

Vergabe Prax

Zeitschrift zur Praxis des Vergaberechts



Heft 04 | April 2024

9.00 € Einzelheft

6.00 € Abonnement

HERAUSGEBER

RA Dr. jur. Thomas Ax

REDAKTION

Tobias R.C. Schmitt

04 | 24

AX VERLAG



FÜR VERGABE- UND VERTRAGSRECHT

INHALT

INHALT	3		
Von der Redaktion	5		
Beiträge	6		
Neue Themen – der richtige Vergabevermerk	6		
Nachprüfungspraxis - wie komme ich an die Vergabeakte?	7		
Nachprüfungspraxis - wie geht die Anrufung der Vergabekammer?	8		
Eignungsprüfung als Prognoseentscheidung	9		
Anforderungen an die fachliche Richtigkeitsprüfung der Angebote	9		
Anforderungen an die Dokumentation interner Beratungen	9		
Aufgepasst!	11		
Eignungsanforderungen richtig aufstellen	11		
Was sind vergleichbare Referenzprojekte?	11		
Kurz belichtet	12		
BayObLG zu der Frage, dass Restleistungen nach Kündigung öffentlich auszuschreiben sind	12		
Spruchpraxis der Vergabekammern und Vergabesenate und sonstigen Gerichte kurz belichtet	12		
Themen der Entscheidungen der Vergabekammern und Vergabesenate und sonstigen Gerichte 2024 im Schnelldurchlauf	13		
Aktuelle Entscheidungen	17		
VK Bund zu der Frage, dass eine unklare Auftraggebereigenschaft der Referenzstelle zu überprüfen ist	17		
VK Thüringen zu der Frage, dass ein offenkundiger Rechenfehler keine Änderung der Vergabeunterlagen ist	28		
VK Mecklenburg-Vorpommern zu der Frage, dass eine WhatsApp-Nachricht eine ordnungsgemäße Rüge darstellt	44		
Praxistipp	51		
		Richtig rügen	51
		Angebote richtig erstellen	51
		Veranstaltungsankündigung	52
		AxAkademie: Neuer Workshop zur Beschaffung umweltfreundlicher Güter und Dienstleistungen	52
		Zufriedene Mandanten	56
		Anzeige	57
		Was Sie bei AR erwartet	57
		Werbung	58
		Machen Sie sich fit: Das Lieferkettensorgfaltspflichtengesetz (LkSG) als Herausforderung auch und Insbesondere für öffentliche Auftraggeber	58
		Machen Sie sich fit: Nachhaltigkeitsaspekte im Vergabeverfahren als Herausforderung für öffentliche Auftraggeber	60
		Bestellformular	63
		Impressum	64

Von der Redaktion

Neueinsteiger herzlich willkommen!

Der Staat kauft ein! Er lässt Verwaltungsgebäude, Krankenhäuser, Schulen sowie Straßen und Brücken bauen und sanieren. Er beschafft Fahrzeuge, IT, Büromaterialien und Medizinprodukte. Darüber hinaus kauft er Planungs- und Beratungsleistungen sowie Reinigungs- und Bewachungsdienstleistungen und vieles mehr ein. Das öffentliche Beschaffungswesen ist ein Milliardenmarkt, der seit jeher besonderen Regelungen unterliegt. Die beim Einkauf von Leistungen zu beachtenden Bestimmungen, die dem Wettbewerb, der Gleichbehandlung und der Transparenz dienen, stellen das Vergaberecht dar. Dessen komplexe Regelungen müssen beachtet werden, wenn Aufträge rechtssicher vergeben werden sollen. Hier gilt es, viele Einzelaspekte richtig zu behandeln und Stolpersteine frühzeitig zu erkennen, um das Beschaffungsvorhaben erfolgreich durchzuführen. Das Ziel unserer VergabePrax besteht darin, Neueinsteigern fundiert und praxisbezogen die Grundlagen des Vergaberechts zu vermitteln. Die VergabePrax behandelt typische Problemstellungen und deren Lösungen. Zudem werden ausgewählte und aktuelle Einzelthemen sowohl bei europaweiten als auch nationalen Vergabeverfahren beleuchtet. Die VergabePrax wendet sich an den vergaberechtlichen Praktiker. Die VergabePrax wendet sich gezielt an Neueinsteiger ohne spezielles Vorwissen. Sie eignet sich aber auch für Leser mit ersten vergaberechtlichen Erfahrungen, die ihr Wissen ordnen und vervollständigen wollen und natürlich ist sie auch für „alte Hasen“ sehr interessant. Viel Freude und Erkenntnisgewinn beim Lesen. Herzliche Grüße!

Ihr Herausgeber

Thomas Ax

Beiträge

Neue Themen – der richtige Vergabevermerk

von Thomas Ax

Der Vergabevermerk ist der Schlüssel zur rechtssicheren Durchführung des Vergabeverfahrens. Kontrollbehörde, Rechnungsprüfung,

Vergabekammer, Kommunalaufsicht - für alle ist der Vergabevermerk das entscheidende Dokument für die Überprüfung der Rechtmäßigkeit einer Beschaffung. Im Vergabevermerk müssen daher alle wesentlichen Verfahrensschritte dokumentiert werden. Alle wesentlichen Entscheidungen im Vergabeverfahren müssen begründet werden. Doch wie weit reichen die Dokumentations- und Begründungspflichten?

Ein Vergabevermerk ist ein Nachweis, dem zu entnehmen ist, welche Maßnahmen, Feststellungen und Entscheidungen in einem Vergabeverfahren getroffen wurden. Der Vermerk stellt eine lückenlose Dokumentation des gesamten Vergabeverfahrens dar. Jede Ausschreibung, ob unter- oder oberhalb der EU-Schwellenwerte ist vom Auftraggeber in einem Vergabevermerk schriftlich zu dokumentieren gem. § 8 VgV, § 20 EU VOB/A. Diese Verpflichtung gilt auch für die Beschränkte Ausschreibung und die Freihändige Vergabe (§ 20 EG VOB/A, § 20 EG VOL/A). Der Vergabevermerk ist unmittelbar nach der Festlegung des Bedarfs zu erstellen, bis zur Zuschlagserteilung fortlaufend zu ergänzen und darf nicht im Nachhinein gefertigt werden.

Welche rechtlichen Vorgaben sind zu beachten?

Der öffentliche Auftraggeber dokumentiert das Vergabeverfahren von Beginn an fortlaufend in Textform nach § 126b des Bürgerlichen Gesetzbuchs, soweit dies für die Begründung von Entscheidungen auf jeder Stufe des Vergabeverfahrens erforderlich ist. Dazu gehört zum Beispiel die Dokumentation der Kommunikation mit Unternehmen und interner Beratungen, der Vorbereitung der Auftragsbekanntmachung und der Vergabeunterlagen, der Öffnung der Angebote, Teilnahmeanträge und Interessensbestätigungen, der Verhandlungen und der Dialoge mit den teilnehmenden Unternehmen sowie der Gründe für Auswahlentscheidungen und den Zuschlag.

Der öffentliche Auftraggeber fertigt über jedes Vergabeverfahren einen Vermerk in Textform nach § 126b des Bürgerlichen Gesetzbuchs an. Dieser Vergabevermerk umfasst mindestens Folgendes:

1. den Namen und die Anschrift des öffentlichen Auftraggebers sowie Gegenstand und Wert des Auftrags, der Rahmenvereinbarung oder des dynamischen Beschaffungssystems,
2. die Namen der berücksichtigten Bewerber oder Bieter und die Gründe für ihre Auswahl,
3. die nicht berücksichtigten Angebote und Teilnahmeanträge sowie die Namen der nicht berücksichtigten Bewerber oder Bieter und die Gründe für ihre Nichtberücksichtigung,
4. die Gründe für die Ablehnung von Angeboten, die für ungewöhnlich niedrig befunden wurden,
5. den Namen des erfolgreichen Bieters und die Gründe für die Auswahl seines Angebots sowie, falls bekannt, den Anteil am Auftrag oder an der Rahmenvereinbarung, den der Zuschlagsempfänger an Dritte weiterzugeben beabsichtigt, und gegebenenfalls, soweit zu jenem Zeitpunkt bekannt, die Namen der Unterauftragnehmer des Hauptauftragnehmers,
6. bei Verhandlungsverfahren und wettbewerblichen Dialogen die in § 14 Absatz 3 genannten Umstände, die die Anwendung dieser Verfahren rechtfertigen,
7. bei Verhandlungsverfahren ohne vorherigen Teilnahmewettbewerb die in § 14 Absatz 4 genannten Umstände, die die Anwendung dieses Verfahrens rechtfertigen,
8. gegebenenfalls die Gründe, aus denen der öffentliche Auftraggeber auf die Vergabe eines Auftrags, den Abschluss einer Rahmenvereinbarung oder die Einrichtung eines dynamischen Beschaffungssystems verzichtet hat,

9. gegebenenfalls die Gründe, aus denen andere als elektronische Mittel für die Einreichung der Angebote verwendet wurden,
10. gegebenenfalls Angaben zu aufgedeckten Interessenkonflikten und getroffenen Abhilfemaßnahmen,
11. gegebenenfalls die Gründe, aufgrund derer mehrere Teil- oder Fachlose zusammen vergeben wurden, und gegebenenfalls die Gründe für die Nichtangabe der Gewichtung von Zuschlagskriterien.

Bsp

Nur wer den Aufwand einer tiefen technischen und sachlichen Begründung in dem Vergabevermerk nicht scheut, kann bspw eine produktspezifische Vergabe rechtssicher durchführen. Dabei müssen vergaberechtlicher und technischer Sachverstand interdisziplinär zusammenarbeiten.

Bsp

Für eine Abweichung vom grundsätzlichen Gebot einer Fachlosvergabe reicht es aus, wenn nach einer Abwägung der widerstreitenden Belange die wirtschaftlichen oder technischen Gründe gegen eine solche Teilung überwiegen. Die für diese Abwägung zu dokumentierenden Angaben und Gründe müssen so detailliert sein, dass sie für einen mit der Sachlage des konkreten Vergabeverfahrens vertrauten Leser nachvollziehbar sind. Dies erfordert eine Dokumentation mit einer ausführlichen Begründung des Entscheidungsprozesses mit seinem Für und Wider sowie eine detaillierte Begründung der getroffenen Entscheidung. Ist im Vergabevermerk die Berücksichtigung eines bestimmten Umstandes bei der Abwägung nicht zu entnehmen, kann diese Lücke nicht im Nachprüfungsverfahren geschlossen werden, weil es sich um gänzlich neuen und bislang unbekanntem Sachverhalt handeln würde.

Bsp

Die im Vergabevermerk enthaltenen Angaben und die mitgeteilten Gründe für getroffene Entscheidungen müssen so detailliert sein, dass sie für einen mit der Sachlage des jeweiligen Vergabeverfahrens vertrauten Leser nachvollziehbar sind. Dabei sind die Anforderungen an den Detaillierungsgrad aus Gründen der Nachvollziehbarkeit größer, wenn es um die Dokumentation

von Entscheidungen geht, die die Ausübung von Ermessen oder die Ausfüllung eines Beurteilungsspielraums enthalten. Für den Bereich der Ingenieur- und Architektenleistungen stellt die mündliche Präsentation von Planung und Team ein übliches Verfahren bei der Auswahl des am besten erscheinenden Bieters dar. Dabei sind die Anforderungen an den Detaillierungsgrad des Vergabevermerks aus Gründen der Nachvollziehbarkeit besonders hoch, wenn die qualitative Bewertung im Wesentlichen auf einer mündlichen Vorstellung der zur Verhandlungsrunde zugelassenen Büros beruht.

Nachprüfungspraxis - wie komme ich an die Vergabeakte?

von Thomas Ax

Nach § 165 Abs. 1 GWB können die Verfahrensbeteiligten die Vergabeakte sowie die Verfahrensakten der Vergabekammer bei der Vergabekammer einsehen und sich durch die Geschäftsstelle der Vergabekammer auf ihre Kosten Ausfertigungen, Auszüge oder Abschriften erteilen lassen. Der Wortlaut des § 165 Abs. 1 GWB („bei der Vergabekammer einsehen“) ist somit darauf gerichtet, die Akteneinsicht in den Geschäftsräumen am Ort des Sitzes der Vergabekammer durchzuführen. Das ermöglicht es den Beteiligten, die Akteneinsicht entweder vor Ort bei der Vergabekammer durchzuführen oder darauf zu verzichten. Im letzteren Fall können die Beteiligten, wie in der Praxis regelmäßig üblich, erst recht von der nach § 165 Abs. 1 GWB vorgesehenen Möglichkeit Gebrauch machen und sich von der Geschäftsstelle Abschriften der Akten anfertigen lassen, insbesondere von der der Vergabekammer nach § 163 Abs. 2 Satz 4 GWB vom öffentlichen Auftraggeber vorzulegenden Vergabeakte. Die Überlassung der Vergabeakte bzw. der Verfahrensakte der Vergabekammer an Verfahrensbeteiligte bzw. deren Verfahrensbevollmächtigte durch die Vergabekammer ist von diesem gesetzlichen Rahmen des § 165 Abs. 1 GWB von vornherein nicht gedeckt, eine Verschickung der Vergabeakten an Verfahrensbeteiligte danach ohne jedweden Spielraum ausgeschlossen. Diese Regelung ist eine Konkretisierung des in § 167 GWB geregelten Beschleunigungsgebots.

Dieses verlangt, dass die Akten der Vergabekammer als Nachprüfungsinstanz durchgehend zur Verfügung stehen müssen, damit diese binnen der nach § 167 GWB begrenzten Entscheidungsfrist in der Lage ist, die Nachprüfung effektiv und zügig durchführen zu können. Das ist nicht gewährleistet, wenn die Kammer gehalten

wäre, die Vergabeakte oder/und die von ihr zur laufenden Dokumentation des Nachprüfungsverfahrens zu führende Verfahrensakte, ggf. sogar an mehrere Verfahrensbeteiligte nacheinander, zum Zweck der Akteneinsicht, ggf. sogar ins Ausland, zu verschicken, damit diese die Akteneinsicht bei sich durchführen könnten. Hätte der Gesetzgeber die Möglichkeit vorsehen wollen, dass die Akten an die Beteiligten zu versenden sind oder auch nur – nach pflicht- gemäßer Ermessensentscheidung der Vergabekammer – darüber entschieden werden könnte, ob diese versandt werden, so wäre eine klarstellende, vom Wortlaut des § 165 Abs. 1 GWB explizit abweichende Regelung geboten gewesen, die entsprechende Ausnahmen ermöglichte. Daran fehlt es offensichtlich. Dies zeigt der Vergleich mit § 29 Abs. 3 VwVfG (Bund), der die Akteneinsicht für das allgemeine Verwaltungsverfahren regelt. Danach erfolgt die Akteneinsicht in einem Verwaltungsverfahren grundsätzlich ebenfalls bei der Behörde, die die Akten führt, ausnahmsweise bei anderen mit der Durchführung der Akteneinsicht betrauten Behörden. § 29 Abs. 3 Satz 2, letzter Hs. VwVfG (Bund) stellt weitere Ausnahmen für die Durchführung der Akteneinsicht ausdrücklich in das Ermessen der aktenführenden Behörde. Eine dem § 29 Abs. 3 VwVfG (Bund) aber entsprechende Regelung fehlt bei der speziellen nachprüfungsverfahrensrechtlichen Vorschrift des § 165 Abs. 1 GWB. Der Gesetzgeber hat aus den oben dargelegten Gründen eine explizit abweichende spezielle Regelung geschaffen.

Nachprüfungspraxis - wie geht die Anrufung der Vergabekammer?

von Thomas Ax

Die Vergabe öffentlicher Aufträge unterliegt nur dann der Nachprüfung durch die Vergabekammer, wenn bestimmte Auftragssummen (EU-Schwellenwerte) erreicht oder überschritten werden (§ 106 GWB). Der Schwellenwert beträgt derzeit beispielsweise bei der Vergabe von Liefer- und Dienstleistungsaufträgen 221.000,00 und bei Bauaufträgen 5,538 Mio. EUR netto. Je nach Fallgestaltung, etwa bei losweiser Vergabe, gelten andere Werte, vgl. § 3 VgV.

Die Vergabekammer leitet ein Nachprüfungsverfahren nur auf schriftlichen Antrag hin ein. Antragsbefugt ist jedes Unternehmen, das ein Interesse am Auftrag oder der Konzession hat und eine Verletzung in seinen Rechten durch Nichtbeachten von Vergabevorschriften geltend macht. Der Antrag ist gem. § 160 Abs. 3 Nr. 1-3 GWB unzulässig, wenn der Antragsteller den geltend gemachten Verstoß gegen Vergabevorschriften bereits

im Vergabeverfahren erkannt und gegenüber dem Auftraggeber nicht innerhalb einer Frist von 10 Kalendertagen und in der Regel vor Anrufung der Kammer gerügt hat bzw., wenn der Antragsteller Vergabeverstöße, die bereits aufgrund der Bekanntmachung oder den Vergabeunterlagen erkennbar waren, nicht spätestens bis zum Ablauf der Frist zur Angebotsabgabe /Bewerbung gegenüber dem Auftraggeber gerügt hat. Ferner ist ein Antrag unzulässig, wenn mehr als 15 Kalendertage nach Mitteilung des Auftraggebers, einer Rüge nicht abhelfen zu wollen, vergangen sind (§ 160 Abs. 3 Nr. 4 GWB).

Der Nachprüfungsantrag soll ein bestimmtes Begehren enthalten. Er ist unverzüglich zu begründen (§ 161 Abs. 1 GWB). Die Begründung muss die Bezeichnung des Antragsgegners mit Anschrift, eine Beschreibung der behaupteten Rechtsverletzung mit Sachverhaltsdarstellung und die Bezeichnung der verfügbaren Beweismittel enthalten. Es ist auch darzulegen, dass dem Unternehmen durch die behauptete Verletzung der Vergabevorschriften ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht (§ 161 Abs. 1 und 2 i.V. m. § 97 Abs. 6 GWB) und dass gegenüber dem Auftraggeber ordnungsgemäß gerügt wurde (§ 160 Abs. 3 GWB). Die sonstigen Beteiligten sollen, soweit bekannt, benannt werden (§ 161 Abs. 2 GBW).

Einen bereits erteilten Zuschlag kann die Kammer nicht wieder aufheben (§ 168 Abs. 2 GWB). Allerdings kann ein Zuschlag bzw. Vertrag unwirksam und damit ein Nachprüfungsverfahren zulässig sein, wenn ein förmliches Vergabeverfahren gar nicht durchgeführt wurde oder der Auftraggeber die Bieter oder Bewerber, deren Angebote nicht berücksichtigt werden sollen, vor Auftragserteilung hiervon nicht informiert hat. Einzelheiten hierzu, auch zu Fristen und Inhalt der Information finden sich in den §§ 134, 135 GWB. In der Regel darf ein Vertrag erst 15 Kalendertage nach Absendung der Information bzw. 10 Kalendertage bei Versand auf elektronischem Wege geschlossen werden.

Die Durchführung des Verfahrens löst nach § 182 GWB Gebühren aus, die in der Regel mindestens 2.500 € und höchstens 50.000 € betragen. Voraussetzung für eine Verfahrenseinleitung ist die Zahlung eines Vorschusses von mindestens 2.500,00 €. Soweit ein Verfahrensbeteiligter unterliegt, hat er die Kosten einschließlich der gegnerischen notwendigen Aufwendungen und ggf. die Kosten der Beigeladenen zu tragen. Hierzu können auch Rechtsanwaltskosten zählen, wenn die Beiziehung eines Bevollmächtigten notwendig war.

Die Partei, die unterliegt, kann mit der sofortigen Beschwerde das Oberlandesgericht anrufen (§ 171 Abs. 3 GWB). Die Beteiligten müssen sich dort grundsätzlich durch einen Rechtsanwalt vertreten lassen (§ 172 Abs. 3 GWB).

Eignungsprüfung als Prognoseentscheidung

von Thomas Ax

Bei der Beurteilung der Eignung eines Bieters handelt es sich um eine Prognoseentscheidung, ob vom künftigen Auftragnehmer die ordnungsgemäße Erfüllung der vertraglichen Verpflichtungen erwartet werden kann. Dem öffentlichen Auftraggeber steht ein Beurteilungsspielraum zu, der von den Nachprüfungsinstanzen nur daraufhin überprüft werden kann, ob das vorgeschriebene Verfahren eingehalten worden ist, ob der Auftraggeber die von ihm selbst aufgestellten Bewertungsvorgaben beachtet hat, der zugrunde gelegte Sachverhalt vollständig und zutreffend ermittelt worden ist, keine sachwidrigen Erwägungen angestellt worden sind und nicht gegen allgemeine Bewertungsgrundsätze verstoßen worden ist (Senatsbeschluss vom 12. Juni 2019, VII-Verg 52/18, NZBau 2020, 258 Rn. 32; OLG Frankfurt a. M., Beschluss vom 1. Oktober 2020, 11 Verg 9/20, ZfBr 2021, 91, 94).

Anforderungen an die fachliche Richtigkeitsprüfung der Angebote

von Thomas Ax

Gemäß § 56 Abs. 1 VgV sind Angebote auf Vollständigkeit sowie fachliche und rechnerische Richtigkeit zu prüfen. Die fachliche Richtigkeitsprüfung der Angebote bezieht sich auf den fachlichen Inhalt der von den Bietern eingereichten Unterlagen und umfasst regelmäßig die Prüfung, ob die angebotene Leistung den Anforderungen der Ausschreibung, insbesondere der Leistungsbeschreibung und den technischen Spezifikationen entspricht (vgl. Beck VergabeR/Haak/Hogeweg, 3. Aufl. 2019, VgV § 56 Rn. 23). Ein öffentlicher Auftraggeber ist zwar grundsätzlich nicht verpflichtet zu überprüfen, ob die Bieter ihre mit dem Angebot verbindlich eingegangenen vertraglichen Verpflichtungen auch einhalten werden; vielmehr darf er sich grundsätzlich auch ohne Überprüfung auf die Leistungsversprechen der Bieter verlassen (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 15.01.2020 – Verg 20/19 m. w. N.; OLG Karlsruhe, Beschluss vom 29.05.2020 – 15 Verg 2/20). Entscheidet sich ein öffentlicher Auftraggeber jedoch dazu, das

Leistungsversprechen des Bieters zu überprüfen, muss der öffentliche Auftraggeber aus Gründen der Transparenz und der Gleichbehandlung der Bieter bereit und in der Lage sein, das Leistungsversprechen des Bieters effektiv zu verifizieren (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 15.01.2020 – Verg 20/19).

Der öffentliche Auftraggeber ist in der Wahl seiner Überprüfungs mittel grundsätzlich frei (OLG München, Beschluss vom 11.05.2007 – Verg 4/07; OLG Frankfurt a.M. Beschluss vom 16.06.2015 – 11 Verg 3/15 – zur Eignungsbeurteilung). Er ist im Interesse einer zügigen Umsetzung der Beschaffungsabsicht und einem raschen Abschluss des Vergabeverfahrens und aus Gründen seiner begrenzten Ressourcen und administrativen Möglichkeiten nicht auf eine bestimmte Methode oder bestimmte Mittel der fachlichen Prüfung festgelegt. Die vorgenannten Maßstäbe gelten gleichermaßen für die zu fordernde Prüfungstiefe in Fällen, in denen die Prüfung, ob ein Angebot den Anforderungen der Vergabeunterlagen entspricht und ob die angebotenen Konzepte umsetzbar sind, die Beurteilung einer Vielzahl komplexer technischer Fragen erfordert (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 05.07.2012 – Verg 13/12). Das vom Auftraggeber gewählte Mittel zur Überprüfung muss jedoch geeignet und die Mittelauswahl frei von sachwidrigen Erwägungen getroffen worden sein (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 15.01.2020 – Verg 20/19).

Anforderungen an die Dokumentation interner Beratungen

von Thomas Ax

Gemäß § 8 Abs. 1 Satz 1 und 2 VgV sind auch interne Beratungen über die Gründe für die Auswahlentscheidung und die Zuschlagserteilung zu dokumentieren. Die Dokumentation muss alle Informationen enthalten, die notwendig sind, um die Entscheidungen des öffentlichen Auftraggebers nachvollziehen zu können (vgl. OLG Schleswig, Beschluss vom 27.10.2022 – 54 Verg 7/22; vgl. Fett in: BeckOK Vergaberecht, Stand 31.01.2023, § 8 VgV, Rn. 19). Hierfür muss ein öffentlicher Auftraggeber seine für die Zuschlagserteilung maßgeblichen Erwägungen in allen Schritten so eingehend dokumentieren, dass nachvollziehbar ist, ob der öffentliche Auftraggeber den Sachverhalt umfassend ermittelt hat, welche Aspekte er letztlich bei seiner Entscheidung berücksichtigt hat, welches Gewicht er ihnen zugemessen hat und was seine tragenden Argumente für die Entscheidung waren. Diese vom BGH im Beschluss vom 04.04.2017 (Az.: X ZB 3/17) für die Dokumentation der Wertungsentscheidung entwickelten

Grundsätze sind auch auf andere dokumentationspflichtige Entscheidungen des öffentlichen Auftraggebers anwendbar.

Aufgepasst!

Eignungsanforderungen richtig aufstellen

von Thomas Ax

Gemäß § 122 Abs. 1 GWB sind öffentliche Aufträge an geeignete Unternehmer zu vergeben. Welche Anforderungen an die Eignung gestellt werden, bestimmt der Auftraggeber durch entsprechende Vorgaben in der Ausschreibung. Dort legt er auch die Nachweise fest, anhand derer er die Prüfung vornehmen will (OLG Frankfurt a. M., Beschluss vom 1. Oktober 2020, 11 Verg 9/20, ZfBr 2021, 91, 94). Nach § 122 Abs. 4 Satz 2 GWB, der Art. 58 Abs. 5 der Vergaberichtlinie 2014/24/EU in nationales Recht umsetzt, geben die öffentlichen Auftraggeber die zu erfüllenden Eignungskriterien, die in Form von Mindestanforderungen an die Leistungsfähigkeit ausgedrückt werden können, zusammen mit den geeigneten Nachweisen in der Auftragsbekanntmachung oder der Aufforderung zur Interessenbestätigung an. § 48 Abs. 1 VgV schreibt vor, dass in der Auftragsbekanntmachung oder der Aufforderung zur Interessenbestätigung neben den Eignungskriterien anzugeben ist, mit welchen Unterlagen (Eigenerklärungen, Angaben, Bescheinigungen und sonstige Nachweise) Bewerber oder Bieter ihre Eignung gemäß den §§ 43 bis 47 VgV und das Nichtvorliegen von Ausschlussgründen zu belegen haben. Eignungskriterien sind folglich nur wirksam aufgestellt und die hierzu zu erbringenden Nachweise nur wirksam gefordert, wenn sie in der Auftragsbekanntmachung aufgeführt sind. Sinn und Zweck der Regelungen ist, dass potenzielle Bieter bereits aus der Auftragsbekanntmachung die in persönlicher und wirtschaftlicher Hinsicht gestellten Anforderungen ersehen können, um anhand dieser Angaben zu entscheiden, ob sie sich an der Ausschreibung beteiligen können und wollen. Nur wenn diese Angaben frei zugänglich und transparent sind, können sie diesem Zweck der Auftragsbekanntmachung gerecht werden (Senatsbeschluss vom 11. Juli 2018, VII-Verg 24/18, ZfBr 2019, 292, 294/95). Durch Antworten auf Bieterfragen können die in der Bekanntmachung aufgestellten Anforderungen erläutert, aber keine abweichenden Eignungsanforderungen wirksam aufgestellt werden; hierzu bedarf es einer Änderungsbekanntmachung (Senatsbeschluss vom 28. März 2018, VII-Verg 40/17, ZfBr 2018, 705, 712).

Was sind vergleichbare Referenzprojekte?

von Thomas Ax

Bei dem Begriff "vergleichbare Referenzprojekte" handelt es sich um einen unbestimmten Rechtsbegriff, der anhand des Wortlauts der Vergabeunterlagen und von Sinn und Zweck der geforderten Angaben unter Berücksichtigung des Wettbewerbs- und Gleichbehandlungsgrundsatzes auszulegen ist. Dabei bedeutet die Formulierung "vergleichbar" nicht "gleich" oder gar "identisch", sondern, dass die Leistungen im technischen oder organisatorischen Bereich einen gleich hohen oder höheren Schwierigkeitsgrad hatten (OLG Frankfurt a. M., Beschluss vom 8. April 2014, 11 Verg 1/14, NZBau 2015, 51 Rn. 58, Senatsbeschluss vom 26. November 2008, VII-Verg 54/08, BeckRS 2009, 5998). Die ausgeschriebene Leistung muss den Referenzaufträgen soweit ähneln, dass sie einen tragfähigen Rückschluss auf die Leistungsfähigkeit des Bieters für die ausgeschriebene Leistung eröffnet (OLG Frankfurt a. M., Beschluss vom 8. April 2014, 11 Verg 1/14, NZBau 2015, 51 Rn. 58).

Kurz belichtet

BayObLG zu der Frage, dass Restleistungen nach Kündigung öffentlich auszuschreiben sind

vorgestellt von Thomas Ax

Nach der Kündigung des ursprünglichen Auftragnehmers sind noch offene Restleistungen erneut öffentlich auszuschreiben. Eine Direktvergabe ist nicht zulässig.

BayObLG, Beschluss vom 21.02.2024 - Verg 5/23 vorhergehend:

VK Südbayern, Beschluss vom 28.02.2023 - 3194.Z3-3_01-22-41

Dem Beschluss ging folgender gerichtlicher Hinweis voraus:

Der Senat weist darauf hin, dass nach seiner vorläufigen Bewertung die sofortige Beschwerde im Ergebnis keine Aussicht auf Erfolg verspricht. Entgegen der Auffassung der Vergabekammer hält der Senat im vorliegenden Fall die Vorschrift des § 132 Abs. 1 Satz 3 Nr. 4, § 132 Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 GWB für anwendbar. Trotz der erfolgten Kündigung des Vertrags mit der Antragstellerin handelt es sich um einen Fall der Ersetzung des Auftragnehmers während der Vertragslaufzeit. Nach der Systematik des § 132 GWB kann in einem solchen Fall der Auftragnehmer ohne Durchführung eines neuen Vergabeverfahrens nur unter den Voraussetzungen des § 132 Abs. 2 Nr. 4 GWB ersetzt werden. Insbesondere hält es der Senat für möglich, dass die vorliegende Problematik theoretisch über den Weg einer Überprüfungs Klausel im Sinne von § 132 Abs. 2 Nr. 1, Nr. 4 Buchstabe a hätte gelöst werden können. Insoweit wird auf die Frogne - Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs vom 07. September 2016 (Az: Rs. C-549/14) Bezug genommen.

Damit ist in dieser Konstellation § 132 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 GWB nicht anwendbar, so dass die damit verbundenen Fragen im Ergebnis offen bleiben können. Der Senat vermag auch nicht der Auffassung der Antragsgegnerin zu folgen, wonach er im Hinblick auf die beschränkte Anfechtung des Beschlusses der Vergabekammer an einer Prüfung des § 132 Abs. 1 Satz 3 Nr. 4, Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 GWB gehindert sei. Es handelt sich insoweit vielmehr um eine Rechtsfrage, deren Klärung erforderlich ist, um die Voraussetzungen der Anwendung des § 132 Abs. 2 Nr. 3 GWB prüfen zu können.

Vor diesem Hintergrund empfiehlt der Senat zur Kostenersparnis eine Rücknahme der sofortigen Beschwerde.

(...)

Die Antragsgegnervertreterin erklärt nach Rücksprache mit der Mandantschaft:

Die sofortige Beschwerde wird zurückgenommen.

(...)

Spruchpraxis der Vergabekammern und Vergabesenate und sonstigen Gerichte kurz belichtet

vorgestellt von Thomas Ax

Bereits die verbindliche Bestellung ist förderschädlich

1. Sind die Fördervoraussetzungen zulässigerweise in Förderrichtlinien geregelt, müssen diese von der zuständigen Bewilligungsbehörde gleichmäßig, im Einklang mit dem öffentlichen Haushaltsrecht, ohne Verstoß gegen andere Rechtsvorschriften und gemäß dem Förderzweck angewendet werden, wie dieser in den selbst gegebenen Richtlinien zum Ausdruck kommt.

2. Ein vorzeitiger Maßnahmenbeginn bedarf der staatlichen Zustimmung, damit der Staat auf die Ausgestaltung des Vorhabens noch Einfluss nehmen und das Erreichen des staatlicherseits erwünschten Zwecks sicherstellen kann. Bei einem Maßnahmenbeginn vor der Prüfung der Maßnahme ist ein solcher Einfluss nicht mehr möglich.

3. Ein vorzeitiger förderschädlicher Maßnahmenbeginn ist nicht nur und erst der Abschluss eines entsprechenden Vertrags über eine förderfähige Maßnahme (i.d.R. ein Kauf- oder Werkvertrag mit einer Liefer- oder Bau-firma), sondern auch ein bindendes Angebot des Fördermittelempfängers. Nur wenn ausnahmsweise das Vertragsangebot nicht bindend ist, ist dies förderunschädlich.

VG Augsburg, Urteil vom 24.10.2023 - 8 K 22.2258
Preisauflärung geht auch ohne Bieterbefragung

1. Es ist vergaberechtlich nicht zu beanstanden, wenn sich der öffentliche Auftraggeber zur Auswertung der Angebote externer sachverständiger Hilfe bedient. Das gilt jedenfalls dann, wenn die technische Übereinstimmung der Angebote mit dem der Ausschreibung zu

Grunde gelegten Leistungsverzeichnis neben einem erheblichen Arbeitsaufwand auch fachliches Spezialwissen erfordert, über das die Mitarbeiter behördlicher Vergabestellen nicht immer verfügen.

2. Der öffentliche Auftraggeber muss den sachverständigen Vorschlag aber überprüfen und die Vergabeentscheidung in eigener Verantwortung treffen. Dies kann auch dadurch erfolgen, dass er sich die vorgeschlagene sachverständige Wertung zu eigen macht.

3. Erscheinen der Preis oder die Kosten eines Angebots im Verhältnis zu der zu erbringenden Leistung ungewöhnlich niedrig, verlangt der öffentliche Auftraggeber vom Bieter Aufklärung. Die Pflicht des öffentlichen Auftraggebers, in eine Preisprüfung einzutreten, kann sich aus dem Preis- und Kostenabstand zu den Konkurrenzangeboten aber auch aus Erfahrungswerten, insbesondere aus Erkenntnissen aus vorangegangenen vergleichbaren Ausschreibungen oder aus einem Vergleich mit der eigenen Auftragswertschätzung des Auftraggebers ergeben.

4. Der öffentliche Auftraggeber hat dem betreffenden Bieter grundsätzlich die Möglichkeit zu geben, den Eindruck eines ungewöhnlich niedrigen Angebots zu entkräften oder beachtliche Gründe aufzuzeigen, dass sein Angebot annahmefähig ist. Dafür hat er an den Bieter eine eindeutig formulierte Anforderung zu richten, mit der er Erläuterungen zu den angebotenen Preisen verlangt und Gelegenheit gibt, die "Seriosität" des Angebots nachzuweisen.

5. Sofern der öffentliche Auftraggeber aufgrund anderweitiger gesicherter Erkenntnisse zu der Beanstandungsfreien Feststellung gelangt, das Angebot eines Bieters sei nicht ungewöhnlich oder unangemessen niedrig, darf er auf eine Aufklärung durch den betroffenen Bieter verzichten.

6. Der Anspruch auf Akteneinsicht hat im Vergabenausschreibungsverfahren eine rein dienende, zum zulässigen Verfahrensgegenstand akzessorische Funktion. Das Akteneinsichtsrecht besteht nur in dem Umfang, wie es zur Durchsetzung der subjektiven Rechte des Antragstellers erforderlich ist.

OLG Düsseldorf, Beschluss vom 26.10.2022 - Verg 18/22

Themen der Entscheidungen der Vergabekammern und Vergabesenate und sonstigen Gerichte 2024 im Schnelldurchlauf

vorgestellt von Thomas Ax

Ausschreibung der Leistung in Losen: Vorinformation an alle unterlegenen Bieter!

VK Lüneburg, Beschluss vom 28.04.2023 - VgK-9/2023

Abschluss eines Planervertrags = vorzeitiger Maßnahmenbeginn?

OVG Nordrhein-Westfalen, Urteil vom 08.09.2023 - 4 A 2549/20

Auch Nachunternehmerpreise sind auf Verlangen aufzugliedern!

VK Bund, Beschluss vom 19.10.2023 - VK 2-78/23

Vorgabe einer bestimmten Bodendicke: Keine produktneutrale Ausschreibung!

VK Westfalen, Beschluss vom 27.10.2023 - VK 1-31/23

Keine Änderung der Vergabeunterlagen bei unklarer Leistungsbeschreibung!

VK Westfalen, Beschluss vom 15.08.2023 - VK 3-18/23

Dringlichkeit selbst verschuldet: Direktvergabe unzulässig!

VK Südbayern, Beschluss vom 26.06.2023 - 3194.Z3-3_01-23-9

Auftraggeber hat die Wahl unter verschiedenen Bewertungsmethoden!

VK Lüneburg, Beschluss vom 05.09.2023 - VgK-20/2023

Handwerkskammer ist kein öffentlicher Auftraggeber!

OLG Schleswig, Beschluss vom 24.11.2023 - 54 Verg 6/23

Verpachtung + Beschaffung = Öffentlicher Auftrag?

OLG Rostock, Beschluss vom 21.11.2023 - 17 Verg 3/23

Anspruch auf Akteneinsicht zwecks Preisprüfung!

OLG Schleswig, Beschluss vom 27.11.2023 - 54 Verg 4/23

Kürzung der Zuwendung um 25% auch bei "kleinem" Vergaberechtsverstoß!

VG Halle, Beschluss vom 13.10.2023 - 3 A 256/21

Wann ist eine kaufmännisch vernünftige Angebotskalkulation unzumutbar?

BayObLG, Beschluss vom 06.12.2023 - Verg 7/23

"Medianmethode" ist vergaberechtswidrig!

VK Bund, Beschluss vom 06.11.2023 - VK 1-77/23

Aufgreifschwelle nicht erreicht: Keine Pflicht zur Preisauflklärung!

VK Bund, Beschluss vom 14.09.2023 - VK 1-61/23

Bieter darf korrektes Handeln erwarten!

OLG Frankfurt, Beschluss vom 28.09.2023 - 11 Verg 2/23

Bewertungsnote muss plausibel vergeben werden!

VK Westfalen, Beschluss vom 19.07.2023 - VK 3-15/23

0 Punkte für den besten Preis: Umrechnungsformel vergaberechtswidrig!

VK Bund, Beschluss vom 25.09.2023 - VK 2-72/23

Kommunales Wohnungsbauunternehmen ist öffentlicher Auftraggeber

OLG Karlsruhe, Beschluss vom 06.09.2023 - 15 Verg 5/23

Vermischung von Eignungs- und Wertungskriterien ist zu rügen!

OLG Frankfurt, Beschluss vom 04.12.2023 - 11 Verg 5/23

An seine eigenen Verfahrensvorgaben ist der Auftraggeber gebunden!

VK Bund, Beschluss vom 07.11.2023 - VK 2-80/23

An eine mitgeteilte Stillhaltefrist ist der Auftraggeber gebunden

VK Lüneburg, Beschluss vom 08.05.2023 - VgK-8/2023

Auftraggeber muss das Fehlen von Wettbewerb beweisen

VK Südbayern, Beschluss vom 29.06.2023 - 3194.Z3-3_01-23-3

Was tun bei Fehlern in den Vergabeunterlagen?

VK Lüneburg, Beschluss vom 28.09.2023 - VgK-26/2023

Bau- oder Dienstleistungsauftrag?

OLG Schleswig, Beschluss vom 05.12.2023 - 54 Verg 8/23

Zweifel an Eignung von präqualifiziertem Bieter: Kein Ausschluss ohne vollständige Aufklärung

VK Rheinland, Beschluss vom 29.11.2023 - VK 30/23

Ausschluss der Nachforderung fehlender Erklärungen muss eindeutig erklärt werden

OLG Rostock, Beschluss vom 01.02.2023 - 17 Verg 3/22

Prüfung der Rechtmäßigkeit einer Beihilfe nur bei ungewöhnlich niedrigem Angebot

VK Bund, Beschluss vom 04.04.2023 - VK 2-18/23

Vergabe eines Sondernutzungsrechts ist kein öffentlicher Auftrag

VG Bremen, Urteil vom 24.05.2023 - 5 V 829/23

Kürzung der Zuwendung um 25% auch bei "kleinem" Vergaberechtsverstoß!

VG Halle, Beschluss vom 13.10.2023 - 3 A 256/21

Auftraggeber darf Zertifizierung vertrauen

VK Niedersachsen, Beschluss vom 01.03.2023 - VgK-3/2023

Vorsicht mit Preisumrechnungsformeln

VK Bund, Beschluss vom 25.09.2023 - VK 2-72/23

Bieter darf korrektes Handeln erwarten

OLG Frankfurt, Beschluss vom 28.09.2023 - 11 Verg 2/23

Angreifschwelle nicht erreicht: Keine Pflicht zur Aufklärung

VK Bund, Beschluss vom 14.09.2023 - VK 1-61/23

Verpachtung + Beschaffung = Öffentlicher Auftrag?

OLG Rostock, Beschluss vom 21.11.2023 - 17 Verg 3/23

Handwerkskammer ist kein öffentlicher Auftraggeber!

OLG Schleswig, Beschluss vom 24.11.2023 - 54 Verg 6/23

Akteneinsicht zur Preisprüfung

OLG Schleswig, Beschluss vom 27.11.2023 - 54 Verg 4/23

Wann ist eine kaufmännisch vernünftige Angebotskalkulation unzumutbar?

BayObLG, Beschluss vom 06.12.2023 - Verg 7/23

Auftraggeber muss das Fehlen von Wettbewerb beweisen

VK Südbayern, Beschluss vom 29.06.2023 - 3194.Z3-3_01-23-3

Fehler in Vergabeunterlagen - was tun?

VK Lüneburg, Beschluss vom 28.09.2023 - VgK-26/2023

Auskömmlichkeitsprüfung bei Dienstleistungskonzession nur bei ausdrücklicher Regelung

VK Südbayern, Beschluss vom 19.10.2023 - 3194.Z3-3_01-23-20

Im Verhandlungsverfahren mit Teilnahmewettbewerb bleibt der Preis geheim

VK Niedersachsen, Beschluss vom 22.08.2023 - VgK-22/2023

Wann erfüllt ein Angebot die geforderte Textform?

VK Westfalen, Beschluss vom 07.08.2023 - VK 1-22/23

Bau- oder Dienstleistungsauftrag?

OLG Schleswig, Beschluss vom 05.12.2023 - 54 Verg 8/23

Wann darf der Auftraggeber "produktscharf" ausschreiben?

VK Niedersachsen, Beschluss vom 18.08.2023 - VgK-23/2023

Ausschluss der Nachforderung fehlender Erklärungen muss eindeutig erklärt werden

OLG Rostock, Beschluss vom 01.02.2023 - 17 Verg 3/22

Kostenschätzung ist zu dokumentieren

VK Niedersachsen, Beschluss vom 21.07.2023 - VgK-16/2023

Zweifel an der Eignung: Kein Ausschluss ohne vollständige Aufklärung!

VK Rheinland, Beschluss vom 29.11.2023 - VK 30/23

Abfrage von Referenzen mit Angaben zum Leistungs-ort!

OLG Frankfurt, Beschluss vom 21.12.2023 - 11 Verg 4/23

Der Auftraggeber ist an seine eigenen Verfahrensvorgaben gebunden!

VK Bund, Beschluss vom 07.11.2023 - VK 2-80/23

Kommunales Wohnungsbauunternehmen ist öffentlicher Auftraggeber

OLG Karlsruhe, Beschluss vom 06.09.2023 - 15 Verg 5/23

Rügepflicht: Auf den durchschnittlichen Bieter kommt es an

OLG Frankfurt, Beschluss vom 04.12.2023 - 11 Verg 5/23

Widerruf von Fördermitteln: Objektiver Vergaberechtsverstoß kann ausreichen!

VG Gießen, Beschluss vom 11.12.2023 - 4 K 1641/22

Beteiligung eines Nachunternehmers an mehreren Angeboten ist kein Ausschlussgrund

VK Bund, Beschluss vom 10.11.2023 - VK 1-63/23

Auf den Zugang der Vorabinformation kommt es nicht an

VK Mecklenburg-Vorpommern, Beschluss vom 21.03.2023 - 3 VK 12/22

Weichenstellungen für den Fernwärmemarkt

BGH, Urteil vom 05.12.2023 - KZR 101/20

Preisauflärung geht auch ohne Bieterbefragung

OLG Düsseldorf, Beschluss vom 26.10.2022 - Verg 18/22

Angebot mit Vorbehalt hat keine Chance auf den Zuschlag!

VK Mecklenburg-Vorpommern, Beschluss vom 20.03.2023 - 1 VK 3/22 (gegenstandslos)

Mehrfache Nachunternehmerbeteiligung ist unbedenklich!

VK Bund, Beschluss vom 10.11.2023 - VK 1-63/23

Aktuelle Entscheidungen

VK Bund zu der Frage, dass eine unklare Auftraggebereigenschaft der Referenzstelle zu überprüfen ist

von Thomas Ax

1. Muss eine der drei geforderten Referenzen eine Leistungserbringung gegenüber einem öffentlichen Auftraggeber betreffen und benennt der Bieter keine Referenz, die auf den ersten Blick und zweifelsfrei keine Referenz eines öffentlichen Auftraggebers darstellt, muss die Vergabestelle die Auftraggebereigenschaft der als Referenz benannten Stelle prüfen und dies dokumentieren.

2. Bei der Wertung der Angebote nach "Schulnoten" ist der Wertungsprozess eingehend und angemessen zu dokumentieren.

VK Bund, Beschluss vom 02.02.2024 - VK 2-98/23

Gründe:

I.

1. Die Antragsgegnerin (Ag) machte am [...] die Vergabe eines Rahmenvertrags über "Dienstleistungen für die Maßnahme [...]" im Rahmen eines offenen Verfahrens im Supplement zum Amtsblatt der EU unionsweit bekannt ([...]).

Ausschreibungsgegenstand waren IT-Beratungs- und Unterstützungsleistungen [...].

Der ausgeschriebene Auftrag hat eine Laufzeit von 24 Monaten, die zwei Mal um jeweils ein Jahr verlängert werden kann, sofern die Ag nicht einer Verlängerung drei Monate vor dem jeweiligen Vertragsende widersprechen sollte.

Aus der Bekanntmachung ergeben sich diverse Anforderungen an die wirtschaftliche, finanzielle und technische Leistungsfähigkeit der Bieter:

"Zum Nachweis der wirtschaftlichen und finanziellen Leistungsfähigkeit der Bieter war das Formular "Unternehmenszahlen" einzureichen (Bekanntmachung, III.1.2)."

Darin war insbesondere die Höhe des Gesamtumsatzes in den letzten drei Geschäftsjahren anzugeben; der

Mindestumsatz musste jeweils 13 Mio. Euro netto pro Geschäftsjahr erreicht haben.

Zum Nachweis der technischen und beruflichen Leistungsfähigkeit war eine Liste mit mindestens drei geeigneten Referenzen mit Bezug zur ausgeschriebenen Leistung vorzulegen (Bekanntmachung, III.1.3-1). Diesbezüglich waren Angaben zu machen u.a. zum Wert des Auftrags (mind. 1 Mio. Euro) sowie zum Zeitraum der Leistungserbringung (nicht älter als drei Jahre seit der letzten Leistungserbringung). Darüber hinaus musste es sich bei mind. einer Referenz um einen Auftrag für einen öffentlichen Auftraggeber im Sinne des § 99 GWB gehandelt haben.

Zum anderen waren zum Nachweis der technischen und beruflichen Leistungsfähigkeit Angaben zur durchschnittlichen Gesamtmitarbeiteranzahl des Unternehmens pro Jahr in den letzten drei abgeschlossenen Geschäftsjahren zu machen (Bekanntmachung, III.1.3-2); Voraussetzung waren mindestens 60 Mitarbeitende pro Jahr im Jahresdurchschnitt. Ferner war die Anzahl der Mitarbeitenden im relevanten Tätigkeitsbereich "Entwicklung eines [...]" anzugeben; die Mindestanzahl sollte bei 30 Mitarbeitenden pro Jahr im Jahresdurchschnitt liegen.

Die Leistungskriterien waren im "Kriterienkatalog Leistung" als Fragen und Forderungen in tabellarischer Form aufgeführt. Zweck der insgesamt fünf Fragen, zu denen die Bieter Konzepte einzureichen hatten, war es aus Sicht der Ag, eine Prognose für die künftige Auftragsausführung durch den Auftragnehmer abgeben zu können.

Leistungskriterium B1 fragte danach, welche nicht-funktionalen Anforderungen an ein [...] speziell im Kontext von Bundesbehörden zu erwarten sind. Die Bieter sollten drei zentrale nicht-funktionale Anforderungen nennen und skizzieren, wie sie in der IT-Entwicklung deren Umsetzung sicherstellen würden.

Leistungskriterium B2 forderte die Bieter auf zu erläutern, welche Art von Tests im Hinblick auf die Funktion und nicht-funktionale Anforderungen bei der Entwicklung eines [...] für die öffentliche Verwaltung durchzuführen sind. Die bei den Tests einzubeziehenden Stakeholder sollten benannt werden.

Leistungskriterium B3 verwies auf die Vorgabe in der Leistungsbeschreibung, der zufolge spätestens 3 Monate nach Leistungsbeginn sämtliche zum Einsatz kommenden Mitarbeitenden ein [...] -Zertifikat der Community vorweisen müssen.

Leistungskriterium B 4 sah vor, dass ein Profil für die Rolle des Software-Architekten einzureichen war, welches den Mindestkriterien gem. Leistungsbeschreibung genügen musste.

Leistungskriterium 5 sah vor, dass ein Profil für die Rolle des Senior-Developer einzureichen war, welches den Mindestkriterien gem. Leistungsbeschreibung genügen musste.

Die Ermittlung des wirtschaftlichsten Angebots erfolgte auf Basis der erweiterten Richtwertmethode. Die Leistungskennzahl wurde auf Basis der von den Bietern eingereichten Konzepte und Erklärungen zu den vorstehend genannten Kriterien ermittelt. Die Kriterien waren gewichtet (Kriterien B1, B2 und B5 haben jeweils 10 Gewichtungspunkte, Kriterium B3 5 Gewichtungspunkte, Kriterium 4 15 Gewichtungspunkte) und wurden jeweils in einer Skala von 0 bis 5 Punkten bewertet. Die Leistungskennzahl (max. 250 Punkte) dividiert durch den Preis ergab die Kennzahl für die Wirtschaftlichkeit. Ausgehend von der besten Kennzahl wurde ein Schwankungsbereich von 6 v.H. ermittelt. Angebote jenseits des Schwankungsbereichs konnten für eine Zuschlagserteilung nicht in Betracht kommen.

Die Antragstellerin (ASt) gab ihr Angebot fristgerecht am 20. September 2023 ab.

Der vorliegenden Angebotswertung zufolge erreichten die ASt und die Beigeladene (Bg) jeweils die maximale Leistungskennzahl. Der preisliche Abstand zwischen dem Angebot der erstplatzierten Bg und der zweitplatzierte ASt liegt bei.

Mit Schreiben vom 27. November 2023 informierte die Ag die ASt gem. § 134 GWB, dass der Zuschlag auf das Angebot der Bg erteilt werden solle. Das Angebot der ASt komme für eine Zuschlagserteilung nicht in Betracht, weil es außerhalb des Schwankungsbereichs liege. Die Wirtschaftlichkeit des Angebots sei selbst bei voller Punktzahl zu niedrig.

Hiergegen wandte die ASt sich mit Rügeschreiben vom 30. November 2023. Darin beanstandete sie den unzulänglichen Inhalt des Informationsschreibens. Die ASt machte ferner geltend, die Bg erfülle nicht die Eignungsanforderungen im Hinblick auf [...]. Ferner äußerte sie die Vermutung, das Angebot der Bg sei unangemessen niedrig (§ 60 VgV).

Die Ag lehnte es in einem Antwortschreiben von 5. Dezember 2023 ab, dem Rügevorbringen abzuwehren.

2. Mit einem bei der Vergabekammer des Bundes am 7. Dezember 2023 eingegangenen Schriftsatz vom gleichen Tag stellte die ASt durch ihre Verfahrensbevollmächtigten einen Nachprüfungsantrag. Die Vergabekammer übermittelte den Nachprüfungsantrag der Ag noch am 7. Dezember 2023.

a) Die ASt meint, der Nachprüfungsantrag sei zulässig. Sie tritt der Ansicht der Ag und der Bg entgegen, der Nachprüfungsantrag sei nach § 160 Abs. 3 Nr. 1 GWB präkludiert und damit unzulässig.

Grundlage für das Rügevorbringen der ASt sei das Informationsschreiben der Ag nach § 134 GWB gewesen. Dieses habe den gesetzlichen Mindestanforderungen an dessen Inhalt nicht genügt. So sei die Erläuterung, dass die Wirtschaftlichkeit des Angebots der ASt trotz voller Punktzahl in der Leistungsbewertung nicht wirtschaftlich genug sei, unergiebig. Aufgrund der unzureichenden Informationen habe die ASt daher die Ag um nähere Informationen zu ihrer Zuschlagsentscheidung bitten und ihr Rügevorbringen zu diesem Zeitpunkt auf Annahmen stützen müssen. In ihrer Rüge habe sie das Verlangen klar zum Ausdruck gebracht, die Vergabeentscheidung einer nochmaligen Überprüfung zu unterziehen.

Der Nachprüfungsantrag sei auch begründet.

Die Bg erfülle nicht die bekanntgemachten Anforderungen an die Bieterernennung. Die ASt selbst sei aktives Mitglied der [...]. Aufgrund ihrer Marktkenntnisse erachte sie es als ausgeschlossen, dass die Bg in der Lage sei, drei vergleichbare Referenzen im Bereich Entwicklung eines [...] beizubringen, die nicht älter als 3 Jahre sind (Bekanntmachung, III.1.3- 1). Die Akteneinsicht habe gezeigt, dass die Ag im Vergabevermerk lediglich die pauschale Feststellung dokumentiert habe, alle Bieter seien geeignet. Eine unternehmensindividuelle Prüfung der zahlreichen Eignungsanforderungen sei in der Vergabeakte nicht dokumentiert. Eine Heilung des Dokumentationsmangels einer kompletten Wertungsstufe im Verlauf des Nachprüfungsverfahrens sei auch aufgrund des dem öffentlichen Auftraggeber zur Verfügung stehenden Beurteilungsspielraums nicht möglich.

Nach Kenntnis der ASt könne die Bg nicht die erforderliche durchschnittliche Anzahl an Gesamtmitarbeitenden von mind. 60 Mitarbeitenden nachweisen, darüber hinaus auch nicht die Anzahl an mind. 30 Mitarbeitenden pro Jahr im Jahresdurchschnitt in dem Bereich, der im vorliegenden Vergabeverfahren relevant sei (Bekanntmachung, III.1.3-2).

Selbst wenn die Bg, wie von der Ag im Rügeantwortschreiben angedeutet, von der Möglichkeit der Eignungsleihe Gebrauch gemacht haben sollte, sei der ASt in der [...] kein Unternehmen bekannt, das der Bg seine Eignung geliehen habe. Im Übrigen belegten die im Schriftsatz der Bg vom 21. Dezember 2023 dargelegten Referenzen deren Eignung nicht. Das von der Bg angegebene Projekt "2012ff., Suchtechnologie Anpassung für [...]" werde von der ASt seit 2019 betreut, sei daher keine max. drei Jahre alte Referenz der Bg. Sollte die Bg diesen Auftrag als Referenz angegeben haben, liege eine Falschangabe vor, die zum Angebotsausschluss nach § 124 Abs. 2 Nr. 9 GWB führen könne.

Ferner sei zu vermuten, dass die Ag den sich aus § 60 VgV ergebenden Aufklärungspflichten nicht hinreichend nachgekommen sei. Die Ausführungen der Ag im Nachprüfungsverfahren ließen den Schluss zu, dass der Preisabstand zwischen dem preisgünstigsten Angebot und dem des nächstfolgenden Bieters bei Die Angebotswertung der Ag sei schon deshalb defizitär, weil die Ag diese nicht dokumentiert habe. Es sei auch nicht nachvollziehbar, wie die Bg und - nach Erkenntnissen der ASt aus dem Markt - möglicherweise ein weiterer Bieter die volle Punktzahl habe erhalten können. Zu den einzelnen Kriterien merkt die ASt insbesondere an:

B1 (Nicht-funktionale Anforderungen)

Die Akteneinsicht habe gezeigt, dass die Ag sich bei der von ihr vorgenommenen Wertung des Angebots der ASt auf wenige Argumente beschränkt habe, die - aufgrund ihrer Pauschalität - einen direkten Bezug zum eigenen Angebot nicht erkennen ließen. Ein Vergleich mit dem Inhalt der Angebote der anderen Bieter habe offensichtlich nicht stattgefunden. Unklar sei, warum die Bg und - möglicherweise auch ein anderer Bieter - die gleiche Punktzahl wie die ASt erhalten haben könnten. Die Bg könne schon deshalb nicht die volle Punktzahl erhalten, da sie die Wartung der Software (Updates, Upgrades) nicht umsetzen könne.

Dem Vortrag der Bg im Nachprüfungsverfahren sei zu entnehmen, dass diese "abstrakte" Lösungsvorschläge vorgelegt habe. Gefordert gewesen seien aber konkrete Lösungsvorschläge.

Auch aus diesem Grund habe das Angebot der Bg nicht die volle Punktzahl erhalten dürfen.

B2 (Tests)

Die Akteneinsicht habe ergeben, dass die Ag eine inhaltliche Wertung nicht vorgenommen habe. Auch hier fehle ein Quervergleich zu den Angeboten der Wettbewerber. Die Bg sei nach Kenntnis der ASt nicht in der Lage, automatisierte Tests durchzuführen.

B3 ([...])

Eine inhaltliche Wertung und ein Quervergleich zu den Angeboten der Wettbewerber habe nicht stattgefunden. Die Ag habe sich mit der Feststellung begnügt, dass alle zum Einsatz kommenden Mitarbeiter über ein [...] -Zertifikat verfügen, ohne allerdings zu dokumentieren, welcher Art diese Zertifikate sind und ob diese gültig sind.

Es sei auszuschließen, dass die Bg die bekanntgemachte Vorgabe von mind. 15 Mitarbeitenden erfüllen könne, die spätestens zum Zeitpunkt der Angebotsabgabe (20. September 2023) über ein gültiges [...] -Zertifikat verfügen könnten.

Soweit Ag und Bg sich darauf beriefen, dass im Wege einer Eignungsleihe evtl. vorhandene Defizite ausgeglichen werden könnten, sei unklar, ob die Bg sich tatsächlich der von ihr benannten Nachunternehmen bedienen könne. Nach Ansicht der ASt sei die Ag verpflichtet gewesen, bei der [...] nachzufragen, ob die von den Bietern behaupteten Zertifikate gültig sind.

4. (Software-Architekt)

Die Angebotswertung beschränke sich im Vergabevermerk auf die Feststellung, dass die Anforderungen "voll erfüllt" seien. Da vier unterschiedliche Kategorien von Profilen vorzulegen waren, sei eine solche Feststellung unergiebig.

Die Bg könne nach Kenntnis der ASt keine "zum Leistungsgegenstand vergleichbare Projekterfahrung" bei agilen Projekten vorweisen. Fraglich sei, ob der Bg die behaupteten Unterauftragnehmer tatsächlich zur Verfügung stünden. Dies gelte v.a. für den von der Bg im Nachprüfungsverfahren erwähnten Herrn [...], einen von der ASt so bezeichneten "Freelancer". Hinzu komme, dass der von der Bg angeführten Referenz nicht zu entnehmen sei, ob sie den Erwartungshorizont der Ag in vollem Umfang erfülle und damit die Höchstpunktzahl für dieses Kriterium gerechtfertigt sei.

B5 (Senior Developer)

Im Vergabevermerk werde zur Begründung der vollen Punktzahl für das Angebot der ASt lediglich festgestellt, dass der Erwartungshorizont "voll erfüllt" sei. Eine inhaltliche Aussage zu dem geforderten komplexen Profil sei bei dieser Feststellung nicht erkennbar.

Es sei die ASt gewesen, die das [...] realisiert habe und damit über Projekterfahrung verfüge. Daher könne bei diesem Kriterium kein anderer Bieter die volle Punktzahl erhalten haben. Bei dem von der Bg im Nachprüfungsverfahren erwähnten Herrn [...], bei dem es sich nach Angaben der ASt ebenfalls um einen sog. Freelancer handele, sei auszuschließen, dass dieser zum Zeitpunkt der Angebotsabgabe über ein gültiges Zertifikat verfüge.

Die ASt beantragt,

1. die Ag zu verpflichten, die Angebote in dem Vergabeverfahren [...] unter Beachtung der Rechtsauffassung der Vergabekammer erneut zu prüfen und zu werten,

2. Akteneinsicht,

3. der Ag die Kosten des Nachprüfungsverfahrens aufzuerlegen und

4. die Hinzuziehung der Verfahrensbevollmächtigten durch die ASt zur zweckentsprechenden Rechtsvertretung für notwendig zu erklären.

b) Die Ag beantragt,

1. den Nachprüfungsantrag zurückzuweisen,

2. der ASt die Kosten des Verfahrens aufzuerlegen.

Hierzu trägt die Ag vor, der Nachprüfungsantrag sei unzulässig, jedenfalls aber unbegründet.

Unzulässig sei der Nachprüfungsantrag schon deshalb, weil die ASt ihren Rügeobliegenheiten nicht genügt habe. Eine wirksame Rügeerhebung setze ein Mindestmaß an Substantiierung voraus. In dem Schreiben der ASt vom 30. November 2023 zum Informationsschreiben nach § 134 GWB habe diese sich jedoch lediglich danach erkundigt, ob die Ag eine Prüfung nach § 60 VgV ordnungsgemäß vorgenommen habe. Eine nicht näher begründete Vermutung, diese Prüfung sei nicht ordnungsgemäß durchgeführt worden, reiche nicht aus.

Die Zweifel der ASt an der Eignung der Bg seien ebenfalls "ins Blaue hinein" geäußert. Die ASt habe in dem vermeintlichen Rügeschreiben selbst zum Ausdruck gebracht, dass ihr die Bg als Wettbewerber auf dem Markt unbekannt sei. Dann aber sei fraglich, wie die ASt habe zu dem Schluss kommen können, die Bg erfülle die Eignungsanforderungen nicht.

Das vermeintliche Rügeschreiben habe auch kein Abhilfeverlangen zum Inhalt gehabt.

Jedenfalls sei der Nachprüfungsantrag als unbegründet zurückzuweisen.

Die Bg habe die im Rahmen der Eignungsprüfung erforderlichen Nachweise erbracht. Die ASt versuche den Eindruck zu erwecken, bei der [...] handele es sich um einen kleinen, exklusiven Kreis von IT-Entwicklern und Unternehmen. Das sei unzutreffend. [...], an dem schätzungsweise 80.000 Entwickler und über 1.600 Berater aktiv beteiligt seien. In Deutschland nutzten ca. 85.000 Unternehmen [...].

Die Annahme der ASt, die Bg erfülle nicht die bekanntgemachten Eignungsanforderungen, sei unzutreffend. Die Bg habe die technische und berufliche Leistungsfähigkeit im erforderlichen Umfang nachgewiesen.

Die Bg habe in den letzten 3 Geschäftsjahren den geforderten Mindestumsatz in Höhe von 13 Mio. Euro erzielt (Bekanntmachung, III.1.2).

Die Bg habe auch die geforderte Mindestanzahl an Gesamtmitarbeitenden für die letzten drei abgeschlossenen Geschäftsjahre sowie der im relevanten Tätigkeitsbereich "Entwicklung eines [...]" aktiven Mitarbeitenden nachgewiesen (Bekanntmachung, III.1.3-2). Im Übrigen habe der Bg die Möglichkeit der Eignungslleihe offen gestanden, um evtl. vorhandene Defizite auszugleichen.

Ferner habe die Bg die erforderliche Anzahl geeigneter Referenzen beigebracht (Bekanntmachung, III.1.3-1).

Entgegen der Annahme der ASt habe die Ag die Prüfung nach § 60 VgV ordnungsgemäß durchgeführt. Von der Rechtsprechung werde regelmäßig angenommen, dass eine Aufgreifschwelle bei einem Preisabstand des billigsten Angebots zum nächstfolgenden Angebot in Höhe von ca. 15 bis 20 % anzusetzen sei. Vorliegend liege der Preisabstand bei.

Die Angebotswertung auf der vierten Stufe sei nicht zu beanstanden. Insoweit weist die Ag zunächst darauf

hin, dass sie in Absprache mit dem Bedarfsträger keine allzu hohen Anforderungen gestellt habe, um auf diese Weise möglichst vielen Bietern eine Teilnahme an der Ausschreibung zu ermöglichen. Dieser Umstand könne mit dazu beigetragen haben, dass mehrere Bieter die volle Punktzahl erhalten hätten. Zu den einzelnen Wertungskriterien führt die Ag aus:

B1 (Nicht-funktionale Anforderungen)

Die Bg habe den Erwartungshorizont der Ag erfüllt, indem sie drei nicht-funktionale Anforderungen genannt habe, die für Bundesbehörden große Bedeutung haben. Diesbezüglich habe die Bg auch nachvollziehbar erläutert, wie sie diese umzusetzen beabsichtige.

B2 (Tests)

Die Annahme der ASt, dass hochautomatisierte Tests der Software erforderlich seien, zu denen die Bg nicht in der Lage sei, sei spekulativ und nicht durch Tatsachen untermauert. Im Übrigen würden Tests durch [...] begleitet und gesteuert.

B3 ([...]-Zertifikat)

Auch für die Behauptung der ASt, die Bg könne nicht über die erforderliche Anzahl an [...]zertifizierten Mitarbeitenden verfügen, habe die ASt keine belastbaren Anhaltspunkte beigebracht. Im Übrigen habe dem bekanntgemachten Erwartungshorizont entnommen werden können, dass die volle Punktzahl durch den Nachweis erbracht werden konnte, dass die zum Einsatz kommenden Mitarbeitenden über ein [...] verfügen; eine inhaltliche Bewertung der Qualität der Referenz sei nicht vorgesehen gewesen. Die bekanntgemachten Voraussetzungen habe die Bg erfüllt. Ob der von der ASt als sog. Freelancer bezeichnete Herr [...] über ein gültiges Zertifikat verfügen könne, könne dahingestellt bleiben, weil die Bg - auch ohne Berücksichtigung von Herrn [...] - eine ausreichende Anzahl an Zertifikaten nachgewiesen habe.

B4 (Software-Architekt)

Die Bg habe die an das Profil des Software-Architekten gestellten Anforderungen erfüllt. Die von der ASt geäußerten Zweifel, ob Herr [...] den bekanntgemachten Anforderungen genüge, seien unbegründet.

B5 (Senior-Developer)

Die Bg habe das geforderte Profil eines Senior Developer nachgewiesen. Für die Behauptung der ASt, dass

nur mit [...] verbundene Projekterfahrungen vergleichbar seien, lasse sich dem bekanntgemachten Erwartungshorizont nichts entnehmen. Entgegen der Annahme der ASt komme es im Übrigen nicht darauf an, dass bereits bei Angebotsabgabe ein gültiges [...] vorliege; vielmehr sei es ausreichend, wenn das Zertifikat spätestens 3 Monate nach Beauftragung des Einzelabrufs eingereicht werde.

c) Die mit Beschluss vom 11. Dezember 2023 zum Verfahren hinzugezogene Bg beantragt,

1. den Antrag der ASt vom 07. Dezember 2023 zurückzuweisen,
2. der ASt die Kosten des Verfahrens aufzuerlegen.

Hierzu trägt sie insbesondere vor, der Nachprüfungsantrag sei unzulässig. Das Rügevorbringen beruhe, soweit es sich gegen die Bg richte, auf bloßen Behauptungen "ins Blaue hinein". Das gelte bzgl. der Ausführungen der ASt hinsichtlich der - angeblich - fehlenden Auskömmlichkeit des Angebots der Bg (§ 60 VgV), gelte aber auch hinsichtlich der von der ASt behaupteten Zweifel an ihrer Eignung. Die Ausführungen der ASt zur sog. [...] seien teilweise irreführend, teilweise unzutreffend. Anders, als es der Vortrag der ASt suggeriere, handele es sich bei der [...] nicht um einen kleinen Zirkel von Unternehmen und IT-Entwicklern. Die [...] führe mehr als 1.000 Mitglieder, darunter eine Vielzahl an Unternehmen, die entsprechende Dienstleistungen anbieten. Die Behauptung der ASt, sie, die Bg, sei nicht in diesem Bereich aktiv, sei unzutreffend.

Tatsächlich gehöre die Bg schon seit 15 Jahren [...] und habe schon eine Vielzahl an Projekten realisiert, darunter auch solche für die öffentliche Hand.

Der Nachprüfungsantrag sei unbegründet. Die Bg habe ihr Angebot zusammen mit drei Unternehmen abgegeben, die als Unterauftragnehmerinnen fungierten. Die erforderlichen Verpflichtungserklärungen lägen der Ag vor. Die Bg könne, in Zusammenarbeit mit ihren Unterauftragnehmern, auf mehr als 100 erfahrene [...] zurückgreifen. Mit den Herren [...] als Software-Architekt und [...] als Senior-Developer stünden zwei erfahrene [...] zur Verfügung.

Hinsichtlich der gegen die Wertungsentscheidung gerichteten Angriffe schließt die Bg sich den Ausführungen der Ag an. In Ergänzung hierzu trägt sie vor:

B1 (Nicht-funktionale Anforderungen)

Anders, als von der ASt dargestellt, habe sich die Bewertung alleine auf die Herangehensweise bezogen, nicht aber auf eine bereits vorhandene Umsetzung.

B2 (Tests)

Der Vortrag der ASt sei nicht nachvollziehbar. Diesbezüglich gebe es etablierte Branchenstandards, die von allen Anbietern angewandt würden, und ohne die größeren IT-Projekte nicht realisiert werden könnten.

B3 ([...])

Entgegen der Behauptung der ASt seien alle erforderlichen Nachweise erbracht worden.

B4 (Software-Architekt)

Die geforderte Qualifikation sei nachgewiesen worden. Die anderslautende Behauptung der ASt sei ebenso unzutreffend wie deren Annahme, die Bg verfüge nicht über Erfahrungen bei agilen IT-Projekten. Die Bg habe bereits mehr als 30 agile IT-Projekte umgesetzt.

B5 (Senior Developer)

Die Qualifikation sei im Angebot nachgewiesen worden. Im Übrigen sei nach Erfahrungen mit ähnlichen Anwendungsfällen gefragt worden, nicht - wie von der ASt dargestellt - nach Erfahrungen mit dem [...].

3. Die Vergabekammer hat der ASt und der Bg nach Anhörung der Ag Einsicht in die Vergabeakte gewährt, soweit Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse nicht betroffen waren. Da alle Verfahrensbeteiligten auf die Durchführung einer mündlichen Verhandlung verzichtet hatten, erteilte die Vergabekammer mit Schreiben vom 3. Januar 2024 den Verfahrensbeteiligten einen rechtlichen Hinweis, wonach der Nachprüfungsantrag - nach vorläufiger Einschätzung der Vergabekammer - wegen Defiziten bei der Dokumentation der Eignungsprüfung, der Überlegungen zur Preisprüfung und der Angebotswertung auf der vierten Stufe, die eine Überprüfung nicht erlaubten, begründet sei. Die Verfahrensbeteiligten hatten Gelegenheit, zu diesem Hinweis Stellung zu nehmen. Auf die Ausführungen in diesem Schreiben sowie auf die ausgetauschten Schriftsätze im Übrigen, die Vergabeakte, soweit sie der Vergabekammer vorgelegen hat, sowie auf die Verfahrensakte der Vergabekammer wird verwiesen. Der nicht nachgelassene Schriftsatz der ASt vom 30. Januar 2024 blieb bei der Entscheidungsfindung unberücksichtigt.

Mit Zustimmung aller Verfahrensbeteiligten hat die Vergabekammer nach Lage der Akten entschieden (§

166 Abs. 1 Satz 3 GWB). Die gesetzlich vorgesehene Frist für die Entscheidung wurde insgesamt zwei Mal, zuletzt mit Schreiben vom 17. Januar 2024, bis zum 14. Februar 2024 verlängert.

II.

Der Nachprüfungsantrag ist zulässig und begründet. Der Ag wird untersagt, den Zuschlag auf das Angebot der Bg zu erteilen. Bei fortbestehender Beschaffungsabsicht hat die Ag die Prüfung der Bieterreignung und die Wertung der Angebote auf der vierten Stufe unter Beachtung der Rechtsauffassung der Vergabekammer zu wiederholen.

1. Der Nachprüfungsantrag ist zulässig.

a) Die streitgegenständliche Vergabeentscheidung betrifft einen öffentlichen Dienstleistungsauftrag eines dem Bund zuzurechnenden öffentlichen Auftraggebers, § 103 Abs. 4, §§ 98, 99 Nr. 2 GWB, oberhalb des maßgeblichen Schwellenwertes. Das Nachprüfungsverfahren ist daher nach § 155 GWB statthaft und die Vergabekammer des Bundes nach § 159 Nr. 2 GWB für die Entscheidung zuständig.

b) Die ASt ist antragsbefugt im Sinne des § 160 Abs. 2 GWB. Das nach § 160 Abs. 2 Satz 1 GWB erforderliche Interesse am öffentlichen Auftrag ergibt sich bereits aus der Abgabe eines Angebots sowie aus dem gegen die Vergabeentscheidung gerichteten Rügevorbringen. Die ASt hat auch geltend gemacht, durch die Vergabeentscheidung in ihren Rechten nach § 97 Abs. 6 GWB verletzt zu sein. So macht die ASt geltend, die Bg erfülle nicht die bekanntgemachten Eignungsanforderungen, darüber hinaus habe die Bg ein unangemessen niedriges Angebot eingereicht; außerdem sei die Angebotswertung defizitär. Sollte das Angebot der Bg, diesen Vortrag der ASt als richtig unterstellt, aus einem der genannten Gründe aus der Wertung auszuschließen sein, käme das Angebot der ASt für einen Zuschlag in Betracht. Daher droht der ASt durch die angefochtene Vergabeentscheidung die Entstehung eines Schadens.

c) Die ASt hat ihrer Rügeobliegenheit nach § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 GWB genügt. Die Rüge erfolgte nach Erhalt der § 134 GWB-Information, die vom 27. November 2023 datierte, am 30. November 2023 und damit fristgerecht.

Was den Inhalt der Rüge anbelangt, so ist grundsätzlich ein großzügiger Maßstab anzulegen. Da ein Bieter nur begrenzten Einblick in den Ablauf des Vergabeverfahrens

rens hat, darf er im Vergabenachprüfungsverfahren behaupten, was er auf der Grundlage seines Kenntnisstands redlicherweise für wahrscheinlich oder möglich halten darf, etwa wenn es um Vergaberechtsverstöße geht, die sich ausschließlich in der Sphäre der Vergabestelle abspielen oder das Angebot eines Mitbewerbers betreffen (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 29. März 2021 - Verg 9/21, unter Hinweis auf OLG Düsseldorf, Beschluss vom 13. April 2011 - Verg 58/10).

Der Antragsteller muss aber - wenn sich der Vergaberechtsverstoß nicht vollständig seiner Einsichtsmöglichkeit entzieht - zumindest Anknüpfungstatsachen oder Indizien vortragen, die einen hinreichenden Verdacht auf einen bestimmten Vergaberechtsverstoß begründen. Ein Mindestmaß an Substantiierung ist einzuhalten; reine Vermutungen zu eventuellen Vergaberechtsverstößen reichen nicht aus. Da die Rüge den öffentlichen Auftraggeber in die Lage versetzen soll, einen etwaigen Vergaberechtsverstoß zeitnah zu korrigieren, ist es unabdingbar, dass der Antragsteller - um unnötige Verzögerungen des Vergabeverfahrens zu vermeiden und einem Missbrauch des Nachprüfungsverfahrens vorzubeugen - bereits frühzeitig diejenigen Umstände benennt, aufgrund derer er vom Vorliegen eines Vergaberechtsverstoßes ausgeht (vgl. zum Vorstehenden, OLG Düsseldorf, Beschluss vom 29. März 2021 - Verg 9/21 m.W.N.). Daher ist der Antragsteller gehalten, schon bei Prüfung der Frage, ob ein Vergaberechtsverstoß zu rügen ist, Erkenntnisquellen auszuschöpfen, die ihm ohne großen Aufwand zur Verfügung stehen. Formulierungen wie "nach unserer Kenntnis" oder "nach unserer Informationslage" genügen in der Regel nicht (vgl. zum Vorstehenden OLG Düsseldorf, a.a.O., mit zahlreichen Nachweisen).

Soweit sich die ASt mit ihrem Vorbringen in der Rüge darauf bezieht, sie könne "nur vermuten", dass die Bg einen unangemessen niedrigen Preis angeboten habe, ist zwar nicht ganz selbsterklärend, ob dieses Rügevbringen den dargelegten Voraussetzungen an einen Rügeinhalt entspricht. Zur Begründung für ihre Vermutung beschränkte die ASt sich auf den Hinweis, dass

"wir (Anm.: die ASt) branchenbekannt für hohe Qualität stehen".

Die Darlegung alleine, dass die ASt für hohe Qualität steht, lässt indes nicht erkennen, warum die Bg ein unauskömmliches Angebot abgegeben haben könnte. Allerdings stellt die ASt diese Aussage in den Kontext der Beanstandung, wonach die Information nach § 134 GWB defizitär sein solle. Daraus wird indirekt gerade noch nachvollziehbar, dass die ASt meint, die höchste

Qualitätspunktzahl haben zu müssen, so dass der Vorsprung des Angebots der Bg sich aus dem Preis ableiten müsse, der dann ungewöhnlich niedrig sein müsse. Dieses Vorbringen genügt gerade noch den Anforderungen an eine substantiierte Rüge.

Zweifelsfrei genügt hat die ASt hingegen ihrer Rügeobliegenheit, soweit sie die fehlende Eignung der Bg thematisiert. Aus der Bekanntmachung und den Vergabeunterlagen ging hinreichend deutlich hervor, dass die Ag Erfahrungen und entsprechende Referenzprojekte im Bereich [...] voraussetzte. Die ASt machte geltend, aktives Mitglied der [...] zu sein, einem begrenzten Kreis an aktiv tätigen Unternehmen und IT-Entwicklern. Aufgrund dieser Kenntnisse habe sie Zweifel, dass die Bg dort relevante Aktivitäten entfaltet habe. Die ASt hat damit deutlich gemacht, Zweifel an der Eignung der Bg zu haben, und hat dabei der Ag gegenüber zu erkennen gegeben, auf welcher Informationsgrundlage sie zu der Bewertung gekommen ist.

Genügt hat die ASt ihren Rügeobliegenheiten auch hinsichtlich der gegen die Wertungsentscheidung gerichteten Angriffe. Die ASt hat im Rügeschreiben geltend gemacht, dass es ihr aufgrund der wenigen Informationen im Schreiben nach § 134 GWB nicht möglich gewesen sei, die Wertungsentscheidung nachzuvollziehen. Deshalb erbat die ASt von der Ag die Vorlage der Bewertungsmatrix nebst Begründung. Aus diesem Vortrag war für die Ag erkennbar, dass die ASt, nach Erhalt dieser Informationen, die Wertungsentscheidung kritisch überprüfen und ggf. zum Gegenstand eines Nachprüfungsverfahrens machen würde.

d) Die Frist für die Einreichung des Nachprüfungsantrags, die am 7. Dezember 2023 erfolgte, nach § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 4 GWB ist gewahrt (ablehnende Rügeantwort datiert vom 5. Dezember 2023).

2. Der Nachprüfungsantrag ist begründet. Die Prüfung der Bieterreignung sowie die Wertung der Angebote auf der vierten Stufe durch die Ag erweisen sich als vergaberechtswidrig. Das Unterlassen einer Preisprüfung nach § 60 VgV hat die Ag indes auf den Hinweis der Vergabekammer vom 3. Januar 2024 plausibel erklärt und es stellt sich nicht als ermessensfehlerhaft dar, nicht von der Überschreitung der sog. "Aufgreifschwelle" auszugehen.

Die Vergabekammer hat den Verfahrensbeteiligten in einem rechtlichen Hinweis vom 3. Januar 2024 zu bedenken gegeben, dass, nach ihrer vorläufigen Einschätzung, das Vergabeverfahren insoweit an einem grundlegenden Mangel leidet, als die Ag ausweislich der

Vergabedokumentation keine ausreichende Prüfung der Eignung bzw. Bewertung der Angebote in preislicher sowie inhaltlicher Hinsicht vorgenommen hat. Zwar sei es zulässig, dass eine vorhandene Dokumentation des Vergabeverfahrens durch Schriftsätze im Nachprüfungsverfahren ergänzt werde. Dies setze aber voraus, dass die wesentlichen Überlegungen des Auftraggebers sich bereits in der Dokumentation finden (vgl. dazu OLG Düsseldorf, Beschluss vom 10. Februar 2021 - Verg 23/20 m.w.N.). Sinn der Möglichkeit, vorhandene Dokumentation durch schriftsätzlichen Vortrag zu ergänzen, sei jedoch nicht, ganz wesentliche Teile der Dokumentation bzw. - weitergehend - sogar der materiellen Prüfung in den schriftsätzlichen Vortrag zu verlagern. Denn wenn die Vergabedokumentation keine Aussage zu erforderlichen Prüfungsschritten enthalte, sei davon auszugehen, dass diese im Sinne einer "negativen Beweiskraft" des Vergabevermerks auch tatsächlich nicht durchgeführt worden sei.

a) Ausgehend hiervon ist festzustellen, dass die vorliegende Dokumentation nicht erkennen lässt, inwieweit die Ag die Prüfung der bekanntgemachten Eignungskriterien ordnungsgemäß durchgeführt hat.

Die Ag hat in der Auftragsbekanntmachung diverse Anforderungen an die finanzielle, technische und berufliche Leistungsfähigkeit der Bieter gestellt. Von besonderer Relevanz waren die bekanntgemachten Anforderungen an die Referenzen (Bekanntmachung, III.1.3-1). Hiernach waren die Bieter aufgefordert, eine Liste mit mind. 3 geeigneten Referenzen in Bezug auf die gegenständliche Leistung,

"Beratungs- und Unterstützungsleistungen im Rahmen einer Entwicklung eines [...]"

nachzuweisen. Die Referenzen mussten diverse Mindestanforderungen erfüllen, u.a. einen Auftragswert von mind. 1 Mio. Euro, und sie durften nicht älter als 3 Jahre seit der letzten Leistungserbringung sein. Außerdem musste es sich bei einer der eingereichten Referenzen um einen "Auftrag der öffentlichen Verwaltung öffentlicher Auftraggeber im Sinne des § 99 GWB)" handeln.

In der der Vergabekammer vorliegenden Dokumentation ("Auswertung Angebote") wurden hinsichtlich des Prüfschritts "Referenzen" von der Ag zu den Angeboten der ASt und der Bg lediglich festgehalten:

"Mindestens 3 Referenzen, die die Mindestanforderungen erfüllen": "Ja."

Weitere, eingehendere Erläuterungen hierzu finden sich in der Dokumentation nicht. Eine eingehendere Prüfung und Bewertung wäre aber geboten gewesen, wie etwa die Referenz 1 der Bg zeigt.

Wie bereits ausgeführt, kamen als geeignete Referenzen nur solche in Betracht, die einen Bezug zum streitgegenständlichen Auftrag aufwiesen. Aus den Ausführungen in der von der Ag mit Schreiben vom 14. Dezember 2023 zu den Akten gereichten Referenz 1 (vgl. Anlage Ag 2) lässt sich allerdings der geforderte Bezug zu [...] nicht unmittelbar erkennen. In den schriftlichen Ausführungen zu dieser Referenz findet [...] keine explizite Erwähnung. Eine eingehendere Aufklärung durch die Ag hätte schon deshalb nahegelegen, weil der Bezug zu [...] bei den anderen von der Bg vorgelegten Referenzen deutlich hergestellt wurde.

Wie ebenfalls dargelegt, musste eine der insgesamt drei verlangten Referenzen eine Leistungserbringung gegenüber einem öffentlichen Auftraggeber im Sinne des § 99 GWB betreffen. Ob ein Auftraggeber die Eigenschaft eines Auftraggebers im Sinne des § 99 GWB erfüllt, setzt eine juristische Bewertung voraus. Eine solche Bewertung hat die Ag nicht vorgenommen, was hier aber erforderlich gewesen wäre, denn die Bg hat keine Referenz benannt, die auf den ersten Blick und zweifelsfrei eine Referenz von einem öffentlichen Auftraggeber darstellt. Zwar ist durchaus denkbar, dass zumindest eine der drei Referenzen - was ausreichend wäre - von einem öffentlichen Auftraggeber stammt, denn nach dem funktionalen Auftraggeberbegriff des § 99 Nr. 2 GWB kann auch juristischen Personen die Eigenschaft als öffentlicher Auftraggeber zukommen. Soweit für die Vergabekammer anhand öffentlich zugänglicher Quellen im Internet erkennbar, gibt es aber jedenfalls für eine der als Referenz benannten Stelle keine explizite Rechtsgrundlage, auf Grund derer sich das Vorliegen der Eigenschaft als öffentlicher Auftraggeber im Sinne des § 99 GWB zweifelsfrei ableiten ließe. Die als Referenz benannte Stelle unterliegt keiner Fachaufsicht, und ist lediglich aus organisatorischen Gründen bei einem Ministerium angesiedelt. Ob die Stelle gleichwohl die Voraussetzungen des § 99 GWB erfüllt, hätte die Ag prüfen und dokumentieren müssen. Gleiches gilt für eine weitere Referenz, die nicht unmittelbar erkennbar einem öffentlichen Auftraggeber zuzuordnen ist. Diese Prüfungen hat die Ag unterlassen.

Ausweislich der Bekanntmachung durften die Referenzen max. 3 Jahre alt sein (maßgeblicher Zeitraum: letzte Leistungserbringung bis zum Ende der Angebotsfrist), und mussten einen Auftragswert von mind. 1

Mio. Euro aufgewiesen haben. Insbesondere bei Verträgen mit langer Laufzeit (10 Jahre und mehr) hätte seitens der Ag geprüft und dokumentiert werden müssen, worauf sich der von den Bietern angegebene Auftragswert bezieht, auf die gesamte Vertragslaufzeit, oder etwa auf den Zeitraum seit dem letzten Relaunch. Eine solche Prüfung hätte insbesondere bei einem anderen Zertifikat der Bg nahegelegen.

Dahingestellt bleiben kann hingegen, ob die von der ASt im Schriftsatz vom 15. Januar 2024 geäußerten Zweifel zutreffen, dass das von der Bg im Schriftsatz vom 21. Dezember 2023 erwähnte Projekt "2012ff., Suchtechnologie Anpassung für [...]" die bekanntgemachten Anforderungen zu erfüllen geeignet war. Eine entsprechende Referenz hat die Bg tatsächlich nicht eingereicht.

Entgegen der Annahme der ASt ist die Feststellung der Ag, dass die Bg den Nachweis für das Vorliegen der erforderlichen Mindestanzahlen an Gesamtmitarbeitenden (60 Gesamtmitarbeitende) und der im einschlägigen Geschäftsbereich [...] tätigen Mitarbeitenden (30 Mitarbeitende) pro Jahr während der letzten drei Geschäftsjahre im Jahresdurchschnitt, nicht zu beanstanden. Die Bg hat die entsprechenden Nachweise beigebracht.

b) Die Angebotswertung auf der vierten Stufe weist ebenfalls Mängel auf.

Die Vergabekammer hat in ihrem rechtlichen Hinweis vom 3. Januar 2024 ausgeführt, dass schon fraglich sei, ob die vorliegende Dokumentation ausreichend sei, um den Anforderungen an die Dokumentation der Wertung bei "Schulnotenbewertung" zu entsprechen (BGH, Beschluss vom 4. April 2017, X ZB 3/17). Der Begründung, warum ein Angebot im Sinne der vorgegebenen Notenstufen die Anforderungen des Auftraggebers z.B. voll erfüllt, so wie dies hier durch die Ag bei allen Angeboten vollumfänglich bejaht wurde, komme bei Schulnotenbewertung zwecks Vermeidung von Willkürentscheidungen generell eine besondere Bedeutung zu. Entscheidend aber sei, dass die Ag keinen Quervergleich der Angebote untereinander vorgenommen habe. Dies sei aber Sinn und Zweck der vierten Wertungsstufe, in der das wirtschaftlichste Angebot zu ermitteln ist. Die Ag habe sich bei Konzeption des Vergabeverfahrens entschieden, dass nicht nur der Preis Zuschlagskriterium sein solle, sondern qualitative Aspekte die Wirtschaftlichkeit der Angebote mitbestimmen. Dies erfordere aber, dass die Angebote miteinander verglichen werden. Die Bewertung habe auch im Quervergleich stimmig zu sein, was erfordere, sich mit

der Prüfung zu beschäftigen, ob Angebote im Quervergleich bei einzelnen Wertungsvorgaben die Anforderungen des Auftraggebers besser oder schlechter als andere Angebote erfüllen. Die Ag habe ihren Beurteilungsspielraum bei der Wertung möglicherweise auf einer falschen Prämisse ausgeübt, denn sie spreche in diesem Zusammenhang den Aspekt der optimalen Marktöffnung an. Dieser Aspekt spiele hier jedoch keine Rolle. Unterbleibe indes ein Quervergleich bei der Angebotswertung und alle Angebote erhielten die maximale Punktzahl, so entstehe dadurch keine Marktöffnung, sondern der Effekt bestehe darin, dass die qualitativen Zuschlagskriterien im Endeffekt an Bedeutung verlören; faktisch zähle dann ausschließlich der Preis. Es sei aber nicht Sinn von qualitativen Wertungskriterien, diese nivellierend anzuwenden, denn der Auftraggeber hat ja gerade nicht nur den Preis als Kriterium für die Bemessung der Wirtschaftlichkeit vorgegeben.

Die Ag hat hiergegen mit Schriftsatz vom 15. Januar 2024 eingewandt, sich bewusst gegen einen Quervergleich der Angebote entschieden zu haben, sondern die Wertung alleine auf der Grundlage der von den Bietern bei den Kriterien B1 bis B5 jeweils erreichten Punktzahlen vorgenommen zu haben. Hierzu sei sie auch nach der Rechtsprechung des BGH (BGH, a.a.O.) berechtigt gewesen. Mehrere B-Kriterien, wie z.B. die Kriterien B3, B4 und B5, ließen gar keine Wertung zu.

Ausgehend hiervon ist auf Basis der rechtlichen Anforderungen zur Dokumentationstiefe der materiellen Bewertungsentscheidung bei offenem Beurteilungsmaßstab (vgl. hierzu grundlegend OLG Düsseldorf, Beschluss vom 22. März 2022 - Verg 24/22, sowie Beschluss vom 27. April 2022 - Verg 47/21) festzustellen:

aa) Kriterium B3 ([...])

Der Ag ist darin beizupflichten, dass das Kriterium B3 einen Quervergleich nicht zuließ.

Bei diesem Kriterium hing die zu erreichende Punktzahl lediglich davon ab, inwiefern der Bieter bestätigte, dass bis spätestens drei Monate nach Leistungsbeginn alle zum Einsatz kommenden Mitarbeitenden ein [...] vorweisen könnten. 5 Punkte waren zu erlangen, wenn der Nachweis mit dem Angebot vorgelegt wurde; 3 bzw. 1 Punkt, wenn der Nachweis zum Leistungsbeginn oder später vorgelegt wurde. Einen Quervergleich oder einen Beurteilungsspielraum sieht dieses Kriterium nicht vor.

bb) Kriterien B4 und B5 (Software Architekt; Senior Developer)

Bei den Kriterien B4 und B5 verhielt es sich zwar im Ausgangspunkt ähnlich wie bei dem Kriterium B3.

So sah das Kriterium B4 vor, dass der Bieter ein Profil für die Rolle des Software-Architekten einreichen sollte, aus dem sich ergeben musste, inwiefern die Anforderungen der Leistungsbeschreibung erfüllt waren. Den Ausführungen im "Erwartungshorizont", die in mehrere Unterpunkte untergliedert sind, ist zu entnehmen:

"1 BP: Das eingereichte Profil hat zum Leistungsgegenstand vergleichbare erkennbare Projekterfahrungen aus mindestens einem Referenzprojekt aus der öffentlichen Verwaltung.

2 BP: Das eingereichte Profil hat zum Leistungsgegenstand vergleichbare erkennbare Projekterfahrungen aus zwei oder mehr agilen Projekten.

1 BP: Das eingereichte Profil hat Projekterfahrungen aus mindestens drei Referenzprojekten in der Konzeption und Umsetzung von skalierten Docker Umgebungen im Kontext von [...] aus mindestens einem Projekt.

1 BP: Das eingereichte Profil hat Projekterfahrungen aus mindestens einem Referenzprojekt in der Rückführung von Quellcode in die [...]"

Das Kriterium B5 betrifft den Senior-Developer. Die Ausführungen zum Erwartungshorizont decken sich der Sache nach mit denjenigen zum Kriterium B4.

Im Unterschied zum Kriterium B3 wurden allerdings in den Ausführungen zum Erwartungshorizont bei den Kriterien B4 und B5 Begrifflichkeiten verwendet, die der Vergabestelle einen Beurteilungsspielraum einräumten, wie z.B. "vergleichbare erkennbare Projekterfahrungen", "zwei oder mehr agile Projekte", "[...]".

Die Bewertungen der einzelnen Prüfer der Ag, die ausweislich von deren Vortrag auf den rechtlichen Hinweis der Vergabekammer handschriftlich vorlagen, haben in der Vergabedokumentation unstreitig keinen Niederschlag gefunden. Festgehalten wurde dort lediglich die erreichte Gesamtpunktzahl. Um die Wertungsentscheidung nachvollziehen und auf ihre Rechtmäßigkeit überprüfen zu können, wäre eine Dokumentation der Wertungsentscheidung erforderlich gewesen. Die eingehende Begründung für die Wertung hat die Ag auch

nicht im Nachprüfungsverfahren nachgereicht, so dass es keiner Entscheidung bedarf, inwieweit ein Nachschieben von Gründen im Nachprüfungsverfahren zulässig ist. Ein Quervergleich, der sich bei Unterkriterien wie etwa "vergleichbare erkennbare Projekterfahrungen" oder "[...]" geradezu aufdrängen musste, unterblieb.

cc) Kriterium B1 (nicht-funktionale Anforderungen)

Die Gründe für die Wertung von Kriterium B1 sind nicht dokumentiert. Darüber hinaus fehlt ein Quervergleich.

Die Frage zum Kriterium B1 lautet:

"Welche nicht-funktionalen Anforderungen an ein [...] sind speziell im Kontext von Bundesbehörden zu erwarten. Nennen Sie drei zentrale nicht-funktionale Anforderungen und skizzieren Sie jeweils, wie Sie in der Entwicklung deren Umsetzung sicherstellen würden."

Zum Erwartungshorizont wird ausgeführt:

"Der Bieter nennt drei nicht-funktionale Anforderungen, die für Bundesbehörden große Priorität haben und skizziert logisch nachvollziehbar und sinnvoll strukturiert, wie er sie umsetzen würde. Die dargelegten Strategien sind geeignet (Passung) und effektiv (Wirkung) sowie effizient (Aufwand-Nutzen-Relation)".

Die vorliegende Angebotswertung lässt nicht erkennen, ob die Ag sich mit der Zielerreichung der gestellten Anforderungen auseinandergesetzt hat. Die Ausführungen beschränken sich im Wesentlichen auf eine verbale Wiederholung der Darlegungen zum Empfängerhorizont. So fehlen etwa Ausführungen dazu, ob die genannten nicht-funktionalen Anforderungen gerade für Bundesbehörden eine große Priorität haben. Hierzu hätte es nahegelegen, dass die Ag sich bei der Konzeptbewertung mit der Frage befasst, ob nicht-funktionale Anforderungen, wie z.B. Barrierefreiheit, Datenschutz, IT-Sicherheit oder Wartbarkeit der Software, für Bundesbehörden dieselbe Priorität genießen, oder ob es insoweit Abstufungen hinsichtlich der Priorität geben könnte. Solche Überlegungen der Ag sind nicht dokumentiert. Nicht dokumentiert ist auch, ob die Ag die von den einzelnen Bietern angegebenen nicht-funktionalen Anforderungen zueinander in Beziehung gesetzt hat. Es versteht sich von selbst, dass ein Bieter, der drei oder mehr hochprioritäre Anforderungen benannt hat, eine andere Bewertung verdient als ein Bieter, der drei geringer zu priorisierende Anforderungen benannt hat.

dd) Kriterium B2 (Tests)

Die Frage zum Kriterium B2 lautet:

"Erläutern Sie, welche Art von Tests im Hinblick auf die Funktion und nicht-funktionale Anforderungen bei der Entwicklung eines [...] für die öffentliche Verwaltung durchzuführen sind. Benennen Sie die Stakeholder, die bei den Tests miteinzubeziehen sind."

Den Ausführungen zum Erwartungshorizont ist zu entnehmen:

"Der Bieter liefert eine umfassende und logisch geordnete Aufzählung mit gut verständlicher Ausführung bzgl. Mehrwerte der anfallenden Tests und nennt jeweils die zentralen einzubeziehenden Stakeholder."

Die Ausführungen in der Wertungsdokumentation beschränken sich auf eine Wiederholung des Erwartungshorizonts. Die Wertungsentscheidung ist somit nicht hinreichend dokumentiert. Auch hier hätte die Ag einen Quervergleich dazu anstellen können, ob die vorgeschlagenen Tests als geeignet erscheinen.

c) Soweit die ASt geltend macht, der Preis des Angebots sei aufklärungsbedürftig nach § 60 VgV, so hat die Ag in ihrer Stellungnahme auf den rechtlichen Hinweis der Vergabekammer überzeugend dargelegt, dass kein Anhaltspunkt für einen besonders niedrigen Preis vorliegt. Der Preisabstand zum nächsthöheren Angebot liegt unter 15 %. Zwar liegt der Schwerpunkt der nachgefragten Leistung bei der Dienstleistung und damit bei den Personalkosten. Es liegen aber keine vereinheitlichenden Tarifverträge, erst recht keine allgemeinverbindlichen Tarifverträge vor, die ein Abweichen in einer relativ geringen Größenordnung als auffällig niedrig erscheinen lassen würden. Wie bereits im rechtlichen Hinweis ausgeführt, sind abweichende Preise Ausdruck von Wettbewerb. Der Schwellenwert für die Aufgreifschwelle zur Preisprüfung soll nicht zu niedrig angesetzt werden,

"weil dem Verdikt eines ungewöhnlich oder unangemessen niedrigen Preisangebots (früher war ausdrücklich sogar ein Missverhältnis zwischen Preis und Leistung gefordert) immer auch das Überschreiten einer gewissen Erheblichkeitsgrenze innewohnt" (so OLG Düsseldorf, Beschluss vom 20. Dezember 2017 - Verg 8/17).

Nach alledem hat die Ag die Eignungsprüfung sowie die Angebotsbewertung auf der vierten Wertungsstufe zu wiederholen und angemessen zu dokumentieren.

III.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 182 Abs. 3 S. 1 und 2, Abs. 4 S. 1 und 4 GWB i.V.m. § 80 Abs. 2, Abs. 3 S. 2 VwVfG. Zwar ist die ASt nicht erfolgreich, soweit sie eine Preisprüfung durch die Ag einfordert. Dennoch hat die ASt ihr Rechtsschutzziel voll erreicht, denn es wird wie beantragt eine Neuwertung angeordnet. Auf die Frage, ob eine Antragstellerin, hier die ASt, mit allen ihren Rügen durchgedrungen ist, oder ob nur eine einzelne Rüge zum Verbot der Zuschlagserteilung geführt hat, kommt es für die Frage des Obsiegens oder Unterliegens nicht an (so ausdrücklich OLG Düsseldorf, Beschluss vom 14. April 2022 - Verg 5/22).

Die Kosten des Verfahrens sind der Ag und der Bg gesamtschuldnerisch aufzuerlegen, da sie im Nachprüfungsverfahren unterliegen. Dabei ist hinsichtlich der Bg zu berücksichtigen, dass sie Sachanträge gestellt hat und sich schriftsätzlich zu den relevanten Fragen der Eignungsprüfung sowie der Angebotsbewertung eingelassen und sich dabei auf die Seite der Ag gestellt hat. Damit ist auch die Bg als in der Sache unterliegend anzusehen.

Da Ag und Bg im Nachprüfungsverfahren unterliegen, haben sie die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen der ASt zu tragen.

Die Hinzuziehung eines Bevollmächtigten durch die ASt war notwendig, da das Nachprüfungsverfahren Rechtsfragen aufgeworfen hat, die ein durchschnittlicher Antragsteller ohne eigene Rechtsabteilung nicht sachgerecht beurteilen kann (vgl. BGH, Beschluss vom 26. September 2006 - X ZB 14/06 -). Dabei ist zu berücksichtigen, dass ein Bieterunternehmen das Vergaberecht nicht vertieft beherrschen muss, da dieses sich in erster Linie an öffentliche Auftraggeber richtet.

IV.

(...)

VK Thüringen zu der Frage, dass ein offenkundiger Rechenfehler keine Änderung der Vergabeunterlagen ist

1. Offenkundige Rechen- oder Schreibfehler, die schon ihrem Erklärungsinhalt nach keine inhaltlichen Änderungen der Vergabeunterlagen darstellen, sind keine unzulässige Änderung der Vergabeunterlagen.

2. Bei offenkundigen und marginalen Eintragungsfehler kann der öffentliche Auftraggeber, soweit das möglich ist, die notwendigen Berichtigungen selbst vornehmen.

VK Thüringen, Beschluss vom 10.05.2023 - 4002-812-2023-E-003-SM

Gründe

1.

Der AG schrieb das Vorhaben Sanierung und Erweiterungsbau der ### und Herstellung der Außenanlagen des ### hier: Außenputz WDVS als Offenes Verfahren im Supplement des Amtsblattes der Europäischen Union Nr. ###-europaweit aus. Tag der Absendung der Bekanntmachung war der ##.##.2022. Zuschlagskriterium war danach der Preis. Schlusstermin für den Eingang der Angebote war der ##.##.2022, ### Uhr. In Nr. VI.3)

Zusätzliche war angegeben:

"Fehlende Erklärungen oder Nachweise werden gemäß § 16a EU VOB/A durch den AG nachgefordert und können bis zum Ablauf der dort genannten Frist nachgereicht werden."

Laut dem in den elektronisch bereitgestellten Vergabeunterlagen enthaltenen Leistungsverzeichnis war bei der "OZ 1.3.10" der Leistungsbeschreibung:

"TA Beidseitig beschichtete Miwo-Dämmplatten WLZ 035 anbringen Fluchtrechtes und planebenes Anbringen von beidseitig beschichteten Mineralwolle-Dämmplatten nach DIN EN 13162, 1.200 x 400 mm, Verkleben mit systemzugehörigen Plattenkleber ... für eine Menge "1.000,000" ME (= Mengeneinheit) m2"

von den Bietern der Einheitspreis in EUR und der Gesamtbetrag in EUR anzugeben.

In der Aufforderung zur Angebotsabgabe (FB 211 EU VHB Bund) des AG war unter "Anlagen" in Punkt

"C) die, soweit erforderlich, ausgefüllt mit dem Angebot einzureichen sind,"

angekreuzt unter anderen das Formblatt

"[x] 225aL Stoffpreisgleitklausel ohne Basiswert ### mit Nachforderung"

als mit dem Angebot einzureichende Unterlage gefordert und dies nochmal unter Punkt

"3. Unterlagen (Erklärungen, Angaben, Nachweise)

3.1 folgende Unterlagen sind mit dem Angebot einzureichen:

(...)

[x] siehe Bekanntmachung und Formblatt 211 Punkt C)"

verdeutlicht. Weiterhin wurde darin gefordert unter Punkt

"3.3 Nachforderung

Fehlende Unterlagen, deren Vorlage mit dem Angebot gefordert war, werden [x] nachgefordert."

In den elektronisch über die Vergabeplattform ausgereichten Vergabeunterlagen war eine mit "1235-22_225a (Land mit Nachforderung).PDF" benannte Datei enthalten.

Die so bezeichnete Datei beinhaltete das Formblatt 225a (Stoffpreisgleitklausel ohne Basiswert 1) aus dem Vergabehandbuch des Bundes "VHB Bund Ausgabe 2017 Stand 2022" inklusive dem

"Hinweis zur Wirkungsweise der Stoffpreisgleitklausel nach Formblatt 225a"

(Seite 5) allerdings mit einem zu den "Hinweisen des BMWSB vom 22.06.2022 zum Formblatt 225a" vom AG abgeändertem Wortlaut im Absatz 2:

"Bitte beachten Sie: Bei Vereinbarung der "Stoffpreisgleitklausel ohne Basiswert 1" beruht die Berechnung der Mehr oder Mindervergütung auf dem von Ihnen zur jeweiligen GP-Nummer kalkulierten und im Formblatt einzutragenden Stoffpreis(anteil) .

Die Stoffpreisanteile sind zu jeder GP-Nummer bei Angebotsabgabe anzugeben. Feh/ende Angaben werden nachgefordert." [...].

Der Unterschied zum Formblatt 225a VHB Bund besteht darin, dass in dem Hinweis des vom AG (einer Behörde des Landes) ausgereichten Formblattes fehlende Angaben nachgefordert werden. Zudem fehlt die Angabe aus dem Hinweis zum Formblatt 225a Bund:

"Angebote, bei denen die Bieterangaben des Stoffpreisantils (Formblatt 225a, Spalte 4) zu einer oder mehreren GP-Nummer(n) fehlen, werden von der Wertung ausgeschlossen."

In diesem ausgereichten Formblatt [im Weiteren: FBL. 225aL] hatte der AG im "Verzeichnis für Stoffpreisgleitklausel" Vorgaben in allen 5 Spalten wie folgt gemacht:

(...)

In der hier interessierenden Zeile dieses Verzeichnisses hatte der AG für den Stoff "Mineral wolle Verwendung bei OZ: 1.3.10 GP-Nummer: 23 14" in die Spalte 4 "Stoffpreis ohne AGK, BGK und W+G [z.B. Euro/t (netto)] Vom Bieter anzugeben:" die Einheit ... €/qm" eingetragen und in die Spalte 5 "Abrechnungszeitpunkt, Abrechnungseinheit (z. B. Verbrauch in l/m³), Sonstiges" die Angabe "Einbau €/qm" eingetragen.

Weiterhin enthält das FBL. 225aL unter "Stoffpreisgleitklausel" (Seiten 3 bis 5) u. a. folgende Regelungen:

"1. Anwendungsbereich

Die Klausel gilt nur für die Stoffe, die im "Verzeichnis für Stoffpreisgleitklauseln genannt sind. Sie gilt insofern auch für die Abrechnung von Nachträgen.

Mehr- oder Minderaufwendungen werden nach den folgenden Regelungen abgerechnet.

2. Allgemeines

2.1 Der Auftragnehmer hat dem Auftraggeber über die Verwendung der Stoffe nach Nummer 1 prüfbare Aufzeichnungen vorzulegen, wenn Mehr- oder Minderaufwendungen abzurechnen sind. Aus den Aufzeichnungen müssen die Menge des Stoffes und der Zeitpunkt des Einbaus, der Lieferung bzw. der Verwendung hervorgehen.

2.2 Der Ermittlung der Mehr- oder Minderaufwendungen werden nur die Baustoffmengen zugrunde gelegt, für die nach dem Vertrag eine Vergütung zu gewähren ist.

3 Abrechnung

3.1 Der Auftraggeber setzt für die im "Verzeichnis für Stoffpreisgleitklausel" aufgeführten Stoffe fest:

- die GP-Nummer,
- für Betriebsstoffe: die Abrechnungseinheit (z.B. Verbrauch in ltr/m³)
- den Abrechnungszeitpunkt.

3.2 Abrechnungszeitpunkte:

- Einbau: Stoff ist mit dem Grundstück (Baugrund) fest verbunden worden.

- Lieferung: Stoff ist auf der Baustelle angeliefert worden.

- Verwendung: Stoff ist unabhängig von den Begrifflichkeiten des BGB bei der Herstellung einer beweglichen Sache, die nicht mit dem Grundstück (Baugrund) fest verbunden ist, so eingesetzt worden, dass er seine bisherige Eigenständigkeit verloren hat oder der Stoff ist bei der Leistungserbringung als Betriebsstoff verbraucht worden.

3.3 Der Bieter gibt für die jeweilige GP-Nummer den Stoffpreis aus seinem Angebot an. Dieser Stoffpreis bildet den Basiswert 2, dessen Fortschreibung gemäß Nummer 3.4 für die Ermittlung der Mehr-/ Minderaufwendungen ausschlaggebend ist.

3.4 Der Basiswert 2 wird durch Multiplikation mit dem Quotienten der Preisindizes (Monat/ Jahr) der Erzeugerpreise gewerblicher Produkte (GP) des Statistischen Bundesamtes vom Monat des Einbaus, der Lieferung bzw. der Verwendung und dem Monat der Eröffnung der Angebote, veröffentlicht in der Fachserie 17, Reihe 2 bzw. auf der Homepage des Statistischen Bundesamtes unter www.destatis.de unter der entsprechenden GP-Nummer als Basiswert 3 fortgeschrieben.

Der Basiswert 2 wird wie folgt auf den Basiswert 3 fortgeschrieben:

Basiswert 2 x Index Abrechnungszeitpunkt = Basiswert 3
 Index Eröffnung der Angebote

3.5 Mehr- oder Minderaufwendungen werden errechnet für jede Position (OZ) im "Verzeichnis für Stoffpreisgleitklausel" aus der Differenz des Basiswertes 3 (Nummer 3.4) und des Basiswertes 2 (Nummer 3.3) multipliziert mit der abzurechnenden Menge.

3.6 Die nach Nummer 3.5 errechneten Mehr- oder Minderaufwendungen werden für jede im "Verzeichnis für Stoffpreisgleitklausel" angegebene Position (OZ) und der nachgewiesenen Menge (vgl. Nummer 2) unter Berücksichtigung der Selbstbeteiligung gemäß Nummer 2.4 und 2.5 zusätzlich zum Angebotspreis vergütet bzw. von diesem abgezogen."

Am ###.###.2022 hat die AST ein Angebot für die ausgeschriebene Leistung abgegeben. Daneben wurden von zwei weiteren Bietern Angebote fristgerecht abgegeben.

Mit E-Mail vom ###.###.2022 hat das von der AG beauftragte Planungsbüro die AST um schnellstmögliche Übersendung der von der Vergabestelle abschließend benötigten Unterlagen gebeten. Das seien sämtliche geforderten Nachweise und Bescheinigungen aus dem Formblatt 124. Diese wurden im Anschluss daran aufgezählt. Zusätzlich wurden noch die ausgefüllten Formblätter 221 oder 222 sowie Formblatt 223 verlangt und "weiterhin das Formblatt 225aL Stoffpreisgleitklausel."

Noch am selben Tag (###.###.2022) hat die AST u. a. die Datei "1235-22_225a (Land mit Nachforderung).PDF" eingereicht. In dem darin enthaltenen Formblatt hat die AST im "Verzeichnis für Stoffpreisgleitklausel" für den in der Zeile 2 vorgegebenen Stoff: "Mineralwolle, Verwendung bei OZ: 1.3.10" (Spalte 2) "GP-Nummer: 23 14" (Spalte 3) in die Spalte 4 "... €/m" eingetragen [...].

Mit Informationsschreiben vom ###.###.2023 teilte der AG der AST mit, dass das Vergabeverfahren aufgehoben worden sei, weil kein Angebot eingegangen sei, das den Ausschreibungsbedingungen entspreche. Das Angebot der AST könne nicht berücksichtigt werden, weil unzulässige Änderungen an den Vergabeunterlagen vorgenommen worden seien. Im Formblatt 225a sei die Mengeneinheit bei der Pos. 1.3.10 von €/qm in €/m geändert worden. Als weiteres Vorgehen sei beabsichtigt, ein offenes Verfahren durchzuführen.

Mit Rügeschreiben vom ###.###.2023 hat die AST der Aufhebung des Vergabeverfahrens widersprochen. Von ihr seien keine unzulässigen Änderungen der Vergabeunterlagen vorgenommen worden. Die Pos.

1.3.10 sei nicht geändert worden. Bei den nachgereichten Unterlagen der Stoffpreisgleitklausel Formblatt 225a ohne Basiswert 1 sei versehentlich die Mengeneinheit der Position 1.3.10 verwechselt worden. Statt qm sei diese in m angegeben worden, wobei es sich lediglich um einen Schreibfehler handle, welcher weder einen Ausschluss noch die Aufhebung des Verfahrens begründe. Zudem erklärte die AST mit weiterem Schreiben vom 26.01.2023 vorsorglich eine Verlängerung der Bindefrist.

Mit Schreiben vom 31.01.2023 hat der AG der Rüge der AST nicht abgeholfen. Die Änderung der vom AG in Spalte 4 vorgegebenen Abrechnungseinheit von €/qm in €/m stelle eine unzulässige Änderung der Vergabeunterlagen dar, da die Bieterin lediglich den Stoffpreis ohne AGK, BGK und W+G in der Spalte 4 einzutragen gehabt habe. Um diese Eintragung für den Bieter zu gewährleisten, habe eine Sperrung der Spalte im Formblatt 225a nicht erfolgen können. Es sei beabsichtigt, ab dem 16.02.2023 ein neues offenes Verfahren einzuleiten.

Mit Schreiben ihres Verfahrensbevollmächtigten vom 14.02.2023, bei der Vergabekammer per Telefax am gleichen Tag eingegangen und dem AG am 15.02.2023 übermittelt, stellte die AST einen Nachprüfungsantrag und beantragt:

1. Die Aufhebung des offenen Verfahrens vom ###.###.2023, betreffend die Vergabe der Bauleistungen Außenputz WDVS, Sanierung und Erweiterungsbau der Schulsporthalle und Herstellung der Außenanlage Sportgymnasium ###, wird aufgehoben.

Das Ausschreibungsverfahren wird in den Stand vor Aufhebung der Ausschreibung versetzt.

2. Die Hinzuziehung des Verfahrensbevollmächtigten der AST wird gemäß § 182 IV GWB für notwendig erklärt.

3. Dem Antragsgegner werden die Kosten des Verfahrens sowie die Aufwendungen für die zweckentsprechende Rechtsverfolgung der AST einschließlich der Kosten der Durchführung des Nachprüfungsverfahrens auferlegt.

Hilfsweise für den Fall, dass der Antragsgegner mitteilt, auf die Vergabe der Leistungen zu verzichten, wird beantragt,

festzustellen, dass die AST durch die Aufhebung des Vergabeverfahrens in ihren Rechten verletzt ist.

Außerdem wird Akteneinsicht in die Vergabeakte beantragt.

Hierzu trägt die AST vor, ein Aufhebungsgrund gemäß § 17 EU Abs. 1 Nr. 1 VOB/A liege nicht vor. Die Voraussetzungen für eine Aufhebung der Ausschreibung lägen insgesamt nicht vor.

Zwar bleibe es der Vergabestelle unbenommen, von einem Beschaffungsvorgang Abstand zu nehmen, wenn sie dafür einen sachlichen Grund habe. Der AG habe im Schreiben vom 31.01.2023 jedoch eine fortbestehende Vergabeabsicht mitgeteilt.

Mit dem Antrag zu 1 werde daher zulässigerweise die Aufhebung der Aufhebung vom ##.##.2023 und die Fortführung des Vergabeverfahrens begehrt.

Es liege kein Aufhebungsgrund nach § 17 EU Abs. 1 Nr. 1 VOB/A vor, da jedenfalls für das Angebot der AST kein Ausschlussgrund bestehe, dieses vielmehr zu werten sei.

Die vom AG mit Schreiben vom 31.01.2023 vorgetragene Abänderung der vorgegebenen Abrechnungseinheit in "Euro/m" durch das per E-Mail nachgereichte ausgefüllte Formblatt 225a treffe im Ergebnis zu. Unzutreffend sei jedoch die rechtliche Wertung, dass damit eine unzulässige Änderung der Vergabeunterlagen erfolgt sei, sodass das Angebot auszuschließen sei.

Zutreffend seien gemäß § 16 EU Nr. 2 VOB/A Angebote auszuschließen, die nicht den Bestimmungen des § 13 EU Abs. 1 Nr. 5 VOB/A entsprechen. Nach § 13 EU Abs. 1 Nr. 5 VOB/A sind Änderungen an den Vergabeunterlagen unzulässig. Angebote, bei denen Änderungen an den Vergabeunterlagen vorgenommen wurden, seien somit gemäß § 16 EU Nr. 2 VOB/A auszuschließen.

Im Angebot der AST seien jedoch keine Änderungen an den Vergabeunterlagen vorgenommen worden. Diese seien in § 8 EU Abs. 1 Nrn. 1 und 2 VOB/A definiert und bestünden aus dem Anschreiben, der sogenannten Aufforderung zur Angebotsabgabe, ggf. den Teilnahmebedingungen, so § 8 EU Abs. 1 Nr. 1 VOB/A sowie den Vertragsunterlagen, § 8 EU Abs. 1 Nr. 2 VOB/A.

Als Vertragsunterlagen werde verwiesen auf § 8a EU VOB/A, die Allgemeinen, Besonderen und Zusätzlichen Vertragsbedingungen, sowie auf §§ 7 7c EU VOB/A, mithin die Leistungsbeschreibung, technische Spezifikationen, Zertifizierungen und Gütezeichen, die Leistungsbeschreibung mit Leistungsverzeichnis und die Leistungsbeschreibung mit Leistungsprogramm.

Im Ergebnis bestünden daher die Vertragsunterlagen im Sinne des § 8 EU Abs. 1 Nr. 2 VOB/A aus der Leistungsbeschreibung, den Allgemeinen Vertragsbedingungen für die Ausführung von Bauleistungen (VOB/B), den Allgemeinen Technischen Vertragsbedingungen für Bauleistungen (VOB/C) und ggf. den Besonderen und Zusätzlichen Vertragsbedingungen und etwaigen zusätzlichen technischen Vertragsbedingungen.

Änderungen an den Vergabeunterlagen im Sinne des § 8 EU Abs. 1 Nr. 1 VOB/A, also der Aufforderung zur Angebotsabgabe oder den Teilnahmebedingungen, lägen eindeutig nicht vor. Änderungen an den Vertragsunterlagen i. S. d. § 8 EU Abs. 1 Nr. 2 VOB/A lägen ebenfalls nicht vor, da das Formblatt 225a Stoffpreisgleitklausel nicht zu den in § 8 EU Abs. 1 Nr. 2 VOB/A aufgezählten Vergabeunterlagen gehöre. Bei der Änderung in Position 1.3.10, Spalte 4, im Formblatt 225a, die die AG versehentlich vorgenommen habe, handele es sich somit eindeutig nicht um eine Änderung an den Vergabeunterlagen, weshalb auch kein Ausschlussgrund gemäß § 16 EU Nr. 2 VOB/A bezüglich des Angebotes der AST gegeben sei.

Hinzu komme, dass die Aufhebung der Ausschreibung nach § 17 EU VOB/A nicht zwingend sei, sondern im pflichtgemäßen Ermessen des AG liege. Die Voraussetzungen, von denen § 17 EU VOB/A die Aufhebung der Ausschreibung auf Tatbestandsebene abhängig mache, seien in vollem Umfang überprüfbar; der AG trage die Darlegungs- und Beweislast für das Vorliegen einer rechtmäßigen Aufhebung. Diesen Nachweis könne die AG nicht erbringen, da keine Änderung an den Vergabeunterlagen im Sinne des § 8 EU Abs. 1 Nrn. 1, 2 VOB/A vorliege.

Es werde eine nicht ermessensgerechte Aufhebungsentscheidung gerügt.

Die Ausschreibung habe demnach nicht gemäß § 17 EU Abs. 1 Nr. 1 VOB/A aufgehoben werden können. Schwerwiegende Gründe für die Aufhebung lägen ebenfalls nicht vor.

Sonstige Gründe für die Nichtberücksichtigung des Angebots der AST lägen nicht vor und seien auch nicht geltend gemacht worden.

Die Nichtberücksichtigung des Angebots der AST sei auch deshalb nicht gerechtfertigt, da es sich um einen offensichtlichen Schreibfehler bei der Angabe im Formblatt 225a handele.

Bei dem mit Datum vom ##.##.2022 von der AST eingereichten Formblatt 225a sei in der 4. Spalte irrtümlich

der dort einzutragende Stoffpreis ohne AGK, BKG und W+G mit "m" anstatt "qm" angegeben worden, da auch die vorstehenden und nachfolgenden Angaben (OZ 1.2.50 und OZ 1.3.10) als "Meter"-Angaben gefordert gewesen seien.

Bereits daraus sei ersichtlich, dass es sich lediglich um einen offensichtlichen Schreibfehler handle. Dieser offensichtliche Eintragungsfehler habe jedoch auf den angebotenen Preis, insgesamt auf das Angebot, keine Auswirkung. Das von der AST abgegebene Angebot werde hierdurch nicht geändert oder in Frage gestellt. Dieses Angebot sei in allen Angaben zutreffend. Nicht nachvollziehbar sei, weshalb vom Auftraggeber keine Sperrung und damit Unveränderlichkeit der vorgegebenen Angaben in Spalte 4 erfolgt sei. Der AST sei keine Möglichkeit zum Korrigieren des offensichtlichen Schreibfehlers bzw. der Erläuterung unklarer oder widersprüchlicher Angaben gegeben worden.

Der AG beantragt in der Antragserwiderung vom 23.02.2023

1. den Nachprüfungsantrag als unbegründet zu verwerfen,
2. Akteneinsicht nur in eingeschränktem Umfang zu gewähren,
3. die AST trägt die Kosten des Verfahrens einschließlich der notwendigen Auslagen der Antragsgegnerin.

Zugleich erklärt sich der AG mit einer Entscheidung nach Aktenlage ohne mündliche Verhandlung ausdrücklich einverstanden.

Er trägt vor, dem Spaltenkopf in Spalte 4 der Tabelle sei zu entnehmen gewesen, dass lediglich der Stoffpreis ohne AGK, BGK und W+G durch die AST einzutragen gewesen sei.

Die Abrechnungseinheit in Spalte 4 sei durch den AG bereits vorgegeben gewesen. Um die Eintragung in Spalte 4 für den Bieter zu gewährleisten, habe eine Sperrung der Spalte im Formblatt 225a nicht erfolgen können. Durch den AG sei im Formblatt 225a bei der Position 1.3.10 in der Spalte 4 die Einheit "... €/qm" vorgegeben worden. Diese habe die AST von "... €/qm" in "... €/m" abgeändert.

Entgegen den Ausführungen der AST sei ein Aufhebungsgrund gemäß § 17 Abs. 1 Nr. 1 VOB/A EU gegeben, da keines der eingereichten Angebote den Aus-

schreibungsbedingungen entsprochen habe. Das Angebot der AST habe nicht berücksichtigt werden können, da sie eine unzulässige Änderung an den Vergabeunterlagen vorgenommen habe.

Das Formblatt 225a gehöre zu den Vergabeunterlagen. Diese setzten sich gem. § 8 VOB/A EU zusammen aus den nur für das Vergabeverfahren bestimmten Unterlagen, die das Verfahren formell regeln, und den sog. Vertragsunterlagen, also den Unterlagen, aus denen sich später der Bauvertrag mit dem erfolgreichen Bieter zusammensetze. Die Vertragsunterlagen (§§ 7 bis 7c und 8a) seien die Gesamtheit aller Unterlagen aus denen sich der ausgeschriebene Vertrag zusammensetze. So zählten auch die in zusätzlichen Vereinbarungen getroffenen Regelungen zur Änderung der Vertragspreise gemäß §§ 8a Abs. 4 Nr. 1 n), 9d VOB/A zu den Vertragsunterlagen und mithin den Vergabeunterlagen i. S. d. § 8 VOB/A EU.

Vergaberechtlicher Anknüpfungspunkt für Preisgleitklauseln sei der bieterschützende Grundsatz, dass den Bietern kein ungewöhnliches Wagnis aufgebürdet werden dürfe und § 9d VOB/A EU die Möglichkeit vorsehe, dass für den Fall, dass wesentliche Änderungen der Preisermittlungsgrundlagen zu erwarten seien, deren Eintritt oder Ausmaß ungewiss seien, eine angemessene Änderung der Vergütung in den Vertragsunterlagen vorgesehen werden, ferner die Einzelheiten der Preisänderungen festzulegen seien. Insoweit würden die Stoffpreisgleitklauseln und die zugehörigen Formblätter 225 und 225a zu den Grundlagen für die entsprechende Preisanpassung und mithin Vertragsbestandteil. Sie gehörten deshalb zu den Vergabeunterlagen. Im Ergebnis habe die AST eine unzulässige Änderung der Vergabeunterlagen vorgenommen.

Die in die nähere Auswahl gekommenen Bieter würden unter Hinweis auf die Möglichkeit der AST, Akteneinsicht zu nehmen, zur Angabe aufgefordert, welche Teile ihrer Angebote unter Geheimnisschutz stünden.

Die Hinzuziehung eines Bevollmächtigten sei im vorliegenden Verfahren nicht notwendig. Vorliegend habe die AST bereits in den Rügen ihre Standpunkte und Rechtsauffassungen gegenüber der AG benannt und erläutert. Insofern seien ihr die bestehenden Sach- und Rechtsfragen bereits ohne rechtskundigen Beteiligten bekannt gewesen.

Hierzu nimmt die AST mit Schreiben vom 06.03.2023 wie folgt Stellung:

Der AG habe keine Einwände gegen die beantragte Aufhebung der Aufhebung geltend gemacht. Der Antrag,

gerichtet auf die Aufhebung der Aufhebung, sei statthaft. Das Formblatt 225a (Stoffpreisgleitklausel ohne Basiswert 1) gehöre nicht zu den Vergabeunterlagen, die mit Angebotsabgabe vorzulegen gewesen seien. Es gehöre bereits nicht zu den Vergabeunterlagen.

Denn wie sich aus der Aufforderung zur Angebotsabgabe, Formblatt 211 EU, Ziffer B, ergebe, seien lediglich die BVB gemäß Formblatt 214 ausgereicht worden, worin eine Regelung der Änderung der Vertragspreise im Sinne von § 9 d EU VOB/A nicht enthalten sei.

Die ausgereichten BVB enthielten somit keine Stoffpreisgleitklausel, die ZVB seien nicht ausgereicht worden. Die Stoffpreisgleitklausel gemäß Formblatt 225a sei vorliegend gesondert bekannt gegeben worden, also außerhalb der ZVB und BVB, und sei zudem nicht bereits mit der Angebotsabgabe durch den Bieter ausgefüllt gefordert worden. Dies ergebe sich aus der Aufforderung zur Angebotsabgabe, Formblatt 211 EU, Ziffer C. Danach werde die Stoffpreisgleitklausel ohne Basiswert 1, Formblatt 225a, "mit Nachforderung" gefordert, also nicht bereits mit Angebotsabgabe. Unterlagen, die jedoch nicht bereits mit Angebotsabgabe vorzulegen seien, stellten keine Vergabeunterlagen im Sinne des § 8 EU VOB/A dar. Insbesondere die hier in Rede stehende Stoffpreisgleitklausel sei auch nicht Bestandteil der ZVB oder BVB geworden und damit nicht über § 8a EU Abs. 4 VOB/A in Verbindung mit § 8 EU Abs. 1 Nr. 2 VOB/A Bestandteil der Vergabeunterlagen, weshalb eine Änderung der Vergabeunterlagen im Sinne von § 13 EU Abs. 1 Nr. 5 VOB/A hier ausscheide.

Zudem handele es sich bei der unzutreffenden Angabe im Formblatt 225a, Spalte 4, Ziffer 1.3.10 um einen offensichtlichen Schreibfehler, bei dem eine bloße Klarstellung möglich sei, welche die AST in ihrer Rüge vom ###.###.2023 vorgenommen habe. Reine und offensichtliche Fehler dürfe der öffentliche AG korrigieren. Da das Angebot der AST zu werten sei, scheide eine Aufhebung nach § 17 EU Abs. 1 Nr. 1 VOB/A aus.

Die Aufhebung nach § 17 EU VOB/A sei nicht zwingend, der AG sei nicht zur Aufhebung verpflichtet, sondern die Aufhebung liege in seinem pflichtgemäßen Ermessen. Nicht im Ermessen des AG liege, ob die tatbestandlichen Voraussetzungen des § 17 EU Abs. 1 VOB/A vorlägen, diese seien im vollen Umfang überprüfbar, der AG trage die Darlegungs- und Beweislast für das Vorliegen der Voraussetzungen für eine rechtmäßige Aufhebung. Lügen die Tatbestandsvoraussetzungen des § 17 EU Abs. 1 VOB/A vor, bestehe ein von den Nachprüfungsinstanzen auf Ermessensfehler überprüfbares Er-

messen der Vergabestelle zur Aufhebung der Ausschreibung. Ermessenserwägungen, die im vorliegenden Fall die Aufhebung begründen würden, ergäben sich jedenfalls nicht aus der Aufhebung vom ###.###.2023 und der AG habe solche auch nicht in seiner Erwiderung vom 23.02.2023 dargelegt. Auch insoweit werde ein Verstoß gegen § 97 Abs. 6 GWB gerügt. Selbst unter Annahme einer unzulässigen Änderung der Vergabeunterlagen welcher entgegengetreten werde sei daher die Entscheidung zur Aufhebung der Ausschreibung aufgrund Ermessensnichtgebrauchs bzw. Ermessensfehlgebrauchs nicht gerechtfertigt und ein Verstoß gegen § 17 EU Abs. 1 VOB/A gegeben. Zudem werde weiter Akteneinsicht beantragt.

Die Hinzuziehung eines Bevollmächtigten sei im vorliegenden Falle notwendig, für die Beurteilung des Sach- und Streitstandes komme es nicht darauf an, ob der AST unzutreffende Rechtsansichten der Vergabestelle bekannt gegeben würden. Vielmehr seien gerade diese Gegenstand des vorliegenden Verfahrens und könnten nicht ohne Hinzuziehung eines im Vergaberecht tätigen Rechtsanwalts sachkundig beurteilt werden.

Der AST wurde am 15.03.2023 im notwendig begrenzten Umfang Akteneinsicht gewährt.

Der AG hielt der AST mit Schriftsatz vom 16.03.2023 entgegen, entgegen den Ausführungen der AST seien die Bieter bereits in den Vergabeunterlagen im Formblatt 211 unter Abschnitt C zur Abgabe des ausgefüllten Formblatts 225a bei Angebotsabgabe aufgefordert worden. Daraus ergebe sich bereits, dass es sich bei dem Formblatt 225a um einen Bestandteil der Vergabeunterlagen im Sinne von § 8 VOB/A EU handele. Da die AST mit ihrem Angebot nicht alle erforderlichen Unterlagen eingereicht habe, sei sie aufgefordert worden, u. a. das Formblatt 225a ausgefüllt einzureichen.

Mit Schreiben vom 17.03.2023 beantragt die AST in Abänderung der mit dem Vergabenachprüfungsantrag vom 14.02.2023 gestellten Anträge nunmehr:

1. Es wird festgestellt, dass die Antragstellerin durch die Aufhebung der Ausschreibung vom ###.###.2023 in ihren Rechten verletzt ist.
 2. Die Aufhebung des offenen Verfahrens vom ###.###.2023 betreffend die Vergabe der Bauleistungen Außenputz WDVS, Sanierung und Erweiterung der Schulsporthalle und Herstellung der Außenanlage Sportgymnasium ###, wird aufgehoben.
- Der Antragsgegner wird verpflichtet, das Vergabeverfahren fortzusetzen und unter Berücksichtigung der

Rechtsauffassung der Vergabekammer in die Wertung der zu berücksichtigenden Angebote einzutreten.

3. Dem Antragsgegner werden die Kosten des Verfahrens sowie die Aufwendungen für die zweckentsprechende Rechtsverfolgung der Antragstellerin einschließlich der Kosten der Durchführung des Nachprüfungsverfahrens auferlegt.

4. Die Hinzuziehung des Verfahrensbevollmächtigten der Antragstellerin wird gemäß § 182 IV GWB für notwendig erklärt.

Ergänzend zu ihrem Nachprüfungsantrag führt die AST darin Folgendes aus:

Zum Antrag zu 1.:

Die Feststellung der Rechtswidrigkeit der Aufhebung werde nicht mehr hilfsweise beantragt, sondern unbedingt.

Das erforderliche Feststellungsinteresse für die Feststellung des Vergaberechtsverstößes liege in jedem Fall vor, unabhängig davon, ob der Antragsgegner hinsichtlich der zugrunde liegenden, zu vergebenden Leistung weiterhin die Vergabeabsicht verfolge.

Zum Antrag zu 2.:

Der Antragsgegner habe mit der Aufhebungsentscheidung vom ##.##.2023 bekannt gegeben, dass beabsichtigt sei, ein neues Vergabeverfahren durchzuführen. Damit habe der Antragsgegner dokumentiert, dass ein Fortbestehen der Vergabeabsicht bestehe. Es sei dargelegt worden, dass die Aufhebung der Ausschreibung rechtswidrig sei. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs seien bei der Prüfung eines zur Aufhebung berechtigenden Grundes strenge Maßstäbe anzulegen.

Solche schwerwiegenden Gründe lägen im vorliegenden Fall nicht vor, letztlich deshalb, weil das Angebot der AST zu werten sei.

Die Aufhebung der Ausschreibung durch den Antragsgegner sei auch deshalb vergabe rechtswidrig, weil der Antragsgegner sein durch § 17 EU I VOB/A eingeräumtes Ermessen nicht jedenfalls nicht fehlerfrei ausgeübt habe, auf jeden Fall dies nicht dokumentiert habe. Auch wenn ein die Aufhebung des Vergabeverfahrens rechtfertigender Grund vorliegen würde, führe dies nicht automatisch zur Aufhebung des Verfahrens. Der Antragsgegner habe vorliegend jedoch das ihm zustehende Aufhebungsermessen weder erkannt noch

ausgeübt. Allein dies mache die Aufhebungsentscheidung rechtswidrig.

Ein sachlicher Grund für die Aufhebung liege im vorliegenden Fall nicht vor.

Das Angebot der AST sei vollständig und zu werten. Es werde kein unangemessener Preis angeboten, die nachgeforderten Nachweise seien fristgemäß der Vergabestelle übermittelt worden.

Mit weiterem Schreiben vom 31.03.2023 hat die AST nach erfolgter Akteneinsicht ergänzend vorgetragen, das Angebot der AST liege auskömmlich unter dem geschätzten Auftragswert. Es liege preislich auf Platz 2 entscheidend sei insoweit, weshalb das davorliegende Angebot ausgeschieden sei. Das Angebot der AST sei daher als Best-Angebot zu berücksichtigen.

Im Widerspruch zur Aufhebungsentscheidung stehe der Vergabevermerk (FBL 315), wonach die AST die Preise zweifelsfrei angegeben habe, fehlende Preise nicht vorlägen, Änderungen an den Vergabeunterlagen nicht vorgenommen worden seien, nachgeforderte Bieterangaben vollständig vorlägen. Es werde festgestellt, dass alle geforderten Preise im Angebot angegeben worden seien. Im Widerspruch dazu sei im Vergabevorschlag vorgesehen, dass das Verfahren aufgehoben werde, da das Angebot im Formblatt 225a geändert worden sei.

In der Aufhebungsentscheidung seien keine Ermessenserwägungen getroffen bzw. dokumentiert worden.

Entgegen der Darstellung des AG sei das Formblatt 225a nicht bereits mit Angebotsabgabe gefordert worden. Dies ergebe sich aus der Angebotsaufforderung nicht, denn diese enthalte unter Ziffer C die Angabe: "Stoffpreisgleitklausel ohne Basiswert ### mit Nachforderung", womit die Stoffpreisgleitklausel nicht bereits mit der Angebotsabgabe vorzulegen gewesen sei. Die so vorbehaltene Nachforderung hinsichtlich des Formblatts 225a sei mit E-Mail des Planungsbüros vom ##.##.2022 nachträglich erstmalig gefordert worden. Unterlagen, die jedoch nicht bereits mit Angebotsabgabe vorzulegen seien, stellten keine Vergabeunterlagen im Sinne § 8 EU VOB/A dar.

Auch die Behauptung des AG, die AST habe mit ihrem Angebot nicht alle geforderten Unterlagen eingereicht, sei unzutreffend und widerspreche den Feststellungen des AG im Vergabevermerk. Unzutreffend sei auch, dass die AST nochmals aufgefordert worden sei,

das Formblatt 225a vorzulegen, da die AST nach den Feststellungen des AG alle erforderlichen Unterlagen mit Angebotsabgabe eingereicht habe und nach Angebotsabgabe entsprechend der Vorgabe erstmalig ohne Fristsetzung aufgefordert worden sei, das Formblatt 225a vorzulegen. Damit handele es sich nicht um eine Nachforderung fehlender Unterlagen, die zudem die vorgegebene Fristsetzung von 6 Kalendertagen voraussetze.

Mit Schreiben vom 03.05.2023 haben die AST und der AG ihre Zustimmung zum Verzicht auf die Durchführung der mündlichen Verhandlung erklärt.

Zudem hat der AG in weiterem Schreiben vom 03.05.2023 mitgeteilt, aufgrund des laufenden Nachprüfungsverfahrens und damit zur Vermeidung von Schadenersatzansprüchen bis zum Abschluss des hiesigen Verfahrens erfolge zunächst keine erneute Ausschreibung.

Sofern sich die AST auf die Feststellungen im Formblatt 315 beziehe, werde darauf hingewiesen, dass es sich dabei um die Dokumentation der ersten Durchsicht unmittelbar nach Beendigung des Erb- bzw. Öffnungstermins handele. Dabei sollen Auffälligkeiten, die insbesondere geeignet seien, Ansätze zu Manipulationen bzw. Interpretationen des Angebotsinhaltes zu liefern, erkannt und sofort dokumentiert werden. Es handele sich nicht um eine tiefere abschließende Prüfung.

Hinsichtlich ihres Vortrages zum Fehlen von Ermessensabwägungen verkenne die AST vorliegend, dass das in § 17 VOB/A EU eröffnete Ermessen aufgrund der anzuwendenden Regelungen des Vergabehandbuchs 2017 auf Null reduziert sei. Darüber hinaus hätten der Antragsgegnerin zum Zeitpunkt der Aufhebung des Ausschreibungsverfahrens keine wertbaren Angebote vorgelegen, sodass eine Rückversetzung des Vergabeverfahrens eben falls nicht sachdienlich gewesen sei und mithin das Vergabeverfahren mit dem Hinweis, die Leistungen erneut auszuschreiben, aufgehoben worden sei.

Auf die ausgetauschten Schriftsätze, die Verfahrensakte der Vergabekammer sowie auf die Vergabeakten, soweit sie der Vergabekammer vorgelegt wurden, wird ergänzend Bezug genommen.

II.

1. Zulässigkeit

Der Nachprüfungsantrag der AST ist zulässig.

a) Die Vergabekammer ist für das Nachprüfungsverfahren gemäß den §§ 155, 156 Abs. 1, 2. HS, 158 Abs. 2 und 159 Abs. 3 Satz 1 GWB in Verbindung mit § 2 Abs. 1 Satz 1 ThürVfVO sachlich und örtlich zuständig.

Der AG ist öffentlicher Auftraggeber nach den §§ 98, 99 Nr. 1 GWB.

Gegenstand des (aufgehobenen) Vergabeverfahrens ist ein öffentlicher Bauauftrag im Sinne von § 103 Absätze 1 und 3 GWB.

Der für diesen Auftrag nach § 106 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 Nr. 1 GWB in Verbindung mit Artikel 4 lit. a) der Richtlinie 2014/24/EU maßgebliche Schwellenwert in Höhe von 5.382.000 € ohne Mehrwertsteuer ist im Hinblick auf den vom AG dokumentierten voraussichtlichen Gesamtauftragswert des Bauvorhabens nach § 3 VgV deutlich überschritten.

b) Der Nachprüfungsantrag ist trotz der am ##.##.2023 durch die AG gegenüber der AST erklärten Aufhebung des Vergabeverfahrens statthaft.

Auch wenn ein öffentlicher Auftraggeber die Ausschreibung für einen öffentlichen Auftrag bereits aufgehoben hat, kann ein Bieter noch in zulässiger Weise im Nachprüfungsverfahren geltend machen, durch Nichtbeachtung der die Aufhebung der Ausschreibung betreffenden Vergabevorschrift in seinen Rechten nach § 97 Abs. 7 GWB verletzt zu sein (vgl. BGH, Beschluss vom 18.02.2003 - X ZB 43/02).

Zwar bedarf es grundsätzlich eines bereits begonnen und noch nicht beendeten, laufenden Vergabeverfahrens, damit ein Nachprüfungsverfahren statthaft ist, § 155 GWB. Eine Aufhebung beendet zwar grundsätzlich das Vergabeverfahren. Dennoch ist ein gegen die Aufhebungsentscheidung gerichteter Nachprüfungsantrag statthaft, denn anders als die Zuschlagserteilung durch den Auftraggeber wirkt eine Aufhebung des Vergabeverfahrens nicht als absolute, den Primärrechtsschutz ausschließende Zäsur, sondern sie ist wie ein Gegenschluss aus § 168 Abs. 1 Satz 1 GWB belegt ihrerseits reversibel, so dass die AST die Aufhebungsentscheidung einer Kontrolle im Nachprüfungsverfahren unterziehen kann (VK Südbayern, Beschluss vom 15.05.2020 - Z3-3-3194-1-37-10/19; VK Bund, Beschluss vom 07.03.2018 - VK 2-12/18).

Der Bieter kann im Falle einer nicht unter die einschlägigen Tatbestände fallenden Aufhebung die Feststellung beantragen, dass er durch das Verfahren in seinen

Rechten verletzt ist (BGH, Beschl. v. 20.03.2014 - X ZB 18/13).

c) Die AST ist gemäß § 160 Abs. 2 GWB antragsbefugt.

Sie hat ihr Interesse an dem Auftrag durch die fristgerechte Abgabe eines Angebotes, ihrer Rüge vom ##.##.2023 gegen die Aufhebung des Vergabeverfahrens sowie mit ihrem Nachprüfungsantrag vom 14.02.2023 deutlich zum Ausdruck gebracht.

Es ist auch nicht erkennbar, dass sie mit diesem Nachprüfungsantrag einen anderen Zweck verfolgt, als den, den strittigen Auftrag zu erhalten.

Die AST hat eine Verletzung in ihren Rechten nach § 97 Abs. 6 GWB durch Nichtbeachtung von Vergabevorschriften geltend gemacht, indem sie vorträgt, dass die von dem AG mit Schreiben vom ##.##.2023 erklärte Aufhebung des Vergabeverfahrens aufgrund § 17 EU Abs. 1 Nr. 1 VOB/A rechtswidrig sei, weil der Aufhebungsgrund hierfür dass kein Angebot eingegangen sei, dass den Ausschreibungsbedingungen entspreche nicht vorliege, weil jedenfalls für das Angebot der AST kein Ausschlussgrund bestehe, dieses vielmehr zu werten sei.

Der ihr drohende Schaden ergibt sich nach Darlegung der AST daraus, dass ihr durch die rechtswidrige Aufhebung die vergaberechtswidrige Nichtberücksichtigung ihres wertbaren Angebots und damit die Verhinderung des möglichen Zuschlags auf ihr Angebot und der daraus entstehende Nachteil drohe.

Mangels Wertung ihres Angebots droht ihr durch den behaupteten Vergaberechtsverstoß ein Schaden zu entstehen.

Auch das Feststellungsinteresse der AST wegen möglicher Schadenersatzansprüche gegenüber dem AG, wie es die AST geltend macht, wird vorliegend bejaht.

Ein Feststellungsinteresse rechtfertigt sich durch jedes nach vernünftigen Erwägungen und nach Lage des Falles anzuerkennende Interesse rechtlicher, wirtschaftlicher oder ideeller Art, wobei die beantragte Feststellung geeignet sein muss, die Rechtsposition des Antragstellers in einem der genannten Bereiche zu verbessern und eine Beeinträchtigung seiner Rechte auszugleichen oder wenigstens zu mildern. Dieses kann sich aus der nicht auszuschließenden Möglichkeit eines Schadenersatzanspruchs des Bieters gegen den öffentlichen

Auftraggeber im Falle des Vorliegens eines Vergaberechtsverstoßes ergeben (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 31.01.2018 - Verg 41/16).

Im Hinblick auf die von der AST gerügte Aufhebung des Vergabeverfahrens, deren Vergaberechtswidrigkeit Gegenstand ihres Feststellungsantrags ist, kommt vorliegend ein Feststellungsinteresse aufgrund der Möglichkeit eines Schadenersatzanspruchs in Betracht. Die AST hat insoweit ein Feststellungsinteresse wegen möglicher Schadenersatzansprüche gegen den AG geltend gemacht. Ein solcher Anspruch erscheint dem Grunde nach nicht ausgeschlossen.

Die wirksame, aber nicht rechtmäßige Aufhebung des Vergabeverfahrens würde dem Grunde nach eine Schadenersatzpflicht des AG begründen, wenn der AST im Vergabeverfahren der Zuschlag zu erteilen gewesen wäre (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 31.01.2018 - Verg 41/16).

d) Die AST ist ihren Rügeobliegenheiten insbesondere nach § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 GWB fristgerecht nachgekommen. Sie hat die ihr am ##.##.2023 durch die AG mitgeteilte Aufhebung des Vergabeverfahrens noch am selben Tag und damit innerhalb der 10-Tage Frist des § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 GWB rechtzeitig gerügt.

Die AST ist zudem ihren Obliegenheiten aus § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 4 und § 161 GWB nachgekommen, indem sie nachdem die AG am 31.01.2023 auf ihre Rüge reagiert hat am 14.02.2023 und damit innerhalb der 15-Tage-Frist einen form- und fristgerechten Nachprüfungsantrag gestellt hat.

2. Begründetheit

Der Nachprüfungsantrag ist begründet, soweit die AST beantragt hat, festzustellen, dass die Aufhebung der Ausschreibung vom ##.##.2023 sie in ihren Rechten verletzt (A).

Der Nachprüfungsantrag ist unbegründet, soweit die AST die Aufhebung der am ##.##.2023 durch den AG erklärten Aufhebung des Vergabeverfahrens sowie die Fortsetzung dieses Vergabeverfahrens beantragt hat (B).

A.

Die AST wird durch die Aufhebung der Ausschreibung in ihren Rechten nach § 97 Abs. 6 GWB verletzt.

Die Aufhebung des Vergabeverfahrens ist vorliegend

rechtswidrig, weil die vom AG für die Aufhebung angeführten Gründe des § 17 EU Abs. 1 Nr. 1 VOB/A, dass kein Angebot eingegangen ist, das den Ausschreibungsbedingungen entspricht, nicht vorliegen.

Der AG hatte das Angebot der AST aufgrund der Bieter-Angabe der AST " ... €/m" (anstatt der Vorgabe "€/qm") in Spalte 4 bei OZ 1.3.10 im von der AST eingereichten FBL. 225aL wegen unzulässiger Änderungen an den Vergabeunterlagen ausgeschlossen.

Neben dem Angebot der AST waren auch die beiden anderen eingegangenen Angebote ausgeschlossen worden, sodass nach Auffassung des AG kein wertbares Angebot mehr vorhanden war.

Nach Auffassung der Vergabekammer war das Angebot der AST jedoch nicht wegen einer unzulässigen Änderung der Vergabeunterlagen im Sinne von § 16 EU Nr. 2 VOB/A i. V. m. § 13 EU Abs. 1 Nr. 5 Satz 2 VOB/A auszuschließen.

Gemäß § 16 EU Nr. 2 VOB/A sind Angebote auszuschließen, die den Bestimmungen des § 13 EU Abs. 1 Nr. 1, 2 und 5 nicht entsprechen.

Nach § 13 EU Abs. 1 Nr. 5 Satz 1 und 2 VOB/A ist das Angebot auf der Grundlage der Vergabeunterlagen zu erstellen. Änderungen an den Vergabeunterlagen sind unzulässig.

Die Vergabeunterlagen bestehen gemäß § 8 EU Abs. 1 Nr. 1 VOB/A aus dem Anschreiben (Aufforderung zur Angebotsabgabe gemäß Absatz 2 Nummer 1 bis 3), gegebenenfalls Teilnahmebedingungen (Abs. 2 Nr. 6) und den Vertragsunterlagen (§ 8a EU und §§ 7 EU bis 7c EU).

Mit dem Anschreiben "Aufforderung zur Angebotsabgabe" werden die Vergabeunterlagen versandt. Es enthält die Aufforderung zur Angebotsabgabe. Nach § 13 EU Abs. 1 Nr. 4 VOB/A müssen die Angebote die geforderten Erklärungen und Nachweise enthalten. Die Anforderungen an den Inhalt der Angebote nach den Absätzen 1 bis 5 hat der Auftraggeber in die Vergabeunterlagen aufzunehmen (§ 13 EU Abs. 6 VOB/A).

In der Aufforderung zur Angebotsabgabe (Formblatt 211 EU VHB Bund) des AG war bei "Anlagen" unter Punkt C) angekreuzt eindeutig das Formblatt

"225aL Stoffpreisgleitklausel ohne Basiswert ### mit Nachforderung"

als mit dem Angebot einzureichende Unterlage gefordert und dies unter Punkt

"3. Unterlagen (Erklärungen, Angaben, Nachweise)

3.1 folgende Unterlagen sind mit dem Angebot einzureichen:

[x] siehe Bekanntmachung und Formblatt 211 Punkt C)"

verdeutlicht. Bei dem, in dem o.g. Anschreiben "Aufforderung zur Angebotsabgabe" genannten und diesem als Anlage in der Datei "1235-22_225a {Land mit Nachforderung}.PDF" beigefügten Formblatt FBL. 225aL, in dem für darin aufgeführte Stoffe bestimmter Leistungspositionen die Möglichkeit von Preisanpassungen zum Vertrag unter bestimmten Voraussetzungen geregelt wird, und worin vom Bieter die Angabe des Stoffpreises aus seinem Angebot verlangt wird, handelt es sich mithin um eine Vergabeunterlage; zudem um eine wirksam geforderte Unterlage, die mit dem Angebot vorzulegen war.

Da die AST dieses mit dem Angebot geforderte Formblatt FBL. 225aL nicht wie vom AG eindeutig gefordert mit dem Angebot eingereicht hatte, dieses also fehlte, war es entsprechend den Vorgaben des AG im Formblatt 211 Punkt C) i.V.m. Nr. 3.1 und Nr. 3.3 in Verbindung mit § 16a EU Abs. 1 VOB/A von der AST nachzufordern.

Mit E-Mail vom ###.###.2022 hat das von der AG beauftragte Planungsbüro die AST u. a. aufgefordert, das Formblatt 225aL Stoffpreisgleitklausel schnellstmöglich nachzureichen.

Noch am selben Tag (###.###.2022) hat die AST u. a. das FBL. 225aL (Datei: "1235-22_225a (Land mit Nachforderung).PDF" zudem ausgefüllt eingereicht.

Der

Ausschluss des Angebotes der AST aufgrund der geändert angegebenen Mengeneinheit im vorgelegten FBL. 225aL ist jedoch nicht gerechtfertigt.

Eine Änderung an den Vergabeunterlagen liegt vor, wenn ein Bieter von den Vorgaben der Vergabeunterlagen abweicht. Änderungen können den Inhalt der nachgefragten Leistung oder die Vertragskonditionen und Preise betreffen (OLG Frankfurt, Beschluss vom 26. Juni 2012 - 11 Verg 12/11). Die Vorschrift dient dem Schutz des Auftraggebers, dem Wettbewerb und damit den anderen Bietern. Der Auftraggeber soll die ausgeschriebene (und keine andere) Leistung erhalten, die

Angebote sollen vergleichbar sein. Eine unzulässige Änderung liegt vor, wenn eine andere Leistung angeboten wird als vom Auftraggeber ausgeschrieben. Änderungen sind alle unmittelbaren Eingriffe mit verfälschender Absicht, wie Streichungen, Hinzufügungen, jede Abänderung einer Position, Herausnahme von einzelnen Blättern etc. (vgl. OLG Jena, Beschluss vom 16.09.2013 - 9 Verg 3/13). Eine Änderung an den Vergabeunterlagen liegt dann vor, wenn der Bieter nicht das anbietet, was der Ausschreibende bestellt hat, sondern von den Vorgaben der Vergabeunterlagen abweicht (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 22.03.2017 - Verg 54/16, s. auch BGH, Urteil vom 29.11.2016 - X ZR 122/14).

Ob eine unzulässige Änderung der Vergabeunterlagen durch das Angebot im Einzelfall vorliegt, ist anhand einer Auslegung in entsprechender Anwendung der §§ 133, 157 BGB sowohl der Vergabeunterlagen als auch des Angebots nach dem jeweiligen objektiven Empfängerhorizont festzustellen. Maßgeblich ist dabei der Empfängerhorizont der potenziellen Bieter (vgl. BGH, Beschluss vom 15.01.2013 - X ZR 155/10; VK Nordbayern, Beschluss vom 09.12.2021 - RMF-SG21-3194-6-36, zur VgV; BayObLG, Beschluss vom 17.06.2021 - Verg 6/21).

Aus den Vorgaben des FBL 225aL und dem Gesamt-Zusammenhang der einzutragenden Preisangabe ergibt sich jedoch ohne Weiteres nachvollziehbar, dass der AST ein Schreibfehler unterlaufen ist, der in diesem besonderen Fall keine inhaltliche Änderung der Vergabeunterlagen darstellt.

Das ausgereichte FBL 225aL gilt vorliegend nur für die im "Verzeichnis für Stoffpreisgleitklausel" genannten Stoffe. Es regelt unter den darin genannten Voraussetzungen die Abrechnung von Mehr- oder Minderaufwendungen für jede im "Verzeichnis für Stoffpreisgleitklausel" angegebene Position (OZ) für nachgewiesene Baustoffmengen (vgl. Nummer 2). Nach Nr. 2.2 werden der Ermittlung der Mehr- oder Minderaufwendungen nur die Baustoffmengen zugrunde gelegt, für die nach dem Vertrag eine Vergütung zu gewähren ist.

Laut Nr. 3.1 des Formblattes setzt der Auftraggeber für die im Verzeichnis genannten Stoffe die "GP-Nummer" fest (= Nummer des Stoffes, aus: Erzeugerpreisindex gewerblicher Produkte Publikationen des Statistischen Bundesamtes (Destatis)), für Betriebsstoffe: die Abrechnungseinheit (z. B. Verbrauch in ltr/m³), den Abrechnungszeitpunkt. Der Bieter hingegen gibt für die jeweilige GP-Nummer den Stoffpreis aus seinem Ange-

bot an, welcher den Basiswert 2 bildet, dessen Fortschreibung gern. Nr. 3.4 für die Ermittlung der Mehr-/Minderaufwendungen ausschlaggebend ist (Nr. 3.3 FBL 225aL).

Dadurch, dass der AG für die Abfrage nach dem Stoffpreis des Bieters im FBL 225aL nicht allein die GP-Nummer für den Stoff "Mineralwolle", sondern jeweils in gesonderter Zeile auch die jeweilige Position (OZ) des Leistungsverzeichnisses (LV) vorgegeben hat, in der dieser Stoff Verwendung findet, ergibt sich in Verbindung mit den Nrn. 3.3 bis 3.6 des FBL 225aL für den Bieter, dass dieser den von ihm für diesen Stoff zur jeweiligen Position des LV kalkulierten Stoffpreis(anteil) aus seinem Angebot in das Formblatt einzutragen hatte.

In der Spalte 5 des Formblattes ("Abrechnungszeitpunkt, Abrechnungseinheit (z.B. Verbrauch in f/m³ Sonstiges) hatte der AG den Abrechnungszeitpunkt und die Abrechnungseinheit für den in Spalte 4 vom Bieter anzugebenden Stoffpreisanteil, und zwar für jede OZ (Position) bereits vorgegeben hier: für Mineralwolle, Verwendung bei OZ 1.3.10 (GP 23 14): "Einbau" und "€/qm". Bereits aus diesem Zusammenhang, nämlich der im Formblatt vorgegebenen Abrechnung (eventueller, später eintretender Vergütungsänderungen) allein des vorgegebenen Stoffes aus der gesondert abgefragten Bezugs-Position (OZ) des LV mit der in Spalte 5 bereits vorgegebenen Abrechnungseinheit zum Abrechnungszeitpunkt ergibt sich, dass als Basis der Abrechnung ("Basiswert 2") nur noch eine Wertangabe, nämlich die Angabe eines preislichen Betrages erforderlich war der dann fortgeschrieben mit einem Preisänderungsquotienten auf den Basiswert 3 der Berechnung der (Stoff-)Preisänderung zum Abrechnungszeitpunkt dient, welche aufgrund der Vorgabe des AG in Spalte 5 für OZ 1.3.10 zwingend in "€/qm" zu erfolgen hatte(= Wertangabe bei zwingendem Ergebnis in €/qm).

Zudem ergibt sich aus der Bezugnahme auf einen bestimmten Stoff in einer bestimmten Position des LV und der Vorgabe für den Bieter, den Stoffpreis aus seinem Angebot hierfür anzugeben, dass der Bieter den für diese Position und die dazu vorgegebene Mengeneinheit des LV in seinem hierfür angebotenen Einheitspreis bereits einkalkulierten Stoffpreisanteil in die Spalte 4 des Formblattes einzutragen hatte.

Dies musste aufgrund der (im Übrigen bei allen geforderten Positionen des FBL 225aL) vorliegenden Übereinstimmungen von Abrechnungseinheit in Spalte 5 FBL 225aL und Mengeneinheit der jeweiligen Position

im LV {hier für OZ/Position 1.3.10: €/qm und €/m²) zur Folge haben, dass in Spalte 4 allein ein Preisanteil, und zwar für OZ/Position 1.3.10 in "€/qm" anzugeben war, weshalb die nochmalige Vorgabe einer Einheit für die Preisangabe in Spalte 4 durch den AG (hier: "€/qm") im vorliegenden Fall nicht erforderlich war und damit nur klarstellenden Charakter haben konnte. Auch aus der vorgesehenen Berechnungsformel in Nr. 3.4 FBL 225aL (Multiplikation Stoffpreisangabe Bieter (Basiswert 2) mit Steigerungsfaktor zu Basiswert 3 im Abrechnungszeitpunkt bzw. der daran anschließenden Berechnung der Preisdifferenz von Basiswert 2 und Basiswert 3 in Verbindung mit der bereits vorgegebenen Abrechnungseinheit in Spalte 5 ergibt sich, dass die im FBL 225aL vorgesehene Eintragung des Stoffpreises für diese Position nur in €/qm zielführend und rechnerisch richtig ist.

Die Angabe einer anderen Mengeneinheit ist vor diesem Hintergrund nicht nachvollziehbar. Dass die Vergabeunterlagen insoweit überhaupt der Auslegung bedurften, hat die AST nicht vorgetragen, jedenfalls verbleiben nach dem maßgeblichen objektiven Empfängerhorizont der potentiellen Bieter keine Zweifel.

Die Änderung betrifft die Angabe der Mengeneinheit in der Spalte 4 des FBL 225aL für den von der AST in Position (OZ) 1.3.10 des LV bereits eingepreisten/kalkulierten (und im FBL 225aL gesondert anzugebenden) Stoffpreisanteil (vgl. Nr. 3.3 Satz 1 Stoffpreisgleitklausel) für die in der genannten Position des LV angebotenen Mineralwolle-Dämmplatten.

Im Unterschied zur Mengeneinheit des Einheitspreises dieser Position (€/m² = Euro / Quadratmeter) im LV und der anzuwendenden Abrechnungseinheit in Spalte 5 des FBL 225aL (ebenfalls €/qm = Euro / Quadratmeter) wurde von der AST in Spalte 4 des FBL 225aL die hier vom AG vorgegebene Mengeneinheit von €/qm (= Euro/ Quadratmeter) in €/m (Euro/ Meter) und damit geändert angegeben.

Die (veränderte) Einheit "€/m" (Meter) bei der in Spalte 4 für Position 1.3.10 von der AST eingetragenen Preisangabe scheint im Widerspruch zu der vom AG in der Spalte 4 vorgegebenen Einheit 11€/qm" als auch der in der darauffolgenden Spalte 5 vorgegebenen "..., Abrechnungseinheit, ..." mit "€/qm" zu stehen.

Mit dieser Veränderung erfolgte durch die AST jedoch weder eine Änderung der angebotenen Leistung in der Position (OZ) 1.3.10 des LV, noch eine Änderung des dafür von ihr in Position (OZ) 1.3.10 des LV angebotenen Einheitspreises.

Dabei handelt es sich tatsächlich auch nicht um einen fehlenden Preis. Denn die AST hat einen Einheitspreis bei Position (OZ) 1.3.10 des LV angegeben und eine Preisangabe in der streitgegenständlichen Zeile in Spalte 4 des FBL 225aL eingetragen.

Die Abweichung betrifft vorliegend eine Angabe, deren Fehlen nicht zu einem Ausschluss geführt hätte, sondern aufgrund der Vorgaben des AG in den Vergabeunterlagen gemäß § 16a EU Abs. 1 Satz 1 VOB/A hätte nachgefordert werden können.

Zudem betrifft die Abweichung einen untergeordneten, unwesentlichen Punkt.

Damit ändert sie den Inhalt der zu erbringenden Leistung nicht.

Es handelt sich um eine geringfügige Abweichung, die sich auf den Vergütungsanspruch der AST gegenüber dem AG (durch Erstattung von Mehr- oder Minderaufwendungen) theoretisch überhaupt nur dann auswirken könnte, wenn Stoffpreisänderungen auf der Grundlage dieses Formblattes zur Abrechnung kommen.

Maßstab der Auslegung einer Bietererklärung nach §§ 133, 157 BGB ist, wie ein mit den Umständen des Einzelfalls vertrauter Dritter in der Lage der Vergabestelle das Angebot nach Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte verstehen musste oder durfte (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 22.03.2017 - Verg 54/16). Dabei ist der Wortlaut der Erklärung zwar ein ganz zentraler, aber nicht der einzige zu würdigende Gesichtspunkt. In der Rechtsprechung ist anerkannt, dass die eine Erklärung begleitenden Umstände bei der Auslegung berücksichtigt werden können (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 02.08.2017 - Verg 17/17, vom 22.03.2017 - Verg 54/16, und vom 12.03.2007 - Verg 53/06). Allerdings sind nur solche Umstände berücksichtigungsfähig, die auch dem Empfänger bei Zugang der Erklärung erkennbar sind (BayObLG, Beschluss vom 11.02.2004 - Verg 1/04, und Beschluss vom 16.09.2002 - Verg 19/02). Einigkeit besteht in der Rechtsprechung zudem darüber, dass bei der Auslegung von Bietererklärungen die Gebote eines transparenten Wettbewerbs und der Gleichbehandlung der Bieter berücksichtigt werden müssen (OLG Brandenburg, Beschluss vom 03.11.2014 - Verg W 9/14; BayObLG, Beschluss vom 11.02.2004 - Verg 1/04), auf die auch § 16a EU Abs. 1 Satz 1 VOB/A 2019 ausdrücklich Bezug nimmt. Schließlich ist anerkannt, dass es auf das Erklärungsverständnis zum Zeitpunkt des Zugangs der Erklärung beim Erklärungsempfänger ankommt

(OLG Düsseldorf, Beschluss vom 13.03.2019 - Verg 42/18, Beschluss vom 12.03.2007 - Verg 53/06; OLG München, Beschluss vom 21.02.2008 - Verg 1/08). Spätere Äußerungen sind dabei insoweit berücksichtigungsfähig, als sie Aufschluss über das Verständnis bei Erklärungszugang geben (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 13.03.2019 - Verg 42/18, und Beschluss vom 12.03.2007 - Verg 53/06; OLG Brandenburg, Beschluss vom 03.11.2014 - Verg W 9/14), so das OLG Düsseldorf im Beschluss vom 01.04.2020 - Verg 30/19.

Die Auslegung der Angabe der Mengeneinheit unter Berücksichtigung der Begleitumstände ergibt, dass es sich hierbei um einen offenkundigen Schreibfehler der AST handelt, der zu keiner unzulässigen Änderung der Vergabeunterlagen führt.

Denn die Angabe der AST in Spalte 4 des FBL. 225al mit "€/m" anstatt der vom AG vorgegebenen "€/qm" beinhaltet rein tatsächlich das Entfallen eines Buchstabens und betrifft allein die (Mengen-)Einheit für den von ihr angegebenen Stoffpreis(anteil).

Bereits aus den o.g. Ausführungen zur alleinigen Wertangabe durch den Bieter bei zwingen dem Ergebnis in €/qm, dem klarstellenden Charakter der Angabe der Mengeneinheit durch den AG in Spalte 4 sowie der Anwendung der Berechnungsformel in Verbindung mit der vorgegebenen Abrechnungseinheit in Spalte 5 ergibt sich für das Angebot der AST, dass die streitgegenständliche Angabe "€/m" (Euro/Meter) zu keiner Änderung der Vergabeunterlagen führt.

Durch die vom AG in Spalte 5 für den genannten Abrechnungszeitpunkt vorgegebene Abrechnungseinheit (für OZ 1.3.10: "€/qm") und die Bezugnahme der Berechnungsformel auf die Abrechnungsmenge laut Vertrag (= bei Position 1.3.10 Anbringen der Mineralwolle Dämmplatten ... : "1.000,00 m²") in Verbindung mit dem anzugebenden Stoffpreisanteil aus dem zugehörigen Einheitspreis des Angebotes für die OZ 1.3.10 ergibt sich für die Angabe des Stoffpreisanteils der AST in Spalte 4 für diese Position die Einheit "€/qm".

Für diese Auslegung des angegebenen Stoffpreisanteils der AST in "€/qm" spricht auch die Angabe der AST zur Aufgliederung des Einheitspreises bei "Stoffe" in Position 01.03.0010 (Angabe der Teilkosten einschl. Zuschlägen je Mengeneinheit für die Menge "1.000,00 m²") in dem zeitgleich mit FBL. 225al eingereichten Formblatt 223 "Aufgliederung der Einheitspreise", worin die "Teilkosten einschl. Zuschlägen in € (ohne Umsatzsteuer) je Mengeneinheit" für die vom AG vorgege-

benen Positionen (OZ des LV), Mengen und Mengeneinheiten von der AST für die streitgegenständliche Position ohne Abänderung der dafür dort ebenfalls vorgegebenen Mengeneinheit "m²" eingetragen worden sind.

Anhaltspunkte für das von der AST im Beschwerdeverfahren geltend gemachte Versehen ergeben sich zudem aus der Erklärung im Kontext der Eintragungsmodalitäten.

Denn in dieser Spalte 4, in welche die Bieter lediglich ihre Stoffpreise eintragen sollten ("Stoffpreis ... vom Bieter anzugeben"), waren die Eintragungsfelder nicht gesperrt. Aber: in dieselben ungesperrten Eintragungsfelder für die Bieter hatte gleichzeitig auch der AG seine dadurch leicht und versehentlich von jedermann änder-, lös- oder über schreibbaren Maßeinheiten für die Bietereintragung voreingetragen; hier für Mineralwolle Verwendung bei OZ 1.3.10: €/qm.

Nach den Erkenntnissen der Vergabekammer erscheint in dem den (elektronisch über das Vergabeportal) bereitgestellten Vergabeunterlagen in ausfüllbarem pdf-Format beigefügten FBL. 225al beim Darübergleiten mit dem Cursor über die Eintragungsfelder der Spalte 4 jeweils ein Kasten, in dem die vom AG vor-eingetragene Angabe "€/qm" ungesperrt enthalten ist, und zu welchem eine Kontext-Erklärung mit dem Inhalt: "Bieterangabe:Stoffpreis(anteil)" erscheint. Beim Daraufklicken (z. B. um eine Preisangabe einzutragen) setzt sich der Cursor unmittelbar und ohne Zwischenraum vor die voreingetragene Maßeinheit. Die Bieterangabe war in beschriebenem Kasten vor diese nicht gesperrte und dadurch nicht schreibgeschützte Maßeinheiten-Angabe des AG einzutragen. Der Bieter konnte hierbei nicht nur seine eigenen Angaben eintragen oder korrigieren, sondern ungewollt auch leicht in die Maßeinheiten-Angabe rutschen und dabei ggf. einen Bestandteil/Buchstaben löschen.

Um die Stoffpreisangabe durch den Bieter in Spalte 4 zu gewährleisten, konnte nach Aussage des AG insoweit nachvollziehbar eine Sperrung dieser Spalte im FBL. 225al dann nicht erfolgen.

Aus welchen Gründen der AG bereits in Spalte 4 zusätzlich zur Spalte 5 eine Einheit für die Angabe des Stoffpreises vorgegeben hat, erläutert er nicht. Allerdings hat der AG selbst damit für die Bieter die Möglichkeit eröffnet, bei ihrer Eintragung an dieser Stelle durch kleinste Fehlbedienung (Doppelanschlag, etc.) der Eingabe-Tastatur unabsichtliche, sogar unbewusste Änderungen vornehmen zu können.

Dem AG konnte sich nach alledem unschwer die Erkenntnis aufdrängen, dass die Bieterangabe €/m anstatt €/qm auf einem Schreibfehler der AST beruht.

Sind Rechen- oder - wie vorliegend - ein Schreibfehler offenkundig, der schon seinem Erklärungsinhalt nach keine inhaltliche Änderung der Vergabeunterlagen darstellt, stellt dies keine unzulässige Änderung der Vergabeunterlagen dar (vgl. OLG Jena, Beschluss vom 16.09.2013 - 9 Verg 3/13; KG, Beschluss vom 04.05.2020 - Verg 2/20).

Bei offenkundigen, marginalen Eintragungsfehlern kann der AG, soweit das möglich ist, die notwendigen Berichtigungen sogar selbst vornehmen (KG, Beschluss vom 07.08.2015 - Verg 1/15 und Beschluss vom 04.05.2020 - Verg 2/20). Sinn des Vergabeverfahrens ist es nämlich auch, das wirtschaftlich günstigste Angebot zu wählen und ein solches nicht an formalistischen Gesichtspunkten scheitern zu lassen (OLG München, Beschluss vom 29. Juli 2010 - Verg 9/10).

Bei richtlinienkonformer Auslegung ist auch im Hinblick auf die vergaberechtlichen Grundsätze der Transparenz und Gleichbehandlung die Korrektur offensichtlicher Fehler oder die Klarstellung offensichtlicher Ungeheimheiten möglich, sofern eine inhaltliche Änderung des Angebots, welche einer Nachverhandlung gleichkäme, ausgeschlossen ist (VK Berlin, Beschluss vom 06.01.2020 - VK B 1-39/19 unter Hinweis auf: EuGH, Urteil vom 07.04.2016 - Rs. C-324/14, sowie Urteil vom 29.03.2012 - Rs. C-599/10; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 28.03.2018 - Verg 42/17).

Damit wäre einer strengen Handhabung von Ausschlussgründen, die allein vom Gedanken formaler Ordnung geprägt ist, die gesetzliche Grundlage entzogen (vgl. BGH, Urteil vom 18.06.2019 - X ZR 86/17; Urteil vom 19.06.2018 - X ZR 100/16 -).

Im Übrigen wäre der AG hätte er diesen Schreibfehler erkannt nach § 15 EU Abs. 1 Nr. 1 VOB/A sogar verpflichtet gewesen, diesen Schreibfehler der AST nach pflichtgemäßem Ermessen aufzuklären.

Nach dieser Vorschrift darf der AG nach Öffnung der Angebote bis zur Zuschlagserteilung von einem Bieter Aufklärung verlangen, um sich unter anderem über das Angebot selbst (und auch über die Angemessenheit der Preise) zu unterrichten.

Zwar räumt die Vorschrift dem Auftraggeber nach ihrem Wortlaut lediglich eine Befugnis ein. Der AG ist aber im Rahmen pflichtgemäßen Ermessens gehalten,

von der Befugnis auch Gebrauch zu machen. Hierbei kann sich sein Ermessen soweit reduzieren, dass es einen Hinweis gebietet. Dies ist unter anderem anerkannt, wenn durch geringfügige Nachfragen Zweifel an einem Angebot geklärt werden können (KG, Beschluss vom 07.08.2015 - Verg 1/15).

Im Fall widersprüchlicher Erklärungen ist der AG zur Aufklärung nicht nur berechtigt, sondern sogar verpflichtet (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 02.08.2017 - Verg 17/17). Der Ausschluss eines Angebots unter rein formalen Gesichtspunkten kommt allerdings nicht in Betracht. Vielmehr sind etwaige Unklarheiten im Wege der Aufklärung zu beseitigen (BGH, Urteil vom 18.06.2019 - X ZR 86/17; BGH, Urteil vom 19.06.2018 - X ZR 100/16; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 01.04.2020 - Verg 30/19; OLG Düsseldorf - Beschluss vom 02.08.2017).

Eine Angebotsaufklärung hat der AG nicht vorgenommen.

Soweit sich die Frage eines zutreffend angebotenen Preises stellt, wäre im Rahmen der Angebotswertung zu prüfen, ob der angegebene, der Preisgleitung unterworfenen Stoffpreisanteil wirtschaftlich ist und dieser ggf. aufzuklären.

Zur Verifizierung hätte dem AG das von der AST auf Nachforderung hin am gleichen Tag für eine Vielzahl von Positionen des LV ausgefüllt vorgelegte Formblatt 223 "Aufgliederung der Einheitspreise" zur Verfügung gestanden, in welchem unter anderen für die hier betreffende Position 1.3.10 für die Menge "1.000,00" mit der Mengeneinheit "m² von der AST die Teilkosten einschl. Zuschlägen in €/je Mengeneinheit für Löhne, Stoffe, Geräte und Sonstiges inkl. dem daraus resultierenden angebotenen Einheitspreis angegeben worden sind.

Eine nachvollziehbare Prüfung der Preise ist nicht dokumentiert. Die angegebenen Teilkosten für Stoffe der Position 1.3.10 erscheinen allerdings unauffällig auch in Bezug auf den in FBL. 225a angegebenem Wert.

Zudem ist das FBL. 225a nicht wertungsrelevant. Denn hier soll ein bereits über den angegebenen Einheitspreis in der Angebotssumme enthaltener Preisanteil mitgeteilt werden und das FBL. 225a wurde vom AG auch nicht in der Aufforderung zur Angebotsabgabe (FBL. 211) zum Vertragsbestandteil erklärt, sondern unter dessen Nr. 3.1 für nachforderbar erklärt.

Hierbei verkennt die Vergabekammer nicht, dass es

sich bei der Stoffpreisgleitklausel in dem ausgereichten FBL 225aI inhaltlich um eine Regelung zur angemessenen Änderung der Vergütung in den Vertragsunterlagen (im Sinne von § 9d EU VOB/A) handeln soll.

Die seitens des AG hierzu vorgesehene Möglichkeit der Nachforderung und Nachreichung von Stoffpreisen durch den Bieter nach Angebotsabgabe als Berechnungsgrundlage (Basis wert 2) der möglicherweise zu berechnenden Mehr- oder Minderaufwendungen zum Vertrag, steht dazu im Widerspruch und ist nicht nachvollziehbar.

Aufgrund der hier vorliegenden besonderen Umstände ist die Vergabekammer der Auffassung, dass der versehentliche Schreibfehler nicht zu einer unzulässigen Änderung der Vergabeunterlagen und daher nicht zum Ausschluss des Angebotes der AST führt.

Nach alledem kommt es vorliegend nicht darauf an, ob das Ermessen des AG zur Aufhebung auf null reduziert war oder ob in Fällen, in denen keinem Bieter der Auftrag erteilt werden darf, dem öffentlichen Auftraggeber eine andere Möglichkeit zu Gebote gestanden hat, wenn diese in Übereinstimmung mit den grundlegenden Grundsätzen für die Vergabe öffentlicher Aufträge zu bringen ist, die der Gesetzgeber in § 97 Abs. 1 und 2 GWB niedergelegt hat (vgl. BGH, Beschl. v. 26.9.2006 - X ZB 14/06, NZBau 2006, 800), und der AG dies erkannt hat.

B.

Die AST hat keinen Anspruch auf die Aufhebung der Verfahrensaufhebung, da die Verfahrensaufhebung wirksam ist.

Obwohl die Aufhebung rechtswidrig war, weil nicht durch die Vorgaben des § 17 EU Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 VOB/A gerechtfertigt, ist sie dennoch wirksam.

Bieter müssen die Aufhebung des Vergabeverfahrens nicht nur dann hinnehmen, wenn sie von einem der in § 17 EG Abs. 1 VOB/A aufgeführten Gründe gedeckt und deshalb von vornherein rechtmäßig ist. Vielmehr bleibt es der Vergabestelle grundsätzlich unbenommen, von einem Beschaffungsvorhaben auch dann Abstand zu nehmen, wenn dafür kein gesetzlicher Aufhebungsgrund vorliegt. Dies folgt daraus, dass die Bieter zwar einen Anspruch darauf haben, dass der Auftraggeber die Bestimmungen über das Vergabeverfahren einhält (§ 97 Abs. 7 GWB), aber nicht darauf, dass er den Auftrag auch erteilt und demgemäß die Vergabe-

stelle das Vergabeverfahren mit der Erteilung des Zuschlags abschließt (vgl. BGH, Beschluss vom 20.03.2014 - X ZB 18/13 -).

Nur in Ausnahmefällen kann ein Anspruch auf Fortsetzung des Vergabeverfahrens angenommen werden, insbesondere wenn der Auftraggeber für die Aufhebung der Ausschreibung keinen sachlich gerechtfertigten Grund angegeben hat und sie deshalb willkürlich ist oder die Aufhebung bei fortbestehender Beschaffungsabsicht nur zu dem Zweck erfolgt, Bieter zu diskriminieren (BGH, Beschluss vom 20. März 2014 - X ZB 18/13 -; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 10.02.2021 - Verg 23/20 -; OLG Rostock, Beschl. v. 30.09.2021 - 17 Verg 5/21 -).

Ein solcher Ausnahmefall kann nicht festgestellt werden. Die Aufhebung ist weder willkürlich noch diskriminierend. Dass die Aufhebung des Vergabeverfahrens zu dem Zweck erfolgte, den Auftrag außerhalb des eingeleiteten Vergabeverfahrens an einen bestimmten Bieter oder unter anderen Voraussetzungen bzw. in einem anderen Bieterkreis vergeben zu können (sog. Scheinaufhebung; siehe BGH, Beschluss vom 20.03.2014 - X ZB 18/13; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 28.12.2016 - Verg 28/16;) behauptet weder die AST noch ist dies sonst ersichtlich.

Nachdem nach dem Ausschluss auch der beiden anderen Angebote kein wertbares Angebot mehr im Vergabeverfahren verblieben war, und damit eine Zuschlagserteilung in diesem Vergabeverfahren aus der Sicht des AG vergaberechtskonform nicht mehr möglich war, verblieb diesem nur die den Bietern am ###.##.2023 mitgeteilte Aufhebung der Ausschreibung.

Dass der AG angekündigt hat, ein neues Vergabeverfahren durchführen zu wollen, signalisiert zwar den weiterhin fortbestehenden Beschaffungsbedarf des Auftraggebers. Daraus lässt sich jedoch keine Absicht des AG erkennen, dass der AG hier das Vergabeverfahren nur zum Schein aufgehoben hat, um den Auftrag einem anderen Unternehmen erteilen zu können bzw. die AST auf diese Weise zu diskriminieren. Denn die Mitteilung des AG im Schreiben vom ###.##.2023, ein erneutes Vergabeverfahren im offenen Verfahren durchführen zu wollen, zielt auf eine rechtmäßige Vergabe in einem offenen, auch der AST erneut eröffneten Wettbewerb.

In diesem Sinne handelte es sich um eine sachliche und willkürfreie Erwägung.

Die Aufhebung des Vergabeverfahrens ist daher rechtswidrig (wie oben ausgeführt), aber wirksam erfolgt.

3. Kostenentscheidung

Die Kostenentscheidung beruht auf § 182 GWB.

Die Kosten des Verfahrens vor der Vergabekammer hat gemäß § 182 Abs. 3 Satz 1 GWB ein Beteiligter im Verfahren zu tragen, soweit er unterlegen ist.

Die AST und der AG haben die Kosten des Verfahrens jeweils zur Hälfte zu tragen. Die AST ist mit ihren Anträgen, die Aufhebung des Vergabeverfahrens aufzuheben und den AG zu verpflichten, das vormalige Vergabeverfahren fortzusetzen, im Nachprüfungsverfahren unterlegen. Der AG hat insofern obsiegt. Die AST hat aber mit ihrem Antrag, festzustellen, dass die erfolgte Aufhebung des Vergabeverfahrens rechtswidrig gewesen ist, obsiegt; der AG ist insofern im Nachprüfungsverfahren unterlegen. Dies rechtfertigt es, der AST und dem AG gemäß § 182 Absatz 3 Sätze 1 und 3 GWB nach billigem Ermessen die Kosten des Verfahrens grundsätzlich jeweils zur Hälfte aufzuerlegen.

Die AST und der AG haben gemäß § 182 Abs. 4 Satz 1 GWB die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung notwendigen Aufwendungen ihres Antragsgegners jeweils zur Hälfte zu tragen, da sie beide in diesem Maße im Nachprüfungsverfahren unterlegen sind.

Die Hinzuziehung eines anwaltlichen Bevollmächtigten durch die AST war gemäß § 182 Abs. 4 Satz 4 GWB in Verbindung mit § 80 Absätze 2 und 3 Satz 2 ThürVwVfG für notwendig zu erklären. Das Verfahren betraf Fragen zur Wirksamkeit und Rechtmäßigkeit einer Aufhebung, mit denen ein durchschnittlich fachkundiger Bieter nicht vertraut zu sein braucht. Aufgrund der komplexen Rechtsmaterie in diesem Bereich und des enormen Zeitdrucks in einem Nachprüfungsverfahren ist eine gezielte juristische Vertretung der AST durch einen anwaltlichen Bevollmächtigten erforderlich gewesen.

Die Gebührenfestsetzung beruht auf § 182 Abs. 2 GWB. Diese Vorschrift bestimmt einen Gebührenrahmen zwischen 2.500,00 Euro und 50.000,00 Euro, der aus Gründen der Billigkeit auf ein Zehntel der Gebühr ermäßigt wird und, wenn der Aufwand oder die wirtschaftliche Bedeutung außergewöhnlich hoch sind, bis zu einem Betrag von 100.000,00 Euro erhöht werden kann.

Die Höhe der Gebühr richtet sich nach dem personellen und sachlichen Aufwand der Vergabekammer unter

Berücksichtigung der wirtschaftlichen Bedeutung des Gegenstands des Nachprüfungsverfahrens. Die Gebühr wird ausgehend von dem Bruttoauftragswert des Angebots der AST sowie unter Zugrundelegung der Gebührentabelle der Vergabekammer (Stand: 01.01.2010) zunächst auf ### Euro festgesetzt. Da die Vergabekammer gemäß § 166 Abs. 1 Satz 3, 1. Alternative GWB mit Zustimmung der Beteiligten nach Lage der Akten ohne Durchführung einer mündlichen Verhandlung entschieden hat, ist von einem verminderten personellen Aufwand der Vergabekammer auszugehen (vgl. auch Müller/Wrede, Kommentar zum GWB-Vergaberecht, 2016, § 182, Rdn. 27), so dass die Vergabekammer die Gebühr für das Nachprüfungsverfahren nach Ausübung pflichtgemäßen Ermessens auf ### Euro festgesetzt hat.

Da die AST und der AG die Kosten des Verfahrens jeweils zur Hälfte zu tragen haben, ist die AST zur Zahlung einer Gebühr in Höhe ### Euro verpflichtet.

Da die AST bereits einen Kostenvorschuss in Höhe der Mindestgebühr von ### Euro für die Durchführung des Nachprüfungsverfahrens gezahlt hat, ist dieser Betrag mit der von ihr zu zahlenden Gebühr zu verrechnen.

Der danach überzahlte Betrag in Höhe von ### Euro ist der AST nach Eintritt der Bestandskraft dieses Beschlusses zu erstatten.

Die AST wird daher um Mitteilung einer Bankverbindung gebeten, auf welche dann die Erstattung erfolgen soll.

Der AG ist nach § 182 Abs. 1 GWB in Verbindung mit § 8 Abs. 1 Nr. 2 VwKostG bzw. nach § 3 Abs. 1 Nr. 1 ThürVwKostG von der Verpflichtung zur Zahlung von Verwaltungsgebühren persönlich befreit.

Hinweis: Ein gesondertes Kostenfestsetzungsverfahren findet nicht statt (§ 182 Absatz 4 Satz 5 GWB).

Rechtsbehelfsbelehrung

(...)

VK Mecklenburg-Vorpommern zu der Frage, dass eine WhatsApp-Nachricht eine ordnungsgemäße Rüge darstellt

vorgestellt von Thomas Ax

An die Rüge eines Bieters in einem Vergabeverfahren sind keine hohen Anforderungen zu stellen. Es genügt, dass der Bieter deutlich macht, dass er in einem bestimmten Sachverhalt einen Vergaberechtsverstoß sieht und Abhilfe erwartet.

Die Rüge eines Bieters ist an keine bestimmte Form gebunden. Die Vorschriften über die sog. "eVergabe" beziehen sich nur auf das Vergabeverfahren. Als Teil des Rechtsmittelverfahrens ist die Rüge nicht dem Vergabeverfahren zuzurechnen.

Eine über den Messengerdienst "WhatsApp" versendete Nachricht kann die Anforderungen an eine ordnungsgemäße Rüge erfüllen.

VK Mecklenburg-Vorpommern, Beschluss vom 19.05.2022 - 3 VK 3/22

Gründe

I.

Mit Bekanntmachung vom #### schrieb der Antragsgegner die streitbefangenen Leistungen europaweit aus. Danach betrug der geschätzte Auftragswert für das Los #### Euro.

Die Auftragsbekanntmachung enthielt unter III.1.3.) den Eintrag:

"Eignungskriterien gemäß Auftragsunterlagen",

eine Verlinkung zu den Vergabeunterlagen bestand nicht. Nachdem die Submissionsergebnisse am 7. Februar 2022 eröffnet worden waren, schrieb der Geschäftsführer der Antragstellerin dem Projektleiter des Antragsgegners am 8. Februar 2022 über den Nachrichtendienst "WhatsApp":

"Hallo ####,

das Ergebnis kennst Du ja bestimmt schon. Vllt. könnt ihr mal gucken, ob die geforderte AK 2 wirklich vorliegt."

Am 28. Februar 2022 erhielt die Antragstellerin die Nachricht, dass der Zuschlag an einen anderen Bieter

beabsichtigt sei, weil ein niedrigeres Hauptangebot vorliege, und zwar am 11. März 2022. Hiergegen wendet sie sich mit ihrem Nachprüfungsantrag vom 4. März 2022. Mit Schreiben vom gleichen Tag bittet sie den Antragsgegner um Prüfung ihres Anliegens.

Sie beantragt:

1. Dem Antragsgegner aufzugeben, den Zuschlag für die Baumaßnahme ####, Maßnahmenummer ####, Gewerk Erdbau, Erschließungsmaßnahmen, Verkehrsanlagen, Vergabenummer ####, nicht an die ####, vertreten durch deren Geschäftsführer ####, zu erteilen,
2. dem Antragsgegner aufzugeben, geeignete Maßnahmen zu treffen, um die von den Vergabekammern festgestellten Rechtsverletzungen zu beseitigen,
3. dem Antragsgegner die Kosten des Verfahrens aufzuerlegen,
4. die Hinzuziehung eines Anwalts für notwendig zu erklären.

Mit Schriftsatz vom 11. März 2022 bittet die Antragstellerin um Überlassung des Prüfberichts vom 14. Februar 2022.

Hierzu trägt sie vor: Es bestünden Zweifel an der Geeignetheit der Beigeladenen. Die ausgeschriebenen Leistungen seien keine Leistungen des Landschafts- und Gartenbaus. Es seien Erdarbeiten, Kanalbauarbeiten, Wasserhaltungsarbeiten, Straßenbauarbeiten und sonstige Erschließungsarbeiten ausgeschrieben worden. Insbesondere Kanalbauarbeiten seien sehr komplex. Daher sei das RAL Gütezeichen AK 2 zwingend gefordert worden.

Zwischen den Beteiligten ist unstrittig, dass die Beigeladene über das RAL Gütezeichen AK 2 jedenfalls zu jenem Zeitpunkt nicht verfügte. Die Antragstellerin trägt hierzu weiter vor: Der Beigeladenen fehle die Fachkunde im Tiefbau. Es sei hier keine Fremdüberwachung der Leistungserbringung möglich. Die Möglichkeit, als Alternative zu dem genannten Gütezeichen etwas Vergleichbares als Ersatz anzubieten, sei ausdrücklich ausgeschlossen worden.

Sie bestreitet mit Nichtwissen, dass der Inhalt des Prüfberichts positiv sei. Dieser datiere allerdings vom 14. Februar 2022, während die Angebotsfrist am 7. Februar 2022 geendet habe. Eine Nachforderung könne es nur bei Unterlagen geben, die bei Ablauf der Angebotsfrist bereits existiert hätten, so dass § 34 Abs. 5 VgV

nicht anwendbar sei. Sie bestreitet deshalb, dass der Prüfbericht beachtlich sei.

Es sei ferner davon auszugehen, dass die Beigeladene nicht nach dem Bundesrahmentarifvertrag für das Baugewerbe (BRTV) zahlt und daher keine Beiträge als Bauunternehmen zur Sozialkasse zahlt.

Mit Schriftsatz vom 13. Mai 2022 trägt die Antragstellerin erstmals vor, der Antragsgegner hätte die Referenzen nicht hinreichend geprüft.

Die Antragsgegnerin beantragt:

1. Den Nachprüfungsantrag vom 4. März 2022 zurückzuweisen,
2. der Antragstellerin die Kosten des Verfahrens einschließlich der Rechtsverfolgungskosten des Antragsgegners aufzuerlegen,
3. die Hinzuziehung des Verfahrensbevollmächtigten des Antragsgegners für notwendig zu erklären.

Hierzu trägt sie vor: Die Nachricht vom 8. Februar 2022 sei keine formal gültige Rüge, so dass der Nachprüfungsantrag unzulässig sei. Mit Beweisangebot trägt sie vor, die Rüge sei durch den Projektleiter des Antragsgegners unter Hinweis auf die Bieterplattform zurückgewiesen worden.

Das Angebot einer Alternative zu dem Gütezeichen RAL AK 2 sei wegen § 34 Abs. 5 GWB nicht ausgeschlossen: Voraussetzung ist, dass das Unternehmen das geforderte oder ein gleichwertiges Gütezeichen nicht erwerben konnte und die Gründe dafür ihm nicht zugerechnet werden können. Der Einzelnachweis einer anerkannten Prüforganisation habe hier in einem Prüfbericht bestanden. Es seien drei Referenzprojekte einzureichen gewesen.

Gemäß § 2 Abs. 3 VOB/A würden öffentliche Aufträge an fachkundige und leistungsfähige (geeignete) Unternehmen vergeben, die nicht nach § 6 e EU VOB/A ausgeschlossen worden sind. Um dieses inhaltliche Ziel verfahrensrechtlich umzusetzen, sei beim offenen Verfahren - wie das hier vorliegende - nach § 16 b Abs. 1 S. 1 VOB/A durch den öffentlichen Auftraggeber die Eignung der Bieter zu prüfen. Dabei seien die Angebote nach § 16 b Abs. 1 S. 2 EU VOB/A anhand der vorgelegten Nachweise auf die Eignung der Bieter hin zu prüfen. Soweit der öffentliche Auftraggeber im Rahmen seines Beurteilungsspielraums eine Prognoseentscheidung für die Eignung zu treffen habe, sei diese Entscheidung

gerichtlich nur auf Beurteilungsfehler überprüfbar. Der Antragsgegner habe die hierbei erforderliche Prognoseentscheidung frei von Beurteilungsfehlern getroffen. Der vorgelegte Prüfbericht bestätige die Prognose einer qualitativen Ausführung entsprechend den Anforderungen. Dass der Prüfbericht vom 14. Februar 2022 datiere, sei völlig unerheblich, da er der Nachweisführung diene. Etwas anderes könne nur dann gelten, wenn das Unternehmen zum Zeitpunkt der Angebotsabgabe den Anforderungen nicht entspreche und erst nach Ablauf der Angebotsfrist sämtliche Anforderungen für das Gütezeichen erlangen würde, dann läge die fachliche Anforderung zum fraglichen Zeitpunkt tatsächlich nicht vor. Dieser Sachverhalt sei aber vorliegend nicht gegeben. Ausschlussgründe nach § 6 a EU VOB/A seien nicht ersichtlich gewesen.

Der Antragsgegner trägt schließlich vor, die Beigeladene habe bestätigt, dass sie nicht zur Zahlung von Beiträgen an die Sozialkasse Bau verpflichtet sei, sowie Unbedenklichkeitsbescheinigungen der beteiligten Krankenkasse und der Berufsgenossenschaft vorgelegt.

Die Beigeladene beantragt

Akteneinsicht nach § 165 GWB.

Ferner beantragt sie

1. Den Nachprüfungsantrag mit allen Einzelanträgen abzuweisen,
2. der Antragstellerin die Kosten des Verfahrens aufzuerlegen,
3. die Hinzuziehung eines anwaltlichen Bevollmächtigten durch die Beigeladene für notwendig zu erklären.

Das Gütezeichen als Eignungskriterium sei nicht mit der Ausschreibung bekannt gemacht worden. Dies bedeute aber keine Notwendigkeit der Zurücksetzung oder Fehlerhaftigkeit des Verfahrens. Dies käme einem bloßen Formalismus gleich und könne nur in der Konstellation verhältnismäßig sein, in der ein ungeeignetes Unternehmen den Zuschlag erhalte. Wolle ein Auftraggeber anordnen, dass eine bestimmte Zertifizierung zwingend schon bei der Angebotsabgabe vorliegen solle, müsse er dies eindeutig in der EU-Auftragsbekanntmachung festlegen. Daher habe der Antragsgegner zur Eignungsprüfung den Prüfbericht nach Ablauf der Angebotsfrist anfordern dürfen. Nach § 16a EU VOB/A sei es zulässig, dass fehlende Unterlagen übermittelt, ergänzt oder vervollständigt würden. Danach

seien fehlende unternehmensbezogene Angaben - insbesondere Nachweise - zwingend nachzufordern. Dies sei keine Nachbesserung von Angebotsunterlagen im Sinne der Abgabe neuer Erklärungen. Unter Berücksichtigung der Referenzen und der Eignungsnachweise sei der Antragsgegner beurteilungsfehlerfrei zu dem zutreffenden Ergebnis gelangt, dass die Eignung der Beigeladenen vorläge.

Der von der Antragstellerin behauptete Verstoß gegen Beitragspflichten der Sozialkasse Bau sei eine reine Vermutung und in diesem Verfahren unbeachtlich. Darüber hinaus müsste für einen Ausschluss im Rahmen der §§ 123, 124 GWB ein nachweislicher Verstoß vorliegen. Die Einleitung und Durchführung entsprechender Verfahren obläge allein den zuständigen Behörden.

Der Akteneinsichtsbeschluss datiert vom 8. April 2022. Zu dem weiteren Sach- und Streitstand wird auf die Schriftsätze der Beteiligten verwiesen.

II.

Der Nachprüfungsantrag ist zulässig. Der Antragsgegner ist ein öffentlicher Auftraggeber und es handelt sich um einen öffentlichen Auftrag (§§ 99, 103 GWB). Der EU-Schwellenwert nach § 106 GWB ist überschritten. Nach § 160 Abs. 2 GWB ist die Antragstellerin auch antragsbefugt, weil sie ein Interesse am Auftrag bekundet und einen drohenden Schaden durch die Verletzung von Vergabevorschriften dargelegt hat.

Die Antragstellerin hat rechtlich ihre Rügeobligationen nach § 160 Abs. 3 GWB erfüllt. An die Rüge eines Bieters in einem Vergabeverfahren sind keine hohen Anforderungen zu stellen. Sie ist an keine bestimmte Form gebunden. Eine Rüge in diesem Sinne kann auch als Frage formuliert sein, solange der Bieter deutlich macht, dass er in einem bestimmten Sachverhalt einen Vergaberechtsverstoß sieht und Abhilfe erwartet (OLG Schleswig, Beschluss vom 04.02.2022 - 54 Verg 9/21). Aus der Nachricht des Geschäftsführers der Antragstellerin ging die Botschaft hervor, dass Zweifel daran bestehen, ob ein konkurrierender Bieter bessere Preise anbieten kann, wenn er in qualitativer Hinsicht die gleichen Standards bei der Auftragserledigung aufweist wie die Antragstellerin. Daher wurde sehr konkret nach dem Gütezeichen RAL AK 2 gefragt. Dies ist als Rüge zu verstehen. Das Informationsschreiben nach § 134 GWB vom 28. Februar 2022 war als Weigerung zu verstehen, der Rüge abzuhelpen, so dass der Antrag nach § 160 Abs. 3 Nr. 4 GWB fristgerecht gestellt wurde.

An diesem Ergebnis hat sich auch nichts durch die seit 19.10.2018 geltende Pflicht zur sog. "eVergabe" geändert. Die Vorschriften der Richtlinie 2014/24/EU, die die Kommunikation zwischen Bieter und öffentlichem Auftraggeber betreffen, beziehen sich nur auf das "Vergabeverfahren".

Die Systematik der europarechtlichen Vorgaben spricht also dafür, die Rüge als Teil des Rechtsmittelverfahrens anzusehen und nicht dem Vergabeverfahren zuzurechnen. Für den Zugang der Rüge, die als eine rechtsgeschäftliche Handlung angesehen wird, weshalb § 130 BGB gilt, trägt für den Fall der Unaufklärbarkeit der Antragsteller die Beweislast. Die daraus abzuleitende Wissenszurechnung von Verhandlungsgehilfen hat zur Folge, dass selbst in dem Fall, in dem die Ausschreibungsbedingungen ausdrücklich den Auftraggeber als Ansprechstelle nennen, eine Rüge gegenüber dem Repräsentanten ausreicht, wenn er vom Auftraggeber mit der Durchführung der Ausschreibung betraut und aufgrund dieser Stellung und seiner Sachkunde objektiv als Ansprechpartner anzusehen ist (Immenga/Mestmäcker, § 160 Rz. 55 ff.).

Nach zutreffender Ansicht der Antragstellerin hat sie mit dem am Tag der Antragseinreichung übersandten Schriftsatz ebenfalls ihren Rügeobligationen genügt. Ihre Streitvermeidungsfunktion kann die Rüge zwar in derartigen Fällen nicht erfüllen. Teilweise wird daher angenommen, § 160 Abs. 3 S. 1 GWB verlange eine angemessene Frist zwischen der Rüge und der Stellung des Nachprüfungsantrags. Dennoch hat die Rechtsprechung die Einhaltung einer Frist zwischen Rüge und Stellung des Nachprüfungsantrags weitgehend abgelehnt, da eine solche Frist im Wortlaut der Vorschrift nicht vorgesehen sei. Werde sofort nach der Rüge ein Nachprüfungsantrag gestellt, ohne dem Auftraggeber irgendeine Reaktionszeit einzuräumen, so sei dies über eine Kostentragungspflicht des Antragstellers zu lösen, wenn der Auftraggeber sofort einlenke (Horn/Hofmann in: Beck'scher Vergaberechtskommentar, § 160 GWB Rn. 79, 80).

Mit dem Vortrag vom 13. Mai 2022, der Antragsgegner habe die Referenzen der Beigeladenen nicht hinreichend geprüft ist die Antragstellerin nach § 160 Abs. 3 Nr. 4 GWB präkludiert.

Der Nachprüfungsantrag ist hingegen nicht begründet. Zu Recht durfte der Antragsgegner die Eignung der Beigeladenen in der geschehenen Art und Weise bewerten; ihm sind hierbei keine vergaberechtlichen Fehler unterlaufen.

In der streitbefangenen Ausschreibung enthielt die Auftragsbekanntmachung unter III.1.3.) den Eintrag: "Eignungskriterien gemäß Auftragsunterlagen". Das Kriterium "Vorliegen des RAL Gütezeichens AK 2" war hierdurch als Eignungskriterium nicht wirksam bekanntgemacht. Dies hätte nach § 122 Abs. 4 Satz 2 GWB in der Auftragsbekanntmachung, der Vorinformation, oder der Aufforderung zur Interessensbestätigung aufgeführt sein müssen, was unstreitig nicht der Fall war. Die Standardformulare für die Auftragsbekanntmachung nach der aktuellen Durchführungsverordnung (EU) 2019/1780 v. 23.9.2019 sehen nur noch eine Bekanntmachung der Eignungskriterien und von Mindestanforderungen der Eignung vor. Die geforderten Eignungsnachweise können daher auch in den Vergabeunterlagen angegeben werden. Die in der Auftragsbekanntmachung, der Vorinformation oder der Aufforderung zur Interessenbestätigung festgelegten Eignungskriterien können also in den Vergabeunterlagen konkretisiert werden und zwar auch durch die Nennung von Eignungsnachweisen (Opitz in: Beck'scher Vergaberechtskommentar § 122 Rz. 104, 105).

Eignungskriterien sind in diesem Fall nicht in der Auftragsbekanntmachung angegeben worden. Der bloße Verweis auf die Vergabeunterlagen genügt nicht. Nicht zu beanstanden ist dagegen, wenn in der Bekanntmachung bzw. in der Aufforderung zur Interessensbestätigung anhand eines Links auf die Vergabeunterlagen verwiesen wird und die Bewerber bzw. Bieter "durch bloßes Anklicken" die weiteren Anforderungen abrufen können (Opitz in: Beck'scher Vergaberechtskommentar § 122 GWB Rz. 103 ff.). Dies war in diesem Fall aber für die Bieter nicht möglich.

Das Formblatt 211 zu der Aufforderung zur Angebotsabgabe, welches den Verweis auf das Gütezeichen enthielt, war auch nicht identisch mit der Aufforderung zur Interessensbetätigung nach § 122 Abs. 4 Satz 2 GWB. Letzteres betrifft einen anderen Fall: Nach § 38 Abs. 5 VgV ist ein Verzicht auf eine Auftragsbekanntmachung möglich, wenn der öffentliche Auftraggeber diejenigen Unternehmen, die aufgrund der Vorinformationen ihr Interesse bekundet haben, zur Bestätigung ihres Interesses am Auftrag auffordert.

Nach § 122 Abs. 1 GWB werden öffentliche Aufträge an fachkundige und leistungsfähige (geeignete) Unternehmen vergeben, die nicht nach den §§ 123 oder 124 GWB ausgeschlossen worden sind. § 122 Abs. 1 GWB enthält damit eine allgemeine Pflicht zur Eignungsprüfung unabhängig davon, ob Eignungskriterien nach Abs. 4 der Vorschrift definiert worden sind. Fachkundig

ist ein Unternehmen nach allgemeinem Verständnis dann, wenn es über die für die ordnungsgemäße Vorbereitung und Ausführung der jeweiligen Leistung notwendigen Kenntnisse, Erfahrungen und Fertigkeiten verfügt. Die Prüfung der Fachkunde bezieht sich daher auf die Qualifikation des Personals, das maßgeblich an der Auftragsausführung mitwirkt oder dafür verantwortlich ist. Der Begriff der Leistungsfähigkeit erstreckt sich nach allgemeinem Verständnis auf sämtliche Umstände, die Aufschluss darüber geben, ob ein Bieter bei vorausschauender Betrachtung in der Lage sein wird, die ihm durch einen Zuschlag und entsprechenden Vertragsabschluss erwachsenden Verbindlichkeiten zu erfüllen. Ob der Bewerber oder Bieter die Fachkunde und Leistungsfähigkeit besitzt, um den ausgeschriebenen Auftrag ordnungsgemäß auszuführen, er also "materiell geeignet" ist, ist eine Prognoseentscheidung, die in einem weitgehend formlosen Verfahren zu treffen ist. Prognosebasis ist regelmäßig die Tätigkeit des Unternehmens in der Vergangenheit. Soweit der Auftraggeber keine Mindestanforderungen für die Eignung formuliert hat, vollzieht sich die Eignungsprognose in einer Gesamtschau der dem Auftraggeber zur Verfügung stehenden Informationen. Die Entscheidung des Auftraggebers, wie viele und welche Unternehmen er als geeignet beurteilt, muss auf sachlichen und nachvollziehbaren Erwägungen beruhen. Eine besondere Prognosewahrscheinlichkeit, etwa eine gesicherte Erkenntnis oder Erwartung, dass das betroffene Unternehmen aufgrund der vorliegenden Umstände den Auftrag ordnungsgemäß ausführen wird, verlangt das Vergaberecht aber nicht. Die Anforderungen an den Grad der Erkenntnissicherheit sind auch nicht nur an den vergaberechtlichen Grundsätzen der Transparenz und Diskriminierungsfreiheit, sondern auch am Interesse des öffentlichen Auftraggebers an einer zügigen Umsetzung von Beschaffungsabsichten und einem raschen Abschluss von Vergabeverfahren zu messen.

Nach herrschender Ansicht verfügt der Auftraggeber bei der Beurteilung der Eignung über einen Beurteilungsspielraum, der nur einer eingeschränkten Kontrolle durch die Nachprüfungsbehörden und Gerichte unterliegt. In Anlehnung an die aus dem Verwaltungsrecht bekannte Beurteilungsfehlerlehre wird nur kontrolliert, ob der Auftraggeber bei der Eignungsprüfung die Grenzen seines Beurteilungsspielraums überschritten hat. Das ist der Fall, wenn

- das vorgeschriebene Verfahren nicht eingehalten wurde,
- von einem unzutreffenden oder nicht vollständig ermittelten Sachverhalt ausgegangen worden ist,

- sachwidrige Erwägungen für die Entscheidung verantwortlich waren,

- gegen allgemein gültige Bewertungsgrundsätze verstoßen worden ist.

(Opitz in: Beck'scher Vergaberechtskommentar § 122 GWB Rz. 18 ff.).

In diesem Rahmen ist nicht erkennbar, dass dem Antragsgegner in seiner Würdigung der Angebote ein Fehler unterlaufen wäre. Insbesondere ist der Zeitpunkt der Vergabeentscheidung für die Eignungsbewertung ausschlaggebend, so dass es im Ermessen des Antragsgegners stand, Unterlagen, welche Aufschluss über die Eignung bieten, nachzufordern (vgl. Opitz a.a.O. Rz. 28). Eine Pflicht, in jedem Falle Unterlagen nachzufordern, gibt es nicht. Wer eine Nachforderung unterlässt, und die Gründe hierfür nicht hinreichend dokumentiert, kann jedoch einen Vergaberechtsfehler begehen. Weil der Zweck des Vergaberechts darin besteht, Beschaffungen der öffentlichen Hand zu den bestmöglichen Konditionen zu organisieren, hat der Antragsgegner im Rahmen des ihm zustehenden Ermessens gehandelt (vgl. OLG Frankfurt, Entscheidung vom 25. November 2021 - 11 Verg 2/21). Die gleiche Wertung gilt bei der Durchführung von Bauaufträgen nach § 6 EU VOB/A, so dass sich bei der Anwendung der Vorschriften keine Unterschiede ergeben (vgl. Ingenstau/Korbion § 6 EU VOB/A, Rz. 1).

Gleiches gilt für die gerügten Verstöße gegen die Beitragspflichten. Die Beteiligten sind sich einig darüber, dass die Beigeladene keine Beiträge an die Sozialkasse Bau zahlt. Die Rüge der Antragstellerin besteht allein in der rechtlichen Bewertung dieser Feststellung. Hierzu hat sie vorgetragen, die Zahlung von Beiträgen an die Sozialkasse Bau sei die einzige rechtliche Möglichkeit, nicht gegen Beitragspflichten zu verstoßen. Der Antragsgegner hat hierzu mit Schriftsatz vom 10. März 2022 vorgetragen, die Beigeladene habe bestätigt, dass sie nicht zur Zahlung von Beiträgen an die Sozialkasse Bau verpflichtet sei, sowie Unbedenklichkeitsbescheinigungen der beteiligten Krankenkasse und der Berufsgenossenschaft vorgelegt. Dies wurde durch die Antragstellerin nicht bestritten.

Eine Bewertung dieses Sachverhalts setzt voraus, dass die Vergabekammer die sozialversicherungsrechtliche Prüfung zu der Frage vornimmt, ob die Beigeladene ihre Mitarbeiter in einer rechtlich zulässigen Weise abgesichert hat. Die gerügten Verstöße gegen die Beitragspflichten bei der Sozialkasse Bau waren aber

durch die Vergabekammer nicht zu prüfen. Die Vergabekammern prüfen allein Verstöße gegen das Vergaberecht, § 156 Abs. 2 i.V.m. § 97 Abs. 6 GWB.

Im Kartellvergaberecht finden sich zwei - sich überschneidende - Ansatzpunkte, um außervergaberechtliche Vorschriften der Subjektivierung nach § 97 Abs. 6 zu unterstellen und im Wege einer Inzidenzkontrolle in den Kontrollrahmen des Nachprüfungsverfahrens einzubeziehen. Zum einen fungieren Vorschriften der §§ 97 ff. GWB, insbesondere die Vergabegrundsätze in § 97 Abs. 1 und 2, als sog. Anknüpfungsnormen, durch die externe Regelungen in das vergaberechtliche Entscheidungs- und Nachprüfungsprogramm integriert werden. Vor allem der Wettbewerbsgrundsatz wirkt auf diese Weise integrierend, über ihn können z. B. Verstöße gegen das Kartellrecht oder gegen die kommunalrechtlichen Grenzen der Wirtschaftstätigkeit öffentlicher Unternehmen geltend gemacht werden. Beispielsweise sind die gesetzlichen Regeln über die Buchpreisbindung (§ 3 BuchPrG) wegen ihrer wettbewerblichen Relevanz ein tauglicher Kontrollmaßstab im vergaberechtlichen Nachprüfungsverfahren (Dörr in: Beck'scher Vergaberechtskommentar § 97 Rz. 29). Das Sozialversicherungsrecht ist nach wie vor ein unübersichtliches, durch eine schwierige Verwebung verschiedener Vorschriften gekennzeichnetes Gebiet, dessen Zweck primär dazu dient, Arbeitnehmer abzusichern. Es dient nicht unmittelbar wettbewerbsrechtlichen Zielsetzungen des Gesetzgebers. Dies ist auch aufgrund folgender Erwägung deutlich: Der als Anlage 11 zum Schriftsatz der Antragstellerin vom 13. Mai 2022 vorgelegte Tarifvertrag wäre im Konfliktfall nicht durch die ordentliche Gerichtsbarkeit zu prüfen, die aber für Wettbewerbsrecht zuständig ist und auch hier im Falle einer sofortigen Beschwerde zuständig wäre.

Zum anderen kann eine Rechtsfrage außerhalb des Vergaberechts für die Entscheidung über vergaberechtliche Ansprüche im Sinne von § 97 Abs. 6 eine zwingende Vorfragenrelevanz besitzen, so dass sie inzident mitentschieden werden muss (Dörr a.a.O. Rz.31). Die Einhaltung sozialversicherungsrechtlicher Vorschriften ist jedoch nicht zwingende Voraussetzung der Auftragsdurchführung, in dem Sinne, dass die Ausführung des Auftrags dann objektiv nicht mehr möglich wäre, so dass die Prüfung von Sozialversicherungsrecht unter keinem der beiden Aspekte vorzunehmen war. Auch nach der Rechtsprechung sind sozialrechtliche Vorschriften keine vergaberechtlichen Vorschriften und damit nach § 97 Abs. 6 GWB nicht zu prüfen (OLG Düsseldorf (Vergabesenat), Beschl. v. 27.06.2018 - Verg 59/17). VK Bund VK2-45/16, BeckRS 2016, 119151, unter II.1b).

Diese Rüge bildet auch keinen Anhaltspunkt für eine Prüfung von zwingenden Ausschlussgründen, hier namentlich § 6 e EU VOB/A. Hierzu kann das Schrifttum zum inhaltsgleichen § 123 Abs. 4 Nr. 1 GWB herangezogen werden, der ausdrücklich den zwingenden Ausschluss von Bietern vorsieht, der Entrichtung ihrer Beiträge zur Sozialversicherung nicht (oder eventuell durch Einzahlung in die falsche Kasse rechtlich nicht) nachgekommen ist. Die in dieser Vorschrift genannten Verstöße erfordern eine rechtskräftige Gerichtsentscheidung oder eine bestandskräftige Verwaltungsentscheidung. Diese Voraussetzungen sind hier nicht gegeben.

Nach § 6 e Abs. 4 Satz 1 Nr. 2 EU VOL/ A (vgl. § 123 Abs. 4 S. 1 Nr. 2 GWB) kann der öffentliche Auftraggeber die Nichterfüllung von Zahlungsverpflichtungen nach Nr. 1 außer durch rechtskräftige Gerichts- oder bestandskräftige Verwaltungsentscheidungen auch auf sonstige geeignete Weise nachweisen. Die Vorschrift erlaubt dem Auftraggeber daher, einen Ausschluss auch in laufenden Verwaltungs- oder Gerichtsverfahren noch vor Rechtskraft einer Gerichts- oder Bestandskraft einer Verwaltungsentscheidung vorzunehmen. Er muss dann den Verstoß des Unternehmens gegen die Verpflichtung zur Zahlung von Steuern, Abgaben oder Sozialversicherungsbeiträgen, ggf. in einem Vergabenachprüfungsverfahren zur Überzeugung der Nachprüfungsinstanzen darlegen und beweisen. Hinsichtlich der Geeignetheit des Nachweises und des Beweismaßes gelten dieselben Maßstäbe wie für die Nachweislichkeit nach § 124 Abs. 1 Nr. 3 GWB (Opitz in: Beck'scher Vergaberechtskommentar § 123 GWB Rz. 53 f.). In der Praxis - so auch hier - verlangen die öffentlichen Auftraggeber von den Bewerbern oder Bietern Eigenerklärungen darüber, dass diese den Verpflichtungen zur Zahlung von Steuern, Abgaben und Sozialversicherungsbeiträgen nachgekommen sind. Diese Prüfung hat der Antragsgegner nach seinem Schriftsatz vom 10. März 2022 vorgenommen. Hierbei sind ihm nach den genannten Grundsätzen über den Beurteilungsspielraum keine Fehler unterlaufen. Wie bereits ausgeführt, ist die tatsächliche Prüfung der genannten Belege durch die Vergabestelle durch die Antragstellerin nicht bestritten worden. Sie hat lediglich beanstandet, dass die Zahlung von Beiträgen an die Sozialkasse Bau unterblieben war.

Entsprechendes gilt für eine Anwendung des § 6 e Abs. 6 Nr. 1 EU VOB/A (vgl. § 124 Abs. 1 Nr. 1 GWB); es fehlt der erforderliche Nachweis des Verstoßes gegen sozialrechtliche Verpflichtungen.

III.

Die Antragstellerin hat als unterlegene Partei nach § 182 Abs. 3 Satz 1 GWB die Kosten zu tragen. Für die Amtshandlungen der Vergabekammern werden nach § 182 Abs. 1 S. 1 GWB Kosten (Gebühren und Auslagen) zur Deckung des Verwaltungsaufwandes erhoben. Nach § 182 Abs. 1 S. 2 GWB ist das Verwaltungskostengesetz - VwKostG - vom 23. Juni 1970 (BGBl. I S. 821) in der am 14. August 2013 geltenden Fassung anzuwenden. Es handelt sich hierbei um eine statische Verweisung auf eine Vorschrift in einer Fassung, die zwischenzeitlich außer Kraft getreten ist (Ziekow/Völlink § 182 GWB Rz. 4).

Bei der Gebührenfestsetzung orientiert sich die Vergabekammer an der Gebührentabelle der Vergabekammern des Bundes. Maßgeblich ist im Regelfall die Angebotssumme des Antragstellers (Röwekamp/Kus/Portz/Prieß § 182 GWB Rz. 7). Sie beträgt in diesem Fall zwischen ### und ### Euro brutto. Hiervon ausgehend beträgt die Gesamtgebühr nach der genannten Tabelle ### Euro.

Nach § 182 Abs. 4 Satz 1 GWB hat die Antragstellerin auch die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung notwendigen Aufwendungen des Antragsgegners zu erstatten. Die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten durch den Antragsgegner war notwendig. Die Notwendigkeit dieser Hinzuziehung ist jeweils nach den individuellen Umständen des einzelnen Nachprüfungsverfahrens zu beurteilen. Grundsätzlich ist hierbei zunächst auf die spezifischen Besonderheiten des Vergabenachprüfungsverfahrens abzustellen. Es handelt sich um eine immer noch nicht zum (weder juristischen noch unternehmerischen) Allgemeingut zählende, auch aufgrund vielfältiger europarechtlicher Überlagerungen wenig übersichtliche und zudem steten Veränderungen unterworfenen Rechtsmaterie, die wegen des gerichtsähnlich ausgestalteten Verfahrens bei der Vergabekammer bereits dort prozessrechtliche Kenntnisse verlangt (Krohn in: Burgi/Dreher Beck'scher Vergaberechtskommentar § 182 GWB Rz. 45 m. w. N.). Eine Ausnahme kann vorliegen, sofern sich die zu behandelnde Materie auf einen einfach gelagerten Sachverhalt beschränkt (vgl. Röwekamp/Kus/Portz/Prieß § 182 GWB Rz. 36). Die Hinzuziehung ist im Regelfall als notwendig anzuerkennen (Röwekamp/Kus/Portz/Prieß § 182 GWB Rz. 36). Die hier zu behandelnden Rechtsfragen waren jedenfalls nicht ganz einfach gelagert, so dass die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten notwendig war.

Die Aufwendungen der Beigeladenen sind nach § 182 Abs. 4 Satz 2 GWB erstattungsfähig, weil sie aus Billigkeit der unterlegenen Partei aufzuerlegen waren. Soweit sich der Antragsteller bewusst und gewollt in einen Interessengegensatz zur Beigeladenen gestellt hat, entspricht es grundsätzlich der Billigkeit, bei Unterliegen des Antragstellers der Beigeladenen einen Kostenerstattungsanspruch für ihre notwendigen Verteidigungsmaßnahmen zuzuerkennen. Entscheidend ist dabei, inwieweit sich die Beigeladene aktiv in das Verfahren eingebracht (Röwekamp/Kus/Portz /Prieß § 182 GWB Rz. 42) und dieses durch substantiellen Vortrag gefördert hat. Stellt die Beigeladene eigene Anträge, wird daraus in der Praxis meist abgeleitet, dass er das Verfahren aktiv gefördert hat und ihr dementsprechend ein Kostenerstattungsanspruch zuzubilligen ist (Krohn in: Beck'scher Vergaberechtskommentar § 182 Rz. 49). Zu den Billigkeitserwägungen gehören auch Erwägungen zur Notwendigkeit der Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten; hier gelten die Ausführungen zu den Aufwendungen des Antragsgegners entsprechend.

IV.

(...)

Praxistipp

Richtig rügen

von Thomas Ax

Was den Inhalt der Rüge anbelangt, so ist grundsätzlich ein großzügiger Maßstab anzulegen. Da ein Bieter nur begrenzten Einblick in den Ablauf des Vergabeverfahrens hat, darf er im Vergabenachprüfungsverfahren behaupten, was er auf der Grundlage seines Kenntnisstands redlicherweise für wahrscheinlich oder möglich halten darf, etwa wenn es um Vergaberechtsverstöße geht, die sich ausschließlich in der Sphäre der Vergabestelle abspielen oder das Angebot eines Mitbewerbers betreffen (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 29. März 2021 - Verg 9/21, unter Hinweis auf OLG Düsseldorf, Beschluss vom 13. April 2011 - Verg 58/10).

Der Antragsteller muss aber - wenn sich der Vergaberechtsverstoß nicht vollständig seiner Einsichtsmöglichkeit entzieht - zumindest Anknüpfungstatsachen oder Indizien vortragen, die einen hinreichenden Verdacht auf einen bestimmten Vergaberechtsverstoß begründen. Ein Mindestmaß an Substantiierung ist einzuhalten; reine Vermutungen zu eventuellen Vergaberechtsverstößen reichen nicht aus.

Da die Rüge den öffentlichen Auftraggeber in die Lage versetzen soll, einen etwaigen Vergaberechtsverstoß zeitnah zu korrigieren, ist es unabdingbar, dass der Antragsteller - um unnötige Verzögerungen des Vergabeverfahrens zu vermeiden und einem Missbrauch des Nachprüfungsverfahrens vorzubeugen - bereits frühzeitig diejenigen Umstände benennt, aufgrund derer er vom Vorliegen eines Vergaberechtsverstoßes ausgeht (vgl. zum Vorstehenden, OLG Düsseldorf, Beschluss vom 29. März 2021 - Verg 9/21 m.W.N.).

Daher ist der Antragsteller gehalten, schon bei Prüfung der Frage, ob ein Vergaberechtsverstoß zu rügen ist, Erkenntnisquellen auszuschöpfen, die ihm ohne großen Aufwand zur Verfügung stehen. Formulierungen wie "nach unserer Kenntnis" oder "nach unserer Informationslage" genügen in der Regel nicht (vgl. zum Vorstehenden OLG Düsseldorf, a.a.O., mit zahlreichen Nachweisen).

Angebote richtig erstellen

von Thomas Ax

Eine Änderung an den Vergabeunterlagen liegt vor, wenn ein Bieter von den Vorgaben der Vergabeunterlagen abweicht. Änderungen können den Inhalt der nachgefragten Leistung oder die Vertragskonditionen und Preise betreffen (OLG Frankfurt, Beschluss vom 26. Juni 2012 - 11 Verg 12/11). Die Vorschrift dient dem Schutz des Auftraggebers, dem Wettbewerb und damit den anderen Bietern. Der Auftraggeber soll die ausgeschriebene (und keine andere) Leistung erhalten, die Angebote sollen vergleichbar sein.

Eine unzulässige Änderung liegt vor, wenn eine andere Leistung angeboten wird als vom Auftraggeber beschrieben. Änderungen sind alle unmittelbaren Eingriffe mit verfälschender Absicht, wie Streichungen, Hinzufügungen, jede Abänderung einer Position, Herausnahme von einzelnen Blättern etc. (vgl. OLG Jena, Beschluss vom 16.09.2013 - 9 Verg 3/13).

Eine Änderung an den Vergabeunterlagen liegt dann vor, wenn der Bieter nicht das anbietet, was der Ausschreibende bestellt hat, sondern von den Vorgaben der Vergabeunterlagen abweicht (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 22.03.2017 - Verg 54/16, s. auch BGH, Urteil vom 29.11.2016 - X ZR 122/14).

Ob eine unzulässige Änderung der Vergabeunterlagen durch das Angebot im Einzelfall vorliegt, ist anhand einer Auslegung in entsprechender Anwendung der §§ 133, 157 BGB sowohl der Vergabeunterlagen als auch des Angebots nach dem jeweiligen objektiven Empfängerhorizont festzustellen. Maßgeblich ist dabei der Empfängerhorizont der potenziellen Bieter (vgl. BGH, Beschluss vom 15.01.2013 -X ZR 155/10; VK Nordbayern, Beschluss vom 09.12.2021 - RMF-SG21-3194-6-36, zur VgV; BayObLG, Beschluss vom 17.06.2021 - Verg 6/21).

Veranstaltungsankündigung

AxAkademie: Neuer Workshop zur Beschaffung umweltfreundlicher Güter und Dienstleistungen

Der öffentlichen Beschaffung kommt durch ihre starke Nachfragemacht in vielen Branchen eine Leitwirkung zu, durch die sie die Marktdiffusion umweltfreundlicher Güter und Dienstleistungen maßgeblich fördern kann.

Die gesetzlichen Rahmenbedingungen dazu wurden auf europäischer und nationaler Ebene in der Vergangenheit geschaffen, allerdings fehlt es in vielen Bereichen noch an der Umsetzung der umweltfreundlichen öffentlichen Beschaffung. „Für ‚GreenPublicProcurement‘ sind längst alle gesetzlichen Türen geöffnet; hier fehlt es am Vollzug.“ [Kurth/Loschwitz 2019: 61]. Dabei verpflichten die Vergabegesetze der meisten Bundesländer die Verwaltungen zur Beschaffung umweltfreundlicher Güter und Dienstleistungen sofern sie die funktionalen Anforderungen erfüllen. Darüber hinaus werden in den Landesabfallgesetzen von 14 der 16 Bundesländer die Verwaltungen auch explizit zur Beschaffung reparaturfreundlicher Produkte verpflichtet. Die Umsetzung dieser Anforderung erfolgt bisher jedoch nur rudimentär, da diese gesetzliche Anforderung den Beschaffungsverantwortlichen oft nicht bekannt ist.

Darüber hinaus mangelt es an Kriterien zur Definition der Anforderung ‚reparaturfreundlich‘ in Ausschreibungen und an Bewertungsmaßstäben in Form von Eignungs- und Zuschlagskriterien.

Dieser Workshop wendet sich an die Auftraggeber der öffentlichen Hand, an die potenziellen Auftragnehmer sowie interessierte öffentliche Kreise und bietet Hinweise und Hilfestellungen zur Integration der Reparaturfreundlichkeit in die öffentliche Beschaffung. Er beschränkt sich auf Lieferleistungen und Dienstleistungen. Bauleistungen erfordern aufgrund ihrer Anforderungen eine gesonderte Betrachtung.

Der Workshop definiert zunächst die beiden für die Beschaffung besonders relevanten Begriffe ‚Reparaturfreundlichkeit‘ und ‚Reparierbarkeit‘. Darauf aufbauend werden die einzelnen Schritte des umweltfreundlichen Beschaffungsprozesses dargestellt und Wege zur Berücksichtigung und Integration von Reparatur und Reparierbarkeit aufgezeigt. Dabei werden sowohl die

Reparaturdienstleistung als Alternative zur Ersatzbeschaffung, als auch die Reparierbarkeit als eine Anforderung bei der Beschaffung von Produkten betrachtet.

Im Anschluss werden produktgruppenübergreifende Kriterien für die Reparaturfreundlichkeit vorgestellt. Produktgruppenspezifische Kriterien, die ergänzend zu den produktgruppenübergreifenden Kriterien erforderlich sind, werden exemplarisch aufgezeigt. Es wird auch der Bezug der Kriterien zum Gütezeichen Blauer Engel dargestellt.

Für die Einbeziehung der Reparaturfreundlichkeit als Umweltmerkmal in Vergabeverfahren und für die Vergabe von Reparaturdienstleistungen sollten bei Vergabeverfahren unterhalb und oberhalb des Schwellenwertes das gleiche Vorgehen gewählt werden.

Dieser Workshop befasst sich mit allen Fragen zur Integration der Reparaturfreundlichkeit in die Beschaffung.

Marktanalyse

Im Rahmen der Marktanalyse werden die am Markt vorhandenen Alternativen zur Deckung des Bedarfs recherchiert und analysiert und bei komplexen Produkten oder Dienstleistungen auch erste Gespräche mit den Marktteilnehmern geführt, um den Markt und die Möglichkeiten zur Deckung des Bedarfs bestmöglich einschätzen zu können. Des Weiteren werden Gütezeichen und Standards recherchiert und dahingehend analysiert, ob ihre Kriterien sich zur Beschreibung der Nachhaltigkeitsanforderungen in der Leistungsbeschreibung eignen.

Es können auch Vorabinformationen mit den geforderten Nachhaltigkeitskriterien veröffentlicht werden, sofern dies transparent erfolgt und die Informationen für alle potenziell Bietenden zugänglich sind. Mit langjährigen Vertragspartnern, mit denen Rahmenverträge oder langlaufende Verträge bestehen, sollte die Reparaturfreundlichkeit in die bestehenden Verträge integriert werden.

Im Fall eines Ersatzbedarfs werden im Idealfall sowohl die Kosten und Konditionen einer Reparatur und Verfügbarkeit von Reparaturdienstleistern ermittelt als auch Kosten und Konditionen einer Ersatzbeschaffung ermittelt.

Bei der Marktanalyse im Kontext von Neubeschaffung, Erweiterungsbeschaffung und Ersatzbeschaffung wird

die Reparaturfreundlichkeit der am Markt angebotenen Produkte ermittelt und die Reparaturfreundlichkeit wird als eine Anforderung in die Vorabinformationen aufgenommen und bei Gesprächen mit langjährigen Vertragspartnern eingebracht.

Auftragsgegenstand

Mittels des Auftragsgegenstandes wird das gesuchte Produkt oder die zu erwerbende Dienstleistung definiert. Er bestimmt, welche Kriterien in die Leistungsbeschreibung und die Zuschlagskriterien aufgenommen werden können. Um die Relevanz von Umwelt- und Sozialanforderungen für die Ausschreibung zu unterstreichen, sollten diese bereits im Auftragsgegenstand aufgeführt werden. Der Auftragsgegenstand kann neben einem Produkt oder einer Dienstleistung auch eine Rahmenvereinbarung sein.

Im Fall eines Ersatzbedarfs wird im Rahmen der Definition des Auftragsgegenstandes darüber entschieden ob eine Reparatur oder eine Ersatzbeschaffung erfolgen soll. Diese Entscheidung erfolgt auf Basis der in der Bedarfsanalyse und der Marktanalyse bei den Bedarfsträgern und Marktteilnehmern gesammelten Informationen. Sofern auf Basis dieser Informationen eine Entscheidung nicht möglich ist, weil technische Fragen der Reparatur offen sind, sollte eine unverbindliche Einschätzung von einer technisch sachverständigen Person eingeholt werden.

Bei der Beauftragung von Reparaturdienstleistungen sollte auf Rahmenverträge verzichtet werden, wenn sie kleinen lokalen Reparaturbetrieben die Abgabe eines Angebots nicht ermöglichen. Reparaturen sollten individuell ausgeschrieben bzw. vergeben werden (der Auftragswert der allermeisten Reparaturen liegt unter den Schwellenwerten).

Die Beschaffung reparaturfreundlicher Produkte kann dagegen durch die Verwendung von Rahmenvereinbarungen vereinfacht werden, da in einer zentralen Beschaffungsstelle das Wissen über die Reparaturfreundlichkeit und die Kriterien zu deren Integration in die Auftragsvergabe vorhanden sein müssen. Die Anforderung der Reparaturfreundlichkeit an den Auftragsgegenstand sollte sowohl bei Einzelbeauftragung als auch bei der Beauftragung eines Rahmenvertrages bereits in der Definition des Auftragsgegenstandes festgeschrieben werden.

Leistungsbeschreibung

Die Leistungsbeschreibung bildet die Grundlage für die Erstellung der Angebote durch die Bieter. In der Leistungsbeschreibung ist der Auftragsgegenstand so eindeutig und erschöpfend wie möglich zu beschreiben, damit er für alle Unternehmen im gleichen Sinn verständlich ist und die Angebote miteinander verglichen werden können [vgl. GWB 2018: § 121].

Die Merkmale des Auftragsgegenstandes können in Form von Leistungs- oder Funktionsanforderungen, oder einer Beschreibung der zu lösenden Aufgabe definiert werden. Die Beschreibung muss auch die ökologischen und sozialen Anforderungen an den Auftragsgegenstand beinhalten.

Die Zahl der aufgeführten ökologischen und sozialen Merkmale ist nicht begrenzt, die Merkmale müssen lediglich einen Auftragsbezug aufweisen und im Verhältnis zum Beschaffungsziel des Auftrages stehen. Die in der Leistungsbeschreibung genannten Merkmale „können sich auch auf den Prozess oder die Methode zur Herstellung oder Erbringung der Leistung oder auf ein anderes Stadium im Lebenszyklus des Auftragsgegenstandes einschließlich der Produktions- und Lieferkette beziehen, auch wenn derartige Faktoren keine materiellen Bestandteile der Leistung sind, sofern diese Merkmale in Verbindung mit dem Auftragsgegenstand stehen und zu dessen Wert und Beschaffungszielen verhältnismäßig sind.“ [vgl. VGV 2016: § 31 Abs. 3].

Da das Merkmal ‚Reparaturfreundlichkeit‘ konstruktive, funktionale und organisatorische Anforderungen enthält, sollte die Leistungsbeschreibung als eine Mischform aus funktionaler und konstruktiver Leistungsbeschreibung erstellt werden. Die Aufnahme des Merkmals ‚Reparaturfreundlichkeit‘ in die Leistungsbeschreibung ist neben den positiven ökologischen Auswirkungen auch durch den aus der Reparaturfreundlichkeit für den Auftraggeber resultierenden unmittelbaren und mittelbaren wirtschaftlichen Nutzen gerechtfertigt.

Der wirtschaftliche Nutzen resultiert daher, dass reparaturfreundliche Produkte durch die Möglichkeit der Reparatur eine längere Nutzungsdauer aufweisen und dadurch Ersatzbeschaffungen später erfolgen als bei Produkten bei denen eine Reparatur aufgrund nicht gegebener Reparaturfreundlichkeit nicht möglich ist.

Als Beleg für die Erfüllung der in der Leistungsbeschreibung geforderten Nachhaltigkeitsmerkmale kann der Auftraggeber

- die Einhaltung einer Norm, die die Leistungs- oder Funktionsanforderungen des öffentlichen Auftraggebers abbildet, durch die Liefer- oder Dienstleistung fordern [vgl. VGV 2016: § 32 Abs. 2],
- Bescheinigungen, insbesondere Testberichte oder Zertifizierungen, einer Konformitätsbewertungsstelle verlangen [vgl. VGV 2016: § 33 Abs. 1, 2], oder
- Gütezeichen einfordern, sofern diese bestimmten Anforderungen genügen [vgl. VGV 2016: § 34].

Als Beleg für die Erfüllung des Umweltschutzmerkmals ‚Reparaturfreundlichkeit‘ eignen sich zur Zeit nur Bescheinigungen und Erklärungen der Bieter, da weder Gütezeichen noch Normen existieren, die alle Kriterien des Umweltschutzmerkmal ‚Reparaturfreundlichkeit‘ enthalten. Bestehende Gütezeichen, die wie der Blaue Engel für bestimmte Produkte Anforderungen bezüglich der Reparatur enthalten, decken nur einen Teil der Kriterien, die die Reparaturfreundlichkeit definieren, ab (in dem meisten Fällen wird nur eine zeitliche Mindestverfügbarkeit der Ersatzteile gefordert, Anforderungen zu Lieferzeiten, Ersatzteillisten sowie Preisgestaltung und Zugang zu Ersatzteilen sind ebenso wie weitere Anforderungen zur Reparaturfreundlichkeit (noch) nicht Teil des Gütezeichens).

Eignungsprüfung

Die Bieter weisen mittels der Eignungsprüfung nach, dass sie über die nötige Fachkunde und Leistungsfähigkeit verfügen, um den Auftrag auszuführen.

Die Eignungskriterien dürfen ausschließlich Folgendes betreffen:

- Befähigung und Erlaubnis zur Berufsausübung
- wirtschaftliche und finanzielle Leistungsfähigkeit
- technische und berufliche Leistungsfähigkeit.

[vgl. GWB 2018: § 122, Abs. 2; VGV 2016: §§ 44-46]

Im Rahmen der technischen und beruflichen Leistungsfähigkeit sollen auch nachhaltigkeitsrelevante Aspekte überprüft werden, sofern sie mit dem

Auftragsgegenstand in Verbindung und zu diesem in einem angemessenen Verhältnis stehen und in der Auftragsbekanntmachung, der Vorinformation oder der Aufforderung zur Interessensbestätigung aufgeführt wurden [vgl. GWB 2018: § 122, Abs. 4].

Die Reparaturfreundlichkeit wird durch die Benennung ihrer Kriterien als Eignungskriterien zur Ermittlung der technischen und beruflichen Leistungsfähigkeit des Bieters bereits im Rahmen der Eignungsprüfung geprüft.

Eine reparaturfreundliche Gestaltung des Auftragsgegenstandes, die Bereitstellung von Ersatzteilen, Software / Firmware und Reparaturanleitungen und die Einhaltung weiterer reparaturrelevanter Kriterien (für die vollständige Liste der Kriterien s. 3.3.2 und 3.3.3) sind die technische und berufliche Leistungsfähigkeit des Bieters betreffende Eignungskriterien und durch den Bieter nachzuweisen. Erfüllt der Bieter diese Kriterien nicht, kann er unter Berücksichtigung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit von der Teilnahme an dem Vergabeverfahren ausgeschlossen werden [vgl. GWB 2018: § 124, Abs. 1, Punkt 8. und VGV 2016: § 46, Abs. 3, Punkt 11. b)].

Zuschlagskriterien

Die Angebote, die die Merkmale der Leistungsbeschreibung sowie die Eignungsprüfung erfüllen, werden mittels Zuschlagskriterien bewertet. Nachhaltigkeitsaspekte können durch umweltbezogene oder soziale Zuschlagskriterien in die Vergabeentscheidung einfließen. Grundsätzlich erhält das wirtschaftlichste Angebot (bestes Preis-Leistungs-Verhältnis) den Zuschlag. In die Leistungsbewertung fließen auch die umweltbezogenen oder sozialen Zuschlagskriterien ein. [vgl. GWB 2018: § 127, Abs. 1; VGV 2016: § 58, Abs. 2] Das Zuschlagskriterium „Kosten“ sollte, und bei vielen Auftragsgegenständen muss es, die Lebenszykluskosten der Leistung widerspiegeln, das „wirtschaftlichste Angebot“ muss dann weitere, über die Anschaffungskosten hinausgehenden Kosten berücksichtigen [vgl. VGV 2016: § 59 Abs. 2]. Die Zuschlagskriterien müssen eine Verbindung zum Auftragsgegenstand aufweisen. Dies ist gegeben, wenn „sich ein Zuschlagskriterium auf Prozesse im Zusammenhang mit der Herstellung, Bereitstellung oder Entsorgung der Leistung, auf den Handel mit der Leistung oder auf ein anderes Stadium im Lebenszyklus der Leistung bezieht, auch wenn sich diese Faktoren nicht auf die materiellen Eigenschaften des Auftragsgegenstandes auswirken“ [vgl. GWB 2018: § 127, Abs. 3]. Zuschlagskriterien, die sich ausschließlich auf das allgemeine Umweltverhalten des bietenden Unternehmens beziehen, das von seinen Produkten oder Leistungen unabhängig ist, sind dagegen nicht zulässig (allgemeine Unternehmenspolitik, Verwendung von Recyclingpapier in den Büros, Verzicht auf die Verwendung von Einweggeschirr in der Werkskantine) [vgl. UBA 2019: 93f].

Die Erfüllung der Zuschlagskriterien kann auch durch Gütezeichen nachgewiesen werden, sofern diese die Zuschlagskriterien abbilden.

Die Kriterien der Reparaturfreundlichkeit werden als Zuschlagskriterien definiert, sofern sie nicht bereits als Eignungskriterien festgelegt wurden.

Die Kosten von Reparaturen fließen in die Ermittlung der Lebenszykluskosten ein, in dem für in der Leistungsbeschreibung definierte Defekte die Kosten der Reparatur (Material, Arbeitsleistung, Anfahrt, Kosten der Bereitstellung eines Ersatzgeräts für den Zeitraum der Reparatur und alle weiteren Kosten) durch den Bieter anzugeben sind.

Da zur Zeit keine Gütezeichen existieren, die alle Kriterien des Umweltschutzmerkmals ‚Reparaturfreundlichkeit‘ enthalten, eignen sich Gütezeichen nicht zum Nachweis der Reparaturfreundlichkeit des Auftragsgegenstandes.

Auftragsausführung

Die Vergabe endet mit der Auftragsvergabe an einen Bieter, das Vergabeverfahren umfasst aber noch zwei weitere Prozessschritte, die Auftragsausführung und das Vertragsmanagement und -monitoring.

Im Vertrag mit dem Auftragnehmer muss nun noch die Einhaltung und Überprüfung der vereinbarten Kriterien inklusive der Nachhaltigkeitskriterien festgelegt werden. Diese Aktivität unterliegt nicht der Vergabeverordnung.

Die Kriterien der Reparaturfreundlichkeit und die für die Berechnung der Lebenszykluskosten angegebenen Reparaturkosten für die definierten Reparaturszenarien werden in den Vertrag aufgenommen.

Vertragsmanagement und -monitoring

Das Vertragsmanagement und -monitoring umfasst die Überwachung, Steuerung und Dokumentation der vergebenen Aufträge über den gesamten Auftragszeitraum hinweg und die Planung von Vertragsverlängerungen und Anschlussverträgen. Es ist insbesondere für Rahmenverträge, Bau- und länger laufende Dienstleistungsaufträge relevant. Es kann aber auch bei der Vergabe von regelmäßig zu beschaffenden Lieferleistungen und zur Überwachung der Eignung von Auftragnehmern für zukünftige Ausschreibungen genutzt werden.

Das Vertragsmanagement ermöglicht es u.a., die vom Auftragnehmer zugesagte Reparaturfreundlichkeit u.a. durch die folgenden Instrumente

- Stichproben und zufällige Kontrollen der Reparaturfreundlichkeit (Ersatzteilbeschaffung sowie Zugang zu Reparaturanleitungen, reparaturrelevanten Informationen und Werkzeugen) durch den Beschaffenden selbst oder andere Mitarbeiter des öffentlichen Auftraggebers
- Evaluation der Ergebnisse von Reparaturdienstleistungen
- Überprüfung der in die Lebenszykluskosten eingegangenen Reparaturkosten

und falls erforderlich, Maßnahmen zur Einhaltung der vertraglichen Zusagen einzuleiten.

Der Workshop unterstützt und leitet an die Erarbeitung von Kriterien und Bewertungsmaßstäben sowie die Erstellung von Bewertungsmatrizes.

Termine

Nürnberg April 2024

Köln Mai 2024

Dresden Juni 2024

Auch als Inhouse-Veranstaltung buchbar.

Interesse?

Anfragen bitte an

Ax Akademie für Vergaberecht und Vertragsrecht

Uferstraße 16

69 151 Neckargemünd

Telefon: +49-6223-8662260

Telefax: +49-6223-8688614

E-Mail: mail@ax-akademie.de

Zufriedene Mandanten

Sehr geehrter Herr Dr. Ax,

vielen Dank für die sehr gute Durchführung des Vergabeverfahrens. Ich denke das ist ein gutes Ergebnis.

Ich war beim Prüfen der Angebote auch auf Ihr Ergebnis gekommen und schließe mich Ihrem Vorschlag voll an.

Bitte erteilen Sie den Zuschlag an ... und teilen Sie ... mit, dass wir dessen Angebot nicht annehmen.

...

Vielen Dank.

Mit freundlichen Grüßen

Eric Hellmann - LL. B.

Stabsbereich der Geschäftsführung

Stabsstelle Selbstverwaltung, Datenschutz, Justizariat
und Leitung zentrale Beschaffungs- und Vergabestelle

Gemeinde-Unfallversicherungsverband Hannover

Landesunfallkasse Niedersachsen

Am Mittelfelde 169 – 30519 Hannover

Anzeige

Was Sie bei AR erwartet

Chancen

Direkt einsteigen in spannende, prominente Mandate. Vom ersten Tag an Verantwortung übernehmen. Sich in einem agilen, innovativen Umfeld weiterentwickeln. Und von einem erfahrenen Team an Top-Anwälten profitieren. AR bieten Ihnen hervorragende Einstiegs-, Aufstiegs- und Karrieremöglichkeiten – in einer wertschätzenden, persönlichen wie partnerschaftlichen Atmosphäre.

New Work

Was Sie erwartet, ist ein inspirierender Arbeitsplatz mit allen Annehmlichkeiten der neuen, modernen Arbeitswelt. Damit verbunden ist ein hohes Maß an Flexibilität. Vertrauensarbeitszeit öffnet Ihnen die Möglichkeit des mobilen Arbeitens und eine Zeithoheit, die eine gesunde Work-Life-Balance fördert. Die Vereinbarkeit von Beruf und Familie ist bei uns kein Balanceakt, sondern gelebte Unternehmenskultur.

Entwicklungsmöglichkeiten

Die Freude an persönlichen Entwicklungsmöglichkeiten ist ein wichtiges Motivationsmoment. Deshalb steht allen AR Kolleginnen und Kollegen die Tür zu weitreichenden Förderprogrammen offen. Ob Fortbildungen oder Fachanwaltslehrgänge, oder Unterstützung bei der Anfertigung wissenschaftlicher Publikationen: Wir gestalten und sichern Zukunft. Wir bauen unser Know-how im Dialog mit wissenschaftlichen Institutionen aus. Und wir fördern den intensiven Wissensaustausch in unseren Teams nachhaltig.

Werbung

Machen Sie sich fit: Das Lieferkettensorgfaltspflichtengesetz (LkSG) als Herausforderung auch und Insbesondere für öffentliche Auftraggeber

Intensivschulung, Frankfurt, 10.6. 10-12 Uhr; Berlin, 17.6. 10-12 Uhr; Hamburg, 24.6. 10-12 Uhr
299 Euro zzgl MWSt., Schulungsleiter: Rechtsanwalt Dr. Thomas Ax
Interesse?
AX Akademie
Uferstraße 16
69151 Neckargemünd
Tel.: 06223 86886-15
Mobil: 0151 461 976 84
t.ax@ax-akademie.de

Hintergrund:

Das Lieferkettensorgfaltspflichtengesetz (LkSG) schreibt erstmals Pflichten zur Kontrolle und Einhaltung umwelt- und menschenrechtlicher Standards entlang der Lieferkette fest.

Das LkSG gilt zunächst nur für große Unternehmen mit Sitz im Inland, wobei letztere Anforderung vergleichsweise weit gefasst ist. So werden nach § 1 Abs.1 LkSG in Deutschland ansässige Unternehmen mit einer Zweigniederlassung in Deutschland vom Anwendungsbereich des Gesetzes erfasst. Zunächst waren nur Unternehmen mit mindestens 3.000 Mitarbeitern durch das Gesetz verpflichtet. Seit dem 01.01.2024 fallen auch Unternehmen mit mindestens 1.000 Beschäftigten in den Anwendungsbereich des LkSG.

Das Gesetz stärkt in globalen Lieferketten Menschenrechte und den Umweltschutz.

Es verpflichtet Unternehmen in Deutschland zur Achtung von Menschenrechten durch die Umsetzung definierter Sorgfaltspflichten. Diese Pflichten gelten für den eigenen Geschäftsbereich, für das Handeln eines Vertragspartners und das Handeln weiterer (mittelbarer) Zulieferer. Damit endet die Verantwortung der Unternehmen nicht länger am eigenen Werkstor, sondern besteht entlang der gesamten Lieferkette.

Zunächst müssen Unternehmen die Risiken in ihren Lieferketten ermitteln, bewerten

und priorisieren. Aufbauend auf den Ergebnissen werden eine Grundsatzerklärung veröffentlicht und Maßnahmen ergriffen, um Verstöße gegen die Menschenrechte sowie Schädigungen der Umwelt zu vermeiden oder zu minimieren. Das Gesetz legt dar, welche Präventions- und Abhilfemaßnahmen notwendig sind. Zu den weiteren Pflichten gehören auch die Einrichtung von Beschwerdekanälen für die Menschen in den Lieferketten und die regelmäßige Berichterstattung über das Lieferkettenmanagement. Davon profitieren die Menschen in den Lieferketten, Unternehmen und auch die Konsumenten. Denn sie erhalten durch das Gesetz Rechtssicherheit und eine verlässliche Handlungsgrundlage für ein nachhaltiges Lieferkettenmanagement mit resilienten Beschaffungswegen. Den Verbrauchern bringt das Lieferkettengesetz die Sicherheit, dass insbesondere große Unternehmen in Deutschland nun einen noch stärkeren Fokus auf faire Herstellung legen müssen.

Das Lieferkettengesetz bezieht sich mittelbar auch auf die öffentliche Beschaffung.

Das LkSG ist zunächst hinsichtlich der darin geregelten Pflichten für bestimmte Unternehmen nicht festgelegt. Es differenziert nicht zwischen öffentlichen Unternehmen und Unternehmen der Privatwirtschaft. Auch die Frage, ob die betroffenen Waren im Rahmen eines Vergabeverfahrens beschafft werden sollen, spielt unmittelbar keine Rolle. Das Gesetz bezieht sich allein auf den Herstellungsprozess von Produkten entlang der Lieferkette.

Mittelbar sind aber dennoch Auswirkungen des LkSG festzustellen. Dies trifft zunächst die (Groß-)Unternehmen der öffentlichen Hand: Diese sind, soweit sie dem Anwendungsbereich des LkSG unterfallen, natürlich an dieses gebunden und müssen dementsprechend die Sorgfaltspflichten des § 3 LkSG erfüllen.

Daneben ergibt sich noch eine weitere Auswirkung des LkSG auf die öffentliche Beschaffung: § 128 Abs.1 GWB bestimmt, dass Unternehmen bei der Ausführung eines öffentlichen Auftrags alle für sie geltenden gesetzlichen Vorschriften einzuhalten haben. Diese Vorschrift bringt mit sich, dass das LkSG nicht nur bei der Ausführung öffentlicher Aufträge gilt, sondern dass öffentliche Auftraggeber auch berechtigt sind, sich über die Einhaltung dieses Gesetzes zu informieren.

Dabei ist aber zu beachten, dass Ausführungsbestimmungen wie die des § 128 Abs. 1 GWB in aller Regel erst kontrolliert werden können, wenn der Auftrag auch

ausgeführt wird. Eine präventive Kontrolle im Rahmen des Vergabeverfahrens ist eher die Ausnahme.

Zuletzt ergibt sich noch eine unmittelbare Auswirkung des LkSG auf Vergabeverfahren: Nach § 22 LkSG sollen Unternehmen, gegen die aufgrund eines Verstoßes gegen das LkSG ein Bußgeld von mindestens 175.000 € verhängt wurde, für die Dauer von drei Jahren von öffentlichen Aufträgen ausgeschlossen werden. Für einzelne Pflichten des LkSG liegt die Grenze des Bußgeldes für einen Ausschluss aus Vergabeverfahren noch höher und beträgt 1.500.000 oder 2.000.000 €. Die maximalen Bußgelder ergeben sich aus § 24 Abs. 2 des Sorgfaltspflichtengesetzes. Dieser legt fest, dass für die Fälle des § 24 Abs. 1 Nr. 9-12 (Dokumentations- und Berichts-, sowie Veröffentlichungs- und Aufbewahrungsfristen) das maximale Bußgeld 100.000 € beträgt. Zugleich legt § 22 Abs.1 fest, dass ein Ausschluss erst bei Erreichen einer Bußgeldhöhe in Höhe von 175.000 € erfolgen soll. Das bedeutet, dass hier dieser Wert bei den Pflichten des § 24 Abs.1 Nr. 9-12 eigentlich nie erreicht werden kann. Für die anderen Pflichten des Sorgfaltspflichtengesetzes gilt das aber nicht: Hier kann auch ein höheres Bußgeld erreicht werden und damit auch die Schwelle zur Soll-Vorschrift des Ausschlusses überschritten werden. Allerdings sind die Hürden dafür sehr hoch. Es gibt zwei Möglichkeiten, wie die Schwelle erreicht werden kann. Erstens können die Bußgelder bis zu zwei Prozent des Jahresumsatzes betragen, wenn ein Unternehmen mangelhafte Abhilfemaßnahmen ergreift oder unzureichende Abhilfepläne erstellt oder nicht rechtzeitig umsetzt. Allerdings gilt das nur für Unternehmen mit einem Jahresumsatz von mehr als 400 Millionen €. Zweitens verweist das LkSG auf § 30 OWiG: Danach kann die Geldbuße bis zu verzehnfacht werden, wenn die Pflichtverletzung durch eine Führungskraft des Unternehmens begangen wurde. Beide Möglichkeiten können aber nur in Sonderfällen angewendet werden. Grundsätzlich lässt sich festhalten, dass die Pflichten des Sorgfaltspflichtengesetzes und die hieraus resultierenden Bußgelder bzw. die Voraussetzungen eines Ausschlusses von öffentlichen Aufträgen besser aufeinander abgestimmt werden sollten.

Es muss sich zeigen, ob der Ausschlussgrund des § 22 LkSG praktische Bedeutung entfalten wird. Dies wiederum hängt stark vom Bundesamt für Wirtschaft und Ausfuhrkontrolle (BAFA) ab, welches für die Umsetzung des LkSG zuständig ist. Denn es liegt in der Verantwortung des BAFA, Verstöße gegen das LkSG festzustellen und diese mit entsprechenden Bußgeldern zu sanktionieren.

Mit dem Bundesamt für Wirtschaft und Ausfuhrkontrolle (BAFA) überprüft eine etablierte Behörde die Einhaltung des Gesetzes. Das BAFA kontrolliert die Unternehmensberichte und geht eingereichten Beschwerden nach. Stellt das Bundesamt Versäumnisse oder Verstöße fest, kann es Bußgelder verhängen oder Unternehmen von der öffentlichen Beschaffung ausschließen.

Erst dann haben öffentliche Auftraggeber die Möglichkeit, vom Ausschlussgrund des § 22 LkSG Gebrauch zu machen.

Gesetz über die unternehmerischen Sorgfaltspflichten zur Vermeidung von Menschenrechtsverletzungen in Lieferketten (Lieferkettensorgfaltspflichtengesetz – LkSG)

§ 22 Ausschluss von der Vergabe öffentlicher Aufträge
(1) Von der Teilnahme an einem Verfahren über die Vergabe eines Liefer-, Bau- oder Dienstleistungsauftrags der in den §§ 99 und 100 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen genannten Auftraggeber sollen Unternehmen bis zur nachgewiesenen Selbstreinigung nach § 125 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen ausgeschlossen werden, die wegen eines rechtskräftig festgestellten Verstoßes nach § 24 Absatz 1 mit einer Geldbuße nach Maßgabe von Absatz 2 belegt worden sind. Der Ausschluss nach Satz 1 darf nur innerhalb eines angemessenen Zeitraums von bis zu drei Jahren erfolgen.

(2) Ein Ausschluss nach Absatz 1 setzt einen rechtskräftig festgestellten Verstoß mit einer Geldbuße von wenigstens einhundertfünfundsiebzigtausend Euro voraus. Abweichend von Satz 1 wird 1.

in den Fällen des § 24 Absatz 2 Satz 2 in Verbindung mit § 24 Absatz 2 Satz 1 Nummer 2 ein rechtskräftig festgestellter Verstoß mit einer Geldbuße von wenigstens eine Million fünfhunderttausend Euro,

2.in den Fällen des § 24 Absatz 2 Satz 2 in Verbindung mit § 24 Absatz 2 Satz 1 Nummer 1 ein rechtskräftig festgestellter Verstoß mit einer Geldbuße von wenigstens zwei Millionen Euro und 3.in den Fällen des § 24 Absatz 3 ein rechtskräftig festgestellter Verstoß mit einer Geldbuße von wenigstens 0,35 Prozent des durchschnittlichen Jahresumsatzes vorausgesetzt.

(3) Vor der Entscheidung über den Ausschluss ist der Bewerber zu hören.

Das Gesetz hat zunächst keinen Anspruch, etwas für die nachhaltige öffentliche

Beschaffung zu leisten. Aber natürlich werden die Entwicklungen, die sich aus dem LkSG ergeben, auch Auswirkungen auf die nachhaltige öffentliche Beschaffung haben. Es ist zu erwarten, dass die Anforderungen des LkSG Unternehmen stärker dazu bewegen, bei ihren Lieferketten genauer hinzusehen und belastbare Kontrollsysteme zu etablieren. Das wird nicht allein unternehmensintern zu leisten sein, weswegen hierfür Dienstleister (z.B. Auditor) eingekauft werden müssen. Diese gesteigerte Nachfrage wird voraussichtlich dazu führen, dass es mehr Dienstleister*innen in diesem Bereich gibt, welche ihre Leistung auch kostengünstiger anbieten können. Hierdurch wird die Dienstleistung „Kontrolle“ breiter verfügbar und kann dann besser durch öffentliche Auftraggeber im Wege eines Vergabeverfahrens eingefordert werden. Dies kann z. B. über die Forderung nach der Vorlage eines „Lieferkettenmanagements“ gem. § 46 Abs. 3 Nr. 4 VgV geschehen.

Allein der Ausschlussgrund des §§ 22 LkSG wird die Umsetzung des Gesetzes in der Praxis nicht verbessern. Auch wenn die öffentliche Hand eine bedeutende Nachfrage an den Markt stellt, so sind doch nur wenige Unternehmen, die in den Anwendungsbereich des Gesetzes fallen, von öffentlichen Aufträgen abhängig. Das Bußgeld und ggf. der Reputationsschaden werden in aller Regel schmerzhafter sein. Zudem ist offen, wie Vergabestellen mit einem Verstoß gegen das LkSG umgehen werden. Ein rechtskräftiges Bußgeld wird im Gewerbezentralregister eingetragen, so dass öffentliche Auftraggeber*innen dies in der Regel vor dem Zuschlag erfahren werden. Allerdings ist noch offen, wie die „Soll-Vorgabe“ des Ausschlusses umgesetzt wird. Diese Vorgabe verpflichtet öffentliche Auftraggeber dazu, in aller Regel ein Unternehmen, welches den Ausschlussgrund des § 22 LkSG erfüllt, vom Vergabeverfahren auszuschließen. Nur in besonders begründeten Ausnahmefällen kann hiervon abgewichen werden. Eine ursprünglich vorgesehene zwingende Muss-Vorgabe ist hingegen im Gesetzgebungsprozess wieder gestrichen worden.

In der praktischen Umsetzung wird insbesondere interessant sein zu sehen, ob Unternehmen versuchen, gegen mögliche Konkurrenten sich hier auf den Ausschlussgrund des § 22 LkSG berufen oder man dieses Thema lieber bewusst meidet.

Kleinere Unternehmen oder Unternehmen, die keinen Sitz bzw. eine Zweigniederlassung im Inland unterhalten, unterfallen nicht dem LkSG. Das bedeutet aber nicht, dass öffentliche Auftraggeber daran gehindert sind, auch an diese Unternehmen vergleichbare Anforderungen zu stellen. Dies geschieht dann aber nicht

mehr durch den Bundesgesetzgeber, sondern durch die öffentliche Auftraggeber direkt in den Vergabeunterlagen. Dabei ist aber zu beachten, dass diese Anforderungen (anders als die des LkSG) nicht mehr abstrakt unternehmensbezogen sein dürfen, sondern stets einen konkreten Bezug zum Leistungsgegenstand aufweisen müssen. So ist z.B. eine geschlossene Lieferkette innerhalb der EU mangels hinreichenden Bezugs zum Auftragsgegenstand kein zulässiges Zuschlagskriterium.

Grundsätzlich dürfen öffentliche Auftraggeber in ihren Vergabeverfahren auch über die Inhalte des LkSG hinaus gehen, sofern dies mit dem vergaberechtlichen Grundsatz der Verhältnismäßigkeit vereinbar ist. Allerdings unterliegen sie auch hier der Pflicht, dass diese Anforderungen einen Bezug zum Auftragsgegenstand aufweisen müssen. Das wird bei den meisten Pflichten aus dem LkSG der Fall sein, sofern diese auf den konkret zu beschaffenden

Leistungsgegenstand eingeschränkt werden. Die isolierte Berichtspflicht des LkSG gehört jedoch nicht dazu. Denn diese weist ja nur nach, dass bestimmte Pflichten eingehalten wurden. Sie ist aber keine Voraussetzung dafür, dass Bieter die Sorgfaltspflichten auch einhalten. Ungeachtet dessen können öffentliche Auftraggeber aber die Berichte in geeigneten Fällen als Nachweis bestimmter Anforderungen einfordern.

Machen Sie sich fit: Nachhaltigkeitsaspekte im Vergabeverfahren als Herausforderung für öffentliche Auftraggeber

Intensivschulung, Frankfurt, 11.6. 10-12 Uhr; Berlin, 18.6. 10-12 Uhr; Hamburg, 25.6. 10-12 Uhr

299 Euro zzgl. MWSt., Schulungsleiter: Rechtsanwalt Dr. Thomas Ax

Interesse?

AX Akademie

Uferstraße 16

69151 Neckargemünd

Tel.: 06223 86886-15

Mobil: 0151 461 976 84

t.ax@ax-akademie.de

Hintergrund:

DER RECHTSRAHMEN IN DEUTSCHLAND

Die deutsche Vergaberechtsreform 2016 hat die Handlungsspielräume für öffentliche Auftraggeber bezüglich der Einbeziehung von ökologischen und sozialen As-

pekten deutlich erweitert. Angestoßen wurde die Reform durch die 2014 in Kraft getretenen Europäischen Vergaberichtlinien, die von der Bundesregierung 2016 in nationales Recht umgesetzt wurden. Dies erfolgte zum einen über die Novellierung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB), zum anderen über die neue Verordnung über die Vergabe öffentlicher Aufträge (VgV).

In § 97 Absatz 3 GWB wird Nachhaltigkeit neben Wettbewerb, Transparenz, Wirtschaftlichkeit, Gleichbehandlung und Verhältnismäßigkeit als Vergabegrundsatz verankert: „Bei der Vergabe werden [...] soziale und umweltbezogene Aspekte nach Maßgabe dieses Teils berücksichtigt“. Eine entsprechende Regelung für den Unterschwellenbereich gibt es in § 2 Absatz 3 UVgO. Eine grundlegende Neuerung ist, dass Produktanforderungen auch über die physischen Eigenschaften des Produktes hinausgehen können. Dies ist insbesondere für soziale Aspekte von Bedeutung. So können spezifische Anforderungen an immaterielle Produkteigenschaften, wie beispielsweise Arbeitsbedingungen bei der Herstellung, gestellt werden.

Nach § 23 Absatz 2 UVgO kann „die Leistungsbeschreibung ... auch Aspekte der Qualität sowie soziale, innovative und umweltbezogene Merkmale umfassen. Diese können sich auch auf den Prozess oder die Methode zur Herstellung oder Erbringung der Leistung oder auf ein anderes Stadium im Lebenszyklus des Auftragsgegenstands einschließlich der Produktions- und Lieferkette beziehen, auch wenn derartige Faktoren keine materiellen Bestandteile der Leistung sind, sofern diese Merkmale in Verbindung mit dem Auftragsgegenstand stehen und zu dessen Wert und Beschaffungszielen verhältnismäßig sind.“

Festlegung des Auftragsgegenstandes

Öffentliche Beschaffungsstellen verfügen über einen erheblichen Spielraum, den Auftragsgegenstand entsprechend ihren Anforderungen zu definieren. Sie haben bereits hier die Möglichkeit, Klimaschutz- und Umweltaspekte sowie Sozialstandards aufzunehmen.

Leistungsbeschreibung

Die Leistungsbeschreibung enthält Art und Umfang der zu vergebenden Leistung. Sie umfasst sämtliche Anforderungen an das Produkt beziehungsweise die zu erbringende Dienstleistung. Der Auftragsgegenstand muss so eindeutig beschrieben werden, dass Sie die abgegebenen Angebote vergleichen können. Die Merkmale des Auftragsgegenstandes können in Form von

technischen Spezifikationen oder von Leistungs- oder Funktionsanforderungen beschrieben werden. Sie haben hier weitreichende Möglichkeiten, soziale und umweltbezogene Aspekte zu definieren. Sie können verlangen, dass ein Produkt aus einem bestimmten Material besteht (z. B. Holz anstatt Kunststoff), oder bestimmte Inhaltsstoffe ausschließen (z. B. gesundheits-schädliche Chemikalien). Ebenso haben Sie die Möglichkeit, den Energiebedarf oder Emissionen durch entsprechende Grenzwerte zu beschränken. Merkmale können sich auch auf die Herstellungsbedingungen entlang der Lieferkette beziehen, selbst, wenn sie keine materiellen Auswirkungen auf das Produkt haben. Hierzu gehören beispielsweise die Einhaltung bestimmter Arbeits- und Menschenrechtsstandards in der Produktionsphase oder Vorgaben zur Produktion von Strom. Voraussetzung für alle Merkmale ist, dass diese in Verbindung mit dem Auftragsgegenstand stehen und zu dessen Wert und den Beschaffungszielen verhältnismäßig sind.

Möglichkeiten zur Nutzung von Gütezeichen

Die Nutzung von Gütezeichen erleichtert Ihnen die praktische Umsetzung der nachhaltigen Beschaffung. Zum einen können Sie zur Beschreibung der technischen Merkmale von Produkten auf Nachhaltigkeitskriterien von Gütezeichen zurückgreifen. Zum anderen können Sie diese als Nachweis für die Einhaltung von Nachhaltigkeitsmerkmalen einfordern.

Eignungskriterien

Mit Eignungskriterien prüft die Beschaffungsstelle, ob die Bietenden über die nötige Fachkunde und Leistungsfähigkeit verfügen, um den Auftrag auszuführen. Die Eignungskriterien betreffen die folgenden Aspekte:

Befähigung und Erlaubnis zur Berufsausübung

Wirtschaftliche und finanzielle Leistungsfähigkeit

Technische und berufliche Leistungsfähigkeit

Im Rahmen der technischen und beruflichen Leistungsfähigkeit bietet es sich an, auch nachhaltigkeitsrelevante Aspekte zu überprüfen. Das heißt, Sie können bei umweltrelevanten Dienstleistungen (z. B. Reinigung, Catering, Abfallwirtschaft) festlegen, dass das Unternehmen Umweltmanagementmaßnahmen eingeführt haben muss. Maßnahmen etwa zur Abfallvermeidung oder Energieeffizienz sind während der Auftragsausführung relevant und haben somit einen klaren Bezug

zum Auftragsgegenstand. Eine Zertifizierung nach einem Umweltmanagementsystem oder eine Beschreibung der Maßnahmen genügen als Nachweis.

Zuschlagskriterien

Angebote, die sowohl die formalen Kriterien als auch die Eignungskriterien

erfüllen, werden anhand von Zuschlagskriterien bewertet. Das wirtschaftlichste Angebot erhält den Zuschlag. Das ist nicht unbedingt das mit dem niedrigsten Preis, sondern das Angebot mit dem besten Preis-Leistungsverhältnis. Angebote, die über die (sozialen und ökologischen) Anforderungen der Leistungsbeschreibung hinausgehen, können auf diese Weise positiv bewertet werden, wenn Sie hierfür Zuschlagskriterien

festgelegt haben. Zur Ermittlung des wirtschaftlichsten Angebotes können auch qualitative, umweltbezogene oder soziale Zuschlagskriterien berücksichtigt werden, solange sie mit dem Auftragsgegenstand in Verbindung stehen. Dabei müssen sich entsprechende Kriterien nicht zwingend auf die materiellen Eigenschaften des Auftragsgegenstandes auswirken. So kann zum Beispiel ein fair gehandeltes Produkt im Rahmen der Zuschlagswertung mit einer höheren Punktezahl versehen werden, als ein konventionell gehandeltes Produkt. Zudem haben Sie bei der Bewertung des Preises die Möglichkeit, diesen auf der Grundlage der Lebenszykluskosten der beschafften Leistung oder des Produktes zu berechnen. Nachfolgekosten, die über den reinen Anschaffungspreis hinausgehen, wie beispielsweise der Stromverbrauch, können somit einberechnet werden.

Bestellformular

VergabePrax

- JA, hiermit bestelle ich kostenpflichtig die digitale **VergabePrax** mit 12 Ausgaben pro Jahr für nur 72 € Jahresgebühr (zzgl. MwSt.). Die Kündigung des Abonnements ist jeweils zum 30.06. und 31.12. eines jeden Jahres möglich.



- JA, hiermit bestelle ich das kostenlose digitale **Schnupper-Abo der VergabePrax**.

Dies beinhaltet zwei elektronische Monatsausgaben der VergabePrax. Wenn nach der zweiten elektronischen Ausgabe keine Kündigung erfolgt ist, wird das Abonnement kostenpflichtig. Jede weitere Ausgabe der VergabePrax kostet dann 6 € inkl. MwSt.

Eine Kündigung des Abonnements ist jeweils zum 30.06. und 31.12. eines jeden Jahres möglich.

Meine Daten

Rechnungsanschrift

Institution/Firma	
Name	
Straße/Nr.	
PLZ/Ort	
Telefon	
E-Mail	

Datenschutz - Garantie

Ihre Kontaktdaten werden auf unseren Servern gespeichert. Wir setzen diese Daten jedoch ausschließlich für den Versand von E-Mail-Benachrichtigungen bzw. des News-Letters ein. Es findet keine personenbezogene Verwertung statt. Insbesondere geben wir keine Daten an Dritte weiter und werden diese weder für eigene Marketingzwecke missbrauchen noch mit anderen Datenquellen verknüpfen. Die statistische Auswertung anonymisierter Datensätze bleibt vorbehalten.

Bestellannahme:

Bitte senden Sie Ihre Bestellung per Post an den

AX VERLAG
FÜR VERGABE- UND VERTRAGSRECHT

Uferstraße 16
69151 Neckargemünd

Tel.: +49 (0)6223/8688613

Fax: +49 (0)6223/8688614

www.ax-verlag.de

mail@ax-verlag.de

Impressum

Herausgeber:

DR. JUR. THOMAS AX

Maîtrise en Droit International Public
(Paris X-Nanterre)

Rechtsanwalt, Seniorpartner und Kanzleihinhaber Ax Rechtsanwälte

1996 in FFM zur Rechtsanwaltschaft zugelassen blickt Thomas Ax auf über 20 Jahre anwaltliches Tun und viele Jahre Lehrtätigkeit als Professor in Karlsruhe und Heidelberg und mit den Jahren zuvor als Doktorand, wissenschaftlicher Mitarbeiter und Rechtsreferendar bzw. Assessor in Sachen Vergaberecht zurück.

Seit 1993: Mehr als 1000 Fachbeiträge in Fachzeitschriften zu vergaberechtlichen, baurechtlichen und architektenrechtlichen Praxisproblemen; mehr als 70 Handbücher, Leitfäden sowie Kommentare; Herausgeber von Fachzeitschriften.

Projektentwicklung, -konzeptionierung, -begleitung, -steuerung, -umsetzung für öffentliche und private Kunden mit der **Ax Projects GmbH**.

Umfassende kommunale Beratung in der **InterKomm.eu**.

Redaktion:

Tobias R.C. Schmitt

Urheber- und Verlagsrecht:

Alle in dieser Zeitschrift veröffentlichten Beiträge sind urheberrechtlich geschützt. Kein Teil dieser Zeitschrift darf außerhalb der Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ohne schriftliche Genehmigung des Herausgebers in irgendeiner Form reproduziert werden.

AX VERLAG

FÜR VERGABE- UND VERTRAGSRECHT 

Uferstraße 16
69151 Neckargemünd

Tel.: +49 (0)6223/8688613
Fax: +49 (0)6223/8688614

www.ax-verlag.de

mail@ax-verlag.de

ISSN 1862-9458

