



Inhalt

- Wissenswertes 2
 - Stellungnahmen zur Konsultation zum „Vergabetransformationspaket“ veröffentlicht2
 - Leitfaden für die Beschaffung von Mobiltelefonen, Smartphones und Tablets2
 - KOINNO aktualisiert Ausschreibungs-Guide für innovative Unternehmen & Startups2
 - KOINNO stellt Fristenassistent zur Verfügung2
- Recht 3
 - Nachträgliche Änderungen an den Vergabeunterlagen sind immer möglich3
 - Rüge oder einfache Frage?4
 - Auslegung des Zuschlagsschreibens5
- Veranstaltungen 6



Wissenswertes

Stellungnahmen zur Konsultation zum „Vergabetransformationspaket“ veröffentlicht

Das Bundesministerium für Wirtschaft und Klimaschutz (BMWK) hat eine öffentliche Konsultation zur Transformation des Vergaberechts („Vergabetransformationspaket“) durchgeführt. Hintergrund der Konsultation ist die nach dem Koalitionsvertrag geplante praxisgerechte Modernisierung des Vergaberechts, die durch die Konsultation vorbereitet werden soll. Auf die Konsultation sind bis Mitte März 2023 über 400 Stellungnahmen eingegangen. Das BMWK hat die Stellungnahmen zwischenzeitlich auf seiner Homepage veröffentlicht. Sie finden diese unter: <https://www.bmwk.de/Redaktion/DE/Downloads/Stellungnahmen/vergabetransformationspaket>
Aktuell wertet das BMWK die Stellungnahmen aus, um auf dieser Basis mit den Stakeholdern ins Gespräch zu konkreten Vorschlägen bezüglich der Transformation des Vergaberechts zu kommen.

Leitfaden für die Beschaffung von Mobiltelefonen, Smartphones und Tablets

Das Umweltbundesamt (UBA) hat einen neuen Leitfaden für die Beschaffung von Mobiltelefonen, Smartphones und Tablets veröffentlicht. Der Leitfaden soll die Beschaffung von nachhaltigen Geräten ermöglichen, d.h. Geräten, die langlebig konstruiert und recyclebar sind und sich reparieren lassen. Über Rücknahmesysteme der Gerätehersteller soll sichergestellt werden, dass die in den Geräten enthaltenen Rohstoffe wieder in den Produktionskreislauf zurückgelangen. Die Kriterien des Leitfadens berücksichtigen auch die Wahrnehmung unternehmerischer Sorgfaltspflichten der Hersteller bei Konfliktrohstoffen und eine sozialverträgliche Produktion der Geräte. Dem Leitfaden lassen sich alle für öffentliche Auftraggeber wesentlichen Informationen und Empfehlungen für die Einbeziehung von Umweltaspekten in die Vergabe- und Vertragsunterlagen entnehmen. Unter www.beschaffung-info.de ist ein Anbieterfragebogen zur umweltfreundlichen öffentlichen Beschaffung von Mobiltelefonen, Smartphones und Tablets veröffentlicht, der als Anlage zum Leistungsverzeichnis dient. Damit ist hinsichtlich der umweltbezogenen Anforderungen lediglich ein entsprechender Verweis im Leistungsverzeichnis erforderlich, um den Auftragsgegenstand eindeutig und erschöpfend zu beschreiben. Darüber hinaus erleichtert der Anbieterfragebogen der ausschreibenden Stelle die Prüfung der Angebote. Den Leitfaden finden Sie unter: <https://www.umweltbundesamt.de/themen/beschaffungsleitfaden-fuer-mobiltelefone>

KOINNO aktualisiert Ausschreibungs-Guide für innovative Unternehmen & Startups

KOINNO hat seinen im Jahr 2022 veröffentlichten Ausschreibungs-Guide für Unternehmen & Startups (KOINNO-Playbook) aktualisiert. Das Playbook soll innovativen Unternehmen und Startups ein Grundverständnis zur öffentlichen Beschaffung vermitteln und die Möglichkeiten aufzeigen, wie sie sich den öffentlichen Beschaffungsmarkt erschließen können. Es beinhaltet auch Arbeitshilfen, Checklisten und eine Übersicht wichtiger Messen und Konferenzen. Weitere Informationen zum Ausschreibungs-Guide finden Sie unter: <https://www.koinno-bmwk.de/startups-innovative-kmu/playbook/>

KOINNO stellt Fristenassistent zur Verfügung

Die korrekte Festlegung der Fristen ist elementar, um ein rechtssicheres Vergabeverfahren durchführen zu können. Dabei kommt es unter anderem auf das gewählte Verfahren und die jeweilige Vergabeordnung an.

Der KOINNO-Fristenassistent unterstützt Sie rund um die Festlegung der Fristen für Ihr Vergabeverfahren:

- **Kalkulation** – geben Sie in nur drei Schritten Ihre Informationen zum Verfahren ein. Als Ergebnis erhalten Sie alle Phasen und Daten des Vergabeverfahrens im Überblick.
- **Kommunikation** – nutzen Sie den Kalender sowie die übersichtliche Verfahrensdarstellung, um sich mit dem Bedarfsträger auszutauschen.
- **Dokumentation** – ergänzen Sie die Ergebnisse mit Ihren eigenen Vermerken für Ihre Akten.

Der KOINNO-Fristenassistent eignet sich für die Kalkulation eines konkreten Vergabeverfahrens genauso wie zur Abschätzung der Verfahrensdauer im ersten Austausch mit dem Bedarfsträger. Den KOINNO-Fristenassistent finden Sie unter: <https://fristen.koinno-bmwk.de/>

Quelle: Bundesministerium für Wirtschaft und Klimaschutz

Ihr Ansprechpartner:

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



Recht

Nachträgliche Änderungen an den Vergabeunterlagen sind immer möglich

Auftraggeber sind bei Wahrung der vergaberechtlichen Grundsätze berechtigt, die Vergabeunterlagen nachträglich zu ändern. Dies umfasst auch die nachträgliche Vorgabe, dass bestimmte Unterlagen, wie vorliegend das Formblatt zur Stoffpreisgleitklausel, im Falle des Fehlens bei Angebotsabgabe nicht nachgefordert werden, und das Angebot in diesem Fall auszuschließen ist.

Sachverhalt:

Durchgeführt wurde ein EU-weites Verfahren über die Ausführung von Landschaftsbauarbeiten. Der Auftraggeber änderte während der Angebotsfrist (am 17.10.2022) die Vergabeunterlagen. Dadurch wurden sich beteiligende Bieter verpflichtet, weitere Unterlagen mit dem Angebot einzureichen. Dies beinhaltete auch ein von den Bietern auszufüllendes Formblatt über eine Stoffpreisgleitklausel. Im Änderungspaket und aufgrund einer Bieterfrage stellte der Auftraggeber klar, dass diese Unterlage für den Fall ihres Fehlens bei Angebotsabgabe nicht nachgefordert werde. Bieter B lud sein Angebot fristgerecht am 04.11.2022 über die eVergabepattform hoch, allerdings in einer Fassung vom 26.09.2022. Der Auftraggeber schloss das Angebot des B aus, da diesem Angebot das auszufüllende Formblatt Stoffpreisgleitklausel nicht beigelegt war. B rügte den Ausschluss vor der zuständigen Vergabekammer, mit der Begründung, die Vorlage des Formblatts sei nicht aus der ursprünglichen Ausschreibung erkennbar gewesen, und hätte deshalb nicht nachträglich gefordert werden dürfen. Jedenfalls hätte einem Bieter, der die erst im Laufe des Vergabeverfahrens geforderte Einreichung der Formblätter "erkennbar übersehen" habe, die Möglichkeit eingeräumt werden müssen, diese nachzureichen.

Beschluss:

Ohne Erfolg. Die Vergabekammer stellt in ihrem abweisenden Beschluss klar, dass Auftraggeber bei Wahrung der Verfahrensgrundsätze aus § 97 Abs. 1 und 2 GWB (Transparenz, Gleichbehandlung, Verhältnismäßigkeit) grundsätzlich berechtigt sind, die Vergabeunterlagen nachträglich zu ändern. Der vorliegende Nachforderungsausschluss sei von § 16a EU Abs. 2 VOB/A 2019 gedeckt, und zwar auch bei nachträglicher Festlegung, weil die Norm eine solche nicht verbiete. Das Angebot war deshalb wegen Unvollständigkeit zwingend auszuschließen. Im Übrigen sei der Nachprüfungsantrag bereits nach § 160 Abs. 3 Nr. 1 GWB unzulässig, weil der Bieter den vermeintlichen Vergaberechtsverstoß nicht rechtzeitig gerügt habe. Die mit dem Änderungspaket nachträglich aufgestellte Vorgabe sei den Bietern genauso transparent übermittelt worden, wie der Hinweis, dass bei Nichtvorlage das Angebot auszuschließen ist. Diese Konsequenzen hätte ein durchschnittlicher Bieter sowohl in tatsächlicher als auch rechtlicher Hinsicht erkennen können.

Praxistipp:

Bieter aufgepasst: Als registrierter Bieter werden Sie zwar über das Vorliegen geänderter Vergabeunterlagen informiert. Es obliegt jedoch den Bietern, die tatsächlichen Änderungen zu erfassen und gegebenenfalls in das abzugebende Angebot einzuarbeiten bzw. ein bereits abgegebenes Angebot zurückzunehmen und ein neues einzureichen. Die Vergabekammer hat in dieser Entscheidung klar formuliert, dass auch eine nachträgliche Vorgabe für den durchschnittlichen Bieter in Bezug auf ihre tatsächlichen wie rechtlichen Auswirkungen erkennbar ist. Eine mögliche Vergaberechtswidrigkeit ist deshalb innerhalb der Fristen des § 164 Abs. 3 Nr. 1 GWB zu rügen.

VK Berlin, Beschluss vom 24.01.2023 (Az.: 2-35/22)

Ihre Ansprechpartnerin:

Eva Waitzendorfer-Braun, Auftragsberatungsstelle Hessen e.V.: eva.waitzendorfer-braun@absthessen.de, Tel.: 0611-974588-0

Rüge oder einfache Frage?

Der erforderliche Zweck ergibt sich aus dem Inhalt: Die Rüge soll dem Auftraggeber frühzeitig Gelegenheit geben, ein vergaberechtswidriges Verhalten zu erkennen und dieses ggf. zu beseitigen, um das Vergabeverfahren möglichst rasch und ohne zeit- und kostenaufwändiges Nachprüfungsverfahren zum Abschluss zu bringen.

Sachverhalt:

Ausgeschrieben in einem EU-weiten Verfahren war die "Planmäßige Instandhaltung eines Schiffes". Verfahrensart war ein Verhandlungsverfahren mit Teilnahmewettbewerb. In der Bekanntmachung hatte der öffentliche Auftraggeber in Ziffer VI.4.2 des Bekanntmachungsformulars unter der Überschrift „Einlegung von Rechtsbehelfen“ den Wortlaut des § 160 Abs. 1 bis 4 GWB zitiert. Nach dem Teilnahmewettbewerb wurden die geeigneten Bieter zur Angebotsabgabe (Erstangebote) aufgefordert. Unter der Überschrift „Verfahrensgrundsätze“ gab der Auftraggeber in der Angebotsaufforderung an: „Die vertraglichen Regelungen dieses Vertrages sind (...) nicht verhandelbar.“ Im Rahmen der Bieterfragen zum ausgeschriebenen Vertrag teilte Bieter B dem Auftraggeber mit, dass er das Vorgehen der Vergabestelle in mehreren Punkten für fehlerhaft halte, z. B. dass er den „Wettbewerb um Kernleistungen des Vergabefahrens kritisch gestört“ sehe, dass er "die dem Verfahren von Seiten des Auftraggebers unterstellte zeitliche Machbarkeit" bezweifle, dass ihm der "vorgesehene neue Vertrag hinsichtlich der beabsichtigten Reparaturbeauftragung ... befremdlich" erscheine. Die vorgebrachten Kritikpunkte schloss er jeweils mit der Frage ab: "Wie stellt sich [der Auftraggeber] im Wettbewerbsfahren verantwortlich zu dieser Problematik?" Der AG beantwortete die Fragen, änderte die Vergabeunterlagen jedoch nicht. Nach der Wertung der Angebote teilte der Auftraggeber B mit, dass er beabsichtige, den Zuschlag an einen Wettbewerber zu vergeben. Dies rügte der B. Der Auftraggeber half der Rüge nicht ab und B beantragte ein Nachprüfungsverfahren.

Beschluss:

Mit Erfolg. Für die Frage, ob es sich um Rüge oder Bieterfrage handelt, komme es nicht darauf an, wie der Antragsteller selbst seine Schreiben verstanden wissen wolle. Ob ein konkretes Bieterverhalten eine Rüge i. S. d. § 160 Abs. 3 GWB darstelle, sei von den Vergabenachprüfungsinstanzen objektiv zu beurteilen und stehe nicht zur Disposition der Beteiligten. Anderenfalls könnte ein Bieter mit dem Argument, bisher habe er nur Fragen gestellt, aber keine Rüge erhoben, mit einer „echten“ Rüge zuwarten, ob er den Zuschlag erhält oder nicht. Ein solches „Taktieren“ mit einer Rüge sei gesetzgeberisch jedoch nicht gewollt. Denn die Rüge soll dem Auftraggeber frühzeitig Gelegenheit geben, ein vergaberechtswidriges Verhalten zu erkennen und dieses ggf. zu beseitigen, um das Vergabeverfahren möglichst rasch und ohne zeit- und kostenaufwändiges Nachprüfungsverfahren zum Abschluss zu bringen. Der erforderliche Inhalt einer ordnungsgemäßen Rüge ergäbe sich aus deren Zweck. Mit einer Rüge bringe ein Bieter zum Ausdruck, dass er eine Vorgehensweise oder ein Verhalten des Auftraggebers beanstanden will. Eine ordnungsgemäße Rüge setze daher nicht nur voraus, dass die Tatsachen, auf die die Beanstandung gestützt wird, so konkret wie für die Nachvollziehbarkeit nötig benannt werden, sondern auch, dass aus der Rüge deutlich wird, dass es sich hierbei um einen Vergaberechtsverstoß handelt, dessen Abhilfe begehrt wird. Um das Erheben einer Rüge und damit den Rechtsschutz nicht unangemessen zu erschweren, seien die Anforderungen an deren Form und Inhalt gering. Daher brauche der Vergaberechtsverstoß nicht exakt, z. B. durch das Nennen einer bestimmten Rechtsnorm, bezeichnet zu werden. Unschädlich sei es daher auch, wenn der betreffende Bieter in seiner Rüge eine andere Rechtsnorm angibt, die verletzt sein soll, als sein erst später hinzugezogener Rechtsanwalt – ebenso wenig komme es darauf an, ob die von ihm genannte Norm tatsächlich verletzt oder z. B. bereits nicht einschlägig sei. Unerheblich für das Vorliegen einer Rüge sei ebenfalls, dass die Beanstandungen des Antragstellers regelmäßig mit einem Fragezeichen endeten. Auch in einem solchen Fall handele es sich nicht um reine Fragen, sondern um „Rügen“ i. S. d. § 160 Abs. 3 GWB, wenn sich aus dem Inhalt der „Frage“ insgesamt ergibt, dass es sich nicht nur um eine bloße (Verständnis-) Frage oder um eine reine Äußerung rechtlicher Zweifel handelt, sondern dass das Vorgebrachte als Mitteilung zu verstehen sein soll, dass der Antragsteller die derzeitige Vorgehensweise des Auftraggebers für vergabefehlerhaft hält, verbunden mit der ernstgemeinten Aufforderung an den Auftraggeber, diesen Vergaberechtsverstoß zu beseitigen. Eine Nichtabhilfeentscheidung durch den Auftraggeber liege dann vor, wenn die Vergabestelle in ihrer Antwort auf eine Rüge eindeutig zum Ausdruck bringt, dass sie die Rüge als unzutreffend abtut und ihr endgültig nicht abhilft. Es reiche aus, wenn ein Auftraggeber zu einzelnen Rügen konkret Stellung nimmt und mit seiner Stellungnahme keine Änderungen der Vergabeunterlagen in Aussicht stellt. Denn bereits dann sei einem Bieter unmissverständlich klar, dass er sein Angebot auf unveränderter Grundlage abzugeben hat.

Praxistipp:

Wenn sich aus dem Inhalt der „Frage“ insgesamt ergibt, dass es sich nicht nur um eine bloße Verständnisfrage oder um eine reine Äußerung rechtlicher Zweifel handelt, sondern dass das Vorgebrachte als Mitteilung dahingehend zu verstehen ist, dass der Antragsteller die Vorgehensweise des Auftraggebers für vergabefehlerhaft und somit rechtsverletzend hält, handelt es sich um eine Rüge.

VK Bund, Beschluss vom 28.05.2020 (Az.: VK 1-34/20)

Ihre Ansprechpartnerin:

Eva Waitzendorfer-Braun, Auftragsberatungsstelle Hessen e.V.: eva.waitzendorfer-braun@absthessen.de, Tel.: 0611-974588-0

Auslegung des Zuschlagsschreibens

Enthält das Zuschlagsschreiben des öffentlichen Auftraggebers die Aufforderung an den Bieter, die Ausfertigung eines Vertrages, welcher nicht Bestandteil der Vergabeunterlagen war, umgehend unterzeichnet zurückzusenden, liegt zivilrechtlich darin eine Ablehnung des im Vergabeverfahren unterbreiteten Angebots und das Angebot zum Abschluss eines geänderten Vertrages.

Sachverhalt:

Das klagende Land (öAG) verlangt Schadensersatz wegen Nichterfüllung eines Vertrages von einer Bieter-/Arbeitsgemeinschaft (ArGe). Es besteht Streit, ob zwischen öAG und der ArGe ein Vertrag über förmlich ausgeschriebene Dienstleistungen zustande gekommen ist.

Mit Zuschlagsschreiben vom 17.03.2015 erklärte der öAG, dass der ArGe der Zuschlag erteilt werde. Mit der Ausführung der Leistung sollte ab dem 01.04.2015 begonnen werden. Es hieß weiter:

„*Sie werden gebeten, umgehend die anliegenden Schriftstücke unterzeichnet zurückzusenden:*

- Eine Ausfertigung des Vertrags mitsamt Anlagen
- Mitteilung über die Projektleitung“

Das Schreiben wurde „vorab per Fax“ – ohne Anlagen – übersandt. Dem folgend per Einschreiben übersandten Zuschlagsschreiben waren u.a. zwei Vertragsausfertigungen nebst jeweils drei Anlagen beigelegt (wie in dem Kopf des Schreibens angegeben). Die ArGe erhielt den Vertragsentwurf erstmals mit dem Zuschlagsschreiben, dieser war nicht Bestandteil der Ausschreibungsunterlagen gewesen.

Der Bitte um Vertragsunterzeichnung kam die ArGe nicht nach. Dies führte zu Unstimmigkeiten. Der öAG bat am 26.03.2015 per E-Mail um Rückgabe des unterzeichneten Vertrages und die vertragsgemäße Aufnahme der Arbeiten am 01.04.2015. Die ArGe lehnte die Unterzeichnung des „*Vertragsvorschlags*“ ab. Der öAG erklärte nach Rücksprache mit seiner Rechtsabteilung und der Geschäftsleitung mit Schreiben vom 27.03.2015, eine Unterzeichnung des Vertrages sei nicht zwingend notwendig. Ein Vertrag sei bereits auf Grundlage des Angebots zustande gekommen. Dieser Rechtsauffassung widersprach die ArGe mit E-Mail vom gleichen Tag.

Die ArGe wurde antragsgemäß durch das Landgericht zur Zahlung von 488.672,29 € verurteilt. Die ArGe hätte dem öAG die durch eine anderweitige Beauftragung von Sicherheitskontrollen entstandenen Mehrkosten zu erstatten. Das von der ArGe abgegebene Angebot habe die Klägerin durch die Zuschlagserklärung vom 17.03.2015 unverändert angenommen.

Hiergegen richtet sich die Berufung der ArGe, mit der die Abweisung der Klage begehrt wird.

Beschluss:

Mit Erfolg! Der öAG hat das Angebot der ArGe nicht wirksam angenommen. Die Annahme ist eine empfangsbedürftige Willenserklärung, deren Inhalt die vorbehaltlose Akzeptanz des Antrags zum Ausdruck bringen muss.

Das Zuschlagsschreiben des öAG ist nicht als vorbehaltlose Annahme, sondern als neues Angebot anzusehen. Erst das vollständige Zuschlagsschreiben mit Anlagen ist Grundlage für die Auslegung der Willenserklärung des öAG. Diese wurde erst wirksam, als der ArGe das Zuschlagsschreiben mit Anlagen per Post zuzuging.

Das Angebot der ArGe wurde mit dem Zuschlagsschreiben nicht unverändert angenommen. Es wurde vielmehr ein neues Angebot mit dem Inhalt der übersandten Vertragsausfertigung erteilt. Dabei weicht der Vertragsentwurf vom Angebot der ArGe auf Grundlage der Ausschreibungsunterlagen ab. Letztlich brachte der öAG mit der Bitte

um umgehende Rücksendung der unterzeichneten Vertragsausfertigung seinen unmissverständlich Willen zum Ausdruck, dass der Vertrag mit dem Inhalt dieses Vertragsentwurfs zustande kommen soll.

Es war aus Sicht eines objektiven Empfängers nicht davon auszugehen, dass der öAG das Angebot der ArGe zunächst einmal vorbehaltlos annehme, um dann sogleich den Abschluss eines Änderungsvertrages anzubieten. Aus Sicht der ArGe sprach nichts dafür, dass es ihr freistünde, den Vertragsentwurf zu unterzeichnen oder der Vertrag bereits mit dem Inhalt des Angebots zustande gekommen sein sollte.

Mit dem neuen Angebot des öAG galt das Angebot der ArGe gemäß § 150 Abs. 2 BGB als abgelehnt und war gemäß § 146 BGB erloschen. Daher konnte es durch die nachfolgende Erklärung des öAG nicht mehr angenommen werden.

Praxistipp:

Der zivilrechtliche Vertrag kommt bereits mit Zuschlagserteilung zustande, weshalb eine Vertragsunterzeichnung nach Zuschlag grundsätzlich obsolet ist. Ist die Unterzeichnung eines schriftlichen Vertrages notwendig, muss dieser immer in den Vergabeunterlagen enthalten sein und mit diesen bekannt gemacht werden. So wird sichergestellt, dass dieser wie veröffentlicht geschlossen wird.

[OLG Celle, Urteil vom 29.12.2022, Az.: 13 U 3/22](#)

Ihr Ansprechpartner:

Lars Wiedemann, wiedemann@abst-mv.de, 0385 61738-117



Veranstaltungen

Seminare der Auftragsberatungsstellen in Deutschland

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. Die enge Verzahnung mit Beratungen von Unternehmen und Vergabestellen sichert den Praxisbezug.

Unter <http://www.abst.de/>, Hier: Veranstaltungen, finden sie eine Übersicht über die angebotenen Seminare.

Sofern Sie ein für Sie interessantes Thema vermissen, wären wir Ihnen für einen Hinweis an die [Auftragsberatungsstelle](#) Ihres Bundeslandes dankbar.