

# VERGABERECHT

## Bereitstellen des Informationsschreibens nach § 134 GWB auf der Vergabepattform löst Stillhaltefrist nicht aus!

Erstmals hatte sich eine Vergabekammer mit Fragen der Einbindung der Information an die nicht berücksichtigten Bieter nach § 134 GWB in den Workflow einer elektronischen Ausschreibung zu befassen. Die Entscheidung der Vergabekammer Südbayern (Beschluss vom 29.03.2019 – Z3-3-3194-1-07-03/19) führt dabei zu weitreichenden Konsequenzen. Nach ihrer Ansicht ist eine solche Information, die dem Empfänger nicht direkt übermittelt wird, sondern auf einer vom Auftraggeber für das Vergabeverfahren genutzten eVergabe-Plattform eingestellt wird, nicht rechtskonform übermittelt worden, sodass die Stillhaltefrist nicht zu laufen beginnt – und daher der Zuschlag nach Ablauf der Frist nicht rechtswirksam erteilt werden kann. Dies gilt selbst dann, wenn der Bieter über das Vorliegen einer neuen Information für ihn durch die Plattform automatisch benachrichtigt wird.

### SACHVERHALT

In einem EU-weiten Vergabeverfahren beabsichtigte der Auftraggeber nach Prüfung und Wertung der Angebote, dem unterlegenen Bieter die Information nach § 134 GWB zu übermitteln. Anstelle dies direkt, also per Brief, Fax oder E-Mail vorzunehmen, stellte er das Informationsschreiben am 22. Februar 2019 auf der für das Vergabeverfahren genutzten eVergabe-Plattform in dem für den betreffenden registrierten Bieter vorgesehenen Bereich ein. Hierüber wurde der Bieter erst am 1. März 2019 durch die Nachricht, der Auftraggeber habe eine Nachricht zum Abruf für ihn bereitgestellt, informiert.

Die Parteien streiten in dem Verfahren im Zusammenhang mit der Zulässigkeit des Nachprüfungsantrags darüber, ob und wann die Stillhaltefrist des § 134 GWB (zehn Kalendertage nach Absendung der Information an den unterlegenen Bieter) zu laufen begonnen hat.

### ENTSCHEIDUNG

Die Vergabekammer hatte nach Rücknahme des Nachprüfungsantrags nur noch über die Kosten zu entscheiden. Statt dem unterlegenen Bieter als Antragsteller die gesamten Kosten aufzuerlegen, sah sie die Vergabestelle als Antragsgegnerin zur Hälfte in der Kostenpflicht, da sie ein bei der Kostenentscheidung zu berücksichtigendes, schwerwiegendes Verschulden treffe.

Nach Ansicht der Vergabekammer hat die Vergabestelle ihrer Informationspflicht nach § 134 GWB nicht dadurch genügt, dass sie das Informationsschreiben auf dem eVergabe-Portal eingestellt

und für den Antragsteller freigeschaltet hat. § 134 Abs. 1 GWB verlange vielmehr, dass der Auftraggeber den unterlegenen Bieter über den Namen des für den Zuschlag vorgesehenen Bieters, die Gründe der vorgesehenen Nichtberücksichtigung des unterlegenen Angebots sowie den frühesten Zeitpunkt des Vertragsschlusses unverzüglich informiert. Nach § 134 Abs. 2 GWB beginnt die Stillhaltefrist am Tag nach der Absendung dieser Information durch den Auftraggeber.

Die erforderlichen inhaltlichen Informationen seien danach durch den Auftraggeber aktiv in den Machtbereich des Empfängers zu bringen. Eine bloße Freischaltung einer Information auf einem Internetportal, bezüglich dessen dann eine Benachrichtigung hierüber dem Empfänger übermittelt wird, reicht nach Ansicht der Vergabekammer jedenfalls dann nicht aus, um den Fristenlauf auszulösen, wenn die (automatische) Information der Internetplattformen an den Adressaten der hinterlegten Nachricht, dass für ihn eine neue Nachricht zum Abruf bereitsteht, nicht zugleich auch die nach § 134 Abs. 1 GWB erforderlichen Mindestinhalte selbst enthalte. Unter Bezugnahme auf eine Entscheidung des BGH weist die Vergabekammer darauf hin, dass eine Willenserklärung das Formerfordernis der Textform nach § 126b BGB allenfalls dann wahre, wenn es nach Einstellen der Information auf einer Internetseite tatsächlich zu deren Download komme. Da es für den Fristenlauf des § 134 GWB allerdings nicht auf die Zufälligkeit ankommen könne, ob eine bereitgestellte Information überhaupt heruntergeladen wird und wenn ja wann, genüge das bloße Freischalten einer Information auf der Vergabepattform den Anforderungen des § 134 GWB nicht.

Vorsorglich weist die Vergabekammer daher die Vergabestelle darauf hin, dass sie, sofern der Zuschlag in dem Vergabeverfahren noch erteilt werden sollte, erneut eine Information nach § 134 GWB versenden müsse.

## BEWERTUNG UND PRAXISTIPP

Die Entscheidung zeigt deutlich das Gefahrenpotenzial auf, das dem deutschen Vergaberecht innewohnt: eigentlich hat der Auftraggeber unter der Maßgabe eines medienbruchfreien elektronischen Vergabeverfahrens alles richtig machen wollen – und ist doch an den oftmals unverständlichen Unstimmigkeiten des Vergaberechtssystems gescheitert. Die Ursache liegt in einem „Vergaberecht der zwei Geschwindigkeiten“: während das Vergabeverfahrensrecht auf Grundlage der EU-Richtlinien von 2014 spätestens seit Herbst 2018 für alle EU-weiten Ausschreibungen eine vollständige elektronische Durchführung verlangt, wurde das Nachprüfungsrecht, das zuletzt mit der Richtlinie 2007/66/EG geändert wurde, bislang noch nicht auf den elektronischen Prozess umgestellt. Da die Vorinformation nach § 134 GWB systematisch zum Nachprüfungsverfahren gehört und der Rechtsmittelrichtlinie von 2007 entstammt, ist für sie – obwohl chronologisch in den Ablauf des Vergabeverfahrens integriert – bislang noch kein Einphasen in den eVergabe-Prozess vorgesehen. Zwar kann das Informationsschreiben in elektronischer Form erstellt und versendet werden, also per E-Mail oder Telefax. Es muss allerdings – so die Vergabekammer – direkt an den Empfänger übermittelt werden, ein bloßes Einstellen und Freischalten auf der vom Auftraggeber für das Verfahren genutzten elektronischen Plattform ist nicht ausreichend.

Unabhängig von der Praktikabilität eines solchen „zweigleisigen“ Vorgehens kann aber auch die Rechtsauffassung der Vergabekammer bezweifelt werden. So könnte auch argumentiert werden, dass der Bieter in einem elektronisch durchgeführten Vergabeverfahren jedenfalls dann, wenn er sich auf der eVergabe-Plattform für das Verfahren gem. § 9 Abs. 3 VgV registriert hat, seinen „Briefkasten“ zur Entgegennahme von Erklärungen dorthin ausgelagert hat und eine Versendung von Informationen an dieses Postfach in zivilrechtlicher Hinsicht dieselben Rechtsfolgen auslöst wie die Übersendung auf die Faxnummer des Bieters oder dessen E-Mail-Adresse; was den Fristenlauf nach § 134 GWB unstreitig und auch nach Ansicht der Vergabekammer auslöst. Dies lässt sich jedenfalls dann gut argumentieren, wenn die Vergabepattform den Bieter unmittelbar informiert, sobald der Auftraggeber dort eine neue Nachricht eingestellt hat. Dies war hier allerdings nicht der Fall: der Bieter wurde erst einige Tage später über die Verfügbarkeit einer neuen Information unterrichtet.

Sollte die Entscheidung der Vergabekammer Südbayern durch das OLG München bestätigt werden – derzeit läuft das Beschwerdeverfahren (Az. Verg 10/19) – muss Auftraggebern aufgrund der Tragweite von Verstößen gegen § 134 GWB dringend geraten werden, die Informationsschreiben nach dieser Norm auch zukünftig trotz vollständiger Abwicklung des Verfahrens über eine eVergabe-Plattform weiterhin direkt an den Empfänger zu versenden, sei es per Mail, per Fax oder – dann mit verlängerter Wartezeit – per Post.

Eine Eingliederung des Nachprüfungsverfahrens (und damit auch der Information nach § 134 GWB sowie der Rüge nach § 160 GWB) in den eVergabe-Prozess wird voraussichtlich erst dann rechtssicher möglich sein, wenn die einschlägige EU-Rechtsmittelrichtlinie aktualisiert worden ist. Arbeiten hierzu stehen in Brüssel derzeit allerdings ebenso wenig an wie zur Aktualisierung der Sicherheits- und Verteidigungsrichtlinie (2009/81/EG), in der die Pflicht zur elektronischen Vergabe und die entsprechenden Regelungen hierzu auch noch nicht enthalten sind.



### Stephan Rechten

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

## Eignungsnachweise in der Auftragsbekanntmachung und die „Ein-Klick-Theorie“ des OLG Dresden

§ 122 Abs. 4 S. 2 GWB stellt den – will man meinen – eindeutigen Rechtsgrundsatz auf, dass Eignungskriterien in der Auftragsbekanntmachung, der Vorinformation oder der Aufforderung zur Interessensbestätigung aufzuführen sind. Auch wenn der Gesetzeswortlaut dies ersichtlich nicht hergibt, sind Eignungskriterien nach der Rechtsprechung auch dann wirksam aufgestellt, wenn interessierte Unternehmen durch bloßes Anklicken eines Links zu einem gesonderten Dokument gelangen können, das die Eignungskriterien enthält. Der Vergabesenat beim OLG Dresden erweitert diese Ausnahme um eine weitere Konstellation.

### SACHVERHALT

Ein Auftrag über Leistungen im grenzüberschreitenden Schienenpersonennahverkehr (SPNV) sollte im Wege eines Verhandlungsverfahrens mit Teilnahmewettbewerb vergeben werden. Die Auftraggeber machten von der durch § 38 Abs. 4 und 5 VgV eröffneten Möglichkeit Gebrauch, nach einer im EU-Amtsblatt veröffentlichten Vorinformation alle Unternehmen, die auf die Vorinformation ihr Interesse an dem Auftrag bekundet hatten, zur Bestätigung ihres Interesses aufzufordern. Eine Auftragsbekanntmachung ist in diesen Fällen nicht erforderlich. Anstatt mit einer Auftragsbekanntmachung wird ein Teilnahmewettbewerb mit der Aufforderung zur Interessensbestätigung eingeleitet.

In dem vom OLG Dresden entschiedenen Fall versandten die Auftraggeber ein Schreiben an die interessierten Unternehmen, mit dem diese ausdrücklich zur Abgabe von Teilnahmeanträgen aufgefordert wurden. Dieses Schreiben enthielt den Hinweis, jedoch keinen Link auf ein gesondertes Dokument, das als „Aufforderung zur Abgabe von Teilnahmeanträgen“ gekennzeichnet

wurde. In diesem Dokument waren die mit dem Teilnahmeantrag einzureichenden Unterlagen aufgeführt. Das an die interessierten Unternehmen gerichtete Schreiben enthielt ferner einen Link auf eine Internetplattform, unter der die Vergabeunterlagen einschließlich des Dokuments „Aufforderung zur Abgabe von Teilnahmeanträgen“ nach einer Anmeldung mit zugewiesenen Zugangsdaten heruntergeladen werden konnten. In diesem Dokument wurde auch definiert, dass ein Bewerber als technisch leistungsfähig gelte, wenn anzunehmen sei, dass er über die speziellen Sachkenntnisse verfügt, die zur Durchführung der SPNV-Leistungen in dem Netz, das Gegenstand des zu vergebenden Auftrags war, erforderlich sind. Bewerber mussten zur Prüfung ihrer technischen bzw. fachlichen Leistungsfähigkeit mit dem Teilnahmeantrag entweder Referenzen über die vom Bewerber selbst in den letzten drei Jahren erbrachten Leistungen im SPNV mit Angaben zum Umfang der jeweiligen Leistungen, der Leistungszeit sowie der öffentlichen oder privaten Auftraggeber nachweisen oder alternativ dazu eine Darstellung der Erfahrung des Personals mit der Erbringung von Leistungen im SPNV. Mit einer Antwort auf eine Bewerberfrage erklärten die Auftraggeber, dass sich die als alternativer Nachweis zugelassene Darstellung der Erfahrung des Personals nicht auf das für die Leitung des Unternehmens verantwortliche Personal beschränken könne. Vielmehr müsse sie alle relevanten Leistungsbereiche umfassen. Es obliege dem Bewerber, die Darstellung so detailliert zu gestalten, dass die Auftraggeber beurteilen können, ob die erforderlichen speziellen Sachkenntnisse bei ihm vorliegen.

Antragstellerin und Beigeladene qualifizierten sich im Teilnahmewettbewerb und reichten fristgemäße Angebote ein, über die verhandelt wurde. Die Prüfung und Wertung der endgültigen Angebote ergab, dass das Angebot der Beigeladenen für den Zuschlag vorgesehen war. Die Antragstellerin machte mit ihrem gegen die vorab mitgeteilte Zuschlagsentscheidung gerichteten Nachprüfungsantrag u. a. geltend, dass die Beigeladene nicht die erforderliche Eignung zur Erbringung der auftragsgegenständlichen Leistungen aufweise. Tatsächlich hatte die Beigeladene keine Referenzen nachgewiesen, sondern sich auf die Erfahrung ihres Personals berufen. Die positive Eignungsprüfung begründeten die Auftraggeber damit, dass bei der Beigeladenen die erforderlichen speziellen Sachkenntnisse in der Person des Eisenbahnbetriebsleiters vorhanden seien. Die Vergabekammer hielt diese Einschätzung in Anbetracht der Festlegung, dass es bei der Eignungsprüfung nicht nur auf das Leitungspersonal ankomme, sondern auf alle relevanten Leistungsbereiche, für beurteilungsfehlerhaft und gab dem Nachprüfungsantrag statt.

Gegen diese Entscheidung erhob die Beigeladene fristgemäß sofortige Beschwerde zum OLG Dresden und machte nunmehr geltend, dass die Eignungskriterien nicht wirksam bekannt gemacht worden seien. Was die materielle Eignungsprüfung und -beurteilung betreffe, habe die Vergabekammer in unzulässiger Weise in den Beurteilungsspielraum der Auftraggeber eingegriffen.

## ENTSCHEIDUNG

Der Vergabesenat beim OLG Dresden folgte der Argumentation der Beigeladenen mit ihrem Beschluss vom 15. Februar 2019

(Verg 5/18) nicht. Die Eignungskriterien seien wirksam bekannt gemacht worden. Der Senat bewertete das ursprünglich an die interessierten Unternehmen gerichtete Schreiben als Aufforderung zur Interessensbestätigung, mit dem die Auftraggeber ausdrücklich zur Abgabe von Teilnahmeanträgen aufforderten. Dieses Schreiben enthielt zwar die Eignungskriterien entgegen § 122 Abs. 4 S. 2 GWB nicht, nach der Rechtsprechung erfülle aber auch eine konkrete Verlinkung auf ein elektronisch ohne Weiteres zugängliches Dokument, aus dem sich die Eignungsanforderungen ergeben, die Anforderungen des § 22 Abs. 4 S. 2 GWB. Der Senat verwies hierbei insbesondere auf die Rechtsprechung des OLG Düsseldorf (Beschluss vom 11.07.2018 – Verg 24/18, und Beschluss vom 16.11.2011 – Verg 60/11), wonach es unproblematisch sei, solange am Auftrag interessierte Unternehmen durch bloßes Anklicken auf ein Formblatt gelangen könnten, aus dem die Eignungsanforderungen hervorgingen. Auch das OLG München habe dies nicht von vornherein ausgeschlossen (Beschluss vom 27.07.2018 – Verg 02/18).

Nicht anders liege der zu entscheidende Fall. Dabei halte es der Senat nicht für entscheidend, ob der Zugang zu dem Dokument mit der Darstellung der Eignungsanforderungen einen Klick oder mehrere erfordere; auch die notwendige Anmeldung des Interessenten auf einer Internetplattform mittels Benutzernamen und Passwort stelle kein vergaberechtlich relevantes Hindernis dar, solange nur der Text gemäß § 122 Abs. 4 S. 2 GWB selbst das elektronische Dokument konkret bezeichne, das die bekannt zu machenden Informationen enthalte. Schließlich seien die Eignungskriterien auch der Beigeladenen nicht unbekannt geblieben.

Die insoweit wirksam bekannt gemachten Eignungskriterien hätten die Auftraggeber beurteilungsfehlerhaft angewendet, weil sie bei der Beurteilung der technischen Leistungsfähigkeit der Beigeladenen entgegen der Information, die sie auf die entsprechende Bewerberfrage gaben, nur auf drei benannte Mitarbeiter der Beigeladenen abstellten. Notwendig wäre vielmehr eine Darstellung gewesen, aus der sich ergeben hätte, dass die Beigeladene über die Personalressourcen mit den erforderlichen Kenntnissen rechtssicher verfügt, sodass eine reibungslose Leistungserbringung zu erwarten gewesen wäre. Eine solche Erwartung nur auf drei Personen zu stützen, halte der Senat geradezu für „verwegen“.

## BEWERTUNG UND PRAXISTIPP

Die Entscheidung des OLG Dresden ist im Ergebnis und in seiner Begründung zweifelhaft.

Die Einschätzung des Senats, nach der die technische Leistungsfähigkeit der Beigeladenen nicht beurteilungsfehlerfrei allein aufgrund der eingereichten Nachweise für die auftragsgegenständlichen Leistungen festgestellt werden durfte, überzeugt nicht. Es ist jedenfalls anhand des mitgeteilten Sachverhalts nicht eindeutig, dass die Auftraggeber die Grenzen ihres „beträchtlichen“ (OLG Dresden) Beurteilungsspielraums überschritten haben. Indem die Auftraggeber in der Antwort auf eine Bewerberfrage mitteilten, dass die Darstellung der Sachkenntnisse

des Personals des Bewerbers alle relevanten Leistungsbereiche umfassen müsse, wurde keine Festlegung hinsichtlich einer bestimmten Mindestzahl an Mitarbeitern getroffen. Insoweit ließ es die in den Vergabeunterlagen definierte und mit der Antwort auf die Bewerberfrage weiter erläuterte Eignungsanforderung durchaus zu, die Darstellung auch auf eine vergleichsweise geringe Zahl an Mitarbeitern zu begrenzen, solange diese Erfahrungen in „allen relevanten Leistungsbereichen“ nachweisen konnten. Auch war es nicht eindeutig fehlerhaft, die Beigeladene als technisch leistungsfähig anzusehen, obwohl ihre Mitarbeiter offenbar nicht über Erfahrungen im grenzüberschreitenden Verkehr verfügten. Hierzu gab es keine Mindestanforderung in den Vergabeunterlagen.

Am wenigsten vermag der Senat aber zu überzeugen, wenn er versucht zu begründen, dass die Eignungskriterien im entschiedenen Fall wirksam bekannt gemacht worden seien. Zwar zeichnet er die bislang ergangene Rechtsprechung, insbesondere des OLG Düsseldorf zur „Verlinkungsproblematik“ im Ausgangspunkt zutreffend nach, die Übertragung auf den zu entscheidenden Fall misslingt aber. Denn nach der Rechtsprechung des OLG Düsseldorf macht es durchaus einen Unterschied, ob der Zugang zu dem Dokument mit der Darstellung der Eignungsanforderungen einen oder mehrere Klicks erfordert und ob eine Anmeldung des Interessenten auf einer Internetplattform mittels Benutzernamen und Passwort notwendig ist. Die Aufforderung zur Interessensbestätigung enthielt gerade kein unmittelbar verlinktes Dokument, in dem die Eignungsanforderungen aufgeführt waren. Die Unternehmen mussten sich vielmehr „durchklicken“, bis sie zu dem relevanten Dokument gelangten. Dieser Aufwand steht der Annahme entgegen, dass die Eignungsanforderungen „ohne Weiteres zugänglich“ sind. Von einem „bloßen Anklicken“ konnte in dem entschiedenen Fall daher kaum gesprochen werden. Der Senat geht insoweit deutlich über die Rechtsprechung des OLG Düsseldorf hinaus, indem er es genügen lässt, dass das relevante Dokument, in dem die Eignungskriterien aufgeführt sind, in der Aufforderung zur Interessensbestätigung konkret bezeichnet wird. Er wendet damit erkennbar einen abweichenden Rechtssatz an, was eine Divergenzvorlage zum BGH nach § 179 Abs. 2 GWB erfordert hätte (BGH, Beschluss vom 31.01.2017 – X ZB 10/16). Eine Vorlage zum BGH hätte diesem auch die Gelegenheit eröffnet, die ebenfalls nicht unumstrittene Frage einer bundesweiten Klärung zuzuführen, ob ein verlinktes Dokument überhaupt geeignet sein kann, die Anforderungen des § 122 Abs. 4 S. 2 GWB zu erfüllen. Auch das erscheint angesichts des eindeutigen Gesetzeswortlauts („Sie sind [...] aufzuführen.“) nicht zweifelsfrei.

Auftraggebern bleibt nach wie vor als den sichersten Weg zu empfehlen, dem Gesetzeswortlaut folgend alle Eignungskriterien und Eignungsnachweise in der Auftragsbekanntmachung, der Vorinformation oder der Aufforderung zur Interessensbestätigung aufzuführen. Grenzen des Beurteilungsspielraums können rechtssicher durch eindeutig formulierte Mindestanforderungen an die Eignung

gezogen werden. Ob und inwieweit derartige Mindestanforderungen aus Wettbewerbsgründen zweckmäßig sind, ist eine andere, einzelfallbezogen zu beantwortende Frage. Bieter und Bewerber machen, wie die Beigeladene, im entschiedenen Fall vieles richtig, wenn sie nicht eindeutig formulierte Eignungskriterien hinterfragen und wenn sie bei Bedarf von den Möglichkeiten einer Eignungslleihe Gebrauch machen, um ihrerseits auf Nummer sicher zu gehen.



### Dr. Marc Röbbke

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

## NEWSTICKER

### +++ Australien tritt dem GPA bei – neue Marktchancen für europäische Unternehmen +++

Australien ist am 5. Mai 2019 dem Internationalen Beschaffungsübereinkommen der WTO, dem Government Procurement Agreement (GPA), beigetreten. Darauf weist die EU-Kommission in einer Pressemitteilung vom 6. Mai hin. Damit werde der Zugang europäischer Unternehmen zu dem dortigen Markt mit öffentlichen Aufträgen, dessen Volumen auf jährlich EUR 69 Mrd. geschätzt wird, erleichtert.

Mit Beitritt zum GPA sind dessen Regeln bei Ausschreibungen oberhalb der Schwellenwerte (die übrigens auch aus dem GPA stammen) zu beachten. Die EU hat im Rahmen ihrer Mitgliedschaft im GPA diese Vorschriften in ihren Vergaberichtlinien umgesetzt, sodass ein EU-rechtskonformes Vergaberecht in den einzelnen Mitgliedsstaaten der EU gleichzeitig auch den Anforderungen des GPA entspricht.

Die Mitgliedschaft im GPA ist übrigens – entgegen einer oftmals geäußerten „landläufigen“ Meinung – keine Voraussetzung, um als ausländisches Unternehmen an Vergabeverfahren eines anderen Staates teilzunehmen. Dies hat das OLG Düsseldorf bereits vor einiger Zeit sowohl hinsichtlich des Vergabeverfahrens als auch des Nachprüfungsverfahrens unter Hinweis darauf festgehalten, dass das EU-Vergaberecht (mit Ausnahme des Sektorenvergaberechts, s. hierzu § 55 SektVO) diesbezüglich keine Einschränkungen enthält (Beschluss vom 31.05.2017 – VII-Verg 36/16).

## +++ Mindest- und Höchstsatzregelungen der HOAI unionsrechtswidrig? – Warten auf eine Entscheidung des EuGH +++

Wie berichtet (s. [Newsletter Ausgabe März 2019](#)) hat der Generalanwalt dem EuGH in seinen Schlussanträgen am 28. Februar 2019 vorgeschlagen, der Klage der EU-Kommission in dem gegen die Bundesrepublik Deutschland geführten Vertragsverletzungsverfahren (Rechtssache C-377/17) stattzugeben, da die Mindest- und Höchstsatzregelungen der HOAI unionsrechtswidrig seien. Zu der selben Rechtsfrage ist parallel ein Vorabentscheidungsverfahren auf Vorlage des LG Dresden beim EuGH anhängig (Beschluss vom 08.02.2018 – 6 O 1751/15, EuGH, Rs. C-137/18). Eine Entscheidung in den ggf. noch zu verbindenden Verfahren wird im Spätsommer dieses Jahres erwartet.

Die HOAI ist nach wie vor geltendes zwingendes Preisrecht, das bis zu einem ggf. klagestattgebenden Urteil des EuGH bei der Ermittlung des wirtschaftlichsten Angebots nach § 127 Abs. 2 GWB zu beachten ist. Über aktuell laufenden Vergabeverfahren schwebt freilich das Damoklesschwert einer Rüge und eines Nachprüfungsverfahrens, das ggf. nach § 148 ZPO analog bis zu einer Entscheidung des EuGH ausgesetzt werden müsste (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 17.04.2008 – VII-Verg 15/08). Öffentliche Auftraggeber, deren Beschaffungsbedarf nicht aufschiebbar ist, müssen derzeit vergaberechtlich daher volles Risiko gehen und die insoweit möglicherweise unionsrechtswidrige HOAI weiterhin anwenden. Bieter sind gut beraten, wenn sie mit ihren Angeboten nicht eigenmächtig von Mindestsatzvorgaben abweichen, wollen sie nicht einen Ausschluss riskieren. Sie müssen Rüge erheben und ggf. Nachprüfung beantragen.

## +++ Pflicht zur Aufklärung ungewöhnlich niedrig erscheinender Angebote? VK Bund: Nicht immer! +++

Die zweite Vergabekammer des Bundes entschied mit Beschluss vom 13. Februar 2019 (VK2-118/18), dass die nach § 60 Abs. 1 VgV gebotene Preisaufklärung eines ungewöhnlich niedrig erscheinenden Angebots in bestimmten Ausnahmefällen nicht erfolgen muss. Ein Aufklärungsverlangen beim Bieter sei insbesondere dann nicht erforderlich, wenn der Auftraggeber aufgrund anderweitig gesicherter Erkenntnisse zu der beanstandungsfreien Feststellung gelangt, das Angebot des Bieters sei nicht ungewöhnlich niedrig.

In dem entschiedenen Fall lag der Auftraggeberin aufgrund der Angaben, die bereits im Angebot, dort insbesondere im Rahmen des wirtschaftlichen Konzepts, zu machen waren, bereits umfassendes Zahlenmaterial über die Preise vor. Insoweit gab es nach Auffassung der Vergabekammer nichts mehr aufzuklären oder bei der betroffenen Bieterin nachzufragen.

Der Ansatz der Vergabekammer überzeugt. Die Forderung, ungewöhnlich niedrig erscheinende Preise aufzuklären, ist kein Selbstzweck. Ein Aufklärungsverlangen macht nur Sinn, wenn ein über bereits vorhandene Informationen hinausgehender Erkenntnisgewinn möglich ist. Informationen zu Preisen und ihrer Kalkulation, die bereits mit den Angeboten einzureichen waren, müssen jedoch stets ausgewertet und die Ergebnisse dokumentiert werden, wenn ein Angebot ungewöhnlich niedrig erscheint. Wenngleich die Aufklärung nach § 60 Abs. 1 VgV im Einzelfall entbehrlich ist, muss die Prüfung eines ungewöhnlich niedrig erscheinenden Angebotspreises immer stattfinden (§ 60 Abs. 2 VgV).

Gegen den Beschluss der Vergabekammer ist derzeit noch die sofortige Beschwerde beim OLG Düsseldorf anhängig (VII-Verg 7/19).

## +++ Seminar „Vergaberecht aktuell“ in Hamburg und Berlin +++

In unserer Veranstaltungsreihe „Vergaberecht aktuell“ geben wir am 14. Juni in Hamburg und am 21. Juni in Berlin einen Überblick über die praxisrelevanten Entwicklungen im nationalen und europäischen Vergaberecht, die sich in Gesetzgebung und Rechtsprechung in den letzten Monaten ergeben haben. In gewohnt zwangloser Atmosphäre bei einem kleinen Frühstück stellen wir Ihnen wichtige Neuerungen vor, erläutern Hintergründe und diskutieren mit Ihnen die Auswirkungen auf die Vergabepaxis. Die Teilnahme an der Veranstaltung ist kostenlos; nähere Informationen zum Inhalt und zur Anmeldung finden Sie [hier](#) (Veranstaltung am 14. Juni in Hamburg) bzw. [hier](#) (Veranstaltung am 21. Juni in Berlin).



## Impressum

### BEITEN BURKHARDT

Rechtsanwaltsgesellschaft mbH  
(Herausgeber)  
Ganghoferstraße 33 | D-80339 München  
AG München HR B 155350/USt.-Idnr: DE811218811

Weitere Informationen (Impressumsangaben) unter:  
<https://www.beiten-burkhardt.com/de/impressum>

### REDAKTION (VERANTWORTLICH)

Stephan Rechten | Rechtsanwalt

© BEITEN BURKHARDT Rechtsanwaltsgesellschaft mbH.  
Alle Rechte vorbehalten 2019.

### HINWEIS

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.Brückner@bblaw.com](mailto:Michael.Brückner@bblaw.com)  
Hans Georg Neumeier | [HansGeorg.Neumeier@bblaw.com](mailto:HansGeorg.Neumeier@bblaw.com)