

# VERGABERECHT

## Vergabeunterlagen müssen unter einer einheitlichen elektronischen Adresse abrufbar sein

§ 41 VgV dient der Sicherstellung des Zugangs zu den Vergabeunterlagen. Diese müssen unentgeltlich, uneingeschränkt, vollständig und direkt vom Tag der Veröffentlichung einer Bekanntmachung an von jedem Interessenten mithilfe elektronischer Mittel unter einer Internetadresse abgerufen werden können. Die Vergabeunterlagen sollten also schon zum Zeitpunkt der Auftragsbekanntmachung vollständig elektronisch bereitgestellt werden.

Die ordnungsgemäße Bekanntmachung der Vergabeunterlagen gem. § 41 Abs. 1 VgV war nun erneut Thema einer jüngeren Entscheidung des OLG Düsseldorf vom 13. Mai 2019 (Verg 47/18). Konkret ging es hierbei um die Frage, ob der öffentliche Auftraggeber einen Teil der Vergabeunterlagen über eine zweite elektronische Adresse zur Verfügung stellen darf und es ausreicht, wenn auf diese zweite Adresse in der Auftragsbekanntmachung verwiesen wird.

### SACHVERHALT

Bereits im September 2017 schrieb die Antragsgegnerin im offenen Verfahren den Abschluss eines Rahmenvertrages über die Lieferung von elektrisch höhenverstellbaren Bildschirmarbeits-tischen aus. Bereits drei Tage vor der EU-weiten Bekanntmachung veröffentlichte die Antragsgegnerin das Vergabeverfahren auf einer nationalen elektronischen Vergabeplattform.

In der Auftragsbekanntmachung wird unter Ziffer I.3 „Kommunikation“ ausgeführt: *„Die Auftragsunterlagen stehen für einen uneingeschränkten und vollständigen direkten Zugang gebührenfrei zur Verfügung unter (...)“*

In Ziffer III.1.3 der Auftragsbekanntmachung heißt es weiter: *„Die Möblierungsgeräte sind nach den Technischen Lieferbedingungen (TL) herzustellen. Die TLs sind im Internet unter (...) abrufbar. (...) Entgegen den Bestimmungen einiger TLs müssen folgende Prüfbescheinigungen mit der Angebotsabgabe vorgelegt werden: Prüfbescheinigung für das GS-Zeichen (...)“*

Alleiniges Zuschlagskriterium war der Preis. Die Antragstellerin reichte fristgerecht ein Angebot ein. Nach längerer Zeit teilte die Antragsgegnerin der Antragstellerin mit, dass ihr Angebot aufgrund einer Änderung an den Vergabeunterlagen gem. § 57 Abs. 1 Nr. 4 VgV auszuschließen sei und die Zuschlagserteilung an die Beigeladene (die einzige andere Bewerberin) beabsichtigt sei.

Hiergegen erhob die Antragstellerin „Einspruch“ und stellte vor der Vergabekammer des Bundes einen Nachprüfungsantrag, weil

die Anforderungen in den Technischen Lieferbedingungen der Antragsgegnerin widersprüchlich seien.

Die 2. Vergabekammer des Bundes entschied daraufhin, dass das Verfahren von der Antragsgegnerin bei fortbestehender Beschaffungsabsicht beginnend mit der Bekanntmachung zu wiederholen sei. Dies begründet sie unter anderem damit, dass es bereits bei der Vorbereitung des Vergabeverfahrens zu Fehlern gekommen sei. Zwar sei das Angebot der Antragstellerin tatsächlich wegen § 57 Abs. 1 Nr. 4 VgV auszuschließen. Darauf könne es aber aufgrund der zeitlich vorgelagerten Vergabeverstöße im Rahmen der Auftragsbekanntmachung nicht ankommen. Gegen diese Entscheidung hat die Beigeladene sofortige Beschwerde eingelegt.

### ENTSCHEIDUNG

Das OLG Düsseldorf folgt in seinem Beschluss vom 13. Mai 2019 (Verg 47/18) der Rechtsauffassung der Vergabekammer. Die Antragsgegnerin habe die Antragstellerin in ihrem Anspruch auf Einhaltung der Bestimmungen über das Vergabeverfahren aus § 97 Abs. 6 GWB verletzt. Die Antragsgegnerin habe dabei sowohl gegen § 41 Abs. 1 VgV als auch gegen § 10 VgV und § 40 Abs. 3 VgV verstoßen. Ebenso sei die Vergabekammer berechtigt gewesen, trotz des Fehlens eines entsprechenden Antrags diese Vergaberechtsfehler von Amts wegen aufzugreifen.

Nach § 41 Abs. 1 VgV habe der Auftraggeber in der Auftragsbekanntmachung eine elektronische Adresse anzugeben, unter der die Vergabeunterlagen unentgeltlich, uneingeschränkt, vollständig und direkt abgerufen werden können. Vollständig abrufbar seien Vergabeunterlagen immer dann, wenn über die in der Bekanntmachung genannte Internetadresse die Unterlagen vollständig und nicht nur Teile derselben abgerufen werden können (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 17.10.2018 – VII-Verg 26/18). Uneingeschränkt abrufbar seien Vergabeunterlagen dann, wenn die elektronische Adresse einen eindeutig und vollständig be-

schriebenen medienbruchfreien elektronischen Weg zu den Vergabeunterlagen enthält. In der Bekanntmachung seien alle Informationen anzugeben, die einem Unternehmen ohne wesentliche Zwischenschritte und ohne wesentlichen Zeitverlust ermöglichen, mit elektronischen Mitteln an die Vergabeunterlagen zu gelangen.

Direkt abrufbar seien Vergabeunterlagen grundsätzlich dann, wenn potentielle Bieter oder Bewerber sich über bekanntgemachte öffentliche Auftragsvergaben informieren oder Vergabeunterlagen abrufen können, ohne sich zuvor auf einer elektronischen Vergabeplattform mit ihrem Namen, einer Benutzerkennung oder ihrer E-Mail-Adresse registrieren zu müssen. Diesen Erfordernissen solle nicht genügt sein, wenn die Bieter oder Bewerber Vergabeunterlagen erst auf Anforderung und unter Angabe einer E-Mail-Adresse oder einer Postanschrift erhalten.

Kein Zweifel bestehe daran, dass es sich bei den Technischen Lieferbedingungen um Vergabeunterlagen im Sinne von § 29 Abs. 1 S. 1 VgV handele.

Ziffer I.3 der Auftragsbekanntmachung könne den oben genannten Anforderungen jedoch nicht gerecht werden, so das OLG weiter. Dadurch, dass die Technischen Lieferbedingungen nur über eine andere, zweite Internetadresse zu erreichen seien, könne nicht von einem uneingeschränkten, unentgeltlichen, vollständigen und direkten Zurverfügungstellen der Vergabeunterlagen im Sinne von § 41 Abs. 1 VgV gesprochen werden.

Ist ein Teil der Vergabeunterlagen, wie hier die Technischen Lieferbestimmungen, nur über eine zweite elektronische Adresse abrufbar, könne nicht ohne Zeitverlust und wesentliche Zwischenschritte an die erforderlichen Unterlagen gelangt werden.

Ein weiterer Verstoß gegen § 41 Abs. 1 VgV sei weiterhin darin zu sehen, dass der zu den Vergabeunterlagen gehörende Zeichnungssatz 4110 nicht direkt unter der benannten elektronischen Adresse abrufbar war, sondern per E-Mail bei der Antragsgegnerin angefordert werden musste und erst auf Anforderung postalisch zugesandt wurde. Anhaltspunkte, die für eine Ausnahme nach § 41 Abs. 2 VgV sprechen würden, seien vorliegend nicht ersichtlich gewesen.

Schließlich habe die Antragsgegnerin ebenfalls gegen die Regelung des § 40 Abs. 3 S. 1 VgV verstoßen, indem sie die Vergabeunterlagen vorzeitig vor der EU-weiten Bekanntmachung auf einer nationalen Vergabeplattform veröffentlicht habe.

#### PRAXISTIPP

Welche Vergabeunterlagen für eine EU-weite Bekanntmachung in einem offenen Verfahren notwendig sind, ist eine Thematik, die für viele öffentliche Auftraggeber von großer Bedeutung ist. Gerade zur Vermeidung potenzieller Nachprüfungsverfahren sollte der öffentliche Auftraggeber stets bestrebt sein, vergaberechtskonform auszuschreiben und alle notwendigen Unterlagen schon zu Beginn des Verfahrens, also zum Zeitpunkt der Bekanntmachung, unentgeltlich, uneingeschränkt, vollständig und

direkt zur Verfügung zu stellen. E-Vergabe-Systeme, die dies nicht vorsehen, sollte der Auftraggeber unbedingt meiden!

Zentraler Gegenstand der Regelung des § 41 VgV ist die Bereitstellung von Vergabeunterlagen vor dem Hintergrund des Grundsatzes der elektronischen Vergabe.

Die komplette Fertigstellung von Vergabeunterlagen stellt einen Auftraggeber stets vor große Schwierigkeiten. Eine Nichtfertigstellung zum Zeitpunkt der Bekanntmachung kann zu erheblichen Verzögerungen in der Beschaffung führen. Im Hinblick auf das offene Verfahren hat das OLG Düsseldorf in seiner jetzigen Entscheidung eine klare Position bezogen und festgelegt, dass selbst ein entsprechend gekennzeichnete Hinweis auf eine zweite elektronische Adresse nicht den Anforderungen des § 41 Abs. 1 VgV gerecht werden kann.

Unentgeltlich, uneingeschränkt, vollständig und direkt können Vergabeunterlagen nur abgerufen werden, wenn die bekanntgemachten Informationen einem Bürger oder einem Unternehmen die Möglichkeit gewähren, ohne wesentliche Zwischenschritte und ohne wesentlichen Zeitverlust mit elektronischen Mitteln an die Vergabeunterlagen zu gelangen. Ist auch nur ein Teil der Vergabeunterlagen nicht direkt über die in der Auftragsbekanntmachung angegebene elektronische Adresse erreichbar, sondern muss über eine zweite Adresse in der Bekanntmachung separat aufgerufen werden, läuft der öffentliche Auftraggeber Gefahr, sich eines Verstoßes gegen § 41 Abs. 1 VgV und sich der Notwendigkeit der Rückversetzung der gesamten Beschaffung auszusetzen.

Das OLG Düsseldorf stellt auch in der vorliegenden Entscheidung strenge Anforderungen und verfolgt eine klare Linie, nach der Auftraggeber stets gut daran tun, ihre Vergabeunterlagen sorgfältig zu prüfen und Verweise auf anknüpfende elektronische Adressen zu vermeiden. Sicherheitshalber empfiehlt sich, alle notwendigen Voraussetzungen, die Auftragnehmer im Rahmen der Beschaffung einhalten sollen, explizit festzulegen und zu benennen und diese als Bestandteil der Vergabeunterlagen unter einer einzigen elektronischen Adresse zur Verfügung zu stellen und weiterhin auf Verweise oder zweite weiterführende elektronische Adressen zu verzichten, um dem Vorwurf des Verstoßes gegen § 41 Abs. 1 VgV zu entgehen.



#### Dr. Hans von Gehlen

Rechtsanwalt  
BEITEN BURKHARDT  
Rechtsanwaltsgesellschaft mbH  
E-Mail: Hans.vonGehlen@bblaw.com

## Zurechnung von Referenzen: Auch Konzerngesellschaften sind „andere Unternehmen“

Um vor allem mittelständischen Unternehmen, die unter Umständen nicht auf eine gleichwertige technische und berufliche sowie wirtschaftliche und finanzielle Leistungsfähigkeit wie Großunternehmen zurückgreifen können, eine adäquate Chance auf eine erfolgreiche Teilnahme an einem Vergabeverfahren zu gewähren, kann ein Bieter beziehungsweise Bewerber nach § 47 Abs. 1 VgV bzw. § 6d Abs. 1 VOB/A-EU die Kapazitäten „anderer Unternehmen“ in Anspruch nehmen (Eignungsleihe). Dies bietet die Möglichkeit, andere leistungsfähige Unternehmen einzubeziehen, ohne hierfür eine Bewerber-/Bietergemeinschaft und damit in der Regel auch eine Haftungsgemeinschaft bilden zu müssen. Der Bieter oder Bewerber muss jedoch nachweisen, dass ihm die für den Auftrag erforderlichen Mittel des „anderen Unternehmens“ tatsächlich zur Verfügung stehen.

Das OLG Düsseldorf stellt in einer aktuellen Entscheidung (Beschluss vom 17.04.2019 – Verg 36/18) wichtige Grundsätze über die Zurechnung von Referenzen anderer Unternehmen an das Bieterunternehmen auf und verdeutlicht, dass die entsprechenden Regelungen der Eignungsleihe auch in Fällen gelten, in denen es sich bei dem in Anspruch genommenen „anderen Unternehmen“ um eine Konzerngesellschaft handelt.

### SACHVERHALT

Die Antragsgegnerin schrieb auch im Auftrag weiterer Antragsgegnerinnen im Juli 2017 den „Ersatzneubau Strombrückenzug M.“ als Bauauftrag im Rahmen eines offenen Verfahrens EU-weit aus. Als Teilleistungen waren Straßenbau, Gleisbau, Fahrleitungsanlagen, Bahnstromanlagen, Lichtsignalanlagen, Pumpwerk mit Ausrüstung, Ingenieurbauten (mehrere Brücken), Leitungsbau, Freianlagen sowie Landschaftsbau vorgesehen. Alleiniges Zuschlagskriterium war der Preis.

In der Bekanntmachung wurde festgelegt, dass die Stahlbauarbeiten an den Brückenkonstruktionen direkt vom Bieter selbst oder von einem Mitglied aus der Bietergemeinschaft erledigt werden müssen. In Ziffer 7 der Teilnahmebedingungen ist in Bezug auf „Kapazitäten anderer Unternehmen (Unteraufträge/Eignungsleihe)“ unter anderem Folgendes aufgeführt:

*„Beabsichtigt der Bieter, Teile der Leistung von anderen Unternehmen ausführen zu lassen oder sich bei der Erfüllung eines Auftrags im Hinblick auf die erforderliche wirtschaftliche, finanzielle, technische und berufliche Leistungsfähigkeit anderer Unternehmen zu bedienen, so muss er die dafür vorgesehenen Teilleistungen/Kapazitäten in seinem Angebot benennen. Der Bieter hat auf gesondertes Verlangen der Vergabestelle zu einem von ihr bestimmten Zeitpunkt nachzuweisen, dass ihm die erforderlichen Kapazitäten der anderen Unternehmen zur Verfügung stehen und diese Unternehmen geeignet sind. (...)“*

Die im Verfahren Beigeladene, eine Bietergemeinschaft, fügte ihrem Angebotsschreiben unter anderem Referenzblätter bei, in denen sie bezüglich der geforderten Referenzen über errichtete Schrägseilbrücken diverse Referenzen von Unternehmen angab, die von ihr weder als Mitglieder ihrer Bietergemeinschaft noch als eignungsleihendes „anderes Unternehmen“ benannt waren. Zum einen wurde aus einem Referenzblatt ersichtlich, dass die dort erwähnte Brücke durch die E. errichtet wurde. Zum anderen waren Referenzen von F. 3 angegeben, die selbst nicht als Mitglied der Bietergemeinschaft auftrat, sich jedoch zum Zeitpunkt der Angebotsabgabe in einem Übernahmeprozess durch die F. 1 – ihrerseits Mitglied der Bietergemeinschaft – befand, der jedoch rechtlich noch nicht abgeschlossen war.

Die Antragsgegnerinnen werteten das Angebot der Antragstellerin auf den zweiten Platz hinter dem Angebot der Beigeladenen. Die Antragstellerin rügte diese Entscheidung und beantragte die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens. Hierbei machte sie im Wesentlichen geltend, dass das Angebot der Beigeladenen mangels geeigneter Referenzen im Bereich Stahlbau, insbesondere für Schrägseilbrücken mit Stahlbetonarbeiten, auszuschließen sei.

Die Antragsgegnerinnen brachten vor, dass die Beigeladene geeignet sei und den Zuschlag daher erhalten müsse. Sie habe die entsprechende Leistungsfähigkeit durch eines ihrer Mitglieder nachgewiesen. Die Struktur des betreffenden Mitgliedsunternehmens, welche ein Beherrschungsverhältnis über die Unternehmen E. und F. 3 belege, gebe Anlass, ihr die eingereichte Referenz als eigene Referenz zuzurechnen. Die Zurechenbarkeit der Referenzen ergebe sich im Übrigen schon aus der kartellrechtlichen Einordnung als vertraglicher bzw. faktischer Unterordnungskonzern, bei dessen Vorliegen von einem einheitlichen Unternehmen auszugehen sei.

Die VK Bund (Beschluss vom 30.04.2019 – VK 1-18/18) untersagte daraufhin den Antragsgegnerinnen die Zuschlagserteilung an die Beigeladene und gab ihnen auf, bei fortbestehendem Beschaffungsbedarf das Vergabeverfahren in den Stand vor der Eignungsprüfung zurückzusetzen und diese unter Berücksichtigung der Rechtsauffassung der Vergabekammer zu wiederholen.

Die Beigeladene erhob dagegen sofortige Beschwerde beim OLG Düsseldorf.

### ENTSCHEIDUNG

Das OLG Düsseldorf hat die sofortige Beschwerde als unbegründet zurückgewiesen. Das Angebot der Beigeladenen sei nicht zuschlagsfähig. Öffentliche Aufträge würden gemäß § 6 VOB/A-EU an fachkundige und leistungsfähige Unternehmen vergeben. Ein Unternehmen sei danach geeignet, wenn es die durch den öffentlichen Auftraggeber im Einzelnen zur ordnungsgemäßen Ausführung des öffentlichen Auftrags festgelegten Eignungskriterien erfülle. Die Antragsgegnerinnen seien im vorliegenden Verfahren zu dem vergaberechtsfehlerhaften Ergebnis gelangt, die Beigeladene erfülle die Eignungskriterien durch die von ihr angegebenen Referenzprojekte.

Im Rahmen der materiellen Eignungsprüfung entscheide der öffentliche Auftraggeber, ob die Eignungsvoraussetzungen tatsächlich vorliegen, wobei ihm insoweit ein im Nachprüfungs- und Beschwerdeverfahren nur eingeschränkt überprüfbarer Beurteilungsspielraum zustehe. Diesen Beurteilungsspielraum überschreite der Auftraggeber jedoch dann, wenn er ausdrücklich von ihm benannte Eignungsanforderungen unberücksichtigt lässt und Bieter, die sie nicht erfüllten, nicht zwingend wegen fehlender Eignung ausschließe. Dies folge schon aus dem Transparenz- und Gleichbehandlungsgrundsatz.

Im vorliegenden Fall haben die Antragsgegnerinnen ihren Beurteilungsspielraum überschritten, weil sie, gestützt auf die von der Beigeladenen angegebenen Referenzprojekte, deren Eignung angenommen haben. Bei den von der Beigeladenen angegebenen Referenzen handele es sich weder um eigene Referenzen noch könne man sie ihr zurechnen.

Zunächst bestehe zwischen der Beigeladenen und den Referenzunternehmen ausweislich keine Bietergemeinschaft. Weiterhin lägen auch die Voraussetzungen, unter denen eine Zurechnung als die eigene Referenz der Beigeladenen in Frage kommen würde, nicht vor. Die Referenzen eines anderen Unternehmens könne man grundsätzlich nur dann als die eigenen anrechnen lassen, wenn das Referenzunternehmen von dem Bieterunternehmen, sei es im Wege der Verschmelzung oder Fusion, übernommen worden ist und die für den Referenzauftrag maßgeblichen Erfahrungen und Ressourcen übergegangen seien. Eine Referenz diene als Beleg dafür, dass der Bieter dem ausgeschriebenen Auftrag vergleichbare Leistungen bereits erbracht habe. Über die damit nachzuweisende technische und berufliche Leistungsfähigkeit wird sichergestellt, dass der Bieter über die erforderlichen personellen und technischen Mittel verfüge, die erforderlichen Qualifikationen aufweise und über die entsprechenden Erfahrungen verfüge, um den Auftrag in angemessener Qualität durchzuführen. Hierbei gäben die Referenzen nicht nur Auskunft über die Leistungsfähigkeit des mit der Ausführung beauftragten Personals, sondern auch über die Leistungsfähigkeit der Unternehmensorganisation als Ganzes. Referenzen sollen laut dem OLG immer dann übernommen werden können, wenn die Organisation des übernommenen Unternehmens im Wesentlichen unverändert geblieben ist. Andernfalls werde vernachlässigt, dass an einer Unternehmensleistung auch die Unternehmensleitung, die gesamte Betriebsorganisation und die Struktur des Unternehmens maßgeblichen Anteil haben.

Ausgehend hiervon könne die Referenz der F. 3 der F. 1 nicht zugerechnet werden, da noch keine endgültige Übernahme seitens der F. 1 vorliege. Soweit die Beigeladene unter dem Stichwort „faktische Integration“ vorgetragen habe, die Geschäftsführung der F. 3 sei identisch mit der Direktionsleitung der F. 1, rechtfertige dieses Vorbringen für sich keine Zurechnung der Referenz als die eigene. Bei einer rechtlich nicht abgesicherten Integration der Mitarbeiter des Referenzunternehmens in das Bieterunternehmen sei nicht sichergestellt, dass über die erforderlichen personellen und technischen Mittel, die für den Erfolg des Referenzprojektes maßgeblich seien, verfügt werden könne, so das OLG. Überdies bestehe auch keine rechtliche Notwendigkeit, eine „faktische Integration“ ohne rechtlich vollzogene Betriebsübernahme

anzuerkennen, da der Bieter über § 6d Abs. 2 S. 1 VOB/A-EU die Möglichkeit der Eignungsleihe habe.

Weiterhin könne die Beigeladene auch nicht zu ihren Gunsten anführen, dass es sich bei der F. 3 und der E. um konzernzugehörige Unternehmen handele. Soweit sich der Bieter zum Nachweis ihrer beruflichen und technischen Leistungsfähigkeit auf Referenzen von Konzerngesellschaften berufe, unterfiele dies den Vorschriften über die Eignungsleihe. Auch beherrschte oder abhängige Konzerngesellschaften seien „andere Unternehmen“ im Sinne von § 6d Abs. 1 VOB/A-EU, wenn sie rechtlich selbstständig seien.

#### PRAXISTIPP

Die Entscheidung ist richtungsweisend für alle Bieter, die sich im Rahmen eines Vergabeverfahrens für ihre Eignung auf Referenzen ihrer Konzerngesellschaften berufen wollen, aber auch für Auftraggeber, die bei der Wertung der Eignung entsprechender Bieter genauestens auf deren Organisation und diesbezügliche Angaben in den Angeboten/Teilnahmeanträgen achten müssen. Die Aussagen des OLG Düsseldorf zur Zurechnung von Eignungskriterien und zur Eignungsleihe im Konzernverbund sind verallgemeinerungsfähig und betreffen alle Auftrags- und Vergabearten.

Während der Bieter durch eine unzureichende Kennzeichnung vom ihm zuzurechnenden Fremdreferenzen bzw. einer Eignungsleihe das Risiko trägt, gestellte Eignungsanforderungen nicht zu erfüllen, besteht für öffentliche Auftraggeber die Gefahr der Zurückversetzung des Vergabeverfahrens in den Stand vor der Eignungsprüfung aufgrund vergaberechtsfehlerhafter Wertungen. Entscheidend kommt es in diesem Zusammenhang auf die Angaben des Bieters in dessen Angebot oder Teilnahmeantrag an. Soweit er auf personelle, fachlich-technische oder finanzielle Kapazitäten von Unterauftragnehmern, Konzerngesellschaft oder anderer Fremdunternehmen zurückgreifen, sich also auf deren Leistungsfähigkeit berufen möchte, muss er sich genau an die Vorgaben des Auftraggebers halten. Will der Bieter sich Referenzen vormals übernommener oder auf ihn verschmolzener Unternehmen zurechnen lassen, sollte er den Übergang der maßgeblichen Erfahrungen und Ressourcen einschließlich der Organisationsstruktur im Einzelnen darstellen und ggf. nachweisen können.

Bedeutsam ist, dass das OLG Düsseldorf in seiner Entscheidung nochmals klar herausstellt, dass auch Konzerngesellschaften als „andere Unternehmen“ im Sinne des § 6d Abs. 1 VOB/A-EU (bzw. des § 47 Abs. 1 VgV, § 47 Abs. 1 SektVO, § 26 Abs. 3 VSVgV, § 34 Abs. 1 UVgO) gelten, solange sie rechtlich selbstständig sind. Auch für diese Unternehmen sind daher die Vorschriften der Eignungsleihe zwingend einzuhalten, was dazu führt, dass sich der Bieter oder Bewerber die Referenzen seiner Konzerngesellschaften auch nur auf diesem Wege zurechnen lassen kann. Er muss die Konzerngesellschaft somit im Falle der

Eignungsleihe stets benennen und auch nachweisen, dass ihm die entsprechenden Kapazitäten, die für die Durchführung des Auftrags benötigt werden, tatsächlich zur Verfügung stehen. Tut er dies nicht, geht er das Risiko ein, dass das Angebot oder der Teilnahmeantrag ausgeschlossen werden muss. Bieter und Bewerber sollten sich in Zukunft angesichts der nunmehr deutlichen Rechtsprechungsausführungen nicht mehr auf eine bieterwohlwollende Betrachtung der Eignungskriterien innerhalb eines Konzerns verlassen.

Die Entscheidung betrifft zwar nur die technische und berufliche Leistungsfähigkeit – konkret in Form des Nachweises von Unternehmensreferenzen –; sie lässt sich jedoch ohne Weiteres auf sämtliche Eignungskriterien und deren Nachweise beziehen. Auch der wichtige Fall, dass sich ein Konzernunternehmen/Tochterunternehmen auf die wirtschaftliche und finanzielle Leistungsfähigkeit der Konzernholding bzw. des Mutterunternehmens beruft, fällt hierunter.

Maßgeblich ist stets der Zeitpunkt der Abgabe des Angebots oder Teilnahmeantrags. Im vom OLG Düsseldorf entschiedenen Fall lag zu diesem Zeitpunkt eben noch keine Verschmelzung der beiden Beteiligten (F. 1 und F. 3) zu einem einheitlichen Unternehmen vor, sodass beide Unternehmen formal noch rechtlich selbstständig waren und noch nicht von einer einheitlichen Betriebsorganisation und Struktur des Unternehmens ausgegangen werden konnte. Offen gelassen hat das OLG in seiner Entscheidung, inwieweit eine Zurechnung der Fremdreferenzen auch dann zu verneinen gewesen wäre, wenn die Verschmelzung des Fremdunternehmens auf das Bieterunternehmen ohne wesentliche Zwischenschritte hätte vollendet werden können, insbesondere diese nicht mehr durch eines der beteiligten Unternehmen einseitig zu verhindern gewesen wäre (Phase zwischen Signing und Closing). In dieser Phase kann man sicher mit guten Argumenten davon ausgehen, dass dem Bieter zumindest der Nachweis gelingen wird, dass ihm die entsprechenden Kapazitäten zur Verfügung stehen werden. Ähnliches dürfte für andere Formen der Gesamtrechtsnachfolge gelten. Zur Risikovermeidung ist dem Bieter jedoch auch in diesen Fällen angeraten, im Zweifelsfall von Eignungsleihe auszugehen und das „andere Unternehmen“ stets ausdrücklich zu benennen.



### Christopher Theis

Rechtsanwalt  
BEITEN BURKHARDT  
Rechtsanwaltsgesellschaft mbH  
E-Mail: Christopher.Theis@bblaw.com

## NEWSTICKER

### +++ Erlass des BMI zur Anwendung der HOAI für Übergangszeit +++

Am 4. Juli 2019 hat der EuGH entschieden (Rechtssache C-377/17), dass die Mindest- und Höchstonorarsätze der HOAI nicht mit der Verpflichtung aus Art. 15 Abs. 1, Abs. 2 lit. g und Abs. 3 der RL 2006/123/EG des Europäischen Parlaments über Dienstleistungen im Binnenmarkt vereinbar sind (siehe hierzu unseren [Newsletter September 2019](#)). Am 5. August 2019 hat das Bundesministerium des Innern, für Bau und Heimat (BMI) daraufhin einen Anwendungserlass für die Übergangszeit erlassen.

Dieser Erlass stellt zunächst klar, dass bestehende Verträge der öffentlichen Hand mit Architekten oder Ingenieuren, die vor Verkündung des EuGH-Urteils geschlossen wurden, weiter wirksam sind, auch wenn bei dem Vergabeverfahren und dem Vertragsschluss von der verbindlichen Geltung der Mindest- und Höchstonorarsätze der HOAI ausgegangen wurde. Da Mindest- und Höchstonorarsätze nach der Entscheidung nicht mehr durch nationales Recht vorgegeben werden dürfen, bestehe aber grundsätzlich kein Anspruch mehr auf Anpassung an diese Honorarsätze. Gleiches gilt auch für das Verlangen nach einer Anpassung des Honorars an den Mindestsatz bei Stufenverträgen bei Abruf einer weiteren Leistungsstufe.

Für zukünftige Vergabeverfahren und Vertragsschlüsse von Planungsleistungen im Anwendungsbereich der HOAI weist der Erlass darauf hin, dass Angebote nicht ausgeschlossen werden dürfen, weil sie die Mindestonorarsätze unterschreiten oder Höchstsätze überschreiten. Dennoch kann das Honorarabrechnungssystem der HOAI weiterhin Gegenstand einer individuellen Vereinbarung werden. Die angepassten Vertragsmuster für freiberuflich Tätige beziehen sich weiterhin auf diese Systematik, sehen jedoch frei bestimmbare Zu- und Abschläge in prozentualer Form vor.

Da das EuGH-Urteil keine Aussage darüber trifft, ob und zu welchem Anteil nach vergaberechtlichen Kriterien der angebotene Preis in die Zuschlagsentscheidung einzufließen hat, erfordere der Wegfall der verbindlichen Mindest- und Höchstonorare, dass die Formulierung der Zuschlagskriterien „auf die qualitativen Anforderungen an die Leistung“ abzustimmen sei. Dabei sei der Abschnitt 6 der VgV zu beachten, der ausdrücklich den Leistungswettbewerb als gesetzliches Leitbild vorsieht (§ 76 Abs. 1 S. 1 VgV).

Weiterhin komme nun auch § 60 VgV zur Anwendung, wenn der Verdacht auf ein „ungewöhnlich niedriges Angebot“ besteht.

Hinweis: Der Erlass gilt nur „übergangsweise“. Es ist eine Novellierung der HOAI geplant, zu dem das Bundeswirtschaftsministerium (BMWi) weitere Bundesressorts, die Bundesländer und die

kommunalen Spitzenverbände sowie die Berufsverbände und die berufsständischen Kammern konsultieren wird.

Der Erlass und die Neufassung des Vertragsmusters (VM2/1 „Vertrag Objektplanung – Gebäude und Innenräume“) nebst Hinweisen finden sich auf der Internetseite der Bundesingenieurstkammer.

## +++ Thüringer Landtag beschließt neues Vergabegesetz +++

Bereits am 5. Juli 2019 hat der Thüringer Landtag das neue Thüringer Vergabegesetz verabschiedet. Unter anderem werden öffentliche Auftragnehmer, wenn sie einen Auftrag der öffentlichen Hand im Land Thüringen erhalten wollen, an die Einhaltung von umweltbezogenen und sozialen Kriterien sowie die Einhaltung eines Mindestlohns in Höhe von EUR 11,42 gebunden.

Zu den wichtigsten Neuerungen im Rahmen der Reform gehören die Änderungen im Rahmen der neuen §§ 4 und 13 ThürVgG: Während nach der alten Fassung ökologische und soziale Belange auf allen Stufen des Vergabeverfahrens berücksichtigt werden konnten, sollen nach § 4 Abs. 1 ThürVgG in der neuen Fassung die voraussichtlichen Betriebskosten, die Kosten für den Energieverbrauch sowie die Entsorgungskosten nebst den voraussichtlichen Anschaffungskosten berücksichtigt werden; dies unter Berücksichtigung des Lebenszykluskostenprinzips. § 4 Abs. 3 ThürVgG n.F. nennt hierbei beispielhaft, welche umweltbezogenen und sozialen Aspekte insbesondere in Betracht kommen. § 13 ThürVgG n.F. sieht weiterhin vor, dass im Rahmen der Zuschlagserteilung dem Bieter der Vorzug zu gewähren ist, der bei sonst gleichwertigen Angeboten ein mehr an sozialen und umweltbezogenen Maßnahmen durchführt. Die Rechtsfolgen regelt § 7 Abs. 3 ThürVgG n.F., welcher den Ausschluss des Bieters im Falle des Verstoßes gegen umwelt-, sozial- oder arbeitsrechtliche Verpflichtungen vorsieht.

Gemäß Art. 6 des Gesetzes zur Änderung des Thüringer Vergabegesetzes und anderer haushaltsrechtlicher Vorschriften tritt das neue Thüringer Vergabegesetz am 1. Dezember 2019 in Kraft.

## +++ Rheinland-Pfalz führt neue Wertgrenzen für die freihändige Vergabe und die beschränkte Ausschreibung ohne Teilnahmewettbewerb ein +++

Das Landesministerium für Wirtschaft, Verkehr, Landwirtschaft und Weinbau hat mit Schreiben vom 17. Juli 2019 neue Wertgrenzen im Bereich der freihändigen Vergabe und der beschränkten Ausschreibung ohne Teilnahmewettbewerb festgesetzt.

Im Rahmen von Bauleistungen nach der VOB/A können Auftragsvergaben bis zu einem Auftragswert von EUR 200.000 netto in einer beschränkten Ausschreibung ohne Teilnahmewettbewerb vergeben werden und bis zu einem Auftragswert von EUR 40.000 netto im Rahmen einer freihändigen Vergabe.

Ähnliches gilt auch für die Vergabe von Liefer- und Dienstleistungen nach VOL/A. Hier kann bis zu einem Auftragswert von EUR 80.000 netto die beschränkte Ausschreibung ohne Teilnahmewettbewerb ohne weitere Begründung gewählt werden und bis zu einem Auftragswert von EUR 40.000 netto eine freihändige Vergabe durchgeführt werden.

Eine weitere Erleichterung ergibt sich auch bei der Vergabe von Planungsleistungen (Architekten- und Ingenieursleistungen). Hier kann bis zu einer Wertgrenze von EUR 25.000 netto mit nur einem Bieter verhandelt werden, ohne dass weitere Planungsbüros beteiligt werden müssen.

## 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 2019.

### 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](mailto: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](mailto:Frank.Obermann@bblaw.com)  
Stephan Rechten | [Stephan.Rechten@bblaw.com](mailto:Stephan.Rechten@bblaw.com)

#### DÜSSELDORF

Cecilienallee 7 | 40474 Düsseldorf  
Tel.: +49 211 518989-0  
Dr. Lars Hettich | [Lars.Hettich@bblaw.com](mailto:Lars.Hettich@bblaw.com)  
Sascha Opheys | [Sascha.Opheys@bblaw.com](mailto: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](mailto:Hans.VonGehlen@bblaw.com)  
Christopher Theis | [Christopher.Theis@bblaw.com](mailto:Christopher.Theis@bblaw.com)

#### HAMBURG

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

#### MÜNCHEN

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