



**Ein aktueller
vergaberechtlicher
Informationsdienst**

**18. Jahrgang
Nummer 2/2022
ISSN 1860-2347
25. Februar 2022**

Herausgeber:

RA Dr. R. Noch
RA P. M. Oppler
RA'in G. Diercks-Oppler

Beirat:

Prof. Dr. M. Burgi
Prof. Dr. M. Einmahl
Prof. Dr. R. Kniffka
Prof. Dr. S. Littbarski
Prof. Dr. A. Wirth

Ständige Mitarbeiter:

Dr. B. Balkowski
RA S. Broocks
RA Dr. F. von Craushaar
Mag. M. Essl
RA Dr. J. P. Hebel
RA'in Dr. F. Hoffmann-Klein

B.L.F.

Vergabe spezial

Gesetzgebung • Rechtsprechung • Konsequenzen
für die behördliche und anwaltliche Praxis

Inhalt	Seite
Editorial	10
News	10
Korruptionsindex 2021 vorgestellt	10
Maskenbeschaffung erneut in der Kritik	10
WTO-Übereinkunft zum Dienstleistungshandel	10
Vergaberechtsreform in Großbritannien	10
Europäische Vorgaben als Hürden für die Wehrbeschaffung?	10
Rechtsprechung	11
Unklare Umsatzsteuer der Behindertenwerkstatt – Grenzen der Aufklärungspflicht	11
Dürfen Auftragsberatungsstellen Auftraggeber nicht rechtlich beraten?	12
Welcher Stichtag gilt, ist durch Auslegung zu ermitteln	13
Bemerkungen	14
In den Fängen des Internet-Riesen	14
Rechtsprechungsreport	14
Aufhebung – Schadenersatz	14
Bietergemeinschaft – Mindestumsatz	14
Eigenbetrieb als Bieter – Neutralität	14
Eignungsanforderungen – Bekanntmachungsfehler	14
Insolvenz – Kündigung	15
Jugendhilfe – Open-House-Verfahren	15
Leistungsbeschreibung – Eindeutigkeit	15
Nachforderung – Ermessen	15
Nachweise – Überprüfung	15
Nebenangebot – Pauschalpreis	15
Preisauflärung – Tatsachengrundlage	15
Rechtsverletzung – Feststellung	15
Rügeabhilfe – Folgewirkung	16
Unterschwelenschutz – Verfügungsanspruch	16
Vergabeberatung – Rechtsdienstleistung	16
Vergabeunterlagen – Auslegung	16
Vorabgestattung – Verfahrensdauer	16
Vorbefassung – Funktionale Betrachtung	16
Literatur	16
Neue Aufsätze	16

Impressum:

Herausgeber: RAe Dr. Rainer Noch^{1,3}, Peter Oppler¹, RA'in Gritt Diercks-Oppler²; Kontakt: **1.:** Oppler Buechner Rechtsanwälte PartGmbH, Lipowskystraße 12, D-81373 München, Fon: +49 (0) 89 746610 -0, Fax: -66, noch@oppler-buechner.de, oppler@oppler-buechner.de, www.oppler-buechner.de, **2:** Schönsberg 10, D-22395 Hamburg, diercks@oppler-buechner.de. **3:** auch: +49 (0) 172 6543923 **Schriftleitung:** Nikolaus Poppitz (alle namentlich nicht gezeichneten Beiträge), Fon: +49 (0) 6131 5861693, redaktion@vergabe-spezial.eu. **Druck:** DigitalPrint Johann, Neuwied. **Verlag:** B.L.F. Verlagsgesellschaft mbH, Lipowskystraße 12, D-81373 München, Fon: +49 (0) 89 746610-0, Fax: -66. **Bezugskonditionen:** Jahresabonnement digital: 60,00 €, print: 72,00 € 109,00 CHF, Halbjahresabonnement: 36,00 €/59,00 CHF, Einzelheft 10,00 €/16,00 CHF (jeweils zzgl. gesetzl. MwSt. sowie für print: Porto, Versandkosten). Das Abonnement ist schriftlich mit einer Frist von sechs Wochen zum Ende eines Kalenderjahres bzw. -halbjahres kündbar. Probeabonnements für drei Monate, die nicht acht Tage nach Erhalt des letzten Probeheftes schriftlich gekündigt werden, gehen automatisch in ein Jahresabonnement über. **ISSN:** 1860-2347, **Erscheinungsweise:** monatlich. **Haftung:** Herausgeber, Verlag und Autoren können für die in diesem Informationsdienst gegebenen Informationen und Ratschläge keine Haftung übernehmen. **Vorgeschlagene Zitierweise:** VS, Jahrgang, Seite (z.B. VS 2022, 68). © 2022 B.L.F. Verlagsgesellschaft mbH, München

Editorial

Wieder einmal zeigt sich, dass das Vergaberecht ohne den Blick auf angrenzende oder gar vermeintlich weit entfernt liegende Rechtsgebiete nicht denkbar ist: So stellt sich einmal die Frage, ob der Bieter seine Umsatzsteuer korrekt ermittelt hat, ein anderes Mal diejenige, ob er mit seiner Tätigkeit gegen das Anwaltsprivileg verstößt. Wir beantworten diesmal beide.

Verlag, Herausgeber und Autoren wünschen gute Lektüre und praktischen Gewinn

News**Korruptionsindex 2021 vorgestellt**

Transparency International hat den Korruptionswahrnehmungsindex 2021 veröffentlicht. Das Ergebnis ist jedenfalls für die Gruppe der besten 10 unspektakulär. Norwegen tauscht den Platz mit der Schweiz und Deutschland bleibt mit 80 Punkten wie im Vorjahr auf dem zehnten Rang. Interessanter ist der 10-Jahres-Vergleich. Hier konstatiert Transparency, dass Ungarn und die Türkei die großen Verlierer seien, die um 10 bzw. 12 Punkte abgesackt sind. Die Organisation sieht einen Zusammenhang zwischen dem Abbau rechtsstaatlicher Strukturen und der steigenden Korruptionswahrnehmung. Ungarn ist damit das einzige Land der EU, das hinsichtlich seiner Seriosität nicht mehr über dem weltweiten Durchschnitt von 43 von 100 Punkten liegt. Jedoch kann das nicht erklären, warum Kanada und Australien sich ebenfalls um 10 bzw. 12 Punkte verschlechtert haben und aus den Top 10 herausgefallen sind, und wie es Hongkong schaffen konnte, trotz chinesischer Unterdrückung seinen Rang sogar um zwei Plätze zu steigern.

Maskenbeschaffung erneut in der Kritik

Am Beginn der Pandemie war es die Frage nach der verfügbaren Anzahl von Masken, die zur Kritik am Einkaufsverhalten der damaligen Bundesregierung geführt hat. Als dann schließlich genug Masken da waren, lautete die Kritik, sie seien zu teuer eingekauft worden. Nun dreht sich der Wind erneut: In Deutschland sind inzwischen Produktionskapazitäten für FFP-2-Masken entstanden. Doch die öffentlichen Einkäufer kaufen weiterhin in Asien. Der Branchenverband beklagt nun, dass die Masken zu billig eingekauft würden. Deutsche Masken seien „kaum“ teurer (angeblich nur 10 ct teurer pro Stück bei einem Stückpreis von 25 ct). Die Bundesregierung sieht jedenfalls die Ursache nicht im Vergaberecht. Nirgends sei geschrieben, dass

allein der Preis für den Zuschlag zählen müsse. Die deutschen Hersteller verweisen auf die Lage in Frankreich. Die dortige Regierung habe veranlasst, dass der Preis nur noch zu 25 % in die Wertung beim Maskenkauf eingehen solle. Und siehe da: über 90 % aller öffentlich beschafften Masken stammten nun aus europäischer Produktion.

WTO-Übereinkunft zum Dienstleistungshandel

Die EU und 66 weitere WTO-Mitgliedsstaaten haben ihre Verhandlungen über den Bürokratieabbau im Dienstleistungshandel abgeschlossen. Damit sollen vor allem unnötig komplizierte Regelungen vereinfacht und Erleichterungen insbesondere für kleine und mittlere Unternehmen eingeführt werden. Die EU-Kommission rechnet durch das Übereinkommen mit einer Verminderung der Kosten für den grenzüberschreitenden Dienstleistungsverkehr um über 150 Mrd. US-Dollar jährlich. Die Kommission sieht darüber hinaus auch einen Nutzen im Hinblick auf die digitale Agenda der EU wegen bestimmter Vorteile in den Bereichen Telekommunikation, Informatikdienstleistungen und Ingenieurwesen aber auch von Geschäftsbanken. Handelskommissar Valdis Dombrovskis schätzt, dass rund 90 % des weltweiten Dienstleistungshandels von dem Abkommen profitieren.

Vergaberechtsreform in Großbritannien

Die deutsche Außenwirtschaftsagentur „German Trade & Invest“ informiert über die geplanten Änderungen des britischen Vergaberechts. Demnach will die britische Regierung die Bestimmungen vereinfachen z. B. durch Verminderung der verschiedenen Verfahrensarten auf drei (im Wesentlichen: nichtoffen, offen, dringlich) und durch Vereinheitlichung der Regeln. Hinzu tritt demnach aber auch die Absicht, der Regierung die Möglichkeit einzuräumen, bestimmte politische Prioritäten als Zuschlagskriterien für öffentliche Aufträge zu erklären, selbst dann, wenn keine Verbindung zum Beschaffungsgegenstand besteht. Man darf gespannt sein, wie die britische Regierung dies in Einklang mit dem GPA bringen will, dem das Vereinigte Königreich nach dem Ausscheiden aus der EU beigetreten war.

Europäische Vorgaben als Hürden für die Wehrbeschaffung?

Im Interview mit dem Behörden Spiegel kritisiert der Leiter der Abteilung Ausrüstung im Bundesverteidigungsministerium, Vizeadmiral Carsten Stawitzki, europäische Regelwerke, die das Tempo der Beschaffung militärischer Güter bremsen. Stawitzki wörtlich: „Die Erfahrungen zei-

gen außerdem, dass das aktuelle europäische Regelwerk, das den binnenmarktlichen Wettbewerb im Focus hat, die von der Politik gewünschten zeitlichen Erwartungen nicht zu erfüllen vermag. Hier ist die Politik mit aufgerufen, erkannte Schwächen im Vergaberecht möglichst zeitnah zu korrigieren“. Stawitzki kritisiert auch die EU-Taxonomie zur Förderung klimafreundlicher Investitionen. Er befürchtet, dass damit die Rüstungsindustrie vom Finanzmarkt abgeschnitten werden könnte. Damit werde „die Axt an unser aller Sicherheit in Europa“ gelegt.

Rechtsprechung

Unklare Umsatzsteuer der Behindertenwerkstatt Grenzen der Aufklärungspflicht

Die Frage, welcher Umsatzsteuersatz auf die Leistungen eines Bieters anzuwenden ist, führt immer wieder zu Diskussionen zwischen den Beteiligten an Vergabeverfahren. Eine endgültige Klärung ist dabei nicht möglich. Sie wird in der Regel erst nachlaufend von dem für den Zuschlagsbieter zuständigen Finanzamt herbeigeführt. Die **Vergabekammer des Bundes** (Beschl. v. 23.8.2021, VK 1-84/21) gesteht daher dem Auftraggeber eine gewisse Einschätzungsprärogative hinsichtlich der Richtigkeit der Anwendung des Umsatzsteuergesetzes durch den Bieter zu.

Der **nicht vorsteuerabzugsberechtigte Auftraggeber** schrieb die Beschaffung von Computer-Monitoren aus. Um den Auftrag bewarb sich neben einschlägigen Handelsunternehmen auch eine **Werkstätte für Behinderte**. Die Werkstätte bot die Monitore unter Verwendung des ermäßigten **Mehrwertsteuersatzes von 7 %** an und konnte so das preislich beste Angebot vorlegen. Ein Händler, der seinerseits mit 16 % MWSt anbot, glaubt, dass die Werkstätte den ermäßigten Steuersatz **zu Unrecht** zu Grunde gelegt hat. Dies hätte der Auftraggeber korrigieren müssen oder die Netto-Preise werten müssen, was zu einer Änderung der Wertungsreihenfolge geführt hätte. In diesem Falle stünde ihm, dem Händler, der Zuschlag zu.

Der Auftraggeber hingegen hatte die Frage des Mehrwertsteuersatzes aufzuklären versucht. Er forderte von der Werkstätte eine **Bescheinigung** des für sie **zuständigen Finanzamtes** an, das die Richtigkeit der Erhebung des ermäßigten Satzes bestätigen sollte. Eine solche Bescheinigung ist von einem Finanzamt nicht zu erlangen. Die Finanzämter prüfen einzelne Aufträge **grundsätzlich nicht vorab**. Die Werkstätte reichte statt dessen den Anerkennungsnachweis der Bundesagentur für Arbeit vor, der die Grundlage für die Umsatzsteuerermäßigung darstellt. Zudem legte die Geschäftsführung eine Eigenerklärung vor, mit der sie die Korrektheit der Einstufung bestätigte. Diese beiden Unterlagen genügten dem Auftraggeber als Nachweis.

Der Auftraggeber darf den **ermäßigten Steuersatz** akzeptieren. Er ist nach Ansicht der Vergabekammer nicht verpflichtet, ausnahmsweise die Netto-Preise für die Wertung heranzuziehen. Ein Beschluss des OLG Düsseldorf (vom 14.9.2016, Verg 14/16) steht dem nicht entgegen. Der Vergabesenat hatte zwar damals die **Netto-Wertung** zugelassen. Es lag damals jedoch ein grundlegend anderer Sachver-

halt vor. Die Unsicherheit über den richtigen Mehrwertsteuersatz ergab sich seinerzeit nicht aus der **Einstufung des Bieters**, sondern aus der **Ausgestaltung des Auftrages**. Es waren Schülerbeförderungen ausgeschrieben, bei der der anzuwendende Mehrwertsteuersatz von der Länge der Fahrtstecken abhängig ist, die jedoch zum Ausschreibungszeitpunkt nicht vorab angegeben werden können, weil sie von den ggf. sogar veränderlichen Wohnorten der künftigen Schüler abhängen.

Auch der Fall der Parlamentsdrucksachen des Deutschen Bundestages (OLG Düsseldorf, Beschl. v. 15.2.2012, Verg 85/11, VS 2012, 63) ist nicht vergleichbar. Hier ging es um das Problem, dass **verschiedene Finanzämter** dieselbe Leistung hinsichtlich des anzuwendenden Mehrwertsteuersatzes unterschiedlich beurteilen. Hier hatte das OLG entschieden, dass der Auftraggeber in einem solchen Zweifelsfalle angeben müsse, welchen Steuersatz die Bieter zu Grunde zu legen hätten.

Im vorliegenden Falle stellt sich die Frage nach der zulässigen **Privilegierung eines einzelnen Bieters**. Ob diese vorliegt, muss der Auftraggeber prüfen. Für eine solche Prüfung ist der **zumutbare Aufwand** begrenzt. Er stößt an seine Grenze dort, wo der rasche Abschluss des Vergabeverfahrens dadurch behindert würde oder die verwaltungsmäßigen oder finanziellen Ressourcen des Auftraggebers über Gebühr in Anspruch genommen würden. Unter dieser Voraussetzung hat der Auftraggeber die Bieterangaben hinreichend überprüft. Eine Vergabestelle ist nicht darauf eingerichtet, **komplizierte steuerrechtliche Fragen** eigenständig zu beurteilen. Sie darf sich insoweit also auf die Bieterangaben verlassen, wenn sie keine Anhaltspunkte dafür hat, dass diese Angaben fehlerhaft sind.

Zudem kommt auch die Vergabekammer zu dem Schluss, dass die steuerliche Einstufung des Bieters voraussichtlich korrekt ist. Sie sieht **auch die Handelstätigkeit** des Bieters als Teil der privilegierten Aufgaben einer Werkstätte für Behinderte an. Maßgeblich ist, dass diese Tätigkeit **unmittelbar** von den behinderten Menschen ausgeführt wird. Dass dem so sei, hatte die Werkstätte dargelegt. Es liegt auch keine missbräuchliche Vertragsgestaltung dahingehend vor, dass die Werkstätte nur als Zwischenglied auftritt, um für einen Nachunternehmer den Mehrwertsteuervorteil zu erlangen. Der Warenhersteller ist **kein Nachunternehmer** des Händlers. Der Fall ist auch nicht vergleichbar mit demjenigen, den der Bundesfinanzhof (BFH, Urt. v. 23.7.2019, XI R 2/17) entschieden hatte. Der BFH hatte hier das Bistro einer Behindertenwerkstätte, das Speisen auch an Dritte veräußerte, als nicht privilegiert angesehen. Jedoch waren die Arbeitsplätze in diesem Bistro gerade kein Bestandteil der Werkstätte, sondern wurden von **Arbeitnehmern des ersten Arbeitsmarktes** besetzt, wenn auch teilweise von solchen mit Behinderung. Eine derartige Abgrenzung zwischen Werkstatt und Handelstätigkeit liegt aber bei der hier mitbietenden Werkstätte nicht vor.

Die Schwierigkeit für den Auftraggeber entsteht dann, wenn das Finanzamt nachträglich – jedoch noch vor Abrechnung des Auftrages – die **Mehrwertsteuereinstufung** für die Handelstätigkeit der Werkstätte **beanstandet**. Eine

mit einer Nachberechnung der erhöhten Mehrwertsteuer einhergehende **Verteuerung der Beschaffung** lässt sich ausschließen, wenn in den Vergabebedingungen ausdrücklich festgelegt ist, dass der Bruttopreis als vereinbart gilt, und eine Nachberechnung erhöhter Steuern nur zulässig ist aufgrund einer Gesetzesänderung, nicht aber aufgrund einer **geänderten Anwendung** unveränderten Steuerrechts.



Dürfen Auftragsberatungsstellen Auftraggeber nicht rechtlich beraten?

*In Ausgabe 8/21 war auf die Entscheidung der VK Bund vom 2.6.2021 (VK 2-47/21) hingewiesen worden. Der damalige Antragsteller erhoffte sich damit Klarheit über die Abgrenzung zwischen der kaufmännisch-technischen und der rechtlichen Beratung in Vergabeverfahren. Dieses Ansinnen war dadurch gescheitert, dass der Auftraggeber seinerzeit vortragen konnte, es könne sich schon allein deswegen nicht um eine Rechtsberatung handeln, weil er dafür eine eigene Rechtsabteilung unterhalte. Nun hat das **Landgericht Magdeburg** im einstweiligen Verfügungsverfahren (Urt. v. 15.9.2021, 7 O 1109/21) eine Grenzlinie gezogen und es der Auftragsberatungsstelle Sachsen-Anhalt untersagt, Auftraggebern bestimmte Beratungsleistungen anzubieten.*

Eine auf vergaberechtliche Fragestellungen spezialisierte Anwaltskanzlei bewarb sich um den Auftrag der Beratung in vergaberechtlichen Fragen. Sie erfuhr, dass auch die Auftragsberatungsstelle (ABSt) Sachsen-Anhalt, eine Stiftung die von den vier Handwerks- bzw. Industrie- und Handelskammern des Landes getragen wird, zur Abgabe eines Angebotes aufgefordert worden war. Die ABSt bot seinerzeit **entgeltliche Beratungsverträge** an, mit denen sie auch der Auftraggeberseite die Unterstützung bei der Durchführung von Vergabeverfahren versprach. Diese Beratungsverträge gehen über die Grundberatung, die allgemeine Aussagen hinsichtlich des Vergaberechtes macht, hinaus und beziehen sich jeweils auf konkrete Vergabeverfahren.

Die Anwaltskanzlei (im Folgenden: Klägerin) sieht darin eine **Rechtsdienstleitung**, die dem Anwaltsprivileg unterliege. Keine der Ausnahmen der §§ 7, 8 und 10 RDG sei hier einschlägig. Sie verlangt, dass es die ABSt unterlässt, ein Angebot im Rahmen dieses Vergabeverfahrens abzugeben, bzw. ein bereits abgegebenes **Angebot zurückzieht** und es auch zukünftig unterlässt, sich auf derartige Beratungen zu bewerben oder sie auch nur öffentlich anzubieten.

Die ABSt verweist auf die oben genannte Entscheidung der Vergabekammer des Bundes und meint, das Verfahren sei jedenfalls bis zur Beschwerdeentscheidung des OLG Düsseldorf in dieser Sache zurückzustellen. Es fehle zudem der Verfügungsgrund, weil der Klägerin ja auch der **Weg vor die Vergabekammer** offen stehe. Sie sieht in ihrer Tätigkeit keine privilegierte Rechtsdienstleitung, allenfalls sei die rechtliche Beratung eine untergeordnete Nebenleistung. Zudem meint sie, sie sei durch das Beratungsprivileg der Kammern ohnehin zur Rechtsberatung befugt.

Das Landgericht Magdeburg gibt dem Verfügungsantrag statt.

Eine Rückstellung bis zur Beschwerdeentscheidung des OLG Düsseldorf sei nicht angezeigt, denn der Zweck der Verfügung sei gerade der einstweilige Rechtsschutz, der einen entsprechenden Aufschub nicht dulde. Zudem mache die Klägerin einen **Anspruch aus dem UWG** geltend und nicht etwa einen aus dem 4. Teil des GWB. Ihr steht auch ein Verfügungsgrund zur Seite. Der Antrag war unverzüglich nach Kenntnis des rechtswidrigen Handels der ABSt gestellt worden. Er ist hinsichtlich des laufenden Vergabeverfahrens auch **dringlich**.

Der Verfügungsanspruch ergibt sich aus § 3 RDG i. V. m. §§ 8 I 1 und 8 III 1 UWG. Die ABSt handelt geschäftlich, denn sie bietet die streitgegenständlichen **entgeltlichen Leistungen** öffentlich feil. Die streitenden Parteien stehen insoweit auch im Wettbewerb zueinander.

Die offerierten Leistungen stellen **Rechtsberatungen im Sinne des § 2 I RDG** dar. Die individuellen Beratungsverträge erfordern eine rechtliche Prüfung im Einzelfall, soweit sie folgende Handlungen umfassen:

- Prüfung auf Einhaltung der Wettbewerbsregeln
- Vermeidung von Diskriminierungsaspekten
- Erteilung von Handlungsempfehlungen und
- Sicherung des Gleichbehandlungsgrundsatzes.

Diese Leistungen anzubieten oder sich um deren Ausführung zu bewerben, war demgemäß zu untersagen. Darüber hinaus war der ABSt auch aufzugeben, ihr Angebot zurückzuziehen.

Die ABSt kann sich nämlich auf keine der Ausnahmen des RDG berufen. Sie bietet diese Leistungen nicht unentgeltlich an (§ 6 RDG). Es handelt sich auch nicht um eine Nebenleistung (§ 5 RDG), sondern ausweislich jedenfalls des damaligen Internetauftritts der ABSt gerade um die Hauptleistung der Beratungsverträge. Die ABSt ist auch keine Berufsvereinigung (§ 7 RDG), wobei hinzuzufügen wäre: Schon gar nicht eine solche der öffentlichen Auftraggeber. Sie unterliegt entgegen ihrer Auffassung auch **nicht dem Beratungsprivileg der Kammern** (§ 8 RDG). Dieses umfasst nur die Beratung der eigenen Mitglieder. Mit den streitgegenständlichen Beratungsverträgen wird jedoch gerade die Gegenseite beraten. Zuletzt hilft der ABSt auch nicht ihr Vortrag, dass sie für diese rechtlichen Fragen ja selbst auf die Leistungen von Rechtsanwälten zurückreife. Aus Sicht des UWG ist die ABSt der Wettbewerber, der sich durch den Beratungsvertrag zur Leistungserbringung verpflichtet. Wer diese Leistung dann tatsächlich erbringt, kann dahingestellt bleiben.

Anmerkungen

Die Entscheidung umfasst gleich mehrere Aspekte, die einer näheren Betrachtung bedürfen. So liegt hier der ungewöhnliche Fall vor, dass der Auftraggeber rechtswidrig die Klägerin darüber informiert hat, wer an dem Vergabeverfahren beteiligt ist. Ohne diese **Indiskretion** wäre der

Antrag auf einstweilige Verfügung gar nicht möglich geworden. Bei korrekter Durchführung des Vergabeverfahrens hätte die Klägerin erst durch das **Absageschreiben** nach § 134 GWB davon erfahren, wenn die ABSt hätte den Zuschlag erhalten sollen. Wäre die ABSt nicht zum Zuschlag vorgesehen worden, wäre ihre Teilnahme der Klägerin während des laufenden Vergabeverfahrens gar nicht bekannt geworden. In diesem Falle wäre jedenfalls der **Verfügungsgrund entfallen**. Andernfalls wäre der einstweilige Rechtsschutzweg des Nachprüfungsverfahrens nach dem 4. Teil des GWB eröffnet gewesen, welcher als *lex specialis* dann den **Verfügungsanspruch verdrängt** hätte

Durch die Entscheidung kommt die ABSt in ein Dilemma: Sie wird einerseits gezwungen, ihr Angebot zurückzuziehen. Andererseits ist sie gegenüber dem Auftraggeber an ihr Versprechen gebunden. Die Folgen einer Angebotsrücknahme sind einstweilen nicht absehbar. Wäre das Angebot der ABSt das wirtschaftlichste gewesen, wäre die Frage eines möglichen Schadenersatzanspruches des Auftraggebers gegen die ABSt zu prüfen, der sich aus der Angebotsrücknahme ergibt.

Materiell beachtlich ist die Abgrenzung der Rechtsdienstleistungen. Das LG Magdeburg sieht in den Beratungsverträgen eine auf das jeweilige Vergabeverfahren **angepasste rechtliche Beurteilung**. Das geht sowohl über eine allgemeine Unterrichtung hinsichtlich der Prinzipien des Vergaberechts hinaus als auch über die reine schematische Rechtsanwendung wie z.B. bei der rechnerischen Bewertung von Angeboten. Insofern unterscheidet sich der vorliegende Sachverhalt deutlich von demjenigen der VK Bund, der gerade keine individuelle rechtliche Beratung zum Gegenstand hatte.

Nikolaus Poppitz, Mainz

◆ Welcher Stichtag gilt, ist durch Auslegung zu ermitteln

Die Bundesagentur für Arbeit unterhält ein eigenes Auswertungssystem, mit dem sie die Leistung der Auftragnehmer für Arbeitsmarktdienstleistungen misst. Dazu wird erfasst, wie viele Teilnehmer die Maßnahmen der jeweiligen Auftragnehmer erfolglos beenden (sog. Abbruchquote). Aus dem Vergleich zwischen den einzelnen Auftragnehmern und dem Bundesdurchschnitt der erfolglosen Beendigungen wird ein Wert errechnet, der als *Qualitätskriterium* in die Wertung einfließt (in casu: Abbruchquote abH und Abbruchquote AsA, jeweils nur „negative Gründe“). Über den für diese Berechnung anzuwendenden Stichtag stritten Bieter und Bundesagentur. Das **OLG Düsseldorf** (Beschl. v. 19. 1. 2022, VII-Verg 22/21) stützt seine Entscheidung auf die Auslegung der Vergabeunterlagen.

Die Bundesagentur hatte bekanntgemacht, dass alle Maßnahmen, die bis zum 12. 7. 2020 **beendet waren** oder aber zu diesem Zeitpunkt bereits mehr als **12 Monate andauern**, in die Auswertung einbezogen werden sollten. Diese Auswertung solle mit **Datenstand Oktober 2020** erfolgen.

Auf Ihrer Website – nicht aber in den Vergabeunterlagen – erläuterte die Bundesagentur, welcher Stichtag für die Auswertung sich nach ihrem Verständnis daraus ergebe. Ein Bieter, der aufgrund seiner individuell von der Bundesagentur ermittelten Abbruchquote nicht erfolgreich war, zweifelt die Richtigkeit der Auswertung an. Insbesondere ist er der Ansicht, dass alle Maßnahmenbeendigungen bis zum 31. 10. 2020 in die Auswertung einzubeziehen seien und nicht wie von der Bundesagentur vorgenommen nur diejenigen bis zum 12. 7. 2020. Sofern der Vergabesenat hinsichtlich des Stichtages nicht zum gleichen Ergebnis komme, litten die Unterlagen jedenfalls an einem Transparenzmangel, weil sie missverständlich gewesen seien.

Der Vergabesenat hält die Unterlagen für eindeutig. Aus der Sicht eines verständigen Bieters, der jedoch die internen Arbeitsabläufe der Bundesagentur nicht kenne, ist mit der Bezeichnung „Datenstand Oktober 2020“ gemäß § 188 II BGB als maßgeblicher Stichtag der 31. 10. 2020 anzunehmen. Die Unterlagen seien zwar **auslegungsbedürftig**, aber auch **auslegungsfähig**. Die Auslegung ließe keinen anderen Schluss zu. Der Bieter musste davon ausgehen, dass der Bundesagentur die **Daten tagesaktuell** vorliegen, denn die Auftraggeber sind gehalten, die Maßnahmenbeendigungen der Teilnehmer tagesaktuell an die Bundesagentur zu übermitteln, die dann unmittelbar in dem Auswertungssystem hinterlegt werden. Für den Bieter **unbekannt** war es, dass die Bundesagentur für die statistische Auswertung dennoch **mehrere Monate** benötigt, weswegen sie erst im Oktober feststellen kann, welche Abbruchquoten am 12. 7. vorgelegen hatten.

Aus der Sicht des Bieters, dem diese Verzögerung unbekannt ist, gab es also kein anderes Verständnis der Vergabeunterlage als dasjenige, das den Stichtag im Oktober – und damit nach den **allgemeinen Regeln der Fristenberechnung** am 31. 10. – setzte. Dem steht auch nicht die Benennung des 12. 7. als Stichtag für die einzubeziehenden Maßnahmen entgegen. Denn dieser Stichtag ist erkennbar – auch aufgrund der optischen Gliederung der Vergabeunterlagen – auf die **jeweilige Maßnahme** bezogen und gerade nicht auf den **einzelnen Teilnehmer**, der bei der Berechnung der Abbruchquoten in den Blick zu nehmen ist. Hinzu tritt, dass keinesfalls nur Maßnahmen zu betrachten waren, die am 12. 7. 2020 endeten. (In diesem Falle wäre ein späterer Stichtag für die Abbruchquote sinnlos, weil nach Beendigung ja kein Abbruch mehr möglich ist.) Vielmehr waren auch Maßnahmen einzubeziehen, die über den 12. 7. hinaus weiterlaufen, solange sie nur bis zu diesem Zeitpunkt bereits mindestens 12 Monate andauert hatten. Damit sind Abbrüche auch nach dem 12. 7. möglich, deren Auswertung bis zum Stichtag 31. 10. vom Bieter zu unterstellen war.

Die Rüge des Bieters, der es bemängelt hatte, dass er mit dem Absageschreiben die **Datenbasis des Auswertungssystems** nicht zur Kenntnis erhalten hatte, blieb einstweilen ohne Wirkung. Ohne diese Datenbasis könne aus Sicht des Bieters das Wertungsergebnis **nicht überprüft** werden. Da die Wertung insgesamt aufgrund des von der Bundesagentur im Widerspruch zum Auslegungsergebnis stehen-

den Stichtages 12. 7. 2020 fehlerhaft war und das Verfahren darob bis vor die Auswertung zurückzusetzen war, ist die **Vorabinformation hinfällig** geworden. Ihr Informationsgehalt ist daher nicht mehr Gegenstand der Entscheidung. Es ist allerdings zu bedenken, dass dem Bieter datenschutzrechtliche **Löschungsfristen** aufgegeben sind, die kürzer sind als der drei Jahre zurückblickende Auswertungszeitraum der Bundesagentur, und kann also aus eigenen Unterlagen nicht nachvollziehen, ob seine Abbruchquote korrekt in die Auswertung eingeflossen ist. Er ist also für die rechnerische Überprüfung der Wertung auf die Daten der Bundesagentur angewiesen. Die **Möglichkeit zum Nachrechnen** der Wertung ist aber ein wesentlicher Zweck der Vorabinformation.

Ein **Transparenzmangel** hinsichtlich der Bekanntmachung hingegen besteht nicht. Kommt die Auslegung zu einem **eindeutigen Ergebnis**, liegt keine Widersprüchlichkeit in den Unterlagen vor. Dass die Auslegung der bekanntgemachten Kriterien nicht mit den Informationen auf der Website der Bundesagentur in Übereinstimmung zu bringen ist, bleibt unerheblich.

Dem Bieter droht auch ein Schaden. Denn die **fiktive Auswertung** der Bundesagentur, die unter Zuhilfenahme der zwischenzeitlich vorliegenden aktualisierten individuellen Abbruchquoten der Bieter eine unveränderte Bieterreihenfolge auswies, leidet nach Auffassung des Senates ebenfalls an einem Mangel: So sind zwar die individuellen Quoten aktualisiert worden, nicht aber die **bundesweiten Vergleichswerte**, die als Basis für die Punktezuteilung dienen. Dass zumindest der antragstellende Bieter jedenfalls nur 0,6 % bzw. 0,7 % neben einer Sprungstelle der Punktezuteilungstabelle lag, zeigt die Bedeutung auch des bundesweiten Vergleichswertes für das Wertungsergebnis. Die Bundesagentur muss daher auch diesen Faktor bei der Neubewertung der Angebote aktualisieren.

Bemerkungen

In den Fängen des Internet-Riesen

Auf den ersten Blick sieht es so bequem aus: Über das Business-Portal von *Amazon* kann man den **Einkauf von Kleinbedarf optimieren**. So manch eine Kommune hat deswegen einen Vertrag mit *Amazon* geschlossen, um die Vorteile des Händlers bzw. Handelsvermittlers bei der Abrechnung und Budgetierung der Aufträge zu nutzen. So wird es möglich, dass untergeordnete Einheiten **selbständig** ihren **Bedarf decken** und die E-Rechnung dennoch direkt an die Vergabestelle der Kommune geht. Man weist einfach im Business-Portal den einkaufsberechtigten Dienststellen entsprechende Rechte und Obergrenzen für den **dezentralen Einkauf** zu. So bleibt der Überblick auch bei vielen kleinen Direktkäufen erhalten. Das scheint eine interessante Lösung zu sein.

Wie aber ist solch ein Vertrag mit *Amazon* **vergaberechtlich** zu bewerten? Ein Rahmenvertrag ist es wohl nicht. Dazu fehlen die wesentlichen Merkmale: Es ist weder definiert, was beschafft werden soll, noch wieviel. Und dennoch ist solch eine Vereinbarung, die ggf. mit einer einfa-

chen Online-Anmeldung geschlossen wird, bedenklich. Man beachte nämlich den sprichwörtlichen „*Effet utile*“. Ganz schnell kann daraus ein **Rahmenvertrag werden**. Zum Beispiel, wenn hunderte Schulen und Kitas einer Großstadt neuerdings über *Amazon* alle Hygieneprodukte von der Seife bis zum Toilettenpapier beschaffen. Bei unbestimmter Laufzeit ist der vierfache Jahresumsatz maßgeblich. Der kann dann durchaus für alle Einzelbeschaffungen zusammen den Europäischen **Grenzwert übersteigen** – obwohl jede Kita für sich genommen die **spontane Bedarfsdeckung als „Direktkauf“** abzuwickeln glaubt. Aber man bedenke: Alle diese Käufe sind zu addieren, denn sie beruhen ja alle auf derselben Business-Vereinbarung mit *Amazon*.

Selbst wenn der europäische Grenzwert oder gar die nationale Wertgrenze nicht erreicht wird, bleibt ein solches Vorgehen zweifelhaft. Denn faktisch führt die **Bindung** an *Amazon* dazu, dass den Fachabteilungen mitgeteilt wird, sie mögen doch **bitte genau dieses Portal** für ihren Einkauf benutzen, weil damit die Abrechnung erleichtert werde. Genau das aber widerspricht dem Gedanken, dass auch bei kleinen Einkäufen **nicht stets dieselben Lieferanten** genutzt werden sollen. So heißt es in § 14 Satz 2 UVgO: „*Der Auftraggeber soll zwischen den beauftragten Unternehmen wechseln.*“ Diesem Gebot wird ein öffentlicher Auftraggeber nicht gerecht, wenn er sich starr an ein Lieferantenportal bindet.

Nikolaus Poppitz, Mainz

Rechtsprechungsreport

Aufhebung – Schadenersatz: Ein Anspruch auf Ersatz entgangenen Gewinns besteht nicht, wenn der öffentliche Auftraggeber ein mit einer Aufhebung des ersten Vergabeverfahrens und einer fehlerfreien Neuvergabe wirtschaftlich und wertungsmäßig entsprechendes Ergebnis herbeiführt, indem er mit demjenigen, der den Zuschlag zu Unrecht erhalten hat, einen Aufhebungsvertrag schließt und sodann in Bezug auf den gleichen Auftrag ein neues Vergabeverfahren durchführt. (BGH, Urt. v. 23. 11. 2021, XIII ZR 20/19 – aml. LS)

Bietergemeinschaft – Mindestumsatz: Ein geforderter Mindestumsatz kann auch allein von nur einem Mitglied einer Bietergemeinschaft erbracht werden. Aus der gesamtschuldnerischen Haftung der Mitglieder ist nicht abzuleiten, dass jedes einzelne Mitglied der Bietergemeinschaft jeweils auch die Anforderungen an die finanzielle Leistungsfähigkeit für sich erfüllen müsste. (VK Bund, Beschl. v. 26. 10. 2021, VK 1-108/21)

Eigenbetrieb als Bieter – Neutralität: 1. Beteiligt sich die Gemeinde mit einem Eigenbetrieb oder einer Eigengesellschaft am Wettbewerb um das kommunale Wegenetz zur leitungsgebundenen Energieversorgung, ist es erforderlich, die als Vergabestelle tätige Einheit der Gemeindeverwaltung personell und organisatorisch vollständig von dem Eigenbetrieb oder der Eigengesellschaft zu trennen. 2. Eine solche vollständige Trennung erfordert eine Organisationsstruktur, die sicherstellt, dass ein Informationsaustausch zwischen den für die Vergabestelle und den für den Eigenbetrieb oder die Eigengesellschaft handelnden Personen nur innerhalb des hierfür vorgesehenen Vergabeverfahrens für das

Wegerecht erfolgt, so dass bereits durch strukturelle Maßnahmen – und damit nach dem äußeren Erscheinungsbild – die Bevorzugung des Eigenbetriebs oder der Eigengesellschaft und damit der „böse Schein“ mangelnder Objektivität der Vergabestelle vermieden wird. (BGH, Urt. v. 12. 10. 2021, EnZR 43/20 – amtl. LS)

Eignungsanforderungen – Bekanntmachungsfehler: Selbst wenn in der Auftragsbekanntmachung verlinkte Dokumente bezüglich der Eignungskriterien mit den Anforderungen der ausgeschriebenen Bewerbungsbedingungen nicht vollständig deckungsgleich sind, führt dies nicht zu einem grundlegenden Mangel der bekanntgemachten Eignungsanforderungen. Vielmehr sind in einem solchen Falle lediglich keine strengeren Anforderungen als die in der Bekanntmachung erwähnten zu stellen. (VK Bund, Beschl. v. 26. 10. 2021, VK 1-108/21)

Insolvenz – Kündigung: § 103 InsO steht einer Regelung wie § 8 Nr. 1 VOL/B entgegen, nach welcher der Auftraggeber im Insolvenzfall des Bieters ein Kündigungsrecht besäße. Es verbleibt daher beim Wahlrecht des Insolvenzverwalters hinsichtlich der Durchführung bestehender Verträge. (OLG Celle, Urt. v. 25. 11. 2021, 11 U 43/21)

Jugendhilfe – Open-House-Verfahren: 1. Bemühen sich mehrere freie Träger um die Durchführung von Jugendhilfemaßnahmen, so steht ihnen auf der Grundlage der aus Art. 12 I GG abzuleitenden Wettbewerbsfreiheit ein Anspruch auf fehlerfreie Ermessensausübung und chancengleiche Teilnahme am Bewerbungsverfahren zu, gleichviel ob ein solches zu Recht oder zu Unrecht durchgeführt wird (sog. „Bewerbungsverfahrensanspruch“); vorläufiger Rechtsschutz ist in diesen Fällen nach § 123 I 1 VwGO zu gewähren. 2. In materiell-rechtlicher Hinsicht verpflichtet § 79 II SGB VIII den Träger der öffentlichen Jugendhilfe, eine plurale Angebotsstruktur (vgl. § 3 SGB VIII) zu schaffen und dafür zu sorgen, dass Einrichtungen, Dienste und Veranstaltungen zur Verfügung stehen, die den unterschiedlichen Wertorientierungen in der Gesellschaft entsprechen. 3. Der Träger der öffentlichen Jugendhilfe ist deshalb nicht berechtigt, einen wettbewerbsbeeinflussenden Eingriff in die Berufsausübungsfreiheit (Art. 12 I GG) der verschiedenen freien Träger der Jugendhilfe auszuüben, Jugendhilfeleistungen zu bewirtschaften, dabei bestimmte Anbieter zu begünstigen und andere zu benachteiligen, um letztlich eigene Interessen – meist solche der Kostendämpfung – zu verfolgen. 4. Vereinbarungen nach § 77 SGB VIII für rechtsanspruchsgesicherte Leistungen – wie etwa solche nach §§ 13, 13a SGB VIII – können deshalb nicht exklusiv nur mit einem oder einer begrenzten Anzahl von Leistungserbringern abgeschlossen werden; sie sind vielmehr mit jedem Leistungserbringer einzugehen, der geeignet und zur Durchführung willens ist. 5. Eine Anwendung von Vergaberecht (§§ 97 ff. GWB) ist damit ausgeschlossen; für eine selektive Auswahlentscheidung nach wettbewerbs- bzw. vergaberechtlichen Grundsätzen ist aufgrund der Verpflichtung des öffentlichen Jugendhilfeträgers zur Wahrung eines pluralen Angebots (§ 79 II SGB VIII) auch im Rahmen der Schulsozialarbeit kein Raum. Eine gleichwohl vorgenommene vergaberechtliche Ausschreibung ist wegen Unvereinbarkeit mit den Grundsätzen des Jugendhilferechts unzulässig. (BayVGH, Beschl. v. 6. 12. 2021, 12 CE 21.2846 – amtl. LS)

Leistungsbeschreibung – Eindeutigkeit: 1. Aus den Vergabeunterlagen muss für die Bieter eindeutig und unmissverständlich

hervorgehen, welche Erklärungen von ihnen verlangt werden. 2. Die Auslegung der Leistungsbeschreibung hat unter Berücksichtigung der Grundsätze der §§ 133, 157 BGB nach dem objektiven Empfängerhorizont aus Sicht des potentiellen Bieters zu erfolgen. 3. Enthält die Leistungsbeschreibung keine eindeutige Vorgabe, welche Anforderungen die zu liefernden Waren/Güter zu erfüllen haben, darf das Angebot eines Bieters, das lediglich den Vorstellungen des Auftraggebers nicht entspricht, nicht wegen einer Abweichung von den Vergabeunterlagen ausgeschlossen werden. (OLG Celle, Beschl. v. 18. 11. 2021, 13 Verg 6/21 – amtl. LS)

Nachforderung – Ermessen: 1. Bei Ermessensentscheidungen gem. § 56 II VgV über das Nachfordern von Unterlagen bedarf es der Abschätzung der konkret zu erwartenden Verzögerung und deren Auswirkungen auf das Verfahren. Es ist auch zu berücksichtigen, ob die Vergabestelle diese Auswirkungen durch eine frühere Nachforderung hätte abmildern oder vermeiden können. 2. Bei der Ermessensentscheidung ist es besonders zu berücksichtigen, wenn bei Ausschluss eines Bewerbers nur noch ein einziger Bewerber übrigbleiben wird. (OLG Frankfurt, Beschl. v. 25. 11. 2021, 11 Verg 2/21 – 1. u. 2. amtl. LS)

Nachweise – Überprüfung: Eine Prüfung der vom Bieter vorgelegten technischen Nachweise etwa in dem Sinne, dass eine komplette technische Überprüfung durch den Auftraggeber selbst zu erfolgen hätte, wäre für einen öffentlichen Auftraggeber nicht leistbar. Im Gegenteil darf der Auftraggeber den Angaben der Bieter und dem Angebotsinhalt grundsätzlich vertrauen. (VK Bund, Beschl. v. 11. 11. 2021, VK 2-115/21)

Nebenangebot – Pauschalpreis: 1. Da gemäß § 8 EU II Nr. 3 Satz 2 VOB/A 2019 Nebenangebote bei der Vergabe von Bauaufträgen oberhalb der Schwellenwerte nur dann gewertet werden können, wenn sie vom Auftraggeber ausdrücklich zugelassen worden sind, muss sich aus den Ausschreibungsbedingungen unter dem maßgeblichen Blickwinkel eines verständigen und sachkundigen Bieters hinreichend klar ergeben, ob und wenn ja, in welchem Umfang der Auftraggeber Nebenangebote zugelassen hat. 2. Die Abgabe eines Pauschalpreisnebenangebots ist nicht zulässig, wenn der beabsichtigte Bauvertrag ersichtlich als Einheitspreisvertrag konzipiert war und wenn der Auftraggeber in der Aufforderung zur Abgabe von Angeboten (unter Verwendung des Formblatts 211 EU) lediglich für einzelne Titel technische Nebenangebote, z. B. in Form eines alternativen Bauverfahrens, zugelassen und insoweit formale und qualitative Mindestanforderungen an die technische Ausführung gestellt hat. (OLG Frankfurt, Beschl. v. 25. 11. 2021, 11 Verg 4/21 – amtl. LS)

Preisauflärung – Tatsachengrundlage: Eine Aufklärung ist nicht zufriedenstellend, wenn sie trotz pflichtgemäßer Anstrengung des öffentlichen Auftraggebers keine gesicherte Tatsachengrundlage für die Feststellung bietet, das Angebot sei entweder angemessen oder der Bieter sei im Falle eines Unterkostenangebots wettbewerbskonform in der Lage, den Vertrag ordnungsgemäß durchzuführen. Die Aufklärung betrifft neben rechnerischen Unklarheiten auch alle preisrelevanten inhaltlichen Aspekte des Angebots. Eine ordnungsgemäße Aufklärung nach erfolgter Vorlage der Unterlagen über die Preisermittlung erfordert zudem eine konkrete Auseinandersetzung mit den Angaben des Bieters im Sinne einer Überprüfung. (VK Bund, Beschl. v. 15. 11. 2021, VK 1-112/21)

Rechtsverletzung – Feststellung: Eine (ausdrückliche) Feststellung einer Verletzung des Antragstellers in seinen Bieterrechten erfolgt nur, soweit in § 168 II 2 GWB die Möglichkeit eingeräumt ist, statt des ursprünglich angestrebten Tuns oder Unterlassens der Vergabestelle die Feststellung zu beantragen, dass das abgeschlossene Vergabeverfahren zu seinem Nachteil fehlerhaft war; dies bedingt eine dahingehende Umstellung der Anträge. (OLG Rostock, Beschl. v. 11. 11. 2021, 17 Verg 5/21 – 1. aml. LS)

Rügeabhilfe – Folgewirkung: Hilft die Vergabestelle einer Rüge ab, ohne dass dies von anderen Bietern erfolgreich angefochten wird, ist für das weitere Verfahren von einer berechtigten Rüge auszugehen, deren Erheben kein Kriterium bei einer zu Lasten des Rügenden gehenden Ermessensentscheidung sein kann. (OLG Frankfurt, Beschl. v. 25. 11. 2021, 11 Verg 2/21 – 3. aml. LS)

Unterschwelenschutz – Verfügungsanspruch: 1. Eine vergabespezifische Nachprüfungsmöglichkeit nach Landesrecht schließt das Recht auf Anrufung eines Zivilgerichts zur Erlangung einstweiligen Rechtsschutzes grundsätzlich aus. 2. Auch für unterschwellige Vergabeverfahren ist der Bieter zur Rüge erkannter Vergabeverstöße verpflichtet. Diese Pflicht erwächst aus dem durch das vorvertragliche Schuldverhältnis begründeten Rücksichtnahmegebot. 3. Ein Verfügungsanspruch scheidet aus, wenn der Verfügungskläger zur Recht aus dem Vergabeverfahren ausgeschlossen wurde. (OLG Zweibrücken, Beschl. v. 11. 10. 2021, 1 U 93/20)

Vergabeberatung – Rechtsdienstleistung: 1. Eine Auftragsberatungsstelle der Kammern ist nur befugt, Rechtsdienstleistungen gegenüber den Kammermitgliedern zu erbringen, nicht aber gegenüber öffentlichen Auftraggebern. 2. Entgeltliche Beratungsverträge hinsichtlich rechtlicher Fragen einzelner Beschaffungsvorgänge stellen eine Rechtsdienstleistung im Sinne des RDG dar. (LG Magdeburg, Urt. v. 15. 9. 2021, 7 O 1109/21)

Vergabeunterlagen – Auslegung: 1. Ob eine unzulässige Änderung der Vergabeunterlagen durch das Angebot im Einzelfall vorliegt, ist anhand einer Auslegung in entsprechender Anwendung der §§ 133, 157 BGB sowohl der Vergabeunterlagen als auch des Angebots nach dem jeweiligen objektiven Empfängerhorizont festzustellen. Hinsichtlich des Angebots ist Maßstab der Auslegung, wie ein mit den Umständen des Einzelfalls vertrauter Dritter in der Lage der Vergabestelle das Angebot nach Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte verstehen musste oder durfte. 2. Ist ein Angebot in sich widersprüchlich, so stellt dies nicht unmittelbar einen Ausschlussgrund nach § 57 I Nr. 4 VgV dar. Hat das Angebot keinen von den Vergabeunterlagen abweichenden Inhalt, sondern ist in diesem Punkt lediglich nicht eindeutig, so bedarf das Angebot der Aufklärung. Dem Bieter muss die Gelegenheit eingeräumt werden, die Widersprüchlichkeit auszuräumen. 3. Darüber hinaus ist – selbst im Falle einer Abweichung – nach der Rechtsprechung des BGH auch dann eine Aufklärung geboten, wenn sich einem unvoreingenommenen Auftraggeber nach Art, Gegenstand und Ort der Abweichung die Möglichkeit aufdrängen muss, dass die Abweichung auf einem Missverständnis beruht und das Angebot auf den maßgeblichen Inhalt der Vergabeunterlagen zurückgeführt werden kann. Diese Fallgestaltung wird von der Fallgestaltung manipulativer Eingriffe in die Vergabeunterlagen im eigentliche Sinne abgegrenzt, die dadurch gekennzeichnet sind, dass ein von den Vergabeunterlagen

inhaltlich abweichendes Angebot abgegeben wird und bei Hinwegdenken solcher Abweichungen gerade kein vollständiges, sondern ein lückenhaftes Angebot vorliegt. Daraus folgt, dass eine Aufklärung bei Abweichungen von Vergabeunterlagen nicht stets gefordert wird, sondern nur dann, wenn die Abweichung ein Missverständnis des Bieters indiziert und im Rahmen der Aufklärung ohne Weiteres ein vollständig den Vergabeunterlagen entsprechendes Angebot herbeigeführt werden kann. (VK Nordbayern Beschl. v. 18. 11. 2021, RMF-SG21-3194-6-35 – aml. IS)

Vorabgestattung – Verfahrensdauer: In Anlehnung an die zu § 169 I 6 GWB entwickelten Grundsätze (Senat, Beschl. v. 16. 9. 2021, 17 Verg 7/21) kann auch im Rahmen des § 176 I 1 GWB der durch das Vergabenachprüfungs- und anschließende Beschwerdeverfahren an sich üblicherweise eintretende Zeitverlust regelmäßig keine vorzeitige Zuschlagerteilung rechtfertigen. Vielmehr müssen substantielle und in der gebotenen Abwägung letztlich überwiegende Gründe für eine umgehende Zuschlagerteilung gerade in dem betreffenden Einzelfall streiten, die ein weiteres Zuwarten – jenseits des letztlich jedem öffentlichen Auftrag zumindest dem Grunde nach innewohnenden Allgemeininteresses an seiner möglichst zeitnahen Erteilung – als nicht hinnehmbar erscheinen lassen. (OLG Rostock, Beschl. v. 11. 11. 2021, 17 Verg 8/21 – 1. aml. LS)

Vorbefassung – Funktionale Betrachtung: 1. Die Frage der Vorbefassung eines Unternehmens ist funktional zu betrachten. 2. Eine Vorbefassung liegt vor, wenn ein Unternehmen einen ersten Auftrag ausführt, der zum Ziel hatte, die Ziele und deren Umsetzung für einen nachfolgenden weiteren Auftrag zu definieren. (VK Bund, Beschl. v. 21. 9. 2021, VK 2-87/21)

Literatur

Neue Aufsätze

Bomsdorf/Finkelmeier, Die Umsatzsteuer als unbekannte Größe im Zivilrecht, NJW 2022, 279

Noch, Zweierlei Rat. Ist jede Beratung bei der Vergabe zugleich eine Rechtsdienstleistung? Vergabe Navigator 1/2022, 25

Winters/Weßling, Höchstgrenze bei Rahmenvereinbarungen – wie weit darf diese vom Schätzwert abweichen?, ZfBR 2022, 137