

Newsletter Vergaberecht

Dezember 2021



Sehr geehrte Damen und Herren,

hiermit erhalten Sie unseren aktuellen Newsletter Vergaberecht, Ausgabe Dezember 2021.

Wir wünschen eine angenehme Lektüre!

Mit freundlichen Grüßen

Stephan Rechten

Rechtsanwalt

[E-Mail](#)



Nichtanwaltliche Dienstleister wie Auftragsberatungsstellen dürfen in Vergabeverfahren nicht rechtsberatend begleiten

Exklusives Weiterverhandeln mit dem Bestbieter allenfalls ausnahmsweise gerechtfertigt

Newsticker

Neue Schwellenwerte ab dem 1. Januar 2022

Wettbewerbsregister beim Bundeskartellamt - Leitlinien und praktische Hinweise zur vorzeitigen Löschung wegen Selbstreinigung veröffentlicht

Die "Luca-Trilogie" des OLG Rostock und der Wettbewerb light

EuGH zur Überprüfbarkeit der Vertraulichkeit von Bieterinformationen

Sozial-Audits als Instrument zur Überprüfung von Arbeitsbedingungen - Diskussion und Empfehlungen im Kontext der öffentlichen Beschaffung

Neues Strategiepapier zu den Potenzialen nachhaltiger Beschaffung

Auslaufende Konzessionsverträge: Leitfaden für die kommunale Praxis

Beauftragung unter EU-Schwellenwert: Planungsauftrag muss nicht ausgeschrieben werden

Abfrage des Umsatzes ist keine Mindestanforderung für die Geschäftstätigkeit (OLG Dresden, Beschluss vom 5. Februar 2021 - Verg 5/20)

Nichtanwaltliche Dienstleister wie Auftragsberatungsstellen dürfen in Vergabeverfahren nicht rechtsberatend begleiten

Gerade bei der Vorbereitung und Durchführung komplexer, großvolumiger Vergabeverfahren greifen öffentliche Auftraggeber immer wieder auf externe Beratungsleistungen zurück, was angesichts der rechtlichen Herausforderungen, die ein Vergabeverfahren mit sich bringt, nicht verwundert. Umso mehr stellt sich die Frage, inwiefern die bei der

Begleitung eines Vergabeverfahrens zu erbringenden Leistungen von dem Gesetz über außergerichtliche Rechtsdienstleistungen (RDG) geschützt sind oder ob sie bspw. auch von Dienstleistern – wie einer Auftragsberatungsstelle – erbracht werden dürfen. Auftragsberatungsstellen werden von den deutschen Industrie- und Handelskammern und den Handwerkskammern getragen und sollen Mitgliedsunternehmen hinsichtlich der Beteiligung an nationalen und EU-weiten Vergabeverfahren begleiten.

Grundsätzlich sind gemäß § 3 RDG zu Rechtsdienstleistungen in Deutschland nach der Bundesrechtsanwaltsordnung (BRAO) nur Rechtsanwäl:innen und Rechtsanwaltsgesellschaften befugt. Gleiches gilt für Stellen, für die das RDG eine Ausnahmebestimmung vorsieht: So sind unter anderem nach § 7 RDG Berufs- und Interessenvereinigungen sowie Genossenschaften im Rahmen ihres satzungsmäßigen Aufgabenbereichs berechtigt, ihre Mitglieder oder die Mitglieder der ihnen angehörenden Vereinigungen oder Einrichtungen rechtlich zu beraten. § 8 RDG gewährt öffentlichen und öffentlich anerkannten Stellen – bspw. die Verbraucherzentralen – dieses Recht. Überdies können nach § 10 RDG auch registrierte Personen aufgrund besonderer Sachkenntnis Rechtsdienstleistungen in besonderen, enumerativ aufgelisteten Gebieten – bspw. für Inkassodienstleistungen – erbringen. Vergaberechtliche Beratungsleistungen sind in dem entsprechenden Katalog nicht enthalten.

Die Vergabekammer des Bundes hatte bereits am 2. Juni 2021 in einer Entscheidung (Beschluss vom 2. Juni 2021 – VK 2-47/21), die zurzeit in der Rechtsmittelinstanz beim OLG Düsseldorf anhängig ist, herausgearbeitet, wann Dienstleistungen zur Begleitung eines Vergabeverfahrens keine Rechtsberatungsleistungen sind und im Zuge dessen Kriterien entwickelt, welche Beratungsleistungen in Vergabeverfahren dem RDG unterfallen. Zentrales Abgrenzungsmerkmal für die VK Bund ist es, ob die Einzelleistungen im Zuge des Vergabeverfahrens rein schematischer Natur sind, was unter anderem bei der Befüllung von Mustervorlagen gegeben sei (vgl. hierzu [Newsletter Vergaberecht Juli 2021](#)). Bereits nach dieser Entscheidung war der Rahmen für nichtanwaltliche Beratung bei Vergabeverfahren also eng gesteckt.

Das LG Magdeburg hat nunmehr eine einstweilige Verfügung im Beschlussverfahren erlassen (LG Magdeburg, Urteil vom 1. September 2021 – 7 O 1109/21), mit der einer Auftragsberatungsstelle aufgegeben wurde, es zu unterlassen, sich auf Beratungsaufträge zu bewerben oder an entsprechenden Ausschreibungen teilzunehmen, die zumindest

teilweise auch die Prüfung der Vergabeunterlagen am Maßstab der vergaberechtlichen Grundleistungen als Leistung zum Gegenstand haben. Insbesondere wird in dem Beschluss detailliert herausgearbeitet, dass die Erlaubnis- bzw. Zulassungstatbestände des zweiten und dritten Teils des RDG im Falle von Auftragsberatungsstellen oder anderen Dienstleistern, die nicht nach BRAO zur Rechtsberatung befugt sind, in aller Regel keine Anwendung finden.

Nimmt man also beide Entscheidungen gemeinsam in den Blick, so ergeben sich für öffentliche Auftraggeber wertvolle Hinweise, welcher Bieterkreis bei Ausschreibungen über die Begleitung von Vergabeverfahren zu adressieren ist und welche Leistungen, die im Zuge der Begleitung eines Vergabeverfahrens zu erbringen sind, Rechtsdienstleistungen zum Gegenstand haben.

DER SACHVERHALT

Klägerin in dem gegenständlichen Vergabeverfahren war eine auf das Vergaberecht spezialisierte Anwaltskanzlei, die regelmäßig Vergabeverfahren rechtsberatend begleitet. Im August 2021 wurde sie von einer öffentlichen Auftraggeberin dazu aufgefordert, ein Angebot über Leistungen abzugeben, zu denen unter anderem die Prüfung von Vergabeunterlagen am Maßstab des geltenden Vergaberechts gehörten. Nach Erhalt der Aufforderung erkundigte sich die Klägerin bei der öffentlichen Auftraggeberin, ob außer Anwaltskanzleien auch nicht-anwaltliche Dienstleister zur Angebotsabgabe aufgefordert worden seien, was unter namentlicher Bezeichnung einer Auftragsberatungsstelle bejaht wurde. In der Folge mahnte die Klägerin die Auftragsberatungsstelle ab und forderte sie auf, sich weder an der gegenständlichen noch an zukünftigen Ausschreibungen zu beteiligen, die die Erbringung von Rechtsdienstleistungen umfassen. Die Auftragsberatungsstelle ließ sich jedoch nicht davon abbringen, in der streitgegenständlichen Ausschreibung ein Angebot zu legen, woraufhin die Klägerin den Erlass einer einstweiligen Verfügung gegen die Auftragsberatungsstelle – nunmehr als Verfügungsbeklagte – beim LG Magdeburg beantragte. Der Verfügungsantrag richtete sich im Wesentlichen auf das Unterlassen der in der Abmahnung bezeichneten Handlungen.

Für den Unterlassungsanspruch stützte sich die Klägerin auf das Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (§ 8 Abs. 1 S. 1, 3 Abs. 3 UWG): Die Beklagte biete im Wettbewerb zu ihr Beratungsleistungen auf dem Gebiet

des Vergaberechts an, obgleich sie hierzu nach § 3 RDG nicht berechtigt sei, da keiner der Erlaubnistatbestände der §§ 7, 8 und 10 RDG vorliege.

Inhaltlich tritt die Beklagte der Klägerin mit der Argumentation entgegen, sie treffe im Rahmen ihrer Tätigkeit keine wertenden Entscheidungen. Soweit sie Rechtsdienstleistungen erbringe, handele es sich um bloße Nebenleistungen, die nach § 5 Abs. 1 RDG zulässig seien. Überdies greife für sie als bei der Industrie- und Handelskammer angegliederte Auftragsberatungsstelle das kammerspezifische Beratungsprivileg aus § 8 Abs. 1 Nr. 2 RDG. Schließlich sei bei ihr auch ein Rechtsanwalt eingestellt, sodass die Beratungsqualität nach § 6 Abs. 2 RDG gesichert sei.

DIE ENTSCHEIDUNG

Das Gericht ist dieser Auffassung nicht gefolgt und hat entschieden, dass die Anträge der Klägerin begründet sind. Zunächst hält das LG Magdeburg fest, dass zwischen Klägerin und Beklagter ein Wettbewerbsverhältnis besteht, da die der Beklagten angebotenen Beratungsleistungen einen wettbewerblichen Charakter hätten, was sich schon daraus ergebe, dass sie die streitgegenständlichen Leistungen auf ihrer Homepage offensiv bewerbe. Zudem böten die Parteien ihre Leistungen – die Begleitung von Vergabeverfahren und die Beratung in Fragen des Vergaberechts – demselben Endverbraucherkreis an.

Entscheidend für die Praxis sind insbesondere die Ausführungen des Gerichts, wann im Zuge eines Vergabeverfahrens Rechtsdienstleistungen erbracht werden und wer diese erbringen darf. Im Wesentlichen lassen sich diese wie folgt zusammenfassen:

Soweit ein Dienstleister einen öffentlichen Auftraggeber zur Einhaltung von vergaberechtlichen Wettbewerbsregeln und den vergaberechtlichen Grundsätzen, wie dem Diskriminierungsverbot und dem Gleichbehandlungsgrundsatz berät und entsprechende Handlungsempfehlungen gibt, werden Rechtsdienstleistungen nach dem RDG erbracht. Dies, da eine solche Beratung stets eine rechtliche Prüfung des Einzelfalls erfordert – unabhängig davon wie intensiv oder schwierig die eigentliche Prüfung ist.

Nach diesem Maßstab wird bereits eine oberflächliche Prüfung der Vergabeunterlagen, deren Erstellung – wenn bspw. ein System zur qualitativen Bewertung von Angebotskonzepten erarbeitet wird –, die Beantwortung von Bieterfragen, die den Ablauf und die Durchführung des Vergabeverfahrens betreffen, aber auch die Beratung, ob und in welcher

Form Nachforderungen oder Aufklärungen durchgeführt werden, als Rechtsberatungsdienstleistungen einzuordnen sein. Denn bei all diesen Tätigkeiten sind die vergaberechtlichen Grundsätze zu berücksichtigen und ist eine Abwägung zu treffen, wie diesen im Konkreten entsprochen werden kann.

Rechtsdienstleistungen stellen mit Blick auf die Beratung in einem Vergabeverfahren grundsätzlich keine bloßen **Nebenleistungen im Sinne des § 5 RDG** dar, wenn die rechtliche Beratung – also die Beratungsinhalte, die zumindest auch vor dem Hintergrund der vergaberechtlichen Grundsätze erfolgt – einen Schwerpunkt der Leistung bildet. Dies dürfte z.B. bei einem Dienstleister der Fall sein, der im Wesentlichen die Aufgaben der Vergabestelle wahrnimmt – also bspw. die Vergabeunterlagen erarbeitet oder auch über Nachforderungen und Aufklärungsverlangen entscheidet. Ein anderes Bild ergibt sich wohl bei Fachberatern, die schwerpunktmäßig zum Inhalt der zu beschaffenden Leistung – bspw. hinsichtlich der Erstellung des Leistungsverzeichnisses – beraten. Hier bildet die Fachberatung den Schwerpunkt der Leistung.

Auch die Regelung des **§ 6 RDG** ist in der Regel auf die Beratung im Zuge von Vergabeverfahren nicht applizierbar. Die Norm bestimmt, dass **Rechtsdienstleistungen unentgeltlich angeboten** werden dürfen, wenn sie von oder unter Aufsicht einer Person mit Befähigung zum Richteramt erbracht werden. Sobald ein Entgelt für die Beratungsleistungen verlangt wird, greift der Tatbestand also nicht mehr, selbst wenn dieses unterhalb des Marktdurchschnitts liegt.

Der Tatbestand des **§ 8 Abs. 1 Nr. 2 RDG** greift ebenfalls nicht für Auftragsberatungsstellen oder andere juristische Personen, soweit sie Beratungsleistungen im Zusammenhang mit Vergabeverfahren außerhalb ihrer eigenen "Sphäre" erbringen. Selbstredend können Auftragsberatungsstellen zur Wahrung der wirtschaftlichen Interessen der Mitglieder der jeweiligen Industrie- und Handelskammern diese auch in Vergabeverfahren beraten. Dies umfasst aber nicht die Beratung von öffentlichen Auftraggebern im Zusammenhang mit vergaberechtlichen Angelegenheiten.

Schließlich stellt das Gericht klar, dass ein Verstoß gegen das RDG nicht durch den Umstand entfällt, dass die Beklagte bei Bedarf einen **externen Rechtsanwalt zur Beratung hinzuziehen** kann. Entscheidend käme es nämlich darauf an, dass sich im konkreten Fall die Beklagte selbst gegenüber dem jeweiligen Vertragspartner zur Übernahme der Rechtsbesorgung verpflichtete. Ein Dienstleister, der nicht zur Erbringung von

Rechtsberatungsdienstleistungen befugt ist, kann seine Beratungsleistungen bei der Vergabe von Rechtsberatungsleistungen also nicht legalisieren, in dem er darauf verweist, dass im Falle von Fragen, die eine rechtliche Prüfung erforderlich machten, auf eine Person mit Befähigung zum Richteramt zurückgegriffen würde. Denn für den nach § 2 Abs. 1, 3 RDG wesentlichen Tatbestand, der Übernahme fremder außergerichtlicher Rechtsgeschäfte, kommt es stets auf die direkte Leistungsbeziehung an.

BEWERTUNG UND PRAXISTIPPS

Das Urteil gibt öffentlichen Auftraggebern in der Gesamtschau mit dem – wenn auch noch nicht rechtskräftigen – Beschluss der VK Bund eine praxistaugliche Richtschnur, wann Beratungsleistungen im Zusammenhang mit der Begleitung von Vergabeverfahren Rechtsdienstleistungen sind, die grds. Rechtsanwält:innen bzw. Rechtsanwalts-gesellschaften vorbehalten sind.

Bereits die VK Bund hat klargestellt, dass das Vorbereiten und Verhandeln von Verträgen, die Durchsicht von Aufgabenstellungen und Leistungsbeschreibungen in rechtlicher Hinsicht, die Erstellung von rechtskonformen Formularen, die Wertung von Teilnahmeanträgen und Angeboten auf Rechtsfehler Tätigkeiten sind, die Personen mit Befähigung zum Richteramt vorbehalten bleiben. Dienstleister, die keine Rechtsdienstleistungen erbringen dürfen, dürfen im Rahmen der Begleitung eines Vergabeverfahrens nach diesem Beschluss lediglich schematische Anwendungsleistungen ausführen. Umfasst sind hiervon bspw. das Ausfüllen vorgefertigter Muster zur Erstellung der Vergabeunterlagen und die Befüllung einer Vorlage über einen Vergabevermerk. Sobald rechtlicher Prüfungsbedarf identifiziert wird, ist dieser an den öffentlichen Auftraggeber zu melden.

Das Urteil des LG Magdeburg ergänzt den Beschluss der VK Bund mit seinen instruktiven Ausführungen zum Anwendungsbereich des RDG. Im Ergebnis bleibt festzuhalten, dass auch die Ausnahmetatbestände des RDG keine Befugnis für nichtanwaltliche Dienstleister enthalten, Rechtsdienstleistungen im Zusammenhang mit einem Vergabeverfahren durchzuführen. Besonders zu betonen ist, dass es sich bei rechtlichen Beratungsleistungen im Zusammenhang mit einem Vergabeverfahren in aller Regel nicht um bloße Nebenleistungen nach § 5 RDG handelt.

Für Auftragsberatungsstellen greift der Tatbestand des § 8 Abs. 1 Nr. 2 RDG allenfalls, soweit Mitgliedsunternehmen der IHKen und Hand-

werkskammern über die Beteiligung an Vergabeverfahren beraten werden. Es ist Auftragsberatungsstellen aber verwehrt, ihre Dienste entgeltlich für öffentliche Auftraggeber anzubieten. Dieser Befund hat auch dann Bestand, wenn die beratende Stelle eine Person mit Befugnis zum Richteramt angestellt hat oder "in der Hinterhand" hält: Denn soweit Leistungen entgeltlich angeboten werden, greift das Privileg des § 6 RDG. Der Rückgriff auf einen Rechtsanwalt als Nachunternehmer legalisiert die Erbringung der Rechtsdienstleistung ebenfalls nicht. § 2 Abs. 1 RDG hat nämlich die unmittelbare Leistungsbeziehung im Blick: wenn in dieser Rechtsdienstleistungen erbracht werden, bedarf es eines unmittelbaren Beratungsmandats zwischen dem öffentlichen Auftraggeber und der zur Erteilung von Rechtsrat befugten Stelle. Eine Nachunternehmerschaft in der Leistungsbeziehung zum Hauptauftragnehmer ist daher ungenügend.

Es bleibt festzuhalten, dass substantielle Unterstützungsleistungen für die Durchführung von Vergabeverfahren, die über eine bloße schematische Unterstützung hinausgehen, Rechtsdienstleistungen sind. Gerade bei komplexen Vergabeverfahren sind öffentliche Auftraggeber daher gut beraten, spezialisierte Kanzleien zur Angebotsabgabe aufzufordern, bzw. in Vergabeverfahren, die sich an einen unbeschränkten Interessentenkreis richten, in der Bekanntmachung klarzustellen, dass der Auftrag Unternehmen vorbehalten ist, die zur Erbringung solcher Rechtsdienstleistungen befugt sind. Unternehmen, die diese Leistungen nicht erbringen dürfen, laufen Gefahr, dass gegen sie – wie im vorliegenden Fall – eine Unterlassungsverfügung erwirkt wird, wenn sie anbieten sollten.

Max Stanko

Rechtsanwalt, Fachanwalt für Vergaberecht

[E-Mail](#)



Exklusives Weiterverhandeln mit dem Bestbieter allenfalls ausnahmsweise gerechtfertigt

Welcher Auftraggeber kennt die Situation nicht? In einem Verhandlungsverfahren steht nach Abschluss der Verhandlungen und Wertung der finalen Angebote der Bestbieter fest – und der Auftraggeber ist nicht vollständig glücklich. Denn er hätte diesem Bieter gerne noch einige weitere Zugeständnisse abgerungen, sieht sich hieran aber durch das auch im Verhandlungsverfahren geltende Nachverhandlungsverbot gehindert. Das OLG Rostock hat in seiner Entscheidung vom 30. September 2021 (17 Verg 3/21) in einer solchen Situation eine exklusive Nachverhandlung als zulässig eingestuft, allerdings nur unter sehr engen Voraussetzungen.

DER SACHVERHALT

In einem EU-weiten Verhandlungsverfahren mit Teilnahmewettbewerb waren vom Auftraggeber mehrere Bieter zu Verhandlungen über ihre zunächst indikativen und später verbindlichen Angebote eingeladen worden. Der Auftraggeber hatte sich hinsichtlich der verbindlichen Angebote jeweils vorbehalten, ohne weitere Verhandlungen den Zuschlag zu erteilen oder weitere Verhandlungen mit dem Bestbieter oder den bestplatzierten Bietern zu führen. Nach Abschluss der dritten Verhandlungsrunde und Prüfung und Wertung der Angebote führte der Auftraggeber eine weitere Verhandlungsrunde ausschließlich mit dem Bestbieter durch. Gegenstand waren gemäß Vergabevermerk "ausschließlich nicht wertungsrelevante Themen", die die Sachverhaltsdarstellung des Beschlusses nicht näher beschreibt.

Nach Versand der Information nach § 134 GWB rügte ein unterlegener Bieter verschiedene Sachverhalte und erlangte durch die Akteneinsicht im Nachprüfungsverfahren Kenntnis von der mit dem Bestbieter exklusiv geführten weiteren Verhandlungen, die er als Verstoß gegen § 17 Abs. 10 VgV rügte. Die Vergabekammer gab dem Nachprüfungsantrag gestützt auf andere Vergaberechtsverstöße statt. Die hiergegen gerichtete sofortige Beschwerde des Auftraggebers war erfolgreich.

DIE ENTSCHEIDUNG

Der Vergabesenat des OLG Rostock hat die Frage, ob mit der exklusiven Abschlussverhandlung gegen § 17 Abs. 10 Satz 1 und Abs. 12 Satz 2 VgV verstoßen wurde, im Ergebnis der mündlichen Verhandlung entgegen

seiner Vorberatung offengelassen. Denn ein solcher Vergaberechtsverstoß könnte bei dem unterlegenen Bieter keinen Schaden verursachen. Zwar hätten die Verhandlungen mit dem Bestbieter durchaus Fragen betroffen, die Auswirkungen auf die Risikostruktur des Vertragsverhältnisses hätten haben können. Allerdings habe es sich hierbei ausschließlich um Anforderungen des Auftraggebers gehandelt, die eine Veränderung einzelner Bedingungen zu seinen Gunsten bewirken sollten. Insofern hätten die Verhandlungsergebnisse der exklusiven Verhandlungsrunde die Wertungsreihenfolge nicht zugunsten des unterlegenen Bieters ändern können. Selbst bei Ablehnung jeglicher Zugeständnisse durch den Bestbieter unter Aufrechterhaltung des letzten verbindlichen Angebots – also bei einem Scheitern dieser exklusiven Verhandlungsrunde – hätte es nach Ansicht des OLG bei der Wertung dieses Angebots bleiben müssen und der Auftraggeber hätte keine vergaberechtlich zulässige Möglichkeit gehabt, auf das schlechter bewertete Angebot des unterlegenen Bieters zurückzugreifen.

BEWERTUNG UND PRAXISTIPP

Statt apodiktisch anmutenden Schlagzeilen wie "Mit dem Sieger darf man weiterverhandeln" zu folgen, die zu dieser Entscheidung schon zu lesen waren, sollte der Sachverhalt – soweit er aus dem Beschluss entnommen werden kann – sorgfältig analysiert und der Beschluss des Vergabesenats kritisch hinterfragt werden.

Fest steht, dass auch in einem Verhandlungsverfahren nach Abschluss der Verhandlungen ein Nachverhandlungsverbot besteht. In dieser letzten Phase können allenfalls noch Aufklärungen betrieben werden. Sollte der Auftraggeber feststellen, dass entgegen seiner Erwartung doch noch Verhandlungsbedarf besteht, kann er allenfalls die Verhandlungsphase wiedereröffnen – muss dann aber aus Gründen der Gleichbehandlung mit allen noch vertretenen Bietern erneut verhandeln.

In Ansehung von § 17 Abs. 10 Satz 1 VgV, wonach der Auftraggeber mit den Bietern über die von ihnen eingereichten Erstangebote und alle Folgeangebote, mit Ausnahme der endgültigen Angebote, verhandelt, um die Angebote inhaltlich zu verbessern, und von § 17 Abs. 12 Satz 2 VgV, wonach in der Schlussphase des Verfahrens noch so viele Angebote vorliegen müssen, dass der Wettbewerb gewährleistet ist, geht die herrschende Meinung in der Literatur davon aus, dass früher regelmäßig verfolgte lineare Verhandlungsstrategien, in denen mit einem preferred bidder endverhandelt wurde, vergaberechtlich nicht mehr zulässig sind. Allenfalls "letzte Feinheiten" könnten in Schlussverhandlungen mit dem Bestbieter exklusiv geklärt werden.

Darauf, dass lediglich solche finalen Abstimmungen auch im vorliegenden Fall der Gegenstand der Endverhandlungen waren, deutet der im Sachverhalt zitierte Vergabevermerk hin, wonach nur noch über nicht wertungsrelevante Themen verhandelt werden sollte. Das mögliche Themenspektrum dürfte hier allerdings sehr stark beschränkt sein, weil letztlich nahezu alle "verhandlungswürdigen" Themen, jedenfalls auch mittelbar, wertungsrelevant sein dürften, da sie Einfluss auf die Kalkulation der Bieter haben können. Und wenn die Schwelle der Wertungsrelevanz überschritten wird, hätten letztlich auch die schlechter platzierten Bieter einen Anspruch auf entsprechende Verhandlungen, da dann kaum ausgeschlossen werden kann, dass sich das Ergebnis einer solchen weiteren Verhandlungsrunde nicht doch auf das Wertungsergebnis auswirkt.

Vor diesem Hintergrund mag es im Ausnahmefall also tatsächlich gerechtfertigt sein, letzte Feinheiten – bspw. um den Vertrag zu redigieren – mit dem Bestbieter exklusiv zu besprechen und zu verhandeln.

Ob der hiesige Verhandlungsgegenstand sich innerhalb vorstehend skizzierter Grenzen bewegt, lässt sich aus den kryptischen Ausführungen des Senats nicht abschließend feststellen. Das Gericht konstatiert zwar, dass die Verhandlungsgegenstände potenziell durchaus Einfluss auf die Risikostruktur des Vertrages hätten. Hieraus zieht es den Schluss, dass, da die Verhandlungsanforderungen allein vom Auftraggeber gesetzt worden seien, das Wettbewerbsergebnis ohnehin nicht hätte verfälscht werden könne. Wird hier verkannt, dass Bieter auf rechtliche oder leistungsbezogene Anforderungen von Auftraggebern kalkulatorisch erfahrungsgemäß unterschiedlich reagieren und dass sich hieraus freilich auch eine Änderung der Wertungsreihenfolge ergeben kann? Jedenfalls scheint es kein taugliches Abgrenzungsmerkmal zu sein, von wem die Verhandlungsvorschläge stammen.

Letztlich dürfte hinsichtlich einer Verallgemeinerung der Entscheidung jedenfalls Zurückhaltung geboten sein – womit sich letztlich auch der "Sensationswert" dieser Entscheidung, der in manchen Veröffentlichungen hervorgehoben wird, wieder deutlich relativiert.

Stephan Rechten

Rechtsanwalt

[E-Mail](#)



NEWTICKER

Neue Schwellenwerte ab dem 1. Januar 2022

Die EU-Kommission hat am 11. November 2021 im EU-Amtsblatt die neuen Schwellenwerte für die Jahre 2022 und 2023 bekanntgegeben. Gegenüber den noch bis Ende 2021 geltenden Schwellenwerten liegen sie nur marginal höher. Im Einzelnen müssen öffentliche Aufträge dann erst ab folgenden Auftragswerten EU-weit ausgeschrieben werden:

Bereich	Schwellenwert alt	Schwellenwert neu
Liefer-/ Dienstleistungen von Vergabestellen des Bundes	139.000 EUR	140.000 EUR
Liefer-/ Dienstleistungen von sonstigen Vergabestellen	214.000 EUR	215.000 EUR
Liefer-/ Dienstleistungen im Bereich der Sektoren	428.000 EUR	431.000 EUR
Liefer-/ Dienstleistungen im Bereich Verteidigung und Sicherheit	428.000 EUR	431.000 EUR
Bau-/ Dienstleistungskonzessionen	5.350.000 EUR	5.382.000 EUR

Das BMWi wird diese Werte noch vor Jahresende im Bundesanzeiger veröffentlichen (§ 106 Abs. 3 GWB).

Wettbewerbsregister beim Bundeskartellamt – Leitlinien und praktische Hinweise zur vorzeitigen Löschung wegen Selbstreinigung veröffentlicht

Das Bundeskartellamt hat am 25. November 2021 Leitlinien zur vorzeitigen Löschung einer Eintragung aus dem Wettbewerbsregister sowie Praktische Hinweise für einen Antrag auf Löschung veröffentlicht. Der Veröffentlichung ging eine öffentliche Konsultation eines Entwurfs von Leitlinien und Praktischen Hinweisen voraus. Die eingegangenen Stellungnahmen von öffentlichen Stellen, Verbänden, Rechtsanwälten und

weiteren interessierten Kreisen hat das Bundeskartellamt ausgewertet und berücksichtigt. Die Leitlinien zur vorzeitigen Löschung wegen Selbstreinigung und die Praktischen Hinweise für einen Antrag finden Sie auf der Internetseite des Bundeskartellamts. Die [Pressemitteilung zur Veröffentlichung](#) enthält weiterführende Links zu Leitlinien und Hinweisen.

Die "Luca-Trilogie" des OLG Rostock und der Wettbewerb light

Die Beschaffung der sogenannten Luca-App zur verschlüsselten Kontaktdatenübermittlung in der COVID-19-Pandemie hat das OLG Rostock in kurzer Zeit dreimal beschäftigt. Nachdem es sich in seiner "Luca I-Entscheidung" (Beschluss vom 1. September 2021, 17 Verg 2/21) bereits mit der Abgrenzung zwischen unzulässiger Direktvergabe und den Mindestanforderungen an das Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb auseinandersetzte, konkretisiert der Senat in den Entscheidungen "Luca II" (Beschluss vom 11. November 2021, 17 Verg 4/21) und "Luca III" (Beschluss vom 11. November 2021, 17 Verg 6/21) die Voraussetzungen nach § 14 Abs. 4 Nr. 2 lit. b und Nr. 3 VgV mit Schwerpunkt auf die Frage, wie viel Wettbewerb der öffentliche Auftraggeber sicherstellen muss.

Eine Auftragserteilung lässt sich demnach auf § 14 Abs. 4 Nr. 2 lit. b VgV stützen, wenn aus technischen Gründen kein Wettbewerb vorhanden ist, es keine vernünftige Alternative oder Ersatzlösung gibt und der mangelnde Wettbewerb nicht das Ergebnis einer künstlichen Einschränkung der Auftragsvergabeparameter ist. Hingegen ist § 14 Abs. 4 Nr. 3 VgV einschlägig, wenn äußerst dringende, zwingende Gründe, die auch bei maximaler Abkürzung der vorgesehenen Fristen für das offene und nichtoffene Verfahren sowie das Verhandlungsverfahren mit Teilnahmewettbewerb deren Einhaltung nicht zulassen. Sofern der Auftraggeber vorträgt, es sei ihm aus zeitlichen Gründen nicht möglich gewesen, mehrere Angebote einzuholen und hieraus hätte sich eine nicht zumutbare Verzögerung ergeben, trägt er die Beweislast und hat die Gründe nach § 8 Abs. 2 Nr. 7 VgV zu dokumentieren. Wenn der öffentliche Auftraggeber auch in den Fällen einer Notvergabe nicht mehrere Angebote einholt und durch die Einholung einer Mindestzahl von Angeboten einen "Wettbewerb light" initiiert, liegt ein Ermessensfehler vor. Eine Beauftragung eines Bieters ohne jeden Wettbewerb stellt auch in diesem Fall einen unzulässigen Direktauftrag nach § 135 Abs. 1 Nr. 2 GWB dar. Der Eingriff in den Wettbewerb durch den Auftraggeber sei in jedem Fall so gering wie möglich zu halten, so das OLG Rostock.

EuGH zur Überprüfbarkeit der Vertraulichkeit von Bieterinformationen

Der EuGH (Urteil vom 7. September 2021 – Rechtssache C-927/19) befasste sich in diesem Verfahren unter anderem mit der Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen eine Entscheidung eines öffentlichen Auftraggebers, mit der es abgelehnt wird, einem Wirtschaftsteilnehmer als vertraulich geltende Informationen, die in den Bewerbungsunterlagen oder im Angebot eines anderen Wirtschaftsteilnehmers enthalten sind, mitzuteilen, eine Handlung darstellt, die Gegenstand einer Nachprüfung sein kann.

Praktischer Anwendungsfall ist die Information der unterlegenen Bieter. Dies betrifft zum einen den Anwendungsfall des § 134 GWB. Hiernach ist der Bieter über die Gründe der vorgesehenen Nichtberücksichtigung des Angebots zu informieren. Zum anderen hat die Entscheidung Auswirkungen auf die Unterrichtung der Bewerber und Bieter gem. § 62 VgV. Gemäß § 62 Abs. 2 Nr. 3 VgV unterrichtet der öffentliche Auftraggeber auf Verlangen jeden Bieter über die Merkmale und Vorteile des erfolgreichen Angebots sowie den Namen des erfolgreichen Bieters.

In der vorliegenden Entscheidung arbeitete der EuGH heraus, ob und unter welchen Voraussetzungen der öffentliche Auftraggeber zu einer Übermittlung von vertraulichen Informationen verpflichtet ist.

Der Schutz von vertraulichen Informationen stellt demnach ein hohes, aber nicht unumstößliches Gut dar. Die Frage, ob die Übermittlung von Informationen an den unterlegenen Bieter zu einem Verstoß gegen die Vorschriften des Unionsrechts über den Schutz vertraulicher Informationen führen würde, ist im Wege einer Abwägungsentscheidung zu treffen. Abzuwägen ist hiernach das Recht des Antragstellers auf eine gute Verwaltung gem. Art. 41 der Europäischen Grundrechtecharta (GR-CH) gegen das Recht des Wettbewerbers auf Schutz seiner vertraulichen Informationen. Art. 41 GR-CH umfasst das Recht, vor der nachteiligen Entscheidung einer Behörde angehört zu werden sowie Akteneinsicht in die sie betreffenden Akten – hier die Vergabeakte der Vergabestelle – zu erhalten. Der Zuschlag an einen konkurrierenden Bieter stellt eine solche nachteilige Entscheidung dar. Ziel dieser Abwägung, welche daher bereits im Vergabeverfahren zu erfolgen hat, ist es, dem Bieter eine wirksame Nachprüfung der Begründetheit seiner Ablehnungsentscheidung oder seiner Zurückweisungsentscheidung überhaupt erst zu ermöglichen.

Die für die Akteneinsicht gem. § 165 GWB sowie §§ 175 II, 165, 70 GWB bekannte Abwägung ist demnach auch bereits bei der Frage, welche Informationen der öffentliche Auftraggeber dem unterlegenen Bieter nach § 134 GWB oder auf Verlangen nach § 62 VgV mitzuteilen hat, beachtlich.

Sofern der öffentliche Auftraggeber die Mitteilung im Ergebnis aus Gründen der Vertraulichkeit ablehnt, kann diese Ablehnung Gegenstand eines eigenständigen Nachprüfungsverfahrens werden, welches mit einer entsprechenden Rüge gem. § 160 Abs. 3 GWB einzuleiten ist.

Zur Beurteilung der Frage, ob die Abwägung des öffentlichen Auftraggebers betreffend die Übermittlung von Informationen an den unterlegenen Bieter ermessensfehlerfrei erfolgte, sind der Nachprüfungsinstanz dann notwendigerweise die erforderlichen Informationen, einschließlich vertraulicher Informationen und Geschäftsgeheimnisse, zu übermitteln, um eine Entscheidung in voller Kenntnis der Umstände zu ermöglichen. Der Nachprüfungsinstanz muss es für den Fall der Rechtswidrigkeit der Abwägung möglich sein, die Ablehnungsentscheidung für nichtig zu erklären und die Sache gegebenenfalls an den öffentlichen Auftraggeber zurückzuverweisen oder sogar selbst eine neue Entscheidung zu treffen.

Sozial-Audits als Instrument zur Überprüfung von Arbeitsbedingungen – Diskussion und Empfehlungen im Kontext der öffentlichen Beschaffung

Von öffentlichen Auftraggebern wird zunehmend erwartet, dass sie ihrer Vorbildfunktion in ihre Beschaffungspraxis integrieren. Gestärkt durch den politischen Rückhalt und im Rahmen der Entwicklung, dass öffentliche Beschaffung zunehmend als Instrument zur Umsetzung strategischer Ziele eingesetzt wird, sind deutschlandweit einige Vergabestellen bereits seit Jahren auf dem Weg, diese Aspekte zu integrieren. In der praktischen Umsetzung werden jedoch auch Herausforderungen und grundlegende Fragen sichtbar, was von Unternehmen gefordert werden kann und wie Unternehmensangaben ggf. überprüft werden können. Um hierzu Lösungen zu entwickeln, wurde vom Beschaffungsamt des BMI (BeschA) eine Studie beauftragt, die die grundsätzlichen Fragen zur Nachprüfbarkeit von Arbeitsbedingungen vor Ort in Betrieben zum Gegenstand hat. Die Studie soll einen Beitrag dazu leisten, Grundlagenwissen über Sozial-Audits zu vermitteln und konkrete Implementierungsansätze in der öffentlichen Beschaffung aufzuzeigen. Bei Sozial-Audits handelt es sich um ein Instrument, das zumindest

fallweise eine Überprüfung der Arbeitsbedingungen vor Ort ermöglicht. Die Pdf-Datei kann [hier](#) kostenlos heruntergeladen werden (Seite des zentralen Portals für nachhaltige Beschaffung öffentlicher Auftraggeber).

Neues Strategiepapier zu den Potenzialen nachhaltiger Beschaffung

Das Institut der deutschen Wirtschaft e.V. in Köln hat im September 2021 das Positionspapier "Green Public Procurement: Potenziale einer nachhaltigen Beschaffung" veröffentlicht. Darin wird dargestellt, wie durch öffentliche Investitionen unterschiedliche Maßnahmen zum Klimaschutz unterstützt werden können. Ein besonderer Fokus liegt auf der Darstellung von Emissionsvermeidungspotenzialen durch die Verwendung klimafreundlicher Baumaterialien auf Basis von grünem Wasserstoff. Ebenfalls besprochen werden die Berücksichtigung nachhaltiger Kriterien und eine verpflichtende Quote auf grünen Stahl und Kunststoff bei der öffentlichen Beschaffung im Bausektor zur Schaffung erster gesicherter Absatzmärkte für klimafreundliche Grundstoffe. Die Studie zeigt, dass durch eine öffentliche Quote von 30 % auf grünen Stahl und Kunststoff, jährliche CO₂-Einsparungen von knapp 1,9 Millionen Tonnen CO₂ erzielt werden könnten. Das Pdf kann [hier](#) (Seite des Instituts der deutschen Wirtschaft e.V.) kostenlos heruntergeladen werden.

Auslaufende Konzessionsverträge: Leitfaden für die kommunale Praxis

In seiner mittlerweile vierten Auflage bietet die Handreichung "Auslaufende Konzessionsverträge – Ein Leitfaden für die kommunale Praxis" des Deutschen Städte- und Gemeindebundes eine Hilfestellung für Kommunen, die im Rahmen der Neukonzessionierung im Strom- und Gasbereich die Frage nach einer (Re-)Kommunalisierung des Netzes stellen.

Die Neuvergabe von Wegenutzungsverträgen im Strom- und Gasbereich bleibt für Kommunen rechtlich herausfordernd und ressourcenintensiv. Im Rahmen der Neukonzessionierung stellt sich zudem regelmäßig die Frage nach einer (Re-)Kommunalisierung des Netzes, die in der aktuellen Auflage nunmehr den thematischen Schwerpunkt bildet. Neben den Bestandteilen einer Machbarkeitsstudie gibt die Handreichung auch Hinweise zum Eingehen von Kooperationen mit Energieversorgungs-

unternehmen für den Fall, dass eine Netzübernahme erwogen wird, aber ein eigenes Stadtwerk noch nicht besteht oder tätig ist. Ausgangspunkt ist hier regelmäßig die Etablierung einer Kooperationsgesellschaft zwischen der Gemeinde und einem Kooperationspartner (sogenannte "institutionalisierte öffentlich-private Partnerschaft" – IÖPP). Der Leitfaden Nr. 163 kann [hier](#) (Seite des DStGB) kostenlos heruntergeladen werden.

Bauftrag unter EU-Schwellenwert: Planungsauftrag muss nicht ausgeschrieben werden

Vergibt ein privater Auftraggeber Planungsleistungen und erhält er von einem öffentlichen Auftraggeber für das zu planende Bauvorhaben Zuwendungen, muss der (oberschwellige) Planungsauftrag nur dann öffentlich ausgeschrieben werden, wenn auch der mit dem Planungsauftrag funktional verbundene Bauauftrag den Schwellenwert für Bauaufträge erreicht bzw. überschreitet und zu mehr als 50 % von einem öffentlichen Auftraggeber i.S.v. § 99 Nr. 1 bis 3 GWB subventioniert wird, so die VK Hamburg (Beschluss vom 27. September 2021 - 60.29-319/2021.009). Dies ergibt sich aus Art. 13 Satz 1 b Richtlinie 2014/24/EU, der hier eine doppelte Akzessorietät ausdrücklich vorsieht. Zwar ist das Erfordernis einer doppelten Akzessorietät in der deutschen Umsetzung des § 99 Nr. 4 GWB nicht ausdrücklich enthalten. Allerdings ist die Formulierung "in Verbindung stehen" nicht nur im Sinne einer funktionalen Abhängigkeit zwischen Dienstleistung und Bauauftrag zu verstehen, sondern nach richtlinienkonformer Auslegung auch im Sinne einer Relation zwischen Bauauftrag einerseits und Dienstleistung andererseits. Hierbei ist der überwiegend subventionierte Bauauftrag maßgebend. Erst wenn beide Voraussetzungen erfüllt sind, ist der Anwendungsbereich des 4. Teils des GWB eröffnet, so die Vergabekammer Hamburg. Andernfalls mag ein privater Auftraggeber zwar auf Grund eines Zuwendungsbescheids zur Anwendung des Vergaberechts verpflichtet sein, dies bewirkt jedoch nicht, dass der 4. Teil des GWB mit den entsprechenden Rechtsschutzvorschriften anwendbar ist.

Abfrage des Umsatzes ist keine Mindestanforderung für die Geschäftstätigkeit (OLG Dresden, Beschluss vom 5. Februar 2021 - Verg 5/20)

Aus den Vergabeunterlagen muss für die Bieter eindeutig und unmissverständlich hervorgehen, welche Voraussetzungen sie erfüllen müssen, um den Auftrag erhalten zu können, und welche Erklärungen und Nachweise hierzu von ihnen verlangt werden. Enthält die Auftragsbekanntmachung das Eignungskriterium einer mindestens dreijährigen vergleichbaren Geschäftstätigkeit nicht, kann ein Bieter, der den abgefragten vergleichbaren Umsatz des Unternehmens in den letzten drei abgeschlossenen Geschäftsjahren jeweils mit "0 Euro" angibt, nicht mit der Begründung ausgeschlossen werden, er sei noch keine drei Jahre am Markt tätig.

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 26471-219

Frank Obermann

Rechtsanwalt

[E-Mail](#)



Stephan Rechten

Rechtsanwalt

[E-Mail](#)



Max Stanko

Rechtsanwalt,
Fachanwalt für
Vergaberecht

[E-Mail](#)



Düsseldorf

Cecilienallee 7 | 40474 Düsseldorf
Tel.: +49 211 518989-0

Sascha Opheys

Rechtsanwalt,
Fachanwalt für
Vergaberecht
E-Mail



Frankfurt am Main

Mainzer Landstraße 36 | 60325 Frankfurt am Main
Tel.: +49 756095-195

Christopher Theis

Rechtsanwalt,
Fachanwalt für
Vergaberecht
E-Mail

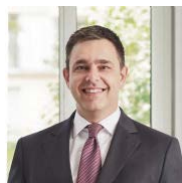


München

Ganghoferstraße 33 | 80339 München
Tel.: +49 89 35065-1452

Michael Brückner

Rechtsanwalt
E-Mail



Hans Georg Neumeier

Rechtsanwalt,
Fachanwalt für
Verwaltungsrecht
E-Mail



Katrin Lüdtko

Rechtsanwältin,
Fachanwältin für
Verwaltungsrecht
E-Mail



REDAKTION (verantwortlich)

Stephan Rechten | Rechtsanwalt

© BEITEN BURKHARDT

Rechtsanwaltsgesellschaft mbH

Vergaberecht@advant-beiten.com

www.advant-beiten.com



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 2021

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.