

Newsletter Vergaberecht

Mai 2023



Sehr geehrte Damen und Herren,

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

Bei dieser Gelegenheit möchten wir Ihnen auch unsere gemeinsame Veröffentlichung mit unseren Allianzpartnern **ADVANT Altana** und **ADVANT Nctm** beifügen, dort geht es um Stadtplanung in Deutschland, Frankreich und Italien im Vergleich. Wir hoffen, diese internationale Gegenüberstellung findet ebenso Ihr Interesse.

Wir wünschen eine angenehme Lektüre!

Mit freundlichen Grüßen

Stephan Rechten

Rechtsanwalt

vCard



Unzureichende Markterkundung für Direktauftrag

[zum Artikel](#)

Newsticker

Ohne aktuelle Kostenschätzung keine Aufhebung wegen unwirtschaftlichem Ergebnis

Anforderungen an die Eignungsprüfung in Bezug auf Referenzen

[zu den Artikeln](#)

Hier geht es zum gemeinsamen Beitrag zum Thema **Town Planning** in Frankreich, Deutschland und Italien

Townplanning

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 unter-schweligen 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

Unzureichende Markterkundung für Direktauftrag

Die VK Rheinland-Pfalz hat mit Beschluss vom 16. Dezember 2022 (VK 1-4/22) einem auf Unwirksamkeit eines Direktauftrags gerichteten Nachprüfungsantrag stattgegeben.

Der Sachverhalt

Die Auftraggeberin (eine Körperschaft öffentlichen Rechts, die verschiedene Forschungsprojekte durchführt), vergab einen Auftrag über die Beschaffung, Lieferung, Installation und Inbetriebnahme einer Laserlithographieanlage (3-D-Drucker) ohne Durchführung eines wettbewerblichen Vergabeverfahrens im Wege eines Direktauftrags nach Verhandlungen ausschließlich mit der Beigeladenen. In der Vergabeakte wurde ausgeführt, dass vergleichbare Fabrikate und Ausführungen zwar auf dem Markt seien, aber nicht in Betracht kommen würden, so dass eine Bestellung direkt bei der Beigeladenen erfolge. Die Beschaffung sei zur Durchführung des Dienst-, Lehr- und Forschungsbetriebs der Auftraggeberin unbedingt notwendig. Weiterhin wurden eine Reihe von Alleinstellungsmerkmalen benannt, die nur das Gerät der Beigeladenen erfülle und kein anderer Anbieter im Portfolio habe, zumal die Beigeladene daran die Patente halte. Diese Merkmale seien für die Arbeiten der Auftraggeberin essenziell. Zur Markterkundung war in der Vergabeakte dokumentiert, dass man im Rahmen der wissenschaftlichen Tätigkeit der Auftraggeberin die wissenschaftlichen Arbeiten im Umfeld der Antragstellerin und auch die kommerziell verfügbaren Anlagen aller bekannten Anbieter verfolgt und Erkundigungen zu den Leistungsständen der Anlagen eingeholt habe. Hierfür seien Webseiten und Messen besucht und auch persönliche Kontaktaufnahmen zu involvierten Wissenschaftlern durchgeführt worden.

Die Vergabe wurde mit einer Ex-post-Bekanntmachung im Amtsblatt der EU europaweit bekannt gemacht, in der als Begründung für die Direktvergabe die identifizierten Alleinstellungsmerkmale des Produkts der Beigeladenen angeführt wurden.

Die Vergabe wurde von der Antragstellerin gerügt, da die angeführten Alleinstellungsmerkmale nicht vorlägen. Der Rüge wurde nicht abgeholfen, so dass die Antragstellerin Nachprüfung beantragte, gerichtet auf Feststellung der Unwirksamkeit des Auftrags von Anfang an gemäß § 135 Abs. 1 Nr. 2 GWB.

Die Entscheidung

Die Vergabekammer gab dem Antrag statt.

Sie stellte zunächst im Zuge der Zulässigkeitsprüfung fest, dass die Antragstellerin durch den Nachprüfungsantrag ihr Interesse am Auftrag hinreichend bekundet habe und die Verletzung ihrer Rechte durch die behauptete Verletzung von Vergaberechtsvorschriften hinreichend möglich erscheine. Die Antragstellerin habe insbesondere vorgetragen, dass sie bei fortbestehender Beschaffungsabsicht ihre Chance in einem vergaberechtskonformen Wettbewerb suchen werde, und sie habe auch hinreichend dargelegt, dass ihr im Sinne von § 160 Abs. 2 S. 2 GWB durch den beanstandeten Vergaberechtsverstoß ein Schaden entstehe bzw. zu entstehen drohe. Der Schaden bestehe darin, dass ihre Aussichten auf den Zuschlag zumindest verschlechtert sein können. Es genüge insoweit der Vortrag, dass ihr durch die Nichtdurchführung eines wettbewerblichen Verfahrens die Chance genommen worden sei, ein Angebot abzugeben und den Zuschlag zu erhalten. Es sei weiterhin auch nicht auszuschließen, dass die Antragstellerin im Zeitpunkt einer Angebotsabgabe ein wettbewerbsfähiges Angebot hätte abgeben können, auch wenn sie während der Dauer des Nachprüfungsverfahrens noch kein entsprechendes Gerät auf den Markt gebracht habe.

Schließlich war auch die Frist des § 135 Abs. 2 S. 2 GWB von 30 Kalendertagen nach Veröffentlichung der Bekanntmachung der Auftragsvergabe im Amtsblatt der Europäischen Union gewahrt.

Der Nachprüfungsantrag war nach Ansicht der Vergabekammer auch begründet, da die Auftraggeberin das Vorliegen der Voraussetzungen für die Direktbeauftragung nicht nachweisen konnte. Sie hatte sich bei der Direktvergabe auf den Ausnahmetatbestand des § 14 Abs. 4 Nr. 2 lit. b) VgV gestützt, wonach ein Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb dann zulässig ist, wenn zum Zeitpunkt der Aufforderung zur Abgabe von Angeboten der Auftrag nur von einem bestimmten Unternehmen erbracht oder bereitgestellt werden kann, weil aus technischen Gründen kein Wettbewerb vorhanden ist. Nach § 14 Abs. 6 VgV gelten die Voraussetzungen des Abs. 4 Nr. 2 b) nur dann, wenn es keine vernünftige Alternative oder Ersatzlösung gibt und der mangelnde Wettbewerb nicht das Ergebnis einer künstlichen Einschränkung der Auftragsvergabeparameter durch den Auftraggeber ist.

Die Vergabekammer stellte zunächst im Einklang mit EuGH und ständiger nationaler Rechtsprechung klar, dass sämtliche Ausnahmen von der vorrangigen Durchführung offener und nicht offener Verfahren eng

auszulegen seien. Dies gelte erst recht, wenn mit nur einem einzigen Unternehmen verhandelt, also überhaupt kein Wettbewerb durchgeführt werde. Die Beweislast für das Vorliegen der Voraussetzungen trage der Auftraggeber.

Anschließend arbeitete sie heraus, dass das Leistungsbestimmungsrecht des Auftraggebers, der grundsätzlich selbst festlegen darf, ob und was beschafft werden soll, gerade bei der Direktbeauftragung engeren Grenzen als sonst unterliege, nämlich denjenigen des § 14 Abs. 6 VgV, wonach es keine vernünftigen Alternativen oder Ersatzlösungen geben und die Einschränkung des Wettbewerbs nicht künstlich herbeigeführt worden sein dürfe.

Um das Vorliegen eines solchen objektiv fehlenden Wettbewerbs nachzuweisen, bedürfe es einer umfassenden Marktanalyse des Auftraggebers auf europäischer Ebene, und zwar vor der Entscheidung über die Wahl der Verfahrensart. Die Anforderungen an die Ermittlungen, die ein Auftraggeber in diesem Zusammenhang anzustellen hat, seien konsequenterweise ebenfalls hoch, bevor ausnahmsweise auf ein wettbewerbliches Verfahren verzichtet werden dürfe. Die Rechtsprechung verlange insoweit "*ernsthafte Nachforschungen auf europäischer Ebene*". Nach dem 50. Erwägungsgrund der Richtlinie 2014/24/EU müsse der Auftraggeber darlegen und beweisen, dass es für andere "*Wirtschaftsteilnehmer technisch nahezu unmöglich ist, die geforderte Leistung zu erbringen*". Es müsse daher auch ausgeschlossen sein, dass für die Auftragsdurchführung weitere Unternehmen in Frage kommen, die die für den Auftrag notwendigen Fähigkeiten und Ausstattungen noch rechtzeitig erwerben können. Reine Zweckmäßigkeitsüberlegungen oder wirtschaftliche Vorteile reichten hingegen für die Begründung der Direktvergabe ebenso wenig aus wie die Einschätzung des Auftraggebers, dass ein bestimmter Anbieter die Leistung am besten erfüllen könne.

Die Dokumentation der Auftraggeberin ließ vorliegend nach Ansicht der Vergabekammer zunächst Angaben dazu vermissen, weshalb die identifizierten Alleinstellungsmerkmale für die Auftraggeberin essenziell waren, welche Arbeiten nur damit möglich sind und warum gerade diese technischen Spezifikationen, aus welchen die Auftraggeberin die Alleinstellungsmerkmale der Beigeladenen abgeleitet hat, überhaupt gefordert wurden. Auch fehle es an einer Auseinandersetzung mit den am Markt vorhandenen Alternativen. Es sei gerade nicht ausreichend für die Anwendung des Ausnahmetatbestands, dass sich ein Auftraggeber von einem bestimmten Produkt die beste Leistungserfüllung erhoffe. Weiterhin ließ die Dokumentation in der Vergabeakte nicht erkennen, wer wann

welche Recherchen zu welcher Alternative durchgeführt hatte, etwa welche Internetseiten wann in Augenschein genommen wurden. Auch Kontakte mit den Unternehmen waren nicht belegt. Ein kurzes Gespräch mit der Antragstellerin habe zwar auf einer Messe stattgefunden, aber erst nach der Auftragserteilung an die Beigeladene, so dass das Gespräch nicht als Beleg für die Marktrecherche herangezogen werden könne. Letztlich fehlten der Vergabekammer stichhaltige Beweise dafür, dass eine Marktrecherche ein objektives Fehlen von Wettbewerb ergeben hatte. Dazu, ob andere Unternehmen noch rechtzeitig entsprechende Fähigkeiten und Ausstattungen für die Auftragsdurchführung hätten erwerben können, fand sich in der Dokumentation der Marktanalyse ebenfalls nichts.

Eine Heilung dieses Vergaberechtsverstößes kam vorliegend nicht in Betracht, da es sich insbesondere nicht nur um einen Dokumentationsmangel gehandelt habe, sondern um eine fehlende Markterkundung, die nicht im Wege einer nachträglichen Dokumentation nachgeholt werden könne.

Schließlich beanstandete die Vergabekammer auch, dass bereits vor der Festlegung der Anforderungen an das zu beschaffende Gerät ein Angebot der Beigeladenen vorlag, so dass nicht ausgeschlossen werden könne, dass die Erkenntnisse über das Gerät der Beigeladenen die Verneinung von Alternativen und Ersatzlösungen beeinflusst hat. Auch war aus Sicht der Vergabekammer nicht auszuschließen, dass die Auftraggeberin bei ordnungsgemäßer Markterforschung andere Leistungsanforderungen aufgestellt hätte.

Damit wurde der Direktauftrag für von Anfang an unwirksam erklärt. Die Vergabekammer wies abschließend darauf hin, dass bereits erbrachte Leistungen nach §§ 812 ff BGB rückabzuwickeln sind. Selbst bei vollständiger Leistungserfüllung durch die Beigeladene werde keine Erledigung in der Hauptsache eintreten, da eine Rückabwicklung "*in natura*" denkbar sei, da das Gerät jederzeit wieder entfernt werden könnte.

Praxistipp

Die Möglichkeit der Beauftragung eines bestimmten Unternehmens im Wege eines Direktauftrags nach Durchführung eines Verhandlungsverfahrens ohne Teilnahmewettbewerb mit nur einem Unternehmen wird in der Praxis regelmäßig von Auftraggebern erwogen. Gerade in Bezug auf Lieferleistungen haben Bedarfsträger häufig bestimmte Produkte eines Herstellers im Blick, mit welchen sie entweder

selbst bereits gute Erfahrungen gemacht haben oder die aus anderen Gründen gegenüber anderen Produkten am Markt vorzugswürdig oder gar allein geeignet erscheinen. Dies muss stets jedoch äußerst kritisch hinterfragt werden.

Die Durchführung einer ordnungsgemäßen Markterkundung zum Nachweis des objektiv fehlenden Wettbewerbs ist in solchen Fällen stets zwingend notwendige Voraussetzung dafür, dass eine solche Direktbeauftragung überhaupt in Betracht gezogen werden kann. Der Auftraggeber ist im Streitfall dafür beweispflichtig und es werden hohe Anforderungen an die Analyse selbst und deren Dokumentation gestellt, die häufig unterschätzt werden. Folgende Aspekte sind besonders relevant:

- **Europaweite Marktrecherche:** Viele Auftraggeber nehmen bei der Marktrecherche nur (ihnen bekannte Unternehmen aus Deutschland und vielleicht noch dem unmittelbar benachbarten Ausland in den Blick, nicht aber die gesamte EU. Die Betrachtung des gesamten EU-weiten Marktes ist jedoch unerlässlich. Dies erfordert beim Auftraggeber eine sehr gute Marktübersicht über den gesamten europäischen Markt, die oft (jedenfalls anfänglich nicht vorhanden ist.
- **Kontaktaufnahme mit Unternehmen:** Weiterhin ist in den meisten Fällen eine direkte Kontaktaufnahme mit möglichen Auftragnehmern notwendig, sei es durch Telefonate, persönliche Gespräche oder auch im Wege schriftlicher Anfragen. Welchen Weg der Auftraggeber im Einzelfall beschreitet, bleibt ihm überlassen, aber es muss eine ernsthafte Recherche stattfinden, bei der sich der Auftraggeber insbesondere nicht nur auf die öffentlich zugänglichen Informationsquellen wie etwa den Internetauftritt von Unternehmen oder auf Erfahrungen anderer Auftraggeber verlassen darf. Gerade die notwendige Zukunftsorientierung, also die Beantwortung der Frage, ob ein weiteres Unternehmen künftig und rechtzeitig zur Leistungserbringung in der Lage sein wird, erfordert es in aller Regel, mit den in Betracht kommenden Unternehmen direkt in Kontakt zu treten, um auch deren Planungen für künftige Produkte oder Fortentwicklungen des vorhandenen Portfolios zu eruieren, die vielleicht noch nicht öffentlich gemacht wurden, aber bereits weit fortgeschritten sind.
- **Dokumentation:** Wesentliche Bedeutung kommt mit Blick auf die Beweislast des Auftraggebers im Nachprüfungsfall der Dokumentation der durchgeführten Recherchen zur Ermittlung der anzusprechenden

Unternehmen und der geführten Gespräche bzw. der Kontakte zu. Mit Blick auf die Dokumentation bietet es sich oft an, den Unternehmen zumindest ergänzend auch eine schriftliche Stellungnahme oder auch bereits ein vorläufiges Angebot abzufordern, um die Aussagen der Unternehmen zur Vergabeakte nehmen zu können.

- **Bewertung der Rückmeldungen aus dem Markt, Prüfung der Anforderungen:** Schließlich müssen die Angaben der Unternehmen auch bewertet und diese Bewertung ebenfalls in der Vergabeakte niedergelegt werden. Dabei geht es insbesondere darum, sowohl die Angaben der Unternehmen zu ihren (künftigen) Produkten und Leistungen zu vergleichen und an den aufgestellten Anforderungen zu messen, aber auch die eigene Definition von Anforderungen anhand der Ergebnisse der Markterkundung nochmals zu überprüfen. Sollte sich etwa herausstellen, dass Merkmale, die man bislang für exklusiv oder für den Einsatz des Beschaffungsgegenstands unverzichtbar hielt, vielleicht gar keine Alleinstellungsmerkmale sind oder auch nicht zwingend nötig, so ist die Forderungslage ggf. anzupassen und ein Wettbewerb durchzuführen. Ob es am Markt vernünftige Alternativen oder Ersatzlösungen gibt oder man mit den eigenen Anforderungen den Wettbewerb künstlich auf ein Unternehmen einschränkt im Sinne von § 14 Abs. 6 VgV, kann nur durch objektives, kritisches Hinterfragen der Anforderungen nach der Durchführung der Marktrecherche sichergestellt werden.

Im Ergebnis ist festzuhalten, dass eine Marktrecherche, die geeignet ist, die Anforderungen des § 14 Abs. 4 Nr. 2 lit. b) VgV "*gerichtsfest*" zu beweisen, erheblichen Aufwand fordert, der zeitlich und finanziell oft sogar die Durchführung eines straffen wettbewerblichen Verfahrens (etwa in Form eines offenen Verfahrens) übersteigt. Die Einschätzung, welche Unternehmen EU-weit am Markt tätig sind und befragt werden müssen, die Entwicklung eines geeigneten Fragenkatalogs und die entsprechende Dokumentation setzen große Fachkenntnis voraus und binden Ressourcen. Nicht selten müssen Fachberater dafür hinzugezogen werden, um überhaupt die nötige Marktübersicht zu gewinnen. Daher ist stets sorgfältig abzuwägen, ob die Anwendung des Ausnahmetatbestands mittels entsprechender Marktrecherche abgesichert werden soll oder eher ein wettbewerbliches Verfahren durchgeführt wird, wenn eine gewisse Wahrscheinlichkeit dafür besteht, dass ein (wenn auch vielleicht sehr kleiner) Markt in der EU vorhanden ist.

Abschließend sei noch auf zwei Risiken der unzulässigen Direktbeauftragung hingewiesen:

Zum einen sind, wenn (wie hier) die Unwirksamkeit des Direktauftrags festgestellt wird, alle bereits erbrachten Leistungen rückabzuwickeln. Gerade bei Lieferleistungen bedeutet dies in aller Regel, dass die gelieferten Gegenstände zurückzugeben sind und die Vergütung zurückzuzahlen ist. Damit besteht ein erhebliches Risiko, dass im Falle der erfolgreichen Beanstandung nicht nur doch noch ein wettbewerbliches Verfahren durchzuführen ist, sondern der Auftraggeber nach der Rückabwicklung auch tatsächlich in den Stand vor der Direktvergabe zurückgeworfen wird. Dies trifft ihn dann in der Regel zur Unzeit mitten in einem Projekt oder beeinträchtigt einen Prozess, der bereits unter Nutzung des Beschaffungsgegenstands etabliert ist. Auch dieses Risiko spricht für eine sehr sorgfältige Abwägung einer Direktvergabe.

Zum anderen stellt eine unzulässige Direktvergabe einen ganz klassischen Grund für die Rückforderung von Zuwendungen dar. Daher ist bei Aufträgen, für die Fördermittel zum Einsatz kommen, ganz besondere Vorsicht geboten, da im schlechtesten Falle die beschaffte Leistung und die Mittel dafür verloren gehen.

Katrin Lüdtkke

Rechtsanwältin und Fachanwältin für Verwaltungsrecht

[vCard](#)



Newsticker

Ohne aktuelle Kostenschätzung keine Aufhebung wegen unwirtschaftlichem Ergebnis

Die VK Südbayern hat sich in ihrem Beschluss vom 12. Dezember 2022 (3194-Z3-3_01-22-33) mit der Frage der Rechtmäßigkeit der Aufhebung einer Ausschreibung gemäß § 17 EU Abs. 1 Nr. 3 VOB/A aufgrund der Preissteigerungen durch Corona- und Ukraine-Krise befasst. Es ging um die Ausschreibung eines Sanitär-Gewerks für den Ersatzneubau einer Klinik. Die Vergabekammer stellte zunächst fest, dass eine Aufhebung aus "*anderen schwerwiegenden Gründen*" im Sinne von § 17 EU VOB/A grundsätzlich in Betracht komme, wenn selbst das niedrigste wertungsfähige Angebot höher liegt als die verfügbaren Mittel. Dabei sei jedoch von Bedeutung, worin die Ursache für das Auseinanderklaffen des Preises und der Finanzierung zu suchen ist. Ein schwerwiegender Grund sei nämlich dann nicht gegeben, wenn der Auftraggeber den Finanzbedarf zu gering bemessen habe. Der Aufhebungsgrund dürfe zudem dem Auftraggeber auch nicht zurechenbar bzw. dessen Vorliegen vom Auftraggeber selbst zu verantworten sein.

Im Vorliegenden hatte der Auftraggeber seine Kostenschätzung in der Erwartung erstellt, dass die in den Vergabeunterlagen vorgesehene Stoffpreisgleitklausel die stoffgebundenen Preissteigerungen aufgrund der Ukraine-Krise abfedern würde. Eine Aktualisierung der Kostenschätzung, die auf Daten aus dem 3. / 4. Quartal 2021 basierte, sei daher unterblieben. Dieser Ansatz war nach Ansicht der Vergabekammer jedoch schon deswegen verfehlt, weil die Stoffpreisgleitklausel gemäß Formblatt 225 des VHB Bayern lediglich Preissteigerungen umfasse, die zwischen Submissionstermin und Abrechnungszeitpunkt eintreten, nicht aber solche, die schon vor Angebotsabgabe eingetreten sind. Daher wäre eine Aktualisierung der Kostenschätzung erforderlich gewesen. Die Aufhebung war damit nicht rechtmäßig.

Die Entscheidung besitzt angesichts der aktuellen Preisentwicklungen, insbesondere im Bausektor, aber auch mit Blick auf die hohe Inflation, große Relevanz. Gerade bei länger andauernden Verfahren, etwa aufgrund von bereits gescheiterten Angebotsrunden ohne Angebote oder nach Änderungen an den Vergabeunterlagen, sind die Auftraggeber dringend gehalten, ihre Kostenschätzungen zu aktualisieren und ggf. entsprechend höhere Mittel einzuplanen, da eine Aufhebung der Ausschreibung aufgrund von erheblich über der Schätzung liegenden

Angeboten ohne belastbare, aktuelle Schätzung der Kosten nicht rechtssicher erfolgen kann. Wird dann dennoch der Zuschlag nicht erteilt – es besteht schließlich keine gesetzliche Verpflichtung eines Auftraggebers, den Vertrag zu schließen - kann ein Unternehmen gemäß §§ 311 Abs. 2, 280 Abs. 1, 241 Abs. 2 BGB Schadensersatz verlangen, der in der Regel die Aufwendungen für die Teilnahme am Vergabeverfahren umfasst. Wird der Auftrag (nahezu unverändert später in einem neuen Vergabeverfahren doch noch vergeben, kann das Unternehmen, dass in dem abgebrochenen Vergabeverfahren den Auftrag hätte erhalten *müssen*, sogar den entgangenen Gewinn beanspruchen.

Für Liefer- und Dienstleistungen ist das Thema ebenso relevant. Der entsprechende Aufhebungsgrund findet sich in § 63 Abs. 1 Nr. 3 VgV, wonach der Auftraggeber berechtigt ist, ein Vergabeverfahren ganz oder teilweise aufzuheben, wenn kein wirtschaftliches Ergebnis erzielt wurde.

Anforderungen an die Eignungsprüfung in Bezug auf Referenzen

Zu den Anforderungen an die formelle und materielle Eignungsprüfung hat sich die VK Rheinland in einem Beschluss vom 27. März 2023 (VK 1/23) geäußert. Sie hat zunächst den Unterschied zwischen der formellen und der materiellen Eignungsprüfung herausgearbeitet: die formelle Eignungsprüfung sei darauf beschränkt zu prüfen, ob die Erklärungen und Nachweise rechtzeitig vorgelegt wurden, vollständig und fehlerfrei sind und den Anforderungen des öffentlichen Auftraggebers entsprechen. Die Prüfung, ob Eignungsangaben inhaltlich zutreffend sind, erfolge dagegen nicht auf der formellen Ebene, sondern sei der materiellen Eignungsprüfung vorbehalten. Dabei gelte grundsätzlich, dass der Auftraggeber im Rahmen der Angebotsprüfung und -wertung darauf vertrauen dürfe, dass die von den Bietern in den eingereichten Unterlagen gemachten Angaben wahrheitsgemäß erfolgt sind. Denn zu solchen wahrheitsgemäßen Angaben sei der Bieter nicht nur vergaberechtlich verpflichtet, sondern wahrheitswidrige Angaben könnten für einen Bieter auch straf- oder zivilrechtliche Konsequenzen zur Folge haben oder ihm die Teilnahme an weiteren Vergabeverfahren öffentlicher Auftraggeber verschließen. Bei der Bemessung der gebotenen Prüftiefe und des zu verlangenden Grades an Erkenntnissicherheit sei wegen des anzuerkennenden Interesses des öffentlichen Auftraggebers an einer zügigen Beschaffung und einem raschen Abschluss des Vergabeverfahrens zu berücksichtigen, über welche Ressourcen und administrativen Mittel der Auftraggeber verfügt. Damit bestünden gewisse Zumutbarkeitsgrenzen für gebotene Überprüfungen, die sich aus dem

auch im Vergaberecht anwendbaren Grundsatz von Treu und Glauben ergeben. Der öffentliche Auftraggeber müsse somit nicht sämtliche in Betracht kommenden Erkenntnisquellen ausschöpfen. Eine Ortsbesichtigung bei einem Unternehmen sprengt nach Ansicht der Vergabekammer diesen Rahmen, insbesondere wenn im Zuge von Nachfragen umfangreiche schriftliche Angaben gemacht und sogar Referenzschreiben von Kunden vorgelegt wurden, die den in den Referenzaufträgen erbrachten Leistungsumfang bestätigen.

Der Auftraggeber darf also auch bei den Referenzen (ähnlich wie bei den Leistungsversprechen im Angebot, vgl. dazu etwa OLG Karlsruhe, Beschluss vom 7. September 2022 - 15 Verg 8/22) grundsätzlich den Eigenerklärungen eines Bieters Glauben schenken, insbesondere wenn diese durch weitere Erläuterungen und sogar Referenzschreiben ergänzt wurden. An die Referenzprüfung dürfen ebenso wenig überzogene Anforderungen gestellt werden wie an die Verifikation der Angebotsinhalte.

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](#)



REDAKTION (verantwortlich)

Stephan Rechten | Rechtsanwalt

© Beiten Burkhardt

Rechtsanwalts-gesellschaft mbH

Vergaberecht@advant-beiten.com

www.advant-beiten.com

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.



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.