



Vergabekammer Südbayern Entscheidungen 2021/2022

Matthias Steck

Vorsitzender der Vergabekammer Südbayern



Statistik 21.10.2022

Eingeleitete Nachprüfungsverfahren seit 01.01.2022	55
Sachentscheidungen im Jahr 2022 (inkl. Eingänge aus 2021)	24
Zugunsten des Öffentlichen Auftraggebers	11
Zugunsten des Antragstellers	13
Rücknahmen im Jahr 2022 (inkl. Eingänge aus 2021)	16
Sonstige Erledigung im Jahr 2022 (inkl. Eingänge aus 2021)	10
Sofortige Beschwerde zum BayObLG im Jahr 2022 (inkl. Eingänge aus 2021)	6
Verfahren nach VOB/A EU (nur Eingänge 2022)	14
Verfahren nach VgV	37
Verfahren nach VSVgV	2
Verfahren nach KonzVgV	2



Rechtsschutz gegen faktischen Vollzug

VK Südbayern, Beschluss vom 03.05.2021 - 3194.Z3-3_01-21-26

1. § 169 Abs. 3 GWB gilt damit nach seinem klaren Wortlaut nur in einem Vergabeverfahren und erlaubt nur Einwirkungen auf ein Vergabeverfahren.
2. § 169 Abs. 3 GWB bietet keine Rechtsgrundlage, um die weitere Durchführung eines geschlossenen Vertrags, der unter Verstoß gegen die Verpflichtung zur Durchführung eines EU-weiten Vergabeverfahrens geschlossen wurde, zu untersagen.
3. Es spricht viel dafür, dass die Bundesrepublik Deutschland mit der derzeitigen Fassung des § 169 Abs. 3 GWB bzw. der fehlenden Möglichkeit, überhaupt vor den Nachprüfungsinstanzen gegen einen faktischen Vollzug eines öffentlichen Auftrags, der unter Verstoß gegen die Verpflichtung zur Durchführung eines EU-weiten Vergabeverfahrens geschlossen wurde, mit vorläufigen Maßnahmen vorzugehen, Art. 2 Abs. 1 Ziff. a Richtlinie 2007/66/EG unzureichend umgesetzt hat.
4. Allerdings wendet sich Art. 2 Abs. 1 a Richtlinie 2007/66/EG ausschließlich an die Mitgliedstaaten, so dass eine direkte Anwendung der Richtlinie nicht in Betracht kommt.



Rechtsschutz gegen faktischen Vollzug

VK Südbayern, Beschluss vom 03.05.2021 - 3194.Z3-3_01-21-26

- ASt war von AG Ende 2020 mit Erdbauarbeiten beauftragt worden.
- Das Verhältnis zwischen ASt und AG ist aufgrund diverser Rechtsstreitigkeiten feindselig.
- Im Frühjahr 2021 kündigte der AG den Vertrag wegen Schlechtleistung.
- Wenige Tage später vergab er die Restarbeiten ohne Durchführung eines Vergabeverfahrens als „Nachtrag“ an B und berief sich auf § 132 Abs. 3 GWB.
- B war zuvor vom AG mit Erdbauarbeiten zu einem anderen Bauvorhaben auf einem anderen Grundstück in einem anderen Stadtteil Münchens beauftragt worden.
- Der Wert der Restarbeiten liegt bei ca. 12% des Werts des an B vergebenen "Hauptauftrags" sowie unter dem Schwellenwert für Bauaufträge.
- ASt macht mit einem Nachprüfungsantrag die Unwirksamkeit der Direktvergabe nach § 135 Abs. 1 Nr. 2 GWB geltend.
- AG treibt während des Nachprüfungsverfahrens die Bauarbeiten schnell voran.
- ASt beantragt, dem AG gem. § 169 Abs. 3 GWB zu untersagen, den "Nachtrag" bis zu einer Entscheidung über den Nachprüfungsantrag weiter zu vollziehen.



Zugang von elektronischen Angeboten

VK Südbayern, Beschluss vom 15.11.2021 - 3194.Z3-3_01-21-20

1. Ist der Schlusstermin für den Eingang der Angebote mit einem Datum und z. B. 10:00 Uhr Ortszeit angegeben, endet die Angebotsfrist "Punkt" 10 Uhr, d. h. um 10:00:00 Uhr, und nicht erst um 10:00:59 Uhr, d. h. mit Umspringen der Uhr auf 10:01(:00) Uhr (VK Bund, Beschluss vom 26.10.2016 - VK 1-92/16).
2. Bei einer Angebotsabgabe mit elektronischen Mitteln über eine E-Vergabepattform ist für den maßgeblichen Zugangszeitpunkt eines Angebots nicht auf die Abrufbarkeit (bzw. Öffnungsmöglichkeit) der Angebotsdatei durch den Auftraggeber abzustellen, sondern auf den vollständigen Upload der übermittelten Angebotsdaten auf den Server der von der Antragsgegnerin genutzten Vergabepattform.
3. Verzögerungen durch Bearbeitungsschritte der bereits eingegangenen Angebotsdaten wie Verschlüsselung und Umspeichern in den gesicherten Auftraggeberbereich auf der E-Vergabepattform führen nicht zu einer faktischen Verkürzung der Angebotsfrist.
4. § 312i Abs. 1 Satz 2 BGB ist für den Zugang des Angebots in einem elektronisch durchgeführten Vergabeverfahren nicht entsprechend anzuwenden.
5. Der Betreiber der E-Vergabepattform ist auch hinsichtlich des Empfangs der Angebotsdaten als Erfüllungsgehilfe des Auftraggebers nach § 278 BGB anzusehen.



Zugang von elektronischen Angeboten

VK Südbayern, Beschluss vom 15.11.2021 - 3194.Z3-3_01-21-20

- Vergabe von Tiefbauarbeiten im offenen Verfahren nach der VOB/A EU, einziges Zuschlagskriterium Preis
- Schlusstermin für die elektronische Einreichung von Angeboten 11.03.2021 um 10:00 Uhr.
- Günstigster Bieter lädt sein Angebot wegen technischer Schwierigkeiten erst gegen 09:59 Uhr hoch.
- Die Vergabeplattform registrierte den Eingang für 10:00:03 Uhr.
- Der AG stufte das Angebot als "verspätet eingegangen" ein und schließt es aus.
- Beweisaufnahme im Nachprüfungsverfahren ergibt, dass das Angebot sehr wahrscheinlich noch vor 10:00:00 Uhr auf dem Webserver der Vergabeplattform eingegangen ist, allerdings waren die dort ausgeführten Verarbeitungsschritte Verschlüsseln und Ablegen des verschlüsselten Angebots im Bereich des AG erst knapp drei Sekunden nach Ablauf der Angebotsfrist abgeschlossen.



Zugang von elektronischen Angeboten

VK Südbayern, Beschluss vom 15.11.2021 - 3194.Z3-3_01-21-20

- Ein elektronisch auf eine Vergabepattform übermitteltes Angebot gilt bereits mit dem vollständigen Upload der Angebots-Dateien auf dem Server des Vergabeportals als beim AG eingegangen.
- Die Bereitstellung im Bereich des AG ist für eine Angebotsöffnung zwar notwendig, fällt aber hinsichtlich eines rechtzeitigen Zugangs des Angebots **nicht** mehr in die **Risikosphäre des Bieters**.
- Notwendige Verarbeitungsschritte auf der Plattform wie Verschlüsseln und Ablegen im Bereich des AG, die der Bieter nicht beeinflussen kann, fallen nicht in seine Risikosphäre.
- § 312i Abs. 1 S. 2 BGB der im Bereich der RL 2000/31/EG (e-commerce Richtlinie) die Frage des Zugangs an die Abrufbarkeit der Datei knüpft, ist nicht entsprechend anzuwenden.
- Es darf einem Bieter nicht zum Nachteil gereichen, dass der genaue Zeitpunkt des vollständigen Uploads von der Vergabepattform nicht gespeichert wurde bzw. die entsprechenden Logfiles nicht mehr vorhanden sind.



Pflicht zur Vereinbarung der VOB/B

VK Südbayern, Beschluss vom 14.02.2022 - 3194.Z3-3_01-21-44

1. Versucht ein Auftraggeber in einem europaweiten Vergabeverfahren über Bauleistungen entgegen § 8a EU VOB/A 2019 statt der VOB/B ein weitgehend abweichendes vertragliches Regelwerk zur Anwendung zu bringen, kann der Verstoß gegen § 8a EU VOB/A 2019 im Vergabenachprüfungsverfahren geltend gemacht werden, da es sich (auch) um eine vergaberechtliche Norm handelt.
2. Eine zivilrechtliche Prüfung von Vertragsklauseln in Form einer AGB-Inhaltskontrolle findet im vergaberechtlichen Nachprüfungsverfahren nicht statt.
3. Stellt ein Auftraggeber eine mit den derzeit am Markt verfügbaren Produkten nicht erfüllbare technische Spezifikation in der Leistungsbeschreibung auf, muss er sein Abrücken von dieser Spezifikation im Rahmen der Beantwortung einer Bieterfrage klar und eindeutig kommunizieren und zweifelsfrei festlegen, was stattdessen gelten soll. Ansonsten liegt ein Verstoß gegen den Grundsatz der eindeutigen und erschöpfenden Leistungsbeschreibung nach § 121 Abs. 1 GWB vor.



Pflicht zur Vereinbarung der VOB/B

VK Südbayern, Beschluss vom 14.02.2022 - 3194.Z3-3_01-21-44

- Vergabe von Baumeisterarbeiten für ein Feuerwehrhaus im offenen Verfahren, einziges Zuschlagskriterium Preis
- AG gibt Bauvertrag vor, der die VOB/B weitgehend abbedingt und sich zum Teil am Bauvertragsrecht des BGB orientiert.
- Abweichungen ergaben sich u. a. hinsichtlich der Abrechnungsbestimmungen der VOB/C, dem Recht der Ersatzvornahme ohne vorhergehende Auftragsentziehung, der Berechtigung zur Festlegung neuer Vertragsfristen durch den Auftraggeber, dem Ausschluss von Teilabnahmen u.v.m.
- ASt rügt die Abweichungen von der VOB/B unter Berufung auf § 8a EU VOB/A 2019.
- Zudem stellte der AG eine mit den derzeit am Markt verfügbaren (Dämm-)Produkten nicht erfüllbare technische Spezifikation im LV auf.
- Auf eine entsprechende Bieterfrage gab der AG eine unklare Antwort, aus der nicht klar hervorging, ob er von der technisch nicht umsetzbaren Spezifikation abweicht bzw. welche Abweichungen hiervon bei der Angebotswertung zulassen würde.



Vergabe von Generalplanerleistungen

VK Südbayern, Beschluss vom 21.03.2022 - 3194.Z3-3_01-21-51

1. Bei der Entscheidung über eine gemeinsame Vergabe mehrerer Fachplanungsleistungen muss sich der Auftraggeber mit der Koordinierungspflicht des Objektplaners in Bezug auf alle Fachplanerleistungen als Grundleistung in den Leistungsphasen 1 bis 3 und 5 nach Anlage 10 zu § 34 HOAI 2021 auseinandersetzen. Er kann nicht ohne konkrete Anhaltspunkte unterstellen, dass der Objektplaner die Koordinierungsleistung nicht oder nur schlecht erbringen wird.
2. Das Interesse des Auftraggebers fachplanungsübergreifende Lösungsvorschläge bereits im Rahmen der Vergabe als Zuschlagskriterium berücksichtigen zu können, kann dagegen als für eine Gesamtvergabe sprechender Aspekt berücksichtigt werden.



Vergabe von Generalplanerleistungen

VK Südbayern, Beschluss vom 21.03.2022 - 3194.Z3-3_01-21-51

- Generalplanungsleistungen für den Neubau eines Hallenbades
- ASt will Vergabe in Fachplanerlosen erreichen.
- AG bringt zahlreiche Aspekte zur Begründung des Verzichts auf Fachlosvergabe vor, u.a.
 - Hoher Koordinationsaufwand mehrerer Fachplanungen
 - Schwierige Durchsetzung von Gewährleistungsansprüchen
 - Gefahr von Problemen an den Schnittstellen der verschiedenen Fachplanungen
 - Energetisches Innovationspotential könne nur durch eine fachübergreifende Planung sichergestellt werden
 - AG möchte bereits bei der Vergabeentscheidung fachplanungsübergreifende Lösungsvorschläge (mit erheblichem Gewicht) bewerten.



Vergütung für Lösungsvorschläge

VK Südbayern, Beschluss vom 21.03.2022 - 3194.Z3-3_01-21-51

3. Spätestens seit dem Wegfall der verbindlichen Mindestsätze der HOAI muss eine angemessene Vergütung i.S.d. § 77 Abs. 2 VgV nicht mehr zwingend auf der Basis der HOAI ermittelt werden.
4. Es ist nicht zu beanstanden, die Vergütung nach dem konkreten, von der Vergabestelle realistisch prognostizierten Zeitaufwand für die zu erbringenden Planungsleistungen unter Ansatz angemessener Stundensätze zu bestimmen.
5. In diesem Fall erfordert die Festsetzung einer angemessenen Vergütung regelmäßig die Deckung des für die Erledigung der geforderten Aufgabe notwendigen, geschätzten Zeitaufwandes unter Ansatz angemessener Stundensätze (VK Sachsen, Beschluss vom 05.02.2019 – 1/SVK/038-18).
6. Die Erwägungen des BGH im Urteil vom 13.01.2017 – X ZR 93/15 zu einer (lediglich) teilweisen Erstattung des Aufwands in einem Vergabeverfahren können nicht auf die vergaberechtlich geforderte Festsetzung einer angemessenen Vergütung nach § 77 Abs. 2 VgV übertragen werden.



Vergütung für Lösungsvorschläge

VK Südbayern, Beschluss vom 21.03.2022 - 3194.Z3-3_01-21-51

- Generalplanungsleistungen für den Neubau eines Hallenbades
- AG möchte bei der Vergabeentscheidung fachplanungsübergreifende Lösungsvorschläge bewerten
- Diese erfordern umfangreiche Planungsleistungen der Bieter
- ASt möchte Vergütung auf der Grundlage der Basishonorare der HOAI 2021 erreichen (ca. 125.000 €)
- AG ermittelt (realistisch) einen Aufwand von ca. 360 Stunden für die Planungsleistungen und setzt (vertretbar) einen gemittelten Stundensatz von 100€ an.
- Unter Berufung auf das Urteil des BGH vom 13.01.2017 – X ZR 93/15 und die Akquisiesituation setzt der AG die Vergütung auf 20.000 € fest.



Eignungsleihe in Referenzen

VK Südbayern, Beschluss vom 06.07.2022 - 3194.Z3-3_01-21-72

1. Nach Art. 63 Abs. 1 der Richtlinie 2014/24/EU bzw. § 47 Abs. 1 Satz 3 VgV können sich Wirtschaftsteilnehmer in Bezug auf die Kriterien für die einschlägige berufliche Erfahrung (dies sind nach Art. 58 Abs. 4 der Richtlinie 2014/24/EU in der Regel Referenzen) nur dann auf die Leistungsfähigkeit anderer Unternehmen stützen, wenn das andere Unternehmen auch die Arbeiten ausführt bzw. die Dienstleistung erbringt, für die die Leistungsfähigkeit nachzuweisen ist.
Das bedeutet hinsichtlich der durch eine Referenz nachzuweisenden beruflichen Erfahrung, dass alle Teile der ausgeschriebenen Leistung, für welche eine Referenz zu erbringen war und für die der Bieter nicht auf eine eigene Referenz zurückgreifen kann, von dem Unternehmen auszuführen sind, auf dessen Leistungsfähigkeit – nämlich die durch eine Referenz nachzuweisende berufliche Erfahrung – sich der Bieter stattdessen stützen will.



Eignungsleihe in Referenzen

VK Südbayern, Beschluss vom 06.07.2022 - 3194.Z3-3_01-21-72

Ein allgemeines Berufen darauf, dass Mitarbeitende der eignungsverleihenden Unternehmen, die an den entsprechenden Referenzaufträgen beteiligt waren, dem neu gegründeten Tochterunternehmen über den gesamten Leistungszeitraum irgendwie zur Verfügung stehen, kann aufgrund des deutlichen Wortlauts des Art. 63 Abs. 1 der Richtlinie 2014/24/EU und des § 47 Abs. 1 Satz 3 VgV angesichts der Intention des Richtliniengebers, die Eignungsleihe stärker zu reglementieren, nicht ausreichen.

2. Hat ein Unternehmen überhaupt keine eigenen, bei der Eignungsprüfung zu berücksichtigenden Referenzen, muss das die Eignung „verleihende“ Unternehmen die gesamten von der Referenz umfassten Leistungen ausführen.
3. Hat der Auftraggeber zulässigerweise nach Art. 4 Abs. 7 der Verordnung (EG) 1370/2007 ein Selbstausführungsgebot bzgl. eines bedeutenden Teils der öffentlichen Personenverkehrsdienste festgelegt, kann ein Unternehmen in diesem Umfang keine Eignungsleihe durch Berufen auf Referenzen anderer Unternehmen in Anspruch nehmen, wenn diese nach § 47 Abs. 1 S. 3 VgV die Leistung erbringen müssten.



Eignungsleihe in Referenzen

VK Südbayern, Beschluss vom 06.07.2022 - 3194.Z3-3_01-21-72

Vergabe von Schienen-Regionalverkehrsleistungen

- AG forderte im Rahmen der Prüfung der technischen und beruflichen Leistungsfähigkeit u.a. "mindestens eine Referenz über einen während der Jahre 2013 bis 2020 (nicht zwingend in allen Jahren) ausgeführten Dienstleistungsauftrag im SPNV"
- Im Falle einer Eignungsleihe sahen die Vergabeunterlagen u.a. vor, dass „*Personal des Dritten, das über die mit den Referenzen erlangte Erfahrung verfügt, bei der hiesigen Leistung eingesetzt werden muss.*“
- Nach dem Verkehrsdurchführungsvertrag muss das Verkehrsunternehmen gemäß Art. 4 Abs. 7 der VO (EG) Nr. 1370/2007 mindestens 70% der fahrplanmäßigen Verkehrsleistungen im Schienenverkehr und der Leistungen des Zugbegleitpersonals selbst erbringen.
- In LB und Verkehrsdurchführungsvertrag ist geregelt, dass im Falle eines Betreiberwechsels das für den Betrieb notwendige Personal zu übernehmen ist.
- Zuschlag soll an ein neu gegründetes Bahnunternehmen gehen, das unstreitig über keine eigenen Referenzen verfügt und sich vollumfänglich auf Referenzen seines Mutterkonzerns beruft.



Faktische Verkürzung der Frist des § 134 GWB

VK Südbayern, Beschluss vom 04.08.2022 - 3194.Z3-3_01-22-01

1. Erschwert der Auftraggeber die Inanspruchnahme von effektivem Rechtsschutz der Bieter dadurch unzumutbar, dass er die 10-tägige Wartefrist nach § 134 Abs. 1 GWB so über Feiertage und Wochenenden legt, dass einem Bieter für die Entscheidung über einen Nachprüfungsantrag praktisch nur vier bis fünf Arbeitstage verbleiben, wird die Frist nicht wirksam in Lauf gesetzt (OLG Düsseldorf, Beschlüsse vom 05.11.2014 – VII-Verg 20/14 und vom 05.10.2016 - VII-Verg 24/16)
2. Der Zeitraum für die Überprüfung der Vergabe und der Entscheidung über einen Nachprüfungsantrag kann auch dadurch unzulässig faktisch verkürzt werden, dass der Auftraggeber neben Wochenenden und gesetzlichen Feiertagen auch die beiden einzigen Werkzeuge im Jahr, an denen die Vergabekammer dienstfrei hat (24.12. und 31.12.) und an denen kein Nachprüfungsantrag gestellt werden kann, in die Wartefrist nach § 134 Abs. 2 GWB einbezieht.
3. Ob eine unzumutbare Erschwerung des effektiven Rechtsschutzes der Bieter vorliegt, ist an den Umständen des Einzelfalls zu messen.



Faktische Verkürzung der Frist des § 134 GWB

VK Südbayern, Beschluss vom 04.08.2022 - 3194.Z3-3_01-22-01

- Beschaffung von mobilen Raumlufthereinigungsgeräten für Gruppen- und Funktionsräume in Kindertageseinrichtungen im beschleunigten offenen Verfahren
- Versand der Information nach § 134 GWB am Nachmittag des 23.12.2021 – Wartefrist bis 03.01.2022
- 25. und 26.12.2021 und 01. und 02.01.2022 fielen auf Wochenenden, die VK Südbayern hat am 24.12. und am 31.12. dienstfrei
- Zuschlag am Morgen des 03.01.2022
- E-Mail mit der Mitteilung nach § 134 GWB wurde bei ASt am 27.12.2021 an den zuständigen MA weitergeleitet, dieser befand sich ohne Vertretung im Urlaub
- Rügen der ASt am 03. und 04.01.2022
- Nachprüfungsantrag am 06.01.2022



Überlange Bindefristen bei Bauaufträgen

VK Südbayern, Beschluss vom 05.08.2022 - 3194.Z3-3_01-22-29

1. Gem. § 10a EU Abs. 8 Satz 1 VOB/A bestimmt der öffentliche Auftraggeber eine angemessene Frist, innerhalb der die Bieter an ihre Angebote gebunden sind (Bindefrist).
2. Die Bestimmung der Bindefrist liegt im pflichtgemäßen Ermessen des Auftraggebers. Dieses Ermessen hat er danach auszurichten, dass die Bindefrist so kurz wie möglich sein und nicht länger bemessen werden soll, als der öffentliche Auftraggeber für eine zügige Prüfung und Wertung der Angebote gem. §§ 16 EU bis 16d EU benötigt.
3. Die besonderen Bedingungen der internen Willensbildung einer Gemeinde können eine mögliche Rechtfertigung für eine längere Bindefrist darstellen (vgl. BGH, Urteil vom 21.11.1991 – VII ZR 203/90).
4. Bindefristen die die Regelfrist von 60 Kalendertagen gem. § 10a EU Abs. 8 Satz 3 VOB/A um mehr als das Doppelte übersteigen sind nur ganz ausnahmsweise mit besonderer Begründung zulässig. Auch in sehr großen Kommunen mit aufwändigen internen Abläufen zur internen Willensbildung dürfen so lange Bindefristen nicht zum Regelfall werden.
5. Gerade in Zeiten mit kurzfristigen hohen Preisschwankungen und Fachkräftemangel sind die Interessen der Bieter bei der Festsetzung der Bindefrist besonders zu berücksichtigen, um ihnen kein ungewöhnliches Wagnis i.S.d. § 7 EU Abs. 1 Nr. 3 VOB/A aufzuerlegen.



Überlange Bindefristen bei Bauaufträgen

VK Südbayern, Beschluss vom 05.08.2022 - 3194.Z3-3_01-22-29

- Bauauftrag über Holzbauarbeiten der LHM
- Schlusstermin für den Eingang der Angebote 22.06.2022
- Bindefrist des Angebots war bis zum 07.11.2022 festgelegt (138 Tage)
- In zwei Parallelverfahren betrug die Bindefrist sogar über 170 Tage
- Stoffpreisgleitklausel in Bezug auf die im Formblatt 225 aufgeführten Stoffe (Konstruktionsvollholz, Baustahl S235)
- LHM begründet die lange Bindefrist mit der Notwendigkeit der Beteiligung ihrer kommunalen Gremien und der sehr umfangreichen Abstimmung innerhalb der Verwaltung vor der Gremienbeteiligung.
- ASt weist darauf hin, dass Bindefristen, die die Regelfrist von 60 Kalendertagen gem. § 10a EU Abs. 8 Satz 3 VOB/A um mehr als das Doppelte übersteigen, für sie wegen der derzeitigen kurzfristigen hohen Preisschwankungen und dem Fachkräftemangel eine erhebliche Härte bedeuten.