



Sehr geehrte Damen und Herren,

hiermit erhalten Sie unseren aktuellen Newsletter
Vergaberecht, Ausgabe Juli 2021.

Wir wünschen eine angenehme Lektüre!

Mit freundlichen Grüßen

Stephan Rechten

Rechtsanwalt

Stephan.Rechten@bblaw.com



**EuGH bestätigt Pflicht zur Begrenzung von Rahmenvereinbarungen
auch für das aktuelle Vergaberecht**

[zum Artikel](#)

**Die Wertung von Angebotskonzepten – praxisnahe Hinweise des
OLG München zu einer unendlichen Geschichte**

[zum Artikel](#)

Neues aus Brüssel

[zum Artikel](#)

Newsticker

Niedersächsisches Rettungsdienstgesetz geändert

EU-Haushaltsentwurf 2022: EUR 167,8 Mrd.

Nachprüfungsantrag vor Rüge zulässig?!

Durchführung von Vergabeverfahren durch Dienstleister nur dann keine Rechtsberatung, solange nicht über vergaberechtliche Fragen entschieden wird

[zu den Artikeln](#)

REDAKTION (verantwortlich)

Stephan Rechten | Rechtsanwalt

© BEITEN BURKHARDT Rechtsanwaltsgesellschaft mbH.

Vergaberecht@bblaw.com

www.beitenburkhardt.com

[Ihre Ansprechpartner](#)

EuGH bestätigt Pflicht zur Begrenzung von Rahmenvereinbarungen auch für das aktuelle Vergaberecht

Paukenschlag aus Luxemburg: Der Europäische Gerichtshof hat festgestellt, dass auch im Anwendungsbereich des aktuellen Vergaberechts bei der Ausschreibung von Rahmenvereinbarungen den Bietern zwingend eine Höchstgrenze genannt werden muss. Wird diese im Rahmen der Abrufe erreicht, verliert die Rahmenvereinbarung ihre Wirkung (Urteil vom 17. Juni 2021 – Rs. C-23/20).

DER SACHVERHALT

Die Region Nordjütland schrieb 2019 Ausrüstung für künstliche Ernährung über Sonden als Rahmenvereinbarung in einem offenen Verfahren aus. Die Teilnahme der Region Süddänemark war optional vorgesehen und musste von den Bietern über alle Positionen des Vertrags angeboten werden. Die Auftragsbekanntmachung enthielt weder Angaben zum geschätzten Wert der Beschaffung noch zum Höchstwert der Rahmenvereinbarung oder zur geschätzten Menge oder Höchstmenge der zu

beschaffenden Waren. Enthaltene Schätzungen zum Auftragsumfang waren mit dem Hinweis verbunden, dass diese lediglich Ausdruck der Erwartung des Auftraggebers hinsichtlich des Verbrauchs seien und der tatsächliche Verbrauch sich als niedriger oder höher erweisen könne.

Im Rahmen des Nachprüfungsverfahrens eines unterlegenen Bieters legte das dänische Gericht dem EuGH die Frage vor, ob die Richtlinie 2014/24/EU eine Bekanntmachung von Schätzwert bzw. Schätzmenge und Höchstwert bzw. Höchstmenge verlange und darüber hinaus auch eine Differenzierung hinsichtlich mehrerer Rahmenvertragspartner vorzunehmen sei. Zudem bat das Gericht um Auskunft, ob ein Verstoß gegen eine Bekanntmachungspflicht zu einer (festzustellenden) Unwirksamkeit eines hierauf gründenden Auftrags führe.

DIE ENTSCHEIDUNG

Der EuGH stellt zunächst fest, dass aus dem Wortlaut der einschlägigen Regelungen der auf den Fall anwendbaren Richtlinie 2014/24/EU eine Pflicht zur Bekanntmachung von Schätz- und Höchstmengen von Rahmenvereinbarungen nicht eindeutig erkennbar sei. Art. 33 Abs. 1 spreche davon, in einer Rahmenvereinbarung nur „gegebenenfalls“ die in Aussicht genommene Menge festzulegen. Für die Bekanntmachung verlange die Richtlinie in Anhang V Teil C Nr. 8 nur eine „Größenordnung“, die nach Nr. 10 nur „soweit möglich“ anzugeben sei. Das korrespondierende Bekanntmachungsmuster (Anhang II zur EU-Durchführungsverordnung 2015/1986) verlange unter II.1.5) nur den „geschätzten Gesamtwert“, „falls zutreffend“.

Mit Blick auf den Transparenz- und den Gleichbehandlungsgrundsatz hält der Gerichtshof es allerdings für nicht hinnehmbar, dass Auftraggeber in der Bekanntmachung keine Angaben zu einem Höchstwert der gemäß Rahmenvereinbarung zu liefernden Waren machten. Vielmehr verlangten diese Grundsätze, dass alle Bedingungen und Modalitäten des Vergabeverfahrens in der Bekanntmachung oder in den Verdingungsunterlagen klar, genau und eindeutig formuliert sind, damit alle durchschnittlich fachkundigen Bieter bei Anwendung der üblichen Sorgfalt ihre genaue Bedeutung verstehen und sie in gleicher Weise auslegen können und der Auftraggeber imstande ist, tatsächlich zu überprüfen, ob die Angebote der Bieter die für den betreffenden Auftrag geltenden Kriterien erfüllen. Weiterhin sehe Art. 5 der Richtlinie die Pflicht des Auftraggebers zur Schätzung des (Gesamt-) Auftragswerts vor. Das Ergebnis der Schätzung könne der Auftraggeber dann den Bietern auch mitteilen. Im Übrigen verlangten andere Passagen des einschlägigen EU-Bekanntmachungsformulars zwingend die Angabe des maximalen Gesamtwerts jedes Loses, was übertragen auf eine Rahmenvereinbarung auch dort für eine Pflicht zur Bekanntmachung spreche. Schließlich weist der EuGH auf praktische Konsequenzen

hin, die entstehen, wenn der Auftraggeber die Höchstmenge einer Rahmenvereinbarung nicht festlegen muss: Rahmenvereinbarungen könnten wettbewerbsverschließend überzeichnet werden, Auftragnehmer müssten auch über die erwartete Gesamtmenge hinaus leistungsbereit bleiben und könnten sich bei Weigerung zur Leistung schadensersatzpflichtig machen.

Vor diesem Hintergrund sieht das Gericht eine Pflicht zur Bekanntmachung von Schätzwert oder Schätzmenge und Höchstwert oder Höchstmenge in der Auftragsbekanntmachung. Entsprechend verliere eine Rahmenvereinbarung ihre Wirkung, wenn diese Menge oder dieser Wert erreicht sei.

Eine darüber hinausgehende Pflicht des Auftraggebers, z. B. zur Zuordnung von Liefermengen zu den einzelnen Auftraggebern bei Teilnahme mehrerer an einer Rahmenvereinbarung, besteht nach Ansicht des EuGH hingegen nicht. Diese Angaben könne der Auftraggeber freiwillig vornehmen, müsse es aber nicht.

Schließlich sieht der Gerichtshof in einer fehlenden Bekanntgabe von Schätzwert oder -menge und Höchstwert oder -menge keinen so schwerwiegenden Vergabeverstoß, dass als Rechtsfolge die Unwirksamkeit der (dennoch erfolgten) Auftragsvergabe festgestellt werden könne. Art. 2 d der Rechtsmittelrichtlinie (entspricht § 135 Abs. 1 GWB) sehe dies nur für schwerste Verstöße gegen das Vergaberecht vor, etwa die Auftragsvergabe gänzlich ohne vorherige Bekanntmachung. Ein Verstoß gegen die erforderlichen Mengen- oder Wertangaben einer Rahmenvereinbarung in einer gleichwohl erfolgenden Bekanntmachung habe hingegen nicht dieses Ausmaß der Schwere. Zudem könne das Fehlen der Angaben jederzeit durch die Bieter bemerkt und entsprechend gerügt oder in einem Nachprüfungsverfahren überprüft werden.

BEWERTUNG UND PRAXISTIPP

Die Tragweite dieser Entscheidung ergibt sich erst auf den zweiten Blick. Denn bereits 2018 hatte der EuGH die Angabe entsprechender Höchstgrenzen bei der Ausschreibung von Rahmenvereinbarungen verlangt (Urteil vom 19. Dezember 2018 – Rs. C-216/17). Dies ging damals allerdings deutlicher aus dem seinerzeit zugrunde liegenden Rechtsrahmen der EU-Richtlinie 2004/18 hervor. Der nunmehr gegenständliche Sachverhalt einer Rahmenvertragsvergabe nach dänischem Recht beruhte hingegen auf der EU-Richtlinie 2014/24, deren Wortlaut – wie oben gezeigt – weniger eindeutig ist.

Für das deutsche Vergaberecht ist diese Entscheidung besonders pikant. Denn zum einen enthält § 21 Abs. 1 Satz 2 VgV eine gegenüber dem Wortlaut des Art. 33 der Richtlinie 2014/24/EU noch offenere Formulierung („Das in Aussicht genommene

Auftragsvolumen ist so genau wie möglich zu ermitteln und bekannt zu geben, braucht aber nicht abschließend festgelegt werden.“). Zum anderen hat die ver-
gaberechtliche Rechtsprechung bislang angenommen, dass die Entscheidung des
EuGH vom Dezember 2018 zur Höchstgrenze bei Rahmenvereinbarungen nicht auf die
geänderte Rechtslage des § 21 VgV anwendbar ist (so VK Bund, Beschluss vom
19. Juli 2019 – VK1-39/19).

Öffentliche Auftraggeber sollten daher laufende Ausschreibungen von Rahmenverein-
barungen darauf hin überprüfen, ob den Bietern Schätzwert oder -menge und
Höchstwert oder -menge wirksam mitgeteilt worden ist und diese Angaben im Zweifel
zur Vermeidung von Rügen und Nachprüfungsverfahren nachreichen, sofern dies
möglich ist. Stehen Angebotsfristen kurz vor dem Ablauf, sollte gegebenenfalls über
eine Fristverlängerung im Zusammenhang mit der Nachreichung der Angaben
nachgedacht werden.

Aber auch bereits abgeschlossene Rahmenvereinbarungen, denen entsprechende
Angaben fehlen, können sich mit Blick auf die vom EuGH abgesprochenen
Rechtsfolgen als problematisch darstellen. Denn die fehlenden Angaben können zu
nicht unerheblichen Rechtsunsicherheiten bei Einzelabrufen führen, die der
Auftraggeber noch vom Leistungsumfang der Rahmenvereinbarung als abgedeckt
ansieht, der Auftragnehmer oder potenzielle Wettbewerber hingegen nicht mehr. Eine
„Rettung“ in eine unwesentliche Auftragsenerweiterung nach § 132 GWB ist hier auch
nicht in jedem Falle möglich, da ohne feste Bezugsgröße die Grenzen einer solchen
Auftragsenerweiterung verschwimmen – und zumindest der Auftragnehmer der
Erweiterung auch zustimmen muss (so jedenfalls der EuGH in Rn. 70 der Entscheidung
C-23/20).

Die Feststellung, dass eine Rahmenvereinbarung bereits vor der jetzigen Ent-
scheidung des EuGH abgeschlossen wurde, dürfte auch keinen sicheren Hafen
darstellen. Denn dem Urteil kommt insofern keine „Rechtssetzungsqualität“ zu.
Vielmehr stellt es nur fest, wie die Rechtslage seit Inkrafttreten der zugrunde liegenden
EU-Richtlinie bzw. ihrer nationalen Umsetzung ist – in Deutschland also seit dem
18. Oktober 2018.

Stephan Rechten

Rechtsanwalt

Stephan.Rechten@bblaw.com



Die Wertung von Angebotskonzepten – praxisnahe Hinweise des OLG München zu einer unendlichen Geschichte

EINLEITUNG

Bei der Vergabe von Beratungs- und Kreativleistungen, denen eine funktionale Leistungsbeschreibung zugrunde liegt, ist die Güte der Angebotskonzepte wesentliches qualitatives Zuschlagskriterium, das zentral für die Ermittlung des wirtschaftlichsten Angebotes ist. Denn die von den Bietern eingereichten Konzepte konkretisieren und prägen das Leistungssoll für die Auftragsausführung. Daher sind die qualitativen Zuschlagskriterien bei funktional beschriebenen Leistungen in der Regel höher gewichtet als der Preis. Es überrascht also nicht, dass die vergaberechtliche Praxis zeigt, dass sich Rügen in Vergabeverfahren mit vorstehend beschriebenem Vergabedesign oftmals gegen die vermeintlich zu geringe Bepunktung des eigenen Angebotskonzepts und die nach Ansicht des rügenden Bieters zu hohe Bewertung des Konzeptes des Zuschlagsprätendenten richten. Oftmals sind Bieter mit Rügen gegen das Wertungssystem als solches zudem präkludiert, da sie die Frist des § 160 Abs. 3 S. 1 Nr. 3 GWB verstreichen ließen, sodass die Wertungsentscheidung des Auftraggebers den einzigen Angriffspunkt bietet (zur Präklusion im Falle eines intransparenten Wertungssystems vgl. VK Bund, Beschluss vom 23. Dezember 2020 –VK1-104/20).

Vor diesem Hintergrund ist es für öffentliche Auftraggeber zentral, die Wertung von Angebotskonzepten vergaberechtssicher vorzunehmen und den Wertungsvorgang mit Blick auf ein etwaiges Nachprüfungsverfahren belastbar zu dokumentieren.

DIE ENTSCHEIDUNG

Das OLG München hat in einem Beschluss vom 26. Februar 2021 (Verg 14/20) zu dem vorstehend skizzierten Problemkreis entschieden und öffentlichen Auftraggebern nützliche Hinweise an die Hand gegeben, wie die Wertung von Angebotskonzepten nachprüfungsfest vorgenommen und dokumentiert werden kann. Dem streitgegenständlichen Auftrag lag die Vergabe von Planerleistungen zugrunde; die einzureichenden Konzepte waren allerdings zu Themengebieten vorzulegen, die bei der Vergabe von Beratungs- und Kreativleistungen in der Praxis öffentlicher Auftraggeber häufig abgefragt werden. Die Bewertung erfolgte im konkreten Fall in Stufen von 0 bis 3 vollen Punkten, wobei die Vergabestelle die jeweiligen Punktwerte nicht mit einem generischen Schulnotensystem (bspw. unbefriedigend, ausreichend, befriedigend, gut) hinterlegt hatte, sondern eine kriterienspezifische Abstufung unternahm, die sie den Bietern auch transparent bekannt machte. Bei dem Kriterium „Projektorganisation“ wurde bspw. ein Punkt vergeben, wenn die Darstellung

nachvollziehbar und schlüssig ist, die Aufgaben, Schnittstellen, Abhängigkeiten und den Planungsdisziplinen übergreifenden Informationsfluss vollständig darstellt. Ein weiterer Punkt wurde vergeben, wenn die Qualifikation der Projektmitarbeiter den ihnen zugewiesenen Aufgaben und Zuständigkeiten entspricht.

Im konkreten Fall rügte der unterlegene Bieter – wie so oft – die zu niedrige Wertung des eigenen sowie die Überwertung des Angebotskonzeptes des Zuschlagsprätendenten. Ohne zu stark auf die Besonderheiten des vorliegenden Falls fokussieren zu wollen, sollen im Nachfolgenden wesentliche Punkte der Entscheidung des OLG München, die für die vergaberechtliche Praxis der Angebotswertung bedeutsam sind, einzeln herausgegriffen und dargestellt werden:

- Für die vergaberechtliche Überprüfung von Wertungsentscheidung des öffentlichen Auftraggebers gilt der altbekannte **Maßstab für die gerichtliche Kontrolle von Beurteilungsspielräumen**. Hiernach prüfen die vergaberechtlichen Nachprüfungsinstanzen die Wertungsentscheidung des öffentlichen Auftraggebers nur daraufhin, ob das vorgeschriebene Verfahren eingehalten, von einem zutreffenden und vollständig ermittelten Sachverhalt ausgegangen wurde, keine sachwidrige Erwägung in die Entscheidung eingeflossen ist und allgemeingültige Bewertungsmaßstäbe beachtet wurden (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 8. Februar 2017 – Verg 31/16). In der Praxis lässt sich allerdings beobachten, dass dieser einschränkende Maßstab bei den Gerichten keineswegs dazu führt, sich bei der Überprüfung von Wertungsentscheidungen eine übermäßige Zurückhaltung aufzuerlegen. Vielmehr lässt sich – auch vorliegend – beobachten, dass die Punktevergabe und deren Begründung durch die Nachprüfungsinstanzen akribisch im Einzelfall nachvollzogen werden. Dies sollten öffentliche Auftraggeber bei der Dokumentation ihrer Wertungsentscheidung stets berücksichtigen.
- Wird die Bewertung von Konzepten durch ein mehrköpfiges Gremium durchgeführt, sollte die **Entscheidungsfindung eines jeden Mitglieds dokumentiert** werden. Hierfür bietet es sich an, wenn jedem Gremienmitglied ein einheitlicher Bewertungsbogen vorliegt, in dem zum einen die Wertungskriterien konkret dargestellt und erläutert werden, die Punkteanforderung für jedes Kriterium aufgelistet und eine Spalte vorgesehen ist, um individuelle Anmerkungen zu tätigen. Die Wertungsbögen sind zum Zwecke der Dokumentation zur Vergabeakte zu nehmen.
- Bei der Entscheidung, ein Konzept in einem Unterkriterium mit der höchsten Punktzahl zu bewerten, kann auf eine **weitergehende wörtliche Begründung** verzichtet werden. Dieses Vorgehen lässt das OLG München für die Dokumentation

der Wertungsentscheidung ausreichen, wenn in der angewendeten Wertungsmatrix die Kriterien für die Vergabe der Höchstpunktzahl derart konkret ausformuliert sind, dass aus der Wertungsentscheidung eindeutig hervorgeht, dass das wertende Gremienmitglied sich diese Kriterien vollumfänglich zu eigen macht. Punktabzüge sind hingegen auch bei einer detailliert ausformulierten Wertungsmatrix stets im Einzelnen zu begründen. Soweit öffentliche Auftraggeber ein generisches Bewertungssystem – bspw. Schulnoten – verwenden, wird im Umkehrschluss zu fordern sein, dass für eine ausreichende Dokumentation auch die Vergabe der Höchstpunktzahl begründet werden muss, da sich aus der Erläuterung zur Höchstnote („sehr gut“) nicht zugleich eine nachvollziehbare Wertungsentscheidung ergibt.

- In sich **widersprüchliche Angaben im Angebotskonzept** sowie Widersprüche zwischen Angebotskonzept und Angaben im (bewerteten) Präsentationstermin sind in der vergaberechtlichen Praxis öfter anzutreffen. Nach Ansicht des OLG München ist ein solcher Widerspruch hinreichender Grund für einen Punktabzug. Der Widerspruch ist im Zuge der Wertung offenzulegen und schriftlich zu dokumentieren.
- Anders als im Falle des Ausschlusses eines Bieters (für den Ausschluss des Bestbieters vgl. VK Westfalen, Beschluss vom 20. August 2020 – VK 3 – 19/20) bedarf es bei **Punktabzügen im Zuge der Angebotsbewertung grundsätzlich keiner Aufklärung**. Dies insbesondere dann, wenn der Punktabzug wegen widersprüchlicher Angaben vorgenommen und hinsichtlich des Bewertungsvorgehens in den Vergabeunterlagen ausdrücklich darauf hingewiesen wurde, dass es auf eine nachvollziehbare und schlüssige Darstellung ankommt.
- Die **Vertrautheit eines Bestandsdienstleisters** mit den internen Organisationsabläufen des öffentlichen Auftraggebers aus vorhergegangenen Aufträgen ist bei der Angebotsbewertung nicht per se positiv zu berücksichtigen. Grundlage für die Konzeptbewertung ist nämlich allein das schriftlich eingereichte Konzept und ggf. die Präsentation, jedoch nicht Erfahrungswerte aus der Vergangenheit.
- Der Sitz eines Bieters in einer anderen Stadt als dem Haupterfüllungsort ist für sich genommen kein hinreichender Grund für einen Punktabzug, soweit der Bieter bspw. über ein Projektbüro eine **hohe örtliche Verfügbarkeit** sicherstellt.
- Hingegen ist ein Punktabzug begründet, wenn für den vorgesehenen Projektleiter angegeben wird, dass dieser zum Zeitpunkt der Zuschlagserteilung noch in einem anderen Projekt gebunden wäre und erst mit **zeitlichem Verzug für das gegenständliche Projekt zur Verfügung** stünde.

- Abstrakte Ausführungen im Angebotskonzept oder in einer bewerteten Präsentation, die **keinen konkreten Bezug zum gegenständlichen Projekt** aufweisen, begründen eine Abwertung. Für die Konzepterstellung sind in der Regel sämtliche Vergabeunterlagen zu beachten, bspw. auch Anlagen zum Vertrag oder zur Leistungsbeschreibung. Für die Dokumentation des Punktabzuges ist bei der Begründung darauf zu achten, dass genau erläutert wird, inwiefern Ausführungen nur generisch sind und Vorgaben aus den Vergabeunterlagen nicht beachtet wurden.
- Die **fehlende Darstellung einer strukturierten Abwicklung** des Auftrags kann ebenfalls zu einem Punktabzug führen. Auch hier wäre für die Dokumentation darzustellen, inwiefern die Darstellung unstrukturiert ist.

BEWERTUNG UND PRAXISTIPP

Die Entscheidung verdeutlicht in besonders praxistauglicher Art und Weise, dass öffentliche Auftraggeber bei der Konzeptbewertung Spielräume haben, solange sie sich innerhalb der selbstgesetzten Grenzen des eigenen Wertungssystems bewegen. Ob eine Wertungsentscheidung im Nachprüfungsverfahren hält, steht und fällt allerdings allein mit der Güte ihrer Dokumentation. Gerade bei Gremienentscheidungen sind öffentliche Auftraggeber daher gut beraten, sorgfältig darauf zu achten, dass alle Mitglieder des Gremiums ihre Entscheidung im Einzelnen ausreichend und nachvollziehbar begründen. Die Vorbereitung von Wertungsbögen, die zur Vergabeakte genommen werden können, ist hierfür lohnend.

Max Stanko

Rechtsanwalt, Fachanwalt für Vergaberecht

Max.Stanko@bblaw.com



Neues aus Brüssel

Aktivitäten der EU zum Beschaffungswesen und zum Vergaberecht erscheinen aus Sicht der Vergabepaxis oftmals Lichtjahre entfernt. Trotzdem lohnt mitunter der Blick auf die Agenda der Brüsseler Institutionen, da sie ein interessanter Seismograph für zukünftige Entwicklungen und die Themen von morgen sind. Nachfolgend stellen wir einige aktuelle Projekte vor, die auch Relevanz für die Beschaffungspraxis haben (werden).

1. Instrument für das internationale Beschaffungswesen (International Procurement Instrument, IPI)

Zum Ende des Jahres 2021 plant die EU eine Verordnung zu verabschieden, mit der ein neues Instrument für das internationale Beschaffungswesen etabliert wird. Anliegen dieser Verordnung ist es, öffentliche Beschaffungsmärkte außerhalb der EU für europäische Unternehmen zu öffnen. Zudem sollen Wettbewerbsbedingungen sowohl in der EU als auch auf den Märkten von Drittländern angeglichen werden. Zum Erreichen dieser Ziele prüft die EU-Kommission laut Entwurfstext zunächst Marktabschottungen und diskriminierende Verhaltensweisen von Drittländern. Werden Wettbewerbshindernisse festgestellt, kann die Kommission Konsultationen mit den Drittländern durchführen. Sollten die Konsultationen erfolglos verlaufen, kann die Kommission Sanktionen gegen einzelne Angebote von Unternehmen aus den Drittländern verhängen, z. B. in Form von Preisauflagen oder Ausschluss von Bietern. Unter Umständen kann die EU sogar Bereiche ihres eigenen Beschaffungsmarktes gegenüber Angeboten aus betroffenen Drittländern schließen. An gegenwärtigen Verpflichtungen der EU gegenüber Drittländern – wie z. B. das WTO-Übereinkommen über das öffentliche Beschaffungswesen (Agreement on Government Procurement, GPA) ebenso wie bilaterale Handelsabkommen – wird die Verordnung nichts ändern.

Das Vergaberecht enthält bislang nur im Sektorenbereich die Möglichkeit, Angebote mit Erzeugnissen aus Drittstaaten unter bestimmten Umständen vom Wettbewerb auszuschließen (§ 55 SektVO). Klassische öffentliche Auftraggeber müssen hingegen nach wie vor grundsätzlich auch Angebote aus Drittstaaten berücksichtigen, solange diese die inhaltlichen und formalen Anforderungen der jeweiligen Ausschreibung erfüllen (vgl. dazu OLG Düsseldorf, Beschluss vom 31. Mai 2017 – VII-Verg 36/16 „Heron TP“).

Mit dem IPI tut sich die EU allerdings schwer. Bereits 2012 legte die EU-Kommission einen ersten Verordnungsentwurf vor, scheiterte jedoch an der Zustimmung des Ministerrats. Nach mehrjährigen Abstimmungen auf europäischer Ebene ist der unter

portugiesischer Ratspräsidentschaft entwickelte Kompromissvorschlag nun Gegenstand eines Trilogs, der nach der Sommerpause beginnen soll. Dabei handelt es sich um ein beschleunigtes Gesetzgebungsverfahren zwischen EU-Kommission, dem Ministerrat und dem Parlament, das eine Einigung in erster Lesung bezweckt.

Nach Inkrafttreten der Verordnung können europäische Unternehmen wohl mittelfristig mit einem leichteren Zugang zu Märkten in Drittländern rechnen, öffentlichen Auftraggebern werden zugleich Sanktionsmechanismen an die Hand gegeben. Die bereits heute bestehenden Möglichkeiten und Begrenzungen für die Teilnahme von Unternehmen und Waren aus Drittländern am EU-Beschaffungsmarkt zeigt eine Mitteilung der EU-Kommission vom 13. August 2019 (abrufbar [hier](#)).

2. Sozialorientierte Beschaffung: Ein Leitfaden für die Berücksichtigung sozialer Belange bei der Vergabe öffentlicher Aufträge

Seit Mai 2021 steht die von der Kommission herausgegebene zweite Auflage des Leitfadens zur sozialorientierten Beschaffung zur Verfügung. Während der Text keine bindende Wirkung entfaltet, bietet er öffentlichen Auftraggebern wichtige Anregungen zur Einbeziehung sozialer Aspekte in den Beschaffungsvorgang. So werden zum Beispiel im Kapitel 4 des Leitfadens die Schritte eines Vergabeverfahrens in Bezug auf sozialorientierte Beschaffung gründlich erläutert – von der Definition des Auftragsgegenstands, über technische Spezifikationen, Auswahlkriterien, Ausschlussgründe und Zuschlagskriterien bis hin zur Angebotswertung. Dabei wird schrittweise dargestellt, wie soziale Kriterien mit dem vergaberechtlichen Aspekt in Einklang gebracht werden können. Im Rahmen der Definition des Auftragsgegenstands wird bspw. vorgeschlagen, Konsultationen zur Feststellung des Nutzungsbedarfs in Bezug auf die Barrierefreiheit durchzuführen; im Rahmen der Festlegung von Zuschlagskriterien wird angeregt, bestimmte Gütezeichen zu fordern, die eine ethisch vertretbare Produktion zertifizieren.

Im gesamten Leitfaden sind zahlreiche Exkurse zur Rechtslage in den Mitgliedstaaten zu finden, z. B. französische und niederländische Rechtsvorschriften zur Bekämpfung von Kinderarbeit in Lieferketten (S. 82). Ebenso erläutert der Leitfaden Begriffe im Zusammenhang mit sozialen Aspekten, wie „Menschen mit Behinderungen“ und „benachteiligte Personen“ nach der VN-Behindertenrechtskonvention (S. 71). Öffentlichen Auftraggebern bietet der Leitfaden eine informative und leicht zugängliche Handreichung. Trotz seines beachtlichen Umfangs eignet er sich für die Verwendung in der Praxis dank seiner übersichtlichen Gestaltung gut. Der Leitfaden ist in deutscher Sprache [hier](#) verfügbar.

3. Leitlinien zur Vermeidung von und zum Umgang mit Interessenkonflikten gemäß der Haushaltsordnung 2018

Seit April 2021 können sich öffentliche Auftraggeber zur Vermeidung von und zum Umgang mit Interessenkonflikten an den neuen Leitlinien der Kommission (2021/C 121/01, abrufbar [hier](#)) orientieren. Ziel dieser Leitlinien ist es, die an der Mittelverwaltung mitwirkenden Personen für mögliche Interessenkonflikte zu den Vergaberichtlinien. Für öffentliche Auftraggeber sind insbesondere die Ausführungen zu den Vorschriften über Interessenkonflikte nach den Vergaberichtlinien (Ziffer 5.2 der Leitlinien) bedeutsam. Nach Art. 24 der Richtlinie 2014/24/EU werden Mitgliedstaaten verpflichtet sicherzustellen, dass die öffentlichen Auftraggeber geeignete Maßnahmen zur wirksamen Verhinderung, Aufdeckung und Behebung von Interessenkonflikten treffen. Rechtsfolge eines erkannten Interessenkonflikts ist zunächst, die betroffene Person, in der der Interessenkonflikt besteht, von der Mitwirkung am Vergabeverfahren auszuschließen. Kann der Interessenkonflikt nicht anderweitig behoben werden, ist der betroffene Bieter auszuschließen, Art. 57 Abs. 4 lit. e der Richtlinie 2014/24/EU. Bei einem Verstoß gegen die Richtlinie können Finanzkorrekturen gemäß den Leitlinien der Kommission für Finanzkorrekturen (KOM Beschluss C(2019) 3452) oder andere Rechtsbehelfe greifen. Eine Finanzkorrektur ist anzuwenden, wenn der Interessenkonflikt nicht offengelegt und/oder nicht angemessen abgemildert wurde und zudem den Gewinner betraf. Die Leitlinien sind primär für öffentliche Auftraggeber relevant, die an der geteilten Mittelverwaltung beteiligt sind und überschwere Aufträge für die Ausführung eines aus dem EU-Haushalt finanzierten Projekts vergeben.

4. Instrumente zur Bekämpfung geheimer Absprachen bei der Vergabe öffentlicher Aufträge und über Leitlinien für die Anwendung des entsprechenden Ausschlussgrunds

Mit dem Dokument „Instrumente zur Bekämpfung geheimer Absprachen bei der Vergabe öffentlicher Aufträge und über Leitlinien für die Anwendung des entsprechenden Ausschlussgrunds“ (2021/C 91/01; abrufbar [hier](#)) wendet sich die EU-Kommission direkt an öffentliche Auftraggeber. Mithilfe der Instrumente und der Leitlinien will sie diese bei der Bekämpfung von Absprachen im Rahmen eines Vergabeverfahrens unterstützen und die Zusammenarbeit zwischen nationalen Vergabe- und Wettbewerbsbehörden fördern. Zur Unterstützung der Mitgliedstaaten und öffentlichen Auftraggeber sollen mehr Ressourcen bereitgestellt und administrative Anreize zur Belohnung von Bediensteten, die Absprachen aufdecken, gesetzt werden. Ferner sollen Schulungen sowie Sensibilisierungsmaßnahmen organisiert werden. Im Rahmen von Verbesserungsvorschlägen zur Zusammenarbeit zwischen nationalen Vergabe- und Wettbewerbsbehörden wird Deutschland als Vorbild genannt, da das Bundeskartellamt eine Aufsichtsfunktion bei der Durchsetzung des Vergaberechts übernimmt.

Ferner erläutert die Kommission ihre – nicht rechtsverbindliche – Ansicht über die Anwendung des Ausschlussgrunds wegen wettbewerbsverzerrender Absprachen, Art. 57 Abs. 4 lit. d der Richtlinie 2014/24/EU, der in § 124 Abs. 1 Nr. 4 GWB in deutsches Recht umgesetzt wurde. Ein Blick in den Anhang der Leitlinie kann sich besonders für eher unerfahrene öffentliche Auftraggeber lohnen. Er enthält „Mittel und Tipps“, wie beim Ausschluss von Bietern wegen geheimer Absprachen zu verfahren ist. Empfohlen wird bspw. eine gründliche Marktrecherche im Vorfeld des Vergabeverfahrens, damit sich öffentliche Auftraggeber einen Überblick über die realen Marktkosten verschaffen können.

Wiebke Günther

Rechtsanwältin

Wiebke.Guenther@bblaw.com



NEWTICKER

Niedersächsisches Rettungsdienstgesetz geändert

Mit Gesetz vom 16. März 2021, in Kraft seit dem 24. März 2021, ist das [Niedersächsische Rettungsdienstgesetz \(NRettDG\)](#) geändert worden. Mit der Änderung wurde ein neuer Satz in § 5 NRettDG (Beauftragte des Rettungsdienstes) eingefügt: „§ 107 Abs. 1 Nr. 4 GWB bleibt unberührt.“ Damit ist es nun möglich, von der Bereichsausnahme für gemeinnützige Organisationen oder Vereinigungen Gebrauch zu machen, ohne den Weg für rettungsdienstliche Ausschreibungen unter Beteiligung auch gewerblicher Anbieter von Rettungsdienstleistungen von vornherein einzugrenzen oder zu versperren. Vor dem Hintergrund der EuGH-Rechtsprechung zur Entscheidungsfreiheit des öffentlichen Auftraggebers bei der Inanspruchnahme der Bereichsausnahme (EuGH, Urteil vom 6. Februar 2020 – C-11/19 Rn. 58) hat der niedersächsische Gesetzgeber damit eine wettbewerbsfreundliche Lösung gewählt.

EU-Haushaltentwurf 2022: EUR 167,8 Mrd.

Die Europäische Kommission hat einen jährlichen EU-Haushalt in Höhe von EUR 167,8 Mrd. für 2022 vorgeschlagen. Die Mittelzuweisung ist besonders dann interessant, wenn man darin eine politische Prioritätensetzung der EU erkennt. Der größte Teil des Haushalts entfällt mit EUR 118,4 Mrd. auf Finanzhilfen für Aufbau- und Resilienzfähigkeit, um die wirtschaftlichen und sozialen Auswirkungen der Coronavirus-Pandemie abzumildern und die Volkswirtschaften und Gesellschaften der EU nachhaltiger und widerstandsfähiger zu machen und sie besser auf die Herausforderungen und Chancen des grünen und digitalen Wandels vorzubereiten. Der kleinste Teil (EUR 600 Mio.) ist für Sicherheit eingeplant, davon EUR 227 Mio. für den Fonds für die innere Sicherheit (ISF) zur Bekämpfung von Terrorismus, Radikalisierung, organisierter Kriminalität und Cyberkriminalität.

Nachprüfungsantrag vor Rüge zulässig?!

Nachdem die Vergabestelle den unterlegenen Bietern die Vorabinformationsschreiben zustellte, reichte ein nicht für den Zuschlag vorgesehener Bieter am letzten Tag vor Ablauf der Frist nach § 134 Abs. 2 S. 2 GWB einen Nachprüfungsantrag bei der Vergabekammer und erst eine halbe Stunde später eine Rüge beim öffentlichen Auftraggeber ein. Dieser hält den Nachprüfungsantrag für unzulässig, da die Rüge nach Einreichen des Nachprüfungsantrags verfristet sei. Denn § 160 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 GWB fordere, dass der Bieter einen erkannten Verstoß „*vor Einreichen des Nachprüfungsantrags*“ rügt. Das OLG Karlsruhe (Beschluss vom 29. Januar 2021 – 15 Verg 11/20) lehnt eine Verletzung der Rügeobliegenheit hingegen ab. § 160 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 GWB intendiere, dass der Vergabestelle die Möglichkeit gegeben wird,

etwaige Vergaberechtsverstöße möglichst frühzeitig zu beseitigen. Dieser Zweck trete aber dann zurück, wenn der Rechtsschutz eines Bieters gefährdet sei. Dies gelte insbesondere dann, wenn ein Bieter erst sehr spät von einem Vergaberechtsverstoß erfährt. Denn nicht die Rüge, sondern erst die Zustellung des Nachprüfungsantrags durch die Vergabekammer löst das Zuschlagsverbot aus. Das Bestehen auf einer Abhilfemöglichkeit sei in diesem Fall reine Förmerei: Im Falle einer Rüge, wenige Minuten vor Einreichung des Nachprüfungsantrags, wäre eine sachgerechte Abhilfe durch den öffentlichen Auftraggeber ohnehin nicht mehr zu erwarten. Folglich könne es unter Beachtung des Rechtsschutzes eines Bieters im vorliegenden Fall auf eine vorherige Rüge nicht ankommen.

Durchführung von Vergabeverfahren durch Dienstleister nur dann keine Rechtsberatung, solange nicht über vergaberechtliche Fragen entschieden wird

Verfahrensgegenständlicher Beschaffungsgegenstand war die selbständige Vorbereitung und Durchführung von nationalen und europaweiten Ausschreibungen für verschiedene Leistungsgegenstände. Explizit ausgenommen waren jedoch Entscheidungen über vergaberechtliche Fragestellungen sowie die Wertungsentscheidungen; diese blieben dem öffentlichen Auftraggeber vorbehalten. Parallel dazu wurden Rechtsberatungsleistungen mit einem separaten Auftrag beschafft. Nach Ansicht der VK Bund (Beschluss vom 2. Juni 2021 – VK 2-47/21) beinhaltet der vorstehend skizzierte Leistungsumfang eine lediglich schematische Anwendung von Rechtsnormen und eine bloße „technische“ Entlastung der Vergabestelle. Soweit allerdings eine spezifische juristische Prüfung, die geeignet ist, rechtlich zulässige bzw. unzulässige Verhaltensweisen/-alternativen aufzuzeigen, auftragsgegenständig ist, handelt es sich um Rechtsberatung. Hieraus folgt, dass eine substantielle vergaberechtliche Beratung bzw. eine vertiefte vergaberechtliche Prüfung eines Sachverhaltes als Rechtsdienstleistungen im Sinne von § 2 RDG Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälten vorbehalten bleibt.



[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 2021

Impressum

BEITEN BURKHARDT Rechtsanwaltsgesellschaft mbH

(Herausgeber)

Ganghoferstraße 33, 80339 München

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

Weitere Informationen (Impressumsangaben) unter:

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