

# Vergaberecht

April 2018

## Kein Nachprüfungsantrag zur Verhinderung des Zuschlags auf das eigene Angebot

### Der Sachverhalt

Eine Arbeitsgemeinschaft gesetzlicher Krankenkassen schrieb Rahmenverträge über die Herstellung und Lieferung von Zytostatika (bestimmter onkologischer Arzneimittel) aus (§ 129 Abs. 5 S. 3 SGB V a.F.). Die ausgeschriebene Rahmenvereinbarung sah die Berechtigung des Ausschreibungsgewinners zur grundsätzlich exklusiven Versorgung der betroffenen Versicherten während der Vertragslaufzeit vor. Die Ausschreibung erfolgte in unsicherem rechtlichen Umfeld: Schon vor der Veröffentlichung der Ausschreibung hatte das Bundesgesundheitsministerium eine Initiative zu einer Anpassung der für die ausgeschriebene Rahmenvereinbarung maßgeblichen sozialrechtlichen Vorschriften ergriffen. Danach hätten die Versicherten ihre Apotheke für den Bezug der von der ausgeschriebenen Rahmenvereinbarung erfassten Präparate frei wählen können; die vertragliche Exklusivität wäre ins Leere gegangen. Im laufenden Vergabeverfahren änderte die Auftraggeberin unter Berücksichtigung des aktuellen Stands des Gesetzgebungsverfahrens die Vergabeunterlagen und nahm in die ausgeschriebene Rahmenvereinbarung eine besondere Beendigungsregelung auf. Danach sollte der Vertrag automatisch enden, sobald die Versicherten ein freies Apothekenwahlrecht für den Bezug von Zytostatika erhielten. Mehrere Bieter gaben Angebote ab. Noch vor der Zuschlagserteilung änderte der Gesetzgeber die maßgeblichen sozialrechtlichen Vorschriften. Eine Änderung der Regelungen zum Apothekenwahlrecht der Versicherten erfolgte jedoch nicht. Das neue Recht sah allerdings vor, dass Verträge nach § 129 Abs. 5 S. 3 SGB V a.F., wie der hier ausgeschriebene, drei Monate nach Inkrafttreten der Neuregelung unwirksam werden sollten. Ein erfolgreicher Bieter machte im Nachprüfungsverfahren geltend, das bevorstehende Inkrafttreten der gesetzlichen Neuregelung habe die Grundlagen der Ausschreibung wesentlich geändert. Die vorzeitige Vertragsbeendigung verschiebe die Kalkulationsgrundlagen erheblich zu seinem Nachteil. Die Ausschreibung sei daher aufzuheben; es dürfe kein Zuschlag erteilt werden.

### Die Entscheidung des OLG Düsseldorf vom 18.10.2017, VII-Verg 21/17

Das Anliegen des Antragstellers bleibt erfolglos. Die Auftraggeberin hob zwar das Vergabeverfahren noch während des laufenden Beschwerdeverfahrens vor dem OLG Düsseldorf auf, sodass das Gericht nur noch über die Kosten des Verfahrens zu entscheiden hatte. Dabei stimmt das Gericht der Vergabekammer des Bundes, die den Nachprüfungsantrag zuvor als unzulässig verworfen hatte, jedoch uneingeschränkt zu: Ein Nachprüfungsantrag, der allein auf die Verhinderung

des Zuschlags auf das eigene Angebot gerichtet ist, sei unzulässig, weil er kein zulässiges Rechtsschutzziel verfolge. Von diesem Grundsatz gäbe es nur sehr eng gefasste Ausnahmen. Dazu müsse die Zuschlagserteilung für den Antragsteller unzumutbar sein. Das sei aber nur ausnahmsweise unter engen Voraussetzungen der Fall. Das Gericht wendet einen strengen Maßstab an. Hier falle zu Lasten des Antragstellers ins Gewicht, dass schon während der Angebotsphase damit zu rechnen gewesen sei, dass die sozialrechtliche Neuregelung zu einer deutlichen Verkürzung der ursprünglich vorgesehenen Vertragslaufzeit führen konnte. Darauf, dass der Gesetzgeber, anders als zunächst vorgesehen, die Regelung zum freien Apothekenwahlrecht der Versicherten doch nicht änderte, komme es nicht an. Denn sowohl nach der von der Auftraggeberin während der Ausschreibung eingeführten neuen Beendigungsregelung im Vertrag als auch nach der Endfassung der gesetzlichen Neuregelung hätten die Bieter mit einer nur wenige Monate dauernden Vertragslaufzeit rechnen müssen. In einem Fall wie diesem, in dem die kalkulationsrelevante Möglichkeit einer deutlichen Verkürzung der Vertragslaufzeit bereits vor der Angebotsabgabe erkennbar ist, sei die Zuschlagserteilung dem Ausschreibungsgewinner nicht unzumutbar.

### Praxishinweise

Die Entscheidung ist im Hinblick auf zwei praktische Probleme interessant:

Zum einen kommt es vor, dass ein Bieter sich an einer Ausschreibung beteiligt und diese gewinnt, aber das Interesse an der Zuschlagserteilung und der Durchführung des Auftrags verliert. In solchen Fällen stellt sich die Frage, ob ein Nachprüfungsantrag ein Mittel zur Verhinderung der Zuschlagserteilung sein kann. Das Oberlandesgericht stellt klar, dass die Verhinderung des Zuschlags für den Ausschreibungsgewinner in aller Regel kein zulässiges Rechtsschutzziel ist. „Vertragsreue“ reicht für einen erfolgreichen Nachprüfungsantrag also nicht aus. Bieter sollten sich daher vor der Abgabe eines Angebots in der Ausschreibung darüber klar werden, ob sie noch Interesse am Auftrag haben.

Zum anderen stellt das Gericht fest, dass die Zuschlagserteilung nur in engen Ausnahmefällen für den Ausschreibungsgewinner unzumutbar sein kann. Eine schon während der Ausschreibung herrschende Kalkulationsunsicherheit reicht hierfür nicht aus. Hiermit berührt das Gericht einen Problemkreis, der seit langem immer wieder eine Rolle spielt: Wann machen Kalkulationsunsicherheiten der Bieter eine Ausschreibung rechtswidrig? Diese Frage stellt sich häufig bereits während der Angebotsfrist. Hier wurde sie zwar erst nach deren Ablauf relevant, sie wird deshalb aber nicht anders als sonst beantwortet: Einer Kalkulationsunsicherheit – wie hier der Möglichkeit einer deutlichen Verkürzung der Vertragslaufzeit – müssen Bieter in aller Regel durch Sicherheitszuschläge in ihrer Kalkulation Rechnung tragen. Eine Aufhebung einer Aufschreibung ist dagegen nur ganz ausnahmsweise geboten;

der Maßstab hierfür ist streng (vgl. OLG Düsseldorf, 02.11.2016, VII-Verg 27/16). Insofern liegt die Entscheidung auf der Linie der bisherigen Rechtsprechung. Natürlich liegt es im Interesse des Auftraggebers, den Bietern eine gute Kalkulationsgrundlage zur Verfügung zu stellen, wenn er dies kann. Die Bieter können sich aber nicht darauf verlassen, ein erheblich gesteigertes Maß an kalkulationsrelevanten Informationen notfalls streitig erzwingen zu können.



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

## Newsticker

### +++ Erforderlichkeit einer intensiven Auslegung von Vergabeunterlagen durch Bieter macht die Vergabeunterlagen noch nicht rechtswidrig +++

Nach Auffassung des OLG Düsseldorf (Beschluss vom 13.12.2017, Verg 19/17) sind Vergabeunterlagen nicht schon deshalb unklar, weil die Bieter „intensive Auslegungsbemühungen“ entfalten müssen, um sie zu verstehen. Unklar sind Vergabeunterlagen vielmehr erst, wenn fachkundigen Unternehmen auch nach Auslegungsbemühungen mehrere Auslegungsmöglichkeiten verbleiben oder ein zutreffendes Verständnis der Vergabeunterlagen erst auf der Grundlage einer besonderen „Gesamtschau“ erlangt werden kann, die im Vergabewettbewerb erfahrungsgemäß nicht geleistet wird oder geleistet werden kann. Im entschiedenen Fall wollte der Auftraggeber die Zahl der Bieter, die nach Abschluss des Teilnahmewettbewerbs zur Angebotsabgabe aufgefordert werden sollten, auf vier begrenzen. Zu diesem Zweck wollte er anhand einer Punktwertung eine Auswahl unter den geeigneten Bietern vornehmen. Die – nicht ganz triviale – Punktwertung hatte er in einem Informationsmemorandum näher beschrieben. Insbesondere die Voraussetzungen für eine Verdoppelung der erlangten Bewertungspunkte waren dabei nur durch

eine zusammenhängende Lektüre des Informationsmemorandums verständlich, nicht durch eine Betrachtung einzelner Passagen allein. Die Bieter mussten das Informationsmemorandum daher auslegen. Dies hält das OLG Düsseldorf für unschädlich. Dass die Antragstellerin die Voraussetzungen für die Punkteverdoppelung verfehlte, beruhte daher nicht auf einem Vergaberechtsverstoß. Nach Auffassung des Gerichts verblieben nämlich bei intensiver Auslegung der Vergabeunterlagen nicht mehrere Auslegungsmöglichkeiten. Auch wenn Auftraggeber gut beraten sind, die Vergabeunterlagen so klar und deutlich zu fassen wie möglich, können Bieter sich nicht darauf verlassen, ihr (für sie günstiges) Verständnis notfalls streitig durchsetzen zu können. Auch wenn die Vergabeunterlagen aufwendigere Auslegungsbemühungen erfordern, können sie immer noch eindeutig sein. Erst wenn nach Auslegung und gegebenenfalls weiterer Präzisierung durch den Auftraggeber mehrere Auslegungsmöglichkeiten verbleiben, sind die Vergabeunterlagen unklar (und insoweit rügefähig).

### +++ Neue Präqualifizierung im Liefer- und Dienstleistungsbereich in Schleswig-Holstein +++

Seit 1. Januar 2018 können Unternehmen aus Schleswig-Holstein ihre Eignung für die Durchführung von Liefer- und Dienstleistungsaufträgen durch Eintragung in das „amtliche Verzeichnis präqualifizierter Unternehmen“ (AVPQ) nachweisen. Das Verzeichnis führt der DIHK e. V. in Berlin ([www.amtliches-verzeichnis.ihk.de](http://www.amtliches-verzeichnis.ihk.de)). Die für die Präqualifizierung erforderlichen Unterlagen sind an die Auftragsberatungsstelle Schleswig-Holstein zu senden, die von den Industrie- und Handelskammern und der Handwerkskammer in Schleswig-Holstein getragen wird. Erforderlich ist dabei die Übermittlung eines Antrags (Mantelbogen) samt den erforderlichen Eignungsnachweisen. Präqualifizierung und Eintrag in das AVPQ erfolgen für ein Jahr. Die entstehenden Kosten sollen unter EUR 250,00 netto liegen. Ein in das AVPQ aufgenommenes Unternehmen ist bei der Bewerbung um öffentliche Aufträge grundsätzlich als „geeignet“ anzusehen. Außerdem soll das Verzeichnis öffentlichen Auftraggebern, die bei Vergaben ohne öffentlichen Teilnahmewettbewerb nach geeigneten Bietern suchen, sowie gewerblichen und privaten Nachfragern als Anbieterdatenbank dienen. Die bisher betriebene Plattform „Präqualifizierung VOL“ soll mittelfristig aufgelöst werden.

## 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 [Stephan.Rechten@bblaw.com](mailto:Stephan.Rechten@bblaw.com)) oder sonst gegenüber BEITEN BURKHARDT widersprechen.

© BEITEN BURKHARDT Rechtsanwaltsgesellschaft mbH.  
Alle Rechte vorbehalten 2018.

## 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

## Ihre Ansprechpartner

**Berlin** • Kurfürstenstraße 72-74 • 10787 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)

**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)



Weitere interessante Themen und Informationen zum Vergaberecht finden Sie in unserem Onlinebereich.



BEIJING • BERLIN • BRÜSSEL • DÜSSELDORF • FRANKFURT AM MAIN  
HAMBURG • MOSKAU • MÜNCHEN • ST. PETERSBURG

[WWW.BEITENBURKHARDT.COM](http://WWW.BEITENBURKHARDT.COM)