

Bericht 11. Vergabetag Bayern

Am 9. November 2023 fand der 11. Vergabetag Bayern das vierte Mal als Hybridveranstaltung statt. Rund 132 Präsenzteilnehmer im Forum der IHK-Akademie München sowie 194 Onlineteilnehmer via Livestream informierten sich über die aktuellen Entwicklungen im Vergaberecht. Die Veranstaltung wurde – wie in den Vorjahren – in Kooperation mit der Bayerischen Architektenkammer sowie der Bayerischen Ingenieurekammer Bau durchgeführt.

Die Workshops wurden auch dieses Jahr im Zoom Meeting live übertragen. Dabei wurde seitens der Onlineteilnehmer vom angebotenen Chat und dem „Frage-und-Antwort-Tool“ reger Gebrauch gemacht.

Vorträge am Vormittag zu den neuesten Entwicklungen im Vergaberecht

Aktuelle Neuerungen im Vergaberecht

Herr Stefan Gerbracht, Leitender Ministerialrat des Bayerischen Staatsministeriums für Wirtschaft Landesentwicklung und Energie, informierte die Teilnehmer im ersten Vortrag zu aktuellen Neuerungen im Vergaberecht. Dabei nahm er die aktuellen Wertgrenzen nach der Verwaltungsvorschrift zum öffentlichen Auftragswesen (VVöA), die Umweltrichtlinie, die Gemeinsame Bund-Länder Fortbildungsinitiative Nachhaltige Beschaffung, die Vergabetransformation sowie die eForms Verordnung in den Fokus.

Wegen der Fortdauer, der sich aus der Ukraine-Krise ergebenden Herausforderungen bei Beschaffungen, sei eine weitere Verlängerung der befristet erhöhten Wertgrenzen bis zum 31.12.2024 erfolgt.

Bei der aktuellen Überarbeitung der Umweltrichtlinie werde der Klimaschutz und die Sicherstellung einer klimafreundlichen Beschaffung stärkere Berücksichtigung finden, wobei eine übermäßige Bürokratie vermieden werden soll. Die Staatsregierung orientiere sich hierbei Bayerischen Klimaschutzgesetz, dem Bayerischen Klimaschutzprogramm und der Allgemeinen Verwaltungsvorschrift zur Beschaffung klimafreundlicher Leistungen (AVV Klima) des Bundes.

Hinsichtlich der Förderung einer nachhaltigen Beschaffung verwies Herr Gerbracht auf die gemeinsame Bund-Länder Fortbildungsinitiative Nachhaltige Beschaffung, an der neben dem Bund die Länder Bayern, Hamburg, Nordrhein-Westfalen und Rheinland-Pfalz beteiligt sind. Ausgebildete Trainerinnen und Trainer – unter anderem auch Mitarbeiter des ABZ Bayern – werden voraussichtlich im 1. Halbjahr 2024 eingesetzt, um Schulungen zu nachhaltiger öffentlicher Beschaffung in den Vergabestellen auf Landes- und Kommunalebene durchzuführen. Damit leiste Bayern einen wesentlichen Beitrag auf dem Weg zu einer nachhaltigen und klimaneutralen Verwaltung.

Im Weiteren stellte er das Vergabetransformationspaket mit den verschiedenen Aktionsfeldern vor, dessen Ziel die Vereinfachung, Professionalisierung, Digitalisierung und

Beschleunigung der öffentlichen Beschaffung ist und diese gleichzeitig die soziale, ökologische und innovative Ausrichtung stärken soll. Zum Aktionsfeld 3 (Soziale nachhaltige Beschaffung) merkte er unter Hinweis auf den Referentenentwurf zum Tariftreuegesetz des Bundesministeriums für Arbeit und Soziales an, die Staatsregierung plane nicht die Verabschiedung eines Tariftreue- und Vergabegesetz.

Anschließend ging er auf die seit dem 25.10.2023 für EU-Bekanntmachungen zu nutzenden elektronischen Formularen (eForms), den neuen zentraler Bekanntmachungsservice (www.oeffentlichevergabe.de) und auf die Streichung von § 3 Abs. 7 Satz 2 VgV ein.

Der Vortrag endete mit einem Überblick zum Bericht zur Vergabestatistik, dessen Erhebung von Daten nach der Vergabestatistikverordnung im Oktober 2020 startete und vom statistischen Bundesamt nun für das zweite Halbjahr 2021 ausgewertet wurde.

Aktuelle Rechtsprechung Vergabekammern und Oberlandesgerichte

Zur aktuellen Rechtsprechung der Vergabekammern und Oberlandesgerichte referierte Herr Matthias Steck, Regierungsdirektor und Vorsitzender der Vergabekammer Südbayern, München. Er eröffnete seinen Vortrag mit dem Vorlagebeschluss des OLG Düsseldorf, vom 15.02.2023 -Verg9/22 an EuGH zur Frage, ob die Regelungen zur Dinglichkeitsvergabe einzuschränken sind, in Situationen, in denen es um Leistungen der Daseinsfürsorge geht, die nicht unterbrochen werden dürfen. Dem liegt der Fall von Schülerbeförderungsleistungen zugrunde. Hier erfolgte mittels eines Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb im Wege einer Interimsvergabe wegen Dringlichkeit der Zuschlag auf ein Angebot.

In Fortsetzung der ständigen Rechtsprechung hat das OLG darauf hingewiesen, dass die Voraussetzungen nach § 14 Abs. 4 Nr. 3 VgV nicht vorgelegen haben, weil der Auftraggeber die Dinglichkeit selbst verursacht hat. Im Weiteren ist das OLG jedoch der Auffassung, dass der Aspekt der Zurechenbarkeit und Vorhersehbarkeit hinter die Notwendigkeit der Kontinuität der Leistungserbringung zurücktreten müsse, wenn unverzichtbare Leistungen der Daseinsvorsorge unmittelbar gefährdet sind.

An einer entsprechend einschränkenden Anwendung des § 14 Abs. 4 Nr. 3 VgV sah sich das OLG jedoch durch den eindeutigen Wortlaut des Art. 32 Abs. 2 lit. c der Vergaberichtlinie 2014/24/EU gehindert. Herr Steck verwies abschließend auf die große Bedeutung des Vorlagebeschlusses, auch für die VK Südbayern stelle sich die Frage in der Praxis immer wieder und es bestehe hier eine divergierende Rechtsprechung der Vergabesenate.

Die nächste Entscheidung, die Herr Steck vorstellte, war das Urteil des BGH vom 16.05.2023 -XIII ZR 14/2. Es ging um die Formalien des Angebots, die Vorgabe von Dateiformaten im Angebot und die Folgen, wenn ein Bieter die Vorgaben des öffentlichen Auftraggebers zur äußeren Gestaltung des Angebots missachtet. Der Fall betraf Abbruch- und Sanierungsarbeiten nach Abschnitt 1 der VOB/A. Entgegen den Vorgaben in den Vergabeunterlagen, dass Angebot als GAEB-Datei einzureichen, gab die Klägerin das (günstigste) Angebot als PDF-Datei ab. Deswegen erfolgte der Angebotsausschluss. Der BGH sieht den Ausschluss des Angebots der Klägerin zu Recht nach § 16 Abs. 1 Nr. 2, §13 Abs. 1 Nr. 1 VOB/A 2016. Er führt aus, der in §13 Abs. 1 Nr. 1 Satz 1 VOB/A verwendete Begriff der „Form“ beschränkt sich nicht auf die gesetzlich geregelten Formvorgaben (§126 ff. BGB), sondern die Form des Angebots umfasst auch die Einreichung der zu verwendenden elektronischen Mittel. Damit lag nach Auffassung des

BGH ein formwidriges Angebot vor. Herr Steck, wies darauf hin, dass es sich bei dem Urteil um einen bedauerlichen Rückfall in den Formalismus handelt und das Urteil im Widerspruch zur Rechtsprechung des BGH zur Beifügung von abweichenden Vertragsbedingungen (BGH, Urteil vom 18.06.2019 -X ZR 86/17) steht.

Bei der Entscheidung des EuGH, Urteil vom 17.11.2022 –C-54/21 ging es um Geheimhaltung und rechtliches Gehör, also die zentrale Frage, welche Informationen der öffentliche Auftraggeber einem unterlegenen Bieter zur Verfügung stellen muss, wenn der Bieter einen entsprechenden Auskunftsanspruch geltend macht und welche Informationen konkurrierenden Bietern im Rahmen des Nachprüfungsverfahrens durch die Nachprüfungsinstanzen zur Verfügung zu stellen sind.

Der EuGH betont die Notwendigkeit der Abwägung zwischen Geheimhaltungs- und Offenlegungsinteressen. Bei der Abwägung ist insbesondere darauf zu achten, ob Informationen in künftigen Vergabeverfahren einen wirtschaftlichen Wert haben, der sich nicht auf den fraglichen öffentlichen Auftrag beschränkt, so dass ihre Offenlegung berechnete geschäftliche Interessen oder den lautereren Wettbewerb beeinträchtigen kann. Herr Steck verwies darauf, dass mit der Entscheidung die deutsche Praxis in Frage gestellt wird, keinerlei Inhalte der Angebote des erfolgreichen Bieters an die Konkurrenten herauszugeben, sowohl durch die Auftraggeber als auch bei der Akteneinsicht im Nachprüfungsverfahren. Geheimzuhalten wird nach der Entscheidung regelmäßig der genaue Angebotsinhalt und die Beschreibung der Art und Weise der Auftragsausführung.

Der Vortrag endete mit Ausführungen zu zwei Entscheidungen des BayObLG. Und zwar den Beschluss vom 26.04.2023 -Verg16/22, zur Abgrenzung von Bau- und Lieferauftrag. Hier stellte das BayObLG fest, dass ein Bauauftrag nicht vorliegt, bei nicht im zeitlichen Zusammenhang mit der Fertigstellung der baulichen Anlage erfolgreicher Beschaffung von Gegenständen, deren Einbau keine baulichen Änderungen erfordert bzw. im Verhältnis zur Lieferung völlig untergeordnete Bedeutung hat.

Die zweite Entscheidung, Beschluss vom 06.09.2023 – Verg 5/22 betraf überzogenen Eignungsanforderungen und das Absehen von der Losaufteilung. Das BayObLG verneinte hierbei die Präklusion des Antragstellers hinsichtlich der unterlassenen Fachlosaufteilung, da die Rügepflicht nicht voraussetzt, dass der Bieter die Gründe des Auftraggebers für das Absehen von der Losaufteilung kennt und dass ein durchschnittlich fachkundiger Bieter unter Anwendung der üblichen Sorgfalt erkennen kann, dass es einen eigenständigen Anbietermarkt mit spezialisierten Fachunternehmen im betreffenden Bereich gibt. Hinsichtlich der Eignungsanforderungen führte es aus, dass diese zwar in Verbindung zum Auftragsgegenstand stehen und zum Nachweis der technischen und beruflichen Leistungsfähigkeit geeignet sind. Sie aber zu einer sehr starken Wettbewerbseinschränkung führen. In einem solchen Fall muss die Anforderung durch gewichtige Gründe gerechtfertigt sein.

Podiumsdiskussion zum „Vergabetransformationspaket“

Schwerpunkt Aktionsfeld 5: Förderung von Mittelstand, Start-ups und Innovationen

In der diesjährigen Podiumsdiskussion wurde das Vergabetransformationspaket in den Blick genommen, und zwar das Aktionsfeld 5 zur Förderung von Mittelstand, Start-Ups und Innovationen. Der Kreis der Diskutanten umfasste alle am Beschaffungsprozess Beteiligten: der betroffene Planer, die Start-Ups, die Auftraggeberseite sowie ein Vertreter aus dem Bundeswirtschaftsministerium per Livezuschaltung aus Berlin. Zu Wort kamen Herr Dr.-Ing. Werner Weigl (2. Vizepräsident der Bayerischen Ingenieurekammer-Bau,

München, Geschäftsführender Gesellschafter BBI INGENIEURE GMBH, Landshut), Herr Dr. Carsten Rudolph (Geschäftsführer BayStartUp, GmbH Nürnberg), Herr Ralf Wulf (Hauptabteilungsleiter Baureferat Ingenieurbau, Landeshauptstadt München) und Herr Dr. Benjamin Häusinger (Referat IB3 - Öffentliche Aufträge; Vergaberecht; Immobilienwirtschaft, Bundesministerium für Wirtschaft und Klimaschutz, Berlin). Moderiert wurde die Podiumsdiskussion von Herrn Prof. Dr. Martin Burgi (Forschungsstelle für Vergaberecht und Verwaltungskooperationen der LMU München).

Prof. Burgi leitete seinem Impulsvortrag mit dem Hinweis ein, dass bisher kein Referentenentwurf eines Vergabetransformationspakets vorliegt und sprach dann die Zusammenfassung der vierten digitalen Gesprächsrunde im Rahmen der öffentlichen Konsultation des BMWK vom 20. Juni 2023 zum Aktionsfeld 5 an. Danach ist der Losgrundsatz umstritten, in der Mehrzahl wird eine Flexibilisierung gefordert, auf die Komplexität der Verfahren und des Aufwands für die Bieter wird hingewiesen und damit auf eine Einstiegshürde insbesondere für KMU, funktionale Ausschreibungen und innovative Verfahren werden eher selten genutzt.

In der ersten Diskussionsrunde widmete sich Prof. Burgi dem Thema Losvergabe. Er stellte zunächst ein paar einführende Überlegungen voran. So bestehe im deutschen Recht eine Verpflichtung zur Losvergabe, anders in der RL 2024/24/EU, die lediglich eine Erklärung zur Prüfung der Losvergabe vorsehe, was europarechtliche Spielräume eröffne. Im Anwendungsbereich des LNG-Beschleunigungsgesetzes sei die Losvergabe suspendiert und im Bundeswehrbeschaffungsbeschleunigungsgesetz eine deutliche Erleichterung der Durchbrechungsgründe vorgesehen. Mit der Frage, ob die Losvergabe beizubehalten oder zu suspendieren sei, ob eine weitere sektorale Differenzierung erfolgen oder die Losvergabe aus dem Kreis der bieterschützenden Vorschriften herausgenommen werden solle, startete die Diskussion.

Dr. Häusinger äußerte sich dahingehend, sein Haus verstehe sich auch als Mittelstandsministerium, man werde bei dem Thema der Losvergabe und des Vergabetransformationspaketes insgesamt auf einen angemessenen Ausgleich der Vergabestellen und des Mittelstands achten.

Dr.-Ing. Weigl plädierte unter Hinweis auf seine Branche, die stark mittelstandsorientiert und kleinteilig ist, für die Beibehaltung der Losvergabe. Er sieht keine Notwendigkeit aus Gründen der Verschlinkung oder Innovation von der Losvergabe abzusehen. Es gäbe aber einige andere Stellschrauben für Erleichterungen des Mittelstands in Vergabeverfahren, beispielsweise vom reinen Preiswettbewerb bei Ingenieurleistungen wegzukommen.

Dr. Rudolph äußerte, dass sich Start-ups im Detail keine Gedanken machen, ob sich für sie durch die Losvergabe Vorteile bei Ausschreibungen ergeben, da das öffentliche Auftragswesen in seiner Gesamtheit für sie eine erhebliche Herausforderung darstellt. Sie ziehen deshalb eine Beteiligung an öffentlichen Ausschreibungen nicht in Betracht, auch wenn sie über Produkte und Leistungen verfügen, die innovativ und für öffentliche Auftraggeber interessant wären. Start-ups versuchen eher im privatwirtschaftlichen Bereich einzusteigen. Unabhängig davon sei der Grundsatz der Losvergabe aus Sicht Start-ups aber positiv zu bewerten.

Herr Wulf warb um Beibehaltung der Losvergabe und nahm hier Bezug auf große Bauvorhaben der Stadt München, wie zum Beispiel den Mittlere Ring Tunnel, der in drei Losen ausgeschrieben wurden. Losweise Vergabe werden benötigt, um technisch inhaltlich sinnvoll zu vergeben. Der Koordinationsaufwand bei einer losweisen Vergabe sei für den Auftraggeber zwar größer, die Qualität und Überprüfbarkeit der Leistungen bei Losen jedoch besser. Er regte ergänzend an, sich Gedanken zum Thema Preis und Wertungskriterien zu machen und verwies auf die Praxis, dass er sich häufig mit Unterkostenangeboten konfrontiert sieht und diese nicht ausschließen kann, wenn der Bieter sagt, der Preis sei für ihn auskömmlich. Ein fairer Preis sei auch Mittelstandsschutz, weil sonst zukünftig nur noch Großunternehmen am Markt wären.

In der zweiten Diskussionsrunde wurde, dass Thema Start-ups und Innovationen beleuchtet. Auch hierzu gab es ein paar einführenden Überlegungen durch Prof. Burgi, betreffend den verstärkten Einsatz von funktionalen Leistungsbeschreibungen, den verstärkter Einsatz von Markterkundungen und Innovationspartnerschaft bei Ausschreibungen sowie die Festlegung der Eignungskriterien, also ein Start-up-freundliches Mindset, insbesondere bei den Anforderungen für Referenzen.

Herr Wulf berichtete hierzu über den Einsatz von Innovationen in der Stadt München. Eine Containeranlage zum Absaugen von CO² an der Landshuter Allee, als Pilotprojekt. Hinsichtlich der Referenzen verwies er auf Möglichkeit der Zurechnung von Büroreferenzen für den Bewerber.

Dr. Rudolph sieht auch die Eignungskriterien, insbesondere die Referenzen für die Beteiligung von Start-ups als entscheidend an. Referenzen sein in der Regel vorhanden, da Start-ups im Regelfall schon mehrere Jahre am Markt tätig sind. Hinsichtlich eines positiven Geschäftsergebnis müsse man bei Start-ups deren besondere Finanzierung beachten, diese weisen in den Anfangsjahren häufig Verluste aus. Ein Tariftreue- und Vergabegesetz wäre nach seiner Ansicht ein erhebliches Hindernis für Start-ups. Aus Sicht von Start-ups wäre der Einstieg in den öffentlichen Markt über kleinere Pilotprojekte sinnvoll.

Dr.-Ing. Weigl beklagte hier die häufige Forderung nach Zertifikaten für Umwelt- oder Qualitätsmanagement, welche die Beteiligung von kleineren Unternehmen behindern. Auch die Verfahrensgestaltung spielt für Beteiligung von Start-ups eine Rolle, hierfür verwies er auf das Beispiel eines Verfahrensleitfadens, bei dem sich erst auf Seite fünfund-siebzig die Eignungskriterien finden. Dies schrecke insbesondere junge Unternehmen ab.

Dr. Häusinger bestätigte, dass es sich hier um ein für das Ministerium wichtiges Thema handelt. Für die Praxis sieht er drei Herausforderungen. Das bestehende vergaberechtliches Instrumentarium wird nicht ausreichend genutzt, Stichwort: funktionale Ausschreibung, Nebenangebote, Markterkundung. Die Eignungskriterien werden mitunter überzogen, Stichworte: Verhältnismäßigkeit, Verbindung zum Auftragsgegenstand. Hierzu bestehen Überlegungen dies zukünftig rechtlich besser zu leiten. Die Verfahren zu vereinfachen, um mehr Unternehmen für öffentliche Aufträge zu interessieren.

Bunte Vielfalt an Workshops am Nachmittag

Die Workshops am Nachmittag widmen sich konkreten vergaberechtlichen Themen.

Schwellenwertberechnung bei Architekten- und Ingenieurleistungen

Dr. Tobias Schneider, Rechtsanwalt und Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht, Kapellmann und Partner Rechtsanwälte mbB startete seinen Vortrag mit einem Überblick zur Komplexität von Bauvorhaben und damit dem Umfeld, in dem Planungsleistungen regelmäßig erbracht werden. Im Weiteren folgten Ausführungen zur Berechnung des Auftragswertes nach der bis zum 23.08.2023 geltenden Regelung des § 3 Abs. 7 S. 2 VgV und der hieraus in der Praxis häufig anzutreffenden Folge, dass keine leistungsbildübergreifende Addition von Planungsleistungen erfolgte, diese im Regelfall nach § 50 UVgO oder nach Haushaltsrecht ausgeschrieben wurden und die Bieter meist regional ansässig oder „bekannt und bewährt“ waren. Dies versehen mit dem Hinweis das dieses Vorgehen in den letzten Jahren zunehmend streitig war.

Es folgte die Darstellung der geänderten Rechtslage nach Streichung von § 3 Abs. 7 S. 2 VgV ab dem 24.08.2023, wonach Planungsleistungen nicht mehr privilegiert sind und wie andere Dienstleistungen behandelt werden. Was zu der Frage führte, wann Lose zu bilden sind. Diese wurde unter Hinweis auf die Regelungen des GWB und der VgV, die Begründung des Gesetzgebers in der eForms-Verordnung sowie der Rechtsprechung des EuGH und der nationalen Rechtsprechung beantwortet. Im Kern läge danach ein einheitlicher Gesamtauftrag aus mehreren Losen vor, sofern diese in wirtschaftlicher und technischer Hinsicht eine innere Kohärenz und eine funktionelle Kontinuität aufweisen. Zur Kohärenz von Planungsleistungen wurden die vertragstypischen Pflichten aus Architekten- und Ingenieurverträgen und die besonderen Grundlagen des Honorars der HOAI in den Blick genommen. Der Vortrag schloss mit Ausführungen zur Regelung der Auftragswertberechnung und Losbildung in Österreich und Frankreich sowie Handlungsempfehlungen, beispielsweise dem Abschluss von Rahmenvereinbarungen über Planungsleistungen oder der Nutzung von § 3 Abs. 9 VgV (80/20-Regel).

Anforderungen an die Preisprüfung u. Umgang mit den Formblätter 221 – 223

Herr Bernhard Stolz, Rechtsanwalt, Fachanwalt Bau- und Architektenrecht, Fachanwalt Vergaberecht, Kapellmann und Partner Rechtsanwälte mbB befasste sich mit dem für die Praxis relevanten Thema des Einsatzes der Formblätter 221, 222 und 223 im Bereich der Bauvergaben nach VOB/A. Dabei ging er auf die praxisrelevante Rechtsprechung der VK Bund, sowie der VK Südbayern und des OLG Karlsruhe ein. Der Praxistransfer erfolgte durch entsprechende Erläuterungen zu den etwaigen Beschlüssen und anhand der darin gegenständlichen Fälle. Daraus resultiert, dass zunächst eine Aufgreifschwelle für Preisprüfungen bei 20 % im Bezug zum Zweitplatzierten Angebot liegt. Hieraus erwächst dem öffentlichen Auftraggeber eine Aufklärungspflicht. Keine Aufklärungspflicht ergibt sich regelmäßig bei einem Preisunterschied von 10 %. Bei auffälligen Einzelpreisen oder dem Verdacht einer Mischkalkulation kann der öffentliche Auftraggeber auch bei unter 10 % aufklären. Dabei ist aus Bietersicht wichtig, dass die Preisprüfung vom öffentlichen Auftraggeber plausibel und vollständig erbracht wird. Auch hat der Bieter das Recht auf eine angemessene Frist hinsichtlich der Nachforderung. Es wurde zudem noch darauf hingewiesen, dass die Formblätter nicht Vertragsbestandteil werden. Angeraten wurde darüber hinaus, die Formblätter, wenn dann nur bei Bedarf sowie nur für die entsprechenden Positionen nachzufordern.

Losvergabe – Gesamtvergabe: Grundsätze und aktuelle Entwicklungen

Dr. Mathias Mantler, Rechtsanwalt, Partner und Fachanwalt für Vergaberecht, LUTZ I ABEL Rechtsanwalts PartG mbB veranschaulichte zu Beginn seines Vortrags das vergaberechtliche Spannungsfeld zwischen Losvergabe (Mittelstandsschutz) und Gesamtvergabe (Wirtschaftlichkeit, Innovation etc.), verbunden mit einem Überblick zur Rechtsprechung des Hintergrunds der losweisen Vergabe. Anschließend folgte die Erörterung der Frage, ob sich eine Gesamtvergabe über das Leistungsbestimmungsrecht abgrenzen bzw. begründen lässt. Hierbei erfolgt eine Übertragung der Unterscheidung zwischen dem von der Beschaffungshoheit gedeckten „Was“ der Beschaffung und dem „Wie“ der Beschaffung, das dem Vergaberecht unterworfen ist. Anhand der Rechtsprechung wurde aufgezeigt, dass das „Was“ und „Wie“ sich in der Praxis oft überschneidet und daher keine tragfähige Abgrenzung zulässt und das Leistungsbestimmungsrecht nicht per se eine Gesamtvergabe rechtfertigen kann. Möglich ist es danach jedoch, die Leistung so zu bestimmen, dass ein Gesamtkonzept oder eine einheitliche Lösung beschafft werden soll. Die Einheitlichkeit der Lösung kann einen technischen Ausnahmegrund der Gesamtvergabe rechtfertigen.

Im Weiteren ging der Vortrag der Frage nach, ob Losvergabe überhaupt möglich ist. Auch hierzu erfolgte ein Überblick zur Rechtsprechung, mit der Feststellung, dass eine Leistung nicht in Lose aufgeteilt wird, wenn das fachlich nicht (sinnvoll) möglich ist. Eine Pflicht zur Losaufteilung besteht nur, wenn sich die Leistung aus mehreren tatsächlich abtrennbaren Komponenten zusammensetzt, die sinnvoll einzeln beschafft werden können oder ein eigener Anbietermarkt mit spezialisierten Fachunternehmen besteht. Anschließend wurden die Grundsätze der Gesamtvergabe, d.h. die technischen und wirtschaftliche Gründe unter Anführung der Rechtsprechung in den Blick genommen, versehen mit dem Hinweis, dass bei der Abwägung zwischen losweiser Vergabe oder Gesamtvergabe die primären Ziele Wettbewerb, Transparenz, Gleichbehandlung, Verhältnismäßigkeit und Wirtschaftlichkeit sowie die in § 97 Abs. 3 GWB normierten strategischen Ziele (Qualität, Innovation, soziale und umweltbezogene Aspekte) zu beachten sind. Hinsichtlich der technischen Gründe wurde insbesondere der Beschluss des OLG Frankfurt a. M., v. 14.5.2018 – 11 Verg 4/18 angeführt, der eine wegweisende Entscheidung zur Gleichrangigkeit der Vergabegrundsätze in § 97 GWB darstellt. Dabei ging es um die Gesamtvergabe von Straßenerhaltung und -betrieb. Das OLG stellt hier zusammenfassend fest, dass mit dem Ausschreibungskonzept dem in § 97 Abs. 3 GWB nunmehr ausdrücklich normierten Grundsatz der Innovationsförderung Rechnung getragen werde. Das Fazit des Vortrags lautete: Losvergabe ist kein Selbstzweck und kein Muss. Gesamtvergaben bedürfen im Einzelfall einer sorgfältigen und ausführlichen Begründung. Bei entsprechender Anwendung bieten die gesetzlichen Regelungen praxistaugliche Spielräume und schon die Verfahrensgestaltung (z. B. übergreifende Lösungsvorschläge) ist abwägungsrelevant, nicht nur der Beschaffungsgegenstand (Ausführungsphase).

Dringlichkeitsvergaben im Spiegel der aktuellen Rechtsprechung

Herr Uwe-Carsten Völlink, Rechtsanwalt und Partner, Fachanwalt für Vergaberecht, HEUSSEN Rechtsanwalts-gesellschaft mbH ging in seinem Vortrag aufgrund der aktuell globalen Vorkommnisse im Hinblick auf den vorherrschenden Ukraine-Krieg sowie aus dem daraus resultierenden Anstieg der Flüchtlingszahlen, auf die Möglichkeiten einer Dringlichkeitsvergabe im Lichte der neusten Rechtsprechung ein. Zunächst bot er einen grundlegenden Überblick der aktuellen Gesetzeslage auf Grundlage der VgV

insbesondere § 14 Abs. 4 Nr. 3 VgV. Des Weiteren stellte Herr Völlink die Rechtsfolge dar, sofern eine Bekanntmachung nach § 39 VgV unter Anwendung des § 14 Abs. 4 VgV ausbliebe. Grundlegend wurde darauf hingewiesen, dass ein Ausbleiben einer ex-ante-Bekanntmachung zu einem schwebend unwirksamen Vertrag und bei Aufhebung durch die Vergabekammer zu einer Nichtigkeit des Vertrags und entsprechender Rückabwicklung führt. Nach diesem Überblick ging der Referent auf zwei Falldarstellungen des OLG Frankfurt sowie des BayObLG ein. Dabei wurde dargestellt, dass es bei einer Dringlichkeitsvergabe maßgeblich auf Konsequenz im Hinblick auf die Geschwindigkeit der Erfüllung des Beschaffungsvorhabens sowie auf die Stringenz unter dem Aspekt eines kontinuierlichen Handels der beschaffenden Stelle ankommt. Grundlage für die Beschaffung „ohne“ Vergabeverfahren ist eine faire, transparente und zweifelsfrei erstellte dokumentierte Markterkundung.

Auftragsänderungen während der Vertragslaufzeit, insbes. im Licht von § 132 GWB

Herr Günther Pinkenburg, LL.M., Rechtsanwalt, Fachanwalt für IT-Recht und Vergaberecht, Geschäftsführender Gesellschafter bei MAYBURG Rechtsanwaltsgesellschaft mbH startete seinen Vortrag mit einem Blick auf § 39 Abs. 5 VgV, wonach u. a. Auftragsänderungen nach § 132 Abs. 2 Nr. 2 und 3 GWB bekanntzumachen sind, mit Verweis darauf, dass dies nicht für Nr. 1 (Optionen und Überprüfungsklauseln) gilt. Hier also keine Transparenz zu schaffen ist, was die Nutzung dieser Vorschrift in der Praxis interessant mache.

Es folgte ein Überblick zum Grundsatz nach § 132 Abs. 1 S. 1 GWB, wonach wesentliche Änderungen ein neues Vergabeverfahren erfordern. Sodann die Erläuterung der Regelbeispiele für eine wesentliche Änderung nach S. 3. veranschaulicht für die Regelbeispiele in Nr. 1 lit. a, b, c anhand der Beschaffung von Feuerwehrfahrzeugen. Zu Nr. 2, der Änderung des wirtschaftlichen Gleichgewichts erfolgte der Verweis auf die jüngere Situation bei Schülerbeförderungsleistungen, bei denen sich infolge des Ukrainekriegs Brenn- und Treibstoffkosten stark erhöhten, was zu Preisanpassungsverlangen der Busunternehmer führte. Die dann hierbei zur Lösung angeführte Störung der Geschäftsgrundlage (§ 313 BGB) stellt kein Fall einer wesentlichen Auftragsänderung dar. Die Vorschrift dient lediglich der Wiederherstellung des ursprünglichen vertraglichen Gleichgewichts.

Anschließend erfolgte die Besprechung der Regelungen einer wesentlichen, aber zulässigen Änderung nach § 132 Abs. 2 GWB. Hierbei wurden insbesondere die Überprüfungsklauseln und Option nach Nr. 1 in den Blick genommen und auf deren erhebliche praktische Relevanz in den letzten Jahren hingewiesen, so zum Beispiel Preisgleitklauseln bei IT-Beschaffungen. Die Berücksichtigung von Option schafft erhebliche Flexibilität für den öffentlichen Auftraggeber. Hier besteht wie bereits eingangs erwähnt auch keine Veröffentlichungspflicht. Herr Pinkenburg stellte dabei jedoch die Beachtung der formalen Anforderungen (klar, genau, eindeutig) bei der Formulierung der Optionen und Überprüfungsklauseln heraus. Zu den Voraussetzungen von Nr. 3, im Rahmen der Sorgfaltspflicht nicht vorhersehbarer Änderungen, wurde auf den Ukrainekriegs und Corona-Krise verwiesen. Zum Maßstab der Sorgfaltspflicht wurde der Erwägungsgrund 109 RL 2014/24/EU, und die Rechtsprechung angeführt, die verlangt, dass sich der öffentliche Auftraggeber Gedanken machen muss, über die Vertragsgestaltung zum Abfangen möglicher auftretender Probleme.

Zum Umgang mit Vertragsänderungen in der Praxis empfahl Herr Pinkenburg folgende Prüfungsreihenfolge. Zuerst sollte geprüft werden, ob der Vertrag eine Überprüfungs-klausel oder Option beinhaltet, die ausgeübt werden kann, falls nicht, ob die de-minimis-Regelung greift, im Weiteren dann, ob die Tatbestände § 132 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 – 4 GWB, also zulässige wesentliche Änderung Anwendung finden und schlussendlich § 132 Abs. 1 GWB.

Zum Abschluss des Vortrags wurde noch Entscheidungen zur Kündigungspflicht verga-berechtswidrig zustande gekommener Verträge und zu wesentlichen Änderungen im Hinblick auf Vertragslaufzeiten angesprochen. Das Fazit lautete: Das Vergaberecht endet nicht mit dem Zuschlag, was insbesondere bei Verwendung von Fördermitteln zu beachten ist.

Bietergemeinschaften, Eignungsleihe und Nachunternehmereinsatz bei der Vergabe von Planungsleistungen

Herr Bernhard Stolz, Rechtsanwalt, Fachanwalt Bau- und Architektenrecht, Fachanwalt Vergaberecht, Kapellmann und Partner Rechtsanwälte mbB ging bei seinem zweiten Vortrag auf das komplexe, aber nicht weniger praxisrelevante Thema der Bietergemeinschaften, Eignungsleihe und Nachunternehmereinsatz ein. Hier wurde zunächst in Grundzügen auf den Art. 19 der RL 24/2014 EU eingegangen, um an das Thema heranzuführen. Danach wurden die wesentlichen Unterscheide zwischen Bietergemeinschaft, Nachunternehmer und Eignungsleihe erläutert. Klargestellt wurde, dass es hinsichtlich der Zusammensetzung der Bietergemeinschaft grundsätzlich keine Änderungen geben darf. Die sog. Bieteridentität muss während des laufenden Verfahrens Bestand haben, da eine Änderung innerhalb der Bietergemeinschaft regelmäßig zu einem Ausschluss führen würde. Eine Bietergemeinschaft ist per legem grundsätzlich eine GbR, welche gesamtschuldnerisch haftet. Eine Risikominimierung kann durch eine entsprechende Versicherung erreicht werden. Allgemein wurde darauf hingewiesen, dass die Anforderung hinsichtlich der Eignung an eine Bietergemeinschaft durch den öffentlichen Auftraggeber festzulegen ist. Dabei kann auch der öffentliche Auftraggeber die Bedingungen für eine Bietergemeinschaft festlegen. Die Bedingungen müssen sachlich gerechtfertigt und angemessen sein. Demnach dürfen hier keine höheren Hürden bestehen als für Einzelbieter. Sofern sich ein Bieter als Einzelbieter sowie innerhalb einer Bietergemeinschaft am Verfahren beteiligt, sind beide (Einzelbieter u. Bietergemeinschaft) vom Verfahren auszuschließen.

Impressionen vom 11. Vergabetag Bayern finden Sie auf der Webseite des Auftragsberatungs-zentrums Bayern e. V. – www.abz-bayern.de .

Der nächste Vergabetag Bayern findet voraussichtlich wieder im Herbst 2024 statt.

München, 30.11.2023

Verfasser/in:

Steffen Müller
Stv. Geschäftsführer, Projektleiter
Auftragsberatungszentrum Bayern e. V.

Sebastian Michl
Projektleiter
Auftragsberatungszentrum Bayern e. V.

Blanka Stricevic
Projektleiterin
Auftragsberatungszentrum Bayern e. V.