



Inhalt

• Wissenswertes	2
Neue EVB-IT Cloud veröffentlicht	2
Umweltzeichen Blauer Engel für Server und Datenspeicherprodukte	2
• Recht	2
Unwirksamkeit eines Auftrags ohne vorherige Veröffentlichung einer Bekanntmachung betrifft auch wesentliche Vertragsänderungen	2
Referenzen sind so wie gefordert nachzuweisen	4
Nachforderung von Unterlagen – keine „freie“ Entscheidung (Gastbeitrag)	6
• International	8
Aus der EU	8
Einigung zum Instrument zum internationalen Beschaffungswesen	8
• Aus den Bundesländern	9
Brandenburg - Erinnerung: Transparenzregister – Eintragungspflicht für alle Gesellschaften	9
• Veranstaltungen	10



Wissenswertes

Neue EVB-IT Cloud veröffentlicht

Die vom Bundesministerium des Innern und für Heimat (BMI) veröffentlichten ergänzenden Vertragsbedingungen für die Beschaffung von Cloudleistungen (EVB-IT Cloud) können zukünftig von öffentlichen Auftraggebern bei der Beschaffung angewandt werden. Damit stehen in diesem Bereich erstmals standardisierte Einkaufsbedingungen für öffentliche Auftraggeber zur Verfügung.

Die EVB-IT Cloud bestehend aus Vertragsmuster, Einkaufsbedingungen, fachlichen Kriterienkatalog und einer Anlage zur teilweisen Einbeziehung von Anbieter-AGB, stellen sicher, dass öffentliche Auftraggeber die notwendigen Anforderungen der Daten- und IT-Sicherheit sowie die Kontrollrechte bei Nutzung von Cloudleistungen berücksichtigt. Erarbeitet wurden die EVB-IT Cloud gemeinsam mit der IT-Wirtschaft, die durch den Bundesverband Informationswirtschaft, Telekommunikation und neue Medien e.V. (Bitkom) vertreten wurde. Die EVB-IT Cloud finden Sie [hier](#).

Umweltzeichen Blauer Engel für Server und Datenspeicherprodukte

Server und Datenspeicherprodukte stellen die zentralen IKT-Komponenten in Rechenzentren dar. Ihr Bedarf steigt auf unabsehbare Zeit weiterhin stark an. Damit sind auch zunehmende Umweltbelastungen verbunden. Vor diesem Hintergrund hat die Jury Umweltzeichen die Entwicklung eines neuen Umweltzeichens Blauer Engel für Server und Datenspeicherprodukte beauftragt, um auch in diesem Bereich ein Standard für ökologische und energieeffiziente Spitzenprodukte zu schaffen.

Der vorliegende Hintergrundbericht dokumentiert die Erarbeitung der Vergabekriterien des Umweltzeichens und erklärt die den Kriterien zugrunde liegenden Messstandards und deren technische Details. Die einleitende Umfeldanalyse beleuchtet die aktuellen Markttrends, die technische Entwicklung und Umweltaspekte der beiden Produktgruppen. Außerdem werden aktuelle Entwicklungen im regulatorischen Umfeld und bei anderen Umweltzeichen analysiert. Diese sind insbesondere der Energy Star, 80plus und die Ökodesign Verordnung. Den Hintergrundbericht finden Sie [hier](#).

Quelle: Umweltbundesamt

Ihr Ansprechpartner:

Steffen Müller, muellers@abz-bayern.de, Tel.: 089 511 631 72



Recht

Unwirksamkeit eines Auftrags ohne vorherige Veröffentlichung einer Bekanntmachung betrifft auch wesentliche Vertragsänderungen

Sachverhalt:

Ausgeschrieben wurden im Jahr 2011 Busverkehrsleistungen für die Beförderung von Schülern mit Handicap im Rahmen eines offenen Verfahrens. Die Leistungen waren in zwei Lose unterteilt mit Laufzeiten von 4 bzw. 8 Jahren. Enthalten war eine automatische Verlängerung der Verträge um 2 Jahre, wenn nicht 12 Monate vor Ablauf der Vertragslaufzeit gekündigt wird. Der Zuschlag für die gesamte ausgeschriebene Leistung (beide Lose) wurde an die spätere Beigeladene erteilt.

Nach Zuschlagserteilung wurde ein Auftaktgespräch durchgeführt. In diesem wurde u.a. auch eine Änderung des Vertragsentwurfes besprochen. Danach wurde ein Satz hinzugefügt, dass der Vertrag auch nur für einen Schultyp (Los A oder B) gekündigt bzw. fortgeführt werden kann. Ab dem 2. Mai 2011 erbrachte die Beigeladene die ausgeschriebenen Leistungen.

Der angepasste Verkehrsvertrag wurde am 27.07./01.08.2012 unterzeichnet. Dort heißt es in § 10 Abs. 1:

„Der Leistungszeitraum beginnt am 02.05.2011. Die beschriebene Verkehrsleistung wird zunächst für das Förderzentrum Sprache (S 4) vier und für die Förderzentren mit dem Schwerpunkt geistige Entwicklung acht Jahre erbracht werden (einschließlich Schuljahr 2014/2015 bzw. 2018/2019). Maßgeblich ist insoweit der 31. Juli. Der Vertrag verlängert sich automatisch um 2 Jahre, wenn er nicht 12 Monate vor Ablauf der jeweiligen Vertragslaufzeit gekündigt wird. Die Beförderungsleistungen zum Förderzentrum Sprache (S. 4) bzw. zu den Förderzentren mit dem Schwerpunkt geistige Entwicklung können unabhängig voneinander gekündigt bzw. weitergeführt werden.“

Der zuerst auslaufende Vertrag wurde gekündigt und neu ausgeschrieben. Es war eine (ausdrücklich) einmalige Verlängerungsoption von 24 Monaten vorgesehen. Der zweite Vertrag wurde nicht gekündigt. Eine Nachfrage der Antragstellerin zur Ausschreibung der Beförderungsleistungen brachte das Ergebnis, dass *eine Ausschreibung erst zum Ablauf einer zweiten Verlängerung des Vertrages im Anschluss an das Schuljahr 2022/2023 vorgesehen war*. Mit Schriftsatz vom 30.03.2021 reichte die Antragstellerin einen Nachprüfungsantrag bei der Vergabekammer Schleswig-Holstein ein. Die Verlängerung des Vertrages über den letzten Schultag des Schuljahres 2020/2021 hinaus sei unwirksam.

Der ursprüngliche Vertragsentwurf habe eine mehrmalige automatische Verlängerung nicht vorgesehen. Die vorgesehene einmalige Verlängerung sei zum Ende des Schuljahres 2020/2021 abgelaufen. Eine Fortführung des Vertrages stelle eine unzulässige De-facto-Vergabe dar und sei für nichtig zu erklären.

Der Nachprüfungsantrag war nach Ansicht der Vergabekammer begründet. Die Antragstellerin sei durch die Entscheidung des Antragsgegners, die Leistung weiterhin von der Beigeladenen erbringen zu lassen und kein Vergabeverfahren durchzuführen, in ihren Rechten verletzt. So wurden Verstöße gegen den Wettbewerbs- und Transparenzgrundsatz sowie das Gebot der Gleichbehandlung festgestellt. Die Leistungserbringung nach Ende des Schuljahres 2020/2021 sei durch den im Jahr 2012 geschlossenen Vertrag nicht mehr gedeckt.

Die Fortführung des Vertragsverhältnisses zwischen Antragsgegner und Beigeladener über das Schuljahresende 2020/2021 hinaus war weder durch den 2011 bezuschlagten Verkehrsvertrag noch durch den zwischen dem Antragsgegner und der Beigeladenen im Jahr 2012 unterzeichneten Vertrag gedeckt. Der Vertrag sei bezogen auf den streitgegenständlichen Leistungsteil befristet gewesen zunächst bis zum Schuljahresende 2018/2019, nach nicht erfolgter Kündigung bis zum Schuljahresende 2020/2021. Daraus ergebe sich, der Vertrag habe befristet sein sollen.

Auch der in Details geänderte, unterzeichnete Vertrag aus dem Jahr 2012 enthalte keine unbefristete Leistungserbringung mit dem Inhalt, dass es sich um einen unbefristeten Vertrag handele, der gegebenenfalls alle zwei Jahre, mit einer Kündigungsfrist von einem Jahr, durch Kündigung beendet werden könne und anderenfalls fortbestehe.

Mit Beschluss vom 04.06.2021 stellte die Vergabekammer somit fest, dass der Antragsgegner den Auftrag ab dem Schuljahr 2021/2022 ohne vorherige Veröffentlichung im Amtsblatt der Europäischen Union vergeben habe. Gegen diesen Beschluss richtet sich die sofortige Beschwerde des Antragsgegners und der Beigeladenen.

Beschluss:

Ohne Erfolg. Die Vergabekammer hatte das Fehlen eines wirksamen Vertrages für die ab dem 01.08.2021 erbrachten Leistungen der Beigeladenen wie auch der Verpflichtung des Antragsgegners zur Durchführung eines Vergabeverfahrens bei fortbestehender Absicht der externen Erledigung dieser Leistung in der angefochtenen Entscheidung zutreffend festgestellt. Ein öffentlicher Auftrag ist von Anfang an unwirksam, wenn der öffentliche Auftraggeber den Auftrag ohne vorherige Veröffentlichung einer Bekanntmachung im Amtsblatt der Europäischen Union vergeben hat (§§ 135 Abs. 1 S. 1 Nr. 2, Abs. 2 GWB), ohne dass dies aufgrund des Gesetzes gestattet

wäre. Die Unwirksamkeit betrifft auch wesentliche Vertragsänderungen öffentlicher Aufträge. Die wesentliche Änderung eines Auftrags darf nicht freihändig erfolgen. Es ist die Einleitung eines neuen Vergabeverfahrens über den geänderten Auftrag notwendig.

Praxistipp:

Ist beabsichtigt, nach Zuschlagserteilung ein gesondertes Vertragsdokument zu unterzeichnen, sollte dieses bereits Bestandteil der Vergabeunterlagen sein. Das Problem des geschilderten Sachverhalts war die (teilweise) Neuformulierung eines Vertrages nach Abschluss des Vergabeverfahrens durch Zuschlagserteilung. Die nachträgliche Formulierung eines Vertragstextes – oder einzelner Passagen des Vertrages – ist subjektiv. Die Auslegungen des Vertragsinhaltes können auseinandergehen.

[OLG Schleswig, Beschluss vom 09.12.2021, Az. 54 Verg 8/21](#)

Ihr Ansprechpartner

Lars Wiedemann, wiedemann@abst-mv.de, Tel.: 0385 61738117

Referenzen sind so wie gefordert nachzuweisen

Fordert der Auftraggeber die Vorlage von Referenzen, die nicht älter als drei Jahre sind und die sich auf die ausgeschriebene Leistungserbringung beziehen, und legt ein Bieter Referenzen vor, die entweder älter als drei Jahre sind oder die keine Referenzen über die geforderte Leistungserbringung sind, so verfügt der Bieter nicht über die geforderte Eignung.

Sachverhalt:

Die Antragsgegnerin (Ag.) schrieb in einem europaweiten Verfahren die Sanierung von Fördertechnik in einem Zentralklinikum aus. Zum Nachweis der technischen und beruflichen Leistungsfähigkeit waren von den Bietern mindestens drei Referenzen zu Umbauten im Bestand im laufenden Krankenhausbetrieb (nicht älter als drei Jahre) mit einem bestimmten Volumen vorzulegen. Außerdem mussten die Bieter bei Angebotsabgabe den betreuenden Vorarbeiter/Polier benennen, der mindestens drei Referenzen zu Umbauten im Bestand im laufenden Krankenhausbetrieb (ebenfalls nicht älter als drei Jahre) mit einem bestimmten Volumen nachweisen.

Im Rahmen der Angebotsprüfung forderte die Ag. über den Vergabemarktplatz (VMP) die Antragstellerin (Ast.) unter anderem zur Nachreichung von drei Referenzen zu Umbauten im laufenden Krankenhausbetrieb und der Benennung des Vorarbeiters/Poliers auf. Zudem bat sie um Aufklärung des Preises, da dieser ihr als unangemessen niedrig in Bezug auf die Preise der Wettbewerber erschien. Die Ag. führte deshalb nahezu 50 Positionen des Leistungsverzeichnisses auf und bat die Ast. um Aufklärung, wie sie die fachgerechte Ausführung der Positionen sicherstellen könne. Hierzu sollte die Ast. die Positionen im eingereichten Formblatt 223 aufschlüsseln und in Bezug darauf die Vorgehensweise und Arbeitsabläufe darstellen, die Kalkulationsansätze angeben und möglichst die Herleitung der Einheitspreisansätze erläutern.

Die Ast. antwortete fristgemäß über den VMP und fügte das ausgefüllte Formblatt 223 mit den aufgeschlüsselten Einheitspreisen sowie weitere Dokumente bei. Zudem bestätigte die Ast. die Auskömmlichkeit der Kalkulation der Preise. Sie verwies auf einen Mittellohn, einen ihrer Ansicht nach mehr als marktüblichen Verrechnungslohn sowie darauf, dass die Materialpreise vom Baustoffhändler bestätigt worden seien. Der Zeitansatz basiere auf Erfahrungswerten. Darüber hinaus gehende Angaben zur Erläuterung der Einzelpreise tätigte die Ast. nicht. Die von der Ast. beigefügten Referenzen, die sich auf Krankhäuser bezogen, waren allesamt mehr als drei Jahre alt. Eine zusätzlich eingereichte Liste von Referenzen wies insgesamt vier Baumaßnahmen der letzten drei Jahre aus, davon zwei in Gymnasien, eine in einer Fachhochschule und eine in einem Theater.

Ausweislich ihres Vergabevermerks bewertete die Ag. das Angebot der Ast. weiterhin als nicht auskömmlich, weil eine detaillierte Erläuterung der Preise fehlte. Zu den Referenzen, die nicht den Anforderungen entsprachen, vermerkte die Ag. nichts.

Die Ag. versuchte am 01.04.2021 wiederholt vergeblich eine Absagemitteilung an die Ast. unter Verwendung der im Angebot genannten Faxnummer zu übermitteln. Daraufhin übersandte die Ag. am 01.04.2021 eine E-Mail mit

der Absagemitteilung im Anhang an eine Adresse, die weder im Angebot der Antragstellerin noch in der Firmenliste des Vergabevermerks aufgeführt war. Eine Übermittlung der Ausschlussmitteilung über den VMP erfolgte nicht.

Am 26.04.2021 erteilte die Ag. der Beigeladenen den Auftrag. Drei Tage später erkundigte sich die Ast. per Nachricht über den VMP bei der Ag. nach dem Stand des Vergabeverfahrens. In ihrer Antwort verwies die Ag. auf die wenige Tage darauf erschienene europaweite Bekanntmachung über die Auftragsvergabe an die Beigeladene.

Gegen die Auftragserteilung an die Beigeladene reichte die Ast. einen Nachprüfungsantrag ein und übermittelte tags darauf eine Rüge an die Ag.. Im laufenden Nachprüfungsverfahren schloss die Ag. die Ast. zusätzlich noch nach § 16a EU Abs. 5 VOB/A aus, weil nach ihrer Auffassung, die nachgereichten Referenzen nicht den Mindestanforderungen entsprächen.

Die Ast. war der Auffassung, dass die Auftragserteilung vergaberechtswidrig erfolgte. Es könne nicht richtig sein, dass der Auftrag an die viertplatzierte Beigeladene erteilt worden sei. Dem Nachforderungsverlangen der Ag. habe sie entsprochen, seitdem aber nichts mehr über den Verfahrensstand erfahren. Erst auf die Nachfrage habe die Ast. vom Ausschluss und der Auftragserteilung an die Beigeladene erfahren. Die Bieterinformation habe sie per E-Mail nicht erreichen können, da die verwendete Adresse einer inzwischen insolventen Vorgängerfirma der Ast. gehörte. Zudem sei beim streitgegenständlichen Verfahren eindeutig festgelegt worden, dass jegliche Kommunikation über den VMP erfolgen solle. In der mündlichen Verhandlung teilte die Ast. jedoch mit, dass sie mittlerweile festgestellt habe, dass die von der Ag. verwandte E-Mail noch im Bieterprofil des VMP eingetragen sei.

Den Angebotsausschluss auf Grundlage von ungewöhnlich niedrigen Preisen hielt die Ast. für inhaltlich nicht rechtmäßig. Sie habe zur Prüfung der Wirtschaftlichkeit die komplette Urkalkulation offengelegt und nachgereicht. Die Abstände zwischen den ersten drei Angeboten lägen in einer marktüblichen Spanne, weshalb das Angebot der Ast. nicht als nicht auskömmlich eingestuft werden dürfe.

Beschluss:

Der zulässige Nachprüfungsantrag war unbegründet.

Ob die Bietermitteilung nach § 134 GWB ordnungsgemäß übermittelt worden ist, konnte nach Auffassung der Vergabekammer vorliegend dahinstehen. Denn in der mündlichen Verhandlung habe sich herausgestellt, dass die für die Bietermitteilung nach § 134 GWB verwendete E-Mailadresse im Bieterprofil des VMP eingetragen gewesen sei und der Ast. damit zugeordnet werden konnte.

Unabhängig davon ob die Voraussetzungen des § 134 GWB und § 135 GWB vorlägen, sei das Angebot der Ast. auch bei einer Zurückversetzung des Verfahrens zwingenden nach § 16a EU Abs. 5 VOB/A auszuschließen, da die geforderten Referenzen von der Ast. nicht erbracht worden seien.

Die Ag. habe ordnungsgemäß im Sinne des § 122 GWB die Vorlage von Referenzen gefordert, die nicht älter als drei Jahre sein durften und sich auf die Leistungserbringung im laufenden Krankenhausbetrieb beziehen mussten. Da die Ast. diese nicht mit dem Angebot eingereicht habe, habe die Ag. die Referenzen nachgefordert.

Die im Rahmen der Nachforderung von der Ast. vorgelegten Referenzen von Krankenhausbetreibern waren jedoch alle älter als drei Jahre. Und die einem zusätzlichen Dokument aufgeführten Leistungen stammten zwar aus dem vorgegebenen Zeitraum, waren aber keine Referenzen über eine Leistungserbringung im laufenden Krankenhausbetrieb. Mithin verfüge die Ast. über keine die aufgestellten Mindestanforderungen erfüllenden Nachweise.

Praxistipp

Bieter sollten die Vergabeunterlagen genau studieren und im eigenen Interesse die Nachweise über ihre Eignung wie (nach-) gefordert erbringen – sonst droht der zwingende Angebotsausschluss.

Und bei der Vergabe von Liefer- und Dienstleistungen sollten sich Bieter nicht darauf verlassen, dass fehlende Eignungsnachweise nachgefordert werden, da der Auftraggeber dies – anders als bei Bauvergaben - kann, aber nicht muss (vgl. § 56 Abs. 1 VgV bzw. § 41 Abs. 2 UVgO).

Vergabestellen sollten insbesondere bei der Übermittlung der Informationsschreiben nach § 134 GWB besondere Sorgfalt walten lassen. Ansonsten droht die Unwirksamkeit des Auftrages gemäß § 135 GWB.

[VK Westfalen, Beschluss vom 14.07.2021 - VK 2-20/21](#)

Ihre Ansprechpartnerin:

Petra Bachmann, petra.bachmann@abst-brandenburg.de, Tel.: 0331 95129095

Nachforderung von Unterlagen – keine „freie“ Entscheidung (Gastbeitrag)

Sieht der öffentliche Auftraggeber davon ab, in der Auftragsbekanntmachung oder den Vergabeunterlagen festzulegen, dass Unterlagen nicht nachgefordert werden (§ 56 Abs. 2 Satz 2 VgV), *kann* er sie nachfordern. Eine Nachforderung steht grundsätzlich im Ermessen des Auftraggebers. Wer die Nachforderung unterlässt und die Gründe hierfür nicht hinreichend dokumentiert, kann einen schweren Vergabefehler begehen.

Sachverhalt

Im Rahmen eines EU-weiten offenen Vergabeverfahrens hat u.a. eine Bieterin ein Angebot abgegeben. Nach deren Eignungsprüfung wurde das Vergabeverfahren aufgehoben, weil die Angebote erheblich über der Kostenschätzung lagen und teilweise der Leistungsbeschreibung nicht entsprachen.

1. Ausschluss wegen fehlender Eignungsnachweise eines Nachunternehmers

Daraufhin hat der Auftraggeber ein Verhandlungsverfahren mit den geeigneten Bietern des aufgehobenen Vergabeverfahrens durchgeführt. Im laufenden Verfahren hat die Bieterin eine Verlängerung der Angebotsfrist beantragt, die ihr auch gewährt wurde.

Der Auftraggeber erhielt im Rahmen eines Verhandlungsgesprächs Kenntnis davon, dass die Bieterin nunmehr die Arbeiten vollumfänglich durch einen Nachunternehmer erbringen lassen möchte. Für diesen waren aber keine Eignungsnachweise eingereicht worden. Daraufhin wurde die Bieterin vom Vergabeverfahren ausgeschlossen. In dem entsprechenden Ausschluss schreiben führte der Auftraggeber unter anderem aus:

„Eine Nachforderung der fehlenden Unterlagen gem. § 56 Abs. 2 VgV ist vorliegend weder geboten noch erforderlich. Ergibt die Prüfung auf Vollständigkeit wie vorliegend, dass Unterlagen fehlen, unvollständig oder (bei unternehmensbezogenen Unterlagen) fehlerhaft sind, können diese nach den Regelungen des § 56 Abs. 2 und Abs. 3 VgV bis zum Ablauf einer vom Auftraggeber zu bestimmenden Nachfrist grundsätzlich nachgefordert werden. Es besteht insoweit jedoch keine Verpflichtung des Auftraggebers zur Nachforderung.“

Nach Ausübung des Ermessens und unter besonderer Berücksichtigung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit nach § 97 Abs. 1 S. 2 GWB ist vorliegend keine Nachforderung geboten. Insoweit würde eine Nachforderung zu einer weiteren, unzumutbaren Verzögerung des Vergabeverfahrens führen. Weiterhin wurde auf Bitten Ihres Unternehmens die Angebots- und Ausschlussfrist zur Abgabe der finalen Angebote bereits um 10 Kalendertage verlängert. Insoweit würde eine entsprechende Nachforderung nicht nur zu einer Besserstellung Ihres Unternehmens und damit zu einer unzulässigen Diskriminierung anderer Verfahrensteilnehmer führen. Dies ist jedoch mit den vergaberechtlichen Grundsätzen der Transparenz, der Nichtdiskriminierung und der Gleichbehandlung i.S.v. § 97 Abs. 1 S. 1 und Abs. 2 GWB nicht zu vereinbaren.“

2. Nachprüfungsverfahren

Die Bieterin ging gegen den Ausschluss mit einem Nachprüfungsverfahren vor. In diesem hat die Bieterin zusätzlich ausgeführt: Das Gleichbehandlungsgebot zwingt dazu, von einer Nachforderungsmöglichkeit nur zurückhaltend Gebrauch zu machen. Die Regelung sei nicht als Soll-Vorschrift zu lesen. Im Übrigen werde für den vorliegenden Fall ausgeführt, es habe keine Ermessensreduzierung auf null vorgelegen.

Dem hielt der Auftraggeber entgegen: Sofern die Bieterin trotz der verlängerten Angebots- und Ausschlussfrist *„nicht Willens oder faktisch nicht in der Lage“* sei, die *„geforderten Unterlagen bis zum Fristablauf entsprechend den transparent und diskriminierungsfrei aufgestellten Anforderungen beizubringen“*, sei es *„nicht an der Vergabestelle, diese Versäumnisse zu Lasten der anderen Wettbewerbsteilnehmer zu heilen“*. Vielmehr würde eine entsprechende *„Bevorzugung“* der Bieterin *„gegen die Grundpfeiler des (Kartell-)Vergaberechts in Form der Gleichbehandlung, der Transparenz und der Nichtdiskriminierung verstoßen“*.

Die Vergabekammer hat den Auftraggeber verpflichtet, die Wertung der Angebote einschließlich des Angebotes der Antragstellerin unter Beachtung der Rechtsauffassung der Vergabekammer erneut durchzuführen. Hiergegen richtet sich nunmehr der Auftraggeber mit der sofortigen Beschwerde.

Entscheidung

Der Vergabesenat hat die Beschwerde zurückgewiesen. Die Vergabestelle habe den Anspruch der Bieterin auf Durchführung eines bestimmungsgemäßen Verfahrens verletzt, indem sie diese vergaberechtswidrig wegen angeblicher Nichterfüllung der Eignungsanforderungen aufgrund fehlender Unterlagen ausgeschlossen hat. Eingangs stellte der Vergabesenat fest, dass die Eignung eines Bewerbers jedenfalls dann neu zu beurteilen sei, wenn die Zweifel an der Eignung nachträglich, also nach einer vorherigen Prüfung und Bejahung der Eignung, aufgrund eines geänderten Sachverhaltes entstanden seien. Die Prüfung, ob die erstmalige Erklärung der Bieterin, alle Arbeiten würden nunmehr durch eine Unterauftragnehmer erbracht, Einfluss auf die Erfüllung der Eignungskriterien hatte, sei daher zulässig gewesen.

Allerdings halte die Ermessensentscheidung des Auftraggebers auf eine Nachforderung der Unterlagen zu verzichten einer rechtlichen Nachprüfung nicht stand.

1. Prüfungsmaßstab: Ermessensnichtgebrauch oder Ermessens Fehlgebrauch?

Der Vergabesenat hat zunächst den Prüfungsmaßstab erläutert: Die Ermessensentscheidung sei von den Nachprüfungsinstanzen nur beschränkt – und zwar analog § 114 VwGO – daraufhin zu überprüfen, ob die gesetzlichen Grenzen des Ermessens überschritten seien oder von dem Ermessen in einer dem Zweck der Ermächtigung nicht entsprechenden Weise Gebrauch gemacht worden sei. Neben einem Ermessensnichtgebrauch (Ermessensausfall) und einer Ermessensüberschreitung komme dabei – hier allein relevant – ein Ermessens Fehlgebrauch in Betracht.

Hierher gehörten zum einen die Fälle, in denen die Behörde nicht alle wesentlichen Gesichtspunkte berücksichtige oder nicht alle für die Entscheidung bedeutsamen Tatsachen ermittelt habe. Zum anderen handele es sich um die Fälle, in denen die Behörde den Zweck der Ermächtigung verkannt habe. Schließlich gehe es um die Fälle, in denen die Behörde bewusst aus unsachlichen Motiven gehandelt habe.

2. Die inneren und äußeren Grenzen des Ermessens

Ein Ermessens Fehlgebrauch führe auch dann zur Rechtswidrigkeit der Ermessensentscheidung, wenn die gewählte Rechtsfolge im Ergebnis auch auf der Grundlage vollständiger und fehlerfreier Ermessenserwägungen hätte angeordnet werden können. Denn beim Ermessens Fehlgebrauch gehe es um einen Verstoß gegen die „inneren“ Grenzen des Ermessens, während die Ermessensüberschreitung die „äußeren“ Grenzen des Ermessens betreffe. Letztere setze voraus, dass die angeordnete Rechtsfolge nicht von der Ermessensermächtigung gedeckt sei, im Ergebnis also unabhängig von den zugrunde liegenden Ermessenserwägungen nicht angeordnet werden durfte.

3. Das Ergebnis: Ermessensentscheidung hat keinen Bestand

Gemessen an diesen Grundsätzen hatte die Ermessensentscheidung aus Sicht des Vergabesenats keinen Bestand.

Zum einen sei die Ermessensausübung schon deshalb defizitär, weil sie die Nachforderung der Unterlagen unter dem Gesichtspunkt des Ausschlusses des Angebots wegen des fehlenden Eignungsnachweises der Subunternehmer und nicht (nur) der Nichteinhaltung der Anforderungen des § 53 Abs. 7 VgV prüfe.

Die Ermessensentscheidung berücksichtige auch nicht, dass eine Verzögerung bei jeder Nachforderung gegeben sei. Da Nachforderungen aber gleichwohl grundsätzlich zulässig seien, könne der pauschale Hinweis auf Verzögerungen allein keine tragfähige Erwägung darstellen. Grundsätzlich bedürfe es vielmehr der Abschätzung der konkret zu erwartenden Verzögerung und ihrer Auswirkungen auf das Verfahren.

Es sei auch zu berücksichtigen, ob die Vergabestelle diese Auswirkungen durch eine frühere Nachforderung hätte abmildern oder vermeiden können. Dabei wäre vorliegend eine Nachreichung ohne besondere Eile binnen weniger Tage, bei Eilbedürftigkeit notfalls auch binnen weniger Stunden möglich gewesen.

Ebenso sei unberücksichtigt geblieben, dass die im Formular vermisste Information auf Grundlage der Auslegung der Vergabestelle – Erbringung aller Leistungen durch einen Unterauftragnehmer – schon vorlag, so dass die Vergabestelle noch innerhalb der Angebotsfrist informiert, der Fehler also rein formal war.

Rechtsfehlerhaft sei die Erwägung der Vergabestelle, gegen die Nachforderung sprächen frühere „Verzögerungen“ sowie die Verlängerung der Angebots- und Ausschlussfrist zur Abgabe der finalen Angebote um zehn Kalendertage. Es sei nicht ersichtlich, dass aufgrund der Verlängerungen eine die Nachforderung infrage stellende Eilbedürftigkeit eingetreten wäre. Soweit das Vergabeverfahren insgesamt länger gedauert habe als bei Beginn erwartet, beruhe dies auf Entscheidungen der Vergabestelle bzw. darauf, dass diese Rügen abgeholfen hatte. Hätte die Vergabestelle aber einer Rüge ab, ohne dass dies von anderen Bietern erfolgreich angefochten würde, sei für das weitere Verfahren von einer berechtigten Rüge auszugehen, deren Erheben kein Kriterium bei einer zu Lasten der Bieterin gehenden Ermessensentscheidung sein könne.

Ferner habe die Vergabestelle bei ihrer Ermessensentscheidung nicht berücksichtigt, dass bei Ausschluss der Bieterin nur noch ein einziger Bieter übrigbleiben würde. Damit könne der Zweck des Vergabeverfahrens, die Bedürfnisse des öffentlichen Auftraggebers zu den bestmöglichen Konditionen zu befriedigen, allenfalls unzulänglich erreicht werden. Unberücksichtigt sei auch geblieben, dass § 56 Abs. 2 VgV auf eine möglichst weitgehende Berücksichtigung von Bieterangeboten ziele. Die Vorschrift bezwecke, im Interesse eines umfassenden Wettbewerbs den Ausschluss von Angeboten aus vielfach nur formalen Gründen zu verhindern und die Anzahl der am Wettbewerb teilnehmenden Angebote nicht unnötig zu reduzieren.

Soweit § 56 Abs. 2 VgV auf die Grundsätze der Transparenz und der Gleichbehandlung abstellt, sei dies nicht dahingehend zu verstehen, andere Gesichtspunkte und insbesondere der Zweck des Vergabeverfahrens seien unerheblich. Vielmehr seien die Grundsätze der Transparenz und Gleichbehandlung bei der unter Einbeziehung anderer Gesichtspunkte zu treffenden Entscheidung zu beachten.

Aus den genannten Gründen war die Angebotswertung zu wiederholen.

Praxistipp:

In der täglichen Arbeit mag die Entscheidung, Nachweise nicht nachzufordern, oftmals nur rudimentär begründet werden. Wie der vorstehende Beschluss zeigt, stellt dies einen erheblichen Vergabefehler dar, der zu beträchtlichen Verzögerungen im Vergabeverfahren führen kann.

Sicher erfordert die Dokumentation der Ermessensentscheidung – wie die vorstehend besprochene Entscheidung verdeutlicht – ein erhebliches Maß an Rechtskenntnissen und entsprechender personeller Kapazitäten.

Auf der anderen Seite – auch dies hat der Beschluss sehr anschaulich gezeigt – geht es um die Rechte des Bieters und nicht zuletzt auch um den Erhalt eines Wettbewerbs. Dieser soll kein Selbstzweck sein, sondern der Ermittlung des wirtschaftlichsten Angebotes dienen. Insofern ist jede Vergabestelle gut beraten, das Unterlassen der Nachforderung sorgfältig im Rahmen einer Ermessensentscheidung abzuwägen und die entsprechenden Begründungen zu dokumentieren.

[OLG Frankfurt a.M., Beschluss vom 25.11.2021 - 11 Verg 2 / 21](#)

Ihr Ansprechpartner

Rechtsanwalt Norbert Dippel, Fachanwalt für Vergaberecht und Syndikus der cosinex GmbH,
cosinex Blog - URL: <https://csx.de/mHPT>



International

Aus der EU

Einigung zum Instrument zum internationalen Beschaffungswesen

Die Europäische Kommission, das Europäische Parlament und der Rat haben sich über ein neues Instrument zum internationalen Beschaffungswesen (IPI) verständigt. Es soll der EU mehr Möglichkeiten für die Öffnung von Drittstaatenmärkten für öffentliche Aufträge verschaffen. Damit erhalten EU-Unternehmen zukünftig bessere Chancen

auf diesen Märkten. Die EU selbst hat ihren Markt für öffentliche Aufträge für Anbietern aus Drittstaaten geöffnet. Viele Handelspartner der EU beschränken jedoch ihre nationalen Märkte in den verschiedensten Branchen und diskriminieren so Unternehmen aus den EU-Mitgliedsstaaten.

Mittels dem IPI kann die EU-Kommission den Zugang zu den Märkten für öffentliche Aufträge in der EU als letztes Mittel beschränken. Dazu würden zum einen für Angebote aus dem betreffenden Drittstaat im Vergleich zu anderen Angeboten ein höherer Preis veranschlagt als der tatsächlich angebotene Preis. Zum anderen kann das Angebot aus dem betreffenden Drittstaat ausgeschlossen werden. Dem würden im Falle mutmaßlicher Beschränkungen für EU-Unternehmen auf Märkten für öffentliche Aufträge in Drittstaaten Untersuchungen vorausgehen.

Gleichzeitig dazu würde die Kommission den betreffenden Staat zu Konsultationen über die Öffnung seines Marktes für öffentliche Aufträge einladen. Zur Abwendung der Maßnahmen müssten die Drittstaaten ihre wettbewerbsbeschränkenden Praktiken jedoch einstellen. Von dem IPI nicht berührt werden die Verpflichtungen der EU im Rahmen des WTO-Übereinkommens über das öffentliche Beschaffungswesen (GPA) sowie bilaterale Handelsabkommen.

Weitere Informationen dazu finden Sie [hier](#).

Ihr Ansprechpartner:

Steffen Müller, muellers@abz-bayern.de, Tel.: 089 511 631 72



Aus den Bundesländern

Brandenburg - Erinnerung: Transparenzregister – Eintragungspflicht für alle Gesellschaften

Das Transparenzregister wurde in Deutschland am 27.06.2017 zur Umsetzung der Vierten EU-Geldwäsche-Richtlinie eingeführt. Als registerführende Stelle wurde die Bundesanzeiger Verlag GmbH vom Bundesministerium der Finanzen beliehen. Zweck des Transparenzregisters ist die Verhinderung von Geldwäsche und Terrorismusfinanzierung.

Am 01.08.2021 ist das Transparenzregister- und Finanzinformationsgesetz Geldwäsche in Kraft getreten. Ein Kernstück dieses Gesetzes ist die grundlegende Neuausrichtung des Transparenzregisters, welches von einem Auffangregister zu einem Vollregister umgestaltet wird.

Das bedeutet für Unternehmen eine aktive Verpflichtung, Angaben zu ihren wirtschaftlich Berechtigten an das Transparenzregister zur Eintragung mitzuteilen. Anzugeben sind Vor- und Nachname, Geburtsdatum, Wohnort, Art und Umfang des wirtschaftlichen Interesses des wirtschaftlich Berechtigten sowie Staatsangehörigkeit.

Diese Verpflichtung gilt auch, wenn sich die vom Transparenzregister geforderten Angaben bereits aus anderen elektronisch abrufbaren Registern (wie Handels-, Genossenschafts-, Partnerschaftsregister) ergeben. Denn eine bislang geltende Mitteilungsfiktion, die eine erhebliche Erleichterung für die Betroffenen dargestellt hatte, entfällt.

Es gelten Übergangsfristen: Für AG, SE und KGaA bis zum 31.03.2022 und für GmbH, Genossenschaften und Partnerschaften bis zum 30.06.2022. In allen anderen Fällen muss eine Mitteilung spätestens bis zum 31.12.2022 erfolgen. Bei Verstößen gegen die Transparenzpflichten drohen drastische Geldbußen von 100.000,- Euro bis zu 5 Millionen Euro.

Die Bundesanzeiger Verlag GmbH bietet [kostenfreie Webinare](#) zu dem Thema an.

Weitere Informationen finden Sie auf den nachfolgenden Webseiten Ihrer zuständigen brandenburgischen Wirtschaftskammer und [hier](#).

HWK Cottbus:

Neuausrichtung des Transparenzregisters: Eintragungspflicht für alle Gesellschaften - Handwerkskammer Cottbus (hwk-cottbus.de)

IHK Cottbus:

Transparenzregister - IHK Cottbus

HWK Frankfurt (Oder):

Transparenzregister und Meldepflicht | HWK-FF.DE

IHK Ostbrandenburg:

Transparenzregister - IHK Ostbrandenburg (ihk-ostbrandenburg.de)

HWK Potsdam:

Mitteilungspflicht - Handwerkskammer Potsdam (hwk-potsdam.de)

IHK Potsdam:

Eintragungspflicht und höhere Gebühren - IHK Potsdam (ihk-potsdam.de)



Veranstaltungen

Praxisnahe Seminare gehören zu den Kerndienstleistungen der Auftragsberatungsstellen. Zielgruppe der Schulungsangebote sind öffentliche Auftraggeber und Unternehmen. Die Auftragsberatungsstellen bieten Basisseminare für Einsteiger ebenso an wie Spezialkurse, in denen Detailfragen zum Vergaberecht erläutert werden. Mit mehr als 300 Seminaren bundesweit gehören die Auftragsberatungsstellen zu den größten Seminaranbietern Deutschlands; die enge Verzahnung mit Beratungen von Unternehmen und Vergabestellen sichert den Praxisbezug. Unter <http://www.abst.de/>, hier: Seminare, finden sie eine Übersicht des Gesamtprogramms 2022.

Sofern Sie ein für Sie interessantes Thema vermissen, wären wir Ihnen für einen Hinweis an die Auftragsberatungsstelle Ihres Bundeslandes sehr dankbar.