



6. Vergaberecht Frühstück 2020

Berlin / 03. November 2020

Unser Team im Vergaberecht



Sabine Usinger, Partnerin
Rechtsanwältin und Notarin



Monika Prell, Partnerin
Fachanwältin Vergaberecht



Dr. Jana Dahendorf
Rechtsanwältin

Agenda

Aktuelles

Rechtssichere Taktik bei Ausschreibungen und Angeboten

Diskussion

Aktuelles – auch rund um Corona

Auswirkungen der Corona-Pandemie

- **Verbindliche Handlungsleitlinien des BMWi für die Bundesverwaltung**
(<https://www.bmwi.de/Redaktion/DE/Downloads/H/handlungsleitlinien-vergr-corona.pdf?blob=publicationFile&v=4>)
 - Im **Unterschwellenbereich** (nationale Vergaben):
beschränkte Ausschreibungen ohne TN-Wettbewerb oder Verhandlungs-
vergaben mit/ohne TN-Wettbewerb bis 100.000 € netto (Bau: 1 Mio. € netto),
Direktvergaben bis 3.000 € netto zulässig (Bau: 5.000 € netto)
 - Im **Oberschwellenbereich** (EU-weite Ausschreibungen):
zur Belebung der Konjunktur bei den Teilnahme- und Angebotsfristen
grundsätzlich Verkürzung unter Berufung auf „hinreichend begründete
Dringlichkeit“ zulässig
 - Geltung vom 13.07.2020 bis 31.12.2021

Hinreichend begründete Dringlichkeit Verkürzung beim offenen Verfahren



Hinreichend begründete Dringlichkeit

Hinreichend begründete Dringlichkeit

Verkürzung beim nicht offenen und Verhandlungsverfahren



Hinreichend begründete Dringlichkeit

- Verbindliche Handlungsleitlinie gute Begründung für zulässige „hinreichend begründete Dringlichkeit“ auch für EU-weite Vergabeverfahren außerhalb der Bundesverwaltung, insbesondere vor dem Hintergrund des aktuellen zweiten „Lockdowns“
- Formulierungsbeispiel

➤ **„Beschleunigtes Verfahren“**

„Um die öffentliche Konjunktur angesichts des wirtschaftlichen Einbruchs infolge der COVID-19-Pandemie schnell mit konkreten Investitionsprojekten zu beleben, wird in Anlehnung an die Erleichterungen der verbindlichen Handlungsleitlinien für die Vergabe öffentlicher Liefer-, Dienstleistungs- und Bauaufträge des BMWi vom 08.07.2020 die Beschaffung als beschleunigtes Verfahren durchgeführt.“

Auswirkungen der Corona-Pandemie

- **Maßnahmen zur Beschleunigung und Vereinfachung der öffentlichen Beschaffung**
-
- Leitlinien der EU-Kommission zur „Nutzung des Rahmens für die Vergabe öffentlicher Aufträge in der durch die COVID-19-Krise verursachten Notsituation“ vom 01.04.2020
 - [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/PDF/?uri=CELEX:52020XC0401\(05\)&qid=1585752715595&from=DE](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/PDF/?uri=CELEX:52020XC0401(05)&qid=1585752715595&from=DE)
- Überblick über alle Erlasse/Rundschreiben der EU/des Bundes/der Länder (Stand 22.09.2020)
 - <https://www.sammlerusinger.com/aktuelles/%C3%BCberblick-%C3%BCber-die-ma%C3%9Fnahmen-zur-beschleunigung-und-vereinfachung-der-%C3%B6ffentlichen-beschaffung.html>

Entscheidungen zur Corona-Pandemie

- **VK Bund, Beschluss vom 06.05.2020, VK 1-32/20**
 - Auswirkungen der Corona-Pandemie kann dazu führen, dass sich die Grundlage des Verfahrens in zeitlicher und sachlicher Hinsicht so wesentlich ändert, dass eine Aufhebung gerechtfertigt ist

- **VK Bund, Beschluss vom 13.08.2020, VK 1-54/20**
 - Bei Berechnung der einzuhaltenden Mindestfristen können die Frist für die Vorabinformation, Puffer für Bieterfragen und die Auswertung der Angebote einbezogen werden
 - Äußerst dringliche, zwingende Gründe sind neben der Notwendigkeit der zu beschaffenden Leistung auch eine unvorhersehbare Einschränkung der Leistungsfähigkeit der Vergabestelle

- **VK Bund, Beschluss vom 28.08.2020, VK 2-57/20, nicht rechtskräftig**
 - Corona-Pandemie rechtfertigt auch Direktvergabe für die Vertragsabwicklung der gelieferten Schutzausrüstung

Sonstiges Aktuelles

- **Handlungsempfehlungen des Umweltbundesamts zur Energie- und Ressourceneffizienz digitaler Infrastrukturen vom 07.09.2020**
 - Ergebnis Forschungsprojekt „Green Cloud-Computing“ zu Rechenzentren, Cloud-Dienstleistungen und TK-Netzen, insbesondere Ziffer 3.4. „Bedeutung für die öffentliche Beschaffung“
 - https://www.umweltbundesamt.de/sites/default/files/medien/376/publikationen/politische-handlungsempfehlungen-green-cloud-computing_2020_09_07.pdf

- **X-Rechnung (Umsetzung RL 2014/55/EU)**
 - Ziel: von der verpflichtenden elektronischen Vergabe zur verpflichtenden elektronischen Rechnung als austauschbares XML-basiertes Format
 - Ab 27. November 2020 verpflichtend für Auftragnehmer bei Bundesbehörden
 - Informationsmaterial für Rechnungssteller, Softwarehersteller und Behörden: <https://www.e-rechnung-bund.de/>
 - Ausnahme: Verteidigungs-/Sicherheitsbereich, Regelungen Bundesländer

Sonstiges Aktuelles

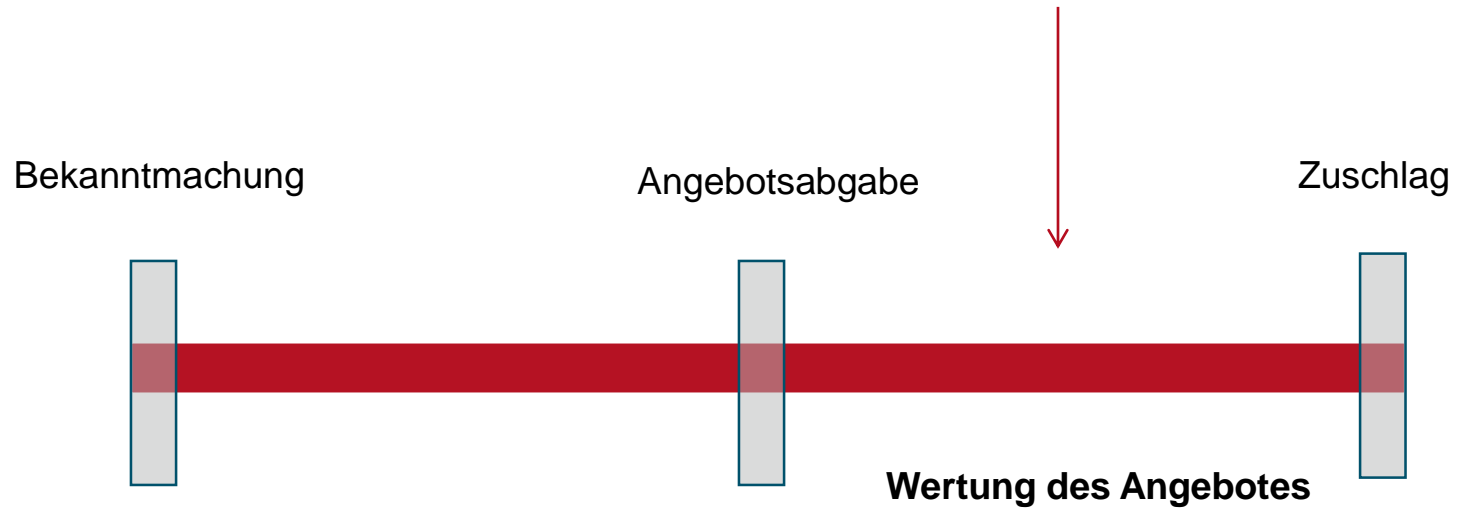
- **Verordnungsentwurf zur Änderungen der HOAI (Honorarordnung für Architekten und Ingenieure) vom 16.09.2020**
 - Umsetzung der Vorgaben Urteil des EuGH vom 04.07.2019 (Rs. C-377/17)
 - Keine verbindlich geltenden Mindest- und Höchstsätze
 - Grundlagen und Maßstäbe zur Honorarermittlung der HOAI nach wie vor durch entsprechende Parteivereinbarung „verwendbar“
 - Parteien können auch andere Methoden vereinbaren, nach denen das Honorar im Einzelfall ermittelt wird, in Honorartafeln enthaltenen Werte für Honorarberechnung „unverbindliche Honorarorientierung“
 - Reduzierung der Formanforderungen: Textform ausreichend, keine Vorgabe eines bestimmten Zeitpunkts für den Abschluss einer Honorarvereinbarung
 - <https://www.bmwi.de/Redaktion/DE/Artikel/Service/Gesetzesvorhaben/verordnung-zur-aenderung-der-honorarordnung-fuer-architekten-und-ingenieure.html>

Rechtssichere Taktik bei Ausschreibungen und Angeboten

Monika Prell / Dr. Jana Dahlendorf

1) Aktuelle Rechtsprechung zur Wertung

Die Wertung von Angeboten



4-stufige Angebotswertung

1. Wertungsstufe: formale Anforderungen?

2. Wertungsstufe: Eignung?

3. Wertungsstufe: (Gesamt)Preis angemessen?

4. Wertungsstufe: wirtschaftlichstes Angebot?

Zwingende Ausschlussgründe, § 57 Abs. 1 VgV, § 42 UVgO

- Angebot nicht form- oder fristgerecht
- Fehlende Preisangaben (Ausnahme unwesentliche Preisangaben)
- Zwingend (nach)geforderte Unterlagen nicht enthalten
- Änderung von Vergabeunterlagen durch Bieter
- Aber: **Aufklärung geht Ausschluss vor**, da Ausschluss „ultima ratio“
 - Auslegung der Erklärung des Bieters nach Empfängerhorizont §§ 133, 157 BGB: „Objektiver Maßstab, durchschnittlicher fachkundiger Bieter“
 - Verbleibende Unklarheiten/Widersprüche gehen zu Lasten der Vergabestelle
- **Grundlegende Entscheidung des BGH** (Urteil vom 18.06.2019 - X ZR 86/17) für Abwehrklausel der Vergabestelle bei widersprechenden AGB des Bieters
 - s. ausführlich hierzu Präsentation zum 4. Vergabefrühstück (<https://www.sammlerusinger.com/aktuelles/viertes-vergaberecht-fruehstueck-bei-sammlerusinger-gut-besucht-156.html>)

Unzulässige Änderung von Vergabeunterlagen?

- **Kammergericht Berlin, Beschluss vom 04.05.2020 - Verg 2/20**
- **Sachverhalt**
 - Ausschreibung Sicherheitsdienstleitungen für Flüchtlingsunterkünfte
 - *"Auflistung und kurze Beschreibung der Eignungskriterien: ...Erklärung, aus der die durchschnittliche jährliche Beschäftigtenzahl des Unternehmens in den letzten drei Jahren ersichtlich ist (Angaben getrennt pro Jahr) mit Angaben zu: ... "*
 - Bieter – ehemals AXX GmbH - im Wege eines Betriebsübergangs von AXX BXX SE übernommen, AXX GmbH 2016 erloschen.
 - Angebot mit „Eigenerklärung zur Eignung 1“ ausgefüllt und Kopf der Tabelle wie folgt ergänzt:

➤ 2016	2017	2017
AXX GmbH	AXX GmbH	AXX GmbH
 - Ausschluss wegen Änderung der Vergabeunterlagen

Unzulässige Änderung von Vergabeunterlagen?

- **Kammergericht Berlin, Beschluss vom 04.05.2020 - Verg 2/20**
- **Entscheidung**
 - Unzulässige Änderung, wenn eine andere Leistung angeboten wird
 - Änderungen: alle unmittelbaren Eingriffe mit verfälschender Absicht, wie Streichungen, Hinzufügungen, jede Abänderung einer Position, Herausnahme von einzelnen Blättern etc.
 - Ergänzungen des Bieters bei umfassender Betrachtung keine Änderung
 - Eintrag des Rechtsvorgängers AXX GmbH in die Tabelle des Vordrucks dient der Klarstellung, dass die geforderten Beschäftigtenzahlen durch die Rechtsvorgängerin erbracht worden waren
 - Unzutreffend übertragenes Datum auch keine Änderung, offensichtlicher Schreibfehler ohne Weiteres erkennbar bzw. auf jeden Fall Aufklärungspflicht

Unzulässige Änderung von Vergabeunterlagen?

- **Kammergericht Berlin, Beschluss vom 04.05.2020 - Verg 2/20**
- **Konsequenz**
 - Fortführung der Entscheidung des BGH, Aufgabe des „reinen“ Formalismus
 - **Vergabestelle**
 - Kein Ausschluss ohne Aufklärung
 - Kein Ausschluss bei klar erkennbaren formalen Fehlern, soweit diese das Angebot nicht verfälschen
 - Aufklärung ggf. nicht nötig
 - **Bieter**
 - Bei formalen Fehlern gute Chance, sich gegen Ausschluss zu wehren, insbesondere bei fehlender Aufklärung durch Vergabestelle
 - Bei geforderter Aufklärung: Formulierung beachten

4-stufige Angebotswertung

1. Wertungsstufe: formale Anforderungen?

2. Wertungsstufe: Eignung?

3. Wertungsstufe: (Gesamt)Preis angemessen?

4. Wertungsstufe: wirtschaftlichstes Angebot?

Eignungskriterien vs. Wertungskriterien?

- **Eignung**

- Prüfung der Fachkunde, Leistungsfähigkeit, Zuverlässigkeit des bietenden Unternehmens

- **Wirtschaftlichstes Angebot**

- Prüfung der angebotenen Leistung anhand der Wertungsmatrix (Preis/Leistung)

- Vor Vergaberechtsreform

- Kein „**Mehr an Eignung**“, d.h. Abfrage der Qualifikation des Personals nur bei Eignung, keine weitere Wertung bei der Wirtschaftlichkeit des Angebots

- Mit Vergaberechtsreform: § 58 Abs. 2 Nr. 2 VgV , § 16 d Abs. 2 Nr. 2 b VOB/A EU

- *„Neben dem Preis oder den Kosten **können** auch qualitative ... Zuschlagskriterien berücksichtigt werden, insbesondere ... die Organisation, Qualifikation und Erfahrung des mit der Ausführung des Auftrags betrauten Personals, wenn die Qualität des eingesetzten Personals erheblichen Einfluss auf das Niveau der Auftragsausführung haben kann“*

Eignungskriterien vs. Wertungskriterien?

- **VK Baden-Württemberg, Beschluss vom 12.11.2019 - 1 VK 62/19, VK Südbayern, Beschluss vom 02.04.2019 - Z3-3-3194-1-43-11/18**
 - „Doppelterwertung“ von Referenzen bei der Eignung und bei den Zuschlagskriterien zulässig
 - Umkehrschluss aus § 46 Abs. 3 Nr. 6 VgV (§ 6 a Nr. 3 e VOB/A EU)
 - *„Als Beleg der erforderlichen technischen und beruflichen Leistungsfähigkeit des Bewerbers oder Bieters kann der öffentliche Auftraggeber je nach Art, Verwendungszweck und Menge oder Umfang der zu erbringenden Liefer- oder Dienstleistungen ausschließlich die Vorlage von einer oder mehreren der folgenden Unterlagen verlangen: ...*
 - *6. Studien- und Ausbildungsnachweise sowie Bescheinigungen über die Erlaubnis zur Berufsausübung für die Inhaberin, den Inhaber oder die Führungskräfte des Unternehmens, **sofern diese Nachweise nicht als Zuschlagskriterium** bewertet werden, ...“*

„Eigenbetrieb“: Eignungs- oder Wertungskriterium?

- **OLG Rostock, Beschluss vom 12.08.2020 - 17 Verg 2/20**
- **Sachverhalt**
 - Konzessionsvergabe von Mecklenburg-Vorpommern zur Durchführung von Intensivtransporten im Rettungsdienst mit Intensivtransporthubschrauber
 - Verweis bei Eignungs- und Zuschlagskriterien auf Bewertungsmatrix, u.a.
 - Hubschraubergestellung
 - Eigener Hubschrauber: 50 Punkte
 - Gestellung des Hubschraubers über Partnerunternehmen: 30 Punkte
 - Anzahl der Hubschrauber (Punkte in Abhängigkeit zur Gesamtflottengröße)
 - Rüge: unzulässige Vermischung von Eignungs- und Zuschlagskriterien, Gestaltung des Punktesystems diskriminierend
 - Auf der Zuschlagsebene erneute „Anknüpfung“ an Eignung

„Eigenbetrieb“: Eignungs- oder Wertungskriterium?

- **OLG Rostock, Beschluss vom 12.08.2020 - 17 Verg 2/20**
- **Entscheidung** (in diesem Punkt, sofortiger Beschwerde wurde stattgegeben):
 - Abgrenzung von Eignungs- und Zuschlagskriterien nach dem jeweiligen Schwerpunkt: hängen betreffende Kriterien "im Wesentlichen" mit der Beurteilung der Leistungsfähigkeit/fachlichen Eignung der Bieter für die Ausführung des betreffenden Auftrags oder mit der Ermittlung des wirtschaftlich günstigsten Angebots zusammen (bieter- oder auftragsbezogen)
 - Persönliche Qualifikation („Eignung“) eines Bieters hat regelmäßig auch Einfluss auf die Qualität der Leistung
 - Eigenbetrieb im Ergebnis zulässiges Zuschlagskriterium, Reduktion des Ausfallrisikos bei Eigenbetrieb der Hubschrauber ohne Subunternehmereinsatz betrifft im Schwerpunkt die „Qualität“
 - Inhaltliche „Nähe zur Eignungsebene“ keine unzulässige Vermischung von Eignungs- und Zuschlagskriterien

„Eigenbetrieb“: Eignungs- oder Wertungskriterium?

- **OLG Rostock, Beschluss vom 12.08.2020 - 17 Verg 2/20**
- **Konsequenz:**
 - Anwendung der „Schwerpunkttheorie“, offen gelassen, ob Aufgabe des Grundsatzes „kein Mehr an Eignung“ und ob „Doppelterwertung“ zulässig, da Geltung von KonzVgV, aber grundsätzlicher Tenor, dass Eignungskriterien auch immer Qualität betreffen können
 - **Vergabestelle**
 - Bei VgV/VOB/A EU-Ausschreibungen grundsätzlich „Katalog“ von § 46 VgV bzw. § 6 Nr. 3 VOB/A EU auch als Zuschlagskriterien möglich
 - Doppelterwertung wohl zulässig, Ausnahme: Studien- und Ausbildungsnachweise
 - **Bieter**
 - Berufung auf unzulässige Vermischung von Eignungs- und Zuschlagskriterien nicht mehr per se möglich, genaue Prüfung im Einzelfall

2) Vom fakultativen Ausschlussgrund zur Vergabesperre?

Fakultative Ausschlussgründe bei schwerer Verfehlung und/oder Schlechtleistung

- **§ 124 Abs. 1 GWB**

- *Öffentliche Auftraggeber können unter Berücksichtigung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit ein Unternehmen zu jedem Zeitpunkt des Vergabeverfahrens von der Teilnahme an einem Vergabeverfahren ausschließen, wenn ...*
- *3. das Unternehmen im Rahmen der beruflichen Tätigkeit nachweislich eine schwere Verfehlung begangen hat, durch die die Integrität des Unternehmens infrage gestellt wird; § 123 Absatz 3 ist entsprechend anzuwenden...*
- *7. das Unternehmen eine wesentliche Anforderung bei der Ausführung eines früheren öffentlichen Auftrags oder Konzessionsvertrags erheblich oder fortdauernd mangelhaft erfüllt hat und dies zu einer vorzeitigen Beendigung, zu Schadensersatz oder zu einer vergleichbaren Rechtsfolge geführt hat...*

„Schwere Verfehlung“ ...

- **§ 124 Abs. 1 Nr. 3 GWB**

*„das Unternehmen **im Rahmen der beruflichen Tätigkeit** nachweislich eine **schwere Verfehlung** begangen hat, durch die die **Integrität des Unternehmens infrage** gestellt wird; **§ 123 Absatz 3** ist entsprechend anzuwenden“*

- Nachweisliche Verletzung einer früheren gesetzlichen oder vertraglichen Pflicht mit Auswirkung auf zukünftiges Verhalten
- Rechtsverstöße, die geeignet sind, die Zuverlässigkeit eines Bieters grundlegend in Frage zu stellen, muss zwingendem Ausschlussgrund nach § 123 GWB nahekommen
- Verweis auf § 123 Abs. 3 GWB: Verhalten einer rechtskräftig verurteilten Person ist Unternehmen zuzurechnen, wenn diese Person als für die Leitung des Unternehmens Verantwortlicher gehandelt hat (auch Überwachung der Geschäftsführung oder die sonstige Ausübung von Kontrollbefugnissen in leitender Stellung)
- In der Praxis/Rechtsprechung relativ seltener Ausschlussgrund

... oder „prognostizierte Schlechtleistung“?

▪ § 124 Abs. 1 Nr. 7 GWB

*„das Unternehmen eine **wesentliche** Anforderung bei der Ausführung eines **früheren öffentlichen Auftrags** oder Konzessionsvertrags **erheblich oder fortdauernd mangelhaft** erfüllt hat und dies zu einer **vorzeitigen Beendigung, zu Schadensersatz oder zu einer vergleichbaren Rechtsfolge** geführt hat“*

- Beurteilung betrifft frühere mangelhafte Vertragsausführung, die zu Beendigung des Vertrages oder Schadenersatz geführt hat, mit Auswirkung auf zukünftiges Verhalten
- Bieter wird mangels Eignung (hat wesentliche Anforderungen bei der Ausführung eines öffentlichen Auftrags nicht erfüllt) nicht zum Vergabeverfahren zugelassen
- Kein Verweis auf § 123 Abs. 3 GWB, d.h. auch Zurechnung wenn handelnde Person keine Leitungs-/Überwachungsfunktion
- In der Praxis/Rechtsprechung relativ häufiger Ausschlussgrund

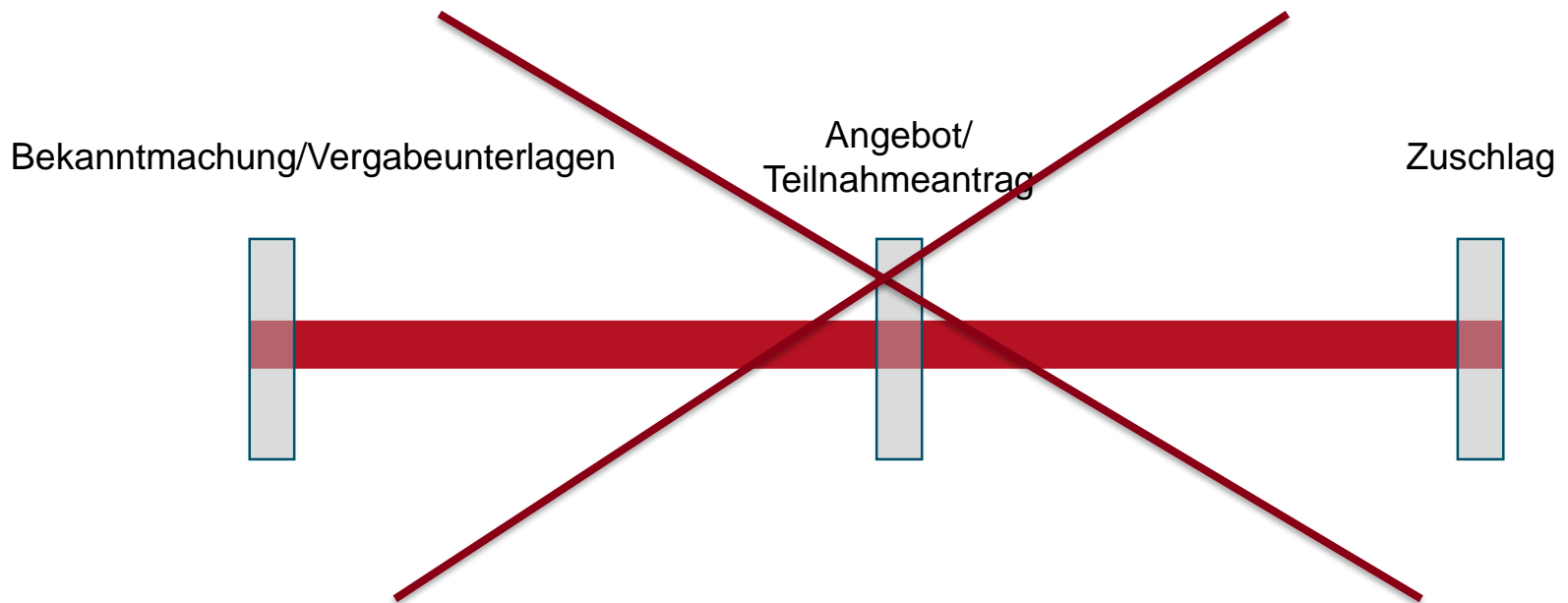
Rechtsprechung zu schwerer Verfehlung

- **OLG Celle, Beschluss vom 13.05.2019 - 13 Verg 2/19**
 - Das Angebot eines Bieters ist nicht wegen schwerer Verfehlung nach § 124 Abs. 1 Nr. 3 GWB auszuschließen, wenn Verfehlungen des Geschäftsführers nicht zu umweltrechtlichen Sanktionen geführt haben und strafrechtliche Ermittlungsverfahren auch gegen Geldauflage eingestellt wurden
- **VK Sachsen, Beschluss vom 27.12.2019 - 1/SVK/037-19**
 - Schriftliche Äußerungen eines Bieters gegenüber einem öffentlichen Auftraggeber, die pauschal herabsetzend und in hohem Maße despektierlich sind, reichen nicht aus um eine schwere Verfehlung zu begründen
 - *"Ich bin verblüfft, mit welcher fachlichen Inkompetenz der Auftraggeber Zusatzaufträge ausgibt"*
 - *"Gern koordinieren wir für Sie die Baustelle, da Sie offenbar in ihrer Funktion überfordert sind"*
 - Integrität des Unternehmens kann nur bei Pflichtverletzungen infrage gestellt werden, die ein erhebliches Gewicht besitzen

Rechtsprechung zu Schlechtleistung

- **OLG Düsseldorf, Beschluss vom 11.07.2018 - Verg 7/18**
 - Ausschluss nach § 124 Abs. 1 Nr. 7 GWB setzt voraus, dass der öffentliche Auftraggeber bezüglich der Schlechterfüllung eines früheren öffentlichen Auftrags Gewissheit erlangt hat, also keine vernünftigen Zweifel mehr bestehen
- **VK Sachsen, Beschluss vom 27.12.2019 - 1/SVK/037-19**
 - Der Auftraggeber muss sowohl die Schlechtleistung, die aufgrund der Schlechtleistung eingetretene Rechtsfolge als auch den Ursachenzusammenhang zwischen Schlechtleistung und Rechtsfolge darlegen und beweisen, mindestens erforderlich Indiztatsachen von einigem Gewicht
 - Tatsachen, auf die die Ausschlussentscheidung nach § 124 Abs. 1 Nr. 7 GWB gestützt wird, müssen nicht unstreitig oder rechtskräftig festgestellt sein

Die Vergabesperre



Von der Schlechtleistung zur Vergabesperre?

▪ **Vergabe-/Auftragssperre**

- Grundsätzlicher Ausschluss eines Unternehmens von öffentlichen Vergabeverfahren wegen erheblichen Rechtsverstößen, die Ausschluss nach §§ 123, 124 GWB rechtfertigen
- Keine „eigene“ gesetzliche Regelung, aber Spezialgesetze/Länderregelungen oder interne eigene Sperrrichtlinien (Deutsche Bahn)
- Regelung zur zeitlichen Obergrenze in § 126 GWB
 - Ausschlussgrund nach § 123 GWB: Höchstens 5 Jahre ab „Ausschlussereignis“
 - Ausschlussgrund nach § 124 GWB: Höchstens 3 Jahre ab „Ausschlussereignis“

▪ **Bundesweites Wettbewerbsregistergesetz seit Juli 2017 in Kraft**

- „Das Wettbewerbsregister soll möglichst bis Ende 2020 funktionsfähig sein“
- https://www.bmwi.de/Redaktion/DE/FAQ/Wettbewerbsregister/faq-wettbewerbsregister.html?cms_artId=551394

Von der Schlechtleistung zur Vergabesperre?

- Prüfung der Eignung trotz Erlass einer Vergabesperre jeweils im konkreten Vergabeverfahren anhand der Ausschlussgründe, insb. „Interessenskonflikt“, „schwere Verfehlung“, „Schlechtleistung“
- Möglichkeit von betroffenen Unternehmen: **Selbstreinigung nach § 125 GWB**
 - Ausgleichzahlung als Schadenswiedergutmachung und
 - umfassende Sachverhaltsaufklärung/Zusammenarbeit mit Ermittlungsbehörden und
 - Nachweis entsprechender konkreter technischer, organisatorischer und personeller Maßnahmen zur Vermeidung zukünftiger Verfehlungen
- **Vorgehen gegen Vergabesperre** durch Unternehmen
 - Vor den Zivilgerichten isoliert und unabhängig von einem laufenden Vergabeverfahren möglich
 - Im konkreten Vergabeverfahren bei Verneinung der Eignung und Ausschluss

Aktuelle Rechtsprechung

- **VK Bund, Beschluss vom 19.08.2020, VK 2-59/20**
- **Sachverhalt**
 - **Sektorenausschreibung Rahmenvereinbarung für Instandsetzungsleistungen im Verhandlungsverfahren mit Teilnahmewettbewerb**
 - **Unternehmen, gegen das eine 3-jährige Vergabesperre wegen nachweislicher schwerer Verfehlungen (Abrechnung nicht erbrachter Leistungen, ungenehmigter Nach-Nachunternehmereinsatz) bei der Ausführung eines Bauauftrags verhängt worden war, reicht Teilnahmeantrag ein**
 - **Ausschluss nach § 124 Abs. 1 Nr. 3 GWB**
 - **Während des Vergabeverfahrens zusätzlich Ausschluss nach § 124 Abs. 1 Nr. 7 GWB**

Aktuelle Rechtsprechung

- **VK Bund, Beschluss vom 19.08.2020 - VK 2-59/20**
- **Entscheidung**
 - Erstmalige Berufung auf Ausschluss während Nachprüfungsverfahrens zulässig
 - Bei „Schlechtleistung“ kommt es anders als bei der „schweren Verfehlung“ nicht auf subjektives Verschuldens an, sondern darauf, ob diese objektiv in dem Verantwortungsbereich des Unternehmens fällt
 - Unternehmen sind einstandspflichtig für die Schlechtleistung der Mitarbeiter
 - Jedenfalls Organisationsverschulden wegen fehlender Kontrolle
 - Kein Entfall/Mitverschulden bei unzureichender Kontrolle der Vertragsleistung
 - Ausschluss nach § 124 Abs. 1 Nr. 7 GWB gerechtfertigt
 - Aber: Vergabesperre nicht gerechtfertigt

Vergabesperre wegen Interessenskonflikt?

- **§ 124 Abs. 1 Nr. 5 GWB**

- *„Öffentliche Auftraggeber können unter Berücksichtigung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit ein Unternehmen zu jedem Zeitpunkt des Vergabeverfahrens von der Teilnahme an einem Vergabeverfahren ausschließen, wenn ...*

- *Nr. 5 ein **Interessenkonflikt bei der Durchführung des Vergabeverfahrens** besteht, der die Unparteilichkeit und Unabhängigkeit einer für den öffentlichen Auftraggeber tätigen Person bei der Durchführung des Vergabeverfahrens beeinträchtigen könnte und der durch andere, weniger einschneidende Maßnahmen nicht wirksam beseitigt werden kann“*

Aktuelle Rechtsprechung

- **BGH, Urteil vom 03.06.2020 – XIII ZR 22/19**
- **Sachverhalt**
 - Verein wird generell von Vergabeverfahren in Berlin ausgeschlossen, weil ein Mitarbeiter mit der zuständigen Senatorin verheiratet ist
 - Staatssekretär der Senatsverwaltung für Umwelt, Verkehr und Klimaschutz wies den dortigen Abteilungsleitern an, zur Vermeidung eines Interessenkonflikts Angebote des Vereins als ungeeignet auszuschließen
 - Gegen diese Vergabesperre reichte der Verein Klage auf Unterlassung ein
 - Berufungsgericht (KG Berlin) hält die Vergabesperre für rechtswidrig, verwies den Verein aber darauf, dass er seinen Anspruch im konkreten Vergabeverfahren geltend machen muss
 - Dagegen wendet sich die Revision, mit der der Verein die Aufhebung der Vergabesperre begehrt

Aktuelle Rechtsprechung

- **BGH, Urteil vom 03.06.2020 – XIII ZR 22/19**
- **Entscheidung**
 - BGH bestätigt zivilrechtlichen Anspruch auf effektiven Rechtsschutz
 - Unternehmen, die von Vergabesperre betroffen, sind befugt vor den Zivilgerichten unabhängig vom konkreten Vergabeverfahren gegen eine Vergabesperre vorzugehen
 - Eingetragener Verein, der sich am Wirtschaftsverkehr beteiligt, genießt bei dieser Tätigkeit den Schutz des Rechts am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb
 - Ausschluss nach § 124 Abs. 1 Nr. 5 GWB ist rechtswidrig
 - Pflicht des Auftraggebers vor dem Ausschluss, die Person, bei der ein solcher Interessenkonflikt bestehe, von der Befassung mit Vergabeverfahren auszuschließen

Konsequenz Vergabestelle

- Jede Vertragsverletzung, die geeignet ist, die Kündigung des Vertrags zu rechtfertigen, kann ein Grund für den Ausschluss von zukünftigen Vergabeverfahren sein (bspw. nicht genehmigter (Nach-) Nachunternehmereinsatz/Abrechnung nicht erbrachter Leistungen)
- Schlechtleistung verliert nicht deshalb ihren Charakter, weil der Auftraggeber seinerseits Vertragsleistung nicht ausreichend prüft
- Ausschlussgründe können im laufenden Vergabeverfahren nachgeschoben werden
- Genaue Dokumentation und Prüfung der Voraussetzungen bei Ausschluss wegen prognostizierter Schlechtleistung
- Interessenkonflikte sind durch die Nichtbeteiligung der betroffenen Person auf der Seite des Auftraggebers zu lösen, nicht vorsorglich durch Ausschluss vom Vergabeverfahren
- Vergabesperre begründet nicht automatisch Ausschluss
 - Ggf. genaue Prüfung im Hinblick auf getroffene Selbstreinigungsmaßnahmen

Konsequenz Bieter

- Ausschluss wegen prognostizierter Schlechtleistung immer hinterfragen
- Aber: besondere Sorgfalt und Überwachung bei der Auftragsdurchführung bei der Rechnungslegung und dem (Nach-) Nachunternehmereinsatz
- Dokumentation der unternehmensinternen Kontroll- und Überwachungsprozesse
- Auch mangelhafte/verzögerte Lieferung des Herstellers/Nachunternehmers kann zu Schlechtleistung führen
- Bei drohender/bestehender Vergabesperre
 - Möglichkeit der Unterlassungsklage vor Zivilgerichten unabhängig vom konkreten Vergabeverfahren

Zeit für die Online-Diskussion:
Haben Sie noch Fragen?

Vielen Dank und gutes Überstehen!



SAMMLERUSINGER
Rechtsanwälte Partnerschaft mbB

Hardenbergstr. 28a
10623 Berlin

Tel +49 30 263 95 09 – 0
Fax +49 30 263 95 09 – 600

info@sammlerusinger.com
www.sammlerusinger.com