



Subreport

10. Kölner Vergabetage

Modul II

„Aktuelle Vergaberechtsprechung 2022 – Aktuelle Themen unserer Zeit“



KUNZ
RECHTSANWÄLTE

Katharina Strauß

Fachanwältin für Vergaberecht
Fachanwältin für Verwaltungsrecht

katharina.strauss@kunuzrechtsanwaelte.de

FON 0261 3013-350
FAX 0261 3013-359

KUNZ Rechtsanwälte
Mainzer Str. 108
56068 Koblenz

www.kunuzrechtsanwaelte.de

KUNZ Rechtsanwälte
Partnerschaftsgesellschaft mbB

1

Über 13-jährige Berufserfahrung im Vergaberecht & verwandten Rechtsgebieten wie dem Zuwendungsrecht und Beihilfenrecht

2

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

4

Fachanwältin für Vergaberecht & Verwaltungsrecht

**Rechtsanwältin
Katharina Strauß**

3

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

1. Teil: Aktuelle Rechtsprechung

- I. OLG Zweibrücken: Rechtsschutz und Rügeobliegenheit im Unterschwellenbereich
- II. OLG Koblenz: Ausschluss bei fortdauernder mangelhafter Erfüllung gerechtfertigt!
- III. BGH: Aufhebungsvertrag lässt Zuschlag mit Rückwirkung entfallen
- IV. VK Hamburg: Ausschreibungspflicht von privaten Zuwendungsempfängern – Doppelte Akzessorietät
- V. Verschiedenes
- VI. Neue Schwellenwerte 2022-2023
- VII. Ende der VOB/A Privilegierung
- VIII. Wettbewerbsregistergesetz: Abfragepflicht seit 1.6.2022!
- IX. Nach wie vor relevant: Lieferkettengesetz

2. Teil: Aktuelle Themen im Vergaberecht

- I. Exkurs: Vereinfachte Vergabe in den Hochwassergebieten RLP
- II. Exkurs: Unterstützung von KMU in der Krise

Teil 1:

Aktuelle Rechtsprechung

I. OLG Zweibrücken:

Rechtsschutz und Rügeobliegenheit im Unterschwellenbereich

Beschlüsse vom 11.10.2021 und 13.09.2021 – 1 U 93/20

- Auch bei der Inanspruchnahme von Primärrechtsschutz in Unterschwellen-Vergabeverfahren ist der Bieter zunächst gehalten, erkannte oder erkennbare Vergaberechtsverstöße unverzüglich gegenüber der Vergabestelle zu rügen
- LG war unzuständig – gemäß § 9 ZivilZustV RP obliegen Entscheidungen im Anwendungsbereich des § 87 GWB dem Landgericht Mainz, soweit diese nicht (oberhalb der Schwellenwerte) vollständig den Vergabekammern und -senaten zugewiesen sind
- Anwendung des § 87 GWB ergebe sich aus der zunehmenden Anwendung überschwelliger Regelungen im Bereich der Unterschwellenvergaben sowie der Tatsache, dass es sich bei der VOB/A bereits um materielles Kartellrecht handele

I. OLG Zweibrücken:

Rechtsschutz und Rügeobliegenheit im Unterschwellenbereich

Beschlüsse vom 11.10.2021 und 13.09.2021 – 1 U 93/20

- Zudem: landesrechtlich geregelte vergabespezifische Nachprüfungsmöglichkeit (hier geschaffen durch die VergVfNachprüfV RP) für Verfahren, die nach dem 01.06.2021 bezuschlagt werden, **schließt Anrufung der Zivilgerichte grundsätzlich aus**
- **Rügeobliegenheit** zulasten der Bieter in unterschwelligen Verfahren bestand und besteht hinsichtlich tatsächlicher oder vermeintlicher formeller und inhaltlicher Mängel!
- Arg.: vorvertragliches Vertrauensverhältnis, begründet auch Pflichten bzw. Obliegenheiten des einzelnen Bieters!
- Die genannten Obliegenheiten erstrecken sich ausdrücklich auch auf Nachfragen im Falle von Unklarheiten, sodass – wenn sie unterbleiben – Missverständnissen zulasten des Bieters gereichen.

II. OLG Koblenz:

Ausschluss bei fortdauernder mangelhafter Erfüllung gerechtfertigt

Beschluss v. 16.12.2021 – 12 U 1143/21

- Eignungsprüfung = gerichtlich nur eingeschränkt überprüfbare fachlich-tatsächliche Prognoseentscheidung des Auftraggebers
- Konsequenz: Entscheidung wird nur auf grobe Beurteilungsfehler überprüft – etwa sachfremde Erwägungen oder die Zugrundelegung eines unzutreffenden Sachverhalts
 - Vergabestelle ist nicht verpflichtet ein gerichtsähnliches Verfahren zur Eignungsprüfung durchführen!
 - Prognoseentscheidung muss bloß nachvollziehbar sein und auf belastbaren Informationen beruhen
- Im Rahmen dieser Entscheidung darf sich die Vergabestelle nicht nur auf eigene Erfahrungen stützen sondern auch Erfahrungen anderer Vergabestellen in ihre Erwägungen im Zusammenhang mit der zu treffenden Zuschlagsentscheidung einbeziehen!

II. OLG Koblenz:

Ausschluss bei fortdauernder mangelhafter Erfüllung gerechtfertigt

- Um einen Bieter wegen fehlender Zuverlässigkeit von einem Vergabeverfahren auszuschließen, reicht es aus, wenn aus Dokumentationen zu anderen von diesem Bieter ausgeführten Arbeiten hervorgeht, dass es bezüglich mehrere Maßnahmen zu zahlreichen Rügen und erheblichen Diskussionen zwischen dem Bieter und den jeweils den Auftrag erteilenden Dienststellen gekommen ist, die sich nachvollziehbar über einen erheblichen Zeitraum erstreckt haben.
- Allein der Umstand, dass zuvor keine einzige von der Bieterin durchgeführte Baumaßnahme von Seiten des ausschreibenden Landes vorzeitig beendet bzw. gekündigt worden ist und es letztlich jeweils zu einer Abnahme der Baumaßnahmen gekommen ist, belegt noch nicht die hinreichende Zuverlässigkeit der Bieterin!

II. OLG Koblenz:

Ausschluss bei fortdauernder mangelhafter Erfüllung gerechtfertigt

- Ausblick:
 - ✓ Beschluss bestätigt ein weiteres Mal, dass Auftraggeber nicht mit einem stetig mangelhaft leistenden Bieter „leben“ müssen, sondern auch Erfahrungen anderer Dienststellen in die Eignungsprüfung einbeziehen dürfen
 - ✓ Bieter sollten bei der Auftragsausführung stets Folgeaufträge im Blick halten, da anhaltende Schlechtleistung, wie hier, Konsequenzen für künftige Vergabeverfahren haben kann

III. BGH:

Aufhebungsvertrag lässt Zuschlag mit Rückwirkung entfallen

BGH, v. 23.11.2021, XIII ZR 20/19.

- Kernfrage: Muss Leistung zwingend in einem neuen Wettbewerb vergeben werden muss oder ist ein Rückgriff auf die Angebote aus dem erst kürzlich durchgeführten Vergabeverfahren möglich?
- Einiges spricht dafür, dass eine zwischen dem Auftragnehmer und dem öffentlichen Auftraggeber gem. § 311 Abs. 1 BGB vereinbarte Aufhebung den Zuschlag mit Rückwirkung hat entfallen lassen.
- BGH hat Entscheidung zwar offengelassen aber klare Tendenz aufgezeigt!
- Demnach können die Vertragsparteien vereinbaren, so gestellt zu werden, als wäre der aufgehobene Vertrag nie geschlossen worden.

III. BGH:

Aufhebungsvertrag lässt Zuschlag mit Rückwirkung entfallen

- Ausblick: Zwei Konstellationen denkbar:
 - ✓ Neues Vergabeverfahren, weil § 97 Abs. 1 GWB verlangt, dass öffentliche Aufträge im Wettbewerb und im Wege transparenter Vergabeverfahren vergeben werden oder
 - ✓ Auftraggeber kann erneut einen Zuschlag auf die im Vergabeverfahren eingereichten Angebote erteilen, weil ein zweckerreichender Auftrag noch nicht erteilt wurde und das Vergabeverfahren durch den rückwirkend entfallenen Zuschlag wieder auftragsfähig wird.
- rückwirkend entfallener Zuschlag und abgelaufene Bindefrist führen dann nicht dazu, dass die Angebote der übrigen Bieter vergaberechtlich nicht mehr existent sind!
- Nach dem OLG Celle (30.01.2020, 13 Verg 14/19) führt zivilrechtliches Erlöschen eines Angebotes nicht dazu, dass es auch vergaberechtlich unbeachtlich wäre, d. h. Zuschlag kann noch erteilt werden

III. BGH:

Aufhebungsvertrag lässt Zuschlag mit Rückwirkung entfallen

- Zum Vertragsschluss bedarf es bei bereits abgelaufener Bindefrist allerdings der Annahme durch den Bieter (§ 150 BGB)
- Leistung stand bereits im Wettbewerb – Verfahren wurde bloß „Zurückversetzt“ in den Zustand vor Zuschlagserteilung

III. BGH:

Aufhebungsvertrag lässt Zuschlag mit Rückwirkung entfallen

Fazit:

- Es ist sachgerecht, nach dem Aufhebungsvertrag und dem rückwirkend entfallenen Zuschlag das Vergabeverfahren in dieses Stadium zurückzusetzen und auf die abgegebenen Angebote zurückzugreifen; die Leistung ist in dem Vergabeverfahren gem. § 97 Abs. 1 GWB noch dem Wettbewerb unterstellt. Ein zweckerreichender Zuschlag wurde noch nicht erzielt. Damit bleibt der Wettbewerbsgrundsatz gewahrt.
- Der Transparenzgrundsatz wird eingehalten, wenn der Auftraggeber die beteiligten Bieter über die nunmehr beabsichtigte modifizierte Auftragsvergabe informiert und soweit vorgeschrieben einer Bekanntmachungspflicht nachkommt.
- § 132 ist nicht einschlägig, da es schon am ursprünglichen öffentlichen Auftrag (der nach Parteivereinbarung rückwirkend entfallen ist) fehlt.
- Grundsätzlich: Aufhebungsvertrag kann ein hilfreiches Mittel sein, wenn ein Fehler erst nach Zuschlagserteilung bemerkt wird oder die Vertragsparteien einen anderen Aufhebungsgrund haben, weil bspw. die Leistung durch den Auftragnehmer nicht zu erwarten ist.

IV. VK Hamburg:

Ausschreibungspflicht von privaten Zuwendungsempfängern – Doppelte Akzessorietät

Beschluss v. 27.9.2021 (60.29-319/2021/009)

- Private Zuwendungsempfänger Planungsleistungen müssen nur dann europaweit ausschreiben, wenn sowohl der Bauauftrag als auch die dafür notwendigen Planungsleistungen die maßgeblichen Schwellenwerte erreichen und das Vorhaben zu mehr als 50 % subventioniert wird („Doppelte Akzessorietät“)
- Nach § 99 Nr. 4 GWB gelten Personen des Privatrechts insoweit ausnahmsweise als öffentliche Auftraggeber, wenn die in der Vorschrift benannten Bauvorhaben zu mehr als 50 % von anderen öffentlichen Auftraggebern subventioniert werden
- Sehr häufig überschreiten dabei die Honorare für Planungsleistungen den EU-Schwellenwert (EUR 215.000 ab dem 01.01.2022), die Baukosten aber nicht den Schwellenwert für Bauaufträge (EUR 5,382 Mio. ab dem 01.01.2022).

IV. VK Hamburg:

Ausschreibungspflicht von privaten Zuwendungsempfängern – Doppelte Akzessorietät

- Fraglich ist dann, ob die den Schwellenwert übersteigenden Planungsleistungen trotzdem europaweit ausgeschrieben werden müssen oder von einer Ausschreibung abgesehen werden darf.
- Voraussetzung für die Anwendbarkeit des GWB-Vergaberechts in einem geförderten Vorhaben im Sinne des § 99 Nr. 4 GWB ist nicht nur das Überschreiten des EU-Schwellenwertes für Dienstleistungsaufträge. Darüber hinaus müsse auch der mit dem Dienstleistungsauftrag funktional verbundene Bauauftrag den Schwellenwert für Bauaufträge erreichen bzw. überschreiten.
- Nach dem Beschluss der VK Hamburg kann in dieser Konstellation künftig auf eine europaweite Ausschreibung der Planungsleistungen verzichtet werden!
- ABER: Entscheidung betrifft ausdrücklich NUR öffentliche Auftraggeber im Sinne des § 99 Nr. 4 GWB!

Andere öAG im Sinne des § 99 GWB sind von der Entscheidung nicht erfasst und unterfallen weiter der Ausschreibungspflicht, sobald bei Planungsaufträgen der EU-Schwellenwert für Dienstleistungsaufträge erreicht oder überschritten ist.

V. Verschiedenes

- **Transparenzgrundsatz**

In vergaberechtswidriger Weise nicht mehr eindeutig sind Vergabeunterlagen, wenn fachkundigen Bietern auch nach ernstlichen Bemühungen noch mehrere Auslegungsmöglichkeiten verbleiben oder das zutreffende Verständnis der Vergabeunterlagen eine besondere Gesamtschau erfordert, die von den Bietern oder Bewerbern im Vergabewettbewerb erfahrungsgemäß nicht geleistet wird oder nicht geleistet werden kann

(OLG Celle, 12.10.2021 – 13 Verg 7/21)

Vergabedokumentation: Einem weiten Beurteilungsspielraum steht als Kehrseite eine Dokumentationspflicht mit erhöhten Anforderungen gegenüber

(VK Sachsen, 06.10.2021 – 1/SVK/030-21)

V. Verschiedenes

○ Wettbewerbsgrundsatz

Werden einem privaten Dienstleister im Rahmen des Auftrags hoheitliche Auswahlentscheidungen übertragen, die ausschließlich dem öffentlichen Auftraggeber obliegen, liegt ein Verstoß gegen § 97 I GWB vor.

(OLG Frankfurt a. M., 17.2.2022 – 11 Verg 8/21)

○ Eignung

Referenzierte Leistungen müssen ein erforderliches Mindestmaß an Vergleichbarkeit mit dem Auftragsgegenstand erfüllen, um Rückschlüsse auf die Leistungsfähigkeit zu ermöglichen

(OLG Frankfurt a. M., NZBau 2022, 241)

Wird bei Referenzforderungen ein Dienstleistungsauftrag ohne den Zusatz „öffentlich“ gefordert, kann ein verständiger Bieter darunter nur einen Dienstleistungsauftrag im vergaberechtlichen Sinne, also einen öffentlichen Auftrag iSv § 103 I GWB, verstehen

(OLG Schleswig NZBau 2022, 114)

V. Verschiedenes

- **Gleichbehandlung und Willkürverbot:**

§ 21 I VwVfG ist ebenso wie der gegebenenfalls vorrangige § 20 VwVfG oder kommunalen Befangenheitsvorschriften Ausdruck des Gebots der Unbefangenheit von allen Personen (unabhängig von ihrem formellen Status), die für eine Behörde in einem Verwaltungsverfahren entscheidungsbezogene Tätigkeiten ausüben und gilt damit auch für die „Bewerter“ in einem Vergabeverfahren

(OVG Magdeburg, 13.12.2021 – 1 M 60/21)

- **Angebotswertung**

Das Zuschlagkriterium einer geschlossenen Lieferkette in der EU, in GPA-Staaten bzw. in der Freihandelszone der EU stellt eine unzulässige Ungleichbehandlung dar und ist zur Sicherstellung von Umwelt- und Sozialstandards durch den Bieter ungeeignet.

(OLG Düsseldorf, 1.12.2021 – VII-Verg 54/20)

V. Verschiedenes

- **Zuschlag:**

Durfte ein Auftrag im Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb vergeben werden, da ein Fall äußerster Dringlichkeit iSd § 14 IV Nr. 3 VgV vorlag, und wurde durch die Aufforderung von mindestens drei Unternehmen für einen ausreichenden Wettbewerb gesorgt, führt die bloße fehlerhafte Auswahl der Bieter nicht zur Unwirksamkeit des Vertrags nach § 135 I Nr. 2 GWB

(BayObLG NJW 2022, 1502)

- **E-Vergabe:**

Wenn ohne Erhalt einer ausdrücklichen Eingangsbestätigung der Vergabeplattform bei der Angebotsversendung der technische Prozess bei Verlassen des Büros bis zum nächsten Morgen sich selbst überlassen wird, liegt das Risiko des Nichteingangs regelmäßig beim Versender!

(BKartA, 1.12.2021 – VK 1-116/21)

VI. Neue Schwellenwerte 2022/2023

Turnusmäßig alle zwei Jahre passt die EU die Schwellenwerte im Vergaberecht an. Ab dem 01.01.2022 gelten demnach die folgenden Schwellenwerte:

Auftragsart	Ab 1.1.2022	Bis 31.12.2021
Richtlinie 2014/24/EU		
Bauleistungen	5.382.000 €	5.350.000 €
Liefer- und Dienstleistungen	215.000 €	214.000 €
(Sektoren-)Richtlinie 2014/25/EU		
Bauleistungen	5.382.000 €	5.350.000 €
Liefer- und Dienstleistungen (obere und oberste Bundesbehörden)	431.000	428.000
(Konzessions-)Richtlinie 2014/23/EU		
Konzessionen	5.382.000 €	5.350.000 €

VII. Ende der VOB/A-Privilegierung

Privilegierungen für Bauleistungen zu Wohnzwecken nach § 3a Abs. 2 Nr. 1 und Abs. 3 Satz 2 VOB/A in Verbindung mit den jeweiligen Fußnoten endeten zum **31.12.2021**.

Folgen:

- Die Beschränkte Ausschreibung in diesen Fällen nur noch bis 100.000 € (nach Buchst. a) bis 50.000 € und nach Buchst. b) 150.000 €) statt zuvor 1.000.000 € zulässig.
- Die Wertgrenze für die Freihändige Vergabe reduziert sich von 100.000 € auf 10.000 €

VIII. Wettbewerbsregister: Abfragepflicht seit 1.6.2022!

Wettbewerbsregister

- Betrieb im März 2021 aufgenommen (WRegVO i. V. m. §§ 10, 12 WRegG)
- Aufschluss über Ausschlussgründe nach §§ 123, 124 GWB
- Registrierung von obersten Bundes- und Landesbehörden sowie übrigen öffentlichen Auftraggebern schon durchgeführt
- Seit 10.11.2021: Erleichterung der Registrierung über beBPo **UND** De-Mail-Konto!

VIII. Wettbewerbsregister: Abfragepflicht seit 1.6.2022!

Wettbewerbsregister

- Bundesministerium für Wirtschaft und Energie am 29.10.2021 im Bundesanzeiger bekannt gemacht hat, dass die Voraussetzungen der elektronischen Datenübermittlung an das Wettbewerbsregister vorliegen. Gemäß § 12 WRegG ergeben sich daraus nunmehr die folgenden Stichtage für den Beginn der Mitteilungs- und Abfragepflicht:
 - Seit 1.12.2021: Pflicht für Strafverfolgungsbehörden sowie Verfolgung von Ordnungswidrigkeiten berufenen Behörden, BKartA registerrelevante Rechtsverstöße mitzuteilen, §§ 2 und 4 WRegG
 - Seit 1.6.2022: Abfragepflicht für öffentliche Auftraggeber ab Erreichen der in § 6 WRegG genannten Auftragswerte (öAG: 30.000 €; Sektorenauftrag- und Konzessionsgeber ab Erreichen der Schwellenwerte nach § 106 GWB)

IX. Nach wie vor relevant: Lieferkettengesetz

- Amtlich: LieferkettensorgfaltspflichtG (LkSG)
- Ab 2023 für Unternehmen mit über 3.000 Mitarbeitern (aktuell ca. 700 in Deutschland), ab 2024 f für Unternehmen mit einer Mindestgröße von 1.000 Mitarbeitern, immerhin ca. 3.000 in Deutschland
- Ergänzung von § 124 Abs. 2 GWB um weiteren Ausschlussgrund → Ausschluss für bis zu drei Jahre möglich → Voraussetzung: Geldbuße min. 175.000 €
- Neuer § 2 Abs. 4 im WRegG → Bußgeldentscheidungen sind einzutragen!
- Fazit: Anwendungsbereich zunächst beschränkt ABER Indiz-Wirkung in der Gesamtschau bei niedrigeren Bußgeldern

Teil 2:

Aktuelle Themen im Vergaberecht

- Änderung des MittelstandsförderungsG (MFG)
 - ✓ Änderung von § 7 MFG am 1. April 2022 beschlossen und Lage nach § 7 Abs. 2a MFG verifiziert – Regelung des Abs. 2a ist am 14. April in Kraft getreten und tritt am 31. März 2025 außer Kraft
 - ✓ Grundsatz der Losvergabe soll unterhalb der Schwellenwerte keine Geltung beanspruchen, sofern die Landesregierung entsprechende Ausnahmesituation örtlich und zeitlich begrenzt feststellt und begründet
 - ✓ Folge: öAG müssen im Falle des Wiederaufbaus in Ausnahmesituationen nicht zwingend losweise vergeben, sondern können verschiedene Lose zusammenfassen oder an Generalunternehmer vergeben
 - ✓ ABER: Nach § 7 Abs. 2a Satz 5 MFG sind Generalunternehmer verpflichtet in angemessenem Umfang Unteraufträge an Unternehmen der mittelständischen Wirtschaft zu vergeben, soweit die vertragsgemäße Ausführung dem nicht entgegensteht!
 - ✓ Landkreise Ahrweiler, Bernkastel-Wittlich, Cochem-Zell, Eifelkreis Bitburg-Prüm, Mayen-Koblenz, Trier-Saarburg und Vulkaneifel sowie die kreisfreie Stadt Trier.
 - ✓ Verzicht gilt befristet bis zum 31. März 2024.

- Auch in 2022 dürfen kleine und mittelgroße Unternehmen (KMU) mit Unterstützung durch Kreditprogramme rechnen
- Durch die *Investitionsoffensive für Europa* erhält die Deutsche Bank eine EFSI-Garantie (Europäischer Fonds für strategische Investitionen) in Höhe von 75 Mio. Euro, um Neukredite von bis zu 300 Mio. Euro an KMU zu ermöglichen
- Offensive durch Zusammenarbeit von EU-Kommission und Europäischer Investitionsbankgruppe ermöglicht
- Ziele:
 - ✓ Mobilisierung der europäischen Wirtschaft
 - ✓ KMU sollen pandemiebedingte Liquiditätsengpässe überwinden, das Geld unmittelbar weiter investieren, Arbeitsplätze schaffen und die Konjunkturerholung nach der Corona-Krise vorantreiben
- bislang 546,5 Mrd. Euro mobilisiert, die mehr als 1,4 Mio. KMU in allen EU-Mitgliedsstaaten zugutekommen



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