

Newsletter Vergaberecht

Dezember 2022



Sehr geehrte Damen und Herren,

hiermit erhalten Sie unseren aktuellen Newsletter Vergaberecht, Ausgabe Dezember 2022. Mit Rücksicht darauf, dass in diesen Tagen vor Weihnachten noch viel zu erledigen ist und Ihre Zeit auch knapp sein dürfte, haben wir die Beiträge in dieser Ausgabe etwas komprimierter dargestellt.

Wir wünschen gleichwohl eine angenehme Lektüre!

Mit vorweihnachtlichen Grüßen

Stephan Rechten

Rechtsanwalt

[vCard](#)



Nicht nur Geschäftsgeheimnisse sind zu schützen

[zum Artikel](#)

Punkteabzüge in der Angebotswertung wollen begründet sein

[zum Artikel](#)

Unreflektierte Rückforderungsautomatismen verbieten sich im
Zuwendungsvergaberecht

[zum Artikel](#)

Eine Vor-GmbH kann rechtswirksam Angebote abgeben

[zum Artikel](#)

Positionspapier des BDI: Verfahrensbeschleunigung ohne Eingriffe in das
Vergaberecht

[zum Artikel](#)

ADVANT Beiten Textsammlung Vergaberecht 2022 kostenlos abrufbar

Auch wenn sich die Vergabewelt in den vergangenen drei Jahren nicht ganz so schnell gedreht hat, haben sich gleichwohl zahlreiche legislative Änderungen und Neuerungen ergeben. Grund genug für uns, unsere beliebte Textsammlung Vergaberecht auf einen aktuellen Stand zu bringen. Die Ausgabe 2022 enthält alle wichtigen Rechtstexte zum ober- und unterschwelligen Vergaberecht sowie die 2021 hinzugetretene Wettbewerbsregisterverordnung (WRegV) und das Saubere-Fahrzeuge-Beschaffungs-Gesetz (SaubFahrzeugBeschG). Zudem haben wir erstmals weitere beschaffungsrelevante Normen weiterer Bundesgesetze im Auszug hinzugefügt (z. B. MiLoG, SchwarzArbG oder KSG) und um weitere praxisrelevante Dokumente ergänzt (z. B. Schwellenwerte 2022/2023, Katalog der Bauleistungen im Anhang II zur RL 2014/24/EU, Zusammenstellung der sozialen und besonderen Dienstleistungen im Anhang XIV zur RL 2014/24/EU).

Das Kompendium können Sie auf unserer Homepage kostenlos herunterladen:

[zur Textsammlung](#)

REDAKTION (verantwortlich)

Stephan Rechten | Rechtsanwalt
© Beiten Burkhardt
Rechtsanwaltsgesellschaft mbH

Vergaberecht@advant-beiten.com
www.advant-beiten.com

Nicht nur Geschäftsgeheimnisse sind zu schützen

Der EuGH präzisiert in einem aktuellen Urteil vom 17. November 2022 – Rs. C-54/21 den Umfang und die Anwendbarkeit des grundsätzlichen Schutzes von vertraulichen Informationen, die ein Bewerber oder Bieter dem öffentlichen Auftraggeber im Rahmen von der Vergabe öffentlicher Aufträge übermitteln. Gegenstand ist ein Vorabentscheidungsersuchen nach Art. 267 AEUV. Der klagende Bieter trug vor, dass der Auftraggeber bestimmte Informationen, die er von den anderen Bietern im Vergabeverfahren erlangt hatte, an die übrigen Bieter zu Unrecht nicht weitergegeben habe. Der EuGH führt hierzu aus, dass die Vergaberichtlinie 2014/24/EU einem Mitgliedsstaat zwar nicht verbiete, an den Begriff des "Geschäftsgeheimnisses" i.S.v. Art. 2 RL 2016/943 anzuknüpfen, um den Umfang der vertraulichen Behandlung von Informationen abzugrenzen. Jedoch stehe es der RL 2014/24/EU entgegen, wenn die Regelung des Mitgliedsstaats kein angemessenes Regelwerk enthalte, welches den Auftraggebern ausnahmsweise erlaube, die Offenlegung von Informationen zu verweigern, auch wenn diese nicht als "Geschäftsgeheimnisse" gelten. Der Schutz der Vertraulichkeit nach der RL 2014/24/EU geht nach Auffassung des Gerichtshofs also über den Schutz der Geschäftsgeheimnisse hinaus.

Jedoch wies der EuGH auch die Grenzen dieser gelockerten Vertraulichkeitsauslegung für bestimmte Informationsarten auf. Insbesondere einschlägige Informationen über die Erfahrung der anderen Bieter und deren Referenzen könnten tendenziell nicht als vertrauliche Informationen eingeordnet werden. Eine Rolle spiele bei der Beurteilung der Vertraulichkeit von Erfahrungen und Referenzen auch, ob die Informationen einen wirtschaftlichen Wert über den gegenständlichen Auftrag hinaus haben oder ob ein öffentliches Interesse an der Geheimhaltung bestehe. Aus Gründen der Transparenz und des Rechts auf einen wirksamen Rechtsbehelf müssten die Bieter zumindest Zugang zum wesentlichen Inhalt der Informationen erhalten, die jeder Bieter zu seiner einschlägigen Erfahrung und den Referenzen an den öffentlichen Auftraggeber weitergibt.

Punkteabzüge in der Angebotswertung wollen begründet sein

Die VK Lüneburg hat mit Beschluss vom 14. Juli 2022 – VgK-12/2022 an den Punkteabzug im Rahmen einer Produktpräsentation in der Angebotsphase strenge Voraussetzungen geknüpft. Um in der Angebotsphase zwischen den Bietern einen Vergleich herstellen zu können, war die Erstellung einer Produktpräsentation gefordert, die mithilfe eines Punktesystems bewertet wurde.

Zwar verfügt der öffentliche Auftraggeber bei der Angebotswertung nur über einen begrenzt nachprüfbaren Beurteilungsspielraum. Die Nachprüfungsinstanzen können die Grenzen der Einhaltung des Spielraums somit nur darauf kontrollieren, ob das vorgeschriebene Verfahren eingehalten wurde, von einem zutreffenden und vollständig ermittelten Sachverhalt ausgegangen worden ist, keine sachwidrigen Erwägungen in die Entscheidung eingeflossen sind und allgemeingültige Bewertungsmaßstäbe beachtet worden sind.

Diesen Anforderungen genügte die Bewertung des Auftraggebers in dem vorliegenden Sachverhalt nach Auffassung der VK nicht in allen Fällen. Es fehle teilweise an einer ausreichenden Begründung der Punkteabzüge. Bloße Stichworte ohne nähere Ausführungen genügten nicht für die Nachvollziehbarkeit eines Punkteabzugs. Ein solcher Mangel an Begründung führe zur Vergaberechtswidrigkeit des Punkteabzuges.

Die VK Lüneburg verpflichtete den Auftraggeber daher, erneut in die Angebotswertung einzutreten und die Punktevergabe zu wiederholen.

Die Entscheidung fügt sich in das Bild einer Begrenzung des grundsätzlich weiten Beurteilungsspielraums des Auftraggebers im Rahmen der Bewertung von Präsentationen in Form einer Dokumentationspflicht mit hohen Anforderungen (so auch BGH, Beschluss vom 4. April 2017 –X ZB 3/17).

Unreflektierte Rückforderungsautomatismen verbieten sich im Zuwendungsvergaberecht

Im Rahmen einer nationalen "Feuerwehrförderung" für ein Löschfahrzeug in Schleswig-Holstein hatte der Zuwendungsempfänger nach Erhalt des Zuwendungsbescheids gegen mehrere Vergabeauflagen nach der VOL/A verstoßen. Daraufhin nahm der Zuwendungsgeber eine vollständige Rückforderung der Fördermittel vor. Das OVG Schleswig-Holstein entschied in zweiter Instanz mit Urteil vom 23. August 2022 – 5 LB 9/20, dass bei den Rechtsfolgen von Vergabeverstößen im Hinblick auf den Bestand des Zuwendungsbescheids und der Rückforderung von Fördermitteln stets der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz beachtet werden müsse. Die Behörde (Zuwendungsgeber) müsse hinsichtlich des Widerrufs des Zuwendungsbescheids und der Rückforderung der Fördermittel den ihr zustehenden Ermessensspielraum erkennen und prüfen, ob nicht ausnahmsweise eine andere Entscheidung als der vollständige Widerruf in Betracht komme. Die Schwere des Vergabeverstößes ist nach Auffassung des OVG hierfür genauso beachtlich wie die Auswirkungen auf die haushaltsrechtlichen Grundsätze der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit. Ebenso sei die finanzielle Belastung des Zuwendungsempfängers zu berücksichtigen. Nach Ansicht des OVG Schleswig-Holstein ist es zudem denkbar, den Widerruf aus Gründen der Verhältnismäßigkeit auf einen bestimmten Zeitraum zu beschränken.

Das OVG führt die Linie des BVerwG (Urteil vom 10. Dezember 2003 – 3 C 22.02) fort, indem es sich gegen einen Widerrufsautomatismus bei Feststellung eines Auflagenverstößes stellt. Das Prüfprogramm des Zuwendungsgebers umfasst nach dieser Rechtsprechung vielmehr eine rechtskonforme Ermessensausübung unter Beachtung der Verhältnismäßigkeit, wenn ein Verstoß gegen eine vergaberechtliche Auflage vorliegt.

Eine Vor-GmbH kann rechtswirksam Angebote abgeben

Im Rahmen einer (noch nicht bestandskräftigen) Entscheidung der VK Bund vom 28. September 2022 – VK 1-79/22 wird die Frage aufgeworfen, ob ein Bieter unter neu gegründeter Firma (GmbH in Gründung) bei der Angebotswertung berücksichtigt werden darf. Die Angebotsabgabe durch eine Vor-GmbH könnte deshalb problematisch sein, weil der gesellschaftsrechtliche Gründungsprozess bei der Vor-GmbH noch nicht vollständig abgeschlossen ist. Jedoch ist die Aussage der VK Bund zu der vergaberechtskonformen Abgabe des Angebots einer Vor-GmbH eindeutig: Es steht der Rechtswirksamkeit des abgegebenen Angebots nicht entgegen, dass der Bieter bei der Angebotsabgabe als GmbH in Gründung (Vor-GmbH) firmiert.

Die VK Bund bestätigt mit dieser Entscheidung ihre bisherige Argumentationslinie hinsichtlich neu gegründeter Firmen, die sich an einem Vergabeverfahren beteiligen (VK Bund, Beschluss vom 27. Januar 2022 – VK 2-137/21).

Die Rechts- und Geschäftsfähigkeit der Vor-GmbH in der Gründungsphase ist in der höchstrichterlichen Rechtsprechung anerkannt (BGH, Urteil vom 9. März 1981 – II ZR 54/80). Das Stadium der Vor-Gesellschaft hat im Außenverhältnis lediglich auf die Haftungsbeschränkung Auswirkung, jedoch nicht auf die Rechts- und Geschäftsfähigkeit. Aus vergaberechtlicher Sicht ist die Angebotsabgabe durch die Vor-GmbH nicht zu beanstanden.

Es wird abzuwarten sein, ob es im Rahmen des Beschwerdeverfahrens gegen die Entscheidung vor dem OLG Düsseldorf (Verg 44/22) bei dieser Einschätzung zur Wettbewerbsfähigkeit einer Vor-GmbH bleibt.

Positionspapier des BDI: Verfahrensbeschleunigung ohne Eingriffe in das Vergaberecht

In einem aktuellen [Positionspapier](#) vom 12. Oktober 2022 äußert sich der Bundesverband der Deutschen Industrie (BDI) zu den jüngsten Bestrebungen in Politik und Gesetzgebung hinsichtlich der "Beschleunigung von Vergabeverfahren". Diese haben aktuell durch das Gesetz zur Beschleunigung des Einsatzes verflüssigten Erdgases (LNGG) sowie das Bundeswehrbeschaffungsbeschleunigungsgesetz (BwBBG) wieder erheblich an Fahrt aufgenommen. Dabei betont der BDI, dass schnellere und effizientere Vergabeverfahren ein erstrebenswertes Ziel seien. Damit liegt der Verband nach seiner Meinung auf einer Linie mit der Bundesregierung. Eine Verfahrensbeschleunigung dürfe jedoch nicht zulasten der Einhaltung der Vergaberegeln gehen. Es gebe vielmehr weitaus wirksamere Hebel zur Beschleunigung als Eingriffe in das geltende Vergaberecht. Der Schutz des Wettbewerbs, der Rechtsschutz und die politischen Zielvorstellungen, die das Vergaberecht verfolge, müssten absoluten Bestand haben. Stattdessen, so der Verband, eignen sich als Stellschrauben für eine größere Verfahrensbeschleunigung insbesondere die dem Vergabeverfahren vorgelagerten Prozesse wie Bedarfsermittlung, Fähigkeitsanforderungen, Planungs- und Genehmigungsverfahren sowie interne Abstimmungen. Ferner sind aus Sicht des BDI sowohl die Digitalisierung der Vergabeverfahren als auch eine adäquate personelle und technische Ausstattung der Behörden Garant für schnellere Vergabeverfahren.

Der BDI gibt außerdem Anregungen für eine Strukturreform bei der Vergabejustiz. Es solle erstens erforderliches Personal bei den Vergabekammern aufgestockt werden. Zweitens wird bei geringer Auslastung der Vergabekammern empfohlen, über die Einführung zentraler Vergabekammern und Gerichte mit vergaberechtlicher Spezialisierung zügige und qualifizierte Entscheidungen zu fördern.

Ihre Ansprechpartner

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

Berlin

Lützowplatz 10 | 10785 Berlin

Tel.: +49 30 86471-219

Stephan Rechten

Rechtsanwalt

[E-Mail](#)



Max Stanko

Rechtsanwalt,
Fachanwalt für
Vergaberecht

[E-Mail](#)



Düsseldorf

Cecilienallee 7 | 40474 Düsseldorf

Tel.: +49 211 518989-0

Sascha Opheys

Rechtsanwalt,
Fachanwalt für
Vergaberecht

[E-Mail](#)



Frankfurt am Main

Mainzer Landstraße 36 | 60325 Frankfurt am Main

Tel.: +49 756095-195

Christopher Theis

Rechtsanwalt,
Fachanwalt für
Vergaberecht

[E-Mail](#)



München

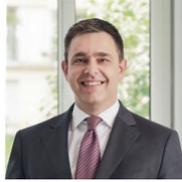
Ganghoferstraße 33 | 80339 München

Tel.: +49 89 35065-1452

Michael Brückner

Rechtsanwalt

[E-Mail](#)



Hans Georg Neumeier

Rechtsanwalt,
Fachanwalt
für Verwaltungsrecht

[E-Mail](#)



Katrin Lüdtko

Rechtsanwältin,
Fachanwältin für
Verwaltungsrecht

[E-Mail](#)





Zur Newsletter Anmeldung

E-Mail weiterleiten

Hinweise

Diese Veröffentlichung stellt keine Rechtsberatung dar.

Wenn Sie künftig keine Informationen erhalten möchten, können Sie sich jederzeit [abmelden](#).

© Beiten Burkhardt

Rechtsanwaltsgesellschaft mbH

Alle Rechte vorbehalten 2022

Impressum

ADVANT Beiten

Beiten Burkhardt Rechtsanwaltsgesellschaft mbH

(Herausgeber)

Ganghoferstraße 33, 80339 München

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

Weitere Informationen (Impressumsangaben) unter:

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

Beiten Burkhardt Rechtsanwaltsgesellschaft mbH ist Mitglied von ADVANT, einer Vereinigung unabhängiger Anwaltskanzleien. Jede Mitgliedskanzlei ist eine separate und eigenständige Rechtspersönlichkeit, die nur für ihr eigenes Handeln und Unterlassen haftet.