

Newsletter Vergaberecht

Mai 2022



Sehr geehrte Damen und Herren,

hiermit erhalten Sie unseren aktuellen Newsletter Vergaberecht, Ausgabe Mai 2022.

Wir wünschen eine angenehme Lektüre!

Mit freundlichen Grüßen

Stephan Rechten

Rechtsanwalt

[E-Mail](#)



Auswirkungen der Russland-Sanktionen auf das Vergaberecht

[zum Artikel](#)

Newsticker

Beschleunigung von Vergaben im Unterschwellenbereich - Update

Rückforderung von Zuwendung bei Verstoß gegen nachträgliche Vergabeauflagen

Dauerbrenner Produktvorgaben

Konzepte als Zuschlagskriterien

[zu den Artikeln](#)

Auswirkungen der Russland-Sanktionen auf das Vergaberecht

Mit Art. 5k der *Verordnung (EU) 2022/576* bestehen nunmehr erstmals auch Sanktionen im Bereich des Vergaberechts. Durch diese soll verhindert werden, dass im Wege öffentlicher Aufträge Steuergelder aus der Europäischen Union in die russische Wirtschaft fließen. Die Sanktionen und ihre Auswirkungen, insbesondere für öffentliche Auftraggeber, sollen im folgenden Beitrag dargestellt werden.

Inhalt der Sanktionen

Die Sanktionen betreffen EU-weite Vergabeverfahren sowie die Ausführung öffentlicher Aufträge und Konzessionen im Oberschwellenbereich.

Sie gelten unmittelbar und bedürfen keines nationalen Umsetzungsrechtsaktes. Dennoch hat das Bundesministerium für Wohnen, Stadtentwicklung und Bauwesen (BMWSB) am 14. April 2022 auf Grundlage der Verordnung (EU) 2022/576 einen Erlass herausgegeben. Ein Rundschreiben des Bundesministeriums für Wirtschaft und Klimaschutz (BMWK) vom 14. April 2022 gibt einen Überblick über die wesentlichen Inhalte der Sanktionsregelungen, die im Folgenden zusammengefasst werden. Wesentliche Inhalte der Regelungen sind:

- ein seit dem 9. April 2022 geltendes Zuschlagsverbot für noch nicht abgeschlossene Vergabeverfahren und
- ein Vertragserfüllungsverbot für vor diesem Datum vergebene Aufträge und Konzessionen, nach dem solche ab dem 11. Oktober 2022 nicht mehr weiter erfüllt werden dürfen (Übergangsfrist bis zum 10. Oktober 2022).

Voraussetzungen

Beide Maßnahmen gelten dann, wenn in den betroffenen Verfahren bzw. bei dem Auftrag Personen oder Unternehmen, die einen Bezug zu Russland im Sinne von Art. 5k der EU-Verordnung aufweisen, unmittelbar als Bewerber, Bieter oder Auftragnehmer auftreten oder mittelbar (mit mehr als 10 %, gemessen am Auftragswert) als Unterauftragnehmer, Lieferanten oder als Eignungsleihgeber an dem in Rede stehenden Verfahren bzw. Auftrag beteiligt sind.

Neben den nach dem GWB vergabepflichtigen Aufträgen sind vom Verbot auch Verträge umfasst, die vom Anwendungsbereich des GWB ausgenommen sind, insbesondere gemäß § 107 Abs. 1 Nr. 1 GWB (Schiedsgerichts- und Schlichtungsdienstleistungen), § 107 Abs. 1 Nr. 4 GWB (Dienstleistungen des Katastrophenschutzes, des Zivilschutzes und der Gefahrenabwehr), § 107 Abs. 2 Nr. 1 GWB (Aufträge, die wesentliche Sicherheitsinteressen betreffen), diverse Dienstleistungen gemäß § 116 Abs. 1 GWB (v.a. Finanzdienstleistungen, Kredite und Darlehen sowie Bereitstellung Betrieb öffentlicher Kommunikationsnetze) und § 145 Nr. 1 bis 6 GWB (verteidigungs- und sicherheitsspezifische Aufträge). Auch Konzessionen (§§ 149 ff. GWB) und ÖPNV-Aufträge (§ 131 GWB / Verordnung (EG) Nr. 1370/2007) sind betroffen.

Ein Russlandbezug im vorstehenden Sinne liegt in folgenden Konstellationen vor:

- Russische Staatsangehörige (im Umkehrschluss aus Art. 5b der EU-Verordnung auch dann, wenn daneben noch eine weitere Staatsbürgerschaft besteht) oder in Russland niedergelassene natürliche oder juristische Personen, Organisationen oder Einrichtungen,
- Juristische Personen, Organisationen oder Einrichtungen, deren Anteile zu über 50 % unmittelbar oder mittelbar von einer der vorstehend genannten Personen oder Unternehmen/Organisationen gehalten werden oder
- Natürliche oder juristische Personen, Organisationen oder Einrichtungen, die im Namen oder auf Anweisung einer der vorstehend genannten Personen oder Unternehmen/Organisationen handeln.

Auswirkungen

Zuschlagsverbot bei laufenden Vergabeverfahren

Bezüglich noch nicht abgeschlossener Vergabeverfahren haben Auftraggeber bei Vorliegen der Voraussetzungen der EU-Verordnung das oben schon dargestellte Zuschlagsverbot zu beachten. Um dieses praktisch umsetzen zu können, muss sich der Auftraggeber im Vergabeverfahren die für die Beurteilung des Russland-Bezugs notwendigen Informationen verschaffen.

Hierzu sollte eine Eigenerklärung von allen Bewerbern bzw. Bietern (bei Bewerber- oder Bietergemeinschaften von allen Mitgliedern) gefordert werden. Diese sollte zum einen die Erklärung beinhalten, dass der

Bewerber/Bieter keinen Russland-Bezug im Sinne des Art. 5k der Verordnung aufweist, und zum anderen die Erklärung, dass auch kein solches Unternehmen als Unterauftragnehmer, Eignungsleihgeber oder Lieferant beteiligt ist. Aus Transparenzgründen sollte der Verordnungstext in dem Formular für die Erklärung wiedergegeben werden.

Das BMWK hat hierzu ebenfalls mit dem Rundschreiben vom 14. April 2022 ein [Muster](#) zur Verfügung gestellt. Für das Vergabehandbuch Nordrhein-Westfalen wurde mit dem [Formular 523](#) EU bereits eine Vorlage für diese Eigenerklärung erstellt. In Bayern wird derzeit auf das Muster des BMWK verwiesen.

Enthalten Teilnahmeanträge oder Angebote trotz entsprechender Anforderungen nicht diese Erklärung, so sind diese auf der Grundlage von § 57 Abs. 1 Nr. 2 VgV auszuschließen. Auch hierbei besteht kein Ermessensspielraum. Allerdings dürfte es bei Einsatz eines Unterauftragnehmers mit Russland-Bezug im Verordnungssinne – wie auch bei Einsatz eines ungeeigneten Unterauftragnehmers – aus Gründen der Verhältnismäßigkeit geboten sein, dem Bewerber bzw. Bieter vor dem Ausschluss gemäß § 36 Abs. 5 VgV (analog) die Möglichkeit einzuräumen, den Unterauftragnehmer zu ersetzen.

Vertragserfüllungsverbot bei laufenden Verträgen

Hinsichtlich bereits vergebener öffentlicher Aufträge gilt für Auftraggeber bei Vorliegen der vorgenannten Voraussetzungen die Verpflichtung, diese unter Berufung auf die EU-Verordnung bis zum 10. Oktober 2022 zu beenden. Fällt der Auftragnehmer selbst nicht unter den Russland-Bezug im Sinne der Norm, allerdings ein Unterauftragnehmer, Lieferant oder ein Unternehmen, dessen Kapazitäten im Rahmen der Eignungsleihe in Anspruch genommen werden, so hat der Auftraggeber den Auftragnehmer zu einer Beendigung der Geschäftsbeziehung zu den betroffenen Mitwirkenden bis zum genannten Stichtag zu verpflichten. Kommt der Auftragnehmer dem nicht nach, muss der gesamte Vertrag mit ihm zum 10. Oktober 2022 beendet werden.

Dem Auftraggeber steht hinsichtlich der Vertragsbeendigung kein Ermessensspielraum zu.

Gemäß Art. 11 der EU-Verordnung sind Schadensersatzpflichten im Zusammenhang mit der Beendigung der Verträge ausgeschlossen.

Ausnahmen nach Art. 5k Abs. 2 der EU-Verordnung

Art. 5k Abs. 2 der EU-Verordnung sieht einige Rückausnahmetatbestände vor, die dort abschließend aufgelistet sind. Dazu gehören neben Kauf und Einfuhr von Erdöl, Erdgas und bestimmten Rohstoffen einschließlich Kohle

und fossilen Brennstoffen vor allem Aufträge zur Bereitstellung unbedingt notwendiger Güter oder Dienstleistungen, wenn sie ausschließlich oder nur in ausreichender Menge von Personen mit Russland-Bezug im Sinne der EU-Verordnung bereitgestellt werden können. Ist also für einen Auftrag keine tragfähige Alternative vorhanden, so kann eine Ausnahmegenehmigung eingeholt werden; dies obliegt dem jeweiligen Auftraggeber. Welche Behörde eine solche Ausnahmegenehmigung erteilt, soll kurzfristig durch das BMWK bekannt gegeben werden.

Handlungsempfehlung

Die Sanktionsregelungen stellen öffentliche Auftraggeber vor ganz neue Herausforderungen: Vergleichsweise einfach gestaltet sich noch der Umgang mit der Thematik im laufenden Verfahren, da die notwendigen Eigenerklärungen relativ unproblematisch in jedem Verfahrensstadium eingeholt werden können und bei Nichtvorliegen eine klare Sanktionierung möglich ist. Es müssen aber auch alle über den 10. Oktober 2022 hinaus bestehenden Vertragsbeziehungen auf den Prüfstand gestellt werden. Auf welcher Grundlage es rechtlich möglich ist, von Bestandsauftragnehmern entsprechende Erklärungen im Nachhinein einzuholen und ggf. zu erzwingen, ist noch völlig unklar. Auch ob eine Weigerung, eine entsprechende Erklärung (insbesondere zu Beteiligungsverhältnissen u. ä.) abzugeben, schon als Grund für die Vertragsbeendigung ausreicht, oder ob und in welchem Umfang weitere Ermittlungen angestellt werden müssen, ist bislang offen. Es dürfte aber davon auszugehen sein, dass die Nichtabgabe der Eigenerklärung zum Ausschluss führen muss (schon weil der Teilnahmeantrag / das Angebot nicht vollständig ist bzw. eine im laufenden Verfahren zulässigerweise nachgeforderte Unterlage nicht enthält, § 57 Abs. 1 Nr. 2 VgV). Bestehen seitens des Auftraggebers Zweifel an der Richtigkeit der Eigenerklärung, so dürfte eine Pflicht zur weiteren Aufklärung bestehen. Es empfiehlt sich in jedem Einzelfall eine sorgfältige Prüfung der Umstände und der daraus resultierenden Handlungspflichten, zumal ein trotz des Zuschlagsverbots erteilter Zuschlag aufgrund Verstoßes gegen ein gesetzliches Verbot nach § 134 BGB nichtig sein dürfte. Der Verstoß gegen die Pflicht zur Vertragsbeendigung hingegen vermag vermutlich an dem Grundsatz "pacta sunt servanda" nichts zu ändern, könnte aber zu aufsichtlichen Maßnahmen gegenüber dem Auftraggeber sowie ggf. auch zu einem Einschreiten der EU-Kommission führen.

Katrin Lüdtke

Rechtsanwältin, Fachanwältin für Verwaltungsrecht

[E-Mail](#)



Newsticker

Beschleunigung von Vergaben im Unterschwellenbereich - Update

Das Bundesministerium für Wirtschaft und Klimaschutz (BMWK) hat mit Bekanntmachung vom 13. April 2022 (BAnz AT 14.04.2022 B1) "Abweichende Verwaltungsvorschriften" für die Vergabe öffentlicher Aufträge zur Beschleunigung von Vergaben im Unterschwellenbereich im Zusammenhang mit der aktuellen Situation in der Ukraine erlassen.

Diese beinhalten Möglichkeiten, abweichend von § 14 UVgO bzw. § 3a Abs. 4 VOB/A Direktaufträge, die im Zusammenhang mit den Handlungen gegen die Ukraine stehen, im Wert von EUR 5.000 (Dienstleistungen) bzw. EUR 8.000 (Bauleistungen) zu erteilen. Das Rundschreiben enthält daneben eine Erläuterung, wann ein solcher Zusammenhang als gegeben zu sehen ist. Neben dieser Regelung für Vergabestellen des Bundes, die zunächst bis 31. Dezember 2023 gilt, haben auch verschiedene Bundesländer bereits entsprechende Regelungen erlassen (siehe dazu schon den [Newsletter April 2022](#)). Dazu gibt es Neuigkeiten:

So wurde in Bayern für alle Beschaffungen, die für die Aufnahme, Unterbringung und Versorgung von Geflüchteten aus der Ukraine nötig werden, die Möglichkeit geschaffen, auf eine Ausschreibung oder einen vorgeschalteten Teilnahmewettbewerb zu verzichten und sich auf die (formlose) Einholung von Vergleichsangeboten zu beschränken. Fristen sind dabei nicht zu beachten. Wenn aufgrund der Umstände voraussichtlich nur ein Unternehmen in der Lage sein wird, den Auftrag unter den durch die besondere Dringlichkeit auferlegten technischen und zeitlichen Zwängen zu erfüllen, ist auch die Ansprache nur eines Unternehmens möglich. Dies gilt im Unter- und Oberschwellenbereich für alle Arten von Aufträgen (vgl. Rundschreiben des Bayerischen Staatsministeriums des Innern und für Integration vom 18. März 2022).

In Hessen ermöglicht das Vergaberecht jetzt äußerst dringliche Beschaffungen im Wege des Verhandlungsverfahrens bzw. der Verhandlungsvergabe ohne Teilnahmewettbewerb, die der Eindämmung und kurzfristigen Bewältigung der Ukraine-Krise und ihrer unmittelbaren Folgen durch die zuständigen Behörden, wie z. B. der Unterbringung und Versorgung von geflüchteten Menschen aus der Ukraine, dienen (vgl. die Hinweise des Hessischen Ministeriums für Wirtschaft, Energie, Verkehr und Wohnen vom 23. März 2022).

Andere Länder, etwa Berlin oder Nordrhein-Westfalen, hingegen haben weiterhin keine Sonderregelungen geschaffen.

Rückforderung von Zuwendung bei Verstoß gegen nachträgliche Vergabeauflagen

Das Verwaltungsgericht Cottbus hat in einem Urteil vom 21. Dezember 2021 (3 K 2560/17) mit dankenswerter Klarheit entschieden, dass ein Verstoß eines Zuwendungsempfängers gegen vergaberechtliche Vorschriften erst dann Grundlage einer Rückforderung der gewährten Mittel werden kann, wenn er nach wirksamer Bekanntgabe der Auflagen zur Einhaltung des Vergaberechts begangen wurde. Dies wird immer dort relevant, wo zulässigerweise bereits vor Erlass des eigentlichen Zuwendungsbescheids im Wege des sog. vorzeitigen Maßnahmebeginns mit Zustimmung des Zuwendungsgebers bereits Vergabemaßnahmen durchgeführt werden (etwa für Planungsleistungen oder erste Bauleistungen). Selbst wenn der Zuwendungsgeber den Erlass entsprechender Auflagen angekündigt und/oder Merkblätter mitgegeben hat, wird eine entsprechende Auflage erst mit Bekanntgabe des Zuwendungsbescheids selbst wirksam. Allenfalls eine Formulierung mit Rückwirkung könnte eine Rückforderung rechtfertigen; insoweit ist eine genaue Lektüre der erlassenen Vergabeauflagen ratsam.

Dauerbrenner Produktvorgaben

Die Vergabekammer des Bundes hat sich mit Beschluss vom 8. März 2022 zu engen Vorgaben für eine Betonschutzwand als Fahrzeugrückhalteeinrichtung an einer Bundesautobahn geäußert (VK 2-16/22). Dort wurde eine verdeckte Produktvorgabe aufgrund von Anforderungen gerügt, die so spezifisch waren, dass nur ein bestimmtes Produkt sie erfüllen kann. Ohne Erfolg. Die VK betonte zunächst einmal mehr die Bestimmungsfreiheit des Auftraggebers hinsichtlich des Beschaffungsgegenstands. Sie stellte klar, dass deren Ausübung dem Vergabeverfahren vorgelagert ist und das Vergaberecht nur die Art und Weise der Beschaffung (also das Verfahren) regelt, aber nicht den Gegenstand der Beschaffung. Marktverengende Leistungsvorgaben sind immer dann zulässig, wenn nachvollziehbare, objektive und auftragsbezogene Gründe angegeben worden sind und die Bestimmung folglich willkürfrei getroffen worden ist, solche Gründe tatsächlich vorhanden sind und die Bestimmung andere Wirtschaftsteilnehmer nicht diskriminiert. Der Auftraggeber hat bei der Einschätzung, ob dies der Fall ist, einen Beurteilungsspielraum. Im entschiedenen Fall war aufgrund der örtlichen Gegebenheiten und des erforderlichen Schutzniveaus die Aufstellung der Anforderungen sachlich gerechtfertigt.

Die Entscheidung, ob von der Ausnahme vom Verbot der produktneutralen Ausschreibung Gebrauch gemacht werden kann, ist immer eine

Entscheidung im Einzelfall, die sorgfältig abzuwägen und zu dokumentieren ist. Schematische Betrachtungen verbieten sich. Es bestehen erhebliche Spielräume, die die Auftraggeber nutzen sollten, um für ihren Bedarf optimale Ergebnisse zu erzielen.

Konzepte als Zuschlagskriterien

Konzepte der Bieter sind ein bewährtes Mittel zur Bewertung der Qualität von Angeboten und der dort aufgezeigten Lösungswege. Das OLG Schleswig hat sich in seinem Beschluss vom 4. Februar 2022 (54 Verg 9/21) intensiv mit der Frage auseinandergesetzt, wann eine Anforderung an konzeptionelle Darstellungen und deren Bewertung noch den notwendigen Auftragsbezug nach § 127 Abs. 3 S. 1 GWB aufweisen. Danach muss ein Zuschlagskriterium zumindest mittelbar auf den Inhalt des Angebots bezogen sein; Kriterien, die nicht der Ermittlung des wirtschaftlichsten Angebots dienen, sind ausgeschlossen. Bei der Festlegung der Zuschlagskriterien hat der Auftraggeber einen Ermessensspielraum, der nur begrenzt auf die Vertretbarkeit überprüfbar ist. Nach Auffassung des Gerichts ist die Bewertung von Konzepten, die die Art und Weise der Leistungserbringung darstellen, für die Angebotsbewertung geeignet. Die Forderung nach allgemeinen Darstellungen (hier der Vorteil einer digitalen Dokumentation) weist hingegen nicht den nötigen Angebotsbezug auf. Ein Innovationskonzept ist nur dann als Wertungskriterium tauglich, wenn die Lieferung innovativer Lösungen auch Gegenstand der Leistungen ist.

Die Entscheidung zeigt, dass die Gerichte zwar den Beurteilungsspielraum des Auftraggebers bei der Aufstellung von Wertungskriterien durchaus respektieren, gleichzeitig aber mit Recht den gesetzlich geforderten hinreichenden Auftragsbezug einfordern, der auch unbedingt notwendig ist, um eine willkürfreie Bewertung der Angebote sicherzustellen. Insoweit ist es geboten, dass sich Auftraggeber bei der Erstellung der Vergabeunterlagen stets bewusst machen, dass Leistungsbeschreibung, Anforderungen an das Angebot und Zuschlagskriterien einen harmonischen Dreiklang bilden müssen.

Ihre Ansprechpartner

Für Rückfragen sprechen Sie den ADVANT Beiten Anwalt Ihres Vertrauens an oder wenden Sie sich direkt an das ADVANT Beiten Vergaberechts-Team:

Berlin

Lützowplatz 10 | 10785 Berlin

Tel.: +49 30 86471-219

Stephan Rechten

Rechtsanwalt

[E-Mail](#)



Max Stanko

Rechtsanwalt,
Fachanwalt für
Vergaberecht

[E-Mail](#)



Düsseldorf

Cecilienallee 7 | 40474 Düsseldorf

Tel.: +49 211 518989-0

Sascha Opheys

Rechtsanwalt,
Fachanwalt für
Vergaberecht

[E-Mail](#)



Frankfurt am Main

Mainzer Landstraße 36 | 60325 Frankfurt am Main

Tel.: +49 756095-195

Christopher Theis

Rechtsanwalt,
Fachanwalt für
Vergaberecht

[E-Mail](#)



München

Ganghoferstraße 33 | 80339 München

Tel.: +49 89 35065-1452

Michael Brückner

Rechtsanwalt

[E-Mail](#)



Hans Georg Neumeier

Rechtsanwalt,
Fachanwalt für
Vergaberecht

[E-Mail](#)



Katrin Lüttke

Rechtsanwältin,
Fachanwältin für
Verwaltungsrecht

[E-Mail](#)



ADVANT Beiten Textsammlung Vergaberecht 2022 jetzt kostenlos abrufbar

Auch wenn sich die Vergabewelt in den vergangenen drei Jahren nicht ganz so schnell gedreht hat, haben sich gleichwohl zahlreiche legislative Änderungen und Neuerungen ergeben. Grund genug für uns, unsere beliebte Textsammlung Vergaberecht auf einen aktuellen Stand zu bringen. Die Ausgabe 2022 enthält alle wichtigen Rechtstexte zum ober- und unter-schwelligen Vergaberecht sowie die 2021 hinzugetretene Wettbewerbsregisterverordnung (WRegV) und das Saubere-Fahrzeuge-Beschaffungs-Gesetz (SaubFahrzeugBeschG). Zudem haben wir erstmals weitere beschaffungsrelevante Normen weiterer Bundesgesetze im Auszug hinzugefügt (z. B. MiLoG, SchwarzArbG oder KSG) und um weitere praxisrelevante Dokumente ergänzt (z. B. Schwellenwerte 2022/2023, Katalog der Bauleistungen im Anhang II zur RL 2014/24/EU, Zusammenstellung der sozialen und besonderen Dienstleistungen im Anhang XIV zur RL 2014/24/EU).

Das Kompendium können Sie ab sofort auf unserer Homepage kostenlos herunterladen:

[zur Textsammlung](#)

REDAKTION (verantwortlich)

Stephan Rechten | Rechtsanwalt
© Beiten Burkhardt
Rechtsanwalts-gesellschaft mbH

Vergaberecht@advant-beiten.com
www.advant-beiten.com



Zur Newsletter Anmeldung

E-Mail weiterleiten

Hinweise

Diese Veröffentlichung stellt keine Rechtsberatung dar.

Wenn Sie künftig keine Informationen erhalten möchten, können Sie sich jederzeit [abmelden](#).

© Beiten Burkhardt

Rechtsanwaltsgesellschaft mbH

Alle Rechte vorbehalten 2022

Impressum

ADVANT Beiten

Beiten Burkhardt Rechtsanwaltsgesellschaft mbH

(Herausgeber)

Ganghoferstraße 33, 80339 München

AG München HR B 155350/USt.-Idnr: DE-811218811

Weitere Informationen (Impressumsangaben) unter:

<https://www.advant-beiten.com/de/impressum>

Beiten Burkhardt Rechtsanwaltsgesellschaft mbH ist Mitglied von ADVANT, einer Vereinigung unabhängiger Anwaltskanzleien. Jede Mitgliedskanzlei ist eine separate und eigenständige Rechtspersönlichkeit, die nur für ihr eigenes Handeln und Unterlassen haftet.