

VSVI-Vortragsveranstaltung „Bauvertragsrecht“ 2018

Aktuelle Entwicklungen im Vergaberecht

Rechtsanwalt Heinz-Peter Zirbes

Anwaltskanzlei Heinz-Peter Zirbes, Holzhausenstraße 25, 60322 Frankfurt am Main

Telefon: +49 151 1942 6020

Fax: +49 69 95 99 092

E-Mail: hp.zirbes@icloud.com

Inhalte

Schriftliche Kurzfassung (Handout)

- I. Zum aktuellen Stand des nationalen Vergaberechts: ein kurzer Überblick
- II. Neuigkeiten aus dem Europäischen Vergabewesen
- III. Aktuelles aus dem nationalen Vergaberecht

Mündlicher Vortrag

- IV. Schwerpunkt: Aktuelle Rechtsprechung - eine praxisrelevante Auswahl
- V. Diskussion aktueller Themen nach Wunsch der Teilnehmer /-innen

OLG München, Beschluss vom 07.11.2017 - Verg 8/17

Fehlende Preisangaben: Muss das Angebot ausgeschlossen werden?

§ 57 VgV: Ausschluss von Interessensbekundungen, Interessensbestätigungen, Teilnahmeanträgen und Angeboten

(1)

Von der Wertung ausgeschlossen werden Angebote von Unternehmen, die die Eignungskriterien nicht erfüllen, und Angebote, die nicht den Erfordernissen des § 53 genügen, insbesondere:

1.

Angebote, die nicht form- oder fristgerecht eingegangen sind, es sei denn, der Bieter hat dies nicht zu vertreten,

2.

Angebote, die nicht die geforderten oder nachgeforderten Unterlagen enthalten,

3.

Angebote, in denen Änderungen des Bieters an seinen Eintragungen nicht zweifelsfrei sind,

4.

Angebote, bei denen Änderungen oder Ergänzungen an den Vergabeunterlagen vorgenommen worden sind,

5.

Angebote, die nicht die erforderlichen Preisangaben enthalten, es sei denn, es handelt sich um unwesentliche Einzelpositionen, deren Einzelpreise den Gesamtpreis nicht verändern oder die Wertungsreihenfolge und den Wettbewerb nicht beeinträchtigen, oder

6.

nicht zugelassene Nebenangebote.

(2)

Hat der öffentliche Auftraggeber Nebenangebote zugelassen, so berücksichtigt er nur die Nebenangebote, die die von ihm verlangten Mindestanforderungen erfüllen.

(3)

Absatz 1 findet auf die Prüfung von Interessensbekundungen, Interessensbestätigungen und Teilnahmeanträgen entsprechende Anwendung.

Entscheidung:

- Das OLG hielt den Angebotsausschluss der Antragstellerin nach § 57 Abs. 1 Nr. 5, § 56 Abs. 3 Satz 1, § 53 Abs. 7 Satz 2 VgV für rechtmäßig, da im Angebot der Antragstellerin eine wesentliche Preisangabe fehlte.
- Auch eine Nachforderung der fehlenden Preisangabe sei nicht möglich gewesen, da es sich um eine „wesentliche“ Preisangabe i.S.d. § 56 Abs. 3 Satz 2, § 57 Abs. 1 Ziff. 5 VgV gehandelt habe.
- Ob eine Preisangabe wesentlich sei, bestimme sich nach dem fraglichen Leistungsgegenstand und seiner Bedeutung, seines wertmäßigen Anteils für die Gesamtleistung sowie für den Gesamtpreis im Einzelfall.

- Teilweise sei in der obergerichtlichen Rechtsprechung hierzu angenommen worden, es handle sich nicht mehr um eine unwesentliche Einzelposition, wenn eine fehlende Preisposition quantitativ knapp 6 % der geforderten Preisangaben umfasse und der fehlende Betrag etwas mehr als 10 % des Gesamtentgelts ausmache. Teilweise sei die Wesentlichkeit verneint worden, wenn die Kalkulationsunschärfe durch die Preislücke im Promillebereich liege, hingegen sei Wesentlichkeit bejaht worden, wenn sich der Gesamtpreis um ca. ein Fünftel erhöhe.
- Nicht maßgeblich sei ferner, ob sich bei Angabe des Preises die Reihenfolge der Angebote ändern würde. Zum einen sei eben völlig unklar, welcher Preis für die Einzelposition fiktiv anzusetzen wäre. Zum anderen komme es auf die Änderung der Wertungsreihenfolge nach dem Wortlaut des § 57 Abs. 1 Ziff. 5 VgV erst dann an, wenn es sich um eine „unwesentliche“ Einzelposition handle. Dies sei hier nicht der Fall.

VK Nordbayern, Beschluss vom 21.08.2017 - 21.VK-3194-18/17

Fehlende Preisangaben: Muss das Angebot ausgeschlossen werden?

- Fehlt eine Preisangabe und war diese wesentlich gemäß § 56 Abs. 3 Satz 2 VgV, ist dies einer Nachforderung nicht zugänglich. Angebote, in denen wesentliche Preisangaben fehlen, sind zwingend von der Wertung auszunehmen.
- Das Merkmal der Unwesentlichkeit ist ein gesondert zu prüfendes Tatbestandselement und ein unbestimmter Rechtsbegriff, unter denen der Sachverhalt zu subsumieren ist, ohne dass der Auftraggeber einen Beurteilungs- oder Ermessensspielraum hat. Dafür kommt es nicht auf die wettbewerbliche Relevanz der fehlenden Preisangabe an.
- Über die Unwesentlichkeit ist vom öffentlichen Auftraggeber aufgrund des Leistungsgegenstands und seiner Bedeutung, respektive des wertmäßigen Anteils für die Gesamtleistung sowie für den Gesamtpreis im Einzelfall zu entscheiden.

- Während Erklärungen und Nachweise grundsätzlich nachgefordert werden können, sind leistungsbezogene Unterlagen grundsätzlich nicht nachforderbar.
- Bevor ein Auftraggeber ausschließt, muss er prüfen, ob der Fehler nicht korrigierbar ist. Von einer zulässigen Klarstellung des Angebotsinhalts ist auszugehen, wenn der tatsächlich gemeinte Preis durch Auslegung des Angebotsinhalts gemäß §§ 133, 157 BGB zu ermitteln ist. Voraussetzung hierfür ist, dass sich eindeutig und zweifelsfrei aus den Angebotsunterlagen ergibt, dass ein ganz bestimmter Einheitspreis gewollt war. Für den öffentlichen Auftraggeber muss dies offenkundig und unschwer festzustellen sein. Sind Nachforschungen über das wirklich Gewollte beim Bieter erforderlich, sind diese Anforderungen nicht erfüllt.

VK Thüringen, Beschluss vom 20.09.2017 - 250-4004-6659/2017-E-034-WE

Zentrale Feststellung:

- Die inhaltliche Nachbesserung eines Teilnahmeantrages, in diesem Fall durch die Ersetzung einer zum Nachweis der Eignung benannten Person und der Nachreichung von Qualifikationen für die neu benannte Person, soll durch § 56 Abs. 2 Satz 1 VgV gerade nicht erreicht werden.

Sachverhalt:

In dem Verfahren vor der Vergabekammer Thüringen ging es u.a. um die Nachreichung von verbesserten Eignungsnachweisen.

Die Vergabestelle schrieb Planungsleistungen für die Erneuerung einer Küche im Wege eines Verhandlungsverfahrens mit Teilnahmewettbewerb europaweit aus. Als Nachweis der technischen und beruflichen Leistungsfähigkeit mussten die Bewerber einen für die

Leistungserbringung vorgesehenen Projektleiter mit der Berufsqualifikation Ingenieur benennen und Referenzprojekte angeben. Der Beigeladene gab in seinem Teilnahmeantrag als Projektleiter Herrn X und Herrn Y an.

In einem darauffolgenden Bietergespräch sollten die Bieter ihr Projektteam und ihr Angebot präsentieren sowie den Projektleiter Planung vorstellen. Herr X, gelernter Koch und später als Projektleiter für Großküchentechnik sowie freier Fachplaner tätig, vertrat den Beigeladenen allein.

Dem anschließend vom Beigeladenen abgegebenen letztverbindlichen Angebot war ein Entwurf eines Planervertrages Küchenplanung beigelegt, der Herrn X als Projektleiter und Herrn Y als stellvertretenden Projektleiter auswies. Herr Y ist Diplom-Ingenieur. Nach Bewertung der letztverbindlichen Angebote war der Beigeladene erstplatziert, die Antragstellerin zweitplatziert.

Die Aufsichtsbehörde ordnete wegen der fehlenden Qualifikation/Eignung von Herrn X die Zurücksetzung des Vergabeverfahrens in die Phase der Eignungsprüfung und die Wiederholung der Eignungsprüfung durch die Vergabestelle an. Die Vergabestelle bat daraufhin die Bieter im Rahmen der Wiederholung der Eignungsprüfung um die erneute Bearbeitung der Anlage „Projektleiter und Stellvertreter“. Der Beigeladene benannte

sodann ausschließlich Herrn Y als Projektleiter-Ingenieur unter (nochmaliger) Vorlage von Ausbildungsnachweisen und anderer persönlicher Referenzen. Nachdem die Vergabestelle wiederum die Eignung sämtlicher Bieter und die Fortgeltung der Rangfolge der Bieter festgestellt hatte, wollte sie den Vertrag mit dem Beigeladenen schließen.

Nach erfolgloser Rüge beantragte die Antragstellerin die Nachprüfung.

Entscheidung: Mit Erfolg.

Die Vergabekammer hält den Beigeladenen mit Blick auf die ausgeschriebenen Planungsleistungen mangels technischer und beruflicher Leistungsfähigkeit nicht für geeignet i.S.d. §§ 122 Abs. 1 und 2 Satz 2 Nr. 3 GWB, 46 VgV.

Nach § 46 Abs. 1 Satz 1 VgV könne der öffentliche Auftraggeber im Hinblick auf die technische und berufliche Leistungsfähigkeit der Bewerber oder Bieter Anforderungen stellen, die sicherstellen, dass diese über die erforderlichen personellen und technischen Mittel sowie ausreichende Erfahrung verfügten, um den Auftrag in angemessener Qualität auszuführen.

Nach § 46 Abs. 3 Nr. 1 und 2 VgV könne der öffentliche Auftraggeber als Beleg geeignete Referenzen über früher ausgeführte Liefer- und Dienstleistungsaufträge und die Angabe der technischen Fachkräfte oder der technischen Stellen, die im Zusammenhang mit der Leistungserbringung eingesetzt werden sollen, verlangen. Vorliegend seien die Bewerber zum Nachweis der technischen und beruflichen Leistungsfähigkeit verpflichtet gewesen, den für die Leistungserbringung vorgesehenen Projektleiter unter Angabe persönlicher Referenzprojekte zu benennen.

In der Anlage „Projektleiter und Stellvertreter“ zum Bewerbungsbogen sei unter Projektleiter-Ingenieur für die Planungsleistungen gemäß § 75 Abs. 1 bis 3 VgV die Berufsqualifikation Ingenieur/in gefordert worden.

Werde als Berufsqualifikation der Beruf des „Beratenden Ingenieurs“ oder „Ingenieurs“ gefordert, so sei gemäß § 75 Abs. 2 VgV zuzulassen, wer berechtigt sei, die entsprechende Berufsbezeichnung zu tragen oder in der Bundesrepublik Deutschland entsprechend tätig zu werden.

Dem Bewerbungsbogen des Beigeladenen, Anlage „Projektleiter und Stellvertreter“ seien unter Projektleiter-Ingenieur für die Planungsleistungen die Namen X und Y zu entnehmen.

Herr X sei jedoch nicht berechtigt, die Berufsbezeichnung Ingenieur zu tragen oder in der Bundesrepublik Deutschland als Ingenieur tätig zu werden; für Herrn Y treffe dies hingegen zu.

Der Argumentation der Vergabestelle, der Beigeladene erfülle die Qualifikation der Projektleitung, weil Herr Y, der über die erforderliche Qualifikation „Ingenieur“ verfüge, bereits im Teilnahmeverfahren neben Herrn X als zweiter Projektleiter benannt worden sei, folgt die Vergabekammer nicht.

Vielmehr sei dem eingereichten Entwurf eines Planervertrages Küchenplanung zu entnehmen, dass Herr X die Aufgabe eines Projektleiters und Herrn Y die Aufgabe eines stellvertretenden Projektleiters habe wahrnehmen sollen. Auch der Umstand, dass die Bieter die Teilnahme des Projektleiters an der Präsentation und Verhandlungsrunde sicherzustellen und überdies im Rahmen der Bietergespräche jeweils ihren Projektleiter Planung vorzustellen hatten und Herr X für den Beigeladenen allein erschienen sei, spreche für die Annahme der Vergabekammer, dass anfänglich Herr X die Aufgabe des Projektleiters und Herr Y die Aufgabe eines stellvertretenden Projektleiters habe wahrnehmen sollen.

Die Vergabekammer wertet dies als Nachbenennung eines als qualifiziert/geeignet anzusehenden Projektleiters und als Nachreichung der persönlichen Referenzen dieses Projektleiters, die als unzulässige nachträgliche Erbringung von Eignungsnachweisen durch einen Bewerber/Bieter auf Nachforderung der Vergabestelle unzulässig seien.

Denn nach Ablauf der Frist für die Abgabe eines Teilnahmeantrags bzw. nach Ablauf der Angebotsabgabefrist seien Bewerber/Bieter grundsätzlich an den Inhalt ihres Antrags/Angebots gebunden.

Vorliegend würde die Zulassung der Nachbenennung von Herrn Y als qualifizierten/geeigneten Projektleiter unter Angabe anderer persönlicher Referenzen dazu führen, dass der wegen der anfänglichen Benennung von Herrn X als Projektleiter vormals technisch und beruflich nicht leistungsfähige/geeignete und daher auszuschließende Beigeladene nunmehr als technisch und beruflich leistungsfähig/geeignet anzusehen wäre.

Dadurch könne der Beigeladene seinen Teilnahmeantrag inhaltlich nachbessern und sich in einer dem Gleichbehandlungsgrundsatz widersprechenden Weise gegenüber seinen Konkurrenten einen Wettbewerbsvorteil verschaffen.

Die Vergabestelle und der Beigeladene könnten sich insofern auch nicht auf § 56 Abs. 2 Satz 1 VgV berufen.

Zwar seien die hier in Frage stehenden Eignungsnachweise des Beigeladenen als unternehmensbezogene Unterlagen i.S.v. § 56 Abs. 2 Satz 1 VgV aufzufassen. Auch könnten bei Verhandlungsverfahren mit Teilnahmewettbewerb unternehmensbezogene (Eignungs-)Unterlagen grundsätzlich bis zum Abschluss des Teilnahmewettbewerbs nachgefordert werden.

Jedoch liege kein Fall einer zulässigen Nachforderung von Unterlagen i.S.v. § 56 Abs. 2 Satz 1 VgV vor.

Herr X verfüge nicht über die geforderte berufliche Qualifikation und könne mangels Ausbildung den Nachweis der geforderten beruflichen Qualifikation für eine Aufgabe als Projektleiter-Ingenieur nicht erbringen.

Insofern sei die Nachreichung eines fehlenden Nachweises i.S.v. § 56 Abs. 2 Satz 1 VgV auf Nachforderung der Vergabestelle nicht möglich.

Es gehe auch nicht um die Vervollständigung oder Korrektur unvollständiger oder fehlerhafter, aber bereits vorliegender Unterlagen i.S.v. § 56 Abs. 2 Satz 1 VgV.

Vielmehr habe der Beigeladene auf Anforderung der Vergabestelle zur erneuten Bearbeitung der Anlage „Projektleiter und Stellvertreter“ ausschließlich Herrn Y als Projektleiter unter (nochmaliger) Vorlage von Ausbildungsnachweisen und anderer persönlicher Referenzen benannt und insofern Herrn X durch Herrn Y als Projektleiter ersetzt.

Die Änderung des Teilnahmeantrags im Hinblick auf die Person des Projektleiters unter Angabe anderer persönlicher Referenzen und insofern ein Austausch bereits vorliegender Eigenerklärungen im Hinblick auf persönliche Referenzprojekte des Projektleiters, stelle eine dem Gleichbehandlungsgrundsatz widersprechende inhaltliche Nachbesserung des Teilnahmeantrags dar, die durch die Einführung des § 56 Abs. 2 Satz 1 VgV gerade nicht bezweckt worden sei.

Die Schaffung der Nachforderungs- und Nachreichungsmöglichkeiten nach § 56 Abs. 2 Satz 1 VgV diene lediglich dazu, überspitzte Förmereien bei der Prüfung von Unterlagen zu beseitigen und bloßes Vergessen einer Unterlage, offensichtliche Schreibfehler oder unklare oder widersprüchliche Angaben bei der Abgabe eines Teilnahmeantrages/Angebotes nicht mehr ohne Weiteres durch einen Ausschluss des Antrages/Angebots zu sanktionieren.

VK Westfalen, Beschluss vom 04.12.2017 - VK 1-31/17

Sachverhalt:

In dem Verfahren vor der Vergabekammer Westfalen ging es vor allem um die Folgen einer unerfüllbaren Anforderung in der Leistungsbeschreibung.

Die Auftraggeberin schrieb das Gewerk „Gebäudeautomation“ als Bauauftrag in einem offenen Verfahren nach der VOB/A-EU aus. Einziges Zuschlagskriterium war der Preis.

In der Leistungsbeschreibung forderte die Auftraggeberin u.a. ein Touchpanel zur Bedienung der Automationsstation. Dieses Touchpanel musste laut Leistungsbeschreibung ganz bestimmte technische Daten erfüllen. Unter anderem sollte ein Energiebedarf von 4,5 W bei eingeschalteter Hintergrundbeleuchtung vorliegen. Weiterhin forderte die Auftraggeberin eine Software zur Fernwartung, die ebenfalls bestimmte technische Voraussetzungen erfüllen musste.

Das Angebot der Antragstellerin lag preislich gesehen auf dem 1. Rang.

Nach Überprüfung der vorgelegten Unterlagen schloss die Auftraggeberin das Angebot der Antragstellerin aus, weil die erforderlichen technischen Produktspezifikationen zum Touchpanel und zum Fernwartungssystem von der Antragstellerin mit ihrem Angebot nicht erfüllt worden seien.

Die Antragstellerin rügte den Ausschluss und beantragte die Nachprüfung.

Sie ist der Ansicht, ihr Angebot erfülle alle Anforderungen der Leistungsbeschreibung und der Ausschluss sei deshalb vergaberechtswidrig erfolgt.

Während des Nachprüfungsverfahrens stellte sich heraus, dass die Vorgabe in der Leistungsbeschreibung zum Energiebedarf der Hintergrundbeleuchtung (4,5 W) von keinem Produkt auf dem Markt erfüllt werden kann.

Entscheidung:

Nach Ansicht der Vergabekammer ist der Nachprüfungsantrag begründet.

Die Auftraggeberin habe gegen § 97 Abs. 6 GWB verstoßen, sodass die Anordnung der Zurückversetzung der Ausschreibung zwingend erforderlich war.

Als Konkretisierung des Gleichbehandlungsgrundsatzes aus § 97 Abs. 2 GWB sei der Auftragsgegenstand gemäß § 121 GWB in der Leistungsbeschreibung so eindeutig und erschöpfend wie möglich zu beschreiben, sodass die Beschreibung für alle Unternehmen im gleichen Sinne verständlich sei und die Angebote miteinander verglichen werden könnten.

Eine Leistungsbeschreibung, die diese Anforderungen nicht erfüllt, dürfe der Wertung von Angeboten nicht zugrunde gelegt werden. Vorliegend könne die Vorgabe von 4,5 W aus der Leistungsbeschreibung von keinem Produkt auf dem Markt zum gegenwärtigen Zeitpunkt eingehalten werden.

Zwar ordne § 16 EU Nr. 2 VOB/A i.V.m. § 13 EU Abs. 1 Nr. 5 VOB/A an, dass Angebote ausgeschlossen werden können, die nicht die geforderten Angaben und Erklärungen enthalten.

Dies betreffe aber nur geforderte Angaben und Erklärungen, die erfüllt werden könnten. Denn etwas, was für jedermann unmöglich sei, könne schlechterdings nicht durchgesetzt

werden. Das verbiete, aus der Nichterfüllung eines hierauf gerichteten Verlangens nachteilige Folgen für die Bieter herzuleiten. Bei einer unerfüllbaren Anforderung leide das Vergabeverfahren an einem grundlegenden Mangel. Auf dieser Grundlage könne der Auftraggeber überhaupt keinen Auftrag für die nachgefragte Leistung erteilen.

Dies gelte nicht nur für verlangte Eignungsnachweise, sondern auch für den Fall, dass die Erbringung der nachgefragten Leistung selbst ganz oder teilweise objektiv unmöglich sei.

In einem solchen Fall fehle dem öffentlichen Auftraggeber die Grundlage für den Vergleich der abgegebenen Angebote und er dürfe in einem Vergabeverfahren, das eine unmöglich zu erfüllende Vorgabe enthalte, kein Auftrag vergeben.

Könnte der grundlegende Mangel des eingeleiteten Vergabeverfahrens nicht durch transparente und diskriminierungsfreie Änderung der betreffenden Vorgabe geheilt werden oder mache der öffentliche Auftraggeber keinen Gebrauch davon, dürfe er jedenfalls keinen einzelnen Bieter aufgrund dieses Mangels ausschließen, sondern müsse die Ausschreibung wegen des ihr anhaftenden Mangels aufheben.

Selbst wenn ein Bieter mit seinem Angebot selbst auszuschließen sei, könne er einen Nachprüfungsantrag auf die Verletzung des Gleichbehandlungsgrundsatzes stützen, wenn auch hinsichtlich des Weiteren, allein noch in der Wertung verbliebenen Angebots ein zwingender Ausschlussgrund vorliege. Eine Gleichartigkeit des Ausschlussgrundes (Mangelidentität) sei nicht erforderlich. Vielmehr könnten die Angebote auch unterschiedliche Mängel aufweisen.

In einem unter anderem durch eine unmöglich zu erfüllende Vorgabe gekennzeichneten Mangel des Vergabeverfahrens dürfe deshalb auch kein Auftrag vergeben werden.

Unerheblich sei auch, welches Angebot mit wie vielen Mängeln behaftet sei.

Die Verletzung der Antragstellerin in ihren Rechten nach § 97 Abs. 6 GWB werde auch nicht dadurch in Frage gestellt, dass deren Angebot angesichts weiterer Abweichungen von der Ausschreibung in jedem Fall von der Wertung im eingeleiteten Vergabeverfahren ausgeschlossen werden müsse, also ein allein auf diese anderen Abweichungen gestützter, von der Auftraggeberin ausgesprochener Ausschluss des Angebots der Antragstellerin rechtmäßig wäre.

Es entspreche der Rechtsprechung, dass ein solcher Bieter dennoch in seinen Rechten aus § 97 Abs. 6 GWB verletzt sein könne, wenn ein anderes Angebot trotz Missachtung von Bestimmungen über das Vergabeverfahren nicht ausgeschlossen werde und den Zuschlag erhalten solle.

Unter Zugrundelegung der Rechtsprechung komme es daher hier nicht darauf an, ob das Angebot der Antragstellerin über die Tatsache hinaus, dass das von ihr angebotene Touchpanel nicht die in der Leistungsbeschreibung geforderten 4,5 W einhalte, möglicherweise der Leistungsbeschreibung auch in weiteren Punkten nicht entspreche.

Problematisch: Besteht eine Rügepflicht des Bieters?

Maßstab: § 160 Abs. 3 GWB. Der Antrag ist unzulässig, soweit

1.

der Antragsteller den geltend gemachten Verstoß gegen Vergabevorschriften vor Einreichen des Nachprüfungsantrags erkannt und gegenüber dem AG nicht innerhalb einer Frist von zehn Kalendertagen gerügt hat; der Ablauf der Frist nach § 134 Absatz 2 bleibt unberührt,

2.

Verstöße gegen Vergabevorschriften, die aufgrund der Bekanntmachung erkennbar sind, nicht spätestens bis zum Ablauf der in der Bekanntmachung benannten Frist zur Bewerbung oder zur Angebotsabgabe gegenüber dem AG gerügt werden,

3.

Verstöße gegen Vergabevorschriften, die erst in den Vergabeunterlagen erkennbar sind, nicht spätestens bis zum Ablauf der Frist zur Bewerbung oder zur Angebotsabgabe gegenüber dem AG gerügt werden,

4.

mehr als 15 Kalendertage nach Eingang der Mitteilung des AG, einer Rüge nicht abhelfen zu wollen, vergangen sind.

VK Bund, Beschluss vom 28.09.2017 - VK 1-93/17

Zentrale Feststellungen:

- Vergaberechtsverstöße können von Amts wegen berücksichtigt werden, wenn sie die Transparenz des Vergabeverfahrens betreffen und sich jedenfalls in einer Gesamtschau so ergänzen, dass ein Vergabeverfahren nicht fortgeführt werden darf. Dies ist der Fall, wenn im Ergebnis keine vergleichbaren Angebote zu erwarten sind und ein transparenter, diskriminierungsfreier Bieterwettbewerb nicht gewährleistet ist.
- Schwerwiegende Vergaberechtsverstöße können darin liegen, dass unklar bleibt, ob während der Vertragslaufzeit eines Rahmenvertrages für weitere Produkte Preise vereinbart werden sollen und wenn der Auftraggeber für „Drittunternehmer“ die Vorlage bestimmter Eignungsnachweise verlangt, auch, obwohl es sich bei diesem Unternehmen um reine Nachunternehmer handelt.

Besonderheit:

Interessant an dem Verfahren vor der Vergabekammer ist die Forderung des Auftraggebers, für Unterauftragnehmer bestimmte Eignungsnachweise mit Angebotsabgabe vorzulegen.

Im zugrunde liegenden Sachverhalt führte die Auftraggeberin ein offenes Verfahren durch und verlangte, dass auch „Drittunternehmer“ mit dem Angebot bestimmte Eignungsnachweise vorlegen müssen (u.a. Handelsregisterauszug, Verpflichtungserklärung, Eigenerklärungen zur Zuverlässigkeit und zu den Geschäftsbeziehungen).

Nach Ansicht der Vergabekammer leidet das Verfahren an einigen Vergabeverstößen. Unter anderem seien die von den Bietern zu erfüllenden Eignungsanforderungen in vergaberechtswidriger Weise nicht eindeutig formuliert worden.

Die Auftraggeberin habe verlangt, dass auch „Drittunternehmer“ mit dem Angebot bestimmte Eignungsnachweise, wie Handelsregisterauszüge, Verpflichtungserklärungen, Eigenerklärungen zur Zuverlässigkeit und zu den Geschäftsbeziehungen, vorlegen müssen.

Dies sei jedoch vergaberechtswidrig, soweit es sich bei diesen Unternehmen um reine Nachunternehmer i.S.d. § 36 VgV handle.

In diesem Fall dürfe ein Auftraggeber von den Bietern lediglich verlangen, den Teil des Auftrags zu benennen, den er an Nachunternehmer überlassen möchte. Die Angabe der Namen der Nachunternehmer dürfe nur verlangt werden, wenn dies zumutbar sei (§ 36 Abs. 1 Satz 1 VgV). Verpflichtungserklärungen dürften beim Einsatz von Nachunternehmern nicht bereits mit dem Angebot, sondern nur von den Bietern verlangt werden, deren Angebote „in die engere Wahl“ kommen.

Mehr dürfe die Auftraggeberin nur im Fall der Eignungsleihe nach § 47 VgV verlangen, insbesondere Eignungsnachweise der Eignungsverleiher, die die fehlende Eignung des Bieters insoweit ergänzen, und Verpflichtungserklärungen (vgl. § 47 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 VgV). Dieser Fall sei vorliegend jedoch nicht gegeben.

Ob ein weiterer Vergaberechtsverstoß darin besteht, dass die Auftraggeberin die Eignungskriterien nicht in der Bekanntmachung genannt hat, konnte die Vergabekammer wegen der anderweitigen Verfahrensfehler offenlassen.

Zwar verlange § 122 Abs. 4 GWB, dass Eignungskriterien in der Bekanntmachung anzugeben seien, allerdings enthalte diese vorliegend jedenfalls einen Link auf die Vergabeunterlagen, einschließlich des ausgeschriebenen Vertrags, aus denen sich die Eignungsanforderungen ergeben.

Die gebotene Transparenz – so die Vergabekammer – könne in einem solchen Fall grundsätzlich gewahrt sein.

Ob dieser Link auch hier den Anforderungen des Transparenzgrundsatzes genüge, weil aus den Vergabeunterlagen und dem Vertrag die Eignungsanforderungen der Auftraggeberin nicht ohne weitere aufwändige Recherchen hervorgingen und nicht eindeutig zu bestimmen seien, sei vorliegend jedoch fraglich.

VK Sachsen, Beschluss vom 20.01.2017 - 1/SVK/030-16

Zentrale Aussagen:

- Die Nachforderung fehlender Unterlagen per E-Mail als auch deren Einreichen per E-Mail verstößt gegen keine (Form-) Vorschriften des Vergaberechts. § 56 Abs. 2 VgV enthält keine Aussagen dazu, in welcher Form der Auftraggeber die Bieter aufzufordern hat, fehlende Unterlagen vorzulegen.
- Wird in den Ausschreibungsunterlagen verlangt, dass mit dem Angebot mindestens 3 Referenzen in Form einer Liste der in den letzten 3 vergangenen Kalenderjahren erbrachten Leistungen mit Angabe des Auftragswerts, des Liefer- bzw. Erbringungszeitraums sowie des jeweiligen Auftraggebers vorzulegen sind, ist daraus nicht abzuleiten, dass ein Unternehmen schon mindestens drei Jahre existiert haben muss.
- Soweit der Auftraggeber von den Bietern verlangt, dass Angaben über den Gesamtumsatz bezogen auf die letzten 3 Geschäftsjahre gemacht werden, entspricht dies der Vorgabe des § 45 Abs. 4 Nr. 4 VgV.

Danach müssen sich geforderte Erklärungen zum Umsatz auf die letzten 3 Geschäftsjahre beschränken.

Daraus folgt nicht, dass ein Unternehmen bereits drei Jahre am Markt existieren muss, um als geeignet angesehen werden zu können.

Sachverhalt:

Die Antragstellerin meinte u.a., dass die Beigeladene nicht geeignet sei. Diese könne nicht über die geforderten drei Referenzen verfügen, da sie noch keine drei Jahre existiere.

Zudem sei die Nachforderung von Unterlagen zur Eignung der Beigeladenen vergaberechtswidrig erfolgt und die Unterlagen seien von der Beigeladenen vergaberechtswidrig per E-Mail übermittelt worden.

Nach erfolgloser Rüge stellte die Antragstellerin einen Nachprüfungsantrag.

Entscheidung: Ohne Erfolg

Sowohl die Nachforderung fehlender Unterlagen per E-Mail als auch deren Einreichen per E-Mail verstießen gegen keine (Form-)Vorschriften des Vergaberechts.

Die nachgeforderten und fristgerecht nachgereichten Angaben seien fehlende Angaben i.S.d. § 56 Abs. 2 Satz 1 VgV. Der Auftraggeber habe in den Vergabeunterlagen auch nicht festgelegt, dass er keine Unterlagen nachfordern werde.

Die Nachforderung fehlender Unterlagen sowie deren Vorlage per E-Mail verstießen nicht gegen Formvorschriften. § 56 Abs. 2 VgV regle nicht, in welcher Form der Auftraggeber die Bieter aufzufordern hat, fehlende Unterlagen vorzulegen.

Im Interesse eines möglichst breiten Wettbewerbs sollten sogar grundsätzlich schnelle Kommunikationsmittel, d.h. Fax oder E-Mail, verwendet werden. Während der Übergangsfrist (vgl. § 81 Satz 2 VgV) könne ein öffentlicher Auftraggeber die sonstige Kommunikation über den Postweg, anderen geeigneten Weg, Fax oder die Kombination dieser Mittel verlangen und durchführen.

Er sei während dessen noch nicht verpflichtet, elektronische Mittel i.S.d. § 9 Abs. 1 VgV zu verwenden.

§ 11 VgV: Anforderungen an den Einsatz elektronischer Mittel im Vergabeverfahren
(Auszugsweise zitiert)

- (1) Elektronische Mittel und deren technische Merkmale müssen allgemein verfügbar, nichtdiskriminierend und mit allgemein verbreiteten Geräten und Programmen der Informations- und Kommunikationstechnologie kompatibel sein. Sie dürfen den Zugang von Unternehmen zum Vergabeverfahren nicht einschränken. [.....]
- (2) Der öffentliche Auftraggeber verwendet für das Senden, Empfangen, Weiterleiten und Speichern von Daten in einem Vergabeverfahren ausschließlich solche elektronischen Mittel, die die Unversehrtheit, die Vertraulichkeit und die Echtheit der Daten gewährleisten.
- (3) Der öffentliche Auftraggeber muss den Unternehmen alle notwendigen Informationen zur Verfügung stellen [.....]

Das Versenden von E-Mails im Rahmen der Nachforderung von Unterlagen und deren Verwendung im Allgemeinen verstoße auch nicht gegen die §§ 10 Abs. 1 Satz 2 VgV, 10 Abs. 1 Satz 1 Nr. 7 VgV und § 11 Abs. 2 VgV.

Schließlich sei auch nicht gegen § 11 Abs. 2 VgV verstoßen worden. Gemäß § 11 Abs. 2 VgV verwendet der öffentliche Auftraggeber für das Senden, Empfangen, Weiterleiten und Speichern von Daten in einem Vergabeverfahren ausschließlich elektronische Mittel, die die Unversehrtheit, die Vertraulichkeit und die Echtheit der Daten gewährleisten.

Die Norm widerspricht nach Ansicht der Vergabekammer dem § 10 Abs. 1 Satz 1 VgV, wonach der Auftraggeber zunächst das erforderliche Sicherheitsniveau für die elektronischen Mittel in den jeweiligen Vergabephasen nach einer Verhältnismäßigkeitsprüfung festlegen muss.

Wenn der Auftraggeber jedoch ein (niedriges) Sicherheitsniveau festlegen könne, sei nicht ersichtlich, warum § 11 Abs. 2 VgV vermeintlich zwingende Vorgaben zu den verwendeten elektronischen Mitteln machen und bspw. fordern sollte, dass deren Unversehrtheit gewährleistet werden müsse.

Die Norm widerspreche auch § 53 Abs. 3 Satz 2 VgV, wonach der öffentliche Auftraggeber – soweit erforderlich – für (elektronisch) abzugebende Angebote etc. eine fortgeschrittene elektronische Signatur fordern könne (wenn er nicht von der Übergangsfrist des § 81 VgV Gebrauch mache und verlange, dass Angebote schriftlich abzugeben seien).

Eine elektronische Signatur diene der Authentifizierung des Verfassers, garantiere die Echtheit der Daten und stelle die Unversehrtheit der Daten nach ihrer Signierung sicher.

Grundsätzlich solle eine solche gemäß § 53 Abs. 2 Satz 2 VgV bei Angeboten etc. nicht erforderlich sein.

Es sei widersprüchlich, wenn einerseits die (elektronische) Abgabe von Angeboten grundsätzlich ohne elektronische Signatur erfolge, es sei denn, der Auftraggeber stelle das Erfordernis erhöhter Sicherheitsanforderungen fest (§ 53 Abs. 3 Satz 2 VgV) und andererseits in § 11 Abs. 2 VgV gefordert werde, dass für die gesamte elektronische Kommunikation (auch außerhalb der Abgabe von Angeboten etc.) nur solche elektronischen Mittel verwendet werden dürften, die die Unversehrtheit, die Vertraulichkeit und die Echtheit der Daten gewährleisten, was regelmäßig nur mittels einer elektronischen Signatur geschehen könne.

Denn die übermittelten Daten im Rahmen der Angebotsabgabe seien regelmäßig sensibler als solche im Rahmen der übrigen Kommunikation.

Dem Erfordernis des § 11 Abs. 2 VgV müsse daher – so die Vergabekammer – in der vorliegenden Konstellation nur dann genügt werden, wenn der Auftraggeber ein entsprechend hohes Sicherheitsniveau selbst festgelegt habe.

Ein generelles Erfordernis würde zudem die Durchführung eines Vergabeverfahrens über Gebühr verkomplizieren. Es erscheine unverhältnismäßig, den regelmäßigen Austausch von typischen Daten im Vergabeverfahren, die derzeit überwiegend per E-Mail und Telefax unverschlüsselt übermittelt werden, den Anforderungen des § 11 Abs. 2 VgV zu unterwerfen.

Die Beigeladene habe zudem die erforderlichen Referenzanforderungen hinsichtlich der technischen und beruflichen Leistungsfähigkeit erfüllt, § 46 Abs. 3 VgV. Aus den Bewerbungsbedingungen ergebe sich nicht, dass Bieter mindestens drei Jahre tätig gewesen sein mussten.

Laut Bewerbungsbedingungen dürften die Referenzen lediglich nicht älter als drei Kalenderjahre sein und müssten in einer Liste vorgelegt werden.

Die Formulierung orientiere sich offensichtlich an § 46 Abs. 3 Nr. 1 VgV, der festlege, was der Auftraggeber als Nachweis für die Eignung der Bieter verlangen könne. Als Referenzen kämen danach grundsätzlich nur Leistungen in Betracht, die in den letzten höchstens drei Kalenderjahren vor Einleitung des Vergabeverfahrens erbracht wurden.

Die Forderung nach einer entsprechenden Liste bedeute aber nicht, dass ein Unternehmen schon mindestens drei Jahre existiert haben müsse. Vielmehr folge aus dem Wort „höchstens“, dass es dem Auftraggeber grundsätzlich untersagt sei, Angaben zu länger zurückliegenden Leistungen zu verlangen.

Selbstverständlich könne auch ein junges Unternehmen versuchen, den Auftraggeber mit einer Liste von Leistungen bspw. aus den letzten 18 Monaten davon zu überzeugen, dass es über hinreichende Erfahrungen verfüge.

Weder aus § 46 Abs. 3 Nr. 1 VgV noch auch aus den Bewerbungsbedingungen ergebe sich, dass ein Bieter mindestens drei Jahre existiert haben müsse, um seine technische und berufliche Leistungsfähigkeit nachzuweisen.

Die Beigeladene habe auch die erforderlichen Angaben zu ihrem Gesamtumsatz vorgelegt, § 45 Abs. 4 Nr. 4 VgV.

Aus den Bewerbungsbedingungen ergebe sich nicht, dass Bieter mindestens drei Jahre tätig sein und/oder einen bestimmten Mindestumsatz bzw. Umsatz größer als Null erwirtschaftet haben müssten, um ihre wirtschaftliche und finanzielle Leistungsfähigkeit nachzuweisen.

Der Auftraggeber hätte nach § 45 Abs. 1 VgV auch einen bestimmten Mindestumsatz fordern können. Soweit er für den Nachweis der wirtschaftlichen und finanziellen Leistungsfähigkeit aber einen Mindestumsatz oder eine mindestens dreijährige Tätigkeit vorausgesetzt hätte, hätte er dies in jedem Fall klar und eindeutig in den Bewerbungsbedingungen vorgeben müssen.

Exkurs: Rügepflichten / Dokumentationspflichten

Rechtsprechung in Leitsätzen

OLG Rostock, Beschluss vom 27.03.2017 - 17 Verg 1/17

Software

Vergleichbarkeit von Referenzen

- Wenn der Auftraggeber für die Referenzprüfung näher festlegt, wann ein vergleichbares Projekt vorliegt, und sich der Antragsteller gegen diesen Auslegungsmaßstab wenden will, muss er auch vortragen, inwieweit dieser zu seinen Lasten sachwidrig ist.
- Es ist ohne Beurteilungsfehler, wenn der Auftraggeber geforderte Referenzen für Mitarbeiter nicht berücksichtigt, wenn vom Bieter keine mitarbeiterbezogenen Leistungen, sondern nur unternehmensbezogene Leistungen benannt werden.

VK Bund, VK 2-131/16 vom 27.01.2017

Bauleistungen

Korrektur der Vergabeunterlagen

- Ein Nachprüfungsantrag ist dann zulässig, wenn der Bieter als einziger bestimmte Informationen erhalten hat und ein Einfluss auf die Angebotserstellung der anderen beteiligten Unternehmen nicht ausgeschlossen ist. Es ist nicht vorzutragen oder nachzuweisen, wie die anderen Unternehmen hypothetisch ihre Angebote erstellt hätten.
- Deckt eine Frage Defizite oder Unklarheiten der Vergabeunterlagen auf, so muss der Auftraggeber diese stets aufgreifen und korrigieren. Diese Korrektur muss regelmäßig allen Bietern gegenüber erfolgen. Dabei kommt es nicht darauf an, ob die auslösende Frage erst kurzfristig vor dem Ablauf der Angebotsfrist gestellt wurde.
- Bieter haben Anspruch darauf, sich selbst eine Meinung über die Relevanz von zusätzlich erteilten Auskünften zu bilden und selbst einzuschätzen, ob und inwieweit sie diese für die eigene Angebotserstellung benötigen.

- Daher ist die Schwelle zur veröffentlichungsbedürftigen Auskunft nur in Extremfällen nicht überschritten.
- Eine Schwelle zur allen Bietern zu erteilenden Zusatzinformation bzw. Auskunft ist schon dann überschritten, wenn weitere Daten mitgeteilt werden, die nicht in den Vergabeunterlagen enthalten waren.
- In einer solchen Situation muss der Auftraggeber allen Bietern einschließlich des Antragstellers Gelegenheit geben, ihre Angebote zu überprüfen und gegebenenfalls anzupassen.
- Betrifft eine Zusatzinformation klar abgegrenzte und im Einzelnen benannte Positionen, so kann die Überarbeitung der Angebote auf diese Positionen beschränkt werden.

VK Nordbayern, Beschluss vom 27.09.2017- RMF-SG21-3194-2-2

Planungsleistungen

Wertung

- Legt ein Bieter zu einem von ihm angebotenen Produkt ein Datenblatt vor, das detaillierte Angaben zu den im Leistungsverzeichnis abgefragten Parametern enthält, erklärt der Bieter damit, dass sein angebotenes Produkt sämtliche in diesem Datenblatt aufgeführten Eigenschaften hat.
- Soweit ein Angebot in den Punkten den Anforderungen des Leistungsverzeichnisses nicht entspricht, welche sich aus der Verletzung der Pflicht zur produktneutralen Ausschreibung ergeben, ist dies unschädlich.
- § 122 Abs. 4 GWB fordert, dass Eignungskriterien in der Bekanntmachung aufzuführen sind. Werden die Voraussetzungen einer wirksamen Bekanntmachung nicht erfüllt, hat der Auftraggeber die entsprechenden Eignungsunterlagen nicht wirksam gefordert.

VK Sachsen-Anhalt, Beschluss vom 22.03.2017 - 1 VK LSA 01/16 F

Planungsleistungen

Wertung einer Präsentation

- Verstoß gegen Gleichbehandlungsgebot
- Verletzung von Dokumentationspflichten

Die Verpflichtung des Auftraggebers, alle Bieter gleich zu behandeln, ist verletzt, wenn im Verlaufe der angesetzten Präsentationsveranstaltungen sich die Zusammensetzung des Wertungsgremiums personell ändert und dieses Gremium eine abschließende Wertung aller Angebotspräsentationen durchführt.

Zudem stellt es eine Verletzung von Bieterrechten dar, wenn die Dokumentation zu den Präsentationsveranstaltungen weder Namenszug noch Unterschrift der wertenden Gremiumsmitglieder aufweisen.

VK Bund, vom 17.10.2017 - VK 2-112/17

Bauleistungen

Austausch von Referenzen

- Ein durchschnittlicher Bieter kann nicht erkennen, ob § 6a EU VOB/A eine abschließende Aufzählung der vom Auftraggeber in zulässiger Weise zu fordernden Angaben enthält oder nicht.
- Eine Nachforderung nach § 16a EU VOB/A ist nicht zulässig, wenn es um Referenzen geht, die vorliegen, aber in qualitativer Hinsicht die Anforderungen des Auftraggebers nicht erfüllen.

VK Bund, vom 28.09.2017 - VK 2-94/17

Dienstleistung

Unangemessen niedriges Angebot

- Für die Zulässigkeit eines Nachprüfungsantrages, der sich auf die nicht gegebene Auskömmlichkeit eines Konkurrenzangebotes stützt, reicht es aus, wenn der Bieter vorträgt, sein eigenes Angebot sei außerordentlich knapp kalkuliert und sich aus der Information des Auftraggebers ergibt, dass der Preisabstand zwischen beiden Angeboten „deutlich“ ist.
- Dem Auftraggeber ist ein Ermessen eingeräumt, ob er ein ungewöhnlich niedriges Angebot ausschließt oder nicht. Das Ermessen des Auftraggebers ist rechtlich dahin gebunden, dass der Auftraggeber die gesteigerten Risiken, die sich aus unangemessen niedrigen Angebotspreisen ergeben können, in seine Betrachtung einzubeziehen hat.
- Liegen keine Anhaltspunkte dafür vor, dass ein Unternehmen die vertraglich geschuldete Leistung zum angebotenen Preis nicht vertragskonform bringen wird, ist es nicht ermessensfehlerhaft, das Angebot im Wettbewerb zu belassen.

VK Bund, Beschluss vom 18.09.2017 - VK 2-86/17

Rahmenvertrag

Schlechtleistung bei früherem Auftrag

- Ein Angebot ist zwingend auszuschließen, wenn der Bieter ein inhaltliches Konzept eingereicht hat, das nicht gefordert war und dessen Vorlage in den Vergabeunterlagen sogar ausdrücklich ausgeschlossen war.
- Das gilt erst recht, wenn dieses Konzept inhaltlich von den Vorgaben des Auftraggebers abweicht.
- Dies gilt auch für die Vergaben von Sektorenauftraggebern.
- Anderes kann nur gelten, wenn es sich bei dem Konzept um ein reines „Werbepamphlet“ handeln würde.
- Auch wenn der Auftraggeber nach Durchführung eines Teilnahmewettbewerbes ein Unternehmen zur Abgabe eines Angebotes aufgefordert hat, kann er trotz des hierdurch gesetzten Vertrauenstatbestands einen Fehler bei der Eignungs-

feststellung korrigieren und das Unternehmen vom Verfahren ausschließen. Möglicherweise entstehende Schadensersatzansprüche des Bieters stehen dem nicht entgegen.

- Es ist konkret für den jeweiligen Auftrag zu prüfen, was eine wesentliche Anforderung im Sinne des § 124 Abs. 1 Nr. 7 GWB darstellt. Beim Winterdienst sind dies das Nichterscheinen von einzelnen Mitarbeitern und fehlende geforderte persönliche Eignungsnachweise, weil diese Leistung reibungslos funktioniert muss.
- Dies gilt auch, wenn die Schlechtleistung im Verlauf einer vertraglich vereinbarten Übung stattfindet.
- Das Nichtbezahlen von Rechnungen und die Kürzung von Einzelrechnungen wegen Nichterbringung der vertraglich geschuldeten Leistungen ist eine vergleichbare Rechtsfolge im Sinne von § 124 Abs. 1 Nr. 7 GWB.
- Führt der Auftraggeber erstmals im Nachprüfungsverfahren einen Ausschlussgrund an, sind die Kosten für das Nachprüfungsverfahren nur dann durch sein Verschulden entstanden, wenn der Antragsteller diesen Grund anerkennt und hierauf gestützt beispielsweise den Nachprüfungsantrag zurücknimmt.

VK Bund, vom 17.02.2017 - VK 2-14/17

Bauleistung

Auslegung eines Angebotes

- Die Schätzung des Nettoauftragswertes durch den Auftraggeber ist nicht allein deswegen fehlerhaft, weil sich im Wettbewerb niedrigere Preise ergeben haben.
- Lässt sich durch Auslegung ermitteln, dass ein Angebot einen auf den ersten Blick scheinbar vorhandenen Widerspruch tatsächlich nicht enthält, ist der Auftraggeber zu dieser Auslegung verpflichtet.
- Vor der Entscheidung über den Ausschluss eines Angebotes wegen Widersprüchlichkeit muss ein Auftraggeber dem Bieter die Möglichkeit geben, seinen tatsächlichen Angebotsinhalt aufzuklären.
- Die Grenzen des Nachverhandlungsverbotes werden im Rahmen der Aufklärung nicht überschritten, wenn der Bieter nur eine aus seinem Angebot heraus eindeutige Berechnungsweise erläutert.
- Eintragungen im Formblatt 224 VOB (Lohngleitklausel) sind keine Preisangaben im Sinne des § 16 EU Abs. 1 Nr. 3 VOB/A.

VK Sachsen, Beschluss vom 30.08.2017 - 1/SVK/015-17

Rahmenvertrag

Eignungs- und Zuschlagskriterien

- Im Rahmen eines Teilnahmewettbewerbs ist die Entscheidung, welche Unternehmen zur Angebotsabgabe aufgefordert werden und welche Unternehmen nicht aufgefordert werden, ausschließlich anhand der in der Bekanntmachung angegebenen Eignungskriterien zu treffen.
- Es ist allein entscheidend, ob die Unternehmen die vom Auftraggeber angelegten Eignungskriterien erfüllen oder nicht.
- Ob ein Kriterium Eignungs- oder Zuschlagskriterium ist, bestimmt sich danach, ob es schwerpunktmäßig die Beurteilung der Eignung des Bieters für den ausgeschriebenen Auftrag betrifft, also unternehmensbezogen ist (Eignungskriterium), oder sich auf die angebotene Leistung bezieht und daher mit der Ermittlung des wirtschaftlichsten Angebots zusammenhängt (Zuschlagskriterien).

- Für die Abgrenzung zwischen beiden Arten von Wertungskriterien ist maßgeblich, ob sich ein Wertungsaspekt in seinem wesentlichen Kern bzw. hinsichtlich seines Bewertungsschwerpunkts auf Angaben stützen soll, die nur für den konkreten Auftrag Bedeutung erlangen oder auf Angaben zu den generellen Fähigkeiten und Fertigkeiten des Bieters.
- § 46 Abs. 3 VgV zählt abschließend die Belege auf, die zum Nachweis der technischen und beruflichen Leistungsfähigkeit herangezogen werden können.

OLG Düsseldorf, Beschluss vom 17.01.2018 - Verg 39/17

Bauleistungen

- Hinreichende Anhaltspunkte für eine wettbewerbsbeschränkende Vereinbarung liegen nur vor, wenn aufgrund objektiver Tatsachen die Überzeugung gewonnen werden kann, dass ein Verstoß gegen § 1 GWB / Art. 101 AEUV mit hoher Wahrscheinlichkeit vorliegt.

Die Tatsachen beziehungsweise Anhaltspunkte müssen so konkret und aussagekräftig sein, dass die Verwirklichung eines Kartellverstoßes zwar noch nicht feststeht, jedoch hierüber nahezu Gewissheit besteht.

- Die Bildung einer Bietergemeinschaft bezweckt oder bewirkt keine Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs.

VK Südbayern, Beschluss vom 02.01.2018 - Z3-3-3194-1-47-08/17

Planungsleistungen

- Der Auftraggeber hat gem. § 41 Abs. 1 VgV in der Auftragsbekanntmachung eine elektronische Adresse anzugeben, unter der die Vergabeunterlagen uneingeschränkt und vollständig abgerufen werden können. Das gilt auch für zweistufige Vergabeverfahren (OLG München, Beschluss vom 13.03.2017 - Verg 15/16)
- Die Öffnung der Angebote muss nach § 55 Abs. 2 VgV von mindestens zwei Vertretern des öffentlichen Auftraggebers durchgeführt werden. Dies ist zu dokumentieren. Die Öffnung darf nicht ausschließlich von Mitarbeitern eines beauftragten Büros durchgeführt werden. Sie ist ebenso wie die Wertung ureigene Aufgabe des öffentlichen Auftraggebers.

- Zuschlagskriterien müssen gem. § 127 Abs. 3 GWB entweder einen Bezug zur zu vergebenden Leistung haben, was bei der Darstellung von Vorgehensweisen anhand von Referenzprojekten problematisch ist oder gem. § 58 Abs. 2 Nr. 2 VgV Organisation, Qualifikation und Erfahrung des konkret für die Auftragsausführung eingesetzten Personals bewerten.
- Werden bei der Vergabe freiberuflicher Dienstleistungen die Inhalte einer Präsentation und das Auftreten der Bieter im Präsentationstermin bewertet, ohne dass die Möglichkeit besteht, aufgrund der Ergebnisse des Präsentationstermins die Angebote zu überarbeiten, spricht viel dafür, dass bei einem solchen Vorgehen ein Vorbehalt gem. § 17 Abs. 11 VgV in die Bekanntmachung aufgenommen werden muss.

VK Sachsen-Anhalt, Beschluss vom 14.08.2017 - 3 VK LSA 54-58/17

Straßenbau

Auftragswert um 80% überschritten: Kostenneutrale Aufhebung möglich?

- Gemäß § 8 LVG-SA und § 18 VOB/A 2016 wird ein Vergabeverfahren normalerweise mit der Erteilung des Zuschlags beendet.

Der Auftraggeber hat aber auch die Möglichkeit unter den in § 17 Abs. 1 VOB/A 2016 geregelten Voraussetzungen ein Vergabeverfahren rechtmäßig aufzuheben. Allerdings ist der Auftraggeber nicht verpflichtet den Zuschlag zu erteilen und den Vertrag zu schließen, wenn die Voraussetzungen nach § 17 Abs. 1 VOB/A 2016 nicht gegeben sind.

- Die Regelung des § 17 Abs. 1 VOB/A 2016 ist also keine, die die rechtliche Zulässigkeit einer Aufhebung beschreibt. Sie trifft lediglich Aussagen darüber, wann ein Auftraggeber eine Aufhebung kostenneutral vornehmen kann.
- Wann eine Aufhebung einer Ausschreibung wegen deutlicher Überschreitung des vertretbar geschätzten Auftragswerts rechtmäßig ist, ist aufgrund einer umfassenden Interessenabwägung zu entscheiden, bei der insbesondere zu berücksichtigen ist, dass einerseits den öffentlichen Auftraggebern nicht das Risiko einer deutlich überhöhten Preisbildung zugewiesen wird, andererseits die Aufhebung aber auch kein Instrument zur Korrektur der in Ausschreibungen erzielten Submissionsergebnisse sein darf.

VK Nordbayern, Beschluss vom 14.12.2017 - RMF-SG21-3194-02-14

Transportleistungen

- Ein Ausschluss des Angebots nach § 60 Abs. 3 VgV ist rechtmäßig, wenn die Vergabe stelle nach der Prüfung gemäß § 60 Abs. 1 und 2 VgV die geringe Höhe des angebotenen Preises oder der angebotenen Kosten nicht zufriedenstellend aufklären kann.
- Die Wertungsentscheidung muss den an sie zu stellenden vergaberechtlichen Anforderungen genügen. Dazu gehört, dass das vorgeschriebene Verfahren für die Bewertung eingehalten und der Sachverhalt vollständig und zutreffend ermittelt wird sowie die von der Vergabestelle selbst aufgestellten Vorgaben beachtet und keine sachwidrigen und gegen allgemeine Bewertungsgrundsätze verstoßenden Erwägungen angestellt werden.

- Eine Forderung nach Unterlegen der Höchstpunktzahl mit konkretisierenden Informationen zu den von der Antragsgegnerin mit der Erfüllung der Kriterien verbundenen Erwartungen würde die Antragsgegnerin dazu zwingen, Aufgaben zu übernehmen, deren Lösung sie im Rahmen der funktionalen Ausschreibung auf die Bieter delegieren wollte.
- In der Dokumentation muss der Auftraggeber seine für die Zuschlagserteilung maßgeblichen Erwägungen in allen Schritten so eingehend dokumentieren, dass nachvollziehbar ist, welche konkreten qualitativen Eigenschaften der Angebote mit welchem Gewicht in die Benotung eingegangen sind.
- Die Leistungsbeschreibung ist Ausdruck der Dispositionsfreiheit des öffentlichen Auftraggebers. Er hat das Leistungsbestimmungsrecht und legt fest, welchen Beschaffungsgegenstand er für erforderlich und wünschenswert hält. Die Bieter haben keine rechtliche Möglichkeit, über die konkreten Inhalte der Leistung zu bestimmen und sind an die Vorgaben des Auftraggebers gebunden. Es kommt nicht darauf an, ob die zu beschaffende Leistung für den Auftraggeber und dessen Bedürfnisse tatsächlich geeignet, zweckmäßig, sinnvoll oder wirtschaftlich ist.

VK Bund, Beschluss vom 30.10.2017 - VK 2-114/17

Bauleistungen

- Ein öffentlicher Auftraggeber hat sich auf das Abfordern von Eigenerklärungen zu beschränken, um die Eignung zu überprüfen.
- Er darf darauf vertrauen und muss auch darauf vertrauen dürfen, dass die Bewerber wahrheitsgemäße Angaben machen. Er ist nicht verpflichtet, sämtliche Referenzen aller Bewerber auf deren Wahrheitsgehalt hin zu überprüfen.
- Der Teilnahmewettbewerb dient dazu, eine Auswahl unter den Bewerbern zu treffen, wenn sich mehr als drei Bewerber als grundsätzlich geeignet qualifizieren; es sollen nur die drei besten Bewerber zur Angebotsabgabe aufgefordert werden. Es geht folglich darum, eine abgestufte Eignungsprüfung im Sinne eines "Mehr an Eignung" durchzuführen.
- Im Teilnahmewettbewerb ist eine vergleichende und bewertende Eignungsprüfung deshalb nicht nur zulässig, sondern auch geboten.

OLG Düsseldorf, Beschluss vom 13.12.2017 - 27 U 25/17

Dienstleistungen

- Auch unterhalb der Schwellenwerte und unterhalb einer Binnenmarktrelevanz ist ein Vertrag über Überlassung eines Grundstücks zwecks Betriebs von Sport- und Freizeitanlagen in einem transparenten und diskriminierungsfreien Verfahren zu vergeben.
- Bei Verstößen steht dem betroffenen Bieter oder Bewerber der Zivilrechtsweg offen, um im Wege einer einstweiligen Verfügung ein Zuschlagsverbot erwirken zu können.
- Ist der Zuschlag bereits erteilt, kann Primärrechtsschutz nicht mehr erreicht werden. Anderes gilt nur, wenn der geschlossene Vertrag unwirksam oder nichtig ist.
- Ein unter Verstoß gegen die Informations- und Wartepflicht geschlossener Vertrag ist wegen Verstoßes gegen ein ungeschriebenes Gesetz als nichtig einzustufen, um effektiven Rechtsschutz sicherzustellen.

OLG Koblenz, Beschluss vom 04.01.2018 - Verg 3/17

Tief- und Ingenieurbau

- Auch bei einem hinsichtlich des Gesamtpreises unauffälligen Angebot darf der Auftraggeber Aufklärung zu Einzelpreisen verlangen, wenn diese sowohl von den eigenen Preisen des Bieters zu ähnlichen Positionen als auch von den Preisen der Konkurrenten exorbitant abweichen und diese Abweichungen weder durch einen höheren Leistungsumfang noch durch Marktgegebenheiten oder -besonderheiten zu erklären sind.
- Beantwortet ein Bieter Fragen, die ihm der Auftraggeber im Rahmen einer zulässigen Aufklärung stellt, innerhalb der ihm gesetzten Frist nicht, muss sein Angebot nach § 15 EU Abs. 2 VOB/A 2016 ausgeschlossen werden.

- Dies gilt auch dann, wenn noch ein Bietergespräch ansteht.
- Die Aufklärung nach § 15 EU VOB/A 2016 ist eine Angelegenheit allein zwischen dem Auftraggeber und dem Unternehmen, und zwar innerhalb der vom Auftraggeber festgesetzten Frist.
- Erklärungsversuche, die sich erstmals in den Schriftsätzen des Verfahrensbevollmächtigten der Antragstellerin an die Vergabekammer oder den Senat finden, sind von vorneherein unbeachtlich.