



# Auftragswesen aktuell

Auftragsberatungsstelle Brandenburg e. V.

Nr. 06 – Juni 2021



## Inhalt

• Wissenswertes .....	2
Wettbewerbsregister – Staffelung der Registrierung nach Bundesländern .....	2
Es bleibt dabei: GZR-Auszug als Nachweis der Zuverlässigkeit darf nicht vom Bieter verlangt werden .....	2
Erlass des BMI zu Lieferengpässen und Stoffpreisänderungen diverser Baustoffe .....	3
Wettbewerbsregister – Öffentliche Konsultation der Leitlinien zur „Selbstreinigung“ .....	4
• Recht .....	5
Kein Ausschluss des erstplatzierten Bieters ohne Aufklärung .....	5
Eignungskriterien: Auftraggeber müssen die Verhältnismäßigkeit beachten .....	7
Versendung der Bieterinformation nach § 134 GWB allein über eVergabeplattform reicht aus.....	8
• International.....	11
Aus der EU .....	11
EU-Kommission veröffentlicht Leitfaden für die Berücksichtigung sozialer Belange bei der Vergabe öffentlicher Aufträge .....	11
Verordnungsvorschlag der EU-Kommission gegen Verzerrungen im Binnenmarkt durch Subventionen aus Drittstaaten .....	11
• Aus den Bundesländern .....	12
Bayern: Anwendung Stoffpreisgleitklausel wegen starken Preissteigerungen bei kommunalen Auftragsvergaben .....	12
• Veranstaltungen.....	13
Seminare der Auftragsberatungsstelle Brandenburg e.V. ....	13



## **Wettbewerbsregister – Staffelung der Registrierung nach Bundesländern**

Aufgerufen sich zu registrieren, sind alle Auftraggeber, die nach § 6 Abs. 1 WRegG zu einer Abfrage beim Wettbewerbsregister im Rahmen von öffentlichen Beschaffungsvorgängen, verpflichtet sind:

- Öffentliche Auftraggeber, § 99 GWB,
- Sektorenauftraggeber, § 100 Abs. 1 Nr. 1 GWB,
- Konzessionsgeber, § 101 Abs. 1 Nr. 1,2 GWB.

Für Auftraggeber auf Ebene des Bundes und der obersten Landesbehörden ist die Registrierung bereits eröffnet; seit dem 10. Mai 2021 gilt dies auch für kommunale Auftraggeber, Auftraggeber auf den nachgeordneten Landesebenen und sonstige Auftraggeber. Eine Ausnahme gilt noch für projektbezogene öffentliche Auftraggeber nach § 99 Nr. 4 GWB, für welche später ein weiterer Hinweis auf der Webseite des Wettbewerbsregisters veröffentlicht werden soll.

Aufgrund der Vielzahl an registrierungspflichtigen Auftraggebern erfolgt eine Staffelung nach Bundesländern:

- Phase 1 = 10. Mai – 18. Juni 2021 (Baden-Württemberg, Brandenburg, Hamburg, Mecklenburg-Vorpommern, Nordrhein-Westfalen, Sachsen, Schleswig-Holstein)
- Phase 2 = 21. Juni – 09. August 2021 (Bayern, Berlin, Bremen, Hessen, Niedersachsen, Rheinland-Pfalz, Niedersachsen, Saarland, Sachsen-Anhalt, Thüringen)

### **Ihre Ansprechpartnerin:**

Eva Waitzendorfer-Braun, Auftragsberatungsstelle Hessen e.V.: [eva.waitzendorfer-braun@absthesen.de](mailto:eva.waitzendorfer-braun@absthesen.de), Tel.: 0611-974588-0

## **Es bleibt dabei: GZR-Auszug als Nachweis der Zuverlässigkeit darf nicht vom Bieter verlangt werden**

Immer wieder werden Bieter und Bewerber aufgefordert, zum Nachweis ihrer Zuverlässigkeit einen Auszug aus dem Gewerbezentralregister (GZR) vorzulegen. Im Rahmen von Vergabeverfahren hat der Gesetzgeber die Pflicht zur Beschaffung des Nachweises allerdings ausschließlich dem Auftraggeber übertragen. Geregelt ist dies einerseits im Mindestlohngesetz (MiLoG) vom 11. August 2014 und gleichlautend im Arbeitnehmerentsendegesetz (AEntG) vom 20. April 2009 für die Prüfung der Einhaltung bestimmter, in Deutschland geltender arbeits- und sozialversicherungsrechtlicher Mindeststandards sowie des Mindestlohns.

Bei Aufträgen ab einer Höhe von 30.000 € trifft den öffentlichen Auftraggeber die Pflicht, eine Auskunft aus dem die GZR nach § 150 a Gewerbeordnung für den Bieter einzuholen, welcher den Zuschlag erhalten soll. Diese Auskunft umfasst rechtskräftige Bußgeldentscheidungen wegen einer Ordnungswidrigkeit nach dem MiLoG oder AEntG. Alternativ verlangen Auftraggeber unterhalb des o. g. Auftragswertes eine Eigenerklärung vom Bieter oder Bewerber, dass Voraussetzungen für einen Ausschluss eines Vergabeverfahrens, nicht vorliegen.

Da bei Aufträgen oberhalb des Schwellenwertes angeordnet ist, dass die Vergabestelle hinsichtlich des aussichtsreichsten Bewerbers nach § 150 a Gewerbeordnung eine Auskunft aus dem Gewerbezentralregister zwingend einzuholen hat, sind für das Vergabeverfahren und seinen Ablauf insoweit keine gesonderten Erklärungen oder Verpflichtungserklärungen oder Überprüfungen jedes Bieters auf der Einstufungsstufe vorzusehen. Denn nach den gesetzlichen Vorgaben wird erst beim Ausgang der Wertungsstufe der als aussichtsreichster Bieter identifizierte Wirtschaftsteilnehmer auf seine Zuverlässigkeit, also seine Eignung unter diesen speziellen Gesichtspunkten, überprüft. Auch die Verletzung von Verpflichtungen zur Zahlung von Steuern und Sozialabgaben stellt insoweit keinen Ausschlussgrund dar, wenn die insoweit entstandenen Verbindlichkeiten durch den Wirtschaftsteilnehmer ausgeglichen wurden und folglich damit die Zuverlässigkeit als wiederhergestellt angesehen wird.

In Fällen der fahrlässigen Beauftragung von Unterauftragnehmern, die ihrerseits die Vorschrift zur Mindestlohnzahlung verletzen, wird auch der Hauptauftragnehmer in die Verantwortung gezogen, was seinen Ausschluss vom Verfahren bewirken kann. Die Anforderung eines GZR-Auszugs erstreckt sich dann nicht nur auf den aussichtsreichsten Bieter, sondern auch auf die im Angebot angegebenen Nachunternehmer. Stellt sich heraus, dass bei einem Nachunternehmer Ausschlussgründe vorliegen, der Bieter als künftiger Hauptauftragnehmer aber nicht zur Verantwortung zu ziehen ist und er nicht selbst einen Ausschlussgrund verwirklicht, muss der Hauptauftragnehmer auf Verlangen des Auftraggebers den Unterauftragnehmer, bei dem ein Ausschlussgrund vorliegt, ersetzen.

#### **Ihre Ansprechpartnerin:**

Brigitta Trutzel, Syndikusanwältin, GFin ABSt Hessen e.V., [info@absthessen.de](mailto:info@absthessen.de), Tel.: 0611-974588-0

#### **Erlass des BMI zu Lieferengpässen und Stoffpreisänderungen diverser Baustoffe**

Seit einiger Zeit wird von Materialknappheit und extremen Preissteigerungen in einzelnen Materialsektoren wie Holz, Metall und Kunststoffprodukten berichtet. Insbesondere bei Baumaterialien führten diese Lieferengpässe und Preissteigerungen dazu, dass Unternehmen Termine und Preiskalkulationen nicht mehr einhalten können.

Auf diese außergewöhnlichen Umstände hat das Bundesministerium des Innern, für Bau und Heimat (BMI) mit einem Erlass vom 21.5.2021 (BW I 7 - 70437/9#3) reagiert und auf das Formblatt „Stoffpreisgleitklausel“ hingewiesen. Mit diesem Instrument, aus dem Vergabehandbuch für die Baumaßnahmen des Bundes (VHB), welches in der Vergangenheit bei schwankenden Stahlpreisen angewandt wurde,

könne auch jetzt auf volatile Preissteigerungen bei anderen Stoffen reagiert werden, soweit im Güterverzeichnis des Statistischen Bundesamtes Indizes dafür veröffentlicht würden.

In dem Erlass gibt das BMI Hinweise zur Anwendung des Formblatts "Stoffpreisgleitklausel" für neue und laufende Vergabeverfahren sowie bestehende Verträge. Danach ist bei neuen Vergabeverfahren vor dessen Einleitung zu prüfen, ob die Voraussetzungen für die Vereinbarung von Stoffpreisgleitklauseln vorliegen. Hierbei sind die vom Statistischen Bundesamt erfassten und veröffentlichten Indizes der entsprechenden Erzeugerpreise gewerblicher Produkte (Fachserie 17, Reihe 2) einzubeziehen. Ist nach der Prüfung eine Stoffpreisgleitklausel zu vereinbaren, sind im Formblatt 225 alle Stoffe, die der Preisgleitung unterworfen werden sollen, einzutragen. Das Formblatt sowie das dem Erlass beigefügte Hinweisblatt sind den Vergabeunterlagen beizufügen und im Anlagenverzeichnis der Aufforderung zur Angebotsabgabe aufzunehmen.

Bei laufenden Vergabeverfahren ist eine nachträgliche Einbeziehung der die Stoffpreisgleitklausel möglich, wobei auch Ausführungsfristen an die aktuelle Situation angepasst werden können, wenn die (Er)Öffnung der Angebote noch nicht erfolgt ist. Die Angebotsfrist ist gegebenenfalls zu verlängern. Bieteranfragen zur Vereinbarung einer Stoffpreisgleitklausel müssen geprüft und, soweit mit den Vorgaben des VHB vereinbar, umgesetzt werden. Bei bereits erfolgter Angebots(er)öffnung, ist zu prüfen, ob zur Sicherstellung des Wettbewerbs und zur Vermeidung von Streitigkeiten bei der Bauausführung die Rückversetzung in den Stand vor Angebotsabgabe in Frage kommt, um Stoffpreisgleitklauseln einzubeziehen, ggf. in Verbindung mit einer Anpassung der Ausführungsfristen, vor allem, wenn einzelne Baustoffe die Durchführung der Baumaßnahme entscheidend beeinflussen.

Für bestehende Verträge weist der Erlass darauf hin, dass diese einzuhalten sind. Eine Anpassung komme nur in besonders begründeten Ausnahmefällen im Rahmen von § 58 der Bundeshaushaltsordnung (BHO) in Betracht. Ein Rechtsanspruch des Auftragnehmer auf Änderung oder Aufhebung des Vertrags könne sich aufgrund der „Störung der Geschäftsgrundlage“ (§ 313 Abs. 1 BGB) ergeben, soweit das Festhalten am Vertrag in seiner ursprünglichen Form für ihn zu untragbaren, mit Recht und Gerechtigkeit nicht zu vereinbarenden und damit nach Treu und Glauben nicht zuzumutenden Ergebnissen führen würde.

Wenn es dem Unternehmer selbst bei Zahlung höherer Einkaufspreise nicht möglich sei, die Baustoffe zu beschaffen (tatsächliche Unmöglichkeit), könne der Fall der höheren Gewalt (insbesondere infolge der COVID-19-Pandemie) oder eines anderen, vom Auftragnehmer nicht abwendbaren Ereignisses im Sinne des § 6 Absatz 2 Nummer 1c VOB/B vorliegen. Dadurch verlängerten sich die Vertragsfristen.

### **Wettbewerbsregister – Öffentliche Konsultation der Leitlinien zur „Selbstreinigung“**

Das Bundeskartellamt hat am 8. Juni 2021, den Entwurf der „Leitlinien zur vorzeitigen Löschung einer Eintragung aus dem Wettbewerbsregister wegen Selbstreinigung“ sowie von „Praktischen Hinweisen für

einen Antrag“ veröffentlicht. Nach § 8 Wettbewerbsregistergesetz (WRegG) kann die vorzeitige Löschung aus dem Wettbewerbsregister bei nachgewiesener Selbstreinigung erfolgen. Als registerführende Behörde entscheidet das Bundeskartellamt über entsprechende Anträge und die Konkretisierung der gesetzlichen Voraussetzungen an eine Selbstreinigung durch entsprechende Leitlinien. Interessierte Kreise können im Rahmen einer öffentlichen Konsultation bis zum 20. Juli 2021 zu den Entwürfen Stellung nehmen. Die Konsultation finden Sie auf der [Internetseite des Bundeskartellamts](#).

**Ihr Ansprechpartner:**

Steffen Müller, Tel.: 0895116-3172, [muellers@abz-bayern.de](mailto:muellers@abz-bayern.de)



## Recht

### **Kein Ausschluss des erstplatzierten Bieters ohne Aufklärung**

Hindern die Vergabeunterlagen einen Bieter nicht daran, seine Vorstellungen und persönlichen Interessen zu verfolgen, ist dies durch den Auftraggeber hinzunehmen oder er muss seine Vergabeunterlagen so gestalten, dass dies nicht möglich ist.

**Sachverhalt:**

Im offenen Verfahren nach VgV wurden Entsorgungsleistungen für ein Gemeindegebiet in drei Losen ausgeschrieben. Das streitgegenständliche Los 2 umfasste die Übernahme von Altpapier sowie den Transport und die Verwertung bzw. Vermarktung des Altpapiers. Einziges Zuschlagskriterium war der Preis, die Vertragslaufzeit war mit vier Jahren angegeben.

Die Bieter zu Los 2 waren aufgefordert, zwei Preisblätter auszufüllen und die Kosten für den Transport sowie Verwertungserlöse anzugeben. Die Kalkulation zur angebotenen Leistung war in einem separaten, verschlossenem Umschlag einzureichen. Es waren die Kosten- und Leistungssätze der jeweiligen Positionen darzustellen. Mit den Angaben sollte der Angebotspreis rechnerisch nachvollziehbar sein.

Ausweislich der Bewerbungsbedingungen war für das wirtschaftlichste Angebot der Gesamterlös bezogen auf die jeweilige Vertragslaufzeit maßgebend. Die Erlöse aus der Vermarktung des Altpapiers sollten von den Kosten der weiteren Leistungen in diesem Los abgezogen werden. In den Vergabeunterlagen wurde darüber informiert, dass die Angemessenheit der Angebotspreise überprüft werde. Die Benennung von Verwertungsanlagen und Papierfabriken bei Angebotsabgabe waren nicht notwendig. Für das Los 2 gingen insgesamt drei Angebote ein.

Das preislich bestplatzierte Angebot der Antragstellerin sollte nach dem Vergabevorschlag wegen spekulativer Preisangaben zum Nachteil der Antragsgegnerin ausgeschlossen werden. Aufklärungsgespräche wurden mit der Antragstellerin nicht geführt. Die Antragstellerin wurde vorab über den Ausschluss informiert mit der Begründung, es sei eine unzulässige Mischkalkulation vorgenommen worden. Im Preisblatt 1 war ein Entgelt für Transport- und Verwertung anzugeben gewesen, die Antragstellerin hatte aber einen Erlös angeboten. Der Erlös aus Preisblatt 2 sei ungewöhnlich niedrig und somit nicht marktüblich. Der Auftraggeber würde so von einer positiven Marktentwicklung ausgeschlossen.

Die Antragstellerin wies die Vorwürfe zurück. Sie teilte mit, dass kein spekulatives Angebot und somit keine unzulässige Mischkalkulation vorliege. Die Antragsgegnerin hätte eine Aufklärung gemäß § 60 VgV durchführen müssen, wenn das Preis-Leistungs-Verhältnis ungewöhnlich niedrig erschien. Die Rüge wurde durch Vorlage eines Schreibens einer Papierfabrik untermauert, welche als Nachunternehmer die Kosten für den Altpapiertransport übernimmt. Die Antragsgegnerin half der Rüge nicht ab, die Antragstellerin beantragte daher die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens.

Beschluss:

Mit Erfolg! Der Ausschluss der Antragstellerin aus dem Wettbewerb war vergaberechtlich nicht gerechtfertigt.

Wenn ein Bieter den ersten Rang belegt, ist ein öffentlicher Auftraggeber grundsätzlich dazu verpflichtet, die Aufklärung des Angebots vorzunehmen. Schon die fehlende Aufklärung nach § 60 VgV oder nach § 15 Abs. 5 VgV stellt einen Vergaberechtsverstoß dar, der die Zurücksetzung rechtfertigen würde. Die Ausschlussgründe waren in der Nichtabhilfeentscheidung zudem nicht umfassend genannt.

Nach Ansicht der Vergabekammer rechtfertigten die im Nachprüfungsverfahren schriftlich vorgetragene Begründungen der Antragsgegnerin den Ausschluss der Antragstellerin nicht. Die Antragsgegnerin war der Meinung, die Antragstellerin sei eine Bietergemeinschaft mit der Papierfabrik eingegangen und hatte dies nicht im Formblatt „V Bietererklärung C“ eingetragen. Es war jedoch nie die Absicht der Antragstellerin und der Papierfabrik den Auftrag gemeinschaftlich zu erhalten und durchzuführen. Die Antragstellerin nahm als Einzelbieterin an der Ausschreibung teil, was sich eindeutig aus dem Angebot ergibt. Die Abrede mit der Papierfabrik führt nicht dazu, den gegenständlichen Auftrag gemeinschaftlich erhalten und durchführen zu wollen. Die Papierfabrik sicherte lediglich feste Erlöskonditionen für den Fall der Zuschlagserteilung an die Antragstellerin zu.

Eine Änderung der Vergabeunterlagen liegt nicht vor. Die Antragstellerin hat angeboten, was die öffentliche Auftraggeberin nachgefragt hat. Die Preisblätter 1 und 2 erfüllen die Anforderungen an eine eindeutige Leistungsbeschreibung. Im Preisblatt 1 waren nicht nur Aufwendungen für eigene Leistungen einzupreisen, es mussten dort auch die Erlöse aus der Vereinbarung mit der Papierfabrik eingepreist werden. Ordnungsgemäß kalkuliert war durch die Antragstellerin ein Negativpreis anzugeben, was vergaberechtlich unbedenklich ist.

Es handelt sich auch nicht um Änderung der Vergabeunterlagen, wenn der Bieter anders kalkuliert als es der Auftraggeber erwartet. Die Antragsgegnerin hatte an die Ausschreibung andere Erwartungen geknüpft, als es das Angebot der Antragstellerin widerspiegelte. Es wurde nicht bedacht, dass für die Bieter weitgehend Kalkulationsfreiheit besteht. Die eigenen Vorstellungen der Antragsgegnerin in Bezug auf die Preisblätter ändern hieran nichts. Der Bieter ist nicht daran gehindert, seine geschäftlichen Interessen und Vorstellungen zu verfolgen, wenn das Leistungsverzeichnis dies zulässt. Das ist vom Auftraggeber hinzunehmen oder die Vergabeunterlagen sind so zu gestalten, dass ein Abweichen von den Vorstellungen des Auftraggebers nicht möglich ist.

Auch der Vorwurf der Abgabe eines Spekulationsangebotes wurde nicht bestätigt. Spielräume zum Nachteil der öffentlichen Hand in einem Leistungsverzeichnis auszuschließen ist Sache des Auftraggebers. Die Antragsgegnerin hatte es unterlassen einen Mindesterloß für den Handel auf dem Altpapiermarkt festzulegen. Diesen Spielraum haben die Bieter mit unterschiedlicher Ausprägung genutzt. Schlussendlich ist die Antragstellerin nicht verpflichtet, der Zielsetzung der Ausschreibung – evtl. sogar zum eigenen Nachteil – gerecht zu werden. Das Vergaberecht soll gerade nicht gewährleisten, dass der öffentliche Auftraggeber sich risikolos am Markt bewegen kann.

Praxistipp:

Unabhängig von den eigenen Vorstellungen und Erwartungen ist objektiv zu prüfen, ob das vorliegende Angebot die bekannt gemachten und damit transparenten Anforderungen erfüllt. Bestehen dann weiterhin Unklarheiten in Bezug auf den Angebotsinhalt, die nach Auffassung der Vergabestelle einen Ausschluss begründen, muss zwingend die Aufklärung des Angebotsinhalts erfolgen. Der Ausschluss eines Bieters ohne Aufklärung des Angebotsinhalts ist vergaberechtlich grundsätzlich nicht statthaft.

[VK Westfalen, Beschluss vom 20.08.2020 \(Az.: VK 3-19/20\)](#)

**Ihr Ansprechpartner:**

Lars Wiedemann, [wiedemann@abst-mv.de](mailto:wiedemann@abst-mv.de), 0385/61738-117

**Eignungskriterien: Auftraggeber müssen die Verhältnismäßigkeit beachten**

Besonders hohe Anforderungen an die Eignung müssen durch gewichtige Gründe gerechtfertigt werden. Ein Begründungserfordernis besteht besonders dann, wenn der potenzielle Bieterkreis eng ist und hohe Eignungsschwellen Auswirkungen auf den Wettbewerb haben können.

Sachverhalt:

Ausgeschrieben waren im Rahmen eines EU-weiten Verfahrens der Einkauf und die Implementierung einer neuen Software im Wege eines Verhandlungsverfahrens mit vorherigem Teilnahmewettbewerb.

Zum Nachweis der Eignung im Hinblick auf die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit waren u. a. die Vorlage von Bilanzen, Bonitätsnachweisen und die Darstellung der Umsatzentwicklung gefordert. Die technische und berufliche Leistungsfähigkeit war mit zwei Referenzen und der beruflichen Befähigung von zwei Projektleitern und zehn weiteren Mitarbeitern nachzuweisen. Diese Kriterien wurden jeweils mit Punkten bewertet, die je nach Zielerfüllungsgrad (niedrig/mittel/hoch) vergeben wurden. Insgesamt mussten zum Nachweis der Eignung mindestens 69 von 100 Punkten erreicht werden.

Dies gelang Bewerber A mit seinem Teilnahmeantrag nicht. Er wurde ausgeschlossen. Er rügte daraufhin u. a., die Eignungsanforderungen als vergaberechtswidrig, da diese zu hoch angesetzt gewesen seien. Der Nachprüfungsantrag wurde von der Vergabekammer ohne Entscheidung in der Sache als unzulässig zurückgewiesen, da A seine Rügeobliegenheit gem. § 160 Abs. 3 S. 1 Nr. 3 GWB nicht erfüllt habe. Der

gerügte Verstoß sei in den Vergabeunterlagen erkennbar gewesen. Spätestens mit Anfertigung des Teilnahmeantrags, so die Vergabekammer, hätte A die Verstöße erkennen und rügen müssen.

Beschluss:

Das OLG Frankfurt entschied auf die sofortige Beschwerde der Antragstellerin hin dagegen, dass der Nachprüfungsantrag zulässig und in der Sache auch begründet sei. Es hielt die Eignungskriterien für nicht angemessen und unverhältnismäßig (§ 97 Abs. 1 Satz 2 GWB).

Im vorliegenden Fall war die Bewertungsmethode so ausgestaltet, dass die Eignung nur nachgewiesen werden konnte, wenn die Kriterien im Schnitt besser als mit „MZG“, dem mittleren Zielerfüllungsgrad (50), bewertet wurden. Bieter mit guter Bonität und stabilen Umsätzen konnten jedoch nur den Grad „MZG“ erreichen und waren somit im Schnitt ungeeignet. Eine bessere Bewertung diesbezüglich war Unternehmen mit steigenden Umsätzen vorbehalten.

Für das OLG Frankfurt war es nicht nachvollziehbar, warum ein Bieter mit gleichbleibender Umsatzentwicklung zur Durchführung eines langfristigen Auftrags nicht in der Lage sein sollte. Beim Nachweis der beruflichen Leistungsfähigkeit wurden bei Einhaltung der Mindestanforderungen 0 Punkte vergeben. Für die beste Bewertung wäre ein „deutliches Übertreffen“ der Mindestanforderungen erforderlich gewesen; ein Kriterium, welches laut OLG intransparent blieb.

Das Verfahren wurde zurückversetzt – der Auftraggeber muss seine Eignungskriterien neu aufstellen.

Praxistipp:

Die Anforderungen müssen zwar tatsächlich einen tragfähigen Rückschluss auf die Fachkunde und Leistungsfähigkeit eines Unternehmens bieten. Sie müssen jedoch auch im Verhältnis zum Auftragsgegenstand angemessen sein. Die Auswirkungen auf den Wettbewerb sind dabei in die Angemessenheitsprüfung einzubeziehen. Entfalten sie wettbewerbsbeschränkende Wirkung, weil nur ein einziges oder sehr wenige Unternehmen die Anforderungen erfüllen können, muss dies durch gewichtige Gründe gerechtfertigt sein.

OLG Frankfurt, Beschluss vom 30. März 2021 – 11 Verg 18/20

**Versendung der Bieterinformation nach § 134 GWB allein über eVergabepattform reicht aus**

Für die VK Saarland reicht die Verortung der zu übermittelnden Bieterinformation auf der Vergabepattform, sofern damit eine elektronisch generierte E-Mail-Nachricht an den Bieter versendet wird, welche beinhaltet, dass in seinem Postfach eine neue Nachricht vom Auftraggeber hinterlegt ist.

Sachverhalt:

Das Saarland (Rechtsnachfolger jetzt Autobahn GmbH des Bundes) schrieb in einem europaweiten offenen Verfahren Reinigungsleistungen betreffend Autobahnen im Saarland aus. Das gesamte Vergabeverfahren wurde über die elektronische Vergabepattform [www.dtyp.de](http://www.dtyp.de) abgewickelt. Am 22.10.2020

wurde die Vorinformation gem. § 134 GWB dem Bieter über eine gesicherte Kommunikationsfunktion des Vergabeportals übermittelt, die einem ausschließlich dem Bieter zugänglichen E-Mail-Postfach ähnelt. Parallel wurde das Schreiben auch per Post übersandt und ging dem Bieter am 26.10.2020 zu. Im Vorinformationsschreiben wurde angekündigt, dass der Zuschlag ab dem 03.11.2020 (10 Kalendertage nach der Absendung der Vorinformation) erteilt werde - was dann auch tatsächlich am Morgen des 03.11. passierte. In Unkenntnis der ein wenig früher erfolgten Zuschlagserteilung legte der Bieter - nach erfolgloser Rüge - ebenfalls noch am 03.11.2020 - den Nachprüfungsantrag ein. Die Vergabekammer weist den Nachprüfungsantrag als unzulässig zurück.

#### Beschluss:

Zu Recht! Grund hierfür ist, dass auch die Übermittlung mittels des Vergabeportals eine Form der elektronischen Übermittlung ist. Der Begriff der "elektronischen Übermittlung" ist technikoffen. Neben dem Fax und der E-Mail wird auch eine mittels des Vergabeportals übermittelte Vorinformation umfasst, wenn diese dem Bieter über eine gesicherte Kommunikationsfunktion übermittelt wird, die einem, ausschließlich dem Bieter zugänglichen E-Mail-Postfach ähnelt.

Die kurze Wartefrist von 10 Kalendertagen wird bereits durch die Absendung der Vorinformation (bzw. das Einstellen im Vergabeportal) durch den Auftraggeber in Gang gesetzt; auf den Zugang kommt es nicht an. Die kompromisslose Auffassung der VK Südbayern geht hingegen davon aus, dass ein Versenden der Informationsinhalte in den sog. „Machtbereich“ des Bieters erst dann erfüllt ist, wenn sie in seinem Mailpostfach, Fax oder Briefkasten landet. Ohne dies wurde auch nicht die Stillhaltfrist in Gang gesetzt, deren Ablauf notwendige Voraussetzung für die rechtswirksame Zuschlagserteilung an den Bestbieter ist.

Für die VK Saarland reicht die Verortung der zu übermittelnden Bieterinformation auf der Vergabeplattform, sofern damit eine elektronisch generierte E-Mail-Nachricht an den Bieter versendet wird, welche beinhaltet, dass in seinem Postfach eine neue Nachricht vom Auftraggeber hinterlegt ist. Dies entspricht auch der Softwarestruktur der gängigsten, in Deutschland genutzten elektronischen Vergabepattformen.

Wie ist dieser Paradigmenwechsel zu erklären? Die VK Saarland bewertet das Einstellen der Information im persönlichen Nutzerkonto bei gleichzeitiger Benachrichtigung per Mail als verfahrensfehlerfreies, elektronisches Versenden im Sinne des § 134 GWB. Es erfüllt die Voraussetzung des „Absendens“ nach § 134 Abs. 2 Satz 3 GWB. Das Tatbestandsmerkmal des Absendens ist im Kontext der digitalen Abwicklung des Vergabeverfahrens zu verstehen.

Die Rechtsprechung definiert für das Vergaberecht das Versenden als ein Entäußern aus dem eigenen „Machtbereich“ derart, dass bei regelrechtem Verlauf mit dem ordnungsgemäßen Zugang beim Empfänger zu rechnen ist. Für den Beginn der zu beachtenden Frist kommt es nur darauf an, wann der öffentliche Auftraggeber sich der schriftlichen Mitteilungen an die betroffenen Bieter entäußert, wann er diese Schriftstücke also aus seinem Herrschaftsbereich so herausgegeben hat, dass sie bei bestimmungsgemäßem weiterem Verlauf der Dinge die Bieter erreichen (BGH, Beschluss vom 9. 2. 2004 - X ZB 44/03).

Das Medium, mittels dessen die Information nach § 134 GWB auch elektronisch übermittelt werden kann, benennt der Gesetzgeber nicht. Vielmehr ist die Norm in ihrem Normkontext nach dem Wortlaut, dem Willen des Gesetzgebers sowie Sinn und Zweck technikoffen. Nach dem Gesetzestext kommt es für die Frage der formwirksamen Erstellung und Abgabe der Erklärung in Textform nur darauf an, dass die Nachrichten, die über den Kommunikationsbereich der Vergabeplattform an den Bieter gelangen, als lesbare Erklärungen, die außerdem mit Zeitstempel versehen sind, druckfähig oder elektronisch speicherbar sind. Diese Aspekte der Textform sind mit der Nachrichtenübermittlung in der Ausgestaltung der Vergabeplattformen gewahrt. Die eingestellten Informationen bleiben mindestens für die Dauer des Vergabeverfahrens im persönlichen Kommunikationsbereich des Bieters erhalten und abrufbar.

Ein Versenden in elektronischer Form bedeutet nicht das physische Versenden, sondern bedeutet das elektronische „auf den Weg bringen“ der Information in Textform, d. h. das Verlassen des Machtbereichs des Sendenden derart, dass die Information durch diesen nicht mehr einseitig verändert oder gelöscht werden kann. Dabei muss zu erwarten sein, dass bei regelrechtem Verlauf die Information in den Machtbereich des Empfängers gelangt. (siehe BGHZ a. a. O.) In diesem Sinne muss es dem Empfänger möglich sein, jederzeit und ohne Zutun des Absendenden auf die im Postfach eingelegte Information zuzugreifen. Dies ist jedenfalls auch dann der Fall, wenn die maßgebliche Information in einem nur persönlich zugänglichen Raum des Empfängers („Online-Konto“) eingestellt wird.

Für den Beginn des Fristenlaufs maßgeblich ist nur die Information nach § 134 Abs. 1 GWB selbst. Auf die Zufälligkeit, ob der Empfänger die für ihn bestimmten Nachrichten auch abrufen und in welcher Form er sie speichert, kommt es für die Bewertung des Kriteriums „Versenden“ nicht an. Nach Auffassung der VK Saarland kommt es auch nicht darauf an, dass der Inhalt der Nachricht bereits vorab aus der Gestaltung der Benachrichtigung – sei es im Betreff oder sonst – erkennbar ist. Im Unterschied zum bloßen Bereitstellen einer Information auf einer Plattform gelangt das Schreiben nach § 134 GWB durch das Einstellen in das persönliche Nutzerkonto des Empfängers allein in dessen Machtbereich, auf den nur er allein mittels Zugangsdaten, vergleichbar einem Schlüssel, Zugriff hat.

#### Praxistipp:

Seit der Entscheidung der Vergabekammer Südbayern 2019 (B. v. 29.03.2019, Z 3 – 3 – 3194 – 1 – 07 – 03 / 19) sahen sich öffentliche Auftraggeber verpflichtet, die Bieterinformationen nach § 134 GWB auch außerhalb der elektronischen Vergabeplattform per Fax oder E-Mail zu versenden. Die VK Saarland dagegen hält die Versendung an das auf den Vergabeplattformen für Bieter eingerichtete Postfach für völlig ausreichend, wenn

1. die Nachricht den Machtbereich des Sendenden derart verlassen hat, dass sie von diesem nicht mehr gelöscht, verändert oder zurückgerufen werden kann,
2. die Nachricht in Textform verfasst, mithin speicherbar und für eine angemessene Dauer verfügbar ist, und
3. in einem nur dem Empfänger zuzurechnenden sicheren Bereich vergleichbar einem Postfach (Benutzerkonto), über das die gesamte Verfahrenskommunikation abgewickelt wird, eingelegt wird.

Es bleibt spannend, ob sich die Vergabekammern vermehrt dieser technikfreundlichen Auffassung anschließen werden.

VK Saarland, Beschluss vom 22.03.2021 Az.: 1VK 06/2020

Die hier zitierten Entscheidungen finden Sie in der Regel über <https://dejure.org/>. Sollte eine Entscheidung hierüber nicht auffindbar sein, hilft Ihnen Ihre zuständige Auftragsberatungsstelle gerne weiter.

**Ihre Ansprechpartnerin:**

Eva Waitzendorfer-Braun, Auftragsberatungsstelle Hessen e.V.: [eva.waitzendorfer-braun@absthesen.de](mailto:eva.waitzendorfer-braun@absthesen.de), Tel.: 0611-974588-0



## International

### **Aus der EU**

#### **EU-Kommission veröffentlicht Leitfaden für die Berücksichtigung sozialer Belange bei der Vergabe öffentlicher Aufträge**

Die EU-Kommission hat in zweiter Auflage den Leitfaden für die Berücksichtigung sozialer Belange bei der Vergabe öffentlicher Aufträge veröffentlicht. Der Leitfaden soll öffentliche Auftraggeber bei der Berücksichtigung der sozialen Dimension der nachhaltigen öffentlichen Auftragsvergabe unterstützen, das Bewusstsein der öffentlichen Auftraggeber für die potenziellen Vorteile der SRPP (socially responsible public procurement) schärfen und auf praktische Weise die Möglichkeiten des EU-Rechtsrahmens erläutern.

Der Leitfaden basiert auf umfassenden Konsultationen der Kommission mit öffentlichen Auftraggebern und enthält eine Reihe von praktischen Beispielen für die SRPP aus der gesamten EU, in denen unterschiedliche Ansätze und tatsächliche Auswirkungen vorgestellt werden. In den einzelnen Kapiteln des Leitfadens werden alle Aspekte des Vergabeprozesses behandelt und dargestellt, wie sich ein sozial verantwortlicher Ansatz in den Vergabeprozess integrieren lässt. Den Leitfaden finden Sie unter: <https://ec.europa.eu/docsroom/documents/45767>

#### **Verordnungsvorschlag der EU-Kommission gegen Verzerrungen im Binnenmarkt durch Subventionen aus Drittstaaten**

Am 5. Mai 2021 hat die EU-Kommission einen Verordnungsvorschlag für neue Instrumente zur Beseitigung möglicher wettbewerbsverzerrender Auswirkungen drittstaatlicher Subventionen im Binnenmarkt vorgelegt. Die Verordnung soll eine im Binnenmarkt bestehende Regelungslücke schließen. Die bestehenden EU-Regeln für Wettbewerb, öffentliche Vergabeverfahren und handelspolitische Schutzinstrumente finden auf drittstaatliche Subventionen keine Anwendung, die den Begünstigten beim Erwerb

von EU-Unternehmen, bei der Teilnahme an öffentlichen Vergabeverfahren in der EU oder bei sonstigen wirtschaftlichen Tätigkeiten in der EU einen ungerechtfertigten Vorteil verschaffen.

Die neuen Instrumente verleihen der Kommission die Befugnis, finanzielle Zuwendungen von Behörden aus Drittstaaten für in der EU tätige Unternehmen zu prüfen. Dabei handelt es sich um ein anmeldebasiertes Instrument für die Prüfung von Zusammenschlüssen in Fällen, in denen eine drittstaatliche Regierung eine finanzielle Zuwendung gewährt, der in der EU erzielte Umsatz des erworbenen Unternehmens (oder zumindest eines der am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen) 500 Millionen Euro oder mehr beträgt und die drittstaatliche finanzielle Zuwendung mindestens 50 Millionen Euro beträgt.

Ein meldebasiertes Instrument für die Prüfung von Angeboten bei öffentlichen Vergabeverfahren in Fällen, in denen eine drittstaatliche Regierung eine finanzielle Zuwendung gewährt und der geschätzte Auftragswert 250 Millionen Euro oder mehr beträgt. Ein Instrument für die Prüfung aller anderen Marktsituationen sowie für Zusammenschlüsse und Vergabeverfahren mit niedrigerem Wert, bei denen die Kommission auf eigene Initiative eine Prüfung einleiten und Ad-hoc-(An-)Meldungen fordern kann.

Stellt die Kommission wettbewerbsverzerrende drittstaatliche Subventionen fest, kann sie Abhilfemaßnahmen (Veräußerung bestimmter Vermögenswerte, Verbot eines bestimmten Marktverhaltens) verhängen oder Verpflichtungszusagen der betreffenden Unternehmen fordern. Sie kann auch den subventionierten Erwerb von Unternehmen oder die Vergabe öffentlicher Aufträge an subventionierte Bieter untersagen.

Der Vorschlag befindet sich gegenwärtig in der öffentlichen Konsultation. Vor Erlass der endgültigen Fassung werden das Europäische Parlament und die Mitgliedstaaten den Vorschlag im Rahmen des Gesetzgebungsverfahrens erörtern. Weitere Informationen zu der Verordnung finden Sie unter: [https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/de/ip\\_21\\_1982](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/de/ip_21_1982)

**Ihr Ansprechpartner:**

Steffen Müller, Tel.: 0895116-3172, [muellers@abz-bayern.de](mailto:muellers@abz-bayern.de)



## Aus den Bundesländern

### Bayern: Anwendung Stoffpreisgleitklausel wegen starken Preissteigerungen bei kommunalen Auftragsvergaben

Das Bayerische Staatsministerium des Innern, für Sport und Integration (StMI) hat mit Schreiben vom 21. Mai 2021 auf das Schreiben des Staatsministerium für Wohnen, Bau und Verkehr (StMB) vom 11.05.2021 verweisen, mit dem den Vergabestellen der Staatsbauverwaltung Hinweise zur Anwendung

von Stoffpreisgleitklauseln für bestimmte Baustoffe gegeben werden, bei denen aktuell erhebliche Preissteigerungen zu verzeichnen sind. Das StMI empfiehlt den kommunalen Auftraggebern entsprechend vorzugehen. Das Schreiben des StMI finden Sie [hier](#).

**Ihr Ansprechpartner:**

Steffen Müller, Tel.: 0895116-3172, [muellers@abz-bayern.de](mailto:muellers@abz-bayern.de)



## Veranstaltungen

### Seminare der Auftragsberatungsstelle Brandenburg e.V.

Wir freuen uns sehr, Ihnen wieder ein Präsenzseminar anbieten zu können.

Es findet statt am **15.09.2021 von 09:00 bis 15:00 Uhr** in den Räumlichkeiten der Bürgschaftsbank Brandenburg GmbH, Schwarzschildstraße 94 in 14480 Potsdam-Babelsberg. Wir konnten erneut Herrn [Rechtsanwalt Dr. Thomas Mestwerdt](#) als Referenten gewinnen.

Bitte beachten Sie, dass die Teilnehmerzahl Corona-bedingt noch immer begrenzt ist. Es können 15 Teilnehmer das Seminar besuchen.

Zur Buchung klicken Sie bitte auf den Termin im Kalender oben rechts auf folgendem [Link](#). Wir freuen uns auf Sie!

Sollten Sie Fragen haben, freut sich unsere Ansprechpartnerin im Hause, Frau Andrea Jordan, über Ihre Kontaktaufnahme per E-Mail an [andrea.jordan@abst-brandenburg.de](mailto:andrea.jordan@abst-brandenburg.de) oder telefonisch unter 030-37 44 607-12.

### Seminare der Auftragsberatungsstellen in Deutschland

Praxisnahe Seminare gehören zu den Kerndienstleistungen der Auftragsberatungsstellen. Zielgruppe der Schulungsangebote sind öffentliche Auftraggeber und Unternehmen. Die Auftragsberatungsstellen bieten Basisseminare für Einsteiger ebenso an wie Spezialkurse, in denen Detailfragen zum Vergaberecht erläutert werden. Mit mehr als 300 Seminaren bundesweit in 2019 gehören die Auftragsberatungsstellen zu den größten Seminaranbietern Deutschlands; die enge Verzahnung mit Beratungen von Unternehmen und Vergabestellen sichert den Praxisbezug. Unter <http://www.abst.de/>, Hier: Seminare, finden sie eine Übersicht des Gesamtprogramms 2021.

Sofern Sie ein für Sie interessantes Thema vermissen, wären wir Ihnen für einen Hinweis an die Auftragsberatungsstelle Ihres Bundeslandes sehr dankbar.