

# VERGABERECHT

## Erneut: Bekanntmachung von Eignungskriterien mittels Verlinkung

Eignungskriterien und zugeordnete Eignungsnachweise müssen in der Auftragsbekanntmachung, der Vorinformation oder der Aufforderung zur Interessenbestätigung aufgeführt werden. Das gilt auch bei unterschwelligen Vergaben und kann nach der Rechtsprechung mittels einer Verlinkung auf eine Internetadresse umgesetzt werden. Die Anforderungen an einen derartigen Link werden viel diskutiert (siehe zu „Deep Links“ bereits Newsletter Mai 2018). Die VK Bund hat in einer aktuellen Entscheidung (30.07.2018 – VK 1-61/18) daran erinnert, dass die Bekanntmachung in sich transparent sein muss und geforderte Eignungskriterien an der richtigen Stelle zu nennen sind.

### SACHVERHALT

Ausgeschrieben ist eine „Projekträgerschaft“. Der „Projekträger“ soll den Auftraggeber bei der administrativen Fördermittelabwicklung unterstützen (z. B. Beratung von Förderinteressenten, Erstellung der Förderbescheide). Abschnitt I. 3) „Kommunikation“ der EU-Bekanntmachung verweist auf die im Internet abrufbaren Auftragsunterlagen. Unter III. 1.2) „Wirtschaftliche und Finanzielle Leistungsfähigkeit“ und III. 1.3) „Technische und Berufliche Leistungsfähigkeit“ wird jeweils auf „Eignungskriterien gemäß Auftragsunterlagen“ verwiesen, wie es das EU-Standardformular erlaubt. In Ziffer III. 2.2) „Bedingungen für die Auftragsvergabe“ wird die Abgabe einer „Neutralitätserklärung“ gefordert, in der dargestellt werden soll, inwieweit der Auftragnehmer mit Fördermittelinteressenten verflochten ist. Ein Bieter wurde ausgeschlossen, weil in der von ihm eingereichten „Neutralitätserklärung“ ein bestimmter Interessenkonflikt nicht angegeben wurde.

### DIE ENTSCHEIDUNG

Die VK Bund gab dem Nachprüfungsantrag statt, weil die Abgabe der Neutralitätserklärung nicht wirksam gefordert war. Eine solche Erklärung ist ein Eignungsnachweis im Rahmen der Prüfung auf Interessenskonflikte (§ 48 Abs. 2 VgV). Sie war somit fälschlich als „Ausführungsbedingung“ bekanntgemacht worden. Ein Bieter müsse nicht damit rechnen, dass sich dahinter ein Eignungskriterium verbirgt, wenn an anderer Stelle für die Eignungskriterien auf die Auftragsunterlagen verwiesen wird. Für die wirksame Bekanntmachung reichte hier der allgemeine Verweis auf „Eignungskriterien gemäß Auftragsunterlagen“ oder deren Abrufbarkeit unter einer bestimmten Internetadresse (siehe auch Newsticker). Da die Abgabe dieser Neutralitätserklärung für den Auftraggeber unverzichtbar war, musste das Vergabeverfahren wiederholt werden.

**NICHT VERGESSEN!**  
Ab dem 18. Oktober sind  
EU-weite Vergabeverfahren  
zwingend vollständig  
elektronisch durchzuführen!

### FAZIT

Die Anforderungen an eine Verlinkung sind in der Rechtsprechung weiterhin in Bewegung. Auftraggeber sollten daher vorsichtig sein und darauf achten, dass Eignungskriterien und -nachweise in der EU-Bekanntmachung an der richtigen Stelle aufgeführt sind und Links unmittelbar (d. h. ohne einen weiteren „Klick“) zum einschlägigen Dokument mit den aufgestellten Eignungskriterien und -nachweisen führen (zuletzt OLG Düsseldorf 11.07.2018, VII-Verg 24/18, siehe Newsticker). Nicht ausreichend ist insbesondere der Verweis auf eine Seite, von denen sich der Bieter die einschlägigen Unterlagen aus mehreren Vergabeverfahren zusammensuchen muss (zuletzt VK Südbayern 05.06.2018 – Z3-3-3194-1-12-04/18). Transparenzdefizite können dazu führen, dass das Verfahren mit einer neuen Bekanntmachung wiederholt werden muss.



### Dr. Stephen Lampert

Rechtsanwalt | Fachanwalt für Verwaltungsrecht  
BEITEN BURKHARDT  
Rechtsanwaltsgesellschaft mbH  
München

## Unterschwellenvergabe: Vorabinformation der unterlegenen Bieter und Stillhaltefrist vor Zuschlagserteilung?

Eine Aussage zum Unterschwellenbereich in der Entscheidung des OLG Düsseldorf vom 13. Dezember 2017 – 27 U 25/17 („Freizeitanlage“) zu einem Grundstücksgeschäft hat hohe Wellen geschlagen: Das Gericht hatte in seinem Beschluss ausgeführt,

dass für öffentliche Auftraggeber auch außerhalb des Kartellvergaberechts des GWB eine Informations- und Wartepflicht gegenüber den nicht berücksichtigten Bietern bestehe. Vor Ablauf dieser Wartefrist dürfe der Zuschlag nicht erteilt werden. Wenn der Auftraggeber trotzdem, ohne Vorabinformation an die unterlegenen Bieter und ohne Einhaltung einer Wartefrist den Zuschlag erteile, dann sei der Vertrag wegen Verstoßes gegen ein ungeschriebenes Verbotsgesetz gemäß § 134 BGB nichtig. Dies sei notwendig, um effektiven Rechtsschutz sicherzustellen, so das Gericht. Dies gelte sogar unterhalb einer Binnenmarktrelevanz des jeweiligen Auftrags. Bei Verstößen gegen die Informationspflicht – also noch vor Zuschlagserteilung – stehe dem betroffenen Bieter oder Bewerber der Zivilrechtsweg offen, um im Wege einer einstweiligen Verfügung ein Zuschlagsverbot erwirken zu können.

Der Meinungsstand zu dieser Entscheidung hat sich zwischenzeitlich weiter entwickelt, was praktische Folgen hat.

#### **AUSGANGSFALL DES OLG DÜSSELDORF**

Der Entscheidung lag ein Verfahren auf Erlass einer einstweiligen Verfügung nach §§ 935, 940 ZPO zugrunde. In der Sache ging es um die Errichtung und den Betrieb von Sport- und Freizeitanlagen sowie die Erbringung damit zusammenhängender Dienstleistungen. Die Antragsgegnerin (eine Stadt) beabsichtigte, dem gemeinnützigen „Förderverein Freizeitpark e.V.“ eine in ihrem Eigentum stehende Teilfläche des ehemaligen Freibadgeländes (ohne Ausschreibung) zu überlassen. Der Verein sollte die auf dem Gelände vorhandenen Freizeitanlagen ausbauen und unterhalten und der Öffentlichkeit im Wesentlichen unentgeltlich zur Verfügung stellen. Die Antragsgegnerin hatte den Überlassungsvertrag mit dem Förderverein bereits geschlossen, wobei dieser unter der aufschiebenden Bedingung der Zustimmung des Rates der Stadt stand. Hiergegen wandte sich ein anderes an dieser Leistung interessiertes Unternehmen.

Nach dem OLG hätte es zur Vergabe des Grundstücksüberlassungsvertrags der Durchführung eines transparenten und diskriminierungsfreien Vergabeverfahrens bedurft. Bei der Überlassung des Grundstücks handle es sich um eine Dienstleistungskonzession, denn die Antragsgegnerin beschaffe Dienstleistungen in Form von Freizeitmöglichkeiten, wobei die Verwaltung und Instandhaltung der Anlage durch den Betreiber erfolge, der in erheblichem Umfang das Betriebsrisiko trage. Auch unterhalb der EU-Schwellenwerte und unterhalb einer Binnenmarktrelevanz erfordere der Gleichbehandlungsgrundsatz gemäß Art. 3 GG, derartige Verträge in einem transparenten und diskriminierungsfreien Verfahren zu vergeben.

Bei Verstößen hiergegen stehe dem betroffenen Bieter oder Bewerber der Zivilrechtsweg offen, um im Wege einer einstweiligen Verfügung gemäß §§ 935, 940 ZPO ein Zuschlagsverbot zu erwirken. Sei, wie im Streitfall, der Zuschlag bereits erteilt, könne Primärrechtsschutz nicht mehr erreicht werden. Anderes gelte nur, wenn der geschlossene Vertrag unwirksam oder nichtig sei.

Eine Vertragsnichtigkeit könne daraus resultieren, dass die Antragsgegnerin die Antragstellerin weder über den beabsichtigten Vertragsschluss informiert, noch im Anschluss hieran eine angemessene Wartefrist eingehalten habe. Es spreche nach Ansicht des OLG gewichtige Gründe dafür, auch im Unterschwellenbereich die Einhaltung einer Informations- und Wartepflicht durch den öffentlichen Auftraggeber zu verlangen. Unter Bezugnahme auf die Rechtsprechung des EuG zum Grundsatz des effektiven Rechtsschutzes (20.09.2011 – T-461/08) stellte das OLG fest, dass dieser vollständige Rechtsschutz eine Unterrichtung sämtlicher Bieter von der Zuschlagsentscheidung vor Abschluss eines Vertrages verlange. Zudem müsse zwischen der Unterrichtung abgelehnter Bieter und der Unterzeichnung des Vertrages eine angemessene Frist liegen, innerhalb derer für den Bieter ein vorläufiger Schutz gewährt werden kann. Seine Aussagen validierte das OLG Düsseldorf anhand der Rechtsprechung des BVerwG bei Beamten- und Richterbeförderungen (04.11.2010 – 2 C 16/09) sowie des OVG Berlin-Brandenburg zur Vergabe von Wochenmarktveranstaltungen (30.11.2010 – OVG 1 S. 107/10), wonach eine Informations- und Wartepflicht bereits in einigen Rechtsgebieten anerkannt sei. Das OLG erwähnte ausdrücklich, dass das OVG Berlin-Brandenburg in der genannten Entscheidung eine zweiwöchige Wartefrist angesetzt hat.

Das OLG erklärte weiter, dass bei konsequenter Fortführung dieser Grundsätze zwecks Sicherstellung eines effektiven Rechtsschutzes ein unter Verstoß gegen die Informations- und Wartepflicht geschlossener Vertrag gemäß § 134 BGB wegen Verstoßes gegen ein ungeschriebenes Gesetz als nichtig eingestuft werden müsste. Das OLG ließ eine abschließende Entscheidung über diese beiden Aussagen jedoch offen und wies die Berufung letztlich zurück, da der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung mangels Rechtsschutzinteresses unzulässig war.

#### **„DIE WARTEPFLICHT IST SOGAR IM UNTERSCHWELLENBEREICH VERPFLICHTEND.“**

Mit diesem knappen Satz hat sich die Vergabekammer Lüneburg (06.02.2018 – VgK-42/2017) der Rechtsauffassung des OLG Düsseldorf angeschlossen. Im Verfahren ging es inhaltlich um eine ganz andere Thematik. Kein Grundstücksgeschäft, sondern eine Interimsbetriebsführung für die Wasserversorgung einer Stadt war Gegenstand der angegriffenen freihändigen Vergabe ohne Bekanntmachung. Die Antragsgegnerin war ein städtisches Wasserversorgungsunternehmen, das vier Unternehmen im Rahmen einer Interimsbeauftragung zur Abgabe von Angeboten für einen einjährigen technischen Betriebsführungsvertrag für die Wasserversorgung aufgefordert hatte. Die Vergabekammer entschied auf den Antrag eines unterlegenen Bieters, dass die Interimsbeauftragung in einer unzulässigen Verfahrensart erfolgt war, da die Voraussetzungen des § 13 Abs. 2 Nr. 4 SektVO nicht vorlagen. Vergebe der Auftraggeber zur Sicherung der Grundversorgung einen Auftrag, ohne dass eine ihm nicht zurechenbare Dringlichkeit vorlag, so habe er die Informations- und Wartepflicht einzuhalten. Der öffentliche Auftraggeber sei gemäß § 97 GWB in Verbindung mit § 35 SektVO verpflichtet, auch Interimsvergaben europaweit bekannt zu machen, wenn der maßgebliche Schwellenwert überschritten sei.

Die Antragsgegnerin habe die gesetzlich vorgegebene Wartefrist gemäß § 134 Abs. 1, Abs. 2 GWB nicht eingehalten. Gemäß § 134 Abs. 1, Abs. 2 GWB, der nach § 142 GWB auch für Sektorenauftraggeber gilt, die nicht öffentliche Auftraggeber sind, haben die öffentlichen Auftraggeber die Bieter, deren Angebote nicht berücksichtigt werden sollen, über den Namen des Unternehmens, dessen Angebot angenommen werden soll, über die Gründe der vorgesehenen Nichtberücksichtigung ihres Angebots und über den frühesten Zeitpunkt des Vertragsschlusses unverzüglich in Textform zu informieren. Die Wartepflicht sei sogar im Unterschwellenbereich verbindlich, so die Vergabekammer, unter Verweis auf OLG Düsseldorf (13.12.2017 – 27 U 25/17).

#### KRITIK UND ZUSTIMMUNG ZUM OLG DÜSSELDORF

Die Entscheidung des OLG Düsseldorf ist in der Literatur überwiegend auf Ablehnung und Kritik gestoßen.

Dagegen ist die jetzige Zustimmung in der Entscheidung der VK Lüneburg so gewichtig, dass sie diese Ansicht heranzieht, um die von ihr geprüfte und bejahte – gesetzlich ohnehin in §§ 134 Abs. 1, Abs. 2, 142 GWB vorgeschriebene – Wartepflicht im *Oberschwellenbereich* argumentativ zu untermauern.

Die VK Lüneburg geht also – trotz der Kürze des Satzes – im Ergebnis über die Entscheidung des OLG Düsseldorf hinaus, das immerhin nur von „Erwägungen“ sprach, die „mit Rücksicht auf die nachfolgenden Ausführungen im Streitfall indes keiner Vertiefung und Entscheidung“ bedürften.

#### PRAXISTIPP

Die Reichweite der Entscheidung des OLG Düsseldorf war bislang schwer abzusehen. Seine Ausführungen zur Informations- und Wartepflicht auch im Unterschwellenbereich können umfassend für jede Art von Auftrag unterhalb der Schwellenwerte über Grundstücksgeschäfte der öffentlichen Hand im Sinne einer Dienstleistungskonzession mit Beschaffungscharakter – soweit sie in einem strukturierten Vergabeverfahren zu vergeben ist – verstanden werden, da sie allgemein aus dem Grundsatz des effektiven Rechtsschutzes gegenüber jedwedem Handeln eines öffentlichen Auftraggebers hergeleitet werden. Da sie jedoch nur den Charakter eines obiter dictum haben, ist dies bislang noch mit einem Fragezeichen zu versehen, insbesondere, inwieweit die einschneidende Rechtsfolge der Vertragsnichtigkeit durchgreifen soll.

Dagegen spricht wohl auch, dass sich einige Bundesländer (Sachsen, Sachsen-Anhalt und Thüringen) in ihren Landesvergabegesetzen ausdrücklich für eine Vorinformations- und Wartefrist im Unterschwellenbereich (oberhalb bestimmter Bagatellgrenzen) ausgesprochen haben. Wenn dort bei Verstoß gegen die Informations- und Wartefrist die Nichtigkeitsfolge des § 134 BGB (Verstoß gegen ein gesetzliches Verbot) berechtigt wäre, ist umso mehr fraglich, warum dies auch in Ländern gelten soll, in denen sich die Gesetzgeber der dortigen Landesvergabegesetze gegen eine unterschwellige Informations- und Wartefrist entschieden haben.

Wenngleich also berechtigte Zweifel an der Übertragung der Informations- und Wartepflicht in den Unterschwellenbereich bleiben, dürfte jedenfalls davon auszugehen sein, dass unterlegene Bieter im Unterschwellenbereich eine fehlende Informations- und Wartepflicht und die Nichtigkeitsfolge demnächst vermehrt in einstweiligen Verfügungsverfahren geltend machen werden. Zumindest im Geltungsbereich der Rechtsprechung des OLG Düsseldorf dürfte daher fortan aus Gründen der Rechtssicherheit zu empfehlen sein, dass auch bei Unterschwellenvergaben eine Vorinformation erfolgt und eine zweiwöchige oder mindestens zehntägige Wartefrist (bei elektronischer Information in Anlehnung an § 134 Abs. 2 Satz 2 GWB, da im Unterschwellenbereich keine strengeren Vorgaben gelten dürften als im Oberschwellenbereich) vor Zuschlagserteilung eingehalten wird.



#### Dr. Tanja Johannsen

Rechtsanwältin  
BEITEN BURKHARDT  
Rechtsanwaltsgesellschaft mbH  
München



#### Christopher Theis

Rechtsanwalt  
BEITEN BURKHARDT  
Rechtsanwaltsgesellschaft mbH  
Frankfurt am Main | München

## NEWSTICKER

### +++ Überzogene Anforderungen an die Eignung sind unwirksam +++

Das OLG Düsseldorf (27.06.2018 – Verg 4/18) hat bekräftigt, dass besonders hohe Anforderungen an die technische und berufliche Leistungsfähigkeit bzw. die berufliche Erfahrung unangemessen sind, wenn sie wettbewerbsbeschränkende Wirkung entfalten, weil nur ein oder wenige Unternehmen diese Anforderungen erfüllen. In einem solchen Fall ist es erforderlich, dass derartige Anforderungen durch „gewichtige Gründe“ gerechtfertigt sind. Für das OLG Düsseldorf stand beim konkreten Auftrag die Forderung, dass die Bewerber „in Deutschland bereits automatisierte Fernleihservices, dazu gehört der Anschluss an den ZFL-Server über das SLNP-Protokoll, in einem cloudbasierten Bibliotheksmanagement“ erfolgreich ausgeführt haben mussten, nicht in einem angemessenen Verhältnis zum Auftragsgegenstand stand

und verstieß damit gegen den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit. Sie führte zu einer starken Einschränkung des Wettbewerbs. Da gewichtige Gründe nicht erkennbar waren, konnte diese Referenzforderung einem Bewerber, der nicht über die betreffenden Referenzen verfügte, nicht entgegengesetzt werden.

### **+++ Das Fehlen von Eignungskriterien kann der Zuschlagserteilung entgegenstehen +++**

Sind aufgrund eines Bekanntmachungsdefizits keine Mindestanforderungen an die Eignung wirksam ins Verfahren eingeführt, besteht die Verpflichtung der Vergabestelle, das Verfahren aufzuheben, wenn ansonsten der Zuschlag auf das Angebot eines ungeeigneten Bieters droht. Das OLG Düsseldorf (11.07.2018 – VII-Verg 24/18) hat im Fall eines Vergabeverfahrens des Bau- und Liegenschaftsbetriebs NRW (BLB) zur Sanierung des Schieferdachs des Poppelsdorfer Schlosses in Bonn entschieden, dass das Verfahren nicht durch Erteilung des Zuschlags abgeschlossen werden darf. Hier war ein Dachdecker gegen seinen Ausschluss vom Vergabeverfahren mangels Eignung vorgegangen. Der Vergabesenat stellte fest, dass der BLB überhaupt keine wirksamen Eignungsanforderungen aufgestellt hatte, auf die ein Ausschluss vom Vergabeverfahren gestützt werden konnte. Dies sei ein schwerwiegender Mangel des Vergabeverfahrens, der von Amts wegen zu berücksichtigen sei. Auch hier war es so, dass der Auftraggeber auf die herunterladbaren Vergabeunterlagen verwiesen hatte. Das genügt dem Vergabesenat ebenso wenig wie der Verweis auf „Eignungskriterien gemäß Auftragsunterlagen“. Insbesondere ausländischen Bietern sei es nicht zumutbar, umfangreiche Unterlagen durcharbeiten zu müssen, um zu erfahren, ob die Ausschreibung für sie in Frage kommt. Der Link müsse daher direkt zu den aufgestellten Eignungsanforderungen und Nachweisen führen und darf sich nicht an einer Stelle der Auftragsbekanntmachung befinden, an der er von den potentiellen Bietern oder Bewerbern übersehen werden kann (siehe dazu den Eingangsbeitrag).

### **+++ Wirksame Übernahme des Verkehrsmengen-Risikos +++**

Das LG Hannover hat bestätigt, dass die Betreibergesellschaft A1-Mobil das Risiko, dass das Verkehrsvolumen geringer ausfallen kann als erwartet (Verkehrsmengen-Risiko) wirksam übernommen hat (07.09.2018 – 9 O 106/17). Dass das Vergütungsmodell mit dem Bund einen kontinuierlichen Anstieg des LKW-Verkehrs vorsah (während es tatsächlich zu einem Rückgang kam) rechtfertigt für das LG Hannover nicht die Anpassung des Vertrages wegen Wegfalls der Geschäftsgrundlage. Das Risiko des Rückgangs des mautpflichtigen Verkehrs war zwar nicht explizit in den Vertrag aufgenommen worden, allerdings ergab sich aus den Vertragsverhandlungen eindeutig, dass der Bund das Verkehrsmengenrisiko nicht übernehmen wollte. Der Fall zeigt, dass in einem Betreibervertrag auch nicht beherrschbare Risiken auf einen privaten Betreiber überwältigt werden können. Er bestätigt auch die Bedeutung einer nachvollziehbaren Dokumentation der Vertragsverhandlungen. Presseberichten zufolge will A1-Mobil gegen die Entscheidung Rechtsmittel einlegen.

### **+++ Pflicht zur vollständigen e-Vergabe ab dem 18. Oktober 2018 +++**

Ab dem 18. Oktober müssen sämtliche Auftraggeber EU-weite Vergabeverfahren vollständig elektronisch durchführen. Dies umfasst dann auch die Pflicht, Teilnahmeanträge und Angebote in elektronischer Fassung entgegenzunehmen. Schriftliche Wettbewerbsbeiträge dürfen bei Verfahren, die ab diesem Zeitpunkt beginnen, nicht mehr akzeptiert werden.

Für weitere Informationen und Umsetzungsvorschläge sprechen Sie uns jederzeit gerne an.

## 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 2018.

### 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)

#### 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)