



VERGABERECHT

Grenzen des Leistungsbestimmungsrechts bei Entsorgungsleistungen

Das Oberlandesgericht Frankfurt (21. Juli 2020, 11 Verg 9/19) hatte sich mit der Frage zu beschäftigen, welche konkreten Leistungsanforderungen ein öffentlicher Auftraggeber aufstellen darf, wenn er die Entsorgung von Straßenaufbruchmaterialien ausschreibt. Wie weit reicht hier das Leistungsbestimmungsrecht des Auftraggebers und wo findet es seine vergaberechtlichen Grenzen?

SACHVERHALT

Der öffentliche Auftraggeber schrieb Entsorgungsleistungen bezüglich teer- und pechhaltiger Straßenaufbruchmaterialien aus. Die Ausschreibung schrieb vor, dass von den zu entsorgenden Mengen mindestens 80 Prozent einer thermischen Verwertung zugeführt werden mussten und höchstens 20 Prozent der Verwertung zu deponiebautechnischen Zwecken zugeführt werden durften.

Einer der Bieter griff das Vergabeverfahren mit mehreren Rügen und als Antragsteller eines Vergabenachprüfungsverfahrens an. Im Vordergrund der Rügen stand die quotale Vorgabe der Entsorgungswege. Der Bieter machte geltend, der Auftraggeber überschreite mit dieser Vorgabe sein vergaberechtliches Leistungsbestimmungsrecht, denn die quotale Vorgabe der Entsorgungswege verstoße gegen §§ 6, 8 des Kreislaufwirtschaftsgesetzes (KrWG). Der Auftraggeber habe sein Wahlrecht nach § 8 KrWG fehlerhaft ausgeübt, weil er nicht berücksichtigt habe, dass die thermische Verwertung, jedenfalls in dem hier in Streit stehenden Fall, nicht den besten Schutz für Mensch und Umwelt gegenüber anderen Verwertungsoptionen biete. Hoher Energieaufwand und weite Transportwege in die Niederlande (wo allein eine thermische Verwertung stattfinden könne) führten im Gegenteil zu einer besonders schlechten Ökoeffizienz der thermischen Verwertung. Dagegen habe die Verwertung im Deponiebau den Vorteil, dass weite Transportwege nicht erforderlich würden.

Außerdem sei die quotale Vorgabe einer zu 80 Prozent thermischen Verwertung unverhältnismäßig, denn sie berücksichtige nicht das zentrale Ziel eines wirtschaftlichen Einkaufs und räume rechtswidrig ökologischen Beschaffungszielen, nämlich der Zerstörung der Schadstoffe, den Vorrang ein. Darüber hinaus bestehe ein Versorgungsengpass bei der thermischen Verwertung, sodass sich eine Menge von 80 Prozent des ausgeschriebenen Volumens nicht thermisch verwerten lasse. Die Ausschreibung sei daher auf eine objektiv unmögliche Leistung gerichtet. Schließlich verstoße die quotale Vorgabe gegen das Gebot der Produktneutralität (§ 31 Abs. 6 VgV), weil sie zwei Unternehmen begünstige. Auf diese Unternehmen sei die Ausschreibung zugeschnitten.

ENTSCHEIDUNG

Der Angriff hat auch in der Beschwerdeinstanz keinen Erfolg.

Das Gericht verweist zunächst auf die Beschaffungsautonomie des Auftraggebers. Er (allein) entscheidet, ob und was er beschafft. Nach gefestigter Rechtsprechung muss die Bestimmung des Auftragsgegenstands allerdings durch nachvollziehbare, objektive und auftragsbezogene Gründe gerechtfertigt sein. Dazu muss der Auftraggeber den Sachverhalt, der seinen Beschaffungsbedarf bestimmt, zutreffend und vollständig ermitteln und frei von sachwidrigen Erwägungen bewerten.

Das Gericht geht weiter davon aus, dass dieser Beurteilungsspielraum des Auftraggebers dort seine Grenze findet, wo das KrWG zwingende Vorgaben enthält. Wenn entsorgungsrechtliche Vorschriften nicht hinreichend berücksichtigt worden sind, überschreitet der Auftraggeber die vergaberechtlichen Grenzen seiner Bestimmungsfreiheit. Insoweit sind die Vorschriften der §§ 6 ff. KrWG im Vergabeverfahren zu berücksichtigen (das ist keine Selbstverständlichkeit, denn nicht jede außervergaberechtliche Vorschrift ist automatisch im Vergabeverfahren zu berücksichtigen). Als maßgeblich sieht das Gericht daher insbesondere die Abfallhierarchie in § 6 Abs. 1 KrWG an, wonach die Verwertungsarten einen unterschiedlichen Rang genießen, und zwar (absteigend): Vermeidung, Vorbereitung zur Wiederverwendung, Recycling, sonstige Verwertung (insbesondere energetische Verwertung und Verfüllung) und Beseitigung. Vorrang hat nach § 6 Abs. 2 KrWG diejenige Maßnahme, die den Schutz von Menschen und Umwelt am besten gewährleistet.

Gemessen an diesem Maßstab war die Entscheidung des Auftraggebers, für mindestens 80 Prozent der ausgeschriebenen Mengen die thermische Verwertung vorzuschreiben, aus Sicht des Gerichts nicht zu beanstanden. Der Auftraggeber hatte die zur Verfügung stehenden Entsorgungsverfahren ermittelt und deren jeweilige Besonderheiten festgestellt. Zur Verfügung standen grundsätzlich drei Formen der „sonstigen Verwertung“ (Verwertung im Deponiebau, thermische Behandlung mit energetischer Verwertung und Wiedereinbau des Straßenaufbruchs in einer Baumaßnahme) und eine Form der Beseitigung (Beseitigung auf einer Deponie). Den Wiedereinbau des Straßenaufbruchs in einer Baumaßnahme lehnte der Auftraggeber im Hinblick auf die mit den

im teerhaltigen Straßenaufbruch enthaltenen (krebserregenden) polyzyklischen aromatischen Kohlenwasserstoffen verbundenen besonderen Risiken ab. Die Beseitigung auf einer Deponie lehnte der Auftraggeber ab, weil sie (da auf der letzten Stufe der Abfallhierarchie stehend) nachrangig ist.

Die quotale Verteilung der beiden verbleibenden Formen der „sonstigen Verwertung“ (Verwertung im Deponiebau, thermische Behandlung mit energetischer Verwertung) hält sich im Rahmen des nach § 8 KrWG Zulässigen. Der Auftraggeber hat die erforderliche Abwägung, welche Verwertungsart den Schutz von Menschen und Umwelt nach Art und Beschaffenheit des Abfalls am besten gewährleistet, fehlerfrei vorgenommen. Eine umfassende Ökobilanz im Sinne der DIN EN ISO 14044 verlangt das Gericht dafür nicht (und schließt sich insoweit der vorausgegangenen Entscheidung des OLG München, 9. März 2018, Verg 10/18, an). Auch ohne eine solche Ökobilanz konnte der Auftraggeber die zentralen Aspekte, die für und gegen die jeweiligen Verwertungsarten sprechen, gegenüberstellen und bewerten. Insbesondere hatte der Auftraggeber die jeweils zurückzulegenden Transportstrecken, die für die thermische Verwertung etwas länger waren als für den Deponiebau, ausreichend berücksichtigt und in seiner Abwägung einbezogen.

Das Gericht hält die quotale Verteilung auch nicht für unverhältnismäßig. Es betont, dass nach § 97 Abs. 3 GWB strategische Ziele, wozu auch ökologische Ziele wie die Zerstörung der Schadstoffe zählen, in jeder Phase des Vergabeverfahrens und damit auch bei der Leistungsbestimmung im Vorfeld der Vergabe berücksichtigt werden dürfen. Dies gilt hier erst recht, weil das Kreislaufwirtschaftsrecht ökologische Zielsetzungen in das Vergabeverfahren hineinbringt.

Auch die Rüge, wonach die quotale Vorgabe von 80 Prozent thermischer Verwertung auf eine unmögliche Leistung gerichtet sei, verfährt nach Ansicht des Gerichts nicht: Zwar bestanden Anhaltspunkte für einen Engpass im Bereich der thermischen Verwertung, diese waren aber zu schwach, um zu belegen, dass sie den Bieter an der Angebotsabgabe hinderten, etwa weil der Bieter keine Abfälle zur thermischen Verwertung in die Niederlande hätte verbringen können. Außerdem zeigte sich, dass die Menge an Entsorgungsmaterial zur thermischen Verwertung in den letzten beiden Jahren gleich geblieben war.

Schließlich erkennt das Gericht auch keinen Verstoß gegen das Gebot zur produktneutralen Ausschreibung. Die behauptete Bevorzugung von zwei Wettbewerbern durch einen Zuschnitt der Ausschreibung auf diese Unternehmen ließ sich im Verfahren nicht feststellen. Der Antragsteller hatte selbst Anhaltspunkte dafür vorgetragen, dass noch drei weitere Unternehmen in den Niederlanden thermische Verwertungsmöglichkeiten anboten, sodass es auf die (vermeintlich) nur bei einem Wettbewerber vorhandenen Kapazitäten zur thermischen Verwertung in den Niederlanden nicht ankam. Das Gericht erinnert insoweit daran, dass eine Leistungsbeschreibung zwar grundsätzlich weder offen noch verdeckt auf ein bestimmtes Produkt oder Verfahren verweisen darf und dass ein derartiger Verstoß auch dann vorliegt, wenn die Leistungsbeschreibung Merkmale vorgibt, die nur von wenigen oder einem Bieter erfüllt werden können, ohne dass sich

hierfür eine Rechtfertigung aus dem Auftragsgegenstand ergibt. Im entschiedenen Fall lag aber eine solche Verengung der Leistungsbeschreibung nicht vor: Die Leistungsbeschreibung konnte nicht nur von einem Unternehmen erfüllt werden.

BEWERTUNG UND PRAXISTIPP

Die Entscheidung geht vom rechtlich zutreffenden Maßstab aus, wonach die zwingenden Vorgaben des Kreislaufwirtschaftsrechts die Grenze des Leistungsbestimmungsrechts des Auftraggebers bilden. Für die nach § 8 KrWG zutreffende Abwägung von unterschiedlichen Gesichtspunkten verschiedener Verwertungsarten enthält die Entscheidung wertvolle Hinweise, wie öffentliche Auftraggeber eine rechtssichere Abwägung zwischen verschiedenen Verwertungsarten vornehmen können. Der Antragsteller hatte vorgetragen, rechtlich geboten sei eine Verwertung zu je 50 Prozent in thermischer Verwertung und im Deponiebau. Unabhängig davon, dass für eine solche 50-50-Verteilung keine rechtlichen Gesichtspunkte vorgebracht waren, ist das Gericht dem Versuch des Antragstellers, eine quotale Vorgabe bestimmter Entsorgungsverfahren nach seinen eigenen Vorstellungen durchzusetzen, mit zutreffenden Erwägungen entgegengetreten. Die Frage, wo bei der Ausschreibung von Entsorgungsleistungen die Grenze des Leistungsbestimmungsrechts verläuft, hat in der Vergangenheit immer wieder zu vergaberechtlichen Streitigkeiten geführt. Die Entscheidung des OLG Frankfurt trägt zu einem weiteren Baustein zur Schaffung von Rechtsklarheit bei.



Jan Christian Eggers

Rechtsanwalt | LL.M.
BEITEN BURKHARDT
Rechtsanwaltsgesellschaft mbH
E-Mail: Jan.Eggers@bblaw.com

Auftraggeber müssen Transparenz und Gleichbehandlung ernst nehmen

Die Vergabekammer Lüneburg (14. Juli 2020, VgK-13/20) hatte sich im Zusammenhang mit der Ausschreibung von Labor-Managementleistungen durch ein Krankenhaus mit der Reichweite der vergaberechtlichen Grundsätze von Transparenz und Gleichbehandlung zu beschäftigen. Die Entscheidung wirft ein instruktives Licht auf die Folgen, die einem öffentlichen Auftraggeber drohen können, wenn er sein Vergabeverfahren nicht mit der gebotenen vergaberechtlichen Vorsicht durchführt.

SACHVERHALT

Der Auftraggeber rief durch Veröffentlichung einer Vorinformation zum Wettbewerb auf. Auf eine Auftragsbekanntmachung verzichtet er. Die Vorinformation gab eine Anschrift für die Abgabe von Angeboten und Teilnahmeanträgen an. Mehrere Bewerber gaben Interessenbekundungen ab und erhielten vom Auftraggeber eine Aufforderung zur Abgabe einer Interessensbestätigung. Diese Aufforderung enthielt einen Hinweis auf einen Leitfaden für das weitere Verfahren, der zu einem Vergabeportal führte, wo weitere Vergabeunterlagen erhältlich waren. Einen Vertragsentwurf gab es aber zunächst nicht. Nach Eingang indikativer Angebote führte der Auftraggeber Verhandlungsgespräche. Auch mit der zweiten Aufforderung zur Angebotsabgabe gab es keinen Vertragsentwurf. Erst mit Aufforderung zur finalen Angebotsabgabe übermittelte der Auftraggeber den Bieter einen Vertrag. Eine eindeutige Regelung hinsichtlich der Frage, ob der erfolgreiche Bieter oder der Auftraggeber selbst gegenüber Wahlleistungspatienten Leistungen nach Ziffer 437 der Gebührenordnung für Ärzte (GOÄ) abrechnen könne, enthielt der Vertrag nicht.

Bieter A stellte dazu mehrere Bieterfragen, die der Auftraggeber lediglich gegenüber Bieter A beantwortete. Bieter A machte im Begleitschreiben zum Angebot ergänzende Angaben hinsichtlich des von ihm angebotenen Vertragsumfangs. Bieter B reichte mit seinem finalen Angebot den Vertragsentwurf mit Kommentaren ein. Der Auftraggeber wertete die finalen Angebote und entschied sich, Bieter B den Zuschlag zu erteilen. Das rügte Bieter A, woraufhin der Auftraggeber seine Wertung wiederholte, das Angebot von Bieter A in der Wertung beließ (zuvor hatte er es wegen der Abweichungen des Begleitschreibens von den Vergabeunterlagen ausgeschlossen) und in der Wirtschaftlichkeitswertung am besten bewertete. Hiergegen ging nun Bieter B mit Rüge und Nachprüfungsantrag vor.

ENTSCHEIDUNG

Der Nachprüfungsantrag hat Erfolg.

Das Vergabeverfahren ist auf den Stand vor der Aufforderung zur finalen Angebotsabgabe zurückzusetzen und von dort zu wiederholen. Der Auftraggeber hat gleich in mehrfacher Hinsicht die vergaberechtlichen Grundsätze von Transparenz und Gleichbehandlung verletzt.

Zunächst hat der Auftraggeber nach Ansicht der Vergabekammer die finale Leistungsbeschreibung nicht eindeutig und erschöpfend abgefasst und damit gegen das Transparenzgebot (konkretisiert in § 121 Abs. 1 GWB und § 31 Abs. 2 Nr. 1 VgV) verstoßen. Die Bieter konnten die hinsichtlich der Wahlleistungspatienten bestehenden Abrechnungsmöglichkeiten nicht einheitlich verstehen, weil die Leistungsbeschreibung insoweit unklar war. Der für die finalen Angebote ausgereichte Vertrag enthielt keine eindeutige Regelung zu der Frage, wer bei Wahlleistungspatienten Leistungen nach der Ziffer 437 GOÄ abrechnen durfte. Im Nachprüfungsverfahren teilte der Auftraggeber hierfür zwar eine plausible Regelung mit, wonach er selbst abrechnungsberechtigt sei, wenn es sich bei der Leistung nach Ziffer 437 GOÄ allein um eine vom Personal des Auftraggebers durchgeführte Blutgasanalyse handele, und wonach der Auftragnehmer abrechnen dürfe, wenn nur er Leistungen erbringe; für den Fall, dass sowohl Leistungen

des Krankenhauses zur Blutgasanalyse und auch Leistungen des Auftragnehmers erbracht werden, blieb es jedoch bei der bestehenden Unklarheit. Die Vergabekammer beschäftigt sich hier nicht im Einzelnen mit dem nach dem Krankenhausvergütungsrecht und sonstigem Medizinrecht zulässigen Abrechnungsumfang. Sie beschränkt sich auf die Feststellung, dass die Bieter die Vergabeunterlagen grundlegend unterschiedlich interpretierten und der ausgeschriebene Vertrag diese verschiedenen Interpretationen auch tatsächlich zuließ. Diese Unklarheit hat der Auftraggeber bestehen lassen, obwohl er aufgrund der Rückfragen von Bieter A wusste, dass seine Unterlagen unklar waren. Seine eigene, im Laufe des Verfahrens mehrfach geänderte Auffassung zum Verständnis der Vertragsregeln, hat er den Bietern nicht mitgeteilt. Es wäre jedoch seine Aufgabe als Auftraggeber gewesen, vor der Aufforderung zur finalen Angebotsabgabe den Leistungsumfang eindeutig und einheitlich festzulegen.

Darüber hinaus hat der Auftraggeber mit der Aufforderung zur Interessensbestätigung keine zu dem von ihm gewählten Verfahren passende Anleitung versendet. In den auf dem Vergabeportal hinterlegten Unterlagen, auf die die Aufforderung zur Interessensbestätigung verwies, war ein Leitfaden zum Hochladen von Teilnahmeanträgen hinterlegt. In einem Verfahren, in dem die Bewerber auf eine Vorinformation des Auftraggebers hin Interessensbestätigungen abzugeben haben, kommt eine von den Bietern abzugebende Unterlage mit der Bezeichnung „Teilnahmeantrag“ jedoch nicht vor. Nach Auffassung der Vergabekammer hat der Auftraggeber die Bieter hier daher durch falsche Begriffe verwirrt und damit eine überflüssige Erschwernis erzeugt. Die Vergabekammer lässt erkennen, dass sie den „ungewöhnlich zeremoniellen“ Ablauf bei einem Verfahren mit Vorinformationen und Interessensbestätigungen unnötig kompliziert findet, stellt aber klar, dass die Wahl dieses Vorgehens grundsätzlich zulässig ist. Gerade bei einem komplizierten Verfahren muss aber für die Bieter klar erkennbar sein, wie das Verfahren abläuft, und deshalb müssen auch die verwendeten Begriffe auf die Verfahrensart passen.

Schließlich hat der Auftraggeber den Transparenzgrundsatz (§ 97 Abs. 1 GWB) und auch den Gleichbehandlungsgrundsatz (§ 97 Abs. 2 GWB) verletzt, weil er in der finalen Angebotsphase eine wichtige Bieterfrage nur dem Fragesteller gegenüber beantwortet hat, ohne die anderen Bieter zu informieren. Auch wenn die in der Beantwortung enthaltene Aussage, wonach der finale Vertragstext nicht mehr kommentiert werden dürfe, „vergaberechtliches Basiswissen“ sei, gebiete es der Transparenzgrundsatz, alle Bieter gleichermaßen zu informieren.

Aus diesen Verstößen gegen vergaberechtliche Grundsätze ergibt sich zugleich, dass die Angebotswertung ungleich abgelaufen ist und damit ein Verstoß gegen §§ 121 Abs. 1 GWB, 58 Abs. 2 VgV vorliegt. Die Angebote der Bieter waren auf ganz unterschiedlicher Grundlage zustande gekommen, weil jeder Bieter ein anderes Verständnis der ausgeschriebenen Leistungen und der Abrechnungsmodalitäten hatte. Eine vergleichende Angebotswertung war auf dieser Grundlage nicht möglich. Die Angebote von Bieter A und B waren gleichermaßen vom Verfahren auszuschließen, weil jeder der beiden Bieter von den Vergabeunterlagen abweichende Vertragsbedingungen angeboten hat: Bieter A, weil er einen abweichenden Inhalt des Vertrages im Begleit-

schreiben angeboten hat, und Bieter B, weil er den Vertrag selbst geändert hat. Auch wenn das Angebot von Bieter B auszuschließen war und sein Nachprüfungsantrag deshalb eigentlich keinen Erfolg hätte haben können, ist das in diesem Fall anders: Der Nachprüfungsantrag ist nicht zurückzuweisen, wenn das eingeleitete Vergabeverfahren nicht durch Zuschlag beendet werden darf. Da der Auftraggeber den Zuschlag auch nicht auf das Angebot von Bieter A erteilen durfte, ordnete die Vergabekammer daher die Rückversetzung des Verfahrens auf den Zeitpunkt vor der Aufforderung zur Abgabe finaler Angebote an.

BEWERTUNG UND PRAXISTIPP

Die Entscheidung mahnt alle öffentlichen Auftraggeber zur Vorsicht und zu besonderer Sorgfalt bei der Abfassung der Vergabeunterlagen, insbesondere hinsichtlich der Leistungsbeschreibung und der Vertragsunterlagen. Die Kontrollüberlegung, ob dem Auftraggeber selbst in jeder Hinsicht klar ist, was er beschafft, ob dies in den Vergabeunterlagen hinreichend klar zum Ausdruck kommt und ob die hierauf bezogenen Vertragsunterlagen in jeder Hinsicht eindeutig sind, ist keine überflüssige Förmlichkeit. Enthalten die Vergabeunterlagen nämlich erhebliche Lücken, die dazu führen, dass die Bieter sie nicht einheitlich verstehen können, sind die Angebote nicht vergleichbar und können nicht vergaberechtskonform gewertet werden. Es reicht nicht aus, wenn der öffentliche Auftraggeber erstmals im streitigen Verfahren vor der Vergabekammer eine plausible Erläuterung seiner Vertragsunterlagen präsentiert. Bieterfragen, die auf eine lückenhafte Verständlichkeit der Vergabeunterlagen hindeuten und insbesondere Bieterfragen verschiedener Bieter, die ein unterschiedliches Verständnis der Vergabeunterlagen zugrunde legen, muss der öffentliche Auftraggeber unbedingt ernst nehmen und mit der gebotenen Sorgfalt beantworten. Notfalls muss er die Vergabeunterlagen korrigieren und unter neuer Fristsetzung zur Angebotsabgabe verteilen.

Hier hatte der Auftraggeber weitere Transparenzverstöße begangen: Zum einen hatte er das Verfahren unklar geregelt, weil der Verfahrenleitfaden nicht zu der vom Auftraggeber gewählten (komplizierteren) Vorgehensweise passte, die statt einer Auftragsbekanntmachung eine Vorinformation mit Interessensbestätigungen vorsah. Zum anderen hatte der Auftraggeber eine Frage nur gegenüber dem Fragesteller beantwortet. Die Entscheidung wirft ein Schlaglicht darauf, dass eine qualitative Vorsortierung von Bieterfragen bei der Beantwortung und die Beantwortung bestimmter Fragen nur gegenüber dem jeweiligen Fragesteller mit ganz erheblichen Risiken behaftet und in der Regel nicht empfehlenswert sind.

Auch für die Bieter enthält die Entscheidung einen Warnhinweis: Die Abweichung von Vertragsunterlagen, die der öffentliche Auftraggeber für die Abgabe finaler Angebote zur Verfügung stellt, ist unzulässig. Daran ändern auch die im Verfahren vorausgegangen Unklarheiten nichts.



Jan Christian Eggers

Rechtsanwalt | LL.M.

BEITEN BURKHARDT

Rechtsanwaltsgesellschaft mbH

E-Mail: Jan.Eggers@bblaw.com

NEWSTICKER

+++ Update: Entgeltcharakter von Null-Euro-Angeboten +++

Im [Newsletter Juli 2020](#) wurde über die Schlussanträge des Generalanwalts beim Europäischen Gerichtshof in der Sache C-367/19 berichtet. In diesem Verfahren ging es um die Frage, ob ein Bieter, der zum Nominalpreis von null Euro anbietet, zwingend vom Vergabeverfahren auszuschließen ist.

Der Auftraggeber, ein slowenisches Ministerium, schloss das Null-Euro-Angebot mit der Erwägung aus, dass ein solches Angebot dem slowenischen Vergaberecht widerspreche, das einen entgeltlichen Charakter eines Auftrages und damit eine Gegenleistung des öffentlichen Auftraggebers vorschreibe. Der günstige Bieter ging gegen den Angebotsausschluss vor. Das slowenische Gericht, das die Sache entscheiden musste, legte dem Europäischen Gerichtshof unter anderem die Frage vor, ob sich aus dem Begriff des öffentlichen Auftrags im europäischen Vergaberecht eine Rechtsgrundlage dafür ergibt, ein Angebot auszuschließen, dessen Preis null Euro beträgt.

Wie berichtet, sprach sich der Generalanwalt in seinen Schlussanträgen vom 28. Mai 2020 gegen einen automatischen Ausschluss von Null-Euro-Angeboten aus. In seiner Entscheidung vom 10. September 2020 schließt der EuGH sich dieser Rechtsauffassung nun an. Ein automatischer Ausschluss von Null-Euro-Angeboten ist danach nicht zulässig.

Der EuGH stellt zunächst fest, dass das Angebot eines Bieters mit einem Preis von null Euro tatsächlich nicht auf den Abschluss eines entgeltlichen Vertrags im Sinne des Vergaberechts gerichtet ist, denn ein solches Angebot sieht keine rechtliche Verpflichtung des öffentlichen Auftraggebers vor, eine Gegenleistung für die angebotene Leistung zu erbringen. Der Umstand allein, dass der Bieter den auf diese Weise erlangten unentgeltlichen Vertrag wirtschaftlich nutzen kann, um Zugang zu einem neuen Markt

zu bekommen oder um den Auftrag als Referenz zu verwenden, reicht für die Annahme eines entgeltlichen Vertrags nicht, weil die Nutzbarkeit des Vertrags zu diesen Zwecken zufallsabhängig ist.

Der Umstand allein, dass es sich nicht um einen entgeltlichen Vertrag handelt, reicht aber nicht als Rechtfertigung für einen Ausschluss des Angebots aus. Stattdessen muss der öffentliche Auftraggeber den Bieter zu Erläuterungen zur Höhe des Angebots auffordern und das hierfür vorgesehene Verfahren einhalten. Dieses Verfahren ist im deutschen Vergaberecht in § 60 VgV geregelt. Ziel dieser Aufklärungsmaßnahme ist es, ein ungewöhnlich niedrig erscheinendes Angebot auf seine Verlässlichkeit hin zu untersuchen, damit der Auftraggeber feststellen kann, ob das Angebot trotz seines geringen Preises oder Null-Euro-Preises eine ordnungsgemäße Auftragsausführung erwarten lässt. Erst wenn der Auftraggeber feststellt, dass die Erläuterung das niedrige angebotene Preisniveau nicht zufriedenstellend erklären kann, kommt ein Angebotsausschluss in Betracht. Bei seiner Bewertung der Erläuterung muss der Auftraggeber die Grundsätze der Gleichbehandlung und der Nichtdiskriminierung sowie der Transparenz und der Verhältnismäßigkeit beachten.

Mit seiner Entscheidung folgt der EuGH zu Recht der Rechtsauffassung des Generalanwalts. Mit Blick auf das deutsche Vergaberecht entsprach es schon bisher herrschender Auffassung, dass ein Null-Euro-Preis nicht als solcher unzulässig ist, sondern Anlass zur Angebotsaufklärung gibt. Hieran erinnert die EuGH-Entscheidung die deutschen öffentlichen Auftraggeber. Je nachdem, wie die Aufklärung des ungewöhnlich niedrigen Angebotspreises ausgeht, behalten die deutschen öffentlichen Auftraggeber daher die Möglichkeit, im Einzelfall von der aggressiven Wettbewerbsstrategie eines Bieters zu profitieren und so zu einer besonders günstigen Leistung zu kommen.

+++ Baden-Württemberg: Wertgrenzen im Unterschwellenbereich +++

Das Land Baden-Württemberg hat bis Ende 2021 gültige Wertgrenzen für die Wahl der Verfahrensarten im Unterschwellenbereich festgelegt, um investive Maßnahmen der öffentlichen Hand zu erleichtern und das Vergabeverfahren möglichst zu vereinfachen. Bauleistungen können bis zu einem Auftragswert von EUR 100.000 freihändig und bis zu einem Auftragswert von EUR 1 Mio. in beschränkter Ausschreibung vergeben werden. Liefer- und Dienstleistungen können bis zu einem Auftragswert von EUR 100.000 durch Verhandlungsvergabe und bis zu einem Auftragswert von EUR 214.000 (dem Schwellenwert, bei dem derzeit der Oberschwellenbereich beginnt) in beschränkter Ausschreibung vergeben werden. Außerdem sind Direktkäufe für Bauleistungen bis EUR 5.000 und für Liefer- und Dienstleistungen bis EUR 10.000 zulässig.

+++ Kritik an „Corona-Lockerungen“ im Vergaberecht +++

Der Präsident des Bundesrechnungshofes hat Lockerungen des Vergaberechts im Zusammenhang mit der Corona-Krise kritisiert. Die erleichterte Anwendbarkeit „lockererer“ oder „unbürokratischerer“ Verfahrensarten durch die Anhebung von Wertgrenzen dürfe nicht zu Lasten von Wettbewerb und Transparenz gehen. Der Präsident des Bundesrechnungshofs wies darauf hin, dass die Erleichterungen, die nach der Finanzkrise im Jahre 2009 im Rahmen des Konjunkturpaktes II eingeführt worden seien, aus seiner Sicht nicht zielführend gewesen seien. Unmittelbare rechtliche Folgen hat diese Äußerung zwar nicht, der Präsident des Bundesrechnungshofs setzt hiermit allerdings einen kritischen Ton im ansonsten „lockerungsfreundlichen“ Krisenumfeld.

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 2020.

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) oder sonst
gegenüber BEITEN BURKHARDT widersprechen.

IHRE ANSPRECHPARTNER

BERLIN

Lützowplatz 10 | 10785 Berlin
Tel.: +49 30 26471-219
Frank Obermann | Frank.Obermann@bblaw.com
Stephan Rechten | Stephan.Rechten@bblaw.com

DÜSSELDORF

Cecilienallee 7 | 40474 Düsseldorf
Tel.: +49 211 518989-0
Dr. Lars Hettich | Lars.Hettich@bblaw.com
Sascha Opheys | 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
Christopher Theis | Christopher.Theis@bblaw.com

HAMBURG

Neuer Wall 72 | 20354 Hamburg
Tel.: +49 40 688745-145
Jan Christian Eggers | Jan.Eggers@bblaw.com

MÜNCHEN

Ganghoferstraße 33 | 80339 München
Tel.: +49 89 35065-1452
Michael Brückner | Michael.Brueckner@bblaw.com
Hans Georg Neumeier | HansGeorg.Neumeier@bblaw.com