

Anforderungen an das Informationsschreiben nach § 134 GWB bei Nutzung einer e-Vergabepattform

In ihrer Entscheidung vom 29. März 2019 (Z3-3-3194-1-07-03/19) hatte sich die Vergabekammer (VK) Südbayern mit der Frage zu befassen, welche Anforderungen an Bieterinformationsschreiben nach § 134 GWB zu stellen sind. Nach Auffassung der VK reicht es nicht aus, dass der öffentliche Auftraggeber die Information auf einer e-Vergabepattform bereitstellt, wenn die Bieter hierauf lediglich in einer automatisierten E-Mail hingewiesen werden, welche die gesetzlich geforderten Informationen nicht enthält.

Sachverhalt

Gemäß § 134 GWB müssen öffentliche Auftraggeber die Bieter, deren Angebote nicht berücksichtigt werden sollen, sowie Bewerber, denen noch keine Information über die Ablehnung ihrer Bewerbung zur Verfügung gestellt wurde, über den Namen des Unternehmens, dessen Angebot angenommen werden soll, über die Gründe der vorgesehenen Nichtberücksichtigung ihres Angebots und über den frühesten Zeitpunkt des Vertragschlusses unverzüglich in Textform informieren. Ein Vertrag darf frühestens 10 Kalendertage nach Absendung dieses Schreibens geschlossen werden, soweit der Versand auf elektronischem Weg oder per Fax erfolgt.

Vorliegend schrieb der öffentliche Auftraggeber einen Lieferauftrag europaweit aus. Bieter A gab ein Angebot ab, das jedoch nicht das wirtschaftlichste war. Am 22. Februar 2019 schaltete der Auftraggeber ein Schreiben nach § 134 GWB auf einer e-Vergabepattform frei, ohne dass die Bieter hiervon unmittelbar Kenntnis erlangten. Dieses Schreiben enthielt den Hinweis, dass eine Zuschlagser-

teilung an Bieter B am 5. März 2019 erfolgen sollte.

Erst am 1. März 2019 erhielt Bieter A über die e-Vergabepattform des öffentlichen Auftraggebers eine automatisierte E-Mail, wonach eine Nachricht für ihn zum Abruf bereitgestellt worden sei. Bieter A musste sich damit erst auf der Plattform einloggen, um das Informationsschreiben zur Kenntnis nehmen zu können.

Nachdem Bieter A die beabsichtigte Zuschlagserteilung am 4. März 2019 gerügt hatte, richtete er unmittelbar einen Nachprüfungsantrag an die VK, mit dem er die fehlende Eignung des Bestbieters B bemängelte.

Entscheidung der Vergabekammer

Nach Auffassung der VK Südbayern muss ein Informationsschreiben nach § 134 GWB direkt an den Empfänger übermittelt werden und die gesetzlich geforderten Informationen selbst enthalten. Das bloße Einstellen und Freischalten auf einer e-Vergabepattform sei nicht ausreichend, da dies nicht mit einer (unmittelbaren) Versendung an eine E-Mailadresse des Bieters gleichzusetzen sei. Vorliegend habe folglich überhaupt keine Information nach § 134 GWB vorgelegen, weshalb der Auftraggeber vergaberechtswidrig gehandelt habe.

Handlungsempfehlung

Wird ein Bieter bzw. Bewerber über eine geplante Zuschlagserteilung mangels Informationsmitteilung überhaupt nicht in Kenntnis gesetzt, kann dieser ein Nachprüfungsverfahren auch ohne Zugang der Information in die Wege leiten.

Die Entscheidung der VK Südbayern wird aktuell durch das Oberlandesgericht (OLG) München als Beschwerdeinstanz überprüft und ist daher noch nicht rechtskräftig. Sie zeigt jedoch beispielhaft auf, wie schwierig ein rechtskonformer Umgang mit den Regelungen zur e-Vergabe für öffentliche Auftraggeber sein kann. Hier lauern Fallstricke, die ein Ausschreibungsverfahren verlängern oder gänzlich aus der Spur bringen können. Solange noch keine einheitliche Linie in der Entscheidungspraxis der Nachprüfungsinstanzen erkennbar ist, sollten öffentliche Auftraggeber die Informationsschreiben – gerade auch bei Durchführung von e-Vergaben – wie bisher direkt per E-Mail an nicht berücksichtigte Bieter bzw. Bewerber verschicken, um unnötige zeitliche Verzögerungen zu vermeiden.

Daneben besteht für Auftraggeber auch ein Kostenrisiko. Vorliegend zog der betreffende Bieter seinen Antrag zwar zurück. Die Verfahrenskosten wurden dennoch zur Hälfte dem öffentlichen Auftraggeber auferlegt. Der Auftraggeber habe – so die VK Südbayern – unter Verstoß gegen die 10-tägige Wartefrist, die noch gar nicht zu laufen begonnen hätte, den Zuschlag auf den 5. März 2019 angekündigt. Durch die nicht erfolgte Information und die späte Kenntnis des Bieters von der Zuschlagserteilung sei dieser quasi zu einem Nachprüfungsantrag gedrängt worden, ohne eine Rügeerwiderung durch den Auftraggeber abzuwarten. Den Auftraggeber treffe hierbei ein schwerwiegendes Verschulden, was sich in der hälftigen Kostentragung niederschlägt.

Neue VOB/A im Bundesanzeiger veröffentlicht

Die seit langem geplante Änderung der Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen Teil A (VOB/A) ist mittlerweile abgeschlossen. Am 19. Februar 2019 wurde die VOB/A 2019 im Bundesanzeiger veröffentlicht.

Umfangreiche Neuordnung des Unterschwellenbereichs...

Wie bereits erwartet, enthält die VOB/A 2019 umfassende Neuregelungen für den sog. „Unterschwellenbereich“ (Baufträge bis zu einem Nettoauftragswert von derzeit 5.548.000 €). Diese haben wir Ihnen in unserem [SRS-Update vom 19. Dezember 2018](#) bereits vorgestellt.

Anders als bislang erwartet setzt Hessen die im 1. Abschnitt der VOB/A 2019 vorgesehene Gleichstellung von Öffentlicher und Beschränkter Ausschreibung mit Teilnahmewettbewerb jedoch (noch) nicht um, da die hierfür erforderliche Änderung von § 55 Abs. 1 Landeshaushaltsordnung (LHO) noch nicht erfolgt ist. Wie bisher ist damit die Beschränkte Ausschreibung mit Teilnahmewettbewerb vorerst nur bei Vorliegen bestimmter Voraussetzungen (s. § 15 Abs. 1 i.V.m. § 10 Abs. 5 HVTG sowie § 3a Abs. 3 VOB/A alte Fassung) zulässig.

...und punktuelle Anpassung des Oberschwellenbereichs

Der 2. Abschnitt zum EU-Vergaberecht („Oberschwellenbereich“) sowie der 3. Abschnitt für die Bereiche Verteidigung und Sicherheit wurden vor allem in redaktioneller Hinsicht überarbeitet. Daneben werden für die Abschnitte 2 und 3 aber auch einige inhaltliche Anpassungen des Unterschwellenbereichs übernommen.

So kann der öffentliche Auftraggeber in der Auftragsbekanntmachung oder in der Aufforderung zur Interessensbestätigung angeben, dass er die **Abgabe mehrerer Hauptangebote** nicht zulässt (§ 8 EU/VS Abs. 2 Nr. 4 VOB/A).

Weiterhin trifft den öffentlichen Auftraggeber auch zukünftig die Pflicht zur **Nachforderung von Unterlagen**, es sei denn, er hat in der Auftragsbekanntmachung oder den Vergabeunterlagen festgelegt, dass er keine Unterlagen oder Preisangaben nachfordern wird (§ 16a EU/VS Abs. 3 VOB/A).

Gestaffelte Anwendungspflicht der Bauvergaberegeln

Auf **Bundesebene** ist der **1. Abschnitt** der VOB/A (Unterschwellenvergabe-recht) seit dem 1. März 2019 anzuwenden.

Für die **Länderebene** ist Folgendes zu beachten: in denjenigen Ländern, die in ihrem Landesvergaberecht über eine sogenannte „dynamische Verweisung“ verfügen, die auf die Pflicht zur Anwendung der VOB/A in der jeweils geltenden Fassung verweist (so z.B. in Rheinland-Pfalz gemäß Nummer 2.2 der Verwaltungsvorschrift Öffentliches Auftrags- und Beschaffungswesen), tritt der 1. Abschnitt der VOB/A für die öffentlichen Auftraggeber unmittelbar mit Veröffentlichung der VOB/A 2019 im Bundesanzeiger in Kraft. In Ländern, die in ihrem Landesvergaberecht lediglich über eine „statische Verweisung“ verfügen (wie etwa in Hessen gemäß Ziffer 1.1 des Gemeinsamen Runderlasses zum öffentlichen Auftragswesen (Vergabeerlass)), bedarf es einer separaten Anpassung der jeweiligen landesrecht-

lichen Regelung, um die Neufassung der VOB/A in Kraft zu setzen. In Hessen ist der geänderte Vergabeerlass (mit Abweichungen zur VOB/A) bereits am 9. April 2019 in Kraft getreten.

Für die Anwendbarkeit der **Abschnitte 2 (Oberschwellenvergabe-recht) und 3 (Vergaben im Bereich Verteidigung und Sicherheit)** der VOB/A auf **Bundes- und Länderebene** ist zudem eine Änderung der Vergabeverordnung (VgV) bzw. der Vergabeverordnung Verteidigung und Sicherheit (VSVgV) durch die Bundesregierung erforderlich, die mittlerweile erfolgt ist. Die angepassten Verordnungen wurden nach Zustimmung des Bundesrates am 17. Juli 2019 im Bundesgesetzblatt veröffentlicht und sind noch am gleichen Tag (auch für den Kommunalbereich) in Kraft getreten.

Zusammenfassung und Ausblick

Das Bauvergaberecht nähert sich der Verfahrensordnung für die Vergabe öffentlicher Liefer- und Dienstleistungsaufträge unterhalb der EU-Schwellenwerte (Unterschwellenvergabeordnung – UVgO) an. Dies gilt in Hessen bislang nur mit Einschränkungen, während in anderen Bundesländern eine Umsetzung im Unterschwellenbereich teilweise noch erforderlich ist. Im Oberschwellenbereich ist die VOB/A nach den jüngsten Änderungen der Vergabeverordnungen ohne Einschränkung anwendbar.

Die Neufassung der VOB/A ist auf der Internetseite des [Bundesanzeigers](#) verfügbar, die Änderungen des hessischen Vergabeerlasses hat die [Auftragsberatungsstelle Hessen e.V.](#) bereitgestellt.

Umsetzungsstand UVgO

Die Unterschwellenvergabeordnung (UVgO) wurde bislang in allen Bundesländern umgesetzt mit Ausnahme von Berlin, Hessen, Niedersachsen, Rheinland-Pfalz, Sachsen, Sachsen-Anhalt und Thüringen, in denen die erforderlichen Umsetzungsmaßnahmen derzeit noch vorbereitet werden. Eine Umsetzung der UVgO durch das Land Hessen ist nach Auskunft des Hessischen Ministeriums für Wirtschaft, Energie, Verkehr und Wohnen voraussichtlich für 2020 vorgesehen.

Mindest- und Höchstsätze der HOAI sind europarechtswidrig

Der Europäische Gerichtshof (EuGH) hat die für Architekten und Ingenieure verbindlich geltenden Honorarbestimmungen mit Urteil vom 4. Juli 2019 (Rs. C-377/17) gekippt. Die in der Honorarordnung für Architekten und Ingenieure (HOAI) geregelten Mindest- und Höchstpreise sind mit EU-Recht unvereinbar.

Sachverhalt

Die HOAI legt Honorarzonen für Planungsleistungen im Bauwesen fest. Verträge über Architekten- und Ingenieurleistungen mussten bislang anhand bestimmter Mindest- und Höchstsätze abgerechnet werden. Hierdurch sollte u.a. eine hohe Qualität der Planungsleistungen sichergestellt und letztlich die Bausicherheit gewährleistet werden. Gleichzeitig sollten im Interesse des Verbraucherschutzes überhöhte Honorare unterbunden werden. Die EU-Kommission überzeugten diese Argumente nicht, weswegen sie ein Vertragsverletzungsverfahren gegen die Bundesrepublik Deutschland einleitete.

Entscheidung des EuGH

Die Luxemburger Richter erkannten in den Mindest- und Höchstsätzen der HOAI einen Verstoß gegen die Vorgaben der EU-Dienstleistungsrichtlinie 2006/123/EG, welche die freie grenzüberschreitende Erbrin-

gung von Dienstleistungen schützt.

Letztlich hinderten die HOAI-Vergütungsregelungen – wie die EU-Kommission vorgetragen hatte – neue Anbieter aus anderen EU-Mitgliedsstaaten am Zugang zum deutschen Markt. Die mit den Honorarbestimmungen verfolgten Ziele (Qualitätssicherung und Verbraucherschutz) wurden durch den EuGH zwar nicht grundsätzlich beanstandet, jedoch sei die Umsetzung der Ziele nicht in kohärenter und systematischer Weise erfolgt und folglich widersprüchlich.

Die Bundesrepublik Deutschland ist nunmehr verpflichtet, diesen Rechtsverstoß durch Anpassung der HOAI zu beseitigen, indem sie entweder die Vergütungsregelungen aufhebt oder zumindest so anpasst, dass sie den Anforderungen des EU-Rechts entsprechen.

Handlungsempfehlung

Auswirkungen hat die Entscheidung des EuGH zwar nicht auf bereits laufende Verträge. Auf Grundlage der HOAI vereinbarte Honorare behalten damit ihre Gültigkeit.

Nach dem Grundsatz der Vertragsautonomie ist es für zukünftige Verträge auch weiterhin möglich, das Honorarmodell der HOAI aus-

drücklich zu vereinbaren. Rechtlich verbindlich vorgegeben ist diese Festlegung jedoch nicht mehr. Öffentliche Auftraggeber sollten bei der Durchführung EU-weiter Ausschreibungen von Planungsaufträgen jedoch beachten, dass Angebote nicht mehr automatisch ausgeschlossen werden können, wenn Angebotspreise unterhalb der bisherigen Mindestsätze liegen.

Der EuGH hat im Übrigen nur die Vergütungsregelungen für Leistungen von Architekten und Ingenieuren für rechtswidrig erklärt. Die weiteren Regelungen – u.a. die Beschreibung des Planungsprozesses nach Leistungsbildern – können damit weiterhin ihre Gültigkeit behalten.

Haben Sie weitere Fragen? Kontaktieren Sie gerne unsere Ansprechpartner:



**Dr. Alexander Glock,
LL.M. (Madison)**

Rechtsanwalt, Partner
Praxisgruppenleiter Öffentliches Wettbewerbsrecht
alexander.glock@
srs-schuellermann.de
(06103) 605-617



Stefan Weiß

Rechtsanwalt
stefan.weiss@
srs-schuellermann.de
(06103) 605-622