

---

Luther News, Oktober 2009

---

# Vergaberecht

---

<b>Stand der Vergaberechtsreform 2009: SektVO in Kraft getreten</b>	Seite 2
<b>EuGH zur Zulässigkeit der Inhouse-Vergabe an eine von mehreren Kommunen kontrollierte Aktiengesellschaft</b>	Seite 3
<b>EuGH stärkt interkommunale Zusammenarbeit – Vergabefreiheit mit Einschränkungen</b>	Seite 4
<b>Bekanntgabepflicht auch für Unterkriterien und eine Wertungsmatrix</b>	Seite 6



# Stand der Vergaberechtsreform 2009: SektVO in Kraft getreten

Die Novelle des im vierten Teils des **Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB)** geregelten Kartellvergabe-rechts ist am 24. April 2009 in Kraft getreten (BGBl. I, S. 790). Seitdem richten sich eingeleitete Vergabeverfahren somit nach den neuen gesetzlichen Vorgaben (über die wesentlichen Änderungen im GWB haben wir in der letzten Ausgabe unseres Newsletters bereits ausführlich berichtet).

Wichtiger Bestandteil der Vergaberechtsreform ist zudem die **Sektorenverordnung (SektVO)**, mit der die für die Vergabe von Aufträgen im Bereich des Verkehrs, der Trinkwasserversorgung und der Energieversorgung anzuwendenden Regeln neugeordnet werden. Die SektVO ist im Bundesgesetzblatt vom 28. September 2009 (Teil I, Nr. 62, S. 3110) verkündet worden und **am 29. September 2009** in Kraft getreten. Sie gilt gemäß § 34 SektVO für Verfahren, die nach diesem Datum begonnen haben. Zugleich werden die § 2 Nr. 1 und § 7 und 12 der Vergabeverordnung (VgV) aufgehoben. Die VgV gilt damit nicht mehr für Auftragsvergaben in den Sektoren.

Anliegen des Ordnungsgebers war vor allem eine 1:1- Umsetzung der Bestimmungen der Sektorenrichtlinie 2004/17/EG und eine Verschlinkung der komplexen Regeln für die Vergabe öffentlicher Aufträge in den Sektoren. Mit der SektVO fallen die Abschnitte 3 und 4 der VOB/A und VOL/A weg. Es werden somit Vorschriften für den Bau-, Liefer- und Dienstleistungsbereich in einem einzigen Regelwerk vereinigt.

Die SektVO gilt für alle Sektorenauftraggeber und oberhalb eines geschätzten Auftragswerts von 412.000 EUR für Dienstleistungs- und Lieferaufträge und von 5,15 Mio. EUR für Bauaufträge. Sie gilt für Dienstleistungsaufträge aller Art und damit auch für freiberufliche Dienstleistungen im Sektorenbereich (§ 1 Abs. 1 SektVO). Die bisherige Regelungslücke wird damit geschlossen. Bau- und Dienstleistungskonzessionen werden von der SektVO nicht erfasst. Alle Sektorenauftraggeber können die Verfahrensart frei wählen; die freie Wahl zwischen offenem Verfahren, nichtoffenem Verfahren und Verhandlungsverfahren mit vorherigem Teilnahmewettbewerb ist danach nicht mehr nur privaten Sektorenauftraggebern nach § 98 Nr. 4 GWB vorbehalten. Einen Katalog für mögliche Eignungsnachweise enthält die SektVO nicht. Die Auswahl der Eignungs- und Auswahlkriterien muss allerdings objektiv und diskriminierungsfrei erfolgen (§ 20 Abs. 1 SektVO). Fehlende Erklärungen und Nachweise können bis zum Ablauf einer vom Auftraggeber zu

bestimmenden Nachfrist nachgefordert werden (§ 19 Abs. 3 SektVO). § 8 Abs. 3 SektVO trifft eine Regelung zur bisher umstrittenen Problematik der Nachunterbenennung. Danach kann der Auftraggeber vorgeben, dass der Unternehmer den Teil des Auftrags benennt, den er durch Unteraufträge an Dritte zu vergeben beabsichtigt, und dass er den Namen des Unterauftragnehmers „vor Zuschlagserteilung“ angibt. Die Verordnungsbegründung bezieht sich dabei ausdrücklich auf das BGH-Urteil vom 10.06.2008 sowie auf einen Beschluss des OLG München vom 22.01.2009.

Der Ordnungsgeber hat bewusst auf die Übernahme einiger aus der VgV sowie der VOL/A bzw. VOB/A bekannter Regelungen verzichtet, wie z. B. auf Regelungen zur Projektantenproblematik (vgl. § 4 Abs. 5 VgV), zum Verbot der Mitwirkung voreingenommener Personen (vgl. § 16 VgV) oder zum Verbot der Aufbüdung ungewöhnlicher Wagnisse (§ 8 Nr. 1 Abs. 3 VOL/A, § 9 Nr. 2 VOB/A). Damit sollen die Sektorenauftraggeber Spielräume für die individuelle Organisation des Vergabewettbewerbs erhalten. Es ist daher davor zu warnen, vermeintliche Regelungslücken der SektVO generell durch die vertrauten Regelungen aus der VgV sowie der VOL/A bzw. VOB/A auszufüllen. Die Voraussetzungen einer analogen Anwendbarkeit sind für jede Regelung zu prüfen. Dabei ist zu beachten, dass die Sektorenauftraggeber weiterhin an die in § 97 GWB normierten Vergabegrundsätze gebunden sind.

Im Rahmen der Vergaberechtsreform sollen schließlich die Verdingungsordnungen, die künftig **Vergabe- und Vertragsordnungen** heißen werden, umfassend überarbeitet werden. Die Arbeiten sind weitgehend abgeschlossen. Die Neufassungen von VOB/A, VOL/A und VOF werden voraussichtlich aber erst im Frühjahr 2010 in Kraft treten, weil die dafür nötige statische Verweisung über die Vergabeverordnung vor der Bundestagswahl nicht mehr zustande gekommen ist.

---

**Ulf-Dieter Pape, Partner**

**Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH, Hannover**

**[ulf-dieter.pape@luther-lawfirm.com](mailto:ulf-dieter.pape@luther-lawfirm.com)**

**Telefon +49 (511) 5458 17627**

---

# EuGH zur Zulässigkeit der Inhouse-Vergabe an eine von mehreren Kommunen kontrollierte Aktiengesellschaft

Der EuGH hat mit Urteil vom **10. September 2009** in der Sache „Setco“ (C-573/07) die Inhouse-Vergabe an eine italienische Aktiengesellschaft (SpA) für grundsätzlich zulässig erachtet. Der Bundesgerichtshof hatte dagegen zuvor mit Urteil vom 3. Juli 2008 (I ZR 145/05) entschieden, dass eine Inhouse-Vergabe eine in der Rechtsform der AG organisierte Eigengesellschaft (z. B. eine Stadtwerke AG) ohne Vorliegen eines Beherrschungsvertrags unzulässig ist. Wegen der eigenverantwortlichen Leitung durch den Vorstand sei bei einer AG das Kontrollkriterium nicht erfüllt. Auch im deutschen vergaberechtlichen Schrifttum wird eine Inhouse-Vergabe an eine Eigengesellschaft in der Rechtsform der AG – ohne Vorliegen eines Beherrschungsvertrags – gemeinhin für unzulässig oder zumindest für problematisch gehalten. Dies wirft die Frage auf, ob aufgrund des aktuellen EuGH-Urteil die Inhouse-Fähigkeit einer deutschen Aktiengesellschaft anders als vom BGH entschieden zu bewerten ist.

Der EuGH hat bislang noch keine Entscheidung zur Inhouse-Fähigkeit einer deutschen Aktiengesellschaft getroffen. Der EuGH hat auch mit dem Urteil vom 10. September 2009 keinen generellen Freifahrtsschein für die Zulässigkeit einer Inhouse-Vergabe an eine als Aktiengesellschaft organisierte Eigengesellschaft erteilt. Der EuGH hat seine Entscheidung ausdrücklich nur auf „eine Situation wie der des Ausgangsverfahrens“ bezogen, die sich nach dem italienischen Recht richtete. Diese Situation war dadurch geprägt, dass die Aktionärskörperschaften in der Satzung der Eigengesellschaft gezielt mit dem einheitlichen Ausschuss und dem technischen Ausschuss zwei satzungsgemäße Organe neben der Hauptversammlung installiert hatten, um das Kontrollkriterium zu erfüllen. Der EuGH hat in seiner Entscheidung ganz konkret die Einflussnahmemöglichkeiten untersucht, die die Aktionärskörperschaften über die genannten Ausschüsse auf die Eigengesellschaft haben.

Fraglich ist, ob auch bei einer deutschen Aktiengesellschaft entsprechende Kontrollausschüsse in gesellschaftsrechtlich konformer Weise geschaffen werden könnten. Die Möglichkeiten zur Schaffung von Zustimmungserfordernissen zugunsten der Hauptversammlung gegenüber dem Vorstand nach deut-

schem Aktienrecht unterscheiden sich grundlegend von der traditionellen Struktur einer italienischen Aktiengesellschaft. Im System der italienischen S. p. A. kann die Satzung bestimmten aktionärsbeeinflussten Aufsichtsorganen Einwirkungskompetenzen bzgl. spezifischer Geschäftsführungsmaßnahmen zuerkennen. Dies ist nach deutschem Recht nur sehr eingeschränkt möglich. Zwar kann, soweit gemäß § 111 Abs. 2 AktG bestimmte Arten von Geschäften der Zustimmung des Aufsichtsrats bedürfen, dieser das Tätigwerden des Vorstands im Sinne eines Vetorechts verhindern. Ein Entscheidungs- oder gar Weisungsrecht, mit dem das Kontrollorgan bestimmte Geschäftsführungsmaßnahmen positiv durchsetzen könnte, steht diesem jedoch gerade nicht zu. Gleichfalls darf die Satzung einer deutschen Aktiengesellschaft keine konkreten Direktiven an die Geschäftsführung enthalten. Schließlich ist der Vorstand auch an Beschlüsse der Hauptversammlung über Fragen der Geschäftsführung nach § 119 Abs. 2 AktG nur dann gebunden, wenn die Hauptversammlung auf Verlangen des Vorstands hin entschieden hat. Der Vorstand einer deutschen AG hat sein Verhalten an dem Unternehmensinteresse auszurichten und nicht an den Interessen der Anteilseigner. Dies gilt im Übrigen auch für den Aufsichtsrat. Der in § 111 Abs. 5 AktG verortete Grundsatz der höchstpersönlichen Amtsausübung impliziert auch das Gebot, das Mandat weisungsfrei wahrzunehmen. Vertreter der Aktionärskörperschaften im Aufsichtsrat einer deutschen AG sind vor diesem Hintergrund nicht an etwaige Weisungen der betreffenden Körperschaften gebunden. Die Kompetenzordnung der Aktiengesellschaft nach deutschem Recht trennt insoweit strikt zwischen den einzelnen Organen.

Auch der BGH stellt zur Begründung der fehlenden Inhouse-Fähigkeit einer Aktiengesellschaft auf die eigenverantwortliche Leitung der AG durch den Vorstand nach § 76 Abs. 1 AktG ab. Dabei handelt es sich um eine gesetzliche Grundentscheidung, die nach der Kompetenzordnung der Aktiengesellschaft nicht disponibel ist.

### Praxishinweis

Es sollte somit auch in Anbetracht der EuGH-Entscheidung vom 10. September 2009 weiter davon ausgegangen werden, dass eine ähnliche Kontrolle wie über eigene Dienststellen über eine als deutsche Aktiengesellschaft organisierte Eigengesellschaft auch bei einer zielgerichteten Ausgestaltung der Satzung ohne den Abschluss eines Beherrschungsvertrags unzulässig ist.

---

### Ulf-Dieter Pape, Partner

Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH, Hannover  
ulf-dieter.pape@luther-lawfirm.com

Telefon +49 (511) 5458 17627

---

### Dr. Henning Holz, LL.M.

Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH, Hannover  
henning.holz@luther-lawfirm.com

Telefon +49 (511) 5458 15021

---

## EuGH stärkt interkommunale Zusammenarbeit – Vergabefreiheit mit Einschränkungen

Kommunen, die ihre Abfallentsorgung im Rahmen einer interkommunalen Zusammenarbeit (IKZ) erledigen, ohne die gegenständlichen Leistungen zuvor ausgeschrieben zu haben, verstoßen nicht gegen das europäische Vergaberecht. Dies entschied die große Kammer des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) in ihrem jüngsten Urteil zum Vergaberecht. Damit stellt der EuGH der IKZ insgesamt aber keinen Freifahrtschein im Hinblick auf Ausschreibungspflichten aus.

Der EuGH hat am 9. Juni 2009 im Fall „Stadtreinigung Hamburg“ (Rs. C-480/06, NZBau 2009, 527) zugunsten der von der EU-Kommission beklagten BR Deutschland entschieden, dass die Zusammenarbeit von Gebietskörperschaften und deren Eigengesellschaften auf vertraglicher Basis von der Vergabepflicht ausgenommen ist, wenn

- mit dem Vertrag die gemeinsame Wahrnehmung einer allen Gebietskörperschaften obliegenden öffentlichen Aufgabe vereinbart wird und
- der Vertrag nicht zu Finanztransfers führt, die über eine Kostenerstattung hinausgehen und deshalb keine Wettbewerbsverzerrung eintritt.

Im zugrunde liegenden Fall hatten die umliegenden Landkreise der Stadtreinigung Hamburg, einer Anstalt öffentlichen Rechts, per Vertrag die Aufgabe der thermischen Abfallverwertung in deren Müllheizkraftwerk übertragen.

Ist damit die IKZ einschließlich ihrer beherrschten Unternehmen allgemein vom Vergaberecht ausgenommen? Nein.

Zunächst hält der EuGH nämlich an seinem Grundsatz fest, dass das Vergaberecht auch für Leistungen gilt, die sich Gebietskörperschaften bei anderen öffentlichen Auftraggebern beschaffen. Für viele unerwartet und entgegen den Anträgen des EuGH-Generalanwalts und der Ansicht der EU-Kommission hat das Gericht aber nicht die Forderung erhoben, dass für die interkommunale Zusammenarbeit eine Einrichtung, wie z.B. ein Zweckverband, geschaffen wird, die von den beteiligten Gebietskörperschaften gemeinsam kontrolliert wird. Öffentliche Stellen können danach sowohl mit ihren eigenen Mitteln als auch in Zusammenarbeit mit anderen öffentlichen Stellen ihre im Allgemeininteresse liegenden Aufgaben erfüllen. Sie sind nicht verpflichtet, private Marktteilnehmer zu beauftragen. Zudem sind Vereinbarungen auf rein vertraglicher Basis („mandatierende Vereinbarungen“) zulässig. Eine Zuständigkeitsverlagerung im Sinne einer „delegierenden Vereinbarung“ ist nicht erforderlich.

Somit wird der in der Rechtsprechung der deutschen Oberlandesgerichte (OLG Düsseldorf, 05.05.2004, NVwZ 2004, 1022; OLG Frankfurt a. M., 07.09.2004, NZBau 2004, 692) vorgenommenen Differenzierung zwischen mandatierenden und delegierenden Vereinbarungen die Grundlage entzogen. Auch kommt es nach der Entscheidung der Großen Kammer des EuGH bei der kommunalen Kooperation zur gemeinsamen Erfüllung öffentlicher Aufgaben nicht mehr auf die Inhouse-Kriterien an. Damit löst sich der EuGH insbesondere von dem auf Fälle kommunaler Kooperationen offensichtlich nicht passenden Kriterium der „Kontrolle wie über eigene

Dienststellen“, das auch im konkreten Fall unstrittig nicht vorlag. Dagegen hält der EuGH weiterhin an der Entscheidung „Stadt Halle“ vom 11. Januar 2005 fest: sobald ein privates Unternehmen an der Kooperation beteiligt wird, kommt – unabhängig von der Höhe der privaten Beteiligung – das Vergaberecht zur Anwendung. Der öffentliche Bereich darf also nicht verlassen werden. Pikant ist allerdings, dass der EuGH in seiner Entscheidung bewusst das Verhältnis zwischen der beauftragten Stadtreinigung Hamburg und dem Betreiber der betreffenden Abfallverwertungsanlage, einem privaten Unternehmen, ausblendet und sich allein auf das Vertragsverhältnis der vier Landkreise mit der Stadtreinigung Hamburg konzentriert. Zu beachten ist, dass die Entscheidung allein die Bildung der vertraglichen Kooperation privilegiert – nicht jedoch die Auftragserteilung durch „die Kooperation“ an Dritte. Hier verbleibt es bei der Anwendung des Vergaberechts, soweit nicht Ausnahmetatbestände wie z. B. das Inhouse-Privileg erfüllt sind.

Bei der Übertragung der Vergabefreiheit auf andere Formen kommunaler Kooperationen ist allerdings Zurückhaltung geboten. Der vom EuGH entschiedene Fall ist dadurch gekennzeichnet, dass alle Beteiligten im Rahmen ihrer Zusammenarbeit dieselbe öffentliche Aufgabe, hier die Abfallentsorgung und das hierfür geltende Prinzip der Entsorgung der Abfälle in der nächstgelegenen Anlage, gemeinsam erfüllen wollen. Diese Bedingung für eine Vergabefreiheit wäre nicht erfüllt, wenn nur eine der beteiligten Kommunen ihren Aufgaben nachkommt und die anderen Kommunen lediglich bei der Aufgabenerfüllung behilflich sind. Dies wäre ein klassischer Beschaffungsvorgang, der durch die EuGH-Entscheidung nicht freigestellt wird. Aus diesem Grunde darf auch kein „Finanztransfer“ stattfinden, der über eine bloße Kostenerstattung für die zu tätigenenden Aufwendungen hinausgeht. Ein echter Leistungsaustausch mit „Gewinnmarge“ ist nach Ansicht des EuGH nicht vergabefrei zulässig. Das Urteil eröffnet also nicht die Möglichkeit, dass kommunale Unternehmen ihr Geschäftsfeld auf andere Kommunen ausweiten und ihre Leistungen auch dort gegen ein marktübliches Entgelt, d. h. gegen mehr als reine Kostenerstattung, erbringen. Die vergabefreie Kooperation, durch die Kommunen eine allen obliegende öffentliche Aufgabe erfüllen, darf nämlich weder zu einer Wettbewerbsverzerrung im Hinblick auf private Unternehmen führen, noch das Vergaberecht umgehen. Die Vergabefreiheit ist damit insgesamt eng begrenzt.

Hinzuweisen ist darauf, dass die EU-Kommission laut einer Pressemitteilung vom 8. Oktober 2009 unter Bezugnahme auf die jüngste EuGH-Rechtsprechung beschlossen hat, ein gegen Deutschland eingeleitetes Vertragsverletzungsverfahren einzustellen, in dem es um die Vergabe von IT-Liefer- und Dienstleistungsverträgen durch kommunale und regionale

Behörden in Hamburg und Nordrhein-Westfalen an öffentliche IT-Dienstleister ging.

Es ist davon auszugehen, dass die EuGH-Entscheidung im nationalen Recht verankert wird. Die Bundesregierung hatte bereits bei der letzten Überarbeitung des Vergaberechts, der GWB-Novelle vom 24. April 2009, im Gesetzentwurf eine Regelung vorgesehen, die dem aktuellen Urteil des EuGH durchaus ähnlich – aber mangels Erfordernis einer gemeinsamen Aufgabe weitergehend – war. Geplant war, dass juristische Personen, die selbst öffentliche Auftraggeber sind und an denen kein privates Kapital beteiligt ist, vergabefrei beauftragt werden können – sofern diese juristischen Personen die zu erbringende Leistung nicht auf dem Markt anbieten oder im Wesentlichen für öffentliche Auftraggeber tätig sind. Die beabsichtigte Formulierung wurde nicht in das GWB aufgenommen, weil Bedenken an der Rechtskonformität bestanden. Nach der vorliegenden Entscheidung des EuGH steht einer klarstellenden Regelung im nationalen Vergaberecht nichts mehr im Wege.

#### **Praxishinweis**

Öffentlich-rechtliche Körperschaften, die sich künftig für eine kommunale Kooperation auf vertraglicher Basis entschließen, sollten die Gründe für die Wahl der Kooperation und den damit einhergehenden Verzicht auf die Beauftragung eines privaten Unternehmens sorgfältig prüfen und dokumentieren. Es muss sichergestellt sein, dass die an der Kooperation Beteiligten gemeinsam eine öffentliche Aufgabe erfüllen und dabei nicht in Gewinnerzielungsabsicht handeln. Der Kooperationsvertrag muss konkrete Anforderungen enthalten, wie die betreffende öffentliche Aufgabe gemeinsam erfüllt werden soll.

---

**Karsten Köhler, Partner**  
**Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH, Leipzig**  
**karsten.koehler@luther-lawfirm.com**  
**Telefon +49 (341) 5299 23619**

---

**Dr. Henning Holz, LL.M.**  
**Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH, Hannover**  
**henning.holz@luther-lawfirm.com**  
**Telefon +49 (511) 5458 15021**

---

# Bekanntgabepflicht auch für Unterkriterien und eine Wertungsmatrix

Öffentliche Auftraggeber sind aus Gründen der Transparenz bei der Vergabe von öffentlichen Aufträgen verpflichtet, in der Auftragsbekanntmachung oder in der Aufforderung zur Angebotsabgabe den Bietern alle vorgesehenen Zuschlagskriterien einschließlich deren Gewichtung mitzuteilen. Viele Vergabestellen verkennen jedoch, dass die Pflicht zur Bekanntgabe von Zuschlagskriterien und deren Gewichtung nicht nur für die Hauptkriterien und Gewichtungsregeln gilt, sondern – jedenfalls im Bereich oberhalb der EU-Schwellenwerte (Bauleistungen: 5,15 Mio. EUR; Dienst- und Lieferleistungen: 206.000 EUR) – auch für die Unterkriterien und ggf. für eine Bewertungsmatrix gilt. Dabei kann ein Verstoß gegen diese Verpflichtung verheerende Folgen haben: Er kann nicht im Rahmen eines Nachprüfungsverfahrens geheilt werden; regelmäßig ist das Vergabeverfahren für den betroffenen Abschnitt in den Stand vor Angebotsabgabe zurückzusetzen und mit der Nennung sämtlicher wertungsrelevanten Kriterien zu wiederholen.

Das Oberlandesgericht München hat die Verpflichtung der Vergabestellen zur Bekanntgabe auch der Unterkriterien in einer aktuellen Entscheidung (Beschluss vom 19.03.2009, Verg 2/09) bestätigt und weiter konkretisiert. Jedem Bieter soll vor Abgabe seines Angebots klar sein, worauf es dem Auftraggeber bei der Vergabe seines Auftrags ankommt. Dies setzt den Bieter in den Stand, seine Chancen für den Zuschlag realistisch einzuschätzen und sein Angebot entsprechend den Wünschen des Auftraggebers auszugestalten. Zugleich kann der Bieter darauf vertrauen, dass der Auftraggeber diese Kriterien nicht nur bei ihm, sondern auch bei allen anderen Bietern heranzieht. So kann der nicht berücksichtigte Bieter anschließend im Nachprüfungsverfahren ggf. auch nachvollziehen, ob sich der Auftraggeber an die von ihm aufgestellten Kriterien gehalten hat.

Im konkreten Fall hatte ein städtisches Klinikum einen Auftrag über die Lieferung von diversen medizinischen Geräten ausgeschrieben und als Zuschlagskriterien Preis (Gewichtung: 25 %), Unterhaltskosten (25 %), medizinische Eignung (20 %), Qualität (15 %) und technische Eignung (15 %) bekannt gemacht. Die Bewertung der medizinischen Eignung der Geräte erfolgte während einer zweiwöchigen Testphase auf verschiedenen Stationen der Klinik. Den Stationen waren Bewertungsbögen zur Verfügung gestellt worden, auf denen einzelne Unterpunkte zur medizinischen

Eignung der Geräte (Technik, Pflege, Ergonomie, Service) anhand einer Wertungsmatrix nach dem Schulnotenprinzip zu bewerten waren. Weder die Unterkriterien noch die Wertungsmatrix hat die Vergabestelle den Bietern im Laufe des Vergabeverfahrens mitgeteilt. Dies stellte der nicht berücksichtigte Bieter, der die Auftragsvergabe wegen der für ihn nicht nachvollziehbaren Bewertung seines Angebots vor der Vergabekammer überprüfen ließ, bei der Akteneinsicht fest und verhalf somit seinem Nachprüfungsantrag zum Erfolg.

Der Vergabesenaat des OLG München bestätigt in zweiter Instanz, dass die Vergabestelle nicht nur die Hauptkriterien, sondern auch die Bewertungsmatrix zu den Unterkriterien den Bietern zur Vorbereitung ihrer Angebote hätte bekanntgeben müssen. Nach der grundsätzlichen Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs vom 24.01.2008, auf die sich das OLG München bezieht, müssen alle Kriterien, die vom Auftraggeber bei der Bestimmung des wirtschaftlich günstigsten Angebots berücksichtigt werden und ihre relative Bedeutung den Bietern zum Zeitpunkt der Vorbereitung ihrer Angebote bekannt sein, damit sie in die Lage versetzt werden, bei der Vorbereitung ihrer Angebote vom Bestehen und von der Tragweite dieser Kriterien Kenntnis zu nehmen. Der Auftraggeber darf keine Unterkriterien oder Gewichtungsregeln für die Zuschlagskriterien anwenden, die er den Bietern nicht vorher zur Kenntnis gebracht hat, wenn nicht auszuschließen ist, dass sich die Unterkriterien auf die Abfassung der Angebote der Bieter auswirken können.

Im konkreten Fall hätten die Bieter zwar nicht die von ihnen angebotenen Geräte verändern können. Das Klinikum hatte aber für die Testphase der Geräte auch Punkte abgefragt, welche nicht die Technik des Geräts betreffen, sondern dessen Bedienung und Leistungen, welche von den Bietern neben der Lieferung der Geräte erbracht werden, wie z. B. die Einweisung in die verschiedenen Gerätefunktionen. Diese Punkte sind grundsätzlich einer Abänderung zugänglich. Bemerkenswert an der Entscheidung des OLG München ist, dass nicht der Bieter nachzuweisen hat, was er in Kenntnis der Kriterien im Einzelnen an seinem Angebot oder an seiner Präsentation geändert hätte, sondern es genügt, dass eine Änderung seines Angebots bzw. seiner Präsentation mit der Aussicht auf eine bessere Wertung jedenfalls nicht auszuschließen ist. Im konkreten Fall hätte der Bieter bei genauer Kenntnis der Unterpunkte sowie der

Wertungsmatrix zumindest seine Leistung im Bereich Service verbessern können. Der Vergabesenat hat deshalb das Vergabeverfahren – allerdings nur für den betroffenen Abschnitt – in den Stand vor Angebotsabgabe zurückversetzt und die Vergabestelle verpflichtet, sämtliche wertungsrelevanten Zuschlagskriterien zu veröffentlichen.

In die gleiche Richtung geht eine aktuelle Entscheidung der Vergabekammer Sachsen vom 05.05.2009 (1/SVK/009-09). Danach darf der Auftraggeber eine wettbewerbsrelevante Wertungsmatrix nicht erst nach Submission festlegen, wenn – wie in aller Regel – die abstrakte Gefahr nicht ausgeschlossen werden kann, dass er sie in Kenntnis der Angebotsinhalte zum Vorteil oder Nachteil eines einzelnen Bieters ausgestaltet.

#### **Praxishinweis**

Öffentlichen Auftraggebern ist es bei der Vorbereitung von Vergabeverfahren dringend anzuempfehlen, eine präzise Darstellung aller Zuschlagskriterien einschließlich der diesen konkretisierenden Unterkriterien und einer etwaig bestehenden Wertungsmatrix in die Auftragsbekanntmachung bzw. in die Aufforderung zur Angebotsabgabe aufzunehmen. Andernfalls läuft der Auftraggeber im Falle einer Nachprüfung der Auftragsvergabe Gefahr, dass das Vergabeverfahren in den Stand vor Angebotsabgabe zurückversetzt werden muss.

---

**Dr. Henning Holz, LL.M.**

**Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH, Hannover**

**henning.holz@luther-lawfirm.com**

**Telefon +49 (511) 5458 15021**

---

---

#### **Impressum**

**Verleger:** Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH, Anna-Schneider-Steig 22, 50678 Köln, Telefon +49 (221) 9937 0, Telefax +49 (221) 9937 110, [contact@luther-lawfirm.com](mailto:contact@luther-lawfirm.com)

**V.i.S.d.P.:** Ulf-Dieter Pape, Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH, Sophienstraße 5, 30159 Hannover, Telefon +49 (511) 5458 0, Telefax +49 (511) 5458 110, [ulf-dieter.pape@luther-lawfirm.com](mailto:ulf-dieter.pape@luther-lawfirm.com)

**Grafische Gestaltung/Art Direction:** Vischer & Bernet GmbH, Agentur für Marketing und Werbung, Mittelstraße 11/1, 70180 Stuttgart, Telefon +49 (711) 23960 0, Telefax +49 (711) 23960 49, [contact@vischer-bernet.de](mailto:contact@vischer-bernet.de)

**Copyright:** Alle Texte dieses Newsletters sind urheberrechtlich geschützt. Gerne dürfen Sie Auszüge unter Nennung der Quelle nach schriftlicher Genehmigung durch uns nutzen. Hierzu bitten wir um Kontaktaufnahme.

Falls Sie künftig keine Informationen der Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH erhalten möchten, senden Sie bitte eine E-Mail an [unsubscribe@luther-lawfirm.com](mailto:unsubscribe@luther-lawfirm.com)

---

#### **Haftungsausschluss**

Obgleich dieser Newsletter sorgfältig erstellt wurde, wird keine Haftung für Fehler oder Auslassungen übernommen. Die Informationen dieses Newsletters stellen keinen anwaltlichen oder steuerlichen Rechtsrat dar und ersetzen keine auf den Einzelfall bezogene anwaltliche oder steuerliche Beratung. Hierfür stehen unsere Ansprechpartner an den einzelnen Standorten zur Verfügung.

## Unsere Büros in Deutschland

### Berlin

Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH  
Friedrichstraße 71  
10117 Berlin  
Telefon +49 (30) 52133 0  
berlin@luther-lawfirm.com

### Dresden

Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH  
Radeberger Straße 1  
01099 Dresden  
Telefon +49 (351) 2096 0  
dresden@luther-lawfirm.com

### Düsseldorf

Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH  
Graf-Adolf-Platz 15  
40213 Düsseldorf  
Telefon +49 (211) 5660 0  
dusseldorf@luther-lawfirm.com

### Eschborn/Frankfurt a. M.

Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH  
Mergenthalerallee 10 – 12  
65760 Eschborn/Frankfurt a. M.  
Telefon +49 (6196) 592 0  
frankfurt@luther-lawfirm.com

### Essen

Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH  
Gildehofstraße 1  
45127 Essen  
Telefon +49 (201) 9220 0  
essen@luther-lawfirm.com

### Hamburg

Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH  
Gänsemarkt 45  
20354 Hamburg  
Telefon +49 (40) 18067 0  
hamburg@luther-lawfirm.com

### Hannover

Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH  
Sophienstraße 5  
30159 Hannover  
Telefon +49 (511) 5458 0  
hannover@luther-lawfirm.com

### Köln

Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH  
Anna-Schneider-Steig 22  
50678 Köln  
Telefon +49 (221) 9937 0  
cologne@luther-lawfirm.com

### Leipzig

Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH  
Grimmaische Straße 25  
04109 Leipzig  
Telefon +49 (341) 5299 0  
leipzig@luther-lawfirm.com

### Mannheim

Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH  
Theodor-Heuss-Anlage 2  
68165 Mannheim  
Telefon +49 (621) 9780 0  
mannheim@luther-lawfirm.com

### München

Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH  
Karlstraße 10 – 12  
80333 München  
Telefon +49 (89) 23714 0  
munich@luther-lawfirm.com

### Stuttgart

Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH  
Augustenstraße 7  
70178 Stuttgart  
Telefon +49 (711) 9338 0  
stuttgart@luther-lawfirm.com

## Unsere Auslandsbüros

### Brüssel

Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH  
Avenue Louise 240  
1050 Brüssel  
Telefon +32 (2) 6277 760  
brussels@luther-lawfirm.com

### Budapest

Gobert, Fest & Partners Attorneys at Law  
Roosevelt Square 7 – 8  
1051 Budapest  
Telefon +36 (1) 270 9900  
budapest@luther-lawfirm.com

### Istanbul

Luther Karasek Koeksal Consulting A.Ş.  
Sun Plaza  
Bilim Sokak No. 5, 12th Floor  
Maslak-Şişli  
34398 Istanbul  
Telefon +90 212 276 9820  
mkksal@lkk-legal.com

### Shanghai

Luther Attorneys  
21/F ONE LUJIAZUI  
68 Yincheng Middle Road  
Pudong New Area, Shanghai  
200121 Shanghai  
Telefon +86 (21) 5010 6580  
shanghai@luther-lawfirm.com

### Singapur

Luther LLP  
10 Anson Road  
#09-24 International Plaza  
079903 Singapur  
Telefon +65 6408 8000  
singapore@luther-lawfirm.com

Ihren lokalen Ansprechpartner finden Sie auf unserer Homepage unter [www.luther-lawfirm.com](http://www.luther-lawfirm.com)

[www.luther-lawfirm.com](http://www.luther-lawfirm.com)

Die Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH berät in allen Bereichen des Wirtschaftsrechts. Zu den Mandanten zählen mittelständische und große Unternehmen sowie die öffentliche Hand. Luther gehört dem internationalen Kanzleiverbund PMLG und Taxand, dem weltweiten Netzwerk unabhängiger Steuerberatungspraxen, an.

Berlin, Dresden, Düsseldorf, Eschborn/Frankfurt a. M., Essen, Hamburg, Hannover, Köln, Leipzig, Mannheim, München, Stuttgart | Brüssel, Budapest, Istanbul, Shanghai, Singapur

