



Neues zum Vergaberecht 01/2019



Liebe Leserinnen und Leser,

vorliegend finden Sie unseren neuen Newsletter zum Vergaberecht. Durch unsere große Anzahl von Mandanten, die speziell in vergaberechtlicher Hinsicht von uns beraten und unterstützt werden, wollen wir in Ergänzung zu unseren Newslettern zum **Bau- und Immobilienrecht** auch spezifisch zum Vergaberecht informieren. Zugleich unterstreichen wir damit unsere marktführende Position im Vergaberecht. Rund 30 im Vergaberecht erfahrene Rechtsanwälte und Rechtsanwältinnen unseres Hauses werden in Zukunft regelmäßig aktuelle Beiträge beisteuern.

Wir haben uns bemüht, eine für die Beratungspraxis relevante Auswahl an Entscheidungen zu treffen, die gerade bezüglich der konkreten Auswirkungen im Vergabeverfahren relevant sind. Das Ganze wird abgerundet durch Hinweise zu neuen Vorschriften, Gesetzgebungsverfahren und gegebenenfalls einen Blick in die Nachbarländer auf künftige Entwicklungen.

Über Anregungen und Rückfragen freuen wir uns. Schreiben Sie uns unter: vergaberecht@leinemann-partner.de. Die Redaktion des Newsletters hat Herr Rechtsanwalt **Jonas Deppenkemper** aus unserem Büro in Frankfurt am Main übernommen

Ich wünsche Ihnen viel Freude bei der Lektüre dieser ersten Ausgabe.

Ihr

Prof. Dr. Ralf Leinemann

Themen

Timo May, Berlin

Der Auftraggeber ist nicht grundsätzlich verpflichtet, bereits mit Auftragsbekanntmachung den Vertragsentwurf bereit zu stellen.

Dr. Oliver Homann, Köln

Öffentlicher Auftraggeber durch mehr als 50% staatliche Subventionierung

Dr. Martin Büdenbender, Köln

„Outsourcing“ der Angebotsöffnung grundsätzlich zulässig!

Malte Offermann, Köln

Zulässigkeit der Abgabe mehrerer Hauptangebote

Timm Freiheit, Frankfurt am Main

Qualifiziertes Personal muss erst zu Arbeitsbeginn vorhanden sein



Timo May, Berlin

Der Auftraggeber ist nicht grundsätzlich verpflichtet, bereits mit Auftragsbekanntmachung den Vertragsentwurf bereit zu stellen.

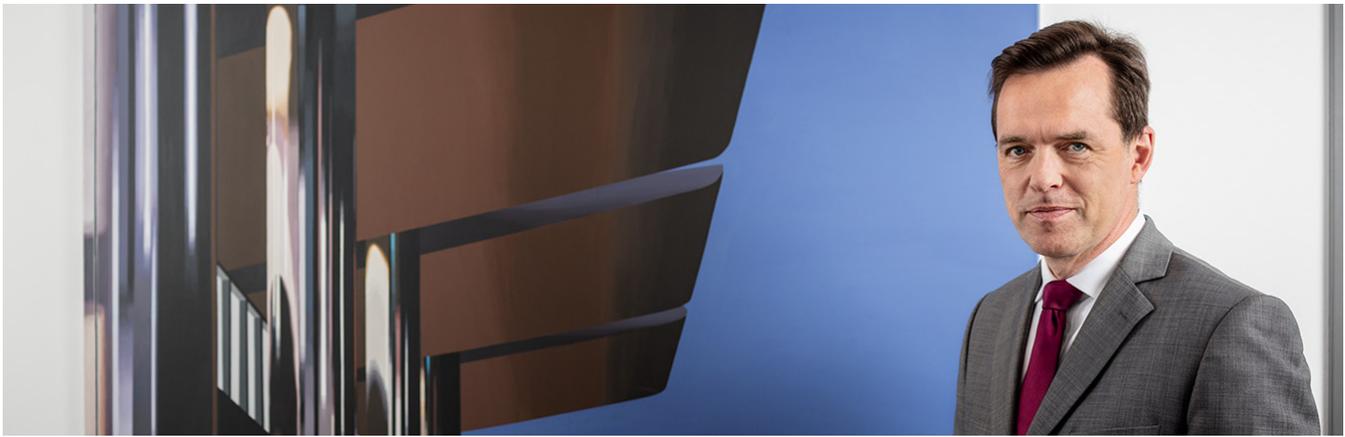
OLG Düsseldorf, Beschluss v. 17.10.2018-Verg 26/18

Die Vergabestelle (VSt) veröffentlicht Ende 2017 europaweit die Bekanntmachung zur Durchführung eines nicht offenen Verfahrens mit Teilnahmewettbewerb zur Vergabe von Reinigungsdienstleistungen. In der Auftragsbekanntmachung stellt die VSt einen uneingeschränkten, vollständigen, direkten und gebührenfreien Zugang zu den Auftragsunterlagen bereit und erklärt, dass die vollständigen Vergabeunterlagen nur den im Teilnahmewettbewerb ausgewählten Bietern zur Verfügung gestellt werden würden. Daher stellte die VSt zunächst nur ein Bewerberschreiben und einen Vordruck für einen Teilnahmeantragsbogen bereit. Dagegen wendet sich die Antragstellerin (ASt). Diese ist der Ansicht, dass die VSt die vollständigen Vergabeunterlagen zur Verfügung stellen muss. Die VSt half der diesbezüglichen Rüge nur insoweit ab, als dass sie nunmehr auch die Leistungsbeschreibung sowie Bewerbungsbedingungen zum Download bereitstellte, nicht aber den Vertragsentwurf. Dagegen wendet sich die ASt nach erfolgloser Rüge mit einem Nachprüfungsantrag, der ebenso erfolglos blieb. Mit der sofortigen Beschwerde verfolgt die ASt ihr Rechtsschutzziel weiter. Sie ist der Ansicht, dass die Leistungsbeschreibung nur im Zusammenhang mit dem Vertrag zutreffend eingeordnet werden könne, was kalkulationsrelevant sei und dass die Vertragsbedingungen für die Frage, ob sie sich als Einzelbewerber oder Bewerbergemeinschaft bewerbe, bedeutsam wären.

Jedoch ohne Erfolg! Nach Ansicht des OLG Düsseldorf liegt darin kein Verstoß gegen § 41 Abs. 1 VgV i.V.m. § 29 VgV. Zwar hat der öff. Auftraggeber gem. § 41 VgV in der Auftragsbekanntmachung eine elektronische Adresse anzugeben, unter der die Vergabeunterlagen unentgeltlich, uneingeschränkt, vollständig und direkt abgerufen werden können. Nach der Ansicht des OLG regelt diese Verpflichtung jedoch nur die Art und Weise der Bereitstellung der Vergabeunterlagen, nicht aber auch deren Umfang. Das OLG begründet seine Entscheidung u.a. mit dem Wortlaut der Norm: Das Adjektiv „vollständig“ beziehe sich nicht auf den Umfang der Vergabeunterlagen, sondern darauf in welchem Umfang der Abruf möglich sein muss. Was zu den Vergabeunterlagen gehört, regelt nicht § 41 VgV sondern § 29 VgV. Gem. § 29 Abs. 1 S. 1 VgV umfassen die Vergabeunterlagen alle Angaben, die erforderlich sind, um dem Bewerber oder Bieter eine Teilnahme an dem Vergabeverfahren zu ermöglichen. Nach Ansicht des OLG gehört hierzu nicht zwingend der Vertrag. Dieser ist zwar in § 29 Abs. 1 S. 2 VgV erwähnt, gehört jedoch – so der Wortlaut – nur „in der Regel“ zu den Vergabeunterlagen. Welche Angaben zu den Vergabeunterlagen gehören, bestimmt sich allein danach, welche Angaben „erforderlich“ sind. Dies hängt nach Sicht des OLG auch vom Verfahrensstand ab und ist im Einzelfall zu entscheiden. Geht es wie vorliegend um die Abgabe

eines Teilnahmeantrags im Rahmen des Teilnahmewettbewerbs spielt die Kalkulation zunächst noch keine Rolle. Erforderlich aber auch ausreichend sind daher Angaben, die dem Unternehmen die Entscheidung ermöglichen, ob die ausgeschriebene Leistung nach Art und Umfang in sein Produktportfolio fallen und es aus unternehmerischer Sicht sinnvoll ist, in den Teilnahmewettbewerb einzutreten. Nach Ansicht des OLG standen der ASt für eine solche Entscheidung auch ohne den Vertrag ausreichend Informationen zur Verfügung.

Die Entscheidung ist mit Vorsicht zu genießen. Der Wortlaut von § 41 VgV ließe sich ebenso gut in die andere Richtung deuten, nämlich dass die Vergabeunterlagen im Hinblick auf den Umfang vollständig zur Verfügung zu stellen sind. Schließlich greift es auch zu kurz zwischen Teilnahme- und Angebotsphase zu unterscheiden, da sich das Unternehmen im Rahmen des Teilnahmewettbewerbs schließlich für die spätere Angebotsabgabe bewirbt.



Dr. Oliver Homann, Köln

Öffentlicher Auftraggeber durch mehr als 50% staatliche Subventionierung

Für die Beantwortung der Frage, ob eine Baumaßnahme zu mehr als 50% aus öffentlichen Mitteln subventioniert und der jeweilige Auftraggeber damit gemäß § 98 Nr. 4 GWB zum öffentlichen Auftraggeber wird, kommt es nicht auf eine umfassende Betrachtung des Gesamtvorhabens an, sondern nur auf die vom jeweiligen Einzellos umfassten Positionen. Dies hat die 1. Vergabekammer des Bundes in ihrem Beschluss vom 16.11.2018 ([VK 1-99/18](#)) festgestellt.

Eine Handwerkskammer (Ag) wollte ein neues Zentrum für Bildung und Konferenzen erbauen lassen. Während der Gebäudeteil für das Bildungszentrum mit öffentlichen Mitteln gefördert wurde, sollte der Konferenz- und Fremdvermietungsbereich aus eigenen Mitteln realisiert werden. Für diesen Teil schrieb die Ag die Beschaffung von Veranstaltungstechnik im offenen Verfahren europaweit aus. Ein Bieter (ASt) leitete, nachdem ihm die Ag im Wege der Vorabinformation mitgeteilt hatte, dass sein Angebot keinen Erfolg haben werde, aus verschiedenen Gründen ein Nachprüfungsverfahren ein.

Die Vergabekammer stellte fest, dass die Ag grundsätzlich kein öffentlicher Auftraggeber nach § 99 Nr. 1 – 3 GWB ist. Allerdings kann die Ag für das hier in Rede stehende Beschaffungsvorhaben öffentlicher Auftraggeber sein, wenn der Auftrag Teil eines Bauprojekts ist, welches zu mehr als 50 Prozent von staatlichen Stellen subventioniert wird. In diesem Falle wäre die Ag nach § 99 Nr. 4 GWB projektbezogen öffentlicher Auftraggeber und müsste daher für diese Baumaßnahme Vergaberecht beachten. Fraglich ist jedoch, ob sich die Stellung als öffentlicher Auftraggeber auf das Gesamtbauvorhaben bezieht, oder nur auf die tatsächlich subventionierten Lose. Hier war allein ein Gebäudeteil mit öffentlichen Mitteln gefördert worden, während der andere Teil aus Eigenmitteln finanziert wurde. Für diesen zweiten Teil, den Konferenzbereich, war auch die Veranstaltungstechnik bestimmt, deren Beschaffung Gegenstand des Vergabeverfahrens war.

Hierzu stellte die Vergabekammer fest, dass es nicht auf eine umfassende Betrachtung des Gesamtvorhabens (hier: Neubau eines Bildungs- und Konferenzentrums) bzw. aller Einzellose, sondern nur auf die vom jeweiligen Einzellos umfassten Positionen ankomme. Zwar sei es Zweck des § 99 Nr. 4 GWB, die Verwendung öffentlicher Gelder nicht nur dann an die Vorgaben des Vergaberechts zu binden, wenn die Gebietskörperschaften und sonstigen öffentlichen Auftraggeber i.S.d. § 99 Nr. 1-3 GWB unmittelbar selbst Auftraggeber sind, sondern auch dann, wenn sie die ihnen zur Verfügung stehenden Geldmittel über Subventionen an Dritte weiterleiten und so nur noch indirekt an der Ausschreibung beteiligt sind. Dies gelte allerdings ausdrücklich erst ab einer Schwelle von über 50 %. Würde bei einer losweisen Beschaffung von subventionierten und nicht subventionierten Teilleistungen auf eine Gesamtbetrachtung abgestellt, könnte dies dazu führen,

dass auch Einzelaufträge, die zu 100 % aus Eigenmitteln der ausschreibenden Stelle bezahlt werden, dem Vergaberecht unterstellt würden, "nur" weil der AG für andere Vorhaben, die er im zeitlichen und räumlichen Zusammenhang ausführen lässt, öffentliche Fördermittel erhält. Sofern sich also, wie im vorliegenden Fall, aus den Förderbescheiden ergibt, dass bestimmte Teile eines Gesamtvorhabens von der Förderung ausgeschlossen sind, diese also vollständig aus Eigenmitteln des Auftraggebers bezahlt werden, entfällt mangels (jedenfalls indirekter) Beteiligung eines öffentlichen Auftraggebers i.S.d. Nr. 1 - 3 des § 99 GWB an diesen Teilaufträgen auch der Grund, die Ausschreibung eines privaten Auftraggebers dem Reglement des Vergaberechts zu unterwerfen.

Die differenzierte Sicht der Vergabekammer überzeugt. Ein Auftraggeber, dessen Bauvorhaben teilweise mit öffentlichen Mitteln gefördert wird, sollte daher sicherstellen, dass im betreffenden Zuwendungsbescheid deutlich erkennbar wird, für welche Teile der Baumaßnahme Zuwendungen bereitgestellt werden. Allein für diese Teile hat der Auftraggeber dann das Vergaberecht anzuwenden.



Dr. Martin Büdenbender, Köln

„Outsourcing“ der Angebotsöffnung grundsätzlich zulässig!

Die Angebotsöffnung kann von externen Vertretern des Auftraggebers durchgeführt werden. Die Zurückversetzung des Vergabeverfahrens ist nach Ansicht der VK Lüneburg (**Beschluss vom 08.05.2018, VgK-10/2018**) nur dann geboten, wenn die konkrete Möglichkeit einer Zusammenarbeit zwischen Externen und Bieter besteht.

Die Antragsgegnerin, ein Krankenhaus, schrieb die Lieferung und Montage eines Magnetresonanztomographen europaweit im offenen Verfahren nach der VgV aus. Die Angebotsöffnung wurde von zwei Mitarbeitern des beauftragten Ingenieurbüros vorgenommen, die auch die Angebotswertung vorbereitet und in einem Bericht dokumentiert haben. Sie schlugen vor, der Beigeladenen den Auftrag zu erteilen. Die Antragsgegnerin schloss sich der Vergabeempfehlung an und informierte die Antragstellerin über die vorgesehene Erteilung des Zuschlags. Diese rügte, dass nach ihrer Marktkenntnis die Beigeladene die Anforderungen der Ausschreibung nicht erfüllen könne. Nach Zurückweisung der Rüge stellte sie einen Nachprüfungsantrag. Nachdem sie Einsicht in die Vergabeakte genommen hat, machte die Antragstellerin zudem geltend, dass ausweislich der Niederschrift über die Angebotsöffnung kein Vertreter der Antragsgegnerin an dieser beteiligt war, sondern nur zwei externe Mitarbeiter des Ingenieurbüros.

Ohne Erfolg! Die Vergabekammer stellte zunächst fest, dass die Antragsgegnerin nicht gemäß § 121 GWB verpflichtet war, das Angebot der Beigeladenen auszuschließen. Das von der Beigeladenen angebotene Produkt erfülle die Anforderungen, die im Leistungsverzeichnis gestellt waren. Dabei hat die Kammer, wie sie ausdrücklich bekundet, von der Erhebung eines Sachverständigengutachtens abgesehen und nach ihrer „Wahrnehmung und dem technisch unvollkommenen Wissen“ entschieden. Das als Eilverfahren ausgestaltete Nachprüfungsverfahren sei nicht geeignet, innovative Leistungskonzepte sachverständig untersuchen zu lassen.

Zudem verstieß die Angebotsöffnung durch die beiden Mitarbeiter des Ingenieurbüros nicht gegen die bieterschützende Norm des § 55 Abs. 2 VgV. Dort sei nur von „Vertretern“ die Rede, ohne dass diese näher definiert würden. Es werde nicht festgelegt, ob es sich um beauftragte Vertreter - wie hier - oder um bedienstete Vertreter, also Mitarbeiter des Auftraggebers, handeln müsse. Entgegen der zum Teil in der Rechtsprechung vertretenen Ansicht, die in § 55 Abs. 2 VgV ein abstraktes Gefährdungsdelikt sehe, sei die Regelung als konkretes Gefährdungsdelikt zu interpretieren. Es komme im Rahmen des § 55 Abs. 2 VgV nur darauf an, ob die konkrete Möglichkeit besteht, dass einer der Vertreter des öffentlichen Auftraggebers mit einem der Anbieter in wettbewerbsschädlicher Weise zusammengearbeitet haben könnte (vgl. VK Niedersachsen, Beschluss vom 18.11.2015, VgK 42/2015). Für diese konkrete Gefahr sieht die Vergabekammer aufgrund des vorliegenden

Sachverhaltes keine hinreichenden Anhaltspunkte.

Die Entscheidung widerspricht zu Recht dem Beschluss der VK Südbayern vom 02.01.2018 (Z33-3194-1-47-08-117). Diese vertrat noch die Ansicht, dass die Angebotsöffnung nicht auf Externe übertragen werden dürfe, weil es sich um eine ureigenste Aufgabe des Auftraggebers handele. Das ist zweifelhaft, weil bei Externen nicht von vornherein eine höhere Manipulationsgefahr besteht als bei Mitarbeitern des Auftraggebers.



Malte Offermann, Köln

Zulässigkeit der Abgabe mehrerer Hauptangebote

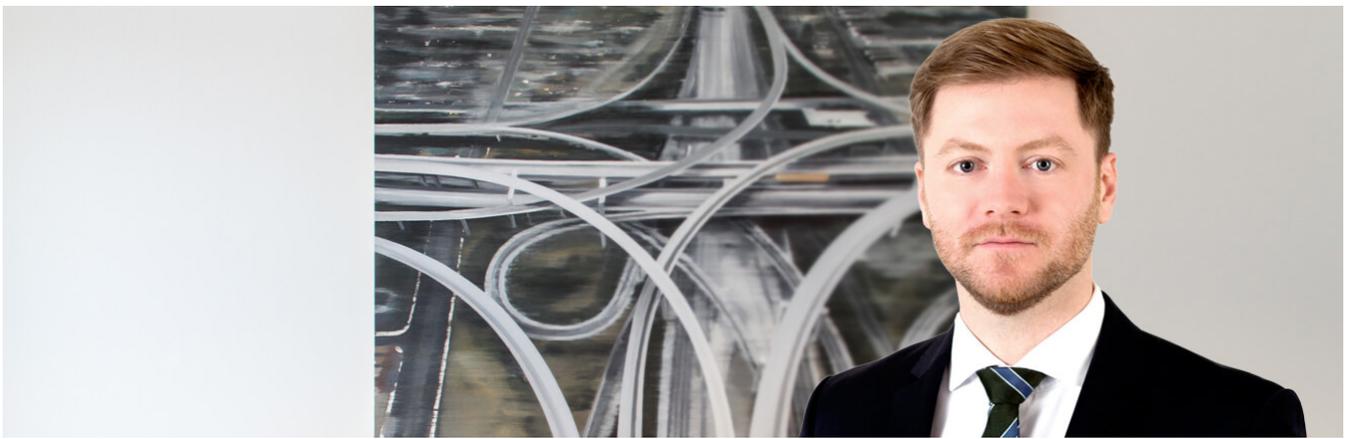
Einem Auftraggeber ist es nach Ansicht der VK Sachsen (**Beschluss vom 24.01.2018, 1/SVK/034-17**) untersagt, das Angebot eines Bieters von einem Hauptangebot in ein Nebenangebot oder in umgekehrter Weise umzudeuten. Die Abgabe von zwei Hauptangeboten ist zulässig, wenn diese sich in technischer Hinsicht und nicht nur im Preis unterscheiden.

Der Auftraggeber, ein gerontopsychiatrisches Zentrum, schrieb die Lieferung von Möbeln europaweit aus. Im Leistungsverzeichnis wurde u.a. darauf hingewiesen, dass die abgefragten Angaben unbedingt lückenlos auszufüllen seien. Sofern einem Bieter die angegebenen qualitativen und quantitativen Merkmale zur Funktionsfähigkeit seiner Produkte als nicht ausreichend erscheinen und/oder er zusätzliche Leistungen für eine ordnungsgemäße Funktion für erforderlich hält, habe er dies bei Angebotsabgabe anzugeben und ausdrücklich auszuweisen. Nebenangebote wurden nicht zugelassen. Der spätere Antragsteller gab fristgerecht zwei eigenständige Angebote ab, die sich in technischer Hinsicht unterschieden. Nach den Erläuterungen des Antragstellers erfüllten beide technische Varianten die vom Auftraggeber vorgegebenen Bedingungen der Ausschreibung und seien uneingeschränkt für den Krankenhausbetrieb geeignet. Der Auftraggeber schloss die Angebote unter Hinweis auf § 16 Abs. 3 VOL/A mit der Begründung aus, dass es sich um unzulässige Nebenangebote handle. Die vom Antragsteller angebotenen Artikel würden zu sehr von den Vorgaben des Leistungsverzeichnisses abweichen und seien nicht geeignet. Nach mehreren erfolglosen Rügen leitete der Antragsteller ein Nachprüfungsverfahren bei der Vergabekammer ein.

Der Nachprüfungsantrag hat Erfolg. Die Vergabekammer stellte mehrere Fehler des Vergabeverfahrens fest und hob die Ausschreibung auf. Sie führte unter Hinweis auf die Rechtsprechung des BGH (BGH, Beschluss vom 29.11.2016, I ZR 122/14) aus, dass die Abgabe von zwei Hauptangeboten grundsätzlich zulässig sei, wenn sich diese in technischer Hinsicht und nicht nur im Preis unterscheiden. Ein Hauptangebot liege dann vor, wenn ein Bieter ein erkennbar gleichwertiges Produkt anbieten will, wenn er also im Angebot die Gleichwertigkeit des angebotenen mit dem ausgeschriebenen Leitfabrikat behauptet. Von einem Nebenangebot könne nur dann ausgegangen werden, wenn Gegenstand des Angebots ein von der geforderten Leistung abweichender Bietervorschlag ist. Finde sich an keiner Stelle des Angebots ein Hinweis des Bieters, dass er ein Nebenangebot abgeben wolle, ist die Umdeutung eines Haupt- in ein Nebenangebot unzulässig. Die Vergabekammer ordnete die Aufhebung der Ausschreibung an, da der Auftraggeber in der Vergabebekanntmachung keine Eignungsnachweise benannt und das Leistungsverzeichnis unklar und nicht eindeutig war.

Es ist mittlerweile höchstrichterlich geklärt, dass ein Bieter mehrere Hauptangebote abgeben kann,

wenn sich diese in technischer Hinsicht und nicht nur im Preis unterscheiden. Hiervon zu trennen ist die Frage, ob beide Hauptangebote tatsächlich die Vorgaben der vom Auftraggeber erstellten Leistungsbeschreibung erfüllen und nicht gemäß § 57 Abs. 1 Nr. 4 VgV wegen Änderungen an den Vergabeunterlagen ausgeschlossen werden müssen. Diese Frage kann jedoch nur dann beantwortet werden, wenn der Auftraggeber durch eine klare und eindeutige Leistungsbeschreibung eine ausreichend transparente Entscheidungsgrundlage erstellt hat. Hieran fehlte es im vorliegenden Fall.



Timm Freiheit, Frankfurt am Main

Qualifiziertes Personal muss erst zu Arbeitsbeginn vorhanden sein

VK Bund, Beschlüsse vom 27.08.2018, Az. [VK2 - 72/18](#) und [VK2-74/18](#)

Die VK Bund stellt klar, dass ein Bieter den Nachweis ausreichenden Personals auch durch Verpflichtungserklärungen potentieller künftiger Mitarbeiter erbringen kann. Denn wenn ein öffentlicher Auftraggeber ausreichend qualifiziertes Personal zur „Bedingung für die Auftragsausführung“ macht, muss dieses Personal nicht bereits im Zeitpunkt der Angebotsabgabe, sondern erst zu Beginn der Arbeiten vorhanden sein.

Der Sachverhalt

Die Auftraggeberin schrieb EU-weit „Unter-Wasser“-Instandsetzungsarbeiten von Stahlträgerpfählen einer Mole in offenem Verfahren aus. Die Leistungen umfassten mit einem Anteil von rund 50 % auch Unterwasserschweißarbeiten, die hochspezialisierte Schweißtaucher erfordern. Einziges Zuschlagskriterium war der Preis. Die Auftraggeberin gab für die Ausführung zwingend einzuhaltende Fertigstellungstermine vor. Darüber hinaus bestimmte sie in der Leistungsbeschreibung:

"Die Schweißarbeiten dürfen nur von Personen durchgeführt werden, die über eine gültige, personengebundene Qualifikation für Unterwasserschweißarbeiten [...] verfügen. Die entsprechenden Qualifikationen aller bei der Baumaßnahme eingesetzten Taucher, die Schweißarbeiten unter Wasser ausführen, sind der Vergabestelle auf Verlangen in gültiger Fassung vorzulegen. [...] Die mit den Instandsetzungsarbeiten beauftragte Firma hat [...] vor Beginn der Arbeiten die Personalien ihrer mit der Ausführung betrauten Arbeitnehmer zu benennen und die Nachweise zur Qualifikation der eingesetzten Taucher dem Auftraggeberin zur Verfügung zu stellen. [...]"

In der Auftragsbekanntmachung definierte die Auftraggeberin außerdem folgende „Bedingung für die Ausführung des Auftrags“:

„Befähigungsnachweise des eingesetzten Personals: gem. Vergabeunterlagen.“

Nachdem die Auftraggeberin Referenzen und Befähigungsnachweise abgefordert und den unterlegenen Bietern die Absicht mitgeteilt hatte, den Zuschlag zu erteilen, untersagte die Kammer bereits in einem anderen Nachprüfungsverfahren (VK 2 44/18) die Erteilung des Zuschlags und forderte sie zur erneuten Eignungsprüfung auf. Die Auftraggeberin habe u.a. die erforderlichen Personalkapazitäten nicht hinreichend an den zwingend einzuhaltenden Einzelfristen geprüft.

Außerdem habe sie auch die noch im Aufklärungsgespräch vom Bieter nachträglich benannten freiberuflichen Taucher bei der Prüfung der Leistungsfähigkeit berücksichtigt, ohne dass diese Teil des insoweit ausdrücklich auf die Ausführung mit Eigenpersonal angelegten Angebots gewesen waren.

In einer erneuten Eignungsprüfung dokumentierte die Auftraggeberin sodann zu dem bestplatzierten Bieter, dass die Arbeiten eines Arbeitsschrittes mit dem im Aufklärungsgespräch angegebenen Personaleinsatz zwar ein paar Wochen länger bräuchten, die eines anderen Arbeitsschrittes hingegen ein paar Wochen weniger, sodass für den Gesamtterminplan im Ergebnis eine ordnungsgemäße und termingerechte Umsetzung zu erwarten sei. In einem zweiten Aufklärungsgespräch ergänzte der bestplatzierte Bieter sein angestelltes bzw. teilweise auch als freiberuflich benanntes Personal mit weiteren Mitarbeitern, zu denen er „Verpflichtungserklärungen“ vorlegte. Diese enthielten Versicherungen, im Auftragsfall zu einer angestellten Tätigkeit bereit zu sein. Zwei Personen erklärten sich wegen abgelaufener Unterwasser-Schweißer-Prüfbescheinigungen zudem zu kurzfristigen Nachprüfungen bereit.

Die Auftraggeberin stellte daraufhin fest, der Bieter sei mit dem benannten Personal hinreichend befähigt und habe ausreichend Personal zur fristgerechten Ausführung der Leistungen. Soweit Taucher erst im zweiten Aufklärungsgespräch benannt worden seien, käme es nicht darauf an, dass deren Befähigungsnachweise nicht fristgerecht vorgelegt worden wären. Diese seien nicht als Eignungsnachweise iSd. § 6a VOB/A-EU gefordert worden. Etwaige Unklarheiten könnten nicht zu Lasten der Bieter gehen. Ein Ausschluss habe nicht zu erfolgen.

Die Antragsteller wendeten sich nun gegen die Bezuschlagung ihres Konkurrenten damit, dieser sei ungeeignet, denn er verfüge nicht über hinreichende personelle Kapazitäten, insbesondere um die Arbeiten beider „Lose“ fristgerecht ausführen zu können. Innerhalb dieser Fristen könnten die hochspezialisierten Arbeiten jedenfalls nicht unter Beachtung der für diese Arbeiten geltenden speziellen Unfallverhütungsvorschriften der Berufsgenossenschaft Bau ausgeführt werden. Diese sehen sowohl zeitliche Restriktionen für den Einsatz unter Wasser als auch bestimmte Vorgaben für die Zahl von Tauchern einer Gruppe vor. Wegen der begrenzten täglichen Einsatzzeiten von Tauchergruppen könnte auch durch Feiertage entfallende Arbeitszeit nicht an anderen Tagen kompensiert werden. Schließlich wäre es auch eine unzulässige Nachverhandlung, die vormals als Nachunternehmer vorgesehenen freiberuflichen Taucher nunmehr „umzuetikettieren“.

Die Entscheidung

Ohne Erfolg! Die VK Bund hielt die Nachprüfungsanträge für unbegründet. Die Auftraggeberin habe die Eignung beurteilungsfehlerfrei bejaht. Zwar wäre es vergabefehlerhaft, einem Bieter den Zuschlag zu erteilen, dessen personelle Kapazitäten für die nachgefragten Arbeiten nicht ausreichen. Ebenso wäre die Bejahung der Eignung unzulässig, wenn erkennbar wäre, dass die Arbeiten mit dem vorhandenen Personal nur unter Nichteinhaltung arbeitsschutzrechtlicher Bestimmungen oder zwingender Bestimmungen zur Unfallverhütung termingerecht ausgeführt werden könnten.

Dies sei hier jedoch nicht der Fall, insbesondere sei die Benennung neu anzustellender Mitarbeiter zulässig. Die Auftraggeberin habe in der Bekanntmachung weder gefordert, dass das Personal bereits mit dem Angebot namentlich zu benennen war noch indirekt bereits vorhandenes Personal vorausgesetzt, indem die Befähigungsnachweise für die einzusetzenden Taucher bereits mit dem Angebot abgefordert worden wären. Vielmehr habe die Auftraggeberin die namentliche Benennung sowie die Angaben zur beruflichen Qualifikation nur als „Bedingung für die Auftragserteilung“

gemacht. Auch wenn es sich beim Vorhandensein qualifizierten Personals um eine Eignungsfrage handele, habe die Auftraggeberin mit der Zuordnung zur Rubrik „Bedingung für die Ausführung des Auftrags“ deutlich gemacht, zu welchem Zeitpunkt das Personal vorhanden sein musste. Dieser Zeitpunkt sei eben nicht schon die Angebotsabgabe gewesen, sondern erst der Beginn der Arbeiten. Die Nachweise und das verantwortliche Fachpersonal seien hier aber zumindest eignungsrelevant iSd. § 122 Abs. 1, 2 GWB, sodass es nicht sachfremd gewesen sei, dass die Auftraggeberin diese Angaben im Rahmen der inhaltlichen (materiellen) Eignungsprüfung angefordert und zur Prüfung herangezogen habe. Im Übrigen müsse die Auftraggeberin bei ihrer Prognose darüber, ob ein Bieter über ausreichendes Fachpersonal verfügen werde, nicht vom worst-case-Szenario ausgehen, in dem alle Taucher ausfallen (vgl. hierzu auch den von der Kammer in Bezug genommenen Beschl. v. 03.08.2019 – VK 2-64/17 unter Ziff. II.2.a) bb) (5) bzw. S. 23 f).

Praxishinweise

Bemerkenswerterweise bezeichnet es die VK Bund ausdrücklich als wettbewerbsoffen und verhältnismäßig, einem Bieter nicht abzuverlangen, bereits zu einem Zeitpunkt über die Ressourcen für die Auftragsausführung verfügen zu müssen, zu dem er nicht weiß, ob er den Auftrag überhaupt erhält. Es könne sogar als ein unzulässiges Wagnis zu Lasten der Bieter iSd. § 7 Abs. 1 Nr. 3 VOB/A-EU angesehen werden, wenn der Bieter gezwungen wäre, Personal bereits fest einzustellen, dass er bei Nichterhalt des Zuschlags möglicherweise nicht anderweitig einsetzen könnte. In diesem Sinne steht die Entscheidung im Einklang mit obergerichtlicher Rechtsprechung (vgl. etwa OLG Düsseldorf, Beschl. v. 04.12.2002 – Verg 45/01; OLG München, Beschl. v. 17.01.2013 – Verg 30/12; KG Berlin, Beschl. v. 18.07.2002 – 2 Kart Verg 4/02 oder auch EuGH, Urt. v. 27.10.2005 – C-234/03, Rn. 43).

In Bezug auf das lediglich über die Verpflichtungserklärungen zur Verfügung stehende Personal ist der Verweis der Kammer auf die Rechtsprechung des OLG Düsseldorf von Interesse. Danach erübrigt sich für die Eignung üblicherweise eine Prognose dazu, ob ein Bieter das geforderte Personal rechtzeitig bereitstellen kann, wenn ausreichend potentielle Mitarbeiter auf dem Arbeitsmarkt vorhanden sind. Steht hingegen nur eine begrenzte Anzahl an geeigneten Arbeitskräften zur Verfügung, muss sogar nachweislich eine ausreichende Anzahl potentieller Mitarbeiter dazu bereit sein, die betreffenden Arbeiten für den Bieter auszuführen (vgl. OLG Düsseldorf, Beschl. v. 04.02.2013 - VII-Verg 52/12, Ziff. II.1.).