



## VergabeFIT 2018

**Veranstaltung des forum vergabe e.V.  
Vom 13. bis 15.06.2018 in Bad Hersfeld**

### **Thesen**

**erstellt und verantwortet vom forum vergabe e.V.**

#### **1. Aktuelle Entwicklungen im Vergaberecht**

Dr. Daniel Fülling, Bundesministerium für Wirtschaft und Energie, Berlin

- Das Bundeswirtschaftsministerium nimmt den im Koalitionsvertrag enthaltenen Prüfauftrag zur Fortschreibung des Vergaberechts ernst. Am Ende läuft es auf eine politische Entscheidung hinaus.
- Bei der VOB/A sind die demokratische Legitimation und die zeitliche Abhängigkeit von VgV und GWB problematisch.
- Derzeit sieht es aus, dass die VOB/A nicht mehr von allen Auftraggebern akzeptiert wird.
- Es ist daher die persönliche Auffassung des Referenten, dass fraglich erscheint, ob die VOB sich überlebt hat.
- Der Koalitionsvertrag enthält gesetzgeberische Pläne zur Vergabe von ÖPNV-Leistungen außerhalb des Eisenbahnverkehrs. Die Umsetzung wird derzeit noch überlegt und diskutiert.
- Ziel des Koalitionsvertrages ist außerdem eine stärkere Berücksichtigung von Nachhaltigkeit und Menschenrechten. Die Auswirkungen auf die Vergabepaxis sind derzeit noch fraglich.
- Änderungen bei der Vergabe von Leistungen im Bereich Verteidigung und Sicherheit wird es wohlgeben, allerdings ist stets die EU-Rechts-Konformität zu beachten.
- Das Wettbewerbsregister soll bereits derzeit bestehende Abfragemöglichkeiten ersetzen und vereinfachen. Außerdem wird es vergaberechtlich relevante Delikte enthalten und durch eine Zurechnung von Einzeltaten zu bestimmten Unternehmen vergaberechtsspezifisch wirken.
- Die Vergabestatistikverordnung steht vor besonderen Herausforderungen. Ziel ist die automatische Übermittlung. Als Zeithorizont sind dabei mehrere Jahre anzusehen.

- Das neue EU-Vergabepaket ist fast durchweg nicht-legislativ. Der sogenannte soft-approach ist als praxisorientiert anzusehen.
- In der Praxis werden die Bedeutung der Vorbereitung von Vergaben und die Berücksichtigung der Vertragsabwicklung unterschätzt.
- Die Professionalisierung ist angesichts der komplexen Anforderungen an Beschaffung und Vergabe sinnvoll und notwendig.
- Bei der Digitalisierung denkt die EU bereits an Nutzungen für big data über die bisherigen Möglichkeiten hinaus.
- Die nachhaltige Beschaffung ist erforderlich und sinnvoll. Sie muss wegen der höheren Anforderungen an Beschaffungen und Beschaffer jedoch von oben gestützt und eingeführt werden.
- Die Richtlinie zur Beschaffung sauberer Fahrzeuge wird derzeit überarbeitet. Dabei sollen auch Vertragsarten wie Leasing und Miete erfasst werden. Außerdem sollen auch Leistungen der öffentlichen Personenbeförderung erfasst werden. So wären auch in Gemeinden tätige Busunternehmen betroffen.
- Es sollen grundsätzlich alle Fahrzeuge der öffentlichen Hand und ihrer Auftragnehmer erfasst werden. Dabei sollen bezogen auf die Mitgliedstaaten jeweils spezifische Mindestziele für den Anteil an sauberen Fahrzeugen erreicht werden.
- So sollen etwa bis 2030 nach den neueren Entwürfen in der Bundesrepublik 80 % der erfassten Busse sauber im Sinne der Richtlinie sein, wobei dies letztlich nur mit strom- oder wasserstoffbetriebenen Fahrzeugen möglich ist.
- Bei der Bundesrepublik ist derzeit noch unsicher, wie dies erreicht und erhoben werden kann. Zu berücksichtigen ist auch, dass der Markt nur begrenzt Angebote bereithält.
- Das BMWi sieht derzeit bei der Bearbeitung der VOL/B keinen hohen Handlungsdruck. Zuständig ist insoweit der DVAL.

## **2. Aktuelles zum Bauvergaberecht**

Timm Nolze, LL.M., Bundesministerium des Innern, für Bau und Heimat, Berlin

- Die Zuständigkeiten für die VOB insgesamt, VHB und den Verein zur Präqualifikation werden nunmehr im Bundesinnenministerium wahrgenommen.

- Bei der Frage der Weiterentwicklung des Vergaberechts ist auch zu beachten, ob übergeordnete Ziele wie insbesondere die Schaffung von 1,5 Millionen Wohnungen gefährdet sein könnten. Jede Änderung schafft grundsätzlich Verunsicherung und damit Verzögerungen.
- Die Berücksichtigung aller betroffenen Kreise ist ein wichtiges Moment für die einheitliche Einführung und Anwendung der VOB insgesamt.
- Die Arbeiten an der VOB/A Abschnitt 1 sind derzeit noch nicht abgeschlossen. Die bisher auf der Arbeitsebene gefassten Beschlüsse wurden vom Vorstand zur Kenntnis genommen. Die Arbeitsebene wurde jedoch gebeten, diese zu prüfen. Eine neue Gesamtausgabe erscheint Anfang 2019 möglich.
- Die demokratische Legitimation der VOB/A ist durch die Befassung der Gesetzgebungsorgane gesichert.
- Der Entwurf der VOB/A Abschnitt 1 sieht eine Gleichstellung der öffentlichen Ausschreibung und der beschränkten Ausschreibung mit Teilnahmewettbewerb vor. Die beschränkte Ausschreibung mit Teilnahmewettbewerb soll ausführlicher als bisher geregelt werden.
- Im Teilnahmewettbewerb soll grundsätzlich vorrangig die Vorlage von Eigenklärungen zulässig sein.
- Es soll ein Direktauftrag bei Aufträgen mit einem Volumen bis 3.000 € eingeführt werden.
- Die freihändige Vergabe soll als „vereinfachtes Verfahren“ beschrieben werden.
- Bei der Eignungsprüfung soll die alte Systematik erhalten bleiben, insbesondere um keine vollständige Übernahme der Ausschlussgrund aus dem Oberschwellenbereich vorzunehmen.
- Bei Ausschlüssen wegen Schlechtleistung ist zu beachten, dass Kündigungen in der Praxis selten erfolgen. Es ist daher die Entwicklung der Rechtsprechung zu beobachten. Bei der Selbstreinigung sind die Regeln des Oberschwellenbereiches entsprechend anzuwenden.
- Es soll auf die Vorlage von Nachweisen verzichtet werden, wenn diese bereits vorhanden sind, allerdings bezogen auf die konkret den Zuschlag erteilende Stelle.
- Es soll Begriffsklärungen bei der Vorlage von mehreren Hauptangeboten geben.
- Bei elektronischer Vergabe kann aufgrund des Zeitablaufes die Übergangsregelung gestrichen werden.

- Klarstellend soll die Bereitstellung der Vergabeunterlagen auch bereits im Teilnahmewettbewerb vorgesehen werden.
- Die Regeln zur Nachforderung aus dem Oberschwellenbereich sollen fast vollständig übernommen werden. Der Auftraggeber soll sich am Anfang festlegen, ob er nachfordern wird oder nicht. Die eigenständige Regelung bei der Nachforderung von Preisen soll erhalten bleiben.
- Bei der Zuschlagsentscheidung wird die freie Prüfungsreihenfolge des Auftraggebers herausgestellt. Es soll außerdem verstärkt auf die Wirtschaftlichkeit der Entscheidung hingewiesen werden.
- Für die Oberschwellenvergaben soll in VOB/A-EU und VOB/A-VS eine Anpassung an das GWB erfolgen.
- Das VHB wurde überarbeitet, dabei wurde insbesondere das Ziel verfolgt, Abweichungen von der VOB/B zu vermeiden, um nicht aufgrund des in Kraft getretenen Bauvertragsrechts die Privilegierung zu riskieren.

### **3. Unangemessen niedrige Preise**

Dr. Irene Lausen, Hessisches Ministerium für Wirtschaft, Energie, Verkehr und Landesentwicklung, Wiesbaden

- Die Vorgaben in den Regelwerken zur Prüfung unangemessen niedriger Preise sind praktisch inhaltsgleich. Sie sehen jeweils ein eindeutiges Verbot der Beauftragung eines solchen Angebotes vor und enthalten eine Pflicht zur Aufklärung. Dies betrifft, entgegen der Formulierung, auch die UVgO.
- Sinn der Regelung ist der Schutz des Auftraggebers und der Sicherung einer ordnungsgemäßen Vertragsdurchführung.
- Bezugsrahmen ist das Verhältnis zur Leistung, jeweils bezogen auf den Gesamtpreis.
- In Ausnahmefällen können bei exorbitanten Abweichungen auch Einheitspreise geprüft werden.
- Vergleichsgrundlage ist in der Regel das nächstgünstige Angebot, aber auch andere Vergleichswerte sind denkbar und zulässig, insbesondere etwa eine ordnungsgemäße Schätzung.
- Die Aufgreifschwelle ist lediglich Anlass für eine Prüfung als Indikator für eine notwendige Aufklärung.
- Als Aufgreifschwelle hat sich eine Abweichung von 20 % als Regelfall weitgehend anerkannt durchgesetzt.

- Ein Ermessen oder ein Beurteilungsspielraum stehen dem Auftraggeber hinsichtlich des „Ob“ der Aufklärung nicht zu.
- Die Aufklärung muss in Textform verlangt werden und eine präzise Fragestellungen enthalten. Die dem Unternehmen gesetzte Frist muss angemessen sein.
- Die Informationen des Unternehmers müssen konkrete Gründe und nachvollziehbare Erläuterungen enthalten. Die VOB/A enthält hierfür konkrete Beispiele, die auch anderweitig herangezogen werden können.
- Ist ein niedriger Preis kausal auf eine Beihilfe zurückzuführen, muss der Auftraggeber den Nachweis der Rechtmäßigkeit der Beihilfe einfordern.
- Bei einem unangemessen niedrigen Preis ist das Ermessen des Auftraggebers rechtlich gebunden, dies entspricht im Ergebnis der bei der VOB/A zwingend vorgesehenen Ausschlussfolge.
- Auch Unterkostenangebote sind grundsätzlich zulässig, wenn es eine wettbewerbliche Rechtfertigung gibt.
- Konkurrenten können die Aufklärung durch den Auftraggeber einfordern, nicht aber direkt dessen Ausschluss.

#### **4. Neues und Grundsätzliches zur Angebotswertung**

Rechtsanwalt Dr. Sebastian Conrad, HFK Rechtsanwälte, Berlin

- Die Grundsätze für die Angebotswertung sind in § 97 Abs. 3 GWB zu finden. Auf diese Grundsätze lassen sich eigentlich alle weiteren Regelungen zurückführen.
- Ausgangspunkt ist, dass der Auftraggeber keine uneingeschränkte Freiheit haben soll und insbesondere Kriterien, die den Wettbewerb ungerechtfertigt ausschließen oder einschränken, unzulässig sein sollen.
- Transparenz wird regelmäßig durch Mitteilung und Bekanntmachung erreicht.
- Grundsätzlich ist bei der Betrachtung der Wirtschaftlichkeit auf das Verhältnis von Preis und Leistung zu achten. Eine Erweiterung findet durch die Berücksichtigung strategischer Kriterien statt. Stets muss eine Verbindung zum Auftragsgegenstand bestehen.
- Grundsätzlich liegt es in der Entscheidungsfreiheit des Auftraggebers, ob er ein oder mehrere Kriterien wählt und ob er einen reinen Preiswettbewerb oder einen reinen Leistungswettbewerb durchführt.
- Bei der Vergabe von Leistungen der Architekten und Ingenieure ist regelmäßig ein Leistungswettbewerb durchzuführen.

- Bei einer funktionalen Leistungsbeschreibung ist eine reine Preiswertung unzulässig.
- Bei der Berücksichtigung mehrerer Kriterien sind Methoden wie die etwa in der UFAB enthaltenen Richtwert-Methoden anzuwenden.
- Bei Methoden wie etwa der linearen Interpolation scheint es so zu sein, dass etwaige Flipping Effekte und die mangelnde Vorhersehbarkeit von Wettbewerbsergebnissen letztlich dem durchgeführten Wettbewerb immanent sind.
- Die Zulässigkeit von Schulnotensystemen ist durch die BGH-Rechtsprechung geklärt. Der Auftraggeber muss keinen Erfüllungsgrad vorgeben, jedoch eindeutig darstellen, was für ihn von Bedeutung ist. Außerdem muss er die Zuschlagskriterien und die Gewichtung präzise darstellen.
- Bei nicht rein objektiven Kriterien sind willkürliche Bewertungen zu vermeiden. Die Einhaltung des Bewertungsspielraums kann etwa durch die Beurteilung durch Sachverständige oder ein Wertungsgremium gesichert werden.
- Die Vorgabe des § 48 Abs. 5 VgV, dass in der Regel mindestens zwei Vertreter des öffentlichen Auftraggebers der Zuschlagsentscheidung mitwirken sollen, dient der Vermeidung von Voreingenommenheit. Die Identität der Entscheidenden ist dokumentieren. Eine besondere Fachkenntnis ist dabei nicht zu verlangen.
- Insgesamt ist die Dokumentation aller tragenden Gründe für die Zuschlagsentscheidung von besonderer Bedeutung.

## **5. Vergabe von freiberuflichen Leistungen am Beispiel von Architektenleistungen**

Eric Zimmermann, Architektenkammer Baden-Württemberg, Stuttgart

- Für die Vergabe von freiberuflichen Leistungen sind grundsätzlich das offene und nicht offenes Verfahren nicht vorgesehen. In der Praxis kaum zu beobachten ist die Entscheidung für einen wettbewerblichen Dialog.
- § 74 VgV entspricht dabei § 14 Abs. 3 Nr. 2 VgV und enthält eine Empfehlung für den Auftraggeber.
- Das Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb ist unter den Voraussetzungen des § 14 Abs. 4 Nr. 8 VgV ausnahmsweise zulässig.
- Bei Durchführung eines Planungswettbewerbs ist zu berücksichtigen, dass die Auswahl unter den Unternehmen nicht aufgrund von Wirtschaftlichkeitsaspekten erfolgt, sondern regelmäßig durch Qualitätsmerkmale, regelmäßig auf der Grundlage von Referenzen.

- Bei Durchführung eines Planungswettbewerbes ist dieser als Teilnahme-wettbewerb anzusehen.
- Vorteil eines Planungswettbewerbes ist, dass der Auftraggeber konkrete Vorschläge erhält. Ein Verlust von Spielräumen für den Auftraggeber ist dabei nicht gegeben, weil er die Grundlagen der Entscheidung vorgibt.
- In der UVgO findet sich eine Sonderregelung für die Vergabe von freiberuflichen Leistungen. Diese sind grundsätzlich im Wettbewerb zu vergeben. Diese Regelung fand sich bereits früher in den Verwaltungsvorschriften zu § 55 BHO a.F.
- Aus den Erläuterungen des Bundeswirtschaftsministeriums ergibt sich, dass die Vergabe ohne Bindung an die übrigen Vorschriften der UVgO erfolgen soll. Es ist daher auch nicht zwingend, mindestens drei Unternehmen im Wettbewerb zu beteiligen.
- Bei der Berechnung des Schwellenwertes ist strittig, inwieweit verschiedene Lose von Planungsleistungen zu addieren sind. Der Gesetzgeber sieht wohl keinen Zusammenhang, der zu einer Zusammenrechnung zwingen würde, wenn verschiedene Leistungsbilder betroffen sind. Insbesondere besteht bei Leistungen der Geotechnik und der technischen Gebäude Ausrüstung kein funktionaler Zusammenhang mit anderen Planungsleistungen.
- Bei der Verwendung von EU-Fördermitteln empfiehlt sich eine vorbeugende Zusammenrechnung der Leistungen bei der Ermittlung des Schwellenwertes.

## 6. Änderung der Leistung

Rechtsanwalt Dr. Hans von Gehlen, BEITEN BURKHARDT Rechtsanwalts-gesellschaft mbH, Frankfurt am Main

- Ausgehend von der Priesetext-Entscheidung des EuGH wurden für Auf-tragsänderungen Vorschriften in den Vergaberichtlinien 2014 formuliert.
- In der deutschen Umsetzungsnorm stellt § 132 Abs. 1 GWB eine Auffang-Vorschrift dar.
- Die Vorweg-Berücksichtigung von Optionen und Vertragserweiterungen nach § 132 Abs. 2 Nr. 1 GWB hat den Vorteil, dass die Vergabe im Wett-bewerb erfolgt. Die betroffenen Leistungen müssen konkret angegeben werden. Eine Begrenzung durch auf einen bestimmten Wert besteht nicht.
- Nicht zulässig sind allgemein gehaltene Überprüfungs- und Optionsklauseln.

- Gegenüber der Vergabe im Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb nach § 14 Abs. 4 Nr. 9 VgV sind die Anforderungen des § 132 Abs. 2 Nr. 1 GWB geringer und deswegen vorzugswürdig.
- Bei der Regel des § 132 Abs. 2 Nr. 2 GWB kommt es darauf an, ob ein Auftragnehmerwechsel zulässig ist. Für klassische Auftraggeber ist diese Änderungsmöglichkeiten auf 50 % beschränkt.
- Bei Rahmenverträgen dürfte im Ergebnis die 50 % Regelung regelmäßig nicht anwendbar sein. Ausnahme ist etwa die Bekanntgabe eines konkreten Volumens oder die Angabe von Höchstvolumina.
- Änderungen nach § 132 Abs. 2 Nr. 2 und Nr. 3 GWB sind bekannt zu machen.
- Die einfachste Lösung, die daher in der Praxis regelmäßig zuerst geprüft wird, ist die nur nach Prozentsätzen vorzunehmende Feststellung der Unwesentlichkeit nach § 132 Abs. 3 GWB.
- Bei unrechtmäßig vorgenommenen Änderungen hat der Auftraggeber ein Kündigungsrecht nach § 133 Abs. 1 Nr. 1 GWB.
- Die Regelung in § 47 Abs. 3 UVgO verweist auf 132 Abs. 3 GWB, lässt allerdings einen höheren Umfang von Änderungen zu.
- Die VOB/A-Basisparagrafen enthalten mit dem Verweis auf die Änderung durch Anordnungen nach VOB/B eine Sonderregelung.
- Die Prüfungsreihenfolge ist regelmäßig: §§ 132 Abs. 1 Nummer 1, 132 Abs. 3, 132 Abs. 2 Nr. 2, § 132 Abs. 2 Nr. 3, 132 Abs. 1 GWB. Führt dies nicht zum Ergebnis, es handele sich um eine unwesentliche Leistung, muss ein neues Vergabeverfahren stattfinden.

## **7. Die Innovationspartnerschaft als Mittel der Beschaffung innovativer Leistungen**

Rechtsanwalt Dr. Roderic Ortner, BHO Legal Rechtsanwälte Partnerschaft, Köln

- Die Innovationspartnerschaft ist nur in der klassischen Vergaberichtlinie und der Sektorenvergaberichtlinie vorgesehen, nicht aber in der Konzessionsvergaberichtlinie. Auch nach der UVgO und den VOB/A-Basisparagrafen ist sie nicht zulässig.
- Ziel der Einführung war, einen „Market Pull“ durch die öffentliche Hand zu bewirken.
- In der Praxis ist zu beobachten, dass die Innovationspartnerschaft noch nicht richtig angekommen ist. Dies kann auch strukturell bedingt sein, da Beschaffer in der Regel keine Entwickler sind oder sein wollen.

- Die Innovationspartnerschaft ist als Doppelbegriff anzusehen, es handelt sich sowohl um eine Verfahrensart als auch um ein Vertragsmodell mit zwei unterschiedlichen Phasen.
- Sie ist zu unterscheiden von der vorkommerziellen Beschaffung im Sinne von § 116 Abs. 1 Nr. 2 GWB. Dort muss der Auftraggeber einen Eigenanteil der Kosten tragen und es erfolgt kein Übergang von Eigentums- bzw. Nutzungsrechten.
- Im Vergleich zum Verhandlungsverfahren mit Teilnahmewettbewerb ist festzuhalten, dass die Innovationspartnerschaft mit mehreren Partnern abgeschlossen werden kann und keine eindeutige Leistungsbeschreibung aussetzt. Außerdem ist bei der Innovationspartnerschaft ein zwingender Abkauf der Leistung nur unter bestimmten Bedingungen vorgesehen. Verfahrenstechnisch sind Verhandlungen obligatorisch.
- Ausgangspunkt für die Innovationspartnerschaft ist die Beschaffung einer Innovation, dies ist in der Richtlinie näher definiert.
- Um festzustellen, ob eine Leistung in diesem Sinne nicht am Markt verfügbar ist, muss eine Markterkundung aus logischen Gründen zwingend erfolgen.
- In den Vergabeunterlagen muss der Auftraggeber wie bei allen Vergaben allgemeine Vorgaben als Ausgangspunkt der Verhandlungen nennen. Besonderheiten sind in § 19 VgV angesprochen.
- In den Bewerbungsbedingungen ist vorzusehen, dass der Auftraggeber nicht mit allen Bietern verhandeln wird und es sind Regelungen zum Schutz des geistigen Eigentums vorzusehen.
- Bei der Eignung muss der Auftraggeber Fähigkeiten in der Forschung und Entwicklung und bei der Umsetzung von Innovationen berücksichtigen.
- Bei den Zuschlagskriterien darf der Auftraggeber nicht allein den niedrigsten Preis wählen.
- In der Leistungsbeschreibung muss der Auftraggeber Regelungen zum Schutz des geistigen Eigentums vorsehen. Er muss außerdem die Phasen der Forschung und Entwicklung sowie der Leistung regeln und trennen. Dabei sind Zwischenziele für die Voraussetzungen einer Leistungspflicht vorzusehen. Sinnvoll ist es, Kündigungsmöglichkeiten vorzusehen.
- Regelmäßig sind die Grenzen des Beihilferecht zu beachten. Eine Beihilfe liegt einfach ausgedrückt dann vor, wenn der Auftraggeber bezahlt, aber keine gleichwertige Gegenleistung erhält. Dies ist bei einer vollständigen Übertragung aller Rechte regelmäßig nicht gegeben und daher für Innovationspartnerschaften regelmäßig unproblematisch.

- Eine Markterkundung ist im Übrigen auch wegen der Abgrenzung zu einer Beihilfe sinnvoll und erforderlich.
- Insgesamt hat die Innovationspartnerschaft ein erhebliches Potenzial, zu innovativen Beschaffungen zu führen.

## 8. Möglichkeiten der Fehlerkorrektur in Vergabeverfahren

Prof. Dr. Mark von Wietersheim, Geschäftsführer forum vergabe e.V., Berlin

- Das Vergaberecht setzt die Möglichkeit einer Fehlerkorrektur zwingend voraus, etwa als Reaktion auf eine Rüge.
- In der Praxis wichtige Reaktionsmöglichkeiten auf einen erkannten Fehler sind neben dem Ignorieren die Aufhebung und die Rückversetzung.
- Die Zuschlagerteilung unter Änderungen gegenüber den ursprünglichen Anforderungen ist risikobehaftet, weil dies eine Ablehnung des ursprünglichen Angebotes ist und daher dem Unternehmen neue Verhandlungsmöglichkeiten eröffnet werden.
- In manchen Verfahrenskonstellationen kann ein Fehler auch einfach durch Wiederholung geheilt werden, etwa durch das Nachholen einer unzureichenden Dokumentation oder das Ergänzen einer unzureichenden Begründung nach § 134 GWB.
- Eine Fortsetzung des Verfahrens ohne Fehlerkorrektur kann beispielsweise dann nicht erfolgen, wenn dem Auftraggeber in einem Vergabenachprüfungsverfahren eine Fehlerbeseitigung aufgegeben wurde oder das Ergebnis inakzeptabel wäre.
- Vergabefehler können sich nicht nur im Vergabeverfahren selber, sondern auch etwa bei einer späteren Zuwendungsprüfung bemerkbar machen. Dies ist bei der Entscheidung, einen Fehler nicht zu korrigieren, zu beachten.
- Nach Auftragserteilung kann der Auftraggeber die Leistung nur in den Grenzen des § 132 GWB ändern. Eine solche Änderung muss jedoch auch vertragsrechtlich unterfüttert sein. Ohne ein Anordnungsrecht sind solche Änderungen nur einvernehmlich möglich.
- Für den Fall der Zuschlagsverzögerung hat die Rechtsprechung eine Anpassung der Vergütung vorgesehen, wobei insbesondere auch eine Änderung der Ausführungsterminen gegeben sein muss.
- Es ist sinnvollerweise zu unterscheiden zwischen der Aufhebung als rechtmäßiger Beendigung eines Vergabeverfahrens ohne Schadensersatzrisiko und der sonstigen Beendigung als rechtswidrige Beendigung mit Schadensersatzrisiko.

- Eine Aufhebung kann nicht auf Fehler des Auftraggebers gestützt werden.
- Liegt kein Aufhebungsgrund vor, kann der Auftraggeber bei Vorliegen eines anderen sachlichen - also jedes erheblichen und vernünftigen - Grundes das Verfahren in sonstiger Weise beenden. Diese sonstige Beendigung ist rechtswidrig, aber wirksam.
- Der Schadensersatzanspruch der Bieters ist bei einer sonstigen Beendigung regelmäßig auf die Kosten der Erstellung des Angebotes beschränkt. Nur in echten Ausnahmefällen kann Anspruch auf Erstattung des entgangenen Gewinns bestehen.
- Die Rückversetzung ist ein milderer Mittel gegenüber der Aufhebung und führt, anders als die Aufhebung und die sonstige Beendigung, nicht zu einem neuen Vergabeverfahren.
- Zu wiederholen sind die Verfahrensschritte, die von der Rückversetzung betroffen sind.
- Zu diesem Verfahrensschritt bereits endgültig nicht mehr zu berücksichtigende Unternehmen sind auch bei der Wiederholung nicht zu einzubeziehen.
- Eine Rückversetzung ist auch in offenen Verfahren nach durchgeführter Angebotsöffnung möglich.
- Auch bei der Rückversetzung sind die Grenzen des § 132 GWB analog zu berücksichtigen.

## 9. Abgrenzung von Bau- und Liefer-/Dienstleistungen

Rechtsanwalt Stephan Rechten, BEITEN BURKHARDT Rechtsanwaltsgesellschaft mbH, Berlin

- Die Definition der Bauaufträge in § 103 Abs. 2 GWB gilt nach herrschender Meinung auch für den Unterschwellenbereich.
- Bei gemischten Verträgen kommt es nach § 110 Abs. 1 GWB auf den Hauptgegenstand des Vertrages an. Festzustellen ist der prägende Schwerpunkt des Vertrages, dabei kann der Auftragswert ein Kriterium sein, muss dies aber nicht.
- Bei Bauleistungen, die in Anhang II der Vergaberichtlinien angesprochen sind, sind regelmäßig diese als der prägende Anteil anzusehen, außer es handelt sich nur um bloße Nebenleistungen.
- Ein weiteres Kriterium für den prägenden Schwerpunkt ist auch die Funktionsfähigkeit der Leistung.

- Maßgeblich ist jeweils die objektive Beurteilung, um eine unzulässige Umgehung zu verhindern.
- Bei Leistungen, die verschiedenen rechtlichen Regelungen unterliegen, ist § 111 GWB zu beachten, insbesondere das Umgehungsverbot in § 111 Abs. 5 GWB.
- Sind verschiedene Tätigkeiten betroffen, ist § 112 GWB anzuwenden, dabei ist die Regelung für Zweifelsfälle in § 112 Abs. 5 GWB zu beachten.
- Bei der Unterscheidung von Bauleistungen und echten Mietleistungen ist nach ständiger Sperrung der wirtschaftliche Gesamtzusammenhang zu berücksichtigen.

## 10. Rahmenvereinbarungen

Rechtsanwältin Dr. Rut Herten-Koch, M.A., Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH, Berlin

- Rahmenverträge begründen keine unmittelbaren Leistungspflichten der Vertragspartner, sondern enthalten nur Rahmenbedingungen für zukünftige Verträge.
- Grundsätzlich besteht bei Rahmenverträgen keine Abnahmepflicht des Auftraggebers. Lediglich in Einzelfällen kann wegen Unzumutbarkeit oder wegen der unverhältnismäßig hohen Investitionskosten eine Mindestabnahme unumgänglich sein.
- Rahmenverträge können auch zugunsten mehrerer Auftraggeber bzw. mit mehreren Auftragnehmern abgeschlossen werden.
- Für den Auftraggeber haben Rahmenverträge als Vorteile reduzierte Verfahrenskosten und die Möglichkeit schneller Einzelabrufe. Die Auswirkungen auf die Preise sind nicht zwingend positiv, da etwa Risikozuschläge hinzukommen können. Dies ist letztlich auch abhängig von Art und Weise der Preisgestaltung. Auch die langfristige Bindung kann etwa bei einer Innovationsfeindlichkeit negativ wirken.
- Nur wenn ausnahmsweise eine Höchstmenge angegeben ist, ist diese als Ansatzpunkt für die Zulässigkeit einer Vertragsänderungen heranzuziehen.
- Andere Auftraggeber müssen zum Zeitpunkt der Bekanntmachung bekannt benannt werden. Ein späterer Beitritt bisher nicht benannte Auftraggeber ist, wohl entgegen der üblichen Praxis, nicht zulässig.
- Die Laufzeit ist nicht nach § 132 GWB änderbar, wenn die zulässige Höchstdauer bereits erreicht ist.

- Die Sperrwirkung von Rahmenverträgen ist nicht mehr ausdrücklich geregelt, weswegen daneben ausgeschriebene Einzelaufträge oder zusätzliche Rahmenverträge für Mehrmengen als zulässig anzusehen sind.
- Ein getrennt ausgeschriebener Einzelauftrag kann allenfalls im Einzelfall als Missbrauch einer Marktposition unzulässig sein.
- Ein sogenannter Miniwettbewerb beim Abruf von Einzelaufträgen ist nur in Ausnahmefällen zwingend. Nach Möglichkeit sollten Auftraggeber diese Miniwettbewerbe vorsichtig handhaben, um den Aufwand für die Unternehmen gering zu halten.

## **11. Produktvorgaben und Gestaltungsspielräume bei der Beschaffungentscheidung**

Rechtsanwalt Ralf Stötzel, LL.M., GÖHMANN Rechtsanwälte, Hannover

- Die Erstellung der Leistungsbeschreibung ist dem Auftraggeber zugewiesen. Es steht in der Freiheit des Auftraggebers, was er beschafft.
- Er muss dabei keine Rücksicht etwa auf die Verfügbarkeit der Leistung oder den Zuschnitt potentieller Anbieter nehmen.
- Grundsätzlich erfolgt die Leistungsdefinition durch den Auftraggeber, nur beim wettbewerblichen Dialog wird die Leistung gemeinsam festgelegt.
- Ob eine Markterkundung durchgeführt werden muss, ist Einzelfall-abhängig, eine grundsätzliche Pflicht besteht nicht. In der Praxis erfolgt eine Markterkundung sinnvollerweise dann, wenn man Probleme erwarten kann, entweder beispielsweise wenn man von einem begrenzten potentiellen Teilnehmerkreis ausgehen will.
- Die Dokumentation muss beginnen, wenn Entscheidungen getroffen werden, die eine Einschränkung des Wettbewerbs bewirken können. Dies kann gegebenenfalls auch schon vor Beginn des eigentlichen Vergabeverfahrens mit der Bekanntmachung erfolgen.
- Es gibt gesetzliche Einschränkungen wie Anforderung an die Energieeffizienz oder der Barrierefreiheit. Es darf auch nicht zu einem Missbrauch kommen. Auch unerfüllbare Leistungen darf der Auftraggeber nicht verlangen.
- Die Anforderung der Produktneutralität sind in den Schranken des festgelegten Leistungsgegenstand zu berücksichtigen.
- Besonders hohe Anforderungen können bestehen, wenn der Auftraggeber ein Verfahren mit Ausschluss des Wettbewerbs wählen will. Bei diesen Fällen sind die Grundsätze des § 14 Abs. 6 VgV zu beachten.

- Beschränkungen auf bestimmte Produkte sind stets im Einzelfall zu begründen, ein ganzheitliches Konzept für einen bestimmten Aufgabenbereich kann regelmäßig nicht als Begründung herangezogen werden.