



Liebe **LESERINNEN**,  
liebe **LESER**,

für Neujahrswünsche ist es wohl etwas zu spät. Und so hoffe ich, dass Sie 2020 gesund und erfolgreich starteten.

Wir haben jedenfalls die erste SUPPLY-Ausgabe dieses Jahres für einen Neustart genutzt. Möglicherweise ist es Ihnen schon aufgefallen, dass sich das Heft anders anfühlt. Zum einen setzen wir jetzt ganz auf umweltfreundliches Recycling-Papier, zum anderen bietet das Heft mehr Umfang, und damit mehr aktuelle Beiträge zu den Themen Vergaberecht und öffentliche Beschaffung mit klarer Relevanz für Ihre Praxis. Dieser Aufgabe dienen auch die aktuellen Entscheidungen und Leitsätze ab Seite 53, die einen schnellen Überblick über das, was wichtig ist, gestatten.

Zwei brandneue Urteile möchte ich besonders hervorheben, stellen sie doch essenzielle Bestandteile und Inspiration unseres Titelthemas dar. Es sind die Entscheidungen, mit denen das Kammergericht Berlin und das OLG Celle quasi mit einem Paukenschlag das neue Jahr einleiteten:

Im Unterschwellenbereich besteht keine generelle Informations- und Wartepflicht entsprechend § 134 GWB.

Damit wird der Rechtsschutz im Unterschwellenbereich für Bieter zu einer Fiktion. Und diese Lage ist nur scheinbar für Auftraggeber traumhaft, denn ein effizienter Rechtsschutz kann der Beteiligung an Ausschreibungen und damit dem Wettbewerb den so dringend benötigten Aufschwung geben. Von daher ist die Forderung des Experten Dr. Martin Jansen „Der Rechtsschutz im Unterschwellenbereich muss effektiver werden!“, die er in unserem Interview ab Seite 8 stellt, keinesfalls ein einseitiger Kampf für Bieterinteressen. Rechtssicherheit nützt allen Beteiligten und ist daher Titelthema dieser SUPPLY-Ausgabe.

Ich wünsche Ihnen eine spannende und informative Lektüre!

HERZLICHST

Andreas Klose  
Redaktionsleitung

## AKTUELL

SEITE 4

Kleine Anfrage der FDP  
**SOVIEL VERGABERECHT FÜR BIETER**

## TITEL

SEITE 8

Rechtsschutz unterhalb der Schwelle  
**„PRIMÄRRECHTSSCHUTZ – JETZT!“**

## RECHT

SEITE 17

Wenn beide Seite leer ausgehen  
**FOLGEN EINER „VERTRAGSMODIFIKATION“**

SEITE 23

Bindung ans Vergaberecht  
**AUCH FÜR KOMMUNALE TOCHTERUNTERNEHMEN**

SEITE 26

Zuschlag und Nachverhandlung  
**ÄNDERUNG VON AUFTRAGSBEDINGUNGEN  
VOR ZUSCHLAGSERTEILUNG**

SEITE 31

Die Autobahn GmbH des Bundes  
**HOLPRIG GESTARTET**

SEITE 34

OLG Frankfurt  
**DIE LEISTUNGSBESCHREIBUNG RICHTET  
SICH AN FACHLEUTE**

Seite 39

Vorabinformation und Wartefrist  
**ANKÜNDIGUNG DES ZUSCHLAGSZEITPUNKTES**

## BESCHAFFUNG

Seite 41

Drum prüfe, wer sich preislich bindet  
**MARKTPREIS UND PREISRECHT**

Seite 45

IT-Beschaffung mit Nachhaltigkeit  
**AUS GEBRAUCHT WIRD GREEN**

Seite 48

ÖPNV  
**„DA KOMMT DIE BAHN OHNE ZÜGE“ – TEIL II**

Seite 53

**AKTUELLE LEITSÄTZE**

## STANDARDS

SEITE 3

EDITORIAL/INHALT

SEITE 58

IMPRESSUM

Im Unterschwellenbereich gibt es in der Regel keinen Primärrechtsschutz vor Vergabekammern – das GWB greift nicht. Eilrechtsschutz vor den Zivilgerichten kommt mangels gesetzlich verankerter Informations- und Wartepflicht vor dem Zuschlag regelmäßig zu spät. Gleichwohl hat das OLG Düsseldorf vor nicht allzu langer Zeit auch bei Unterschwellenvergaben eben eine solche Informations- und Wartepflicht vor dem Zuschlag gesehen. Doch welche Bedeutung hat die Aussage wirklich? Der Berliner Fachanwalt für Vergaberecht Dr. Martin Jansen bezieht dazu im SUPPLY-Interview klare Stellung. Seine Forderung: Der Rechtsschutz im Unterschwellenbereich muss effektiver werden!

INTERVIEW: ANDREAS KLOSE

**SUPPLY:** Herr Dr. Jansen, die Aussage des OLG Düsseldorf ist zwar etwas älter, wird aber immer noch von einigen herangezogen, wenn es um den Rechtsschutz im unterschwelligen Bereich geht. Wie beurteilen Sie die OLG-Entscheidung?

**DR. MARTIN JANSEN:** Das OLG Düsseldorf hat Ende 2017 nicht nur eine Informations- und Wartepflicht im Unterschwellenbereich gesehen, sondern zudem – für den Verstoß gegen diese Pflicht – auch eine Nichtigkeitsfolge (§ 134 BGB) für den dennoch bezuschlagten Vertrag. Dies folge aus einem „ungeschriebenen Gesetz“. Schon dem juristischen Laien mag sich dabei der Verdacht eines Widerspruchs aufdrängen. Gegen ein ungeschriebenes Gesetz zu verstoßen, ist rechtlich schwer.

Im Ergebnis ist die OLG-Entscheidung jedenfalls aus verschiedenen Gründen rechtsdogmatisch nicht haltbar, zumal es sich ohnehin nur um ein obiter dictum handelt, d. h. es kam in dem entschiedenen Fall auf diese Rechtsfragen gar nicht an.

Die Entscheidung wurde daher nicht nur von uns und weiteren Literaturstimmen mehrfach kritisiert, sondern – wie zu erwarten – es haben nun endlich auch zwei bedeutende Obergerichte – konkret die Vergabesenate des KG Berlin und des OLG Celle in ihren aktuellen Urteilen aus Januar 2020

– der Düsseldorfer Linie eine klare Absage erteilt. Damit dürfte mit guten Gründen nun alles wieder beim Alten bleiben, d. h. im Unterschwellenbereich ist vor dem Zuschlag weder zu informieren, noch zu warten.

**Gleichwohl hat die Entscheidung des OLG Düsseldorf in der öffentlichen Beschaffungswelt für unnötig viel Verunsicherung bei unterschwelligen Vergaben gesorgt.**

Sicher, nicht zuletzt aufgrund seiner Stellung als 2. Instanz für Bundesvergaben wird das OLG Düsseldorf von vielen als „Leuchtturm der Vergaberechtsprechung“ empfunden. Es hat in der Regel auch Hand und Fuß, was von dort kommt. Doch vereinzelt wagt man sich auch dort etwas zu weit hervor und nicht selten musste das OLG schon zurückrudern, so etwa bereits seine „Ahlhorn-Rechtsprechung“ zu ausschreibungspflichtigen Grundstücksgeschäften. Kurzum: Die Entscheidung ist und bleibt wohl ein unnötiger Ausreißer, den es für Beschaffer bei unterschwelligen Vergaben zukünftig kaum noch ernsthaft zu beachten gilt. Jedenfalls gibt es sehr gute Argumente gegen diese Entscheidung, um ohne größere Bedenken zum alten Prozedere zurückzukehren.

**Wie gingen Sie damit nach der Entscheidung ab Ende 2017 um?**