



Aktuelle Rechtsprechung zum Vergaberecht

11. Vergaberechtstag Brandenburg
Auftragsberatungsstelle Brandenburg e.V.
am 29. November 2018

Jörg Wiedemann

Bestimmungsfreiheit des öffentlichen Auftraggebers

Problemaufriss

- Das Vergaberecht regelt das WIE der Beschaffung (bzw. sollte sich in seinen Regelungen darauf beschränken),
|
es greift erst ein, wenn bereits entschieden worden ist,
/
WAS beschafft werden soll und \ dass eine Beschaffung AM MARKT (also von extern) erfolgen soll.
- Die Entscheidungen über das WAS der Beschaffung und über das Betreten des Marktes werden nach anderen rechtlichen Grundlagen getroffen – Fachrecht und Haushaltsrecht.

Bestimmungsfreiheit des öffentlichen Auftraggebers

Problemaufriss

- Suche nach den Grenzen der Bestimmungsfreiheit, insbesondere dann, wenn die Beschaffungsentscheidung auf das Vergabeverfahren ausstrahlt.
- Sachliche Rechtfertigung der wettbewerbsbeschränkenden Vorgabe
 - Objektive, willkürfreie Gründe
 - auftragsbezogen nachvollziehbare Gründe
 - Tatsächliches Feststehen dieser Gründe
- Keine Diskriminierung anderer Wirtschaftsteilnehmer

Bestimmungsfreiheit des öffentlichen Auftraggebers

Vergaberechtliche Grenzen

- Gefahr einer Wettbewerbsverengung:
Solange die Vorgaben des öffentlichen Auftraggebers für die zu erbringenden Leistungen nicht dazu führen, dass die Ausschreibung faktisch auf ein bestimmtes Produkt oder einen bestimmten Bieter zugeschnitten ist und die Anforderung objektiv sach- und auftragsbezogen ist, ist den Grundsätzen der Vergabe im Wettbewerb und der Wahrung der Bietervielfalt hinreichend Rechnung getragen.
- Gefahr einer Marktverschließung
- Wahrung der Verhältnismäßigkeit

Bestimmungsfreiheit des öffentlichen Auftraggebers

EuGH, Urteil v. 08.06.2017, C-296/15

„Medisanus d.o.o. ./ Splosna Bolnisnica Murska Sobota“

- *2015 Lieferauftrag über Arzneimittel aus Blutplasma für ein Krankenhaus in Slowenien, Forderung nach der Verwendung v. slowenischem Blutplasma zur Herstellung*
- EuGH: Die Anforderung in einem Lieferauftrag eines öffentlichen Auftraggebers in einem Mitgliedsstaat der EU, dass die aus Plasma gewonnenen Arzneimittel zwingend aus einem in diesem Mitgliedsstaat gewonnenen Plasma hergestellt werden müssen, ist unionsrechtswidrig.

WARUM?

Bestimmungsfreiheit des öffentlichen Auftraggebers

EuGH, Urteil v. 08.06.2017, C-296/15

- Für die Beschränkung gibt es keine spezifische unionsrechtliche Rechtfertigung – z.B. *Art. 4 Abs. 2 RL 2002/98 nicht einschlägig*
- Plasma ist eine Ware – es gelten die Grundfreiheiten d. AEUV; der Prüfungsmaßstab liegt nicht (allein) im Vergaberecht, sondern v.a. in Art. 34 AEUV.
- Der Umstand, dass freiwillige, unentgeltliche Blutspenden gefördert werden, kann zwar nach Art. 36 AEUV zum Gesundheitsschutz der Bevölkerung eine Beeinträchtigung des freien Warenverkehrs grds. rechtfertigen, ist hier aber nicht verhältnismäßig (gleiche Motivation der Blutspender in anderen Mitgliedsstaaten).

Bestimmungsfreiheit des öffentlichen Auftraggebers

OLG Düsseldorf, Beschluss v. 12.07.2017, VII-Verg 13/17
„Leberunterstützungstherapie“

Fall:

- *Krankenhausträger schreibt Rahmenvertrag für Systeme für eine Leberunterstützungstherapie aus – produktbezogen „MARS“*
- *Konkurrent des „MARS“-Herstellers rügt Ausschluss des von ihm angebotenen Systems u. behauptet hilfsweise den Zugang zu neuen Komponenten des „MARS“-Systems*

Entscheidung:

- Die Entscheidung des AG für eine Ergänzung der vorhandenen Ausrüstung (einschl. Notwendigkeit der Kompatibilität der neuen Elemente) ggü. einer Stand-alone-Lösung ist nicht zu beanstanden.

Bestimmungsfreiheit des öffentlichen Auftraggebers

OLG Düsseldorf, Beschluss v. 07.06.2017, VII-Verg 53/16
„PET-MRT-Geräte“

Fall:

- *Direktverhandlung mit einem Wirtschaftsteilnehmer über die Lieferung von zwei bildgebenden Geräten, und zwar Kombinationsgeräte, welche sowohl PET- als auch MRT-Untersuchungen in einem Gesamtkörperscan zulassen*
- *Konkurrent – es gibt nur drei Hersteller weltweit – rügt die Unwirksamkeit des Vertrags, weil keine Ausschreibung stattfand*
- *AG beruft sich darauf, dass das ausgewählte Gerät auch Scans von Personen bis 2 m zulässt (AS nur bis 1,88 m), die Spulentechnik das sichere Auffinden von Hautläsionen zulässt und sich die Beschaffung in die „Gerätelandschaft“ der Bundeswehr einfüge*

Bestimmungsfreiheit des öffentlichen Auftraggebers

OLG Düsseldorf, Beschluss v. 07.06.2017, VII-Verg 53/16
„PET-MRT-Geräte“

- Führt die Bestimmung des Auftragsgegenstands durch den AG dazu, dass i.S. von § 14 Abs. 4 Nr. 2 a) VgV der Auftrag nur noch von einem Unternehmen erbracht oder bereitgestellt werden kann, greift das Korrektiv des § 14 Abs. 6 VgV ein, wonach die Voraussetzungen für eine Direktvergabe nur gegeben sind, wenn es keine vernünftige Alternative oder Ersatzlösung gibt.
- **MERKE:** Bewirkt die Bestimmung im Ergebnis auch eine Verengung bei der Auswahl der Vergabeart auf die Direktvergabe, bedarf dies einer größeren Rechtfertigungstiefe als eine solche, bei der noch ein Wettbewerb stattfindet.

Bestimmungsfreiheit des öffentlichen Auftraggebers

OLG Düsseldorf, Beschluss v. 07.06.2017, VII-Verg 53/16
„PET-MRT-Geräte“

- Eine vernünftige Ersatzlösung oder Alternative fehlt nicht bereits dann, wenn andere Geräte in bestimmten Bereichen dem vom Auftraggeber gewünschten Gerät graduell unterlegen sind.
- Es muss vielmehr eine technische Besonderheit vorliegen, die es **unbedingt erforderlich** macht, den Auftrag an ein bestimmtes Unternehmen zu vergeben. Diese Voraussetzung ist nur erfüllt, wenn der mit der Beschaffung verfolgte Zweck nicht mit einem anderen am Markt erhältlichen Produkt erreicht werden kann.

(hier verneint).

Bestimmungsfreiheit des öffentlichen Auftraggebers

OLG Düsseldorf, Beschluss v. 07.06.2017, VII-Verg 53/16 „PET-MRT-Geräte“

- Pauschale Behauptung, dass Bundeswehrangehörige in den letzten Jahren „häufig“ größer seien als 1,90 m, so dass Umverlagerungen nötig werden, ist nicht ausreichend; statistische Durchschnittsgröße liegt bei 1,802 m.
- Die Strahlenbelastung des Personals ist zwar bei 2 Scans größer, aber im Regelfall beim Gerät der AS geringer, weil wegen höherer Sensitivität weniger radioaktives Kontrastmittel benötigt wird.
- AS hatte ein Jahr zuvor bereits ein Gerät mit vorgeformten Körperspulen als Einzelanfertigung geliefert; darüber hinaus andere Diagnosemöglichkeiten (Inspektionen).
- Verwendung als Einzelgeräte in zwei Krankenhäusern

Eignungsanforderungen

Festlegung des Mindestjahresumsatzes

Thüringer OLG, Beschluss v. 02.08.2017, 2 Verg 2/17

Fall:

- *Ausschreibung v. Sicherheitsdienstleistungen für öffentliche Liegenschaften – Los 4: Erstaufnahmeeinrichtungen*
- *Vertrag mit unbestimmter Laufzeit*
- *Geforderter Mindestjahresumsatz in Höhe des Werts der vierjährigen Leistungserbringung*

Eignungsanforderungen

Festlegung des Mindestjahresumsatzes

Thüringer OLG, Beschluss v. 02.08.2017, 2 Verg 2/17

Entscheidung:

- Es ist grundsätzlich nicht zu beanstanden, wenn ein öffentlicher Auftraggeber bei einem Dienstleistungsauftrag mit unbestimmter Laufzeit den 48-fachen Monatswert als Grundlage für die Höhe des Mindestjahresumsatzes heranzieht.
- Eine Festlegung des Mindestjahresumsatzes ohne spezifische Begründung im Vergabevermerk wäre nur dann als genügend anzusehen, wenn § 45 Abs. 2 VgV ein intendiertes Ermessen zu entnehmen wäre (*also dass im Regelfall das Zweifache des geschätzten Auftragswerts anzusetzen sei*).

Eignungsanforderungen

Festlegung des Mindestjahresumsatzes

Thüringer OLG, Beschluss v. 02.08.2017, 2 Verg 2/17

Entscheidung:

- Anderenfalls ist dem allgemeinen Begründungserfordernis des § 8 Abs. 1 Satz 1 VgV für Ermessensentscheidungen und insbesondere dem vergaberechtlichen Verhältnismäßigkeitsgrundsatz sowie dem Gebot der Mittelstandsfähigkeit auch bei der Festlegung des Mindestjahresumsatzes Rechnung zu tragen.
- *Hier: ggf. ausreichend für die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit Nachweis des Doppelten des geschätzten Jahresumsatzes.*

Die Angebotswertung

Umgang mit Spekulationsangeboten

Problemaufriss:

- Angebote mit auffällig geringen Preisangaben in Einzelpositionen und / oder auffällig hohen Preisangaben in anderen Einzelpositionen (mit einem geringen Mengenansatz)

- BGH 2004: 1. Wertungsstufe
vergaberechtlich unzulässige „Mischkalkulation“,
meint: Verlagerung v. Preisbestandteilen, die in einer Position eingepreist werden sollen, in eine andere Position = unwahre Preisangabe
 - Problem: außer beim Geständnis schwer nachweisbar

Die Angebotswertung

Umgang mit Spekulationsangeboten

Problemaufriss:

- Bayrische Bauverwaltung: 2. Wertungsstufe
Indiz für eine fehlende Zuverlässigkeit des Bieters
 - Problem: Ausschlussgrund nach § 124 Abs. 1 Nr. 9 GWB?
- OLG-Rechtsprechung: 3. Wertungsstufe
vergaberechtlich unzulässige Preisbildung – unangemessenes individuelles Preis-Leistungs-Verhältnis, kein Wettbewerbspreis
BGH 2017: nicht nachvollziehbare Preisbildung
 - Problem: Maßstab ist wegen einer *nicht hinterfragten* Rechtsprechung grundsätzlich der Gesamtangebotspreis
 - Bei Einzelpositionen oder Titeln schwer feststellbar

Die Angebotswertung

Umgang mit Spekulationsangeboten

Problemaufriss:

- OLG-Rechtsprechung: 4. Wertungsstufe
Zweifel an der ordnungsgemäßen Ausführung der (Bau-)Leistungen
z.B. *unauskömmliche Preise sowohl für Bodenausbau als auch für den Einbau grobkörnigeren Bodens – Gefahr des unvollständigen Bodenaustausches*
 - Problem: transparente Bekanntgabe der Zuschlagskriterien
Maßstab für die Bewertung der Ausführungs- oder Preisrisiken

Die Angebotswertung

Umgang mit Spekulationsangeboten

BGH, Beschluss v. 19.06.2018, X ZR 100/16

„Stützmauersanierung“

Fall:

- *Nationale öffentliche Ausschreibung v. Bauleistungen z. Sanierung einer Uferstützmauer zum Niedrigstpreis*
- *Zuschlag auf das zweitgünstigste Angebot, weil das preisgünstigste Angebot ausgeschlossen wurde*
 - *auffällig niedrige Einheitspreise für Leistungspositionen im Zusammenhang mit der regulären Vorhaltung eines Turmdrehkrans*
 - *auffällig hohe Einheitspreise in Bedarfspositionen für zusätzliche Stellzeiten des Turmdrehkrans*
- *Klage des Ausgeschlossenen auf entgangenen Gewinn!*

Die Angebotswertung

Umgang mit Spekulationsangeboten

Entscheidung:

■ zur „Mischkalkulation“

Der Umstand, dass das Angebot bei einzelnen Positionen Preise enthält, welche deutlich unter den (Selbst-)Kosten des Bieters liegen (*hier: keine AfA, keine Kapitalzinsen berücksichtigt*), rechtfertigt für sich genommen noch nicht die Annahme, der Bieter habe die Preise nicht, wie gefordert, angegeben.

- Bieter sind in der Kalkulation der Preise grundsätzlich frei; das schließt ein, dass nicht jede LV-Pos. nach denselben Grundsätzen zu kalkulieren ist.
- Bieter ist es nicht verwehrt, die ausgeschriebenen Leistungen zu einem Gesamtpreis anzubieten, der lediglich einen Deckungs **beitrag** zu den eigenen Fixkosten verspricht.

Die Angebotswertung

Umgang mit Spekulationsangeboten

Entscheidung:

- zur „Preisverlagerung“

Eine Angebotsstruktur, bei der deutlich unter den zu erwartenden Kosten liegenden Ansätzen bei bestimmten Positionen auffällig hohe Ansätze bei anderen Positionen entsprechen, indiziert eine unzulässige Verlagerung von Preisbestandteilen auf hierfür nicht vorgesehene Positionen.

Kann der Bieter die Indizwirkung nicht erschüttern, rechtfertigt das die Annahme, dass das Angebot nicht die geforderten Preisangaben enthält.

Die Angebotswertung

Umgang mit Spekulationsangeboten

Entscheidung:

■ **NEU** zur „unredlichen Spekulation“

Ein Angebot, welches spekulativ so ausgestaltet ist, dass dem AG bei Eintritt bestimmter, zumindest nicht gänzlich fernliegender Umstände erhebliche Übervorteilungen drohen, ist nicht zuschlagsfähig.

- Verletzung der Rücksichtnahmepflicht nach § 241 Abs. 2 BGB
- „wenn aus Sicht eines vernünftigen Teilnehmers des Vergabeverfahrens das Ziel verfehlt wird, im Wettbewerb das günstigste Angebot hervorzubringen, und
- wenn dem zu einem verantwortungsvollen Einsatz der Haushaltsmittel verpflichteten Auftraggeber nicht mehr zugemutet werden kann, sich auf ein derartiges Angebot einzulassen“.

Die Angebotswertung

Eignungsbewertung – Ausschlussgrund § 124 Abs. 1 Nr. 7

**OLG Düsseldorf, (1) Beschluss v. 28.03.2018, VII-Verg 49/17
(2) Beschluss v. 11.07.2018, VII-Verg 7/18**

Fälle: *Niedrigstpreisausschreibungen nach VOB/A 2016*

- 1. Ausschreibung v. Elektroinstallationsarbeiten,
Ausschluss des Bestbieters nach § 124 Abs. 1 Nr. 7*
- 2. Ausschreibung der Sanierung einer Bodenplatte
Ausschluss des Erstellers der Bodenplatte nach § 124 Abs. 1 Nr. 7
und Aufhebung der Ausschreibung wegen Fehlens eines
zuschlagsfähigen Angebots*

Die Angebotswertung

Eignungsbewertung – Ausschlussgrund § 124 Abs. 1 Nr. 7

**OLG Düsseldorf, (1) Beschluss v. 28.03.2018, VII-Verg 49/17
(2) Beschluss v. 11.07.2018, VII-Verg 7/18**

Entscheidungen:

- (1) und (2): wesentliche Vertragsleistung – nicht zivilrechtlich zu verstehen, auch eine Nebenleistung kann wesentlich sein

Die Angebotswertung

Eignungsbewertung – Ausschlussgrund § 124 Abs. 1 Nr. 7

OLG Düsseldorf, **(1) Beschluss v. 28.03.2018, VII-Verg 49/17**
(2) Beschluss v. 11.07.2018, VII-Verg 7/18

Entscheidungen:

- Mangelhafte Erfüllung – Problem: Beweismaß

/
mit OLG Celle 2017
kein Vollbeweis, sondern
Indizienkette genügt

\
mit der Literatur (Vollbeweis)
Gewissheit – eine Überzeugung, die
vernünftigen Zweifeln Schweigen ge-
bietet.

Die Angebotswertung

Eignungsbewertung – Ausschlussgrund § 124 Abs. 1 Nr. 7

**OLG Düsseldorf, (1) Beschluss v. 28.03.2018, VII-Verg 49/17
(2) Beschluss v. 11.07.2018, VII-Verg 7/18**

Entscheidungen:

- Mangelhafte Erfüllung – Problem: Beweismaß
- 1. Nichtlieferung v. EDV-Schränken trotz mehrfacher erfolgloser Fristsetzungen und nach Eigenverzug durch Nichteinhaltung eines selbst angegebenen Liefertermins
- 2. Fertigung einer wasserdurchlässigen Bodenplatte

Die Angebotswertung

Eignungsbewertung – Ausschlussgrund § 124 Abs. 1 Nr. 7

**OLG Düsseldorf, (1) Beschluss v. 28.03.2018, VII-Verg 49/17
(2) Beschluss v. 11.07.2018, VII-Verg 7/18**

Entscheidungen:

- Erhebliche mangelhafte Erfüllung – meint: deutliche Belastung des AG in tatsächlicher und / oder finanzieller Hinsicht
- 1. Erhebliche, sich über mehrere Monate erstreckende Bauverzögerung; Verschiebung der Folgegewerke mit Mehrkosten, Notwendigkeit der Neuausschreibung v. Teilleistungen
- 2. Problem: Feststellbarkeit einer Mitverantwortung des AN
(hier verneint, weil Ursachen der Rissbildung unklar blieben)

Erste Rechtsprechung zur eVergabe

elektronische Kommunikation – alles neu?

- Regelungen zur Art und Weise der Kommunikation im Vergabeverfahren – d.h. zu formalen Aspekten
 - nicht mehr Schriftform, sondern eKommunikation
 - das Niveau bestimmt der Auftraggeber!
- Geltung derselben Verfahrensgrundsätze

Wettbewerb
/ \
Gleichbehandlung – Transparenz

Transparenz

Verlinkung auf Eignungsanforderungen?

Fall:

hier jeweils einziges Zuschlagskriterium „Niedrigster Preis“;

Anforderungen an die technische u. berufliche Leistungsfähigkeit jeweils per Link für einen uneingeschränkten, gebührenfreien und vollständigen direkten Zugriff auf die Vergabeunterlagen.

Alternative: Link für einen ebensolchen Zugang auf ein zentrales Verzeichnis von Eignungsanforderungen für alle Ausschreibungen dieses AG

Transparenz

Verlinkung auf Eignungsanforderungen?

Nach altem Recht:

Es ist unzulässig, hinsichtlich der vorzulegenden Eignungserklärungen und –nachweise lediglich auf die Vergabeunterlagen zu verweisen, weil der Zweck der Normen zum Inhalt der Auftragsbekanntmachung darin liegt, dem Bieter zu ermöglichen, die Eignungsanforderungen „auf einen Blick“ zu erfassen.

Es ist unzulässig, hinsichtlich der Eignungsanforderungen lediglich auf den Inhalt eines Formblattes zu verweisen. Es ist aber zulässig, wenn der Inhalt des Formblattes durch einen direkten Link aufrufbar ist.

Transparenz

Verlinkung auf Eignungsanforderungen?

Nach neuem Recht:

Ein in der Auftragsbekanntmachung enthaltener Link, mit dem auf die Vergabeunterlagen insgesamt verwiesen wird, kann die Mitteilung der Eignungsanforderungen nicht ersetzen.

Gleichermaßen unzureichend ist ein Link, welcher zwar direkt zu den Eignungsanforderungen führt, sich jedoch an einer Stelle der Auftragsbekanntmachung befindet, wo er von interessierten Unternehmen übersehen werden kann (außerhalb Abschnitt III).

OLG Düsseldorf, Beschluss v. 11.07.2018, VII-Verg 24/18

ähnlich, aber letztlich offen gelassen:

OLG München, Beschluss v. 27.07.2018, Verg 2/18

Transparenz

Verlinkung auf Eignungsanforderungen

Nach neuem Recht:

Die Verlinkung auf ein zentrales Verzeichnis des Auftraggebers für mehrere Vergabeverfahren genügt nicht für eine wirksame Bekanntmachung

**VK Südbayern, Beschluss v. 05.06.2018,
Z3-3-3194-1-12 – 04/18**

Ausreichend für die Bekanntmachung der Eignungsanforderungen ist die Verlinkung an der richtigen Stelle der Auftragsbekanntmachung auf ein Dokument, aus dem sich ohne weitere Sichtung die Eignungsanforderungen und die vorzulegenden Erklärungen und Nachweise erschließen.

Transparenz

Verweis auf externe Bezugsquellen?

Fall:

ähnlich

Der AG verweist hinsichtlich der zwingend mit dem Angebot abzugebenden Erklärungen und Nachweise für die Eignung auf ein Formblatt. Er stellt das Formblatt nicht selbst zur Verfügung, sondern verweist auf eine allgemeine Bezugsquelle.

Transparenz

Verweis auf externe Bezugsquellen?

Nach altem Recht:

Verlangt der AG die Verwendung eines Formblatts zur Angebots-erstellung, so muss er es selbst zur Verfügung stellen, um den Bietern die Teilnahme nicht zu erschweren und die Gefahr der Intransparenz seiner Anforderungen auszuschließen (z.B. hinsichtlich des zeitlichen Standes der Entwicklung des Formblatts, d.h. aktuelle Fassung).

Transparenz

Verweis auf externe Bezugsquellen?

Nach neuem Recht:

Ein Auftraggeber hat Erklärungen und Nachweise nicht wirksam gefordert, wenn er hinsichtlich der Einzelheiten auf ein Formblatt verweist, welches er den Teilnehmern des Vergabeverfahrens nicht selbst, sondern nur über eine externe Quelle zur Verfügung stellt.

VK Bund, Beschluss v. 11.11.2017, VK 2 – 128/17

Gleichbehandlung

Antworten auf Bieteranfragen

Fall:

In der Angebotsphase gehen Anfragen von Bietern ein.

Muss der AG jedem Bieter eine Bieterinformation übersenden oder genügt die Einstellung der Bieterinformation auf derselben Internetseite, auf der die Vergabeunterlagen zur Verfügung gestellt werden?

Gleichbehandlung

Antworten auf Bieteranfragen

Nach altem Recht:

Bieterinformationen sind an alle Teilnehmer des Vergabeverfahrens gleichzeitig und im selben Umfang zu übermitteln, damit alle Teilnehmer im formellen Sinne die gleichen Chancen und Bedingungen für die Angebotserstellung haben.

Gleichbehandlung

Antworten auf Bieteranfragen

Nach neuem Recht:

Vorüberlegung:

- Bieterinformationen stellen eine Ergänzung der Vergabeunterlagen dar; für sie gelten deswegen dieselben Anforderungen wie für die Bekanntmachung der Vergabeunterlagen.
- Im analogen Zeitalter waren die Vergabeunterlagen an alle sie anfordernden Bieter zu versenden; Gleiches galt für die Bieterinformationen.
- In der eVergabe sind die Vergabeunterlagen barriere- und gebührenfrei zur Verfügung zu stellen.

Gleichbehandlung

Antworten auf Bieteranfragen

Nach neuem Recht:

mit anderen Worten:

Zivilrechtlich betrachtet bestand im analogen Zeitalter während der gesamten Angebotsphase eine sog. **Schickschuld** des öffentlichen AG,

in der eVergabe besteht eine sog. **Holschuld** der Bieter.

Gleichbehandlung

Antworten auf Bieteranfragen

Nach neuem Recht:

Der AG genügt seiner Bekanntmachungspflicht, wenn er die Bieterinformationen an derselben Stelle, wie die Vergabeunterlagen, zum Download zur Verfügung stellt.

Der Bieter ist selbst verantwortlich, die Aktualität der von ihm heruntergeladenen Vergabeunterlagen zu gewährleisten.

OLG München, Beschluss v. 07.11.2017, Verg 8/17

Gleichbehandlung

Antworten auf Bieteranfragen

Nach neuem Recht:

Ausnahmen?

Der AG, der denjenigen Bietern, die sich beim Download der Vergabeunterlagen registrieren lassen, einen besonderen Service – nämlich die Übersendung der Bieterinformationen zeitgleich zum Upload auf der Plattform – anbietet, bleibt an seine Zusage gebunden.

Gleichbehandlung

Antworten auf Bieteranfragen

Nach neuem Recht:

Ausnahmen?

Auch ohne entsprechende Zusage kann der AG zu einer gesonderten Information zumindest der registrierten Bieter verpflichtet sein, wenn die konkrete Gefahr besteht, dass diese die Änderungen nicht mehr zur Kenntnis nehmen
(hier: Bieterinformation nach Eingang der ersten Angebote).

**VK Südbayern, Beschluss v. 17.10.2016,
Z3-3-3194-1-36 – 09/16**

Gleichbehandlung

Risiko der fehlerhaften Angebotsübermittlung

Fall:

Alternative 1: Die Angebotsübermittlung scheitert aus technischen Gründen, die Hotline d. Plattformanbieters findet den Fehler nicht; später wird festgestellt, dass der Bieter auf seinem PC/Server die notwendigen Updates für den Bieter-Client nicht vorgenommen hatte.

Alternative 2: Die eVergabe-Plattform des AG ist kurz vor Ablauf der Angebotsfrist nicht zugänglich. Der Bieter übermittelt das Angebot per eMail. Nachdem die Plattform – rechtzeitig vor Ablauf der Angebotsfrist – wieder zugänglich ist, sendet der Bieter sein Angebot erneut, diesmal elektronisch, wie verlangt.

Gleichbehandlung

Risiko der fehlerhaften Angebotsübermittlung

Nach altem Recht:

Dem AG obliegt es, den Bietern einen diskriminierungsfreien Übermittlungsweg vorzugeben und dessen Nutzung zu gewährleisten.

Dem Bieter obliegt die ordnungsgemäße Übermittlung eines verschlossenen, vollständigen Angebots.

Risiken auf dem Übermittlungsweg trägt der Bieter, z.B. verspäteter Eingang wegen Verkehrsbehinderungen, wegen Fehlern des Boten, wegen unzureichender Frankierung etc..

Gleichbehandlung

Risiko der fehlerhaften Angebotsübermittlung

Nach neuem Recht: Alternative 1

Nach § 11 f. VgV ... muss der AG den Bietern die notwendigen Informationen über die technischen Parameter zur Einreichung von Angeboten zur Verfügung stellen.

Dem Bieter obliegt eine **Bringschuld**, d.h. er ist u.a. auch dafür verantwortlich, dass er über die notwendige Software zur Einreichung von Angeboten nach den Vorgaben des AG verfügt.

**VK Südbayern, Beschluss v. 19.03.2018,
Z3-3-3194-1-54 – 11/17**

Gleichbehandlung

Risiko der fehlerhaften Angebotsübermittlung

Nach neuem Recht: Alternative 2

Legt der AG fest, dass die Angebote über eine eVergabe-Plattform einzureichen sind, ist ein Angebot auszuschließen, dass – *wenn auch aus hier nachvollziehbaren Gründen* – per eMail eingereicht wird.

**OLG Karlsruhe, Beschluss v. 17.03.2017,
15 Verg 2/17**

Tipp: Antrag auf Verlängerung der Angebotsfrist
wegen der Unvorhersehbarkeit des Zeitpunkts der Behebung
der technischen Probleme

Gleichbehandlung

Risiko der fehlerhaften Angebotsübermittlung

Problem: Sachverhaltsermittlung

- Die eVergabe macht aus der bisher banalen, aber manipulationsgefährdeten analogen Angebotsabgabe einen technisch komplexen Vorgang.
- Unter Zeitdruck ist zu ermitteln, woran die Angebotsübermittlung scheitert, und zu entscheiden, in wessen Sphäre die Ursache liegt.

VK Südbayern, Z3-3-3194-1-05 – 03/18 *Abhilfe durch AG*

- *eVergabepattform ließ die Übermittlung von d84-GAEB-Dateien nicht zu, wohl wegen Kompatibilitätsproblemen mit der vom Bieter verwendeten AVA-Software*

Wettbewerb

Gewährleistung des Geheimwettbewerbs

Weiter Fall des OLG Karlsruhe

Wertbarkeit des zweiten (formgemäßen) Angebots

- Das erste, per eMail eingereichte Angebot war unverschlossen / unverschlüsselt; damit bestand die Gefahr des Bekanntwerdens seines Inhalts vor dem Ablauf der Angebotsfrist => das ist ein Verstoß gegen den Grundsatz des Geheimwettbewerbs.
- Dieser Verstoß kann durch die erneute Übermittlung über die eVergabe-Plattform nicht geheilt werden.
=> Auch das zuletzt übermittelte Angebot ist wegen des Verstoßes gegen den Grundsatz des Geheimwettbewerbs auszuschließen.

Wettbewerb

Gewährleistung des Geheimwettbewerbs

Fall:

AG stellt fest, dass Erklärungen und Nachweise im Angebot fehlen und fordert sie nach.

Der Bieter reicht die Erklärungen per eMail ein.

Wettbewerb

Gewährleistung des Geheimwettbewerbs

Zur Kommunikationsform:

- Sowohl im analogen Zeitalter als auch bei der eVergabe bestehen bezüglich der Formwirksamkeit jedenfalls dann **keine vergaberechtlichen Bedenken**, wenn der AG die Einreichung per eMail zugelassen hat.
- In der Übergangszeit von der analogen zur vollständigen eVergabe ist auch eine Kombination verschiedener Kommunikationsarten zulässig.

Wettbewerb

Gewährleistung des Geheimwettbewerbs

Problem: Geheimwettbewerb

- Bis zur Angebotseröffnung ist die Vertraulichkeit der Angebotsinhalte und -erläuterungen im Vergabeverfahren vom Bieter zu gewährleisten.
=> *Die Übermittlung per eMail wahrt die Vertraulichkeit nicht.*
- *Kausalitätsüberlegung:*
Bei der Nachreichung von Eignungsunterlagen ist auszuschließen, dass sich der – gegebene – Verstoß gegen die Geheimhaltung des Angebotsinhalts auf den Wettbewerb auswirken kann.

VK Sachsen, Beschluss v. 20.01.2017, 1/SVK/030-16