



## Vergaberecht aktuell

Das erste Quartal des Jahres 2014 hat bereits einige interessante vergaberechtliche Entscheidungen mit sich gebracht. Nachfolgend haben wir Urteile des OLG Düsseldorf sowie eine Grundsatzentscheidung des BGH für Sie zusammengestellt.

So beschäftigte sich das OLG Düsseldorf erneut mit der Zulässigkeit von Bietergemeinschaften, die bei Bietern immer beliebter werden. Aus dem Bereich Tariftreue und Vergabegesetz NRW, dem Dauerbrenner im Vergaberecht, gibt es ebenfalls Neues zu berichten. Hier entschied der Vergabesenat zum wiederholten Male darüber, inwiefern Verpflichtungserklärungen als Eignungskriterien qualifiziert werden können. Von allgemeiner Bedeutung war schließlich ein Beschluss des OLG Düsseldorf, der sich mit der Entscheidungskompetenz der Vergabekammern auseinandersetzte.

Außerdem haben wir eine aktuelle Entscheidung des BGH zu den Anforderungen an die Aufhebung eines Vergabeverfahrens für Sie aufbereitet.

Wir wünschen Ihnen eine spannende Lektüre. Und wie immer gilt: Haben Sie Fragen? Fragen Sie uns!

avocado rechtsanwälte  
spichernstraße 75–77  
50672 köln  
t +49 221 390710  
f +49 221 39071-29  
köln@avocado.de  
www.avocado.de



## Inhaltsverzeichnis

- 3 OLG Düsseldorf: Bietergemeinschaften sind nur ausnahmsweise zulässig
- 5 OLG Düsseldorf: Vergabekammer darf Auftraggeber nicht zur Ausschreibung verpflichten
- 7 OLG Düsseldorf: Arbeitnehmerschützende Verpflichtungserklärungen als Eignungskriterium vergaberechtswidrig
- 9 BGH: Unklarheiten in der Leistungsbeschreibung rechtfertigen keine Aufhebung eines Vergabeverfahrens
- 12 Impressum



### OLG Düsseldorf: Bietergemeinschaften sind nur ausnahmsweise zulässig

Bietergemeinschaften zwischen Unternehmen, die derselben Branche angehören, sind nur wettbewerbsrechtlich zulässig, wenn jedes der beteiligten Unternehmen für sich nicht leistungsfähig wäre und erst durch die Bietergemeinschaft in die Lage versetzt wird, sich an der Ausschreibung zu beteiligen. Dies hat das OLG Düsseldorf mit Beschluss vom 17.02.2014 (Verg 2/14) entschieden.

#### Sachverhalt

Eine Ortskrankenkasse schrieb EU-weit in Gebiets- und Fachlosen Rabattvereinbarungen über Arzneimittelwirkstoffe aus. Die Antragstellerin machte geltend, die Vergabestelle habe in den Vergabeunterlagen zunächst den Eindruck hervorgerufen, dass Bietergemeinschaften, die trotz bestehender Leistungsfähigkeit der einzelnen Mitglieder zum Zwecke einer Sortimentserweiterung eingegangen worden seien, als wettbewerbsbeschränkende Absprache zu qualifizieren und daher nicht gewertet werden dürften. Erst kurz vor Ablauf der Angebotsabgabefrist habe die Vergabestelle klargestellt, dass dies – jedenfalls in dieser Pauschalität – nicht beabsichtigt gewesen sei. Zu diesem Zeitpunkt habe die Antragstellerin jedoch mit anderen Unternehmen kein gemeinsames Angebot mehr vorbereiten können. Die Vergabekammer lehnte den hiergegen gerichteten Antrag ab, woraufhin die Antragstellerin sofortige Beschwerde einlegte.

#### Entscheidung

Das OLG Düsseldorf lehnte auch die Beschwerde der Antragstellerin ab. Dies begründete das Gericht im Wesentlichen, wie folgt: Die Vergabestelle habe nicht gegen Vergaberecht verstoßen. Sie habe lediglich in einem Formblatt die verschiedenen Fallgruppen von Bietergemeinschaften dargestellt und deren kartellrechtliche Beurteilung durch die Rechtsprechung wiedergegeben. Der Eindruck eines grundsätzlichen Ausschlusses von Bietergemeinschaften habe so nicht entstehen können. Im Übrigen habe sich die Antragstellerin in dem gegenständlichen Vergabeverfahren tatsächlich nicht zulässig in der Rechtsform einer Bietergemeinschaft beteiligen können. Die Zulässigkeitsvoraussetzungen für die Bildung branchenangehöriger Bietergemeinschaften hätten nicht vorgelegen. Denn zwischen Unternehmen derselben Branche sei eine Bietergemeinschaft nur zulässig, wenn jedes beteiligte



Unternehmen für sich nicht leistungsfähig sei und daher erst der Zusammenschluss mit einem weiteren Unternehmen dessen Teilnahme an der Ausschreibung ermögliche. Diese Voraussetzungen seien vorliegend nicht erfüllt gewesen, da die Antragstellerin selbst das komplette Wirkstoffsortiment gemäß Leistungsbeschreibung habe anbieten können.

### Fazit

Das OLG Düsseldorf bestätigt mit seiner Entscheidung zwar die grundsätzliche Zulässigkeit von Bietergemeinschaften. Allerdings stellt das OLG Düsseldorf erstmals in dieser Deutlichkeit dar, dass Bietergemeinschaften aus Unternehmen derselben Branche nicht schon dann zulässig sind, wenn diese durch ihren Zusammenschluss Synergieeffekte generieren und/oder die eigenen Zuschlagschancen erhöhen. Vielmehr ist erforderlich, dass andernfalls keine Leistungsfähigkeit besteht. Dies hatte das OLG in einer Entscheidung vom 09.11.2011 (vgl. Verg. 35/11) noch etwas differenzierter gesehen und es dort als ausreichend erachtet, dass nur eines von zwei Bietergemeinschaftsmitgliedern alleine nicht leistungsfähig wäre. Nach dem KG Berlin (Beschluss vom 24.10.2013, Verg. 11/13) hat nun also auch das OLG Düsseldorf seine Linie zur Zulässigkeit von Bietergemeinschaften verschärft.



### OLG Düsseldorf: Vergabekammer darf Auftraggeber nicht zur Ausschreibung verpflichten

Die Vergabekammern dürfen keine Anordnungen treffen, die sich auf das künftige Beschaffungsverhalten des Auftraggebers beziehen. Befürchtet ein Interessent an einem Auftrag, der Auftraggeber wolle ein Vergabeverfahren hinauszögern oder gar nicht erst durchführen, steht ihm vielmehr nur der Zivilrechtsweg oder ein Vorgehen gegen eine zwischenzeitliche Interimsvergabe offen. Dies hat das OLG Düsseldorf mit Beschluss vom 10.03.2014 (Verg 1/14) entschieden.

#### Sachverhalt

Ein nordrhein-westfälischer Kreis hatte – ohne vorherige Ausschreibung – eine Hilfsorganisation beauftragt, Rettungsdienstleistungen auf seinem Gebiet zu erbringen. Die Antragstellerin, ein privates Rettungsdienstunternehmen, leitete hiergegen ein Nachprüfungsverfahren ein, an dessen Ende die Vergabekammer den Kreis verpflichtete, die Leistungen förmlich auszuschreiben. Der Kreis begann sodann mit der Ausschreibung, gegen die die Antragstellerin jedoch erneut erfolgreich – dieses Mal aus formalen Gründen – vor der Vergabekammer vorging. Nach erfolglosem Beschwerdeverfahren hob der Kreis das Vergabeverfahren auf und beauftragte zunächst interimswise seinen früheren Vertragspartner. Eine Neuausschreibung begann er zunächst nicht. Daraufhin beantragte die Antragstellerin die Vollstreckung aus dem ersten Beschluss der Vergabekammer, worin diese den Kreis zur förmlichen Ausschreibung verpflichtet hatte. Die Vergabekammer gab diesem Antrag – unter Zwangsgeldandrohung – statt.

#### Entscheidung

Auf die Beschwerde des Kreises hob das OLG Düsseldorf den Vollstreckungsbeschluss der Vergabekammer auf. Dieser leide offenkundig an einem besonders schwerwiegenden Fehler und sei daher nichtig. Die Vergabekammer habe ihre Entscheidungskompetenz überschritten, als sie Maßnahmen angeordnet habe, die nicht auf die Vornahme oder das Unterlassen von Handlungen „in einem Vergabeverfahren“ gerichtet gewesen seien, sondern auf ein erst künftig einzuleitendes Verfahren. Der Beschluss der Vergabekammer sei daher auch nicht mit Zwangsmitteln vollstreckbar. Vielmehr habe ein Unternehmen, das sich durch die



Verzögerung einer Neuausschreibung und die stattdessen gewählte Interimsvergabe benachteiligt fühle, hiergegen den Zivilrechtsweg zu bestreiten oder aber jede einzelne Interimsvergabe (erneut) vor der Vergabekammer zu beanstanden.

### Fazit

Mit seiner Entscheidung stärkt das OLG Düsseldorf erneut das Leistungsbestimmungsrecht des Auftraggebers. Danach entscheidet allein der Auftraggeber, was er wann und wie beschaffen möchte. Dies ist auch und insbesondere prozessual zu beachten. Für Bieter bedeutet die Entscheidung des OLG jedoch eine erhebliche Rechtseinbuße gegenüber „renitenten“ Auftraggebern, welche Beschlüsse der Vergabekammern über bestehende Ausschreibungspflichten ignorieren. Ob übergangenen Bietern in solchen Situationen überhaupt noch im Einklang mit den Anforderungen des EU-Vergaberechts „effektiver vergaberechtlicher Rechtsschutz“ gewährt wird, wenn diesen eine Vollstreckung aus einer vorangegangenen Vergabekammerentscheidung verwehrt wird, darf zumindest bezweifelt werden.



## OLG Düsseldorf: Arbeitnehmerschützende Verpflichtungserklärungen als Eignungskriterium vergaberechtswidrig

Verpflichtungserklärungen zur Einhaltung der ILO-Kernarbeitsnormen nach dem Tariftreue- und Vergabegesetz NRW („TVgG NRW“) dürfen vom Auftraggeber nicht als Mindestvoraussetzung für die Eignung der Bieter vorgegeben werden. Das hat das OLG Düsseldorf mit Beschluss vom 29.01.2014 (Verg 28/13) entschieden.

### Sachverhalt

Zwei gesetzliche Krankenkassen schrieben gemeinsam einen Arzneimittelrabattvertrag für den Wirkstoff „Interferon-beta-1b“ aus. Da eine der Krankenkassen in Nordrhein-Westfalen und die andere in Brandenburg ansässig ist, wurde der Auftrag in zwei Gebietslose aufgeteilt. Für das Gebietslos 1, welches das Gebiet Nordrhein-Westfalen umfasste, sah die Bekanntmachung zur Darlegung der persönlichen Lage der Bieter jeweils die Abgabe einer Verpflichtungserklärung zur Berücksichtigung sozialer Kriterien (konkret: der ILO-Kernarbeitsnormen) nach den Vorgaben des TVgG NRW vor. Ein Bieter beanstandete das Abfordern einer derartigen Verpflichtungserklärung als vergabe- und verfassungsrechtswidrig und leitete ein Nachprüfungsverfahren ein.

### Entscheidung

Das OLG Düsseldorf gibt dem Bieter jedenfalls im Ergebnis Recht. Das Abfordern von Verpflichtungserklärungen nach § 18 Abs. 1 und 2 TVgG NRW zum Nachweis der persönlichen Lage des Bieters sei vergaberechtswidrig. Denn die Vorgabe, die ILO-Kernarbeitsnormen einzuhalten, stelle keine Eignungsanforderung, sondern eine zusätzliche Bedingung bzw. Anforderung an die Auftragsausführung im Sinne des § 97 Abs. 4 Satz 2 GWB dar. Die Verpflichtungserklärung könne somit nicht als Mindestanforderung an die Eignung verlangt werden, sondern lediglich als vertragliche Erklärung.

Eine Verfassungswidrigkeit des § 18 TVgG NRW vermag das OLG Düsseldorf demgegenüber aber nicht zu erkennen. Die Gesetzgebungskompetenz des Landes ergebe sich dabei aus Artikel 70 i. V. m. Artikel 72 Abs. 1 des Grundgesetzes („GG“).



### Fazit

Im Ergebnis lässt sich der Entscheidung des OLG Düsseldorf entnehmen: Öffentliche Auftraggeber in NRW dürfen Verpflichtungserklärungen zur Einhaltung der ILO-Kernarbeitsnormen im Vergabeverfahren fordern – allerdings nicht als Eignungsnachweis! Entsprechendes dürfte auch für Auftraggeber in anderen Bundesländern gelten, in denen vergleichbare Landesvergabegesetze wie in NRW existieren.



### BGH: Unklarheiten in der Leistungsbeschreibung rechtfertigen keine Aufhebung eines Vergabeverfahrens

Mit Beschluss vom 20.03.2014 (X ZB 18/13) hat der BGH weiter konkretisiert, unter welchen Voraussetzungen ein Vergabeverfahren rechtmäßig aufgehoben werden kann – mit erheblichen negativen Auswirkungen für Vergabestellen.

#### Die rechtlichen Grundsätze

Ein öffentlicher Auftraggeber ist nach ständiger Rechtsprechung niemals gezwungen, ein Vergabeverfahren durch Zuschlag zu beenden. Hebt er ein Vergabeverfahren auf, ohne dass ihm ein in den Vergabe- und Vertragsordnungen anerkannter Aufhebungsgrund zur Verfügung steht, können Bieter jedoch einen entsprechenden Vergaberechtsverstoß von den Vergabenachprüfungsinstanzen feststellen lassen und mit dieser Feststellung vor den Zivilgerichten Ansprüche auf Schadensersatz geltend machen. Diese Grundsätze lässt der BGH auch in seiner aktuellen Entscheidung unberührt. Er beschäftigt sich jedoch erstmals ausführlicher mit der Frage, wann dem Auftraggeber ein berechtigter „sonstiger schwerwiegender Grund“ im Sinne des § 17 EG Abs. 1 Nr. 3 VOB/A für eine Verfahrensaufhebung zur Verfügung steht.

#### Sachverhalt

Konkret hatte der BGH auf eine Vorlage des Oberlandesgerichts Karlsruhe über die Rechtmäßigkeit der Aufhebung eines Beschaffungsverfahrens für Straßenbau-, insbesondere Fahrbahnerneuerungsarbeiten im Bereich des Autobahnkreuzes Heidelberg der Bundesautobahn A 5 zu entscheiden. Bei dieser Ausschreibung war zunächst der Bestbieter wegen vorgeblicher Änderungen der Vergabeunterlagen vom Vergabeverfahren ausgeschlossen worden. Der Bieter wehrte sich bei der Vergabekammer gegen seinen Ausschluss mit dem Argument, er habe die Vergabeunterlagen nicht abgeändert; vielmehr sei die Leistungsbeschreibung des Auftraggebers mehrdeutig gewesen. Die Vergabekammer gab ihm insoweit Recht und ordnete daher an, das Angebot des Bieters bei der Wertung zu berücksichtigen. Dies kam für die Vergabestelle aber schon deshalb nicht in Frage, weil die von dem Bestbieter vorgeschlagene Art der Leistungsausführung nicht ihren eigentlichen Vorstellungen von der Leistungsdurchführung entsprach. Sie hob daher das Vergabeverfahren auf und verband dies mit der Ankündigung, zeitnah ein neues Verfahren einzuleiten. Hiergegen wandte sich



der bereits im ersten Vergabenachprüfungsverfahren erfolgreiche Bieter mit einem weiteren Nachprüfungsantrag und beantragte die Aufhebung der Aufhebung, hilfsweise die Feststellung, dass die Aufhebung rechtswidrig war.

### Entscheidung

Der BGH erkennt dem Bieter auf Vorlage durch das zweitinstanzlich zuständige OLG Karlsruhe zwar keinen Anspruch auf Aufhebung der Aufhebung zu. Wohl aber stellt er fest, dass die Aufhebung vorliegend rechtswidrig war und dem übergangenen Bieter daher Schadensersatzansprüche zustehen können. Denn letztlich resultiere der Aufhebungsgrund aus einem vergaberechtlichen Fehler der Vergabestelle, konkret: der Mehrdeutigkeit der Leistungsbeschreibung. Ein solcher Fehler sei aber nicht aner kennenswert als berechtigter Grund für eine schadensersatzlose Aufhebung des Vergabeverfahrens. Denn bei der Prüfung eines zur Aufhebung berechtigenden Grundes sei stets ein strenger Maßstab anzulegen. Berücksichtigungsfähig seien somit grundsätzlich nur Mängel, die die Durchführung des Verfahrens und die Vergabe des Auftrags selbst ausschließen, wie etwa das Fehlen der Bereitstellung öffentlicher Mittel durch den Haushaltsgesetzgeber. Im Einzelnen bedürfe es für die Feststellung eines schwerwiegenden Grundes einer Interessenabwägung, für die die Verhältnisse des jeweiligen Einzelfalls maßgeblich seien.

### Fazit

Vergabestellen können bei unklaren Leistungsbeschreibungen, die zu unterschiedlichen Lösungen und damit weit auseinanderliegenden Preisen der Bieter führen, in einen letztlich aussichtslosen Konflikt geraten: Schließen sie den Bestbieter aufgrund einer Änderung der Leistungsbeschreibung aus, wird dieser sich – wie hier geschehen – erfolgreich zur Wehr setzen. Beabsichtigen sie stattdessen, dem Bestbieter (trotz möglicher Qualitätsrückstände) den Zuschlag zu erteilen, werden sich die anderen Bieter zur Wehr setzen mit dem Argument, sie hätten die Leistungsbeschreibung anders verstanden als der derzeitige Bestbieter und letztlich nur deshalb ein ungünstigeres Angebot abgegeben. Da Unklarheiten in der Leistungsbeschreibung nicht zu Lasten der Bieter gehen dürfen, wäre auch solch ein Nachprüfungsantrag durchaus erfolgversprechend.



Bislang blieb daher in solchen Fällen als dritte – womöglich beste – Option noch der Ausweg über eine Verfahrensaufhebung und Neuausschreibung. Auch diese Möglichkeit hat der BGH den Vergabestellen nunmehr zumindest erheblich erschwert. Jedenfalls nämlich müssen sie dann zukünftig mit der Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen durch die von der Aufhebung betroffenen Bieter rechnen. Zwar lässt der BGH offen, ob der bisherige Bestbieter dabei nur sein negatives Interesse oder darüber hinaus auch den aufgrund der Verfahrensaufhebung entgangenen Gewinn einklagen kann. Letzteres erscheint aber jedenfalls nicht ausgeschlossen. Mehr als je zuvor gilt deshalb: Eine eindeutige und erschöpfende Leistungsbeschreibung ist das A und O einer erfolgreichen Ausschreibung!



## Vergaberecht aktuell

### Impressum

#### avocado rechtsanwälte

spichernstraße 75–77

50672 köln

t +49 [0]221.39071-0

f +49 [0]221.3907-129

koeln@avocado.de

www.avocado.de

www.brak.de

ust-id-nr. de 814 17 29 76

steuer nr. 13/225/62722

fa berlin-charlottenburg

avocado rechtsanwälte ist eine eingetragene dienstleistungsmarke der berger, figgen, gerhold, kaminski, voß rechtsanwälte part mbb.

die partnerschaft sowie deren partner sind im partnerschaftsregister des amtsgerichts berlin-charlottenburg unter pr 331 b eingetragen. salary partner, counsel, of counsel und associates sind nicht partner der partnerschaftsgesellschaft.

Verantwortlich für den Inhalt des Newsletters sind:

Markus Figgen   Dr. Rebecca Schäffer   Sarina Böll