



DStGB

Deutscher Städte-
und Gemeindebund

Aktuelle Entwicklungen im Vergaberecht

Saarländischer Vergabetag am 10.10.2023

**Norbert Portz, Leiter des Vergabedezernats, Deutscher Städte- und Gemeindebund a. D.,
Ehrenamtlicher Beisitzer der Vergabekammer des Bundes**



DStGB

Deutscher Städte-
und Gemeindebund



► Übersicht

A. Gute Planung, Verantwortung öff. AG, Mitwirkung von Planern

B. Neue eForms, Vergaberecht 2024, strategisch-nachhaltige Vergaben

C. Weitere kommunalrelevante Entwicklungen und Entscheidungen

D. Fazit

A. I. Gerade nachhaltige + „schnelle“ Vergaben erfordern gute Planungen



1. Bei Vergaben auch Qualitätsaspekte achten, s. § 76 I S. 1 VgV (= Planung):

„Architekten- und Ingenieurleistungen werden im Leistungswettbewerb vergeben“

- Qualitätsaspekte: Zuschlagskriterien, Vorgabe von Festkosten und Planungswettbewerbe

2. **Faktor Mensch** als Zuschlagskriterium, § 58 II Nr. 2 VgV (Nicht nur d. Preis gilt):

„Neben dem Preis kann die Organisation, Qualifikation u. Erfahrung d. mit der Ausführung d. Auftrags betrauten Personals berücksichtigt werden, wenn d. Qualität des eingesetzten Personals erheblichen Einfluss auf das Niveau der Auftragsausführung haben kann.“



► A. II. Verantwortung öff. AG / Planer hilft AG bei Vergaben: HOAI-LPh 6 + 7

1. Wesentliche Entscheidungen muss AG fällen, OLG Frf., 17.02.22, 11 Verg 8/21
2. Kommune beauftragt Planer (LPh 6 + 7), OLG Naumburg, 16.12.2022, 7 U 40/22:
 - Kommune (AG) ohne Vergabestelle bekam *ELER-Mittel* für Gemeinschaftshausanierung
 - AG band Architekt ein, der Vergabeverstöße *beging* (Nachverhandlung, Änderung der VU)
 - Von *Zuwendungsgeber widerrufenen Mitteln* forderte *Kommune mit 75% von Architekten ein*
 - Mit Erfolg! / AG-Mitverschulden? / Tipp für Planer: Begrenzung auf *ihre Fachqualifikation!*



DStGB

Deutscher Städte-
und Gemeindebund

► B. I. EU-Vergaben = Ab 25.10.2023 gelten allein eForms: Kein Übergang!

- *Offene Datenfelder* statt abgeschlossener Formulare (Bessere Findung d. Unternehmen)
- Möglichkeit *verbindlicher Festlegung EU-optionaler Daten* (s. strategische Vergabe)
- eForms-Zuschnitt auf nationalen Bedarf + Implementierung in eProcurement-Systeme
- Aus Vergabesoftware wird *Datei*, die nicht mehr direkt mit EU kommuniziert. Das macht Datenservice d. Bundes: s. Plattform Öffentlicher Einkauf (www.oeffentlichevergabe.de)
- *eForms führte zur Änderung d. VgV* (s. § 10 a VgV): BGBl. 2023 Teil I Nr. 222 v. 23.08.2023!

B. II. Aktuell: Zu komplexes Vergaberecht / Ist Wirtschaftlichkeit gewahrt?



1. „**Ampel!**“: „Wir wollen d. Vergaberecht vereinfachen und nachhaltiger gestalten“

- Vergaben sollen *vereinfacht, professionalisiert, digitalisiert, beschleunigt, modernisiert*
- Und sie sollen *wirtschaftlich, sozial, ökologisch und innovativ* gestaltet werden



2. BReg. plant *neues Vergaberecht* für *Jahr 2024* (= Keine Umsetzung von EU-RL!)



DStGB

Deutscher Städte-
und Gemeindebund



B. III. Vergabetransformationspaket: 5 Aktionsfelder (strategische Vergabe)

- 1. Mehr Umwelt + Klimaschutz:** Mehr Pflichten, Quoten, Mindeststandards / Anleitungen!?
- 2. Mehr sozial-nachhaltige Vergaben:** Sozialunternehmen, KMU, Ausführungsbedingungen!?
- 3. Mehr Digitalisierung:** Elektronische Einreichung von Nachprüfungsanträgen etc.!?
- 4. Mehr Vereinfachung, Beschleunigung:** Einheitliches Vergaberecht bzw. Vergabegesetz!?
- 5. Förderung von Mittelstand, Innovationen:** Stärkung Markterkundungen, FLB, Start-ups!?



► C. Weitere aktuelle Entwicklungen und Entscheidungen zu Einzelthemen:

I. Äußerste Dringlichkeit + Direktvergabe (s. Corona, Krieg, IT-Ausfall)

1. §§ 14 IV Nr. 3 VgV, 3 a III Nr. 4 VOB/A: **EU-Verhandlungsverfahren ohne TW** /
§§ 8 IV Nr. 9, 12 III UVgO: Nur **ein** Unternehmen darf aufgefordert werden:



(1) Es liegt ein ***unvorhergesehenes Ereignis*** vor, dass öff. AG **nicht zurechenbar** ist und

(2) ***äußerst dringliche + zwingende Gründe*** lassen ***Einhaltung anderer Fristen nicht zu*** und

(3) es besteht ***Kausalität*** zwischen unvorhergesehenem Ereignis + Nichteinhalt der Fristen



DStGB

Deutscher Städte-
und Gemeindebund



► C. Weitere aktuelle Entwicklungen und Entscheidungen zu Einzelthemen:

I. Äußerste Dringlichkeit + Direktvergabe (s. Corona, Krieg, IT-Ausfall)

2. Äußerste Dringlichkeit trotz AG-Versäumnis bei Aufgaben d. Daseinsvorsorge?

- Hier: Transport v. Kindern mit Behinderung / Art 14 AEUV: **Funktionieren Daseinsvorsorge**
- OLG Düsseldorf, 15.02.2023, Verg 9/22 = Tendenz zur Bejahung / Folge: **Vorlage an EuGH!**



► II. Äußerste Dringlichkeit / Direktvergabe: Ja / Nein? / „Wettbewerb light“

1. Vergabe *Luftreinigungsgeräte* in Schule, OLG D´dorf, 14.12.22, Verg 1/22: Ja!

2. OLG Frankfurt, 07.06.2022, 11 Verg 12/21: *Reine Wirtschaftsinteressen*: Nein!

- Öff. AG vergab Aufzüge für öff. Klinik ohne Vergabe (VV ohne TW) = „*Wirtschaftlichkeit*“
- OLG: Äußerste Dringlichkeit: Akutgefahr, Höhere Gewalt: *Wirtschaftlichkeit* reicht nicht

3. KG, 10.05.22, Verg 1/22: „Wettbewerb light“ bei Notvergabe: Mind. 3 Angebote!



DStGB

Deutscher Städte-
und Gemeindebund



► **III. Äußerste Dringlichkeit, Direktvergaben und die Folgen**

Interimsvergabe (s. Abfallentsorgung): Vertrag begrenzen = Zeit für Neuvergabe

- OLG Karlsruhe, 04.12.2020, 15 Verg 8/20: Busverkehrsvergabe auf 2 Jahre ist unzulässig
- BayObLG, 31.10.2022, Verg 13/22: Bewachung Asylunterkunft v. max. 12 Monaten zulässig



► C. IV. Ausschluss von Angeboten zwingend / Ausschluss verhindern!

1. BGH, Urt. 16.05.2023, XIII ZR 14/21 = Ausschluss + Kein entgangener Gewinn:

„Der AG kann gem. § 13 Abs. 1 Nr. 1 S. 1 VOB/A festlegen, welche elektronischen Mittel bei der Einreichung von elektronischen Angeboten zu verwenden sind. Werden vorgegebene Mittel...nicht verwendet, ist das Angebot...gem. § 16 Abs. 1 Nr. 2 VOB/A auszuschließen.“

- Aufforderung Angebotsabgabe: LV ist als GAEB-Datei in Format d.84 / x.84 einzureichen!
- Wirtschaftlichster Bieter wurde wegen PDF-Datei-Angebot ausgeschlossen und klagte
- BGH: § 13 I Nr. 1 S. 1 VOB/A erfasst Datei-Form / Kein Nachfordern ungültiger Angebote

2. OLG Düsseldorf, 17.08.2022, Verg 54/21: Vorgabe GAEB und PDF-Datei für LV
= Zwingender Ausschluss von alleinigem GAEB-Dateiangebot, § 57 I Nr. 2 VgV



► C. IV. Ausschluss von Angeboten zwingend / Ausschluss verhindern!

3. Angebot widerspricht klarer LB: Ein Ausschluss ist grundsätzlich zwingend:

- OLG Düsseldorf, 06.04.2022, VII-Verg 32/21: LB zur Sanierung der W-Talbrücke enthielt u. a. die Position des Auftraggebers mit der Bezeichnung „*Arbeitsgerüst herstellen*“



- Um 94%! wirtschaftlicherer Bieter gab Angebot mit dem Inhalt „*Hubarbeitsbühne*“ ab
- AG schloss Bieter aus = Änderung an Vergabeunterlagen! / OLG: Ausschluss zulässig!
- „*Hubarbeitsbühne*“ ist kein „*Arbeitsgerüst herstellen*“ / Besser: Ausschluss verhindern

► C. V. Auslegung: *Nicht Gemeinde, Geschriebene gilt = Empfängerhorizont*

- BayObLG, 29.07.22, Verg 16/21 U-Bahn-Ingenieurplanung: LB enthielt Vorgabe des AG = Von den Unternehmen beizubringen sind „Vergleichbare Referenzen in Eigenleistung“



- Referenz der Bergergemeinschaft betraf eine U-Bahnplanung als Arge und über Tage!
- AG sah darin „irreführende Information“, § 124 I Nr. 9c GWB + schloss den Bewerber aus!
- BayObLG: Kein Ausschluss: „Empfängerhorizont“ = LB v. AG deckt deren Referenz mit ab!



DStGB

Deutscher Städte-
und Gemeindebund



► **C. VI. Aufklärung = Zweifel ausräumen und umfassend dokumentieren!**

1. VK Bund, 23.07.2021, VK 2–75/21: **Widerspruch im Angebot = Aufklären!**

- AG-LB: 5 Wachpersonen (WP) nötig / Angebot: 4 WP, Anlage: 5 WP: **Aufklärungspflicht!**

2. VK Bund, 27.02.23, VK 2–8/23: Vergabe Kabel OP-Säle: **Klare AG-Antwort nötig**

- AG-Antwort auf Frage: Zertifizierung „MDR“ **nötig** (Teurer) / Zuschlag soll „MDD“ erhalten
- VK: Rückversetzung + Hinweis, dass MDD-Zertifikat für alle Bieter ausreicht = MDD gilt



C. VII. Ungewöhnlich niedrige Angebote: Aufklärung, §§ 60 VgV, 44 UvgO

- (1) **Aufgreifschwelle**: 20%-Abweichen zu *korrekter AG-Schätzung* (VOB/A: 10%) und zu nächsten Angeboten = Nur eine *Orientierung*, OLG Naumburg, 30.03.2020, 7 Verg 1/20

- (2) AG dürfen bei *Anlass* auch unterhalb der 20%-Aufgreifschwelle *aufklären*: Niedrige EP, Mischkalkulation, OLG Düsseldorf, 19.05.21, Verg 13/21 / Konkrete Fragen + SV-Klärung!

- (3) Inhalt der AG-Prüfung bezieht sich speziell auf die *Wirtschaftlichkeit des Verfahrens, technische Lösungen, günstige Ausführungsbedingungen, Besonderheit der Leistung*

- (4) *Sachgemäße + fehlerfreie Prüfung*: Beurteilungsspielraum, VK Bund, 04.04.23, VK-2-1/23



C. VII. Ungewöhnlich niedrige Angebote: Aufklärung, §§ 60 VgV, 44 UvgO

- (5) **„Darf“-Ausschluss** bei bleibenden *Zweifeln*, OLG Düsseldorf, 29.05.2020, Verg 26/19 / **AG-Fragen**: Wer ist „Geisterfahrer“? / Sind Fehler in LB? / Vorlage der Urkalkulation!?
- (6) **„Muss“-Ausschluss**: Niedrigangebot beruht auf *Verstoß* gegen § 128 GWB, speziell der Nichteinhaltung *umwelt-, sozial- und arbeitsrechtlicher Regeln*, § 60 III S. 2 VgV
- (7) EuGH, Urt. v. 15.09.2022 – Rs. C-66/20: **Keine Begrenzung auf Preisabstand**: Beurteilung unangemessen niedrigen Angebots primär in Verhältnis zu d. **zu erbringenden Leistung!**



DStGB

Deutscher Städte-
und Gemeindebund



► D. Fazit: Vergaberecht 2023/2024 und weitere aktuelle Entwicklungen

1. Vergaberecht ist zu komplex. Besserung durch die Novelle ist eher nicht Sicht
2. Vergaberecht bietet öff. AG aber auch viel Gestaltungsspielraum. Zudem gilt:

Eine gute Vergabevorbereitung erspart Geld sowie Ärger und entspannt





DStGB

Deutscher Städte-
und Gemeindebund

Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit!

Norbert Portz, Leiter des Vergabedezernats, Deutscher Städte- und Gemeindebund a. D.;
Ehrenamtlicher Beisitzer der Vergabekammer Bund

Norbert.portz@t-online.de

