



VERGABERECHT

Einordnung der Coronavirus-Pandemie als unvorhersehbares Ereignis – weitere Bestätigungen der Rechtsprechung

Die Coronavirus-Pandemie und die Maßnahmen zu ihrer Eindämmung bestimmen weiterhin unseren Alltag. Auch in der vergaberechtlichen Rechtsprechung wird die Pandemiesituation immer wieder relevant. Nun haben die 1. und die 2. Vergabekammer des Bundes weitere praxisrelevante Entscheidungen zur vergaberechtlichen Einordnung der Pandemiesituation getroffen, nachdem die 1. Vergabekammer des Bundes bereits im Mai 2020 die Coronavirus-Pandemie als möglichen Aufhebungsgrund für ein Vergabeverfahren eingestuft hatte (vgl. [BB-Newsletter August 2020](#)).

Die neuen Entscheidungen der Vergabekammern des Bundes schaffen weitere Klarheit für die Rechtsanwender.

DIE SACHVERHALTE

Die 1. VK Bund hatte unter anderem zwei Fragen mit Bezug auf die Coronavirus-Pandemie zu klären (VK Bund, Beschluss vom 13. August 2020 – VK 1-54/20).

Die Antragsgegnerin wollte ein System zur „Erprobung der digitalen Identifizierungsmöglichkeit via Selfie-Identverfahren“ beschaffen. Benötigt wurde eine Software, mit der sich ein Kunde der Antragsgegnerin im Rahmen seiner Antragstellung auf Gewährung von nicht näher bezeichneten Leistungen – anstelle einer persönlichen Identifizierung in den Dienststellen der Antragsgegnerin vor Ort – elektronisch über einen Online-Zugang identifizieren kann. Hierdurch sollte die persönliche Identifizierung des Kunden unter Vorlage seines Ausweises in den Dienststellen der Antragsgegnerin ersetzt werden.

Es lag also ein konkreter inhaltlicher Bezug der zu beschaffenden Leistung zur Coronavirus-Pandemie vor. Die Antragsgegnerin führte ein Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb mit nur einem einzigen Unternehmen durch. Sie hatte sich bereits in ihrer Bedarfsanforderung vom 9. April 2020 auf das Rundschreiben des BMWi vom 19. März 2020 zur Anwendung des Vergaberechts berufen und dementsprechend ein beschleunigtes Vergabeverfahren nach § 14 Abs. 4 Nr. 3 VgV wegen Dringlichkeit durchgeführt. Sie notierte in der Bedarfsanforderung zusätzlich auch die technischen Gründe, warum nur ein einziges Unternehmen aus ihrer Sicht in der Lage sei, ihre Anforderungen an das Identverfahren zu erfüllen:

„Als Alleinstellungsmerkmal auf dem Markt bietet die [Bg] mit ihrer [Software] und der integrierten KI einen ‚Echtheitsnachweis‘ an. Diese lässt sie sich gerade patentieren. Damit wird nicht nur der Text auf dem Ausweisdokument, sondern auch alle variablen Sichtbarkeitsmerkmale, wie das Hologramm und Wasserzeichen geprüft. Zu dem Echtheitsnachweis bietet das Verfahren noch folgende Sicherheitsfeatures: eine Authentizitäts-/Echtheitsprüfung des gezeigten Ausweisdokuments, eine Prüfung der ‚Lebendigkeit‘ der Person vor der Kamera sowie die Prüfung der Legitimität der Person (gehört die Person zum Ausweisdokument).“

Insbesondere funktioniert diese Technologie mit Hilfe von Künstlicher Intelligenz, ohne dass ein Mitarbeiter der Antragsgegnerin für die Identifizierung benötigt wird. Aufgrund von datenschutzrechtlichen Fragen wurde die Angebotsfrist auf Bitten der späteren Zuschlagsempfängerin zweimal verlängert, vom ursprünglich vorgesehenen 14. Mai (nur zwei Tage nach Angebotsaufforderung!) bis zum 15. Juni 2020.

Gegen die erfolgte Zuschlagserteilung auf das Angebot des einzigen aufgeforderten Unternehmens wandte sich die Antragstellerin, ein Konkurrenzunternehmen, das vortrug, ein vergleichbares digitales Identifizierungsverfahren anzubieten. Neben den technischen Argumenten bzgl. der Vergleichbarkeit der Systeme wandte sich die Antragstellerin insbesondere gegen die Begründung der Antragsgegnerin, die Leistung sei besonders dringlich. Immerhin seien zwischen dem Eingang der Beschaffungsanforderung, der bereits eine Marktrecherche vorausgegangen sein sollte, bei der Zentralen Beschaffungsstelle der Antragsgegnerin am 9. April 2020 und der Aufforderung des Unternehmens zur Angebotsabgabe am 12. Mai 2020 **mehr als ein Monat vergangen**. Interne Arbeitsabläufe, auf die sich die Antragsgegnerin insoweit berufe, könnten die vergaberechtlich gebotene Unaufschiebbarkeit der Beschaffung nicht begründen. Darüber hinaus sei zwischen der Angebotsaufforderung und der Zuschlagserteilung **erneut mehr als ein Monat vergangen**. In dieser Zeit hätte ein Offenes Verfahren mit einer Mindestangebotsfrist von 15 Tagen sogar unter Einhaltung der Wartefrist nach § 134 Abs. 1 GWB durchgeführt werden können. Selbst ein Verhandlungsverfahren mit Teilnahmewettbewerb wäre in dieser Zeit möglich gewesen.

Die Antragsgegnerin entgegnete, die Voraussetzungen des § 14 Abs. 4 Nr. 3 VgV seien erfüllt, weil bei der Entscheidung vom April 2020, ein „Selfie Ident-Verfahren“ zu beschaffen, der weitere Verlauf der Covid-19-Infektionen noch nicht absehbar gewesen sei. Da die Dienststellen der Antragsgegnerin vor Ort geschlossen wurden, sei das vorgeschriebene persönliche Vorsprechen eines Leistungsberechtigten nicht mehr möglich. Durch den Eintritt dieses unvorhergesehenen Ereignisses habe sie zur Sicherstellung der Rechtmäßigkeit der Leistungsgewährung unverzüglich eine digitale Alternative zur Identitätsprüfung vor Ort benötigt, um Leistungsmissbrauch zu verhindern. Zudem habe sie bei der Beschaffung darauf geachtet, nur einen kurzen Vertrag mit einer Laufzeit von acht Monaten und einer Verlängerungsoption von vier Monaten zu schließen, um lediglich den aktuellen kurzfristigen Bedarf abzudecken.

Der 2. VK Bund lag eine Fragestellung zum Umfang der zeitlichen Dringlichkeit vor (Beschluss vom 28. August 2020 – VK 2-57/20). In der Entscheidung ging es um die Zulässigkeit der Vergabe eines Betreibervertrags zur Abwicklung der zur Beschaffung von Schutzausrüstung im Zuge der Coronavirus-Pandemie geschlossenen Verträge. Die Vergabe fand auch hier im Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb statt. Der Vertrag beinhaltet – als Folge der zur Bekämpfung der Coronavirus-Pandemie im Open-house-Verfahren beschafften Schutzmasken und Atemgeräte – die

„Durchführung des operativen Geschäfts unterhalb des Beschaffungstabes bei der Durchführung der Verträge über die Beschaffung von Schutzausrüstung (im Wesentlichen die technische Vertragsprüfung, die Qualitätssicherung, das Vertragsmanagement, die Qualitätssicherung, die Steuerung der gesamten Lieferkette und der Logistikkdienstleister, die Überprüfung von Eingangrechnungen und die Bearbeitung von Leistungsstörungen)“.

Diese Leistung wurde an ein Unternehmen direkt vergeben. Hiergegen wandte sich eine Rechtsanwaltskanzlei, die unter anderem vortrug, der Beschaffungsbedarf zum 15. Mai 2020 sei spätestens mit der vorangegangenen Planung und Durchführung des Open-house-Verfahrens zur Beschaffung der Schutzausrüstung selbst **vorhersehbar** gewesen. Es sei hier zudem nicht um eine Interimsvergabe gegangen, sondern um die finale Vergabe von Leistungen für sechs Monate mit Verlängerungsoption um weitere sechs Monate, denn der Leistungsbedarf werde in diesem Zeitraum final erledigt sein. Die Vergabe an einen zuvor ausgewählten Wirtschaftsteilnehmer sei nach den Leitlinien der Europäischen Kommission zur Nutzung des Rahmens für die Vergabe öffentlicher Aufträge in der durch die COVID-19-Krise verursachten Not-situation (2020/C 1081/01) nur zulässig, wenn dieser Wirtschaftsteilnehmer der einzig leistungsfähige sei.

Beide Sachverhalte hatten also einen zeitkritischen Bezug zur Pandemie.

DIE ENTSCHEIDUNGEN

Beide Entscheidungen gaben den Auftraggebern Recht.

Der Nachprüfungsantrag des ersten Verfahrens war bereits mangels Antragsbefugnis unzulässig. Die Antragstellerin habe nicht hinreichend dargelegt, den sehr konkret ausgeschriebenen Beschaffungsbedarf der Antragsgegnerin befriedigen zu können. Trotz der Unzulässigkeit des Antrags stellte die 1. VK Bund zusätzlich auch fest, dass die Coronavirus-Pandemie den Auftraggeber im konkreten Fall gem. § 14 Abs. 4 Nr. 3 VgV wohl auch dazu berechtigt habe, eine Vergabe im Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb durchzuführen.

Die Entscheidung setzt sich sodann recht ausführlich mit den Voraussetzungen des § 14 Abs. 4 Nr. 3 VgV auseinander. Mit der Coronavirus-Pandemie und der hieraus bedingten „epidemischen Lage von nationaler Tragweite“ liege ein (nicht nur) für die Antragsgegnerin unvorhersehbares Ereignis i. S. d. § 14 Abs. 4 Nr. 3 VgV vor. Die Einschätzung der Antragsgegnerin, dass im Zusammenhang mit diesem unvorhersehbaren Ereignis äußerst dringliche, zwingende Gründe vorlagen, die es nicht zuließen, die vorgeschriebenen Mindestfristen für andere Verfahrensarten als ein Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb einzuhalten, erscheine nachvollziehbar.

Zunächst sei davon auszugehen, dass jede andere Verfahrensart aufgrund der vergaberechtlichen Vorgaben mindestens 25 Tage länger gedauert hätte als das durchgeführte Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb (offenes Verfahren: mindestens 15 Tage Angebotsfrist + 10 Tage Wartefrist gemäß § 134 Abs. 2 GWB; nicht offenes Verfahren: mindestens 15 Tage Teilnahmefrist + 10 Tage Angebotsfrist + 10 Tage Wartefrist; Verhandlungsverfahren mit Teilnahmewettbewerb: 15 Tage Teilnahmefrist + mindestens 10 Tage Angebotsfrist + 10 Tage Wartefrist). Dem Wortlaut des § 134 Abs. 3 S. 1 GWB könne auch nicht entnommen werden, dass in diesen Verfahrensarten aus Dringlichkeitserwägungen auf eine Vorabinformation verzichtet werden könne, sodass die Wartefrist von 10 Kalendertagen entfiel. Stattdessen wären bei diesen Verfahrensarten realistischere Weise zusätzlich mehrere weitere Tage für die Beantwortung von Bieterfragen, die Prüfung der Teilnahmeanträge und/oder Angebote sowie für etwaige Aufklärungsmaßnahmen der Antragsgegnerin hinzuzurechnen. Dass die Antragstellerin ihrem eigenen Vortrag nach in der Lage gewesen wäre, innerhalb eines Tages ein Angebot abzugeben, ändere an diesen Zeitanätzen nichts, da dies jedenfalls nicht bei sämtlichen interessierten Unternehmen unterstellt werden könne, die sich an dem Vergabeverfahren ebenfalls hätten beteiligen können.

Wichtig ist also, dass die Dringlichkeit im vorliegenden Fall nach Ansicht der 1. VK Bund so erheblich war, dass nicht einmal drei Angebote eingeholt werden konnten, was in der vergaberechtlichen Rechtsprechung sehr selten angenommen wird. Es wurde der Antragsgegnerin auch nicht zum Vorwurf gemacht, dass die Zuschlagsempfängerin ihr Angebot dann doch nicht innerhalb von zwei Tagen, sondern erst innerhalb eines Monats erstellen konnte.

Aus der Entscheidung der 2. VK Bund ergibt sich ein weiterer vergaberechtlicher Aspekt der Einstufung der Coronavirus-Pandemie.

Die Vergabe fand ebenfalls im Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb statt. Dies sei gem. § 14 Abs. 4 Nr. 3 VgV nicht nur für den Abschluss von Verträgen zulässig, sondern könne auch für die Betreuung der Abwicklung solcher Verträge zulässig sein. Die 2. VK Bund geht damit noch einen Schritt weiter.

Es greife aus ihrer Sicht zu kurz, die Dringlichkeit der Schutzmaskenbeschaffung auf den Abschluss der reinen Kaufverträge zu beschränken; die Dringlichkeit erstreckte sich vielmehr auch auf die Aufgabe der konkreten Abwicklung dieser Verträge als einem zweiten Schritt nach dem Ankauf. Der rechtliche Abschluss von Kaufverträgen und die darauf folgende konkrete Abwicklung dieser Verträge waren aus Sicht der Vergabekammer als eine Gesamtaufgabe notwendig, um die Versorgung von medizinischem Personal sowie der Gesamtbevölkerung erreichen zu können. Die äußerste Dringlichkeit in Bezug auf die Versorgung mit Schutzausrüstung erfasste somit auch den hier streitgegenständlichen Betreibervertrag, der zwar nicht rechtlich, jedoch im Sinne der Zielerreichung eine Einheit mit den Kaufverträgen darstelle.

HINWEISE UND PRAXISTIPPS

Die erste Entscheidung lässt großes Verständnis der Vergabekammer für den inhaltlichen und zeitlichen Druck, der auf Auftraggebern gerade zu Beginn der Corona-Pandemie lastete, erkennen. Zum einen war es nach Ansicht der 1. VK Bund – wenn auch im Rahmen einer summarischen Prüfung – zulässig, dass die Auftraggeberin nur ein Unternehmen aufgefordert hat. Sie hat also den Fall der äußersten Dringlichkeit angenommen. Auf der anderen Seite durfte die Auftraggeberin die ursprünglich mit zwei Tagen extrem knapp bemessene Angebotsfrist insoweit verlängern, als dies erforderlich war, damit das Unternehmen ein tragfähiges und durchkalkuliertes Angebot vorlegen konnte. Dies wurde ihr nicht zum Vorwurf gemacht.

Interessant ist auch die folgende Überlegung aus der ersten Entscheidung: Dem Wortlaut des § 134 Abs. 3 Satz 1 GWB könne nicht entnommen werden, dass in diesen Verfahrensarten aus Dringlichkeitserwägungen auf eine Vorabinformation verzichtet werden könne, sodass die Wartezeit von 10 Kalendertagen entfiel. Dies ist zum einen eine wichtige Aussage dahingehend, dass diese Wartezeit in Verfahren mit mehreren Beteiligten in keinem Fall abgekürzt werden kann. Zum anderen ist interessant, dass es nach dieser Entscheidung offenbar zulässig sein kann, umgekehrt mit der Dauer dieser Frist zu argumentieren, um es im Rahmen einer Dringlichkeitsvergabe zu rechtfertigen, nicht mehrere Unternehmen, sondern nur eines aufgefordert zu haben. Denn wo keine anderen Unternehmen vorab zu informieren sind, braucht auch keine Stillhaltefrist abgewartet werden.

Die Entscheidung der 2. VK Bund geht ebenfalls sehr weit, indem sie das Vorbringen der Antragstellerin, es hätte auch mit Interimsbeauftragungen gearbeitet werden können, zurückweist. Zu beachten ist jedoch, dass diese Entscheidung möglicherweise auch dem konkreten Auftraggeber, der sich in einer für das medizinische Personal und die Gesamtbevölkerung entscheidenden Beschaffungssituation befand, geschuldet ist. Mit so weitgehenden Ausdehnungen des Dringlichkeitstatbestandes sollten Auftraggeber auch bei Beschaffungen mit Bezug zur Coronavirus-Pandemie weiterhin vorsichtig sein.



Dr. Tanja Johannsen

Rechtsanwältin
BEITEN BURKHARDT
Rechtsanwaltsgesellschaft mbH
E-Mail: Tanja.Johannsen@bblaw.com

Was lange währt... – die lang-ersehnte Anpassung der HOAI

Nach langem Warten kommt sie – die aufgrund des Urteils des EuGH vom 4. Juli 2019 dringend notwendig gewordene Anpassung der Honorarordnung für Architekten und Ingenieure (HOAI).

Ausgangspunkt der Neuregelung ist die Änderung der Rechtsgrundlage für den Erlass der HOAI, in der in der Vergangenheit die Ermächtigung der Bundesregierung u.a. zur Festlegung von Mindest- und Höchstsätzen vorgesehen war, nämlich eine Neufassung der §§ 1 ff des Gesetzes zur Regelung von Ingenieur- und Architektenleistungen (ArchLG). Weitere Änderungen betreffen den Verweis auf die Gebühren- und Honorarordnungen in § 76 Abs. 1 S. 2 VgV. Bislang sah die VgV noch vor, dass der Preis bei Vorliegen einer gesetzlichen Gebühren- oder Honorarordnung nur in dem dort vorgeschriebenen Rahmen zu berücksichtigen war, und enthielt damit einen Verweis auf die zwingenden preisrechtlichen Regelungen in der HOAI. Künftig bleiben Gebühren- oder Honorarordnungen, die auf die zu erbringende Leistung anwendbar sind, gem. § 76 Abs. 1 S. 2 VgV lediglich unberührt, was insbesondere eine Honorarorientierung ermöglichen soll, aber keinen preisrechtlichen Rahmen mehr vorgibt. Diesen (und weiteren) Änderungen hat der Bundestag am 8. Oktober 2020 zugestimmt. Sobald sie in Kraft getreten sind, ist der Weg frei für die Anpassung der HOAI selbst, für die bereits am 16. September 2020 ein Regierungsentwurf vorgelegt wurde. Diese wird vor allem die europarechtlich notwendigen Änderungen beinhalten, insbesondere die Neufassung der Honorarregelungen. Andere anstehende Änderungen (wie etwa die Überprüfung der Honorarwerte selbst oder deren Dynamisierung) lassen hingegen weiter auf sich warten.

Kern der Neufassung ist der Ersatz der zwingenden preisrechtlichen Regelungen zur Höhe des Honorars durch den Grundsatz, dass das Honorar frei zwischen den Parteien vereinbart werden kann. Nur wenn keine Honorarvereinbarung getroffen wurde, gilt eine gesetzliche Fiktion dahingehend, dass der neu eingeführte sog. **Basishonorarsatz** vereinbart wurde (§ 7 Abs. 1 S. 2 HOAI-E), der letztlich dem früheren Mindestsatz entspricht. Dieser Begriff sollte unbedingt vermieden werden, daher die neue Bezeichnung für Altbekanntes. Die Honorartafeln werden weiterhin existieren, sollen aber künftig nur noch als Orientierungswerte dienen (§ 4 Abs. 1 S. 1 HOAI-E) und werden Honorarspannen vom Basishonorarsatz bis zum **oberen Honorarsatz** (früher Höchstsatz) ausweisen. Die bisherigen Berechnungsregeln werden beibehalten. Letztlich wird die HOAI künftig **unverbindliche Honorarempfehlungen** für die freie Vereinbarung des Honorars enthalten, was vermutlich in der Praxis dazu führen wird, dass sich viele weiterhin an diesen Werten orientieren werden.

Die Neuregelung, die planmäßig schon ab 1. Januar 2021 gelten soll, bringt voraussichtlich keine wesentlichen Änderungen in vergaberechtlicher Hinsicht:

Ein Ausschluss vom Vergabeverfahren wegen Unterschreitung zwingender Vorgaben ist auch künftig nicht ohne Aufklärungsmaßnahmen möglich. Schon unter Geltung der Mindestsätze war bei deren Unterschreitung vergaberechtlich kein automatischer Ausschluss vorgesehen. Es bleibt vielmehr dabei, dass der Auftraggeber bei Verdacht auf Vorliegen eines unauskömmlichen Angebots zunächst den Bieter befragen und dessen Kalkulation aufklären muss. Bei Erreichen der sog. Aufgreifschwelle – nach der Rechtsprechung liegt diese im Regelfall, wenngleich abhängig von der Marktsituation, bei 20 Prozent Abstand zwischen den Gesamtpreisen des günstigsten und des nächstgünstigsten Angebots – besteht eine Verpflichtung der Auftraggeber zur Aufklärung; im Einzelfall kann die Aufgreifschwelle nach Landesrecht sogar niedriger liegen (z. B. in Sachsen bei 10 Prozent, vgl. § 5 Abs. 2 S. 2 Sächsisches Vergabegesetz). Zu beachten sind bei derartigen Preisaufklärungen immer die Grenzen zu – je nach Verfahrensart und -stadium – unzulässigen Preisverhandlungen. Nach Aufklärung hat der Auftraggeber dann über die weitere Berücksichtigung des Angebots zu entscheiden, wobei er den Zuschlag sogar auf ein Angebot ohne jede Gewinnmarge für den Bieter erteilen darf, solange die Prognose gerechtfertigt ist, dass der Anbieter auch zu diesem Preis zuverlässig und vertragsgerecht leisten können (vgl. so schon OLG München, Beschluss vom 21. Mai 2010 – Verg 2/10).

Aufgrund des Fortfalls der zwingenden preisrechtlichen Vorgaben dürfte der Preiswettbewerb bei der Vergabe von Planungsleistungen wieder an Bedeutung gewinnen, auch wenn die VgV nach wie vor den Leistungswettbewerb betont. Letztlich bleibt eine Zuschlagsentscheidung sowohl anhand preislicher Aspekte als auch unter Berücksichtigung qualitativer Kriterien gerade auch bei Architekten- und Ingenieurleistungen auch in Zukunft ratsam und führt bei richtiger Handhabung zu sehr befriedigenden Ergebnissen. Qualitätskriterien können etwa in Bezug auf die persönliche Qualifikation der Projektverantwortlichen oder auch mit Blick auf die konzeptionelle Herangehensweise an das Vorhaben (z. B. bei Umbauprojekten im Bestand oder anderen besonderen Herausforderungen im Projektablauf) aufgestellt werden.

Abschließend sei darauf hingewiesen, dass der Gesetzgeber darauf verzichtet hat, eine Regelung für die seit dem Urteil des EuGH bis zum Inkrafttreten der neuen HOAI abgeschlossenen Verträge sowie für Altverträge zu treffen. Insoweit bleibt die Unsicherheit in Bezug auf die Folgen des EuGH-Urteils aus 2019, etwa bei Aufstockungsklagen, weiterhin bestehen. Mit einer Entscheidung des BGH hierzu ist angesichts der erneuten Anrufung des EuGH erst im Mai diesen Jahres frühestens nächstes Jahr zu rechnen.



Katrin Lüdtko

Rechtsanwältin | Fachanwältin für Verwaltungsrecht
BEITEN BURKHARDT
Rechtsanwalts-gesellschaft mbH
E-Mail: Katrin.Luedtke@bblaw.com

NEWSTICKER

+++ Nachprüfung in Zahlen – die statistischen Meldungen für das Jahr 2019 +++

Die Statistik für den Berichtszeitraum 2019 zeigt einen leichten Anstieg der Verfahren (von 745 auf 799 bundesweit). Auffällig ist der nach wie vor große Anteil an Verfahren, in welchen die Entscheidungsfrist verlängert wurde; dieser liegt bei über 55 Prozent. Besonders häufig ist dies bei der Vergabekammer Südbayern der Fall, die bei 54 Eingängen und 58 Erledigungen 69-mal die Frist verlängert hat. Nach wie vor äußerst selten ist die Nichtzustellung von Nachprüfungsanträgen (unter 5 Prozent). Die Erfolgsaussichten sofortiger Beschwerden, die in etwa rund 20 Prozent der Fälle erhoben werden, sind niedrig mit fallender Tendenz; nur wiederum ca. 20 Prozent der eingelegten Beschwerden sind tatsächlich erfolgreich. Wie auch in der Vergangenheit haben Anträge auf Gestattung der vorzeitigen Zuschlagserteilung sehr selten Erfolg; von 15 Anträgen wurde in 2019 nur (oder immerhin) 5 Anträgen stattgegeben.

+++ VK Rheinland gibt Hinweise zu Rahmenvereinbarungen +++

In dem der Entscheidung der Vergabekammer Rheinland, Beschluss vom 23. Juni 2020 – VK 15/20 – K, zugrunde liegenden Verfahren wurde der Nachprüfungsantrag zurückgenommen, sodass die Vergabekammer nur noch im Rahmen der für die

Kostenentscheidung anzustellenden summarischen Prüfung die materiell-rechtlichen Fragen geprüft hat. Dennoch lassen sich praxiswichtige Hinweise der Vergabekammer festhalten.

In der Sache ging es um eine Beschaffung von Flächendesinfektionsmitteln mittels einer zentralen Beschaffungsstelle, § 120 Abs. 4 GWB. Hier stellte die Vergabekammer klar, dass eine solche Stelle auch wesentlicher Entscheidungsträger sein muss, um selbständig und weisungsfrei zu handeln und um somit die ihr zugedachte Funktion im Vergabeverfahren übernehmen zu können.

Die ausgeschriebene Rahmenvereinbarung sah für den Auftragnehmer die Pflicht vor, die Leistung bereitzustellen. Der Auftraggeber sollte sie jedoch nicht abrufen müssen. Dies ist im Rahmen der Vertragsfreiheit nach Ansicht der Vergabekammer zulässig. Die Vergabekammer bestätigte damit die weit verbreitete Praxis der einseitig verpflichtenden Rahmenvereinbarung als vergaberechtskonform.

Die Vergabekammer stellte darüber hinaus fest, dass eine Ausschreibung und Bezuschlagung einer Rahmenvereinbarung erst dann unzulässig sei, wenn kein tatsächlicher Bedarf bestehe und der Auftraggeber damit vergabefremde Zwecke wie Marktforschung verfolge. Die doppelte Unsicherheit einer Abnahme durch die Kombination aus der Nutzung einer zentralen Vergabestelle und der fehlenden Abnahmeverpflichtung sei hingegen vom Bieter hinzunehmen.

Schließlich beschäftigte sich die Kammer noch mit dem Verbot der Doppelvergabe nach § 21 Abs. 1 S. 3 VgV, dessen Reichweite umstritten ist. Eine gesonderte Einzelvergabe ist nach der Rechtsauffassung der Vergabekammer trotz der Rahmenvereinbarung weiter möglich. Die Vorschrift untersage nur den Abschluss weiterer Rahmenvereinbarungen, sofern eine solche bereits abgeschlossen wurde.

+++ VK Berlin entscheidet zu Interessenskonflikten eines Mitarbeiters eines Beschaffungsdienstleisters +++

Die Vergabekammer stellte fest, dass ein Interessenskonflikt eines Mitarbeiters eines Beschaffungsdienstleisters, hier eines Bauberatungsbüros, im Sinn des § 6 Abs. 2 VgV auch vorliegen kann, wenn dieser Mitarbeiter zwar keine Verbindung zu einem bestimmten Bieter, jedoch ein Interesse daran hat, dass nur Bieter den Zuschlag erhalten können, die ein bestimmtes Produkt verwenden. Das Beratungsbüro hatte dem Auftraggeber für ein bestimmtes Abdichtungssystem eine Technologie empfohlen, die den Wettbewerb stark auf das Produkt eines Unternehmens verengte, zu dem arbeitsrechtliche Verbindungen des Beratungsbüros bestanden. Ein Mitarbeiter war zugleich Prokurist des Unternehmens, das das Leitfabrikat herstellt.

Aus Sicht der Vergabekammer war hier die Unparteilichkeit und Unabhängigkeit des Beschaffungsdienstleisters nicht gegeben. Dieser Umstand verletze die Antragstellerin zumindest in ihrem Recht auf ein diskriminierungsfreies Verfahren aus § 97 Abs. 2 GWB in der Ausprägung durch § 6 VgV. Zudem sei es unerheblich, ob die Unparteilichkeit und Unabhängigkeit des beteiligten Mitarbeiters im Vergabeverfahren tatsächlich beeinträchtigt war, da der Tatbestand auf die hier nicht von der Hand zu weisende bloße Möglichkeit der Beeinträchtigung abstellt. Ob der Auftraggeber von diesem Umstand überhaupt Kenntnis hatte, sei irrelevant.

Die Vergabekammer legt also strenge Maßstäbe an, die Auftraggeber, die sich der Unterstützung durch Beschaffungsdienstleister bedienen, beachten sollten. Einseitige Leistungsbeschreibungen und bestimmte Produktvorgaben sollten kritisch geprüft werden.

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 2020.

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

Lützowplatz 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