

VERGABERECHT

Unwirksamkeit nicht in der Auftragsbekanntmachung enthaltener Eignungskriterien

Mit dem Thema der Rechtsfolgen, wenn Eignungskriterien bei EU-weiten Vergabeverfahren nicht in der Bekanntmachung genannt werden, haben sich die Nachprüfungsinstanzen wiederholt befasst – und sind zu unterschiedlichen Ergebnissen gelangt. Nunmehr hat mit dem Oberlandesgericht Düsseldorf erstmals ein Obergericht diesen Fall unter dem „neuen Vergaberecht“ zu entscheiden gehabt.

SACHVERHALT

Der öffentliche Auftraggeber hatte im offenen Verfahren im Rahmen des Bauvorhabens „Universität Bonn, Poppelsdorfer Schloss, Dach- und Fassadensanierung“ einen Auftrag zur Ausführung von Dachdecker- und Klempnerarbeiten europaweit ausgeschrieben. In Nr. I.3) der Auftragsbekanntmachung (Auftrags-spezifische Anforderungen) hieß es: „Die Auftragsunterlagen stehen für einen uneingeschränkten und vollständigen direkten Zugang gebührenfrei zur Verfügung unter: <https://www.evergabe.nrw.de/VMPCenter/notice/CXS7YYXYD61>. Der angegebene Link führte zu den Auftragsunterlagen. Dort findet sich erst im Anhang der Aufforderung zur Abgabe eines Angebots (Formblatt 211 EU) u. a. ein Beiblatt mit Eignungsanforderungen. Danach war zum Beleg der wirtschaftlichen und finanziellen Leistungsfähigkeit u. a. ein „Nachweis Jahresumsatz der letzten 3 Jahre, mindestens ... EU netto je Kalenderjahr“ (Ziffer. 2.2) beizubringen. Zugleich stellte der öffentliche Auftraggeber Mindestanforderungen an das Stammpersonal auf, das für die Baustelle bereitzustellen ist. Er schloss das Angebot des Antragstellers gem. § 122 GWB i.V.m. § 16 b VOB/A-EU wegen Nichterfüllung der Mindestanforderungen an die wirtschaftliche und finanzielle Leistungsfähigkeit aus. Der Antragsteller ließ die Mindestanforderungen an den Umsatz und an das Stammpersonal als vergaberechtswidrig rügen und reichte einen Nachprüfungsantrag ein.

ENTSCHEIDUNG

Der Vergabesenat des OLG Düsseldorf hielt den Nachprüfungsantrag für begründet (Beschluss vom 11.07.2018, Verg 24/18). Der Ausschluss des Angebots des Antragstellers gem. § 122 GWB i.V.m. § 16 b VOB/A-EU wegen Nichterfüllung der Mindestanforderungen an die wirtschaftliche und finanzielle Leistungsfähigkeit war nicht berechtigt. Gemäß § 122 Abs. 4 S. 2 GWB waren die Eignungskriterien in der Auftragsbekanntmachung aufzuführen und gem. § 12 Abs. 3 Nr. 2 S. 1 VOB/A-EU die geforderten Nachweise anzugeben. Den in der Auftragsbekanntmachung unter Nr.III.1.2) zur wirtschaftlichen und finanziellen Leistungsfähigkeit aufgeführten Angaben ließen sich Vorgaben zum Mindestumsatz und den hierzu beizubringenden Nachweisen nicht entnehmen. Der in Nr. 1.3) der Auftragsbekanntmachung enthaltene Link, mit

dem gebührenfrei ein uneingeschränkter und vollständiger direkter Zugang zu den Auftragsunterlagen ermöglicht wurde, konnte die Mitteilung der Eignungskriterien und der geforderten Nachweise in der Auftragsbekanntmachung nicht ersetzen. Die bloße Verweisung in der Auftragsbekanntmachung auf die Vergabeunterlagen oder auf „Eignungskriterien gemäß Auftragsunterlagen“ war ebenso unzulässig wie der Link auf die Vergabeunterlagen als Ganzes. Gleichmaßen unzureichend war der Link, der zwar zu den aufgestellten Eignungsanforderungen und Nachweisen führte, sich jedoch an einer Stelle der Auftragsbekanntmachung befand, an der er von den potenziellen Bietern oder Bewerbern übersehen werden konnte.

Schließlich stellte das Gericht fest, dass das Fehlen der erforderlichen Angaben in der Auftragsbekanntmachung und der unwirksamen Aufstellung der Eignungsanforderungen einen schwerwiegenden Mangel darstelle, der i.d.R eine Rückversetzung des Vergabeverfahrens und eine neue Auftragsbekanntmachung erfordert, wenn auf die Eignungskriterien nicht verzichtet werden kann.

PRAXISTIPP

Mit seiner Entscheidung schafft das OLG Düsseldorf nunmehr endlich Klarheit zu einer bislang in Rechtsprechung und Literatur umstrittenen Frage. Das OLG Düsseldorf selbst hatte noch in seiner Entscheidung vom 16. November 2011 (Az.: VII-Verg 60/11) zum „alten Vergaberecht und zur Richtlinie 2004/18/EG“ sowie in alter Besetzung einen Link auf das Formblatt Eigenerklärung zur Eignung, aus dem sich die Eignungsanforderungen ergaben, als aus-

reichend erachtet und für maßgebend gehalten, dass am Auftrag interessierte Unternehmen durch bloßes Anklicken zu dem Formblatt gelangen konnten.

Der Beschluss des OLG Düsseldorf steht im Übrigen im Einklang mit dem „neuen Vergaberecht 2016“ und dem ausdrücklichen Wortlaut des § 122 Abs. 4 GWB, wonach Eignungskriterien nicht nur mit dem Auftragsgegenstand und zu diesem in einem angemessenen Verhältnis stehen müssen, sondern diese *in der Auftragsbekanntmachung* auszuführen sind. Der Entscheidung ist daher zunächst zuzustimmen, zumal sie auch im Einklang mit dem das Vergaberecht beherrschenden „Transparenzgebot“ (vgl. § 97 Abs. 1 S. 1 GWB) steht.

Öffentliche Auftraggeber werden vor dem Hintergrund der Entscheidung des OLG Düsseldorf gut beraten sein, die Eignungsanforderungen bereits direkt in der Auftragsbekanntmachung, der Vorinformation oder der Aufforderung zur Interessensbestätigung aufzuführen. Reicht die von eNotices (TED) zur Verfügung gestellte Anzahl von 4.000 Zeichen für die Darstellung der Eignungskriterien und Mindestanforderungen wie z. B. bei komplexen Infrastrukturvorhaben nicht aus, so eröffnet die Möglichkeit einer direkten Verlinkung mit dem konkreten Ausschreibungsdokument „Deeplink“) öffentlichen Auftraggebern nun die Möglichkeit, vergaberechtskonform auch die Eignungskriterien und Mindestanforderungen vollständig und rechtssicher bekanntzumachen.



Dr. Hans von Gehlen

Rechtsanwalt
BEITEN BURKHARDT
Rechtsanwaltsgesellschaft mbH
Frankfurt am Main

EuGH: Verpflichtung zur aktiven Zusammenarbeit mit dem Auftraggeber bei Selbstreinigung europarechtskonform

Mit Urteil vom 24. Oktober 2018 (Az. C-124/17) hat der EuGH entschieden, dass die deutsche Regelung in § 125 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 GWB, die im Zuge einer Selbstreinigung eine Verpflichtung eines Unternehmens zur Zusammenarbeit mit dem öffentlichen Auftraggeber vorsieht, grundsätzlich nicht zu beanstanden ist.

SACHVERHALT UND ENTSCHEIDUNG

Nach der deutschen Regelung erfolgt trotz Vorliegens eines Ausschlussgrundes nach den §§ 123 oder 124 GWB kein Ausschluss des Bieterunternehmens, wenn es u. a. nachgewiesen hat, dass es die Tatsachen und Umstände, die mit der Straftat oder dem Fehlverhalten und dem dadurch verursachten Schaden in Zu-

sammenhang stehen, durch eine aktive Zusammenarbeit mit den Ermittlungsbehörden *und* dem öffentlichen Auftraggeber umfassend geklärt hat. Hintergrund ist, dass dem Auftraggeber in laufenden Vergabeverfahren die Prüfung und Feststellung obliegt, ob die von einem „kontaminierten“ Unternehmen vorgetragene Maßnahmen für die behauptete Wiederherstellung der Integrität ausreichen.

Umstritten war bisher, ob und inwieweit die Pflicht zur aktiven Zusammenarbeit mit dem öffentlichen Auftraggeber im Zuge der Selbstreinigung gegen die Vergaberichtlinie 2014/24/EU verstößt. Die Vergabekammer Südbayern hatte dem EuGH dementsprechend mehrere Vorlagefragen zur Entscheidung vorgelegt.

Nach dem EuGH ist die Norm dahingehend auszulegen, dass diese Zusammenarbeit auf die Maßnahmen beschränkt ist, die für die betreffende Zuverlässigkeitsprüfung durch den öffentlichen Auftraggeber *unbedingt* erforderlich sind.

Auf eine weitere Vorlagefrage der Vergabekammer Südbayern hin hat der EuGH zudem entschieden, dass die Drei-Jahres-Frist für zulässige fakultative Ausschlüsse nach § 124 GWB (im Fall eines Kartellverstoßes: Abs. 1 Nr. 4) ab dem Zeitpunkt der behördlichen Feststellung des Verstoßes, d. h. ab dem Datum der Entscheidung der (Kartell-)Behörde, zu berechnen ist. Offen bleibt, ob hiermit das Erlassdatum oder der Zeitpunkt des Eintritts der Rechtskraft gemeint ist.

PRAXISHINWEISE

Nach dem EuGH-Urteil steht dem öffentlichen Auftraggeber nunmehr weiterhin offen, sich im Hinblick auf Selbstreinigungsmaßnahmen Unterlagen und Informationen vorlegen zu lassen, die er für die ordnungsgemäße Prüfung der Wiederherstellung der Zuverlässigkeit durch die Selbstreinigungsmaßnahmen für zwingend erforderlich hält. Welche Unterlagen und Informationen dies sind, ist Sache des Einzelfalls. Im Übrigen verweist der EuGH auf die Möglichkeit (auf der Grundlage der Nr. 3 des § 125 Abs. 1 Satz 1 GWB), Tatsachenmaterial einzufordern, das belegen kann, dass die Maßnahmen, auf die sich der Bieter beruft, unter Berücksichtigung der konkreten Umstände, unter denen die festgestellten Verstöße begangen wurden, tatsächlich geeignet sind, weiteres Verhalten der beanstandeten Art zu verhindern.

Kritisch sind diese Informationspflichten insbesondere im Bereich von Kartellvergehen. Im Vorlagefall befürchtete das Bieterunternehmen, dem öffentlichen Auftraggeber durch eine detaillierte Nachweisführung über die Tatsachen und Umstände, die mit der Straftat oder dem Fehlverhalten und dem dadurch verursachten Schaden in Zusammenhang stehen, zugleich eine Vorlage für entsprechende kartellrechtliche Schadensersatzverlangen zu liefern. Im Hinblick darauf betont der EuGH, dass eine Übermittlung der betreffenden Entscheidung der Wettbewerbsbehörde, mit der der Verstoß des Bieters gegen die Wettbewerbsregeln festgestellt, auf diesen aber wegen

seiner Zusammenarbeit mit der Wettbewerbsbehörde eine Bonusregelung angewandt wurde, an den Auftraggeber grundsätzlich ausreichen sollte. Bieterunternehmen, die zur Vorlage von zusätzlichen Dokumenten und Informationen aufgefordert werden, sollten somit im Zweifelsfall stets genau prüfen, ob und inwieweit diese für die Zuverlässigkeitsprüfung unbedingt erforderlich sind.



Christopher Theis

Rechtsanwalt
BEITEN BURKHARDT
Rechtsanwalts-gesellschaft mbH
Frankfurt am Main | München

NEWSTICKER

+++ NRW: Aktualisierung der kommunalen Vergabegrundsätze +++

Das nordrhein-westfälische Ministerium für Heimat, Kommunales, Bau und Gleichstellung hat die Vergabegrundsätze für Gemeinden nach § 25 Gemeindehaushaltsverordnung NRW (Kommunale Vergabegrundsätze) angepasst und auf den aktuellen Stand nach Einführung der UVgO in NRW Mitte 2018 gebracht.

Der entsprechende Runderlass ist am 15. September 2018 in Kraft getreten und bis zum 31. Dezember 2024 befristet. Die wichtigsten Bestandteile und die wesentlichen Änderungen der kommunalen Vergabegrundsätze:

- Der Anwendungsbereich der kommunalen Vergabegrundsätze wurde beibehalten, so dass die Vergabegrundsätze weiterhin nicht auf kommunale Eigenbetriebe und -gesellschaften anzuwenden sind.
- Die Anwendung
 - der UVgO bei Aufträgen von Liefer- und Dienstleistungen unterhalb der EU-Schwellenwerte;
 - der Teile A (Abschnitt 1), B und C der Vergabe- und Vertragsordnung bei Aufträgen über Bauleistungen wird als „Soll“-Vorschrift vorgegeben.
- Wertgrenzenregelung
 - Bei Aufträgen über Liefer- und Dienstleistungen kann der öffentliche Auftraggeber bis zu einem vorab geschätzten Auftragswert in Höhe von EUR 100.000 ohne Umsatz-

steuer wahlweise eine Verhandlungsvergabe oder eine Beschränkte Ausschreibung (jeweils auch ohne Teilnahmewettbewerb) durchführen.

- Bei Aufträgen über Bauleistungen kann der öffentliche Auftraggeber bis zu einem vorab geschätzten Auftragswert in Höhe von EUR 100.000 ohne Umsatzsteuer eine Freihändige Vergabe (auch ohne Teilnahmewettbewerb) durchführen. Bis zu einem vorab geschätzten Auftragswert in Höhe von EUR 1.000.000 ohne Umsatzsteuer kann bei Bauleistungen eine Beschränkte Ausschreibung ohne Teilnahmewettbewerb durchgeführt werden.
- Bei Aufträgen über soziale und andere besondere Dienstleistungen kann der öffentliche Auftraggeber bis zu einem vorab geschätzten Auftragswert in Höhe von EUR 250.000 ohne Umsatzsteuer die Verfahrensart frei wählen.
- Darüber hinaus können Liefer- und Dienstleistungen sowie Bauleistungen bis zu einem voraussichtlichen Auftragswert von EUR 5.000 ohne Umsatzsteuer unter Berücksichtigung der Haushaltsgrundsätze der Wirtschaftlichkeit und der Sparsamkeit mittels sog. Direktauftrags, also ohne die Durchführung eines Vergabeverfahrens, beschafft werden.
- Im Bereich der elektronischen Vergabe wurden Verfahrensanforderungen bei der Abwicklung des Vergabeverfahrens mittels E-Mail verringert.
- Die Verpflichtungen, die sich aus dem Tariftreue- und Vergabegesetz Nordrhein-Westfalen (TVgG-NRW) ergeben, werden vollständig berücksichtigt.

(Quelle: Ministerium für Heimat, Kommunales, Bau und Gleichstellung des Landes Nordrhein-Westfalen)

Der neue Runderlass ist [hier](#) abrufbar.

+++ 13 von 16 Bundesländern haben einen Vergabe-Mindestlohn +++

Nach einem Bericht der Zeitschrift SUPPLY verfügen 13 von 16 Bundesländern über einen vergabespezifischen Mindestlohn und regeln dies über landesspezifische Tariftreue- und Vergabegesetze. Lediglich Sachsen und Bayern verzichten gänzlich auf ein entsprechendes Gesetz. Sachsen-Anhalt hat zwar ein Gesetz, verzichtet aber auf die Vorgabe eines Mindestlohns.

Spitzenreiter bei der Vorgabe eines Vergabe-Mindestlohns sei Schleswig-Holstein mit EUR 9,99 pro Stunde. Der Bericht listet weitere, landesspezifische Regelungen auf, die von Unternehmen bei öffentlichen Aufträgen in den jeweiligen Bundesländern zu beachten sind.

Vergabespezifische Mindestlöhne in Deutschland
(in EUR pro Stunde):

Schleswig-Holstein: EUR 9,99
 Mecklenburg-Vorpommern: EUR 9,80
 Thüringen: EUR 9,54
 Brandenburg: EUR 9,00
 Berlin: EUR 9,00
 Rheinland-Pfalz: EUR 8,90
Allgemeiner Mindestlohn: EUR 8,84
 Baden-Württemberg: EUR 8,84
 Bremen: EUR 8,84
 Hamburg: EUR 8,84
 Hessen: EUR 8,84
 Niedersachsen: EUR 8,84
 Nordrhein-Westfalen: EUR 8,84
 Saarland: EUR 8,84

(Quelle: Auftragsberatungsstelle Schleswig-Holstein)

+++ Neue Indikatoren für eine nachhaltige Beschaffung +++

Die Bundesregierung hat mit Kabinettsbeschluss vom 7. November 2018 eine Aktualisierung der Deutschen Nachhaltigkeitsstrategie beschlossen und neue Indikatoren für eine nachhaltige Beschaffung eingeführt. So soll der Anteil des Papiers mit Blauem Engel am Gesamtpapierverbrauch der unmittelbaren Bundesverwaltung bis 2020 95 Prozent erreichen. Die CO₂-Emissionen von handelsüblichen Kraftfahrzeugen der öffentlichen Hand sollen signifikant gesenkt werden. Gesetzgeberische Maßnahmen sind hiermit nicht verbunden. Durch eine gezielte statistische Erfassung dieser neuen Indikatoren ist aber ein indirekter Einfluss auf die entsprechenden Ausschreibungsverfahren der öffentlichen Hand zu erwarten.

Das aktualisierte Dokument ist [hier](#) abrufbar.

+++ Elektronische Rechnungsstellung: Jetzt vorbereiten! +++

Die Verordnung über die elektronische Rechnungsstellung im öffentlichen Auftragswesen des Bundes (E-Rechnungs-Verordnung) ist am 27. November 2018 in Kraft getreten.

Die obersten Bundesbehörden und Verfassungsorgane müssen seit diesem Zeitpunkt elektronische Rechnungen empfangen und verarbeiten können. Alle anderen öffentlichen Auftraggeber des Bundes folgen dann ein Jahr später am 27. November 2019.

Für alle anderen öffentlichen Auftraggeber (Länder, Kommunen) ist größtenteils zu erwarten, dass die Frist für die Umsetzung der EU-Richtlinie 2014/55/EU vom 16. April 2014 voll ausgenutzt wird. Entsprechende Gesetze und Verordnungen werden somit spätestens zum 18. April 2020 in Kraft treten.

In Bayern beispielsweise sind die entsprechenden Änderungen in Art. 5 Abs. 2 des Bayerischen E-Government-Gesetzes bereits erfolgt und treten zum 18. April 2020 in Kraft. Dort gilt die Verpflichtung allerdings grundsätzlich nur für Oberschwellenaufträge – anders als im Bund und in den meisten anderen Bundesländern. Die Verabschiedung einer entsprechenden E-Rechnungs-Verordnung mit den Einzelheiten zur Ausgestaltung des elektronischen Rechnungsverkehrs steht jedoch noch aus.

Die betroffenen öffentlichen Auftraggeber sollten die verbleibende Zeit nutzen, um sich technisch und organisatorisch auf die Pflicht zum Empfang und der Verarbeitung elektronischer Rechnungen vorzubereiten sowie die entsprechenden Software- und ggf. Hardware-Produkte bzw. -Dienstleistungen („Rechnungssender“ im Sinne von § 2 Abs. 5 der E-Rechnungs-Verordnung) zu beschaffen.

Andersherum gilt zudem Folgendes: Alle Rechnungssteller – öffentliche wie private Unternehmen im Sinne von § 14 BGB – werden gegenüber öffentlichen Auftraggebern des Bundes ab dem 27. November 2020 zur elektronischen Rechnungsstellung verpflichtet sein (§ 3 Abs. 1 E-Rechnungs-Verordnung). Auch hier gilt es einerseits zu prüfen, ob den jeweiligen Rechnungsempfängern die Öffentliche-Auftraggeber-Eigenschaft nach § 159 GWB zukommt sowie ob ggf. softwaremäßig oder organisatorisch nachgerüstet werden muss.

Ausnahmen von der Pflicht der elektronischen Rechnungsstellung bestehen u. a. bei Direktvergaben bis zu einem Auftragswert von EUR 1.000, bei sicherheitsrelevanten Aufträgen mit geheimhaltungsbedürftigen Rechnungsdaten sowie bei Angelegenheiten des Auswärtigen Dienstes.

Impressum

BEITEN BURKHARDT

Rechtsanwaltsgesellschaft mbH
(Herausgeber)
Ganghoferstraße 33 | D-80339 München
AG München HR B 155350/USt.-Idnr: DE-811218811

Weitere Informationen (Impressumsangaben) unter:
<https://www.beiten-burkhardt.com/de/hinweise/impressum>

REDAKTION (VERANTWORTLICH)

Stephan Rechten | Rechtsanwalt

© BEITEN BURKHARDT Rechtsanwaltsgesellschaft mbH.
Alle Rechte vorbehalten 2018.

HINWEISE

Diese Veröffentlichung stellt keine Rechtsberatung dar.

Wenn Sie diesen Newsletter nicht mehr erhalten möchten,
können Sie jederzeit per E-Mail (bitte E-Mail mit Betreff
„Abbestellen“ an newsletter@bblaw.com) oder sonst
gegenüber BEITEN BURKHARDT widersprechen.

IHRE ANSPRECHPARTNER

BERLIN

Lützowplatz 10 | 10785 Berlin
Tel.: +49 30 26471-219
Frank Obermann | Frank.Obermann@bblaw.com
Stephan Rechten | Stephan.Rechten@bblaw.com

DÜSSELDORF

Cecilienallee 7 | 40474 Düsseldorf
Tel.: +49 211 518989-0
Dr. Lars Hettich | Lars.Hettich@bblaw.com
Sascha Opheys | Sascha.Opheys@bblaw.com

FRANKFURT AM MAIN

Mainzer Landstraße 36 | 60325 Frankfurt am Main
Tel.: +49 756095-195
Dr. Hans von Gehlen | Hans.VonGehlen@bblaw.com

HAMBURG

Neuer Wall 72 | 20354 Hamburg
Tel.: +49 40 688745-145
Jan Christian Eggers | Jan.Eggers@bblaw.com

MÜNCHEN

Ganghoferstraße 33 | 80339 München
Tel.: +49 89 35065-1452
Michael Brückner | Michael.Brueckner@bblaw.com
Hans Georg Neumeier | HansGeorg.Neumeier@bblaw.com