

# UPDATE

## Vergaberecht

08. Mai 2020



## Mal was Anderes!

Dieser Beitrag beschäftigt sich mit der Kurzbesprechung vier aktueller Entscheidungen aus der jüngsten Vergabepaxis:

- I. EuGH, Vorabentscheidungsverfahren vom 30.01.2020, C-395/18
- II. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 20.12.2019, Verg 35/19
- III. OLG Hamburg, Beschluss vom 20.03.2020, Verg 1/19
- IV. OLG München, Beschluss vom 26.03.2020, Verg 22/19

### I. EuGH, Vorabentscheidungsverfahren vom 30.01.2020, C-395/18

**Ein automatischer Ausschluss eines Bieters wegen des Vorliegens eines fakultativen Ausschlussgrundes beim Unterauftragnehmer ist unzulässig.**

#### 1. Sachverhalt

Der EuGH hatte jüngst in einem Vorabentscheidungsverfahren über die Auslegung von Art. 57 Abs. 4 der Richtlinie 2014/14/24 zu entscheiden.

Die zentrale Beschaffungsstelle der italienischen Verwaltung schrieb im Offenen Verfahren die Vergabe eines Systems für optische Kommunikation namens „Wavelength Division Multiplexing (WDM)“ für die Zusammenschaltung des Datenverarbeitungszentrums mehrerer Abteilungen des Ministeriums für Wirtschaft und Finanzen in Form eines Lieferauftrags aus.

Bieter B gab ein Angebot ab und benannte drei Unterauftragnehmer. Bei der Angebotsprüfung fiel auf, dass einer der benannten Unterauftragnehmer die Vorschriften über das

Recht von Menschen mit Behinderungen auf Arbeit missachtete.

Dies nahm die Beschaffungsstelle zum Anlass, um auf der Grundlage des geltenden italienischen Rechts gemäß Art. 80 Abs. 5 lit. i CCP den Bieter B vom Vergabeverfahren auszuschließen.

Zentrale Frage des Vorabentscheidungsverfahrens war, ob Art. 80 Abs. 5 lit. i CCP, der einen automatischen Ausschluss eines Bieters erlaubt, dessen Unterauftragnehmer einen fakultativen Ausschlussgrund verwirklicht, mit Art. 57 Abs. 4 und 5 und Art. 71 Abs. 6 lit. b der Richtlinie 2014/24 vereinbar ist.

## 2. Entscheidung

Eine solche Vorschrift verstößt gegen den vergaberechtlichen Grundsatz der Verhältnismäßigkeit.

Der EuGH weist zu nächst daraufhin, dass den Mitgliedstaaten im Hinblick auf die Anwendung von fakultativen Ausschlussgründen gemäß Art. 57 Abs. 4 lit. a der Richtlinie 2014/24 ein Ermessensspielraum zukommt. Art. 57 Abs. 4 lit. a der Richtlinie 2014/24 regelt den fakultativen Ausschluss von Wirtschaftsteilnehmern, die gegen die geltenden umwelt-, sozial- und arbeitsrechtlichen Verpflichtungen verstoßen haben.

Gemäß Art. 18 Abs. 2 der Richtlinie 2014/24 treffen die Mitgliedstaaten geeignete Maßnahmen, um dafür zu sorgen, dass die Wirtschaftsteilnehmer bei der Ausführung öffentlicher Aufträge die geltenden umwelt-, sozial- und arbeitsrechtlichen Verpflichtungen einhalten, die durch Rechtsvorschriften der Union, einzelstaatliche Rechtsvorschriften, Tarifverträge oder die in Anhang X aufgeführten internationalen umwelt-, sozial- und arbeitsrechtlichen Vorschriften festgelegt sind.

Die in Rede stehende italienische Vorschrift sieht einen generellen und automatischen Ausschluss eines Wirtschaftsteilnehmers vor, wenn auf Seiten des im Angebot benannten Unterauftragnehmers ein Verstoß gegen umwelt-, sozial-

und arbeitsrechtlichen Verpflichtungen zu verzeichnen ist und zwar unabhängig von den Umständen, die diesem Verstoß zugrunde lagen.

Eine solche Vorschrift verstößt jedoch gegen den vergaberechtlichen Grundsatz der Verhältnismäßigkeit. Der Verstoß folgt aus dem Umstand, dass der Wirtschaftsteilnehmer für jeglichen Verstoß seines Unterauftragnehmers automatisch zur Rechenschaft gezogen werden muss, ohne dem öffentlichen Auftraggeber die Möglichkeit einzuräumen, die besonderen Umstände des Einzelfalls zu würdigen, indem er den Sachverhalt aufklärt und ggf. die Ersetzung des Unterauftragnehmers fordert.

Mithin ist die nationale Vorschrift, welche den automatischen Ausschluss eines Wirtschaftsteilnehmers wegen des Vorliegens eines fakultativen Ausschlussgrundes auf Seiten seines Unterauftragnehmers nach sich zieht, mit Art. 57 Abs. 4 und 6 der Richtlinie 2014/24 und dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz unvereinbar. Dies vor allem deshalb, weil der Wirtschaftsteilnehmer nicht zu dem Ausschlussgrund befragt wird und der öffentliche Auftraggeber nicht die Möglichkeit hat, sein ihm zustehendes Ermessen auszuüben (vgl. entsprechend Urteil vom 26. September 2019, Vitali, C-63/18).

## 3. Praxishinweis

Das nationale Vergaberecht regelt in § 124 GWB die fakultativen Ausschlussgründe eines Wirtschaftsteilnehmers oder ihm zuzurechnender Personen, die im Zusammenhang mit einem früheren Verhalten stehen.

Im Gegensatz zum italienischen Recht hat der öffentliche Auftraggeber nach § 124 Abs. 1 GWB vor dem Ausschluss eines Wirtschaftsteilnehmers wegen des Vorliegens eines fakultativen Ausschlussgrundes sein Ermessen auszuüben und dabei den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz zu beachten. Bei

der Anwendung des fakultativen Ausschlussgrundes sind stets die schwere der Pflichtverletzung und ihre Auswirkungen zu würdigen. Außerdem ist das Ergreifen von Selbstreinigungsmaßnahmen gemäß § 125 GWB und die zeitliche Komponente, wie lange die Verfehlung zurückliegt, zu berücksichtigen.

Ist ein Unterauftragnehmer unzuverlässig gemäß § 124 GWB, kommt seine Ersetzung in Betracht, vgl. § 36 Abs. 5 S. 2 VgV, § 6d EU Abs. 1 S. 4 VOB/A.

## II. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 20.12.2019, Verg 35/19

**Mindestanforderungen für Nebenangebote dürfen strenger sein als diejenigen für das Hauptangebot. Was eine Mindestanforderung ist, folgt aus dem Verständnis der Vergabeunterlagen, das ein durchschnittlicher Bieter des angesprochenen Bieterkreises hat.**

### 1. Sachverhalt

Ein Sektorenauftraggeber schreibt im Rahmen eines Offenen Verfahrens die Montage technischer Anlagen zur Lärmreduzierung an Eisenbahnschienen, unterteilt in zwei Lose, EU-weit aus.

Hierzu lässt er für das Hauptangebot die Montage von Anlagen in Form von „Schienenstegdämpfern“ (SSD) und für das Nebenangebot die Montage einer anderen Technik, der „Schienenstegabschirmung“ (SSA), zu. Das wirtschaftlichste Angebot wird allein durch den Preis bestimmt.

An die verlangte Messmethodik für die SSD- (Hauptangebot) und die SSA-Technik (Nebenangebot) wurden unterschiedliche Mindestanforderungen gestellt.

Der Bieter B gab ein Haupt- sowie ein Nebenangebot auf beide Lose ab.

Die Angebotswertung hat ergeben, dass das Hauptangebot - die SSD-Technik betreffend - des Bieters B nur auf dem 3. Platz landete und das Nebenangebot - die SSA-Technik – zwar im Vergleich zu den anderen Angeboten das günstigste war, jedoch für den Zuschlag mangels Erfüllung der Mindestanforderungen des Nebenangebots nicht in Betracht kam.

Daraufhin rügte der Bieter B erfolglos die vom Auftraggeber aufgestellten Mindestanforderungen an das Nebenangebot, da diese strenger ausgestaltet waren als jene für das Hauptangebot und deshalb gegen das Gleichbehandlungsgebot verstoße.

Der hiergegen erhobene Nachprüfungsantrag blieb erfolglos. Gegen den Beschluss der VK Bund vom 23.09.2019, VK 2- 66/19, erhob der Bieter B sofortige Beschwerde zum OLG Düsseldorf.

### 2. Entscheidung

Auch die sofortige Beschwerde blieb erfolglos, da für die Festlegung von Mindestanforderungen bei Nebenangeboten gemäß § 33 Abs. 1 S. 2 SektVO strengere Anforderungen aufgestellt werden dürfen als für die verfahrensgegenständlichen Hauptangebote.

Die Festsetzung von transparenten und auftragsbezogenen Mindestanforderungen ist bei EU-weiten Vergaben grundsätzlich Voraussetzung für die Zulassung von Nebenangeboten.

Der Sektorenauftraggeber unterliegt bei der Festlegung der Mindestanforderungen an Nebenangebote keinen engeren Grenzen als bei der Festlegung des Beschaffungsgegenstands selbst, da die Festlegung von Mindestanforderungen nach § 33 Abs. 1 S. 2 SektVO der Annäherung des Nebenangebots an den Beschaffungsbedarf des Auftraggebers dient.

Insofern muss die Aufstellung von Mindestanforderungen an die Nebenangebote „nur“ auf Grundlage nachvollziehbarer, objektiver und auftragsbezogener Gründe willkürfrei erfolgen, wobei diese Gründe auch tatsächlich vorliegen müssen.

Darüber hinaus ist der Auftraggeber auch nicht verpflichtet, Mindestanforderungen an Nebenangebote in den Vergabeunterlagen an jeder Stelle ausdrücklich als solche zu benennen. Es genügt, wenn ein durchschnittlicher Bieter des angesprochenen Bieterkreises erkennen kann, dass es sich bei Vorgaben ohne Bezeichnung als Mindestanforderung auf Grund eindeutiger inhaltlicher Vorgaben an die Mindestanforderungen an anderer Stelle der Vergabeunterlagen nur um Mindestanforderungen handeln kann.

### 3. Praxishinweis

Das Festlegen von Mindestanforderungen an Nebenangebote stellt für öffentliche Auftraggeber regelmäßig eine große Herausforderung dar. Denn das Gesetz schweigt dazu, wie konkret Mindestanforderungen vom öffentlichen Auftragge-

ber ausgestaltet werden müssen. Nur unter Berücksichtigung der aktuellen Rechtsprechung ist abzuleiten, wie die Mindestanforderungen an ein Nebenangebot im Einzelfall ausgestaltet sein müssen.

## III. OLG Hamburg, Beschluss vom 20.03.2020, Verg 1/19

**Eine Entscheidung per Losverfahren genügt den vergaberechtlichen Anforderungen, wenn der Losentscheid als zusätzliches Auswahlkriterium bei Vorliegen gleichwertiger Angebote vorgegeben wird.**

### 1. Sachverhalt

Die Auftraggeberin schrieb im Offenen Verfahren die Lieferung von losem Steinsalz für den Winterdienst in drei Losen aus. Der Preis war dabei nicht das alleinige Zuschlagskriterium. Für das Los 1 gingen mehrere Angebote ein, u.a. das der Antragstellerin und der Beigeladenen. Die Angebotsbewertung ergab, dass das Angebot der Antragstellerin und der Beigeladenen punktgleich waren. In den Vergabeunterlagen hatte sich die Auftraggeberin vorbehalten, im Falle der Punktegleichheit mehrerer Angebote das Los entscheiden zu lassen.

Hierzu legten drei Mitarbeiter der Auftraggeberin, die mit der Beschaffung nicht befasst waren, sechs verschlossene Loszettel, je drei mit dem Namen der Antragstellerin und der Beigeladenen, in einen Losbehälter. Dann zogen die drei befassten Mitarbeiter je einen Loszettel und öffneten zeitgleich die verschlossenen Loszettel. Das Ergebnis der Losentscheidung fiel 2:1 zugunsten der Beigeladenen aus.

### 2. Entscheidung

Mit Erfolg! Das OLG Hamburg entschied das die Durchführung eines Losentscheides vergaberechtskonform erfolgt ist.

Die generelle Zulässigkeit einer Losentscheidung ist gesetzlich nicht normiert. Lediglich § 75 Abs. 6 VgV regelt als Sondervorschrift einen Losentscheid für den Fall, dass mehrere an einem Teilnahmewettbewerb für Architekten-/Ingenieurleistungen beteiligte Bewerber gleichermaßen die Anforderungen erfüllen und die zur Angebotsabgabe aufzufordernde Anzahl überschritten wird.

Aus der Natur der Sache folgt jedoch, dass ein Losentscheid übergreifend für alle Vergabeverfahren möglich ist. Denn wenn die vollständige Auswertung aller Angebote anhand der in einer Ausschreibung in zulässiger Weise vorgesehenen Kriterien dazu führt, dass zwei Angebote gleichwertig sind,

Die unterlegene Bieterin wendete sich mit einem Nachprüfungsantrag gegen die Vergabeentscheidung und monierte die Vorgehensweise der Losentscheidung als generell unzulässig. Die VK Hamburg hielt einen Losentscheid zwar generell für zulässig, ordnete vorliegend aber die Zurücksetzung des Vergabeverfahrens an, da sie die Auffassung vertrat, die Auftraggeberin hätte durch die Aufstellung weiterer Bewertungskriterien eine Punktegleichheit der Angebote vermeiden können.

Gegen den VK Hamburg, Beschluss vom 19.12.2018, VgK FB 9/18, legten die Auftraggeberin und die Beigeladene sofortige Beschwerde zum OLG Hamburg ein.

käme als einzige Alternative zu einem Losentscheid nur die Wiederholung des Vergabeverfahrens in Betracht. Das aber widerspricht dem Sinne der Vorschriften über die Vergabe, bei Einhaltung aller gesetzlichen Vorschriften in einem Verfahren zu einem Ergebnis zu gelangen.

Die Auftragsgegnerin ist auch nicht gehalten, in eine Leistungsbeschreibung über die für die Beschreibung der nachgefragten Leistung notwendigen Kriterien hinaus, weitere Kriterien aufzunehmen, um durch eine solche Erweiterung der Kriterien den Eintritt des Ereignisses, dass mehrere Angebote nach der Auswertung anhand des Kriterienkataloges punktgleich sind, unwahrscheinlicher zu machen.

### 3. Praxishinweis

Das wirtschaftlichste Angebot wird stets anhand der aufgestellten Wertungskriterien ermittelt. Der Losentscheid ist in-

soweit nur Ultima Ratio, da es sich um ein Verfahren nach dem Zufallsprinzips ohne Leistungs- und Eignungsbezug

handelt (vgl. VK Bund, Beschl. v. 14.06.2007, VK 1 – 50/07; VK Baden-Württemberg, Beschl. v. 22.07.2019, 1 VK 34/19).

Der öffentliche Auftraggeber ist allerdings gut beraten zumindest bei Beschaffungsgegenständen wie Streusalz, bei denen punktegleiche Angebote denkbar sind, die Möglichkeit eines Losentscheides vorzusehen.

Darüber hinaus hat der öffentliche Auftraggeber für den Fall der Ausübung eines Losentscheides, seiner Dokumentationspflicht im Vergabevermerk nachzukommen. Die Vorgehensweise des Losentscheides muss nachvollziehbar und diskriminierungsfrei sein.

## IV. OLG München, Beschluss vom 26.03.2020, Verg 22/19

**Es bleibt bei der Unzulässigkeit verdeckter Leitfabrikate, zumindest wenn es keine Alternativprodukte gibt, die die aufgestellten Leistungsanforderungen erfüllen.**

### 1. Sachverhalt

Der Auftraggeber schrieb die Lieferung der Medienausstattung (Multi-Touch Displays, Drucker, Bildschirme, Beamer u.a.) für ein Gymnasium EU-weit im Offenen Verfahren aus. Einziges Zuschlagskriterium war der Preis. Nebenangebote waren in der Bekanntmachung nicht zugelassen.

Bei den ausgeschriebenen interaktiven Multi-Touch Displays machte der öffentliche Auftraggeber eine Vielzahl von Angaben, die nach Auffassung eines Bieters nur von einem einzigen Produkt – dem verdeckten Leitfabrikat – erfüllt werden konnten.

Hiergegen wendete sich dieser auf Rang 5 gewertete Bieter und erhob nach erfolgloser Rüge einen Nachprüfungsantrag. Seinen Vortrag stützte er insbesondere darauf, dass nach seiner umfangreichen Recherche die Anforderungen an die

Multi-Touch Displays als auch die Drucker nur von einem Hersteller erfüllt werden können und diese Hersteller „verdeckt“ sind, d.h. in den Vergabeunterlagen nicht genannt werden.

Die VK Nordbayern wies den Nachprüfungsantrag mit Beschluss vom 10.09.2019, RMF-SG21-3194-4-36, als unbegründet zurück und verneinte eine verdeckte Produktvorgabe. Die aufgestellten Anforderungen seien auf objektive, auftragsbezogene und nachvollziehbare Gründe zurückzuführen, die sich auf die Erfordernisse der Schule beziehen und daher nicht diskriminierend seien.

Hiergegen wehrte sich der unterlegene Antragsteller mittels sofortiger Beschwerde zum OLG München.

### 2. Entscheidung

Mit Erfolg!

Der Antragsgegner wurde vom OLG München aufgegeben, die Beschaffung der Medientafeln erneut auszuschreiben. Der Nachprüfungsantrag war ungeachtet des vom Bieter erreichten 5. Ranges in der Angebotswertung zulässig.

Die Begründetheit der sofortigen Beschwerden folgt aus dem Verstoß der Leistungsbeschreibung gegen den Grundsatz der Produktneutralität gemäß § 31 Abs. 6 VgV.

Der Auftraggeber darf die Anforderungen an sein gewünschtes Produkt nicht so zuschneiden, das ausschließlich ein Produkt eines Herstellers für die Leistungserfüllung in Betracht kommt und hierzu die Anforderungen an den Auftragsgegenstand in der Leistungsbeschreibung scheinbar neutral, tatsächlich aber produktspezifisch festlegen.

Gegen diese Verpflichtung wird nicht nur dann verstoßen, wenn ein Leitfabrikat offen in der Leistungsbeschreibung genannt wird, sondern auch dann, wenn durch die Vielzahl der Vorgaben verdeckt ein bestimmtes Produkt vorgegeben wird und nur mit diesem die Anforderungen der Leistungsbeschreibung erfüllt werden können.

Den erforderlichen Nachweis, dass es Alternativprodukte auf dem Markt gibt, die die aufgestellten Anforderungen erfüllen, konnte die Auftraggeberin nicht erbringen.

Die Frage, ob eine verdeckte Produktvorgabe nicht doch noch durch sachliche Gründe gerechtfertigt werden kann, musste das OLG nicht entscheiden, da solche Gründe von der Auftraggeberin nicht dargelegt werden konnten.

### 3. Praxishinweis

Vor der „neutralen“ Übernahme von Produktdatenblättern als Leistungsbeschreibungen ist zu warnen. Ein solches Vorgehen dürfte weiterhin eine vergaberechtlich unzulässige Produktvorgabe darstellen.

Abzuwarten bleibt, wie sich die Rechtsprechung zu Produktvorgaben vor dem Hintergrund der Entscheidung des BGH vom 18.06.2019 (Urteil vom 18.06.2019 - X ZR 86/17) zur Zulässigkeit sog. Referenzprodukte weiterentwickelt.

Aufgrund der Aktualität können die angesprochenen Themen nur schlagwortartig und in gedrängter Kürze dargestellt werden. Die Lektüre ersetzt also in keinem Fall eine Rechtsberatung.

#### **Urheberrecht**

Aulinger Rechtsanwälte Notare – Alle Rechte vorbehalten. Die Wiedergabe, Vervielfältigung, Verbreitung und/oder Bearbeitung sämtlicher Inhalte und Darstellungen des Beitrages sowie jegliche sonstige Nutzung ist nur mit vorheriger schriftlicher Zustimmung von Aulinger Rechtsanwälte Notare gestattet.

#### **Haftungsausschluss**

Diese Mandanteninformation enthält ausschließlich allgemeine Informationen, die nicht geeignet sind, den besonderen Umständen eines Einzelfalles gerecht zu werden. Sie hat nicht den Sinn, Grundlage für wirtschaftliche oder sonstige Entscheidungen jedweder Art zu sein. Sie stellt keine Beratung, Auskunft oder ein rechtsverbindliches Angebot auf Beratung oder Auskunft dar und ist auch nicht geeignet, eine persönliche Beratung zu ersetzen.

Weder übernehmen Aulinger Rechtsanwälte Notare und auch die in dieser Mandanteninformation namentlich genannten Personen Garantie oder Gewährleistung, noch haften Aulinger Rechtsanwälte Notare und einzelne Personen in irgendeiner anderen Weise für den Inhalt dieser Mandanteninformation.

## Aulinger im Vergabe- und Vertragsrecht

Für weitere Informationen sprechen Sie uns gerne an.



**Dr. Nicola Ohrtmann**

Partnerin Vergaberecht  
nicola.ohrtmann@aulinger.eu



**Dr. Markus Haggenev**

Partner Vertragsrecht  
markus.haggenev@aulinger.eu



**Katrin Weßler**

Associate Vergaberecht  
katrin.wessler@aulinger.eu



**Sven Beaujean**

Associate Vergaberecht  
sven.beaujean@aulinger.eu



**Samira Asabar**

Associate Vergaberecht  
samira.asabar@aulinger.eu



**Dr. Melanie Verstege**

Salary-Partnerin Vertragsrecht  
melanie.verstege@aulinger.eu



**Dr. Jens Hausmanns**

Salary-Partner Vertragsrecht  
jens.hausmanns@aulinger.eu

### Aulinger Rechtsanwälte Notare

#### Bochum

Josef-Neuberger-Straße 4  
44787 Bochum  
Telefon 0234 68779-0  
Telefax 0234 68779-993

#### Essen

Frankenstraße 348  
45133 Essen  
Telefon 0201 95986-0  
Telefax 0201 95986-99

