



Neues zum Vergaberecht 03 / 2023



Liebe Leserinnen und Leser,

wir freuen uns, Ihnen die letzte Ausgabe unseres Vergaberechtsnewsletters in diesem Jahre präsentieren zu dürfen, die neben der vergaberechtlichen Einordnung der vieldiskutierten Entscheidung des BGH (Urteil vom 09.11.2023 - VII ZR 190/22) auch den „Klassiker“ der Vorabinformationsschreiben zu Weihnachten behandelt. Den Abschluss bildet sodann eine Besprechung der Entscheidung des OLG Frankfurt (Beschluss vom 28.09.2023 – 11 Verg2/23) zum Thema intransparenter Eignungskriterien, die durchaus Anlass zu kritischer Rückfrage bietet.

Wir wünschen Ihnen viel Freude bei der Lektüre und wünschen Ihnen ein besinnliches Weihnachtsfest.

Über Ihre Anregungen, Rückfragen oder auch Diskussionen über weitere Problemstellungen resultierend aus der derzeitigen Praxis freuen wir uns. Schreiben Sie uns unter: vergaberecht@leinemann-partner.de.

Einen guten Rutsch und beste Grüße aus Frankfurt

Jonas Deppenkemper



LEINEMANN PARTNER
RECHTSANWÄLTE

Themen

Jonas Deppenkemper, Frankfurt am Main

Architekten und „Beschaffungsbüros“ sind keine Rechtsanwälte!

Sabrina Stahler (geb. Hißting), Frankfurt am Main

§ 134 GWB – „Zitterfrist“ kann einseitig verlängert, jedoch nicht verkürzt werden

Maren Elvira Hintze, Frankfurt am Main

Eignungskriterien sollen (im Zweifel) widerspruchsfrei sein



Jonas Deppenkemper, Frankfurt am Main

Architekten und „Beschaffungsbüros“ sind keine Rechtsanwälte!

Eine aktuell heiß diskutierte Entscheidung des **BGH, Urteil vom 09.11.2023 - VII ZR 190/22** aus dem Bereich des Bau- und Architektenrechts wirft erneut ein grelles Licht auf die in der Praxis häufig anzutreffende Ausschreibungsbetreuung durch Architekten, Projektsteuerer und „Beschaffungsbüros“.

Nachdem das OLG Düsseldorf (Beschluss vom 25.05.2022 – VII-Verg 33/21) bereits im letzten Jahr die zulässigen Grenzen einer Rechtsberatung in Form einer untergeordneten Nebenleistung zur Vergabebetreuung sehr eng fasste, deutet die jüngste BGH-Entscheidung die möglichen Folgen einer unzulässigen Rechtsberatung an, die auch im Vergaberecht Geltung beanspruchen dürften:

Der Fall

Der Bauherr beauftragte ein Architekturbüro mit der Erbringung der Leistungsphasen 1-8 HOAI (2009). Im Rahmen der Leistungsphasen die Vergabe betreffend, stellte das Architekturbüro auch einen Vertragsentwurf zur Verfügung, der eine rechtlich unwirksame Skontoklausel enthielt.

Nachdem das beauftragte Bauunternehmen auf Auskehr der zu Unrecht einbehaltenen Skonti klagte, verglich man sich. Der Bauherr verlangte sodann vom Architekten Schadenersatz mit der Begründung, dass er die Skonti hätte behalten dürfen, wenn der Architekt keine unwirksame Skontoklausel vorgeschlagen hätte.

Während das Landgericht dieser Argumentation folgte, war das OLG Stuttgart der Ansicht, dass man von einem Architekten keine rechtlich einwandfreie Vertragserstellung verlangen könne, sodass es an einer Pflichtverletzung fehle.

Entscheidung



Der nun befasste BGH stimmt dem OLG zumindest insoweit zu, als dass im Ergebnis wohl kein Schadenersatz gemäß § 634 Nr. 4, § 280 Abs. 1 BGB zu leisten sei. Allerdings sei zu prüfen, ob ein solcher nicht gemäß § 311 Abs. 2 Nr. 1, § 241 Abs. 2, § 280 Abs. 1 BGB beziehungsweise aus § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 3 RDG hergeleitet werden könne, was das OLG nicht prüfte.

Begründet wird dies damit, dass in der Stellung von Vertragsklauseln eine unzulässige Rechtsberatung und damit ein Verstoß gegen § 3 Rechtsdienstleistungsgesetz (RDG) zu erkennen sei, der dazu führe, dass der Vertrag wegen eines Verstoßes gegen ein gesetzliches Verbot nichtig sei (§ 134 BGB). Dies führe zwar dazu, dass keine vertraglichen Ansprüche bestehen; Schadenersatzansprüche aus vorvertraglicher Pflichtverletzung bzw. unerlaubter Handlung allerdings nach wie vor in Betracht kommen.

Wenngleich der BGH nicht abschließend entschied und die Sache unter Darlegung der vorstehenden Erwägungen an das OLG zurückverwies, lässt er in der Begründung kaum einen Zweifel daran, dass die Stellung von Verträgen (oder auch nur einzelner Klauseln) durch andere Personen als RechtsanwältInnen einen klaren Verstoß gegen das RDG darstellt.

Fazit

Wenngleich die Entscheidung von den betroffenen Berufsgruppen lautstark kritisiert wird, stellt sie letztlich eine – zumindest im Vergaberecht – erwartbare Entscheidung dar, da sich zuvor auch das OLG Düsseldorf entsprechend positionierte.

Die nunmehr geschaffene Klarheit zur Trennung der Leistungen von Architektur-, Projektsteuerungs- und „Beschaffungsbüros“ sowie Rechtsanwaltschaft im Rahmen der Vergabeberatung schafft schlussendlich Klarheit für alle Seiten, die zu begrüßen ist. Denn einerseits wissen die Auftraggeber nun, was sie von den jeweiligen Beteiligten fordern „dürfen“ und andererseits sind auch für die hiermit verbundenen Haftungsfragen die Grenzen klar definiert:

Ebenso wenig, wie ein Rechtsanwalt Planungen und Bauabläufe erstellt, sollten Planer oder sonstige Berater juristische Themen bearbeiten. Es gilt: ***Schuster, bleib bei Deinem Leisten!***

Dies liegt letztlich auch im Interesse der Bauherrenschaft.



Sabrina Stahler (geb. Hißting), Frankfurt am Main

§ 134 GWB – „Zitterfrist“ kann einseitig verlängert, jedoch nicht verkürzt werden

Vorabinformationsschreiben müssen beinhalten: Namen des Unternehmens, welches den Zuschlag erhalten soll, die Gründe der Nichtberücksichtigung, aber auch den **frühestmöglichen Zeitpunkt des Vertragsschlusses**.

Gerade zur Weihnachtszeit rückt das Thema der Fristen wieder in den Fokus der AnwältInnen. Für sich dem Ende neigende Vergabeverfahren bedeutet dies für wartende Bieter häufig noch ein rechtzeitiges Weihnachtsgeschenk durch Zuschlagserteilung vor den Feiertagen. Aber Achtung, möglicherweise muss das Weihnachtsgeschenk im Nachprüfungsverfahren verteidigt werden.

Mit dem immer wieder auftauchenden Vergaberechts-Klassiker – der Stillhaltefrist gemäß § 134 GWB – hat sich die **VK Lüneburg (Beschluss vom 08.05.2023, VgK-8/2023)** einmal mehr und noch bei mildereren Temperaturen beschäftigt:

Der Fall

Nach einer europaweiten Ausschreibung reichte der unterlegene Bieter nach erfolgloser Rüge einen Nachprüfungsantrag gegen die Zuschlagserteilung an die Beigeladene ein. Neben dem Vortrag der falschen Bewertung der Qualität, griff er zudem die unwirksame und verfrühte Zuschlagserteilung an.

Die Antragsgegnerin informierte die Antragstellerin am 03.02.2023 darüber, dass sie den Zuschlag nicht erhalte, da sie nicht das wirtschaftlichste Angebot eingereicht habe. Als Begründung wurde die Punktzahl der Beigeladenen genannt. Zudem teilte Sie mit, dass die Beigeladene den Zuschlag am 31.03.2023 erhalten solle.

Nach der unbeachtet gelassenen Rüge erteilte die Antragsgegnerin der Beigeladenen am 14.02.2023



den Zuschlag. Die Antragstellerin wehrte sich hiergegen im Vergabenachprüfungsverfahren.

Entscheidung

Mit Erfolg.

Zwar enthalte das Vorabinformationsschreiben alle notwendigen Informationen gem. § 134 Abs. 1 GWB (Name des Unternehmens, welches den Zuschlag erhalten soll; Gründe der vorgesehenen Nichtberücksichtigung; frühesten Zeitpunkt des Vertragsschlusses), allerdings habe die Antragsgegnerin den von ihr selbst gesetzten Zeitpunkt des Vertragsschlusses am 31.03.2023 nicht abgewartet und am 14.02.2023 den Zuschlag erteilt. Hierdurch wurde zwar die 10-tägige Mindestfrist (bei elektronischem Versand) gem. § 134 Abs. 2 GWB eingehalten, jedoch hat die Antragsgegnerin diese Frist durch Angabe, den Zuschlag erst am 31.03.2023 erteilen zu wollen, eigenständig verlängert. Eine Zuschlagserteilung vor Ablauf der selbst gesetzten Frist hat nach Ansicht der VK Lüneburg die Unwirksamkeit gem. § 135 Abs. 1 Nr. 1 GWB zur Folge.

Denn bei § 134 Abs. 2 GWB handele es sich um eine Mindestwartefrist und keine gesetzliche Frist, sodass diese von Seiten der Auftraggeber beliebig verlängert werden kann. Sofern eine verlängerte Wartefrist dann auch dem unterlegenen Bieterkreis mitgeteilt wird, wird ein Vertrauenstatbestand geschaffen. Dies, da die mitgeteilte Wartefrist für den unterlegenen Bieter eine Rechtsschutzgewährleistung bedeutet, die man nicht erst „schenken“ und dann wieder nehmen könne.

Demnach wurde die Antragsgegnerin zur Zurückversetzung vor Zuschlagserteilung verpflichtet. Die VK gab an, dass die Vorabinformationsschreiben an sich nicht fehlerhaft waren, lediglich der Zeitpunkt des Zuschlages vor Ablauf der §134-Stillhaltefrist. Im Übrigen konnte die Wertung nicht angegriffen werden, sodass eine weitere Zurückversetzung zugunsten der Antragsgegnerin ausblieb.

Fazit

Was bedeutet diese Entscheidung für die Praxis? Hier müssen zwei Perspektiven betrachtet werden:

Wenn man durch die Brille des Auftraggebers schaut, so sollte man im Vorabinformationsschreiben die Zuschlagserteilung immer nach Ablauf der Mindestfrist von 10 Tagen datieren, denn letztlich kann man den Vertrag auch später schließen, ohne jedoch gegenüber den unterlegenen Bietern einen Vertrauenstatbestand zu schaffen.

Durch die Brille des unterlegenen Bieters sollte man auch nach Ablauf der Wartefrist von 10 Tagen rügen und Nachprüfungsanträge in Erwägung ziehen, solange das Datum des Vertragsschlusses nicht erreicht ist, denn eine vorherige Zuschlagserteilung würde nach zutreffender Ansicht der VK Lüneburg zu einem unwirksamen Vertrag gemäß § 135 GWB führen. Aber Achtung: Ein Vergabenachprüfungsverfahren allein begründet mit einem Verstoß gegen § 134 GWB führt (allenfalls) zu einem „Pyrrhussieg“; ohne materiell-rechtlichen Vergaberechtsverstoß, der binnen der Fristen des § 160 Abs. 3 GWB zu rügen ist, lohnt sich ein Vorgehen in aller Regel nicht (mehr).

Und mit Blick auf die Weihnachtszeit:

Auch, wenn die Wartefrist grundsätzlich mindestens 10 Tage betragen muss, ist es zumindest dann, wenn einem Bieter faktisch weniger als vier oder fünf Arbeitstage verbleiben, die Frist zu verlängern (vgl. VK Südbayern, Beschluss vom 04.08.2022 - 3194.Z3-3_01-22-1). Auftraggeber sollten dies bei den in der Praxis doch recht beliebten Vorabinformationen am letzten Werktag vor den Feiertagen, entsprechend berücksichtigen.



Maren Elvira Hintze, Frankfurt am Main

Eignungskriterien sollen (im Zweifel) widerspruchsfrei sein

Das OLG Frankfurt/M. hat kürzlich über die Auslegung von Eignungskriterien entschieden (**Beschluss vom 28.09.2023 – 11 Verg2/23**), die Diskussionen hervorrufen dürfte. Denn der Grundsatz, wonach „unglückliche“ Eignungsanforderungen sich grundsätzlich zu Lasten der Vergabestelle auswirken, wirkt sich in diesem Falle gegen den Zuschlagsbieter aus.

Der Fall

Mit europaweiter Bekanntmachung hat der öffentliche Auftraggeber die Übernahme und Verwertung von Bioabfällen im Umfang von ca. 9.000 Mg/a (9.000 Megagramm = 9.000 Tonnen pro Jahr) im offenen Verfahren ausgeschrieben. Als Eignungskriterium wurde lediglich der Nachweis von zwei Referenzprojekten gefordert. Die erbrachten Leistungen mussten in Bezug auf die Tonnage ein ähnliches Volumen (mind. 50 % der ausgeschriebenen Tonnage) aufweisen und über drei Jahre und in den letzten fünf Jahren erbracht worden sein. Zudem galt:

„Einzelne Referenzen können in Summe betrachtet werden, wenn sie in den letzten fünf Jahren eine zeitliche Überlappung von mindestens drei Jahren haben und in der Summe mindestens 50% der ausgeschriebenen Tonnage erreichen, sofern die Mindestkriterien nicht von einer einzigen Referenz erfüllt werden.“

Nach erfolgloser Rüge und Nachprüfungsverfahren reichte die Antragstellerin, welche Bestandsauftragnehmerin war, sofortige Beschwerde vor dem OLG Frankfurt/M. ein. Die für den Zuschlag vorgesehene Beigeladene habe mit ihren drei Referenzen (Jahresmenge 4.000 Mg/a, 1.200 Mg/a und 500 Mg/a) nicht den quantitativen Umfang der Referenzen erbringen können.

Entscheidung



Die zulässige Beschwerde hatte Erfolg, weil der Auftraggeber es vergaberechtswidrig versäumt hat, transparente Regelungen in Bezug auf die technische und berufliche Eignung aufzustellen. Indem der Auftraggeber die Referenzen der Beigeladenen aufgrund einer intransparenten Bestimmung in den Ausschreibungskriterien als ausreichenden Eignungsnachweis akzeptiert hat, wurden die vergaberechtlichen Bestimmungen § 97 Abs. 1 (Transparenzgebot), Abs. 6 (Anspruch auf Einhaltung des Vergaberechts) und § 122 Abs. 4 GWB (Anforderung an die Eignungskriterien) verletzt.

Aus Sicht eines verständigen, durchschnittlich erfahrenen Bieters muss beurteilt werden, welche Mindestanforderungen die Referenzen erfüllen müssen bzw. ob und wenn ja welche Eignungskriterien mit der Referenzforderung verbunden sind (vgl. OLG Frankfurt, Beschluss vom 23.12.2021 – 11 Verg 6/21 – Videokonferenzsystem, m.w.N.).

Für den Auftrag sollten nur solche Bieter zugelassen werden, die in der Lage sind, pro Jahr ein dem hiesigen Auftrag mindestens gleich hohes Volumen zu übernehmen – also über eine entsprechend große personelle und betriebliche Ausstattung verfügen. Die Privilegierungsmöglichkeit einer Summierung von Einzelreferenzen ist bei verständiger, gründlicher Betrachtung nur „innerhalb“ der geforderten Referenzen erlaubt. Es sollte damit keine Verringerung des nachzuweisenden Gesamtvolumens einhergehen. Die Auslegung der Beigeladenen, nach der eine Absenkung der Mindesttonnage auf 50 % der Auftragstonnage gelten sollte, entspricht weder dem Wortlaut noch dem Sinn und Zweck des Eignungskriteriums. Zudem wäre es widersprüchlich, weil dann der verlangten Mindesttonnage von 9.000 Mg/a teilweise die Grundlage entzogen würde. Es stelle eine offensichtliche Ungleichbehandlung dar, wenn ein Bieter mit zwei Referenzen (bspw. mit einer Tonnage von je 4.000 Mg/a, also insgesamt 8.000 Mg/a) ausgeschlossen wäre, während ein Bieter, der im selben Zeitraum nur mehrere „kleinere“ Referenzen nachweisen kann, insgesamt nur die Verwertung von 4.500 Mg/a belegen müsste.

Die „Summierungsmöglichkeit“ der Ausschreibungsbedingungen ist im Ergebnis intransparent aufgestellt worden, da sie keine Rückschlüsse auf die Vergleichbarkeit der Angebote und damit auch auf die Leistungsfähigkeit hinsichtlich der ausgeschriebenen Leistung ermöglicht. Es liegen damit unklare Vergabeunterlagen vor.

Fazit

Das Verständnis des durchschnittlich erfahrenen Bieters basiert auf der Annahme, dass sich die Vergabestelle vergaberechtskonform verhält (vgl. Lampert in Burgi/Dreher, Beck'scher Vergaberechtskommentar, 3. Aufl., GWB § 122 Rn. 80). Die Bieter dürfen die Vergabeunterlagen im Zweifel so verstehen, dass sie den vergaberechtlichen Anforderungen entsprechen. Danach sind Vergabeunterlagen so auszulegen, dass die Eignungskriterien nicht widersprüchlich sind.

Ob es diese Grundsätze es rechtfertigen einem Zuschlagsbieter, der die („unglücklich“ formulierten) Eignungsanforderungen erfüllt, den Zuschlag zu verwehren, mag indes bezweifelt werden. Schließlich ist die Formulierung klarer und widerspruchsfreier Eignungsanforderungen zunächst Sache des Auftraggebers.