

# Newsletter Vergaberecht

Februar 2024



Sehr geehrte Damen und Herren,

hiermit erhalten Sie unseren aktuellen Newsletter Vergaberecht, Ausgabe Februar 2024.

Wir wünschen eine angenehme Lektüre!

Mit freundlichen Grüßen

**Stephan Rechten**

Rechtsanwalt

[vCard](#)



OLG Frankfurt: Unplausible Referenzangaben dürfen nicht berücksichtigt werden!

[zum Artikel](#)

## **Newsticker**

BMWK: Möglichkeiten zur Durchführung von Dringlichkeitsvergaben zur Unterbringung und Versorgung von Geflüchteten

Gemeinsame Beschaffung der Bezahlkarte kommt

Nachhaltige und digitale Bauvergabeverfahren durch novellierte EU-Bauprodukte-Verordnung

VK Bund: Augen auf bei der Formulierung! – Zur Selbstbindung des öffentlichen Auftraggebers

[zu den Artikeln](#)

## Online-Seminar: Vergaberecht aktuell - Spezial

Sichern Sie sich schon heute Ihren Platz für unser kostenfreies Online-Seminar "Vergaberecht aktuell - Spezial" am Donnerstag, den 15. Februar 2024 von 10.00 - 12.30 Uhr.

Über den Button gelangen Sie zur Einladung mit Informationen zur Agenda. Verpassen Sie nicht diese Gelegenheit, von unseren Referenten **Best Practices für die erfolgreiche Bewerbung um öffentliche Aufträge** vorgestellt zu bekommen.

Es besteht - wie immer - ausreichend Gelegenheit für Ihre Fragen aus der Praxis. Wir freuen uns auf Ihre Teilnahme!

Einladung

### REDAKTION (verantwortlich)

Stephan Rechten | Rechtsanwalt  
© Beiten Burkhardt  
Rechtsanwaltsgesellschaft mbH

[Vergaberecht@advant-beiten.com](mailto:Vergaberecht@advant-beiten.com)  
[www.advant-beiten.com](http://www.advant-beiten.com)

# **OLG Frankfurt: Unplausible Referenzangaben dürfen nicht berücksichtigt werden!**

Der Vergabesenat des OLG Frankfurt hat sich in einer aktuellen Entscheidung (Beschluss vom 21. Dezember 2023, 11 Verg 4/23) im Rahmen eines Vergabeverfahrens über Sicherheitsdienstleistungen für Einrichtungen für Geflüchtete eingehend mit dem regelmäßig praxisrelevantesten Eignungskriterium und -nachweis befasst: den Referenzen.

Zunächst stellt der Senat klar, dass der öffentliche Auftraggeber berechtigt ist, von den Bietern einzelfallbezogene Informationen zu den Referenzen abzufordern, vorliegend in Form der Angabe von Leistungsorten, welche über die ausdrücklich in § 46 Abs. 3 Nr. 1 VgV genannten Angaben hinausgehen.

Zugleich gibt der Senat hilfreiche Hinweise zur Prüfungstiefe bei den vorgelegten Referenzen und kommt zu dem richtigen Ergebnis, dass im Gesamtzusammenhang offensichtlich unplausible Bieterangaben, welche die gesetzten Mindestanforderungen an den Referenznachweis nicht erfüllen, nicht zu einer positiven Eignungsprüfung führen dürfen.

## **Der Sachverhalt**

Die Auftraggeberin schrieb die Durchführung von Sicherheitsdienstleistungen EU-weit aus und stellte in der Bekanntmachung Anforderungen an die Referenzen der Bieter, welche Angaben zur Art der Leistung, deren Umfang, Empfänger, Ansprechpartner, Erbringungszeitraum sowie dem Leistungsort umfassen sollten. Zudem musste die Referenzangabe das Auftragsvolumen der zu leistenden Gesamtjahresstunden des jeweiligen Loses abdecken, also dem jeweils geforderten Leistungsumfang der Höhe nach entsprechen. Dabei war es möglich, die zu leistenden Gesamtjahresstunden des jeweiligen Loses zu erreichen, indem bis zu sechs Referenzangaben aus demselben Leistungszeitraum addiert werden konnten. Sollte von einem Bieter auf mehr als ein Los angeboten werden, war gefordert, dass durch die vorgelegten Referenzangaben nachgewiesen werden konnte, dass hinsichtlich des Umfangs der Gesamtjahresstunden die in der Vergangenheit erbrachten Leistungen vergleichbar mit dem Leistungsumfang der Lose waren. Nach mehreren Änderungsbekanntmachungen legte sich die Auftraggeberin auf eine Gesamtstundenzahl in Höhe von 1.812.396 Stunden über alle Lose fest.

Die Antragstellerin gab ein Angebot auf alle vier verbleibenden Lose ab und gab hinsichtlich der Referenzen für Los 1, welche inhaltsgleich mit denen für die restlichen Lose waren, an, dass der Umfang des Auftrags mit „Jahresstunden: ca. 1,5 Mio.“ beziffert werden könne.

Mit Schreiben vom 23. Januar 2023 teilte die Auftraggeberin der Antragstellerin mit, dass ihr Angebot hinsichtlich aller vier Lose ausgeschlossen wurde, da die Summe der Jahresstunden für alle vier Lose insgesamt 1.812.396 hätte betragen müssen und somit dem Angebot 312.396 Stunden gefehlt hätten.

Die Antragstellerin legte mit Schriftsatz vom 4. April 2023 den streitgegenständlichen Nachprüfungsantrag mit der Begründung ein, sie erfülle die Referenzanforderungen. Die Vergabekammer wies den Nachprüfungsantrag als unbegründet zurück.

Gegen den Ausschluss vom Vergabeverfahren reichte die Antragstellerin sofortige Beschwerde ein. Zudem begehrte die Antragstellerin hilfsweise eine Zurückversetzung des Vergabeverfahrens, da auch die Beigeladene, die den Zuschlag für den Auftrag erhalten sollte, auszuschließen sei, weil sie eine unmögliche Leistung in ihren Referenzen angegeben habe, wenn man das dort ausgewiesene Stundenvolumen mit der angegebenen Mitarbeiterzahl ins Verhältnis setze.

### **Die Entscheidung**

Der Vergabesenat des OLG Frankfurt stellte fest, dass die sofortige Beschwerde zulässig und hinsichtlich des Hilfsantrags begründet sei. Demnach wird die Antragsgegnerin verpflichtet, bei fortbestehender Beschaffungsabsicht den Bietern die Gelegenheit zur erneuten Angebotsabgabe zu geben („zweite Chance“).

Die anderen Anträge seien unbegründet, da die Antragstellerin zu Recht vom Vergabeverfahren ausgeschlossen worden sei. Dabei stehe der Antragsgegnerin bei der Prüfung der technischen und beruflichen Leistungsfähigkeit ein weiter Beurteilungsspielraum zu, welcher der Überprüfung durch die Nachprüfungsinstanzen weitgehend entzogen ist. Außerdem stellte das OLG fest, dass auch Bieter, die auf mehrere Lose anbieten, Referenzen für vergleichbare Leistungen einreichen müssen, die im Gesamtumfang den in der Bekanntmachung ausgeschriebenen Leistungsumfang abdecken.

Das OLG entschied entgegen den Ausführungen der Antragstellerin, dass die zulässigerweise zu fordernden Angaben bezüglich der Referenzen nicht abschließend durch § 46 Abs. 3 Nr. 1 VgV vorgegeben werden. Aus

diesem Grund sei es zulässig, Angaben zum Leistungsort zu fordern, welche die Ortskenntnisse und Logistik des Bieters sicherstellen sollen.

Das OLG gab der Antragstellerin allerdings auf deren Hilfsantrag insoweit Recht, dass die Antragsgegnerin die Beigeladene zu Unrecht als geeignet eingestuft habe. Wie von der Antragstellerin zurecht gerügt, seien die aufgeführten Angaben der Beigeladenen zu den geleisteten Gesamtstunden und dem eingesetzten Personal nicht nachvollziehbar. Denn rechnet man die angegebene Anzahl der eingesetzten Personen auf den angegebenen Leistungszeitraum hoch, so führt dies – jedenfalls bei Einhaltung der gesetzlichen Arbeitszeitvorschriften – nicht zu den von der Beigeladenen behaupteten Einsatzstunden, sondern zu einer Anzahl an Einsatzstunden, die unter der Mindestanforderung zurückbleiben. Dieser Prüfungs- und Rechenschritt ist dem öffentlichen Auftraggeber zumutbar. Wäre er seiner Prüfpflicht nachgekommen, hätte ihm auffallen müssen, dass die Angaben der Beigeladenen nicht plausibel sind. Somit sei diese Referenz zum Nachweis der Leistungsfähigkeit nicht geeignet, sodass sie von der Bewertung ausgeschlossen wird und die Beigeladene letztlich kein der ausgeschriebenen Leistung vergleichbares Stundenvolumen nachweisen konnte.

Auch das Vorbringen der Antragsgegnerin, dass bei telefonischer Nachfrage bei der Referenzgeberin von dieser nachträglich eine höhere Zahl an Mitarbeitern angegeben wurde als die Beigeladene selbst im Referenznachweis angab, wies das OLG zurück. Es könnten nur fehlende Angaben nachgefordert, nicht aber möglicherweise fehlerhafte Angaben zugunsten eines Bieters nachträglich korrigiert werden.

Weiterhin verwarf der Vergabesenat die Ausführungen der Antragsgegnerin, dass die Angaben zur Mitarbeiterzahl allein für die Frage des Verstoßes gegen arbeitsrechtliche Vorschriften, nicht aber für die Erfüllung der Anforderungen an die vorzulegenden Referenzen im Vergabeverfahren, Bedeutung erhalten sollten. Vergabeunterlagen sind aus der Sicht eines objektiven Dritten zu verstehen. Wenn der Auftraggeber bestimmte Angaben zu den Referenzen fordert, erfolgt dies gerade um die Erfüllung der vom Auftraggeber gesetzten (Mindest-)Anforderungen – auch dahingehend, ob die Bieterangaben plausibel sind – überprüfen zu können.

### **Praxistipp**

Die Entscheidung des OLG Frankfurt ist zu begrüßen.

Zunächst entspricht es dem praktischen Bedürfnis, die Referenzangaben

nicht nur auf die in § 46 Abs. 3 Nr. 1 VgV explizit genannten Informationen (Wert, Liefer- bzw. Erbringungszeitpunkt sowie Angaben zum öffentlichen oder privaten Auftraggeber) zu beschränken. Insbesondere im Fall einer Bewerberauswahl (§ 51 VgV) im Rahmen eines Verhandlungsverfahrens mit Teilnahmewettbewerb ist es aus Sicht des öffentlichen Auftraggebers regelmäßig erforderlich, weitere Angaben zu den Referenzen abzufordern, um effektiv die Referenzen bewerten und damit den geeignetsten Bewerber ermitteln zu können.

Auch die Ausführungen des Vergabesenats zur Prüfpflicht des öffentlichen Auftraggebers können überzeugen. Entscheidet sich der Auftraggeber zur Forderung bestimmter Angaben und Informationen, ist er auch verpflichtet, die von den Bietern getätigten Angaben insgesamt auf ihre Plausibilität zu prüfen. Die Grundlage für diese Prüfung ergibt sich unmittelbar aus den ausgefüllten Eigenerklärungen und ist daher vom Umfang dem Auftraggeber zuzumuten. Führen die Angaben des Bieters zu einem nicht nachvollziehbaren Ergebnis, welches die Nichterfüllung der gesetzten Eignungsanforderungen nahelegt, führt dies (nach erfolgter Aufklärung) dazu, dass die Referenz nicht berücksichtigt werden darf. Im entschiedenen Fall konnten weder die Beigeladene noch die Antragsgegnerin die fehlende Plausibilität der Angaben ausräumen.

Für Bieter lässt sich aus der Entscheidung ableiten, dass vom Auftraggeber geforderte Referenzangaben umfassend und sorgfältig anzugeben sind sowie in sich plausibel sein müssen. Ansonsten droht ein (vermeidbarer) Ausschluss des Angebots. Für öffentliche Auftraggeber zeigt sich, dass Bieterangaben nicht „blind“ zu akzeptieren sind, sondern bei offensichtlichen Widersprüchen auch die vergaberechtlichen Konsequenzen bis zum Ausschluss eines Bieters zu ziehen sind.

### **Sascha Opheys**

Rechtsanwalt und Fachanwalt für Vergaberecht

[vCard](#)



### **Magdalena Schneider**

Rechtsanwältin

[vCard](#)



# Newsticker

## **BMWK: Möglichkeiten zur Durchführung von Dringlichkeitsvergaben zur Unterbringung und Versorgung von Geflüchteten**

Das Bundesministerium für Wirtschaft und Klimaschutz (BMWK) hat am 9. Januar 2024 ein Rundschreiben an öffentliche Auftraggeber veröffentlicht, um auf die bestehenden Möglichkeiten hinzuweisen, wie Vergabeverfahren im Zusammenhang mit der Unterbringung und Versorgung von Geflüchteten schnell und effizient durchgeführt werden können ([Link](#)). Der Hintergrund des Schreibens ist die weiterhin hohe Zahl von Geflüchteten. Diese Situation werde zusätzlich dadurch verschärft, dass 2023 die Zahl der Asyl-Erstanträge aus anderen Staaten um 51 Prozent im Vergleich zum Vorjahr anstieg.

Das BMWK nahm Bezug auf bestehende Veröffentlichungen und wies nochmals auf den weiterhin geltenden Rechtsrahmen hin:

- Das Rundschreiben des Bundesministeriums für Wirtschaft und Energie zur Anwendung des Vergaberechts im Zusammenhang mit der Unterbringung und Versorgung von Flüchtlingen vom 24. August 2015 (AZ: IB6-270100/14, [Link](#));
- die Mitteilung der Europäischen Kommission an das europäische Parlament und den Rat zu den Vorschriften für die öffentliche Auftragsvergabe im Zusammenhang mit der aktuellen Flüchtlingsproblematik vom 9. September 2015 (COM(2015) 454 final, [Link](#));
- das Rundschreiben des Bundesministeriums für Wirtschaft und Klimaschutz zur Anwendung von dringlichen Vergaben vom 13. April 2022 (AZ: IB3-206-000#010, [Link](#)).

Diese können u. a. Anwendung finden:

- für Beschaffungen zur Herrichtung von vorhandenen Gebäuden der Kommunen, der Länder und des Bundes;
- zur Errichtung von Gebäuden in Modulbauweise;
- für Beschaffungen von Waren
- oder für die Versorgung der ankommenden Flüchtlinge (z. B. Verpflegung, medizinische Versorgung, soziale Dienstleistungen, Sicherheitsdienstleistungen, Reinigungsdienstleistungen).

Um die Verfahren oberhalb der Schwellenwerte zu beschleunigen, könne bei besonders dringlichen Anträgen die Frist für die Einreichung der Angebote auf 15 Tage verkürzt werden (§ 15 Abs. 3 VgV). Im beschleunigten nicht offenen Verfahren (§ 16 Abs. 3 und Abs. 7 VgV) und im beschleunigten Verhandlungsverfahren (§ 17 Abs. 3 und Abs. 8 VgV) können die Fristen für Teilnahmeanträge auf 15 Tage und für die Abgabe von Angeboten auf 10 Tage reduziert werden.

Da die öffentlichen Auftraggeber im Voraus nicht wussten oder wissen konnten, wie viele Schutzsuchende zu versorgen sind, gilt der Bedarf der Gemeinden an Wohnraum, Waren oder Dienstleistungen nach der – allerdings für die Nachprüfungsinstanzen nicht bindenden – Auffassung des BMWK als nicht voraussehbares Ereignis.

Bei Aufträgen unterhalb der EU-Schwellenwerte kommt in Dringlichkeits- und Notfallsituationen die Verhandlungsvergabe ohne Teilnahmewettbewerb (§ 8 Abs. 4 Nr. 9 UVgO) in Betracht. Die Voraussetzung hierfür ist, dass eine Leistung unter Umständen, die vom Auftraggeber nicht vorhersehbar waren, besonders dringlich ist. Die Gründe für die besondere Dringlichkeit dürfen darüber hinaus nicht dem Verhalten des Auftraggebers zuzurechnen sein. Weiterhin weist das BMWK auf die Möglichkeit hin, gem. § 132 Abs. 2 GWB bereits bestehende Verträge im Einvernehmen der Vertragsparteien zu verlängern und wertmäßig auszuweiten.

### **Gemeinsame Beschaffung der Bezahlkarte kommt**

Am 31. Januar 2024 wurde öffentlich bekannt, dass sich die Länder auf eine gemeinsame Vergabe der Leistungen für die Einführung einer einheitlichen Bezahlkarte für Geflüchtete geeinigt haben.

Eine von der Ministerpräsidentenkonferenz eingesetzte Arbeitsgruppe unter hessischem Vorsitz hatte ab November 2023 ein Modell für eine Bezahlkarte mit bundeseinheitlichen Mindeststandards erarbeitet. Diesem Modell haben sich 14 von 16 Länder angeschlossen. Der Freistaat Bayern und Mecklenburg-Vorpommern wollen hingegen einen eigenen Weg verfolgen. Technisch einigten sich die beteiligten Länder auf eine guthabenbasierte Karte mit Debit-Funktion, also ohne Kontobindung, die das Auszahlen von Bargeld an die Geflüchteten ersetzt.

Nach den Plänen soll das Vergabeverfahren für die Ermittlung eines gemeinsamen Dienstleisters für die technische Infrastruktur bis zum Sommer 2024 abgeschlossen werden.



## **Nachhaltige und digitale Bauvergabeverfahren durch novellierte EU-Bauprodukte-Verordnung**

Mitte Dezember 2023 einigten sich der Rat und das Europäische Parlament vorläufig über die neue Bauprodukte-Verordnung. Im Zentrum stehen die Einführung verbindlicher Anforderungen an die ökologische Nachhaltigkeit für die Vergabe öffentlicher Aufträge für Bauprodukte und die Schaffung eines Systems digitaler Pässe für Bauprodukte.

Die Kommission wird u. a. ermächtigt, verbindliche Mindestanforderungen an die ökologische Nachhaltigkeit für die Vergabe öffentlicher Aufträge für Bauprodukte festzulegen. Damit soll ein Anreiz geschaffen werden, das Angebot an recycelten und recycelbaren Bauprodukten zu steigern. Die Vorschriften können für alle Aufträge mit Bezug zu Bauprodukten gelten, insbesondere auch Bauaufträge, wenn die Mitgliedstaaten Umwelanforderungen für diese Produkte einführen wollen.

Die Mitgliedstaaten können allerdings von den Anforderungen abweichen, wenn die Anwendung der Verordnung zu einem geringen Angebot für das benötigte Bauprodukt führen würde, keine geeigneten Angebote eingereicht wurden und dem Mitgliedstaat unverhältnismäßige Mehrkosten in einer Größenordnung von 10 Prozent entstünden.

Als Übergangszeitraum sind 15 Jahre ab Inkrafttreten der neuen Verordnung vorgesehen (bis 2039). Damit soll sichergestellt werden, dass genügend Zeit für eine ordnungsgemäße Umstellung der harmonisierten technischen Spezifikationen vom alten auf den neuen Rechtsrahmen zur Verfügung steht.

Der Hintergrund der Neuregelung ist die immense Bedeutung des Baugewerbes und seiner rund 25 Mio. Beschäftigten in der EU. Die meisten Bauunternehmen sind kleine oder mittlere Unternehmen. Auf Gebäude entfallen rund 50 Prozent der Gewinnung und des Verbrauchs von Ressourcen und mehr als 30 Prozent des gesamten jährlichen Abfallaufkommens in der EU. Außerdem fallen hier 40 Prozent des Energieverbrauchs und 36 Prozent der energiebedingten Treibhausgasemissionen an. Die seit 2011 geltende Bauprodukte-Verordnung soll damit als Teil des Maßnahmenpakets zur Umsetzung des europäischen Grünen Deals und des Aktionsplans für die Kreislaufwirtschaft aktualisiert werden.

Die vorläufige Einigung muss noch vom Rat und vom Europäischen Parlament gebilligt und förmlich angenommen werden. Mit einem Inkrafttreten ist voraussichtlich nicht vor Ende des Jahres 2024 zu rechnen.

## **VK Bund: Augen auf bei der Formulierung! – Zur Selbstbindung des öffentlichen Auftraggebers**

In einer praxisrelevanten Entscheidung hat die VK Bund (Beschluss vom 7. November 2023, VK 2-80/23) anschaulich dargestellt, welche Feinheiten bei der Formulierung der Vergabeunterlagen zu beachten sind. In einer EU-weiten Vergabe von Reinigungsleistungen hatte der Auftraggeber in seinen Unterlagen formuliert, dass

*„Angebote, die als nicht auskömmlich erachtet werden, zwingend von einer Vergabe auszuschließen [sind].“*

Es kam, wie es kommen musste: Ein Bieter gab nachweislich ein nicht auskömmliches Angebot („Unterkostenangebot“) ab, welches der Auftraggeber sodann gleichwohl annehmen wollte. Wie die VK Bund zu Recht ausführte, hat sich der Auftraggeber jedoch selbst gebunden, Unterkostenangebote zwingend auszuschließen. Damit besteht im Verfahren kein Ermessen mehr, von einem Ausschluss abzusehen.

Im gleichen Sachverhalt ist dem Auftraggeber noch ein zweiter „Fehler“ bei der Selbstbindung unterlaufen: In den Vergabeunterlagen hatte er sich festgelegt, keine fehlenden oder unvollständigen Unterlagen nachzufordern (§ 56 Abs. 2 S. 2 VgV). Im Verfahren forderte er bei mehreren Bietern gleichwohl fehlende Unterlagen nach. Dies erfolgte zwar unter Beachtung des Gleichbehandlungsgrundsatzes, dennoch aber vergaberechtswidrig. Denn auch hier bestand eine Selbstbindung, von welcher der Auftraggeber im Vergabeverfahren nicht mehr abweichen durfte.

# 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  
[vCard](#)



### Max Stanko

Rechtsanwalt,  
Fachanwalt für  
Vergaberecht  
[vCard](#)



## Düsseldorf

Cecilienallee 7 | 40474 Düsseldorf  
Tel.: +49 211 518989-0

### Sascha Opheys

Rechtsanwalt,  
Fachanwalt für  
Vergaberecht  
[vCard](#)



## Frankfurt am Main

Mainzer Landstraße 36 | 60325 Frankfurt am Main  
Tel.: +49 756095-195

### Christopher Theis

Rechtsanwalt,  
Fachanwalt für  
Vergaberecht  
[vCard](#)



## München

Ganghoferstraße 33 | 80339 München

Tel.: +49 89 35065-1452

### Michael Brückner

Rechtsanwalt

[vCard](#)



### Hans Georg Neumeier

Rechtsanwalt,  
Fachanwalt  
für Verwaltungsrecht

[vCard](#)



### Katrin Lüdtkke

Rechtsanwältin,  
Fachanwältin für  
Verwaltungsrecht

[vCard](#)





## 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 2024

#### **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.