

Vergaberecht

Zeitschrift für das gesamte Vergaberecht

in Zusammenarbeit mit der Deutschen
Gesellschaft für Baurecht e.V.
in Verbindung mit der AG Vergaberecht
im Deutschen Anwaltverein

HERAUSGEBER

Bernhard Stolz, München

SCHRIFTFLEITUNG

Loni Goldbrunner, München

FACHBEIRAT

Univ.-Prof. Dr. Martin Burgj, München

Heinz Peter Dicks, Düsseldorf

Prof. Horst Franke, Frankfurt

Jochem Gröning, Berlin

Dr. Matthias Krist, Koblenz

Dr. Christine Maimann, Düsseldorf

Malte Müller-Wrede, Berlin

Dr. Annette Mutschler-Siebert, Berlin

Dr. Olaf Otting, Frankfurt

Dr. Norbert Reuber, Köln

Prof. Dr. Mark von Wietersheim, Berlin

Univ.-Prof. Dr. Jan Ziekow, Speyer



Heft 6
November 2019
Seiten 717–834
19. Jahrgang
Art.-Nr. 23880906

6

AUS DEM INHALT:

Aufsätze

Delcuvé Interessenneutralität als Eignungsparameter • S. 717

Feldmann Praktische Fragen der Durchführung von Preisangemessenheitsprüfungen aus der Sicht von Bietern, Vergabestellen und Nachprüfungsinstanzen • S. 730

Linke Die Notfalldirektvergabe nach Art. 5 Abs. 5 Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 im öffentlichen Personenverkehr – oder: vergaberechtliche Grenzen von Ausnahmetatbeständen • S. 739

Rechtsprechung

EuGH, 19.06.2019 Vorabentscheidungsverfahren; fakultativer Ausschlussgrund; Schlechtleistung bei früheren Aufträgen; Kündigung • S. 746

BGH, 18.06.2019 Schadensersatz; Änderungen an den Vergabeunterlagen; Allgemeine Geschäftsbedingungen; Abwehrklausel • S. 753

OLG Celle, 13.05.2019 Ausschlussgründe; schwere Verfehlung; Zurechnung; Nachunternehmer; schwerwiegende Täuschung • S. 767

OLG Düsseldorf, 17.04.2019 Materielle Eignung; Beurteilungsspielraum; zwingender Ausschluss; Eignungsleihe; Konzernunternehmen • S. 774

KG, 04.06.2019 Eignungskriterien; unklare Vorgaben; Referenzen; Zurückversetzung • S. 784

OLG Düsseldorf, 15.05.2019 Eindeutige Leistungsbeschreibung; Wahlpositionen; berechtigtes Interesse; Rüge • S. 789

OLG Schleswig, 13.06.2019 Innovationspartnerschaft; Losaufteilung; Gleichbehandlung; Wertungsaufschlag; Rüge; Präklusion • S. 795

Werner Verlag



Bernhard Stolz

Liebe Leserinnen, liebe Leser,

mit dem Urteil des BGH vom 18.06.2019 – X ZR 86/17 findet sich in dieser Ausgabe ein weiterer Beleg dafür, dass es bei der Anwendung vergaberechtlicher Vorschriften keine Gewissheiten mehr gibt. Zwar hat der BGH damit dem zwingenden Ausschlussgrund der Änderungen an den Vergabeunterlagen keineswegs „den Garaus“ gemacht, wie an anderer Stelle angemerkt wurde. Richtig ist aber, dass die Entscheidung erhebliche Veränderungen in der Anwendung dieses Ausschlussstatbestands mit sich bringt. Bislang galt, dass die Abweichung von Vorgaben in den Vergabeunterlagen aus Gründen der Vergleichbarkeit der Angebote ohne Wenn und Aber den zwingenden Ausschluss des Angebots bedingt und solche Abweichungen nachträglich auch nicht mehr korrigiert werden können. Nach Ansicht des BGH ist eine solche von formaler Ordnung geprägte Handhabung der Ausschlussgründe mit dem „Wertungswandel“ in den rechtlichen Grundlagen der Vergabebestimmungen nicht mehr zu vereinbaren. Deshalb müsse vor einem Ausschluss eine Aufklärung erfolgen, wenn sich aufdrängt, dass ein Bieter unbewusst Änderungen an den Vergabeunterlagen vorgenommen hat, in dem er z.B. eigene Allgemeine Geschäftsbedingungen beigefügt hat. Etwas anderes soll weiterhin in Fällen „manipulativer Eingriffe“ in die Vergabeunterlagen gelten.

Dass die vom BGH geforderte Differenzierung im Einzelfall äußerst schwierig und streitträchtig sein kann, liegt auf der Hand. Es ist abzusehen, dass in Zukunft jeder Ausschluss wegen Änderungen an den Vergabeunterlagen in eine Auseinandersetzung darüber mündet, ob es sich um eine unbewusste oder manipulative Änderung handelt. Um die damit verbundenen zeitlichen Nachteile zu vermeiden, werden die Auftraggeber von einer Anwendung dieses Ausschlussgrunds zunehmend absehen. Für die Bieter ist die Aufnahme von abweichenden Vertragsbedingungen oder Produkten in ihr Angebot damit relativ risikolos möglich. Im schlechtesten Fall erklären sie im Rahmen der Aufklärung, dass dies unbewusst erfolgt sei und den abweichenden Angaben keine Relevanz zukomme.

Betrachtet man diese Konsequenzen im Lichte der Grundsätze des Wettbewerbs, der Gleichbehandlung und der Transparenz, stellt sich die Frage, ob die formale Handhabung der Ausschlussgründe nicht doch ihre Berechtigung hatte.

Rechtsanwalt Bernhard Stolz, München

Vergaberecht

Zeitschrift für das gesamte Vergaberecht

INHALT 6 · 2019

Editorial I
Impressum V

Aufsätze

- Interessenneutralität als Eignungsparameter**
Frederic Delcuvé **717**
- Praktische Fragen der Durchführung von Preisangemessenheitsprüfungen aus der Sicht von Bieter, Vergabestellen und Nachprüfungsinstanzen**
Henning Feldmann **730**
- Die Notfalldirektvergabe nach Art. 5 Abs. 5 Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 im öffentlichen Personenverkehr – oder: vergaberechtliche Grenzen von Ausnahmetatbeständen**
Benjamin Linke **739**
- Rechtsprechung**
- EuGH**, Urt. v. 19.06.2019 – C-41/18 – „Meca Srl“
Vorabentscheidungsverfahren; Besondere Dienstleistungen; Schwellenwert; fakultativer Ausschlussgrund; Beurteilung durch Auftraggeber; Verhältnismäßigkeit; Schlechtleistung bei früheren Aufträgen; Kündigung; Selbstreinigung **746**
- Anmerkung:** Schraner **752**
- BGH**, Urt. v. 18.06.2019 – X ZR 86/17 – „Straßenbauarbeiten“
Schadensersatz; Änderungen an den Vergabeunterlagen; Allgemeine Geschäftsbedingungen; Abwehrklausel; Aufklärung; Präklusion; Rüge; Mitverschulden; Kalkulationsfreiheit; nachträgliche Eignungsprüfung; Produktangaben; klare Vorgaben **753**
- Anmerkung:** Herrmann **759**
- BGH**, Beschl. v. 22.07.2019 – X ZB 8/19 – „Personenverkehrsdienste“
Divergenzvorlage; Antrag auf Verlängerung der aufschiebenden Wirkung; Rechtsmittel **762**
- OLG Celle**, Beschl. v. 25.06.2019 – 13 Verg 4/19 – „erweiterter Rettungsdienst“
Rettungsdienst; de-facto-Vergabe; Bereichsausnahme; Hilfsorganisationen; gewerbliche Unternehmen; Statthaftigkeit des Nachprüfungsverfahrens; Rechtsweg; Zurückweisung; vorläufige Maßnahmen **764**
- OLG Celle**, Beschl. v. 13.05.2019 – 13 Verg 2/19 – „Umweltstraftat“
Ausschlussgründe; schwere Verfehlung; Verstoß gegen Umweltvorschriften; Zurechnung; Nachunternehmer; schwerwiegende Täuschung; Ermessen; Verhältnismäßigkeit; Aufklärung; Antrag auf Verlängerung der aufschiebenden Wirkung **767**
- Anmerkung:** Pfarr **773**
- OLG Düsseldorf**, Beschl. v. 17.04.2019 – VII-Verg 36/18 – „Schrägseilbrücke“
Materielle Eignung; Beurteilungsspielraum; zwingender Ausschluss; Eignungsleihe; Konzernunternehmen; Referenzen; Zurechnung; Präqualifikation; Anschlussbeschwerde; Anspruch auf Zuschlagserteilung; verzögerte Vergabe **774**
- Anmerkung:** Kafedžić **783**

KG, Beschl. v. 04.06.2019 – Verg 8/18 – „Abbruchreferenz“
Eignung; Eignungskriterien; unklare Vorgaben; Ermessen; Referenzen; Nachweis; Eigenerklärung; Zurückversetzung; Schwellenwert; Teilauftrag

Anmerkung: Köhler/Naumann

OLG Düsseldorf, Beschl. v. 15.05.2019 – VII-Verg 61/18 – „Landschaftsbauwerk“

Eindeutige Leistungsbeschreibung; Wahlpositionen; berechtigtes Interesse; Rechtsverletzung; Rüge; Rechtskenntnis; Erkennbarkeit

Anmerkung: Klein

OLG Schleswig, Beschl. v. 13.06.2019 – 54 Verg 2/19 – „Triebzüge“

Innovationspartnerschaft; Losaufteilung; Dokumentation; Gleichbehandlung; Wertungsaufschlag; Rüge; Prälusion; Angebotsfrist; Untersuchungsgrundsatz; Antragsbefugnis; Interesse am Auftrag; Beschwerdeantrag; Zurückversetzung

Anmerkung: Donhauser

OLG München, Beschl. v. 10.04.2019 – Verg 8/18

Kostenentscheidung der VK; übereinstimmende Erledigterklärung; Sach- und Streitstand; Ermessen; Gesichtspunkte der Billigkeit; Abhilfe

OLG München, Beschl. v. 02.05.2019 – Verg 5/19

Kostenentscheidung der VK; Übereinstimmende Erledigterklärung; Sach- und Streitstand; Gesichtspunkte der Billigkeit; Ermessen **826**

784

OLG München, Beschl. v. 17.05.2019 – Verg 4/19

788

Rücknahme der Beschwerde; Rücknahme des Nachprüfungsantrags; Kostenentscheidung; Billigkeit **830**

OLG München, Beschl. v. 29.04.2019 – Verg 3/19

789

Kostenentscheidung; Rücknahme der Beschwerde; Billigkeit; voraussichtlicher Verfahrensausgang **831**

794

OVG Niedersachsen, Beschl. v. 04.07.2019 – 10 OA 74/19

Unterschwellenbereich; Konzession; Betrieb einer Kindertagesstätte; Unterlassungsanspruch; Gegenstandswert; Bedeutung der Sache; Jahresgewinn **831**

795

820

822

Beilagenhinweis:

Mit dieser Ausgabe verteilen wir Beilagen folgender Unternehmen:

FORUM Institut für Management GmbH,
ID Verlags GmbH, Verlag C.H. Beck oHG.
Wir bitten um freundliche Beachtung.

Fachbeirat: Univ.-Prof. Dr. Martin Burgi, München • Vors. Richter am OLG a.D. Heinz Peter Dicks, Düsseldorf • RA Prof. Horst Franke, Frankfurt • Richter am BGH a.D. Jochem Gröning, Berlin • RA Dr. Matthias Krist, Koblenz • Vors. Richterin am OLG Dr. Christine Maimann, Düsseldorf • RA Malte Müller-Wrede, Berlin • RA Annette Mutschler-Siebert, Berlin • Dr. Olaf Otting, Frankfurt • Dr. Norbert Reuber, Köln • RA Prof. Dr. Mark von Wietersheim, Berlin, Geschäftsführer forum vergabe e.V. • Univ.-Prof. Dr. Jan Ziekow, Speyer, Direktor Deutsches Forschungsinstitut für öffentliche Verwaltung

Mitarbeiter: RA Dr. Abel, München • RA Amelung, Frankfurt • RA Dr. Antweiler, Düsseldorf • Dipl.-Ing. Baumann, Augsburg • RA Prof. Dr. Benedict, Mannheim • RA Dr. Braun, Leipzig • RA Conrad, Berlin • RA Dr. Deckers, Köln • RAin Diercks-Oppler, Hamburg • RA Dörn, Frankfurt • RA Dr. Dobmann, Berlin • RA Donhauser, München • Referent Deutscher Städte- und Gemeindebund Düsterdiek, Bonn • MR Prof. Dr. Erdmann, Hannover • RAin Gielen, Berlin • RA Goede, München • RA Dr. Greb, Berlin • RA Dr. Gulich, Braunschweig • RA Hartung, München •

RA Dr. Haug, Bremen • RA Dr. Hausmann, Berlin • RA Dr. Herrmann, München • RA Dr. Hertwig, Köln • RA Dr. Horn, Frankfurt • RA Horstkotte, Rostock • RA Dr. Hübner, Stuttgart • RA Kafedžić, Berlin • RA Prof. Dr. Kainz, München • RA Kaiser, Mainz • RA Dr. Klein, Berlin • RA Köhler, Leipzig • RA Dr. Kus, Mönchengladbach • RA Prof. Dr. Leinemann, Berlin • RAin Dr. Losch, Hannover • RA Dr. Lück, Köln • RA Dr. Mantler, München • RA Meißner, Köln, Referentin Deutscher Städtetag • RA Dr. Noch, München • RA Dr. Opitz, Frankfurt • RA Dr. Ortner, München • RA Pauli, Mannheim • RA Dr. Pfannkuch, Kiel • RAin Dr. Pfarr, Stuttgart • RA Portz, Bonn, Beigeordneter des Deutschen Städte- und Gemeindebundes • RA Poschen, Köln • RA Dr. Prieß, Berlin • RA Probst, Berlin • RA Prof. Dr. Reidt, Berlin • RA Dr. Renner, München • RAin Dr. Rosenkötter, Frankfurt • RA Dr. Schalk, Schrobenhausen • RA Dr. Schraner, Berlin • Dr. Schwabe, Frankfurt, Vergabemanager • RA Dr. Siebler, München • RA Dr. Stickler, Leipzig • RA Dr. Ushöfer, Stuttgart • RA Trautner, Frankfurt • RA Dr. Voppel, Köln • RA Prof. Dr. Wagner, Leipzig • RA Weihrauch, Köln • RA Dr. Willenbruch, Hamburg