



Newsletter – Ausgabe Nr. 02/2022

Aktuelle Beiträge zum Architekten-, Bauvertrags- und Vergaberecht

Sehr geehrte Damen und Herren,

leider konnte auch heuer wieder unsere Veranstaltung, die wir (vor Corona) immer im März abgehalten haben, pandemiebedingt nicht stattfinden.

Wir hoffen sehr, dass wir Anfang 2023 unsere Tradition fortsetzen können und freuen uns auf Ihre Teilnahme. Zwischenzeitlich werden wir Sie durch unsere Newsletter über die aktuelle Rechtsentwicklung auf dem Laufenden halten.

Architektenrecht

**Kostenvorstellungen des Bauherrn
OLG Celle Urteil vom 26.01.2022 –
14 U 116/21
IBR 2022, 2414**

Bereits im Rahmen der Grundlagenermittlung hat der Architekt die Kostenvorstellungen des Bauherrn zu erfragen. Geschieht das nicht und plant der Architekt seine weiteren Leistungen für das Bauvorhaben und werden dadurch die Kostenvorstellungen des Bauherrn überstiegen, kann dies einen Schadensersatzanspruch gegen den Architekten auslösen.

Auch wenn ein Bauherr nicht von sich aus auf Kostenlimits hinweist oder Kostenvorgaben macht, so ist der

Architekt bereits im Rahmen der Grundlagenermittlung verpflichtet die Vorstellung des Bauherrn abzufragen und bei seiner Planung zu berücksichtigen. Insbesondere bei einem privaten Bauherrn, dessen wirtschaftliche Verhältnisse nicht offen liegen und der auch in der Regel die aufgrund seiner Bauvorstellung entstehenden Kosten schlecht einschätzen kann, muss der Architekt gründlichst aufklären. Der finanzielle Rahmen ist abzufragen. Die Rechtsprechung sieht selbst Ausnahmen von dieser uneingeschränkten Beratungs- und Aufklärungspflicht selbst für finanzkräftige Bauherrn nicht vor.

In der Praxis ist daher von Bedeutung, dass mit dem Bauherrn früh die Kostenvorstellungen erfragt und entsprechend aufgeklärt werden. Die vom Bauherrn mitgeteilten Kostenvorstellungen werden zum Vertragsbestandteil, widerspricht ihnen der

Architekt nicht. Wird von den Vertragsparteien eine Kostenobergrenze vereinbart, liegt darin eine Beschaffensvereinbarung. Bei Nichteinhaltung der Kostenobergrenze ist die Leistung des Architekten grundsätzlich mangelhaft. (Dr. B)

Bauvertragsrecht

Ukraine Krieg – Preisexplosion – Wegfall der Geschäftsgrundlage?

Wegen der Sanktionen hat der Krieg massive Folgen für die deutsche Wirtschaft/Bauwirtschaft. Sind die Preise in den letzten Jahren, auch pandemiebedingt, enorm gestiegen, kommt es nunmehr zu einem weiteren, deutlichen Anstieg der Rohstoffpreise. Diese Preisspirale wird sich wahrscheinlich in den nächsten Monaten noch weiter drehen.

Niemand konnte vorhersehen, dass es im Februar 2022 zu einem Krieg in Europa mit dramatischen Folgen für Kosten von Bau- und Treibstoffen, verbunden mit Lieferschwierigkeiten kommen wird.

Eine Krise wie diese, ist sicherlich ein Fall "höherer Gewalt". Die derzeitige Situation war weder vorhersehbar noch waren Vorsorgemöglichkeiten gegeben.

Dies bedeutet aber nicht, dass sich – ähnlich auch bei rechtlichen Problemen im Zusammenhang mit der Corona-Pandemie – Auftraggeber und Auftragnehmer in jedem Fall bei

Störungen des Bauablaufs auf "höhere Gewalt" berufen können. Vielmehr ist von Fall zu Fall zu prüfen, welche Auswirkungen die jetzige Krise in der konkreten Bausituation hat. Der bloße Hinweis auf den Ukraine-Krieg reicht also nicht.

Notwendig ist in jedem Fall, dass derjenige, der sich auf höhere Gewalt beruft und daraus Rechtsfolgen herleiten möchte, die Kausalität substantiiert darlegt und im Streitfall beweisen kann. Dies gilt für Auftraggeber und Auftragnehmer gleichermaßen.

Hat die bisherige Rechtsprechung die Möglichkeit einer Vertragsanpassung nach extrem steigenden Preisen in den meisten Fällen verneint, wenn z.B. der Preisanstieg schon geraume Zeit vor Angebotsabgabe zu verzeichnen war und die Parteien eine Möglichkeit zur Vorsorge hatten, ist die jetzige Situation gerade nicht vorhersehbar gewesen. Dieses Merkmal unterscheidet die jetzige Krisensituation von den bislang entschiedenen Fällen. Aus diesem Grund müsste bei kurzfristig eklatant hohen Preissprüngen bedingt durch den Ukraine-Krieg und die hierauf folgenden Sanktionen die Anpassung des Vertrages verlangt werden können. Es bedarf keiner Kündigung als ultima ratio. Den Parteien sollte es möglich sein, den Vertrag über die Restlaufzeit fortzusetzen und lediglich die Preise anzupassen, deren explosionsartiger Anstieg auf diesen unberechenbaren Extremzustand zurückzuführen ist.

Schwierig ist die Frage zu beantworten, wie groß die Kostensteigerung sein muss, um einen Wegfall der Geschäftsgrundlage annehmen zu können. Dies kann nicht an einer

starren Grenze pauschal festgemacht werden. Vielmehr wird von der Rechtsprechung auf das finanzielle Gesamtergebnis des Vertrages abgestellt, darauf ob z.B. nicht nur der zu erwartenden Gewinn des Auftragnehmers aufgezehrt, sondern er darüber in "rote Zahlen" gerät.

Die weitere Entwicklung ist derzeit völlig unvorhersehbar und nicht einzuschätzen. Aus diesem Grund sollten extreme Preissteigerungen dokumentiert und die hieraus sich ergebenden Folgen frühzeitig dem Vertragspartner angezeigt werden, um zeitnah Lösungen zu finden. Dies ist eine klassische Mehrkostenanzeige, wobei hier konkret darzulegen ist inwieweit und in welchem Zeitraum sich der Krieg auf die jeweilige Vertragserfüllung negativ auswirkt. Der bloße Verweis auf den Krieg reicht hierfür nicht. (Dr. B)

Ukraine Krieg – Stoffpreisgleitklauseln

Das Bundesministerium für Wohnen, Stadtentwicklung und Bauwesen hat mit Schreiben vom 25.03.2022 Hinweise zum Umgang mit Lieferengpässen und Preissteigerungen veröffentlicht. Das Bayerische Staatsministerium für Wohnen, Bau und Verkehr ist dem mit Schreiben vom 31.03.2022 gefolgt.

Aufgrund der enormen Preissteigerungen und der Unsicherheit über die weitere Preisentwicklung wurden für die Produktgruppen Stahl- und Stahlliegierungen, Aluminium,

Kupfer, Erdölprodukte (Bitumen, Kunststoffe, Folien und Dichtbahnen, Asphaltmischgut), Epoxidharze, Zementprodukte, Holz- und Gusseiserne Rohre, Sonderregelungen getroffen. Unter anderem wurden die Voraussetzungen für die Vereinbarung von Stoffpreisgleitklauseln deutlich gelockert. Danach ist bei den vorgenannten Produkten von einem nicht kalkulierbaren Preisrisiko auszugehen. Die Vereinbarung einer Preisgleitklausel ist bereits dann zulässig, wenn der Zeitraum zwischen Angebotsabgabe und Lieferung bzw. Fertigstellung einen Monat beträgt. Von der Stoffpreisgleitklausel kann Gebrauch gemacht werden, wenn der Wert der Betriebsstoffe ein Prozent der geschätzten Auftragssumme übersteigt.

Diese Vorgaben gelten für Baumaßnahmen des Bundes und des Freistaates Bayern. Es ist der Privatwirtschaft zu empfehlen, in gleicher Weise zu verfahren. (Prof. Dr. R)

Vergaberecht

Kein Anspruch auf entgangenen Gewinn bei Aufhebungsvertrag nach Zuschlagserteilung

BGH, Urteil vom 23.11.2021 – XIII ZR 20/19, Fundstelle: IBRRS 2022, 0170

Der BGH hat entschieden, dass ein Anspruch auf Ersatz entgangenen Gewinns nicht besteht, wenn der öffentliche Auftraggeber ein mit einer Aufhebung des ersten Vergabeverfahrens und einer fehlerfreien

Neuvergabe wirtschaftlich und wertungsmäßig entsprechendes Ergebnis herbeiführt, indem er mit denjenigen, der den Zuschlag zu Unrecht erhalten hat, einen Aufhebungsvertrag schließt und sodann in Bezug auf den gleichen Auftrag ein neues Vergabeverfahren durchgeföhrt.

Im vorliegenden Fall ging es um die Ausschreibung von Bodenbelagsarbeiten im nationalen Bereich. Der günstigste Bieter erhielt den Zuschlag auf sein Angebot. Im Anschluss daran wurde festgestellt, dass bei der Bearbeitung der Angebote ein Übertragungsfehler erfolgt war und der Bieter daher zu Unrecht den Zuschlag erhalten hatte. Im Anschluss daran schloss der Auftraggeber einen Aufhebungsvertrag und führte ein neues Vergabeverfahren durch. Der nunmehrige Kläger sowie der vorherige Mitbieter, der den Zuschlag erhalten hatte, wurden an dem neuen Vergabeverfahren beteiligt. Erneut erhielt der Mitbieter den Zuschlag. Nunmehr verlangt der Kläger Schadensersatz auf das positive Interesse, also den entgangenen Gewinn.

Diesbezüglich hat der BGH entschieden, dass dem Kläger kein Schadensersatzanspruch auf Ersatz des entgangenen Gewinns zusteht, den er mit der Ausführung des Auftrags erzielt hätte. Zwar ist es grundsätzlich zutreffend, dass ein Bieter einen Schadensersatzanspruch auf entgangenen Gewinn wegen einer verfahrensfehlerhaft erfolgten Vergabe ausnahmsweise hat, wenn der übergangene Bieter den Auftrag bei ordnungsgemäßer Vergabe hätte erhalten müssen und ein Zuschlag tatsächlich erteilt worden ist. Im

vorliegenden Fall wurde zwar der Zuschlag erteilt, jedoch erfolgte eine Aufhebung des geschlossenen Vertrages und die Durchführung eines neuen Vergabeverfahrens.

Ein Schadensersatzanspruch auf das positive Interesse kommt laut BGH regelmäßig dann nicht in Betracht, wenn die Aufhebung eines Vergabeverfahrens erfolgt und sich daran eine fehlerfreie Neuvergabe anschließt. Dies wurde vorliegend wirtschaftlich und wertungsmäßig entsprechend durch die Aufhebung des Zuschlags erreicht. Ein Anspruch auf Ersatz des entgangenen Gewinns besteht nur dann, wenn der „falsche“ Bieter den Auftrag auch tatsächlich erhält, so der BGH. Wenn jedoch der gesamte Auftrag durch einen Aufhebungsvertrag entfällt und eine Neuvergabe stattfindet, ist das Recht des übergangenen Bieters auf Teilhabe am neuen Vergabeverfahren und Wahrung seiner Chance bei der Auftragsvergabe im Regelfall ausreichend gewahrt.

Ein Anspruch auf das negative Interesse mag in einer solchen Konstellation vorliegen, dies hatte der BGH jedoch nicht zu entscheiden, da derartige Ansprüche nicht geltend gemacht wurden. Auch wurde das erneute Verfahren ordnungsgemäß durchgeföhrt. (SC)

Der Auftraggeber ist an die Loszuordnung zum 20 %-Kontingent gebunden

VK Mecklenburg-Vorpommern, Beschluss vom 08.11.2021, 3 VK 10/21, Fundstelle: IBRRS 2021, 3764

Bei öffentlichen Aufträgen, die europaweit ausgeschrieben werden müssen, besteht gemäß § 3 Abs. 9 VgV die Möglichkeit, im Rahmen des sogenannten „20 %-Kontingents“ einzelne Lose national zu vergeben. Gemäß § 3 Abs. 9 VgV ist dies bei Bauleistungen soweit möglich, als der geschätzte Nettowert des betreffenden Loses unter 1 Mio. € liegt und die Summe der Nettowerte dieser Lose (also derjenigen, die national vergeben werden sollen) 20 % des Gesamtwertes aller Lose nicht übersteigt.

Die Zuordnung zu diesem 20 %-Kontingent muss zum Zeitpunkt der Einleitung des Vergabeverfahrens festgelegt und dokumentiert sein. Der Auftraggeber ist dazu verpflichtet, durch geeignete Maßnahmen eindeutig zu erkennen zu geben, welche Lose welchem Kontingent zugeordnet sind. Hierdurch wird eine Selbstbindung begründet. Eine nachträgliche Zuordnung einzelner Lose ist ebenso wenig zulässig, wie eine nachträgliche Veränderung der Zuordnung der Lose, so die VK Mecklenburg-Vorpommern.

Im zu entscheidenden Fall wurde die Herstellung von Baugruben, Verbau und Tiefgründung inklusive Spezialtiefbau in einem EU-weiten Verfahren ausgeschrieben. Dieses Verfahren wurde aufgrund eines

Nachprüfungsverfahrens aufgehoben. Die Leistungen wurden sodann erneut in Lose aufgeteilt und national ausgeschrieben.

Durch die europaweite Ausschreibung hat vorliegend jedoch der Auftraggeber dokumentiert, diese Leistungen nicht dem 20 %-Kontingent zuzuordnen. Zwar wurde das Verfahren durch Aufhebung beendet, durch die europaweite Ausschreibung wurde jedoch eine Selbstbindung des Auftraggebers begründet. Eine nachträgliche Zuordnung ist nicht zulässig, sondern verstößt gegen vergaberechtliche Grundsätze.

Nachträgliche Änderungen sind nur dergestalt möglich, dass ein ursprünglich dem 20 %-Kontingent zugeordnetes Los nun doch europaweit ausgeschrieben wird. Dies ist z.B. dann notwendig, wenn bei entsprechender Fortschreibung der bisherigen sowie der zukünftigen geschätzten Auftragswerte der einzelnen Lose das 20 %-Kontingent überschritten wird. Bei bereits erfolgter Ausschöpfung des 20 %-Kontingents oder bei nachträglicher Überschreitung aufgrund aktuell höherer Auftragswertschätzungen können die verbliebenen Lose dann nicht mehr national ausgeschrieben werden. In derartigen Fällen ist eine europaweite Ausschreibung dann notwendig. (SC)

Wann ist eine produktspezifische Ausschreibung zulässig?

BayObLG, Beschluss vom 25.03.2021, Verg 4/21, Fundstelle: IBRRS 2021, 3719 sowie OLG Brandenburg, Beschluss vom 08.07.2021, 19 Verg 2/21, Fundstelle: IBRRS 2021, 3429

Immer wieder ist die Frage der Zulässigkeit einer produktspezifischen Ausschreibung Thema. Grundsätzlich ist es nicht zulässig, in der Leistungsbeschreibung oder den technischen Spezifikationen auf eine bestimmte Produktion oder Herkunft oder ein besonderes Verfahren, das die Erzeugnisse oder Dienstleistungen eines bestimmten Unternehmens kennzeichnet, oder auf gewerbliche Schutzrechte, Typen oder einen bestimmten Ursprung zu verweisen, wenn dadurch bestimmte Unternehmen oder bestimmte Produkte begünstigt oder ausgeschlossen werden, es sei denn, dieser Verweis ist durch den Auftragsgegenstand gerechtfertigt, § 31 Abs. 6 VgV, § 7 EU Abs. 2 VOB/A, § 7 Abs. 2 VOB/A.

Hierzu wurde in obigen neueren Entscheidungen die bisherige Rechtsprechung nochmals wiederholt und vertieft. So ist eine produktspezifische Ausschreibung dann gerechtfertigt - und auch nur dann - wenn vom Auftraggeber nachvollziehbare objektive und auftragsbezogene Gründe angegeben worden sind und die Bestimmung folglich willkürfrei getroffen worden ist, solche Gründe tatsächlich vorhanden sind und die Bestimmung andere Wirtschaftsteilnehmer nicht diskriminiert. Hierbei steht dem öffentlichen Auftraggeber bei der Einschätzung,

ob die Vorgabe eines bestimmten Herstellers gerechtfertigt ist, ein Beurteilungsspielraum zu. Jedoch muss die Entscheidung nachvollziehbar begründet und dokumentiert sein. Eine vorherige Markterkundung ist jedoch nicht erforderlich.

Für den Bereich der EDV hat das OLG Brandenburg entschieden, dass es grundsätzlich gerechtfertigt ist, im Interesse der Systemsicherheit- und funktion das Risikopotenzial für Fehlfunktionen oder Kompatibilitätsprobleme zu verringern. Dies gilt nicht nur für komplexe IT-Komponenten oder in sicherheitsrelevanten Bereichen, sondern auch im schulischen Umfeld, in dem die Verwendung im Unterricht die zuverlässige und gleichförmige Funktion einer Vielzahl von Endgeräten bei der Nutzung unterschiedlicher Schülergruppe voraussetzt. Aus der Dokumentation muss jedoch eindeutig ersichtlich sein, dass sich der Auftraggeber mit der Thematik auseinandergesetzt hat und die produktspezifische Ausschreibung umfassend im Vergabebericht begründet hat.

Das BayObLG hat zudem entschieden, dass es bei produktspezifischen Ausschreibungen auch nicht darauf ankommt, dass die Festlegung auf einen bestimmten Hersteller oder ein bestimmtes Produkt zwingend sein muss. Es kommt auch nicht darauf an, ob eine andere Vergabestelle anstelle des Antragsgegners eine andere produktspezifische Vorgabe wählen würde. Jedoch muss die Entscheidung nachvollziehbar begründet und dokumentiert sein. Die Dokumentation ist hier essentiell. Vergabekammern und Gerichte prüfen hier nur die korrekte Einhaltung des

Beurteilungsspielraums. Bei einer fehlenden Dokumentation ist davon auszugehen, dass dieser fehlerhaft erfolgte. (SC)

Bieter darf bei einer erfolgreichen Rüge nicht „bestraft“ werden

OLG Frankfurt, Beschluss vom 25.11.2021,
11 Verg 2/21, Fundstelle: IBRRS 2022, 0119

Das OLG Frankfurt hatte ich vorliegend mit der Ermessensentscheidung gemäß § 56 Abs. 2 VgV über das Nachfordern von Unterlagen zu beschäftigen. Diesbezüglich hat es entschieden, dass im Rahmen der Ermessensentscheidung eine Abschätzung der konkret zu erwartenden Verzögerung und deren Auswirkungen auf das Verfahren notwendig ist. Hierbei ist auch zu berücksichtigen, ob die Vergabestelle diese Auswirkungen durch eine frühere Nachforderung hätte abmildern oder vermeiden können. Auch ist im Rahmen der Ermessensentscheidung besonders zu berücksichtigen, wenn nach Ausschluss eines Bewerbers nur noch ein einziger Bewerber übrigbleiben würde. Wenn eine Rüge eingereicht wurde, der auch abgeholfen wurde, kann dies nicht zum Nachteil des Rügenden im Rahmen der Ermessensentscheidung führen.

Zwar ist eine Ermessensentscheidung von den Nachprüfungsinstanzen nur eingeschränkt überprüfbar, dies jedoch dahingehend, ob die gesetzlichen Grenzen des Ermessens überschritten sind oder ein Ermessensnichtgebrauch sowie ein

etwaiger Ermessens Fehlgebrauch stattgefunden hat.

Ein Ermessens Fehlgebrauch liegt dann vor, wenn die Behörde nicht alle wesentlichen Gesichtspunkte berücksichtigt oder nicht alle für die Entscheidung bedeutsamen Tatsachen ermittelt hat. Auch geht es um Fälle, in denen die Behörde den Zweck der Ermächtigung verkannt hat oder in denen die Behörde bewusst aus unsachlichen Motiven gehandelt hat.

Das OLG Frankfurt prüfte vorliegend die Ermessensausübung und erklärte diese für defizitär. Die Ermessensentscheidung habe nicht berücksichtigt, dass eine zeitliche Verzögerung bei jeder Nachforderung gegeben ist, Nachforderungen aber gleichwohl grundsätzlich zulässig sind. Allein der pauschale Hinweis auf eine Verzögerung stellt damit keine tragfähige Erwägung dar. Eine konkrete Abschätzung ist vielmehr notwendig.

Zudem wurde vorliegend die Angebotsfrist aufgrund einer Rüge verlängert. Die Behörde hat daraufhin als Begründung gegen die Nachforderung angeführt, dass es hier frühere Verzögerungen gegeben habe. Es ist jedoch nichts ersichtlich, dass aufgrund dieser Verlängerung eine die Nachforderung infrage stellende Eilbedürftigkeit eingetreten wäre. Eine berechtigte Rüge, die zu einer Verlängerung führt, kann jedoch nicht dem Rügenden angelastet werden und im Rahmen der Ermessensentscheidung für etwaige Nachforderungen berücksichtigt werden.

Zudem müsse bei der Ermessensentscheidung auch berücksichtigt

werden, wenn bei Ausschluss des Bewerbers bzw. Bieters nur noch ein einziger weiterer Bewerber bzw. Bieter übrigbleibt. Damit könne der Zweck des Vergabeverfahrens, die Bedürfnisse des öffentlichen Auftraggebers zu den bestmöglichen Konditionen zu befriedigen, nur noch allenfalls unzulänglich erreicht werden. Zudem bezweckt die Vorschrift bezüglich der Nachforderung, im Interesse eines umfassenden Wettbewerbs den Ausschluss von Angeboten aus vielfach nur formalen Gründen zu verhindern und die Anzahl der im Wettbewerb teilnehmenden Angebote nicht unnötig zu reduzieren. (SC)

Zulässigkeit eines Verhandlungsverfahrens ohne Teilnahmewettbewerb nur in Ausnahmefällen

OLG Celle, Beschluss vom 09.11.2021, 13 Verg 9/21, Fundstelle: IBRRS 2021, 3682

Gemäß § 14 Abs. 4 Nr. 2b VgV kann ein Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb durchgeführt werden, wenn zum Zeitpunkt der Aufforderung zur Abgabe von Angeboten der Auftrag nur von einem bestimmten Unternehmen erbracht oder bereitgestellt werden kann, weil aus technischen Gründen kein Wettbewerb vorhanden ist. In derartigen Fällen ist ein Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb nur dann möglich, wenn es keine vernünftige Alternative oder Ersatzlösung gibt und der mangelnde Wettbewerb nicht das Ergebnis einer künstlichen Einschränkung der Auftragsvergabe-parameter ist, so § 14 Abs. 6 VgV.

Diese Norm ist als Ausnahmetatbestand eng auszulegen. Es muss hierbei auch ausgeschlossen sein, dass für die Auftragsdurchführung weitere Unternehmen infrage kommen, die die für den Auftrag notwendigen Fähigkeiten und Ausstattungen zwar noch nicht haben, aber rechtzeitig erwerben können, so das OLG Celle.

Sofern ein Auftrag ohne Durchführung eines ordnungsgemäßen Verfahrens vergeben wird, kann dies gemäß § 135 GWB zur Nichtigkeit des Vertrags führen. Die sogenannte freiwillige „ex-ante-Transparenzbekanntmachung“ gemäß § 135 Abs. 3 GWB kann diese Wirkung nur verhindern, wenn der öffentliche Auftraggeber tatsächlich der Ansicht ist, dass die Auftragsvergabe ohne vorherige Bekanntmachung zulässig ist. Hierbei muss der Auftraggeber jedoch bei der Prüfung, ob die Voraussetzungen dafür tatsächlich erfüllt sind, sorgfältig gehandelt haben, so das OLG Celle. Dies kann in der Regel nur dann festgestellt werden, wenn entsprechende nach außen erkennbare Tatsachen vorliegen, d. h. also eine umfassende Dokumentation erfolgt ist.

Gemäß der freiwilligen ex-ante-Transparenzbekanntmachung führt das OLG Celle aus, dass der Nichteintritt der Unwirksamkeit zunächst voraussetzt, dass der öffentliche Auftraggeber der Ansicht ist, dass die Auftragsvergabe ohne vorherige Veröffentlichung einer Bekanntmachung zulässig ist. Um eine wirksame Kontrolle im Nachprüfungsverfahren sicherzustellen, dürfen die Anforderungen hierfür nicht zu gering sein. Die Entscheidung des

Auftraggebers muss aufgrund der konkreten Umstände in sachlicher und rechtlicher Hinsicht vertretbar sein. Wenn zweifelhaft bleibt, ob die vorausgesetzte Ansicht des Auftraggebers tatsächlich vorlag, muss die Unaufklärbarkeit zu seinen Lasten gehen, da ihn die Beweislast für das tatsächliche Vorliegen des für ihn positiven Ausnahmetatbestands trifft. Im vorliegenden Fall fehlte eine Dokumentation gemäß § 8 VgV, sodass nicht festgestellt werden konnte, ob eine sorgfältige Prüfung der Sach- und Rechtslage in vertretbarer Weise erfolgt ist.

Auch hier zeigt sich, dass eine umfassende Dokumentation äußerst wichtig ist. Gerade Ausnahmetatbestände müssen vom Auftraggeber sorgfältig geprüft und ausreichend dokumentiert werden. (SC)

Im Verhandlungsgespräch muss grundsätzlich verhandelt werden

VK Sachsen, Beschluss vom 06.10.2021, 1/SVK/030-21, Fundstelle: IBRRS 2021, 3684

Die Vergabekammer Sachsen hat sich mit der Notwendigkeit von tatsächlichen Verhandlungen im Verhandlungsgespräch im Bereich der Sektorenverordnung auseinandergesetzt. Die Ausführungen gelten jedoch ebenfalls für Verhandlungsverfahren nach VgV.

In der jeweiligen Verordnung ist explizit geregelt, dass der öffentliche Auftraggeber den Auftrag auf der Grundlage der Erstangebote vergeben kann, ohne in Verhandlungen ein-

zutreten, wenn er sich in der Auftragsbekanntmachung oder der Interessenbestätigung diese Möglichkeit vorbehalten hat.

Diesbezüglich hat die Vergabekammer explizit entschieden, dass ohne einen solchen Vorbehalt die Bieter davon ausgehen dürfen, dass zumindest eine Verhandlungsrunde durchgeführt wird und sie Gelegenheit zur Abänderung und Verbesserung des Angebots haben werden. Ohne den entsprechenden Vorbehalt in der Auftragsbekanntmachung ist somit eine Zuschlagserteilung auf das Erstangebot nicht zulässig. Bei dieser Option in der Bekanntmachung handelt es sich um eine zwingende Voraussetzung für die Zuschlagserteilung auf das Erstangebot.

Zudem hat sich die Vergabekammer auch mit der Wertung von Präsentationen befasst. Gemäß der Vergabekammer Sachsen hat der Auftraggeber bei der Wertung von Präsentationen einen weiten Beurteilungsspielraum. Diesem steht jedoch als Kehrseite eine Dokumentationspflicht mit hohen Anforderungen gegenüber. Eine vollständige Dokumentation ist Voraussetzung dafür, dass überhaupt geprüft werden kann, ob der Auftraggeber die Grenzen seines Beurteilungsspielraums eingehalten hat. Die maßgeblichen Erwägungen für die Zuschlagserteilung müssen in allen Schritten so eingehend dokumentiert sein, dass nachvollziehbar ist, welche konkreten qualitativen Eigenschaften der Angebote mit welchem Gewicht in die Benotung eingegangen sind. Es muss erkennbar sein, ob die Wertung im Vergleich zu den anderen

Angeboten plausibel ist. Eine reine Ergebniswiedergabe oder pauschale Aussagen sind unzureichend.

Zwar ist grundsätzlich eine Nachholung der Dokumentation in gewissem Umfang möglich, bezüglich der Wertungsentscheidung kann jedoch nur eine Ergänzung oder Erläuterung bereits vorhandener Begründungen erfolgen. Sofern hier keine Dokumentation vorliegt, kann diese hier auch nicht nachgeholt werden. (SC)

Regensburg / Passau
im April 2022