



VSVI-Vortragsveranstaltung „Bauvertragsrecht“

Friedberg / Hessen, den 12.02.2020

Heinz-Peter Zirbes

Aktuelle Rechtsprechung im Vergaberecht

Kurzfassung des Vortrages

Wesentliche Inhalte:

- I.** Kurzer Überblick über den derzeitigen Stand des Vergaberechts
- II.** Aktuelle Rechtsprechung - eine praxisrelevante Auswahl

I. Zum aktuellen Stand des Vergaberechts: ein kurzer Überblick

- „EU-Vergabe“

Für den Bereich der Auftragsvergaben mit Auftragswerten oberhalb der EU-Schwellenwerte war Mitte April 2016 ein neues Vergaberecht in Kraft getreten. Das gesamte Vergaberecht wurde in Struktur und Inhalt überarbeitet. Die wichtigsten Regelwerke für die Vorbereitung und Durchführung von EU-Vergaben sind aktuell:

- (1) §§ 97 ff. GWB (vierter bis sechster Teil)
- (2) Verordnung über die Vergabe öffentlicher Aufträge; mit VOB/A – Abschnitt 2
- (3) Konzessionsvergabeverordnung
- (4) Sektorenverordnung
- (5) Vergabeverordnung Verteidigung und Sicherheit; mit VOB/A – Abschnitt 3

Mit diesen Vorschriften wurden im Wesentlichen folgende EU-Richtlinien in das deutsche Vergaberecht umgesetzt:

- Richtlinie 2014/24/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Februar 2014 über die öffentliche Auftragsvergabe und zur Aufhebung der Richtlinie 2004/18/EG
- Richtlinie 2014/25/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Februar 2014 über die Vergabe von Aufträgen durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie der Postdienste und zur Aufhebung der Richtlinie 2004/17/EG

sowie die

- Richtlinie 2014/23/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Februar 2014 über die Konzessionsvergabe
- „Nationale“ Auftragsvergaben

Die wichtigsten Regelwerke im Bereich unterhalb der EU-Schwellenwerte sind:

- (1) Haushaltsrechtliche Vorgaben (bspw. BHO / LHO / Kommunales Haushaltsrecht)
 - (2) Auf Bundesebene sowie weitgehend auch in den Ländern bereits eingeführt: Die Unterschwellen-Vergabeordnung (UVgO); davon bleibt die VOB/A unberührt
 - (3) Landes-Vergabegesetze (partiell mit Tariftreue-Regelungen und / oder Mindestlohn etc.)
 - (4) Vergaberechtliche Verwaltungsvorschriften und Erlasse
 - (5) VOB/A und VOL/A, jeweils Abschnitt 1 (soweit statt der VOL/A nicht die UVgO gilt)
- Ab Januar 2020: Neue EU-Schwellenwerte

Bekanntmachung der ab dem 1. Januar 2020 geltenden EU-Schwellenwerte für die Vergabe öffentlicher Aufträge vom 9. Dezember 2019, im Bundesanzeiger veröffentlicht am Dienstag, den 31. Dezember 2019 - BAnz AT 31.12.2019 B2:

Anwendungsbereich	bis 31.12.2019	ab 01.01.2020
Klassische Richtlinie (2014/24/EU)		
Bauleistungen	5.548.000 EUR	5.350.000 EUR
Liefer-/Dienstleistungen		
- zentrale Regierungsbehörden	144.000 EUR	139.000 EUR
- übrige öffentliche Auftraggeber	221.000 EUR	214.000 EUR
Konzessionen (2014/23/EU)		
Konzessionen	5.548.000 EUR	5.350.000 EUR
Sektorenrichtlinie und Richtlinie Verteidigung und Sicherheit (2014/25/EU und 2009/81/EG)		
Bauleistungen	5.548.000 EUR	5.350.000 EUR
Liefer-/Dienstleistungen	443.000 EUR	428.000 EUR

- Derzeit auf Bundesebene im Gesetzgebungsverfahren

Gesetzentwurf zur beschleunigten Beschaffung im Bereich der Verteidigung und Sicherheit und zur Optimierung der Vergabestatistik.

II. Aktuelle Rechtsprechung - eine praxisrelevante Auswahl

Es werden Entscheidungen aus jüngerer Zeit vorgestellt, die für die Beschaffungspraxis im Bau- und Dienstleistungsbereich von besonderer Bedeutung sind. Die Entscheidungen betreffen im Wesentlichen die Themen Ausschlussgründe, Eignung der Unternehmen, Zuschlagskriterien sowie verfahrensrechtliche Anforderungen.

1. Der EuGH hat in seinem Urteil vom 04. Juli 2019 – C-377/17 – entschieden, dass die verbindliche Festsetzung von Mindest- und Höchstsätzen in der deutschen HOAI gegen EU-Recht verstößt und daher rechtswidrig ist.
2. VK Bund, Beschluss vom 30.08.2019 - VK 2 60/19: Das Vergabeverfahren leidet an dem Mangel, dass der Auftraggeber der Entscheidung des EuGH vom 4. Juli 2019, wonach die festen Honorarvorgaben der HOAI als Verstoß gegen die Richtlinie 2006/123/EG europarechtswidrig sind, nicht durch Anpassung der Vergabeunterlagen Rechnung getragen hat.
3. VK Sachsen-Anhalt, Beschluss vom 24.10.2019, 1 VK LSA 04 / 19: Ausweislich der Entscheidung des EuGH vom 04.07.2019 verstößt das verbindliche Preisrecht der HOAI gegen wettbewerbsrechtliche Grundsätze und findet seine Rechtfertigung auch nicht in dem Bemühen um eine hinreichende Qualitätssicherung im Bereich der Architekten- und Ingenieurleistungen. Entgegen der Auffassung der Antragsgegnerin wirken die Feststellungen des EuGH unmittelbar. Dies gilt unabhängig davon, ob die Bekanntmachung der streitgegenständlichen Ausschreibung vor oder nach der Entscheidung des EuGH datiert. Ein Verstoß gegen drittschützendes materielles Vergaberecht ist demnach vorliegend durch die Vorgabe des HOAI-Preisrechts gegeben.
4. VK Bund, Beschluss vom 22.11.2019 - VK 1 83/19: Ausgeschrieben waren Projektsteuerungsleistungen in Stabsfunktion. Die Vergabeentscheidung darf auch auf der Basis einer mündlichen Präsentation getroffen werden. Nach der vorliegenden Dokumentation waren allerdings die Bewertung der Präsentationen der Bieter und die damit einhergehende Vergabeentscheidung zugunsten des beigeladenen Bieters fehlerhaft.

5. VK Rheinland, Beschluss vom 19.11.2019, VK 40 / 19 – L: Grundlage der Angebotsbewertung hat das in Textform eingereichte finale Angebot zu sein (§ 17 Abs. 14 Satz 2 VgV), wie sich auch aus § 127 Abs. 1 Sätze 1 und 2 GWB ergibt. Bestandteil dieses Angebots sind dementsprechend nicht nur die Elemente des abzuschließenden zivilrechtlichen Vertrages, sondern auch etwaige Konzepte zur Auftragsdurchführung, die Gegenstand der Angebotsbewertung sind. Derartige Konzepte müssen demzufolge ebenfalls in Textform vorliegen. Bringen die Bieter solche Konzepte lediglich als Tischvorlage zu den jeweiligen vor Abgabe des endgültigen Angebots stattfindenden Verhandlungsgesprächen mit, stellt dies keine formgerechte Angebotsabgabe dar.

Erst recht unzulässig ist es, die Bewertung der Angebote hinsichtlich einzelner Zuschlagskriterien allein auf mündliche Darlegungen der Bieter in einem Präsentationstermin zu stützen. Eine mündliche Präsentation kann bei der Angebotsbewertung lediglich ergänzend zu entsprechenden Ausführungen in Textform herangezogen werden.

6. In seiner Entscheidung vom 26.09.2019 – C-63/18 hat der EuGH festgestellt, dass eine pauschale Beschränkung des Einsatzes von Unterauftragnehmern in Höhe von 30% des Auftrages gegen die RL 2014/24/EU verstößt.
7. Der BGH hat mit Urteil vom 18.06.2019 - X ZR 86/17 - festgestellt, dass vom Bieter mit seinem Angebot gestellte und von den Vergabeunterlagen abweichende Zahlungsbedingungen nicht in jedem Fall den Ausschluss des Angebotes wegen Änderung der Vergabeunterlagen erfordern. Das Angebot kann vielmehr ohne Verstoß gegen § 13 EU Abs. 1 Nr. 5 VOB/A in der Wertung verbleiben, wenn nach bloßer Streichung der hinzugefügten Zahlungsbedingungen ein dem maßgeblichen Inhalt der Vergabeunterlagen vollständig entsprechendes Angebot vorliegt.
8. VK Bund, Beschluss vom 27.09.2019 - VK 2 70/19: Es liegt eine Änderung an den Vergabeunterlagen gemäß § 16 EU Nr. 2 i.V.m. § 13 EU Abs. 1 Nr. 5 VOB/A vor, wenn der Bieter mit seinem Terminkonzept, das wertungsrelevant ist, von der in den Vergabeunterlagen verbindlich vorgegebenen Vertragsfrist abweicht und damit etwas anderes angeboten hat, als nachgefragt wurde (vgl. auch OLG Düsseldorf, Beschluss vom 22. März 2017 –VII-Verg 54/16).
9. VK Lüneburg, Beschluss vom 12.09.2019 - VgK-32/2019: Eine zum Angebotsausschluss führende Änderung der Vergabeunterlagen liegt vor, wenn der Bieter von den Vorgaben der Vergabeunterlagen inhaltlich abweicht. Abweichungen von nicht eindeutigen Vorgaben führen nicht zum Ausschluss. Enthalten Vorschläge in der Leistungsbeschreibung die Zusätze "beispielhafte Darstellung" oder "nur zur Kalkulation", sind diese Vorgaben nicht abschließend verbindlich.

- 10.** OLG Frankfurt am Main, Beschluss vom 05.11.2019 - 11 Verg 4/19: Wenn in der bautechnischen Praxis ein Vorverständnis über den Qualitätsstandard eines Systems besteht (hier: Korrosionsbewehrung von Betonfertigteilen), dann ist dies ein wesentlicher Anhaltspunkt für die Auslegung von Leistungsanforderungen durch den verständigen, fachkundigen Bieter.

Unabhängig von der Verpflichtung des Auftraggebers, die Leistungsbeschreibung eindeutig und erschöpfend abzufassen, muss sich ein Bieter bei der Auslegung der Leistungsbeschreibung immer fragen, was die Vergabestelle aus ihrer Interessenlage heraus wirklich gewollt hat. Sofern er ernsthaft daran zweifelt, ob seine Auslegung tatsächlich dem Willen der Vergabestelle entspricht, muss er gegebenenfalls durch eine Anfrage bei der Vergabestelle diese Zweifel klären (OLG Düsseldorf Beschluss vom 14.9.2016 VII-Verg 7/16).

- 11.** OLG Naumburg, Urteil vom 27.06.2019 - 2 U 11/18: Ein Bieter darf bei einem erkennbar lückenhaften Leistungsverzeichnis nicht einfach von einer ihm günstigen Preisermittlungsgrundlage ausgehen, sondern muss sich daraus ergebende Zweifelsfragen vor Abgabe seines Angebots zu klären versuchen.

- 12.** OLG Celle, Urteil vom 09.01.2020 - 13 W 56/19: Im Unterschwellenbereich besteht keine generelle Informations- und Wartepflicht entsprechend § 134 GWB. Der hier anwendbare § 19 VOL/A sieht – ebenso wie die in Niedersachsen noch nicht in Kraft getretene UVgO, dort § 46 – lediglich vor, dass der Auftraggeber die nicht berücksichtigten Bieter nachträglich über die bereits erfolgte Zuschlagserteilung informieren muss. Anders als in einigen anderen Bundesländern existiert in Niedersachsen auch (noch) keine dem § 134 Abs. 1 GWB vergleichbare Bestimmung im Landesvergaberecht.

- 13.** LG Oldenburg, Entscheidung in Form einer prozessleitenden Verfügung vom 02.10.2019 - 5 O 1810 / 19: Auch im Rahmen eines Zivilrechtsstreits bei Vergabeverfahren unterhalb der Schwellenwerte ist der Auftraggeber verpflichtet, die sich aus § 20 VOB/A ergebenden Unterlagen herauszugeben. Die Dokumentation dient, neben der Sicherstellung der Nachprüfbarkeit für die Rechnungsprüfungsbehörden, vor allem auch dem Schutz der Bieter. Diese haben daher ein subjektives Recht auf deren Erstellung und die Verwendung als Beweismittel in einem Zivilrechtsprozess.

- 14.** OLG Dresden, Beschluss vom 02.07.2019 - 16 U 975 / 19: Es kann eine unzulässige Rechtsausübung gemäß § 241 Abs. 2 BGB darstellen, wenn der Auftraggeber ein Vertragsangebot annimmt und auf der Durchführung des Vertrages besteht, obwohl er wusste (oder sich treuwidrig der Kenntnisnahme entzog), dass das Angebot auf einem Kalkulationsirrtum des Erklärenden beruht. Erforderlich sind dafür - erstens - ein für

den Auftraggeber erkennbarer erheblicher Kalkulationsirrtum des Bieters und - zweitens - die Unzumutbarkeit der Durchführung des Auftrages für den betroffenen Bieter. Beide Voraussetzungen wurden im vorliegenden Fall bejaht.

15. KG, Urteil vom 28.06.2019 - 9 U 55/18: Ein genereller Ausschluss von Bietern aus einem Vergabeverfahren oder seine generelle Nichtbeteiligung an ebensolchen ohne Einzelfallprüfung ("Vergabesperre") - hier wegen Annahme von Interessenkonflikten i.S.d. § 6 VgV - ist durchgehend vergaberechtswidrig.
16. OLG Celle, Beschluss vom 13.05.2019 – 13 Verg 2/19: Das Handeln von Nachunternehmern kann für sich genommen keinen Ausschlussstatbestand nach § 124 Abs. 1 Nr. 1 GWB begründen. Für einen Ausschluss wegen einer schwerwiegenden Täuschung oder der Zurückhaltung von Auskünften ist ein Verschulden im Sinne eines vorsätzlichen Handelns erforderlich.
17. OLG Naumburg, Beschluss vom 04.10.2019 - 7 Verg 3/19: Bei der Forderung elektronischer Angebote in Textform müssen mit dem Angebot eingereichte Formblätter nicht notwendig ausgedruckt, unterschrieben und wieder eingescannt werden.
18. VK Bund, Beschluss vom 19.11.2019 - VK 1-81/19: Das Kriterium "Anzahl der Mitarbeiter" ist kein Zuschlags-, sondern ein Eignungskriterium. Ein Eignungskriterium darf grundsätzlich nicht zur Beurteilung der Wirtschaftlichkeit eines Angebots herangezogen werden. Etwas anderes gilt lediglich dann, wenn es nicht der Beurteilung der allgemeinen Ausstattung des Bieterunternehmens dient, sondern der Qualität des auf den konkreten Auftrag abgegebenen Angebots.
19. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 20.12.2019 - Verg 35/19: Der Auftraggeber kann mithilfe der zwingenden Festlegung von Mindestanforderungen für Nebenangebote bestimmen, wann er ein Nebenangebot im Vergleich mit einem Hauptangebot als gleichwertig anerkennen will. Dabei können die Anforderungen an ein Nebenangebot strenger sein als die an das Hauptangebot.
20. OVG Rheinland-Pfalz, Urteil vom 10.12.2019 - 6 A 10517/19 und OVG Nordrhein-Westfalen, Beschluss vom 15.08.2019 - 15 A 2792/18: Die beiden Entscheidungen befassen sich mit der Frage, ob bei Vorliegen eines Vergabeverstoßes Fördermittel zurückgefordert werden können oder müssen („intendiertes Ermessen“?).

In Bezug auf die Einzelheiten wird auf die Präsentation zum mündlichen Vortrag verwiesen.