



**Ein aktueller
vergaberechtlicher
Informationsdienst**

**15. Jahrgang
Nummer 10/2019
ISSN 1860-2347
28. Oktober 2019**

Herausgeber:

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

Beirat:

Prof. Dr. M. Burgi
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
Dr. T. Fischer
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	74
News	74
Smart Cities gestalten	74
EU-Kommission kritisiert Änderung in § 127 SGB V	74
Rechtsprechung	74
Beschwerdefrist nach Ablehnungsfiktion	74
AGB-Abwehrklausel verhindert Ausschluss	75
Personalqualität wirkt sich nicht nur auf intellektuelle Leistungen aus	76
Kurzbeitrag	76
Preisprüfung und Mindestlöhne bei ausgelaufenem Tarifvertrag	76
Bemerkungen	77
Gebrochene Punkte	77
Rechtsprechungsreport	78
Ablehnungsfiktion – Beschwerdefrist	78
AGB – Abwehrklausel	78
Ausführungsort – Benachteiligung	78
Ausschlussmöglichkeit – Rechtsschutzinteresse	78
Baustellenabfall – Vergütung	78
Bauvertrag – Auslegung	78
Bekanntmachung – Zweistufiger Link	79
Bekanntmachungslink – Zugänglichkeit	79
Bindefristverlängerung – kein Ausschlusshemmnis	79
Divergenzvorlage – Aufschiebende Wirkung	79
Gleichwertigkeit – Material	79
HOAI – Unanwendbarkeit	79
Kartellschaden – De-facto-Vergabe	79
Leistungsanteil von Nachunternehmern – Nachforderbarkeit	79
Maßnahmebeginn – HOAI-Leistungsphase	79
ÖPNV – Auftrag	79
Pfortendienst – besondere Dienstleistung	79
Präsentationswertung – Dokumentation	79
Preisaufklärung – Formblatt	79
Qualitätssicherung – Datenschutz	79
Rahmenvertrag – Überschreitung	79
Rügepflicht – Ausnahme	80
Textform – Scan	80
Unklarheit im Leistungsverzeichnis – Preisabstand	80
Unterkostenangebot – vergessene Kosten	80
Veralteter Nachweis – Nachforderung	80
Versicherungsbescheinigung – Nachbesserung	80
Vorabinformation – Beweislast	80
Wegennutzungsvertrag – GWB-Analogie	80
Literatur	80
Neue Aufsätze	80
Neues Buch	80

Impressum:

Herausgeber: RAe Dr. Rainer Noch^{1,2}, Peter Oppler², RA'in Gritt Diercks-Oppler³; Anschriften: **1:** Scheurener Straße 44, D-53572 Unkel bei Bonn, Fon: +49 (0) 2224 78265, Fax: +49 (0) 2224 9014341, RainerNoch@aol.com, www.dr-rainer-noch.de; **2:** Oppler Büchner 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; **3:** Schönsberg 10 D-22395 Hamburg, diercks@oppler-buechner.de. **Schriftleitung:** Nikolaus Poppitz (alle namentlich nicht gezeichneten Beiträge), Fon: +49 (0) 6131 5861693, redaktion@vergabe-spezial.eu. **Verlag:** B.L.F. Verlagsgesellschaft mbH, Lipowskystraße 12, D-81373 München, Fon: +49 (0) 89 746610-0, Fax: -66. **Druck:** DigitalPrint Johann, Neuwied. **Bezugskonditionen:** Jahresabonnement digital: 60,00 €, print: 72,00€ 19,00 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 2019, 38). © 2019 B.L.F. Verlagsgesellschaft mbH, München

Editorial

In dieser Ausgabe blicken wir auf einen bunten Strauß von Entscheidungen mit praktischer Relevanz für Vergabe- und Nachprüfungsverfahren. Der BGH hat versucht, einen Weg aufzuzeigen, wie Ausschlüsse wegen irrtümlich beigefügter Bieter-AGB vermieden werden können. Das Judikat bleibt allerdings wegen seiner Unvereinbarkeit mit anderer Rechtsprechung des BGH und des EuGH äußerst fragwürdig. Zwei Entscheidungen aus Brandenburg und NRW spannen den Bogen für die Verwendung der Personalqualität als Zuschlagskriterium. Zu guter Letzt beleuchten wir aus aktuellem Anlass die vergaberechtliche Wirkung der Kündigung von Tarifverträgen.

Verlag, Herausgeber und Autoren wünschen gute Lektüre und praktischen Gewinn

News

Smart Cities gestalten

Das Bundesinstitut für Bau-, Stadt- und Raumforschung will den Ausbau von Smart-City-Lösungen in den deutschen Kommunen fördern. Dazu hat es jetzt einen Leitfaden zu den vergaberechtlichen Rahmenbedingungen vorgelegt, der besonders ausführlich auf die Inhouse-Problematik bei Aufträgen an die im kommunalen Besitz befindlichen Versorgungsunternehmen eingeht. Die Broschüre ist hier in Web erhältlich: <https://bit.ly/2OSHUpE>



EU-Kommission kritisiert Änderung in § 127 SGB V

Am 24.3.2019 hatte der Bundestag auf Initiative der Koalitionsfraktionen kurzerhand und ohne nennenswerte Beratung versucht, den gordischen Knoten der Hilfsmittelausschreibungen dadurch zu zerschlagen, dass er die Hilfsmittelausschreibung aus dem Gesetzestext strich (vgl. VS 2019, 18). Damit schien der dauernde Streit in den Nachprüfungsinstanzen über die Durchführung dieser Ausschreibungen beendet. Allerdings hat der Bundestag die Rechnung ohne die EU-Kommission gemacht.

Die Kommission hat nämlich ein zusätzliches Aufforderungsschreiben bezüglich der Umsetzung der RL 2014/24/EU an Deutschland beschlossen. Die neue Bestimmung des § 127 I SGB V verpflichtet die gesetzlichen Krankenkassen, ihre Verträge über medizinische Hilfsmittel mit interessierten Anbietern auszuhandeln, und verbietet es ihnen nach Ansicht der Kommission, die Verfahren anzuwenden, die in den Vergaberichtlinien festgelegt sind.

Die genannten Richtlinien ermöglichten es den Krankenkassen, hohe Qualitätsstandards zu wettbewerbsfähigen Preisen zu erreichen. Indem sie die Grundsätze der Gleichbehandlung, der Transparenz und der Nichtdiskriminierung für alle Marktteilnehmer anwendeten, gewährleisteten sie einen unverfälschten Wettbewerb. Die Kommission schätzt der Gesamtwert der vergebenen Hilfsmittelbeschaffungen in Deutschland auf jährlich etwa 8 Milliarden EUR. Sie ist der Auffassung, dass das Verbot den gesetzlichen Krankenkassen gegenüber, diese Verfahren für medizinische Hilfsmittel zu nutzen, der EU-Richtlinie über die Vergabe öffentlicher Aufträge zuwiderläuft.

Rechtsprechung

Beschwerdefrist nach Ablehnungsfiktion

Für den vergaberechtlich wenig erfahrenen Bieter hält das Vergabenaachprüfungsregime einen Fallstrick bereit, mit dem er kaum rechnen mag. Wer sich ins GWB einliest, findet zwar wohl in § 167 I den **Beschleunigungsgrundsatz**. Die Folgen der **Missachtung** dieses Grundsatzes allerdings sind an ganz anderer Stelle geregelt, nämlich durch die Ablehnungsfiktion im Falle der unterbliebenen Entscheidung der Vergabekammer, die sich in § 171 II, 2. Halbsatz wiederfindet. Wer dies nicht beachtet, kann seinen **Rechtsschutz verlieren**, wie jetzt das OLG Karlsruhe, systematisch korrekt, aber nicht eben praxisnah, entschieden hat.

Der Antragsteller eines Nachprüfungsverfahrens hatte lange nichts von der Vergabekammer gehört. Schließlich hat die Kammer den Antrag abgelehnt – weit mehr als fünf Wochen nach dem Eingang. Gegen diese Ablehnung legte der Antragsteller unverzüglich sofortige Beschwerde beim **OLG Karlsruhe** (Beschl. v. 25. 7. 2019, 15 Verg 5/19) ein.

Das OLG prüft die Aktenlage und stellt fest, dass die Vergabekammer es **versäumt hatte, die Entscheidungsfrist zu verlängern**. Damit war der zweite Halbsatz des § 171 II GWB anzuwenden:

„Die sofortige Beschwerde ist auch zulässig, wenn die Vergabekammer über einen Antrag auf Nachprüfung nicht innerhalb der Frist des § 167 Abs. 1 entschieden hat; in diesem Falle gilt der Antrag als abgelehnt.“

Die Tatsache, dass durch die unterlassene Verlängerung die **Ablehnung** des Antrages sozusagen **unmerklich eingetreten** ist, führt für das OLG dazu, dass auch ab diesem Zeitpunkt die Beschwerdefrist von zwei Wochen zu laufen be-

gint. Der Antragsteller muss also seinerseits überwachen, ob bei ihm innerhalb der Fünf-Wochen-Frist eine Entscheidung der Vergabekammer eingegangen ist (Beschluss oder Verlängerung). Bemerkt er die Untätigkeit zu spät, verliert er im Ergebnis kurioserweise genau dann seine Rechte, wenn ein **späterer** – nach Auffassung des OLG dann **rechtswidrig ergangener** – Beschluss erneut auf Ablehnung des Antrages lautet. Gibt er hingegen dem Antrag statt, ist er durch Beschwerde angreifbar, weil er im Widerspruch zu dem fiktiven, aber bestandskräftigen Ablehnungsbeschluss stünde.

Der Ansicht des OLG Karlsruhe ist aus systematischen Erwägungen beizutreten. Die Ablehnungsfiktion dient nicht etwa dem Schutz des Bieters, sondern genau so wie der gesamte Beschleunigungsgrundsatz dem des Auftraggebers vor **überlangen Nachprüfungsverfahren**, die eine Beschaffung oder gar den Fortgang einer Baustelle erheblich stören könnten. Im gesamten Nachprüfungswesen ist der Bieter gehalten, schnellstmöglich seine prozessualen Handlungen vorzunehmen. Dazu gehört auch die Obliegenheit, die Entscheidungsfrist der Vergabekammer selbst im Blick zu behalten.



AGB-Abwehrklausel verhindert Ausschluss

Es gibt keinen Rechtssatz, der eine angebotserhaltene Auslegung von Bietererklärungen vorschreibt. Aber seit der VOB/A 2009 folgt die Rechtsprechung der Intention, unverhältnismäßige Angebotsausschlüsse aus formalen Gründen zu vermeiden. Der BGH folgt in seiner Entscheidung zum Umgang mit Bieter-AGB (Urt. v. 18.6.2019, X ZR 86/17) insofern dieser Linie. Allerdings steht das Urteil im Widerspruch zu wesentlichen zivilrechtlichen Grundsätzen der Erklärungen und Abwehrklauseln in Bezug auf einen Vertrag.

Für die Baumaßnahme hatte der Auftraggeber die Zusätzlichen Vertragsbedingungen für Bauleistungen (**ZVB Bau**) zu Grunde gelegt. Diese sehen als Zahlungsziel 30 Tage nach Rechnungserhalt vor. Im selbsterstellten Kurz-LV hatte ein Bieter nach dem angegebenen Endpreis den Satz eingefügt: „Zahlbar bei Rechnungserhalt ohne Abzug.“ Der Auftraggeber schloss den Bieter u.a. mit der Begründung aus, diese abweichende Vorgabe von Zahlungsbedingungen stelle eine **unzulässige Änderung der Vergabeunterlagen** dar. Der Bieter verlangt wegen des seiner Meinung nach ungerechtfertigten Ausschlusses Schadenersatz und verfolgt dieses Ziel bis vor den BGH.

Der BGH ordnet die Zahlungszielvorgabe des Bieters als AGB ein. Eine allgemeine Geschäftsbedingung könne auch im Fließtext des Angebotes enthalten sein. Allerdings komme es schließlich gar nicht drauf an, ob dieser einzelne Satz als AGB oder als sonstige Bietererklärung zu werten ist: Das Ergebnis wäre dasselbe.

Der **Bieter obsiegt** insoweit, als ihm dieser Satz nicht zum Verhängnis werden kann. (Ob weitere Ausschlussgründe verwirklicht sind, muss nun wieder von den Vorinstanzen geprüft werden.) Der BGH weist auf § 1 Abs. 1.3. der ZVB Bau hin, der da lautet:

„Etwaige Vorverträge, unter § 1.2 nicht aufgeführte Unterlagen, Protokolle oder sonstige Korrespondenz im Zusammenhang mit dem Abschluss dieses Vertrages, insbesondere Liefer-, Vertrags- und Zahlungsbedingungen des AN sind nicht Vertragsbestandteil.“

Diese vorformulierte Regelung der ZVB Bau müsse im Lichte der Neuregelungen seit der VOB/A 2009 gesehen werden. Diese Neuregelungen dienten dazu, den Ausschluss von Angeboten aus vielfach nur formalen Gründen zu verhindern. Im Interesse der **Erhaltung eines möglichst umfassenden Wettbewerbs** sei es das Ziel, die Anzahl der am Wettbewerb teilnehmenden Angebote nicht unnötig wegen an sich vermeidbarer, nicht gravierender formaler Mängel zu reduzieren.

Demnach hat § 1 Abs. 1.3 ZVB Bau einen **Abwehrcharakter**, der darauf zielt, einen Ausschluss wegen beigefügter von den Vertragsbedingungen der Auftraggeberseite abweichender Bietererklärungen wie z.B. AGB zu verhindern. Fügt ein Bieter dennoch seine AGB bei, deutet dies auf ein **Missverständnis** hinsichtlich der Bindung des Auftraggebers an seine Auftragsbedingungen hin, denen ein Bieter voraussichtlich Rechnung getragen hätte, wären sie ihm bewusst gewesen.

An dieser Stelle scheint in der Argumentation des BGH die immer wieder aufkommende Idee durch, dass ein Bieter allein aus **kaufmännischer Vernunft** heraus im Wesentlichen gewillt sein müsste, dasjenige anzubieten, was der Auftraggeber nachfragt, weil er ansonsten ja keine Chance auf den Auftrag hätte. Die Erfahrung zeigt hingegen, dass dem nicht grundsätzlich so ist. Letztlich war dies aber auch nicht die entscheidende Frage, denn die vorliegenden Vergabeunterlagen hatten eine weitere Klausel, die der Bieter im Angebots-schreiben zu unterzeichnen hatte. Darin hieß es, dass

„wir neben den oben genannten Angebotsinhalten keine eigenen Allgemeinen Geschäftsbedingungen zum Bestandteil unseres Angebots machen“,

weswegen das Angebot durch die genannte abweichende Zahlungsbedingungen nicht nur in unmittelbarem Widerspruch zu den Vergabeunterlagen stand, sondern zudem auch **in sich selbst widersprüchlich** und damit der **Aufklärung** zuzuführen war, was der Auftraggeber unterlassen hatte.

Zudem ist die AGB-Abwehrklausel der ZVB Bau für beide Seiten bindend, wie der BGH festgestellt hat. Das ergebe sich aus der oben erwähnten – auch für den Bieter erkennbaren – **Gebundenheit des öffentlichen Auftraggebers** an seine eigenen, einheitlich für alle Bieter geltenden Vertragsbedingungen.

Die für Konflikte aus der wechselseitigen Einbeziehung kollidierender Allgemeiner Geschäftsbedingungen im **privaten Geschäftsverkehr** außerhalb der öffentlichen Auftragsvergabe entwickelten Lösungsmöglichkeiten sind nach Erkenntnis des Senates hier **nicht einschlägig**. Die Auftraggeber hätten deshalb nicht zu befürchten, dass der betreffende Bieter sich im Falle der Auftragsvergabe während der Vertragsdurchführung mit Erfolg auf die eigenen

Allgemeinen Geschäftsbedingungen berufen könnte, oder dass sie im Umfang der Kollision auf die gesetzlichen Regelungen verwiesen wären.

Die Einbeziehung der ZVB Bau soll demnach die unmittelbare Folge haben, dass die Beifügung von AGB durch den Bieter schlicht unbeachtlich wird. Das BGH-Judikat krankt jedoch an der Missachtung des Grundsatzes, dass eine Abwehrklausel in den ZVB vertragsrechtlich schon deshalb niemals als wirksam gestellt angesehen werden kann, weil die Vergabeunterlage mit den ZVB eine „*invitatio ad offerendum*“ ist. Daher ist auch vergaberechtlich eine Abwehrklausel in den ZVB beachtlich und führt zum formalen Ausschluss der Offerte.



Personalqualität wirkt sich nicht nur auf intellektuelle Leistungen aus

Die Einbeziehung der Qualität des Personals in die Wertungskriterien – umgangssprachlich als „Mehr an Eignung“ bezeichnet – wurde mit der neuen Richtlinien-generation erleichtert. Die VK Brandenburg (Beschl. v. 23. 2. 2018, VK 1/18, VS 2018, 39 [LS]) hatte im vergangenen Jahr einen erheblichen Einfluss auf die Leistungsqualität je nach Personalqualifikation für Handwerksarbeiten verneint. Anders aktuell die VK Rheinland, die einen solchen Zusammenhang bei Fahrkartenkontrolleuren sieht. (Beschl. v. 29. 7. 2019, VK 26/19)

Dem unterschiedlichen Ergebnis beider Beschlüsse liegt nicht nur ein unterschiedlicher Sachverhalt zu Grunde, sondern auch ein Unterschied im Verständnis der einschlägigen Artikel der Richtlinie – und vor allem der mit diesen korrespondierenden Erwägungsgründen. Die VK Brandenburg hatte mit einer Bauvergabe zu tun, die VK Rheinland mit einer Dienstleistungsvergabe im Sektorenbereich. Maßgeblich sind demnach die Art. 67 RL 2014/24/EU bzw. 82 RL 2014/25/EU sowie die korrespondierenden Erwägungsgründe 94 bzw. 99. Die Texte sind in beiden Richtlinien wortidentisch.

Die VK Brandenburg hatte sich bei der Zurückweisung eines **Mehr an Eignung bei Pflasterarbeiten** vor allem darauf gestützt, dass es dabei an einem intellektuellen Anspruch an die Leistungserbringung mangle. Sie verwies auf die EuGH-Entscheidung in der Sache „Ambisig“ (Urt. v. 26. 3. 2015, C-601/13), in welcher der Gerichtshof insbesondere dann eine Wertung der Personalqualifikation zuließ, wenn die Leistung einen **intellektuellen Charakter** aufweist, wie z.B. bei Beratungs- oder Bildungsleistungen. So sei auch der Erwägungsgrund 94 zu verstehen, der als Beispiel geistig-schöpferische Dienstleistungen anführt, die beim Pflastern eines Gartenweges gerade nicht gegeben sind.

Anders hingegen die VK Rheinland. Sie vergleicht den Richtlinientext mit der Urteilsbegründung in der Sache „Ambisig“ und gelangt zu dem Schluss, dass der europäische Richtliniengeber bewusst auf die **Beschränkung auf intellektuelle Leistungen** bei der Übernahme der EuGH-Entscheidung in den Richtlinientext **verzichtet** hat. § 52

II S. 2 Nr. 2 SektVO (und gleichlautend die Formulierungen in beiden Richtlinien) stellten gerade keine Anforderungen an die Art der Tätigkeit, außer, dass das Niveau ihrer Ausführung durch die Qualität des Personals erheblich beeinflusst ist. Der korrespondierende Erwägungsgrund findet bei der VK Rheinland keine Beachtung. Es ist wohl zu vermuten, dass sie sich allein deswegen mit ihm nicht auseinandergesetzt hat, weil er eben **nur beispielhaft aber nicht abschließend** auf geistig-schöpferische Leistungen Bezug nimmt.

Mit diesen Erwägungen gelangt die VK Rheinland zu dem Schluss, dass jedenfalls für die **Kontrolle von Fahrkarten im ÖPNV** für bestimmte Qualitätsmerkmale des Personals (Fremdsprachenkenntnisse, Ausbildungsniveau im Sicherheitsgewerbe) zusätzliche Wertungspunkte vergeben werden dürften.

Beide Entscheidungen kommen trotz grundsätzlich unterschiedlicher Auffassung insbesondere über die Bedeutung des jeweiligen Erwägungsgrundes dennoch zu sachgerechten Lösungen. Man darf für die Zukunft erwarten, dass in Nachprüfungsverfahren über das „Mehr an Eignung“ des Personals die streitenden Parteien die jeweils ihrer Position genehme Entscheidung zitieren werden. Einmal mehr zeigt sich, dass auch hier der alte juristische Grundsatz gilt: **„Es kommt darauf an“**.

Kurzbeitrag

Preisprüfung und Mindestlöhne bei ausgelaufenem Tarifvertrag

Die Kündigung des Rahmentarifvertrages für das Gebäudereinigerhandwerk durch die Arbeitgeberseite im Frühjahr 2019 ruft es ins Gedächtnis: Tarifverträge haben **keine Ewigkeitsgarantie**. Was aber folgt daraus für die Prüfung auf unauskömmliche Angebote – gerade in einer Branche, die sich durch harte Auseinandersetzung zwischen den Bietern auszeichnet? Hier wird schon einmal vor den Vergabekammern darüber gestritten, ob ein Auftraggeber in die Preisprüfung überhaupt eintreten durfte oder es gar musste. Am Beispiel der Gebäudereiniger seien hier die vergaberechtlichen Aspekte im Umgang mit einem tariflosen Zustand dargestellt.

Seit August 2019 war die Branche in einem (rahmen-)tariflosen Zustand. Die Gewerkschaften führen schweres Geschütz auf. Nicht nur nahezu tägliche Streiks quer durch die Republik gehörten dazu, sondern auch der – von der Arbeitgeberseite vehement bestrittene – Vorwurf, es gäbe Unternehmen, die diesen **Zustand auf rechtlich fragwürdige Weise ausnutzen** wollten.

Die Bundesfinanzdirektion West hatte – in ihrer Eigenschaft als Zollbehörde – bereits im Jahr 2012 per Rundschreiben ihre Einschätzung mitgeteilt, wonach für die Kontrolle der Einhaltung der Arbeitsbedingungen nach dem Arbeitnehmerentendengesetz ein **Kalkulationsaufschlag von rund 70%** auf den Mindestlohn in dieser Branche erforderlich sei. Dies ergebe sich aus den auf den Lohn aufzuschlagenden Sozialabgaben und sonstigen lohngebundenen Kosten

wie u.a. Urlaubsgeld, bezahlte Arbeitsfreistellung, Lohnfortzahlung im Krankheitsfall oder Lohnzuschläge für Feiertags- und/oder Nachtarbeit.

Bei dieser Kalkulation kommt nicht nur der Gehalts- sondern auch ein Rahmen- oder Manteltarifvertrag ins Spiel. Er regelt z.B. die Zuschlagshöhen, die bezahlte Freistellung aus familiären Anlässen, Krankengeldzuschüsse über die gesetzliche Lohnfortzahlung hinaus oder einen über dem gesetzlichen Minimum liegenden Jahresurlaubsanspruch. All diese Kosten gehen in die Kalkulation eines Stundenverrechnungssatzes ein. Durch eine Beendigung **eines Rahmentarifvertrages** fallen diese Kosten für den Auftraggeber (teilweise) weg. In der Auseinandersetzung in der Gebäudereinigung warf die zuständige Gewerkschaft einigen großen Unternehmen der Branche vor, sie wollten zielgerichtet versuchen, diese freiwilligen Leistungen deutlich zurückzuführen. Welche Auswirkungen hat das also auf die Angebotskalkulation und die Preisprüfung?

Zunächst einmal: Ein **gekündigter Tarifvertrag wird nicht völlig hinfällig**. Er gilt über den Ablauftermin hinaus für alle Beschäftigten weiter, die zum Zeitpunkt der Kündigung bereits tarifgebunden waren (§ 4 V TVG). Die auftragnehmerseitige Kosteneinsparung betrifft demnach nur diejenigen Mitarbeiter, die erst nach der Kündigung des Rahmentarifs eingestellt worden sind. Je länger der rahmentariflose Zustand andauert, desto höher wird die Quote der an den Rahmentarif nicht mehr gebundenen Mitarbeiter.

Daraus ergibt sich, dass ein Bieter nicht einfach sein Angebot anhand der tariflosen lohngebundenen Kosten kalkulieren darf – es sei denn, er wäre erst nach der Kündigung des Rahmentarifs gegründet worden. Ein Bestandsunternehmen kann aber auch nicht in der **Erwartung einer künftigen Absenkung** der Zusatzleistungen bereits Abschläge auf die Kosten vornehmen. Das hatte die Vergabekammer des Bundes mit Beschluss vom 3.5.2017 (VK 2-38/17) bereits für das Sicherheitsgewerbe während eines tariflosen Zustandes entschieden.

Beruft sich also ein Bieter darauf, dass er wegen des tariflosen Zustandes mit einem geringeren Aufschlag kalkulieren könne, ist zu allererst **aufzuklären**, wie groß überhaupt der Anteil an seinem Personal ist, für den der Rahmentarif nicht über den Ablauf hinaus fortgilt.

Zu fragen ist auch nach der Größenordnung der vom Rahmentarif beeinflussten lohngebundenen Kosten. Die grobe Abschätzung zeigt: Alleine die Verkürzung des Urlaubsanspruches von 29 auf 24 Tage senkt die lohngebundenen Kosten um rund 2,3% gegenüber den tarifgebundenen Mitarbeitern. Noch gravierender wirkt sich – je nach Auftragsbedingungen – der Wegfall von Zuschlagsregelungen aus. Ob diese Zuschläge kalkulationserheblich sind, ergibt sich aus dem Leistungsverzeichnis.

Neben der Auskömmlichkeitsprüfung kommt vielfach auch noch die Prüfung auf Einhaltung eines Tariftrueegegesetzes zum Tragen. Verlangt eine Tariftrueeerklärung, dass **alle tariflichen Mindestarbeitsbedingungen** einzuhalten sind, müssen Entgeltzuschläge und Urlaubsansprüche in der Kalkulation wiederzufinden sein. Hat der Auftraggeber nicht

nur die Tariftruee gefordert, sondern sie auch als **Kalkulationsbedingung** vorgegeben, muss er deren Einhaltung auch überprüfen. Die VK Sachsen-Anhalt (Beschl. v. 12.5.2015, 1 VK LSA 07/15) hat den Auftraggeber dazu ausdrücklich verpflichtet, auch die **Korrektheit dieser Lohnzuschläge** zu kontrollieren.

Darüber hinaus hat der Auftraggeber auch die Möglichkeit, dem Bieter ein **bestimmtes Tarifvertragswerk** als Kalkulationsgrundlage verbindlich vorzuschreiben, was häufig gerade in personalintensiven Branchen wie dem Reinigungsgewerbe genutzt wird. Das OLG Düsseldorf (Beschl. v. 14.11.2012, VII-Verg 42/12) hat solche Vorgabe ausdrücklich zugelassen:

„Kalkulationsvorgaben durch den öffentlichen Auftraggeber sind vergaberechtlich zugelassen. Sie beschränken zwar die Kalkulationsfreiheit der Bieter und ‚kanalisieren‘ in gewissem Umfang auch den Preiswettbewerb, beruhen jedoch auf der Bestimmungsfreiheit des Auftraggebers hinsichtlich der Regularien des Vergabeverfahrens.“

Verlangt die Kalkulationsvorgabe die Anwendung eines bestimmten Tarifvertrages für die am zu vergebenden Auftrag mitarbeitenden Personen, so lässt sich exakt überprüfen, ob die Personalkostenkalkulation diesen Tarif beachtet hat. Enthalten die Vergabeunterlagen zusätzlich einen Passus, wonach sich der Auftraggeber verpflichtet, seine Angestellten nach diesem Tarif zu entlohnen, die Kalkulation aber den Tarif unterschreitet, so ist das Angebot in sich widersprüchlich und damit auszuschließen. Hier fließt die **Tarifbindung in die Preisprüfung** als Grundlage der Zuschlagsentscheidung ein.

Bestehen **mehrere Tarifvertragswerke nebeneinander**, ist der Arbeitgeber frei, einen der Tarife auszuwählen, den er als Kalkulationsgrundlage vorgibt. Dieses Vorgehen ist gerade im Bereich der ÖPNV-Ausschreibungen üblich. Daraus ergibt sich aber auch, dass der Auftraggeber grundsätzlich auch Tarifwerke als Kalkulationsgrundlage vorschreiben kann, die **nicht allgemeinverbindlich** sind, es also seinem Bestimmungsrecht unterliegt, welchen Tarif er für die konkret an seinem Auftrag arbeitenden Personen voraussetzt. Das lässt sich auch auf die Situation des ausgelaufenen Tarifs übertragen: Selbst, wenn der Tarif zwischen den Tarifparteien nicht mehr gilt, so kann der Auftraggeber dennoch seine Anwendung für den konkreten Auftrag vorschreiben. Das dürfte auch das **Mittel der Wahl** sein, um in Zeiten einestariflosen Zustandes eine sichere Beurteilung der Angebotspreise zu ermöglichen.

Bemerkungen

Gebrochene Punkte

Die Bildung eines Wertungsergebnisses durch eine Wertungskommission stellt Auftraggeber und offenbar auch Vergabekammern immer wieder vor praktische Probleme: Wie soll man damit umgehen, wenn die Prüfer nicht zu einem einheitlichen Ergebnis kommen?

Dazu hat die Vergabekammer Brandenburg (Beschl. v. 3.6.2019, VK 4/19) nun bemerkenswerte Ausführungen gemacht. Sie ist nämlich der Ansicht, dass es unzulässig ist, einen Mittelwert aus den durch die Mitglieder einer Jury erteilten Punkte für die zu bewertenden Kriterien zu bilden. Dieser Mittelwert nämlich könnte ja **Bruchteile von Punkten** enthalten. Dies würde sich in Widerspruch zu ggf. bekannt gemachten Punkteskalen setzen, die **nur ganzzahlige Abstufungen** enthalten.

So heißt es in dem Beschluss wörtlich:

„In den Vergabeunterlagen (...) wurde den Biestern mitgeteilt, dass die Bewertung der unter A und B aufgelisteten Zuschlagskriterien auf einer Notenskala von 0 - 5 ‚vollen‘ Punkten erfolgt. Abweichend hiervon wurde bei den einzelnen Kriterien tatsächlich jedoch der Durchschnitt aus den drei addierten Einzelbewertungen der Bewerter (Auditoren) der Bewertungskommission gebildet, mit der Folge, dass es bei mehreren Kriterien nicht zu einer Bepunktung mit vollen Punkten (0 bis 5), sondern mit Zwischenwerten (bspw. 3,33; 3,66; 4,33 Punkten) gekommen ist. Dies stellt eine gewichtige und spürbare Abweichung von der ursprünglich angegebenen Bewertungsmethode dar, die potentiell zu Verschiebungen in der Gesamtbewertung der Angebote führen kann.“

In Anbetracht der Tatsache, dass nur drei Auditoren die Bewertung vorgenommen haben, sind nur Bruchteile von 0,33 und 0,67 Punkten möglich. Die naheliegende Lösung der kaufmännischen Rundung würde dazu führen, dass immer dann, wenn ein einzelner Prüfer eine um einen Punkt abweichende Bewertung abgibt, diese Differenzierung **durch Rundung wieder zunichte** gemacht würde. Das hat wohl auch die Vergabekammer erkannt. Sie meint daher, die Lösung liege darin, dass die drei **Bewerter** sich hätten jeweils auf eine ganzzahlige Bewertung **einigen** müssen.

Eine solche Anforderung an Bewertungskommissionen ist **praxisfremd**. Zum einen führt die Diskussion in der Bewertergruppe dazu, dass die Bewertungen nicht mehr unabhängig voneinander abgegeben werden. Wenn der Chef 5 Punkte vorgibt, wird sein Mitarbeiter dann für 3 Punkte plädieren? Die dabei auftretenden **gruppendynamischen Effekte** sind in der Praxis kaum beherrschbar und führen grundsätzlich nicht zu einer objektiven Bewertung. Hinzu kommt, dass oftmals auch Bewertungsgruppen gebildet werden, die gar nicht am gleichen Dienort tätig sind. Eine solche dezentrale Bewertung wäre dann – unter Wahrung des Geheimwettbewerbs – nahezu verunmöglicht.

Damit Vergabestellen für den Fall, dass sich die Meinung der VK Brandenburg verbreiten sollte, nicht in die Falle der möglicherweise unzulässigen gebrochenen Punktezahlen treten, ist angeraten, die Vergabeunterlagen entsprechend zu präzisieren und unter der Punktetabelle den folgenden oder einen ähnlichen **lapidaren Satz** einzufügen: *„Durch Mittelwertbildung der Einzelbewertungen einer Jury können sich gebrochene Punktzahlen als Zwischenwerte ergeben.“*

Nikolaus Poppitz, Mainz

Ablehnungsfiktion – Beschwerdefrist: Hat die Vergabekammer weder die Entscheidungsfrist (167 I GWB) über das Ende der Fünf-Wochen-Frist hinaus verlängert, noch eine Entscheidung gefällt, beginnt aufgrund der Ablehnungsfiktion mit dem Ende der Fünf-Wochen-Frist die zweiwöchige Frist zur Einlegung der sofortigen Beschwerde zu laufen. Eine sofortige Beschwerde, die erst später – nämlich aufgrund der verspäteten Entscheidung der Vergabekammer eingelegt wird – ist als unzulässig zu verwerfen. (OLG Karlsruhe, Beschl. v. 25.7.2019, 15 Verg 5/19)

AGB – Abwehrklausel: Legt das LV fest: *„Mit Abgabe dieses Angebotes verlieren Zahlungs- und Geschäftsbedingungen des Bieters ihre Gültigkeit“*, und drückt der Bieter dennoch auf jede Seite seines selbst erstellten Kurztext-LV den Hinweis auf die Geltung seiner eigenen Geschäftsbedingungen, besteht ein Dissens über die anzuwendenden Bedingungen der zum Ausschluss des Angebotes führt. (VK Thüringen, Beschl. v. 23.3.2018, 250-4002-1304/2018-N-003-HBN)

Ausführungsort – Benachteiligung: Die Entscheidung des Auftraggebers, seine Tätigkeit, für die er eine unterstützende Leistung ausschreibt, an einem bestimmten Ort (innerhalb der USA) auszuführen, ist dem Vergabeverfahren vorgelagert und im Rahmen der Nachprüfung nicht überprüfbar. Eine Beschränkung der nachgefragten Unterstützungsleistung auf einen geographisch umrissenen Nahbereich zum Tätigkeitsort des Auftraggebers ist sachgerecht und stellt keine unzulässige Benachteiligung von Biestern dar, die die Leistung (zwar in den USA aber) nicht innerhalb dieses Bereiches erbringen können. (VK Bund, Beschl. v. 22.8.2019, VK 1-51/19)

Ausschlussmöglichkeit – Rechtsschutzinteresse: Ein interessantes Unternehmen kann sich als Bieter an einem offenen Verfahren beteiligen trotz vorheriger Kündigung eines Auftrags durch den öffentlichen Auftraggeber. Dem öffentlichen Auftraggeber steht es bei der Angebotsprüfung offen, einen Bieter aus den Gründen des § 124 I Nr. 7 GWB auszuschließen. Nimmt er davon Abstand, steht diese (nicht genutzte) Ausschlussmöglichkeit dem Rechtsschutzinteresse des Bieters nicht entgegen. (VK Rheinland, Beschl. v. 15.5.2019, VK 8/19)

Baustellenabfall – Vergütung: Sieht das Leistungsverzeichnis keine Möglichkeit vor, dass der Auftragnehmer Material aus dem Eigentum des Auftraggebers (hier: ausgetauschte Wasserzähler), das im Zuge seiner Arbeiten zu Abfall wird, aufkauft, so stellt ein derartiges Aufkaufangebot nicht etwa einen unbedingten Nachlass auf den Angebotspreis dar, sondern eine unzulässige Änderung der Vergabeunterlagen, die zum Ausschluss führt. (VK Sachsen-Anhalt, Beschl. v. 3.12.2018, 3 VK LSA 67/18)

Bauvertrag – Auslegung: 1. Beruht der Vertragsabschluss auf einem Vergabeverfahren der VOB/A, ist die Ausschreibung mit dem Inhalt der Auslegung zugrunde zu legen, wie ihn der Empfängerkreis verstehen muss. Grundlage der Auslegung ist der objektive Empfängerhorizont dieser potentiellen Bieter. **2.** Neben dem Wortlaut der Ausschreibung sind die Umstände des Einzelfalls, u. a. die konkreten Verhältnisse des Bauwerks, zu berücksichtigen, zudem Verkehrssitte sowie Treu und Glauben. **3.** Ein Bauvertrag ist zudem als sinnvolles Ganzes auszulegen. Es ist davon auszugehen, dass der Anbieter eine Leistung widerspruchs-

frei anbieten will. (OLG Celle, Urt. v. 2. 10. 2019, 14 U 171/18 – 1., 2. u. 4. amtl. LS)

Bekanntmachung – Zweistufiger Link: Vergabeunterlagen müssen unentgeltlich, uneingeschränkt, vollständig und direkt abgerufen werden können. Das Merkmal „direkt“ ist nicht erfüllt, wenn in den verlinkten Unterlagen ein erneuter Verweis auf einen weiteren Link enthalten ist, der notwendig bedient werden muss, um die restlichen Unterlagen herunterzuladen. (OLG Düsseldorf, Beschl. v. 13. 5. 2019, Verg 47/18)

Bekanntmachungslink – Zugänglichkeit: Eine ordnungsgemäße Bekanntmachung der Eignungskriterien durch Verlinkung kommt nur dann in Betracht, wenn es sich um eine Verlinkung auf ein elektronisch ohne weiteres zugängliches Dokument, aus dem sich konkret die Eignungsanforderungen ergeben, handelt und ein weiterer Rechercheaufwand – um sich Kenntnis von den Eignungsanforderungen zu verschaffen – nicht entsteht. (VK Sachsen, Beschl. v. 5. 7. 2019, 1/SVK/011-19 – 3. amtl. LS)

Bindefristverlängerung – kein Ausschlusshemmnis: Wenn ein Ausschluss zwingend ist, kann gegenüber dem Antragsteller eine spätere Bindefristverlängerung nicht zu einer Selbstbindung der Vergabestelle führen. Der öffentliche Auftraggeber hat bei Vorliegen eines Ausschlussgrundes kein Recht zu einer wie auch immer gearteten großzügigen Handhabe, sondern ist gezwungen das betreffende Angebot aus der Wertung zu nehmen. Zwingende Ausschlussgründe müssen in jedem Stadium des Vergabeverfahrens berücksichtigt werden. (VK Nordbayern, Beschl. v. 15. 3. 2019, RMF-SG21-3194-4-8 – 2. amtl. LS)

Divergenzvorlage – Aufschiebende Wirkung: Der Bundesgerichtshof kann auf eine Vorlage nach § 124 II GWB a. F. hin jedenfalls dann nicht (erneut) über einen Antrag nach § 118 I S. 3 GWB a. F. entscheiden, wenn das Beschwerdegericht bereits eine diesbezügliche Entscheidung getroffen hat. (BGH, Beschl. v. 22. 7. 2019, X ZB 8/19 – amtl. LS)

Gleichwertigkeit – Material: Schreibt der Auftraggeber die Lieferung von Fertignasszellen in Leichtbetonweise aus und lässt er gleichwertige Lösungen zu mit Gleichwertigkeitskriterien, die sich nicht auf das Material beziehen, so kann ein Angebot nicht allein deswegen ausgeschlossen werden weil es Nasszellen aus Stahlblech beinhaltet. Es ist vielmehr eine Prüfung auf Gleichwertigkeit anhand der ausgeschriebenen Anforderungen erforderlich, die vom Auftraggeber nachvollziehbar zu dokumentieren ist. (VK Bund, Beschl. v. 19. 8. 2019, VK 1-55/19)

HOAI – Unanwendbarkeit: Für die Anwendung des Zuschlagskriteriums Preis folgt aus dem Urteil des EuGH vom 4. 7. 2019 (C-377/17), dass nach § 76 I S. 2 VgV die Maßgaben der HOAI für verbindliche Mindest- oder Höchstsätze durch den Auftraggeber nicht verbindlich vorgegeben werden dürfen. (VK Bund, Beschl. v. 30. 8. 2019, VK 2-60/19)

Kartellschaden – De-facto-Vergabe: Es kann auch dann ein Kartellschaden vermutet werden, wenn die Auftragsvergabe nicht nach vorgeschaltetem Ausschreibungsverfahren, sondern ohne vorgängige Ausschreibung erfolgt ist, falls sich die Kartellregeln unter dem Gesichtspunkt der Ausnutzung eines durch das Kartell erst eröffneten Preissetzungsspielraums im Sinne einer adäquat-kausalen Folge zum Nachteil des Kartellgeschädigten ausgewirkt haben. (OLG Düsseldorf, Urt. v. 29. 1. 2019, U (Kart) 17/17)

Leistungsanteil von Nachunternehmern – Nachforderbarkeit: Verlangt der Auftraggeber in der Bekanntmachung, dass mit dem Angebot eine Erklärung darüber einzureichen ist, ob bzw. welche Leistungen von Nachunternehmern erbracht werden sollen, und verweist er für den Fall jedweder Art fehlender Erklärung auf das Nachforderungsregime des § 16a EU VOB/A, so kann auch die Angabe über geplante Nachunternehmereinsätze nachgefordert werden. (VK Rheinland, Beschl. v. 28. 8. 2019, VK 25/19)

Maßnahmebeginn – HOAI-Leistungsphase: 1. Ein Verstoß gegen das Verbot des vorzeitigen Maßnahmenbeginns (hier: durch die vorbehaltlose Beauftragung eines Ingenieurs mit der Erbringung der Leistungsphasen 7 bis 9 ohne Zustimmung des Fördermittelgebers) ist fördermittelschädlich. 2. Die haushaltsrechtlichen Gründe der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit zwingen bei Vorliegen der tatbestandlichen Voraussetzungen im Regelfall zum Widerruf bzw. zur Rücknahme einer Zuwendung, sofern nicht außergewöhnliche Umstände des Einzelfalls eine andere Entscheidung möglich erscheinen lassen. (VG Minden, Urt. v. 17. 7. 2019, 11 K 2021/18 – LS nach IBR)

ÖPNV – Auftrag: 1. Liegen die Voraussetzungen des § 103 IV GWB vor, unterliegen Aufträge über Personennahverkehrsleistungen mit Bussen, Straßenbahnen und Stadtbahnen dem GWB-Vergaberechtsregime. 2. Werden solche Verträge ohne eine Bekanntmachung im Amtsblatt der EU geschlossen, können diese auf Antrag gemäß § 135 I Nr. 2 GWB für unwirksam erklärt werden. (VK Westfalen, Beschl. v. 2. 7. 2019, VK 1-17/19 – amtl. LS)

Pfortendienst – besondere Dienstleistung: Das Ein- und Ausschalten einer Alarmanlage durch einen Pfortner stellt allein noch keine „Überwachung“ der Anlage (CPV 79711000-1) dar und qualifiziert den Pfortendienst daher nicht zu einer besonderen Dienstleistung im Sinne des Anhangs XIV der Vergaberichtlinie. (VK Sachsen-Anhalt, Beschl. v. 10. 8. 2018, 2 VK LSA 21/17)

Präsentationswertung – Dokumentation: Für die Dokumentation der Wertung einer Präsentation ist es erforderlich, dass die Vergabekammer nachprüfen kann, warum der Auftraggeber zu einer bestimmten Wertung gekommen ist. Diese Dokumentation kann nicht mehr nachträglich erstellt werden, wenn aufgrund des langen Zeitablaufes nicht mehr sichergestellt werden kann, dass die nachträglichen Ausführungen des Auftraggebers auch seinen damaligen Eindrücken und Feststellungen entsprechen. (VK Bund, Beschl. v. 12. 4. 2019, VK 1-11/19)

Preisauflärung – Formblatt: Das Formblatt 223 (Aufgliederung der Einheitspreise) ist zur Aufklärung eines ungewöhnlich niedrigen Angebotes nicht geeignet. (VK Sachsen-Anhalt, Beschl. v. 13. 3. 2019, 3 VK LSA 07/19)

Qualitätssicherung – Datenschutz: Ein Zertifikat zum Informationssicherheitsmanagement nach DIN EN ISO 27001 ist ein zulässiger Nachweis der Qualitätssicherung im Sinne von § 49 VgV für Bieter, die besonders sensible Daten des Auftraggebers verarbeiten sollen. (VK Bund, Beschl. v. 19. 7. 2019, VK 1-39/19)

Rahmenvertrag – Überschreitung: 1. Die Überschreitung der Abrufe aus Rahmenverträgen über den bekannt gemachten Umfang hinaus ist nur bis zur Wesentlichkeitsschwelle des § 132 GWB ohne ein erneutes Vergabeverfahren zulässig. 2. Ist eine Rahmenvereinbarung zeitlich und nach ihrem Umfang be-

grenzt, so ist es kein zulässiges Rechtsschutzziel des Nachprüfungsverfahrens, eine Neuausschreibung des Rahmenvertrages vor dessen zeitlichen Ablauf zu verhindern, wenn die Umfangsgrenze bereits erreicht ist. Ein Nachprüfungsantrag ist immer unzulässig, wenn er darauf abzielt, ein Vergabeverfahren zu unterbinden. (VK Bund, Beschl. v. 29. 7. 2019, VK 2-48/19)

Rügepflicht – Ausnahme: Verweist die Vergabestelle einen Bieter, der ihr gegenüber nur allgemein die Nichtberücksichtigung seines Angebots beanstandet, an die Vergabekammer, steht das Fehlen einer konkreten Rüge der Zulässigkeit des Nachprüfungsantrags nicht entgegen. (VK Rheinland, Beschl. v. 30. 4. 2019, VK 10/19 – 2. amtl. LS)

Textform – Scan: Ein eingescanntes Angebotsschreiben und der im Angebotsschreiben fehlende Name der natürlichen Person, die die Erklärung abgibt, entsprechen nicht der von der Antragsgegnerin in den Vergabeunterlagen definierten Textform. (VK Sachsen-Anhalt, Beschl. v. 28. 1. 2019, 3 VK LSA 74/18 – amtl. LS, gekürzt)

Unklarheit im Leistungsverzeichnis – Preisabstand: Die Leistungsbeschreibung darf im Interesse vergleichbarer Ergebnisse keinen Bieter im Unklaren lassen, welche Leistung er in welcher Form und zu welchen Bedingungen anbieten soll. Allein die Tatsache, dass die Angebotspreise für die einzelnen Lose exorbitant voneinander abweichen ist ein Indiz dafür, dass die Bieter die Leistungsbeschreibung nicht im gleichen Sinne verstanden haben können und die Leistung somit nicht für alle Bieter gleichermaßen kalkulierbar war. (VK Sachsen-Anhalt, Beschl. v. 3. 6. 2019, 3 VK LSA 13-15/19 – amtl. LS, gekürzt)

Unterkostenangebot – vergessene Kosten: Ein Unterkostenangebot ist auch dann nicht grundsätzlich unzulässig, wenn es durch irrtümliche Auslassung eines Kostenfaktors (hier: Kosten für Urlaubsvertretungen) durch den Bieter begründet ist. Es ist auch in einem solchen Falle durch den Auftraggeber abzuwägen, ob der Bieter den Auftrag trotz mangelnder Kostendeckung wird ordnungsgemäß ausführen können. Ohne diese Abwägung darf auf ein Unterkostenangebot kein Zuschlag erteilt werden. (VK Bund, Beschl. v. 12. 7. 2019, VK 1-35/19)

Veralteter Nachweis – Nachforderung: Legt ein Unternehmen auf eine Nachforderung nach § 56 II VgV eine veraltete und deshalb inhaltlich unzureichende Unterlage (Konformitätsnachweis) vor, ist das Angebot des Unternehmens auch dann nach § 57 I Nr. 2 VgV auszuschließen, wenn sich im Nachprüfungsverfahren herausstellt, dass das Unternehmen im Zeitpunkt der Angebotsabgabe über einen aktuellen und ausreichenden Konformitätsnachweis verfügt hätte, diesen aber nicht vorgelegt hat. (VK Südbayern, Beschl. v. 11. 3. 2019, Z3-3-3194-1-11-03/19 – 1. amtl. LS)

Versicherungsbescheinigung – Nachbesserung: Eine irrtümlich eingereichte veraltete Versicherungsbescheinigung, die eine zu niedrige Deckungssumme aufweist, kann nicht durch die aktuelle ersetzt werden, die dann auch eine ausreichende Deckungssumme aufweist. Dies würde eine unzulässige Nachbesserung des Angebotes darstellen. (OLG Karlsruhe, Beschl. v. 14. 8. 2019, 15 Verg 10/19)

Vorabinformation – Beweislast: Hat der Auftraggeber die Vorabinformation nach § 134 GWB schriftlich erteilt und will er sich aber im Nachprüfungsverfahren auf die Verfristung des An-

trages bereits nach 10 Kalendertagen berufen, so trägt er die Darlegungs- und Beweislast für die behauptete zusätzliche Versendung der Information auf elektronischem Weg oder per Fax. (OLG Düsseldorf, Beschl. v. 12. 6. 2019, Verg 54/18)

Wegenutzungsvertrag – GWB-Analogie: Die zum Kartellvergaberecht entwickelten Grundsätze zur Zulässigkeit der Zurückversetzung des Vergabeverfahrens zur Korrektur eines erheblichen Verfahrensfehlers durch den Auftraggeber sind entsprechend auf das Auswahlverfahren zum Abschluss eines Wegenutzungsvertrags nach §§ 46 f. EnWG zu übertragen. (OLG Celle, Urt. v. 12. 9. 2019, 13 U 41/19 (Kart) – 1. amtl. LS)

Literatur

Neue Aufsätze

HOAI: Anwendbarkeit des Mindestpreisgebotes nach dem EuGH-Urteil, NJW Spezial 2019, 653

Dabringhausen, Der billige Planer – Umgang mit Dumping-Angeboten bei Architekten und Ingenieuren, VergabeNavi 5/2019, 11

Ganske/Rafii, Neuer Ausschlussstatbestand vom Vergabeverfahren für sog. Spekulationsangebote, ZfBR 2019, 651

Kottmann, Unionsrechtskonformität von Honorarforderungen der freien Berufe, NJW 2019, 3025

Noch, Alle Makel getilgt – Die Anforderungen an die Selbstreinigung sind hoch, VergabeNavi 5/2019, 33

Opitz, Wenn es schlau ist, sich dumm zu stellen – Die Rügeobliegenheit im Vergaberecht, NZBau 2019, 617

Porz, HOAI-Mindestsätze sind EU-rechtswidrig, VergabeNavi 5/2019, 5

Rosenkötter/Seeger, Das neue Geschäftsgeheimnisgesetz – Auswirkungen auf das Akteneinsichtsrecht im Vergabeverfahren, NZBau 2019, 619

Neues Buch

VOB 2019. Gesamtausgabe Teil A, B und C, Beuth Verlag, Berlin 2019, 1146 S., geb., ISBN 978-3-410-61299-5, 54,00 EUR