

Newsletter zum aktuellen Vergaberecht

Ausgabe Oktober/ November 2017

Inhaltsverzeichnis

1. Allgemeines	2
2. Kein Ausschluss wegen Einreichung einer Urkalkulation mit einem Sperrvermerk (OLG Oldenburg, Urt. v. 25.04.2017 – 6 U 170/16)	3
3. Mindestanforderung im Verhandlungsverfahren nach § 17 VgV verhandelbar? (OLG München, Beschl. v. 21.04.2017 – Verg 1/17)	5
4. Wann müssen in zweistufigen Vergabeverfahren die Vergabeunterlagen für beide Stufen zur Verfügung gestellt werden? (OLG München, Beschl. v. 13.03.2017 Verg 15/16)	6
5. Seminare und Veranstaltungen	9

1. Allgemeines

In den letzten Wochen haben sich im Vergaberecht kaum wesentliche Änderungen ergeben. Im Folgenden wird ein kurzer Überblick zu aktuellen Entwicklungen gegeben:

a.) Unterschwellenvergabeordnung

Die Unterschwellenvergabeordnung (UVgO) ist nun für den Bund und seine Behörden zwingend anzuwenden.

Durch die am 18.08.2017 in Kraft getretenen Änderungen des Haushaltsgrundsätze-gesetzes und der Bundeshaushaltsordnung wurde der Weg für die Einführung der UVgO freigemacht.

Somit wurde die Anwendbarkeit der UVgO ab dem 02.09.2017 durch ein Rundschreiben des Bundesfinanzministeriums hergestellt. Ab diesem Datum ist damit die UVgO für alle begonnenen Vergabeverfahren des Bundes über Liefer- und Dienstleistungsverträge im Unterschwellenbereich verbindlich.

Da in Sachsen unverändert das Sächsische Vergabegesetz gilt, in dem im § 1 der Verweis (noch) auf die VOL/A verankert ist, kommt im Freistaat weiterhin die VOL/A und damit die bisherige Rechtslage zur Anwendung. Wann das Sächsische Vergabegesetz novelliert wird, steht weiterhin nicht fest.

b.) Änderungen Vergabeverordnungen

Ende Juli 2017 ist das eIDAS-Durchführungsgesetz in Kraft getreten. Damit wurde in Deutschland die Signaturrechtlinie aufgehoben. Das Signaturgesetz (SigG) und die dazugehörige Signaturverordnung (SigV) werden vom eIDAS-Durchführungsgesetz abgelöst. Mit dem Gesetz werden auch mehrere Fachgesetze und Verordnungen angepasst, u.a. die Vergabeverordnung (VgV), die Konzessionsvergabeverordnung

(KonzVgV), die Sektorenverordnung (SektVO) und die Vergabeverordnung Verteidigung und Sicherheit (VSVgV). Mehr dazu [hier](#).

c.) EU Kommission veröffentlicht das „Vergabe-Paket 2017“

Die EU-Kommission hat sich zum Ziel gesetzt, dass Vergaberecht stetig zu verbessern und die geänderten Rahmenbedingungen anzupassen. Daher veröffentlicht die Kommission in unregelmäßigen Abständen Vorschläge für weitere Maßnahmen. Sie dienen bei künftigen Gesetzesinitiativen der EU oder der Mitgliedstaaten als Orientierung. Mehr dazu [hier](#).

So wird u.a. Folgendes vorgeschlagen:

- die Professionalisierung öffentlicher Käufer, z.B. durch Entwicklung eines europäischen Kompetenzrahmens;
- die Verbesserung des Zugangs zu Märkten für öffentliche Aufträge, z.B. in Drittländern sowie die Förderung von KMU;
- eine verstärkte Digitalisierung der öffentlichen Auftragsvergabe sowie
- eine Förderung gemeinsamer Beschaffungen sowohl grenzüberschreitend als auch national.

Im Folgenden werden einige für den Vergabealltag interessante Gerichtsentscheidungen vorgestellt:

2. Kein Ausschluss wegen Einreichung einer Urkalkulation mit einem Sperrvermerk (OLG Oldenburg, Urt. v. 25.04.2017 – 6 U 170/16)

Das OLG Oldenburg hatte zu entscheiden, ob ein Bieter ausgeschlossen werden kann, der ein Angebot abgab, bei dem in einem verschlossenen Umschlag die Urkalkulation mit Sperrvermerk auf dem Umschlag beigefügt war, wonach das Öffnen

des Umschlags nur im Beisein des Bieters und potentiellen Auftragnehmers gestattet war.

Nach bisher vertretener Auffassung wurde ein Sperrvermerk als Änderung der Vergabeunterlagen betrachtet. Ein solches Angebot war daher nach § 16 Abs. 1 Nr. 2 VOB/A in Verbindung mit § 13 Abs. 1 Nr. 5 VOB/A zwingend auszuschließen.

Das OLG stellte jedoch fest, dass *„das Anbringen des Sperrvermerks keine „Änderung an den Vergabeunterlagen“ darstellt, sondern als formaler Mangel des eingereichten Angebots einzustufen ist, der der Nachforderung nach § 16 Abs. 1 Nr. 3 VOB/A unterliegt.“*

Der AG war daher gemäß § 16 Abs. 1 Nr. 3 Satz 1 VOB/A verpflichtet, von A in Form einer Nachforderung zu verlangen, die Urkalkulation ohne Sperrvermerk einzureichen bzw. den Sperrvermerk aufzuheben. Denn mit dem Aspekt der Gleichbehandlung ist es nicht vereinbar, wenn ein Bieter, der gar keine Urkalkulation vorgelegt hat, vom AG aufgefordert wird, diese nachzureichen, weil die Unterlage fehlt, während die Einreichung der Urkalkulation mit einem Sperrvermerk zu einem zwingenden Ausschluss des Angebotes führen soll.

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

Praxistipp:

Zwar ist der Fall nach alter Rechtslage entschieden worden, jedoch ist der bisherige § 16 Abs. 1 Nr. 3 VOB/A 2012 identisch mit § 16 a VOB/A 2016.

Für den Auftraggeber wird es nach Auffassung der ABSt auch nach der neuen Rechtslage nicht einfacher zu entscheiden sein, ob etwas der Nachforderung unterliegt oder nicht. Im Bereich der VOB besteht sogar im Anwendungsfall die Verpflichtung zur Nachforderung.

Die ABSt empfiehlt jedoch, die Entscheidung kritisch zu betrachten. In der VOB ist nur das Nachfordern fehlender und nicht fehlerhafter Erklärungen und Nachweise wie in der VgV möglich. Man kann durchaus die Auffassung vertreten, dass in diesem Fall etwas vorliegt und eben nicht fehlt und somit auch nicht nachgefordert werden kann. Es wird sich zeigen, ob andere OLG sich der Entscheidung des OLG Oldenburg anschließen oder nicht.

3. Mindestanforderung im Verhandlungsverfahren nach § 17 VgV verhandelbar? (OLG München, Beschl. v. 21.04.2017 – Verg 1/17)

Der Auftraggeber hat Analyse-Automaten für den klinischen Bereich in einem Verhandlungsverfahren ausgeschrieben. Das Leistungsverzeichnis enthielt zahlreiche Ausschlusskriterien, u.a. den Passus:

Es müssen

„identische integrierte Systemplattformen für die Routineanalytik (identische Software, identische Reagenzien) ...“

vorliegen.

Aufgrund mehrerer Bieterfragen wie dies auszulegen sei, weichte der Auftraggeber im Laufe des Verfahrens das Kriterium auf. Daraufhin sollte ein Bieter den Zuschlag erhalten, dessen Angebot nur nach Aufweichung des Kriteriums den Anforderungen entsprach. Hiergegen wandte sich ein Bieter unter Verweis auf § 17 Abs. 10 VgV. Der Auftraggeber habe gegen § 17 Abs. 10 VgV verstoßen, indem er über die von ihm selbst festgelegten Mindestanforderungen verhandelt habe. Der Gleichbehandlungsgrundsatz verbiete es, zu Gunsten eines Bieters auf bestimmte Mindestbedingungen zu verzichten, insbesondere wenn mindestens ein Bieter sie erfülle.

In seiner Entscheidung bewertet das OLG alle sog. Ausschlusskriterien als Mindestanforderungen i.S.v. § 17 Abs. 10 VgV. Unter Mindestanforderungen versteht das OLG München alle Anforderungen in der Leistungsbeschreibung, die bei Nichteinhaltung zum Angebotsausschluss führen (Ausschlusskriterien, Mindestkriterien). Der Auftraggeber müsste daher am Ende des Verfahrens auch die Angebote als zuschlagsfähig akzeptieren, die lediglich diejenigen Mindestanforderungen einhalten, die er zu Verfahrensbeginn festgelegt hat und nicht auch etwaigen Änderungen im Laufe des Verfahrens entsprechen. Die Entscheidung finden Sie [hier](#).

Praxistipp:

Die Entscheidung hat erhebliche Auswirkungen auf die Durchführung von Verhandlungsverfahren. Der Auftraggeber muss mit höchster Sorgfalt prüfen, ob und welche Mindestkriterien er zu Beginn des Verfahrens fordert. Nach Auffassung des OLG ist er daran gebunden und darf später davon nicht mehr zu Lasten einzelner Bieter abweichen!

4. Wann müssen in zweistufigen Vergabeverfahren die Vergabeunterlagen für beide Stufen zur Verfügung gestellt werden? OLG München – alles und zwar von Anfang an mit Auftragsbekanntmachung (OLG München, Beschl. v. 13.03.2017 – Verg 15/16)

In Anwendung des neuen § 41 Absatz 1 VgV kam schon immer bei zweistufigen Verfahren das Problem, ob z.B. mit Beginn des Teilnahmewettbewerbes nur die Unterlagen für dessen Durchführung veröffentlicht werden mussten oder auch schon für die 2. Stufe - die Angebotsaufforderung.

In seiner Entscheidung stellte das OLG München fest, dass die Vergabeunterlagen für die Angebotsphase bereits mit der Auftragsbekanntmachung den interessierten Unternehmen zur Verfügung zu stellen sind. Danach sei gemäß § 41 Absatz 1 VgV eine elektronische Adresse anzugeben, unter der die Vergabeunterlagen uneingeschränkt und vollständig abgerufen werden können. Daraus folge, dass insbesondere im Verhandlungsverfahren mit Teilnahmewettbewerb bereits mit der Auftragsbekanntmachung die Vergabeunterlagen allen interessierten Unternehmen zur Verfügung zu stellen sind. Den Beschluss finden Sie [hier](#).

Praxistipp:

Nach Auffassung der ABSt entspricht die Entscheidung auch den Erwägungsgründen des Richtliniengebers. Interessierten Bietern soll es möglich sein, schon zu Beginn des Verfahrens, anhand der vollständigen Unterlagen, zu entscheiden, ob sie teilnehmen wollen oder nicht.

Problematisch ist jedoch die Frage was gilt, wenn der Auftraggeber bestimmte Informationen nicht an alle potentiellen Bieter herausgeben will oder noch nicht kann, sondern nur an die, die den Teilnahmewettbewerb erfolgreich absolviert haben.

Das OLG führt aus „*dass eine vollständige Bereitstellung der Vergabeunterlagen nur dann erforderlich sei, soweit diese Unterlagen bei der Auftragsbekanntmachung in einer finalisierten Form vorliegen können...*“

Das ist kritisch zu bewerten, da dies die sog. Ausschreibungsreife hinterfragt und dem Wortlaut von § 41 Absatz 1 VgV nicht entspricht. Nur wenn alle Information zzgl. Budget vorliegen, darf ausgeschrieben werden.

Interessanter sind Fälle von sicherheitsrelevanten Informationen in den Vergabeunterlagen. Sind diese von Beginn an alle herauszugeben oder kann man

diese erst nach Abschluss des Teilnahmewettbewerbs an geeignete (und damit vertrauenswürdige) Bieter herausgeben?

Das könnten z.B. bei Banken die Pläne der Schließ- und Tresoranlagen sein, wenn diese neu beschafft werden sollen. Denkbar sind auch bei Bewachungsausschreibungen Bestreifungspläne und weitere sicherheitsrelevante Informationen.

Die ABSt empfiehlt eine praxisnahe Auslegung von § 41 Absatz 1 VgV. In den beschriebenen Fällen liegen zwar alle Unterlagen vor, der Auftraggeber beschränkt aber die Möglichkeiten der Einsichtnahme (siehe § 5 Absatz 3 VgV). Er kann in den Vergabeunterlagen z.B. vorgeben, dass die Unterlagen nur in einem Raum nach Anmeldung unter Aufsicht eingesehen werden können und die Anfertigung von Kopien, Fotos usw. untersagt ist.

Inwieweit weitere Handlungsmöglichkeiten entsprechend des individuellen Beschaffungsgegenstandes bestehen, sollte einer Einzelfallbetrachtung vorbehalten bleiben (z.B. der Schutz personenbezogener Daten wie Namen und Adressen bei Behindertenfahrdiensten).

Auf jeden Fall ist bei Maßnahmen zum Schutze der Vertraulichkeit die Angebotsfrist um mindestens 5 Tage zu verlängern (siehe § 41 Absatz 3 VgV).

Seminare und Veranstaltungen:

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.