

Newsletter Vergaberecht

September 2023



Sehr geehrte Damen und Herren,

hiermit erhalten Sie unseren aktuellen Newsletter Vergaberecht, Ausgabe September 2023.

Wir wünschen eine angenehme Lektüre!

Mit freundlichen Grüßen

Stephan Rechten

Rechtsanwalt

[vCard](#)



Umgang mit ungewöhnlich niedrigen Angeboten

[zum Artikel](#)

Newsticker

Inkrafttreten der eForms-Verordnung und der Streichung von § 3 Abs. 7 . 2 VgV

Phishing-Mails von Tenders Electronic Daily (TED)

VK Südbayern äußert sich wieder einmal zu Kommunikation über Vergabepattform

[zu den Artikeln](#)

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](#)

Umgang mit ungewöhnlich niedrigen Angeboten

In den letzten Monaten war der korrekte Umgang mit (vermeintlich) ungewöhnlich niedrigen Angeboten vielfach Gegenstand vergaberechtlicher Entscheidungen. Diese bieten einen guten Überblick darüber, wie Vergabestellen mit Angeboten umzugehen haben, die entweder von anderen Bietern als unauskömmlich gerügt werden oder ihnen selbst zu niedrig erscheinen:

Die Sachverhalte

In den Entscheidungen der Vergabekammer Sachsen ging es um die Vergabe von Bauarbeiten für Lüftungstechnik einschließlich Wartungsleistungen über 4 Jahre (Beschluss vom 30. März 2023, Az.: 1/SVK/002-23), um die Beschaffung von Hardware (Server- und Speichertechnik) (Beschluss vom 14. April 2023, Az.: 1/SVK/003-23) sowie um die Vergabe von Planungsleistungen der Objektplanung für Verkehrsanlagen und für Ingenieurbauwerke (Beschluss vom 10. Februar 2023, Az.: 1/SVK/031/22). Die Vergabekammer Südbayern hat sich in ihrem Beschluss vom 13. Juni 2023 (Az.: 3194.Z3-3_01-23-11) mit einer Vielzahl von vergaberechtlichen Beanstandungen befasst, die im Zuge der Beschaffung von bis zu 200 elektrischen Triebzügen, davon maximal 90 Triebzüge optional, für die "S-Bahn M" vorgetragen wurden. Die Vergabekammer des Bundes hatte es in ihrem Beschluss vom 6. Juni 2023 (Az.: VK 1-39/23) schließlich mit einem Vergabegegenstand zu tun, der typischerweise sehr anfällig ist für ungewöhnlich niedrige Angebote, nämlich Leistungen der Gebäudereinigung.

In allen Fällen hatten nicht berücksichtigte Bieter auf Basis der ihnen in der Vorinformation nach § 134 GWB mitgeteilten Informationen sowie eigener Sachkenntnis mehr oder weniger substantiiert gerügt, dass der intendierte Zuschlagsempfänger ein nicht auskömmliches Angebot abgegeben habe, das nicht bezuschlagt werden dürfe. So wurde etwa vorgetragen, dass der Konkurrent nur dann besser platziert sein könne, wenn er seinen Preis für die Leistungen der Gebäudereinigung unter Missachtung der gesetzlichen Mindestbedingungen und des Rahmentarifvertrags Gebäudereiniger-Handwerk kalkuliert habe. Ein typisches Vorbringen war, dass man selbst sein eigenes Angebot bei hoher Qualität bereits sehr kostengünstig kalkuliert habe, um ein wettbewerbsfähiges Angebot einzureichen. Es sei daher anzunehmen, dass der erstplatzierte Bieter ein eklatant günstigeres Angebot eingereicht

habe. Weiter wurde argumentiert, dass Leistungen für Instandhaltung oder Wartung jeweils zu günstig angeboten worden sein müssten, da sich bei in etwa gleichen Materialkosten / Gerätekosten sonst kein solcher Preisabstand ergeben könne. Im Fall der Vergabe von Planungsleistungen wurden detailliert einzelne Zeit- und Kostenansätze gerügt, die der Antragstellerin nach Offenlegung der abschließenden Auswertung der Preisauflärung mit dem erstplatzierten Bieter nahezu vollständig bekannt waren.

Die Entscheidungen

In den vorliegenden Entscheidungen haben die Vergabekammern die nachfolgenden Grundsätze und Vorgaben herausgearbeitet:

1. Voraussetzungen der Aufklärungs- und Prüfungspflicht

Insbesondere die Vergabekammer Sachsen arbeitete jeweils heraus, dass es von den Umständen des Einzelfalls abhängt, wann ein ungewöhnlich niedriger Angebotspreis vorliegt und damit eine Aufklärungspflicht des Auftraggebers bestehe. Die Frage der Unangemessenheit eines Preises könne sich nicht nur aufgrund des signifikanten Abstands zum nächstgünstigsten Angebot im selben Vergabeverfahren stellen, sondern auch etwa bei augenfälliger Abweichung von in vergleichbaren Vergabeverfahren oder sonst erfahrungsgemäß verlangten Preisen (unter Verweis auf OLG München, Beschluss vom 21. Mai 2010 – Verg 2/10; OLG Karlsruhe, Beschluss vom 27. Juli 2009 – 15 Verg 3/09). Auch dürften Kostenschätzungen bei der Prüfung grundsätzlich herangezogen werden.

Hinsichtlich des Preisabstands seien insoweit Aufgreifschwelle anerkannt, bei deren Erreichen eine Verpflichtung des Auftraggebers angenommen werde, in eine nähere Prüfung der Preisbildung des fraglichen Angebots einzutreten. Ob diese Aufgreifschwelle immer erst bei einem Preisabstand von 20 Prozent zum nächsthöheren Angebot oder schon ab 10 Prozent Abstand einsetzen könne, bestünden unterschiedliche Auffassungen. Jedenfalls bei mindestens 20 Prozent Preisabstand zum nächsten Angebot sei aber eine Verpflichtung gegeben, in die Prüfung der Preisbildung einzutreten.

Auch die Vergabekammer Südbayern verweist zunächst auf die Aufgreifschwelle von 20 Prozent zwischen dem Gesamtwertungspreis des Angebots der Erst- und Zweitplatzierten, ab der ein öffentlicher Auftraggeber zur Durchführung einer Preisprüfung verpflichtet sei. Maßgeblich für die Frage, ob ein Angebot ungewöhnlich niedrig erscheint, sind auch nach ihrer Auffassung nicht einzelne

Preispositionen, sondern der Gesamtpreis. Auch in einem Fall wie dem entschiedenen, in dem sich der Gesamtpreis aus mehreren Preisbestandteilen wie dem Fahrzeugpreis, dem Energieverbrauch, der Instandhaltung und Reinigung, den Ersatzteilen, der Software-Pflege, dem IT-Upgrade Service, dem IT-Schnittstellenmanagement und der Fahrzeug-Management Software zusammensetzt und in einigen dieser Einzelpreise erhebliche Preisunterschiede bestehen, die bei einer gesonderten Vergabe dieser Leistungen die Aufgreifschwelle weit überstiegen hätten, sei hiervon keine Ausnahme zu machen. Im Rahmen eines Gesamtangebots indizierten ungewöhnlich niedrige Einzelpreise nicht in vergleichbarem Maße die Gefahr von Schlechtleistungen, wie ungewöhnlich niedrige Gesamtpreise.

2. Aufgreifschwelle stehen im Einklang mit der Rechtsprechung des EuGH

An diesen Grundsätzen ändere nach Auffassung der Vergabekammer Südbayern auch das zu Regelungen des bulgarischen Vergaberechts ergangene Urteil des EuGH vom 15. September 2022 - Rs. C-669/20 nichts Wesentliches. Soweit der EuGH in dieser Entscheidung fordere, dass der öffentliche Auftraggeber anhand sämtlicher Merkmale des betreffenden Ausschreibungsgegenstands die Angebote identifizieren müsse, die zweifelhaft erscheinen und deshalb dem kontradiktorischen Verfahren der Überprüfung (im nationalen Recht z. B. umgesetzt in § 54 Abs. 1 und 2 SektVO) unterliegen, stelle dies weder die von der nationalen Rechtsprechung entwickelten Aufgreifschwelle noch die Orientierung am Gesamtpreis in Frage. Die im bulgarischen Vergabegesetz ausdrücklich enthaltene Aufgreifschwelle von 20 Prozent habe der EuGH als solche nicht beanstandet, sondern nur die Modalitäten ihrer Ermittlung. Die Beanstandungen seien auf das deutsche Recht nicht übertragbar, weil die deutsche Rechtsprechung (z. B. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 19. Mai 2021 - Verg 13/21) - anders als offenbar das bisherige bulgarische Recht - dem Auftraggeber eine Preisprüfung auch unterhalb der Aufgreifschwelle bei Auffälligkeiten ermögliche und er damit berechtigt, aber nicht verpflichtet sei, auffällige Einzelpositionen unter Anhörung der Bieter zu überprüfen.

3. Nur eingeschränkt überprüfbare Ermessensentscheidung

Die Vergabekammern stellten weiterhin heraus, dass der Auftraggeber bei seiner abschließenden Entscheidung einen Beurteilungsspielraum hat, der nur eingeschränkt durch die Nachprüfungsinstanzen überprüfbar ist. Eine Preisprüfung habe (so die Vergabekammer Sachsen detailliert) in vier Schritten zu erfolgen: In einem ersten Schritt identifiziere der öffentliche Auftraggeber zweifelhafte, d. h.

niedrige Angebote und prüft, ob der Preis oder die Kosten dieses Angebots ungewöhnlich niedrig zu sein "scheinen". In einem zweiten Schritt habe der Auftraggeber dem betreffenden Bieter die Möglichkeit zu geben, die Gründe darzulegen, aus denen er der Ansicht ist, dass sein Angebot nicht ungewöhnlich niedrig ist. Der Auftraggeber habe sodann in einem dritten Schritt die Stichhaltigkeit der gegebenen Erläuterungen zu beurteilen und festzustellen, ob das in Rede stehende Angebot ungewöhnlich niedrig ist. In einem vierten Schritt habe er seine Entscheidung über die Zulassung oder Ablehnung dieser Angebote zu treffen.

Die Vergabekammer habe nicht zu bewerten, ob ein Angebot auskömmlich oder unaukömmlich ist, sondern ob die Entscheidung des Auftraggebers, das Angebot als auskömmlich oder unaukömmlich zu bewerten, auf Basis eines zutreffend und hinreichend ermittelten Sachverhaltes und einer gesicherten Erkenntnisgrundlage getroffen wurde und nachvollziehbar und vertretbar ist. Bei der durch die Vergabekammer zu überprüfenden Prognoseentscheidung stehe dem Auftraggeber ein Beurteilungsspielraum zu, welcher nur einer eingeschränkten Nachprüfbarkeit durch die Vergabekammer unterliegt. Dies hat auch die Vergabekammer Südbayern in ihrem Beschluss ausdrücklich hervorgehoben.

4. Inhaltliche Rechtfertigungen für Absehen von Preisprüfung oder Auskömmlichkeit

In der Sache bestand teilweise nach den vorstehenden Grundsätzen in den entschiedenen Fällen schon keine Pflicht des Auftraggebers zur Aufklärung und Preisüberprüfung, da etwa der Abstand der Gesamtpreise deutlich unter der Aufgreifschwelle von 20 Prozent lag. In anderen Fällen wurde eine ordnungsgemäße Aufklärung und Prüfung durchgeführt, die den vorstehenden Maßgaben entsprach und insbesondere in einer zusammenfassenden Bewertung nachvollziehbar erkennen ließ, weshalb der Auftraggeber zu dem Schluss kam, dass die angebotene Angebotssumme im jeweiligen Fall auskömmlich war.

Besonders lehrreich war hier die Entscheidung der Vergabekammer Sachsen zu den Planungsleistungen: sie hob hervor, dass ein Ausschluss eines ungewöhnlich niedrig erscheinenden Angebots schon nicht in Betracht komme, wenn der Auftraggeber nach der Prüfung gemäß § 60 Abs. 1 und 2 VgV anhand der vom Bieter vorgelegten Unterlagen die geringe Höhe des angebotenen Preises oder der angebotenen Kosten zufriedenstellend aufklären kann. Dies könne der Fall sein, wenn das betreffende Angebot tatsächlich auskömmlich (kein Unterkostenangebot) ist, z. B. aber effektivere Dienstleistungs- oder Produktionsverfahren anwendet, günstigere Bezugsmöglichkeiten hat,

eine geringere Gewinnmarge als andere Angebote oder keinen Gewinn in Ansatz bringt, z. B. um Zugang zu einem Markt oder zu bestimmten Auftraggeber zu erlangen (OLG Düsseldorf Beschluss vom 30. April 2014 - Verg 41/13). Sofern der Bieter also eine seriöse Kalkulation seines ungewöhnlich niedrigen Angebots nachweise, indem er die Gründe seiner Angebots- und Preisgestaltung nachvollziehbar und stichhaltig aufschlüsselt, dürfe sein Angebot nicht ausgeschlossen werden. Gründe für eine unauskömmliche Kalkulation können z. B. der Abbau von Überkapazitäten sein oder das - wettbewerbsrechtlich erwünschte - Eindringen eines sog. Newcomers in einen bestimmten Markt. Maßgeblich sei, ob der Bieter nachvollziehbar erklären könne, aufgrund sach- und/oder unternehmensbezogener, wettbewerbsorientierter Gründe günstiger als das Bieterumfeld kalkuliert zu haben. Der Bieter sei in seiner Kalkulation grundsätzlich frei (so auch die Vergabekammer des Bundes in ihrer Entscheidung unter Verweis auf BGH, Urteil vom 19. Juni 2018, Az.: X ZR 100/16 und Beschluss vom 31. Januar 2017, Az.: X ZB 10/16). Versuche ein Bieter, durch die Abgabe nicht vollständig kostendeckender Preise beim Auftraggeber "Fuß zu fassen", unterliege die Preisbildung keinen vergaberechtlichen Bedenken, sofern der Bieter ausreichend Gewähr für eine ordnungsgemäße Auftragsausführung biete.

5. Ausreichende Aufklärung und Dokumentation

Die Vergabekammer des Bundes wies schließlich auf die Anforderungen an die Dokumentation von Aufklärung und Preisprüfung hin, die nachvollziehbar in der Vergabeakte enthalten sein müsse. Sie gab einem Nachprüfungsantrag statt, weil die Vergabeakte nicht alle Informationen enthielt, die notwendig waren, um die ergangene Zuschlagsentscheidung nachvollziehen und im Ergebnis als vergaberechtsfehlerfrei beurteilen zu können. Der Auftraggeber müsse seine für die abschließende Entscheidung maßgeblichen Erwägungen so dokumentieren, dass nachvollziehbar ist, wie die Prüfung der Kalkulation vorgenommen wurde. Die Begründung müsse alle Informationen enthalten die notwendig sind, um die Entscheidung nachvollziehen zu können. Im vorliegenden Fall habe die Auftraggeberin zwar eine Aufklärung nach § 60 Abs. 1 VgV durchgeführt, die Vergabeakte enthalte keine hinreichenden Ausführungen dazu, wie die Auftraggeberin die Unterschiede in der Kalkulation der beiden Bieter eingeordnet hat. Es sei nicht nachvollziehbar, zu welchen Schlussfolgerungen die Auftraggeberin nach der Überprüfung gelangt war. Ein abschließender zusammenfassender Vermerk, in dem man sich mit den ausführlichen Äußerungen der Beigeladenen zu ihrer Kalkulation beschäftigt hätte, sei nicht vorhanden. Es bleibe unklar, ob die Auftraggeberin davon

ausgehe, dass es sich beim Angebot der Beigeladenen um ein auskömmliches Angebot handele und ob eine zufriedenstellende Aufklärung erfolgt sei. Das Dokumentationsdefizit sei auch durch den Vortrag im Nachprüfungsverfahren nicht beseitigt worden, da dort lediglich angegeben wurde, dass weiterhin kein Verstoß gegen gesetzliche und tarifliche Vorgaben ersichtlich sei. Damit sei die Entscheidung im Nachprüfungsverfahren nicht nachvollziehbar.

Praxistipps

Die Entscheidungen zeigen auf, dass die Aufgreifschwelle ein geeignetes, aber nicht das einzige Kriterium für eine Bejahung der Aufklärungspflicht des Auftraggebers hinsichtlich der Angemessenheit der Preise sein können. Neben dem Abstand zum nächstgünstigsten Bieter kann insbesondere auch die Kostenschätzung herangezogen werden, aber auch Marktkenntnis oder eigene Erfahrungswerte eines Auftraggebers, etwa aus anderen Vergabeverfahren oder wenn er eine bereits in der Vergangenheit in Anspruch genommene Leistung neu ausschreibt und erkennt, dass ein Angebot erheblich unter den bisher bei der Vertragsdurchführung geforderten und als auskömmlich erwiesenen Preisen liegt.

Auch meinen rügende Bieter oft, dass sie eine Preisposition identifiziert hätten, aus der sich die Unauskömmlichkeit des erstplatzierten Angebots ergeben müsse, und nehmen dies dann zum Anlass, das gesamte Angebot als unauskömmlich zu rügen. Die Prämisse, dass es auf den Gesamt(wertungs)preis des Angebots ankommt und nicht auf einzelne Positionen, ist jedoch grundlegend, da zu niedrige Einzelpositionen einen Zweifel an der ordnungsgemäßen Vertragserfüllung noch nicht rechtfertigen können. Genau dies ist aber der Grund für die Aufklärungspflicht des Auftraggebers: er soll davor bewahrt werden, ein zu billiges Angebot zu beauftragen, dann bei der Vertragsdurchführung schlechte Leistungen des Auftragnehmers zu erhalten, der sich "übernommen" hat oder mit seinem Dumpingangebot in wirtschaftliche Not gerät und im schlechtesten Falle den Vertrag beenden und neu vergeben muss.

Die Regelungen des § 60 VgV, § 16d VOB/A EU, § 54 SektVO dienen jedoch nicht nur dem Schutz des Auftraggebers (auch wenn dies der vorrangige Zweck ist), sondern entfalten auch Drittschutz dahingehend, dass andere Bieter (wie in den hiesigen Fällen) überprüfen lassen können, ob der Auftraggeber seiner Pflicht zur Preisüberprüfung hinreichend nachgekommen ist. Auch kann sich ein Bieter gegen einen Ausschluss

seines eigenen Angebots wegen eines ungewöhnlich niedrigen Preises wehren, wenn dieser ohne (hinreichende) Aufklärung und aufgrund sachfremder Erwägungen oder anderer Fehler bei der Anwendung des Beurteilungsspielraums erfolgt ist.

Die Gründe, die auch niedrige Angebote mit großem Abstand zu dem nächstplatzierten rechtfertigen können, sind vielfältig und stets im Einzelfall sorgfältig anhand aller von dem betroffenen Bieter vorgetragenen Umstände zu prüfen. Solange die Aufklärung die Preisfindung nachvollziehbar macht, besteht kein Anlass und keine Rechtfertigung für einen Angebotsausschluss. Die Entscheidung der Vergabestelle ist jeweils auch nur eingeschränkt auf Fehler bei der Beurteilung überprüfbar, so dass der Vergabestelle hier erheblicher Spielraum zukommt, der genutzt werden kann und muss.

Da eine mangelhafte Dokumentation von Aufklärung und Preisprüfung für sich genommen schon zu einer Zurückversetzung des Verfahrens führen kann, wenn es denn zu einer Nachprüfung kommt, ist auf die Dokumentation in der Vergabeakte besonderer Wert zu legen. Es empfiehlt sich, insbesondere bei einer Aufklärung auf eine Rüge eines Bieters hin, eine sorgfältige Dokumentation der gestellten Aufklärungsfragen, der Beantwortung durch den/die Bieter sowie der Inhalte und Ergebnisse der Überprüfung der Kalkulation und der abschließenden Entscheidung des Auftraggebers zu erstellen und diese sofort zur Vergabeakte zu nehmen. Die Ermessensentscheidung des Auftraggebers bedarf einer Dokumentation sowohl des der Ermessensentscheidung zu Grunde liegenden Sachverhalts als auch der angestellten Erwägungen.

Sollte wie in dem von der VK Bund entschiedenen Fall auch die Vermutung naheliegen, dass mehrere Angebote als nur dasjenige, auf das der Zuschlag erteilt werden soll, unauskömmlich sind, so muss im Übrigen auch über alle diese Bieter hinweg Aufklärung verlangt werden, nicht nur vom Erstplatzierten. Sonst bestünde die Gefahr, dass ein weiteres nicht auskömmliches Angebot bezuschlagt würde, wenn das erstplatzierte Angebot ausgeschlossen wird.

Katrin Lüdtkke

Rechtsanwältin und Fachanwältin für Verwaltungsrecht

vCard



Newsticker

Inkrafttreten der eForms-Verordnung und der Streichung von § 3 Abs. 7 S. 2 VgV

Die Verordnung zur Anpassung des Vergaberechts an die Einführung neuer elektronischer Standardformulare ("eForms") für EU-Bekanntmachungen und an weitere europarechtliche Anforderungen ist am 24. August 2023 in Kraft getreten (BGBl. 2023 I Nr. 222 vom 23. August 2023). Trotzdem sind die eForms frühestens ab 25. Oktober 2023 anzuwenden. Der genaue Zeitpunkt wird noch bekannt gegeben.

Ebenfalls angepasst wurden die Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen Teil A (VOB/A), bereits bekannt gemacht am 4. Juli 2023, wobei die Änderungen Abschnitt 2 (VOB/A-EU für europaweite Vergaben) und Abschnitt 3 (VOB/A-VS für die Vergabe von verteidigungs- oder sicherheitsspezifischen öffentlichen Bauaufträgen) betreffen. Auch diese werden erst frühestens ab 25. Oktober 2023 anzuwenden sein.

Mit Inkrafttreten der Verordnung ist weiterhin nun die Streichung von § 3 Abs. 7 S. 2 VgV am 24. August 2023 in Kraft getreten. Hierzu hat das Bundesministerium für Wirtschaft und Klimaschutz, wie vom Bundesrat gefordert, klarstellende Erläuterungen zur Auftragswertberechnung vor der Vergabe von Planungs- und Bauleistungen veröffentlicht (abrufbar [hier](#); Stand 23. August 2023). Die Erläuterungen betreffen auch die wenig im Rampenlicht stehende Streichung von § 2 Abs. 7 S. 2 SektVO und § 3 Abs. 7 S. 3 VSVgV. Sie sollen einer rechtssicheren, unionsrechtskonformen Anwendung der maßgeblichen Normen dienen, können aber weder der Prüfung im Einzelfall durch die Vergabestellen noch der Auslegung durch die Nachprüfungsinstanzen vorgreifen. Hingewiesen wird in den Erläuterungen insbesondere auf folgende Aspekte:

- Die Wahl der Methode zur Berechnung des geschätzten Auftragswerts darf nicht in der Absicht erfolgen, die Anwendung der Vorschriften des EU-Vergaberechts zu umgehen und eine Auftragsvergabe darf nicht so unterteilt werden, dass sie nicht in den Anwendungsbereich der Vorschriften fällt, es sei denn, es liegen objektive Gründe dafür vor (keine willkürliche Aufteilung).

- Im Wege einer funktionalen Betrachtung ist unabhängig von einer etwaigen Losbildung zunächst zu bestimmen, inwieweit ein einheitlicher Auftrag vorliegt. Ein einheitlicher Gesamtauftrag liegt nach der Rechtsprechung des EuGH sowohl zu Bau- als auch zu Dienstleistungen vor, sofern dessen Teilleistungen in wirtschaftlicher und technischer Hinsicht eine innere Kohärenz und eine funktionelle Kontinuität aufweisen. Ob Planungsleistungen, die in ihrer Art auf unterschiedliche Weise erbracht werden, in funktionalem Zusammenhang stehen und zusammenzurechnen sind, ist daher im Einzelfall von der jeweiligen Vergabestelle zu prüfen und zu dokumentieren. In Betracht kommt diese Prüfung insbesondere z. B. bei Bodengutachten oder Machbarkeitsstudien in einer frühen Vorplanungsphase.
- Grundsätzlich sollen öffentliche Auftraggeber nach den europäischen Richtlinien sowohl die getrennte als auch die gemeinsame Vergabe von Aufträgen für die Planung und die Ausführung von Bauleistungen vorsehen können. Zu beachten ist, dass nach der Richtlinie 2014/24/EU "öffentliche Bauaufträge" öffentliche Aufträge mit einem der folgenden Ziele sind: a) Ausführung oder sowohl die Planung als auch die Ausführung von Bauleistungen im Zusammenhang mit einer der in Anhang II der Richtlinie genannten Tätigkeiten; b) Ausführung oder sowohl die Planung als auch die Ausführung eines Bauvorhabens; c) Erbringung einer Bauleistung durch Dritte — gleichgültig mit welchen Mitteln — gemäß den vom öffentlichen Auftraggeber, der einen entscheidenden Einfluss auf die Art und die Planung des Vorhabens hat, genannten Erfordernissen.
- Bei Losaufteilung darf bei der Vergabe einzelner Lose von den Bestimmungen über die Zusammenrechnung des Werts der Lose für die Auftragswertberechnung gem. § 3 Abs. 7 S. 1 VgV abgewichen werden, wenn der geschätzte Wert des betreffenden Loses ohne MwSt. bei Lieferungen oder Dienstleistungen unter EUR 80.000,00 und bei Bauleistungen unter EUR 1.000.000,00 liegt. Die Summe der Nettowerte dieser Lose darf allerdings 20 Prozent des Gesamtwertes aller Lose nicht übersteigen (vgl. § 3 Abs. 9 VgV).
- Mittelständische Interessen sind – unter Beachtung der unionsrechtlichen Regelungen zur öffentlichen Auftragsvergabe – in Ausschreibungen für Planungsleistungen weiterhin zu wahren (vgl. § 97 Absatz 4 GWB).

Inwieweit die vorstehenden, sehr allgemein gehaltenen Erläuterungen, die letztlich nur Hinweise auf die bestehenden Vorschriften geben, in der Praxis geeignet sind, die Vergabestellen künftig bei der Auftragswertberechnung zu unterstützen und anzuleiten, wird sich weisen. Derzeit geht die Tendenz vieler Auftraggeber dahin, nun möglichst viele Leistungen zusammenzufassen, um sich nur ja nicht angreifbar zu machen. Insbesondere bei Auftraggebern geförderter Vorhaben geht natürlich vor allem die Angst vor Rückforderungen durch die Zuwendungsgeber aufgrund eines fehlerhaften Zuschnitts vergebener Aufträge um. Die Aufgabe, die Einzelheiten der Auslegung der Vorschriften herauszuarbeiten, wird in den nächsten Jahren wohl der vergaberechtlichen und – für die Rückforderung von Zuwendungen – auch der verwaltungsgerichtlichen Judikatur zukommen.

Phishing-Mails von Tenders Electronic Daily (TED)

In letzter Zeit mehren sich Phishing E-Mails, die vorgeblich von TED verschickt werden und zur Validierung von Daten auffordern. Hierfür soll eine beigefügte Anlage geöffnet oder auf einen Link geklickt werden. Erkennbar sind diese optisch sehr gut gemachten, echt wirkenden Nachrichten im Wesentlichen anhand der überlangen und kryptischen Adressen. Die Nachrichten werden u. a. über *kronostudios.cl* verschickt. Daher lohnt es sich immer, zur Sicherheit die E-Mail-Adresse des Absenders zu überprüfen, auch wenn es sich vermeintlich um eine Nachricht von TED handelt. Auf der Homepage hatte das Amt für Veröffentlichungen im Übrigen kurzzeitig einen entsprechenden Warnhinweis geschaltet, der zwischenzeitlich aber wieder entfernt wurde.

VK Südbayern äußert sich wieder einmal zu Kommunikation über Vergabepattform

Die Vergabekammer Südbayern hatte im Jahr 2019 für Aufregung gesorgt, als sie das Hochladen einer Vorinformation gem. § 134 GWB auf eine Vergabepattform, die anschließend vom Bieter heruntergeladen werden musste, als nicht vergaberechtskonform angesehen hat (VK Südbayern, Beschluss vom 29. März 2019 (Az.: Z3-3-3194-1-07-03/19)). Die bloße Bereitstellung einer Nachricht zum Abruf genügte ihr damals nicht. Zu einer Entscheidung des damals noch in 2. Instanz zuständigen Oberlandesgerichts München kam es danach leider nicht. Andere Vergabekammern (etwa VK Saarland, Beschluss vom 22. Februar 2021 (Az.: 1 VK 06/2020) und VK Sachsen, Beschluss vom 28. Juli 2021 (Az.: 1/SVK/043-20)) stellten sich später gegen die VK Südbayern und hielten das Absenden über die Plattform für ausreichend, um die Wartefrist des § 134 Abs. 2 GWB in Gang zu setzen.

Nunmehr hat sich die Vergabekammer Südbayern erneut zu einer Frage der elektronischen Übermittlung geäußert (Beschluss vom 23. Mai 2023, Az.: 3194.Z3-3_01-22-63). Dieses Mal ging es um den Zugang einer Angebotsaufforderung für ein finales Angebot. Diese erfolgte im Wege einer durch eine Vergabepattform generierten und versandten E-Mail. Der Versand der E-Mail an die Antragstellerin wurde zwar auf der Plattform verzeichnet, der Zugang war jedoch nicht nachweisbar. Insbesondere fehlte es auch an einer Protokollierung des Zugriffs des Bieters auf die Nachricht auf der Vergabepattform. Aus Sicht der Vergabekammer bewirkte das Einstellen der Nachricht auf der Plattform allein noch keinen Zugang bei der Antragstellerin. Grundsätzlich bedürfe die Aufforderung zur Abgabe eines finalen Angebots des Zugangs beim Bieter. Sie sei als geschäftsähnliche Handlung zu qualifizieren, da sie auf den Abschluss der Verhandlungen gerichtet sei und als gesetzliche Folge das Verhandlungsverbot über die finalen Angebote nach § 17 Abs. 10 S. 1 VgV nach sich ziehe. Der Zugang einer E-Mail erfordere es nach der Rechtsprechung des BGH, dass sie auf einem vom Empfänger für den Empfang von E-Mail-Nachrichten genutzten Mailserver abrufbereit zur Verfügung gestellt werde. Für den Zugang von Erklärungen, die im Bieterbereich einer Vergabepattform eingestellt werden, sei es daher erforderlich, dass den Bietern unmissverständlich mitgeteilt werde, dass dieser Bieterbereich für die Zustellung rechtserheblicher Erklärungen genutzt wird. Dies sei nicht der Fall, wenn sowohl die Erläuterungen in der Auftragsbekanntmachung oder den Vergabeunterlagen als auch im Benutzerhandbuch der Vergabepattform darauf hinweisen, dass verfahrenserhebliche Erklärungen an die bei der Registrierung angegebene E-Mail-Adresse versendet werden.

Die Entscheidung gibt Anlass, sich insbesondere im Zuständigkeitsbereich der Vergabekammer Südbayern näher mit den Nutzungsbedingungen und Anwendungshinweisen der jeweils zum Einsatz kommenden E-Vergabepattform auseinanderzusetzen und daraufhin zu überprüfen, ob den Bietern hinreichend klar gemacht wird, dass die entsprechenden Projekträume und Kommunikationstools dort als ihre Postfächer vom Auftraggeber zur Kommunikation eingesetzt werden. Gegebenenfalls sollten in den Vergabeunterlagen entsprechende Hinweise erfolgen, damit sichergestellt ist, dass die Bieter über die Vorgehensweise ausreichend informiert sind.

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 Lüdtke

Rechtsanwältin,
Fachanwältin für
Verwaltungsrecht

[vCard](#)



Hinweis: Aus Gründen der besseren Lesbarkeit wird auf die gleichzeitige Verwendung der Sprachformen männlich, weiblich und divers (m/w/d) verzichtet. Sämtliche Personenbezeichnungen gelten gleichermaßen für alle Geschlechter.

REDAKTION (verantwortlich)

Stephan Rechten | Rechtsanwalt
© Beiten Burkhardt
Rechtsanwaltsgesellschaft mbH

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



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 2023

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.