

VERGABERECHT

§ 41 VgV verlangt nicht die Bereitstellung sämtlicher Vergabeunterlagen im Teilnahmewettbewerb

Seit Inkrafttreten des neuen Vergaberechts im April 2016 ist umstritten, in welchem Umfang die Pflicht des § 41 VgV, die Vergabeunterlagen vollständig elektronisch zur Verfügung zu stellen, in einem zweistufigen Verfahren gilt. Das Oberlandesgericht Düsseldorf hat mit Beschluss vom 17. Oktober 2018 (VII-Verg 26/18) die bisher eher strenge Rechtsprechung hierzu weiter abgemildert. Danach ist es zulässig, jedenfalls diejenigen Vergabeunterlagen erst in der Angebotsphase zu veröffentlichen, die für die Entscheidung über eine Teilnahme am Verfahren nicht erforderlich sind.

In der Vergabepaxis kann dies zu einer Erleichterung führen, wenngleich damit aber auch neue Unsicherheiten verbunden sind.

DER SACHVERHALT

Bei einem EU-weiten Verfahren zur Vergabe von Reinigungsdienstleistungen in Gestalt eines nicht offenen Verfahrens hatte der Auftraggeber mit Einleitung des Verfahrens über einen in der EU-Bekanntmachung angegebenen Internetlink die Unterlagen für den Teilnahmewettbewerb zum uneingeschränkten, direkten und gebührenfreien Download bereitgestellt. In der Bekanntmachung wurde darauf hingewiesen, dass die vollständigen Vergabeunterlagen nur den im Teilnahmewettbewerb ausgewählten Bietern zur Verfügung gestellt werden, die zur Abgabe eines Angebots aufgefordert werden. Auf Rüge eines Bieters wurden zusätzlich die Leistungsbeschreibung und die Bewerbungsbedingungen für die Angebotsphase zur Verfügung gestellt, nicht aber der Vertragsentwurf.

Der Bieter machte in dem eingeleiteten Nachprüfungsverfahren u. a. einen Verstoß gegen §§ 41 Abs. 1, 29 VgV geltend, da die Vergabeunterlagen nicht, wie dort gefordert, vollständig zugänglich gemacht wurden.

Die Vergabekammer wies den Nachprüfungsantrag zurück, wogegen sich die sofortige Beschwerde richtete.

DIE ENTSCHEIDUNG

Der Vergabesenat des OLG Düsseldorf schloss sich der Auffassung der Vergabekammer Westfalen an und wies die Beschwerde zurück: Es sei vergaberechtlich nicht zu beanstanden, dass der Auftraggeber den Vertragsentwurf nicht vor Ablauf der Teilnahmefrist zur Verfügung gestellt habe. Ein Verstoß gegen §§ 41 Abs. 1 i.V.m. 29 VgV liege nicht vor.

Aus § 41 VgV ergäben sich lediglich die Anforderungen an die Art und Weise der Bereitstellung und der elektronischen Verfügbarkeit von Vergabeunterlagen, nicht aber an deren Umfang. Welche

Unterlagen und Angaben zu den nach § 41 VgV bereit zu stellenden Vergabeunterlagen gehören, sei vielmehr in § 29 VgV geregelt. Nach dessen Satz 1 umfassen diese alle Angaben, die erforderlich sind, um dem Bewerber oder Bieter eine Entscheidung zur Teilnahme am Verfahren zu ermöglichen. Obwohl in Satz 2 der Vorschrift auch die Vertragsbedingungen als Regelbeispiel genannt sind, ist es nach Ansicht des OLG Düsseldorf nicht zu beanstanden, dass der Reinigungsvertrag nicht während des Teilnahmewettbewerbs zur Verfügung gestellt wurde. Denn dessen Inhalt sei nicht erforderlich gewesen, um die Teilnahme am Verfahren durch Abgabe eines Teilhabeantrags zu ermöglichen. Die Erforderlichkeit richte sich nach dem jeweiligen Einzelfall und hänge u. a. von der Verfahrensart ab. In einem zweistufigen Verfahren finde zunächst ein öffentlicher Teilnahmewettbewerb statt. Dessen Sinn und Zweck sei es, die Eignungsvoraussetzungen der Bewerber zu ermitteln und entsprechende Nachweise zu erlangen. Erforderlich, aber auch ausreichend, seien hierfür sämtliche Angaben, die dem Verfahrensteilnehmer die Entscheidung ermöglichen, ob die ausgeschriebene Leistung nach Art und Umfang in sein Portfolio fallen und es aus unternehmerischer Sicht sinnvoll ist, in den Teilnahmewettbewerb mit der Aussicht einzutreten, zur Angebotsabgabe aufgefordert zu werden.

Die Argumentation des Antragstellers, der Vertragsentwurf habe zu den erforderlichen Vergabeunterlagen gehört, da er Informationen über die mit der Leistungsausführung verbundenen kaufmännischen und unternehmerischen Risiken enthalten habe und daher für die Entscheidung maßgeblich gewesen wäre, ob diese Risiken alleine oder nur zusammen mit anderen getragen werden könnten, überzeugte das Gericht nicht. Denn dem Antragsteller habe die umfangreiche Leistungsbeschreibung zur Verfügung gestanden, aus der sich eine Vielzahl für diese Fragestellung relevanter Informationen ergeben habe. Zudem sei der Antragsteller bereits viele Jahre für die Auftraggeberin tätig gewesen. Aus diesem Auftragsverhältnis seien ihm weitere maßgebliche Aspekte für das jetzige Verfahren bekannt gewesen.

PRAXISHINWEISE

Die Frage, welche Vergabeunterlagen in einem zweistufigen Vergabeverfahren, also in einem nicht offenen Verfahren, einem Verhandlungsverfahren mit Teilnahmewettbewerb, einem wettbewerblichen Dialog oder einer Innovationspartnerschaft, den Unternehmen mit Einleitung des Verfahrens zur Verfügung gestellt werden müssen, ist einer der vergaberechtlichen Hot Spots der vergangenen Jahre. Auftraggeber, die bisher aufgrund der früheren Rechtslage zunächst den Teilnahmewettbewerb auf Grundlage der Teilnahmeunterlagen durchgeführt hatten und parallel zur Teilnahmefrist noch die Unterlagen für die Angebotsphase erarbeitet hatten (was nach Auffassung des OLG Düsseldorf (Beschluss vom 27.10.2010 – VII Verg 47/10) im Übrigen erlaubt war), sahen sich in der ersten Zeit nach Einführung des § 41 VgV und einer flankierend vertretenen strikten Interpretation durch das BMWi hieran nunmehr gehindert. Neben dem Verlust des „ökonomischen Vorteils“ einer solchen teilparallelen Vorgehensweise fühlen sich viele Auftraggeber bei einer umfassenden Veröffentlichungspflicht gerade in solchen Verfahren unwohl, in denen die Unterlagen für die Angebotsphase, insbesondere die Leistungsbeschreibung, sensitive Informationen enthalten und bisher exklusiv denjenigen Unternehmen vorbehalten werden konnten, die den Teilnahmewettbewerb erfolgreich durchlaufen haben – und die der Auftraggeber hierdurch hinreichend kennt. Schließlich wird in einer vollständigen Veröffentlichungspflicht sämtlicher Vergabeunterlagen zu Beginn des Teilnahmewettbewerbs eine Gefahr für die oftmals nur ansatzweise mit dem Vergaberecht vertrauten Verfahrensbeteiligten gesehen. Können diese nicht präzise genug zwischen dem Teilnahmewettbewerb und der anschließenden Angebotsphase unterscheiden, besteht die Gefahr, dass Bewerber bereits im Teilnahmewettbewerb Angebote einreichen, da sie sich durch die Überlassung der entsprechenden Angebotsunterlagen hierzu veranlasst sehen.

Die Rechtsprechung hat zunächst lediglich auf das Wort „vollständig“ in § 41 VgV abgestellt und ohne weitere Differenzierung daraus geschlossen, dass sämtliche Unterlagen zu Beginn eines zweistufigen Verfahrens zur Verfügung gestellt werden müssen (VK Thüringen, Beschluss vom 09.01.2017 – 250-4004-7985/2016-E-013-SM). Das OLG München relativierte diese Tendenz bereits in einem zur Parallelvorschrift des § 41 SektVO ergangenen Beschluss, in dem es darauf abstellte, dass jedenfalls diejenigen Vergabeunterlagen zur Verfügung gestellt werden müssen, die in einer finalisierten Form vorliegen können und erforderlich sind, um eine Entscheidung über eine Verfahrensteilnahme zu ermöglichen (Beschluss vom 13.03.2017 – Verg 15/16).

Die jetzige Entscheidung des OLG Düsseldorf setzt diese Tendenz fort und hält erstmals positiv fest, dass jedenfalls der Vertragsentwurf in der Regel nicht zu den Unterlagen

zählt, die die Bewerber für eine Entscheidung benötigen, ob sie einen Teilnahmeantrag einreichen oder nicht. Allerdings muss vor einer Verallgemeinerung gewarnt werden. Denn das Gericht stellt maßgeblich auf den unbestimmten Rechtsbegriff der Erforderlichkeit in § 29 Abs. 1 VgV ab und weist auch darauf hin, dass die Entscheidung, welche Unterlagen erforderlich sind und welche (noch) nicht, vom jeweiligen Einzelfall abhängt. Im vom OLG Düsseldorf entschiedenen Fall können auch die umfassenden Informationen der durch den Auftraggeber vorgelegten Leistungsbeschreibung und die Tatsache eine Rolle gespielt haben, dass der Antragsteller Bestandsauftragnehmer des Auftraggebers war.

Auftraggeber, die aufgrund dieser Entscheidung zukünftig die Veröffentlichung der Vergabeunterlagen im zweistufigen Verfahren eher restriktiv handhaben wollen, sollten jeweils im Einzelfall sehr gründlich an den Maßstäben des § 29 VgV prüfen, welche Unterlagen und Informationen für eine Entscheidung über die Teilnahme an der ersten Phase eines zweistufigen Verfahrens erforderlich sind und welche noch zurückgestellt werden können.

**Stephan Rechten**

Rechtsanwalt
BEITEN BURKHARDT
Rechtsanwaltsgesellschaft mbH
Berlin

Zu den Voraussetzungen der Aufhebung eines Vergabeverfahrens wegen mangelnder Finanzierbarkeit

Das OLG Düsseldorf hat in einem Beschluss vom 29. August 2018 (VII-Verg 14/17) die Voraussetzungen für die Aufhebung einer Ausschreibung wegen mangelnder Finanzierbarkeit gemäß § 17 EU Abs. 1 Nr. 3 VOB/A a.F. anschaulich dargelegt. Insbesondere die an eine ordnungsgemäße Kostenschätzung zu stellenden Anforderungen werden instruktiv aufbereitet. Zwar bezieht sich die Entscheidung auf eine Bauvergabe, jedoch lassen sich auch für den Bereich der Vergabe von Liefer- und Dienstleistungen Rückschlüsse für die Erstellung einer belastbaren Kostenschätzung ziehen, die eine rechtmäßige Aufhebung des Vergabeverfahrens im Streitfall trägt.

DER SACHVERHALT

Der Entscheidung des OLG Düsseldorf liegt eine EU-weite Ausschreibung zur Vergabe von Bauleistungen für den Abbruch und Neubau einer Brücke zugrunde. Die Gesamtkosten für das Projekt schätzte die öffentliche Auftraggeberin, eine Kommune in NRW (nachfolgend „Auftraggeberin“), aufgrund einer konkreten Kosten-

schätzung auf EUR 8.026.749. Ende 2014 schrieb die Auftraggeberin die Baumaßnahme im offenen Verfahren aus, wobei der Zuschlag auf das Angebot mit dem niedrigsten Preis erfolgen sollte. Im Ergebnis der Submission stellte sich heraus, dass das erstplatzierte Angebot, das die Antragstellerin abgab, mit EUR 9,3 Mio. rund 12 Prozent über den geschätzten Gesamtkosten lag. In der Folge hob die Auftraggeberin das Vergabeverfahren auf der Grundlage von § 17 EU Abs. 1 Nr. 3 VOB/A a.F. auf. Die Auftraggeberin begründete die Aufhebung mit der mangelnden Finanzierbarkeit des Vorhabens aufgrund fehlender Haushaltsmittel.

Einer Rüge gegen die Aufhebungsentscheidung half die Auftraggeberin nicht ab, woraufhin die Antragstellerin einen Nachprüfungsantrag bei der Vergabekammer stellte. Zur Begründung trug sie im Wesentlichen vor, dass die Aufhebung nicht rechtmäßig sei, da die Auftraggeberin keine ordnungsgemäße Kostenschätzung vorgenommen und es insbesondere versäumt habe, einen beträchtlichen Sicherheitsaufschlag i. H. v. insgesamt 20 Prozent auf die geschätzten Kosten vorzunehmen.

Die Auftraggeberin beantragte die Zurückweisung des Nachprüfungsantrages. Sie trug vor, dass sie eine ordnungsgemäße Kostenschätzung vorgenommen und mit 10 Prozent einen ausreichenden Sicherheitszuschlag berücksichtigt habe.

Die Vergabekammer bestätigte die Rechtmäßigkeit der Aufhebung des Vergabeverfahrens und wies den Nachprüfungsantrag zurück.

Gegen diesen Beschluss legte die Antragstellerin sofortige Beschwerde zum OLG Düsseldorf ein.

DIE ENTSCHEIDUNG

Das OLG Düsseldorf schloss sich in seiner Entscheidung der Vergabekammer an: Die sofortige Beschwerde der Antragstellerin sei nicht begründet. Die mangelnde Finanzierbarkeit des Vorhabens stelle einen anderen schwerwiegenden Grund gemäß § 17 EU Abs. 1 Nr. 3 VOB/A a.F. dar.

Zu den Voraussetzungen des Aufhebungsgrundes führte das OLG Düsseldorf aus, dass für die Feststellung eines anderen schwerwiegenden Grundes stets eine Interessensabwägung geboten sei: Die Überschreitung der bereitgestellten Haushaltsmittel könne die Aufhebung einer Ausschreibung nur dann rechtfertigen, wenn die Umstände, die zur mangelnden Finanzierbarkeit führten, nicht vorhersehbar waren, hierdurch die Finanzierbarkeit in nicht unwesentlichem Umfang berührt sei und keine mildereren Mittel zur Verfügung stünden.

Im Ergebnis stellte das OLG Düsseldorf fest, dass diese Voraussetzungen gegeben seien, da zum Zeitpunkt der Aufhebung der Ausschreibung eine Finanzierungslücke vorgelegen habe und diese nicht auf einen Fehler der Auftraggeberin bei der Ermittlung des Finanzbedarfs zurückzuführen sei. Die Finanzierungslücke habe bestanden, da die Auftraggeberin überschuldet war und keine zusätzlichen Haushaltsmittel bereitstellen konnte.

Darüber hinaus sei die Finanzierungslücke nicht auf Fehler der

Auftraggeberin bei der Ermittlung des Finanzbedarfs rückführbar; es sei nicht absehbar gewesen, dass ein Sicherheitszuschlag von 10 Prozent zur Finanzierung des Vorhabens nicht ausreiche. Insbesondere sei der Finanzierungsbedarf in einer methodisch vertretbaren Weise ermittelt worden:

Die Kosten für den Teil 1 des Vorhabens (Lärmschutzwand) wurden vom Amt für Straßen und Verkehr der Auftraggeberin aufgrund der durchschnittlichen Einheitspreise aus Preisspiegeln zweier Ausschreibungen der Auftraggeberin aus der Vergangenheit ermittelt. Der Vergabesenaat des OLG Düsseldorf hielt die Kostenermittlung für belastbar, da die Vorhaben vergleichbar, die aktuellen Marktpreise für Material zugrunde gelegt und Zuschläge für marktbedingte Kostensteigerungen berücksichtigt worden seien.

Für den Teil 4 des Vorhabens (Neubau der Brücke) wurden die Kosten nach Ansicht des OLG Düsseldorf ebenfalls vertretbar kalkuliert. Das für diesen Teil der Maßnahme mit der Kostenermittlung beauftragte Ingenieurbüro ermittelte zunächst die für den Neubau erforderliche Massen, Gewichte und Mengen und erstellte auf dieser Grundlage ein Leistungsverzeichnis. Für besondere technische Risiken wurden zusätzliche Positionen in das Leistungsverzeichnis aufgenommen. Die Einheitspreise bei der Kostenschätzung ermittelte das Ingenieurbüro auf der Grundlage von Erfahrungswerten, Richtpreisabfragen und Erkenntnissen aus Vergleichsprojekten. Als solche wurden insbesondere vergleichbare Brückenbauprojekte herangezogen, wobei das Alter der Bauprojekte und die jeweiligen Marktverhältnisse kalkulatorisch ebenso Berücksichtigung fanden, wie GU-Zuschläge, Baustellengemeinkosten und allgemeine Geschäftskosten.

Hinsichtlich der Tatbestandsvoraussetzungen des § 17 EU Abs. 1 Nr. 3 VOB/A a. F. führte das Gericht aus, dass auch eine ordnungsgemäße Ermittlung des Finanzierungsbedarfs die Aufhebung des Verfahrens wegen mangelnder Finanzierbarkeit nur dann tragen könne, wenn ein Sicherheitsaufschlag auf die geschätzten Kosten vorgenommen werde. Denn die Auftraggeberin könne nicht davon ausgehen, dass die Bieter die Kosten in gleicher Höhe oder niedriger kalkulieren würden. Vielmehr könnten die Angebote erfahrungsgemäß von der Kostenschätzung erheblich abweichen. Wie der Sicherheitsaufschlag vorzunehmen sei, stehe dem öffentlichen Auftraggeber dabei frei: Der Zuschlag könne auf die einzelnen veranschlagten Mengen und Einheitspreise oder ausdrücklich als prozentualer Aufschlag auf die geschätzten Gesamtkosten vorgenommen werden.

Zur Höhe des vorzunehmenden Sicherheitsaufschlags stellte das Gericht fest, dass dieser von den Umständen des Einzelfalls abhinge. Jedoch sei grundsätzlich kein „*beträchtlicher Aufschlag*“ vorzunehmen. Dieses vom BGH (Urteil vom 20.11.2012, X ZR 108/10) aufgestellte Erfordernis gelte nur im Hinblick auf die Feststellung eines unwirtschaftlichen Ausschreibungsergebnisses, stelle aber keine allgemeine Anforderung an die Kostenschätzung dar.

Vorliegend hatte die Auftraggeberin einen Sicherheitsaufschlag von 10 Prozent vorgenommen. Das Angebot der Antragstellerin lag 12 Prozent über der ordnungsgemäßen Kostenschätzung. Die sich hieraus ergebende Finanzierungslücke berühre nach Ansicht des

Gerichts die Finanzierbarkeit des Bauvorhabens in nicht unwesentlichem Umfang.

Das OLG Düsseldorf folgte nicht der von der Antragstellerin vertretenen Auffassung, dass über einen Sicherheitsaufschlag von 10 Prozent ein weiterer Sicherheitsaufschlag von 10 Prozent vorzunehmen sei, denn dies liefe im Ergebnis auf einen vorzunehmenden Sicherheitsaufschlag i. H. v. 20 Prozent hinaus. Bei einer Überschreitung der ordnungsgemäßen Kostenschätzung in dieser Höhe sei vielmehr daran zu zweifeln, ob überhaupt ein wirtschaftlich akzeptables Angebot vorläge; für eine ordnungsgemäße Kostenschätzung sei ein solcher Aufschlag hingegen nicht erforderlich.

Schließlich betonte das Gericht, dass das Vorliegen eines gesetzlichen Aufhebungsgrundes nicht automatisch zur Verfahrensaufhebung führe. Vielmehr müsse der öffentliche Auftraggeber das ihm eingeräumte Aufhebungsermessen ordnungsgemäß ausüben und unter Berücksichtigung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit prüfen, ob mildere Alternativmaßnahmen zur Aufhebung in Betracht kämen und ob die Aufhebung des Verfahrens als Ganzes gerechtfertigt sei. Grundsätzlich sei jedoch das Ermessen von öffentlichen Auftraggebern in Ansehung fehlender Haushaltsmittel erheblich eingeschränkt, da öffentliche Aufträge nur vergeben werden dürften, wenn sie haushaltsrechtlich abgesichert sind.

PRAXISHINWEISE

Zwar bezieht sich die Entscheidung auf § 17 EU Abs. 1 Nr. 3 VOB/A in der Fassung vor Umsetzung der Richtlinie 2014/24/EU, nichtsdestoweniger ist sie sowohl im Hinblick auf die VOB/A 2016, als auch für den Anwendungsbereich der VgV und der UVgO relevant: Der Auffangtatbestand „andere schwerwiegende Gründe“ ist sowohl in § 17 EU Abs. 1 Nr. 3 VOB/A 2016, als auch in § 63 Abs. 1 S. 1 Nr. 4 VgV und § 48 Abs. 1 S. 1 Nr. 4 UVgO im Wesentlichen gleich gefasst.

Die mangelnde Finanzierbarkeit eines Vorhabens ist als Aufhebungsgrund vom Auffangtatbestand des § 17 EU Abs. 1 Nr. 3 VOB/A umfasst. Dies entspricht der ständigen vergaberechtlichen Rechtsprechung (BGH, Urteil vom 08.09.1998, X ZR 99/96; BGH, Urteil vom 20.11.2012, X ZR 108/10). Voraussetzungen für die Aufhebung der Ausschreibung sind die nicht vorhersehbare mangelnde Finanzierbarkeit und dass die Finanzierungslücke das Vorhaben in nicht unwesentlichem Umfang berührt. Die Finanzierungslücke darf also nicht auf Fehler des öffentlichen Auftraggebers bei der Ermittlung des Finanzbedarfs und der Mittelbereitstellung rückführbar sein.

Wesentlich für die Praxis der öffentlichen Auftragsvergabe sind die Ausführungen des OLG Düsseldorf im Hinblick auf die Vornahme einer belastbaren Kostenschätzung:

Zunächst muss die Kostenschätzung im Hinblick auf den Ausschreibungsgegenstand angemessen sein. Das heißt,

dass die vom öffentlichen Auftraggeber vorzunehmende Kostenschätzung in ihrem Detaillierungsgrad dem Gegenstand und der Komplexität des Vorhabens gerecht werden muss. Ebenso muss die konkrete Methode der Kostenschätzung sich am ausgeschriebenen Leistungsinhalt und den Vergütungsmodalitäten orientieren. Hier kann es bspw. zu erheblichen methodischen Unterschieden zwischen der Auftragswertschätzung von Planungsleistungen auf Grundlage der HOAI und anderen Dienstleistungen kommen, für die kein bindendes Honorarrecht besteht.

In jedem Fall gilt es zu beachten, dass die Kostenschätzung anhand richtiger Daten erstellt wird. Es dürfen nicht pauschal Werte herangezogen werden, die auf anderen Kalkulationsgrundlagen beruhen. Das heißt, dass die Schätzgrundlage und die ausgeschriebene Maßnahme vergleichbar sein müssen. Wird die Kostenschätzung bspw. auf der Grundlage von Referenzvorhaben vorgenommen, ist es entscheidend, dass diese mit dem geplanten Vorhaben im Hinblick auf Umfang und Komplexität vergleichbar sind. Vorhersehbare Kostenentwicklungen und Kostenunterschiede zwischen dem geplanten Vorhaben und den referenzierten Projekten sind ebenfalls zu berücksichtigen. Wenn öffentliche Auftraggeber für die Auftragswertschätzung bspw. einen durchschnittlichen Preisspiegel aus vergangenen, vergleichbaren Ausschreibungen heranziehen, sind allgemeine wie auch spezifische Preissteigerungen zu berücksichtigen und als Aufschläge mit einzukalkulieren. Zwar stellt das OLG Düsseldorf klar, dass entsprechende Aufschläge nicht gesondert kalkulatorisch darzulegen sind, ein solches Vorgehen bietet sich jedoch im Sinne einer eindeutigen Dokumentation an.

Ebenfalls dokumentiert werden sollte im Rahmen der Kostenschätzung, dass etwaige Eventualitäten und Risiken, die bei dem geplanten Vorhaben auftreten könnten, berücksichtigt werden.

Bezogen auf den pauschal vorzunehmenden kostenmäßigen Sicherheitsaufschlag stellt das OLG in für die Praxis begrüßenswerter Eindeutigkeit klar, dass in der Regel ein Sicherheitsaufschlag von 10 Prozent auf eine ordnungsgemäß erstellte Kostenschätzung ausreichend ist. Ein über die 10 Prozent hinausgehender „beträchtlicher“ Sicherheitszuschlag muss grundsätzlich nicht vorgenommen werden.

Das OLG Düsseldorf hat schließlich noch einmal betont, dass auch wenn ein Aufhebungsgrund tatbestandlich vorliegt, dies keinen Auflösungsautomatismus auf Rechtsfolgenseite auslöst, sondern dem öffentlichen Auftraggeber vielmehr ein Ermessen eröffnet. Im Rahmen der gebotenen Interessensabwägung hat der öffentliche Auftraggeber zu prüfen, ob mildere Alternativmaßnahmen zur Schließung der Finanzierungslücke in Betracht kommen. Denkbar wäre bspw. eine Teilaufhebung des Verfahrens,

wenn hierdurch die Finanzierbarkeit des Vorhabens gesichert werden kann. In jedem Fall ist die vorgenommene Interessensabwägung zu dokumentieren.

Die Entscheidung zeigt die grundlegende Bedeutung einer belastbaren Kostenschätzung im Hinblick auf die vergaberechtlichen Aufhebungstatbestände. Denn auch wenn ein Verfahren wegen eines unwirtschaftlichen Ergebnisses aufgehoben werden soll, steht und fällt die Rechtmäßigkeit der Verfahrensaufhebung mit der Kostenschätzung. Stellt sich heraus, dass die Kostenschätzung den Aufhebungsgrund nicht trägt, setzt sich der öffentliche Auftraggeber unter Umständen einem Schadensersatzrisiko aus.



Max Stanko
Rechtsanwalt
BEITEN BURKHARDT
Rechtsanwalts-gesellschaft mbH
Berlin

NEWSTICKER

+++ Mecklenburg-Vorpommern: UVgO gilt seit 01.01.2019 +++

Gemäß § 2 Abs. 1 Nr. 3 des Vergabegesetzes Mecklenburg-Vorpommern (VgG M-V), das bereits mit Wirkung zum 31. Juli 2018 geändert wurde, ist seit dem 1. Januar 2019 für die Vergabe von Dienst- und Lieferleistungen in Mecklenburg-Vorpommern nunmehr die Unterschwellenvergabeordnung (UVgO) anzuwenden. Anwendungs verpflichtet sind gemäß § 1 Abs. 2 VgG M-V das Land Mecklenburg-Vorpommern und die Kommunen sowie sonstige juristische Personen des öffentlichen Rechts, die der Aufsicht des Landes oder des Landrates als untere staatliche Verwaltungsbehörde unterstehen.

+++ Neuer Veröffentlichungsturnus für EU-Vergabebekanntmachungen +++

Seit Jahresbeginn gilt ein neuer Veröffentlichungsturnus für EU-Bekanntmachungen in TED. Das Supplement S zum EU-Amtsblatt erscheint nunmehr montags bis freitags (bisher dienstags bis samstags) jeweils um 9:00 Uhr (MEZ) auf der Internetseite

www.ted.europa.eu. Der Veröffentlichungsplan für das Jahr 2019 kann [hier](#) heruntergeladen werden.

Ursprünglich war auch geplant, den Auftraggebern die Möglichkeit zu bieten, einen bestimmten Veröffentlichungstermin zu wählen, um ihre Planungen besser auf die Veröffentlichung abstellen zu können. Zudem gab es im Rahmen einer Benutzerbefragung im Spätsommer 2018 den Vorschlag, eilbedürftige Beschaffungsmaßnahmen schneller in das EU-Amtsblatt zu bringen; derzeit kann es zwischen Absendung der Bekanntmachung und deren Veröffentlichung bis zu fünf Tage dauern. Diese Pläne wurden aber noch nicht umgesetzt.

+++ Brandenburg: Einführung der UVgO für die Landesbehörden +++

Bereits zum 1. Mai 2018 wurde mit der Änderung der Kommunalen Haushalts- und Kassenverordnung (KomHKV) in Brandenburg die Unterschwellenvergabeordnung (UVgO) für den kommunalen Bereich in Kraft gesetzt. Mit dem Erlass zur Änderung der Allgemeinen Verwaltungsvorschriften zur Landeshaushaltsordnung (VV LHO) vom 12. November 2018 ist die Anwendung der UVgO seit dem 1. Januar 2019 nun auch für die Landesbehörden verbindlich.

Neben der Einführung der UVgO enthält die geänderte VV zu § 55 LHO folgende wichtige Novellierungen für Unterschwellenvergaben in Brandenburg:

Auftragswertschätzung

Ziff. 1.1: Für die Auftragswertschätzung im Anwendungsbereich von § 55 LHO gilt § 3 der Vergabeverordnung (VgV) entsprechend.

Vergabe von freiberuflichen Leistungen im Unterschwellenbereich

Ziff. 2.2.2.1: Abweichend von § 50 UVgO sind auch Aufträge über Leistungen, die im Rahmen einer freiberuflichen Tätigkeit erbracht oder im Wettbewerb mit freiberuflichen Tätigkeiten angeboten werden, nach den übrigen Vorgaben der UVgO zu vergeben.

Ziff. 2.2.2.2: Architekten und Ingenieurleistungen i.S.d. § 73 VgV können im Unterschwellenbereich im Rahmen von Verhandlungsvergaben mit oder ohne Teilnahmewettbewerb nach § 12 UVgO vergeben werden.

Binnenmarktrelevanz

Ziff. 2.4: Ausdrücklich wird darauf hingewiesen, dass bei allen Vergabeverfahren unterhalb der EU-Schwellenwerte immer das Vorliegen einer Binnenmarktrelevanz des Auftrags zu prüfen ist. Im Falle der Binnenmarktrelevanz haben Auftraggeber das Primärrecht der Europäischen Union zu beachten. Das Ergebnis der Einzelfallprüfung ist zu dokumentieren.

Wertgrenzen

Ziff. 3.1 (Bauleistungen): Bei der Vergabe von Bauleistungen unterhalb der EU-Schwellenwerte nach der VOB/A ist auch eine Beschränkte Ausschreibung zulässig, wenn der Auftragswert EUR 200.000 voraussichtlich nicht überschreiten wird. Eine Freihändige Vergabe ist zulässig, wenn der Auftragswert voraussichtlich EUR 20.000 nicht übersteigt.

Ziff. 3.2 (Liefer- und Dienstleistungen): Bei der Vergabe von Liefer- und Dienstleistungen unterhalb der EU-Schwellenwerte ist eine Beschränkte Ausschreibung ohne Teilnahmewettbewerb (§11 UVgO) oder eine Verhandlungsvergabe ohne Teilnahmewettbewerb (§ 12 UVgO) zulässig, wenn der geschätzte Auftragswert EUR 20.000 voraussichtlich nicht überschreitet.

Ex-ante-Information

Ziff. 3.3: Die Vergabestelle informiert über beabsichtigte Verhandlungsvergaben ohne Teilnahmewettbewerb oder Beschränkte Ausschreibungen ohne Teilnahmewettbewerb sowie Freihän-

dige Vergaben ab einem voraussichtlichen Auftragswert von EUR 10.000 auf der eVergabe-Plattform „Vergabemarktplatz Brandenburg“. Hierbei hat die Bekanntmachung grundsätzlich 14 Tage vor der ersten Kontaktaufnahme mit den ausgewählten Bietern zu erfolgen.

e-Vergabe

Ziff. 4.2: Im Anwendungsbereich der UVgO soll die Durchführung der Vergaben als e-Vergabe erfolgen, jedoch wird klargestellt, dass §§ 7 Abs. 1, 28 Abs. 2 Nr. 9 1 Alt. 1, 29 Abs. 1, 38 Abs. 2 und 3 UVgO insoweit nicht verpflichtend sind.

Die Neufassung der Verwaltungsvorschrift im Amtsblatt für Brandenburg (ABl. 2018 S. 1175) kann [hier](#) heruntergeladen werden.

Impressum

BEITEN BURKHARDT

Rechtsanwaltsgesellschaft mbH
(Herausgeber)
Ganghoferstraße 33 | D-80339 München
AG München HR B 155350/USt.-Idnr: DE811218811

Weitere Informationen (Impressumsangaben) unter:
<https://www.beiten-burkhardt.com/de/impressum>

REDAKTION (VERANTWORTLICH)

Stephan Rechten | Rechtsanwalt

© BEITEN BURKHARDT Rechtsanwaltsgesellschaft mbH.
Alle Rechte vorbehalten 2019.

HINWEIS

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

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