



[GGSC]

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

Vergabe Newsletter

März 2020

Liebe Mandantschaft,

sehr geehrte Damen und Herren,

Corona in aller Munde – wir haben uns ein paar Gedanken zu möglichen Folgen für Ausschreibungen gemacht. Wir hoffen, es hilft, damit Sie in schwierigen Zeiten weiterkommen.

Schon weit vorher hatten wir spannende andere Themen vorgesehen, die wir im Newsletter belassen haben:

- Für die Beschaffung von E-Bussen werden Fördermittel bereitgestellt – gleichzeitig fordert das EU-Recht in absehbarer Zeit ohnehin den Einsatz „sauberer Fahrzeuge“. Dazu beraten wir Sie natürlich gern.
- Spannend bleibt es auch bei der E-Vergabe: Wer trägt welche Risiken, wenn es den Bietern nicht gelingt, das Angebot hochzuladen – und was passiert, wenn die Ursache für technische Probleme nicht verlässlich festgestellt werden kann? Die Spruchpraxis nähert sich mit Thesen.
- Auch zum Thema Preisobergrenze und Schadensersatzpflichten informieren wir Sie gern.

Setzen Sie sich kritisch mit alledem auseinander!

Die allerbesten Wünsche für Sie,

Ihr [GGSC] Vergabeteam

DIE THEMEN DIESER AUSGABE:

- [Folgen der Corona-Krise für Vergabe- und Nachprüfungsverfahren](#)
- [Beschaffung von Elektrobussen](#)
- [BGH: Bei rechtswidrigem Angebotsabschluss droht Schadensersatzpflicht – auch ohne vorherige Rüge!](#)
- [Technische Schwierigkeiten gehen nicht immer zu Lasten des öffentlichen Auftraggebers](#)
- [Beweislast für richtige elektronische Information der Bieter nach § 134 GWB beim Auftraggeber](#)
- [Zulässigkeit verbindlicher Preisobergrenzen](#)
- [GGSC] auf Veranstaltungen
- [GGSC] Veröffentlichungen
- [GGSC] Online



[FOLGEN DER CORONA-KRISE FÜR VERGABE- UND NACHPRÜFUNGSVERFAHREN]

Die Corona-Virus-Krise zieht mittlerweile weite Kreise und wirft auch für Vergabe- und Nachprüfungsverfahren ernste Fragen auf. Nachfolgend versuchen wir diese zunächst näher zu ordnen und uns darüber ersten Antworten zu nähern.

Gerade in laufenden Vergabeverfahren kann ein Um- oder Nachsteuern geboten sein. Dabei ist zu unterscheiden zwischen Verfahren, bei denen die Angebotsfrist noch nicht abgelaufen ist und solchen, die kurz vor dem Ablauf der Bindefrist und damit der Zuschlagserteilung stehen. Aber auch bei der Vorbereitung einer Vergabe oder deren Nachprüfung können Besonderheiten zu beachten sein. Gerade bei dringenden Beschaffungen (und v.a. im Gesundheitssektor, z.B. beim Erwerb von Schutzmaterial oder Technik) kommen Verfahrenserleichterungen in Betracht.

Der Schwerpunkt unserer Erörterungen liegt auf Dienstleistungsausschreibungen. Für die Bau- und Planungsvergaben hatten wir bereits in unserem [Sondernewsletter Bau -> Corona und Bauprojekte](#) Hinweise gegeben, auf die wir hier verweisen.

Dringliche Beschaffungen

§ 14 Abs. 4 Nr. 3 der Vergabeverordnung (VgV) eröffnet öffentlichen Auftraggebern für Aufträge oberhalb der EU-Schwellenwerte in Fällen, in denen äußerst dringliche, zwingende Gründe im Zusammenhang mit Ereignissen, die der öffentliche Auftraggeber nicht voraussehen konnte und die es nicht zulassen, die Mindestfristen für offenes, nicht offenes oder Verhandlungsverfahren mit vorgeschaltetem Teilnahmewettbewerb einzuhalten, auf die Vergabe im Verhandlungsverfahren ohne vorherigen Teilnahmewettbewerb bis hin zur Direktvergabe zurückzugreifen. Jedoch ist sorgfältig zu prüfen, ob die Beschaffung nicht auch mit den verkürzten Fristen für das offene Verfahren (15 Tage für dringliche Beschaffungen gem. § 15 Abs. 3 VgV) möglich ist – dies obliegt dem Auftraggeber. Gelingt ihm dieser Nachweis nicht, kann daraus die Unwirksamkeit des Vertrages folgen. Kann also derzeit noch knapp zwei Wochen (nach Erarbeitung der Unterlagen und unter Hinzurechnung der Auswertungszeit!) abgewartet werden? Für einige Beschaffungsbedarfe aktuell wohl durchaus fraglich - § 14 Abs.4 Nr. 3 VgV wurde schließlich nicht umsonst geschaffen.



Vergabeverfahren vor Ablauf der Angebotsfrist

Bei laufenden Vergabeverfahren wird es regelmäßig angezeigt sein, mit Blick auf Personalknappheit bei Bietern wie Auftraggebern, auf eingeschränkte Kommunikationsmöglichkeiten, Ausfälle bei Postdienstleistern u.a.m. die Angebotsfrist zu verschieben. Bieter/Interessenten sind hierüber zu informieren und die Bekanntmachungen zu ändern. Soweit eine Verlängerung der Angebotsfrist nicht in Betracht kommt, stellen sich mutmaßlich verstärkt Fragen der Zulässigkeit von Aufhebungen (§ 63 VgV), die lediglich im Falle fehlender Angebote risikolos sind.

Bei laufenden Vergabeverfahren kann sich, ggf. auch verstärkt mit fortschreitender Dauer der Krise, die Frage stellen, ob sich die Leistungen ändern (z.B. Mengenveränderungen), ob Bewerbungsbedingungen einerseits gelockert (z.B. für Erklärungen Dritter) oder verschärft werden müssen (z.B. wegen zunehmenden Zweifeln an der wirtschaftlichen/finanziellen Leistungsfähigkeit). Die Vergabeunterlagen sind dann entsprechend anzupassen und die Bieter hierüber zu informieren. Auch solche Änderungen dürften regelmäßig eine Verlängerung der Angebotsfrist nach sich ziehen.

Vergabeverfahren vor Ablauf der Bindefrist

In einem laufenden Vergabeverfahren kann auch noch in der Prüfungs- und Wertungsphase infolge aktueller Entwicklungen der Beschaffungsbedarf völlig entfallen sein oder sich erheblich verändert haben. Auch dann kann über eine Aufhebung nachzudenken sein. Außerdem kann es nötig sein, den Leistungsbeginn deutlich nach hinten zu verschieben.

Bei fortbestehenden Beschaffungsbedarf kann sich bei der Prüfung und Wertung der Angebote krisenbedingt auch der jeweilige Prüfungsmaßstab verschieben bzw. können zusätzliche Prüfungen unter veränderten Vorzeichen erforderlich werden, so z.B. zur wirtschaftlichen/finanziellen Leistungsfähigkeit im Rahmen der Eignungsprüfung und ggf. zu den Kalkulationsannahmen bei einer Auskömmlichkeitsprüfung (vgl. § 60 VgV).

Erheblicher Zeitdruck kann sich aufbauen, wenn vor der Zuschlagserteilung noch eine Beschlussfassung durch zuständige Organe, insb. Kommunalparlamente, eingeholt werden muss, deren Sitzungen plötzlich „coronabedingt“ ausfallen. Hier ist nach jeweiligem Kommunalrecht zu prüfen, ob aufgrund der besonderen Situation ausnahmsweise auch allein durch die Verwaltungsleitung entschieden werden darf. Andernfalls muss die Bindefrist verlängert



werden; der Auftraggeber hat insoweit weder Anspruch gegenüber den Bietern auf Abgabe einer entsprechenden Erklärung noch ist er grundsätzlich vor Nachforderungen geschützt, die sich aus der Verzögerung ergeben können.

Liegt ein Vergabebeschluss vor und steht (nur) die Information der Bieter noch aus, ist zu prüfen, ob nach § 134 Abs. 3 GWB die Informationspflicht im Ausnahmefall wegen besonderer Dringlichkeit entfallen kann; da es sich jedoch um eine Ausnahmeregelung handelt und eine unzulässig unterbliebene Information weitreichende Rechtsfolgen betr. Rechtsschutz unterlegener Bieter und ggf. nach sich ziehende Schadenersatzansprüche im Raum stehen, ist hier besondere Sorgfalt geboten.

Neue Vergabeverfahren

Gerade in den systemrelevanten Dienstleistungen der Daseinsvorsorge ist regelmäßig kein Aufschub des Leistungsbeginns möglich, folglich müssen auch hier die Ausschreibungen in den kommenden Wochen und Monaten durchgeführt werden. Hier ist im Einzelfall zu prüfen, ob ausnahmsweise andere Verfahrensarten und abweichende Ausgestaltungen der Verfahren zulässig sind. Die Regelungen der §§ 14 ff. VgV sehen hier auch – grundsätzlich eng auszulegende – Ausnahmenbestimmungen für Fristverkürzungen u.a. vor, z.B. § 14 Abs. 4 Nr. 3 VgV oder § 15

Abs. 3 und 4 sowie § 16 Abs. 3 ff., § 17 Abs. 3 ff. VgV.

Zudem wird sich regelmäßig die Frage stellen, ob eine Vertragsverlängerung möglich ist, um für einen Übergangszeitraum „Bekanntes und Bewährtes“ weiterlaufen zu lassen und Vergabeverfahren in ruhigeren Zeiten durchzuführen. Neben einer zivil-/vertragsrechtlichen Prüfung sind hier auch die vergaberechtlichen Regelungen des § 132 GWB im Fokus, da jedenfalls aktuell z.B. durchaus „Umstände“ vorliegen könnten, „die der öffentliche Auftraggeber im Rahmen seiner Sorgfaltspflicht nicht vorhersehen konnte“.

Bei alledem ist jedoch gerade bei mittel- und längerfristig geplanten Ausschreibungen Folgendes zu beachten: Möglichst sollte dann der Start der Vorbereitungen und Bekanntmachung vorgezogen werden! Obwohl und gerade weil die Dauer der Krise gegenwärtig noch nicht absehbar ist, läuft der öffentliche Auftraggeber sonst Gefahr, dass ihm später aufkommende Zeitnot vorgehalten wird: Ab sofort muss er wohl konkret davon ausgehen, dass Verfahren wegen Personalausfällen und anderen Widrigkeiten deutlich mehr Zeit in Anspruch nehmen. Nutzen Sie als öffentlicher Auftraggeber also gerade die sich anbahnende „Zwangspause“, diese Verfahren jetzt schon vorzubereiten.



Nachprüfungsverfahren

Das im Nachprüfungsverfahren geltende Beschleunigungsgebot und die kurzen Entscheidungs- und Rechtsmittelfristen verursachen in Zeiten der Corona-Krise weitere Herausforderungen. Die schon ohne Krise von den Vergabekammern durchaus an der einen oder anderen Stelle in Anspruch genommene Verlängerungsmöglichkeit wird hier noch dringlicher: Es ist im Angesicht der aktuellen Krise erst recht zu befürchten, dass die Vergabekammern die 5-Wochen-Frist des § 167 Abs. 1 Satz 1 GWB in bestimmten Fällen nicht einhalten können und von der Verlängerungsmöglichkeit des § 167 Abs. 1 Satz 2 GWB Gebrauch machen werden.

Für das Verfahren der Sofortigen Beschwerde gilt dagegen die Notfrist des § 172 Abs. 1 Satz 1 GWB von zwei Wochen. Bislang ist die Spruchpraxis zur Wiedereinsetzung sehr restriktiv. Auch wenn sich hier im Zuge der Krise mutmaßlich eine Reihe neuer zivilprozessualer Fallkonstellationen und nachfolgender Spruchpraxis ergeben werden, ist hier bis auf Weiteres von der strengen Einhaltung der Notfrist auszugehen.

Die zu erwartende lange Verfahrensdauer von Nachprüfungsverfahren wird mutmaßlich dazu führen, dass längere Übergangslösungen gefunden werden müssen und hierfür Interimsvergabeverfahren durchgeführt

werden müssen (sofern nicht Vertragsverlängerungen nach § 132 GWB in Frage kommen, s.o.). Zugleich ist zu erwarten, dass die vergaberechtliche Spruchpraxis, die bislang zurückhaltend bei der Zuschlagsgestattung nach Maßgabe des § 169 Abs. 2 GWB war, die Regelung im Lichte der aktuellen Entwicklungen neu wird prüfen müssen.

Unterschwellen-Vergabeverfahren

Da die UVgO in wichtigen Bereichen sehr dem europäisch geprägten Vergaberecht entsprechend angelegt wurde, finden sich für Unterschwellen-Vergaben meist ähnliche Regelungen, so z.B. in § 8 Abs. 4 UVgO für die Verfahrensart oder in § 48 Abs. 1 UVgO für die Aufhebung des Vergabeverfahrens.

Fazit: Der „Werkzeugkasten“ des Vergaberechts hält einige Möglichkeiten bereit, der Krise die Stirn zu bieten – wie immer kommt es auf den Einzelfall und auf sorgfältige Prüfungen und vor allem deren Dokumentation an ...

Kommen Sie gut durch die Krise!

Ihr [GGSC] Vergabeteam

[->zurück zum Inhaltsverzeichnis](#)



[BESCHAFFUNG VON ELEKTRO-BUSSEN]

Zur Unterstützung der Markteinführung von Elektrobussen fördert das Bundesumweltministerium seit dem Jahr 2018 die Beschaffung von Elektrobussen. Gefördert werden Unternehmen, deren Aufgabe in der Dienstleistung besteht, Personen im ÖPNV zu transportieren (Verkehrsbetriebe). Erklärte Zielvorgabe ist es, die Beschaffung mehrerer hundert Elektrobusse zu fördern. Am 30.01.2020 hat die Europäische Kommission die Aufstockung der staatlichen Förderung um weitere 300 Mio. Euro genehmigt. Insgesamt beläuft sich die staatliche Förderung auf 650 Mio. Euro.

Europarechtliche Vorgaben

Auch das Europarecht wird für einen erhöhten Beschaffungsbedarf für Elektrobusse sorgen. Nach der Clean Vehicle Directive (CVD) der Europäischen Union müssen zukünftig bei der öffentlichen Beschaffung von Fahrzeugen zur Personenbeförderung Quoten für „saubere“ Fahrzeuge eingehalten werden. Zu den sauberen Fahrzeugen zählen auch Elektrobusse. Ab dem 02.08.2021 gilt eine Quote von 45 % sauberer Fahrzeuge. Diese steigt ab 2026 auf 65 % an (Art. 4 CVD).

Vergaberechtliche Fragestellungen

Verkehrsbetriebe sind in der Regel Sektorauftraggeber und unterliegen daher dem Anwendungsbereich der Sektorenverordnung. Ab Überschreiten des Schwellenwerts von derzeit 428.000 Euro müssen Aufträge daher europaweit ausgeschrieben werden. Regelmäßig ist bereits bei der Beschaffung eines einzelnen Elektrobusses der Schwellenwert überschritten. Nach der Sektorenverordnung stehen für die Vergabe von Sektoraufträgen das offene Verfahren, das nicht offene Verfahren und das Verhandlungsverfahren mit Teilnahmewettbewerb zur Verfügung. Insbesondere für komplexe Beschaffungsvorhaben wie die Beschaffung von Elektrobussen eignet sich das Verhandlungsverfahren mit Teilnahmewettbewerb.

Gestaltung von Vergaben

Bei der Ausgestaltung des Vergabeverfahrens sind nicht nur die jeweiligen Fördermittelrichtlinien und Zuwendungsbescheide zu berücksichtigen. Wichtig ist auch eine Ausgestaltung der Anforderungen an die zu liefernden Elektrobusse, die dem Auftraggeber die Lieferung eines technisch einwandfreien Produktes ebenso absichern wie eine lange Haltbarkeit. Sinnvoll kann auch die Absicherung von Garantieansprüchen sein.



[GGSC] berät regelmäßig Verkehrsbetriebe auch bei der Ausgestaltung von Vergabeverfahren.

Rückfragen bei [GGSC] bitte an:



Rechtsanwalt
[Wolfgang Siederer](#)



und
Rechtsanwalt
[Linus Viezens](#)

[->zurück zum Inhaltsverzeichnis](#)

[BGH: BEI RECHTSWIDRIGEM ANGEBOTSAUSSCHLUSS DROHT SCHADENSERSATZPFLICHT – AUCH OHNE VORHERIGE RÜGE!]

Wird das Angebot des Bestbieters vergaberechtswidrig ausgeschlossen, läuft die Vergabestelle Gefahr, dem Bieter später Schadensersatz zahlen zu müssen – und zwar das sog. „positive Interesse“, also einschließlich des entgangenen Gewinns. Eine vorherige Rüge oder ein Nachprüfungsantrag gegen den Ausschluss ist für die Geltendmachung dieses Anspruchs keine zwingende Voraussetzung.

Anders als im Staatshaftungsrecht gilt die Vorschrift nach § 839 Abs. 3 lt. BGH im Vergabeverfahren nämlich nicht.

Ausnahmefall für Verweigerung von Schadensersatz: „Mitverschulden des Bieters“

Etwas Anderes kann (nur) gelten, wenn das Unterlassen der Rüge bzw. des Nachprüfungsantrages (aufgrund eines „Mitverschuldens“ des Bestbieters gem. § 254 BGB) „adäquat kausal“ für die Vergabe des Auftrags geworden ist: Es muss also anzunehmen sein, dass die Vergabestelle durch eine Rüge von der Zuschlagserteilung bzw. vom Ausschluss abgehalten worden wäre.

Besondere Indizien für Mitverschulden?

Dafür müssen – offenbar lt. BGH – besondere Indizien vorliegen. Allein die Tatsache, dass keine Rüge angebracht worden ist, reicht offenbar nicht aus. Wörtlich schreibt der BGH (Urteil vom 18.6.2019, X ZR 86/17, Rn. 32): „Dabei wird generell nicht davon ausgegangen werden können, dass sich der Auftraggeber nur aufgrund der Rüge eines Besseren besonnen und dieser Beanstandung abgeholfen hätte“.

Möglicher Grund für „Mitverschulden“: Rügerücknahme aus Eigeninitiative

Ein Grund für ein Mitverschulden des Bieters kann darin liegen, dass der Bestbieter seine erst erhobene Rüge aus Eigeninitiative zurücknimmt. Ein Mitverschulden kann den Anspruch vor allem dann mindern oder gar



aushebeln, wenn der Auftraggeber die Zurückziehung einer Rüge dahin verstehen darf, dass der Bieter seine Bedenken nicht mehr aufrechterhält.

Kein Mitverschulden: Bieter wurde von Vergabestelle zur Rücknahme gedrängt

Dies gilt aber – sogar dann, wenn die Rüge zurückgezogen wurde - nicht, wenn der Bestbieter von der Vergabestelle darum gebeten worden ist bzw. dazu „gedrängt“ wurde (vgl. BGH, Urteil vom 17.09.2019, X ZR 124/18, Rn. 9 f.). Im entschiedenen Fall hatte die Vergabestelle mit dem Bieter sogar ein gesondertes Gespräch geführt. Darin hatte die Vergabestelle um die Rügerücknahme gebeten, um damit die fristgerechte Durchführung der ausgeschriebenen Baumaßnahmen sicherzustellen. Dann trifft den Bieter keine „Mitschuld“, er kann noch im Nachgang zur (rechtswidrigen) Zuschlagserteilung an einen Dritten und trotz Rügerücknahme Schadensersatz fordern.

Sachverhalt

Der vom BGH am 17.9.2019 entschiedene Fall betraf eine Ausschreibung über die Erstellung von Lärmschutzwänden entlang einer Eisenbahnstrecke. Nach Vorgabe der Vergabeunterlagen durften als Bauprodukte nur solche eingesetzt werden, die über einen sog. „Verwendbarkeitsnachweis“ verfügten. Da dieser bei Angebotsabgabe nicht vorlag, schloss die Vergabestelle die Klägerin als

eigentliche Bestbieterin aus dem Verfahren aus und erteilte den Zuschlag einem anderen Bieter. Gegen den Angebotsausschluss hatte die Klägerin vor Zuschlagserteilung Rüge erhoben und den „Verwendbarkeitsnachweis“ nachgereicht. Auf Bitten der Vergabestelle nahm sie die Rüge später jedoch wieder zurück. Die Klägerin forderte die Vergabestelle im Anschluss an die Auftragserteilung dann zum Schadensersatz auf. Zu Recht wie der BGH entschied (Urteil vom 17.09.2019, s.o.).

Voraussetzungen: Vergabeverstoß und hierdurch entstandener Schaden

Zur Überzeugung des BGH stand die Vergaberechtswidrigkeit des Angebotsausschlusses fest, da den Vergabeunterlagen nicht entnommen werden konnte, dass der Verwendbarkeitsnachweis bereits im Zeitpunkt der Angebotsabgabe vorzulegen war. Hierdurch sei der Klägerin ein Schaden entstanden, da sie den Auftrag trotz der Abgabe des Bestangebotes nicht erhalten habe.

Durchführung eines Nachprüfungsverfahrens nicht erforderlich

Der Bundesgerichtshof stellte außerdem klar, dass dem Schadensersatzanspruch auch nicht die unterlassene Erhebung eines Nachprüfungsantrages entgegensteht. Auch dafür bezog sie sich auf die fehlende Anwendbarkeit von § 839 Abs. 3 BGB im Vergabeverfahren: Anders als beispielsweise bei der



Geltendmachung des Amtshaftungsanspruchs, wo dies in § 839 Abs. 3 BGB ausdrücklich vorgesehen ist, muss der Verletzte zur Abwendung eines drohenden Schadens also keine Rechtsmittel vor der Geltendmachung eines Schadensersatzanspruches einlegen.

Hinweis für die Praxis

Unterläuft der Vergabestelle im Ausschreibungsverfahren beim Ausschluss von Bestbietern ein Fehler, kann dem verletzten Bieter ein Schadensersatzanspruch auf das positive Interesse zustehen, wenn der Zuschlag später an einen Dritten erteilt wird – auch ohne vorherige Rüge. Entdeckt die Vergabestelle einen solchen Fehler, sollte sie diesen also möglichst umgehend beheben.

[GGSC] berät Vergabestellen – auch in solchen heiklen Situationen und unterbreitet praxisingerechte Vorschläge.

Rückfragen bei [GGSC] bitte an:



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



Rechtsanwältin
Janna Birkhoff

[->zurück zum Inhaltsverzeichnis](#)

[TECHNISCHE SCHWIERIGKEITEN GEHEN NICHT IMMER ZU LASTEN DES ÖFFENTLICHEN AUFTRAGGEBERS]

Treten technische Schwierigkeiten beim Betrieb einer Vergabeplattform (und vor allem bei der elektronischen Angebotsabgabe) auf, so muss – möglichst durch Ermittlung der technischen Ursache - geprüft werden, wessen Risikosphäre sie zuzuordnen sind.

So ist – wie im nachfolgenden Beitrag näher dargestellt – die Versendung der Mitteilung an die nicht berücksichtigten Bieter wohl der Sphäre des öffentlichen Auftraggebers zuzuordnen; etwa auftretende technische Störungen dürften zu seinen Lasten gehen.

Wie das OLG Düsseldorf und die Vergabekammer Südbayern aber nunmehr entschieden haben, können technische Probleme genauso gut in die Sphäre des Bieters fallen oder deren Ursachen gänzlich unaufgeklärt bleiben. [GGSC] kommt bei der Auswertung zu folgenden Schlussfolgerungen: Derjenige, in dessen Sphäre der streitgegenständliche technische Fehler fällt, trägt die Darlegungs- und Beweislast im Nachprüfungsverfahren. Die Unaufklärbarkeit und Nichtbeweisbarkeit einer Fehlerursache geht zu Lasten derjenigen Partei, die sich darauf beruft.



Risikosphäre des öffentlichen Auftraggebers

Das OLG Düsseldorf (Beschluss vom 12.06.2019, VII Verg 8/19) und die Vergabekammer Südbayern (Beschluss vom 14.10.2019, Z3-3-3194-1-15-05/19) haben kürzlich Stellung genommen zur Risikoverteilung bei auftretenden technischen Schwierigkeiten der im elektronischen Vergabeverfahren eingesetzten elektronischen Mittel. In den zugrundeliegenden Streitfällen ging es zum einen um eine klassische Vergabeplattform und zum anderen um ein(en) sog. Bietertool/-client. Bei letzterem besteht die Besonderheit, dass ein Programm auf dem Rechner des Bieters installiert wird. Dieses muss dann mit den Angebotsdaten des Bieters gefüttert werden. Das bloße „Hochladen“ von Angebotsdateien reicht nicht aus. Aus den Entscheidungen lassen sich zusammenfassend folgende Grundsätze ableiten:

Grundsatz: Auftraggeber muss § 11 Abs. 1 und 3 VgV einhalten

Der öffentliche Auftraggeber hat ausweislich des § 11 Abs. 1 VgV dafür zu sorgen, dass die durch ihn eingesetzten elektronischen Mittel allgemein verfügbar und mit allgemein verbreiteten Geräten und Programmen kompatibel sind. Hieraus folgt, dass jedenfalls Programmfehler, die den Bieter an der rechtzeitigen elektronischen Angebotsabgabe hindern zu seinen Lasten gehen, gerade wenn sie

ein Hochladen der Dokumente bzw. ein Übermitteln der Inhalte unmöglich machen oder das Bearbeiten und Speichern von Dateien in den Angebotspaketen stören. Dies gilt unabhängig davon, ob der öffentliche Auftraggeber ein Einstellen der Angebote auf einer Vergabeplattform oder die Nutzung eines lokal zu installierenden Bietertools/-clients verlangt. Letzteres/r gehört als Annex zur Vergabeplattform wie die Vergabeplattform selbst in die Risikosphäre des öffentlichen Auftraggebers. Programmfehler muss sich der öffentliche Auftraggeber auch nach § 278 BGB zurechnen lassen, weil er sich der Software eines Dritten, des sog. Erfüllungsgehilfen, bedient.

Daneben hat der öffentliche Auftraggeber den Bietern nach Maßgabe von § 11 Abs. 3 VgV alle zur erfolgreichen Bedienung der eingesetzten elektronischen Mittel erforderlichen Informationen zur Verfügung zu stellen. Daher gehen solche Besonderheiten der Bedienung sowie sonstige Umstände, auf die er hinweisen müsste, zu seinen Lasten. Je komplexer, fehlerträchtiger und weniger selbsterklärend ein Angebotsabgabevorgang gehalten ist, umso detaillierter müssen die Erläuterungen in den Vergabeunterlagen sein.

Im Nachprüfungsverfahren trägt der öffentliche Auftraggeber die Feststellungslast dafür, dass er nicht gegen § 11 Abs. 1 oder Abs. 3 VgV verstoßen hat. Ist es dritten Bietern gelungen, ordnungsgemäß und



rechtzeitig Angebote abzugeben, kann das gegen die Verantwortlichkeit des Auftraggebers sprechen.

Risikosphäre des Bieters

Der Bieter trägt nach § 311 Abs. 2 Nr. 1, § 241 Abs. 2 BGB hingegen grundsätzlich das Übermittlungsrisiko, das heißt, er muss dann für die vollständige Angebotsabgabe innerhalb der Angebotsfrist sorgen. Vom Bieter selbst zu verantwortende technische Schwierigkeiten gehen zu seinen Lasten. Beim Einsatz eines lokal zu installierenden Bietertools/-clients besteht die Besonderheit darin, dass dieses/r in der IT-Infrastruktur des Bieters betrieben wird, die ebenso seiner Risikosphäre zuzurechnen ist. Hier ist es Sache des Bieters, dafür zu sorgen, dass das Programm korrekt installiert ist, aktuell gehalten wird und im erforderlichen Maß mit der Vergabepattform kommunizieren kann.

Außerdem kann der Bieter gehalten sein, bei technischen Problemen im Zuge des Hochladens von Angebotsdateien umgehend Kontakt mit der Vergabestelle aufzunehmen und diese über seine Schwierigkeiten zu informieren. Die Vergabestelle ist umgekehrt nicht per se verpflichtet, stets und ungefragt beim Bieter aufzuklären, welche technischen Probleme für die fehlerhafte Angebotsabgabe ausschlaggebend gewesen sein mögen.

Risikoverteilung bei Unaufklärbarkeit der Fehlerursache

Kann im Rahmen einer von der Nachprüfungsinstanz vorgenommenen Sachverhalts-ermittlung und Beweiserhebung die Ursache für einen technischen Fehler nicht geklärt werden, geht dies nicht automatisch zu Lasten des öffentlichen Auftraggebers. Vor allem gilt dies dann, wenn diesem kein Verstoß gegen § 11 Abs. 1 oder Abs. 3 VgV nachgewiesen werden kann und eine Ursache in der Sphäre des Bieters „wahrscheinlich“ ist. [GGSC] geht davon aus, dass auch in diesem Fall die allgemeinen Grundsätze der Darlegungs- und Beweislast gelten. Das Risiko, dass eine Tatsache unauflösbar bleibt und sich nicht beweisen lässt, trägt dann die Partei, die sich darauf beruft.

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

Rückfragen bei [GGSC] bitte an:



Rechtsanwalt und
Fachanwalt für
Vergaberecht
[Jens Kröcher](#)



und
Rechtsanwältin
[Daniela Weber](#)

[->zurück zum Inhaltsverzeichnis](#)

[BEWEISLAST FÜR RICHTIGE ELEKTRONISCHE INFORMATION DER BIETER NACH § 134 GWB BEI AUFTRAGGEBER]

Vor der Zuschlagserteilung hat der öffentliche Auftraggeber alle Bieter, deren Angebote nicht berücksichtigt werden sollen, über die beabsichtigte Erteilung des Zuschlags zu unterrichten. Versendet der Auftraggeber die Information elektronisch, trägt er die Darlegungs- und Beweislast für die Ordnungsgemäßheit der Versendung.

Rügt ein Bieter einen Vergaberechtsverstoß des Auftraggebers, hat er ein Mindestmaß an Substantiierung einzuhalten (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 12.06.2019, Verg 54/18).

Informations- und Mitteilungspflicht gem. § 134 GWB

Ein öffentlicher Auftrag ist gem. § 135 GWB grundsätzlich von Anfang an unwirksam, wenn der öffentliche Auftraggeber gegen seine aus § 134 GWB folgende Informations- und Wartepflicht verstoßen hat. Ein solcher Verstoß liegt vor, wenn in dem Informationsschreiben keine zutreffenden Angaben über

den frühesten Zeitpunkt des Vertragsschlusses enthalten sind. Bei der E-Vergabe i.S. von § 9 VgV wird auch die Mitteilung gem. § 134 GWB regelmäßig elektronisch versendet – dann beträgt die „Wartezeit“ für den Auftraggeber grundsätzlich 10 Kalendertage.

Auftraggeber hat elektronische Versendung darzulegen und zu beweisen

Im Streitfall hat der öffentliche Auftraggeber die ordnungsgemäße Versendung der Information darzulegen und zu beweisen (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 12.06.2019, Verg 54/18). Gelingt ihm dies nicht und weist die Vergabeakte lediglich eine Versendung per Post auf, beginnt die Wartefrist nicht zu laufen. Erteilt der Auftraggeber einem Bieter dennoch den Zuschlag, verstößt er gegen die Wartepflicht.

Folge eines Verstoßes gegen § 134 GWB: Grundsätzlich Unwirksamkeit des Zuschlags gem. § 135 GWB

Die Zuschlagserteilung stellt sich dann gem. § 135 GWB grundsätzlich als unwirksam dar. Dies gilt sowohl für den Fall, wenn das Informationsschreiben gar keine Angabe zum frühesten Zeitpunkt des Vertragsschlusses enthält, als auch dann, wenn in der Information eine kürzere als die gesetzliche Frist bis zum frühesten Zeitpunkt des Vertragsschlusses genannt wird. Für den Auftraggeber besteht dann nur die Möglichkeit, die Information



erneut unter Angabe der zutreffenden längeren Frist zu versenden.

Ausnahme: Keine Unwirksamkeit, falls Angebot auszuschließen war

Selbst bei einem Verstoß gegen § 134 GWB kann aber (nur im Ausnahmefall) – jedenfalls nach dem OLG Düsseldorf – nicht von der Unwirksamkeit der Zuschlagserteilung auszugehen sein, wenn das Angebot des Bieters hätte ausgeschlossen werden müssen. Das hat das OLG in einem „Parallelbeschluss“ vom selben Tag entschieden (s. dazu auch den vorgehenden Beitrag, OLG Düsseldorf, B. v. 12.06.2019, Verg 8/19).

Keine Rüge ohne Mindestmaß an Substanz

Im entschiedenen Fall war die fehlende Information nach § 134 GWB gerügt worden. Grundsätzlich legt die Rechtsprechung einen großzügigen Maßstab an die Anbringung von Rügen an, da ein Bieter typischerweise nur einen begrenzten Einblick in den Ablauf des Vergabeverfahrens hat. In einem Nachprüfungsverfahren darf er sich daher grundsätzlich auf seinen Informationsstand, den er redlicher Weise für wahrscheinlich oder möglich halten darf berufen.

Nicht ausreichend für Rüge: Reine Vermutungen

Das OLG Düsseldorf hat nunmehr allerdings klargestellt, dass der Antragsteller zumindest tatsächliche Anknüpfungstatsachen oder irgendwelche Indizien vorzutragen hat, die einen hinreichenden Verdacht auf einen bestimmten Vergaberechtsverstoß begründen. Reine Vermutungen und Formulierungen wie „nach unserer Kenntnis“ oder „nach unserer Informationslage“ genügen hierfür grundsätzlich nicht.

[GGSC] berät regelmäßig öffentliche Auftraggeber unter anderem bei der Angebotsauswertung in Vergabeverfahren und der Vorbereitung der Zuschlagsentscheidung.

Rückfragen bei [GGSC] bitte an:



Rechtsanwältin und
Fachanwältin für
Vergaberecht

[Caroline von Bechtolsheim](#)



und
Rechtsanwältin
Janna Birkhoff

[->zurück zum Inhaltsverzeichnis](#)



[ZULÄSSIGKEIT VERBINDLICHER PREISOBERGRENZEN]

Ein öffentlicher Auftraggeber hat grundsätzlich die Möglichkeit, eine finanzielle Obergrenze festzulegen, denen die Angebote entsprechen müssen. Das hatte bereits der Europäische Gerichtshof in einem Urteil aus dem Jahre 2011 festgestellt.

Da der Zweck des Vergabeverfahrens darin besteht, die Bedürfnisse des Auftraggebers zu den bestmöglichen Konditionen zu befriedigen, sind Preisobergrenzen, die als Ausschlusskriterium ausgestaltet werden, im Grundsatz zulässig. Trotz dieser obergerichtlichen Feststellungen sind Preisobergrenzen regelmäßig Gegenstand von Nachprüfungsverfahren. So hatte die VK Rheinland in ihrem Beschluss vom 26.03.2019 über die Zulässigkeit von verbindlichen Preisobergrenzen in Vergabeverfahren zu entscheiden (VK 5/19).

Sachverhalt

Im maßgebenden Fall hatte die obsiegende Antragsgegnerin die Fortführung der Erprobung eines Integrationshelfer-Pools an sechs Grundschulen EU-weit im offenen Verfahren ausgeschrieben. Nach den Vergabeunterlagen war der Angebotspreis als Bruttostundensatz je Integrationsassistent anzugeben, wobei dieser einen bestimmten Preis nicht übersteigen durfte. Angebote, die den vorge-

gebenen Höchststundensatz nicht einhielten, waren nach den Vergabeunterlagen zwingend auszuschließen.

Die Antragsgegnerin begründete die Festlegung des Höchststundensatzes mit den nur begrenzt zur Verfügung stehenden Haushaltsmitteln. Darüber hinaus sahen die Besonderen Vertragsbedingungen eine Verpflichtung des Auftragnehmers vor, die dort wiedergegebenen Vorgaben des Tariftreue- und Vergabegesetzes NRW einzuhalten. Das von dem Antragsteller abgegebene Angebot enthielt einen höheren Bruttostundensatz als den vorgegebenen Höchstsatz.

In seinem Nachprüfungsantrag rügte der Antragsteller u.a. die zwingende Vorgabe eines Höchststundensatzes mit Ausschlussfolge bei Überschreitung als vergaberechtswidrig. Der festgelegte Höchstsatz sei mit der Pflicht zur Einhaltung des Tariftreue- und Vergabegesetzes NRW nicht vereinbar, da er den für den Antragsteller verbindlichen Bundes-Angestellten-Tarifvertrag in kirchlicher Fassung (BAT-KF) unterschreite. Die Höchstpreisvorgabe stelle einen Eingriff in die Berufsfreiheit dar und entbehre einer gesetzlichen Grundlage. Ferner sehe § 57 VgV keinen entsprechenden Ausschlussgrund vor.

Nach Auffassung der Antragsgegnerin war dagegen die Vorgabe der Preisobergrenze als Ausschlusskriterium sowohl grundsätzlich als auch der Höhe nach nicht zu beanstan-



den. Insbesondere übersteige der Höchststundensatz den einschlägigen Mindestlohn bei weitem.

Die Vergabekammer wies den Nachprüfungsantrag als unbegründet zurück. Nach Auffassung der Kammer seien Vergabeverfahren, die Preisobergrenzen vorsehen, grundsätzlich zulässig. Darüber hinaus stehe der Ausgestaltung als Ausschlusskriterium nichts entgegen. Rechtsgrundlage für einen entsprechenden Ausschluss sei § 57 Abs. 1 Nr. 4 VgV, wonach Angebote von der Wertung ausgeschlossen werden bei denen Änderungen an den Vergabeunterlagen vorgenommen worden sind. Demnach sei es auch für die Rechtmäßigkeit einer Preisobergrenze ohne Bedeutung, ob diese angemessen ist. Die Entscheidung der Antragsgegnerin eine Preisobergrenze festzulegen, beruhe auf einer detaillierten Finanzierungsplanung und einen in diesem Zusammenhang aus allgemeinen Haushaltsmitteln zu deckenden Fehlbetrag. Zu berücksichtigende Tarifverträge seien nur solche im Sinne des Tarifvertragsgesetzes, zu denen der BAT-KF gerade nicht gehöre.

Bedeutung für die Praxis

Für die Praxis bedeutet dies, dass öffentliche Auftraggeber in begründeten Fällen Ausschreibungen unter Verwendung von Preisobergrenzen nicht so ausgestalten müssen, dass sich alle Unternehmen daran beteiligen

können. Ein abgegebenes Angebot, das vorgegebene Preisobergrenzen überschreitet, ist wegen Änderungen an den Vergabeunterlagen zwingend auszuschließen.

Während im Fall von Haushaltsmitteln der Haushaltsplan die Preisobergrenze regelmäßig konkret bestimmen lässt, kann insb. in gebühren- bzw. entgeltfinanzierten Leistungen der öffentlichen Hand (z. B. Ver- und Entsorgung) durchaus die Frage nach der Zulässigkeit der Höhe der Preisobergrenze näher zu prüfen sein. Dagegen dürfen Preisobergrenzen selbstverständlich weder zum Zweck der gezielten Aufhebung und nachgehenden Änderung der Verfahrensart noch zur bewussten Diskriminierung bestimmter Unternehmen eingesetzt werden.

[GGSC] berät regelmäßig öffentliche Auftraggeber bei der Konzeptionierung und Durchführung von Vergabeverfahren. Ferner vertritt [GGSC] öffentliche Auftraggeber bundesweit in Nachprüfungsverfahren.

Rückfragen bei [GGSC] bitte an:



Rechtsanwalt und
Fachanwalt für
Vergaberecht

[Dr. Frank Wenzel](#)



und
Rechtsanwältin
Linda Reiche

[-> zurück zum Inhaltsverzeichnis](#)



[GGSC] SEMINARE



22. [GGSC] Infoseminar „Erfahrungsaustausch - Kommunale Abfallwirtschaft“

[GGSC] Seminare GmbH

[18. und 19.06.2020 in Berlin](#)

[GGSC] AUF VERANSTALTUNGEN

Rechtsanwältin Katrin Jänicke
Rechtsanwalt Dr. Manuel Schwind
Webinar „Abfallgebühren“
Akademie Dr. Obladen
[26.03.2020 online](#)

Rechtsanwältin Caroline von Bechtolsheim
**Sächsischer Kreislaufwirtschaftstag 2020 –
Vortrag: Kreislaufwirtschaft 2020 – Rechts-
rahmen – Rechtsentwicklung**
Sächsisches Staatsministerium für Energie,
Klimaschutz, Umwelt und Landwirtschaft,
Landesverband der Recyclingwirtschaft
Sachsen e. V., SIDAF, Innovation und Kreis-
laufwirtschaft Sachsen e. V.
[21./22.04.2020 in Freiberg](#)

[HINWEIS AUF ANDERE GGSC- NEWSLETTER]

[GGSC] Sondernewsletter Bau – Corona und Bauprojekte

[März 2020](#)

Einige Themen dieser Ausgabe:

- Bauverträge
- Planungsverträge

Abfall Newsletter

[März 2020](#)

Einige Themen dieser Ausgabe:

- Stand Umsetzung
Verpackungsgesetz
- Auskunftsanspruch der
Systembetreiber
- Streit um Sicherheitsleistungen -
Systembetreiber unterliegen

[HINWEIS AUF KOMMUNALWIRT- SCHAFT.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]“.