

# Newsletter

+++aktuelle Urteile+++neue Vorschriften+++Vergaben+++

## Referentenentwurf für Vergaberecht on- line

Das Bundesministerium für Wirtschaft und Energie (BMWi) hat am 30.04.2015 den Referentenentwurf des Vergaberechtsmodernisierungsgesetzes (VergModG) veröffentlicht. Das Gesetz soll die neuen EU-Vergaberichtlinien umsetzen. Die Frist dafür läuft im April 2016 ab.

Das Vergaberechtsmodernisierungsgesetz sieht eine umfassende Novellierung der § 97 ff. GWB für die Vergabe von öffentlichen Aufträgen oberhalb der EU-Schwellenwerte vor. Der bisherige 4. Teil des GWB wird umfassend überarbeitet und neu strukturiert. Die allgemeinen Grundsätze des Vergaberechts, der Anwendungsbereich, die Vergabearten, die grundsätzlichen Anforderungen an die Eignung, die Voraussetzung für den Zuschlag und die Ausführungsbedingungen, die Gründe für den Ausschluss von einem Vergabeverfahren und die neuen Vorgaben aus den EU-Vergaberichtlinien für die Kündigung sowie die Änderung von öffentlichen Aufträgen und Konzessionen werden dort geregelt. Im zweiten Schritt ist zur Umsetzung der neuen EU-Vergaberichtlinien geplant, die Vergabeverordnung (VgV) zu ändern. Dies ist noch nicht Gegenstand des Referentenentwurfs für das novellierte GWB.

## Vergaberechtsfehler schlagen auf Genehmigung durch

Eine erteilte Genehmigung für Rettungsdienste ist angreifbar, wenn der Auftraggeber den Auftrag rechtswidrig vergeben hat (OVG Sachsen-Anhalt, 18.03.2015, 3 L 151/12).

Das OVG Sachsen-Anhalt begründet dies mit wechselseitigen Rechtswirkungen zwischen den eigentlich getrennten Verfahren zur Auftragsvergabe und zur Genehmigungs-erteilung. Einfallstor in die behördliche Ermessensentscheidung über die Genehmigung sei der allgemeine Gleichbehandlungsgrundsatz. Die Genehmigungsbehörde dürfe bei der Genehmigungsentscheidung berücksichtigen, dass Mitbewerber keine fairen Chancen für den Auftrag erhalten hätten. Die Entscheidung ist positiv zu bewerten, da sie für eine Einheitlichkeit zwischen Auftrag und Genehmigung sorgt. Für die



Dr. Ute Jasper



Dr. Laurence Westen



Dr. Isabel Niedergöcker

**HEUKING KÜHN LÜER WOJTEK**

Düsseldorf, Georg-Glock-Str. 4  
Tel. +49 211/ 60055-326

Praxis wird dies aber nur in wenigen Fällen relevant sein. In der Regel wird erst nach wirksamer Zuschlagserteilung eine Genehmigung erteilt. Nur bei einer Durchbrechung der Wirksamkeit des Zuschlags (z.B. nach unzulässiger Direktvergabe) kann nach Wegfall des vergaberechtswidrigen Vertrags die Genehmigung bestehen.

## Nachprüfung nur eingeschränkt zulässig

Vergabenachprüfungsinstanzen prüfen nicht, ob die von dem Auftraggeber einzuhaltenden technischen Spezifikationen wissenschaftlich richtig sind (EuG, 18.03.2015, T-30/12). Stattdessen verfügt der öffentliche Auftraggeber bei der Beurteilung der Gesichtspunkte, die bei einer Entscheidung über die Vergabe eines ausgeschriebenen Auftrags zu berücksichtigen sind, über ein weites Ermessen. Dies betrifft auch die Frage, ob die vorgelegten Angebote den Ausschreibungsbedingungen entsprechen. Vergabenachprüfungsinstanzen prüfen nur, ob die Verfahrensvorschriften und die Begründungspflicht beachtet worden sind, der Sachverhalt richtig ermittelt wurde und kein offensichtlicher Beurteilungsfehler oder Ermessensmissbrauch vorliegt. In dem entschiedenen Fall ging es um die Lieferung von Impfstoffen durch eine Delegation der Europäischen Union. Die Auftragsvergabe richtete sich nicht nach den allgemeinen vergaberechtlichen Bestimmungen, sondern nach der Durchführungsbestimmung über die Haushaltsordnung für den Gesamthaushaltsplan für die Europäischen Gemeinschaften (Verordnung (EG, EURATOM) Nr. 2342/2002 vom 23.12.2002). Die Entscheidung dürfte jedoch übertragbar sein.

## EuGH zur Erkennbarkeit von Vergabeverstößen und verspäteten Rügen

Ob ein Bieter einen Vergabeverstoß erkennen kann, richtet sich nach einem objektiven Maßstab (EuGH, 12.03.2015, C-538/13).

Der EuGH stellt nun klar, dass Vergabeverstöße aus der Sicht eines durchschnittlich fachkundigen Bieters, der die übliche Sorgfalt anwendet, zu beurteilen sind. Der EuGH äußert sich zur Rügepflicht vor einem Nachprüfungsantrag. Nach § 107 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 und 3 GWB darf ein Bieter

einen Nachprüfungsantrag nur innerhalb bestimmter Fristen ab Erkennbarkeit des Vergabeverstoßes stellen, andernfalls ist der Antrag unzulässig. Bislang war umstritten, ob es bei der Erkennbarkeit auf die individuellen Erkenntnismöglichkeiten des Antragstellers oder auf einen objektiven Maßstab ankommt.

## Mischen von Eignung und Wertung

Bei der Angebotswertung dürfen die Organisation sowie die berufliche Qualifikation und Erfahrung des vorgesehenen Projektteams als Zuschlagskriterien berücksichtigt werden (OLG Düsseldorf, 29.04.2015, Verg 35/14). Nach dem OLG Düsseldorf steht der Grundsatz der Trennung von Eignungs- und Zuschlagskriterien einer Wertung von Qualifikation und Erfahrung des Personals nicht entgegen, soweit nicht das Personal des Bieters im Allgemeinen – dann rein eignungsbezogenes Kriterium –, sondern das auftragsausführende Team gewertet wird. Das OLG Düsseldorf begründet seine Auffassung mit der kurz zuvor ergangenen Entscheidung des EuGH vom 26.03.2015 (C-601/13 - Ambisig). Darin stellte der EuGH klar, dass unter bestimmten Voraussetzungen auch Eignungsmerkmale bei der Wirtschaftlichkeitsprüfung angewandt werden dürfen. Dies sei der Fall bei der beruflichen Qualifikation und Erfahrung der auftragsausführenden Personen, da hiervon die Qualität der Leistung maßgeblich abhängen könne.

Die Entscheidungen ergingen, ohne dass die neue Richtlinie 2014/24/EU anzuwenden war. Diese bestätigt in Art. 67 Abs. 2 Unterabsatz 1 lit. b) explizit, dass die Organisation, Qualifikation und Erfahrung des auftragsausführenden Personals als Zuschlagskriterien fungieren dürfen.