

# VERGABERECHT

## Schnell aus der (Beschaffungs-) Krise – Vergaberecht in Zeiten von COVID-19

Die rasante Ausbreitung des Corona-Virus und der damit einhergehende dramatische Anstieg von Infizierten und Erkrankten stellen in diesen Tagen insbesondere den Gesundheitsbereich auf Bundes-, Länder- und Kommunalebene vor extreme Belastungen und Herausforderungen. Die Versorgung der Behörden und Einrichtungen mit dringend erforderlichen Produkten – von Schutzmasken über Einwegbekleidung und Desinfektionsmittel bis hin zu Beatmungsgeräten – muss in großen Mengen und mit hoher Dringlichkeit sichergestellt werden. Zugleich verlangen die hohe Ansteckungsgefahr und die deswegen ergriffenen Einschränkungen des öffentlichen Lebens, dass (auch) öffentliche Stellen ihr Personal soweit wie möglich auf Homeoffice umstellen. Auch hierzu bedarf es innerhalb kürzester Zeit der Schaffung einer entsprechenden Infrastruktur, von mobilem IT-Gerät über Leitungskapazitäten bis hin zu ausreichenden Möglichkeiten für Telefon-, Web- oder Videokonferenzen.

Dem steht das Vergaberecht mit seiner grundsätzlichen Formstrenge und seinen zeitintensiven Prozessen nicht entgegen. Auf die Bandbreite von Erleichterungen und Beschleunigungen weisen Bundes- und Landesministerien aktuell in einer Reihe von Rundschreiben und Hinweisen hin – und praktizieren diese und andere Sonderformen der Beschaffungsprozesse.

### EILVERGABEN UND CO. – WAS GIBT DAS VERGABERECHT HER?

- Das Bundesministerium für Wirtschaft und Energie erläutert in seinem [Rundschreiben vom 19. März 2020](#), dass für den Einkauf von Leistungen, die der Eindämmung und kurzfristigen Bewältigung der Corona-Pandemie und/oder der Aufrechterhaltung des Dienstbetriebs der öffentlichen Verwaltung dienen, die strengen Voraussetzungen für eine Dringlichkeitsvergabe (Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb im Oberschwellenbereich; Verhandlungsvergabe ohne Teilnahmewettbewerb im Unterschwellenbereich) als gegeben angesehen werden. Dies ermöglicht eine extreme Beschleunigung der Beschaffungsvorgänge bis hin zur Sofortbeauftragung am selben Tag. Zugleich erlaubt es die Reduzierung des Teilnehmerkreises auch unter die übliche Pflicht zur Ansprache von mindestens drei Unternehmen. Bei zwingender Dringlichkeit, so das BMWi, kann es auch ausreichen, nur einen Lieferanten anzusprechen. Das Ministerium weist darauf hin, dass diese Auslegung wie auch schon in der Flüchtlingskrise 2015 in Einklang mit der Auffassung der EU-Kommission steht. Noch weitergehende Handlungsmöglichkeiten sieht das Ministerium für Beschaffungen im Unterschwellenbereich: als *ultima ratio* stehe es den Ländern hier grundsätzlich frei,

**Kostenfreies Webinar  
zum Vergaberecht in der  
Corona-Krise am 9. April 2020,  
10:00 Uhr – Anmeldung an  
Anett.Weihert@bblaw.com**

die Anwendung bestimmter Regelungen der UVgO – oder die UVgO insgesamt – für bestimmte Beschaffungen aussetzen. Die haushaltsrechtlichen Vorgaben bleiben gleichwohl bestehen.

- Für den Baubereich nimmt das zuständige Bundesministerium des Innern, für Bau und Heimat in seinem [Erlass vom 27. März 2020](#) zum einen vollumfänglich Bezug auf das Rundschreiben des BMWi. Krisenbedingter Beschaffungsbedarf wird hier z.B. in der kurzfristigen Schaffung zusätzlicher Kapazitäten im Krankenhausbereich, in Umbauten und der Ausstattung zur Erhöhung der Anzahl von Videokonferenzräumen oder im Einbau von Trennwänden zur Separierung mehrfach belegter Büros gesehen. Zum anderen weist das BMI aber auch darauf hin, dass bei Baumaßnahmen, die nicht der Eindämmung der COVID-19-Pandemie dienen, die Erleichterungen des Vergaberechts nicht anzuwenden sind. Darüber hinaus finden sich in dem Erlass auch situationsbedingte Anpassungen für „normale“ Beschaffungsprozesse, da – so das BMI – ausschreibungsreife Gewerke weiterhin zu vergeben, Planungen fortzusetzen und weitere Bauvorhaben zur Ausschreibung zu führen sind. Dabei können Auftraggeber die Vorlage von amtlichen Bescheinigungen (z.B. Unbedenklichkeitsbescheinigungen) durch Eigenerklärungen ersetzen, wenn die Erlangung der Bescheinigungen nicht rechtzeitig möglich ist. Verfahrensfristen sollen zur Erhaltung des Wettbewerbs auf Wunsch von Verfahrensteilnehmern verlängert und Verhandlungstermine möglichst verschoben werden. Der in unterschwelligen Verfahren mit schriftlichen Angeboten noch vorgesehene Submissionstermin kann unter Ausschluss der Bieter stattfinden, und Vertragsstrafen sollen mit Blick auf die durch die Pandemie hervorgerufenen Unsicherheiten bei der Bauabwicklung nur im Ausnahmefall vorgesehen werden.

- Die Bundesländer haben die vorstehenden Hinweise durch entsprechende Rundschreiben und Erlasse für ihre Bereiche zur Anwendung gebracht (vgl. bspw. für Rheinland-Pfalz vom 20. März 2020).
- Zwischenzeitlich hat auch die EU-Kommission am 1. April 2020 eine Mitteilung veröffentlicht, die Leitlinien zur Nutzung des Rahmens für die Vergabe öffentlicher Aufträge in der durch die COVID-19-Krise verursachten Notsituation enthält (2020/C 108 I/01). Sie verweist darin analog zu den Ausführungen, die das BMWi für den nationalen Bereich gemacht hat, auf die Fristverkürzungs- und Direktvergabemöglichkeiten, die die EU-Vergaberichtlinien in solchen Situationen erlauben. Darüber hinaus macht die Kommission darauf aufmerksam, dass öffentliche Auftraggeber zur Beschleunigung der Vergabe auch in Erwägung ziehen können, mit potenziellen Auftragnehmern innerhalb und außerhalb der EU per Telefon, E-Mail oder persönlich Kontakt aufzunehmen, Agenten zu beauftragen, die bessere Kontakte zu den Märkten haben, Vertreter direkt in die Länder zu entsenden, die über die erforderlichen Lagerbestände verfügen und deren unverzügliche Lieferung gewährleisten können oder mit potenziellen Lieferanten Kontakt aufzunehmen, um eine Produktionssteigerung oder die Aufnahme oder Wiederaufnahme der Produktion zu vereinbaren.
- Einen anderen Weg schlägt das Bundesministerium für Gesundheit ein. Für die dringend benötigte Versorgung mit Schutzmasken und -bekleidung hat das Ministerium am 27. März 2020 ein Open-House-Verfahren eingeleitet. Wenngleich es als offenes Verfahren im EU-Amtsblatt ([2020/S 062-147548](#)) veröffentlicht wurde, handelt es sich hierbei um ein Zulassungsverfahren, das dem Vergaberecht nicht unterfällt, da kein wettbewerblicher Auswahlprozess erfolgt, sondern alle Unternehmen Vertragspartner werden (können), die die gewünschte Leistung innerhalb vorgegebener Parameter liefern können (vgl. EuGH, Urteil vom 2. Juni 2016 – C-4109/14 „Dr. Falk Pharma“). Interessierte Unternehmen, die mindestens 25.000 Stück bis zum 30. April 2020 liefern können, können dem System noch bis zu diesem Zeitpunkt beitreten und Vertragspartner der Generalzolldirektion als Zentrale Beschaffungsstelle der Bundesfinanzverwaltung werden, die das Verfahren für das BMG durchführt.

Die Achillesferse bei allen diesen Maßnahmen und Möglichkeiten ist allerdings – wie zuletzt so oft in Beschaffungsvorhaben – die anbietende Wirtschaft. Denn auch diese ist mangels entsprechender Zulieferungen (zumeist aus dem Ausland) derzeit selbst kaum in der Lage, die Nachfrage nur ansatzweise zu bedienen. Hierbei dürften auch die Vorschläge der EU-Kommission (s. o.) nur bedingt Hilfestellung leisten.

#### HINWEISE ZUR BAUABWICKLUNG IN DER KRISE

Für bereits vergebene Aufträge im Baubereich zeigen sich wiederum durch die Krise immer häufiger Störungen im Bauablauf. Hierfür hat das BMI am 23. März 2020 einen weiteren [Erlass](#) veröffentlicht, der sich mit der Handhabung solcher Bauablaufstörungen und dem gleichsam wichtigen Thema von Zahlungen befasst.

#### PRAXISTIPP

Einmal mehr zeigt sich in der Krise die Agilität des nationalen und europäischen Vergaberechts. Weitestgehende Erleichterungs- und Beschleunigungsmöglichkeiten sorgen dafür, dass zumindest das rechtliche Regelwerk kein Hemmschuh für die zeitnahe Beschaffung dringend benötigter Produkte ist. Allerdings ist die jetzt erfolgte weite Interpretation der Spielräume nicht als Einladung zu verstehen, sämtliche Beschaffungsbedarfe „aus Anlass der Krise“ eilig und ohne den normalen Wettbewerb zu tätigen. Vergaben, die nicht unmittelbar der Bedarfsdeckung in der Krise dienen, bleiben dem formstrengen Vergaberecht unterstellt, was bei Missachtung zu Nachprüfungsverfahren führen kann. Und auch bei gerechtfertigten Dringlichkeitsbeschaffungen sichert nur eine belastbare und nachvollziehbare Dokumentation rechtssicher vor kritischen Nachfragen ab.

Sprechen Sie uns gerne an, wenn wir Sie bei Ihren Beschaffungsvorhaben im Rahmen der Corona-Krise unterstützen können. Unter [krisenbeschaffung@bblaw.com](mailto:krisenbeschaffung@bblaw.com) sind wir jederzeit erreichbar.



#### Stephan Rechten

Rechtsanwalt  
BEITEN BURKHARDT  
Rechtsanwaltsgesellschaft mbH  
E-Mail: [Stephan.Rechten@bblaw.com](mailto:Stephan.Rechten@bblaw.com)

#### VERANSTALTUNGSHINWEIS

Zu den aktuellen Maßnahmen und Hinweisen der Eilbeschaffung in der Corona-Pandemie und deren Umsetzung in die Praxis veranstalten wir am **Donnerstag, den 9. April 2020 um 10:00 Uhr** ein einstündiges Webinar. Die Teilnahme ist kostenlos. Anmeldungen bitte an [Anett.Weihert@bblaw.com](mailto:Anett.Weihert@bblaw.com).

## Wann und wie ist das Leistungsversprechen eines Bieters zu überprüfen?

In seiner Entscheidung vom 15. Januar 2020 (Verg 20/19) befasst sich das OLG Düsseldorf mit praxisnahen Fragestellungen im Zusammenhang mit der inhaltlichen Überprüfung von Angeboten in einem Vergabeverfahren.

#### SACHVERHALT

Das nordrhein-westfälische Wirtschaftsministerium schrieb im November 2018 den Erwerb einer Landeslizenz zur Nutzung einer Software zur Erstellung von CO2-Bilanzen EU-weit in einem offenen Verfahren aus. Einziges Zuschlagskriterium war der Preis. Die angebotenen Software-Lösungen mussten zum Zeitpunkt des

Leistungsbeginns (1. April 2019) zahlreiche inhaltliche (Mindest-) Anforderungen erfüllen, die in den Vergabeunterlagen vorgegeben waren. Um dies zu belegen, mussten die Bieter „aussagekräftig Nachweise“ vorlegen. Auf eine Bieterfrage wurden diese Nachweise dahingehend konkretisiert, dass die Bieter in ihrem Angebot auf die Mindestanforderungen eingehen und im Angebot schriftlich oder grafisch darstellen, welche Lösungen die angebotene Software für die genannten Anforderungen zum Beginn der Vertragslaufzeit bereithält. Ausdrücklich vermerkte der Auftraggeber, dass diese Ausführungen nur dann aussagekräftig seien, wenn sie mehr als die Erklärung beinhalteten, die genannten Mindestanforderungen würden erfüllt.

Der Beigeladene reichte mit seinem Angebot ein 78-seitiges Dokument ein, in dem er zur Erfüllung der Anforderungen Stellung nahm und die Umsetzung und Funktionsweise anhand von Abbildungen darstellte. Der Auftraggeber forderte den Beigeladenen im Rahmen der Angebotswertung zur Erläuterung einzelner Ausführungen auf und gelangte auf Grundlage von Ausführungen und Erläuterungen unter Einbindung des zuständigen Fachreferats zu dem Ergebnis, dass der Beigeladene eine den Anforderungen entsprechende Software angeboten habe und in der Lage sein werde, bei Leistungsbeginn alle zwingenden Anforderungen zu erfüllen. Da das Angebot des Beigeladenen das günstigste war, beabsichtigte der Auftraggeber den Zuschlag hierauf.

Die Antragstellerin moniert in dem hiergegen eingeleiteten Nachprüfungsverfahren u. a., dass das vom Auftraggeber angewandte Vorgehen der Überprüfung untauglich sei. Ob die angebotene Software die geforderten Rechenoperationen vornehmen könne, sei nicht anhand der eingereichten Unterlagen und mündlichen Erläuterungen überprüfbar. Hierzu bedürfe es einer (verifizierenden) Teststellung.

Die Vergabekammer Rheinland hat den Nachprüfungsantrag zurückgewiesen (Beschluss vom 5. Juni 2019 – VK 11/19).

## ENTSCHEIDUNG

Die hiergegen erhobene Beschwerde der Antragstellerin war erfolglos. Die Vorgehensweise des Auftraggebers war nach Ansicht des OLG Düsseldorf beanstandungsfrei. Er habe seine Entscheidung, den Zuschlag auf das Angebot des Beigeladenen zu erteilen, ohne Verstoß gegen die Grundsätze der Gleichbehandlung der Bieter und der Transparenz des Vergabeverfahrens getroffen.

Unter Bezugnahme auf seine bisherige Rechtsprechung bekräftigt der Vergabesenat, dass ein öffentlicher Auftraggeber sich grundsätzlich auf das Leistungsversprechen der Bieter in ihren Angeboten verlassen darf und nicht verpflichtet ist zu überprüfen, ob die Bieter die eingegangenen Verpflichtungen auch einhalten werden. Eine Überprüfungspflicht ergebe sich nur dann, wenn konkrete Tatsachen das Leistungsversprechen eines Bieters als nicht plausibel erscheinen lassen. (Nur) in diesen Fällen müsse der Auftraggeber bereit und in der Lage sein, die Zusagen der Bieter effektiv zu verifizieren. Im vorliegenden Fall sei der Auftraggeber durch die Forderung nach einem schriftlichen/grafischen Nachweis der Erfüllung der Mindestanforderungen und dessen Überprüfung durch das eigens hinzugezogene Fachreferat nachgekommen.

Einen Anspruch auf Durchführung einer verifizierenden Teststellung sah das Gericht im vorliegenden Fall nicht. Bei der Wahl seiner Überprüfungsmitel sei der Auftraggeber grundsätzlich frei. Auf eine bestimmte Methode oder bestimmte Mittel der fachlichen Überprüfung sei er schon im Interesse einer zügigen Umsetzung der Beschaffungsabsicht und eines raschen Abschlusses des Vergabeverfahrens sowie aus Gründen begrenzter Ressourcen und administrativer Möglichkeiten nicht festgelegt. Bei der Auswahl der Überprüfungsmitel müsse der Auftraggeber nur darauf achten, dass das Mittel geeignet sei und die Auswahl frei von sachwidrigen Erwägungen getroffen werde. Einzig in dem Fall, wo nur ein einziges Mittel zur Überprüfung der Bieterangaben geeignet sei, müsse der Auftraggeber dieses zwingend wählen. Dies sei hier – entgegen der Ansicht der Antragstellerin – allerdings nicht der Fall. Die Behauptung, bestimmte Rechenoperationen einer Software allein anhand einer dynamischen Teststellung beurteilen zu können, habe die Antragstellerin nicht weiter substantiiert. Diese Annahme sei vorliegend auch deswegen falsch, da von den Bietern die Lieferung der Software nicht bei Angebotsabgabe sondern erst zum Leistungsbeginn und damit einige Monate später verlangt war. Der Erkenntniswert einer im Vergabeverfahren durchzuführenden Teststellung sei damit allenfalls gering, da sie nur Aufschluss über den Entwicklungsstand der Software im Zeitpunkt des Testlaufs gebe und in der Regel keine sicheren Schlüsse über die Erfüllbarkeit des Angebots bei Leistungsbeginn erlaube.

## BEWERTUNG UND PRAXISTIPP

Der Entscheidung ist zuzustimmen. Mit der Autonomie des Auftraggebers in der Frage, was er beschafft und wie er die Kriterien zur Auswahl des wirtschaftlichsten Angebots auswählt, korrespondiert auch eine weitgehende Freiheit bei der Frage, ob und wie das Leistungsversprechen der Bieter in ihren Angeboten überprüft wird. Die Grenzziehung dort vorzunehmen, wo unsachliche oder gar willkürliche Aspekte und Motivationen das Handeln und Vorgehen des Auftraggebers leiten, ist in allen drei Bereichen – Auftragsgegenstand, Zuschlagskriterien und Verifizierungsmittel – einheitlich der richtige Maßstab, um die Umsetzung der Grundprinzipien sicherzustellen und gleichzeitig die Handlungsfreiheit des Auftraggebers hinreichend zu gewährleisten.

Das OLG Düsseldorf weist zu Recht darauf hin, dass der Auftraggeber in Vergabeverfahren stets auch zeitliche Zwänge und begrenzte personelle Kapazitäten zu berücksichtigen hat und von ihm daher keine allzu großen Anforderungen an die Überprüfung von Bieterangaben verlangt werden können. Insbesondere dort, wo der Auftraggeber – wie im zugrunde liegenden Fall – über eigenen (technischen) Sachverstand im Hause verfügt, spricht nichts dagegen, diesen bei der Auswertung der Angebote einzubinden und auf weitere Expertise zu verzichten, auch wenn diese im Einzelfall möglich wäre.

Dies, gepaart mit der Grundaussage des Gerichts, dass sich der Auftraggeber grundsätzlich auch auf das Leistungsversprechen der Bieter verlassen darf und dieses im Regel-

fall gar nicht überprüfen muss, darf allerdings nicht dazu führen, dass der Auftraggeber „die Hände in den Schoß legt“ und Angebote unkritisch hinnimmt. Zwar besteht mit gut gestalteten Vertragsbedingungen und den sich hieraus ergebenden Sanktionsmechanismen bei Schlecht- oder Nichtleistung bereits ein hinreichender „Anreiz“ für Bieter, nur die Leistungen, Spezifikationen und Qualitäten anzubieten, die sie im Auftragsfall auch einhalten und erbringen können. Andererseits ist und bleibt der Auftraggeber in jeder Phase Herr des Verfahrens und muss daher ein neutrales, transparentes und der Gleichbehandlung genügendes Vorgehen auf- und umsetzen. Insbesondere bei der Beschaffung hochkomplexer Leistungen muss er diese „Lufthoheit“ durch (technischen) Sachverstand unterlegen. Dieser kann – wie im vorliegenden Fall – in der eigenen Verwaltung vorgehalten werden und bei der Prüfung der Angebote zum Einsatz kommen. Sofern dies nicht der Fall ist, kann der Auftraggeber auch auf externe Unterstützung, wie z. B. Sachverstand anderer Behörden oder Einbindung externer Fachberater und Sachverständiger – zurückgreifen.

Im Hinblick auf die Durchführung einer Teststellung – neben der hier angesprochenen verifizierenden Teststellung, mit der Leistungsparameter eines Angebots überprüft werden sollen, können auch wertende Teststellungen angesetzt werden, bei denen ein Teil der Angebotswertung originär stattfindet, etwa bei der Bewertung des Sitzkomforts von Bürostühlen oder der Bedienerfreundlichkeit eines technischen Geräts – zeigt die Entscheidung des OLG Düsseldorf deren Grenzen auf. Insbesondere dann, wenn zwischen der Zuschlagserteilung und dem Liefertermin noch größere Zeiträume liegen und das zu beschaffende Produkt erst zum Lieferzeitpunkt die geforderten und versprochenen Leistungsmerkmale aufweisen muss, können die Ergebnisse einer Teststellung während des Vergabeverfahrens nur eingeschränkte oder unter Umständen sogar gar keine Aussagekraft haben.



### Stephan Rechten

Rechtsanwalt  
BEITEN BURKHARDT  
Rechtsanwaltsgesellschaft mbH  
E-Mail: Stephan.Rechten@bblaw.com

## OLG Düsseldorf: Angebotsausschluss jedenfalls bei individuell formulierten Abweichungen von Vertragsbedingungen des Auftraggebers

Der Bundesgerichtshof (BGH) hatte im vergangenen Jahr für einen Paukenschlag gesorgt: Mit Urteil vom 18. Juni 2019 (X ZR 86/17) entschied er, dass die Verwendung von bieter eigenen Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB), die von vorgegebenen Vertragsbedingungen des Auftraggebers abweichen, dann nicht zum Angebotsausschluss führen, wenn in den Vertragsbedingungen eine sogenannte Abwehrklausel enthalten ist, die die Geltung bieter eigener AGB ausschließt. Jedenfalls aber, so der BGH, bestehe eine Aufklärungspflicht des Auftraggebers, um Missverständnisse des Bieters hinsichtlich der allein maßgeblichen Geltung und des Vorrangs der Vertragsbedingungen des Auftraggebers gegenüber bieter eigenen AGB auszuschließen. Der Hoffnung vieler Bieter auf Verbleib in der Wertung trotz abweichender rechtlicher und kommerzieller Angebotsinhalte schiebt der Vergabesenat beim OLG Düsseldorf mit seiner aktuellen Entscheidung vom 12. Februar 2020 (Verg 24/19) nunmehr einen Riegel vor und schränkt die Rechtsprechung des BGH ein.

### SACHVERHALT

Der Auftraggeber schrieb einen öffentlichen Bauauftrag im Verhandlungsverfahren mit Teilnahmewettbewerb aus. Zu den Vergabeunterlagen gehörten neben der Leistungsbeschreibung und den Besonderen Vertragsbedingungen auch die Zusätzlichen Vertragsbedingungen für die Ausführung von Bauleistungen nach der VOB/B (ZVB VOB/B), Stand Januar 2018, auf die in vollem Umfang Bezug genommen wurde. Nach Ziffer 10.3 ZVB ist der Auftraggeber berechtigt, Zahlungen wegen Ansprüchen und Forderungen zurückzuhalten oder aufzurechnen, die ihm aus anderen Rechtsgeschäften mit dem Auftragnehmer oder aus sonstigen Gründen gegen den Auftragnehmer zustehen.

Nach Durchführung von Verhandlungen, in denen der Bieter mitteilte, er könne sich mit dem in Ziffer 10.3 ZVB enthaltenen Zurückbehaltungs- und Aufrechnungsrecht des Auftraggebers nicht einverstanden erklären, ergänzte dieser Bieter sein letztverbindliches Angebot um folgende Erklärungen:

*„Bitte gestatten Sie uns zwei Punkte der Ausschreibung bzw. unseres Angebotes verbindlich wie folgt klarzustellen:*

*– Das in den Vertragsunterlagen aufgeführte Recht zur Aufrechnung durch den AG ist dahingehend zu konkretisieren, dass diese Rechte ausschließlich für Aufrechnungen der C. mit Forderungen/ Ansprüchen der C. aus dem durch Zuschlagserteilung neu zu begründenden Vertrag zur Schachtförderanlage T. (E+M-Teil) gilt. Andernfalls ist die Gleichbehandlung der Bieter nicht gewährleistet.“*

Der Auftraggeber schloss den Bieter daraufhin aus und dieser wehrte sich gegen den Ausschluss mit einem Nachprüfungsantrag, den die 2. Vergabekammer des Bundes zurückwies. Mit der

sofortigen Beschwerde verfolgte der ausgeschlossene Bieter seinen Nachprüfungsantrag weiter. Dabei argumentierte der Bieter auf zwei Ebenen: Zum einen beanstandete er das in Ziffer 10.3 ZVB enthaltene Zurückbehaltungs- und Aufrechnungsrecht des Auftraggebers und zum anderen den Ausschluss selbst als vergaberechtswidrig.

## ENTSCHEIDUNG

Ohne Erfolg!

Der Nachprüfungsantrag war nach Auffassung des OLG Düsseldorf bereits insoweit unzulässig, als der Bieter die Regelung in Ziffer 10.3 ZVB als vergaberechtswidrig beanstandete, weil er die Regelung nicht bis zum Ablauf der Frist zur Abgabe letztverbindlicher Angebote gerügt hatte. Selbst wenn an eine Rüge keine überhöhten Anforderungen zu stellen sind, sei jedoch eine konkrete und deutliche vergaberechtliche Beanstandung erforderlich, damit der öffentliche Auftraggeber erkennen kann, um welchen konkreten Verstoß es sich handelt, und dass von ihm die Beseitigung dieses Vergaberechtsfehlers verlangt wird. Allgemeine Fragen und Hinweise, Kritik oder Unverständnis stellen nach Auffassung des OLG Düsseldorf ebenso wenig eine ausreichende Rüge dar, wie eine Ankündigung, man werde etwas nicht hinnehmen. Zudem müsse deutlich werden, dass das Unternehmen nicht nur eine Anregung zur Optimierung des Vergabeverfahrens geben will, sondern dass ein vom Auftraggeber zu beseitigender Rechtsfehler geltend gemacht wird.

Die gegen den Ausschluss gerichtete Rüge war zwar zulässig, nach Auffassung des OLG Düsseldorf aber unbegründet. Zwar liege nach der Rechtsprechung des BGH keine mit einem Angebotsausschluss zu sanktionierende Änderung der Vergabeunterlagen bei widersprechenden AGB des Bieters und des Auftraggebers vor, wenn die Vertragsbedingungen des Auftraggebers eine sogenannte Abwehrklausel enthalten, nach der etwaige (abweichende) AGB des Bieters nicht Vertragsbestandteil werden. Auch ohne eine solche Abwehrklausel könne nach der Rechtsprechung des BGH ein Angebot in der Wertung verbleiben, wenn die Verwendung der abweichenden AGB des Bieters erkennbar auf einem Missverständnis über die in den Vergabeverfahren einseitige Maßgeblichkeit der vom Auftraggeber vorgegebenen Vergabe- und Vertragsbedingungen beruht. Die Rechtsprechung des BGH sei, so das OLG Düsseldorf, aber nicht auf den zu entscheidenden Fall übertragbar, weil es sich bei der Erklärung des Bieters im letztverbindlichen Angebot zu Ziffer 10.3 ZVB nicht um eine AGB des Bieters handele, sondern um eine individuelle Formulierung für den ausgeschriebenen Auftrag, die gerade nicht im Sinne der Definition einer AGB nach § 305 Abs. 1 BGB für eine Vielzahl von Verträgen vorformuliert gewesen sei.

## BEWERTUNG UND PRAXISTIPP

Die Entscheidung des OLG Düsseldorf ist im Lichte der Rechtsprechung des BGH nur eingeschränkt nachvollziehbar.

Im Hinblick auf die Rügeobliegenheit entspricht die auf den ersten Blick strenge Entscheidung dem Sinn und Zweck des § 160 Abs. 3 GWB. Die rechtzeitige Rüge soll

eine möglichst frühzeitige Klärung umstrittener Rechtsfragen im Vergabeverfahren ermöglichen. Das ist nur dann möglich und gewährleistet, wenn der Bieter eindeutig und unmissverständlich zu erkennen gibt, welchen konkreten Sachverhalt er als vergaberechtswidrig beanstandet und dass er eine Beseitigung des seiner Auffassung nach vergaberechtswidrigen Zustands vom Auftraggeber verlangt. Die Praxis zeigt insbesondere in Verhandlungsverfahren, dass Bieter ihrer Auffassung nach bestehende vergaberechtswidrige Regelungen in den Vergabeunterlagen und Entscheidungen des Auftraggebers nur verhalten ansprechen, Optimierungen anregen und Vorschläge unterbreiten, ohne jedoch zur Wahrung ihrer Rechte im Vergabeverfahren eine den gesetzlichen Anforderungen entsprechende Rüge auszusprechen. Das ist einerseits aus unternehmerischer Sicht nachvollziehbar, um eine ggf. bereits bestehende oder zumindest zukünftige potentielle Geschäftsbeziehung nicht zu belasten. Andererseits riskieren Bieter damit aber nicht nur eine Einschränkung, sondern sogar einen Verlust ihrer Rechtsposition für den Fall eines Nachprüfungsverfahrens. Auftraggeber sind nach wie vor gut beraten, ihre Nachfragemacht nicht dafür zu verwenden, Bieter direkt oder indirekt zu vermitteln, dass sie im Falle einer Rüge unerwünschter Geschäftspartner werden. Konstruktiv formulierte und durch den Auftraggeber ebenso konstruktiv bearbeitete Rügen können nicht nur zu einem fehlerfreien Vergabeverfahren, sondern auch zu einer wirtschaftlichen Beschaffung beitragen.

Das Urteil des BGH vom 18. Juni 2019 (X ZR 86/17) hätte in dem Fall des OLG Düsseldorf wohl auch eine andere Entscheidung zugelassen. Der BGH wies ausdrücklich darauf hin, dass die rechtliche Einordnung als AGB keine Voraussetzung für die direkte oder entsprechende Anwendung einer Abwehrklausel ist, wenn diese Liefer-, Vertrags- und Zahlungsbedingungen des Auftragnehmers nur beispielhaft („insbesondere“) als Inhalte nennt, die nicht Vertragsbestandteil werden sollen. Die Abwehrklausel in den Vertragsbedingungen des Auftraggebers in dem vom OLG Düsseldorf entschiedenen Fall war offenbar anders formuliert und stellte ausschließlich und ausdrücklich auf abweichende AGB des Bieters ab. Allerdings können nach Auffassung des BGH Abweichungen von den Vergabeunterlagen auch ohne Abwehrklausel in den Vertragsbedingungen des Auftraggebers und auch ohne vorformulierte Erklärung des Bieters, keine eigenen AGB in den Vertrag einbeziehen zu wollen, aufgeklärt und das Angebot auf den maßgeblichen Inhalt der Vergabeunterlagen zurückgeführt werden. Mit dieser vom BGH eröffneten Rettungsmöglichkeit setzt sich das OLG Düsseldorf leider nicht auseinander.

Die Spruchpraxis der Nachprüfungsinstanzen lässt im Nachgang zum Urteil des BGH vom 18. Juni 2019 zwar eine gewisse bieterfreundliche Tendenz zu erkennen. Damit ist, wie die hier besprochene Entscheidung des OLG Düsseldorf zeigt, jedoch kein Freibrief für abweichende Angebotsinhalte verbunden. Bieter sind nach wie vor gut

beraten, zwingende Anforderungen des Auftraggebers nicht nur in fachlich-technischer, sondern auch in rechtlicher und in kommerzieller Hinsicht eins zu eins zu beantworten, wollen sie nicht einen Ausschluss riskieren.



**Dr. Marc Röpke**  
Rechtsanwalt | Fachanwalt für Vergaberecht  
BEITEN BURKHARDT  
Rechtsanwaltsgesellschaft mbH  
E-Mail: Marc.Roebke@bblaw.com

## NEWSTICKER

### +++ BMI gibt Auslegungserlass zur VOB/A 2019 heraus +++

Das BMI hat unter dem 26. Februar 2020 einen Erlass zur VOB/A 2019 herausgegeben, in dem Auslegungen zu einzelnen (neuen) Regelungen gegeben werden. Erläutert werden u. a.:

- das neue Instrument der Direktvergabe im Unterschwellenbereich (§ 3a Abs. 4 VOB/A);
- der Begriff der Bauleistung zu Wohnzwecken, bei dem bis 31. Dezember 2021 Beschränkte Ausschreibungen ohne Teilnahmewettbewerb bis zu einer Wertgrenze von EUR 1 Mio. möglich sind (§ 3a Abs. 2 VOB/A);
- der Begriff der Geschäftsjahre im Rahmen der Eignungsprüfung (§ 6a Abs. 2 Nr. 1 VOB/A);
- die Regelung zur Zulassung mehrerer Hauptangebote (§ 8 Abs. 2 Nr. 3 VOB/A);
- die Anforderungen an die elektronische Kommunikation (§ 11 VOB/A);
- die Neuregelung des Nachforderns von Unterlagen (§ 16a Abs. 1 VOB/A);
- die Änderungen an der Regelung zum Nachfordern von Preisen in unwesentlichen Positionen (§ 16a Abs. 2 VOB/A); sowie
- der neuen Vorschrift für (Bau-)Vergaben im Ausland (§ 24 VOB/A).

Hinweise zu einzelnen Regelungen des aktuellen VHB runden die Arbeitshilfe ab. Der Erlass kann [hier](#) abgerufen werden.

### +++ Vertragsnichtigkeit bei Verstoß gegen Informations- und Wartepflicht im Unterschwellenbereich nur bei ausdrücklicher Regelung +++

Das Kammergericht hat in einer aktuellen Entscheidung eine generelle Informations- und Wartepflicht bei Unterschwellenvergaben verneint (Urteil vom 7. Januar 2020 – 9 U 79/19).

Im Anwendungsbereich des Kartellvergaberechts bestehe ein auf die Beachtung der für das Verfahren maßgeblichen Regelungen zielender Primärrechtsschutz, der auch im Unterschwellenbereich bei Vorliegen eines Verfügungsgrundes nach den §§ 935, 940 ZPO auch mit entsprechenden einstweiligen Verfügungen gesichert werden könne. Die Informations- und Wartefrist des § 134 GWB gelte jedoch ausschließlich im Kartellvergaberecht und sei auch nicht analogiefähig, so das Gericht. Es sei verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden, dass für unterschwellige Vergabeverfahren eine solche Regelung nicht vorgesehen ist.

Im Unterschwellenbereich gilt somit eine Informations- und Wartepflicht nur dort, wo sie ausdrücklich angeordnet ist (so in den Landesvergabegesetzen von Thüringen, Sachsen-Anhalt, Mecklenburg-Vorpommern, Sachsen und Niedersachsen), oder falls sie im Einzelfall bei Aufträgen mit Binnenmarktrelevanz aus den Grundfreiheiten des AEUV herleitbar ist. Ein ungeschriebenes gesetzliches Verbot der Vergabe ohne entsprechendes Hinweisschreiben gibt es hingegen nicht.

Soweit eine Mitteilungs- und Wartepflicht besteht, bezweifelt das Kammergericht, ob hieraus ein Verbot des Vertragsschlusses hergeleitet werden kann. Ein Kontrahierungsverbot könne allenfalls mittelbar gefolgert werden und wäre selbst dann ein einseitiges, ausschließlich den öffentlichen Auftraggeber bindendes Verbots-gesetz. Bei einem Verstoß gegen einseitige Verbots-gesetze sei das Rechtsgeschäft aber in der Regel gültig, es sei denn, dass es mit Sinn und Zweck des Verbotes nicht vereinbar wäre, die durch das Geschäft getroffene Regelung hinzunehmen und bestehen zu lassen. Es bestünde demnach ein Wertungswiderspruch, wenn im Kartellvergaberecht ein Verstoß gegen § 134 GWB nur unter den Vorgaben des § 135 GWB geltend gemacht werden könne, im Unterschwellenbereich entsprechende Rechtsgeschäfte hingegen allgemein nach § 134 BGB nichtig wären. Die Unwirksamkeitsfolge würde zudem einen schwerwiegenden Eingriff in die durch den Vertragsschluss mit dem öffentlichen Auftraggeber begründete Vertragsposition des Auftragnehmers darstellen.

## Impressum

### BEITEN BURKHARDT

Rechtsanwaltsgesellschaft mbH  
(Herausgeber)  
Ganghoferstraße 33 | D-80339 München  
AG München HR B 155350/USt.-Idnr: DE-811218811  
Weitere Informationen (Impressumsangaben) unter:  
<https://www.beiten-burkhardt.com/de/hinweise/impressum>

### REDAKTION (VERANTWORTLICH)

Stephan Rechten | Rechtsanwalt  
© BEITEN BURKHARDT Rechtsanwaltsgesellschaft mbH.  
Alle Rechte vorbehalten 2020.

### HINWEISE

Diese Veröffentlichung stellt keine Rechtsberatung dar.  
Wenn Sie diesen Newsletter nicht mehr erhalten möchten,  
können Sie jederzeit per E-Mail (bitte E-Mail mit Betreff  
„Abbestellen“ an [newsletter@bblaw.com](mailto:newsletter@bblaw.com)) oder sonst  
gegenüber BEITEN BURKHARDT widersprechen.

### IHRE ANSPRECHPARTNER

#### BERLIN

Lützowplatz 10 | 10785 Berlin  
Tel.: +49 30 26471-219  
Frank Obermann | [Frank.Obermann@bblaw.com](mailto:Frank.Obermann@bblaw.com)  
Stephan Rechten | [Stephan.Rechten@bblaw.com](mailto:Stephan.Rechten@bblaw.com)

#### DÜSSELDORF

Cecilienallee 7 | 40474 Düsseldorf  
Tel.: +49 211 518989-0  
Dr. Lars Hettich | [Lars.Hettich@bblaw.com](mailto:Lars.Hettich@bblaw.com)  
Sascha Opheys | [Sascha.Opheys@bblaw.com](mailto:Sascha.Opheys@bblaw.com)

#### FRANKFURT AM MAIN

Mainzer Landstraße 36 | 60325 Frankfurt am Main  
Tel.: +49 756095-195  
Dr. Hans von Gehlen | [Hans.VonGehlen@bblaw.com](mailto:Hans.VonGehlen@bblaw.com)  
Christopher Theis | [Christopher.Theis@bblaw.com](mailto:Christopher.Theis@bblaw.com)

#### HAMBURG

Neuer Wall 72 | 20354 Hamburg  
Tel.: +49 40 688745-145  
Jan Christian Eggers | [Jan.Eggers@bblaw.com](mailto:Jan.Eggers@bblaw.com)

#### MÜNCHEN

Ganghoferstraße 33 | 80339 München  
Tel.: +49 89 35065-1452  
Michael Brückner | [Michael.Brueckner@bblaw.com](mailto:Michael.Brueckner@bblaw.com)  
Hans Georg Neumeier | [HansGeorg.Neumeier@bblaw.com](mailto:HansGeorg.Neumeier@bblaw.com)