



[GGSC]

[Gaßner, Groth, Siederer & Coll.]
Partnerschaft von Rechtsanwälten mbB

Vergabe Newsletter

Oktober 2020

Liebe Mandantschaft,

sehr geehrte Damen und Herren,

fast scheint wieder Normalität eingekehrt zu sein: Das Thema „Corona“ ist jedenfalls in der vergaberechtlichen Diskussion wieder in den Hintergrund gerückt. Stattdessen dürfen wir Sie über neue Gesetzesvorhaben (Novellen HOAI, Gesetz zur Regelung von Ingenieur- und Architektenleistungen, Kreislaufwirtschaftsgesetz) informieren.

Auch auf einige aktuelle und diskussionswürdige Entscheidungen weisen wir hin: Vom EuGH bis zu einzelnen Vergabekammer sind Impulse zu verzeichnen. An Praxishinweisen zur Integration von Datenschutz im Vergabeverfahren und der Ausschreibungspflicht für geförderte Breitbandvergaben wollen wir es schließlich auch nicht fehlen lassen.

Wir freuen uns über die Themenvielfalt und wünschen Ihnen alles Gute – bleiben Sie gesund!

Eine anregende Lektüre wünscht

Ihr [GGSC] Vergabeteam

DIE THEMEN DIESER AUSGABE:

- [Neue HOAI: Aktueller Stand](#)
- [KrWG neu: Beschaffungsvorgaben für Rezyklate](#)
- [OLG Frankfurt – Abkehr von der „Infektionstheorie“](#)
- [EuGH: Kommunen dürfen in „Hilfsgeschäften“ vergabefrei zusammenarbeiten](#)
- [Kein vorschneller Ausschluss von Null-Euro-Angeboten!](#)
- [Stichprobenhafte Prüfung von Referenzen erforderlich](#)
- [Beauftragung nach Geheimwettbewerb: Welches Gewicht muss die Entscheidung des Preisgerichts haben?](#)
- [Die Grenzen des Amtsermittlungsgrundsatzes in Nachprüfungsverfahren](#)
- [Die Folgen einer fehlenden Zustimmungserklärung des Bieters zur Bindefristverlängerung](#)
- [Die DSGVO-konforme Ausgestaltung der Vergabeunterlagen](#)
- [Breitbandförderungen bleiben ausschreibungspflichtig!](#)
- [\[GGSC\] auf Veranstaltungen](#)
- [\[GGSC\] Veröffentlichungen/\[GGSC\] Online](#)



[NEUE HOAI: AKTUELLER STAND]

Das Bundeskabinett hat am 16.09.2020 den vom Wirtschaftsministerium vorgelegten Entwurf einer Neuregelung der HOAI beschlossen. Jetzt muss noch der Bundesrat zustimmen.

Als Rechtsgrundlage für die HOAI muss außerdem noch das Gesetz zur Regelung von Ingenieur- und Architektenleistungen angepasst werden, dem das Kabinett schon im Juli 2020 zugestimmt hatte. Zuletzt hat der Bundesrat am 18.09.2020 Stellung genommen. Mit einem Inkrafttreten der geänderten HOAI wird zum 01.01.2021 gerechnet.

Stand der Überarbeitung

Infolge des EuGH-Urteils zur HOAI muss die Bundesrepublik das Mindestsatz- und Höchstsatzgebot in der HOAI abschaffen. Zu der Frage, wie das konkret umzusetzen ist, und ob bei dieser Gelegenheit auch weitere Anpassungen der HOAI stattfinden sollen, finden seit Monaten Arbeitsrunden zwischen dem zuständigen Bundesministerium und den verschiedensten Kammern und Verbänden statt. Nun liegt der Referentenentwurf vor.

Kernpunkte der Novelle

Voraussichtlich werden sich die Änderungen im HOAI-Text auf das beschränken, was nach dem EuGH-Urteil zwingend erforderlich ist: die Abschaffung von Mindest- und Höchstsatz. Der Referentenentwurf sieht vor, dass Honorare in Zukunft frei verhandelt werden können. Nur dort, wo keine Vereinbarung

getroffen wurde, soll dann ersatzweise das bisherige Mindesthonorar gelten. Das wirkt ziemlich ähnlich wie die bisherige Rechtslage, ist aber in Wahrheit etwas völlig Anderes: Bisher bildete der Mindestsatz die zwingende Untergrenze; weniger durfte man nicht vereinbaren, und wenn man dies tat, war die Vereinbarung unwirksam und wurde durch den Mindestsatz ersetzt. Künftig werden hingegen auch Vereinbarungen über deutlich niedrigere Honorare legal sein. Nur wenn es zu überhaupt keiner Regelung des Honorars im Vertrag kommt, soll ersatzweise die HOAI gelten.

Angemessenheitskorrektiv: Verankerung im Gesetz?

Dagegen sieht es derzeit nicht danach aus, dass das von den Kammern gewünschte „Angemessenheits“-Korrektiv in die HOAI eingearbeitet wird: Die Kammern haben angeregt, dass jede Honorarvereinbarung im Ernstfall darauf überprüft werden kann, ob sie den Besonderheiten des jeweiligen Projekts noch gerecht wird. Ziel ist, Dumpingangebote zu verhindern, indem bei einer „unangemessen“ niedrigen Honorarsumme eine Korrektur durch die HOAI zu erreichen. Der Referentenentwurf sieht dazu lediglich den Programmsatz vor, dass die Wirtschaftlichkeit der Leistungen stets eingehalten werden müsse – was alles und nichts bedeuten kann, ja sogar so gelesen werden kann, dass zu hohe Gewinnspannen auch nicht im Sinne des Gesetzgebers liegen könnten. Über die Anmerkungen des Bundesrates vom 18.9.2020 würde nunmehr die Chance eröff-



net, die Angemessenheit über die Anmerkungen des Bundesrats vom 18.9.2020 zum Ingenieur- und Architektenleistungsgesetz gesetzlich verankert wird: Der Bundesrat orientiert auf eine ausdrückliche, gesetzliche Klarstellung, dass sich Grundlagen und Höhe des Honorars im Rahmen des Angemessenen bewegen müssen. Man darf gespannt sein!

Heilloser Streit zwischen den Gerichten – Was gilt für die laufenden Projekte?

Unterdessen tobt ein heftiger Streit zwischen den Gerichten, wie sich das EuGH-Urteil zur HOAI auf laufende Projekte und Verträge auswirkt. Dazu hat am 14.05.2020 eine Gerichtsverhandlung beim BGH stattgefunden. Die entsprechende Entscheidung einschließlich der Diskussion darum haben wir im letzten HOAI-Newsletter August 2020 ausgewertet.

Rückfragen bei [GGSC] bitte an:



Rechtsanwalt/Fachanwalt
für Vergaberecht/ Bau-
und Architektenrecht
Rechtsanwalt

[Dr. Sebastian Schattenfroh](#)

[->zurück zum Inhaltsverzeichnis](#)

[KRWG NEU: BESCHAFFUNGSVORGABEN FÜR REZYKLATE]

Am 18.09.2020 hat der Bundestag die Novelle des KrWG beschlossen. Jetzt fehlt es nur noch an der Zustimmung des Bundesrates, mit der für den 9.10.2020 gerechnet wird.

Das Gesetz soll am Tag nach der Veröffentlichung in Kraft treten. Vergaberechtlich ist vor allem die Pflicht für Bundesstellen von Bedeutung, nach dem neuen § 45 KrWG, bei ihren Beschaffungen Rezyklate zu bevorzugen.

Pflicht zur Bevorzugung von Rezyklaten bei Vergaben von Bundesbehörden

Künftig müssen diese also – sofern keine unzumutbaren Mehrkosten entstehen – beim Einkauf bzw. bei der Beschaffung/Vergabe Produkte bevorzugen, die rohstoffarm, abfallarm, reparierbar, schadstoffarm und recyclingfähig sind.

Auch bei der Auslegung dieser Verpflichtung dürfte der Teufel im Detail stecken – wir werden in einer unserer nächsten Newsletter-Ausgaben (Abfall oder Vergabe) Näheres dazu berichten.



Rückfragen bei [GGSC] bitte an:



Rechtsanwältin
Fachanwältin für
Vergaberecht
[Caroline von Bechtolsheim](#)



Rechtsanwalt
Fachanwalt für
Vergaberecht
[Dr. Frank Wenzel](#)

[->zurück zum Inhaltsverzeichnis](#)

[OLG FRANKFURT – ABKEHR VON DER „INFEKTIONSTHEORIE“]

Ein vergaberechtlich form- und fristgerecht eingereichtes Angebot ist nicht schon deshalb auszuschließen, weil es bereits zuvor formwidrig an die Vergabestelle übermittelt worden war. Mit dieser Einschätzung weicht das OLG Frankfurt von der strengen „Infektionstheorie“ des OLG Karlsruhe ab.

Kein Ausschluss eines formgerecht eingereichten Angebots nach § 57 VgV

Das OLG Frankfurt hatte sich in einer Entscheidung vom 18.02.2020 mit der Frage zu beschäftigen, ob ein über eine E-Vergabepattform verschlüsselt und fristgerecht eingereichtes Angebot allein deshalb von der Wertung auszuschließen sei, weil es zuvor als unverschlüsselter Anhang einer E-Mail übermittelt worden war (11 Verg 7/19). Ob die Frage der Verschlüsselung überhaupt unmittelbar zu den Formerfordernissen im Sinne

von § 53 i.V.m. § 57 Abs. 1 Nr. 1 VgV zählt, hat der Vergabesenat an dieser Stelle offengelassen. Ein form- und fristgerecht eingereichtes Angebot sei jedenfalls nicht allein deshalb von der Wertung auszuschließen, weil zuvor ein Angebot unverschlüsselt per E-Mail übermittelt worden war.

Orientierung am Zweck der Ausschlussgründe

Der Ausschlussgrund nach § 57 Abs. 1 VgV solle insbesondere verhindern, dass Bieter bevorteilt werden, die Frist- und Formvorgaben missachtet haben. Ihnen soll nicht mehr Zeit/Freiraum für die Angebotserstellung zur Verfügung stehen. Es solle sichergestellt werden, dass nur vergleichbare Angebote in die Wertung gelangten. Die Vergleichbarkeit der Angebote hinsichtlich Zeit- und sonstiger Formvorgaben werde jedoch nicht beeinträchtigt, wenn ein form- und fristgerecht eingegangenes Angebot in der Wertung verbleibe, welches zuvor nicht formgerecht per E-Mail übermittelt worden war.

Der Bieter erlange dadurch weder einen Zeitvorteil, noch sonstige ihn gegenüber anderen Bietern bevorteilende Spielräume.

Keine „Infektion“

Nach Ansicht des OLG führt der Formverstoß des ersten Angebotes jedenfalls nicht dazu, dass nachfolgend nicht ein Angebot unter Einhaltung der Formvorgaben wirksam hätte eingereicht werden können. Das formwirksam eingereichte zweite Angebot werde insbesondere nicht durch das formwidrig



eingereichte erste Angebot „infiziert“. Dies gelte jedenfalls dann, wenn gewährleistet sei, dass es zu keiner vorfristigen Kenntnis vom Inhalt des per E-Mail abgegebenen Angebots kam bzw. dies ohne vernünftige Zweifel ausgeschlossen werden kann. Allein die Möglichkeit der abstrakten Gefährdung des Geheimwettbewerbs rechtfertigt einen Ausschluss vom Vergabeverfahren nach Auffassung des OLG Frankfurt nicht.

Vorlagepflicht zum BGH verneint

Das OLG Frankfurt vertritt damit zwar eine von der Rechtsauffassung des OLG Karlsruhe (Beschluss vom 17.03.2017 – 15 Verg 2/17) abweichende Ansicht im Hinblick auf die Frage. Danach soll allein die mit der unverschlüsselten Übermittlung untrennbar verbundene abstrakte Gefahr zwingend zum Ausschluss führen. Trotzdem verneint das OLG Frankfurt die Pflicht zur Vorlage an den BGH mit der Begründung, der Senat weiche nicht von den tragenden Gründen in der Entscheidung des OLG Karlsruhe ab. Im von diesem Gericht entschiedenen wurde das zweite, formwirksam übermittelte Angebot erst nach Fristablauf übermittelt. Das OLG Karlsruhe habe also allein über die Frage entschieden, ob die nach Fristablauf erfolgte Übersendung geeignet war, das zunächst formwidrig eingereichte Angebot zu heilen.

Die weiteren Ausführungen des OLG Karlsruhe, wonach eine Infektion der fehlenden Verschlüsselung auch im Falle des Vorliegens zweier fristgerechter Angebote vorliege,

seien über den konkreten Fall hinausgegangen und daher keine tragenden Gründe der Entscheidung.

Hinweise für die Praxis

In der Sache ist dem OLG Frankfurt zuzustimmen. Es ist unverständlich, wieso dem Bieter bei einer versehentlich fehlerhaften Übersendung des Angebots keinerlei Korrekturmöglichkeit gegeben werden sollte. Bei der postalischen Übersendung wurden derlei strenge Maßstäbe jedenfalls dann nicht angewandt, wenn die Vergabestelle dokumentiert hatte, dass die vom Bieter verschuldete vorzeitige Öffnung eines Angebots (etwa mangels hinreichender Kennzeichnung) von der Vergabestelle vor Kenntnisnahme des Inhalts bemerkt und das Angebot wieder verschlossen wurde.

Zweifelhaft ist allerdings die Begründung zur Verneinung einer Vorlagepflicht. Es wäre sehr zu begrüßen gewesen, wenn für diese – praktisch bedeutsame – Konstellation eine bundeseinheitliche Anwendung der vergaberechtlichen Bestimmungen herbeigeführt worden wäre. Mit der Entscheidung des OLG Frankfurt ist jedenfalls für die hessischen Vergabestellen ein sachgerechter Lösungsweg aufgezeigt worden.

Rückfragen bei [GGSC] bitte an:



Rechtsanwalt
Fachanwalt für
Vergaberecht
[Jens Kröcher](#)



Rechtsanwältin
[Franziska Kaschluhn](#)

[-> zurück zum Inhaltsverzeichnis](#)

[EUGH: KOMMUNEN DÜRFEN IN „HILFSGESCHÄFTEN“ VERGABEFREI ZUSAMMENARBEITEN]

Auch eine interkommunale Kooperation über Hilfgeschäfte als Voraussetzung für die Erbringung öffentlicher Aufgaben kann sich als vergabefrei zulässig erweisen. Das hat der EuGH mit Urteil vom 28.5.2020 entschieden.

Gleichzeitig hat er betont, dass eine solche Kooperation nicht zur Besserstellung eines privaten Unternehmens gegenüber anderen führen darf (Urteil vom 28.05.2020, Az.: C 796-18).

Enger zeitlicher Zusammenhang zum EuGH-Urteil vom 04.06.2020 i.S. interkommunale Kooperation

In unmittelbarem zeitlichen Zusammenhang hat sich der EuGH also 2020 ein zweites Mal zum rechtlichen Rahmen für die zulässige, vergabefreie interkommunalen Kooperation geäußert. Die Entscheidung vom 4.6.2020 zu den Anforderungen an eine „Zusammenarbeit“ i.S. der [EU-Vergaberichtlinie](#) hatten wir bereits ausgewertet und in einem extra hierfür angesetzten [Online-Seminar](#) diskutiert.

Sachverhalt

Zu entscheiden war über die entgeltfreie Überlassung einer Software zur Leitung von Feuerwehreinheiten durch das Land Berlin an die Stadt Köln. Schon im Vertrag zum Erwerb der Software war dem Land Berlin das Recht eingeräumt worden, die Software an andere „Behörden mit Sicherheitsaufgaben“ weiterzugeben. Die Parteien hatten weiter vereinbart, die Software auf eigene Kosten an die Bedürfnisse weiter anzupassen, z.B. durch Hinzufügung neuer, fachlicher Funktionalitäten in Form „ergänzender und aufbauender fachlicher Module“. Diese sollten dem jeweiligen Partner dann wieder kostenlos bzw. kostenneutral zur Verfügung gestellt werden. Von einem Partner war im Laufe des Verfahrens vorgetragen worden, dass die an ihn überlassene Software jährlich drei- bis viermal erheblich modifiziert werde. Der wirtschaftliche Wert dieser Modifikationen erweise sich auf lange Sicht als deutlich höher als der für den ursprünglichen Erwerb der Software. Ein Softwareentwickler hatte dies als für den jeweils anderen Partner geldwerten Vorteil eingestuft, den Vertrag als vergabepflichtig beurteilt und einen Nachprüfungsantrag gestellt.

Kooperationsvertrag unterfällt dem EU-Vergaberecht

Der Gerichtshof prüfte zunächst, ob ein solches Vertragsgeflecht überhaupt in den Anwendungsbereich des EU-Vergaberechts bzw. der entsprechenden EU-Richtlinie 2014/24 EU fällt. Er sah in der Überlassung einerseits und der Verpflichtung auch des



„Empfängers“, diese ständig zu aktualisieren andererseits zwingend miteinander verknüpfte, gegenseitige Pflichten („synallagmatisch“). Demzufolge wurde das Vertragswerk als „entgeltlich“ eingestuft und soll unter das europäische Vergaberecht fallen.

Auch Hilfgeschäfte tauglicher Gegenstand einer vergabefreien Kooperation

Gleichzeitig geht der EuGH davon aus, dass eine vergabefreie interkommunale Kooperation auch für „akzessorische“ Hilfgeschäfte zwischen Hoheitsträgern in Betracht kommt. Konkret ließ das Gericht offen, ob es sich bei der hier streitigen Software überhaupt um ein Hilfgeschäft handelt.

Vorsicht: Verbot der Besserstellung eines privaten Unternehmens!

Schließlich weist der Gerichtshof auf die entsprechende Vorlagefrage des OLG Düsseldorf darauf hin, dass das von ihm 2009 und noch vor der Vergabereform aufgestellte Verbot einer Besserstellung privater Unternehmen bei interkommunalen Kooperationen weiterhin beachtet werden muss, auch wenn es im Text der EU-Vergaberichtlinie 2014 und den dortigen Voraussetzungen für die öffentlich-öffentliche Zusammenarbeit nicht erwähnt wird. Im Urteil deutet der EuGH an, dass diesem Verbot vor allem dann Rechnung getragen wird, wenn die Weiterentwicklungen der Software – z.B. aufgrund der Weitergabe des Quellcodes – so ausgeschrieben werden können, dass nicht nur der Hersteller der Software, sondern auch andere Anbieter für einen Zuschlag in Betracht kommen. Damit

muss sich nun das vorlegende OLG Düsseldorf befassen.

[GGSC] berät bei der Ausgestaltung von vergabefreien Kooperationen und verfügt dort über weitreichende Erfahrungen.

Rückfragen bei [GGSC] bitte an:



Rechtsanwältin
Fachanwältin für
Vergaberecht
[Caroline von Bechtolsheim](#)



Rechtsanwältin
[Isabelle-K. Charlier, M.E.S.](#)

[->zurück zum Inhaltsverzeichnis](#)

[KEIN VORSCHNELLER AUSSCHLUSS VON NULL-EURO-ANGEBOTEN!]

Angebote die ungewöhnlich niedrig erscheinen, hat der öffentliche Auftraggeber aufzuklären. Dies soll nach Auffassung des EuGH auch für Angebote gelten, bei denen der vorgeschlagene Preis null Euro beträgt.

Dagegen soll in einer solchen Angabe kein automatischer Ausschlussgrund liegen. Den Bietern ist vielmehr auch in diesem Fall Gelegenheit zur Stellungnahme und Erläuterung seiner Preise zu geben um Zweifel an der Auskömmlichkeit auszuräumen.



„Öffentlicher Auftrag“ des Vergaberechts setzt gegenseitige Vertragspflichten (synallagmatisches Verhältnis) voraus

Der EuGH widmet sich in seiner Entscheidung (Urteil v. 10.09.2020 – Rs. C-367/19) zunächst der Auslegung des Begriffs „öffentlicher Auftrag“ im Sinne von Art. 2 Abs. 1 Nr. 5 der EU-Richtlinie 2014/24. Er ist dort als entgeltlicher Vertrag zwischen einem oder mehreren Wirtschaftsteilnehmern und einem oder mehreren öffentlichen Auftraggebern über die Ausführung von Bauleistungen, die Lieferung von Waren oder die Erbringung von Dienstleistungen definiert.

Keine Gegenleistungspflicht des Auftraggebers beim „Null-Euro-Angebot“

Dies setze zwar nicht zwingend die Zahlung eines Geldbetrages voraus. Entscheidend sei aber, dass beide Parteien jeweils zwingenden, gegenseitigen Verpflichtungen unterliegen, deren Erfüllung einklagbar ist. Vom Zufall abhängige Faktoren wie die Möglichkeit, dass dem Auftragnehmer für den Fall des Vertragsschlusses, der Zugang zu einem neuen Markt eröffnet oder ihm der Erwerb von Referenzen ermöglicht wird, reichen hierfür nach Auffassung des EuGH nicht aus. Der EuGH kommt deshalb zu dem Zwischenergebnis, dass ein „öffentlicher Auftrag“ bei einem „Null-Euro-Angebot“ nicht vorliegen soll, weil der Auftraggeber dem Auftragnehmer zu keiner Gegenleistung verpflichtet ist.

Aufklärungspflicht auch bei „Null-Euro-Angeboten“

Auch wenn ein „öffentlicher Auftrag“ im oben genannten Sinn nicht vorliegt, soll ein Null-Euro-Angebot nach Auffassung des EuGH aber nicht automatisch ausgeschlossen werden dürfen. Vielmehr müsse der öffentliche Auftraggeber auch in diesem Fall das vorgesehene Verfahren für die Aufklärung ungewöhnlich niedrig erscheinende Angebote (sog. Auskömmlichkeitsprüfung) einhalten.

Dem Bieter müsse also die Gelegenheit zur Erläuterung seiner vorgeschlagenen Preise und Kosten gegeben werden. Ein Null-Euro-Angebot müsse sich nicht zwingend negativ auf die ordnungsgemäße Ausführung des Auftrags auswirken.

Praxistipp

Unabhängig davon, wie niedrig Angebotspreise ausfallen, sollten öffentliche Auftraggeber immer eine fundierte Preisprüfung durchführen. Den jeweiligen Bietern sollte stets die Möglichkeit eröffnet werden, ihre Preise zu erläutern und Nachweise für die Auskömmlichkeit ihrer Preise vorzulegen.

Entscheidet sich der öffentliche Auftraggeber im Anschluss an die Aufklärung für den Angebotsausschluss, weil der Bieter seine Preise nicht zufriedenstellend erklären konnte, sollten die Gründe hierfür erst recht sorgfältig in der Vergabeakte dokumentiert werden.



Rückfragen bei [GGSC] bitte an:



Rechtsanwältin
Fachanwältin für
Vergaberecht
[Caroline von Bechtolsheim](#)



Rechtsanwältin
Janna Birkhoff

[->zurück zum Inhaltsverzeichnis](#)

[STICHPROBENHAFTER PRÜFUNG VON REFERENZEN ERFORDERLICH]

Werden von einer Vergabestelle Referenzangaben der Bieter gefordert, ist jedenfalls deren stichprobenhafte Prüfung (z.B. in Form einer telefonischen Kontaktaufnahme mit dem Referenzbeauftragten) erforderlich und in der Vergabeakte zu dokumentieren. Einen Ausschluss allein aufgrund der „Papierlage“ hält die Vergabekammer Lüneburg für vergaberechtswidrig.

Eignungsmangel nur nachgewiesen bei geprüften Referenzen

In ihrem Beschluss vom 18.05.2020 (VgK-06/2020) hielt die Kammer eine gesonderte Prüfung der Referenzen bei jedem Bieter für erforderlich. Im entschiedenen Fall schrieb der öffentliche Auftraggeber den Bau eines passiven Breitbandnetzes in einem EU-weiten Verfahren aus. Zum Nachweis der technischen und beruflichen Leistungsfähigkeit

forderte er eine „einschlägige“ Referenz. Die Vergleichbarkeit der Referenz sollte sich unter anderem aus der Art der Leistung und dem Auftragsvolumen ergeben. Der Auftraggeber hielt danach eine Referenz in geschlossener Bauweise für erforderlich. Die Eignung eines Bieters wurde wegen Nichterfüllung der Eignungsbedingungen aufgrund unzureichender Referenzangaben verneint, da beide vorgelegten Referenzprojekte überwiegend innerorts (in offener Bauweise) ausgeführt wurden. Diesen Ausschluss erklärte die Vergabekammer für unzulässig, da die mangelnde Eignung in Bezug auf die Referenzangaben nicht nachgewiesen sei. Die vom Auftraggeber vorgenommene Prüfung genüge weder den Anforderungen des § 16b EU VOB/A noch den Anforderungen an die Dokumentation des Vergabeverfahrens nach § 20 EU VOB/A, § 8 VgV.

Stichprobenhafte Prüfpflicht trotz Beurteilungsspielraum

Dem Auftraggeber stehe bei der Prüfung der Eignung eines Bieters grundsätzlich ein weiter Beurteilungsspielraum zu, der der Überprüfung durch die Nachprüfungsinstanzen weitgehend entzogen ist. Das gelte insbesondere auch für die Beurteilung der Vergleichbarkeit der Referenzangaben. Für die Vergleichbarkeit der Referenzen müsse es jedoch genügen, dass diese einen tragfähigen Rückschluss auf die Leistungsfähigkeit des Unternehmens in Bezug auf den zu vergebenen Auftrag eröffnen. Hierbei dürfe der Auftraggeber keinen zu engen Maßstab anlegen. Der öffentliche Auftraggeber sei vor allem gehalten, den Referenzangaben bei



jedem Bieter zumindest teilweise nachzugehen und diese z.B. durch telefonische Nachfrage bei den Referenzauftraggebern zu überprüfen.

Vorsicht: Dokumentationspflichten!

In der Vergabeakte soll zu dokumentieren sein, ob, wann, mit welchem Inhalt und mit welchem Ergebnis der Auftraggeber Kontakt zum Referenzauftraggeber aufgenommen und sich mit dem dortigen Ansprechpartner über die Art und Weise des dortigen Auftrags und der dortigen Auftrags erledigung ausgetauscht hat. Ein Erinnerungsprotokoll über ein rund 7 Wochen zuvor geführtes Telefonat zwischen dem öffentlichen Auftraggeber und dem Referenzauftraggeber genüge nicht der Dokumentationspflicht. Die Vergabedokumentation sei zeitnah zu erstellen und laufend fortzuschreiben. Der erst nachträglich gefertigte Vermerk, der nicht Gegenstand der Vergabeakte war, könne nicht den mit der mangelhaften Dokumentation der Eignungsprüfung verbundenen Verstoß gegen das vergaberechtliche Transparenzgebot heilen.

Kritik an der Spruchpraxis

Der Beschluss der Vergabekammer stößt zum Teil auf Kritik, da sie im Beschluss angibt, dass die fragliche Referenz „vom Auftragsgegenstand an sich“ zum Auftrag passe und daher einer näheren Überprüfung bedürfe. Der Vergabekammer wird vorgehalten, sie habe insoweit die vom öffentlichen Auftraggeber vorzunehmende Bewertung der „Vergleichbarkeit“ durch ihre eigene

ersetzt. Dies erweist sich insbesondere deshalb als problematisch, da der Auftraggeber explizit keine „vergleichbare“, sondern eine „einschlägige“ Referenz gefordert hatte. Wenn eine Referenz aber bereits nach Aktenlage als unpassend angesehen werden muss, kann insbesondere mit Blick auf den vergaberechtlichen Beschleunigungsgrundsatz im Ausnahmefall die Pflicht entfallen, eine tiefergehende Überprüfung vorzunehmen.

Hinweis für die Praxis

Unabhängig vom Einzelfall sollten Referenzangaben nur gefordert werden, wenn die Vergabestelle diese jedenfalls stichprobenhaft überprüfen will. Eine solche Prüfung ist selbstverständlich nur erforderlich, wenn der Vergabestelle entsprechende (gesicherte) Erkenntnisse nicht bereits aus anderen Quellen vorliegen. Die Tatsachengrundlage für die Eignungsprüfung ist in jedem Fall umfassend und zeitnah nach § 20 EU VOB/A zu dokumentieren.

[GGSC] berät regelmäßig öffentliche Auftraggeber bei der Durchführung von Vergabeverfahren und hat bereits zahlreiche Vergabestellen erfolgreich in Nachprüfungsverfahren vertreten.

Rückfragen bei [GGSC] bitte an:



Rechtsanwalt
Fachanwalt für
Vergaberecht
[Jens Kröcher](#)



Rechtsanwältin
[Annette Sander](#)

[->zurück zum Inhaltsverzeichnis](#)

[BEAUFTRAGUNG NACH GEHEIM- WETTBEWERB: WELCHES GEWICHT MUSS DIE ENTSCHEIDUNG DES PREISGERICHTS HABEN?]

Wer einen Architektenwettbewerb gewinnt, muss im anschließenden Vergabeverfahren bevorzugt behandelt werden. In der Praxis geschieht dies dadurch, dass der Sieger im Vergabeverfahren einen angemessenen Punktevorsprung erhält. Welche Anforderungen Auftraggeber hierbei zu beachten haben, ist Gegenstand zweier aktueller Entscheidungen.

Problem

Im Planungswettbewerb wird ausschließlich die Qualität des Entwurfs bewertet, also vor allem die gestalterische Lösung der Wettbewerbsaufgabe. Rückschlüsse auf sonstige qualitative Aspekte – Arbeitsweise der Planungsbüros, Projektorganisation, fachliche Erfahrung usw. – sind durch den Wettbewerb nicht möglich. Auftraggeber sollen und dürfen im Anschluss an einen Planungswettbewerb daher mit den Preisträgern verhandeln und bei der Angebotswertung weitere qualitative sowie wirtschaftliche Kriterien berücksichtigen. Die Auftragsvergabe erfolgt im Wettbewerb.

Damit der Planungswettbewerb dadurch nicht zu einem Muster ohne Wert wird, schreibt § 8 Abs. 2 der Richtlinien für Planungswettbewerbe (RPW 2013) vor, dass „in der Regel“ der Gewinner zu beauftragen ist. Um diese Regel-Beauftragung zu gewährleisten, muss das Wettbewerbsergebnis bei der Gewichtung der Zuschlagskriterien angemessen berücksichtigt werden. Dieses Spannungsverhältnis richtig aufzulösen – Wettbewerbsvergabe einerseits und Privilegierung des ersten Preisträgers andererseits – ist schwierig und regelmäßig Gegenstand von Nachprüfungsverfahren.

Bisherige Rechtsprechung

In einer der ersten Entscheidungen zu § 8 Abs. 2 RPW 2013 befand die VK Südbayern noch, dass eine Gewichtung des Wettbewerbsergebnisses im Verhandlungsverfahren mit 35 % bei einem Punktevorsprung von 8,75 % der Gesamtpunktzahl angemessen sei (wir berichteten im [HOAI Newsletter 03/2015](#)). Das Oberlandesgericht Frankfurt am Main sah dies anders und urteilte im Jahr 2017, dass eine Gewichtung von 30 % bei einem gleichzeitigen Punktevorsprung von weniger als 10 % der Gesamtpunktzahl (im konkreten Fall waren es sogar nur 6 %) gegen § 8 Abs. 2 RPW verstößt (wir berichteten [HOAI NL 07/2017](#)).



Ein Schritt vor ...

Die VK Südbayern hat in einer aktuellen Entscheidung (Beschluss vom 03.07.2019, Z3-3-3194-1-09-03/19) die Rechtsprechung des OLG Frankfurt fortgeführt. In dem entschiedenen Fall hatte der Sieger des Wettbewerbs 500 von 1.000 Punkten erhalten, das zweitplatzierte Büro 400 von 1.000 Punkten. Diese Gewichtung des Wettbewerbsergebnisses verstößt nach Auffassung der Vergabekammer gegen das Prinzip der Regelbeauftragung, weil ein Punktevorsprung von nur 10 % der Gesamtpunktzahl auch bei regulärem Verlauf eines Verhandlungsverfahrens leicht aufgeholt werden könne. Hatte das OLG Frankfurt noch einen Punktevorsprung von *weniger* als 10 % kritisiert, geht die VK Südbayern einen Schritt weiter: auch 10 % sind zu wenig.

... und einer zurück

In einem von [GGSC] vor der VK Hessen verhandelten Fall war u.a. die Frage zu klären, ob ein Punktevorsprung von 12 % der Gesamtpunktzahl den Anforderungen der RPW entspricht. Die Kammer bejahte dies (Beschluss vom 21.01.2020, 69d VK 17/2019) und stellt sich hierbei ausdrücklich gegen die Entscheidung der VK Südbayern. Nach Auffassung der VK Hessen sind nur Punktevorsprünge von weniger als 10 % rechtswidrig, 10 % oder mehr jedoch grundsätzlich RPW-konform. Das OLG Frankfurt am Main hat die Entscheidung mit Beschluss vom 23.06.2020 bestätigt (11 Verg 2/20).

Folgerungen für die Praxis

Die uneinheitliche Entscheidungspraxis war problematisch, und zwar für Auftraggeber und für Architekten gleichermaßen. Mit der jüngsten Entscheidung des OLG Frankfurt/Main hat sich nun erstmals ein oberstes Gericht auf einen festen Prozentsatz festgelegt, ab dem ein ausreichender Punktevorsprung zu den übrigen Preisträgern besteht.

Eine horizontale Gewichtung des Wettbewerbsergebnisses mit mindestens 50 % bei einem Punktevorsprung von 10 % der Gesamtpunktzahl ist nach Auffassung des OLG RPW-konform. Hieran wird man sich in der Praxis orientieren können.

Rückfragen bei [GGSC] bitte an:



Rechtsanwalt/Fachanwalt
für Vergaberecht/ Bau-
und Architektenrecht
[Dr. Sebastian Schattenfroh](#)



Rechtsanwalt
[René Hermann](#)

[-> zurück zum Inhaltsverzeichnis](#)



[DIE GRENZEN DES AMTSERMITTLUNGSGRUNDSATZES IN NACHPRÜFUNGSVERFAHREN]

In einem Nachprüfungsverfahren erforscht die Vergabekammer den Sachverhalt von Amts wegen. So ist sie grundsätzlich auch zum Aufgreifen nicht geltend gemachter, sich aufdrängender Vergaberechtsfehler befugt.

Diesen bereits vom OLG Düsseldorf im Jahr 2008 aufgestellten Rechtssatz hat die VK Südbayern in ihrem Beschluss vom 19.06.2020 (Az.: 3194.Z3-3 01-20-6) wieder aufgegriffen. Im Ergebnis hat die VK dann zu Lasten der Antragsgegnerin aufgrund eines vom Bieter nicht gerügten vermeintlichen Vergaberechtsverstößes, den die VK in der Unzulässigkeit der Nachforderung von Unterlagen sah, entschieden. Die Entscheidung begegnet über den konkreten Fall hinaus grundsätzlichen Bedenken.

Hintergrund der Entscheidung

Im Rahmen einer europaweiten Ausschreibung abfallwirtschaftlicher Dienstleistungen hatten die Bieter zum Nachweis ihrer wirtschaftlichen und finanziellen Leistungsfähigkeit einen Nachweis einer Betriebshaftpflichtversicherung vorzulegen. Die Mindestanforderungen an die Versicherung wurden in der Vergabebekanntmachung konkretisiert. Als Nachweis forderte der Auftraggeber eine Bestätigung einer Versicherung oder einen Versicherungsschein. Der Auftraggeber erachtete es aber für gleichwertig, wenn der Bieter eine von einer Versicherung unterzeichnete Bereitschaftserklärung zum

Abschluss einer entsprechenden Versicherung vorlegte.

Ein Bieter fügte seinem Angebot daraufhin sowohl eine Versicherungsbestätigung als auch eine Bereitschaftserklärung bei. Da sich aus der Versicherungsbestätigung nicht ohne Weiteres sämtliche Mindestanforderungen der Bekanntmachung ergaben und die Bereitschaftserklärung an einem formalen Mangel litt, sah sich der Auftraggeber zum Nachfordern eines entsprechenden Nachweises veranlasst. Dieses Vorgehen erachtete die VK für unzulässig und wertete es daher ohne vorhergehende Rüge durch einen Bieter als Vergaberechtsverstoß.

Unzulässige ungefragte Fehlersuche

Da das Nachprüfungsverfahren grundsätzlich als Antragsverfahren ausgestaltet ist, unterliegt es auch der Dispositionsmaxime. Das bedeutet, dass die Verfahrensbeteiligten den Gang des (Nachprüfungs-)Verfahrens, dessen Gegenstand, Einleitung und Ende bestimmen. Gleichzeitig bestimmt § 163 Abs. 1 Satz 1 GWB, dass der Sachverhalt von Amts wegen zu untersuchen ist, mithin also doch der Untersuchungsgrundsatz gilt. Dieser wird nach § 163 Abs. 1 Satz 2-4 GWB aber insoweit wieder eingeschränkt, als sich die Nachprüfungsinstanzen auf das beschränken können, was von den Beteiligten vorgebracht wird oder ihnen sonst bekannt sein muss (Satz 2). Weiterhin haben sie keine umfassende Rechtmäßigkeitskontrolle vorzunehmen (Satz 3) und während ihrer Tätigkeit darauf zu achten, dass der Ablauf des Verfahrens nicht unnötigerweise beeinträchtigt wird (Satz 4).



Der Untersuchungsgrundsatz geht jedenfalls nicht soweit, dass die Akte nach weiteren Auffälligkeiten durchsucht werden kann, die von keinem Beteiligten vorgetragen wurden. Letztlich dient das Nachprüfungsverfahren der Verwirklichung subjektiver Bieterrechte und nicht der abstrakten Sicherstellung der Rechtmäßigkeit des Vergabeverfahrens. Kurz gesprochen: Die Vergabekammer hat sich auf keine ungefragte Fehlersuche zu begeben. Daher wird mit guten Gründen vertreten, dass die Nachprüfungsinstanz bei Durchsicht der Akten auch bei nicht zu übersehenden weiteren Mängeln diese nur in das Verfahren einbeziehen kann, wenn es sich um offensichtliche und gravierende Vergabeverstöße handelt.

Die Entscheidung der VK Südbayern begründet somit schon in formaler Hinsicht erhebliche Zweifel, ob es sich um einen sich aufdrängenden gravierenden Vergaberechtsverstoß handelte, der von Amts wegen aufgegriffen werden darf.

Keine Nachforderung bei Vorlage alternativer Nachweise

Obwohl es sich bei der formal mangelhaften Bereitschaftserklärung um eine unternehmensbezogene Unterlage handelt, die grundsätzlich nachgefordert werden kann, erachtete die VK Südbayern die Nachforderung und Einbeziehung der Bereitschaftserklärung in die Angebotswertung für unzulässig, weil die zusätzlich vorgelegte Versicherungsbestätigung inhaltlich den Anforderungen der Vergabeunterlagen nicht entsprach und deshalb nicht hätte nachgefordert werden dürfen. Nach Auffassung der VK könne ein

Bieter, der mehrere alternative Nachweise einreicht, seine Chancen wettbewerbsverzerrend verbessern, indem er sich bei der Nachforderung immer auf die formal fehlende Unterlage berufen könnte.

Allerdings verkennt die VK, dass es der Auftraggeber ausdrücklich auch für zulässig erachtet hatte, wenn der Bieter zum Zeitpunkt der Angebotsabgabe über noch gar keine Versicherung verfügt und sich lediglich zum Abschluss einer entsprechenden Versicherung verpflichtet. Es widerspricht den vergaberechtlichen Prinzipien der Nichtdiskriminierung und Verhältnismäßigkeit, einen Bieter, der sich also überobligatorisch verhält – also mehr als das mindestens Geforderte vorlegt –, von dem Vergabeverfahren auszuschließen.

Entscheidung durch das OLG München

Aktuell befindet sich das Verfahren vor dem OLG München zur Entscheidung über die eingelegten sofortigen Beschwerden der Antragsgegnerin und der Beigeladenen. Mit einer Entscheidung wird im November gerechnet. Es bleibt abzuwarten, ob das OLG München die nach Auffassung von [GGSC] verfehlt Entscheidung der VK Südbayern bestätigt.

[GGSC] berät regelmäßig insbesondere öffentliche Auftraggeber bei der Konzeptionierung und Durchführung von Vergabeverfahren. Ferner vertritt [GGSC] Beteiligte bundesweit in Nachprüfungsverfahren vor den Vergabekammern und Oberlandesgerichten, aktuell in Verfahren in Bayern, Hessen, Niedersachsen und Sachsen.



Rückfragen bei [GGSC] bitte an:



Rechtsanwalt
Fachanwalt für
Vergaberecht
[Dr. Frank Wenzel](#)



Rechtsanwältin
Linda Reiche

[->zurück zum Inhaltsverzeichnis](#)

[DIE FOLGEN EINER FEHLENDEN ZUSTIMMUNGSERKLÄRUNG DES BIETERS ZUR BINDEFRISTVERLÄNGERUNG]

Fordert der öffentliche Auftraggeber im laufenden Vergabeverfahren die Bieter zur Bestätigung einer beabsichtigten Bindefristverlängerung auf, steht es den Bietern frei, ihre Zustimmung zu erteilen oder die Bindung an ihre abgegebenen Angebote erlöschen zu lassen. Gibt ein Bieter aber trotz Aufforderung keine Erklärung ab, sehen sich die Auftraggeber mit vergaberechtlichen, zivilrechtlichen sowie haushaltsrechtlichen Fragen konfrontiert.

Verlängerung der Bindefrist stillschweigend durch schlüssiges Verhalten

Das OLG Celle hat kürzlich in seinem Beschluss (vom 30.01.2020 – 13 Verg 14/19) klargestellt, dass eine Bestätigung der Bindefristverlängerung durch den Bieter nicht

zwingend einer ausdrücklichen Erklärung bedarf.

Eine solche Zustimmung kann auch stillschweigend durch schlüssiges Verhalten erteilt werden, z.B. durch Nachreichung nachgeforderter Unterlagen oder durch Aufrechterhaltung des Angebots.

Eine stillschweigende Bindefristverlängerung kommt hingegen nicht mehr in Betracht, wenn die ursprüngliche Bindefrist bereits abgelaufen ist. Gleiches gilt, wenn der Auftraggeber um ausdrückliche schriftliche Bestätigung der Bindefristverlängerung gebeten hat.

Zivilrechtliche Folgen der abgelaufenen Bindefrist

Liegt nach Ablauf der Bindefrist tatsächlich keine Zustimmung des Bieters vor, erlischt dessen Angebot. Erteilt die Vergabestelle anschließend dennoch den Zuschlag, ist dieser als neues Angebot anzusehen, welches der Bieter bei fortbestehendem Interesse am Auftrag annehmen kann, aber nicht annehmen muss.

Ob der Vertrag zwischen den Parteien trotz Verzögerungen der Zuschlagserteilung und ggf. des Leistungsbeginns zu den ursprünglichen Konditionen zustande kommen soll, ist durch Auslegung zu ermitteln. So kann das neue Angebot des Auftraggebers an den Bieter einen Preisanpassungsvorbehalt beinhalten. Genauso gut kann der Auftraggeber klar und eindeutig zum Ausdruck bringen, dass die unveränderten Angebotsbedingungen (insbesondere Preise) auch für den nach



hinten verschobenen Leistungszeitraum gelten sollen. Kommt der Vertrag zu den ursprünglichen Konditionen zustande, kann sich dennoch ein Mehrvergütungsanspruch des Bieters wegen Verzögerung des Leistungsbeginns je nach Umständen des Einzelfalls aus der VOB/B oder dem BGB ergeben.

Vergaberechtliche Folgen der abgelaufenen Bindefrist

Ein unter zivilrechtlichen Gesichtspunkten erloschenes Angebot führt nicht dazu, dass das Angebot auch vergaberechtlich hinfällig ist. Der Auftraggeber ist nicht daran gehindert, den Zuschlag auf ein Angebot zu erteilen, obwohl die Bindefrist abgelaufen ist.

Voraussetzung ist, dass zum einen die Vergabeunterlagen einen Ausschluss verfristeter Angebote nicht vorschreiben, dass zum anderen das fragliche Angebot seinem Inhalt nach unverändert ist und dass ferner Rechte von Mitbewerbern, insbesondere Gleichbehandlungsrechte, nicht beeinträchtigt sein können.

Das OLG Celle sieht den Gleichbehandlungs- und Wettbewerbsgrundsatz bei einer Verlängerung der Bindefrist gewahrt, sofern allen noch in Frage kommenden Bietern die Möglichkeit eröffnet wird, weiterhin am Vergabeverfahren teilzunehmen. Gleiches gilt auch für den Fall, dass ein Bieter seine Zustimmung zur Bindefristverlängerung nicht erteilt hat, sofern der Zuschlag auf dessen Angebot zu den Konditionen des ursprünglichen Angebots erfolgt.

Ablauf der Bindefrist fällt nicht unter die in § 57 VgV normierten Ausschlussgründe

Insbesondere lässt sich der Ablauf der Bindefrist nicht unter einen der in § 57 Abs. 1 VgV normierten Ausschlussgründe fassen.

Zwar stellt die eigenmächtige Verkürzung der in den Vergabeunterlagen vorgegebenen Bindefrist durch einen Bieter bei Abgabe seines Angebots eine Änderung oder Ergänzung der Vergabeunterlagen i.S.d. Nr. 4 dar, die zum Ausschluss des Angebots führt. Dies gilt jedoch nicht für eine Nichterteilung der Zustimmung zur Bindefristverlängerung durch den Bieter. Denn in diesem Fall hat der Bieter trotzdem die in den Vergabeunterlagen vorgesehene ursprüngliche Bindefrist in seinem Angebot zutreffend berücksichtigt.

Die unterlassene Erklärung der Bindefristverlängerung stellt auch keine fehlende Unterlage dar, die nach Nr. 2 zum Angebotsausschluss führen würde.

Die Nichterteilung der Zustimmung zur Bindefristverlängerung ändert auch nichts daran, dass das Angebot des Bieters sowohl form- als auch fristgerecht eingereicht worden ist. Ein Angebotsausschluss lässt sich daher auch nicht auf Nr. 1 stützen.



Gegebenenfalls Pflicht zur Zuschlagserteilung aufgrund haushaltsrechtlicher Bindungen

Der Auftraggeber ist u.U. unter der Geltung des öffentlichen Haushaltsrechts im Einzelfall sogar gehalten, den Zuschlag auf ein Angebot zu erteilen, obwohl die Bindefrist abgelaufen ist.

So ist es mit den haushaltsrechtlichen Bindungen, denen der Auftraggeber unterliegt, i.d.R. unvereinbar, das wirtschaftlichste Angebot von der Wertung nur deshalb auszunehmen, weil die Bindefrist abgelaufen ist und nunmehr der Zuschlag nicht mehr durch einfache Annahmeerklärung erteilt werden kann, sondern ein eigener Antrag des Auftraggebers und die Annahme durch den Bieter nötig sind.

Auswirkungen auf die Antragsbefugnis im Nachprüfungsverfahren

Kommt es zu einem Nachprüfungsverfahren, stellt sich die Frage nach der Antragsbefugnis des Bieters, der seine Zustimmung zur Bindefristverlängerung nicht (fristgerecht) erteilt hat. Antragsbefugt ist ein Bieter im Nachprüfungsverfahren nur, wenn er ein Interesse an dem öffentlichen Auftrag hat. Das OLG Celle hat klargestellt, dass allein aus der Tatsache, dass ein Bieter einer Bindefristverlängerung nicht (fristgerecht) zugestimmt hat, nicht zwingend geschlossen werden kann, dass er kein Interesse mehr an der Auftragserteilung hat. Vielmehr bringt der Bieter mit seiner

Rüge und seinem anschließenden Nachprüfungsantrag deutlich das Gegenteil zum Ausdruck.

Im Ergebnis ist es für den Auftraggeber sinnvoll, von den Bietern die ausdrückliche Zustimmung zur beabsichtigten Bindefristverlängerung – und zwar vor deren Ablauf – anzufordern. Auf diese Weise wird die Möglichkeit der stillschweigenden Bindefristverlängerung ausgeschlossen und insoweit Rechtssicherheit geschaffen.

[GGSC] berät regelmäßig öffentliche Auftraggeber bei der Durchführung von Vergabeverfahren und hat bereits zahlreiche Vergabestellen erfolgreich in Nachprüfungsverfahren vertreten.

Rückfragen bei [GGSC] bitte an:



Rechtsanwalt
Fachanwalt für
Vergaberecht
[Jens Kröcher](#)



Rechtsanwältin
[Daniela Weber](#)

[-> zurück zum Inhaltsverzeichnis](#)



[DIE DSGVO-KONFORME AUSGESTALTUNG DER VERGABEUNTERLAGEN]

Öffentliche Auftraggeber verarbeiten im Laufe des Vergabeverfahrens diverse personenbezogene Daten der teilnehmenden Bieter, wie bspw. die Namen vertretungsberechtigter Personen, Qualifikationen der Projektleiter oder Angaben über vergangene Insolvenzverfahren im Handelsregisterauszug.

Datenverarbeitung in der Ausschreibung – und ggf. auch bei der Leistung

Ebenso kann Gegenstand der zu vergebenen Leistung selbst die Verarbeitung personenbezogener Daten Dritter durch den Auftragnehmer sein. So läge der Fall bspw. bei der Beauftragung zum Aufstellen neuer Abfalltonnen und zur Abfallsammlung. Für die Leistungserbringung müsste der Auftraggeber dem Auftragnehmer Informationen über die betroffenen Bewohner des Sammelgebiets überlassen, wie Namen, Adressen, Behältergrößen, Abfuhrintervalle o.ä.

Dies führt dazu, dass sich die Auftraggeber mit der Frage auseinandersetzen müssen, wie sich die EU-Datenschutzgrundverordnung (DSGVO) auf die Ausgestaltung der Vergabeunterlagen auswirkt.

Erfordernis einer Datenschutzerklärung im Vergabeverfahren

Gemäß Art. 13 Abs. 1 DSGVO hat der Verantwortliche der betroffenen Person zum Zeitpunkt der Erhebung der personenbezogenen

Daten diverse Informationen mitzuteilen. Verantwortlicher ist der öffentliche Auftraggeber. Im Verhältnis zwischen ihm und dem einzelnen Bieter ist jeder Bieter „betroffene Person“. Daher ist den Vergabeunterlagen zwingend eine Datenschutzerklärung nach Art. 12, 13 DSGVO beizufügen. Gegenstand ist die Verarbeitung von Daten der Bieter im Vergabeverfahren.

Zuordnung der Akteure des Vergabeverfahrens

Um die Datenschutzerklärung inhaltlich korrekt und vollständig verfassen zu können, sollte der Auftraggeber im Vorfeld die am Vergabeverfahren beteiligten Akteure identifizieren und sie einer in der DSGVO definierten „Rolle“ zuordnen. Denn hiervon hängt ab, ob und wie die Akteure in der Datenschutzerklärung zu benennen sind und ob die Datenübertragung zwischen ihnen und dem Auftraggeber als rechtfertigungsbedürftige „Datenverarbeitung“ zu qualifizieren ist; im letzteren Fall wären Zweck und Rechtsgrundlage der Weitergabe der Daten in der Datenschutzerklärung zu benennen.

Erfordernis eines Auftragsverarbeitungsvertrags für den Leistungszeitraum

Bedingt es die künftige Leistungserbringung, dass der Auftragnehmer auch personenbezogene Daten Dritter im Auftrag des öffentlichen Auftraggebers verarbeitet, dann ist der Auftragnehmer als „Auftragsverarbeiter“ i.S.d. DSGVO einzustufen. Gemäß Art. 28 Abs. 3 DSGVO hat der Auftraggeber mit dem



Auftragnehmer einen Auftragsverarbeitungsvertrag für den Leistungszeitraum abzuschließen. In diesem Fall ist den Vergabeunterlagen zwingend ein Auftragsverarbeitungsvertrag beizufügen, zu dessen Abschluss es mit Zuschlagserteilung kommt.

[GGSC] berät regelmäßig öffentliche Auftraggeber bei der Durchführung von Vergabeverfahren auch in Fragen des Datenschutzrechts.

Rückfragen bei [GGSC] bitte an:



Rechtsanwalt
Fachanwalt für
Vergaberecht
[Jens Kröcher](#)



Rechtsanwältin
[Daniela Weber](#)

[->zurück zum Inhaltsverzeichnis](#)

[BREITBANDFÖRDERUNGEN BLEIBEN AUSSCHREIBUNGSPFLICHTIG!]

Auch wenn das OLG Dresden im vergangenen Jahr entschieden hat, dass die Breitbandförderung nicht dem formalen Vergaberecht unterliegt, bleiben öffentliche Auftraggeber jedenfalls nach dem Fördermittel- und Beihilfenrecht sehr wohl ausschreibungspflichtig.

Die Entscheidung

Im August 2019 hatte das OLG Dresden (Beschluss vom 21.08.2019, Verg 5/19) im Zusammenhang mit der Breitbandförderung des Bundes entschieden, dass öffentliche Auftraggeber vom Vergaberecht befreit sind, wenn sie die Versorgung der Bevölkerung mit schnellen Breitbandanschlüssen auf einen Konzessionsnehmer übertragen. Das OLG bestätigte damit eine Entscheidung der Vergabekammer des Freistaates Sachsen, die zum einen entschied, dass der geförderte Breitbandausbau als Dienstleistungskonzession zu qualifizieren ist, zum anderen eine sog. „Bereichsausnahme“ nach § 149 Nr. 8 GWB annahm: Nach § 149 Nr. 8 GWB unterfallen Konzessionen, die hauptsächlich dazu dienen, der öffentlichen Hand die Bereitstellung oder den Betrieb öffentlicher Kommunikationsnetze zu ermöglichen, nicht dem formalen Vergaberecht.

Folgen für die Praxis

Dass es sich beim geförderten Breitbandausbau im sog. Wirtschaftlichkeitslückenmodell vergaberechtlich um Dienstleistungskonzessionen handelt, entspricht wohl überwiegender Auffassung in Literatur und Rechtsprechung. Die öffentliche Hand kommt ihrer Daseinsvorsorge nach, die Versorgung der Bevölkerung mit Breitbandinternet zu ermöglichen. Die Ertüchtigung und den Betrieb übernimmt sie aber nicht selber, sondern überträgt Bau, Betrieb und Nutzung auf ein privates Telekommunikationsunternehmen. Die Förderung deckt nur die heute ermittelte Wirtschaftlichkeitslücke ab; es



verbleiben erhebliche Restrisiken beim Telekommunikationsunternehmen, weil der Erfolg von der späteren, tatsächlichen Kundenakquise abhängt. Das ist typisch für eine Konzession.

Bereichsausnahme – ja oder nein?

Ob aber tatsächlich eine „Bereichsausnahme“ vorliegt, mögen andere Gerichte auch anders entscheiden. Selbst wenn dem Ansatz des OLG Dresden gefolgt werden sollte, gilt Folgendes zu berücksichtigen: Die Förderregularien, insbesondere die von der EU-Kommission beihilfenrechtlich genehmigte NGA-Rahmenregelung des Bundes, sehen für die Vergabe von Fördermitteln zum Breitbandausbau offene und transparente Ausschreibungsverfahren vor. Wer sich daran nicht hält, der wird im Ergebnis für sein Projekt keine Fördermittel erhalten. Die Ausschreibungsverfahren sind daher trotz der OLG-Entscheidung jedenfalls in Anlehnung an die Konzessionsvergabeverordnung unter Einhaltung sämtlicher Vergabegrundsätze und einer entsprechenden Bekanntmachung durchzuführen.

Rechtsschutzfragen

Es empfiehlt sich aber, unter Verweis auf die OLG-Entscheidung durchaus offenzulegen, dass sich die örtlich zuständige Vergabekammer im Falle einer Vergabenachprüfung ggfls. unter Hinweis auf eine Bereichsausnahme für inhaltlich unzuständig erklären könnte und in diesem Fall Rechtsschutz vor den Landgerichten im Wege einer einstweiligen Verfügung zu suchen ist.

Bei konsequenter Anwendung der OLG-Dresden-Entscheidung wird der vergaberechtliche Primärrechtsschutz deutlich erschwert, weil die Alternative vor den Landgerichten deutlich aufwändiger ist und Landgerichte naturgemäß ihren inhaltlichen Tätigkeitsschwerpunkt auch nicht im Vergaberecht haben werden.

Rückfragen bei [GGSC] bitte an:

Rechtsanwalt/Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht Dr. Joachim Wrase



Rechtsanwalt/Fachanwalt
für Bau- und Architekten-
recht

[Dr. Joachim Wrase](#)



Rechtsanwalt

[Dr. Benjamin Tschida](#)

[-> zurück zum Inhaltsverzeichnis](#)



[GGSC] SEMINARE

Rechtsanwältin Ida Oswald,
Rechtsanwältin Linda Reiche,
Rechtsanwalt Linus Viezens,
Rechtsanwalt Dr. Frank Wenzel
[GGSC] Online-Seminar
Update Gewerbliche Sammlungen –
Umsetzung der neuesten Rechtsprechung
Mittwoch, 18.11.2020
10:00 Uhr – 12:15 Uhr

[Zum Programm](#)

[Zur Online-Anmeldung](#)

- Anmerkungen zum Umgang mit wasser-gefährdenden Stoffen
- OLG Brandenburg: Eintragungspflicht von Zweckverbänden im Handelsregister?

Kommunale Beschlussfassung und Erhebung von Benutzungsgebühren in Zeiten der COVID 19-Pandemie

Rechtsanwältin Katrin Jänicke
Rechtsanwalt Dr. Manuel Schwind
in AbfallR 2020, S. 107–119

[GGSC AUF VERANSTALTUNGEN]

Rechtsanwältin Caroline von Bechtolsheim
Kalkulation von Gebühren und Mitbenutzungsentgelten
16. Fachkonferenz Betriebswirtschaftliche Strategien für die Abfallwirtschaft und Stadtreinigung
Akademie Dr. Obladen/ [GGSC]
[26.11.2020 in Berlin](#)

[GGSC-VERÖFFENTLICHUNGEN]

In der Ausgabe der Zeitschrift Müll und Abfall (Heft 08/2020, Seite 319) findet sich ein Beitrag von [GGSC] RechtsanwältInnen zu folgendem Thema:

[HINWEIS AUF ANDERE GGSC-NEWSLETTER]

HOAI Newsletter

[August 2020](#)

Einige Themen dieser Ausgabe:

- Stand der HOAI-Novelle – gilt die alte HOAI noch? Wann kommt eine neue?
- Bauen unter Normabweichung - Planer muss den Bauherrn aufklären
- Schiedsgutachtervereinbarungen in Planungsverträgen: Was bedeutet das?
- Beauftragung nach Architektenwettbewerb: Welches Gewicht muss die Preisgerichtsentscheidung haben?



Abfall Newsletter

September 2020

- PPK-Sensation: BMU hält an Recht einseitig-verbindlicher Vorgabe des Volumenfaktors durch öRE fest!
- BVerwG konkretisiert Rechtsprechung zu gewerblichen Sammlungen
- Praxisprobleme bei der Einstufung wassergefährdender Abfälle
- MVA: Rechtsprechung konturiert Entschädigungsgrundlagen für Netzabschaltungen
- Was ist die EU-Plastiksteuer?
- Bereitstellung Abfallbehälter und Rückwärtsfahrt
- Altkleidersammlungen – Erfolgreiche Geltendmachung von Zahlungsansprüchen
- Aktuelle Rechtsprechung zur Sicherheitsleistung nach § 18 Abs. 4 VerpackG
- Illegale Abfallablagerungen – Anpassung des Bußgeldkataloges in Brandenburg
- Anordnung einer Getrennterfassung von Bioabfällen rechtmäßig
- Vorsicht bei der Weitergabe von personenbezogenen Daten an Systembetreiber / von diesen beauftragte Entsorger!
- Online-Seminar Straßenreinigungsg Gebühr

- Online-Seminar zur Kooperation von Straßenreinigung und Grünflächenpflege
- Abfallrechtliche Entscheidungen in Kürze

[HINWEIS AUF KOMMUNALWIRTSCHAFT.DE]

Wir erlauben uns, Sie auf das Angebot der apm³ GmbH bzw. der Akademie Dr. Obladen hinzuweisen, dass Sie im Internet unter www.kommunalwirtschaft.eu finden. Auf der Seite finden Sie regelmäßig Neuigkeiten von [GGSC] zu abfall- und vergaberechtlichen Fragestellungen – klicken Sie dort auf die Kategorie „Recht [GGSC]“. Wenn Sie tagesaktuelle Informationen wünschen, bestellen Sie dort den (kostenlosen) „Tagesanzeiger“.