

Newsletter Vergaberecht

April 2024



Sehr geehrte Damen und Herren,

hiermit erhalten Sie unseren aktuellen Newsletter Vergaberecht, Ausgabe April 2024.

Wir wünschen eine angenehme Lektüre!

Mit freundlichen Grüßen

Stephan Rechten

Rechtsanwalt

[vCard](#)



Ordnungsgemäße Preisaufklärung auch ohne Beteiligung des Bieters möglich

[zum Artikel](#)

Newsticker

Sachsen: Kabinett beschließt neues Vergabegesetz

"WhatsApp"-Nachricht als Rüge ausreichend

Sachsen-Anhalt: Ministerium informiert über Vergabeerleichterungen im Katastrophenfall Hochwasser

Deutscher Tochtergesellschaft eines US-amerikanischen Unternehmens darf grundsätzlich vertraut werden

Sonderzuweisung für vergaberechtlichen Rechtsschutz außerhalb des GWB geplant

[zu den Artikeln](#)

REDAKTION (verantwortlich)

Stephan Rechten | Rechtsanwalt
© Beiten Burkhardt
Rechtsanwaltsgesellschaft mbH

Vergaberecht@advant-beiten.com
www.advant-beiten.com

Ihre Ansprechpartner
des Vergaberechts-Teams

Hinweis: Aus Gründen der besseren Lesbarkeit wird auf die gleichzeitige Verwendung der Sprachformen männlich, weiblich und divers (m/w/d) verzichtet. Sämtliche Personenbezeichnungen gelten gleichermaßen für alle Geschlechter.



Ordnungsgemäße Preisaufklärung auch ohne Beteiligung des Bieters möglich

Der Vergabesenat des Oberlandesgerichts Düsseldorf hat sich in einer kürzlich veröffentlichten Entscheidung (Beschluss vom 26. Oktober 2022, Verg 18/22) mit den vergaberechtlichen Anforderungen an eine ordnungsgemäße Aufklärung im Falle eines ungewöhnlich niedrig erscheinenden Angebots befasst. Trotz des eindeutigen Wortlauts des § 60 Abs. 1 Satz 1 VgV, wonach der Auftraggeber im Falle eines ungewöhnlich niedrigen Angebotes Aufklärung "verlangt", besteht nach Ansicht des OLG Düsseldorf keine Pflicht zur Einbeziehung des Bieters, wenn der öffentliche Auftraggeber aufgrund anderweitig gesicherter Erkenntnisse zu dem Ergebnis gekommen ist, dass es sich nicht um ein ungewöhnlich niedriges Angebot handelt. Die anderweitig gesicherten Erkenntnisse konnte der öffentliche Auftraggeber im gegenständlichen Vergabeverfahren aus der zu eigen gemachten Auswertung der Angebote und Bewertung der Preise durch ein externes sachverständiges Unternehmen ziehen.

Der Sachverhalt

Der Auftraggeber schrieb IT-Dienstleistungen zum Betrieb und Hosting eines Messengers mit Videokonferenztool aus. Gemäß der Wertungsmatrix waren als Zuschlagskriterien mit 40 Prozent der Preis und mit 60 Prozent die Qualität des Gesamtkonzepts vorgesehen. Für das Zuschlagskriterium Preis wurde darüber hinaus festgelegt, dass die Ermittlung der Wertungspunkte mittels linearer Interpolation unter Heranziehung des Wertungspreises nach Preisblatt erfolgen sollte. Hierbei sollte das günstigste Angebot 40 Punkte erhalten und jedes Angebot, das größer als das 1,5-fache des günstigsten Angebotes ist, 0 Punkte.

In dem Bewertungsmodell zum Wertungspreis hieß es:

"1. Messenger: Zur Ermittlung des Wertungspreises wird von 700.000 Nutzern ausgegangen. Es wird der durch den Anbieter genannte Monatspreis je 100 Nutzer herangezogen und ein Grundpreis Messenger ermittelt. Auf diesen wird der Mittelwert der Nachlassstaffel Messenger angewendet.

2. Videokonferenz-Plugin: Zur Ermittlung des Wertungspreises wird eine Nutzung von 700.000 Nutzern zu 2 vollen Stunden bei 20 Tagen im Monat betrachtet. Es wird der durch den Anbieter genannte Monatspreis je 100 Nutzer pro Stunde herangezogen und ein fiktiver Monatspreis für das Videokonferenz-Plugin ermittelt. Auf diesen wird der Mittelwert der Nachlassstaffel Videokonferenz angewendet."

Zu den tatsächlichen und erwarteten Nutzungszahlen erläuterte die Leistungsbeschreibung, dass aktuell ca. 700.000 Nutzer an ca. 1.800 Schulen den Messenger und zusätzlich ca. 600 Schulen das Videokonferenz-Plugin nutzen würden. Da sich das Videokonferenz-Plugin in der Einführung befände, existiere ein belastbares Mengengerüst derzeit noch nicht. Eine Annäherung der Nutzerzahlen an die des Messengers werde erwartet. Die maximale Nutzerzahl läge bei ca. 2.650.000.

Die Abrechnung im Laufe der Vertragsdurchführung sollte im Falle des Messengers anhand der registrierten Nutzer, im Falle des Videokonferenz-Plugins anhand der tatsächlichen Nutzer erfolgen.

Mit Schreiben vom 29. Juli 2021 teilte der Auftraggeber der Antragstellerin mit, dass ihr Angebot nicht berücksichtigt werden sollte, da dieses sowohl in dem Wertungskriterium des Preises als auch dem der Qualität unterlegen sei.

Die Antragstellerin erhob hiergegen Rüge – welcher der Auftraggeber nicht abhalf – und stellte parallel einen Antrag auf Nachprüfung.

Unter anderem rügte die Antragstellerin, dass das Angebot der Beigeladenen wegen eines ungewöhnlich niedrigen Preises von der Vergabestelle auf seine Auskömmlichkeit überprüft und sodann von dem Vergabeverfahren nach § 60 VgV ausgeschlossen hätte werden müssen. Zur Begründung führte die Antragstellerein an, dass es sich bei dem Angebot des Zuschlagsprätendenten entweder um ein Unterkostenangebot handeln müsse, die Vergabeunterlagen intransparent seien oder das Angebot die in den Vergabeunterlagen gesetzten Mindestanforderungen nicht erfülle. Anders sei die mehr als 50-prozentige Unterschreitung ihres eigenen bereits sehr wettbewerbsfähig kalkulierten Angebotes nicht zu erklären.

Die Vergabekammer wies den Nachprüfungsantrag der Antragstellerin zurück. Hiergegen legte die Antragstellerin sofortige Beschwerde ein.

Die Entscheidung

Der Senat stellte fest, dass die sofortige Beschwerde zulässig, aber nicht begründet sei.

Das Angebot der Beigeladenen sei nicht als unauskömmlich auszuschließen gewesen. Denn die Preisprüfung sei ordnungsgemäß erfolgt und die Auftraggeberin in nicht zu beanstandender Weise zu dem Ergebnis gelangt, dass der geringe Angebotspreis der Beigeladenen zufriedenstellend aufgeklärt sei.

Zwar sei bei einer Preisaufklärung im Grundsatz eine eindeutig formulierte Anforderung an den Bieter zu richten, mit der Erläuterungen zu den angebotenen Preisen verlangt werde. Diese Vorgabe gelte jedoch nicht absolut. Sofern anderweitige gesicherte Erkenntnisse, die die Feststellung rechtfertigten, das Angebot eines Bieters sei nicht ungewöhnlich oder unangemessen niedrig, dürfe auf eine Aufklärung durch den betroffenen Bieter verzichtet werden. In diesen Fällen eine Aufklärung unter Einbeziehung des Bieters rein aus formalen Gründen zu fordern, überzeuge nicht und widerspräche dem Beschleunigungsgebot, dem Vergabeverfahren im Allgemeinen unterliegen. Zudem sei dies auch kein ressourcenschonender Umgang mit den zur Verfügung stehenden personellen und finanziellen Mitteln.

Vorliegend sei Teil der eingeholten fachtechnischen Bewertung ein Vergleich der einzelnen Angebotspositionen der Antragstellerin und der Beigeladenen gewesen. Hieraus sei der Angebotspreis der Beigeladenen als auskömmlich hervorgegangen.

Zugleich hielt der Senat auch nochmal fest, dass die Pflicht des öffentlichen Auftraggebers, in eine Preisprüfung einzutreten, sich nicht nur aus dem Preis- und Kostenabstand zu den Konkurrenzangeboten ergeben könne, sondern auch aus Erfahrungswerten, insbesondere aus Erkenntnissen aus vorangegangenen vergleichbaren Ausschreibungen oder aus einem Vergleich mit der eigenen Auftragswertschätzung des Auftraggebers.

Praxistipp

Im hiesigen Fall setzt sich das OLG Düsseldorf mit den Anforderungen des § 60 Abs. 1 S. 1 VgV auseinander, welchen sich jeder öffentliche Auftraggeber regelmäßig zu stellen hat. Die Entscheidung des Senats spricht klare Worte, wenn sie auch den besonderen Fall der Einbeziehung sachverständiger Unterstützung bei der Angebotsauswertung betrifft. Sie unterstreicht jedoch zugleich, dass die Vorgabe des § 60 Abs. 1 S. 1 VgV keinen Selbstzweck erfüllt.

Wichtig ist, dass, wenn fachtechnische Bewertungen durch sachverständige Externe erfolgen, diese auch ausdrücklich einen Preisvergleich umfassen. Neben der Forderung einer Vornahme eines solchen Preisvergleiches, ist nachgelagert erforderlich, dass die Vergabestelle die fachtechnische Bewertung prüft und sich vor allem zu eigen macht. Vor dem Hintergrund, dass es für eine positive Preisaufklärung darauf ankommt, dass die Auskömmlichkeit der angebotenen Preise im Ergebnis der Preisaufklärung zur Überzeugung des

Auftraggebers feststeht, ist der Entscheidung auch aus Sicht der Vergabepraxis zuzustimmen. Denn was sollten die Ausführungen des betreffenden Bieters zu den von ihm angebotenen Preisen noch zusätzlich bewirken, wenn der Auftraggeber bereits aus eigener bzw. der zu eigen gemachten Erkenntnis seines Fachberaters von der Auskömmlichkeit des Preisangebots überzeugt ist?

Die vom OLG Düsseldorf nunmehr akzeptierte Vorgehensweise dürfte allerdings nur für den Fall gelten, dass die Preisprüfung zu einem für den betreffenden Bieter positiven Ergebnis, also der Feststellung der Auskömmlichkeit, führt. Endet die Aufklärung durch Nutzung von Feststellungen und Informationen Dritter hingegen damit, dass Zweifel an der Auskömmlichkeit verbleiben, so wird der Auftraggeber in jedem Falle auch noch die Anhörung des Bieters selbst durchführen müssen, bevor er einen Ausschluss aufgrund Unauskömmlichkeit vornimmt. Dies gebietet zum einen bereits das vergaberechtliche Anhörungsgebot im Vorfeld negativer Entscheidungen, wie sie die Rechtsprechung z.B. auch im Vorfeld von Ausschlüssen nach den §§ 123 und 124 GWB verlangt. Zum anderen wird der Auftraggeber bei der Preisauflärung die zunächst naheliegendste Möglichkeit, bestehende Zweifel an den ungewöhnlich niedrigen Preisen auszuräumen, nämlich die Anhörung des Bieters als deren "Urheber", nicht außer Acht lassen, wenn es darum geht, das Ergebnis belastbar abzurunden.

Julia Beckmann

Rechtsanwältin, LL.M.

[vCard](#)



Newsticker

Sachsen: Kabinett beschließt neues Vergabegesetz

Die sächsische Landesregierung hat am 27. Februar 2024 die Novellierung des sächsischen Vergabegesetzes beschlossen. Der Gesetzesentwurf enthält eine Reihe von geplanten Neuregelungen, die eine Modernisierung und Aktualisierung des Vergaberechts sowie die Förderung fairer, sozialer und ökologischer Bedingungen für den Wettbewerb anstreben. So sollen Vergabestellen künftig verpflichtet sein, Lebenszykluskosten und Energieeffizienzen zu berücksichtigen. Auch sollen die Einhaltung der ILO-Kernarbeitsnormen sowie soziale Kriterien gefördert werden. Der Gesetzesentwurf sieht zudem eine Erhöhung und Dynamisierung der Schwellenwerte für freihändige Vergaben vor. Für die Vergabepaxis ist von Bedeutung, dass mit der Gesetzesnovelle nunmehr auch im Freistaat die Unterschwellenvergabeordnung (UVgO) für unterschwellige Liefer- und Dienstleistungsvergaben eingeführt werden soll. Sachsen ist das einzige Bundesland, in dem für solche Vergaben nach wie vor die VOL/A aus dem Jahr 2009 gilt. Ob der Gesetzesentwurf, der von der Opposition und den Wirtschaftsverbänden wegen seiner hohen Regelungsdichte kritisiert wird, noch in dieser Legislatur Chancen auf eine Verabschiedung hat, wird wegen der am 1. September 2024 stattfindenden Landtagswahl bezweifelt.

"WhatsApp"-Nachricht als Rüge ausreichend

Die Vergabekammer Mecklenburg-Vorpommern hat in dem erst kürzlich veröffentlichten Beschluss vom 19. Mai 2022 (3 VK 3/22) entschieden, dass eine über den Messengerdienst "WhatsApp" versendete Nachricht den Anforderungen an eine ordnungsgemäße Rüge erfüllen kann.

Im Rahmen eines EU-weiten Vergabeverfahrens hatte ein Bieter per WhatsApp folgende Nachricht an den Auftraggeber übermittelt:

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

Die Kammer stellte fest, dass an die Rügeobliegenheit jedoch keine hohen Anforderungen zu stellen sind. Insbesondere sei eine Rüge nach § 160 Abs. 3 GWB nicht an eine bestimmte Form gebunden und könne durchaus auch als Frage formuliert sein. Voraussetzung ist allein, dass der Bieter deutlich mache, dass er in einem bestimmten Sachverhalt einen Vergaberechtsverstoß sieht und Abhilfe erwartet.

Hinsichtlich der Form ändere auch die seit dem 19. Oktober 2018 bestehende Pflicht zur "eVergabe" nichts. Denn diese beziehe sich nur auf das "Vergabeverfahren", wohingegen die Rüge nach der Systematik der europarechtlichen Vorgaben als Teil des Rechtsmittelverfahrens anzusehen ist.

Sachsen-Anhalt: Ministerium informiert über Vergabeerleichterungen im Katastrophenfall Hochwasser

Anlässlich des letzten Hochwassers in Sachsen-Anhalt Anfang des Jahres informiert das Ministerium für Wirtschaft, Tourismus, Landwirtschaft und Forsten mit Rundschreiben vom 31. Januar 2024 über die bestehenden Vergabeerleichterungen im Katastrophenfall Hochwasser, sowohl im Unterschwellen- als auch im Oberschwellenbereich.

So macht das Rundschreiben darauf aufmerksam, dass nach § 8 Abs. 4 Nr. 9 UVgO bzw. § 14 Abs. 4 Nr. 3, 17 VgV bei besonderer Dringlichkeit, die der Auftraggeber nicht voraussehen und die dem Verhalten des Auftraggebers auch nicht zuzurechnen ist, ein Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb in Betracht kommt. Dabei ist im Zweifel die Anwendung sehr kurzer dennoch angemessener Fristen möglich, die in Anbetracht der Umstände auch bis zu 0 Tagen betragen kann.

Im Oberschwellenbereich ist der Auftraggeber hierbei gemäß § 17 Abs. 15 VgV von weiteren Formanforderungen befreit. Im Unterschwellenbereich ist es nach § 12 Abs. 3 UVgO möglich, abweichend vom "Regelfall" (mindestens drei Unternehmen) auch nur ein einziges Unternehmen zur Angebotsabgabe aufzufordern. Zudem findet im Unterschwellenbereich das Tariftreue- und Vergabegesetz keine unmittelbare Anwendung (§ 1 Abs. 3 Nr. 1 TVergG LSA).

Schließlich weist das Ministerium auf die bestehenden Möglichkeiten der vergaberechtsfreien Verlängerung bzw. Erweiterung bestehender Verträge hin (§ 47 UVgO bzw. § 123 Abs. 2 Nr. 3 GWB), die auch und insbesondere bei eiligem Beschaffungsbedarf genutzt werden können.

Es stellt jedoch klar, dass ein völliger Verzicht auf Wettbewerb eine absolute und zu begründende Ausnahme darstellt.

Deutscher Tochtergesellschaft eines US-amerikanischen Unternehmens darf grundsätzlich vertraut werden

Die Vergabekammer des Bundes hat mit Beschluss vom 20. Juni 2023 (VK 2-34/23) entschieden, dass den an einem Vergabeverfahren teilnehmenden Unternehmen in Bezug auf ihre Erklärungen und Angaben grundsätzlich auch dann vertraut werden kann, wenn es sich um Tochtergesellschaften ausländischer Konzerne handelt, die in Bezug auf bestimmte Themen eher kritisch betrachtet werden.

Streitgegenständlich war ein Nachprüfungsantrag eines Bieters, der sich gegen die Bezuschlagung an eine deutsche GmbH mit amerikanischer Muttergesellschaft (Beigeladene) wendete. Ausgeschrieben wurde ein Auftrag für Reisebürodienstleistungen im Rahmen eines offenen Verfahrens. Gemäß der Leistungsbeschreibung und dem Vertragsentwurf der Vergabeunterlagen erforderte das Anforderungsprofil die Einhaltung des Datenschutzes und die Datenhaltung auf Servern innerhalb der EU, vorzugsweise in Deutschland. Die Antragstellerin stützte sich darauf, dass die Beigeladene den datenschutzrechtlichen Anforderungen nicht entspreche.

Die Vergabekammer stellt zunächst fest, dass ein Auftraggeber dem Leistungsversprechen der Bieter vertrauen darf. Allein aus der Tatsache, dass es sich bei der Beigeladenen um ein Unternehmen mit britisch-/ US-amerikanischer Gesellschafterstruktur handle, sei keine abweichende Schlussfolgerung zu ziehen. Denn die Beigeladene sei eine GmbH nach deutschem Recht und unterliege insofern der nationalen Rechtsordnung, folglich auch den von der Rechtsordnung vorgegebenen Bestimmungen der Europäischen Datenschutzgrundverordnung (DSGVO).

Soweit sich jedoch Indizien ergäben, die an einer Einhaltung der Vorschriften zweifeln ließen, resultiere hieraus eine Pflicht des öffentlichen Auftraggebers, etwaige Zweifel aus dem Weg zu räumen, so die Vergabekammer. Entsprechende Anhaltspunkte ergaben sich im vorliegenden Fall aus dem öffentlichen Internetauftritt der Beigeladenen. Trotz Nachfrage seitens des Auftraggebers konnte nicht festgestellt werden, wie die Beigeladene im Einzelnen die Beachtung der Vorgaben sicherstellen würde. Eine weitergehende Aufklärung wäre nach Ansicht der Vergabekammer deshalb erforderlich gewesen. Den Hinweis des Auftraggebers auf die vertraglichen Sanktionsmechanismen im Falle der Nichteinhaltung der datenschutzrechtlichen Vorgaben ließ die Vergabekammer nicht gelten. Diese beträfen lediglich die Auftragsausführung und kämen für den vergaberechtlichen Wettbewerb und den dort zu treffenden Entscheidungen zu spät.

Sonderzuweisung für vergaberechtlichen Rechtsschutz außerhalb des GWB geplant

Das Bundesministerium der Justiz hat am 6. März 2024 den Referentenentwurf eines Gesetzes zur Änderung des Zuständigkeitsstreitwerts der Amtsgerichte zum Ausbau der Spezialisierung der Justiz in Zivilsachen sowie zur Änderung weiterer prozessualer Regelungen veröffentlicht.

Hiernach plant das BMJ unter anderem, den gemäß § 23 Nr. 1 des Gerichtsverfassungsgesetzes (GVG) in Zivilsachen geltenden Zuständigkeitsstreitwert für Amtsgerichte von EUR 5.000 generell auf EUR 8.000 anzuheben.

Aus vergaberechtlicher Sicht interessant ist die geplante Ergänzung von § 71 Abs. 2 GVG. Durch eine neue Nummer 8 sollen Streitigkeiten über die Vergabe öffentlicher Aufträge oder Konzessionen streitwertunabhängig den Landgerichten zugewiesen werden, soweit sich aus dem 4 Teil des GWB nichts anderes ergibt. Betroffen davon ist insofern neben dem Sekundärrechtsschutz (im Wesentlichen Schadensersatzansprüche nicht berücksichtigter Bieter) im Ober- und Unterschwellenbereich auch der Primärrechtsschutz im Unterschwellenbereich. Hintergrund der geplanten Sonderzuweisung ist der Spezialisierungsgedanke, welcher sich aus der komplexen Sondermaterie des Vergaberechts ergibt, um so eine möglichst effiziente Verfahrensführung zu ermöglichen.

Die Zuständigkeitsregelungen des Nachprüfungs- und Beschwerdeverfahrens gem. §§ 155 ff. des GWB sind von den Änderungen des Gesetzentwurfs nicht berührt.

Ihre Ansprechpartner

Für Rückfragen sprechen Sie den ADVANT Beiten Anwalt Ihres Vertrauens an oder wenden Sie sich direkt an das ADVANT Beiten Vergaberechts-Team:

Berlin

Lützowplatz 10 | 10785 Berlin

Tel.: +49 30 86471-219

Stephan Rechten

Rechtsanwalt

[vCard](#)



Max Stanko

Rechtsanwalt,
Fachanwalt für
Vergaberecht

[vCard](#)



Düsseldorf

Cecilienallee 7 | 40474 Düsseldorf

Tel.: +49 211 518989-0

Sascha Opheys

Rechtsanwalt,
Fachanwalt für
Vergaberecht

[vCard](#)



Frankfurt am Main

Mainzer Landstraße 36 | 60325 Frankfurt am Main

Tel.: +49 756095-195

Christopher Theis

Rechtsanwalt,
Fachanwalt für
Vergaberecht

[vCard](#)



München

Ganghoferstraße 33 | 80339 München

Tel.: +49 89 35065-1452

Michael Brückner

Rechtsanwalt

[vCard](#)



Hans Georg Neumeier

Rechtsanwalt,
Fachanwalt
für Verwaltungsrecht

[vCard](#)



Katrin Lüttke

Rechtsanwältin,
Fachanwältin für
Verwaltungsrecht

[vCard](#)





Zur Newsletter Anmeldung

E-Mail weiterleiten

Hinweise

Diese Veröffentlichung stellt keine Rechtsberatung dar.

Wenn Sie künftig keine Informationen erhalten möchten, können Sie sich jederzeit [abmelden](#).

© Beiten Burkhardt

Rechtsanwaltsgesellschaft mbH

Alle Rechte vorbehalten 2024

Impressum

ADVANT Beiten

Beiten Burkhardt Rechtsanwaltsgesellschaft mbH

(Herausgeber)

Ganghoferstraße 33, 80339 München

AG München HR B 155350/USt.-Idnr: DE-811218811

Weitere Informationen (Impressumsangaben) unter:

<https://www.advant-beiten.com/de/impressum>

Beiten Burkhardt Rechtsanwaltsgesellschaft mbH ist Mitglied von ADVANT, einer Vereinigung unabhängiger Anwaltskanzleien. Jede Mitgliedskanzlei ist eine separate und eigenständige Rechtspersönlichkeit, die nur für ihr eigenes Handeln und Unterlassen haftet.