

Auftraggebende müssen alle betroffenen Bieter über eine beabsichtigte Zuschlagserteilung informieren, auch solche, deren Angebote erloschen sind

# Trotz Ablauf der Bindefrist ist eine Mitteilung nötig

Gegenstand des Verfahrens bei der Vergabekammer Bund Beschluss vom 25. März 2020 (VK 1-12/20) war eine europaweite Ausschreibung der Beschaffung von Laboreinrichtungen. Nach dem Hinweis eines Bieters auf die fehlende Realisierbarkeit der ausgeschriebenen Ausführungsstermine passte die Auftraggeberin diese sowie die Angebotsfrist an und verlängerte die Bindefrist bis Mai 2019. Sowohl die Antragstellerin (A) als auch eine weitere Bieterin (B) gaben Angebote ab. Das Angebot der B enthielt jedoch zwei Abweichungen vom Leistungsverzeichnis. Im Juni 2019 bat die Auftraggeberin beide Bieter nochmals um eine Verlängerung der Bindefrist. Dem stimmte A unter der Bedingung einer einvernehmlichen Abstimmung neuer Termine im Zuschlagsfall zu, da die ursprünglichen Ausführungsstermine nicht mehr zu halten seien.

## Gestrichene Fristen

In der Folgezeit schloss die Auftraggeberin die B wegen der Abweichungen in ihrem Angebot aus und ließ A ein Zuschlagsschreiben mit unveränderten Ausführungsfristen zukommen. A zeichnete das Schreiben gegen, strich jedoch die Fristen durch und sendete das Auftragsschreiben unter Hinweis auf ihre damalige Bedingung für die Bindefristverlängerung an die Auftraggeberin zurück. Diese äußerte daraufhin die Auffassung, dass kein wirksamer Auftrag zustande gekommen sei. A bekundete weiterhin Interesse am Auftrag und erhielt auf Nachfrage von der Auftraggeberin im September 2019 die Auskunft, dass noch nicht über die Auftragsvergabe entschieden worden sei. Zur gleichen Zeit reichte B ein neues – erneut vom Inhalt der Ausschreibung abweichendes – Angebot ein und erhielt hierauf im Januar 2020 den Zuschlag. Eine vorherige Mitteilung an die unterlegenen Bieter über die beabsich-



Über eine europaweite Ausschreibung der Beschaffung von Laboreinrichtungen gab es Streit.

FOTO: DPA/ARNO BURGI

tigte Zuschlagserteilung fand nicht statt, ebenso unterblieb eine Bekanntmachung des vergebenen Auftrags im Amtsblatt der EU. A wandte sich daraufhin nach Rüge an die Vergabekammer und beantragte die Feststellung der Unwirksamkeit der Auftragserteilung an B nach § 135 Abs. 1 GWB.

Die Entscheidung: Der Antrag auf Feststellung der Unwirksamkeit ist zulässig und begründet. Die Antragsbefugnis der A nach § 160 Abs. 2 GWB folgt aus ihrem nach wie vor bestehenden Auftragsinteresse. Das mit Angebotsabgabe kundgetane Interesse am ausgeschriebenen Auftrag entfällt nicht per se mit dem Ablauf der Bindefrist. Zwar ist ein Bieter in

diesem Fall gemäß §§ 146, 148 BGB nicht mehr an sein Angebot gebunden, jedoch kann ein dennoch erteilter Zuschlag immer noch zum Vertragsschluss führen. Die Zuschlagserteilung durch den Auftraggeber stellt dann nach § 150 BGB ein neues Angebot zum Vertragsschluss dar, welches der Bieter seinerseits annehmen oder ablehnen kann. Auch die von A in ihrem Antwortschreiben aufgestellte Bedingung, einem Auftrag nur bei Vereinbarung neuer Ausführungsfristen zuzustimmen, rechtfertigt keine abweichende Beurteilung.

Hierin liegt lediglich ein Hinweis auf die nach § 6 Abs. 2 Nr. 1 a) VOB/B zulässige Möglich-

keit, die vertraglichen Ausführungsfristen nach Vertragsschluss anzupassen. Solange ein Bieter nicht ausdrücklich und eindeutig etwas anderes sagt, ist bei der Auslegung seiner Willenserklärungen grundsätzlich davon auszugehen, dass er ein Interesse am vergaberechtskonformen Zustandekommen des Vertrags und gerade nicht an einem Ausschluss seines Angebots oder anderen verfahrensbeendenden Maßnahmen hat. Damit konnte die Auftraggeberin vorliegend gerade nicht von einer Abstandnahme des Bieters von seinem Angebot und einem Wegfall des Interesses an einer Auftragserteilung ausgehen. Der Feststellungsantrag ist

auch begründet. Die Unwirksamkeit des erteilten Auftrags folgt aus § 135 Abs. 1 Nr. 1 GWB, weil die Auftraggeberin die unterlegenen Bieter – so auch die A – nicht vorab über den beabsichtigten Vertragsschluss mit der B gemäß § 134 GWB informiert hatte, obwohl sie dazu verpflichtet war. Aus der EU-richtlinienkonformen Auslegung von § 134 Abs. 1 GWB (vgl. Art. 2a Abs. 2 RL 2007/66/EU) ergibt sich, dass alle „betroffenen“ Bieter über eine beabsichtigte Zuschlagserteilung zu informieren sind. Da das Interesse der A am Vertragsschluss weiterhin bestand und A auch nicht formell aus dem Verfahren ausgeschlossen worden

ist, war A weiterhin als „Betroffener“ im Sinne von § 134 Abs. 1 GWB anzusehen. Im Übrigen war der Auftrag unabhängig davon auch nach § 135 Abs. 1 Nr. 2 GWB unwirksam, da die Auftragsvergabe ohne vorherige Veröffentlichung einer Bekanntmachung im EU-Amtsblatt erfolgt war, ohne dass eine Ausnahme von der Bekanntmachungspflicht vorlag.

## Unmissverständlich

Praxisinweise: Allgemein bekundet ein Bieter Interesse an dem zu vergebenden Auftrag, wenn er ein Angebot abgibt. Trotz zwischenzeitlichem Ablauf der Bindefrist muss der Auftraggeber in der Regel ein fortdauerndes Interesse des Bieters an einem Vertragsschluss unterstellen, es sei denn, der Bieter hat dieses ausnahmsweise unmissverständlich aufgegeben. Etwaige Erklärungen des Bieters sind dabei nach dem objektiven Empfängerhorizont auszulegen (vgl. BGH, Urt. v. 11. Mai 2009 - VII ZR 11/08). Bei der Auslegung ist vom Grundsatz her zu unterstellen, dass ein Bieter mit seinen Erklärungen und Handlungen ein vergaberechtskonformes Zustandekommen eines Vertrags bezweckt. Nur im Ausnahmefall darf das Gegenteil angenommen werden, wenn eine dahingehende Absicht des Bieters eindeutig und klar erkennbar ist. Liegt nach der so vorzunehmenden Auslegung weiterhin ein Interesse des Bieters am Auftrag vor, muss der Auftraggeber den Bieter zwingend über den beabsichtigten anderweitigen Zuschlag vorab nach § 134 GWB informieren. Geschieht dies nicht, hat dies die Unwirksamkeit des Vertrags mit dem Wettbewerber zur Folge, was auch erfolgreich gerichtlich durchgesetzt werden kann. > PATRICK BÖCK

Der Autor ist Rechtsanwalt bei der Leinemann Partner Rechtsanwälte mbB in München.

EU will Professionalisierung im öffentlichen Auftragswesen voranbringen

## Neuer Kompetenzrahmen

Am 16. Dezember 2020 hat die Kommission einen neuen, von ihr entwickelten „EU-Kompetenzrahmen“ für Vergabepraktiker vorgestellt. Der neue Kompetenzrahmen wurde unter dem Titel „ProcurCompEU – the European Competency Framework for Public Procurement Professionals“ geschaffen. Er wird auch als „ProcurCompEU Package“ bezeichnet. Er soll als ein neues „Tool“ zur Unterstützung der Professionalisierung im öffentlichen Auftragswesen beitragen, die die Kommission mit Blick auf die nötige Steigerung der Effizienz der Vergabe bereits seit Längerem als besonders wichtig identifiziert hat und verstärkt vorantreiben will. Das ProcurCompEU-Paket ist auf der Website der Europäischen Kommission abrufbar und kann kostenlos heruntergeladen werden. Es liegt in allen Amtssprachen der EU vor.

ProcurCompEU soll Vergabestellen und interessierten Einzelpersonen in den Mitgliedstaaten dabei helfen, ihre Kompetenzen und Kenntnisse im Bereich des öffentlichen Auftragswesens zu verbessern, noch vorhandene Defizite identifizieren und gezielte Lernangebote und geeignete Werkzeuge zur weiteren Entwicklung anbieten.

Die Nutzung des neuen Tools ist freiwillig und an individuelle Bedürfnisse anpassbar. Das neue Instrument wurde von der Kommission im Sinne eines „allgemeinen Bezugspunkts“ („common reference point“) für Vergabepraktiker in der EU und auch darüber hinaus geschaffen. Das Instrument ist auf eine „multidisziplinäre und strate-

gische Dimension“ ausgerichtet. Es soll ferner sowohl die Rekrutierung als auch Ausbildung und Karriereentwicklung im Vergabebereich unterstützen beziehungsweise zu einem erfolgreichen Personalmanagement von Organisationen im Bereich des öffentlichen Auftragswesens beitragen.

ProcurCompEU soll in unterschiedlicher Weise und mit verschiedenen Zielsetzungen nutzbar sein: Einzelpersonen können ProcurCompEU zur Ermittlung ausbaufähiger Kompetenzen sowie zur Konzipierung eines persönlichen Entwicklungswegs und der beruflichen Laufbahn nutzen. Organisationen können ProcurCompEU nutzen, um die Fähigkeit ihrer Beschaffungsabteilung zur Erfüllung der politischen und wirtschaftlichen Prioritäten der Organisation zu bewerten und zu verbessern. Schließlich können Schulungsanbieter ProcurCompEU zur Entwicklung von Schulungs- und Studienprogrammen nutzen.

Entsprechend den verschiedenen Nutzungsmöglichkeiten besteht ProcurCompEU aus mehreren einzelnen Tools, die sich beliebig anpassen lassen. Der neue „Kompetenzrahmen“ umfasst folgende einzelne Tools:

– Eine „Kompetenzmatrix“ bietet Einzelpersonen und Organisationen die notwendige Struktur zur Bestimmung der Kenntnisse und Fähigkeiten, welche für die Ausführung verschiedener Aufgaben des öffentlichen Beschaffungswesens benötigt werden.  
– Ein „Selbstbewertungsinstrument“ unterstützt Einzelpersonen

bei der Einschätzung ihrer individuellen Kompetenzen und hilft Organisationen bei der Beurteilung des allgemeinen Leistungsniveaus und des Reifegrads ihrer Beschaffungsfunktionen.

– Ein „Schulungsplan“ (Generic Training Curriculum) unterstützt Einzelpersonen und Organisationen bei der Ermittlung relevanter Schulungen zum Ausbau bestehender oder zum Erwerb neuer Kompetenzen.

Ferner umfasst das ProcurCompEU-Paket auch eine Studie über die Professionalisierung im öffentlichen Auftragswesen in der EU nebst einzelner Fallstudien zu einzelnen Ländern. Die Studie berücksichtigt ein kompetenzbasiertes Personalmanagement in den EU-Mitgliedstaaten sowie in ausgewählten Drittstaaten.

Hintergrund: Die Feststellung, dass noch bestehende Defizite im Bereich des öffentlichen Auftragswesens insbesondere durch eine verstärkte Professionalisierung im Bereich des öffentlichen Auftragswesens überwunden werden müssen, hatte die Kommission bereits in ihrer Mitteilung „Eine funktionierende öffentliche Auftragsvergabe in und für Europa“ vom 03.10.2017 festgehalten. In dieser Mitteilung hat sich die Kommission verpflichtet, die Mitgliedstaaten bei der Entwicklung und Umsetzung von Strategien zur Professionalisierung zu unterstützen. Dabei hat sie bereits die Schaffung eines „European Competence Framework“ und daneben auch die Einrichtung eines „E-Competence Centre“ angekündigt.

> FV

### Durchführung von Vergabeverfahren für Architekten-, Ingenieur- und Projektsteuerleistungen

- rechtssicher
- kompetent
- schnell
- kostengünstig



Rechtsanwälte Prof. Dr. Rauch & Partner mbB  
Hoppestraße 7, 93049 Regensburg  
www.prof-rauch-baurecht.de

## Ausschreibungen in Bayern

### Das eVergabe-Portal

DER eSERVICE FÜR AUSSCHREIBER UND BEWERBER

BayVeBe  
Anbindung

#### Für Ausschreiber

- Editier- und speicherbare Formulare
- Schnittstellen zu allen relevanten Plattformen und der Bayerischen Staatszeitung
- Zertifiziert und vergaberechtskonform
- Komplette Vergabe-Abwicklung online
- für öffentlich, freihändig oder beschränkt

#### Für Bewerber

- Gezielte Suche nach Aufträgen
- Öffentliche und private Ausschreibungen
- Größtes Angebot in Bayern
- Download von Vergabeunterlagen
- Upload Ihrer Angebotsabgabe
- GAEB online



Staatsanzeiger  
eServices

EIN UNTERNEHMEN DER BAYERISCHEN STAATZEITUNG

www.staatsanzeiger-eservices.de

Staatsanzeiger ONLINE LOGISTIK GmbH, Arnulfstraße 122, 80636 München  
Telefon: (+49) 89/290142-30, E-Mail: vertrieb@staatsanzeiger-eservices.de