

# Newsletter zum aktuellen Vergaberecht

Ausgabe Juni/Juli 2017

## Inhaltsverzeichnis

1. Allgemeines	2
2. Grundsatzentscheidung des BGH - Angebotswertung nach Schulnoten ist zulässig!	2
3. Zur Addition von Planungsleistungen - OLG München folgt EU-Kommission	4
4. Auch laufende Aufträge sind gültige Referenzen - OLG Düsseldorf	5
5. Bieterfragen sind grundsätzlich bis zum Schluss der Angebotsfrist zu beantworten - Entscheidung der VK Bund	6
6. Seminare und Veranstaltungen	8

## **1. Allgemeines**

Mehr als ein Jahr ist nun seit der großen Vergaberechtsnovelle im April 2016 vergangen. Nach und nach sind seitdem Beschlüsse von Vergabekammern und Gerichten zur neuen Rechtslage ergangen. Wir nehmen dies zum Anlass, Ihnen die ersten neuen Entscheidungen in diesem Newsletter kurz vorzustellen.

Weitere Entscheidungen zu schwierigen Fragestellungen sind zu erwarten, die wir in den nächsten Newslettern vorstellen wollen.

Mit den heißen Tagen beginnt nun auch bald die Urlaubszeit in Sachsen. Die ABSt wünscht Ihnen daher einen erholsamen Sommerurlaub!

## **2. Grundsatzentscheidung des BGH: Angebotswertung nach Schulnoten ist zulässig!**

Viele Öffentliche Auftraggeber verwenden für die Bewertung von Konzepten und Präsentationen das Schulnotensystem. Man bewertet die Leistung beginnend bei Note 1 für sehr gut bis hin zur Note 5 für ungenügend. Den Vergabeunterlagen beigelegt ist im Wertungsschema eine Übersicht was z.B. unter "Note 1 sehr gut" zu verstehen ist: „Die Leistung entspricht den Anforderungen in besonderem Maße“. Viele Gerichte waren bisher der Ansicht, dass dies gegen das Transparenzgebot verstoßen würde, da den Bietern nicht hinreichend klar sei, was diese leisten müssen, um eine Note 1 zu bekommen. Man müsse dies mit noch mehr Unterkriterien (mit jeweiligen zu erreichenden Punktzahlen) untersetzen, damit für den Bieter klar sei, welche Leistung konkret zu welchen Noten führen wird. Damit ist der Erwartungshorizont gemeint. Dem Bieter muss zumindest im Groben dargelegt werden, worauf es letztlich bei der Bewertung als Schwerpunkt ankommt.

---

Dem OLG Dresden wurde diese Problematik zur Entscheidung vorgelegt. Das OLG Dresden ist zusammenfassend gesagt der Auffassung, dass eine Angebotswertung am Maßstab von Schulnoten hinreichend transparent ist.

Es sei demnach „weder notwendig noch praktikabel, jedem einzelnen Wertungsaspekt im Vorhinein einen konkreten Punktwert zuzuordnen oder sprachliche Umschreibungen zu finden, die eine solche Zuordnung dann nur noch als eine bloße Rechenoperation erscheinen lassen würden“.

Wenn Bieter von vornherein genau wüssten, was sie tun müssen um eine Note 1 zu bekommen, würde dies letztlich dazu führen, dass wahrscheinlich alle Bieter mit der Note 1 bewertet werden müssten. Die notwendige Differenzierung der Leistungen wäre nicht mehr möglich und nur noch das wirtschaftlichste Preisangebot wäre zu bezuschlagen.

Das OLG Dresden schließt sich damit der Auffassung des EuGH an, steht mit dieser Auffassung aber im Gegensatz zu der bisherigen Spruchpraxis des OLG Düsseldorf und legte die Sache dem BGH zur endgültigen Entscheidung vor.

Die aus der Sicht der ABSt begrüßenswerte Entscheidung des OLG Dresden findet sich unter diesem [Link](#) unter dem Suchbegriff „Schulnotensystem“.

Mit seinem Beschluss vom [04.04.2017 \(X ZB 3/17\)](#) hat der BGH nunmehr den jahrelangen Streit um die Zulässigkeit der Schulnotenbewertung beendet. Damit wird auch die Beratungspraxis der ABSt bestätigt, die die Schulnotenbewertung schon in vielen Vergabeverfahren erfolgreich eingesetzt hat.

**ABER** – der BGH hat ausdrücklich auf die umfassende Dokumentationspflicht der Bewertung hingewiesen. Der Auftraggeber hat sich hier vollumfänglich und

---

nachvollziehbar mit den Inhalten der Angebote und der daraus resultierenden Benotung auseinandersetzen, darf keine sachfremden Erwägungen einfließen lassen und die Vor- und Nachteile – auch unter Berücksichtigung der Konkurrenzangebote – sorgfältig abwägen.

Weitere offene Fragen im Zusammenhang mit dieser wichtigen Entscheidung werden hoffentlich in naher Zukunft beantwortet werden. Nur mit klaren Regeln lässt sich ein rechtssicheres Vergabeverfahren garantieren.

### **3. Zur Addition von Planungsleistungen – OLG München folgt EU-Kommission**

Bei der Schätzung des Auftragswertes von Planungsleistungen stehen öffentliche Auftraggeber vor großen Schwierigkeiten. Wenn der Auftrag unterschiedliche Leistungen der Objekt- und Fachplanung umfasst, stellt sich die Frage, ob diese Leistungen bei der Auftragswertschätzung zusammengerechnet werden müssen. Gemäß § 3 Abs. 7 S. 2 VgV muss eine Gesamtbetrachtung erfolgen, wenn es sich um gleichartige Planungsleistungen handelt. Sofern Leistungen der Objekt- und der unterschiedlichen Fachplanung nicht als gleichartig angesehen werden, könnten die Werte der Einzelleistungen getrennt betrachtet werden und bei Unterschreiten des EU-Schwellenwertes eine formfreie Ausschreibung nach nationalem Recht gerechtfertigt sein. Die EU-Kommission hält diese Regelung des deutschen Rechts allerdings für europarechtswidrig. Die Kommission spricht von einer notwendigen „wirtschaftlich funktionalen Gesamtbetrachtung“. Wenn man durch diese Gesamtbetrachtung zu dem Schluss kommt, die Planungsleistungen gehören zusammen, dann sind die Auftragswerte zu addieren.

Die ABSt empfiehlt - wie bereits auch im letzten Newsletter - der Vorgehensweise der EU-Kommission zu folgen.

---

Mit dem OLG München hat nun auch ein deutsches OLG in einer aktuellen Entscheidung Bedenken an der Übereinstimmung der gleichlautenden Regelung des § 2 Abs. 7 S. 2 SektVO mit den Vorgaben der EU-Vergaberichtlinien geäußert ([OLG München, Beschluss vom 13.03.2017, Verg 15/16](#)).

Die ABSt empfiehlt daher weiterhin, insbesondere bei der Inanspruchnahme von Fördermitteln zur Schätzung des Auftragswertes, alle Planungsleistungen zusammenzurechnen.

#### **4. Auch laufende Aufträge sind gültige Referenzen – OLG Düsseldorf**

Die Bundesagentur für Arbeit hatte fortlaufende Dienstleistungen (Dauerschuldverhältnisse) ausgeschrieben und nur Referenzen zugelassen, die seit mindestens einem Jahr abgeschlossen waren. Hierin lag nach Auffassung des Gerichts eine unzulässige Ungleichbehandlung zahlreicher Bieter, die nur Referenzen aus laufenden Aufträgen vorweisen konnten.

Es kann nach Ansicht des Gerichts bei reinen Dauerschuldverhältnisse eben nicht darauf ankommen, dass diese abgeschlossen sind.

Zwischen Dienst- und Bauleistungsaufträgen gibt es einen wichtigen Unterschied - der öffentliche Auftraggeber kann einen Dienstleistungsauftrag bereits lange vor dessen vollständigen Abschluss des Auftrags bewerten. Denn Dienstleistungen werden laufend erbracht und genau genommen täglich abgeschlossen. Bestes Beispiel hierfür sind Bewachungs- und Reinigungsdienstleistungen. Ob ein Bieter ein Bauwerk in der Vergangenheit erfolgreich errichtet hat, lässt sich dagegen erst beurteilen, wenn das Bauwerk fertiggestellt ist und ggf. eine Zeit bewirtschaftet wurde.

---

Auch die ABSt hält die Unterscheidung für nachvollziehbar und empfiehlt daher, solche Referenzen zuzulassen. Man sollte dahingehend eine Einschränkung vornehmen, dass es sich um Referenzen handelt, die über einen repräsentativen Zeitraum, z.B. 1 Jahr, ausgeführt werden. So stellt man auf eine gewisse Kontinuität ab.

Eine Vorstellung der Entscheidung finden Sie [hier](#).

#### **5. Bieterfragen sind grundsätzlich bis zum Schluss der Angebotsfrist zu beantworten – Entscheidung der Vergabekammer des Bundes**

Zu jedem Zeitpunkt eines Vergabeverfahrens, auch kurz vor Ende der Angebotsfrist, sind Öffentliche Auftraggeber verpflichtet, Bieterfragen zu beantworten. Dies gilt auch, wenn diese nach Ablauf der Fragefrist gestellt werden, die der Auftraggeber in den Vergabeunterlagen angibt.

Die Vergabekammer des Bundes hatte sich mit dieser Frage befasst und sich wie folgt positioniert:

#### Wesentliche Aussagen ( zusammengefasst):<sup>1</sup>

1. Unabhängig von der Verlängerung der Angebotsfrist müssen öffentliche Auftraggeber Antworten, die nicht nur in einer Wiederholung der Vergabeunterlagen bestehen, jeweils sämtlichen Bietern zur Verfügung stellen, auch wenn diese aus ihrer Sicht irrelevant sind.

---

<sup>1</sup> Dr. Peter Neusüß, Vergabeblog.de vom 18/05/2017, Nr. 31487

---

2. Es ist nicht Sache des öffentlichen Auftraggebers, sondern Angelegenheit der Bieter, über die Relevanz von gegebenen Zusatzinformationen oder Klarstellungen zu entscheiden.
3. Auftraggeber können allenfalls Bieteranfragen wegen fehlender Relevanz in der Sache gänzlich unbeantwortet lassen.

Den Beschluss (VK Bund, Beschl. v. 28.01.2017 – VK 2 – 129/16) finden Sie [hier](#).

Aus der Sicht der ABSt ist dies eine Entscheidung von besonderer praktischer Bedeutung. Bieterfragen sind folglich grundsätzlich bis zum Ende der Angebotsfrist zuzulassen und zu beantworten. Die Angebotsfrist ist angemessen zu verlängern, wenn der öffentliche Auftraggeber wesentliche Änderungen an den Vergabeunterlagen vornimmt (§ 20 VgV).

## 6. Seminare und Veranstaltungen



### VergabeFIT | Vergaberecht vertieft – aktuell – praxisgerecht – 21. - 23. Juni 2017 in Dresden –

Nach der Überarbeitung des Oberschwellenvergaberechts und der VOB/A in 2016, wurde Anfang 2017 für die Vergabe von Liefer- und Dienstleistungsaufträgen die UVgO veröffentlicht. Die Praxis muss sich damit auf ein vollständig erneuertes Vergaberecht einstellen. Wie sieht das neue Recht aus? Welche Probleme gibt es in der Praxis bzw. welche Problemlösungen? Was ist bei der Vorbereitung und Durchführung von Vergabeverfahren nun zu beachten?

Das Programm und das Anmeldeformular finden Sie [hier](#).

### **ABSt Sachsen Seminare und Veranstaltungen:**

#### **Ermittlung von wirtschaftlichen Angeboten – Auswahl-/Zuschlagskriterien, Wertungsmatrix**

22.08.2017, 09:00 - 16:00

Ort: IHK-Bildungszentrum Dresden

Informationsveranstaltung, Teilnahmeentgelt: 125 Euro zzgl. MwSt.

#### **Das Vergaberecht für Lieferungen und Dienstleistungen**

29.08.2017, 09:00 - 16:00

Ort: IHK-Bildungszentrum Dresden

*Praxisseminar*

Teilnahmeentgelt: 100 Euro zzgl. MwSt.

**Vorgaben der HOAI für die Beschaffung von Architekten- und  
Ingenieurleistungen**

06.09.2017, 09:00 - 16:00

Ort: IHK-Bildungszentrum Dresden

*Praxisseminar*

Teilnahmeentgelt: 100 Euro zzgl. MwSt.

**Das Vergaberecht für Bauleistungen**

21.09.2017, 09:00 - 16:00

Ort: IHK-Bildungszentrum Dresden

*Praxisseminar*

Teilnahmeentgelt: 100 Euro zzgl. MwSt.

**Qualitätssicherung in der Gebäudereinigung – Anforderungen an die  
Ausschreibung –**

16.11.2017, 09:00 - 16:30

Ort: IHK-Bildungszentrum Dresden

*Informationsveranstaltung*

Teilnahmeentgelt: 125 Euro zzgl. MwSt.

**Aktuelles Vergaberecht sowie Entwicklung und Tendenzen 2017/2018 in der  
Vergaberechtsprechung**

07.12.2017, 09:00 - 16:30

Ort: IHK-Bildungszentrum Dresden

*Informationsveranstaltung*

Teilnahmeentgelt: 125 Euro zzgl. MwSt.

---