, § 121 GWB
- Keine Diskriminierung/Wettbewerbsverzerrung, grundsätzlich **produktneutral** (§ 31 Abs.1,6 VgV)
 - Keine Verweis/Vorgabe eines/einer bestimmten Produkts, Herkunft, Verfahrens („produktscharf“), wenn dadurch Begünstigung oder Ausschluss von bestimmten Produkten/ Unternehmen/Verfahren
- Ausnahme
 - Durch Auftragsgegenstand **sachlich gerechtfertigt**
 - Nachvollziehbare objektive und auftragsbezogene Gründe („willkürfrei“)
 - Gründe tatsächlich vorhanden (feststellbar/„notfalls“ beweisbar)
 - Keine Diskriminierung anderer Wirtschaftsteilnehmer

Sachliche Rechtfertigung?

Mehrkosten/Mehraufwand ?

Bestehendes Know-How ?

Schnittstellenrisiken ?

Kompatibilität ?

Technische Zwänge?

Schulungsaufwand ?

Aktuelle Rechtsprechung I

OLG Düsseldorf, Beschluss vom 12.02.2014 - Verg 29/13

- Einführung/Support von Hochschul-Management-Systems (HISinOne), Ersetzung der bisher genutzten Hochschulsoftware (HIS-GX) wegen technischer **und** wirtschaftlicher Aspekte zulässig
- Unter Berücksichtigung Funktionalität, Effektivität, Komplexität und Bedeutung einer Hochschulsoftware gewährleistet ausgewähltes Produkt „am ehesten“ die Erfüllung der Hochschulaufgaben, verringert Risikopotentiale der Migrationsvorgänge „am ehesten“
- Umstellung von Open Source enorme wirtschaftliche Auswirkung, zusätzlicher Personalaufwand, Verlust von Know-How

Aktuelle Rechtsprechung II

OLG Düsseldorf, Beschluss vom 13.04.2016, Verg 47/15

- Ausschreibung Lieferung von Kommunikations-Hardware und -Software und von VoIP-Telefonen eines bestimmten Herstellers, Umstellung Bundesbehörde ISDN-Telefonie auf VoIP
- **Tatsächlich bestehende** und abzuwendende Risiken von Fehlfunktionen, Kompatibilitätsproblemen und von höherem Zeit- und Kostenaufwand für Schulungen, „Ein-Hersteller-Strategie“ wegen Bedeutung und Komplexität der Beschaffung gerechtfertigt

OLG Düsseldorf, Beschluss vom 16.10.2019, VII-Verg 66/18

- **Reine Zweckmäßigkeitserwägungen** (gewünschte Kooperation mit System der anderen Landkreise, zusätzlicher Schulungsaufwand, Umstellungsaufwand) **nicht** als sachliche Rechtfertigung ausreichend
- Auftraggeber muss Inkompatibilität und Gefährdung der Funktionalität nachweisen

Erfolgreiche Rechtfertigungsgründe

Umstellungsaufwand

Bestehendes Know-How

Sicherheitstechnische Vorgaben

Schnittstellenrisiken

Kompatibilität

Verringerung von Fehlfunktionen

Personal-/Schulungsaufwand

Viel Erfolg! Wer Lust auf mehr hat, please contact



Rechtsanwältin Monika Prell

Fachanwältin Vergaberecht, Counsel

SammlerUsinger Rechtsanwälte Partnerschaft mbB, Berlin

monika.prell@sammlerusinger.com

T +49 30 263 95 09 - 197