

# Newsletter Vergaberecht

Januar 2022



Sehr geehrte Damen und Herren,

verbunden mit unseren besten Wünschen für ein gesundes und erfolgreiches neues Jahr 2022 erhalten Sie unseren aktuellen Newsletter Vergaberecht, Ausgabe Januar 2022.

Wir wünschen eine angenehme Lektüre!

Mit freundlichen Grüßen

**Stephan Rechten**

Rechtsanwalt

[E-Mail](#)



## **Verzicht auf mündliche Verhandlung in Pandemiezeiten stellte einen Verfahrensfehler dar; "vergleichbar" ist bei Referenzen nicht "gleich"**

### **"Reform" der VO PR 30/53**

#### **Newsticker**

Abgabe eines elektronischen Angebots (VK Südbayern, Beschluss vom 15. November 2021 – 3194.Z3-3\_01-21-20)

Erweiterung des Kreises der Abrufberechtigten einer Rahmenvereinbarung ist Auftragsweiterung (VK Bund, Beschluss vom 12. Oktober 2021 – VK 2-85/21)

Rügeobliegenheiten gelten nicht für Rüge im Verfahren (VK Bund, Beschluss vom 1. Oktober 2021 – VK 2-101/21)

## **Verzicht auf mündliche Verhandlung in Pandemiezeiten stellte einen Verfahrensfehler dar; "vergleichbar" ist bei Referenzen nicht "gleich"**

### **DER SACHVERHALT**

Der Antragsgegner beabsichtigte, eine Dienstleistungskonzession zu Stationierung und Betrieb eines Rettungswagens zu vergeben. Eine Veröffentlichung der Vorinformation der Konzessionsbekanntmachung erfolgte im Wege einer europaweiten Bekanntmachung im Supplement zum Amtsblatt der EU vom 25. Juni 2020. In Ziffer III.1.4 der Bekanntmachung heißt es unter anderem:

Die Eignungskriterien/Eignungsnachweise sind in Ziffer 11 lit. b) der Bewerbungsbedingungen (Teil A der Vergabeunterlagen) im Einzelnen aufgeführt [...]. Danach gelten folgende Mindestanforderungen an die Eignung:

1. Eine vergleichbare Referenz aus dem Zeitraum von 2017 bis 2019;
2. Nachweis der fachlichen Eignung der zur Führung der Geschäfte berechtigten Person(en).

Die Antragstellerin und der Beigeladene reichten fristgerecht Angebote ein. Die Antragstellerin rügte die beabsichtigte Auftragsvergabe an den Beigeladenen als rechtswidrig, da dessen Eignung nicht gegeben sei. Der Beigeladene verfüge nach ihrer Kenntnis nicht über Referenzen in Bezug auf den Betrieb von Rettungswagen, da er bislang lediglich im Krankentransport tätig gewesen sei; Referenzen im Bereich Krankentransport seien jedoch nicht vergleichbar mit der ausgeschriebenen Leistung.

Die Vergabekammer hat sich im Hinblick auf die Corona-Pandemie und die damit verbundenen Risiken einer mündlichen Verhandlung um die Zustimmung der Beteiligten zum schriftlichen Verfahren oder zu einer Videokonferenz bemüht. Sie hat mit Schreiben vom 25. Januar 2021 näher dargelegt, weswegen sie den Nachprüfungsantrag nicht für aussichtsreich halte. Die Antragstellerin ist weder mit schriftlicher Entscheidung einverstanden gewesen noch mit der Durchführung einer Videokonferenz. Mit Beschluss vom 29. März 2021 hat die Vergabekammer ohne mündliche Verhandlung den Nachprüfungsantrag zurückgewiesen. Gegen diesen Beschluss wendet sich die Antragstellerin mit ihrer sofortigen Beschwerde.

## **DIE ENTSCHEIDUNG**

### **Verfahrensfehler Entscheidung ohne mündliche Verhandlung**

Im Ergebnis ohne Erfolg rügte die Antragstellerin, dass die Vergabekammer ohne mündliche Verhandlung entschieden hat. Zwar hat die Vergabekammer nach Ansicht des BayObLG (Beschluss vom 9. November 2021 – Verg 5/21) rechtsfehlerhaft angenommen, sie könne auf die mündliche Verhandlung verzichten, weil die Antragstellerin ihre Zustimmung zu einer Verhandlung im Wege der Bild- und Tonübertragung rechtsmissbräuchlich verweigert habe. Die Entscheidung der Vergabekammer ist indes in der Sache richtig, so dass sie nicht auf diesem Fehler beruht.

Die Vergabekammer habe das durch Art. 2 Abs. 1 GG in Verbindung mit dem Rechtsstaatsprinzip (Art. 20 Abs. 3 GG) gewährleistete Grundrecht der Antragstellerin auf ein rechtsstaatliches, faires Verfahren dadurch verletzt, dass sie deren Verweigerung der Zustimmung zu einer Verhandlung im Wege der Bild- und Tonübertragung als

rechtsmissbräuchlich angesehen hat, ohne dieser die aus ihrer Sicht dringenden Gründe für eine solche Verhandlung vollständig mitzuteilen. Entgegen der Auffassung der Antragstellerin sei das Vorgehen der Vergabekammer hingegen nicht an Art. 103 Abs. 1 GG zu messen. Diese Vorschrift erfasse nicht das rechtliche Gehör im Verwaltungsverfahren, wozu auch das Verfahren vor der - gemäß § 168 Abs. 3 Satz 1 GWB durch Verwaltungsakt entscheidenden - Vergabekammer zähle. Dass Vergabekammern nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union insoweit als Gerichte i. S. d. Art. 267 Abs. 2 AEUV anzusehen sind, als sie zur Vorlage einer Auslegungsfrage an den Gerichtshof berechtigt sind, beruht nach Auffassung des Senats auf einer autonomen Auslegung des Unionsrechts ohne Bezug zum nationalen Recht und gebietet nicht, sie in den Regelungsbereich des Art. 103 Abs. 1 GG einzubeziehen.

Maßgeblich für die Gewährung rechtlichen Gehörs im Verwaltungsverfahren sei vielmehr das durch Art. 2 Abs. 1 GG in Verbindung mit dem Rechtsstaatsprinzip (Art. 20 Abs. 3 GG) gewährleistete Grundrecht auf ein faires Verfahren. Dieses Grundrecht verpflichte dazu, einem Beteiligten die Möglichkeit zu geben, vor einer Entscheidung, die seine Rechte betrifft, zu Wort zu kommen, um Einfluss auf das Verfahren und dessen Ergebnis nehmen zu können; das setze voraus, dass ihm die als entscheidungserheblich erachteten Tatsachen zur Kenntnis gebracht werden.

Die sich daraus ergebenden Anforderungen habe die Vergabekammer nicht beachtet. Sie habe ihr Absehen von einer mündlichen Verhandlung damit begründet, dass die Weigerung der Antragstellerin, einer Entscheidung nach Aktenlage oder nach Erörterung der Sach- und Rechtslage in Form einer Videokonferenz zuzustimmen, rechtsmissbräuchlich sei. Diese Würdigung habe sie darauf gestützt, der Antragstellerin sei bekannt gewesen, dass es nur schwer möglich sei, ausreichend große Sitzungssäle zu reservieren, und es müsse dieser bewusst sein, dass sie - die Vergabekammer - nicht das Risiko eingehen könne, dass praktisch sämtliche ihrer Mitglieder (wie bereits einmal geschehen) in Quarantäne gerieten und so ihre Funktionsfähigkeit gefährdet werde. Diese Umstände habe die Vergabekammer der Antragstellerin allerdings zumindest nicht vollständig bekannt gegeben, sondern nur pauschal auf die "momentane Pandemiesituation" Bezug genommen und eine Erörterung der Sach- und Rechtslage mittels Videokonferenz als gegenüber der Durchführung einer mündlichen Verhandlung im Wege eines Präsenztermins vorzugswürdig bezeichnet.

Die Gefahr der (erneuten) Beeinträchtigung der Funktionsfähigkeit der Vergabekammer sei in keinem der beiden Schreiben der Vergabekammer angesprochen worden, so dass die Antragstellerin keine Veranlassung gehabt habe, diesen Umstand bei ihrer Entscheidung, ob sie auf eine mündliche Verhandlung verzichte, zu berücksichtigen. Habe die Antragstellerin aber keine Kenntnis von wesentlichen Umständen gehabt, die - nach Auffassung der Vergabekammer - für einen Verzicht auf die mündliche Verhandlung sprachen, so entbehre deren Unterstellung, die Antragstellerin habe mit dem Beharren auf der Durchführung der mündlichen Verhandlung lediglich eine weitere Verzögerung des Nachprüfungsverfahrens erreichen wollen, der tatsächlichen Grundlage, so das BayObLG.

Die Vergabekammer habe deshalb das Vorgehen der Antragstellerin zu Unrecht als rechtsmissbräuchlich angesehen und hätte bei dem sich ihr bietenden Sach- und Streitstand nicht nach Lage der Akten entscheiden dürfen.

Dieser Verfahrensfehler führt nach Ansicht des Vergabesenats indes nicht zur Aufhebung der Entscheidung der Vergabekammer, weil sich diese in der Sache als richtig darstellt. An diesem Ergebnis ändere sich auch dann nichts, wenn man den Verfahrensfehler als Verstoß gegen Art. 103 Abs. 1 GG einordnen wolle.

### **Vergleichbarkeit der Referenzen**

Die Rüge der Antragstellerin, das Angebot des Beigeladenen sei auszuschließen gewesen, weil die von ihm vorgelegte Referenz nicht vergleichbar sei, blieb ebenfalls ohne Erfolg.

Die Behandlung der vom Beigeladenen vorgelegten Nachweise aus dem Bereich des Krankentransports begegnete nach Auffassung des Senats in der Sache keinen durchgreifenden vergaberechtlichen Bedenken.

Das Verlangen nach Referenzprojekten für "vergleichbare" Leistungen bedeute nicht, dass das Leistungsbild der herangezogenen Aufträge mit dem ausgeschriebenen Auftrag identisch sein müsse. Wolle der Auftraggeber sicherstellen, dass der Bieter exakt die zu beschaffende Leistung schon früher erfolgreich durchgeführt hat, dann müsse er entsprechende konkretisierende Vorgaben festlegen. Mache er dies nicht, genüge es, dass die Referenzleistung der ausgeschriebenen Leistung so weit ähnelt, dass sie einen tragfähigen Rückschluss auf die Leistungsfähigkeit des Bieters für die ausgeschriebene Leistung eröffnet.

Bei der Bewertung der Frage der Vergleichbarkeit der Referenz komme der Vergabestelle, die regelmäßig über spezifisches Fachwissen und fachliche Erfahrung verfügt, ein Beurteilungsspielraum zu, der nur eingeschränkt überprüft werden könne, insbesondere darauf, ob von einem zutreffend und vollständig ermittelten Sachverhalt ausgegangen worden sei und allgemeine Wertungsgrundsätze beachtet sowie keine sachwidrigen Erwägungen in die Wertung eingeflossen seien.

Danach ist es nach Ansicht des Gerichts vergaberechtlich nicht zu beanstanden, dass der Antragsgegner die vom Beigeladenen vorgelegte Referenz aus dem Bereich des Krankentransports als den zu vergebenden Leistungen vergleichbar angesehen hat, zumal die Anforderung der fachlichen Eignung (vgl. oben Kriterium Nr. 2) unabhängig davon besteht. Auch die Regelungen im Bayerischen Rettungsdienstgesetz gäben keine Veranlassung, als vergleichbare Tätigkeit nur Einsätze in der Notfallrettung anzusehen.

Der Auftraggeber habe entgegen der Behauptung der Antragstellerin in den Vergabeunterlagen lediglich die Benennung vergleichbarer Referenzen gefordert, ohne vorzugeben, dass ausschließlich Referenzen aus dem Bereich der Notfallrettung vergleichbar seien.

Zutreffend stelle die Vergabekammer darauf ab, dass sowohl der Krankentransport als auch die Notfallrettung - die auch den Betrieb eines Rettungswagens erfasst (vgl. Art. 2 Abs. 7 Satz 2 BayRDG) - unter den Begriff der rettungsdienstlichen Leistungen fallen (vgl. Art. 1 Abs. 1 BayRDG) und die allgemeinen in Art. 37 ff. BayRDG festgelegten Regelungen zur Betriebspflicht, Einsatzbereitschaft und Leistungspflicht sowie zu Fortbildung, Qualitätsmanagement oder Dokumentation für beide Bereiche gelten. Zudem seien sowohl Rettungswagen als auch Krankentransportwagen nur mit nichtärztlichem medizinischen Personal besetzt (vgl. Art. 2 Abs. 7 Satz 3 und 5 BayRDG). Im Wesentlichen unterscheide sich der Betrieb eines Rettungswagens und der Krankentransport durch die Anforderungen an die Qualifikation des eingesetzten Personals; beim Betrieb eines Rettungswagens sei zur Betreuung des Patienten mindestens eine Notfallsanitäterin oder ein Notfallsanitäter einzusetzen, beim Krankentransport mindestens eine Rettungssanitäterin oder ein Rettungssanitäter (vgl. Art. 43 Abs. 1 Satz 1 BayRDG). Dieser Unterschied betreffe den Umfang der Ausbildung des eingesetzten Rettungspersonals und sei deshalb gradueller und nicht qualitativer Natur. Er erlaube es nicht, die Einschätzung des Antragsgegners, dass die Tätigkeit im Bereich des Krankentransports einen tragfähigen Rückschluss auf die Leistungsfähigkeit des

Beigeladenen eröffne, als sachwidrig und deshalb nicht mehr innerhalb des insoweit bestehenden Beurteilungsspielraums liegend anzusehen, so das Gericht. Keinesfalls stelle der Auftraggeber damit geringere Anforderungen an die Eignung des Konzessionsnehmers als sie im Bayerischen Rettungsdienstgesetz vorgesehen sind.

## **BEWERTUNG UND PRAXISTIPPS**

Die Ausführungen zum rechtlichen Gehör im Nachprüfungsverfahren vor der Vergabekammer führen einmal wieder plastisch vor Augen, dass es sich dabei nicht um ein Gerichtsverfahren handelt. Die Vergabekammer führt vielmehr ein Verwaltungsverfahren durch, das mit einem Beschluss in Form eines Verwaltungsakts im Sinne des VwVfG endet. Dennoch sind die Vergabekammern aus europarechtlicher Sicht – obschon keine "Gerichte" – vorlageberechtigt zum EuGH. An dem vorliegenden Fall zeigt sich, dass Verhandlungen in anderer – pandemie-gerechter – Form durchaus auch vor den Vergabekammern denkbar wären. Da es sich um ein Verwaltungsverfahren handelt, gilt vor der Vergabekammer der Grundsatz der Öffentlichkeit nicht (vgl. § 68 Abs.1 S. 1 VwVfG); das Verfahren ist nur parteiöffentlich. Bei Zustimmung der Parteien zu einer Verhandlung per Videokonferenz müsste daher keine weitere "Öffentlichkeit" hergestellt werden. Auch kann sogar ein Verzicht auf die mündliche Verhandlung in Betracht kommen, sofern eine Vergabekammer dies im konkreten Fall hinreichend begründet. Ob es aus taktischer Sicht (und mit Blick auf das Infektionsgeschehen) von einem Antragsteller klug ist, auf eine mündliche Verhandlung in klassischer Präsenzveranstaltung zu bestehen, sei dahingestellt.

Inhaltlich stellt das BayObLG hier in begrüßenswerter Deutlichkeit klar, dass "vergleichbar" nicht "gleich" ist bzw. jedenfalls nicht sein muss. Der Beurteilungsspielraum der Vergabestelle ermöglicht es dieser, im Einzelfall entweder konkrete Anforderungen an die Vergleichbarkeit aufzustellen oder es aber bei einer allgemeineren Formulierung zu belassen und anhand des Maßstabs der "Eignung" der Referenz die Beurteilung der technischen Leistungsfähigkeit vorzunehmen. Die Festlegungen dazu sollten bei der Vorbereitung eines Vergabeverfahrens daher sorgfältig überlegt werden. Selbstverständlich gilt die Kernaussage nicht nur für Konzessionsvergaben, sondern auch für Verfahren nach der VgV, in welchen der Auftraggeber gem. § 46 Abs. 3 Nr. 1 "geeignete" Referenzen fordern darf.

### **Katrin Lüdtkke**

Rechtsanwältin, Fachanwältin für Verwaltungsrecht

[E-Mail](#)



# "Reform" der VO PR 30/53

## Die neue Regelung

Am 1. April 2022 wird die "Dritte Verordnung zur Änderung der Verordnung PR Nr. 30/53 über die Preise bei öffentlichen Aufträgen" in Kraft treten, die am 30. November 2021 im Bundesgesetzblatt veröffentlicht worden ist (BGBl. I 2021 Nr. 80, S. 4986 vom 30. November 2021).

Die Änderungen betreffen im Wesentlichen folgende Aspekte:

## Definitionen

Es wurde eine Definition der Preise für marktgängige Leistungen in § 4 VO PR 30/53 aufgenommen, die nach Auffassung des Gesetzgebers das "Kernstück" der Verordnung bildet. Die dort enthaltenen Voraussetzungen für den Nachweis eines Marktpreises, den das anbietende Unternehmen für die nachgefragte Leistung nachzuweisen hat, werden klarer gefasst und auf die tatsächlichen Verhältnisse einerseits des allgemeinen Marktes sowie des durch Vergabeverfahren jeweils geschaffenen besonderen (Ausschreibungs-)Marktes ausgerichtet. Damit wird der Marktpreisnachweis insbesondere für den besonderen Markt erleichtert und zulässige Preisprüfungen durch die zuständigen Preisbehörden der Länder können zunehmend entfallen. Die neue Definition in § 4 Abs. 2 VO PR 30/53 lautet:

*"Marktgängig ist eine Leistung, für die zum Zeitpunkt der Auftragsvergabe ein Markt aus Angebot und Nachfrage für diese Leistung mit funktionierendem Wettbewerb besteht (allgemeiner Markt).  
Marktgängig ist eine Leistung auch, wenn zu ihrer Beschaffung durch ein Vergabeverfahren ein Markt geschaffen wurde, auf dem mindestens zwei Anbieter zuschlagsfähige Angebote abgegeben haben (besonderer Markt).*

Weiter wird in § 4 Abs. 3 VO PR 30/53 der Begriff der "Verkehrsüblichkeit" definiert:

*"Im Verkehr üblich ist der Preis, den der betreffende Anbieter für die Leistung im Wettbewerb regelmäßig durchsetzen kann."*

Damit wird das in der Literatur vertretene Institut des "betriebssubjektiven Preises" in der Verordnung festgeschrieben. Dabei handelt es sich um denjenigen Preis, der von einem Unternehmen regelmäßig im Wettbewerb erzielt werden kann, und nicht etwa um einen fiktiven bzw. durchschnittlichen Preis, der am Markt für solche Leistungen (auch an andere Auftragnehmer) gezahlt wurde.

Mit den neuen Absätzen 2 und 3 wird im Wesentlichen die gängige Preisprüfungspraxis bestätigt und in Verordnungsform gebracht. Eine Neuerung enthält jedoch § 4 Abs. 4 VO PR 30/53:

*"Gibt es für eine Leistung einen verkehrsüblichen Preis auf dem allgemeinen Markt, ist dieser maßgeblich im Sinne von Absatz 1. Gibt es für eine Leistung auf dem allgemeinen Markt keinen verkehrsüblichen Preis, wird vermutet, dass der Preis, zu dem die Leistung auf einem besonderen Markt angeboten wird, im Verkehr üblich ist, wenn er sich unter den Bedingungen eines Wettbewerbs herausgebildet hat."*

Damit wird erstmalig geregelt, dass sich auch ohne verkehrsüblichen Preis auf dem allgemeinen Markt ein verkehrsüblicher Preis auf einem vom Auftraggeber mittels eines konkreten Vergabeverfahrens geschaffenen besonderen Markt bilden kann. Hierfür ist ein tatsächlicher Wettbewerb erforderlich, wofür nach der Vorstellung des Verordnungsgebers bereits mindestens zwei geeignete Angebote im Verfahren ausreichen. Solche liegen z. B. dann nicht vor, wenn Angebote nur zum Schein abgegeben wurden oder bei wettbewerbswidrigen Absprachen. Liegt die Voraussetzung vor, so braucht der Preis als Marktpreis nicht mehr einer Preisprüfung unterzogen zu werden.

## **Preisprüfung**

Weitere Änderungen betreffen die Prüfung der Preise nach § 9 VO PR 30/53. Dort wurde im Verordnungstext verankert, was ebenfalls bereits anerkannt und gängige Praxis war, nämlich dass die Entscheidung der Preisbehörde, eine Preisprüfung durchzuführen, eine Ermessensentscheidung aufgrund des Opportunitätsprinzips darstellt. Dieses Ermessen muss auch dann ausgeübt werden, wenn eine der Vertragsparteien (öffentlicher Auftraggeber oder Auftragnehmer) ein Prüfersuchen an die Preisprüfungsbehörde gerichtet hat. Die Preisprüfungsbehörde bleibt auch in diesem Fall Herrin des Verfahrens

und muss eine eigene Ermessensentscheidung treffen und diese entsprechend dokumentieren.

Weitere Änderungen (die auf Empfehlungen des Wirtschaftsausschusses des Bundesrats zurückgehen) sind:

- Erhöhung der Mindestaufbewahrungsfrist der Unterlagen zur Preisprüfung gem. § 9 Abs. 1 VO PR 30/53 von fünf auf zehn Jahre (ab Bewirkung der Gegenleistung durch den Auftraggeber);
- ausdrückliche Befugnis der Preisprüfer, nicht nur "Abschriften", sondern auch Fotokopien, Ausdrücke, fotografische Abbildungen, elektronische Daten und Dateien anfertigen zu lassen (§ 9 Abs. 3 VO PR 30/53);
- Möglichkeit zur Schätzung der Kosten des Auftragnehmers unter Ansatz angemessener Sicherheitsabschläge, insbesondere wenn der Auftragnehmer die Auskunft verweigert oder Unterlagen unter Verletzung der Aufbewahrungspflichten nicht mehr vorliegen. Bei Unmöglichkeit der Schätzung Ansatz der betroffenen Kostenposition des Auftragnehmers mit Null (§ 9 Abs. 5 VO PR 30/53).

Während die ersten beiden Punkte auch nur eine Klarstellung bedeuten (häufig galten bereits bisher längere Fristen aus handels- oder steuerrechtlichen Gründen) bzw. die gängige Praxis bestätigen, geht der dritte Punkt über die bisher übliche Praxis hinaus, in der zwar eine Schätzung als allerletzte Möglichkeit auch üblich war, in der Regel aber nicht einseitig zu Lasten des Auftragnehmers gehen sollte.

### **Änderungen der LSP**

Schließlich wurden auch die Leitsätze für die Preisermittlung aufgrund von Selbstkosten (LSP), die Anlage zur VO PR 30/53 ist, redaktionell angepasst und in einzelnen Punkten geändert. Dies betrifft etwa Nr. 44 LSP (Abzug von Anzahlungen und Vorauszahlungen vom ansetzbaren Betrag für kalkulatorische Zinsen) und Nr. 52 LSP (Höhe des Gewinnzuschlags).

## Ausblick

Ein "großer Wurf" ist die Neufassung der VO PR 30/53 trotz der jahrelangen Vorbereitungen (die Reformüberlegungen begannen bereits im Jahr 2013) nicht geworden, aber sie bringt einige Klarstellungen im Verordnungstext, die die Preisprüfungspraxis bestätigen. Wie die neue Regelung zur Schätzung der Kosten des Auftragnehmers in § 9 Abs. 5 VO PR 30/53 von den Preisprüfungsbehörden in der Praxis angewandt werden wird, bleibt abzuwarten. Darüber hinaus wurde die Bundesregierung in der Entschließung des Bundesrats vom 5. November 2021 (BR-Drs. 732/21) aufgefordert, in der neuen Legislaturperiode eine Novellierung der seit dem Jahr 1953 nicht wesentlich geänderten und auch durch die vorliegende Änderung nicht grundlegend modernisierten Verordnung vorzunehmen. Der Bundesrat ist – so wörtlich – der Überzeugung, dass mit einer weiteren Überarbeitung des öffentlichen Preisrechts ein wichtiges Signal verbunden wäre: Ein modernes öffentliches Preisrecht, dessen Einhaltung durch eine leistungsfähige und effektive hoheitliche Preisprüfung als neutrale, von dem öffentlichen Auftraggeber zu unterscheidende Instanz geprüft wird, ist für die öffentliche Hand von beachtlicher Bedeutung und hat eine wichtige Unterstützungsfunktion für eine wirtschaftlich handelnde öffentliche Verwaltung.

Im Übrigen darf die praktische und finanzielle Bedeutung der Preisprüfung nicht unterschätzt werden: So wurden im Jahr 2020 nach der Statistik des BMWi 1.256 Aufträge mit einem Gesamtvolumen von über EUR 2 Mrd. geprüft und dabei in 403 Fällen Kürzungen mit einem Volumen von insgesamt EUR 21,43 Mio. vorgenommen. Damit lag (auch bedingt durch die COVID-19-Pandemie) die Zahl der Prüfungen und deren Volumen zwar auf dem niedrigsten Stand seit mindestens 2009, die Höhe der Rückforderungen aber in etwa auf dem Niveau von 2018. Und bei diesen Zahlen ist auch zu berücksichtigen, dass die Prüfungen durch das Bundesamt für Ausrüstung, Informationstechnik und Nutzung der Bundeswehr (BAAINBw) im Bereich der Rüstungs- und Verteidigungsaufträge, in denen das Preisrecht von jeher seinen größten Anwendungsbereich findet, nicht enthalten sind.

### **Katrin Lüdtkke**

Rechtsanwältin, Fachanwältin für Verwaltungsrecht

[E-Mail](#)



## **NEWTICKER**

### **Abgabe eines elektronischen Angebots (VK Südbayern, Beschluss vom 15. November 2021 – 3194.Z3-3\_01-21-20)**

Die Angebotsfrist für ein offenes Verfahren endete um 10:00 Uhr; die Vergabeplattform registrierte den Eingang für 10:00 Uhr und 3 Sekunden. Das Angebot wurde vom Auftraggeber daher als verspätet eingestuft, während der Antragsteller meinte, dass erst ab 10:01 Uhr eine Verspätung vorliege. Das Angebot war im Ergebnis nicht als "verspätet" auszuschließen, da sich bei den genauen Nachforschungen ergab, dass das Angebot bereits um 09:59 Uhr und 35 Sekunden eingegangen war und damit der vollständige Upload und die Verschlüsselung auf der Plattform noch vor Ablauf der Angebotsfrist erfolgt waren. Lediglich das Ablegen des verschlüsselten Angebots im Bereich des konkreten Auftraggebers erfolgte knapp 3 Sekunden nach Ablauf der Frist. Dies fiel nach Auffassung der VK Südbayern nicht mehr in die Risikosphäre des Bieters. Das interne Verteilungsrisiko trägt vielmehr der Auftraggeber. Letztlich ist die elektronische Plattform daher nichts anderes als ein Briefkasten, in den das Angebot nicht eingeworfen, sondern hochgeladen wird. Ist dies abgeschlossen, liegt das Risiko der weiteren Verarbeitung beim Auftraggeber. Sowohl Bieter als auch Vergabestellen sind daher bei zeitlich knapp verfristeten Angeboten gut beraten, die internen Vorgänge der Plattform mit Unterstützung der jeweiligen Betreiber genau zu prüfen.

### **Erweiterung des Kreises der Abrufberechtigten einer Rahmenvereinbarung ist Auftragserweiterung (VK Bund, Beschluss vom 12. Oktober 2021 – VK 2-85/21)**

Aus Rahmenvereinbarungen dürfen ohne Durchführung eines neuerlichen Vergabeverfahrens nur die Auftraggeber abrufen, die in der Auftragsbekanntmachung für den Rahmenvertrag genannt sind (§ 21 Abs. 2 S. 2 VgV). Die Einbeziehung eines weiteren abrufberechtigten öffentlichen Auftraggebers stellt nach Ansicht der VK Bund eine wesentliche Änderung im Sinne von § 132 Abs. 1 S. 2 GWB dar, da auch der Gesamtcharakter des Auftrags verändert wird (unabhängig von der Höhe des Bedarfs des zusätzlichen Auftraggebers). Eine interne Weiterleitung von Leistungen aus der Rahmenvereinbarung an den weiteren Auftraggeber (ggf. gegen Kostenerstattung) wäre aus Sicht der VK Bund eine Umgehung, da es nach wie vor um die Deckung des Bedarfs

eines weiteren, in der Vereinbarung nicht genannten Auftraggebers geht. Daher ist bei der Ausschreibung von Rahmenvereinbarungen stets zu beachten, dass der gesamte Kreis der abrufberechtigten Auftraggeber in der Bekanntmachung (nicht nur in den Vergabeunterlagen, etwa der Leistungsbeschreibung oder dem Vertrag) angegeben wird.

### **Rügeobliegenheiten gelten nicht für Rüge im Verfahren (VK Bund, Beschluss vom 1. Oktober 2021 – VK 2-101/21)**

Ein Auftraggeber darf jederzeit auf eine aus seiner Sicht begründete Rüge hin Vergabefehler korrigieren. Die Rügefristen des § 160 Abs. 3 GWB betreffen ausschließlich die Zulässigkeit eines etwaigen Nachprüfungsantrags, enthalten aber kein Verbot zu Lasten des öffentlichen Auftraggebers, erkannte Fehler eigeninitiativ zu korrigieren. Er ist in jeder Lage des Vergabeverfahrens gehalten, erkannte Fehler zu korrigieren und auf die Rechtmäßigkeit des Verfahrens hinzuwirken.

## **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

#### **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

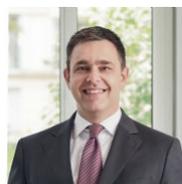
Ganghoferstraße 33 | 80339 München

Tel.: +49 89 35065-1452

### Michael Brückner

Rechtsanwalt

[E-Mail](#)



### Hans Georg Neumeier

Rechtsanwalt,  
Fachanwalt für  
Verwaltungsrecht

[E-Mail](#)



### Katrin Lüdtkke

Rechtsanwältin,  
Fachanwältin für  
Verwaltungsrecht

[E-Mail](#)



REDAKTION (verantwortlich)

Stephan Rechten | Rechtsanwalt

© Beiten Burkhardt

Rechtsanwaltsgesellschaft mbH

[Vergaberecht@advant-beiten.com](mailto:Vergaberecht@advant-beiten.com)

[www.advant-beiten.com](http://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>