

# Rechtsprechungsreport Vergaberecht 2022

GW

Das sind die wichtigsten aktuellen Entscheidungen im Vergaberecht

Dr. Bettina Meyer-Hofmann, GvW Düsseldorf

Birgit Lotz, LL.M. (Bristol), GvW Düsseldorf

Greta Marie Sürmann, GvW Düsseldorf

01. Februar 2022

**GW** Graf von Westphalen

# VK Bund, Beschluss vom 29.05.2020, VK 2 - 19 / 20

GW

- Sachverhalt
- Kernaussagen der Entscheidung
- Anmerkungen für die Praxis



Bei einer europaweiten Ausschreibung nach VSVgV forderte der Auftraggeber von den Unternehmen die [elektronische Angebotsabgabe](#). Fristablauf für den Eingang der Erstanteile ist der 13.02.2020 um [11:30 Uhr](#). Die Erstanteile eines Bieters gehen am 13.02.2020 um [11:37 Uhr](#) auf der E-Vergabe-Plattform ein.

Der AG schloss die Angebote nach § 31 Abs. 2 Nr. 5 VSVgV wegen verspäteten Eingangs aus.

Der Bieter rügt den Ausschluss und macht geltend, er habe die Verspätung nicht zu vertreten. Die verspätete Angebotsabgabe habe darauf beruht, dass zunächst ein [Update](#) der vom AG vorgegebenen E-Vergabe-App installiert werden müsse. Die Gründe für die Verspätung beruhten damit auf Umständen, die in der Risikosphäre des AG lägen.

Der Auftraggeber hilft nicht ab und der Bieter leitet ein Nachprüfungsverfahren ein.

Hat der Bieter mit seinem Nachprüfungsantrag Erfolg?

# Kernaussagen der Entscheidung

Der Bieter hat keinen Erfolg mit seinem Nachprüfungsantrag!

Der AG hat nach § 11 Abs. 1 und 2 VgV eine funktionierende Plattform verwendet und die ihm obliegende Pflicht erfüllt, den Bietern die notwendigen Informationen über die technischen Parameter für die Einreichung der Angebote zur Verfügung gestellt.

Der Bieter habe den Vorgang des Hochladens der Angebote zu spät gestartet. Der Bieter habe deshalb das seit längerem verfügbare Update für die von ihm zum Hochladen verwendete App zu spät bemerkt. Die App und ihr Funktionsfähigkeit hängen nicht vom AG, sondern von der Konstellation des lokalen PC ab, auf die der Bund keinen Einfluss hat. Die App liegt daher in der Sphäre des Nutzers, hier des Bieters, und nicht des AG.

Es bleibt dabei: Probleme mit elektronischen Mitteln werden nach der Sphäre bewertet, der sie zuzuordnen sind.

- Vom Bieter selbst zu verantwortende Schwierigkeiten gehen zu seinen Lasten.
- Der Verantwortungsbereich des AG beginnt und endet am Übergabepunkt.

# VK Sachsen, Beschluss vom 27.02.2020 - 1/SVK/041-19

- Sachverhalt
- Kernaussagen der Entscheidung
- Anmerkungen für die Praxis



Der Auftraggeber (AG) schrieb europaweit Dienstleistungen im offenen Verfahren aus. Die Vergabeunterlagen sahen die Nutzung einer eVergabe-Plattform vor, über die auch die Angebote hochgeladen werden sollten.

Einen Tag vor Ablauf der Angebotsfrist scheiterte der Bieter (B) bei dem Versuch sein Angebot auf die Plattform hochzuladen.

Am darauffolgendem Tag, an dem auch die Frist ablaufen sollte, wandte sich B mit E-Mails an den AG. Der AG verlängerte daraufhin die Angebotsfrist von 10:00 Uhr auf 18:00 Uhr an diesem Tag. Der AG erklärt den Abbruch des Hochladevorganges um 14:10 Uhr damit, dass die Gesamtdatengröße den Rahmen überschritten habe. Der B könne aber noch bis um 18:00 Uhr die Dateien in kleinerem Format hochladen.

Um 14:20 beginnt B erneut das Hochladen. Mit Ablauf der Frist um 18:00 waren dennoch nur 60 % hochgeladen. Das Angebot des B wird daraufhin vom AG ausgeschlossen.

Erfolgte der Ausschluss des Angebotes durch den AG zu Recht?

# Kernaussagen der Entscheidung

Ja! Der Ausschluss des Angebotes durch den AG erfolgte zu Recht.

Gemäß § 57 Abs.1 Nr. 1 VgV muss der AG nicht fristgerecht abgegebene Angebote von der Wertung ausschließen.

Der B hatte also dafür Sorge zu tragen, dass sein Angebot fristgerecht hochgeladen wurde.

Treten technische Schwierigkeiten beim Betrieb der verwendeten elektronischen Mittel auf, richten sich die Folgen danach, wessen **Sphäre** sie zuzuordnen sind.



- Vom Bieter selbst zu verantwortende Schwierigkeit gehen zu seinen Lasten.
- Der Verantwortungsbereich des AG beginnt und endet am Übergabepunkt, also dort, wo die Daten seinen technischen Einflussbereich betreten bzw. verlassen.

VK Südbayern, 3194.Z3-3\_01-21-20  
Beschluss vom 28.10.2021

- Sachverhalt
- Kernaussagen des Urteils
- Anmerkungen für die Praxis



Ein öffentlicher Auftraggeber (AG) hat eine Bauleistung ausgeschrieben. Als Schlusstermin für die elektronische Einreichung von Angeboten war der 11.03.2021 um **10:00 Uhr** festgelegt.

Ein Bieter (B) lädt um um **9:59:35 Uhr** sein verschlüsseltes Angebot auf der Vergabeplattform hoch.

Die Vergabeplattform registrierte den Eingang aber erst für **10:00:03 Uhr**. Daraufhin stufte der AG das Angebot als „verspätet eingegangen“ ein.

B trägt daraufhin vor, als verspätet sei das Angebot erst anzusehen, wenn es um 10:01:00 eingegangen wäre. Auch sei er nicht schuld an der späten Abgabe gewesen, da die Dateien bei vorherigen Versuchen aufgrund der Dateigröße zurückgewiesen wurden. Auf Nachfrage des AG bestätigte die externe Vergabeplattform, dass vor Angebotsausschluss keine Probleme gemeldet wurden. Daraufhin bestätigte der AG den Ausschluss des Angebots.

Hat der Bieter mit seinem Nachprüfungsantrag gegen den Ausschluss des Angebots Erfolg?

Der Bieter hat Erfolg mit seinem Nachprüfungsantrag. Das Angebot war nicht auszuschließen.

Es **obliegt dem AG** im Nachprüfungsverfahren **darzulegen**, dass das verspätete Hochladen auf einem **Nutzungsfehler** und nicht auf einer Fehlfunktion der Vergabeplattform beruht.

Der vollständige Upload und die Verschlüsselung waren noch vor 10:00 Uhr, mithin vor Ablauf der Angebotsfrist, erfolgt. Lediglich das notwendige Ablegen des verschlüsselten Angebots im Bereich des AG auf dem Vergabesystem war erst knapp drei Sekunden nach Ablauf der Frist abgeschlossen.

Die **Bereitstellung im Bereich** des AG fällt, auch wenn sie für die Angebotseröffnung notwendig ist, hinsichtlich des rechtzeitigen Zugangs nicht mehr in die Risikosphäre des Bieters.

Für den **Zugang** eines elektronischen Angebots trägt der Bieter das Transportrisiko. Er muss sicherstellen, dass das Angebot dem AG so angetragen wird, dass er nur noch von ihm abhängt, von diesem Kenntnis zu nehmen. Das interne Verteilungsrisiko trägt der Auftraggeber.

- Beide – Auftraggeber und Bieter – sind gut beraten, wenn sie den elektronischen Prozess der Angebotsabgabe überwachen und im Vier-Augen-Prinzip dokumentieren.
- Auch sollte der Bieter rechtzeitig vor Fristablauf einen Probedurchgang durchführen – einschließlich Signatur.

# OLG Frankfurt, Beschluss vom 18.02.2020

## 11 Verg 7/19

- Sachverhalt
- Kernaussagen der Entscheidung
- Anmerkungen für die Praxis

Der Auftraggeber (AG) führt ein Vergabeverfahren von Rahmenvereinbarungen über die Erstellung von Sachverständigengutachten durch.

Die Auftragsbekanntmachung sah die Nutzung einer eVergabe-Plattform vor, über die Angebote der Bieter hochgeladen werden sollten.

Ein Bieter (B) reicht sein Angebot fristgerecht aber per **E-Mail** ein.

Danach reicht B dasselbe Angebot fristgerecht über die **Plattform** ein.

Der AG ist der Ansicht, dass zweite Angebot sei durch die Formwidrigkeit des ersten Angebots „**infiziert**“ worden und schließt beide Angebote von B aus.

B stellt einen Nachprüfungsantrag.

Hat der Bieter mit seinem Nachprüfungsantrag gegen den Ausschluss des Angebots Erfolg?

# Kernaussagen der Entscheidung

Der Bieter hat Erfolg. Das zweite Angebot war nicht auszuschließen.

Gemäß § 57 Abs. 1 VgV darf der AG Angebote von der Wertung ausschließen, wenn sie nicht den Erfordernissen des § 53 VgV entsprechen.

Das erste Angebot ist nicht formgerecht eingereicht worden und auszuschließen.

Allerdings ist das zweite Angebot formwirksam eingereicht worden. Es ist auch nicht wegen des fehlerhaften ersten Angebots auszuschließen. Ein Verstoß gegen den [Geheimwettbewerb](#) liegt nicht vor. Dieser betrifft den Schutz von Geheimnissen gegenüber anderen Bietern. Vorliegend haben sich die Gefahren für den Geheimwettbewerb nicht realisiert.



- Der Bieter hat Glück gehabt.
- Die Einreichung von Angeboten auf „Alternativwegen“ ist und bleibt riskant.

# OLG Karlsruhe, Beschluss vom 19.02.2020

## 15 Verg 1/20

- Sachverhalt
- Kernaussagen der Entscheidung
- Anmerkungen für die Praxis

Der AG forderte die Bieter zur Abgabe der Angebote in elektronischer Form auf.

Einer der vom AG bereitgestellten Vordrucke für die Bieter endete mit dem fettgedruckten Hinweis, dass ein Angebotsausschluss erfolgen werde, sofern das **elektronisch übermittelte Angebot** nicht den **Namen der natürlichen Person** enthalte, die die Erklärung abgibt.

Ein Bieter gab ein Formblatt ohne Namensnennung ab. Als der AG den Bieter daraufhin vom Verfahren ausschloss, rügte dieser erfolglos seinen Ausschluss.

Nachdem auch der Nachprüfungsantrag in erster Instanz scheiterte, erhob der B sofortige Beschwerde.

Hat der Bieter mit der sofortigen Beschwerde gegen seinen Ausschluss wegen des Formverstößes Erfolg?

Nein. Der Bieter hat auch in der zweiten Instanz keinen Erfolg.

Das Angebot entsprach nicht der geforderten Form und wurde daher zu Recht ausgeschlossen.

Gemäß § 11 EU Abs. 4 VOB/A war hier die **Textform** des § 126b BGB vorgesehen. Demnach wird verlangt, dass die Erklärung in einer Urkunde oder auf andere, zur dauerhaften Wiedergabe in Schriftzeichen geeignete Weise abgegeben wird. Der Abschluss der Erklärung ist durch Namensnennung am Textende möglich.

Da das Angebot diese Form nicht erfüllte, war es gemäß § 16 EU Abs. 1 Nr. 2 VOB/A auszuschließen.

Eine Nachforderung des Formblattes kommt nicht in Betracht.

- Vorsicht bei der Vorgabe von Formerfordernissen: Wird zu viel verlangt, steigt die Fehleranfälligkeit und es besteht die Gefahr, dass nicht ausreichend Wettbewerb besteht. Besser ist es, nur wenige formale Anforderungen zu stellen.

# VK Lüneburg, Beschluss vom 05.02.2021

## VgK-50/2020

- Sachverhalt
- Kernaussagen der Entscheidung
- Anmerkungen für die Praxis

Ein Landkreis schrieb für die Abholung und Verwertung von Altholz der Kategorien A I bis A III europaweit im offenen Verfahren aus.

Das Angebot eines Bieters wurde mit der Begründung ausgeschlossen, er habe einen **früheren Auftrag** wiederholt **mangelhaft** erfüllt. Damals musste ein Drittunternehmen mit der Abholung und Verwertung beauftragt werden müssen.

Der AG schließt den Bieter aus. Der Bieter wird hierzu nicht angehört. Sein Angebot enthält zu der früheren Kündigung keine Aussage.

Der Bieter geht im Nachprüfungsverfahren gegen den Ausschluss vor. Erst im Nachprüfungsverfahren legt der Bieter dar, dass er **Selbstreinigungsmaßnahmen** ergriffen habe.

Hat der Bieter vor der Vergabekammer Erfolg?

Ja! Der Bieter hat Erfolg mit seinem Nachprüfungsantrag. Er kann sich darauf berufen, dass er nicht angehört worden sei.

Wird einem Bieter die erhebliche oder fortlaufende mangelhafte Erfüllung eines früheren Vertrags vorgeworfen, muss der Bieter die **Gelegenheit zur Darlegung** von Maßnahmen bekommen, die zur Verhinderung weiteren Fehlverhaltens geeignet sind.

Der Auftraggeber hat dem Bieter **aufzuzeigen**, ob die von ihm eingeleiteten Schritte zur Wiederherstellung der Zuverlässigkeit ausreichend sind oder in welchem Umfang noch Nachbesserungen erforderlich sind, um wieder uneingeschränkt an weiteren Vergabeverfahren teilnehmen zu können.

Darüber hinaus hat der EuGH entschieden, dass diese Informationen über die Leistungsverbesserung nicht unaufgefordert vom Bieter vorzulegen sind, sondern vom Auftraggeber zu **erfragen** sind, sofern sich eine solche Vorlageverpflichtung nicht aus den Vergabeunterlagen ergibt (EuGH, Urteil vom 14.01.2021 – Rs. C-387/19, Tz. 42, VPRRS 2021, 0014).



- Für den Fall der Selbstreinigung die Vorlage der Dokumentation der Selbstreinigung mit dem Angebot / Teilnahmeantrag verlangen!
- Bei gutem behördeninternen Austausch kann ein Fehlverhalten im Rahmen von Altverträgen frühzeitig erkannt werden.
- [Wettbewerbsregister](#)

# OLG Frankfurt, Beschluss vom 30.03.2021 11 Verg 18/20

- Sachverhalt
- Kernaussagen der Entscheidung
- Anmerkungen für die Praxis

Seitens der Auftraggeber (AG) wurde die Beschaffung und Implementierung einer neuen Software zur Bearbeitung von Aufgaben des SGB II durch das kommunale Jobcenter ausgeschrieben. Die Eignung mussten die Bewerber im Teilnahmeverfahren durch Erfüllung bestimmter Mindestanforderungen (A-Kriterien) sowie durch die Bearbeitung von Bewertungskriterien (B-Kriterien) nachweisen. Die Eignung wurde bei der Erreichung von mindestens **69 „Eignungspunkten“** in den B-Kriterien angenommen. Bewertet wurde ein niedriger, mittlerer oder hoher Zielführungsgrad bei den Referenzen und dem Personal.

Ein Bieter wurde, nachdem er **50 Eignungspunkte** erreicht hat, als ungeeignet ausgeschlossen.

Gegen den Ausschluss wehrte er sich mit dem Argument, er sei unzutreffend bewertet worden, auch seien die Eignungsanforderungen zu hoch und nicht transparent im Amtsblatt publiziert worden.

Vor der Vergabekammer blieb der Antrag ohne Erfolg. Mit seiner sofortigen Beschwerde verfolgt er sein Anliegen weiter.

Hat der Bieter vor dem OLG Erfolg?

# Kernaussagen der Entscheidung

Der Bieter hat Erfolg.

Im Ergebnis wurden die Eignungskriterien als nicht verhältnismäßig angesehen.

Vorliegend konnte eine Darlegung schon nicht gelingen, weil selbst ein Bieter, der in allen B-Kriterien einen mittleren Zielführungsgrad erreicht, nur 50 Punkte erhält. Daraus ließe sich **keine Ungeeignetheit** feststellen.

Auf der anderen Seite kann ein Bieter, der bei bestimmten Kriterien schlecht abschneidet, dieses Ergebnis durch überdurchschnittliche Zahlen bei anderen Kriterien kompensieren.

Diese Punktebewertung führt daher nicht zu einer klaren und nachvollziehbaren Schwelle der Eignung.

- Eignungsanforderungen sind so klar, schlicht und übersichtlich wie möglich zu halten, um sie materiell transparent prüfen und begründen zu können.

# VK Nordbayern, Beschluss vom 20.08.2021

## RMF-SG21-3194-6-29

- Sachverhalt
- Kernaussagen der Entscheidung
- Anmerkungen für die Praxis

Im Wege eines Verhandlungsverfahrens wurde vom Auftraggeber (AG) der Relaunch einer Website ausgeschrieben. Die Bieter sollten **Konzepte** erstellen (z.B. Organisationskonzept, Projektkonzept bis zum Start des Relaunches), die in die Angebotsbewertung einfließen sollten.

In der Leistungsbeschreibung wurde ausgeführt, dass die den Vergabeunterlagen beigefügte Darstellung des AG zu den künftigen Inhalten der Website noch nicht verbindlich seien, sondern nach erfolgter Auftragsvergabe „in Form agilen Arbeitens“ in Zusammenarbeit mit dem künftigen Auftragnehmer ausgearbeitet und konkretisiert werden sollen.

Ein Bieter legte seinen Angebotskonzepten die Methodik des „agilen Projektmanagements“ zu Grunde. Dies wurde von dem AG bei der Bewertung nicht goutiert. Nachdem der Bieter den Zuschlag nicht erhielt, erhob er einen Nachprüfungsantrag.

Hat der Bieter vor der Vergabekammer Erfolg?

Ja! Der Bieter hat Erfolg mit seinem Nachprüfungsantrag. Das Verfahren ist in den Stand vor Abgabe der Angebote zurück zu versetzen.

Unklarheiten in den Vergabeunterlagen gehen – in der Linie ständiger Rechtsprechung – nicht zu Lasten der Bieters.

Aufgrund der Wortwahl in der Leistungsbeschreibung durfte der Bieter davon ausgehen, dass agiles Projektmanagement gefordert war. Auch wenn die Vergabeunterlagen zumindest auch Ansatzpunkte für ein klassisches Projektmanagement aufwiesen, gingen diese Unklarheiten in den Vergabeunterlagen nicht zu Lasten des Bieters.

Der Bieter sei auch **nicht verpflichtet** gewesen, die Unklarheit vor Angebotsabgabe gem. § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 GWB **zu rügen**, da er von der Anforderung des agilen Projektmanagements habe ausgehen dürfen.



- Insbesondere bei Aufträgen, bei denen das Endprodukt nach erfolgter Auftragsvergabe in Zusammenarbeit mit dem künftigen Auftragnehmer ausgearbeitet und konkretisiert werden soll, ist die Leistungsbeschreibung besonders aufmerksam vom Auftraggeber zu erstellen.
- Die Leistungsbeschreibung muss so **eindeutig** sein, dass sie vergleichbare Angebote zulässt und allen Bietern eine eindeutige und gleiche Kalkulationsgrundlage bietet.
- Bei der Abfrage von Konzepten können Unklarheiten in den Vergabeunterlagen durch eindeutige Vorgaben für den Inhalt der Konzepte (**Checkliste**) und eine klare **Wertungsskala** für die einzelnen Inhalte vermieden werden.

# VK Hessen, Beschluss vom 05.07.2021 69d-VK-61/2020

- Sachverhalt
- Kernaussagen der Entscheidung
- Anmerkungen für die Praxis

Der Auftraggeber (AG) schrieb einen Vertrag über die Lieferung interaktiver Displays für den schulischen Einsatz aus. Als technische Mindestanforderung an die Geräte war u. a. festgelegt, dass die didaktische Gerätesoftware mit allen gängigen Betriebssystemen **kompatibel** sein und das Schreiben und Löschen mehrerer gleichzeitig agierender Nutzer ermöglichen müsse (Multi-User-Funktion).

Der AG behielt sich vor, dies im Rahmen einer verifizierenden **Teststellung** zu überprüfen. Der genaue Inhalt und Umfang der Teststellung waren den Vergabeunterlagen nicht zu entnehmen. Eine Rüge erfolgte jedoch nicht.

Die Teststellung wurde durch den AG ausschließlich unter dem **Betriebssystem Windows** durchgeführt. Nach dem – nicht im Einzelnen – dokumentierten Teststellungsergebnis erfüllten nur die Geräte des Mitbewerbers (M) die Mindestanforderungen.

Hiergegen wendet sich B.

Hat der Bieter vor der Vergabekammer Erfolg?

Nein. Der Bieter hat keinen Erfolg mit seinem Nachprüfungsantrag.

Dieser ist unbegründet, aber wohl nur wegen **Präklusion**:

Der Bieter hätte im Fall von Zweifeln an der Teststellung, den Inhalt und den Umfang der Teststellung, durch Bieterfragen und Rügen im Vergabeverfahren erfragen und gegebenenfalls beanstanden müssen. Der Bieter hat dies jedoch **nicht rechtzeitig gerügt**.

Das Ergebnis der Teststellung sei – dann ohne Beachtung der gerügten Sachverhalte - damit für die Vergabekammer verbindlich. Die Bestimmung des Inhalts und des Umfangs von Teststellungen gehöre zum Leistungsbestimmungsrecht des AG. Der Vergabekammer stehe es nicht frei, Teststellungen des AG durch eigene Tests zu ersetzen.

Darüber hinaus liege kein Verstoß gegen die Dokumentationspflicht nach § 8 VgV vor. Detaillierte Vermerke seien nicht notwendig, wenn die Teststellung nur der Überprüfung von Mindestanforderungen diene. Weitergehende Dokumentationspflichten gelten nur, wenn Ermessens- und/oder Beurteilungsspielräume des AG vorlägen (wertende Teststellung).

- Die Mindestanforderungen an die Produkte sind in den Vergabeunterlagen klar aufzuführen.
- Welche Mindestanforderungen durch Teststellungen geprüft werden sollen, muss sich aus den Vergabeunterlagen ergeben.
- Ist der Bieter damit nicht einverstanden, muss er die – aus seiner Sicht wettbewerbsbeschränkenden – Vorgaben **rügen**.
- Auch Unklarheiten bezüglich Inhalt und Umfang von Teststellungen sind von Bietern durch Bieterfragen oder Rügen zu klären.

# OLG Naumburg, Urteil vom 13.07.2020 – 12 U 147/19

GW

- Sachverhalt
- Kernaussagen des Urteils
- Anmerkungen für die Praxis



Im Rahmen der Stilllegung einer Deponie schreibt ein öffentlicher Auftraggeber (AG) die Herstellung einer Oberflächenabdichtung EU-weit nach der VOB/A EG 2009 aus. Aus dem Leistungsverzeichnis ergibt sich, dass 15 bestimmte Abfallarten eingebaut werden.

Der spätere Auftragnehmer (AN) **erkennt** bereits in der Angebotsbearbeitungsphase, dass die ausgeschriebenen Abfallarten ungeeignet sind und kalkuliert daher – **verdeckt** – mit anderen Abfällen und rechnet damit, die niedrigeren Preise durch **Nachträge** ausgleichen zu können. Der Bieter erhält den Zuschlag.

Im Anschluss führten Nachtragsstreitigkeiten zu wechselseitigen Kündigungserklärungen. Der AN klagt daraufhin seinen restlichen Werklohn ein.

Im Prozess trägt der AN vor, er habe die Fehlerhaftigkeit der Ausschreibung erkannt und deshalb mit anderen Abfallarten kalkuliert. Der AG ficht den Bauvertrag daraufhin wegen arglistiger Täuschung an.

Hat die Klage des AN auf Zahlung des restlichen Werklohns Erfolg?

# Kernaussagen der Entscheidung

Nein! Die Klage auf Zahlung des restlichen Werklohns hat keinen Erfolg. Grund dafür ist der Vergabeverstöß des AN als Bieter im Vergabeverfahren.

Hierzu hat das OLG entschieden, dass der AN im Vergabeverfahren gegen seine Offenbarungspflicht aus § 13 Abs. 3 VOB/A EG (heute § 13 EU Abs. 1 Nr. 3 VOB/A) verstoßen hat. Grund dafür ist, dass er nicht die geforderten Preise angegeben, sondern insgeheim mit anderen Abfallarten kalkuliert hat. Dies macht seine Preisangaben falsch.

Weiter hat das OLG ausgeführt, dass, wenn Ausschreibungsunterlagen, wie vorliegend, **erkennbar evident fehlerhaft** seien, der Bieter (ausnahmsweise) dazu verpflichtet sei, den Auftraggeber auf diese Mängel hinzuweisen.



- Der Bieter ist – auch im Sinne einer partnerschaftlichen Zusammenarbeit – gut beraten, während des Vergabeverfahrens auf Fehler in der Leistungsbeschreibung hinzuweisen.

# VK Bund, Beschluss vom 06.05.2020

## VK 1-32/20

- Sachverhalt
- Kernaussagen der Entscheidung
- Anmerkungen für die Praxis

Im Rahmen einer Ausschreibung von Arbeitsmarktmaßnahmen, die auch **Präsenzmaßnahmen** beinhaltete, informierte der AG den Bieter B am 13.03.2020, dass er den Zuschlag erhalten solle. Die unterlegenen Bieter wurden nach § 134 GWB informiert.

Vor Zuschlagserteilung wurde am 23.03.2020 das Verfahren jedoch wegen der fortschreitenden **Corona-Pandemie** aufgehoben. Präsenztermine könnten nicht mehr in dem geplanten Umfang stattfinden.

Der Bieter B wehrt sich gegen den Ausschluss und leitet ein Nachprüfungsverfahren ein.

**Hat der Bieter B vor der Vergabekammer Erfolg?**

# Kernaussagen der Entscheidung

Nein! Bieter B hat vor der Vergabekammer keinen Erfolg.

Die Vergabekammer stellte fest, dass sich wegen der Corona-Pandemie **grundlegende Umstände verändert** haben.

Insbesondere wegen der Unmöglichkeit von Präsenzveranstaltungen sei eine Durchführung von Arbeitsmarktmaßnahmen nicht mehr wie vorgesehen möglich. Dies war vom AG nicht vorhersehbar. Daher durfte er das Verfahren auch kurz vor Abschluss des Verfahrens **rechtmäßig aufheben**.

Die Mitteilung an den Zuschlagsbieter über die Erteilung des Zuschlags begründet keinen Anspruch auf Zuschlagserteilung, sondern ist rein informatorisch.

- Eine Aufhebung aufgrund von Auswirkungen der Corona-Pandemie kann rechtmäßig sein, muss aber im Einzelfall gut begründet werden.
- Eine schlagwortartige Begründung reicht nicht aus.

# VK Mecklenburg Vorpommern, 3 VK 1/21 vom 04.05.2021

GW

- Sachverhalt
- Kernaussagen des Urteils
- Anmerkungen für die Praxis



Zu Beginn der „Dritten Corona Welle“ erwarb ein Auftraggeber (AG) eine Lizenz für eine App zur Kontaktnachverfolgung, ohne diese öffentlich ausgeschrieben zu haben. Im Vorfeld der Beschaffung wurde lediglich eine kurze Markterkundung im Internet durchgeführt, wobei der AG zunächst mit englischen und im Anschluss mit deutschen Suchbegriffen nach möglichst kurzfristig einsetzbaren Softwarelösungen recherchiert hat.

Im Rahmen eines **Produktvergleichs** kam der AG zu der Erkenntnis, dass allein die streitige App über die erforderlichen technischen Spezifikationen und ausreichende Marktreife verfügt.

Daraufhin erfolgte die **Direktvergabe** im Wege eines Verhandlungsverfahrens ohne Teilnahmewettbewerb. Der Lizenzvertrag wurde auf zehn Monate befristet und lief am 31.12.2021 aus.

Ein Marktteilnehmer mit einem vergleichbaren Produkt sah sich vergaberechtswidrig vom Wettbewerb ausgeschlossen und stellte einen Nachprüfungsantrag.

Hat der vom Bieter gestellte Nachprüfungsantrag Erfolg?

Nein! Die Defacto-Vergabe sei gemäß § 14 Abs. 4 Nr. 2b, Abs. 6 VGV gerechtfertigt gewesen. Demnach kann eine Direktvergabe ausnahmsweise erfolgen, wenn **aus technischen Gründen kein Wettbewerb** vorhanden ist und es für den Beschaffungsbedarf des AG keine vernünftige Alternative oder Ersatzlösung gibt.

Insbesondere erfolgte die im Vorfeld der Direktbeauftragung durchgeführte **Markterkundung** vergaberechtskonform. Solange sich der AG von sachlichen Erwägungen leiten lasse, sei er frei in seiner Entscheidung, welche technische Lösung er beschaffe. Hat er sich für eine Lösung entschieden kann nicht verlangt werden, dass er sich einen Überblick über andere, ebenfalls am Markt existierende Lösungen mit anderen technischen Spezifikationen verschafft.

Vorliegend seien auch die **besonderen Umstände des Einzelfalls** zu berücksichtigen. Bei einer Beschaffung mit relativ kurzer Laufzeit (zehn Monate) kann vom AG nicht verlangt werden eine umfassende Marktuntersuchung durchzuführen. Aufgrund des Zeitdrucks während der Pandemie kann an die Intensität und Tiefe der Markterkundung keine allzu hohe Anforderung gestellt werden.



- Vorsicht bei Direktvergaben: hier erfolgt eine komplette Wettbewerbsverengung auf einen Bieter, diese ist als Ausnahmevorschrift besonders sorgfältig zu prüfen und zu dokumentieren.



**Dr. Bettina Meyer-Hofmann**  
Partnerin  
Fachanwältin für Vergaberecht

GvW Graf von Westphalen  
Königsallee 61 – Köblick  
40215 Düsseldorf

[b.meyer-hofmann@gvw.com](mailto:b.meyer-hofmann@gvw.com)  
T +49 211 56615-163  
F +49 211 56615-123



**Birgit Lotz, LL.M. (Bristol)**  
Assoziierte Partnerin  
Fachanwältin für Vergaberecht

GvW Graf von Westphalen  
Königsallee 61 – Köblick  
40215 Düsseldorf

[b.lotz@gvw.com](mailto:b.lotz@gvw.com)  
T +49 211 56615-163  
F +49 211 56615-123



**Greta Marie Sürmann**  
Associate

GvW Graf von Westphalen  
Königsallee 61 – Köblick  
40215 Düsseldorf

[g.suermann@gvw.com](mailto:g.suermann@gvw.com)  
T +49 211 56615-163  
F +49 211 56615-123

- Das Wettbewerbsregister stellt den Auftraggebern Informationen zur Verfügung, ob ein Bieter wegen Wirtschaftsdelikten oder anderen Straftaten, die den **Ausschluss von öffentlichen Vergabeverfahren (§§ 123 ff. GWB)** begründen, **rechtskräftig verurteilt** wurde. Diese Delikte sind in § 2 WRegG aufgelistet.
- Das Wettbewerbsregister bietet dem öffentlichen Auftraggeber eine eigenständige Prüfungsmöglichkeit, ob Ausschlussgründe vorliegen.
- Das Bundesministerium für Wirtschaft und Energie (BMWi) hat im Bundesanzeiger bekannt gemacht, dass die Voraussetzungen für die elektronische Datenübermittlung in Bezug auf das Wettbewerbsregister vorliegen. Diese Bekanntmachung ist Voraussetzung dafür, dass die **Mitteilungs- und Abfragepflichten** in Bezug auf das Wettbewerbsregister anwendbar werden.

## Abfragepflichten für öffentliche Auftraggeber

- Ein öffentlicher Auftraggeber iSd § 99 GWB ist vor Erteilung eines Zuschlags in einem Verfahren über die Vergabe öffentlicher Aufträge mit einem geschätzten Auftragswert ab **30.000 EUR** ohne Umsatzsteuer gemäß § 6 Abs. 1 WRegG verpflichtet, das Wettbewerbsregister für den Zuschlagsbieter abzufragen. Entbehrlich ist die Abfrage lediglich, wenn ein Auftraggeber innerhalb der letzten zwei Monate zu dem entsprechenden Unternehmen bereits eine Auskunft erhalten hat.
- Bei einem geschätzten Auftrags- bzw. Vertragswert unterhalb der oben genannten Wertgrenze eröffnet § 6 Abs. 2 WRegG eine **freiwillige Abfragemöglichkeit** für den Auftraggeber.
- Im Rahmen des Teilnahmewettbewerbs kann eine Abfrage zu den Bewerbern erfolgen, die der Auftraggeber zur Abgabe eines Angebots auffordern will.

## Meldepflicht für öffentliche Auftraggeber?

- Eine Meldepflicht für den öffentlichen Auftraggeber besteht nicht.
- Durch § 4 WRegG werden die Strafverfolgungsbehörden und die zur Verfolgung von Ordnungswidrigkeiten berufenen Behörden zur Abgabe entsprechender Mitteilungen der Registerbehörde gegenüber verpflichtet.

Es gelten folgende Stichtage:

- Ab dem 01.12.2021 sind die **Strafverfolgungsbehörden** sowie die zur Verfolgung von Ordnungswidrigkeiten berufenen Behörden verpflichtet, dem Bundeskartellamt (Registerbehörde) registerrelevante Rechtsverstöße mitzuteilen. Ab diesem Tag haben registrierte Auftraggeber bereits die Möglichkeit zur Abfrage des Wettbewerbsregisters.
- Ab dem 01.06.2022 sind **öffentliche Auftraggeber** in Vergabeverfahren mit den in § 6 WRegG näher bestimmten Auftragswerten zur **Abfrage** des Wettbewerbsregisters verpflichtet.
- Ab dem 01.06.2022 können Unternehmen und natürliche Personen Auskunft über den sie betreffenden Inhalt des Wettbewerbsregisters verlangen.
- Ab dem 01.06.2022 können Stellen, die ein amtliches Verzeichnis führen, das den Anforderungen des Artikels 64 der Richtlinie 2014/24/EU entspricht, mit Zustimmung des betroffenen Unternehmens Auskunft über den das Unternehmen betreffenden Inhalt des Wettbewerbsregisters verlangen.