

Vergabe Prax

Zeitschrift zur Praxis des Vergaberechts



Heft 12 | Dezember 2021

9.00 € Abonnement

6.00 € Einzelheft

HERAUSGEBER

RA Dr. jur. Thomas Ax

REDAKTION

Tobias R.C. Schmitt

12 | 21

AX VERLAG



FÜR VERGABE- UND VERTRAGSRECHT

INHALT

INHALT	3	Fehlende Amtsbezeichnung führt zur Unwirksamkeit des Vertrags	13
Beiträge	4	Aktuelle Beschlüsse	14
Schätzung und Bekanntgabe der Auftragswerte bei Rahmenverträgen	4	3. Vergabekammer LSA: Beschlüsse 2020	14
Angemessene Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen	4	Leitsatz zu Beschluss 21-24	15
Unangemessen hoher Preis – was nun?	5	Wir stellen Ihnen Nachprüfungs- oder Feststellungsantrag!	23
Wann ist eine produktspezifische Ausschreibung gerechtfertigt?	5	Vorankündigungen und Seminare 2021/2022	24
Dringlichkeit und Risikobegrenzung als Begründung für eine Direktvergabe von Software	6	Feedback Seminare	25
Wegen der Schwierigkeit des Vergaberechts ist die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten nicht nur ausnahmsweise bei ungewöhnlichen Konstellationen als notwendig zu erachten	7	Stimmen zu durchgeführten Seminaren, Schulungen, Workshops	25
Großbauvorhaben sind (vergaberechtlich) nicht besonders dringlich	8	Workshops 2021/2022	26
Bisheriger Auftragnehmer ist nicht "vorbehaftet"	8	Über die Notwendigkeit zur Einrichtung von zentralen Vergabestellen	26
Spekulativer Preis ist nicht der „geforderte“ Preis	8	Publikationen zum Vergaberecht	28
Praxistip: Projektsteuerungsleistungen für den Neubau einer Feuer- und Rettungswache	9	VOB – konzentriert und aktuell – was Praktikerinnen und Praktiker über die VOB wissen müssen	28
Von den Vergabenachprüfungsinstanzen ist stets objektiv zu beurteilen, ob ein konkretes Bieterverhalten eine Rüge darstellt oder nicht	11	Qualitätsvolle Auftragsvergabe Band 1 - Vergabe und Vertrag - VOB	28
Angebote können trotz spekulativer Preisangabe nicht immer nach § 57 Abs. 1 Nr. 5 VgV ausgeschlossen werden	12	Bestellformular	29
		Stellenanzeigen	30
		Impressum	31

Beiträge

Schätzung und Bekanntgabe der Auftragswerte bei Rahmenverträgen

von Thomas Ax

Der Auftragswert ist auf der Grundlage des Höchstwertes aller für die Laufzeit der Rahmenvereinbarung geplanten, d.h. nach sorgfältiger Schätzung zu erwartenden Aufträge zu ermitteln (vgl. § 2 Abs. 4 VgV) und bekannt zu geben (vgl. zu Ausnahmen OLG Düsseldorf, Beschl. v. 7.3.2012 – Verg 91/11 = BeckRS 2012, 10231). Damit soll den Bietern (insb. Newcomern) im Rahmen des Transparenz- und Wirtschaftlichkeitsgebotes eine belastbare Kalkulationsgrundlage verschafft werden (ähnl. Ziekow/Völlink/ Völlink, § 4 VOL/A, Rn. 4; Müller-Wrede/Poschmann, VOL/A, § 4 VOL/A-EG, Rn. 30, 34 mwN). § 21 Abs. 1 S. 2 VgV stellt ausdrücklich klar, dass das Auftragsvolumen nicht abschließend festzulegen ist (OLG Düsseldorf, Beschl. v. 28.3.2012 – Verg 90/11 = IBRRS 2012, 2199). Somit muss sich der Auftraggeber weder nach oben noch nach unten konkret festlegen.

Der Auftraggeber darf auch Leistungen ausschreiben, die er lediglich ergebnisorientiert definiert und in der Menge bestenfalls hochgerechnet (geschätzt), aber nicht in allen Einzelheiten zuvor ermittelt hat (OLG Düsseldorf, Beschl. 21.10.2015 – Verg 28/14 = BeckRS 2015, 18210; OLG Naumburg, Urt. v. 22.1.2002 – 1 U (Kart) 2/01, BeckRS 2002, BeckRS 2002, 30234008). Dabei ist der dem öffentlichen Auftraggeber zumutbare Aufwand bei der Bedarfsermittlung mit Rücksicht auf die Verfahrensbeschleunigung und die begrenzten verwaltungsmäßigen und finanziellen Ressourcen zu beschränken (vgl. OLG Düsseldorf, Beschl. v. 2. 12. 2009 - VII-Verg 39/09 = NZBau 2010, NZBAU Jahr 2010 Seite 393 mwN; anders für bestimmte Ausnahmefälle (Streusalzversorgung) OLG Jena, Beschl. v. 22.8.2011 - 9 Verg 2/11; OLG Dresden, Beschl. v. 2.8.2011 - WVerg 4/11 (hier allerdings keine Rahmenvereinbarung); krit. hierzu Laumann/Scharf, VergabeR 2012, 156 (161f.)).

Damit wird dem Auftraggeber ein gewisser Spielraum bei der Angabe zum möglichen Auftragsvolumen eingeräumt. Das macht Sinn, weil das Volumen auf der einen Seite möglicherweise noch nicht bekannt ist und das Institut der Rahmenvereinbarung dem Auftraggeber die Möglichkeit geben soll, auch noch nicht bekannte Bedarfe über eine (ordnungsgemäß ausgeschriebene) Rahmenvereinbarung zu decken. Der Abschluss von Rahmenvereinbarungen soll schließlich die

Unwägbarkeiten hinsichtlich des zukünftigen Bedarfs abdecken (OLG Düsseldorf, Beschl. v. 7.11.2011 – Verg 90/11; VK Bund, Beschl. v. 17.3.2014 – VK 2 13/14), mit der Konsequenz, dass gewisse Unsicherheiten für die Angebotskalkulation auftreten (OLG Düsseldorf, Beschl. v. 20. 2.2013 – Verg 44/12 = BeckRS 2013, 05999; VK Bund, Beschl. v. 19.09.2014 – VK 1-70/14). Insofern hilft der dem Auftraggeber zur Verfügung stehende Gestaltungsspielraum, eine frühzeitige Überschreitung der möglichen Abrufmengen zu vermeiden (ausführlich Wichmann, VergabeR 2017, 1 (3)). Bei einer Überschreitung wäre der Abruf nicht mehr gedeckt und es läge eine sog. de facto-Vergabe vor.

Angemessene Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen

von Thomas Ax

Der öffentliche Auftraggeber hat seine Beschaffungen unter Beachtung der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit durchzuführen.

Für alle finanzwirksamen Maßnahmen sind angemessene Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen durchzuführen und die damit verbundenen Risikoverteilungen zu berücksichtigen. Finanzielle Vor- und Nachteile einzelner Modelle sind vorab zu klären.

Die Pflicht zu Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen ergibt sich aus den Grundsätzen der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit.

Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen sind notwendig, um die günstigste Relation zwischen dem verfolgten Zweck und den einzusetzenden Mitteln zu erzielen.

Für Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen sind die nach den Erfordernissen des Einzelfalles einfachsten und am wenigsten aufwendigen Methoden anzuwenden.

Existieren zu einer Maßnahme alternative Finanzierungsarten (Kauf/Miete), sind diese in die Wirtschaftlichkeitsuntersuchung mit einzubeziehen.

Die Wirtschaftlichkeitsuntersuchung ist in ihren wesentlichsten Punkten schriftlich festzuhalten; ein prüfbarer Nachweis muss sichergestellt sein.

Entsprechend dem Realisierungsablauf einzelner Maßnahmen sind Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen durchzuführen:

in der Planungs- und in der Entscheidungsphase, also zur Vorbereitung der Beschaffungsmaßnahme, bei mehrjährigen Maßnahmen während der Durchführung im Sinne einer begleitenden Kontrolle (Plan/Ist-Vergleich) und ggf. bei Anpassung oder Optimierung der Maßnahme sowie nach deren Abschluss als Erfolgskontrolle.

Unangemessen hoher Preis – was nun?

von Thomas Ax

Eine Ausschreibung kann gemäß § 17 Abs. 1 VOB/A-EU aufgehoben werden, wenn gemäß § 16d Abs. 1 Nr. 1 VOB/A-EU keinem Angebot wegen unangemessen hohen Preises der Zuschlag erteilt werden kann. Ob dieser Tatbestand unter § 17 Abs. 1 Nr. 1 VOB/A-EU - kein Angebot, das den Ausschreibungsbedingungen entspricht oder unter § 17 Abs. 1 Nr. 3 VOB/A-EU - anderer schwerwiegender Grund zu subsumieren ist, kann offen bleiben. Denn wenn nur Angebote mit einem unangemessen hohen Preis vorliegen, kann jedenfalls nach einem der beiden Tatbestände die Ausschreibung aufgehoben werden.

Der Maßstab für die Ermittlung eines angemessenen Preises und damit für die Beurteilung, ob ein Preis unangemessen hoch im Sinne von § 16d Abs. 1 Nr. 1 VOB/A-EU ist, können Angebote anderer Bieter, Daten aus anderen Ausschreibungen, für vergleichbare Leistungen vom Auftraggeber gezahlte oder ihm angebotene Preise, eigene Kostenschätzungen und Kalkulationen beratender Ingenieurbüros sein. Allerdings müssen für einen zulässigen Vergleich zwischen der Kostenschätzung des Auftraggebers und dem gebotenen Preis das der Kostenschätzung zu Grunde liegende LV sowie das LV der Ausschreibung übereinstimmen und die bei der Kostenschätzung gewonnenen Ergebnisse müssen als vertretbar erscheinen. Bei der Frage der Angemessenheit des Preises ist auf den Gesamtpreis abzustellen und nicht auf einzelne Preispositionen (OLG Karlsruhe, NZBau 2014, 189, 190 f.).

Ein Angebotspreis ist dann unangemessen hoch, wenn er die vertretbare Kostenschätzung deutlich übersteigt, wobei die Frage, wann die Kostenschätzung so deutlich überschritten ist, dass eine sanktionslose Aufhebung der Ausschreibung gerechtfertigt ist, nicht durch allge-

meinverbindliche Werte nach Höhe oder Prozentsätzen beantwortet werden kann, sondern vielmehr eine alle Umstände des Einzelfalls einbeziehende Interessenabwägung vorzunehmen ist (BGH, Urteil vom 20.11.2012, Az.: X ZR 108/10).

Der Auftraggeber muss die Kostenschätzung unter Berücksichtigung aller verfügbaren Daten in einer der Materie angemessenen und methodisch vertretbaren Weise erarbeiten. Aus der Sicht der Beteiligten sind die Ergebnisse der Kostenschätzung hinzunehmen, wenn sie aufgrund der bei ihrer Aufstellung objektiv vorliegenden und erkennbaren Daten als vertretbar erscheint. Daran wird es regelmäßig fehlen, wenn sie auf erkennbar unrichtigen Daten beruht, insbesondere, wenn sie eine vorhersehbare Kostenentwicklung unberücksichtigt lässt, wichtige Aspekte außer Acht lässt oder ungeprüft und pauschal auf anderen Kalkulationsgrundlagen beruhende Werte übernimmt (BGH, Beschluss vom 20.11.2012, Az.: X ZR 108/10; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 29.08.2018 - Verg 14/17; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 13.03.2019, Az.: Verg 42/18; Heiermann/Zeiss/Summa, jurisPK-Vergaberecht, 5. Aufl., 2016, § 63 VgV, Rn 62).

VK Thüringen, Beschluss vom 28.02.2020 - 250-4002-21/2020-E-002-IK

Wann ist eine produktspezifische Ausschreibung gerechtfertigt?

von Thomas Ax

Zur Sicherstellung eines breiten Wettbewerbs um Beschaffungen der öffentlichen Hand unterliegen die öffentlichen Auftraggeber dem Gebot der produktneutralen Ausschreibung. Das Gebot der Produktneutralität steht allerdings in einem Spannungsverhältnis zum Leistungsbestimmungsrecht des Auftraggebers, dem grundsätzlich das Recht zukommt, selbst zu bestimmen, was er beschaffen möchte. Auch ein öffentlicher Auftraggeber ist entsprechend dem Grundsatz der Privatautonomie grundsätzlich frei, seinen Bedarf festzulegen und autonom zu definieren. Die Entscheidung darüber, ob und ggf. was zu beschaffen ist, wird erfahrungsgemäß von zahlreichen Faktoren beeinflusst, unter anderem von technischen, wirtschaftlichen, gestalterischen oder solchen der sozialen, ökologischen oder ökonomischen Nachhaltigkeit. Die Wahl unterliegt der Bestimmungsfreiheit des Auftraggebers, deren Ausübung dem Vergabeverfahren vorgelagert ist. Das

Vergaberecht regelt demnach nicht, was der öffentliche Auftraggeber beschafft, sondern nur die Art und Weise der Beschaffung (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 31. Mai 2017 - Verg 36/16, Drohnen, m. w. N.; OLG Celle, Beschluss vom 31.03.2020 - 13 Verg 13/19, Meldeempfänger), also das Verfahren, in welchem ein Vertragspartner für den unabhängig von vergaberechtlichen Bindungen festgelegten Beschaffungsbedarf ausgewählt wird. Allerdings ist bereits der Festlegung eines bestimmten Beschaffungsgegenstandes eine gewisse wettbewerbsbeschränkende Wirkung immanent, da die Entscheidung "für" etwas gleichzeitig die Entscheidung "gegen" etwas anderes beinhaltet, das vielleicht auch möglich gewesen wäre, um den zugrundeliegenden Bedarf zu decken. Deshalb ist auch das Bestimmungsrecht des Auftraggebers nicht grenzenlos und gilt das Gebot der produktneutralen Ausschreibung als konkrete Ausformung des allgemeinen Wettbewerbsgrundsatzes nach § 97 Abs. 1 GWB (vgl. VK Bund, Beschluss vom 09.05.2014 - VK 2-33/14). Der öffentliche Auftraggeber hat in Konsequenz dessen nach § 31 Abs. 1 VgV die Leistungsbeschreibung in einer Weise zu fassen, dass sie allen Unternehmen den gleichen Zugang zum Vergabeverfahren gewährt. In Ergänzung bestimmt § 31 Abs. 6 Satz 1 VgV, dass in der Leistungsbeschreibung nicht auf eine bestimmte Produktion oder Herkunft oder ein besonderes Verfahren, das die Erzeugnisse oder Dienstleistungen eines bestimmten Unternehmens kennzeichnet, oder auf gewerbliche Schutzrechte, Typen oder einen bestimmten Ursprung verwiesen werden darf, wenn dadurch bestimmte Unternehmen oder bestimmte Produkte begünstigt oder ausgeschlossen werden, es sei denn, dieser Verweis ist durch den Auftragsgegenstand gerechtfertigt (§ 31 Abs. 6 Satz 1 letzter Halbsatz VgV) oder der Auftragsgegenstand kann nicht hinreichend genau und allgemein verständlich beschrieben werden (§ 31 Abs. 6 Satz 2 VgV).

Eine produktspezifische Ausschreibung ist deshalb nur dann gerechtfertigt, wenn vom Auftraggeber nachvollziehbare objektive und auftragsbezogene Gründe angegeben worden sind und die Bestimmung folglich willkürfrei getroffen worden ist, solche Gründe tatsächlich vorhanden (festzustellen und notfalls erwiesen) sind und die Bestimmung andere Wirtschaftsteilnehmer nicht diskriminiert (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 16.10.2019 - Verg 66/18; Beschluss vom 13.04.2016 - Verg 46/15; Beschluss vom 01.08.2012 - Verg 10/12, Warnsystem; OLG München, Beschluss vom 26.03.2020 - Verg 22/19; OLG Jena, Beschluss vom 25.06.2014 - 2 Verg 1/14; OLG Celle Beschluss vom 31.03.2020 - 13 Verg 13/19; teils zur Vorgängervorschrift des § 7 VOB/A). Dem öffentlichen Auftraggeber

steht bei der Einschätzung, ob die Vorgabe eines bestimmten Herstellers gerechtfertigt ist, ein Beurteilungsspielraum zu. Die Entscheidung muss aber nachvollziehbar begründet und dokumentiert sein; wenn gleich eine vorherige Markterkundung nicht erforderlich ist. Die Darlegungslast für die Notwendigkeit einer herstellerbezogenen Leistungsbeschreibung liegt beim öffentlichen Auftraggeber (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 16.10.2019 - Verg 66/18 Rn 52; OLG Celle, Beschluss vom 31.03.2020 - 13 Verg 13/19).

OLG Brandenburg, Beschluss vom 08.07.2021 - 19 Verg 2/21

Dringlichkeit und Risikobegrenzung als Begründung für eine Direktvergabe von Software

von Thomas Ax

Kommt es dem Auftraggeber mit Blick auf die Dringlichkeit und Risikobegrenzung zulässigerweise auf die Beschaffung einer bestehenden Software an, muss er einen über die programmtechnisch bereits vorgesehene und getestete Konfiguration hinausgehenden Eingriff in die Programmstruktur nicht hinnehmen.

Mit einer Umprogrammierung im Sinn eines Eingriffs in die Programmstruktur - und nicht lediglich einer programmtechnisch bereits vorgesehenen und getesteten Konfiguration des Systems - sind Risiken und Verzögerungen verbunden, zu deren Abschätzung sich der Auftraggeber nicht auf Angaben des Anbieters verweisen lassen muss (zur legitimen Risikobegrenzung siehe auch Willweber in: Heiermann/Zeiss/Summa, jurisPK-Vergaberecht, 5. Aufl., § 14 VgV (Stand: 22.04.2020), Rn. 99).

Auf eine vermeintliche Vergaberechtswidrigkeit der Direktvergabe kann sich ein Unternehmen dann nicht berufen, wenn die angebotene Software die zulässig gestellten zwingenden Anforderungen im Vergabezeitpunkt nicht erfüllte. Die vergaberechtliche Nachprüfung dient dem Schutz von Unternehmen vor Benachteiligung bei der öffentlichen Auftragsvergabe. Deshalb können Unternehmen in dem Verfahren nur geltend machen, sie würden durch die konkrete Ausgestaltung des Vergabeverfahrens oder die Auswahlentscheidung in subjektiven Rechten verletzt und ihnen drohe dadurch ein Schaden. Eine allgemeine Rechtmäßigkeitskontrolle oder Überwachung des Handelns und der Entscheidungen öffentlicher Auftraggeber findet

demgegenüber in diesem Rahmen nicht statt. Vielmehr genießt dann das Interesse an einer zügigen Beschaffung Vorrang. Deshalb muss - auch wenn die Antragsbefugnis als "Grobfilter" bejaht wird - ein Nachprüfungsantrag letztlich ohne Erfolg bleiben, wenn sich im Rahmen einer eingehenden Prüfung auf Begründetheitsebene ergibt, dass der Antragsteller auf sein konkretes beziehungsweise potentiell Angebot einen Zuschlag zweifelsfrei gar nicht erhalten könnte (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 15. Juni 2010 - VII-Verg 10/10 -; Blöcker in: Röwekamp/Kus/Portz/Prieß, GWB, 5. Aufl., § 168 Rn. 7 mwNachw.).

OLG Rostock, Beschluss vom 11.11.2021 - 17 Verg 6/21

Wegen der Schwierigkeit des Vergaberechts ist die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten nicht nur ausnahmsweise bei ungewöhnlichen Konstellationen als notwendig zu erachten

von Thomas Ax

Nach § 182 Abs. 4 GWB i.V.m. § 80 Abs. 1, 2 und 2 Satz 2 VwVfG hat der unterlegene Beteiligte die Rechtsanwaltskosten des Gegners zu tragen, wenn die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten notwendig war. Wegen der Schwierigkeit des Vergaberechts, der kontradiktorischen Ausgestaltung des Nachprüfungsverfahrens und der Eilbedürftigkeit des Vortrags in Vergabesachen ist die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten nicht nur ausnahmsweise bei ungewöhnlichen Konstellationen als notwendig zu erachten. Vielmehr erfordert die Entscheidung über die Notwendigkeit eines Verfahrensbeteiligten einen Rechtsanwalt hinzuzuziehen eine differenzierende Betrachtung des Einzelfalls (BGH, Beschluss vom 26.09.2006 - X ZB 14/06, Rn 61). Dies gilt auch für die Hinzuziehung eines Rechtsanwalts durch den Auftraggeber. Bei der Prüfung ist darauf abzustellen, ob der Beteiligte nach den Umständen des Falles auch selbst in der Lage gewesen wäre, aufgrund der bekannten oder erkennbaren Tatsachen den Sachverhalt zu erfassen, der im Hinblick auf eine Missachtung von Bestimmungen über das Vergabeverfahren von Bedeutung ist, hieraus die für eine sinnvolle Rechtswahrung oder Rechtsverteidigung nötigen Schlüsse zu ziehen und das danach Gebotene gegenüber der Vergabekammer vorzubringen (BGH, a.a.O., OLG Düsseldorf, Beschluss vom 14.10.2020 - Verg 36/19 -). Hierfür können neben Gesichtspunkten wie der Einfachheit oder Komplexität

des Sachverhalts, der Überschaubarkeit oder Schwierigkeit der zu beurteilenden Rechtsfragen auch persönliche Umstände, wie die sachliche und personelle Ausstattung der Beteiligten maßgeblich sein, zudem fließt der Gesichtspunkt der prozessualen Waffengleichheit in die Prüfung ein (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 17.06.2020 - Verg 43/18 m.w.N.). Für den öffentlichen Auftraggeber gilt, dass dann, wenn das Nachprüfungsverfahren schwerpunktmäßig auftragsbezogene Sach- und Rechtsfragen zum Gegenstand hat, für ihn im Regelfall keine Notwendigkeit besteht, anwaltlichen Beistand hinzuzuziehen. Denn in seinem originären Aufgabenbereich muss der Auftraggeber sich die notwendige Sach- und Rechtskenntnis grundsätzlich selbst verschaffen (OLG München, Beschluss vom 11.06.2008 - Verg 6/08 -).

Bsp.:

(OLG Brandenburg, Beschluss vom 13.09.2021 - 19 Verg 4/21)

„In dem vorliegenden Vergabenachprüfungsverfahren haben die Parteien neben der Frage, wer Auftraggeber für die zu vergebenden Rohbauarbeiten sein sollte, über die Anforderungen an die Versendung der Mitteilung nach § 134 GWB in Textform und über die Rechtmäßigkeit des Ausschlusses der Antragstellerin aus dem Vergabeverfahren gestritten, nachdem diese erst nach Angebotsabgabe für verschiedene Leistungen Nachunternehmer benannt hatte. Diese Streitpunkte gehen insgesamt über einfach gelagerte, auftragsbezogene Sach- und Rechtsfragen hinaus. Hinzu kommt, dass der Antragsgegner als akademisches Forschungsinstitut nur über eine sehr schlanke Administration ohne eigene Rechtsabteilung und ohne Mitarbeiter mit für ein Nachprüfungsverfahren zureichenden vergaberechtlichen oder prozessualen Kenntnissen verfügt und der für die Durchführung des Vergabeverfahrens an den in Vergabesachen erfahrenen ### erteilte Dienstleistungsauftrag auf das eigentliche Vergabeverfahren beschränkt war. Die Feststellung der Vergabekammer, die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten im Vergabenachprüfungsverfahren durch den Auftraggeber für notwendig zu erklären, ist vor diesem Hintergrund nicht zu beanstanden.“

Großbauvorhaben sind (vergaberechtlich) nicht besonders dringlich

von Thomas Ax

Bei einem Großvorhaben im Baubereich, das sich noch in der Anfangsphase befindet, lässt sich die Gestattung eines vorzeitigen Zuschlags nicht auf finanzielle Einbußen stützen, welche im Falle einer hinausgeschobenen Fertigstellung frühestens in einigen Jahren zu erwarten wären, wenn die Möglichkeit der zwischenzeitlichen Kompensierung von Verzögerungen, die durch das anhängige Nachprüfungsverfahren eintreten, im weiteren Bauverlauf nicht ausgeschlossen ist.

Ebenso wenig kann für eine erhöhte Dringlichkeit der vorzeitigen Zuschlagserteilung die Dauer eines bereits vorangegangenen Vergabeverfahrens angeführt werden, weil ansonsten die Verzögerungen, welche durch die Dauer des Nachprüfungsverfahrens zu einer ersten Teilausschreibung für das Gesamtbauvorhaben verursacht wurden, den vorzeitigen Zuschlag ebenso bei allen noch ausstehenden Vergaben weiterer Leistungen bedingten und die §§ 155 ff. GWB für das restliche Projekt leer liefen.

OLG Rostock, Beschluss vom 16.09.2021 - 17 Verg 7/21

Bisheriger Auftragnehmer ist nicht "vorbefasst"

von Thomas Ax

Die Vorschrift des § 7 Abs. 1 VgV, wonach der Auftraggeber sicherzustellen hat, dass der Wettbewerb durch die Teilnahme eines vorbefassten Unternehmens nicht verzerrt wird, erfasst nicht den bisherigen Auftragnehmer.

Wettbewerbsvorsprünge eines Bieters, der sich aufgrund eines Vorauftrags bereits auf die Besonderheiten des Auftraggebers eingestellt hat, bedürfen keines Ausgleichs durch den Auftraggeber. Es entspricht der normalen Rollen- und Risikoverteilung im Wettbewerb, sich zum Markteintritt zu qualifizieren.

VK Bund, Beschluss vom 18.09.2020 - VK 2-51/20

Spekulativer Preis ist nicht der „geforderte“ Preis

von Thomas Ax

Der Ausschlussgrund des § 16 Abs. 1 Nr. 1 lit. c i.V.m. § 13 Abs. 1 Nr. 3 VOB/A 2012 ist nicht nur dann gegeben, wenn Preisangaben – mit der ausdrücklich vorgesehenen Ausnahme – gänzlich fehlen oder in formeller Hinsicht unvollständig sind i. S. sog. schlichter Auslassungen, bzw. wenn Preisangaben in einer auch durch Auslegung nicht zu beseitigenden Mehrdeutigkeit gemacht werden, sondern auch dann, wenn zwar eine Preisangabe vorhanden, diese aber inhaltlich nicht der „geforderten“ Preisangabe entspricht.

Der öffentliche Auftraggeber hat für das Vorliegen einer inhaltlich unvollständigen oder unzutreffenden Preisangabe in einem Vergabe- oder einem Vergabenaachprüfungsverfahren die Feststellungslast, im Zivilprozess die Beweislast zu tragen.

Für besonders auffällige Preisgestaltungen, z. B. bei offenkundig unrealistischen Preisangaben oder bei Feststellung einer Konnexität zwischen Ab- und Aufpreisungen, besteht eine – vom Bieter widerlegbare – tatsächliche Vermutung für das Vorliegen einer Preisverlagerung.

Beanstandet der öffentliche Auftraggeber einzelne Preisangaben mit Substanz als besonders auffällig, so obliegt es dem Bieter – im Zivilprozess im Rahmen der sog. sekundären Darlegungslast –, zumindest zu diesen Positionen seine Urkalkulation vorzulegen bzw. die ursprüngliche Kalkulation zu rekonstruieren und darzulegen.

OLG Naumburg, Urteil vom 15.01.2021 - 7 U 39/20

Praxistip: Projektsteuerungsleistungen für den Neubau einer Feuer- und Rettungswache

Projekt:

Der Auftraggeber benötigt Projektsteuerungsleistungen für den Neubau seiner Feuer- und Rettungswache.

Lösung:

Durchführung eines Verhandlungsverfahrens mit TW.

Mit der Vergaberechtsreform 2016 hat der Gesetzgeber die Wahl eines Verhandlungsverfahrens für öffentliche Auftraggeber erleichtert. Zugleich hat er das Verhandlungsverfahren im Detail geregelt.

Verhandlungsverfahren sind grundsätzlich zweistufig strukturiert: An den zunächst veröffentlichten Teilnahmewettbewerb schließt sich die eigentliche Verhandlungsphase mit den ausgewählten Unternehmen an.

Bei einem Verhandlungsverfahren mit Teilnahmewettbewerb fordert der öffentliche Auftraggeber eine unbeschränkte Anzahl von Unternehmen im Rahmen eines Teilnahmewettbewerbs öffentlich zur Abgabe von Teilnahmeanträgen auf. Jedes interessierte Unternehmen kann einen Teilnahmeantrag abgeben. Mit dem Teilnahmeantrag übermitteln die Unternehmen die vom öffentlichen Auftraggeber geforderten Informationen zur Prüfung der Eignung. Nur diejenigen Unternehmen, die vom öffentlichen Auftraggeber nach Prüfung der übermittelten Informationen dazu aufgefordert werden, können ein Erstangebot abgeben.

Ein Auftrag kann auf der Grundlage der Erstangebote sogar ohne Verhandlungen vergeben werden. Diese Möglichkeit muss sich der Auftraggeber allerdings in der Auftragsbekanntmachung bzw. der Aufforderung zur Interessenbestätigung ausdrücklich vorbehalten haben.

Im Unterschied zur bisherigen Rechtslage und in Abgrenzung zum Wettbewerblichen Dialog dürfen Verhandlungen nur auf der Grundlage von zuvor eingereichten Erstangeboten erfolgen. Es ist daher bspw. nicht möglich, Verhandlungen mit den Unternehmen über die ausgeschriebenen Leistungen zu führen, ohne dass diese ein erstes Angebot abgegeben hätten. Zu verhandeln sind auch alle Folgeangebote, wohingegen die endgültigen Angebote nicht verhandelt werden dürfen.

Verhandelbar ist generell der gesamte Angebotsinhalt einschließlich der Preise und Vertragsklauseln, mit Ausnahme der physischen, funktionellen und rechtlichen Mindestanforderungen, die jedes Angebot erfüllen muss. Nicht verhandelbar sind zudem die Zuschlagskriterien zur Ermittlung des wirtschaftlichsten Angebotes.

Die Angebotsfrist kann mit den Bewerbern, die zur Angebotsabgabe aufgefordert werden, im gegenseitigen Einvernehmen festgelegt werden. Ausgenommen hiervon sind oberste Bundesbehörden. Allen Bewerbern muss dieselbe Frist für die Einreichung der Angebote gewährt werden. Erfolgt keine ausdrückliche Einigung mit den Bewerbern, dann gilt mindestens eine zehntägige Angebotsabgabefrist. Ansonsten beträgt die Frist für die Erstangebote mindestens 30 Tage. Diese Frist kann um 5 Tage verkürzt werden, wenn – was heute die Regel ist – die elektronische Übermittlung der Angebote akzeptiert wird. Ändert der Auftraggeber die Leistungsbeschreibung, muss er alle im Vergabewettbewerb befindlichen Bieter hierüber unterrichten und ihnen ausreichend Zeit einräumen, um ein geändertes oder überarbeitetes Angebot abgeben zu können.

Verhandlungsgespräche sollten für alle Bewerber weitgehend gleich ablaufen. Dies betrifft sowohl den zeitlichen Rahmen als auch die inhaltlichen Themen. Je nach Art und Umfang des Ausschreibungsgegenstandes bietet sich ein 2 bis 3-stündiges Verhandlungsgespräch mit jedem Bewerber an. Grob untergliedern lässt sich dies in die folgenden Punkte: Vorstellung des Erstangebotes (bzw. des Folgeangebotes), Aussprache zur Leistung, Aussprache zum Vertrag.

Das Verhandlungsgespräch ist grundsätzlich zu protokollieren und sollte im Anschluss durch die Verhandlungsparteien unterzeichnet werden.

Unter Abschnitt III: Rechtliche, wirtschaftliche, finanzielle und technische Angaben III.1) Teilnahmebedingungen machen Sie folgende Angaben:

III.1.2) Wirtschaftliche und finanzielle Leistungsfähigkeit Auflistung und kurze Beschreibung der Eignungskriterien: Eignungskriterium für die wirtschaftliche und finanzielle Leistungsfähigkeit sind die Jahresgesamtsätze des Unternehmens in den letzten 3 abgeschlossenen Geschäftsjahren. Zur Nachweisführung genügen entsprechende Eigenerklärungen im Bewerbungsformular. III.1.3) Technische und berufliche Leistungsfähigkeit Auflistung und kurze Beschreibung der Eignungskriterien: Eignungskriterien für die technische und berufliche Leistungsfähigkeit sind: 1. Referenzen

Publikationen zum Vergaberecht



VOB – konzentriert und aktuell – was Praktikerinnen und Praktiker über die VOB wissen müssen

VOB ist eine Abkürzung für die Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen (VOB) und ist ein von allen Beteiligten im Bauwesen erarbeitetes Regelwerk, aber weder Gesetz noch Rechtsverordnung. Vielmehr erfüllt sie im Bauvertrag die Funktion der Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) und regelt die Rechte und Pflichten der Bauvertragsparteien.

Die VOB wird vom Deutschen Vergabe- und Vertragsausschuss für Bauleistungen (DVA), einem von den Interessengruppen der öffentlichen Auftraggeber und der Auftragnehmer paritätisch besetzten Gremium, erarbeitet und fortgeschrieben. In ihr sind Bestimmungen für die Vergabe von Bauaufträgen öffentlicher Auftraggeber sowie Vertragsbedingungen für die Ausführung von Bauleistungen geregelt.

In diesem Buch erfahren Sie alles, was Sie über die VOB wissen müssen; komprimiert und verständlich zusammengefasst. Aktuelle Rechtsprechung zur VOB und was Sie zu Verträgen wissen müssen. Kurzum ein Handbuch für alle Praktikerinnen und Praktiker.

Umfang: 220 Seiten

Preis: 29,90 €



Qualitätsvolle Auftragsvergabe Band 1 - Vergabe und Vertrag - VOB

Mit der Vergabe werden weichen für den Vertrag gestellt und jeder Vertrag ist nur so gut wie die dem Vertrag zugrundeliegende Vergabe:

Bewahrheitet sich auch und insbesondere bei VOB-Vergaben. Maßstab für die vertragliche Frage der Mangelfreiheit bzw. Mangelhaftigkeit des Werkes ist die Abweichung der Ist- von der im Vergabeverfahren ausgeschrieben und angebotenen und beauftragten Soll-Beschaffenheit. Das Eine bedingt das Andere.

Dieser Band ist eine Werkstatt für Erfahrungen aus dem einen und den Bezügen auf den anderen Bereich. Die 2. Auflage ist bereits in Vorbereitung und erscheint 2021. Hinweise und Ideen gerne an den Autor.

Umfang: 127 Seiten

Preis: 29,90 €

Bestellformular

VergabePrax

- JA, hiermit bestelle ich kostenpflichtig die **VergabePrax** mit 12 Ausgaben pro Jahr für nur 72 € Jahresgebühr (zzgl. MwSt). Die Kündigung des Abonnements ist jeweils zum 30.06. und 31.12. eines jeden Jahres möglich.
- JA, hiermit bestelle ich das kostenlose **Schnupper-Abo der VergabePrax**. Dies beinhaltet zwei elektronische Monatsausgaben der VergabePrax. Wenn nach der zweiten elektronischen Ausgabe keine Kündigung erfolgt ist, wird das Abonnement kostenpflichtig. Jede weitere Ausgabe der VergabePrax kostet dann 6 € inkl. MwSt. Eine Kündigung des Abonnements ist jeweils zum 30.06. und 31.12. eines jeden Jahres möglich.

Qualitätsvolle Auftragsvergabe Band 1 - Vertrag und Vergabe – VOB

- JA, hiermit bestelle ich kostenpflichtig das **Qualitätsvolle Auftragsvergabe Band 1 - Vertrag und Vergabe - VOB** für 29,90 € (zzgl. Versandkosten*) ISBN 978-3-9819970-5-7

VOB - konzentriert und aktuell

- JA, hiermit bestelle ich kostenpflichtig das **VOB - konzentriert und aktuell** für 29,90 € (zzgl. Versandkosten*) ISBN 978-3-9819970-4-0

* (zzgl. 5,00 € Versandkosten)

Meine Daten (bitte ausfüllen):

Rechnungsanschrift (=Lieferanschrift)

Institution/Firma	
Name	
Straße/Nr.	
PLZ/Ort	
Telefon	
E-Mail	

Datenschutz - Garantie

Ihre Kontaktdaten werden auf unseren Servern gespeichert. Wir setzen diese Daten jedoch ausschließlich für den Versand von E-Mail-Benachrichtigungen bzw. des News-Letters ein. Es findet keine personenbezogene Verwertung statt. Insbesondere geben wir keine Daten an Dritte weiter und werden diese weder für eigene Marketingzwecke missbrauchen noch mit anderen Datenquellen verknüpfen. Die statistische Auswertung anonymisierter Datensätze bleibt vorbehalten.

Bestellannahme:

Bitte senden Sie Ihre Bestellung per Post an den

Ax Verlag

Uferstraße 16

69151 Neckargemünd

oder über

Fax-Nr.: 06223-8688614

E-Mail: mail@ax-verlag.de

Stellenanzeigen

Redakteure m/w/d gesucht:

VergabePrax, TiefbauRecht, HochbauRecht

Zeitschriften sind ein alter Hut? Von wegen!

2020 stiegen die Auflagen unserer drei Zeitschriften VergabePrax, Tiefbaurecht und Hochbaurecht im 6. Jahr in Folge.

Umso mehr Freude hatten wir an den bereits stattgefundenen Redaktionssitzungen für 2021.

Hier warten viele aktuelle Themen und Praxisempfehlungen auf unsere LeserInnen.

Ein schöner Mix von vergaberechtlichen und vertragsrechtlichen Themenstellungen aus der Praxis für die Praxis.

Von PraktikerInnen für PraktikerInnen, abgerundet durch aktuelle Rechtsprechung als Volltexturteil oder Leitsätze oder kommentiert.

Ihre Aufgaben:

- Eigenständige Themenfindung und redaktionelle Umsetzung nach den Leserbedürfnissen im Bereich Vergaberecht, Tiefbaurecht, Hochbaurecht
- Schreiben und Redigieren von Beiträgen, Artikeln, Kommentaren
- Durchführung von Recherchen und Interviews
- Betreuung und Koordination freier Fachautoren im Bereich Vergaberecht, Tiefbaurecht, Hochbaurecht
- Redaktionelle Mitgestaltung des Internetauftritts/Contentmanagement

- Betreuung von redaktionellen Sonderprojekten
- Pflege und Ausbau unserer Kontakte zu Verbänden etc.

Ihr Profil:

- Abgeschlossenes Redaktionsvolontariat
- Branchenkenntnisse bzw. Affinität zu unseren Zielgruppen
- Erfahrungen im Themengebiet Vergaberecht, Tiefbaurecht, Hochbaurecht
- Fähigkeit, komplizierte Sachverhalte attraktiv, verständlich und prägnant darzustellen
- Gespür für aktuelle Themen
- Erfahrung mit neuen Medientechnologien und mobilen Medien
- Kommunikations- und Organisationsstärke
- Teamfähigkeit, Flexibilität und Belastbarkeit

Wir bieten:

- Ein kollegiales Team
- Offene, transparente Kommunikation
- 30 Tage Urlaub + flexible Arbeitszeiten incl. Homeoffice
- Einen interessanten Aufgabenbereich in einem erfolgreichen, internationalen Unternehmen
- Und vieles mehr

Haben Sie Lust, diese spannende Aufgabe in unserem Verlag mit Leben zu füllen?

Dann freuen wir uns auf Ihre Online-Bewerbung mit der Bitte um Angabe Ihrer Gehaltsvorstellung und des frühestmöglichen Eintrittstermins!



Impressum

Herausgeber:

DR. JUR. THOMAS AX

Maîtrise en Droit International Public
(Paris X-Nanterre)

Rechtsanwalt, Seniorpartner und Kanzleiinhaber Ax Rechtsanwälte

1996 in FFM zur Rechtsanwaltschaft zugelassen blickt Thomas Ax auf über 20 Jahre anwaltliches Tun und viele Jahre Lehrtätigkeit als Professor in Karlsruhe und Heidelberg und mit den Jahren zuvor als Doktorand, wissenschaftlicher Mitarbeiter und Rechtsreferendar bzw. Assessor in Sachen Vergaberecht zurück.

Seit 1993: Mehr als 1000 Fachbeiträge in Fachzeitschriften zu vergaberechtlichen, baurechtlichen und architektenrechtlichen Praxisproblemen; mehr als 70 Handbücher, Leitfäden sowie Kommentare; Herausgeber von Fachzeitschriften.

Projektentwicklung, -konzeptionierung, -begleitung, -steuerung, -umsetzung für öffentliche und private Kunden mit der **Ax Projects GmbH**.

Umfassende kommunale Beratung in der **InterKomm.eu**.

Redaktion:

Tobias R.C. Schmitt

Urheber- und Verlagsrecht:

Alle in dieser Zeitschrift veröffentlichten Beiträge sind urheberrechtlich geschützt. Kein Teil dieser Zeitschrift darf außerhalb der Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ohne schriftliche Genehmigung des Herausgebers in irgendeiner Form reproduziert werden.

AX VERLAG

FÜR VERGABE- UND VERTRAGSRECHT

Uferstraße 16
69151 Neckargemünd

Tel.: +49 (0)6223/8688613

Fax: +49 (0)6223/8688614

www.ax-verlag.de

mail@ax-verlag.de

ISSN 1862-9458

Notizen

Lined area for taking notes, consisting of multiple horizontal dashed lines.

