



subreport

12. Kölner Vergabetage

Modul I

„Aktuelles aus dem Vergaberecht 2024“



KUNZ
RECHTSANWÄLTE

Katharina Strauß

Fachanwältin für Vergaberecht
Fachanwältin für Verwaltungsrecht

katharina.strauss@kunzrechtsanwaelte.de

FON 0261 3013-350
FAX 0261 3013-359

KUNZ Rechtsanwälte
Mainzer Str. 108
56068 Koblenz

www.kunzrechtsanwaelte.de

KUNZ Rechtsanwälte
Partnerschaftsgesellschaft mbB

1

Über 15-jährige Berufserfahrung im Vergaberecht & verwandten Rechtsgebieten wie dem Zuwendungsrecht

2

Beratung der öffentlichen Hände auf der Bundes- Landes- und Kommunalebene;
Beratung der Bieterseite

**Rechtsanwältin
Katharina Strauß**

4

Fachanwältin für Vergaberecht & Verwaltungsrecht

3

Beratung von der Erstellung der Vergabeunterlagen bis hin zur Vertretung vor den Nachprüfungsinstanzen

Vergaberecht 2024 – Aktuelle Fälle und Entscheidungen in der Rechtsprechung

Teil 1

- I. KG Berlin – S-Bahn-Berlin
- II. VK Westfalen – Nachforderung ganz oder gar nicht
- III. VK Sachsen – Selbstbindung des öAG
- IV. VK Bund – Angebotswertung: Medianmethode unzulässig!
- V. OLG Schleswig – HWK kein öAG
- VI. VK Bund – Ein NU für Alle?

Vergaberecht 2024 – Aktuelle Fälle und Entscheidungen in der Rechtsprechung

Teil 2 – Entwicklungen in der Gesetzgebung

- I. (k)ein Ausblick?
 1. EU-Kommission kündigt neue Vergaberichtlinie an
 2. Keine Bewegung beim Vergaberechtstransformationspaket

Teil 3 – KI im Vergaberecht

- I. KI als Beschaffungsgegenstand
- II. KI als Unterstützung im Vergabeprozess

Teil 1:

Aktuelle Rechtsprechung

I. KG Berlin – S-Bahn Berlin

KG, Beschl. v. 1.3.2024 – Verg 11/22

Gegenstand der Ausschreibung waren Aufträge zur Lieferung, Instandhaltung und Bereitstellung von Schienenfahrzeugen und deren Betrieb. Für die Instandhaltung nutzt die Bestandsauftragnehmerin eigene Werkstätten auf eigenen, an das S-Bahn-Netz angeschlossenen Grundstücken. Die Instandhaltung der Fahrzeuge sollte nach den Vergabeunterlagen weiterhin in Werkstätten erfolgen, die von den Auftragnehmern auf eigenen oder von den Ag. hierfür zur Verfügung gestellten Grundstücken in der Nähe der Teilnetze bereitzustellen und zu unterhalten sind. Die Kosten für die Gleisanschlüsse zu den Werkstattgrundstücken sollten in die Wertung einfließen.

I. KG Berlin – S-Bahn Berlin

- Die Bewertung der Gleisanschlusskosten ist eine unzulässige Bevorteilung des Bestandsauftragnehmers.
 - „Die Möglichkeit, auf funktionsfähige, an das Gleisnetz angeschlossene Betriebsstätten zurückgreifen zu können, ist ein Ausstattungsvorteil des Bestandsunternehmens, der ihm gerade auch durch seine langjährige Tätigkeit außerhalb des Wettbewerbs für die Ag. und die hierbei erwirtschafteten Erträge zugewachsen ist.
 - Ein solcher Wettbewerbsvorteil ist, zur Vermeidung einer nach § 97 Abs. 2 GWB vergaberechtswidrigen Ungleichbehandlung, ausgleichsbedürftig
- Dies dürfte auf andere Konstellationen übertragbar sein!

II. VK Westfalen – Nachforderung ganz oder gar nicht

VK Westfalen, Beschl. v. 21.12.2023 – VK 1-37/23

Sachverhalt: Die AG schrieb eine Rahmenvereinbarung zur Lieferung von Reparaturasphalt aus. Das Angebot der ASt. lag zwar nach der Wertung auf Rang 1, war aber formell nicht vollständig. Einige der fehlenden Unterlagen forderte die AG nach. Diese wurden auch nachgereicht. Sodann wurde die ASt. ausgeschlossen, weil ihrem Angebot Unterlagen fehlten.

- Anders als in der VOB/A enthält die VgV keine Pflicht zur Nachforderung; Pflichtgemäßes Ermessen verlangt aber regelmäßig dennoch eine Nachforderung.
- Im Nachforderungsschreiben ist eindeutig und genau anzugeben, welche Unterlagen in welcher Frist nachzureichen sind.

II. VK Westfalen – Nachforderung ganz oder gar nicht

- Die Entscheidung der Vergabestelle über die Nachforderung bzw. das Unterlassen der Nachforderung ist nur eingeschränkt überprüfbar (Ermessen).
 - Entscheidet sich der öAG nach § 56 Abs. 2 Satz 1 VgV Unterlagen nachzufordern, so verstößt es gegen den Transparenzgrundsatz, wenn er nur manche aber nicht alle fehlenden Unterlagen nachfordert und einen Ausschluss auf die weiterhin fehlenden Unterlagen stützt.
 - Dies gilt unabhängig davon, ob die partielle Nachforderung versehentlich oder wissentlich erfolgt.
- Folge: Der Bieter darf daher gewissermaßen darauf vertrauen, dass sein Angebot/Teilnahmeantrag ansonsten vollständig ist und alleine die nachgeforderten Unterlagen fehlen.

III. VK Sachsen – Selbstbindung des öAG

- *VK Sachsen, 1/SVK/003-23*

Die Auftraggeberin wollte „Hardware (Server- und Speichertechnik)“ beschaffen. Im Laufe des Verfahrens forderte sie von einem der Unternehmen Aufklärung bzw. Nachreichung von Unterlagen innerhalb einer gesetzten Frist per E-Mail. Auf diese Frist reagierte der Bieter krankheitsbedingt verspätet. In den Vergabeunterlagen hatte die öAG ausdrücklich kommuniziert:

„Die Kommunikation mit den am Vergabeverfahren beteiligten Unternehmen erfolgt ausschließlich über die Vergabepattform „subreport ELVIS“ (<https://www.subreport-elvis.de>) und findet ausschließlich in deutscher Sprache statt. [...]“

III. VK Sachsen – Selbstbindung des öAG

- Durch das Abweichen von dem bekanntgemachten Kommunikationsweg verhielt sich die Auftraggeberin treuwidrig.
- Sie verstößt gegen das durch Einleitung des Vergabeverfahrens und Abgabe eines Angebots/Teilnahmeantrags begründete vorvertragliche Vertrauensverhältnis gegenüber den Bietern/Bewerbern.
- Die Frist zur Beantwortung der Nachforderung war demnach nicht wirksam ausgelöst.
- Fazit: Wird von dem bekanntgemachten Kommunikationsweg auftraggeberseitig und treuwidrig abgewichen, kann dies **nicht zulasten des Bieters** gehen. Ein Ausschluss wegen fehlender nachzureichender Unterlagen, § 57 Abs. 1 Nr. 2 Alt. 2 (Abs. 3) VgV kommt nicht in Betracht.

IV. VK Bund – Angebotswertung: Medianmethode unzulässig!

VK Bund, Beschl. v. 6.11.2023 – VK 1-77/23

Sachverhalt: In einem offenen Verfahren war die Gebäude- und Glasreinigung ausgeschrieben. Zur Bewertung des wirtschaftlichsten Angebots wurde unter anderem der Arbeitseinsatz in Stunden herangezogen. Dieser sollte nach der Medianmethode gewertet werden. D. h. die Bewertung erfolgte ausgehend vom Median des Arbeitseinsatzes der einzelnen Angebote.

IV. VK Bund – Angebotswertung: Medianmethode unzulässig!

- Grundsatz: Der AG darf nicht frei über die Zuschlagskriterien entscheiden, sondern muss sich an festgelegte und bekanntgemachte Zuschlagskriterien und deren Gewichtung zu halten.
- **ABER:** Medianmethode knüpft Erfolg eines Angebots nicht an objektive Maßstäbe sondern an das Angebotsverhalten der Mitbieter!
- Methode gewährleistet keinen wirksamen Wettbewerb der Angebote und setzt damit das Risiko einer willkürlichen Erteilung des Zuschlags.
- **Folge:** Medianmethode/gewichtete Richtwertmethode nach UfAB ist nicht mit den rechtlichen Vorgaben der § 127 Abs. 1 Satz 1 und 3 GWB und § 58 Abs. 1 VgV vereinbar.

V. OLG Schleswig – HWK kein öffentlicher Auftraggeber

OLG Schleswig, Beschl. v. 24.11.2023 – 54 Verg 6/23

Sachverhalt: Die ASt. wurde wegen Fehlens einer Akkreditierung von der Vergabe ausgeschlossen und wandte sich gegen diese Entscheidung der Handwerkskammer. Ausgeschrieben waren „Planungsleistungen für Baugrund und Wasserhaltung“. Bereits vor der VK erhielt die ASt. den rechtlichen Hinweis, die Ag. sei als Handwerkskammer kein öffentlicher Auftraggeber und das Nachprüfungsverfahren somit nicht statthaft.

V. OLG Schleswig – HWK kein öffentlicher Auftraggeber

- Auch die sofortige Beschwerde blieb ohne Erfolg
- Kern der Entscheidung: HWK ist zwar Körperschaft des öffentlichen Rechts
 - ABER: keine Auftraggebereigenschaft nach § 99 Nr. 2 GWB
- Insbesondere fehlt es an der Leitung – eine reine Rechtsaufsicht reicht hierzu nicht aus → OLG: bloße Rechtsaufsicht, Rechtmäßigkeits- oder Rechnungshofkontrolle ist mangels entsprechender Einflussmöglichkeiten grundsätzlich nicht ausreichend.

V. OLG Schleswig – HWK kein öffentlicher Auftraggeber

- Auch an einer überwiegenden Organbesetzung und staatlicher Finanzierung fehlt es.
- Im vorliegenden Fall war wegen des Beschaffungsgegenstandes auch keine AG-Eigenschaft nach § 99 Nr. 4 zu bejahen.
- OLG Schleswig schließt sich damit verschiedenen Entscheidungen der VK Bund (VK 1-77/18, VK 1-99/18) an.
- Folge: öAG-Eigenschaft nur bei Fachaufsicht, d. h. Einflussnahmemöglichkeit eines übergeordneten öAG.

V. VK Bund – ein NU für Alle?

- VK Bund: *VK 1-63/23*
- Ein Unternehmen kann zulässigerweise Nachunternehmen und Eignungsleihgeber mehrerer Bieter sein, sofern es selbst kein Angebot abgibt.
- Eine wettbewerbsbeschränkende Vereinbarung, auf die ein Ausschluss der betreffenden Bieter/Bewerber mangels Eignung liegt nicht jedenfalls dann nicht vor, wenn eine entsprechende Geheimhaltungsvereinbarung mit den einzelnen Bietern geschlossen wurde und getrennte Personen für die einzelnen Bieter tätig werden, eine interne Informationsweitergabe mithin ausgeschlossen ist.
- Die Bieter haben freie Hand darüber, wie sie das NU-Angebot in ihrem Angebot berücksichtigen; vom letztlichen Angebot erhält der NU in der Regel keine Kenntnis.

Teil 2:

Entwicklungen in der Gesetzgebung

VII.1. (k)ein Ausblick EU-Kommission kündigt neue Vergaberichtlinie an

- Aktuelle Regelungen im Oberschwellenbereich bereits 10 Jahre alt.
- In Deutschland umgesetzt und in Kraft seit Anfang 2016.
- Aufgrund der vergangenes Jahr abgeschlossenen Konsultation zum Vergabetransformationspaket: Prüfung allgemeiner Reformbedarfe durch die Bundesrepublik Deutschland → entsprechende Vorschläge sollen mit in Richtlinienvorhaben eingebracht werden.
- Nachsteuerung der Schwellenwerte soll adressiert werden – Inflation und Preisentwicklung bisher nicht berücksichtigt (Festlegung aktuell nur wechselkursorientiert).

VII.1. (k)ein Ausblick EU-Kommission kündigt neue Vergaberichtlinie an

- Neue Expertengruppe wird bis 25. September gesucht.

- Ziele:
 - Regeln für das öffentliche Auftragswesen modernisieren und vereinfachen.
 - innovative Waren und Dienstleistungen stärken und Leitmärkte für saubere und strategische Technologien schaffen.

VII.1. (k)ein Ausblick EU-Kommission kündigt neue Vergaberichtlinie an

- Arbeit beginnt mit Evaluation der bestehenden Richtlinien; Bericht des EU-Rechnungshofs 2023: RL 2014 hatte kaum Wirkung und hat Ziele verfehlt:
 - Vergabeverfahren wird als zu großer Aufwand für Bieter und Auftraggeber gesehen.
 - Zahl der Verfahren mit nur einem Bieter gestiegen (2011-2020) – ABER: aktuell gegenläufige Bewegung, insbesondere im Bereich Planungsleistungen.
 - Möglichkeit zur Anwendung ökologischer, sozialer oder innovativer Kriterien wird kaum genutzt.
 - Zu hohe Anzahl an Direktvergaben ohne Vergabeverfahren.

Fazit: Leider keine zeitnahe Neuregelung in Sicht!

VII.2. (k)ein Ausblick: Vergabetransformationspaket

- Referentenentwurf war für 1. Hälfte 2024 angekündigt, liegt aber bisher nicht vor
- Was bisher geschah:
 - Koalitionsvertrag 2021: „Vergabeverfahren vereinfachen, professionalisieren, digitalisieren und beschleunigen“.
 - Anfang 2023: Eingang von über 450 Stellungnahmen zum Gesetzgebungsvorhaben.
 - Juni 2023: inhaltlicher Austausch mit Stakeholdern.
 - Stellungnahmen können weiter eingereicht werden.
- Seitdem: kein Fortschritt öffentlich bemerkbar.

Teil 3:

KI im Vergaberecht

VII.3. (k)ein Ausblick: KI im Vergaberecht

- Zwei Szenarien:
 - KI als Beschaffungsgegenstand
 - KI als Unterstützung bei der Durchführung vom Vergabeverfahren

VII.3. (k)ein Ausblick: KI im Vergaberecht

- KI als Beschaffungsgegenstand
 - ❖ Übereinstimmung des Leistungsgegenstandes mit geltenden Rechtsvorschriften sicherzustellen
 - Ort der Datenspeicherung und -verarbeitung
 - Einhaltung von Datenschutz- und Geheimnisschutzvorschriften
 - ➔ MERKE: Eine KI kommuniziert immer nach außen
- Vergaberecht bietet breite Möglichkeiten bei der Wahl der Verfahrensart und der Zuschlagskriterien:
 - Verfahrensarten: Offenes Verfahren/Verhandlungsverfahren/Innovationspartnerschaft
 - Nachhaltigkeitskriterien/Datensicherheitsmerkmale/Leistungsfähigkeit und Aktualität der Datengrundlage

VII.3. (k)ein Ausblick: KI im Vergaberecht

- KI als Unterstützung bei der Durchführung vom Vergabeverfahren
 - ❖ Vielfältige Einsatzgebiete denkbar:
 - Recherche zu und Entwicklung von Eignungs- oder Zuschlagskriterien für den konkreten Leistungsgegenstand
 - Erstellung von Vergabeunterlagen bzw. Bekanntmachungen anhand einzugebender Parameter
 - Entwicklung von Bekanntmachungen aus Leistungsverzeichnissen
 - Zusammenfassung umfangreicher Dokumente.
 - ❖ ABER: kein blindes Vertrauen – stets menschliche Überprüfung nötig.
 - ❖ Außerdem: ungeklärte Fragen, z. B. Haftung, Datengrundlage, Biases (KI bevorzugt ggf. gewisse Aspekte und teilt dies nicht offen mit).



Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit !



Rechtsanwältin

Katharina Strauß

Fachanwältin für Vergaberecht

Fachanwältin für Verwaltungsrecht

Kanzlei: Koblenz

Tel.: 0261/ 3013 - 350

Fax: 0261/ 3013 - 359

katharina.strauss@kunzrechtanwaelte.de



<https://www.linkedin.com/in/katharina-strauss-475393269/>