

VERGABERECHT

Eine unter staatlicher Mehrheitsbeteiligung geführte kommunale Wohnungsbaugesellschaft ist kein öffentlicher Auftraggeber

§ 99 Nr. 2 GWB nimmt den in den EU-Richtlinien verwendeten Begriff der „Einrichtung des öffentlichen Rechts“ auf und setzt ihn in deutsches Kartellvergaberecht um. Hierbei soll die Norm das vom Unionsrecht vorgegebene funktionale Verständnis des Auftraggeberbegriffs zum Ausdruck bringen. Der Gesetzgeber normierte hierbei verschiedene Voraussetzungen, die es zur Qualifikation als öffentlicher Auftraggeber bedarf.

Mit dem bisher wenig beleuchteten Merkmal der „Nichtgewerblichkeit“ setzte sich nun das OLG Hamburg in seiner Entscheidung vom 11. Februar 2019 (1 Verg 3/15) auseinander.

SACHVERHALT

Eine kommunale Wohnungsbaugesellschaft beauftragte im Frühjahr 2015 ein Bauunternehmen ohne vorherige Durchführung eines förmlichen Vergabeverfahrens als Generalunternehmer mit der Durchführung eines Bauvorhabens, für das Wohnungen, Gewerberäume und Tiefgaragenstellplätze errichtet werden sollten. Die Wohnungsbaugesellschaft wird von der S. Unternehmensgruppe (zu 80,55 %) und einer Beteiligungsgesellschaft (zu 19,45 %) gehalten, welche ihrerseits durch die Stadt Hamburg gehalten werden, wobei die Beteiligungsgesellschaft eine 100-prozentige Tochter der Hamburger Gesellschaft für Vermögens- und Beteiligungsmanagement (HGV) darstellt, welche ihrerseits vollständig der Stadt Hamburg untersteht. Die Anteile an der S. liegen zu 71,74 Prozent bei der HGV und zu 28,26 Prozent direkt bei der Stadt Hamburg. Die Antragstellerin, ein Wettbewerber des beauftragten Unternehmens, legte vor dem OLG Hamburg Beschwerde gegen den Beschluss der Vergabekammer ein und machte geltend, dass es sich bei der kommunalen Wohnungsbaugesellschaft um einen öffentlichen Auftraggeber im Sinne von § 99 Nr. 2 GWB a.F. handele und die Vergabe des Auftrags ohne vorherige Durchführung eines Vergabeverfahrens eine rechtswidrige de-facto-Vergabe gewesen sei.

Die Antragstellerin machte insoweit geltend, dass die Antragsgegnerin durch die Beteiligungen der S. Unternehmensgruppe und der GWG-Beteiligungsgesellschaft vollständig der staatlichen Kontrolle unterstehe und durch ihren Gesellschaftszweck, welcher vorrangig die sichere und sozial verantwortliche Wohnungsversorgung für breite Schichten der Bevölkerung zu angemessenen Preisen umfasse, auch im Allgemeininteresse liegende Aufgaben nichtgewerblicher Art erfülle.

ENTSCHEIDUNG

Der Vergabesenat des OLG Hamburg wies die Beschwerde der Antragstellerin zurück (Beschluss vom 11.02.2019 – 1 Verg 3/15). Die kommunale Wohnungsbaugesellschaft handele, soweit sie Bauaufträge erteilt, nicht als öffentlicher Auftraggeber im Sinne von § 99 Nr. 2 GWB, da sie ihre Aufgaben mit Gewinnerzielungsabsicht und folglich gewerblich wahrnehme. Grundsätzlich erfülle die Wohnungsbaugesellschaft – wenn auch nur neben anderen Aufgaben – zum Bereich der öffentlichen Daseinsvorsorge gehörende Zielvorgaben der Stadt Hamburg als ihrer Eigentümerin, diese jedoch mit gewerblichen Mitteln.

Zunächst erinnerte das OLG Hamburg daran, dass eine juristische Person des Privatrechts nicht allein deswegen als öffentlicher Auftraggeber zu qualifizieren sei, wenn ihre Gesellschaftsanteile zu 100 Prozent – wenn auch nur mittelbar – im Eigentum einer Gebietskörperschaft stehen und sie eine im Allgemeininteresse liegende Aufgabe erfülle. Bei dem Tatbestandsmerkmal der „Nichtgewerblichkeit“ handele es sich nach dem OLG um ein eigenständiges Tatbestandsmerkmal, welches an die Art und Weise der Erfüllung anknüpft und eigenständig zu prüfen sei. Zur Beantwortung der Frage, inwiefern eine juristische Person nichtgewerblich handele und somit als öffentlicher Auftraggeber zu qualifizieren sei, seien alle rechtlich und sachlich erheblichen Umstände zu würdigen. Dabei seien insbesondere das Fehlen von Wettbewerb auf dem Markt, das Fehlen einer grundsätzlichen Gewinnerzielungsabsicht, das Fehlen der Übernahme der mit der Tätigkeit verbundenen Risiken und schließlich die etwaige Finanzierung der Tätigkeit aus öffentlichen Mitteln als entscheidende Kriterien zu berücksichtigen.

Die Antragstellerin berief sich hierbei auf die in der Hansestadt herrschende Marktlage, welche es der Wohnungsbaugesellschaft erlaube, ihre Angebote frei von Konkurrenz zu platzieren. Dem

folgte das OLG jedoch nicht. Das aufgrund der Marktmenge alle Anbieter keine Schwierigkeiten haben, ihre Angebote vollständig zu platzieren, führe im Ergebnis nicht dazu, dass die Anbieter nicht mehr im Wettbewerb stehen.

Die Antragstellerin machte weiterhin geltend, dass ein nicht-gewerbliches Handeln dennoch unter dem Aspekt vorliege, dass die Gewinnerzielungsabsicht der Wohnungsbaugesellschaft fehle. Aufgrund der Marktlage sei es der Antragsgegnerin möglich gewesen, deutlich höhere Einnahmen zu erzielen, worauf sie jedoch im Hinblick auf angemessene Mietpreise verzichtete. Auch hier folgte das OLG nicht und nahm die Gewinnerzielungsabsicht der Wohnungsbaugesellschaft an. Dies zeige sich vor allem daran, dass sie in der Vergangenheit bereits erhebliche Gewinne erwirtschaftet und teils sogar höhere Ertragsquoten erzielt habe als andere, zweifelsfrei gewerblich tätige Wohnungsbaugesellschaften. Es sei, so das OLG, schlicht nicht plausibel, dass das Unternehmen über erhebliche Zeiträume Gewinne erwirtschaftete, ohne dass dies beabsichtigt sein soll. Gewinnerzielung durch Unternehmen sei kein Zufall, sondern das Ergebnis planvollen unternehmerischen Handelns. Insoweit handele die Antragsgegnerin mit Gewinnerzielungsabsicht und folglich auch gewerblich und sei im Ergebnis kein öffentlicher Auftraggeber im Sinne von § 99 Nr. 2 GWB.

PRAXISTIPP

Mit seiner Entscheidung wagt sich das OLG Hamburg an bisher wenig behandeltes Terrain im Rahmen des Vergaberechts und setzt mit seiner Entscheidung ein Ausrufezeichen in Richtung staatlich beherrschter Gesellschaften.

Dem Umstand, dass die Entscheidung noch unter dem „alten Vergaberecht“ vor der Vergaberechtsnovelle 2016 zu entscheiden war, wofür das OLG Hamburg vier Jahre benötigte, ist wohl keine Bedeutung zuzumessen, da neues und altes Vergaberecht sich in Bezug auf das Merkmal der Nichtgewerblichkeit nicht maßgeblich unterscheiden.

Dennoch hat das Urteil entscheidende Bedeutung im Hinblick auf das Vorliegen der öffentlichen Auftraggebereigenschaft. Staatlich beherrschte, aber privatrechtlich organisierte Gesellschaften, wie zum Beispiel GmbHs oder AGs unter der Kontrolle von Gebietskörperschaften, können unter Zugrundelegung des Urteils ihre Qualifikation als öffentlicher Auftraggeber verlieren und somit nicht länger an vergaberechtliche Vorschriften gebunden sein. Insoweit wird die Entscheidung Begehrlichkeiten wecken. Insbesondere wenn für die Verfolgung der Aufgaben bereits ein entwickelter Markt besteht, auf welchem sich die Gesellschaft gegen Konkurrenten durchzusetzen hat und die Gesellschaft hierbei bereits in der Vergangenheit erhebliche Gewinne erwirtschaftet hat und/oder mit Gewinnerzielungsabsicht handelt, sollte in der Regel ein Handeln in gewerblicher Art und Weise vorliegen.

Das Urteil darf jedoch nicht so verstanden werden, dass es eine Art Flucht aus dem Vergaberecht aufzeigt. Öffentlichen Auftraggebern soll es nicht ermöglicht werden, sich

durch die Verbindung mit privaten Unternehmen oder der Kontrolle von Gesellschaften vergaberechtlichen Vorschriften zu entziehen und Vergabeverfahren zu umgehen. Die gewerbliche Handlung wird weiterhin wohl grundsätzlich unschädlich bleiben, wenn die Haupttätigkeit der unter staatlicher Kontrolle stehenden Gesellschaft die nicht-gewerbliche Aufgabenerfüllung ist.

Ob also eine Gesellschaft unter staatlicher Kontrolle als öffentlicher Auftraggeber zu qualifizieren ist, wird auch weiterhin von einer Einzelfallbetrachtung abhängen, die mit der Entscheidung nun für erheblichen Auftrieb sorgen wird. Mit Spannung wird auch zu verfolgen sein, wie sich andere Vergabesenate zu dieser Entscheidung stellen.



Dr. Hans von Gehlen

Rechtsanwalt
BEITEN BURKHARDT
Rechtsanwaltsgesellschaft mbH
E-Mail: Hans.VonGehlen@bblaw.com

Vergabereife setzt das Vorliegen aller tatsächlichen und rechtlichen Anforderungen an den Beginn der Leistungsausführung voraus

Ein öffentlicher Auftraggeber hat dafür Sorge zu tragen, dass ein Auftrag zu Beginn eines Vergabeverfahrens ausschreibungsreif ist, weil er mit Veröffentlichung der Auftragsbekanntmachung stets an den Inhalt des Auftrags gebunden und eine Aufhebung des Vergabeverfahrens nur unter engen Voraussetzungen zulässig ist. Der Auftraggeber soll daher erst dann ausschreiben, wenn alle Vergabeunterlagen fertig gestellt sind und wenn innerhalb der angegebenen Fristen mit der Ausführung begonnen werden kann (vgl. § 2 Abs. 5, § 2 EU Abs. 8 VOB/A). Obgleich es sich dem Wortlaut nach um Soll-Vorschriften handelt, sind diese Normen bieterschützend und können bei Missachtung zu erheblichen finanziellen Nachteilen für den Auftraggeber in Form von Schadensersatzansprüchen führen.

Mit der Frage, ab wann Vergabereife bei Bauvorhaben besteht, deren Planfeststellungsbeschluss gerichtlich angegriffen wurde, musste sich die Vergabekammer des Bundes in ihrer Entscheidung vom 12. März 2019 (VK 1-7/19) auseinandersetzen.

SACHVERHALT

Die Antragsgegnerin, eine Behörde der Wasserstraßen- und Schifffahrtsverwaltung des Bundes, führt ein nicht offenes Verfahren mit Teilnahmewettbewerb zur Vergabe des Bauauftrags „Fahrrinnenanpassung“ durch. Dem Vorhaben liegt ein länger andau-

erndes Planfeststellungsverfahren zugrunde. Der inzwischen ergangene dritte Planergänzungsbeschluss ist seit August 2018 sofort vollziehbar. Ein Antrag auf aufschiebende Wirkung der Klage zweier Umweltverbände vor dem Bundesverwaltungsgericht wurde nicht gestellt.

Alleiniges Zuschlagskriterium ist nach der Bekanntmachung der Preis. Gegenstand des Rechtsstreits war das Los 2 der Ausschreibung, welches die Nassausbaggerung von rund 30 Millionen Kubikmetern Material vorsieht.

Die Antragstellerin gab ein Angebot für Los 2 ab. Mit Schreiben vom 18. Januar 2019 wurde der Antragstellerin mitgeteilt, dass ihr Angebot nicht berücksichtigt werden könne, da sie nicht die in den Vergabeunterlagen geforderten Bedingungen erfüllt. Die Antragstellerin rügte daraufhin das Verhalten der Antragsgegnerin als vergaberechtswidrig und machte unter anderem geltend, dass für das streitige Vergabeverfahren keine Vergabereife bestehe, weil der Planfeststellungsbeschluss gerichtlich angegriffen werde.

ENTSCHEIDUNG

Die Vergabekammer des Bundes ist in ihrem Beschluss vom 12. März 2019 (VK 1-7/19) diesem Vorbringen nicht gefolgt. Der Ausschluss des Angebots der Antragstellerin wegen einer unzulässigen Änderung an den Vergabeunterlagen sei rechtmäßig, weil im Angebot nach den Feststellungen der Kammer von bestimmten planungsrechtlichen Einschränkungen abgewichen worden sei. Der Ausschluss scheide auch nicht deswegen aus, weil die Ausschreibungsunterlagen ihrerseits vergaberechtswidrig seien. Das Vergabeverfahren leide insoweit nicht an einem schwerwiegenden Mangel.

Nach § 2 EU Abs. 8 VOB/A soll der öffentliche Auftraggeber erst dann ausschreiben, wenn alle Vergabeunterlagen fertig gestellt sind und wenn innerhalb der angegebenen Fristen mit der Ausführung begonnen werden kann. Voraussetzung der Ausschreibungsreife ist laut VK Bund daher, dass die rechtlichen und tatsächlichen Anforderungen an den *Beginn der Leistungsausführung* gegeben sind. Der Auftraggeber müsse vor der Ausschreibung alle rechtlichen – privat- oder öffentlich-rechtlichen – Voraussetzungen dafür schaffen, dass mit den ausgeschriebenen Leistungen innerhalb der in den Vergabeunterlagen angegebenen Fristen begonnen werden kann. Bieter dürften der VK Bund zufolge darauf vertrauen, dass der Auftraggeber das Vergabeverfahren zulässigerweise mit einem Zuschlag beenden kann und wird. Lügen die rechtlichen und tatsächlichen Voraussetzungen dafür, dass die ausgeschriebene Leistung fristgemäß aufgenommen werden kann, gerade nicht vor, könne der öffentliche Auftraggeber keine Zuschlagserteilung gewährleisten.

Im vorliegenden Fall kam die VK Bund trotz anhängiger Klage gegen den zugrundeliegenden Planfeststellungsbeschluss zu dem Ergebnis, dass die Vergabereife für die streitige Ausschreibung gegeben ist. Der Auftraggeber habe sich bei der Ausschreibung auf die Planfeststellung vom April 2012 gestützt, welche mit dem dritten Planergänzungsbeschluss seit August 2018 sofort vollziehbar sei. Aufgrund der sofortigen Vollziehbarkeit habe es dem Auftraggeber zugestanden, das streitige Ausschreibungsverfah-

ren durchzuführen. Auf etwaig eingelegte Rechtsbehelfe gegen die Planfeststellung, über die instanzens abschließend noch nicht entschieden wurde, könne es nicht ankommen. In einem Vergabenaachprüfungsverfahren dürfe es generell nicht zu einem In-Sich-Prozess kommen, bei welchem über die Rechtmäßigkeit von Planfeststellungsentscheidungen geurteilt wird. Deren Überprüfung sei rechtlich komplex gelagert und erfordere besonderen Sachverstand, sodass eine Überprüfung den Verwaltungsgerichten vorbehalten sei.

Der Auftraggeber habe letztlich dafür zu sorgen, dass die erforderlichen öffentlich-rechtlichen Voraussetzungen für die Durchführung des Vorhabens gegeben sind. Soweit die Ausschreibungsbedingungen von öffentlich-rechtlichen Vorgaben oder gerichtlichen Feststellungen abweichen, liege dies allein im Verantwortungsbereich des Auftraggebers, der etwaige Konsequenzen – z. B. aus hieraus entstehenden Auftragsänderungen während der Vertragslaufzeit – zu tragen habe. Keinesfalls müsse der Bieter eine öffentlich-rechtliche Prüfung der Vergabeunterlagen durchführen. Für den Bieter seien allein die vom Auftraggeber aufgestellten Ausschreibungsbedingungen maßgeblich.

Vorliegend nahm die VK Bund daher an, dass die öffentlich-rechtlichen Voraussetzungen des Vorhabens angesichts der sofortigen Vollziehbarkeit des Planergänzungsbeschlusses gegeben sind und somit Vergabereife bestand. Aus den gegen die Rechtmäßigkeit der Planfeststellung eingelegten Rechtsbehelfen könne der Bieter keinesfalls eine Unverbindlichkeit der Baubeschreibung des Auftraggebers ableiten.

PRAXISTIPP

Mit ihrer Entscheidung bringt die VK Bund Klarheit in die Voraussetzungen der Vergabereife für Ausschreibungsvorhaben, insbesondere im Zusammenhang mit rechtlich umstrittenen Infrastrukturmaßnahmen.

Mit wohlthuender Deutlichkeit stellt sie fest, dass In-Sich-Prozesse über Planfeststellungsbeschlüsse im Vergabenaachprüfungsverfahren nichts zu suchen haben. Damit schließt die Rechtsprechung an kürzlich bekannt gewordene Entscheidungen an, wonach Rechtsfragen außerhalb des Vergaberechts von der Entscheidungskompetenz einer Vergabekammer nicht umfasst sind. So hat zuletzt das OLG Celle mit Beschluss vom 19. März 2019 (13 Verg 7/18) festgestellt, dass Vertragsklauseln im Nachprüfungsverfahren grundsätzlich nicht auf ihre zivilrechtliche Wirksamkeit hin zu prüfen sind. Alles andere widerspräche der organisationsrechtlichen Kompetenzordnung und liefe dem im Nachprüfungsverfahren geltenden Beschleunigungsgrundsatz (§ 167 GWB) zuwider. Nebenbei erlaubt die Entscheidung, auch die Leistungsphasen 5 und 6 (Ausführungsplanung und Vorbereitung der Vergabe) bei großen Infrastrukturmaßnahmen maßgeblich zu beschleunigen.

Für öffentliche Auftraggeber ist die Entscheidung folglich in der Hinsicht von Bedeutung, dass Entscheidungen über Rechtsbehelfe gegen Planfeststellungsbeschlüsse nicht abgewartet werden müssen, sofern diese für sofort

vollziehbar erklärt wurden. Stützen sie die Vergabeunterlagen auf einen sofort vollziehbaren Planfeststellungsbeschluss, liegt Vergabereife vor, auch wenn noch keine instanzenschießende Entscheidung über die Rechtmäßigkeit der Planungsentscheidung getroffen ist.

Nichtsdestotrotz müssen öffentliche Auftraggeber vor Auftragsbekanntmachung sicherstellen, dass die rechtlichen und tatsächlichen Anforderungen an den Beginn der Leistungsausführung gegeben sind. Zu den rechtlichen Anforderungen gehören alle privat- und öffentlich-rechtlichen Voraussetzungen der Leistungserbringung. So muss im Vorfeld geprüft werden, ob – wie hier – eine sofortige Vollziehbarkeit von Planungsentscheidungen angeordnet ist oder – in anderen Fällen – der Leistungserbringung beispielsweise Urheber- oder Patentrechte entgegenstehen. Auftraggebern bleibt also zu empfehlen, mit der Ausschreibung erst zu starten, wenn alle Vergabeunterlagen fertiggestellt und abschließend geprüft sind, und gewährleistet werden kann, dass ein Beginn der Auftragsausführung innerhalb der angegebenen Fristen rechtlich und tatsächlich möglich ist.

Bieter wiederum sind nicht gehalten, die Ausschreibungsunterlagen auf öffentlich-rechtliche Fehler außerhalb des Vergaberechts zu überprüfen. Für sie ist ohne Bedeutung, ob und inwieweit die Vergabeunterlagen den öffentlich-rechtlichen Vorschriften genügen oder ob Rechtsbehelfe gegen – sofort vollziehbare – Verwaltungsentscheidungen noch nicht instanzenschießend entschieden wurden. Sie dürfen sich mit den Worten der VK Bund darauf verlassen, dass der Auftraggeber das Vergabeverfahren zulässigerweise mit einem Zuschlag beenden kann und wird und dass der Leistungserbringung keine öffentlich-rechtlichen Hindernisse entgegenstehen. Ist dies dennoch der Fall, teilt die VK Bund die Verantwortung klar dem öffentlichen Auftraggeber zu, sodass die Folgen eines öffentlich-rechtlichen Mangels (z. B. Nachträge, Auftragsänderungen, Aufhebung der Ausschreibung) nicht dem Bieter zu Last fallen. Die oben genannte Entscheidung des OLG Celle spricht dafür, dass dies auch im Hinblick auf privatrechtliche Mängel der Ausschreibungsunterlagen der Fall ist.

Interessant ist auch die – von der VK Bund noch offen gelassene – Fragestellung, ob in derartigen Fällen überhaupt eine von der Vergabekammer zu prüfende Rechtsverletzung im Sinne des § 97 Abs. 6 GWB gegeben ist. Ein Bieter, der die öffentlich-rechtliche Zulässigkeit einer Ausschreibung nicht zu prüfen hat, könne – so die VK Bund – auf der Grundlage der (möglicherweise öffentlich-rechtlich fraglichen) Ausschreibungsbedingungen ein Angebot abgeben und sei daher durch die Folgen eines etwaigen öffentlich-rechtlichen Mangels nicht belastet. In ähnlicher Weise führt das OLG Celle im Beschluss vom 19. März 2019 (13 Verg 7/18) aus, dass die zivilrechtliche Wirksamkeit von Vertragsklauseln nicht zu den Bestimmungen im Sinne von § 97 Abs. 6 GWB zählt. Bieter sollten daher bei außerhalb des Vergabeverfahrens liegenden Rechtsverstößen – seien sie aus dem Bereich des öffentlichen Rechts oder

des Zivilrechts – vor Einreichung eines Nachprüfungsantrags immer genau prüfen, ob es eine vergaberechtliche Anknüpfungsnorm gibt, die im Nachprüfungsverfahren entscheidungsrelevant ist.



Christopher Theis

Rechtsanwalt
BEITEN BURKHARDT
Rechtsanwalts-gesellschaft mbH
E-Mail: Christopher.Theis@bblaw.com

NEWSTICKER

+++ Auftragnehmer trägt das Risiko einer späteren Änderung der anerkannten Regeln der Technik +++

Das OLG Koblenz hat mit Urteil vom 27. September 2016 (4 U 674/14) festgestellt, dass das Werk mangelhaft ist, wenn sich die als zutreffend angenommenen anerkannten Regeln der Technik später als unrichtig herausstellen. Das gilt auch dann, wenn der Auftragnehmer seine Leistung unter Beachtung der seinerzeit geltenden anerkannten Regeln der Technik erstellt hat.

Der Auftragnehmer schuldet ein *dauerhaft* mangelfreies und funktionstaugliches Werk. Für die Einstandspflicht des Auftragnehmers ist lediglich von Bedeutung, ob dem Werk ein aus seinem Verantwortungsbereich herrührender Mangel anhaftet. Das Werk ist auch dann mangelhaft, wenn den Auftragnehmer kein Verschulden trifft. Inwieweit ein Mangel des Werks vorliegt, hängt nicht davon ab, ob der Auftragnehmer aufgrund ihm zugänglicher fachlicher Informationen darauf vertrauen konnte, dass die vertraglich vereinbarte Beschaffenheit durch seine Leistung erfüllt wird.

+++ Technische Probleme bei der E-Vergabe: Organisationsverschulden des Auftraggebers muss geprüft werden +++

Der öffentliche Auftraggeber hat die Angebote auf Vollständigkeit zu überprüfen. Kommt es bei der E-Vergabe zu Problemen, weil beispielsweise ein Angebot nicht vollständig hochgeladen wird,

muss der Auftraggeber bei der Ursachenforschung zumindest prüfen, ob internes Organisationsverschulden vorliegt. Können die Probleme nicht in der eigenen Sphäre aufgeklärt werden, ist auch der Bieter in die Ursachenforschung miteinzubeziehen, so die VK Westfalen in einem aktuellen Beschluss vom 20. Februar 2019 (VK 1-40/18).

+++ Bieter ist nur, wer auch ein Angebot abgibt +++

Den öffentlichen Auftraggeber treffen vor Erteilung des Zuschlags Informationspflichten bezüglich derjenigen Bieter, deren Angebote nicht berücksichtigt werden sollen. Sie müssen darüber informiert werden, wie der Name des Unternehmers lautet, dessen Angebot angenommen werden soll, und welches der früheste Zeitpunkt des Vertragsschlusses ist. Des Weiteren muss den Bietern mitgeteilt werden, aus welchen Gründen ihr eigenes Angebot nicht berücksichtigt wurde.

Wer allerdings ausdrücklich erklärt hat, kein Angebot abgeben zu wollen, oder sein Angebot zurückzieht, gilt nicht als Bieter. Die entsprechenden Informationspflichten treffen den Auftraggeber in einem solchen Fall also nicht, wie das OLG Brandenburg in seinem Beschluss vom 25. September 2018 festhält (19 Verg 1/18).

+++ Auftraggeber muss nicht auf Rügepflicht hinweisen +++

Das OLG München hat mit Beschluss vom 19. September 2018 (Verg 6/18) entschieden, dass der öffentliche Auftraggeber nicht darauf hinweisen muss, dass ein Nachprüfungsantrag unzulässig ist, wenn der erkannte Vergaberechtsverstoß nicht rechtzeitig gerügt wurde.

Erst wenn das Vergabeverfahren bereits begonnen hat, kommt ein die Rügepflicht auslösenden Verstoß gegen Vergabevorschriften in Betracht. Eine europaweite Ausschreibung beginnt bereits mit Absendung der Auftragsbekanntmachung an das EU-Amtsblatt. Ob der Bieter ein Angebot abgegeben hat, ist im Hinblick auf die Rügepflicht unerheblich. Es kommt allein darauf an, dass der potentielle Bieter einen Verstoß gegen Vergabevorschriften erkannt hat. Die Rügefrist nach § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 GWB kann daher auch ungeachtet dessen beginnen, dass das Ausschluss Schreiben keine Rechtsbehelfsbelehrung enthält.

+++ Methode zur Umrechnung der Preise in Wertungspunkte erst bei Verstoß gegen gesetzliches Leitbild unzulässig +++

Jede Methode zur Umrechnung der Preise in Wertungspunkte weist nach Ansicht der VK Bund (Beschluss vom 11.02.2019 –

VK 2-2/19) Schwächen auf (so bereits schon der BGH im „Schulnoten“-Beschluss vom 04.04.2017 – X ZB 3/17). Eine Umrechnung ist allerdings erst dann als unzulässig anzusehen, wenn die Preisumrechnungsmethode im Einzelfall nicht mehr mit dem gesetzlichen Leitbild des Vergaberechts vereinbart werden kann. Dabei darf der öffentliche Auftraggeber die Zuschlagskriterien und ihre jeweilige Wertung an seinem eigenen Beschaffungsbedarf ausrichten.

+++ Einführung der bundesweiten Vergabestatistik steht bevor +++

Das Bundesministerium für Wirtschaft und Energie hat mit Schreiben vom 11. Februar 2019 über den aktuellen Stand der Einführung einer bundesweiten Vergabestatistik aufgrund der Vergabestatistikverordnung (VergStatAVO) informiert. Hiermit sollen in Deutschland erstmals die grundlegenden Daten zu öffentlichen Aufträgen und Konzessionen flächendeckend erfasst werden. Bereits im Jahr 2020 soll die Vergabestatistik-Datenbank in Betrieb genommen werden.

+++ EEE – Dienst der EU-Kommission eingestellt +++

Die EU-Kommission hat Ende April ihren Online-Dienst zur elektronischen Bearbeitung der „Einheitlichen Eigenerklärung (EEE)“ eingestellt. Seit dem 1. Mai 2019 können nationale EEE-Dienste in Anspruch genommen werden. Hierzu findet sich auf der Seite des Dienstes (<https://ec.europa.eu/docsroom/documents/35142>) eine nicht abschließende Liste von nationalen Anbietern, welche regelmäßig aktualisiert wird. Auch deutsche Anbieter sind in dieser Liste bereits vertreten. Die EEE-Dienste können teilweise bereits über E-Vergabe-Portale bestimmter Anbieter in Anspruch genommen werden (z. B. die e-Vergabe-Plattform des Bundes unter eee.evergabe-online.de).

+++ Beschaffungsautonomie kein Freibrief für Gesamtvergabe +++

Das OLG München hat sich mit Beschluss vom 25. März 2019 (Verg 10/18) Entscheidungen des OLG Frankfurt (11 Verg 4/18) und des OLG Düsseldorf (VII-Verg 100/11) angeschlossen und entschieden, dass das Absehen vom Regelfall der Losvergabe eine umfassende Abwägung der widerstreitenden Interessen bedarf, wobei der Auftraggeber einen gewissen Beurteilungsspielraum hat, welcher im Nachprüfungsverfahren der gerichtlichen Kontrolle unterliegt. In diesem Zusammenhang stellt das OLG München ausdrücklich klar, dass die Beschaffungsautonomie der Auftraggeber kein Freibrief für eine Gesamtvergabe darstellt.

Eine solche Gesamtvergabe kommt nur in Betracht, wenn sich aus dem konkret ausgewählten Auftragsgegenstand gewichtige, gegen eine Losvergabe sprechende Belange ergeben. Bei seiner

Beurteilung hat der Auftraggeber alle für oder gegen eine Losvergabe sprechenden Umstände zu berücksichtigen. Im Einzelfall können konkrete projektbezogene Besonderheiten wie ein hohes Risikopotential, wie es zum Beispiel im Bereich von Sicherheitstechnik oder bei sicherheitskritischen Infrastrukturen zu vergegenwärtigen ist, eine Gesamtvergabe rechtfertigen.

Impressum

BEITEN BURKHARDT

Rechtsanwaltsgesellschaft mbH
(Herausgeber)
Ganghoferstraße 33 | D-80339 München
AG München HR B 155350/USt.-Idnr: DE811218811

Weitere Informationen (Impressumsangaben) unter:
<https://www.beiten-burkhardt.com/de/impressum>

REDAKTION (VERANTWORTLICH)

Stephan Rechten | Rechtsanwalt

© BEITEN BURKHARDT Rechtsanwaltsgesellschaft mbH.
Alle Rechte vorbehalten 2019.

HINWEIS

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 newsletter@bblaw.com) oder sonst gegenüber BEITEN BURKHARDT widersprechen.

IHRE ANSPRECHPARTNER

BERLIN

Lützwowplatz 10 | 10785 Berlin
Tel.: +49 30 26471-219
Frank Obermann | Frank.Obermann@bblaw.com
Stephan Rechten | Stephan.Rechten@bblaw.com

DÜSSELDORF

Cecilienallee 7 | 40474 Düsseldorf
Tel.: +49 211 518989-0
Dr. Lars Hettich | Lars.Hettich@bblaw.com
Sascha Opheys | 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
Christopher Theis | Christopher.Theis@bblaw.com

HAMBURG

Neuer Wall 72 | 20354 Hamburg
Tel.: +49 40 688745-145
Jan Christian Eggers | Jan.Eggers@bblaw.com

MÜNCHEN

Ganghoferstraße 33 | 80339 München
Tel.: +49 89 35065-1452
Michael Brückner | Michael.Brueckner@bblaw.com
Hans Georg Neumeier | HansGeorg.Neumeier@bblaw.com