

# Newsletter zum aktuellen Vergaberecht

## Ausgabe Oktober/November 2019

### Inhaltsverzeichnis

1. Änderung § 55 Sächsische Haushaltsordnung in Kraft	2
2. Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb: „Es kann nur Einen geben“ - Beschluss der VK Sachsen vom 04.12.2018 - 1/SVK/023-18 -	3
3. Anwendungsprobleme der neuen Regeln zur Nachforderung der VOB/A 2019	5
4. BGH - Ausschluss bei entgegenstehenden AGB zwingend?	7
5. Seminare und Veranstaltungen	10

Der Umfang an alltäglichem Beratungsbedarf und der Begleitung von Vergabeverfahren ist steigend, insbesondere durch die größere Sensibilität bei geförderten Maßnahmen. Hier weisen wir wiederholt auf eine ausreichende Dokumentation hin, in der die Alternativen und Entscheidungen vor der jeweiligen Handlung vermerkt sind.

Mit dieser Newsletter-Ausgabe wollen wir auf vier Probleme hinweisen, die Gegenstand unserer Beratungspraxis sind.

Gleichzeitig geben wir zur Kenntnis, dass sich unser Team ab 01.09.2019 mit Frau Manuela Reiche vervollständigt hat. Sie wird uns nach einer Einarbeitungszeit in der Vergaberechtsberatung unterstützen.

## **1. Änderung § 55 Sächsischen Haushaltsordnung in Kraft**

Mit dem Haushaltsbegleitgesetz 2019/2020 ist § 55 Abs. 1 SäHO so geändert worden, dass die Öffentliche Ausschreibung mit der „**Beschränkten Ausschreibung mit Teilnahmewettbewerb**“ gleichgestellt wurde. Auftraggeber haben hier Wahlfreiheit. Hiermit wird darauf hingewiesen, dass „ein Teilnahmewettbewerb ein Verfahren ist, bei dem der öffentliche Auftraggeber nach vorheriger öffentlicher Aufforderung zur Teilnahme eine beschränkte Anzahl von geeigneten Unternehmen nach objektiven, transparenten und nichtdiskriminierenden Kriterien auswählt und zur Abgabe von Angeboten auffordert.“

Diese ergänzende Regelung zur öffentlichen Ausschreibung erfolgt in Angleichung an die inhaltsgleiche Änderung der Bundeshaushaltsordnung aufgrund der Änderung des § 30 Haushaltsgrundsätze-gesetz.

Gleichzeitig wird eine konkurrierende Gesetzeslage aufgehoben. Das Vergaberecht hat bereits mit der VgV 2016 die begründungsfreie Gleichstellung des Offenen und des Nichtoffenen Verfahrens vorgesehen. Da die UVgO, die in Sachsen noch nicht eingeführt ist und die zum 19.02.2019 neue Fassung der VOB/A 2019 diese begründungsfreie Gleichstellung beinhalten, musste die haushaltsrechtliche Klarstellung erfolgen.

Da in Sachsen durch den direkten Verweis im Sächsischen Vergabegesetz noch die VOL/A gilt und hier nach § 3 VOL/A Ausnahmetatbestände für die Wahl der Vergabeart „Beschränkte Ausschreibung mit Teilnahmewettbewerb“ vorgesehen sind, haben diese Vorrang, d.h. für Lieferungen und Dienstleistungen besteht weiterhin – anders als nun nach VOB/A 2019 – Begründungsbedarf.

In der Praxis wird dieses Thema nur selten eine Rolle spielen, weil das Verfahren durch den separaten Teilnahmewettbewerb fast das Doppelte an Zeit im Gegensatz zur Öffentlichen Ausschreibung erfordert. Es wird wohl dann zur Anwendung kommen, wenn man im Auswahlverfahren selektieren will.

## **2. Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb: „Es kann nur Einen geben“ - Beschluss der VK Sachsen vom 04.12.2018 – 1/SVK/023-18 -**

In der Beratungspraxis der ABSt kommt es häufig vor, dass Vergabestellen behaupten, für ihre Beschaffung käme nur ein Unternehmen in Frage und damit sei es ausreichend, ein Angebot im Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb einzufordern.

Zu den Voraussetzungen hierfür und zu den Folgen einer falschen Markteinschätzung hat sich vor kurzem die Vergabekammer Sachsen sehr klar geäußert:

*„Ein Auftraggeber darf ein Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb mit nur einem Bieter nur dann durchführen, wenn er darlegen kann, dass kein anderes Unternehmen in der EU in der Lage ist, die zu beschaffende Leistung zu erbringen. Gelingt dieser Nachweis nicht, ist der dennoch abgeschlossene Vertrag nichtig.“*

Der Auftraggeber wollte Laborverbrauchsmaterialien (Test Kits, Chemikalien, Reagenzien für PCR- und Veterinärdiagnostik) vergeben. Insgesamt handelte es sich um 62 verschiedene Produkte. Der Auftragnehmer sei Hersteller und Alleinvertreiber seiner Produkte und käme als einziges Unternehmen für die Lieferung in Betracht.

Hierzu führte die VK aus: *„Der Auftraggeber, welcher im **Streitfall beweisen muss**, dass solche technischen Gründe vorliegen, hat solche nicht darzulegen vermocht. Es wäre erforderlich gewesen, darzulegen, dass außer der Beigeladenen kein anderes Unternehmen in der EU in der Lage ist, die geforderten Produkte zu liefern. Der Anbieter müsse praktisch Monopolist für die nachgefragte Leistung sein. Nur soweit dieser Nachweis gelingt, ist ein Wettbewerb um den öffentlichen Auftrag tatsächlich unmöglich und die Durchführung eines wettbewerblichen Vergabeverfahrens obsolet. Der Auftraggeber hat jedoch in der mündlichen Verhandlung vor der Vergabekammer selbst eingeräumt, dass es Alternativen zu den Produkten der Beigeladenen gibt. Bereits aus diesem Grund besteht kein Ausschließlichkeitsrecht der Beigeladenen, welches den Verzicht auf ein wettbewerbliches Vergabeverfahren rechtfertigt.“*

Eine weitere Erörterung des Beschlusses finden sie [hier](#).

**Praxistipp:**

Die ABSt unterstützt die Meinung der VK Sachsen. Wenn nur ein Unternehmen in Betracht kommen soll, muss sich der Auftraggeber 100% sicher sein. Wegen des Risikos, insbesondere einer Fördermittelrückforderung, wird in der Regel zur Öffentlichen Ausschreibung geraten. Eine abschließende Marktkenntnis hat wohl kein Auftraggeber und ein mehr an Wettbewerb als vielleicht rechtlich nötig, kann niemandem zum Vorwurf gemacht werden. Vielleicht interessiert sich gerade ein Bieter für die Ausschreibung, den vorher niemand im Blick hatte und gibt ein gutes Angebot ab.

**3. Anwendungsprobleme der neuen Regeln zur Nachforderung der VOB/A 2019**

Die VOB/A in der Fassung von 2019 ist durch den dynamischen Verweis im Sächsischen Vergabegesetz in Sachsen mit deren Veröffentlichung Anfang des Jahres in Kraft getreten.

Die neue Fassung der vollständigen VOB/A finden sie [hier](#).

Das Forum Vergabe hat hierzu eine sehr gute SYNOPSE der Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen Teil A (VOB/A) – Ausgabe 2019 – erstellt:

[Forum Vergabe](#)

Ziel der Änderungen war u.a. eine Angleichung an die EU-Regelungen sowie an die UVgO.

Ein Aspekt besteht hinsichtlich der Nachforderung von Erklärungen und Nachweisen. Ein wesentlicher Unterschied zwischen VgV, UVgO sowie VOL/A und VOB/A besteht darin, dass in der VOB/A im Gegensatz zur Möglichkeit eine Pflicht zur Nachforderung besteht:

*„Der Auftraggeber muss Bieter, die für den Zuschlag in Betracht kommen, unter Einhaltung der Grundsätze der Transparenz und der Gleichbehandlung auffordern, fehlende, unvollständige oder fehlerhafte unternehmensbezogene Unterlagen – insbesondere Erklärungen, Angaben oder Nachweise – nachzureichen, zu vervollständigen oder zu korrigieren, oder fehlende oder unvollständige leistungsbezogene Unterlagen – insbesondere Erklärungen, Produkt- und sonstige Angaben oder Nachweise – nachzureichen oder zu vervollständigen (Nachforderung), es sei denn, er hat von seinem Recht aus Absatz 3 Gebrauch gemacht. Es sind nur Unterlagen nachzufordern, die bereits mit dem Angebot vorzulegen waren.“ (§ 16a VOB/A)*

Für Bauämter oder auch Planer wird sich somit der Nachforderungsaufwand wohl spürbar erhöhen. Erschwerend kommt hinzu, dass die gegenwärtige Rechtsprechung hierzu eher verunsichert. So ist z.T. unklar, ob wirklich nachgefordert werden muss oder dies doch nicht zulässig ist. Folgende Praxisfälle seien genannt:

- Gefordert waren drei Referenzen. Eingereicht werden nur zwei. Kann/Muss man die dritte Referenz nachfordern?
- Es wird die „falsche“ Referenz eingereicht. Kann/Muss man die richtige (und dann vergleichbare) Referenz nachfordern?
- Es wird eine Haftpflichtversicherung mit einer zu niedrigen Deckungssumme eingereicht. Kann man hier die Erklärung des Versicherers nachfordern, dass im Falle der Zuschlagserteilung die Deckung gewährt wird?

Zum letzten Beispiel (Haftpflichtversicherung) hat das OLG Karlsruhe mit seiner Entscheidung die Nachforderungsmöglichkeit verneint (Beschluss vom 14.08.2019 – 15 Verg 10/19).

Auf Grund der in der VOB/A 2019 verankerten Nachforderungspflicht ist zu erwarten, dass in den nächsten Wochen und Monaten weitere Praxisfälle entschieden werden, ggf. auch als Divergenzvorlage zum BGH.

Die ABSt wird die Entwicklung der Rechtsprechung beobachten und im Newsletter wieder informieren.

#### **4. BGH - Ausschluss bei entgegenstehenden AGB zwingend?**

Ein weiterer Fall wird gegenwärtig stark diskutiert. Der BGH hatte im Rahmen eines Schadenersatzprozesses darüber zu entscheiden, ob ein Bieter wegen entgegenstehender eigener AGB zwingend auszuschließen ist. ([hier](#) der Link zur Entscheidung).

Auf den ersten Blick enthält die Entscheidung eine überraschende Abkehr von der bisherigen Anwendungspraxis, dass der Ausschluss wegen Änderung der Vergabeunterlagen, egal ob VOL/A, UVgO oder VOB/A, zwingend zu erfolgen hat.

Der BGH unterscheidet zwei Fälle:

- a) Der Auftraggeber hat eine Abwehrklausel fremder AGB in die Vergabeunterlagen aufgenommen.

Laut BGH: „... ermögliche es die Abwehrklausel dem öffentlichen Auftraggeber, das Angebot des Bieters in der Wertung zu belassen. Denn aufgrund der Abwehrklausel können abweichende Bedingungen des Bieters nicht Vertragsbestandteil werden.

...

Die für Konflikte aus der wechselseitigen Einbeziehung kollidierender Allgemeiner Geschäftsbedingungen im privaten Geschäftsverkehr außerhalb der öffentlichen Auftragsvergabe entwickelten Lösungsmöglichkeiten seien hier nicht einschlägig. Der öffentliche Auftraggeber habe deshalb nicht zu befürchten, dass der Bieter sich im Falle eines Zuschlags mit Erfolg auf die eigenen Allgemeinen Geschäftsbedingungen berufen könnte, oder dass sie im Umfang der Kollision auf die gesetzlichen Regelungen verwiesen wären.

...

Dementsprechend hätte der öffentliche Auftraggeber keinen Anlass, das Angebot des Bieters wegen vermeintlicher Änderungen an den Vergabeunterlagen auszuschließen. Allenfalls hätte der Auftraggeber vorsorglich zur Klarstellung gegenüber dem Bieter auf den Vorrang der für die Schlusszahlung geltenden Klauseln in den ZVBBau hinweisen können.“

b) Eine solche Klausel liegt nicht vor.

Auch hier überrascht der BGH mit einer neuen Ansicht:

„... hätte es auch ohne Geltung dieser Klausel entgegen der Annahme des Berufungsgerichts nicht wegen der vermeintlich zwingenden Ausschlussfolge des § 16 EU Nr. 2 VOB/A ohne vorheriges Bietergespräch zum Zwecke der Klarstellung des Angebotsinhalts (§ 15 EU Abs. 1 Nr. 1 VOB/A) ausgeschlossen werden dürfen. Denn zu den in § 3 des Angebotsschreibens V05 vorformulierten Bekundungen gehörte die Erklärung der Klägerin, dass "wir neben den oben genannten Angebotsinhalten keine eigenen Allgemeinen Geschäftsbedingungen zum Bestandteil unseres Angebots machen". Dazu stand der Zusatz bei der Angebotsendsumme am Ende des Kurzttext-Leistungsverzeichnisses in Widerspruch. Das Angebot hatte dementsprechend keinen von den Vergabeunterlagen abweichenden Inhalt, sondern war in diesem Punkt lediglich nicht eindeutig, und die



Beklagte hätte nach § 15 EU Abs. 1 Nr. 1 VOB/A insoweit Aufklärung über das Angebot selbst verlangen dürfen und müssen.“

Der BGH stellte weiterhin folgendes fest:

„... die vom Gedanken formaler Ordnung geprägte strenge Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs namentlich zur Handhabung der Angebotsausschlussgründe ist entfallen.“

**Praxistipp:**

Die ABSt rät dazu, zumindest ohne Vorliegen einer Abwehrklausel, die bisherige Praxis des Ausschlusses, auch ohne vorherige Aufklärung, beizubehalten.

Im Unterschied zur Rechtsprechung zu kollidierenden AGB im reinen Zivilrecht, ist das Vergaberecht hier formal zu betrachten. Eine nachträgliche Änderung von Angeboten, ggf. durch Aufklärung, ist nicht zulässig.

**Diese Fälle sind für uns Anlass, auf den zum vierzehnten Mal stattfindenden Jahresüberblick zu aktuellen Rechtsprechungen und Entwicklungen mit RA Dr. Noch am 05.12.2019 zu verweisen. Wir erwarten hier wieder eine lebendige Diskussion.**

## 5. Seminare und Veranstaltungen

**Thema** Allgemeine vergaberechtliche Grundlagen für Bau-, Liefer- und Dienstleistungen  
**Datum** 26.11.2019, 09:00 bis 16:00 Uhr  
**Ort** IHK Bildungszentrum  
Mügelner Str. 40  
01237 Dresden

**Thema** Rechtsanwalt Dr. Noch: Aktuelles Vergaberecht sowie Entwicklungen und Tendenzen 2019/2020 in der Vergaberechtsprechung  
**Datum** 05.12.2019, 09:00 bis 16:30 Uhr  
**Ort** IHK Bildungszentrum, Hörsaal  
Mügelner Str. 40  
01237 Dresden

**Thema** Neuer EVB-IT Vertrag für Dienstleistungen  
**Datum** 27.02.2020, 09:00 bis 16:00 Uhr  
**Ort** IHK Bildungszentrum  
Mügelner Str. 40  
01237 Dresden

**Thema** Aktuelles zum Vergaberecht für Lieferungen und Leistungen  
**Datum** 12.03.2020, 09:00 bis 16:00 Uhr  
**Ort** IHK Bildungszentrum  
Mügelner Str. 40  
01237 Dresden

**Thema** IT-Sicherheit/Datenschutz und die IT-Vergabe  
**Datum** 19.03..2020, 09:00 bis 16:00 Uhr  
**Ort** IHK Bildungszentrum  
Mügelner Str. 40  
01237 Dresden

**Thema** Das Vergaberecht für Bauleistungen  
**Datum** 26.03.2020, 09:00 bis 16:00 Uhr  
**Ort** IHK Bildungszentrum  
Mügelner Str. 40  
01237 Dresden

Unsere aktuellen Seminare und Veranstaltungen zum Vergaberecht finden Sie unter <https://www.abstsachsen.de/seminare/> Hier können Sie sich auch gern anmelden.