

Newsletter Vergaberecht

Juli 2024



Sehr geehrte Damen und Herren,

hiermit erhalten Sie unseren aktuellen Newsletter Vergaberecht, Ausgabe Juli 2024.

Wir wünschen eine angenehme Lektüre!

Mit freundlichen Grüßen

Stephan Rechten

Rechtsanwalt

[vCard](#)



Vorauftrag mangelhaft: Wann kann ein Ausschluss aus dem Vergabeverfahren erfolgen?

[zum Artikel](#)

Newsticker

Vereinfachte Vergaben für Wasserstoffausbau: Neue Impulse durch das Wasserstoffbeschleunigungsgesetz

Bayern plant Reform des Landesvergaberechts: Vereinfachungen und höhere Wertgrenzen

EuGH: Schadensersatz für unrechtmäßig ausgeschlossene Bieter

Fairer Wettbewerb im Vergaberecht: Umgang mit vorbefassten Bietern

[zu den Artikeln](#)

Neue Podcast-Serie #Schocktherapie: Essentielle Einblicke für das Krankenhauswesen



Wir freuen uns, Ihnen unsere neue Podcast-Serie #Schocktherapie vorzustellen. Tauchen Sie ein in die aktuellen Herausforderungen und Entwicklungen im Krankenhauswesen mit unseren Hosts, Dr. Silke Dulle und Wolf J. Reuter. Freuen Sie sich auf wöchentliche, spannende und tiefgehende Diskussionen mit namhaften Experten der Branche. Dieser Podcast richtet sich an Führungskräfte und Entscheidungsträger im Healthcare-Sektor und bietet wertvolle Einblicke in Themen, die Sie und Ihre Institution bewegen. Jetzt Reinhören und am Puls der Zeit bleiben!

Erfahren Sie
hier mehr!

REDAKTION (verantwortlich)

Stephan Rechten | Rechtsanwalt

© Beiten Burkhardt

Rechtsanwaltsgesellschaft mbH

Vergaberecht@advant-beiten.com

www.advant-beiten.com

Ihre Ansprechpartner
des Vergaberechts-Teams

Hinweis: Zur besseren Lesbarkeit verzichten wir auf die Verwendung männlicher und weiblicher Sprachformen. Wir verwenden das generische Maskulinum, womit alle Geschlechter gleichermaßen gemeint sind.

Vorauftrag mangelhaft: Wann kann ein Ausschluss aus dem Vergabeverfahren erfolgen?

Die Vergabekammer des Bundes hat sich in einer aktuellen Entscheidung (Beschluss vom 29. Februar 2024, VK 1-12/24) mit dem Ausschluss eines Bieters gemäß § 124 Abs. 1 Nr. 7 GWB wegen mangelhafter Erfüllung wesentlicher vertraglicher Anforderungen bei Ausführung eines früheren Auftrags beschäftigt. Die Anwendung der Ausschlussnorm des § 124 Abs. 1 Nr. 7 GWB sorgt in der Praxis wegen der Vielzahl der darin enthaltenen unbestimmten Rechtsbegriffe immer wieder für Unsicherheit. Die Entscheidung der VK Bund bringt nun erneut etwas mehr Klarheit, insbesondere mit Blick auf die Erheblichkeit der vorausgesetzten Vertragspflichtverletzung. Die Kammer bestätigte, dass der Ausschluss des Bieters durch die Auftraggeberin ordnungsgemäß und im Rahmen des Ermessensspielraums erfolgt war.

Der Sachverhalt

Die Auftraggeberin führte ein europaweites Vergabeverfahren für technische Wärmedämmung durch, bei dem die Antragstellerin fristgerecht ein Angebot abgab. Am 10. Januar 2024 wurde die Antragstellerin informiert, dass sie wegen mangelhafter Erfüllung wesentlicher vertraglicher Verpflichtungen bei der Ausführung eines früheren Auftrags gemäß § 124 Abs. 1 Nr. 7 GWB vom Verfahren ausgeschlossen werde. Dem vorangegangen war die Kündigung des vorigen Auftragsverhältnisses, dem die Antragstellerin bis zum 10. Januar 2024 auch nicht widersprochen hatte. Trotz einer Stellungnahme der Antragstellerin am 15. Januar 2024, in der sie „Selbstreinigungsmaßnahmen“ im Sinne von § 125 GWB und Schadensersatz anbot, entschied die Auftraggeberin am 16. Januar 2024 endgültig über den Ausschluss und vergab den Auftrag an eine andere Bieterin.

Die Antragstellerin beantragte am 25. Januar 2024 ein Nachprüfungsverfahren bei der Vergabekammer des Bundes (VK Bund) und bestritt die Vorwürfe der mangelhaften Leistungserbringung, wobei sie die Kündigung als unwirksam darstellte. Die Auftraggeberin blieb jedoch bei ihrer Entscheidung und begründete diese mit fortdauernden Vertragspflichtverletzungen der Antragstellerin im vorherigen Projekt. Insbesondere führte sie aus:

„Die Eingehung einer erneuten Vertragsbeziehung ist der [...] infolge der vorangegangenen einschneidenden Erfahrungen mit Ihrem

Unternehmen in tatsächlicher und finanzieller Hinsicht nicht zumutbar."

Die Antragstellerin begründete den Nachprüfungsantrag u. a. damit, dass die vorzeitige Vertragsbeendigung aufgrund mangelnder Dokumentation und Nachweise nicht rechtmäßig sei. Die ihr gegenüber am 13. April 2023 ausgesprochene Kündigung sei kein Indiz für die von der Auftraggeberin behauptete Schlechterfüllung und entfalte keine Wirksamkeit. Darüber hinaus rügte sie, dass die Grenze der Unzumutbarkeit den Vertrag fortzusetzen, nicht überschritten gewesen sei.

Die Entscheidung

Die VK Bund wies den Nachprüfungsantrag der Bieterin als zulässig, jedoch unbegründet zurück. Die Entscheidung der Auftraggeberin, die Antragstellerin vom Vergabeverfahren gem. § 124 Abs. 1 Nr. 7 GWB wegen aus ihrer Sicht mangelhafter Erfüllung wesentlicher vertraglicher Anforderungen in dem seit 2021 mit der Antragstellerin bestehenden und am 13. April 2023 gekündigten Vertragsverhältnis auszuschließen, sei nicht zu beanstanden.

Die Auftraggeberin habe zu Recht angenommen, dass die tatbestandlichen Voraussetzungen des § 124 Abs. 1 Nr. 7 GWB erfüllt sind. Eine erhebliche oder fortdauernd mangelhafte Erfüllung einer wesentlichen Anforderung sei von der Auftraggeberin im Rahmen der Anhörung der Antragstellerin vom 10. Januar 2024 vorgetragen worden. Ferner sei es zu einer vorzeitigen Beendigung, zu Schadensersatz oder zu einer vergleichbaren Rechtsfolge gekommen. Die Auftraggeberin habe ihrer Darlegungs- und Beweislast für die Voraussetzungen eines Ausschlusses der Antragstellerin nach § 124 Abs. 1 Nr. 7 GWB genügt.

Eine erhebliche Vertragspflichtverletzung liege dann vor, wenn die mangelhafte Leistung den öffentlichen Auftraggeber in tatsächlicher und finanzieller Hinsicht deutlich belaste. Die Antragstellerin habe ihre vertraglichen Pflichten mangelhaft erfüllt und dies durch ihr Verhalten sowohl nach der unwidersprochenen Kündigung als auch im Vorfeld des Vergabeverfahrens durch angekündigte „Selbstreinigungsmaßnahmen“ auch zugestanden. Insbesondere habe die Antragstellerin vertragliche Pflichten wie die Besetzung der Baustelle, die Teilnahme an vereinbarten Besprechungen und die Aufrechterhaltung der Arbeitsabläufe mangelhaft erfüllt. Diese Mängel umfassten sowohl Haupt- als auch Nebenpflichtverletzungen. Sie unterfielen damit dem Begriff der „wesentlichen“ Anforderungen; die Vergabekammer stellt dabei auch klar, dass auch ein Verstoß gegen wesentliche Nebenleistungspflichten, z. B.

im Bereich von Vertraulichkeitsverpflichtungen oder Sicherheitsauflagen, ausreiche.

Die mangelhafte Erfüllung betreffe auch eine erhebliche und fortdauernde Vertragspflichtverletzung, die zu einer vorzeitigen Beendigung des Vertrags geführt hat. Insbesondere sei die Auftraggeberin durch Verzögerungen im Bauablauf auch in tatsächlicher Hinsicht belastet gewesen; infolge der Kündigung und der darauffolgenden Ersatzvornahme seien weitere Verzögerungen im Gesamtbauvorhaben und finanzielle Belastungen entstanden.

Sind die tatbestandlichen Voraussetzungen der Vorschrift erfüllt, eröffnet § 124 Abs. 1 Nr. 7 GWB auf der Rechtsfolgenseite ein Ermessen. Die Auftraggeberin habe im Rahmen ihres Ermessens gehandelt und dabei den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit beachtet. Sie habe die Ankündigung der Antragstellerin zu Selbstreinigungsmaßnahmen berücksichtigt, aber aufgrund der noch ausstehenden Überprüfung der Wirksamkeit dieser Maßnahmen durch einen externen Berater, die seitens der Antragstellerin erst für Ende 2024 geplant ist, keine ausreichende Sicherheit für zukünftige Auftragsdurchführungen gesehen. Aus der diesbezüglichen Ankündigung der Antragstellerin habe die Auftraggeberin nachvollziehbar abgeleitet, dass die Eignung der Maßnahmen für die beabsichtigte Selbstreinigung für sie noch nicht absehbar sei.

Die Prognoseentscheidung der Auftraggeberin, dass zukünftig eine sorgfältige, ordnungsgemäße und gesetzestreue Auftragsdurchführung durch die Antragstellerin nicht zu erwarten sei, sei durch die festgestellten Vertragsverletzungen gestützt worden. Die Auftraggeberin habe somit in Übereinstimmung mit den Vorgaben des § 124 Abs. 1 Nr. 7 GWB gehandelt und ihre Ermessensentscheidung nachvollziehbar begründet.

Praxistipp

Die Entscheidung der VK Bund bringt einige nützliche Hilfestellungen für die Anwendung der aufgrund der Vielzahl der unbestimmten Rechtsbegriffe („wesentlich“, „erheblich“, „fortdauernd“, usw.) schwer greifbaren Ausschlussnorm in der Vergabep Praxis mit sich.

U. a. wird klarge stellt, dass die vorausgesetzte Verletzung einer „wesentlichen“ Anforderung bei der Ausführung des früheren Auftrags neben Hauptleistungspflichten wie beispielsweise einem kompletten

Lieferungs- oder Leistungsausfall auch wichtige Nebenleistungspflichten betreffen kann. Es lassen sich auch wichtige Praxisbeispiele ablesen, die nicht nur für den vorliegend betroffenen Baubereich, sondern auch für Dienstleistungsvergaben, z. B. bei größeren IT-Projekten, Anwendung finden können. So können z. B. auch das Fernbleiben von Jour-Fixen, das Fernbleiben von Monteuren (oder bspw. Wartungs-/Servicepersonal) oder die Nichteinhaltung von Sicherheitsbestimmungen oder Vertraulichkeitsregelungen in früheren Aufträgen „wesentliche“ Anforderungen i. S. v. § 124 Abs. 1 Nr. 7 GWB sein. Sicherlich wird man hier eine gewisse Stetigkeit der (Neben-)Pflichtverletzung wie das mehrfache Versäumen von Jour-Fixen o. Ä. fordern müssen; es kommt stets auf den Einzelfall an. Daher ist die sorgfältige Dokumentation derartiger Pflichtverletzungen wichtig.

Im Hinblick auf die „Erheblichkeit“ der Vertragspflichtverletzungen, bei der von der bisherigen Rechtsprechung eine „deutliche“ Belastung des Auftraggebers in tatsächlicher oder wirtschaftlicher Hinsicht gefordert wird, greift die Entscheidung den typischen Fall einer Verzögerung im Gesamtbauvorhaben (oder allgemeiner im Projekt) als tatsächliche Belastung und die Folgekosten durch eine Ersatzvornahme als wirtschaftliche Belastung auf. Diese Ausführungen gelten insbesondere auch dann, wenn die mangelhaften Leistungen des (früheren) Auftragnehmers nur ein Teillos oder Gewerk betreffen, die tatsächlichen oder wirtschaftlichen Auswirkungen sich aber im Hinblick auf das Gesamtbauvorhaben oder das Gesamtprojekt zeigen (z. B. Terminverzögerungen im gesamten Bauprojekt). Die Entscheidung kommt an allen relevanten Tatbestandsmerkmalen und Aspekten der Ermessensausübung vorbei, fasst den Stand der vergaberechtlichen Diskussion in der Rechtsprechung und Literatur in gebotener Kürze zusammen und ist daher auch über den Einzelfall hinaus lesenswert.

Christopher Theis

Rechtsanwalt und Fachanwalt für Vergaberecht

[vCard](#)



Magdalena Schneider

Rechtsanwältin

[vCard](#)



Newsticker

Vereinfachte Vergaben für Wasserstoffausbau: Neue Impulse durch das Wasserstoffbeschleunigungsgesetz

Um Deutschlands Klimaziele zu erreichen und die Versorgung mit Wasserstoff zu sichern, soll das neue Wasserstoffbeschleunigungsgesetz ([Drs. 265/24](#)) die rechtlichen Rahmenbedingungen schaffen. Der Gesetzesentwurf sieht vereinfachte Planungs-, Genehmigungs- und Vergabeverfahren vor. Beispielsweise erlaubt der vorgesehene § 16 des Entwurfs, mehrere Teil- oder Fachlose in einem Auftrag zusammenzufassen, wenn dies wirtschaftliche, technische oder zeitliche Vorteile bringt. Nachprüfungsverfahren vor der Vergabekammer sollen auch nach Aktenlage entschieden werden können, ebenso sollen mündliche Verhandlungen per Videoübertragung möglich werden. Die Bundesregierung plant, zentrale Elemente des Gesetzes noch in diesem Jahr in Kraft treten zu lassen.

Bayern plant Reform des Landesvergaberechts: Vereinfachungen und höhere Wertgrenzen

Der bayerische Ministerpräsident hat in einer [Regierungserklärung](#) vom 13. Juni 2024 sein „Modernisierungs- und Beschleunigungsprogramm 2030“ vorgestellt. Darin enthalten sind unter anderem Neuerungen bei den Vergaberichtlinien für öffentliche Aufträge. Im Baubereich etwa sollen für die Dauer von fünf Jahren die Obergrenzen für Direktaufträge auf EUR 250.000 und für freihändige Vergaben auf EUR 1 Mio. angehoben werden. Für alle sonstigen Leistungen sollen Direktvergaben bis EUR 100.000 und „erleichterte“ Vergaben bis zum EU-Schwellenwert (derzeit EUR 221.000) ermöglicht werden. Außer für den Freistaat sollen die neuen Regelungen auch für juristische Personen des öffentlichen Rechts, die der Aufsicht des Staats unterstehen, sowie für die Kommunen gelten. Die Maßnahme zielt darauf ab, die Vergabe von Aufträgen schneller und unkomplizierter zu gestalten. Das hierzu vorgesehene Modernisierungsgesetz soll dem Landtag noch vor der Sommerpause vorgelegt werden und voraussichtlich zum 1. Januar 2025 in Kraft treten.

EuGH: Schadensersatz für unrechtmäßig ausgeschlossene Bieter

Nach einem Vorabentscheidungsersuchen durch das slowakische oberste Gericht hat der EuGH mit Urteil vom 6. Juni 2024 (Rs. C-547/22) entschieden, dass ein unrechtmäßig von einem Vergabeverfahren ausgeschlossener Bieter Anspruch auf Schadensersatz wegen des Verlusts einer Chance auf den Zuschlag hat.

Der Fall betraf eine Bietergemeinschaft, die 2013 von einem Verfahren zur Vergabe eines öffentlichen Auftrags ausgeschlossen wurde. Der Ausschluss wurde damit begründet, dass die Bietergemeinschaft die Anforderungen hinsichtlich wirtschaftlicher und finanzieller Leistungsfähigkeit nicht erfüllte.

Der EuGH stellte fest, dass Art. 2 Abs. 1 lit. c) der EU-Richtlinie ([Richtlinie 89/665/EWG](#)) über die Nachprüfung im Bereich öffentlicher Aufträge die Mitgliedstaaten verpflichtet, Schadensersatz für alle Schäden zu gewähren, die durch Verstöße gegen das Unionsrecht entstehen. Die Richtlinie erfasst somit jede Art von Schaden, einschließlich des Schadens durch den Verlust der Chance, mit Erfolg an einem Vergabeverfahren teilzunehmen. Ein Schaden kann sowohl aus dem Nichterhalt eines öffentlichen Auftrags als auch als entgangener Gewinn entstehen. Darüber hinaus kann ein rechtswidrig ausgeschlossener Bieter einen separaten Schaden erleiden, der aus dem Verlust der Teilnahmechance am Vergabeverfahren resultiert. Eine nationale Regelung oder Praxis, die es grundsätzlich ausschließt, dass ein unrechtmäßig ausgeschlossener Bieter für den Verlust der Chance auf erfolgreiche Teilnahme am Vergabeverfahren entschädigt wird, wurde daher vom EuGH als nicht richtlinienkonform beurteilt.

Fairer Wettbewerb im Vergaberecht: Umgang mit vorbefassten Bietern

Das Oberlandesgericht Düsseldorf hat sich mit Beschluss vom 13. Mai 2024 (Verg 33/23) mit der Frage beschäftigt, wie der Grundsatz des fairen Wettbewerbs gewahrt werden kann, wenn ein Bieter vor Einleitung des Vergabeverfahrens die Vergabestelle beraten oder unterstützt hat. Im konkreten Fall war der Zuschlagsbieter zuvor Unterauftragnehmer des Unternehmens, das vom Auftraggeber als Projektsteuerer mit der Vorbereitung des Vergabeverfahrens beauftragt worden war. In dieser Funktion hat der Zuschlagsbieter wesentliche Teile der Vergabeunterlagen bearbeitet, so unter anderem den Generalablaufplan, das Leistungsverzeichnis und diverse Planungsunterlagen.

Der Beschluss betont die Verantwortung der Vergabestelle, den Grundsatz des fairen Wettbewerbs zu wahren, indem sie die Beteiligung vorbefasster Bieter sorgfältig prüft und gegebenenfalls regulierend eingreift. Diese Maßnahmen müssen unter Berücksichtigung der konkreten Umstände des jeweiligen Falls erfolgen, um sicherzustellen, dass alle Bieter gleiche Wettbewerbsbedingungen erhalten.

Die Teilnahme eines Unternehmens am Vergabeverfahren, das den Auftraggeber bereits in dessen Vorfeld beraten oder unterstützt hat, kann als Gefährdung eines ordnungsgemäßen Wettbewerbs angesehen werden. Ein solcher Projektant könnte entweder bei der Abgabe seines Angebots aufgrund seines Informationsvorsprungs begünstigt sein oder bei der Vorbereitung des Ausschreibungsverfahrens die Bedingungen für die Erteilung des Auftrags in seinem Sinne beeinflussen. Trotz dieser Gefahren ist die Teilnahme vorbefasster Unternehmen am Vergabeverfahren grundsätzlich zulässig. Ein genereller Ausschluss wäre unverhältnismäßig und unionsrechtswidrig.

Der Auftraggeber hat die Verpflichtung, den Wissensvorsprung des vorbefassten Bieters durch Information aller anderen Bieter auszugleichen. Dabei liegt es im Ermessen des öffentlichen Auftraggebers, welche Maßnahmen er zur Herstellung eines fairen Wettbewerbs ergreift, um im Einzelfall zu bewerten, ob bei einer Beteiligung eines Projektanten der Grundsatz des fairen Wettbewerbs gewahrt wird.

Ihre Ansprechpartner

Für Rückfragen sprechen Sie den ADVANT Beiten Anwalt Ihres Vertrauens an oder wenden Sie sich direkt an das ADVANT Beiten Vergaberechts-Team:

Berlin

Lützowplatz 10 | 10785 Berlin

Tel.: +49 30 86471-219

Stephan Rechten

Rechtsanwalt

[vCard](#)



Max Stanko

Rechtsanwalt,
Fachanwalt für
Vergaberecht

[vCard](#)



Düsseldorf

Cecilienallee 7 | 40474 Düsseldorf

Tel.: +49 211 518989-0

Sascha Opheys

Rechtsanwalt,
Fachanwalt für
Vergaberecht

[vCard](#)



Frankfurt am Main

Mainzer Landstraße 36 | 60325 Frankfurt am Main

Tel.: +49 756095-195

Christopher Theis

Rechtsanwalt,
Fachanwalt für
Vergaberecht

[vCard](#)



München

Ganghoferstraße 33 | 80339 München

Tel.: +49 89 35065-1452

Michael Brückner

Rechtsanwalt

[vCard](#)



Hans Georg Neumeier

Rechtsanwalt,
Fachanwalt
für Verwaltungsrecht

[vCard](#)



Katrin Lüttke

Rechtsanwältin,
Fachanwältin für
Verwaltungsrecht

[vCard](#)





Zur Newsletter Anmeldung

E-Mail weiterleiten

Hinweise

Diese Veröffentlichung stellt keine Rechtsberatung dar.

Wenn Sie künftig keine Informationen erhalten möchten, können Sie sich jederzeit [abmelden](#).

© Beiten Burkhardt

Rechtsanwaltsgesellschaft mbH

Alle Rechte vorbehalten 2024

Impressum

ADVANT Beiten

Beiten Burkhardt Rechtsanwaltsgesellschaft mbH

(Herausgeber)

Ganghoferstraße 33, 80339 München

AG München HR B 155350/USt.-Idnr: DE-811218811

Weitere Informationen (Impressumsangaben) unter:

<https://www.advant-beiten.com/de/impressum>

Beiten Burkhardt Rechtsanwaltsgesellschaft mbH ist Mitglied von ADVANT, einer Vereinigung unabhängiger Anwaltskanzleien. Jede Mitgliedskanzlei ist eine separate und eigenständige Rechtspersönlichkeit, die nur für ihr eigenes Handeln und Unterlassen haftet.