



[GGSC]

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

Vergabe Newsletter

Oktober 2023

Liebe Mandantschaft,
sehr geehrte Damen und Herren,

mit einer transparenten Kommunikation steht und fällt vieles bei der Durchführung von Ausschreibungen. Da können Fragen aufkommen wie „Kann ich auch mal außerhalb der digitalen Wege kommunizieren?“ „Darf ich nach wie vor die Auskömmlichkeit von Angeboten im Bietergespräch prüfen?“ „Muss ich die unterlegenen Bieter bei Unterschwellenvergaben vor Zuschlag informieren“?

In diesem Heft erhalten Sie dazu Hinweise und Antworten. Abschließend geben wir noch Tipps für die Festlegung anspruchsvoller Eignungskriterien. Bleiben Sie dran!

ONLINE-SEMINAR im Dezember 2023

[Update Entsorgungsvergaben von
Fachanwält:innen - für Praktiker:innen
am 07.12.2023](#)

Eine interessante Lektüre wünscht

Ihr [GGSC] Team Vergabe

DIE THEMEN DIESER AUSGABE:

- [Keine allgemeine Vorabinformations- und Wartepflicht bei Unterschwellenvergaben](#)
- [Mündliche Preisaufklärung zulässig!](#)
- [Selbstbindung des Auftraggebers für die Kommunikation im Vergabeverfahren](#)
- [Risiken der Festlegung anspruchsvoller Eignungskriterien](#)
- [\[GGSC\] -Seminare](#)
- [\[GGSC\] Veröffentlichungen](#)



[KEINE ALLGEMEINE VORABINFORMATIONEN- UND WARTEPFLICHT BEI UNTERSCHWELLENVERGABEN]

Kommt es zu einem Zuschlag bei einer Unterschwellenvergabe, sind die Bieter darüber nach der Maßgabe des § 46 UVgO – also im Nachhinein – zu informieren. Ob die Bieter darüber hinaus schon davor über die beabsichtigte Zuschlagserteilung informiert werden müssen, war zuletzt Gegenstand eines Verfahrens vor dem OLG Düsseldorf. Der Senat hat hierbei seine bisherige Rechtsprechung aus dem Jahr 2017 aufgegeben und klargestellt, dass eine Vorabinformations- und Wartepflicht im Unterschwellenbereich nicht besteht. Etwas Anderes gilt, wenn das Landesrecht eigenständige Vorgaben enthält, die den Bestimmungen des GWB nachgebildet sind.

Kein Platz für eine analoge Anwendung von § 134 GWB

Die Vorabinformations- und Wartepflichten (§ 134 GWB) bleiben dem Oberschwellenbereich vorbehalten. Klar war auch bisher bereits, dass der 4. Teil des GWB unmittelbar nur im Oberschwellenbereich gilt (vgl. § 106 Abs. 1 GWB). Unterschiedlich wurde aber beurteilt, ob diese Bestimmungen analog anzuwenden seien. Nach Auffassung des OLG Düsseldorf in seinem aktuellen Urteil vom 21.06.2023 (27 U 4/22) hat sich der Gesetzgeber bewusst dafür entschie-

den, die Informationspflicht im Unterschwellenbereich auf den Zeitpunkt nach Zuschlagserteilung zu begrenzen. Eine entsprechende Anwendung der Bestimmungen des GWB im Unterschwellenbereich komme daher nicht in Betracht. Es fehle insoweit an einer planwidrigen Regelungslücke. Etwas Anderes ergebe sich auch nicht aus dem Grundsatz des effektiven Rechtsschutzes. Der Gesetzgeber sei nicht verpflichtet, einen Primärrechtsschutz vorzusehen. Dies hatte das Bundesverfassungsgericht bereits 2006 ebenso bewertet. Für Unterschwellenvergaben im Bund und im Land Nordrhein-Westfalen müssen also derzeit keine Informations- und Wartepflichten beachtet werden.

Keine Nichtigkeit des Vertrages

Das OLG Düsseldorf hat auch verdeutlicht, dass – selbst wenn ein Informationsanspruch wie im Oberschwellenbereich bestehen würde – die Verletzung dieser Pflicht nicht zu einer Nichtigkeit des Vertrages nach § 134 BGB führen soll. Der Senat sieht unter keinem verfassungs- oder europarechtlichen Gesichtspunkt Anlass dafür, den Primärrechtsschutz als zwingend anzusehen. Interessant ist dabei insbesondere, dass lt. OLG Düsseldorf § 134 GWB nur ein einseitiges Kontrahierungsverbot nach sich ziehen soll, sodass im Rahmen der normbezogenen Abwägung die Nichtigkeitsfolge des § 134 BGB nicht zum Tragen kommen könne. Dem Bie-



ter ist es aber selbstverständlich unbenommen, Schadensersatzansprüche geltend zu machen.

Ein notwendiger Richtungswechsel

Die Aufgabe der bisherigen Rechtsprechung durch das OLG Düsseldorf ist zu begrüßen. § 46 UVgO legt eindeutig fest, wann der Auftraggeber die unterlegenen Bieter worüber zu informieren hat. Den Gesetzgebern auf Bundes- und Landesebene steht es frei, einen Primärrechtsschutz vorzusehen. Verpflichtet sind sie hierzu nicht. Eine ganze Reihe von Bundesländern (etwa Hessen und Rheinland-Pfalz sowie die Freistaaten Thüringen und Sachsen) haben auch im Unterschwellenbereich Nachprüfungsmöglichkeiten bzw. –verfahren eröffnet, die teils hinter denen auf Bundesebene zurückbleiben (z.B. sog. „kleines Nachprüfungsverfahren“ im FS Sachsen). Es bleibt abzuwarten, ob sich diese im Rahmen etwa erforderlicher Evaluationen als wettbewerbsfördernd oder lediglich bürokratieerhöhend erweisen.

[GGSC] berät öffentliche Auftraggeber umfassend zum Vergaberecht und unterstützt sie bei der Durchführung eines rechtskonformen Vergabeverfahrens.

Rückfragen bei [GGSC] bitte an



Rechtsanwalt
Fachanwalt für Vergaberecht
[Jens Kröcher](#)



Rechtsanwältin
Fachanwältin für Vergaberecht
[Franziska Kaschluhn](#)

[-> zurück zum Inhaltsverzeichnis](#)

[MÜNDLICHE PREISAUFKLÄRUNG ZULÄSSIG!]

Eine Preisauflärung nach § 60 Abs. 3 VgV kann mündlich – auch per Telefon – erfolgen. Dem steht der Grundsatz der elektrischen Kommunikation gemäß § 9 Abs. 2 VgV nach Auffassung der Vergabekammer Bund nicht entgegen (vgl. VK Bund, Beschluss vom 18.11.2022 - VK 1-87/22).

Grundsatz der elektronischen Kommunikation

Stellt der Auftraggeber bei der Angebotsprüfung einen ungewöhnlich niedrigen Preis fest, muss er dem Bieter Gelegenheit geben, den Preis zu erklären und dessen Angemessenheit nachzuweisen (sog. Auskömmlichkeitsprüfung). § 9 Abs. 2 GWB bestimmt, dass die Kommunikation in einem Vergabeverfahren nicht mündlich erfolgen darf, wenn sie



unter anderem die Angebote betrifft. Aus dem Gesetzeswortlaut wird daher teils hergeleitet, dass auch die Prüfung der Angemessenheit der Preise ausschließlich über die elektronische Kommunikation erfolgen darf. Eine mündliche oder gar telefonische Aufklärung wäre damit ausgeschlossen.

Um diese Frage der Zulässigkeit einer mündlichen Preisaufklärung ging es unter anderem auch in einem aktuellen Fall vor der Vergabekammer Bund. In diesem klärte die Vergabestelle Preispositionen des Bestbieters mündlich in einem Telefonat auf und dokumentierte dies anschließend in einem Vermerk. Der Zweitplatzierte erhob hiergegen Einwände und rügte unter anderem, dass die Preisaufklärung unzureichend sei und auch die Art und Weise der Aufklärung gegen den Grundsatz der elektronischen Kommunikation verstoße.

Die Entscheidung

Die Vergabekammer Bund entschied, dass eine mündliche Preisaufklärung gerade nicht gegen § 9 Abs. 2 VgV verstößt. Denn § 9 Abs. 2 VgV verbiete die mündliche Kommunikation nicht, solange sie sich auf die Aufklärung des Angebots beschränkt. Dies ergebe sich nicht nur aus dem Wortlaut der Norm, sondern zudem aus der Systematik, dem Sinn und Zweck sowie dem Willen des Gesetzgebers. So sei in der Begründung zur Norm ausdrücklich festgehalten worden, dass "die

mündliche Kommunikation mit Bieter, die einen wesentlichen Einfluss auf den Inhalt und die Bewertung des Angebots haben könnte, in hinreichendem Umfang und in geeigneter Weise dokumentiert werden" muss. Diese Zulässigkeit wurde dann in der Begründung zur VgV ohne Einschränkung aufgegriffen, indem es dort wiederum zu § 9 Abs. 2 VgV heißt: "Bei der Dokumentation der mündlichen Kommunikation mit Bieter, die einen Einfluss auf Inhalt und Bewertung ihres Angebots haben könnten, ist in besonderem Maße darauf zu achten, dass ausreichend und in geeigneter Weise dokumentiert wird." Das zeige, dass der EU-Richtlinienggeber sowie der Verordnungsgeber die Möglichkeit einer mündlichen Kommunikation auch im Rahmen der Angebotsbewertung für zulässig erachten.

Hinzu soll nach Auffassung der VK Bund kommen, dass grundsätzlich sogar die fachlich-inhaltliche Vorstellung des Angebots sowie des einzusetzenden Personals in Form einer mündlichen Präsentation durchgeführt und entsprechend bewertet werden dürfe (vgl. VK Bund, Beschluss vom 13. November 2019, VK 1 - 83/19). Deswegen gelte die Möglichkeit der mündlichen Aufklärung erst recht für die Preisaufklärung. Wichtig sei nur die angemessene Dokumentation. Die mündliche Aufklärung schriftlicher Angebotsinhalte und der Preisaufklärung sei daher zulässig gewesen.



Fazit

Ohnehin war es schon vor der Entscheidung Praxis vieler Auftraggeber, Preisposition mündlich aufzuklären. Mit der Entscheidung der VK Bund wurde diese Vorgehensweise nun unter Verweis auf die deutliche Begründung des EU-Richtliniengebers bestätigt. Demnach ist eine mündliche Preisaufklärung mit nachfolgend erforderlicher Dokumentation zulässig. [GGSC] begleitet die Vorbereitung, Durchführung und Dokumentation von Auskömmlichkeitsprüfungen mit dem Ziel einer rechtssicheren Vergabe.

Rückfragen bei [GGSC] bitte an



Rechtsanwältin
Fachanwältin für Bau- und
Architektenrecht
[Stefanie Jauernik](#)

[-> zurück zum Inhaltsverzeichnis](#)

[SELBSTBINDUNG DES AUFTRAGGEBERS FÜR DIE KOMMUNIKATION IM VERGABEVERFAHREN]

Ein Auftraggeber muss sich an der von ihm selbst vorgegebenen Form der Kommunikation festhalten lassen. Ein Angebot darf daher nicht gemäß § 57 Abs. 1 Nr. 2 VgV wegen Versäumung einer Nachreichungsfrist ausgeschlossen werden, wenn Erklärun-

gen oder Nachweise entgegen der Bewerbungsbedingungen per E-Mail und nicht über die Vergabeplattform nachgefordert wurden (VK Sachsen, Beschl. v. 14.04.2023 – 1/SVK/003-23).

Sachverhalt

Die Antragsgegnerin, eine öffentliche Auftraggeberin, beabsichtigte die Vergabe zweier Rahmenverträge zur Lieferung von Server- bzw. Speichertechnik. Nach den Bewerbungsbedingungen sollte die Kommunikation ausschließlich über eine bestimmte Vergabeplattform erfolgen. Die Antragsgegnerin forderte die Beigeladene, die bezuschlagte bzw. Bestbieterin, per E-Mail zur Nachreichung von Unterlagen bis zum 04.11.2022 auf. Die Beigeladene kam dem erst am 10.11.2022 nach. Am 11.11.2022 erklärte die Antragsgegnerin, dass die Nachreichung kulanterweise berücksichtigt werde. Die Antragstellerin, eine weitere Bieterin, macht geltend, dass das Angebot gemäß § 57 Abs. 1 Nr. 2 VgV wegen verspäteter Antwort auszuschließen sei.

Selbstbindung

Wenn Bewerbungsbedingungen einen Hinweis zur Kommunikation (nur) über die Vergabeplattform enthalten, ist ein Auftraggeber im Wege der damit verbundenen Selbstbindung auf diese Form der Kommuni-



kation beschränkt. Er kann diese Selbstbindung auch nicht durch den bloßen Versand eines Nachforderungsschreibens mittels E-Mail nachträglich stillschweigend ändern. Vorliegend kam noch hinzu, dass die Antragsgegnerin zwar die Benachrichtigung, dass die Zustellung abgeschlossen sei, nicht aber eine Zustellbenachrichtigung vom Zielsystem oder eine Eingangsbestätigung erhielt.

Treuwidriges Verhalten

Nach alledem hat die VK Sachsen entschieden, dass es der Antragsgegnerin gem. § 241 Abs. 2 BGB nach Treu und Glauben verwehrt ist, sich auf den Zugang des per E-Mail versandten Nachforderungsschreibens zu berufen. Eine Frist zur Nachreichung wurde mithin überhaupt nicht wirksam ausgelöst. Die Pflicht zur gegenseitigen Rücksichtnahme nach § 241 Abs. 2 BGB ergibt sich aus dem ab der Angebotsabgabe entstehenden vertragsähnlichen Vertrauensverhältnis. Sie wurde missachtet, soweit die Antragsgegnerin vom angekündigten Kommunikationsweg abgewichen ist und Indizien für den fehlgeschlagenen Zugang ignoriert hat.

Vorsicht ist also geboten, wenn der Auftraggeber – obwohl in seinen eigenen Verfahrens- bzw. Bewerbungsbedingungen anders vorgegeben – von solchen Kommunikationswegen abweicht. [GGSC] sichert für öffentliche Auftraggeber konsequente Vergaben ab,

in denen auch und besonders auf die richtigen Kommunikationswege geachtet wird.

Rückfragen bei [GGSC] bitte an



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



Rechtsanwalt
Cornelius Buchenauer

[-> zurück zum Inhaltsverzeichnis](#)

[RISIKEN DER FESTLEGUNG ANSPRUCHSVOLLER EIGNUNGSKRITERIEN

Je deutlicher sich eine damit verbundene Wettbewerbsbeschränkung abzeichnet, desto besser müssen sich konkret auf den Auftrag zugeschnittene Eignungskriterien begründen lassen. So wird dies offenbar vom Bayerischen Obersten Landesgericht gesehen, das zu anspruchsvollen Kriterien an die fachliche Eignung für einen Projektsteuerungsvertrag als vergaberechtswidrig eingestuft hat (vgl. BayObLG, Beschluss vom 06.09.2023 –Verg 5/22).



Wettbewerbsbeschränkende Wirkung von Eignungskriterien?

Besonders hohe Anforderungen können danach unangemessen sein, wenn sie wettbewerbsbeschränkende Wirkung entfalten und diese nicht mehr durch gewichtige Gründe gerechtfertigt ist.

Hohe Anforderungen an den Beleg der fachlichen Leistungsfähigkeit potenzieller Projektsteuerer

Im zu entscheidenden Fall hatte der Auftraggeber für die Projektsteuerung für die Sanierung eines Museums mit einem Schwerpunkt auf Naturwissenschaft und Technik zum Beleg der "Technischen und beruflichen Leistungsfähigkeit"

- zum einen mindestens zwei Referenzen über Projektsteuerungsleistungen bei Bauvorhaben mit Baukosten jeweils über mindestens 100 Millionen Euro und einer Leistungszeit von mindestens fünf Jahren gefordert. Eines dieser beiden Referenzprojekte musste ein Sanierungsprojekt sein.
- Darüber hinaus musste eine Referenz beigebracht werden, die die Projektsteuerung der Planung und Ausführung der Neugestaltung von wenigstens drei Einzelausstellungen (Dauerausstellungen) im Rahmen der Sanierung / eines Umbaus eines Gebäudes einschließlich

der Betreuung von Schnittstellen zum Bauprojekt und dem Aus- und Einzug der Ausstellungsprojekte zum Gegenstand hatte.

Dies war gerügt worden unter dem ausgesprochenen Verdacht einer beabsichtigten Beschränkung des Teilnehmerkreises: Die Anforderungen entsprachen nämlich exakt dem Beauftragungsumfang des bisher in einem anderen Abschnitt tätigen Projektsteuerers. Die Vergabestelle half der Rüge aber nur teilweise ab.

Rüge und Reaktion

(Nur) auf den zusätzlichen Beleg einer Betreuung der Schnittstelle zum Aus- und Einzug der Ausstellungsobjekte wurde verzichtet.

Das Gericht hielt die Anforderungen für überzogen. Es betonte, dass nur Eignungskriterien aufgestellt werden dürfen, die mit dem Auftragsgegenstand in Verbindung und gleichzeitig zu ihm in einem angemessenen Verhältnis stehen. Die Eignungskriterien müssen geeignet und erforderlich sein, um die Leistungsfähigkeit in Bezug auf den ausgeschriebenen Auftragsgegenstand nachzuweisen.



Anforderungen an Angemessenheitsprüfung und Abwägung

In diese „Angemessenheitsprüfung“ sollen auch die Auswirkungen auf den Wettbewerb einzubeziehen sein. Zeichnet sich ab, dass sie wettbewerbsbeschränkende Wirkung entfalten, weil nur ein oder wenige Unternehmen sie erfüllen müssen sie durch gewichtige Gründe gerechtfertigt sein. Gerade die Forderung nach Referenzen für drei Dauerausstellungen erachtete das Gericht als unangemessen hoch.

Praxistipp: Abwägung, Begründung und Dokumentation

Im Ergebnis kommt es gerade für den Wettbewerb einschränkende Kriterien also auf eine fundierte, nachvollziehbare Begründung ein. Diese sollte dann wohl tunlichst erkennen lassen, dass dem Auftraggeber eine etwaige wettbewerbsbeschränkende Wirkung bewusst war, er diese aber gegen die besondere Bedeutung der Referenzen abgewogen hat. Natürlich sollte sich diese Bedeutung auch überzeugend begründen lassen. Eine rechtzeitige Dokumentation kann dazu beitragen, die Überzeugungskraft zu fundieren und zu festigen.

[GGSC] lotst öffentliche Auftraggeber durch Angemessenheitsprüfungen - auch für anspruchsvolle Eignungskriterien in Vergabeverfahren.

Rückfragen bei [GGSC] bitte an



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

[-> zurück zum Inhaltsverzeichnis](#)

[GGSC] SEMINARE

Online-Seminar:

Update Entsorgungsvergaben

[07.12.2023](#)

Rechtsanwältin Caroline von Bechtolsheim
Rechtsanwältin Isabelle-K. Charlier, M.E.S.
Rechtsanwalt Dr. Frank Wenzel

[GGSC] Expert:innen-Interview online

BEHG = CO2-Zuschlag ab 2024?

[19.10.2023](#)

[von 12:30-12:50 Uhr](#)

Experte: RA Jens Kröcher, [GGSC]-Partner und Fachanwalt für Vergaberecht
Interviewerin: RA'in Caroline von Bechtolsheim, [GGSC] Partnerin und Fachanwältin für Vergaberecht

15. [GGSC] Expert:innen-Interview - Berliner Leitfaden "Denkmale und Solaranlagen"

[08.11.2023](#)

[von 12:00-12:530 Uhr](#)

Expertin: Dr. Ruth Klawuhn, Leiterin der Abteilung Bau- und Kunstdenkmalpflege des Landesdenkmalamtes Berlin



Interviewer: Dr. Klaus-Martin Groth, [GGSC]
Rechtsanwalt

SAVE THE DATE:

25. [GGSC] Infoseminar „Erfahrungsaustausch Kommunale Abfallwirtschaft“

am 06. und 07.06.2024 in Berlin!

[GGSC-INHOUSE-SCHULUNGEN]

Die [GGSC] Seminare GmbH bietet Ihnen Inhouse-Schulungen zu allen aktuellen Rechtsfragen der Abfallwirtschaft, insb. zum Abfallgebühren, Vergabe- und Verpackungsrecht an. Selbstverständlich besteht das Angebot auch für Webinare, die wir online mit Ihren Mitarbeiter:innen durchführen können. Senden Sie uns Ihre Anfrage bitte an info@ggsc-seminare.de.

[GGSC-VERÖFFENTLICHUNGEN]

Rechtsanwalt Dr. Achim Willand
Rechtsanwältin Sarah Hoesch

„Mantelverordnung: Auswirkungen auf die Entsorgung mineralischer Abfälle und auf den Bodenschutz“

Zeitschrift für Umweltrecht 2023, 84-93.

Rechtsanwalt Dr. Frank Wenzel

„Die gewerbliche Verwertungstonne – 20 Jahre legislatives und exekutives Versagen“

Zeitschrift für Umweltrecht 2023, 65-66.

[HINWEIS AUF ANDERE GGSC-NEWSLETTER]

Energie Newsletter

Oktober 2023

Einige Themen dieser Ausgabe:

- [Updater Abschluss von Nutzungsverträgen für Windenergie- und Solaranlagen](#)
- [Härtefallentschädigung nach Netzumschaltung](#)
- [Schadenersatz bei Konkurrenz um Netzanschluss](#)
- [Die kommunale Wärmeplanung ist auf dem Weg!](#)
- [RED II-Novelle: Umsetzungsbedarfe Geothermie](#)
- [Geothermie: Herausnahme der Oberflächennahen aus dem Bergrecht und überrasgendes öffentliches Interesse](#)



HOAI Newsletter

September 2023

Einige Themen dieser Ausgabe:

- [Änderung von § 3 Vergabeverordnung – deutlich mehr Planungsleistungen aus-schreibungspflichtig](#)
- [Die Tücken von Kostenumlageklauseln](#)
- [Auftragswert – HOAI-Honorar maßgeblich?](#)
- [Planerverträge mit Kirchen und Gemeinden – strenge Formanforderungen](#)
- [HOAI-Altfälle: Viele Honorarvereinbarun-gen unwirksam! Haftet der Planer für Feh-ler im Vergabeverfahren?](#)

Abfall Newsletter

September 2023

Einige Themen dieser Ausgabe:

- [Erste Praxiserfahrung bei der Umsetzung der Ersatzbaustoffverordnung bei Baumaß-nahmen](#)
- [Neues vom Wasserstoff aus Abfällen](#)
- [Rechtsprobleme um Einweg-E-Zigaretten](#)
- [Verwaltungsgericht Wiesbaden bestätigt Rechtmäßigkeit der Sicherheitsleistung nach dem Verpackungsgesetz](#)
- [BEHG und Entgeltanpassung](#)
- [Urteilsgründe zur Entscheidung über die kommunale Verpackungssteuer](#)
- [Abfallrechtliche Entscheidungen in Kürze](#)

[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]“. Wenn Sie tagesaktuelle Informationen wünschen, bestellen Sie dort den (kostenlosen) „Tagesanzeiger“.