



Otting Zinger Rechtsanwälte PartG mbB / Am Freiheitsplatz 20a / 63450 Hanau

Dr. Olaf Otting
/ Rechtsanwalt
/ Fachanwalt für Verwaltungsrecht

Festnetz: 06181 49058-51
Mobil: 0172 7307669
E-Mail: otting@ottingzinger.de

- zur Vorlage -

Christoph Zinger
/ Rechtsanwalt
/ Fachanwalt für Vergaberecht

Festnetz: 06181 49058-52
Mobil: 0172 2180087
E-Mail: zinger@ottingzinger.de

Dr. Christine Hahn
/ Rechtsanwältin

Festnetz: 06181 49058-53
Mobil: 0152 25747421
E-Mail: hahn@ottingzinger.de

26. September 2024

Unser Zeichen: 24/24 / CZ / D2/207-24

**Vergabeverfahren Bezahlkarte
Nachprüfungsverfahren PayCenter GmbH ./ Land Baden-Württemberg u.a.
Hier: Beschluss des OLG Karlsruhe vom 20.09.2024**

Sehr geehrter Herr Dr. Schönweitz,

in vorbezeichneter Angelegenheit baten Sie um eine rechtliche Bewertung der Entscheidung des OLG Karlsruhe vom 20.09.2024.

Die PayCenter GmbH (nachfolgend kurz PayCenter) hat sich an dem o.g. Vergabeverfahren, welches die Dataport AöR als Vertreter der 14 Bundesländer als Vergabestelle durchgeführt hat, mit einem Angebot beteiligt. Nach Erhalt der Absagemitteilung gemäß § 134 GWB leitete die PayCenter bei der Vergabekammer Baden-Württemberg ein Nachprüfungsverfahren ein, mit dem Ziel, den 14 beteiligten Bundesländern den Zuschlag auf das Angebot des Wettbewerbers Secupay AG zu untersagen. Einer von mehreren Rügepunkten, die PayCenter geltend gemacht hat, betraf die Ausgestaltung der ausgeschriebenen Rahmenvereinbarung.

Nach § 21 Abs. 2 VgV darf eine Einzelauftragsvergabe auf der Grundlage einer Rahmenvereinbarung ausschließlich durch die in der Auftragsbekanntmachung zur Vergabe der Rahmenvereinbarung genannten öffentlichen Auftraggeber erfolgen. Erforderlich ist dafür in jedem Fall, dass die abrufberechtigten Auftraggeber bei Abschluss der Rahmenvereinbarung eindeutig und ausdrücklich als potenzielle Nutznießer der Rahmenvereinbarung in den Ausschreibungsunterlagen genannt werden, um die Anforderungen an die Publizität und Transparenz einzuhalten. Im Nachprüfungsverfahren hat PayCenter beanstandet, diese Voraussetzungen seien nicht erfüllt, weil die abrufberechtigten Auftraggeber, sofern es nicht die Bundesländer selbst sind, also Kommunen und Anstalten oder juristische Personen öffentlichen Rechts, weder in der Auftragsbekanntmachung noch in den Ausschreibungsunterlagen näher bezeichnet sind und somit über keine Abrufberechtigung verfügen.

Seite 1 / 3



Die Vergabekammer hat den Nachprüfungsantrag mit Beschluss vom 13.08.2024 (Az. 1 VK 38/24) zurückgewiesen. Dagegen legte PayCenter beim OLG Karlsruhe sofortige Beschwerde ein, verbunden mit dem Antrag, die aufschiebende Wirkung der sofortigen Beschwerde gemäß § 173 Abs. 1 Satz 3 GWB – d.h. das Zuschlagsverbot – zu verlängern. Über diesen Antrag hat das OLG Karlsruhe mit Beschluss vom 20.09.2024 (Az. 15 Verg 9/24) entschieden – das Gericht hat das Zuschlagsverbot nicht verlängert. Das Interesse an einer raschen Auftragsvergabe überwiege, zudem dürfte die sofortige Beschwerde in der Sache keine Aussicht auf Erfolg haben. Ausweislich einer Pressemitteilung haben die Bundesländer den Zuschlag an Secupay am 26.09.2024 erteilt.

PayCenter sei mit der Rüge der fehlenden Abrufberechtigung der Kommunen, so das OLG, nach § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 GWB präkludiert, weil der vermeintliche Verstoß trotz Erkennbarkeit nicht bis zum Ablauf der Angebotsfrist gerügt worden sei (was in der Sache zutreffend ist). Das Gericht führt hierzu aus:

*„Damit war es der Antragstellerin möglich, den behaupteten Vergabeverstoß, dass nicht alle öffentlichen Auftraggeber, die zum Abruf berechtigt sein sollen, in der Bekanntmachung benannt wurden, durch einen Vergleich zwischen dem Verordnungstext und den Ausschreibungsunterlagen zu erkennen. Bei genauem Studium der Bekanntmachung ergab sich, dass darin lediglich die einzelnen Bundesländer aufgeführt sind und nicht andere öffentlich-rechtliche Stellen, die selbst zum Abruf berechtigt sein sollten, wie dies nach den Ausschreibungsunterlagen aber vorgesehen war. (...) Die Antragstellerin kann sich auch nicht darauf berufen, sie habe zwar den Sachverhalt erkannt, bzw. erkennen können, eine rechtliche Wertung aber nicht vornehmen können und müssen. **Die Ankündigung einer späteren Benennung der Abrufberechtigten war so offensichtlich nicht mit dem Wortlaut der als bekannt vorauszusetzenden Norm des § 21 Abs. 2 S. 2 VgV vereinbar, dass auch eine rechtlich nicht vorgebildete Bieterin von einer Vergaberechtswidrigkeit auszugehen hatte.**“ (Hervorhebungen d. Verf.) – Beschluss, S. 19*

Im Ergebnis hat das Gericht die Frage der Abrufberechtigung der Kommunen offen gelassen, weil es aus Sicht des Senats darauf nicht entscheidend ankam. Denn für die Rechtmäßigkeit der Vergabe der Rahmenvereinbarung als solcher sei es rechtlich ohne Belang, ob neben den 14 Bundesländern weitere Abrufberechtigte benannt wurden oder nicht:

„Ein Abruf durch die in der Bekanntmachung bereits ausdrücklich genannten 14 Bundesländer und damit ein privilegierter Vertragsschluss ist jedenfalls ohne Zweifel möglich. Ein Abrufrecht der Länder sieht auch Ziff. 2.5 der Leistungsbeschreibung ausdrücklich vor. Eine tragfähige Zuschlagserteilung ist daher möglich.“
– Beschluss, S. 20

Elementare rechtliche Bedeutung erlangt diese Frage hingegen dann, wenn eine Kommune den Abruf von Leistungen bei Secupay unter Berufung auf die Rahmenvereinbarung beabsichtigt. Eine ausschreibungsfreie Inanspruchnahme von Leistungen eines Rahmenvertrags ist nach § 21 Abs. 2 Satz 2 VgV nur dann möglich und zulässig, wenn der Auftraggeber im Rahmen der Ausschreibung als Abrufberechtigter benannt wurde. Daran bestehen, so unser Nachprüfungsvorbringen, erhebliche Zweifel, weil neben den Ländern die Kommunen nicht konkret als Abrufberechtigte aufgelistet wurden.

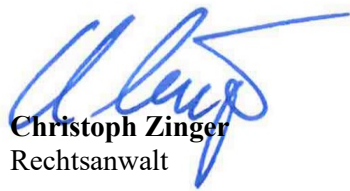
Diese Zweifel teilt offenbar auch das OLG, wenn es heißt, die Ankündigung einer nachträglichen Benennung der Abrufberechtigten sei „offensichtlich“ nicht mit dem Wortlaut des § 21 Abs. 2 Satz 2 VgV vereinbar.

Auch wenn das OLG Karlsruhe keinen Vergaberechtsverstoß im Rechtsinne festgestellt hat, sind Abrufe der Kommunen bei Secupay mit erheblichen rechtlichen Risiken und einem hohen Maß an Rechtsunsicherheit behaftet. Es sprechen gute Gründe für die Annahme, dass die Kommunen über keine Abrufberechtigung aus der Rahmenvereinbarung verfügen, weil sie weder konkret noch eindeutig identifizierbar benannt wurden.

Jeder unberechtigte Abruf aus der Rahmenvereinbarung der Länder stellt eine vergaberechtswidrige Direktvergabe, die einer gerichtlichen Überprüfung zugänglich ist.

Für etwaige Rückfragen stehen ich Ihnen gerne zur Verfügung.

Mit freundlichen Grüßen



Christoph Zinger
Rechtsanwalt