



## Neues zum Vergaberecht 01/2021



Liebe Leserinnen und Leser,

vorliegend finden Sie die 1. Ausgabe 2021 unseres Informationsdienstes "Neues zum Vergaberecht".

Die vorliegende Ausgabe behandelt zwei neue, obergerichtliche Entscheidungen zum „Dauerbrenner“ Eignungsanforderungen; konkret die Frage, ob eine „dreijährige Geschäftstätigkeit“ als Mindestanforderung definiert werden kann und wenn ja, wie dies zu erfolgen hat. Hierzu besprechen die Kolleginnen Jurke und Büngeler zwei diese Fragen aus unterschiedlichen Perspektiven beleuchtende Entscheidungen des OLG Dresden (Beschluss vom 05.02.2021 - Verg 4/20) und des OLG Schleswig-Holstein (Beschluss vom 10.12.2020, 54 Verg 4/20).

Mit der Wertung der Angebote, konkret der Gewichtung von Unterkriterien, hatte sich das OLG Celle (Beschluss vom 02.02.2021 – 13 Verg 8/20) zu beschäftigen und bekräftigte in der von Fr. Dr. Leinemann besprochenen Entscheidung erneut, dass die Gewichtungen zwingend bekanntzumachen sind, was jedoch in der Praxis häufig übersehen wird.

Zuletzt erläutert Hr. Prof. Dr. Leinemann die jüngste, vergaberechtliche Entscheidung des BGH (Urteil vom 08.12.2020 - XIII ZR 19/19), die sich mit der in der Praxis sehr relevanten Frage der Durchsetzung des sog. positiven Interesses befasst. Denn hier stellt der BGH neue, kaum überwindbare Hürden auf, die die Erleichterungen der letzten hierzu ergangenen Entscheidung (etwa, dass eine unterlassene Rüge im Grundsatz kein Mitverschulden begründet, vgl. BGH, Urteil vom 17.09.2019 - X ZR 124/18) hinsichtlich der Erfolgsaussichten einer Klage insgesamt, erheblich relativieren.

Wir möchten Sie außerdem auf zwei interessante Online-Seminare aufmerksam machen:

1. **PRAXIS-UPDATE: HOAI 2021, PLANUNGSNACHTRÄGE UND AKTUELLE RECHTSPRECHUNG** am 22.03.2021
2. **DAS (kleine) 1 X 1 DER VOB/B – RECHTLICHES HANDWERKZEUG FÜR DIE TÄGLICHE BAUPRAXIS** am 12.04.2021

Einen Überblick über unser Seminarangebot finden Sie [hier](#).

Über Ihre Anregungen, Rückfragen oder auch Diskussionen über weitere Problemstellungen resultierend aus Ihrer täglichen Praxis freuen wir uns. Schreiben Sie uns

unter: [vergaberecht@leinemann-partner.de](mailto:vergaberecht@leinemann-partner.de).

Mit den besten Grüßen aus Frankfurt und bleiben Sie gesund

Jonas Deppenkemper

## Themen

Dr. Eva-D. Leinemann, LL.M., Notarin in Berlin, Berlin

**Angabe der (Unter-)Kriterien in der absteigenden Reihenfolge ihrer Bedeutung**

Prof. Dr. Ralf Leinemann, Berlin

**BGH höhlt Anspruch übergangener Bieter auf entgangenen Gewinn aus, erleichtert aber den Nachweis der Angebotsbearbeitungskosten**

Sandra Jurke, Berlin

**Die Abfrage nach dem Umsatz ist keine Mindestbedingung an die Geschäftsexistenz**

Marie Luise Büngeler LL.M., Düsseldorf

**Die Mindestanforderung einer dreijährigen Geschäftstätigkeit ist ein zulässiges Eignungskriterium**



Dr. Eva-D. Leinemann, LL.M., Notarin in Berlin, Berlin

## Angabe der (Unter-)Kriterien in der absteigenden Reihenfolge ihrer Bedeutung

**Im Beschluss vom 02.02.2021 (13 Verg 8/20) fordert das OLG Celle, dass Bieter auch bei Unterkriterien erkennen können müssen, welche Gewichtung und Bedeutung diese für die Wertungsentscheidung haben. Zudem wird klargestellt, dass bei einem Vertrag mit 4-jähriger Laufzeit im Regelfall eine Preisgleitklausel nicht verlangt werden kann.**

### Sachverhalt

Die Vergabestelle (VSt) schrieb im August 2020 Postdienstleistungen für eine Laufzeit von 4 Jahren aus. Gegenstand war die Abholung und Beförderung von Briefpostsendungen bis 1000 g Gewicht. Es gab **zwei Wertungskriterien: Preis 50 Punkte** und für ein **Realisierungskonzept ebenfalls 50 Punkte**. Ausweislich der Vergabeunterlagen war das Realisierungskonzept als Qualitätskriterien gemäß § 48 Abs. 2 VgV vorgesehen. Das Realisierungskonzept des Bieters müsse **Erläuterungen zu folgenden Punkten** erhalten: genauer Brieflauf, Ort und Zeitpunkt der Übergabe der Sendungsmengen an Dritte; konkrete Tätigkeiten der verschiedenen beteiligten Unternehmen; nachvollziehbar organisierte Zusammenarbeit innerhalb des Unternehmens des Bieters und gegebenenfalls mit anderen Unternehmen und Nachunternehmern; Erläuterung, wie die Beförderungen der Briefpostsendungen in ländlichen Regionen sichergestellt wird; Darlegung, wie der Datenschutz über die gesamte Leistungspflicht hilfsweise Transportkette sichergestellt wird; Darstellung weiterer besonderer Leistungen bei den nachweispflichtigen Briefen (Einschreiben); Darstellung, wie mit Beschwerden des Auftraggebers umgegangen wird, welche Maßnahmen im Falle von wiederholter Schlechtleistung des Nachunternehmers getroffen werden und ob diese Maßnahmen in letzter Konsequenz die Auflösung des Nachunternehmerverhältnisses begründen können; Beschreibung des Serviceangebots für den Kunden (Auftraggeber); Darstellung, inwieweit bei der konkreten Leistungsausführung in den jeweiligen Prozessschritten Umweltaspekte berücksichtigt werden; Organisation, Qualifikation und Erfahrung des mit der Ausführung des Auftrags beauftragten Personals(.....).

Die **Antragstellerin (ASt) rügte**, dass das **Wertungskriterium des Realisierungskonzepts intransparent** sei. Es sei unklar, welche Beschreibungen für den Fall eines Rückgriffs auf Leistungen der Deutschen Post AG erforderlich seien, wie das Serviceangebot zu beschreiben sei, wie das Unterkriterium der Berücksichtigung von Umweltaspekten auszufüllen sei und wie die einzelnen Unterkriterien zum Kriterium „Realisierungskonzept“ gewichtet würden. Nach Zurückweisung der Rüge stellte die ASt einen Nachprüfungsantrag, dem die Vergabekammer weitgehend stattgab. Dagegen richtet sich die sofortige Beschwerde der VSt.

## Die Entscheidung

Das OLG Celle hält die sofortige Beschwerde der VSt für teilweise begründet, verpflichtet im Beschluss aber die VSt, die Vergabeunterlagen um eine Gewichtung der Unterkriterien zu ergänzen und sodann neue Angebote einzuholen.

Nach § 127 Abs. 5 GWB sind Zuschlagskriterien und deren Gewichtung in der Auftragsbekanntmachung oder in den Vergabeunterlagen aufzuführen. Dies gilt sowohl für Zuschlagskriterien als auch für die Unterkriterien (EuGH, Urt. v. 14.7.2016, C-6/15; OLG Celle, Beschl. v. 7.11.2013, 13 Verg 8/13). Im hiesigen Fall ist **für einen Bieter nicht erkennbar, auf welche Punkte innerhalb des Konzepts die VSt mehr oder weniger Wert legen wird**. Dies kann den Bieter daran hindern, ggf. abzuwägen, ob es für ihn aussichtsreicher ist, sich unter Inkaufnahme von Abzügen bei weniger wichtigen Punkten auf einzelne besonders wichtige Punkte zu konzentrieren oder alle Punkte gleichermaßen, aber nicht optimal zu bedienen. Die **VSt kann** die in den Bewerbungsbedingungen aufgeführten 10 Aspekte **nicht dahin umdefinieren, dass es sich nicht um „Unterkriterien“ handele. Alle Merkmale**, die der Ausfüllung und näheren Bestimmung eines Hauptkriteriums dienen und präziser darstellen, worauf es der VSt ankommt, **sind Unterkriterien** (OLG Frankfurt, Beschl. v. 22.09.2020, 11 Verg 7/20). Das ist hier der Fall. Es ist **nichts** dafür **vorgetragen, dass der VSt die Angabe der Gewichtung der Unterkriterien hier objektiv nicht möglich gewesen sei**.

Zur Anschlussbeschwerde der ASt stellt das OLG Celle noch klar, dass **die Aufnahme einer Preisanpassungsklausel in die Vergabeunterlagen nicht verlangt werden kann**. Bei einem Leistungszeitraum von 4 Jahren stellt es keine unverhältnismäßige Belastung der Bieter dar, wenn sie im Rahmen ihrer Kalkulation etwaige Preissteigerungen insbesondere der Deutschen Post AG prognostizieren und das verbleibende Risiko tragen müssen.

## Praxishinweis

Vorliegend ist es der Vergabestelle negativ angekreidet worden, dass sie zwar 10 verschiedene Merkmale angegeben hat, die sie bei der Bewertung des Realisierungskonzepts anwenden wird, diese aber nicht untereinander gewichtet hat. Das wäre nach Ansicht des Vergabesenats aber möglich und auch erforderlich gewesen.



Prof. Dr. Ralf Leinemann, Berlin

**BGH höhlt Anspruch übergangener Bieter auf entgangenen Gewinn aus, erleichtert aber den Nachweis der Angebotsbearbeitungskosten**

**Mit Urteil vom 08.12.2020 (Az. XIII ZR 19/19) hat der BGH eine neue Voraussetzung für den Anspruch auf Erstattung entgangenen Gewinns nach rechtswidriger Aufhebung einer Vergabe aufgestellt.**

### **Sachverhalt**

Während der Flüchtlingskrise 2016 schreibt eine Kommune die schlüsselfertige Errichtung eines Mehrfamilienhauses zur Unterbringung von Flüchtlingen nach VOB/A, 1. Abschnitt aus. Nach einer ersten Bindefristverlängerung erbittet der AG erneut vom Bestbieter B eine Bindefristverlängerung, die dieser jedoch nicht erklären möchte. Daraufhin hebt der AG die Ausschreibung wegen Wegfalls seines Beschaffungsbedarfs auf. Schon rd. drei Monate später schreibt der AG dieselbe Leistung erneut aus. Den Zuschlag erhält ein anderer Bieter, weil der Bestbieter des Erstverfahrens schlechter platziert ist.

Der ursprüngliche Bestbieter klagt und erhält vom OLG Karlsruhe vollen Schadensersatz zugesprochen (entgangener Gewinn, Kosten der Angebotserstellung, Gebühr für die Angebotsunterlagen, Rechtsanwaltskosten). Der BGH hebt das Urteil auf und spricht nur das negative Interesse zu.

### **Das BGH-Urteil**

Auch der BGH bestätigt einen Schadensersatzanspruch des Klägers, weil der AG die Rücksichtnahmepflicht nach § 241 Abs. 2 BGB verletzte, indem er die Ausschreibung aufhob, ohne dass einer der Gründe aus § 17 Abs. 1 Nr. 3 VOB/A vorlag. Es gab keinen Wegfall des Beschaffungsbedarfs wegen Änderung der politischen Verhältnisse, zumal der Gemeinderat des AG am 09.05. beschlossen hatte, das Bauvorhaben voranzutreiben und nur die Auftragsvergabe vorläufig zurückzustellen. Die Aufhebung war somit rechtswidrig, dem Kläger steht ein Schadensersatzanspruch zu.

Entgangenen Gewinn kann ein Bieter aber nur beanspruchen, wenn der Zuschlag im Vergabeverfahren an den falschen Bieter erteilt wird. Dasselbe gilt, wenn der AG die Ausschreibung grundlos aufhebt und denselben Auftrag danach an einen anderen Bieter vergibt, obwohl dieser ihn im aufgehobenen Verfahren nicht hätte erhalten können. Auch dieses Merkmal liegt hier vor, weshalb das OLG zugunsten des Klägers urteilte.

Der BGH fordert nun aber als zusätzlichen Umstand, dass der AG die Ausschreibung in der Absicht aufgehoben haben muss, den Auftrag an einen anderen Bieter vergeben zu können. Vorliegend hat der AG aber nach BGH-Ansicht nur falsch eingeschätzt, wie sich die Zahl der ankommenden Flüchtlinge entwickeln werde und wollte deshalb die Vergabe zeitlich hinausschieben. Weil der Kläger dabei nicht durch weitere Bindefristverlängerungen mitwirken wollte, flüchtete der AG in die Aufhebung der Ausschreibung. Weil sein Motiv bloßer Zeitgewinn und keine Benachteiligung des Bestbieters war, könne das wertungsmäßig einem rechtswidrigen Zuschlag an einen anderen Bieter als die Klägerin im aufgehobenen Vergabeverfahren nicht gleichgesetzt werden. Deshalb gibt es hier keinen Schadensersatz in Höhe des positiven Interesses.

Eine vergaberechtswidrige Aufhebung begründet aber jedenfalls den Anspruch des Klägers auf Ersatz des negativen Interesses, d.h. der Angebotsbearbeitungskosten. Die Personalkosten, die dem Bieter bei Angebotserstellung entstanden sind, kann er ersetzt verlangen. Er muss dazu nicht nachweisen, dass er seine Mitarbeiter anderweitig hätte einsetzen können und dadurch Einnahmen erwirtschaftet hätte, die ihm nun entgangen sind. Die vom Bieter eingesetzte Arbeitskraft hat typischerweise einen Marktwert und ist daher bei wertender Betrachtung vom Schadensersatz nicht auszugrenzen, so der BGH. Ferner muss der AG die von ihm verlangten Kosten der Vergabeunterlagen und Anwaltskosten des Bieters wegen der Aufhebung rückerstatten.

### **Praxistipp**

Der BGH kreiert mit diesem Urteil eine neue Anspruchsvoraussetzung, die der AG als Anspruchsgegner allein kontrollieren kann: es bedarf der Absicht des AG, einen in dem aufgehobenen Verfahren nicht zuschlagsberechtigten Bieter anstelle des Bestbieters in einem neuen Vergabeverfahren beauftragen zu wollen. Damit bleibt es dem AG überlassen, andere Gründe für die rechtswidrige Aufhebung zu behaupten. Prozessual wird man als übergangener Bieter künftig kaum noch einen Anspruch auf das positive Interesse geltend machen können. Auftraggebern ist zu raten, direkt nach dem Schema des Sachverhalts in diesem BGH-Urteil zu verfahren. Das erspart zwar keinen Ärger mit dem Rechnungshof wegen falscher Vergabe, aber senkt das Risiko von Bieterklagen erheblich.

Rechtswidrige Aufhebungen werden für einen AG allerdings künftig teurer, denn der BGH erleichtert den Bietern den Nachweis ihrer vergeblich aufgewendeten Angebotsbearbeitungskosten als Schadensersatz. Ein Bieter kann den Ist-Aufwand des Personals zur Angebotsbearbeitung als negatives Interesse vom AG ersetzt verlangen. Dagegen kann der AG nicht einwenden, der Personalaufwand von fest angestellten Mitarbeitern falle ohnehin an, weshalb anderweitig entgangene Aufträge belegt werden müssten. Ab jetzt gilt: die aufgewandten Stunden der MitarbeiterInnen eines Bieters können bei allen rechtswidrig aufgehobenen Ausschreibungen als Schadensersatz erstattet verlangt werden. Das wird künftig häufiger vorkommen.



Sandra Jurke, Berlin

## Die Abfrage nach dem Umsatz ist keine Mindestbedingung an die Geschäftsexistenz

**Eignungskriterien sind eindeutig festzulegen. Das Formblatt 124 verlangt von den Bietern „lediglich“ die Angabe zum Umsatz der letzten drei Geschäftsjahre. Daraus ergibt sich jedoch nicht, dass das Unternehmen bereits drei Jahre am Markt tätig sein muss.**

### **OLG Dresden, Beschluss v. 05.02.2021 - Verg 4/20**

Auftragsgegenstand des dem OLG zu entscheidenden Falls war die Installation der Reinstgasversorgung in einem neu zu errichtenden Laborflügel. Im Mai 2020 schrieb die Vergabestelle (VSt) den Bauvertrag in einem offenen Verfahren europaweit aus. In Abschnitt III der Bekanntmachung legte die VSt fest, dass die Bieter ihre Eignung entweder durch Eintragung in das Präqualifikationsverzeichnis oder durch Eigenerklärung gemäß Formblatt 124 nachweisen müssen. In dem Formular 124 werden die Bieter dazu aufgefordert, den Umsatz des Unternehmens in den letzten drei abgeschlossenen Geschäftsjahren anzugeben. Die Antragstellerin (AST) reichte ein Angebot mit dem unterschriebenen Formblatt 124 ein, wobei sie bei dem anzugebenden Umsatz dreimal „0 Euro“ eintrug. Die VSt schloss das Angebot der AST mit der Begründung aus, die AST habe nicht den geforderten Eignungsnachweis erbracht, da sie ihre Geschäftstätigkeit erst am 1. August 2019 aufgenommen habe. Dadurch sei der Nachweis der letzten drei abgeschlossenen Geschäftsjahre nicht erbracht worden. Gegen den Ausschluss wendete sich die AST nach erfolgloser Rüge im Nachprüfungsverfahren, und zwar u.a. mit der Begründung, dass sie das Formblatt korrekt und vollständig ausgefüllt habe. Weder Auftragsbekanntmachung noch dem dort verlinkten Formblatt lasse sich ein Eignungskriterium entnehmen, wonach der Bieter eine mindestens dreijährige Geschäftstätigkeit nachweisen müsse.

Mit Erfolg. Nach Ansicht der VK Sachsen fordert das Formblatt 124 nicht den Nachweis einer dreijährigen Geschäftstätigkeit. Eine derartige Auslegung des Formblattes sei ausgeschlossen. Nach der für die Auslegung der Bekanntmachung maßgebenden Sicht eines verständigen und mit der Leistung der ausgeschriebenen Art vertrauten Bieters war dem Formblatt 124 nicht zu entnehmen, dass für den streitigen Auftrag nur Unternehmen in Frage kommen, welche über eine einschlägige mindestens dreijährige Geschäftstätigkeit verfügen. Ein solcher Eignungsnachweis ergibt sich - entgegen der Auffassung der VSt - auch nicht aus der zur Umsatzabfrage zugrundeliegenden vergaberechtlichen Norm § 6a EU Nr. 2 lit. c VOB/A. Die Norm berechtige den öffentlichen Auftraggeber als Eignungsnachweis den Umsatz der letzten der Geschäftsjahre abzufragen. Dabei stelle der Dreijahreszeitraum keine Mindestanforderung, sondern eine zeitliche Begrenzung für den Auftraggeber dar. Vor diesem Hintergrund hat die AST das Formblatt vollständig

und insoweit auch richtig ausgefüllt, sodass der Ausschluss des Angebotes aus formalen Gründen vergaberechtswidrig war. Dagegen wendet sich die VSt mithilfe der Sofortigen Beschwerde; jedoch ohne Erfolg. Das OLG bestätigt die Entscheidung der Vergabekammer. Auch nach der Ansicht des OLG musste die ASt eine Eignungsanforderung nach einer einschlägigen Geschäftstätigkeit von mindestens drei Jahren nicht in das Formblatt „hineinlesen“.

Eignungskriterien sind in der Bekanntmachung eindeutig festzulegen. Will der öffentliche Auftraggeber lediglich Angebote von bereits drei Jahre am Markt tätigen Unternehmen, muss er ein solches Eignungskriterium eindeutig bestimmen. Ob es sich hierbei um ein sinnvolles Eignungskriterium zur Feststellung der Leistungsfähigkeit handelt, mag bezweifelt werden. Das war jedoch nicht Gegenstand dieser Entscheidung.



Marie Luise Büngeler LL.M., Düsseldorf

## Die Mindestanforderung einer dreijährigen Geschäftstätigkeit ist ein zulässiges Eignungskriterium

Der Vergabesenat des OLG Schleswig-Holstein (**Beschluss vom 10.12.2020, 54 Verg 4/20**) hat sich mit der Zulässigkeit der Mindestanforderung einer dreijährigen Geschäftstätigkeit befasst und diese vorliegend bejaht. Zulässig sei eine derartige Vorgabe jedenfalls bei komplexen Bauvorhaben mit hohen Anforderungen an Ausführung und Koordination der Gewerke.

### Sachverhalt:

Der Antragsgegner schrieb im offenen Verfahren einen Bauauftrag zur Installation von Gasanlagen zur Druckluft- und Laborgasversorgung für den Neubau eines Laborgebäudes aus. Als Voraussetzung für die Auftragserteilung forderte der Antragsgegner eine mindestens drei Jahre bestehende Geschäftstätigkeit der Bieter und der von ihnen eingesetzten anderen Unternehmen. Da die Antragsgegnerin erst Mitte 2019 gegründet worden war, gab sie in ihrer Eigenerklärung zur Eignung keine Umsätze für die Jahre 2017 und 2018 an. Es fehlten weiter Angaben zu vergleichbaren Leistungen. Daraufhin wurde das Angebot mit Absageschreiben gemäß § 134 GWB von der Wertung ausgeschlossen. Die Antragstellerin hielt den Ausschluss für vergaberechtswidrig. Die Mindestanforderung einer dreijährigen Geschäftstätigkeit stelle kein zulässiges Eignungskriterium dar. § 6a EU Nr. 2 VOB/A enthalte insoweit eine abschließende Aufzählung, die nicht ohne weiteres durch den Auftraggeber erweitert werden könne. Die Mindestanforderung beschränke den Wettbewerb in unzulässiger Weise, indem sie allein darauf abziele, Newcomer vom Verfahren auszuschließen. Darüber hinaus widerspreche die Anforderung den Grundsätzen der Eignungslieferung gemäß § 6d EU VOB/A.

### Entscheidung:

Der Ausschluss war nach Auffassung des Senats gemäß § 16b EU Abs. 1 VOB/A zulässig, da die Antragstellerin nicht die erforderliche Eignung nachgewiesen hat. Der Antragsgegner habe ein vergaberechtlich zulässiges Eignungskriterium festgelegt und bewege sich mit der Mindestanforderung von drei Jahren Geschäftstätigkeit innerhalb des ihm zustehenden Beurteilungsspielraumes. Das Eignungskriterium stehe in Verbindung mit den Besonderheiten des Leistungsgegenstandes. Insoweit habe der Antragsgegner dargelegt, dass die Versorgung des Forschungsgebäudes mit Laborgasen mit hohen technischen Anforderungen, wie bestimmten Sicherheitsstufen (S 2 und S 3), verbunden sei und die Koordination zahlreicher Schnittstellen erfordere. Zudem sei vom Auftragnehmer in erheblichem Umfang Material vorzufinanzieren. Der Ausschluss von Newcomern vom Wettbewerb sei im vorliegenden Einzelfall auch nicht unzumutbar.

Hier sei eine Abwägung zu treffen zwischen dem Interesse an einem wirtschaftlich möglichst günstigen Angebot und der Gefahr einer nicht ordnungsgemäßen Leistungserbringung. Die Beschränkung des Wettbewerbs sei durch die vorliegend besonders hohen Anforderungen an die Leistungserbringung gerechtfertigt und stehe mit dem Auftragsgegenstand in einem angemessenen Verhältnis. Auch der Ausschluss der Eignungsleihe für den Mindestzeitraum von drei Jahren war nach Auffassung des OLG vorliegend hinzunehmen. Da eine Eignungsleihe nicht Gegenstand des Angebotes der Antragstellerin war, habe diese insoweit ohnehin keine Rechtsverletzung im Sinne des § 168 Abs. 1 GWB geltend machen können.

**Praxishinweis:**

Eignungsanforderungen, die zum Ausschluss sogenannter „Newcomer“ führen, müssen im Sachzusammenhang mit dem Leistungsgegenstand stehen und verhältnismäßig sein. Dabei ist abzuwägen zwischen dem Wettbewerbsgebot und der Pflicht, nur fachkundige, leistungsfähige Unternehmen zu beauftragen. Dieser Schritt sollte stets sorgfältig dokumentiert werden.