

# UPDATE

## Vergaberecht

September 2020



## Elektronisches Wettbewerbsregister und aktuelle Rechtsprechung

### Das elektronische Wettbewerbsregister als neue Informationsquelle für öffentliche Auftraggeber

Das **elektronische Wettbewerbsregister** wird zum **Schutz des Wettbewerbs** beim Bundeskartellamt eingerichtet und geführt. Die Inbetriebnahme ist für Ende 2020 geplant, sodass nachfolgend Hintergründe und Funktionen des Wettbewerbsregisters beleuchtet werden. Das elektronische Wettbewerbsregister findet seine normative Grundlage im Wettbewerbsregistergesetz (WRegG) vom 18.07.2017.

Funktion des Wettbewerbsregisters ist die Vereinfachung der Prüfung hinsichtlich des Vorliegens von Ausschlussgründen nach den §§ 123 ff. GWB. Die Einrichtung des Wettbewerbsregisters ermöglicht zukünftig eine bundesweite elektronische Abfrage, ob bei dem zu bezuschlagenden Unternehmen relevante Rechtsverstöße vorliegen, die solche Ausschlussgründe rechtfertigen.

Künftig stehen öffentliche Auftrag-, Sektorenauftrag- und Konzessionsgeber (nachfolgend Auftraggeber) in der Pflicht, das Vorliegen von Ausschlussgründen gemäß §§ 123, 124 GWB ab einem Auftragswert von 30.000 EUR (netto) anhand einer Abfrage des Wettbewerbsregisters zu überprüfen. In einstufigen Vergabeverfahren gilt diese Abfragepflicht für denjenigen Bieter, an den der öffentliche Auftraggeber den Auftrag zu vergeben beabsichtigt. Unterhalb der Schwelle von 30.000 EUR (netto) steht eine Abfrage des Wettbewerbsregisters im Ermessen des Auftraggebers.

Eintragungspflichtig sind rechtskräftige Verurteilungen wegen Straftaten, die gemäß § 123 Abs. 1 GWB zwingend zum

Ausschluss eines Bieters führen (u.a. Betrug gemäß § 263 StGB, Subventionsbetrug zum Nachteil öffentlicher Haushalte gemäß § 264 StGB) sowie andere die Eignung betreffende Straftaten (wie bspw. Vorenthalten und Veruntreuen von Arbeitsentgelt gemäß § 266a StGB, Steuerhinterziehung nach § 370 AO und wettbewerbsbeschränkende Absprachen bei Ausschreibungen nach § 298 StGB), § 2 Abs. 1 WRegG.

Daneben werden auch anderweitige Verfehlungen wie u.a. Verstöße gegen das Schwarzarbeitsbekämpfungsgesetz, das Mindestlohngesetz, das Arbeitnehmer-Entsendegesetz sowie das Arbeitnehmerüberlassungsgesetz in das Wettbewerbsregister eingetragen, sofern eine Freiheitsstrafe von mehr als drei Monaten oder eine Geldstrafe von mehr als 90 Tagessätzen oder eine Geldbuße von wenigstens zweitausendfünfhundert Euro verhängt worden ist.

Die Strafverfolgungsbehörden und die Behörden, die zur Verfolgung von Ordnungswidrigkeiten berufen sind, sind künftig dazu verpflichtet, unverzüglich ihre straf- und bußgeldrechtlich relevanten Erkenntnisse an das Bundeskartellamt zu übermitteln. Bevor eine Eintragung in das Wettbewerbsregister vorgenommen werden kann, ist das Unternehmen über die beabsichtigte Eintragung zu benachrichtigen und zur Stellungnahme aufzufordern.

Je nach Schwere der Verfehlung werden Einträge im Wettbewerbsregister nach drei bis fünf Jahren wieder gelöscht.

Bisweilen gestaltet sich die Überprüfung von Ausschlussgründen gem. §§ 123, 124 GWB für Auftraggeber schwierig. Dies ist u.a. dadurch bedingt, dass die Korruptionsregister landesspezifisch geführt werden. Zudem sind die Abfragen aus den Landeskorrupsionsregistern und dem Gewerbezentralregister oftmals nicht zielführend, da in jenen Registern nicht sämtliche vergaberechtlich relevante Ausschlussgründe aufgeführt werden, die Bundesländer unterschiedliche Eintragungsvoraussetzungen vorweisen und die Register darüber hinaus kaum Aufschluss darüber geben, ob die Straftaten einem Unternehmen zurechenbar sind. So kommt es vor, dass relevantes Fehlverhalten und Straftaten von Unternehmen bislang bei der Auftragsvergabe unberücksichtigt bleiben.

Das zentral geführte Wettbewerbsregister gewährleistet zukünftig, dass bundesweit gleichermaßen sämtliche Auftraggeber von relevanten Verfehlungen und Straftaten der Bieter / den Bieterinnen zuzurechnender Führungspersonalmitglieder Kenntnis erlangen und auf diese Weise solche Unternehmen vom Erhalt öffentlicher Aufträge ausnehmen können.

Durch die Einführung des Wettbewerbsregisters sinkt zudem der bürokratische Aufwand für die Auftraggeber- und Bieterseite. Das Wettbewerbsregister vereinfacht die Prüfung der Ausschlussgründe nach §§ 123, 124 GWB für den Auftraggeber. Für die Bieterseite bringt die Einführung des Wettbewerbsregisters den positiven Effekt mit sich, dass ein Auszug aus dem Wettbewerbsregister zum Nachweis des Nichtbestehens von Ausschlussgründen in Vergabeverfahren im Ausland dienen kann.

Das Wettbewerbsregister stellt künftig mithin eine Informationsquelle für Auftraggeber dar und ist nicht als verbindliche „schwarze Liste“ gesperrter Unternehmen zu verstehen. Die öffentlichen Auftraggeber entscheiden weiterhin eigenverantwortlich nach den gesetzlichen Vorschriften über den Ausschluss von Bieterinnen.

Für die Löschung von Eintragungen aus dem Wettbewerbsregister und die Möglichkeit der vorzeitigen Selbstreinigung existieren künftig bundeseinheitliche Fristen. Zur vorzeitigen Löschung ihrer Eintragung aus dem Register vor Ablauf der Löschungsfrist können Unternehmen Selbstreinigungsmaßnahmen nach § 125 GWB ergreifen. Das Bundeskartellamt prüft fortan als zentrale Stelle, ob das Unternehmen ausreichende Maßnahmen zur Wiederherstellung seiner Integrität nachgewiesen hat. Die Entscheidung des Bundeskartellamts, dass die Selbstreinigung eines in das Wettbewerbsregister eingetragenen Unternehmens erfolgreich war, entfaltet Bindungswirkung für den öffentlichen Auftraggeber und schafft somit ein Mehr an Rechtssicherheit. Eine ablehnende Entscheidung des Bundeskartellamtes entfaltet hingegen keine Bindungswirkung.

Dagegen können Unternehmen, deren Antragsgesuch auf vorzeitige Löschung abgelehnt worden ist, Rechtsschutz im Wege der Beschwerde bei dem ausschließlich zuständigen Oberlandesgericht Düsseldorf nachsuchen.

## Praxishinweis

Unternehmen sind gut beraten, wenn sie fortan Unternehmensstrukturen schaffen, die gezielt Verfehlungen und Straftaten vorbeugen und darüber hinaus Compliance-Maßnahmen implementieren. Hierbei ist insbesondere zu berücksichtigen, dass das Fehlverhalten natürlicher Personen dem jeweiligen Unternehmen dann zugerechnet wird, wenn die natürliche Person als für die Leitung des Unternehmens Verantwortliche gehandelt hat. Hierzu zählen insbesondere die Überwachung der Geschäftsführung sowie die sonstige Ausübung von Kontrollbefugnissen in leitender Stellung.

## Zivilrechtlicher Unterlassungsanspruch gegen rechtswidrige Vergabesperre!

BGH, Urteil vom 03.06.2020, XIII ZR 22/19

### Sachverhalt

Mit Schreiben von Anfang 2017 wies der Staatssekretär der Senatsverwaltung für Umwelt, Verkehr und Klimaschutz des beklagten Landes die Abteilungsleiter eben jener Senatsverwaltung an, den im Verfahren vor dem BGH als Revisionsführer auftretenden eingetragenen Verein, der ökologische Studien durchführt und wissenschaftliche Gutachten erstellt, von zukünftigen Vergabeverfahren auszuschließen. Obgleich der Kläger in der Vergangenheit mehrfach von der Se-

natsverwaltung in Auftrag gegebene Forschungsvorhaben durchgeführt und Gutachten erstellt hatte, sei eine Vergabesperre zur Vermeidung eines Interessenkonflikts geboten. Die Vergabesperre wurde dabei auf die eheliche Beziehung der der Senatsverwaltung seit Dezember 2016 vorstehenden Senatorin mit einem Mitarbeiter des Klägers gestützt, der für diesen als Forschungskordinator tätig ist, allerdings weder über ein Direktionsrecht, noch über

Personalverantwortung verfügt und zudem seit 2008 für die Senatsverwaltung auch keine Beratungsleistungen mehr erbracht hat. Gegen diese Vergabesperre wandte sich der Kläger mit einer Klage an das zuständige Landgericht, das der Klage auch zunächst stattgab. Das Berufungsgericht wies die Klage jedoch ab. Gegen die Entscheidung des Berufungsgerichts wandte sich der Kläger mit der vom Berufungsgericht zugelassenen Revision.

## Entscheidung

Der BGH erblickte in der generellen Vergabesperre einen rechtswidrigen Eingriff in den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb des Klägers und sprach diesem in der Folge einen Unterlassungsanspruch nach § 1004 Abs. 1 S. 2 analog i.V.m. § 823 Abs. 1 BGB zu.

In diesem Zusammenhang stellte der BGH zunächst fest, dass das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb nicht nur Gewerbebetrieben im handelsrechtlichen Sinn zusteht, sondern neben Angehörigen freier Berufe gerade auch – und unabhängig von seiner Rechtsform als eingetragener Verein – den Kläger schützt, der sich durch die Erstellung entgeltlicher Forschungsvorhaben und Gutachten am Wirtschaftsverkehr beteiligt. Die Anwendbarkeit des Rechts am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb, das als Auffangtatbestand lediglich den gesetzlichen Schutz ergänzt und eine andernfalls bestehende Schutzlücke schließt, ergebe sich aus Sicht des BGH gerade daraus, dass das Vergaberecht außerhalb eines konkreten Vergabeverfahrens weder Regelungen darüber trifft, unter welchen Voraussetzungen eine Vergabesperre verhängt, noch unter welchen Voraussetzungen gegen eine solche generelle Vergabesperre vorgegangen werden kann.

Ogleich es sich bei der Anweisung des Staatssekretärs lediglich um einen innerbehördlichen Vorgang handelt, nahm der BGH einen unmittelbaren Eingriff in das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb an, der darauf zurückzuführen sei, dass die durch die innerbehördliche Weisung bewirkte Vergabesperre jede Geschäftstätigkeit des Klägers mit der Senatsverwaltung verhindert. Dieser Eingriff

war aus Sicht des BGH auch rechtswidrig, da die seitens der Beklagten angeführten Gründe einen generellen Ausschluss des Klägers von der Vergabe öffentlicher Aufträge der Senatsverwaltung nicht zu stützen vermochten. Zwar sei aufgrund der ehelichen Verbindung zwischen dem Mitarbeiter des Klägers und der Senatorin nach § 6 Abs. 4 i.V.m. Abs. 3 Nr. 3 lit. a) VgV ein gemäß § 124 Abs. 1 Nr. 5 GWB zum Ausschluss der Klägerin berechtigender Interessenkonflikt zu vermuten gewesen, allerdings würde ein genereller Ausschluss dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zuwiderlaufen, nach dem die zur Beseitigung des Interessenkonflikts ergriffene Maßnahme nicht über das hinausgehen darf, was zur Verhinderung auch tatsächlich unbedingt erforderlich ist. Insoweit wäre es ausreichend gewesen, die von Gesetzes wegen als voreingenommen vermutete Senatorin von allen Vergabeverfahren, an denen der Kläger beteiligt ist, auszuschließen.

## Praxishinweis

Mit den Auswirkungen von Interessenkonflikten auf Vergabeverfahren öffentlicher Auftraggeber adressiert die Entscheidung eine Fragestellung, die in einer Vielzahl von Vergabeverfahren relevant wird und daher von großer praktischer Bedeutung ist. Zentral ist in diesem Zusammenhang das Rekurren auf den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, der die Tiefe und Breite der aufgrund eines Interessenkonflikts seitens des öffentlichen Auftraggebers zu ergreifenden Maßnahmen maßgeblich determiniert, allerdings bisweilen in der Rechtsprechung – insbesondere zu Mitwirkungsverboten nach § 6 VgV – nicht hinreichend gewürdigt wird.

Darüber hinaus zeigt der BGH auf, dass die Wirtschaftsteilnehmer nicht nur künftig im Zusammenhang von nachteiligen Eintragungen im Wettbewerbsregister mittels einer Beschwerde gemäß § 11 WRegG Rechtsschutz ersuchen können, sondern darüber hinaus auch gegen formelle oder informelle Vergabesperrn außerhalb des Anwendungsbereichs des WRegG einen Unterlassungsanspruch gestützt auf das Recht des eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetriebes geltend machen können.

## Die unentgeltliche Softwareüberlassung einer Behörde kann eine Ausschreibungspflicht auslösen.

**EuGH, Urteil vom 28.05.2020, C-796/18-ISE**

### Sachverhalt

Mit Urteil vom 28.05.2020 hat der EuGH über das Vorabentscheidungsersuchen des OLG Düsseldorf zu der Frage der Ausschreibungspflicht im Rahmen einer behördlichen Kooperation einschließlich Softwareüberlassungen entschie-

den. In diesem Kontext hat sich das Gericht u.a. mit der vergaberechtsfreien interkommunalen Zusammenarbeit und deren Reichweite beschäftigt.

Dem Vorabentscheidungsersuchen lag folgender Sachverhalt zu Grunde:

Das Land Berlin überließ mittels eines Überlassungsvertrages der Stadt Köln unentgeltlich und dauerhaft eine Software zur Leitung von Feuerwehreinsätzen. Zeitgleich schlossen die Behörden daneben einen Kooperationsvertrag ab, der eine gleichberechtigte Partnerschaft regelte und darüber hinaus vorsah, dass die Software an die jeweiligen Bedürfnisse des Kooperationspartners anzupassen und sodann zur Verfügung zu stellen war. Diese Anpassungen der Software waren den Kooperationspartnern zur kostenneutralen Nutzung bereitzustellen. Laut Kooperationsvertrag waren Anpassungen der Basissoftware sowie die Module an eigene Prozessabfolgen eigenständig zu beauftragen und zu finanzieren. Diese Handhabung sollte Einspareffekte auf Seiten der Kooperationspartner nach sich ziehen.

Gegen die unentgeltliche Softwareüberlassung wehrte sich die Antragstellerin, die Einsatzleitstellensoftware für die öffentliche Hand mit Aufgaben im Sicherheitsbereich entwickelt und vertreibt, mit einem Nachprüfungsantrag vor der Vergabekammer Rheinland mit dem Ziel, die geschlossenen Verträge für vergaberechtswidrig und damit für unwirksam erklären zu lassen. Ihrer Ansicht nach habe die Stadt Köln einen öffentlichen Lieferauftrag de facto vergeben. Ein geldwerter Vorteil sei darin zu sehen, dass die Stadt Köln bei der Weiterentwicklung der überlassenen Software mitwirke und diese ihrem Kooperationspartner überlasse. Außerdem gehe die De facto-Vergabe der Basissoftware mit Folgeaufträgen des Softwareentwicklers einher und benachteilige im Wettbewerb stehende Wirtschaftsteilnehmer. Die Stadt Köln ist der Auffassung, dass der geschlossene Kooperationsvertrag mit dem Land Berlin nicht unter das Vergaberecht fällt, da es bereits an einem entgeltlichen Auftrag fehle und darüber hinaus der Ausnahmetatbestand der vergaberechtsfreien interkommunalen Zusammenarbeit gemäß § 108 Abs. 6 GWB greife. Die Vergabekammer Rheinland erklärte mit Beschluss vom 20.03.2018, dass der Nachprüfungsantrag unzulässig sei, da es bereits an der Entgeltlichkeit des Vertrages fehle und somit ein öffentlicher Auftrag im Sinne des § 103 Abs. 1 GWB nicht vorliege.

Hiergegen wandte sich die Antragstellerin mit der sofortigen Beschwerde an das OLG Düsseldorf, das die vorausgegangene Entscheidung der Vergabekammer Rheinland rechtlich anzweifelte und deshalb dem EuGH vorlegte.

Das vorlegende OLG Düsseldorf erfragte u.a., ob die Richtlinie 2014/24/EU dahin auszulegen sei, dass eine Vereinbarung über die kostenfreie Überlassung einer Software mit verknüpfender Kooperationsvereinbarung zwischen zwei öffentlichen Auftraggebern einen „öffentlichen Auftrag“ im Sinne von Art 2 Abs. 1 Nr. 5 bzw. einen „Vertrag“ im Sinne von Art 12 Abs. 4 der Richtlinie 2014/24/EU darstelle.

## Entscheidung

Der EuGH entschied, dass der hier zu bewertende Überlassungs- und Kooperationsvertrag in der Gesamtschau als entgeltlicher Auftrag einzustufen ist.

Art. 2 Abs. 1 Nr. 5 der Richtlinie 2014/24/EU definiert „öffentliche Aufträge“ als zwischen einem oder mehreren Wirtschaftsteilnehmern und einem oder mehreren öffentlichen Auftraggebern schriftlich geschlossene entgeltliche Verträge über die Ausführung von Bauleistungen, die Lieferung von Waren oder die Erbringung von Dienstleistungen. Die zu beurteilenden Verträge weisen eine synallagmatische Verpflichtung auf. Im vorliegenden Fall steht tatbestandlich fest, dass die Software mehrere Male im Jahr modifiziert und durch ergänzende Module erweitert werden muss. Die Verpflichtung der Kooperationspartner konkretisiert sich daher darin, die Weiterentwicklungen dem jeweils anderen zu überlassen. Dies stellt nach der Rechtsauffassung des EuGH eine Gegenleistung von wirtschaftlichem Wert und damit einen öffentlichen Auftrag dar.

Außerdem befasst sich der EuGH mit den Voraussetzungen einer vergaberechtsfreien öffentlichen Zusammenarbeit gemäß Art. 12 Abs. 4 der Richtlinie 2014/24/EU und bejaht die Zusammenarbeitsfähigkeit von Tätigkeiten wie der Nutzung und Weiterentwicklung einer Einsatzleitsoftware. Art. 12 Abs. 4 der Richtlinie 2014/24/EU i.V.m. dem Erwägungsgrund 33 legt der EuGH dahingehend aus, dass die vergaberechtsfreie kommunale Kooperation auch Tätigkeiten umfasst, die zu denen von jedem an der Zusammenarbeit Beteiligten – und sei es allein – zu erbringenden öffentlichen Dienstleistungen akzessorisch sind, sofern diese Tätigkeiten der wirksamen Erbringung der öffentlichen Dienstleistungen dienen. Nicht notwendig ist, dass die Kooperationspartner ein und dieselbe öffentliche Dienstleistung gemeinsam ausführen oder die zu erbringenden Dienstleistungen identisch sein müssen. Sie können sich auch ergänzen. Es komme nur darauf an, dass die öffentlichen Auftraggeber gemeinsame Ziele verfolgen.

Zudem bestätigt der EuGH das bisher nicht kodifizierte Besserstellungsverbot (EuGH, Urteil vom 13. 6. 2013 – C-386/11), wonach die vergaberechtsfreie kommunale Kooperation mit Blick auf den Gleichbehandlungsgrundsatz nicht zur Folge haben darf, dass ein privates Unternehmen bessergestellt wird.

Um die Frage der Besserstellung des in dem zugrunde liegenden Fall beauftragten Softwareunternehmens zu beantworten, hat das vorlegende Gericht zur Gewährleistung der Einhaltung der in Art. 18 der Richtlinie 2014/24/EU genannten Grundsätze für die Vergabe öffentlicher Aufträge weiter zu prüfen,

- ob sowohl das Land Berlin als auch die Stadt Köln über den Quellcode der Software „IGNIS Plus“ verfügen, was vorliegend naheliegen dürfte, da andernfalls eine Anpassung der Software nicht möglich wäre;
- ob das Land Berlin und die Stadt Köln im Fall der Durchführung eines Vergabeverfahrens zur Sicherstellung der Pflege, der Anpassung oder der Weiterentwicklung der Software potenziellen Bewerbern und Bietern den Quellcode übermitteln;
- ob der Zugang allein zu dem Quellcode genügt, um sicherzustellen, dass die an dem betreffenden Auftrag interessierten Wirtschaftsteilnehmer transparent, gleich und nicht diskriminierend behandelt werden.

Vorstellbar wäre auch, dass die Sicherstellung der Pflege, der Anpassung oder der Weiterentwicklung der Software durch das eigene Personal übernommen wird, sodass sich die Problematik der Besserstellung eines privaten Unternehmens nicht stellen wird.

Mit diesen offenen Fragen wird sich das vorlegende Gericht nun weiter befassen müssen.

## Angebotsausschluss wegen inhaltlich unzureichender Unterlagen?

**OLG Düsseldorf, Beschluss vom 18.09.2019, Verg 10/19**

### Sachverhalt

Gegenstand der Entscheidung war die europaweite Vergabe von Reinigungsdienstleistungen. Die Bieter sollten dabei im Rahmen ihrer Angebote den für die Reinigung kalkulierten Zeitbedarf angeben. Weil die Zeitbedarfsangaben von der Bieterin B teilweise den in den Vergabeunterlagen vorgegebenen Mindest-Aufwandswert unterschritten, erläuterte diese sowohl im Angebotsbegleitschreiben, als auch im Rahmen eines späteren Aufklärungsschreibens, wie die Zeitersparnis bei gleichbleibender Qualität erreicht werden konnte. Die Auftraggeberin erachtete die Erläuterungen der B als ausreichend.

Da die Bieterin B somit insgesamt deutlich weniger Reinigungsstunden als die Bieterin A kalkulierte und somit ein günstigeres Angebot abgab, beabsichtigte die Auftraggeberin, der Bieterin B den Zuschlag auf ihr Angebot zu erteilen. A rügte daraufhin den angebotenen Preis der B als unangemessen niedrig.

Im Rahmen des durch die Bieterin A eingeleiteten Nachprüfungsverfahrens entschied die Vergabekammer, dass das An-

### Praxishinweis

Die Entscheidung des EuGH ist sehr begrüßenswert. Sie schafft mehr Rechtssicherheit im Anwendungsbereich der vergaberechtsfreien kommunalen Kooperation, da sie die Gestaltungsspielräume und Grenzen ausschreibungsfreier interkommunaler Zusammenarbeit näher definiert.

Wie sich das OLG Düsseldorf hierzu positioniert, bleibt abzuwarten. Die Wirksamkeit des Softwareüberlassungs- und Kooperationsvertrages hängt nunmehr davon ab, ob die Kooperation des Landes Berlin und der Stadt Köln das ausführende Unternehmen gegenüber dessen Wettbewerbern besserstellt. Dies wäre dann der Fall, wenn mit der Softwareüberlassung die Beauftragung von Pflege, Anpassung und/oder Weiterentwicklung der Software gegenüber dem Softwareentwickler im Anschluss zwangsläufig ausgelöst würde.

gebote von B auszuschließen sei. Die Vergabekammer nahm von Amts wegen den Ausschlussbestand des § 57 Abs. 1 Nr. 2 VgV an. Zudem sei das Angebot der B wegen Unauskömmllichkeit gem. § 60 VgV auszuschließen (VK Rheinland, Beschluss vom 25.02.2019, VK D – 09/2017-L/Z).

Gegen die Entscheidung der Vergabekammer Rheinland wandte sich die Antragstellerin mit der sofortigen Beschwerde an das OLG Düsseldorf.

### Entscheidung

Das OLG Düsseldorf hat auf die sofortige Beschwerde der Bieterin B den Beschluss der Vergabekammer aufgehoben, da die von der Vergabekammer angenommenen Ausschlussstatbestände nicht vorliegen.

Die Vergabekammer hatte insbesondere keinen Anlass, den Verstoß gegen § 57 Abs. 1 Nr. 2 VgV i.V.m. § 56 Abs. 3 S. 1 VGV von Amts wegen aufzugreifen, da weder die Voraussetzungen für ein Tätigwerden von Amts wegen noch der von der

Vergabekammer angenommene Verstoß selbst vorliegen. Ein Aufgreifen von Amts wegen kommt nur dann in Betracht, wenn der angenommene Verstoß schwerwiegend und offenkundig ist. Die Vergabekammer kam jedoch erst nach umfangreicher Auslegung zu dem Entschluss, dass die Angaben von B nicht den Anforderungen der Auftraggeberin genügen würden. Erst in einem zweiten Reflexionsschritt kam die Vergabekammer (fälschlicherweise!) zu dem Ergebnis, dass die unzureichenden Angaben im Angebotsbegleitschreiben einer nicht vorgelegten Unterlage i.S.d. § 57 Abs. 1 Nr. 2 VgV gleichkämen. Insofern fehlte es bereits an der Offenkundigkeit.

In diesem Zusammenhang hat das OLG Düsseldorf festgestellt, dass eine inhaltlich unzureichende Unterlage nicht mit einer fehlenden gleichgesetzt werden kann. § 57 Abs. 1 Nr. 2 VgV kann sich lediglich auf das körperliche Fehlen von geforderten Unterlagen beziehen. Dagegen genügt es nicht, wenn die geforderten Unterlagen vorhanden, jedoch inhaltlich unzureichend sind. Zudem genügen die Informationen aus dem Angebotsbegleitschreiben von B den inhaltlichen Anforderungen der Auftraggeberin.

Einen Verstoß gegen § 60 VgV hat das OLG Düsseldorf ebenfalls verneint. Zwar besteht eine Prüfpflicht i.S.d. § 60 Abs. 1 VgV, wenn der Abstand zwischen dem Angebot des bestplatzierten und dem des zweitplatzierten Bieters – wie im vorliegenden Fall – mehr als 20% beträgt (vgl. BGH, Beschluss vom 31.01.2017, X ZB 10/16). Die Auftraggeberin hat jedoch die gebotenen Aufklärungsschritte unternommen und die Anforderungen, die § 60 Abs. 2 VgV an die Überprüfung der Auskömmlichkeit stellt, erfüllt.

## Wann ist eine Referenz vergleichbar?

VK Südbayern, Beschluss vom 28.10.2019, Z3-3-3194-1-32-09/19

### Sachverhalt

Gegenstand der Entscheidung der VK Südbayern war die Vergabe von Bewachungsdienstleistungen für sog. Ankunfts-, Entscheidungs- und Rückkehrinrichtungen (ANKER-Einrichtungen) im Offenen Verfahren. Das zentrale Element von ANKER-Einrichtungen ist die Bündelung aller Funktionen und Zuständigkeiten, von Ankunft über Asylantragstellung und Entscheidung bis zur kommunalen Verteilung, ersten integrationsvorbereitenden Maßnahmen bzw. der Rückkehr von Asylantragstellenden. In der Bekanntmachung forderte der Auftraggeber als Mindestanforderung die „Vorlage von 3 geeigneten Referenzen über früher ausgeführte Liefer- und Dienstleistungen der in den letzten Jahren erbrachten wesentlichen Leistungen.“ Die Antragstellerin gab fristgerecht

Die Anforderungen an den für die Entscheidung des § 60 Abs. 3 S. 1 VgV zu erreichenden Grad der Erkenntnissicherheit sind durch den Grundsatz der Zumutbarkeit begrenzt, sodass vorliegend die Auftraggeberin den Vorgaben des § 60 Abs. 2 VgV nachgekommen ist. Hierzu weist der erkennende Senat darauf hin, dass die Auftraggeberin grundsätzlich auf die Richtigkeit der Angaben durch B vertrauen durfte.

### Praxishinweis

Die vorliegende Entscheidung zeigt insbesondere solchen Vergabekammern Grenzen auf, die sich nicht gerügter Vergaberechtsverstöße von Amts wegen annehmen wollen.

Hinsichtlich der Auslegung des § 57 Abs. 1 Nr. 2 VgV, schließt sich die Entscheidung vorhergehenden Senatsbeschlüssen an (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 21.10.2015, 35/15; Beschluss vom 17.12.2012, 47/12). Nur bei einem körperlichen Fehlen von leistungsbezogenen Unterlagen kommt ein Ausschluss in Betracht.

ein Angebot ab, dem drei Referenzbescheinigungen beigelegt waren. Im weiteren Verlauf wurde der Antragstellerin ein Informationsschreiben nach § 134 GWB übersandt, wonach ihr Angebot aufgrund mangelnder „Vergleichbarkeit“ der Referenzen mit den ausgeschriebenen Leistungsanforderungen auszuschließen sei. Die in den Referenzen aufgeführten Bewachungsdienstleistungen hätten ein um bis zu 80% niedrigeres Auftragsvolumen aufgewiesen und wurden für Einrichtungen mit einer bis zu 60% niedrigeren Belegungszahl erbracht. Es sei somit kein tragfähiger Rückschluss auf die berufliche Leistungsfähigkeit der Bieterin möglich gewesen.

Die Antragstellerin rügte den Ausschluss und wandte ein, dass drei „geeignete“ Referenzen eingereicht worden seien, die die berufliche Leistungsfähigkeit der Antragstellerin im Bereich der Bewachungsdienstleistung belegt hätten. Weitergehende Anforderungen an die Referenzen seien in der Auftragsbekanntmachung nicht gestellt worden. Insbesondere sei weder eine bestimmte Belegstärke oder ein Mindestauftragswert gefordert worden, sodass ihrer Auffassung nach die berufliche Leistungsfähigkeit über diese Vergleichsparameter nicht gemessen werden durfte. Der Auftraggeber führte dagegen aus, dass sowohl das Auftragsvolumen als auch die Belegkapazität maßgebliche Kriterien für die Beurteilung des Organisations- und Leistungspotentials der Bieter seien, da sie fundiert Auskunft über die Erfahrung des Unternehmens sowie sein Leistungsvermögen gäben. Im streitgegenständlichen Verfahren seien insbesondere ein deutlich erhöhtes Gefährdungspotential und ein deutlich erhöhter Organisationsaufwand zu berücksichtigen, die bei solch großen Unterkünften meist überproportional steigen würden. Die Antragstellerin habe erkennen müssen, dass insofern Auftragswert und Belegkapazität maßgebliche Kriterien zur Beurteilung der Eignung eines Bieters seien.

Da die vorgebrachte Rüge den Auftraggeber nicht zu einer Änderung seiner Rechtsauffassung bewegte, leitete die Antragstellerin ein Nachprüfungsverfahren vor der Vergabekammer ein.

Nach Einleitung des Nachprüfungsverfahrens hob der Auftraggeber das streitgegenständliche Verfahren auf, da er weiterhin der Auffassung war, dass kein Angebot eingegangen sei, das den Bedingungen entsprochen habe.

## Entscheidung

Die Vergabekammer sprach zwar den Überlegungen der Antragsgegnerin zu den gewünschten Voraussetzungen der Referenzen hinsichtlich der Eignung eines Bieters eine grundsätzliche Nachvollziehbarkeit zu, hielt jedoch trotzdem daran fest, dass die Vergleichbarkeitsparameter in der Bekanntmachung nicht aufgeführt und somit nicht wirksam gefordert worden sind. Dort war vielmehr ausschließlich die Rede davon, dass „geeignete“ Referenzen vorzulegen sind. Die in den Vergabeunterlagen vorgenommenen Erläuterungen in Bezug auf die Vergleichbarkeit stellen nach Ansicht der Kammer jedoch keine bloße Konkretisierung dar, sondern sind vielmehr als unzulässige Verschärfung und nachträgliche Erhöhung der Anforderungen anzusehen.

Da eine Konkretisierung „geeigneter Referenzen“ in der Vergabebekanntmachung nicht erfolgt ist, waren diese aus Bietersicht auszulegen. Danach könnte einer „geeigneten Referenz“ gerade nicht mangelnder vergleichbarer Leistungs-

umfang vorgehalten werden. Während eine „Vergleichbarkeit“ von Referenzprojekten regelmäßig nur dann gegeben ist, wenn die erbrachten Leistungen dem Auftragsgegenstand nach Art und Umfang nahekommen und somit einen tragfähigen Rückschluss auf die berufliche Leistungsfähigkeit des Bieters für die ausgeschriebene Leistung ermöglichen, liegt eine „geeignete“ Referenz dagegen bereits dann vor, wenn der Leistungsgegenstand der Art nach in der Vergangenheit bereits erbracht wurde.

Ansonsten bedarf dieser Begriff der Konkretisierung durch den Auftraggeber in der Auftragsbekanntmachung, in welcher der Auftraggeber transparent festlegen muss, welche Anforderungen an die Vergleichbarkeit der Referenzen gestellt werden. Dies war vorliegend nicht der Fall. Die in den Vergabeunterlagen vorgenommene nachträgliche Erhöhung der Anforderungen kann damit nicht als Maßstab für die Eignungsprognose des Antragsgegners herangezogen werden.

Die von der Antragstellerin eingereichten Referenzen erfüllen damit die bekanntgemachten Anforderungen in Bezug auf die Vergleichbarkeit der Referenzen.

Aufgrund der Tatsache, dass die Auftraggeberin die Aufhebung des Verfahrens ausschließlich auf § 63 Abs. 1 Nr. 1 VgV gestützt hat und das Angebot der Antragstellerin vergaberechtswidrig ausgeschlossen wurde, war die Weiterführung des Vergabeverfahrens anzuordnen.

## Praxishinweis

Sofern der Auftraggeber konkrete Vorgaben in Bezug auf die Vergleichbarkeit von Referenzen implementieren möchte, müssen sich diese Vorgaben zwingend aus der Auftragsbekanntmachung ergeben. Erläuterungen in den Vergabeunterlagen stellen eine unzulässige Verschärfung dar, die einer wirksamen Forderung entgegenstehen. Ein Angebotsausschluss gem. § 63 Abs. 1 Nr. 1 VgV kann hiermit nicht begründet werden.

Will der öffentliche Auftraggeber bestimmte Auftragsvolumina oder -werte zur Voraussetzungen der Geeignetheit von Referenzaufträgen machen, müssen sich diese Voraussetzungen zwingend aus der Auftragsbekanntmachung ergeben.

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 Vergaberecht

Für weitere Informationen sprechen Sie uns gerne an.



**Dr. Nicola Ohrtmann**

Partnerin Vergaberecht  
nicola.ohrtmann@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



**Maximilian Bühner**

Associate Vergaberecht  
maximilian.buehner@aulinger.eu



**Henrik Trockel**

Associate Vergaberecht  
henrik.trockel@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

