



Sehr geehrte Damen und Herren,

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

Wir wünschen eine angenehme Lektüre!

Mit freundlichen Grüßen

Stephan Rechten

Rechtsanwalt

Stephan.Rechten@bblaw.com



Angebotsausschluss muss verhältnismäßig sein

Newsticker

Rundschreiben des BMWi zur vergaberechtlichen Behandlung der Maßnahmen zur
Hilfe nach der Flutkatastrophe

Einmal geeignet, immer geeignet

Keine Fristverlängerung beim Vorabinformationsschreiben

Angebotsausschluss muss verhältnismäßig sein

DER SACHVERHALT

Die Auftraggeberin, ein Klinikum, hatte in einem EU-weiten offenen Verfahren einen Bauauftrag über die De- und Neumontage von Leitungen für medizinische Gase einschließlich Entnahmestellen und Ventilkästen ausgeschrieben. Alleiniges Zuschlagskriterium war der Preis.

Gemäß den Vergabeunterlagen sollten Gegenstand des Angebots sowohl die Erstellung der Anlage als auch deren Inspektion und Wartung sein. Sei der Angebotsteil Instandhaltung nicht wertbar, werde das Angebot insgesamt (und damit auch der Angebotsteil Erstellung der Anlage) ausgeschlossen; Positionen, die nur auf besondere Aufforderung durch den Auftraggeber zur Ausführung kommen, sollten nicht gewertet werden. Das vom Bieter auszufüllende Vertragsformular enthielt in Ziffer 5.2. folgende Vorgaben:

„Leistungen nach Nr. 2.4 werden wie folgt vergütet (netto)

Stundenverrechnungssatz:

Obermonteur Euro

Monteur Euro

Helfer Euro

[...]

Fahrtkosten (An- und Abfahrt): Euro/Auftrag

[...]

km-Pauschale pro Fahrkilometer Euro/km

Für die Fahrtzeit werden keine Arbeitsstunden vergütet.“

Es diene somit auch als Preisblatt. Neben der späteren Antragstellerin reichte auch ein anderes Unternehmen, das im späteren Nachprüfungsverfahren beigelegt wurde, ein Angebot ein, wobei das Angebot der späteren Antragstellerin das günstigere Angebot war.

Nach einer versuchten Aufklärung technischer Einzelheiten des Angebots der späteren Antragstellerin schloss die Auftraggeberin das günstigere Angebot von der Wertung aus, da die geforderte technische Klärung nicht vollständig erbracht worden sei. In ihrer Begründung stellte sie darauf ab, dass die Antragstellerin kein Brandschutzgutachten mit Brandschutzzertifikat vorgelegt habe, sondern lediglich eine „brandschutztechnische Stellungnahme“, die keine abschließende Aussage über den Brandschutz treffe.

Die Antragstellerin rügte den Ausschluss ihres Angebots. Die vorgelegte brandschutztechnische Stellungnahme stelle das geforderte Brandschutzgutachten mit Brandschutzzertifikat dar, da es bei vernünftiger Lesart bestätige, dass keine Bedenken aus brandschutztechnischer Sicht bestünden. Die Forderung der Auftraggeberin nach einem Beflammungstest sei vergaberechtswidrig, da „technisch sinnlos“ und ihr daher nicht zumutbar.

Auch das Angebot der späteren Beigeladenen wies mehrere Auffälligkeiten aus: Das dem Angebot der späteren Beigeladenen beigefügte, von ihr ausgefüllte Formular des Wartungsvertrags enthielt in Ziffer 5.2 folgende Änderungen: Das Wort „Obermonteur“ war durchgestrichen und durch das Wort „Servicetechniker“ ersetzt worden. Ein Stundenverrechnungssatz für Monteur und Helfer war nicht angegeben. Bei den Fahrtkosten war ein Eurobetrag pro Stunde angegeben und die vorgegebene Bezugsgröße „Euro/Auftrag“ durchgestrichen worden. Bei der Kilometerpauschale war ebenfalls ein Eurobetrag pro Stunde angegeben und die vorgegebene Bezugsgröße „Euro/km“ durchgestrichen worden.

Nachdem einer Rüge der späteren Antragstellerin nicht abgeholfen wurde, wandte sich das betroffene Unternehmen mit einem Nachprüfungsantrag an die Vergabekammer (VK) Südbayern. Nachdem die Vergabekammer die Angebote **beider** Bieter für nicht zuschlagsfähig erklärt hatte, wandten sich sowohl die Antragsgegnerin als auch die Beigeladene mit der sofortigen Beschwerde an das Bayerische Oberste Landesgericht (BayObLG).

DIE ENTSCHEIDUNGEN

Die VK Südbayern

Die VK Südbayern (Beschluss vom 27. April 2021 - 3194.Z3-3_01-20-49) befasste sich nicht nur mit dem Vortrag der Antragstellerin, sondern griff im Rahmen der Amtsermittlung gemäß §163 Abs. 1 S. 1 GWB auch die o. g. Auffälligkeiten im Angebot der Beigeladenen auf. Sie kam zunächst zu dem Schluss, dass jedenfalls das Angebot der Beigeladenen gemäß § 16 EU Nr. 2, § 13 EU Abs. 1 Nr. 5 S. 2 VOB/A auszuschließen sei, da es Abweichungen von den Vergabeunterlagen enthalte. Das dem Angebot der Beigeladenen beigefügte, von ihr ausgefüllte Formular des Wartungsvertrags habe in Ziffer 5.2 die o. g. Änderungen enthalten.

Während die von der Beigeladenen vorgenommenen Änderungen in Bezug auf die geforderten Stundenverrechnungssätze bei einer Auslegung am objektiven Empfängerhorizont gemäß §§ 133, 157 BGB möglicherweise noch dahingehend vorgabenkonform interpretiert werden könnten, dass hiermit zum Ausdruck gebracht werden sollte, dass ein **einheitlicher** Stundenverrechnungssatz angeboten werde, unabhängig davon, welche Qualifikation der den Wartungs- bzw. Inspektionsservice durchführende Techniker aufweise, sei dies bei den vorgenommenen Änderungen in Bezug auf die geforderten Fahrtkosten- und Kilometerpauschalen anders. Diesbezüglich sei dem Vertragsformular bei objektiver Betrachtung eindeutig der Erklärungsgehalt zu entnehmen, dass die Beigeladene die Fahrtkosten **stundenweise** abrechnen werde und damit von der vom Auftraggeber formulierten Vorgabe abweiche, eine Fahrtkosten- und Kilometerpauschale anzubieten.

Gemäß § 16 EU Nr. 2, § 13 EU Abs. 1 Nr. 5 Satz 2 VOB/A seien Angebote auszuschließen, die Änderungen an den Vergabeunterlagen enthielten. Dem Regelungszweck der Vorschrift entsprechend, die Transparenz des Vergabeverfahrens und die Gleichbehandlung der Bieter sicherzustellen, sei der Begriff der Änderung weit zu verstehen. Umfasst sei jede Abweichung von den Vergabeunterlagen, die dazu führe, dass der Angebotsinhalt nicht mehr dem entspreche, was der öffentliche Auftraggeber nachgefragt habe. Erfasst seien ferner Abweichungen von zwingend zu beachtenden Kalkulationsvorgaben.

Die Änderung der Beigeladenen am Vertragsformular könne auch nicht vor dem Hintergrund der jüngeren **Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (BGH) zu unschädlichen Änderungen an den Vergabeunterlagen** (BGH, Urteil vom 18. Juni 2019, X ZR 86/17 - Straßenbauarbeiten, NZBau 2019, 661) als unbeachtlich angesehen werden. In dem vom BGH entschiedenen Fall hatte der Bieter seinem Angebot eigene Vertragsbedingungen beigefügt. Vor diesem Hintergrund hatte der BGH betont, dass solche Fallgestaltungen anders zu betrachten seien als manipulative Eingriffe in die Vergabeunterlagen im eigentlichen Sinne, die dadurch gekennzeichnet seien, dass ein von den Vorgaben der Vergabeunterlagen inhaltlich abweichendes Angebot abgegeben werde und bei Hinwegdenken solcher Abweichungen gerade kein vollständiges, sondern ein lückenhaftes Angebot vorläge.

So aber liege der Fall hier, entschied die VK Südbayern, da das Angebot der Beigeladenen bei Hinwegdenken der vorgenommenen Änderungen im Hinblick auf die anzubietende Fahrtkosten- und Kilometerpauschale unvollständig bleibe. Da nur zwei Angebote vorlagen und beide Angebote nicht zuschlagsfähig seien, komme eine Zuschlagserteilung nicht in Betracht.

Nunmehr wandte die Beigeladene hiergegen ein, die betroffene Preisangabe sei zum einen nicht wertungsrelevant, da sie sich nicht auf die regelmäßige Wartung bezogen habe, sondern nur auf optionale Leistungen (Störungsbeseitigung nach gesonderter

Aufforderung), die aber nicht in die Wertung eingingen. Zudem bezog auch sie sich ausdrücklich auf die geänderte Rechtsprechung des BGH zum **Vorrang der Angebotsaufklärung vor dem Angebotsausschluss und zur Verhältnismäßigkeit von Ausschlüssen**. Richtig sei zwar, dass durch die Abstandnahme von den Angaben zu den Fahrtkosten und zur Kilometerpauschale unter Ziffer 5.2 des Wartungsvertrags zunächst eine Lücke in Form einer fehlenden Preisangabe entstanden sei. Allerdings sei die Antragsgegnerin berechtigt und verpflichtet, eine solche Lücke durch **Nachforderung** der fehlenden Preisangabe zu schließen (§ 16a EU Abs. 2 Satz 3 VOB/A). Einer solchen Nachforderung kam die Beigeladene noch im Nachprüfungsverfahren zuvor, indem sie die entsprechenden Preisangaben schriftsätzlich ergänzte.

Dieser Auffassung folgte die VK Südbayern nicht. Sie untersagte der Auftraggeberin, den Zuschlag auf das Angebot der Beigeladenen zu erteilen und trug ihr auf, die Wertung der Angebote unter Berücksichtigung der Rechtsauffassung der VK zu wiederholen. Ergebnis dieser Wertung müsse (auch) der Ausschluss des Angebots der Beigeladenen sein. Zwar sei das Angebot der Antragstellerin zu Recht gemäß § 16a EU Abs. 5 VOB/A ausgeschlossen worden, da sie den nachgeforderten Beflammungstest nicht eingereicht habe, es sei aber auch das Angebot der Beigeladenen gemäß § 16 EU Nr. 2, § 13 EU Abs. 1 Nr. 5 Satz 2 VOB/A auszuschließen, da es Abweichungen von den Vergabeunterlagen enthalte. Diese Lücke könne nicht im Wege der Nachforderung gemäß § 16a EU Abs. 2 Satz 3 VOB/A geschlossen werden.

Diese setze nämlich voraus, dass Preispositionen im Angebot der Beigeladenen fehlten. Die Beigeladene habe zu den fraglichen Positionen jedoch Preise angeboten; die vermeintliche Lücke bestehe nur im Rahmen einer hypothetischen Betrachtung. Eine Streichung der fehlerhaften Angabe verbunden mit der Nachforderung der dann fehlenden Angabe bewirke eine **inhaltliche Korrektur** des Angebots der Beigeladenen. Eine nachträgliche inhaltliche Änderung des Angebots im offenen Verfahren sei generell nicht zulässig. Darüber hinaus sei nach den vom BGH aufgestellten Grundsätzen der „manipulative Eingriff“ in die Vergabeunterlagen gerade dadurch definiert, dass im Rahmen einer hypothetischen Betrachtung ein unvollständiges Angebot verbleibe. Wäre es öffentlichen Auftraggebern möglich, diese (hypothetische) Lücke im Wege der Nachforderung zu schließen, kämen Angebotsausschlüsse aufgrund von Abweichungen der Vergabeunterlagen bei nicht wertungsrelevanten Angaben generell nicht mehr in Betracht. Dies entspreche jedoch gerade nicht dem Telos der Begründung des BGH, wonach die Fallgestaltung bei den sog. manipulativen Eingriffen in die Vergabeunterlagen grundsätzlich anders liege.

Das BayObLG

Das von der Antragsgegnerin und der Beigeladenen angerufene BayObLG (Beschluss vom 17. Juni 2021 - Verg 6/21) hatte sich, da der Nachprüfungsantrag während des Verfahrens der sofortigen Beschwerde zurückgenommen wurde, nur mit dem Antrag der Antragsgegnerin auf Gestattung der vorzeitigen Zuschlagserteilung gem. § 176 GWB zu befassen.

Zum Verfahrensrecht ist die Einschätzung des BayObLG dahingehend beachtlich, dass das dargestellte Aufgreifen der VK Südbayern von nicht von der Antragstellerin eingewandten Mängeln des Angebots der Beigeladenen **nicht** die Grenze der Amtsermittlung gemäß § 163 GWB überschritt, da das BayObLG diesen Sachverhalt ebenfalls zugrunde legte und das amtswegige Aufgreifen ausdrücklich billigte.

Inhaltlich hielt das BayObLG den Ausgang des Beschwerdeverfahrens nach summarischer Prüfung für offen. Folgende Aussagen traf es hierzu:

Gehe man von der bisherigen strengen Linie der Vergabesenate bei Abweichungen zwischen den Angaben und Erklärungen des Bieters und den Vorgaben der Vergabestelle aus, so wäre der Ausschluss des Angebots der Beigeladenen gemäß § 16 EU Nr. 2 VOB/A i. V. m. § 13 EU Abs. 1 Nr. 5 Satz 2 VOB/A wegen unzulässiger Änderung der Vergabeunterlagen zu bejahen. Vor dem Hintergrund der Besonderheiten der streitbefangenen „Änderungen“ und einiger Kernaussagen in der Entscheidung des BGH erscheine es allerdings **problematisch**, einen **zwingenden** Ausschlussgrund zu bejahen.

Einerseits stehe die Entscheidung der VK im Einklang mit der bisherigen Rechtsprechung; andererseits bedürfe es angesichts der Besonderheiten des Einzelfalls der Erörterung, ob unter Berücksichtigung der neueren Rechtsprechung des BGH aus Gründen der Verhältnismäßigkeit ein Ausschluss des Angebots der Beigeladenen ausscheidet.

Ob eine nach § 13 EU Abs. 1 Nr. 5 Satz 2 VOB/A unzulässige Änderung an den Vergabeunterlagen vorliege oder Angaben fehlten, die unter den Voraussetzungen des § 16a EU Abs. 2 Satz 3 VOB/A ausnahmsweise nachgefordert werden könnten, sei durch Auslegung gemäß §§ 133, 157 BGB sowohl der Vergabeunterlagen als auch des Angebots des Bieters festzustellen. Die Vergabeunterlagen seien hier nicht unklar gewesen.

§ 16a EU Abs. 2 Satz 3 VOB/A setze das **Fehlen** von Preisangaben voraus, die Beigeladene habe jedoch bei den Fahrtkosten für Störungsbeseitigungen einen Preis pro Stunde angegeben. Zwar fehlten Erklärungen in diesem Sinn nicht nur dann, wenn

sie überhaupt nicht vorgelegt wurden oder unvollständig sind, sondern auch dann, wenn sie unklar und widersprüchlich seien, so dass ihnen die für die Beurteilung des Angebots benötigten Informationen nicht entnommen werden könnten.

Das BayObLG legte zunächst das Angebot aus, da eine Angebotsaufklärung nur zulässig ist, wenn eine Angebotsauslegung kein Ergebnis bringt. Die Angabe „*km-Pauschale pro Fahrtkilometer [Betrag]Euro pro Std. Euro/km*“ sei zwar in sich widersprüchlich, weil die Angabe eines Eurobetrags pro Stunde keine „*km-Pauschale*“ sein könne und zudem nicht auch die Angabe „*pro Fahrtkilometer*“ gestrichen wurde. Im Zusammenhang mit der davor stehenden Angabe „*Fahrtkosten (An- und Abfahrt) [Betrag]Euro pro Std. Euro/Auftrag*“ ergebe sich jedoch, dass die Beigeladene keine km-Pauschale verlangt, sondern die Fahrtkosten ausschließlich pro Stunde berechnet habe.

Zu erörtern sei gleichwohl die Annahme der Vergabekammer, es liege eine unzulässige Änderung an den Vergabeunterlagen vor, die nach § 16 EU Nr. 2 VOB/A i. V. m. § 13 EU Abs. 1 Nr. 5 Satz 2 VOB/A zum zwingenden Ausschluss des Angebots der Beigeladenen führe. Problematisch erscheint aus Sicht des BayObLG nämlich, dass die Abweichungen Angaben betreffen, deren **Fehlen** nicht zu einem Ausschluss geführt hätten, sondern die nach § 16a EU Abs. 2 Satz 3 VOB/A hätten nachgefordert werden können. Zweck der Regelung in § 13 EU Abs. 1 Nr. 5 Satz 2 VOB/A sei es zwar auch, das Zustandekommen eines wirksamen Vertrags mit übereinstimmenden Willenserklärungen zu gewährleisten und den öffentlichen Auftraggeber vor Angeboten mit einem anderen Inhalt als dem der Ausschreibung - und dem damit verbundenen Konfliktpotential - zu schützen.

Hier gehe es jedoch um einen völlig untergeordneten Punkt. Von der Beigeladenen geändert wurde ausschließlich die Berechnungsgrundlage für die Fahrtkosten bei einer Störungsbeseitigung, nicht aber der Inhalt der nach Ziffer 2.4 des Wartungsvertrags zu erbringenden Leistungen. Die Angaben bei den Fahrtkosten für Störungsbeseitigungen nach Ziffer 2.4 fließen zudem nicht in die Wertung ein. Es handelt sich aus Sicht des BayObLG somit nur um eine geringfügige Abweichung, die sich auf den Vergütungsanspruch der Beigeladenen gegenüber der Antragsgegnerin nur dann auswirken würde, wenn letztere die Beseitigung von Störungen außerhalb der regelmäßigen Wartungstermine überhaupt in Auftrag gibt.

Dass es sich bei § 16 EU Nr. 2 VOB/A i. V. m. § 13 EU Abs. 1 Nr. 5 Satz 2 VOB/A um einen zwingenden Ausschlussgrund handle, steht zudem einer Anwendung des gemäß § 97 Abs. 1 Satz 2 GWB generell geltenden Grundsatzes der **Verhältnismäßigkeit** nicht zwingend entgegen, wie beispielsweise § 123 Abs. 5 Satz 2 GWB zeige. In einer solchen Fallkonstellation wie der vorliegenden, die sich durch die oben genannten Besonderheiten (Änderungen an einem völlig untergeordneten

Punkt, der nicht wertungsrelevant ist und möglicherweise auch bei Durchführung des Vertrags keine Rolle spielt; Möglichkeit der Nachforderung, wenn gar keine Angaben gemacht worden wären), könne der Ausschlussgrund des § 13 EU Abs. 1 Nr. 5 Satz 2 VOB/A unter Berücksichtigung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit einzuschränken sein.

BEWERTUNG UND PRAXISTIPPS

Die Entscheidung, auch wenn sie durch Rücknahme des Nachprüfungsantrags keine endgültige Aussage treffen konnte, zeigt einmal mehr, dass es nach der geänderten Rechtsprechung des BGH jedenfalls keinen Automatismus zwischen Änderungen an und Abweichungen des Bieters von den Vergabeunterlagen und dem sofortigen Ausschluss des betroffenen Angebots mehr gibt. Vielmehr ist die Vergabestelle gehalten, in einem solchen Fall genau zu prüfen, ob unter Beachtung der Verhältnismäßigkeit fehlende Angaben nachgefordert bzw. Unklarheiten aufgeklärt werden dürfen oder ob das Ergebnis einer solchen Nachforderung oder Aufklärung den Kern des Angebots verändern würde, was einer unzulässigen inhaltlichen Angebotsänderung gleichkäme. Zudem müssen sie in Fällen wie diesem den Gleichbehandlungsgrundsatz in besonderem Maße beachten und bei mehreren unklaren oder unvollständigen Angeboten denselben Maßstab anlegen. Zu beachten ist auch, dass die Vergaberechtsregime für Liefer- und Dienstleistungen einerseits und für Bauleistungen andererseits die Nachforderung von Preisen unterschiedlich regeln.

Bieter sollten weiterhin sehr vorsichtig sein, auf eigene Faust Vorgaben des Auftraggebers zu ändern und bei Unklarheiten besser den sicheren Weg über Bieterfragen wählen. Wurde ihr Angebot jedoch ohne Nachforderung oder Aufklärung ausgeschlossen und ist für sie ersichtlich, dass die Vergabestelle sich beim Ausschluss keine vertieften Gedanken dazu gemacht hat, wie schwerwiegend oder entscheidend die betroffene Änderung in ihrem Angebot ist, sollten sie die mittlerweile etwas bieterfreundlichere Rechtsprechung im Hinterkopf behalten und ein mögliches Vorgehen gegen den Angebotsausschluss prüfen.

Dr. Tanja Johannsen

Rechtsanwältin

Tanja.Johannsen@bblaw.com



NEWTICKER

Rundschreiben des BMWi zur vergaberechtlichen Behandlung der Maßnahmen zur Hilfe nach der Flutkatastrophe

Zur Bewältigung der Notlage in den Hochwasserkatastrophengebieten im Westen Deutschlands hat das Bundesministerium für Wirtschaft und Energie (BMWi) ein aktuelles Rundschreiben (Rs IB6-20602-011 des BMWi vom 17. August 2021) zur Anwendung des Vergaberechts bei der Beschaffung von Leistungen für diese Situation an die Bundesressorts, die Länder und die kommunalen Spitzenverbände versandt. Das BMWi weist darin auf die Möglichkeiten für schnelle Beschaffungen unter Beachtung des Vergaberechts hin:

„Die Hochwasser in einigen Regionen Deutschlands sind eine Katastrophe von nationalem Ausmaß. In dieser Notlage ist schnelles Handeln geboten. Dies betrifft nicht nur rasche finanzielle Unterstützung, sondern auch die Beschaffung von Leistungen zur kurzfristigen Bereitstellung humanitärer Hilfe und für Notfallmaßnahmen im Bereich der Infrastruktur, der IT-Ausstattung und bei sonstigen krisenrelevanten Dienstleistungen. Hierbei ist eine schnelle und effiziente Durchführung von Vergabeverfahren essentiell, um nicht vorhersehbare Schäden oder Gefahren aus den Starkregenereignissen zu verhindern oder abzumildern.“

Für den Oberschwellenbereich wird auf die Möglichkeit des Verhandlungsverfahrens ohne Teilnahmewettbewerb nach § 119 Abs. 5 GWB i. V. m. §§ 14 Abs. 4, 17 VgV bzw. bei Bauleistungen i. V. m. § 3a EU Abs. 3 Nr. 4 VOB/A hingewiesen. Dies komme insbesondere, aber nicht nur für die Absicherung von standsicherheitsgefährdeten Bauwerken / Infrastrukturbauwerken, für die Beschaffung von Notstromaggregaten, Schlammsaugern, Bautrocknern, ferner für die Beschaffung von Unterkunftsräumen (z. B. Containern), die Bereitstellung von Behelfsbrücken und auch für die provisorische Bereitstellung von digitaler Infrastruktur in Betracht.

Das BMWi weist dazu auf Formerleichterungen, Fristverkürzungen und auch auf die Möglichkeit hin, bei extremer Dringlichkeit auf die Einholung von Vergleichsangeboten zu verzichten.

Im Unterschwellenbereich bietet § 8 Abs. 4 Nr. 9 UVgO ebenfalls die Möglichkeit der Durchführung einer Verhandlungsvergabe ohne Teilnahmewettbewerb, dort gemäß § 12 Abs. 3 UVgO ausdrücklich auch nur mit einem einzigen Unternehmen.

Zuletzt erwähnt das BMWi die Möglichkeit von Vertragsänderungen, -verlängerungen und -ausweitungen nach § 132 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 GWB. Über § 47 Abs. 1 UVgO gilt diese Vorschrift auch für die Vergabe von unterschweligen Liefer- und Dienst-

leistungen. Im Oberschwellenbereich ist die Pflicht zur nachträglichen Bekanntmachung einer solchen Änderung, Verlängerung oder Ausweitung im Amtsblatt der EU gemäß § 132 Abs. 5 GWB zu beachten.

Einmal geeignet, immer geeignet

Kern des Beschlusses **OLG Düsseldorf, Beschluss vom 29. März 2021, Verg 9/21**, ist, dass das positive Ergebnis einer Eignungsprüfung, die im Rahmen eines vorgeschalteten Teilnahmewettbewerbs durchgeführt wird, einen Vertrauenstatbestand für die zum Verhandlungsverfahren zugelassenen Unternehmen begründen soll. Dies stellt einen Unterschied zur Rechtslage im offenen Verfahren dar, bei dem die Eignung noch im Zeitpunkt der Zuschlagserteilung vorliegen muss.

In dem zugrundeliegenden Fall ging es um die Vergabe eines Dienstleistungsauftrags in einem Verhandlungsverfahren mit vorgeschaltetem Teilnahmewettbewerb. Mit der Auftragsbekanntmachung wurden auch die Kriterien benannt, anhand derer die Eignung der Teilnehmer des Teilnahmewettbewerbs festgestellt werden sollte. Die Antragstellerin und die Beigeladene, auf deren Angebot der Zuschlag erteilt werden sollte, wurden nach positiver Eignungsprüfung zum Verhandlungsverfahren zugelassen. Die Antragstellerin bezweifelte, dass die Beigeladene die zuvor benannten Kriterien für die Eignung tatsächlich erfüllte.

Das OLG entschied, dass ein Wertungsausschluss des Angebots der Beigeladenen aufgrund der Vorlage einer die aufgestellten Anforderungen tatsächlich verfehlenden Referenz nicht mehr in Betracht komme, da die vorherige positive Eignungsprüfung einen **Vertrauenstatbestand** für die im Verhandlungsverfahren zugelassenen Unternehmen begründe. Diese Unternehmen müssten nicht damit rechnen, dass sich der durch die Erstellung der Angebote und Teilnahme am Wettbewerb entstandene Aufwand nachträglich als nutzlos herausstellt.

Für Mitbieter bedeutet dies, dass sie im Verhandlungsverfahren mit Teilnahmewettbewerb einen Vergaberechtsverstoß, der in der fehlerhaften Bejahung der Eignung eines Unternehmens am Ende des Teilnahmewettbewerbs liegt, ab dieser Begründung des Vertrauenstatbestands hinzunehmen haben, wenn nicht die fehlerhafte Bejahung der Eignung auf sachfremden, manipulativen Erwägungen beruht, die mit den Grundsätzen des fairen Wettbewerbs und der Gleichbehandlung unvereinbar sind.

Keine Fristverlängerung beim Vorabinformationsschreiben

Leitaussage des Beschlusses der Vergabekammer des Bundes (**VK Bund, Beschluss vom 28. Juni 2021, VK 2-77/21**) ist die Folgende: Die Vorschrift des § 193 BGB, wonach an die Stelle eines Samstags, Sonntags oder Feiertags der nächste Werktag tritt, wenn eine Willenserklärung innerhalb einer Frist abzugeben ist und der letzte Tag der Frist auf einen Samstag, Sonntag oder Feiertag fällt, findet auf eine Vorabinformation nach § 134 Abs. 1, 2 GWB **keine** Anwendung, da es sich bei der Frist nach § 134 Abs. 2 GWB um eine reine nach Kalendertagen bemessene Wartefrist („Stillhaltefrist“) für den Auftraggeber handelt, nicht aber um eine Frist, innerhalb derer eine Willenserklärung abzugeben oder eine Leistung zu bewirken sei. Das folgt aus dem unmissverständlichen Wortlaut des § 134 Abs. 2 Satz 1, 2 GWB. Die bisherige Auffassung der Rechtsprechung zu der Vorgängernorm (§ 13 VgV a. F.) wird damit für § 134 GWB bestätigt.

Ihre Ansprechpartner

Für Rückfragen sprechen Sie den BEITEN BURKHARDT Anwalt Ihres Vertrauens an oder wenden Sie sich direkt an das BEITEN BURKHARDT Vergaberechts-Team:

BERLIN

Lützowplatz 10 | 10785 Berlin

Tel.: +49 30 26471-219



Frank Obermann

Frank.Obermann@bblaw.com



Stephan Rechten

Stephan.Rechten@bblaw.com



Max Stanko

Max.Stanko@bblaw.com

DÜSSELDORF

Cecilienallee 7 | 40474 Düsseldorf

Tel.: +49 211 518989-0



Sascha Opheys

Sascha.Opheys@bblaw.com

FRANKFURT AM MAIN

Mainzer Landstraße 36 | 60325 Frankfurt am Main

Tel.: +49 756095-195



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



Dr. Tanja Johannsen

Tanja.Johannsen@bblaw.com



Katrin Lüdtké

Katrin.Luedtke@bblaw.com

REDAKTION (verantwortlich)

Stephan Rechten | Rechtsanwalt

© BEITEN BURKHARDT Rechtsanwaltsgesellschaft mbH.

Vergaberecht@bblaw.com

www.beitenburkhardt.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

BEITEN BURKHARDT Rechtsanwaltsgesellschaft mbH

(Herausgeber)

Ganghoferstraße 33, 80339 München

AG München HR B 155350/USt.-Idnr: DE-811218811

Weitere Informationen (Impressumsangaben) unter:

<https://www.beiten-burkhardt.com/de/impressum>