



VergabeFIT 2019

**Veranstaltung des forum vergabe e.V.
5. bis 7. Juni 2019 in Mainz**

Thesen

erstellt und verantwortet vom forum vergabe e.V.

1. Prüfungs- und Rügeobliegenheiten von Bietern

Rechtsanwalt Dr. Marc Gabriel, Baker McKenzie, Berlin

- Die Entwicklung der Rügeobliegenheit im GWB macht deutlich, dass der Gesetzgeber ein Ansammeln von Rügen verhindern will.
- Zweck der Rügeobliegenheit ist es, dem Auftraggeber Gelegenheit zur Fehlerkorrektur zu geben.
- Die Präklusion bestimmter Sachverhalte im Nachprüfungsverfahren ist die in der Praxis bedeutsamste Folge einer unterlassenen Rüge.
- Die Rüge kann formlos erfolgen, sie sollte jedoch aus Beweisgründen schriftlich erhoben werden. Es ist nicht erforderlich, sie über das E-Vergabe-System des Auftraggebers einzureichen.
- Rügen sind abzugrenzen von reinen Vorschlägen und Fragen.
- Ein Vergabeverstoß ist erkannt, wenn der Bieter hierzu Sach- und Rechtskenntnis hat. Es empfiehlt sich, organisatorisch sicherzustellen, dass eine zeitnahe Prüfung der Vergabeunterlagen erfolgt.
- Die Nichtigkeitsfolge des § 134 GWB und die hierfür vorgesehenen Fristen gehen der Rüge vor.
- Bei der Erkennbarkeit eines Vergabeverstoßes kommt es auf den Horizont des durchschnittlichen Bieters an. Erkennbarkeit ist regelmäßig nicht gegeben bei komplexen oder bisher noch nicht entschiedenen Fragen.
- Aus Gründen der Sicherheit empfiehlt es sich, die Frist des § 160 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 GWB vorrangig zu beachten.
- Bei einer drohenden Direktvergabe hat der Bieter keinen vorbeugenden Rechtsschutz. Es besteht in der Praxis eine erhebliche Unsicherheit, wann in einem solchen Fall die Rüge erfolgen muss. Der spätere Angriff allein

wegen Nichtigkeit führt zu einem anderen Prüfungsmaßstab, bei dem es auf die Vertretbarkeit ankommt.

- Im Hinblick auf die Frist zur Stellung eines Nachprüfungsantrages empfiehlt sich für öffentliche Auftraggeber das Abschichten von Rügeantworten.

2. Bekanntmachungsfehler vermeiden – schlechte Beispiele aus dem TED-Archiv

Hermann Summa, Richter am OLG Koblenz

- Sehr viele Bekanntmachungen enthalten Fehler.
- Dies liegt sicher auch daran, dass die Standardformulare sprachlich misslungen und nicht kompatibel mit dem Gesetz sind.
- Bei der Frage der Leistungsfähigkeit nach III.1. in Standardformular 21 geht es allein um die rechtliche Leistungsfähigkeit von Bietern.
- Folgen von Bekanntmachungsmängeln sind auch bei der Zuwendungsprüfung relevant, insbesondere wenn die Fehler eine wettbewerbsbeschränkende oder -hemmende Wirkung haben.
- Eine wettbewerbsbeschränkende Wirkung hat beispielsweise eine fehlerhafte Verlinkung zu den Vergabeunterlagen, wenn diese nicht direkt zu erreichen sind.
- Es empfiehlt sich, die Verlinkung der Vergabeunterlagen vor der Veröffentlichung zu prüfen.
- Zur Risikominimierung empfiehlt es sich, auch im Teilnahmewettbewerb die gesamten Unterlagen frühzeitig zur Verfügung zu stellen. Hierdurch wird auch vermieden, dass versehentlich ungeeignete Eignungskriterien gewählt werden.
- Soll eine allgemeine Zugänglichkeit der Unterlagen vermieden werden, empfiehlt sich das Verfahren der Interessensbekundung.
- Auch bei ungeteilten Aufträgen ist jeweils der Gesamtwert anzugeben. Dies gilt gerade angesichts der verlangten Angaben zu den Werten von Losen.
- Grundsätzlich sollten die Eignungskriterien und die hierfür vom Auftraggeber verlangten Nachweise als „Pärchen“ bekannt gegeben werden. Dabei ist eine Verweisung auf die Vergabeunterlagen entgegen der Angaben im Formular unzulässig.
- Ausreichend ist aber eine kurze Darstellung in der Bekanntmachung, die in den Vergabeunterlagen erläutert wird.

3. Fristen im Vergabeverfahren

Rechtsanwältin Katrin Weißler, AULINGER Rechtsanwälte, Essen

- Die Verkürzung der Mindestfristen bei elektronischer Kommunikation ist wegen der inzwischen regelmäßig zwingend vorzunehmenden elektronischen Vergabe im Regelfall zulässig.
- Eine nachträgliche Verkürzung einer Frist wegen Dringlichkeit ist nicht zulässig.
- Dabei darf sich der Auftraggeber nicht auf von ihm selber verursachte Dringlichkeitsgründe berufen.
- Die Vorinformation bietet eine Möglichkeit der Fristverkürzung. Sie kann auch genutzt werden, um den Wettbewerb in besonderer Weise auf eine Vergabe vorzubereiten.
- Eine Vorgabe für die Bindefrist findet sich nur in der VOB/A. In allen anderen Fällen muss eine angemessene Fristsetzung erfolgen.
- Vorgaben zu Ausführungsfristen finden sich nur in der VOB/A. Bisher gab es nur in Ausnahmefällen erfolgreiche Angriffe gegen die Festsetzung von Ausführungsfristen.
- Allein die Einhaltung der Mindestfristen führt nicht zu einer angemessenen Fristsetzung. Es ist immer der Einzelfall zu betrachten. Ziel der Fristsetzung ist es, den Unternehmen hochwertige Teilnahmeanträge und Angebote zu ermöglichen.
- Deswegen ist auch die Komplexität der Leistung zu berücksichtigen, daneben auch der Zeitaufwand für die Angebotserstellung.
- Verkürzend können sich zum Beispiel Vereinfachungen durch die Zulassung von Eigenerklärungen auswirken.
- In der Dokumentation muss festgehalten werden, dass Mindestfristen als solche erkannt werden und es muss eine Begründung für den Einzelfall erfolgen.
- Die Pflicht zur Verlängerung nach § 23 Abs. 2 VgV erfasst nach dem Wortlaut nur Angebotsfristen. Es ist jedoch sinnvoll und zulässig, diese auch für den Teilnahmewettbewerb anzuwenden.

4. Nachhaltige Beschaffung am Beispiel der Verwendung sekundärer Rohstoffe

Jens Loschwitz, Bundesverband der Deutschen Entsorgungs-, Wasser- und Rohstoffwirtschaft e.V. (BDE), Berlin

- Sekundär-Rohstoffe haben als Teil der Rohstoff-Wirtschaft eine volkswirtschaftliche Bedeutung, sie sind aber auch betriebswirtschaftlich interessant.
- Das Vergaberecht gibt viele Gestaltungsspielräume, um umweltfreundliche Stoffe und insbesondere Sekundär-Rohstoffe zu verwenden.
- Auch das Abfallrecht weist in § 45 Abs. 1 KR WG auf die Bedeutung nachhaltiger Beschaffung hin.
- Auftraggeber sollten die Möglichkeiten nutzen, Ausschreibungen so offen zu gestalten, dass auch Sekundär-Rohstoffe verwendet werden können.
- Immer wieder kommen neue Produktgruppen hinzu, die unter Verwendung von Sekundär-Rohstoffen gestellt werden,.
- Auftraggeber sollten die unterschiedlichen Informationsquellen nutzen, um sich über die stets zunehmenden Möglichkeiten zu informieren.
- Auch vor dem Hintergrund der CO₂-Bilanz sind solche Rohstoffe relevant.

5. Eignung und Eignungskriterien

Rechtsanwalt Prof. Dr. Alexander Wichmann
Wurster Weiß Kupfer
Rechtsanwälte Partnerschaft mbB, Freiburg

- Die Eignungsprüfung ist ein zentraler Bestandteil des Vergabeverfahrens.
- Die dabei vorgenommene Prüfung des anbietenden Unternehmens ist ein Teil der vorgelagerten Qualitätssicherung.
- Weil es sich um eine Prognoseentscheidung auf der Grundlage von Tatsachen handeln soll, darf der Auftraggeber nur überprüfbare Anforderungen stellen.
- Ausgangspunkt der festzulegenden Eignungskriterien ist die Leistungsbeschreibung.
- Rechtlich drückt sich dies darin aus, dass ein Zusammenhang mit dem Auftragsgegenstand gefordert wird.
- Das Spannungsverhältnis zwischen der Berücksichtigung erfahrener Unternehmen einerseits und Startups andererseits kann der Auftraggeber sehr unterschiedlich lösen.

- Bei der Befähigung der Erlaubnis zur Berufsausübung geht es allein um das rechtliche „Dürfen“. Fordert der Auftraggeber Auszüge aus Registern, sollte er genau angeben, ab wann er Gültigkeitsdaten berechnet, zum Beispiel ab dem Datum der Veröffentlichung.
- Werden im Rahmen der Prüfung der finanziellen und wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit bestimmte Wirtschaftsdaten von Unternehmen gefordert, muss der Auftraggeber überlegen, ob diese eine belastbare Prognose unterstützen oder ermöglichen und ob er diese sinnvoll auswerten kann.
- Verlangt der Auftraggeber eine bestimmte bezifferte Versicherung, sollte er eine Bestätigung über eine mögliche Aufstockung ausreichen lassen.
- Kann ein Unternehmen im Rahmen der technischen und beruflichen Leistungsfähigkeit das geforderte Personal noch nicht vorweisen, sollte der Auftraggeber stattdessen das Rekrutierungs-Konzept prüfen.
- Zertifizierungen können den Wettbewerb beschränken. Eine erteilte Zertifizierung muss sich auf den anbietenden Betriebsteil beziehen.
- Referenzen müssen durch das anbietende Unternehmen selber erbracht werden sein. Bei vergleichbaren Referenzen ist keine absolute Identität des Leistungsgegenstandes erforderlich.
- Soweit bei Ausschlussgründen ein Ermessen ausgeübt werden muss, ist die Ausübung zu dokumentieren.
- Bei Nachweisen sollte sich der Auftraggeber im Regelfall auf Eigenerklärungen beschränken, in begründeten Fällen mit dem Vorbehalt eine Nachforderung.
- Die Nachforderung von Unterlagen darf nicht zu einer inhaltlichen Änderung der Bewerbungen bzw. Angebote führen. Dabei ist etwa ein veraltetes Führungszeugnis als formal falsch anzusehen, in diesem Fall ist auch keine Manipulation möglich.

6. Rahmenverträge

Dr. Moritz Philipp Koch, Information und Technik Nordrhein-Westfalen (IT.NRW), Düsseldorf

- Rahmenverträge sind ein gutes Instrument zur Flexibilisierung der Beschaffung.
- Die Auftragswertschätzung muss auf Grundlage der Planungen erfolgen.
- Das voraussichtliche Volumen muss so genau wie möglich angegeben werden, eine abschließende Festlegung ist aber nicht zwingend erforderlich.

- Umstritten ist derzeit, ob eine Höchstmenge anzugeben ist und welche Folgen das Überschreiten einer angegebenen Höchstmenge hat.
- Es spricht einiges dafür, dass die Benennung zwingender Höchstmengen nicht immer erforderlich ist. Ausreichend ist auch eine „Größenordnung“.
- Eine Überschreitung des geschätzten Auftragswertes ist grundsätzlich zulässig und entspricht der Flexibilität dieses Beschaffungsinstrumentes.
- Eine wesentliche Vertragsänderung im Sinne von § 132 GWB kann allenfalls in Frage kommen, wenn der Auftraggeber eine Obergrenze benannt hat.
- Eine Konkretisierung des Beschaffungsbedarfes ist in Einzelabrufen möglich.
- Grundsätzlich besteht ein Verbot der Mehrfachvergabe. In begründeten Fällen wie der Sicherung der Versorgungssicherheit oder Vermeidung von Leistungsstörungen in sensiblen Bereichen kann eine doppelte Beauftragung erfolgen.
- Es gibt gute Argumente dafür, dass es keine Sperrwirkung für Einzelvergaben gibt, wenn diese auch unter einen Rahmenvertrag fallen könnten.

7. Änderung von Verträgen

Rechtsanwalt Dr. Heiko Hofmann, GÖRG Rechtsanwälte, Frankfurt am Main

- Das Vergaberecht endet grundsätzlich mit dem Zuschlag. Bei Änderungen des abgeschlossenen Vertrages kann es jedoch zu einer erneuten Ausschreibungspflicht kommen.
- Ausgangspunkt des jetzt geltenden neuen Gesetzesrechtes ist die Presetext-Entscheidung des EuGH, die dann in die EU-Vergaberichtlinien von 2014 umgesetzt wurde.
- § 132 Abs. 1 S. 2 GWB enthält eine Legaldefinition der wesentlichen Änderung mit einigen Beispielen. Grundsätzlich ist stets eine wertende Betrachtung im Einzelfall erforderlich.
- Die Anpassungsklausel in § 132 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 GWB ist nicht an eine bestimmte Auftragswert-Begrenzung gebunden.
- In der Praxis werden die Anordnungsrechte häufig eher zu weit ausgelegt, insbesondere ist fraglich, ob die Anordnungsmöglichkeiten nach VOB/B nicht zu unbestimmt sind.
- Die Regelung in § 132 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 GWB ist möglicherweise in sich widersprüchlich.

- Unvorhersehbare Änderungen im Sinne des § 132 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 GWB dürfen nicht aus der Sphäre des Auftraggebers stammen.
- Kommt es zu einer wesentlichen Vertragsänderung, ist erneut eine Ausschreibung vorzunehmen. Beim Verstößen liegt eine als nichtig angreifbare de-facto-Vergabe vor. Dem Auftraggeber steht auch ein Kündigungsrecht zu.
- Einen gewissen Schutz bietet die freiwillige Bekanntmachung nach § 135 Abs. 3 GWB.

8. Eignungsleihe und Nachunternehmer

Rechtsanwalt Dr. Marc Rübke, BEITEN BURKHARDT Rechtsanwaltsgesellschaft mbH, Berlin

- Die Begriffe „Nachunternehmer“ und „Unterauftragnehmer“ sind letztlich rechtlich identisch.
- Keine Unterauftragnehmer sind Zulieferer oder Verleiher von Maschinen.
- Der Eignungsverleiher verschafft dem Bieter erst die Eignung die der Auftraggeber fordert. Der Bieter muss sich eines Eignungsverleihers bedienen, wenn er selber die Eignungsanforderungen nicht erfüllt.
- Die Regelung der VOB/A-EU zur Eignungsleihe sind richtlinienkonform auszulegen.
- Das Vorliegen von Ausschlussgründen kann nicht durch eine Eignungsleihe gegenstandslos gemacht werden.
- Ein Selbstausführungsgebot ist zumindest im Oberschwellenbereich grundsätzlich unzulässig. Im Unterschwellenbereich ist bei einer Binnenmarktrelevanz des Auftrags nur ein eingeschränktes Selbstausführungsgebot zulässig.
- Ein bestimmter Selbstausführungsanteil ist bei kritischen Aufgaben zulässig, wobei diese jeweils im Einzelfall geprüft werden müssen. Es muss sich wohl um eine Leistung mit zentraler Bedeutung für den Auftrag handeln.
- Für den Verfügbarkeitsnachweis, der bei der Eignungsleihe erforderlich ist, ist keine Vorgabe des Auftraggebers zulässig.
- Die Verfügbarkeit kann unter dem Vorwahl der Zuschlagserteilung stehen, muss aber im Übrigen verbindlich sein.
- Bei Anforderungen der wirtschaftlichen und finanziellen Leistungsfähigkeit kann der Auftraggeber optional eine gemeinsame Haftung von Bieter und Eignungsverleiher fordern. Diese ist als Gesamtschuld anzusehen. Im Unterschwellenbereich fehlt wohl die hierfür erforderliche Rechtsgrundlage.

- Bei Angaben zu Unterauftragnehmern besteht ein zeitlich gestaffeltes Informationsrecht des Auftraggebers. Anders als bei Eignungsverleihern kann es in frühen Phasen unzumutbar sein, bereits die Angabe der Namen zu fordern.
- Auch für Unterauftragnehmer ist das Vorliegen von Ausschlussgründen zu prüfen.
- Es spricht außerdem einiges dafür, dass auch bei Unterauftragnehmern eine Eignungsprüfung zulässig ist.

9. Aktuelle Entwicklungen zum Vergaberecht

Ministerialrat Dr. Thomas Solbach, Bundesministerium für Wirtschaft und Energie, Berlin

- Eine generelle Regelung zum Personalübergang auch für den ÖPNV auf der Straße ist derzeit nicht in Vorbereitung.
- Im Bereich Verteidigung und Sicherheit wird überlegt, durch Änderungen im Vergaberecht eine erweiterte Nutzung von Art. 346 AEUV zu ermöglichen. So wird überlegt, auch andere Schlüsseltechnologien und sensible Technologien im Hinblick auf wesentliche Sicherheitsinteressen vom Anwendungsbereich auszunehmen.
- Auch wird überlegt, in § 12 VSVgV Regelbeispiele für das Vorliegen einer Krise einzuführen und so die Regelung deutlicher zu gestalten.
- Die im Koalitionsvertrag angesprochene Vereinheitlichung des Vergaberechts wurde in einer Arbeitsgruppe auf breiter Basis diskutiert. Nach zwei Tagungen wird jetzt die Erstellung eines Berichtes angestrebt.
- Das Wettbewerbsregister wird zurzeit aufgebaut. Faktisch führt das Wettbewerbsregistergesetz derzeit noch nicht zur Pflichten der Auftraggeber. Die Ziele der zentralen Abfrage und der zentralen Prüfung der Selbstreinigung stehen im Vordergrund. Dabei wird eine möglichst einfache Handhabung angestrebt.
- Beim Verhältnis zu den Landesregistern ist es kritisch zu sehen, wenn die Länder andere Eintragungen zulasten.
- Die Einrichtung des Wettbewerbsregisters ist technisch und juristisch komplex. Das Ziel, die Funktionsfähigkeit 2020 zu erreichen, ist als ehrgeizig anzusehen.
- Die Einführung der Vergabestatistik hat die Ziele, automatisch Daten zu ermitteln und belastbare Daten zu erreichen.
- Problematisch erweist sich dabei die große Zahl der Vergabestellen und die Vielzahl der wartenden Datensätze.

- Die Datenerfassung soll im Regelfall automatisch erfolgen können.
- Das Wirtschaftsministerium strebt die konsequente Umsetzung des NAP auch im Beschaffungswesen an. Dabei bietet das Vergaberecht bereits jetzt auf den verschiedenen Stufen des Verfahrens viele Möglichkeiten, Nachhaltigkeitsaspekte zu berücksichtigen.
- Auf europäischer Ebene hat die Initiative zur Entwicklung des International Procurement Instrument neuen Schwung erhalten. Als Problemfelder sind dabei der etwaige Verwaltungsaufwand und die Auswirkung auf EU-Unternehmen anzusehen.
- Im Vertragsverletzungsverfahren zur HOAI wird derzeit ein Urteil am 4. Juli erwartet. Im Falle der Feststellung der Europarechtswidrigkeit dürfte die HOAI von öffentlicher Seite wohl nicht mehr angewandt werden.
- Weitere Schritte zur HOAI sind dann noch überlegen, insbesondere etwaige mögliche Anpassungen.
- In weiteren Verfahren geht es um die Auftragswertschätzung bei Planungsleistungen und um Rettungsdienstleistungen.
- Bei der Auftragswertschätzung ist eine richtlinienkonforme Auslegung vorzunehmen. Es kommt dabei auf einen funktionalen Zusammenhang der Leistungen an.
- Bei Rettungsdienstleistungen geht es um die Frage der Definition gemeinnütziger Organisation.

10. Aktuelles zum Bauvergaberecht

Cordula Getz, Bundesministerium des Innern, für Bau und Heimat, Berlin

- Bei der Novellierung der VOB/A zur Umsetzung der EU-Vergaberichtlinien musste der erste Abschnitt zurückgestellt werden.
- Der Gleichrang der öffentlichen Ausschreibung und der beschränkten Ausschreibung mit Teilnahmewettbewerb konnte erst nach Änderung von BHO und HGrG eingeführt werden.
- Im Bund ist die VOB/A 2019 Abschnitt 1 seit 1.3.2019 eingeführt, außer im Bereich Straßenbau.
- Es ist zu hoffen, dass bis Ende Juni der Bundesrat über die für die Einführung der VOB/A im Oberschwellenbereich erforderlichen Änderungen von VgV und VSVgV beschließt.
- Die VOB/A Abschnitt 1 ermöglicht eine flexible Verfahrenswahl mit dem Gleichrang von öffentlicher Ausschreibung und der beschränkten Ausschreibung mit Teilnahmewettbewerb.

- Die bei Vergaben zu Wohnzwecken zulässigen höheren Wertgrenzen sollen im Rahmen einer weiten Auslegung dieses Begriffes angewandt werden. So sind beispielsweise auch die Herstellung von Infrastruktur in Wohngebieten oder die Modernisierung von Wohnungsbauten hierunter zu verstehen.
- Bei der Eignungsprüfung wurde das Merkmal der Zuverlässigkeit beibehalten, weil es mehr Flexibilität für die öffentlichen Auftraggeber bietet.
- Bei den Nachweisen zur Eignung sind mehrere Erleichterungen möglich, so etwa der Verzicht bei einem Auftragswert bis 10.000 €.
- Mehrere Hauptangebote sind zulässig, sofern sie nicht in den Vergabeunterlagen oder der Bekanntmachung ausgeschlossen sind. Dabei muss jedes Hauptangebot aus sich heraus vollständig zuschlagsfähig sein.
- Der Auftraggeber ist nicht mehr verpflichtet, zwingend schriftliche Angebote zuzulassen.
- Die Regelung zur Nachforderung von Unterlagen und Preisen in § 16a VOB/A ist komplett überarbeitet worden.
- Für den Auslandsbau wurden in § 24 VOB/A neue Flexibilisierungen eingeführt.
- Im VOB/A-EU und VOB/A-VS wurden vor allem redaktionelle Änderungen vorgenommen. Außerdem wurde bei der Vorlage mehrerer Hauptangebote und der Nachforderung ein Gleichlauf zum Abschnitt 1 hergestellt.

11. Korrektur von Auftraggeberfehlern und Wiederholung von Verfahrensschritten

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

- Für die Korrektur von Fehlern gibt es keine spezifischen Vorschriften. Die durch Rügen eröffnete Gelegenheit zur Fehlerkorrektur kann jedoch als Hinweis auf die Zulässigkeit solcher Maßnahmen gesehen werden.
- Hat sich ein Fehler nicht auf Bewerbungen bzw. Angebote ausgewirkt, sollte der Auftraggeber unverzüglich die Unternehmen informieren sowie gegebenenfalls eine Korrektur-Bekanntmachungen machen und die Fristen anpassen.
- Im weiteren Verfahren ist die Rückversetzung gegenüber der Aufhebung als milderes Mittel vorrangig anzuwenden. Voraussetzung ist dabei das Fortbestehen der Beschaffungsabsicht.
- Zu beteiligen sind alle Unternehmen außer denjenigen, die bereits rechtmäßig ausgeschieden sind.

- Für eine Rückversetzung sind vernünftige, sachliche und nicht diskriminierende Gründe erforderlich. Diese müssen in ihrer Intensität nicht den Voraussetzungen für eine Aufhebung entsprechen.
- Bei der Wahl eines falschen Vergabeverfahrens ist es umstritten, ob diese nur durch Aufhebung korrigiert werden kann.
- Bei Zuschlagskriterien ist zu beachten, dass diese nicht ohne Änderung der Bekanntmachung korrigiert werden dürfen. Im Verhandlungsverfahren sind nicht verhandelbare Mindestanforderungen zu beachten.
- Im Falle von Änderungen der Leistungsbeschreibung nach Angebotsöffnung ist eine Einzelfallprüfung erforderlich, ob das gesamte Angebot neu zu bepreisen ist.
- Grundsätzlich ist eine Beendigung von Vergabeverfahren immer zulässig, ein Kontrahierungszwang zulasten des seitlichen Auftraggebers besteht nicht.
- Für abtrennbare Teile der Leistung ist auch eine Teilaufhebung möglich.
- Eine Verfahrensbeendigung ist auch dann möglich, wenn ein sachlicher vernünftiger Grund gegeben ist.

12. Verwendung von Gütezeichen für die Leistungsbeschreibung

Dr. Arne Ott, Evonik Industries AG, Essen

- Nicht jedes Gütezeichen ist vergaberechtlich verwendbar.
- Vorteile bestehen in der Vereinfachung der Leistungsbeschreibung, der darauf beruhenden Angebotserstellung und der späteren Kontrolle.
- Als Risiko ist die erforderliche Überprüfung bzw. Überprüfbarkeit anzusehen.
- Der Auftraggeber muss prüfen, ob ein gefordertes Gütezeichen dem Vergaberecht entspricht. Diese Entscheidung zu dokumentieren.
- Auftraggeber können, um die einem Gütezeichen innewohnende Beschreibung zur einfachen Nachweismöglichkeit zu nutzen, auch einzelne Kriterien von Gütezeichen verlangen.
- Ein verlangtes Gütezeichen muss allen Anforderungen des § 34 Abs. 2 VgV entsprechen. Sind nicht alle Anforderungen gewollt, muss der Auftraggeber seine konkreten Anforderungen benennen.
- Nicht zulässig sind Anforderungen an die allgemeine Unternehmens- und Geschäftspolitik.

- Der Auftraggeber muss in der Lage sein, die Einhaltung der Anforderungen des Gütezeichens überprüfen zu können.

13. Aktuelles zur E-Vergabe

Rechtsanwalt Prof. Wolfgang E. Trautner, HEUSSEN Rechtsanwaltsgesellschaft mbH, Frankfurt am Main

- Zurzeit befindet sich die öffentliche Beschaffung in einer Übergangsphase von Papier-basierten Prozessen hin zu elektronischen Prozessen.
- Die zwingend elektronisch durchzuführenden Prozesse betreffen insbesondere Bekanntmachung, die Bereitstellung der Vergabeunterlagen und Bieterfragen.
- Nicht zwingend elektronisch erfolgen muss das Absageschreiben nach § 134 GWB.
- Bei dem Verbot einer zwingenden Registrierung sind viele Verstöße zu beobachten - auch wenn diese für Unternehmen grundsätzlich vorteilhaft ist, weil sie z.B. Hinweise auf Aktualisierungen sichert.
- Weiterhin sollte der Auftraggeber überlegen, ob eine Abgabe bis Mitternacht ermöglicht werden soll.
- Mögliche Fehlerquellen elektronischer Vergabeverfahren betreffen erfahrungsgemäß die Bereitstellung der Vergabeunterlagen, den Zugang der Bieter zur Plattform, Fehlbedienungen und Betriebsstörungen sowie Fehler in der Kommunikation vom Auftraggeber zu den Bietern.
- Auch bei Verfahren mit Teilnahmewettbewerb ist es vorzugswürdig, die Vergabeunterlagen von Anfang an vollständig einzustellen.
- Maßgeblich für die Rechtzeitigkeit von Angeboten und Teilnahmeanträgen ist der Eingang auf der Plattform, außer ein Bieter kann nachweisen, dass er einen Verstoß nicht zu vertreten hat.
- Ein solcher Eingang muss verschlüsselt sein, insoweit besteht keine Heilungsmöglichkeit.
- Bieter müssen in ihren Bereich für Updates und Eskalationen sorgen.
- Die Verwendung veralteter Unterlagen führt zwingend zum Ausschluss.
- Bei technischen Schwierigkeiten ist zu prüfen, in wessen Sphäre sie fallen. Schwierigkeiten von Auftraggebern dürfen nicht zulasten der Bieter gehen. Dabei ist der Auftraggeber verpflichtet, Anhaltspunkten auf Störungen in seine Sphäre nachzugehen.