



Neues zum Vergaberecht 04/21



Liebe Leserinnen und Leser,

das Jahr neigt sich dem Ende zu und Heiligabend steht vor der Tür. Höchste Zeit also für unseren letzten vergaberechtlichen Newsletter in diesem Jahr, in dem wir Ihnen erneut eine Auswahl besonders praxisrelevanter Entscheidungen vorstellen möchten.

So befasste sich etwa die Vergabekammer Nordbayern mit dem Thema des stets und kontrovers diskutierten Umgangs mit Unklarheiten in den Vergabeunterlagen. Der Grundsatz, dass Unklarheiten jedenfalls nicht zu Lasten der Bieter gehen, wird in dieser Entscheidung nochmals bestärkt. Das OLG Brandenburg verhandelte sodann einen Fall zur Produktneutralität im Zusammenhang mit der Beschaffung von Tablets/iPads – ein Thema, das fast alle Öffentlichen Auftraggeber früher oder später ereilt. In diesem Fall hatte die produktspezifische Ausschreibung Bestand. Gerade im IT-Bereich mit seinen komplexen Schnittstellen und technischen Notwendigkeiten, kann die Entscheidung somit eine Orientierung bieten. Die dritte besprochene Entscheidung behandelt sodann eine Entscheidung des OLG Karlsruhe, das entschied, dass die zur Einleitung eines Vergabenachprüfungsverfahrens vorgegebene Reihenfolge (erst Rüge, dann Nachprüfungsantrag) zumindest in Fällen besonderer Dringlichkeit nicht zwingend einzuhalten sei – eine Entscheidung, die juristisch sicher interessant, aber mit Vorsicht zu genießen ist.

Wir möchten Sie noch auf die neue Ausgabe unseres **LP-Magazins** hinweisen. Gerne senden wir Ihnen kostenfrei ein gedrucktes Exemplar zu. Bei Interesse wenden Sie sich an Frau Nadin Tornow (nadin.tornow@leinemann-partner.de).

Wir wünschen Ihnen viel Freude bei der Lektüre.

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.

Im Namen aller Kolleginnen und Kollegen wünschen wir Ihnen ein besinnliches Fest und einen guten Start ins neue Jahr!

Mit besten Grüßen aus Frankfurt

Jonas Deppenkemper

Themen

Eva Bouchon, M.A., Hamburg

Unklarheiten dürfen nicht zu Lasten der Bieter gehen!

Dr. Jonas Asgodom, LL.M. (Berkeley), Frankfurt am Main

Einmal Apple, immer Apple? – Neues zum Gebot der Produktneutralität

Clarissa Sophie Busato LL.M., Köln

Zulässigkeit eines Nachprüfungsantrages vor Rüge zugunsten eines effektiven Rechtsschutzes?



Eva Bouchon, M.A., Hamburg

Unklarheiten dürfen nicht zu Lasten der Bieter gehen!

(VK Nordbayern, Beschluss vom 20.08.2021 - RMF-SG21-3194-6-29)

Die VK Nordbayern hat in ihrem Beschluss vom 20.08.2021 (RMF-SG21-3194-6-29) festgestellt, dass von der Vergabestelle verursachte Unklarheiten nicht zu Lasten der Bieter gehen dürfen. Dabei stellt sie heraus, dass eine Verpflichtung zur Rügeerhebung nach § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 GWB bis zur Angebotsabgabe nur dann besteht, wenn der Verstoß aus den Vergabeunterlagen erkennbar ist. Soweit eine Auslegung der Ausschreibung vertretbar ist, besteht keine Verpflichtung zur Nachfrage.

Sachverhalt:

Mit einer europaweiten Bekanntmachung schrieb die Vergabestelle im Wege des Verhandlungsverfahrens mit Teilnahmewettbewerb den Relaunch einer Homepage aus. Es sollten verschiedene von den Bietern zu erstellende Konzepte berücksichtigt werden, wobei die gemeinsame und schrittweise Entwicklung des Inhalts beschrieben wurde, u.a. mit dem Begriff „agil“. Daraufhin gingen die Bieter von unterschiedlichen Voraussetzungen aus. Die Antragstellerin gab ein Angebot mit einem Konzept des „agilen“ Projektmanagements ab.

Nach der Bieterinformation rügte die Antragstellerin dann den beabsichtigten Zuschlag auf das Angebot der Beigeladenen, u.a. weil das Angebot der Beigeladenen nicht alle Kriterien der Ausschreibung (u.a. des agilen Arbeitens) erfüllen würde. Nach zwei weiteren erfolglosen Rügen leitete die Antragstellerin ein Nachprüfungsverfahren ein.

Entscheidung:

Der Nachprüfungsantrag hatte Erfolg! Zunächst stellte die VK fest, dass die Antragstellerin mit ihrem Vorbringen nicht gemäß § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 GWB präkludiert war, weil sie bis zur Angebotsabgabe keine Rüge in Bezug auf die Zuschlagskriterien und die Leistungsbeschreibung erhoben hatte. Eine Verpflichtung zur Rügeerhebung nach § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 GWB bis zur Angebotsabgabe besteht nur dann, wenn der Verstoß gegen die Vergabeunterlagen erkennbar ist. Aufgrund der Vorgaben in der Leistungsbeschreibung betonte die Vergabestelle mehrfach, dass das Inhaltskonzept noch nicht verbindlich feststehen würde, sondern nach der Auftragsvergabe in Form agilen Arbeitens gemeinsam ausgearbeitet und konkretisiert werden soll. Die Antragstellerin konnte deshalb erst nach dem Bieterinformationsschreiben erkennen, dass die Vergabestelle nicht zwingend ein agiles Projektmanagement in den Vergabeunterlagen vorgegeben wollte. Die Wertung der Angebote wurde somit vor Zuschlagserteilung rechtzeitig gerügt.

Die Vergabeunterlagen waren im vorliegenden Fall bezüglich der Herangehensweise der Projektumsetzung unklar und zumindest mehrdeutig. Insbesondere bei der Softwareentwicklung ist die Methode des agilen Arbeitens weit verbreitet und in den Ausschreibungsunterlagen wurde nicht erkennbar klargestellt, dass diese Art nicht Voraussetzung ist. Die VK folgte der Argumentation der Antragstellerin, dass das agile Projektmanagement in der Softwareindustrie vielfach Anwendung findet und dieser Bieterkreis sehr genau zwischen dem klassischen Projektmanagement und dem agilen Ansatz differenziert, zudem ist der agile Ansatz aufwendiger und somit kostenintensiv. Es war nicht auszuschließen, dass die Antragstellerin ein besseres Wertungsergebnis hätte erzielen können, wenn sie gewusst hätte, dass die Vergabestelle ein anderes – nicht agiles - Konzept fordert.

Somit entschied die VK dass die Antragstellerin durch das Vergabeverfahren in ihren Rechten verletzt war und wies die Vergabestelle an, die Vergabeunterlagen zu überarbeiten und eindeutig klarzustellen, welche Form des Projektmanagements sie fordert. Der Antragstellerin hatte somit Erfolg und die Chance der Abgabe eines neuen (wirtschaftlicheren) Angebotes.

Fazit:

Erneut wurde klargestellt, dass Unklarheiten in den Ausschreibungsunterlagen nicht zu Lasten der Bieter gehen dürfen. Dieser Grundsatz gilt in allen Bereichen des Vergaberechts. Soweit eine Auslegung der Unterlagen vertretbar und nachvollziehbar ist, kann eine Annahme getroffen und zur Grundlage des Angebotes bzw. der Kalkulation gemacht werden (siehe auch BGH, Urteil vom 12.09.2013 - VII ZR 227/11, „Hochspannungsleitung“).



Dr. Jonas Asgodom, LL.M. (Berkeley), Frankfurt am Main

Einmal Apple, immer Apple? – Neues zum Gebot der Produktneutralität

Im Zuge ihrer Digitalisierung steht die Öffentliche Hand bisweilen vor der Wahl, vor der schon viele standen: Apple oder Android? Da sie aber – anders als eine Privatperson – das Vergaberecht zu beachten hat, gehen mit der Entscheidung für eine der beiden Alternativen weitreichende Folgen einher, die mit dem Gebot der produktneutralen Ausschreibung in einen Dauerkonflikt geraten können. Eine aktuelle Entscheidung des OLG Brandenburg (**Beschl. v. 08.07.2021 - 19 Verg 2/21**) illustriert diese Konfliktlage sehr anschaulich. Hintergrund dieser Entscheidung ist der DigitalPakt Schule, ein Förderprogramm zur Digitalisierung der Schulen mit einem Volumen von 7 Mrd. Euro. Ein Schulträger (AG) wollte Tablets beschaffen und hatte sich im Rahmen eines Pilotprojekts in der Vergangenheit schon für Geräte von Apple entschieden. Um solche sollte der Bestand nun erweitert werden. Dagegen wandte sich ein Vertreter Android-basierter Geräte. Das OLG ergriff bereits im Eilverfahren die Gelegenheit, um sich noch einmal genauer mit dem Gebot der Produktneutralität zu befassen.

Sachverhalt

Der AG schrieb die Lieferung von ca. 1200 mobilen Endgeräten und Zubehör der Marke Apple europaweit im Offenen Verfahren aus. Im Rahmen eines Pilotprojekts hatte er für den Schulbetrieb bereits zuvor 200 Endgeräte von Apple erworben. Die Festlegung auf Apple wurde von einem Vertreter Android-basierter Geräte erfolglos gerügt. Er vertrat in Rüge und Nachprüfungsverfahren die Ansicht, der Auftraggeber verstoße mit seiner Festlegung auf Apple ungerechtfertigt gegen das Gebot der Produktneutralität. Im Wesentlichen argumentierte er, Android-basierte Geräte könnten ohne weiteres in die vorhandene IT-Infrastruktur integriert werden. Die Mischbetrieb von Apple- und Android-Geräten wäre ohne nennenswerten Aufwand möglich. Der AG trat dem entgegen. Richtig sei zwar, dass die im Schulbetrieb genutzte Softwareplattform Android unterstütze, allerdings nur mit wesentlichen funktionalen Einschränkungen. Die mit einer Integration von Android entstehenden Strukturanpassungen seien unverhältnismäßig, ebenso wie der Aufbau einer zweiten, parallelen Systeminfrastruktur. Dasselbe gelte für Schulungsaufwand und Supporterfordernisse. Daher komme ein Mischbetrieb nicht in Betracht.

Die Entscheidung

Die Produktspezifizierung auf Apple hatte im Eilverfahren Bestand!

Ausgehend vom Leistungsbestimmungsrecht der Auftraggeber führt das OLG zunächst aus, eine Festlegung auf ein bestimmtes Produkt bedürfe wegen der wettbewerbsbeschränkenden Wirkung einer auftragsbezogenen Rechtfertigung. Es gelte das Willkürverbot. Die Festlegung müsse objektiv

und nachvollziehbar sein.

Diesen Grundsätzen habe der AG genügt. Er sei nicht verpflichtet, eine bestehende und erprobte Systemstruktur anzupassen, zumal die Softwareplattform Android nicht in gleichem Umfang unterstütze wie Apple. Im Schulbetrieb müssten sich zahlreiche Nutzer mit unterschiedlich weitreichenden IT-Kenntnissen sicher bewegen können. Um dem Bildungsauftrag zu genügen, müssten die Hürden insoweit niedrig sein. Es sei ein vergaberechtlich legitimes Anliegen, finanziellen und organisatorischen Mehraufwand zur Etablierung des Mischbetriebs vermeiden zu wollen. Das OLG folgte auch dem Argument, dass sich Fehlerquellen bei einem Mischbetrieb erhöhen. Die Systemsicherheit zu erhöhen und das Risiko von Fehlfunktionen bzw. Kompatibilitätsproblemen zu verringern, sei sachlich gerechtfertigt.

Praxishinweis

Die Entscheidung des OLG ist nachvollziehbar, jedoch nicht zu verallgemeinern. Die Regel ist die produktneutrale Beschaffung, Produktspezifität hingegen die Ausnahme. Wie alle Ausnahmen benötigt auch diese einer umfassenden, klaren und nachvollziehbaren Begründung. Diese hat der AG hier geliefert.

Allerdings ist Vorsicht geboten. Gerade im IT-Bereich neigen AG allzu schnell dazu, sich auf ein Produkt festzulegen. Gerade im IT-Bereich sind die vermeintlichen Sachgründe von Systemsicherheit, -stabilität und -kompatibilität schnell (und apodiktisch) bemüht. Allerdings ist es für eine Abweichung vom Grundsatz der Produktneutralität eben erforderlich, die besondere Ausnahmesituation herauszuarbeiten. In diesem Fall war es die Schule als besonders schützenswerter Raum. Ebenso schützenswert dürften neben sicherheitsrelevanten IT-Strukturen auch andere kritische Infrastrukturen wie Krankenhäuser sein. Ansonsten wird im IT-Bereich die Ausnahme zur Regel. Der Einfallstore gibt es in Zeiten umfangreicher Förderprogramme zur Digitalisierung viele. Und, das ist eben die Besonderheit im IT-Bereich: Wer einmal drin ist, den kriegt man schwer wieder raus. Oder: Einmal Apple, immer Apple.



Clarissa Sophie Busato LL.M., Köln

Zulässigkeit eines Nachprüfungsantrages vor Rüge zugunsten eines effektiven Rechtsschutzes?

Das OLG Karlsruhe hat entschieden: In Ausnahmefällen ja! Grundsätzlich sieht das Vergaberecht vor, dass vor Einreichen eines Nachprüfungsantrages bei einer Vergabekammer (VK) eine Rüge gegenüber dem Auftraggeber zu erheben ist. In welchen Einzelfällen von dieser zeitlichen Abfolge nach Ansicht des **OLG Karlsruhe** zugunsten eines effektiven Rechtsschutzes abgewichen werden kann, legte der Vergabesenat in seinem **Beschluss vom 15.01.2021 (15 Verg 11/20)** dar.

Der Sachverhalt

Der Auftraggeber schrieb die Realisierung von Lernfabriken europaweit aus. Mit Informationsschreiben vom 18.09.2020 teilte er der Antragstellerin mit, dass beabsichtigt sei, den Zuschlag am 29.09.2020 auf das Angebot einer Konkurrentin zu erteilen.

Die Antragstellerin reichte per Telefax am Nachmittag des 28.09.2020 bei der VK einen Nachprüfungsantrag ein, ohne vorher gegenüber dem Auftraggeber eine Rüge erhoben zu haben. Eine halbe Stunde später übermittelte die Antragstellerin dem Auftraggeber mit einem Telefax eine Rüge. Zur Begründung verwies die Antragstellerin auf ihren Nachprüfungsantrag, der dem Schreiben beilag.

Die VK wies den Nachprüfungsantrag mit der Begründung, dass eine Rüge gegenüber dem Auftraggeber vor Einreichen eines Nachprüfungsantrages erfolgen müsse, vgl. § 160 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 GWB, als unzulässig zurück. Die Antragstellerin legte hiergegen sofortige Beschwerde ein und führte aus, dass eine Rüge jedenfalls dann auch erst gemeinsam mit dem Einreichen des Nachprüfungsantrages erfolgen könne, wenn die Zuschlagserteilung wie in diesem Fall unmittelbar bevorstehe.

Die Entscheidung

Nach Auffassung des Vergabesenats war der Nachprüfungsantrag zwar im Ergebnis unbegründet, aber zulässig.

So stelle das Schreiben der Antragstellerin eine ordnungsgemäße Rüge dar. Die 10-Tages-Frist des § 160 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 GWB habe erst am Abend des 28.09.2020 geendet, sodass die Antragstellerin sie eingehalten habe. Der Vorschrift lasse sich gerade nicht entnehmen, dass der Bieter in jedem Fall eine Rüge vor Einreichen des Nachprüfungsantrags erheben müsse. Sinn und Zweck der Regelung sei es zwar, dass der Vergabestelle die Möglichkeit gegeben werde, etwaige

Vergaberechtsverstöße möglichst frühzeitig zu beseitigen und hierdurch unnötige Nachprüfungsverfahren zu vermeiden.

Es könnte jedoch an dem Erfordernis der vorherigen Rüge jedenfalls dann nicht festgehalten werden, wenn der Antragsteller erst so spät von dem Vergaberechtsfehler erfährt, dass zu befürchten sei, dass er seine Rechte infolge des bevorstehenden Zuschlags nicht mehr geltend machen könnte. Ansonsten könnte der Bieter entweder die ihm vom Gesetzgeber zugestandene Rügefrist von 10 Tagen nicht ausschöpfen oder er würde Gefahr laufen, dass der Auftraggeber den Zuschlag erteile und damit keine Überprüfung mehr erfolge.

Schließlich wäre die Forderung einer vorherigen Rüge vorliegend reine Förmerei. Denn es sei nicht davon auszugehen, dass der Auftraggeber bei einer wenige Minuten vor Einreichen des Nachprüfungsantrages erhobenen Rüge sachgerecht darauf hätte reagieren können.

Praxishinweise

Die Entscheidung des OLG Karlsruhe überrascht. So muss nach § 161 Abs. 2 GWB die Begründung des Nachprüfungsantrages auch enthalten, dass eine Rüge gegenüber dem Auftraggeber erfolgt ist. Diese Norm, die von dem Vergabesenat nicht berücksichtigt wurde, sieht damit explizit eine zeitliche Abfolge von vorher erfolgter Rüge und anschließendem Nachprüfungsantrag vor.

Trotz der extensiven Entscheidung des OLG zugunsten eines effektiven Rechtsschutzes in bestimmten Fällen bleibt es für Bieter grundsätzlich ratsam und rechtssicherer, auch unter Zeitdruck einen Vergabeverstoß immer erst zu rügen. Von Auftraggeberseite kann einem erhöhten Zeitdruck der Bieter und in Folge einem gegebenenfalls gesteigerten Aufkommen von Nachprüfungsanträgen entgegengewirkt werden, indem sie den Zeitrahmen in Vorabinformationsschreiben großzügig gestalten.