

Aktuelle Mitteilungen

Urteile und News aus der Vergabepaxis



RA Prof. Dr. Ralf Leinemann,
Berlin

+++ Neue Schwellenwerte +++

Mit Verordnung Nr. 1251/2011 hat die Kommission mit Wirkung zum 01.01.2012 neue Schwellenwerte für die europaweite Vergabe öffentlicher Aufträge festgelegt. So beläuft sich nunmehr der Schwellenwert für Bauaufträge auf EUR 5,0 Mio. (vormals EUR 4,845 Mio.), bei Dienstleistungs- und Lieferaufträge auf EUR 200.000,00 (vormals EUR 193.000,00 EUR), wobei für Vergaben der obersten oder oberen Bundesbehörden ein Wert von EUR 130.000,00 (vormals EUR 187.000,00) gilt. Dienstleistungs- und Lieferaufträge im Sektorenbereich sind ab einem Wert von EUR 400.000,00 (vormals EUR 387.000,00) europaweit auszuschreiben. Während diese Werte im Bereich der Sektorenverordnung nach § 1 Abs. 2 SektVO unmittelbar gelten, bedarf es für die Bereiche der VOB/A, VOL/A und VOF noch einer entsprechenden Änderung in der Vergabeverordnung. Bis dahin sind noch die alten, niedrigeren Schwellenwerte zu berücksichtigen.

+++ Neue Vergaberichtlinien +++

Am 20.12.2011 hat die EU-Kommission Entwürfe für eine Modernisierung der europäischen Vergaberichtlinien sowie für eine Richtlinie über Konzessionen vorgelegt. Mit der Umsetzung der Entwürfe könnten jährlich bis zu 20 Milliarden Euro europaweit eingespart werden, wie der zuständige Kommissar Michel Barnier mitteilt. Wieder einmal sollen die Vergaberegeln einfacher und flexibler werden. Neben mehr Verhandlungsspielräumen für die öffentlichen Auftraggeber soll dies vor allem durch eine Stärkung der elektronischen Vergabe geschehen. Zugleich fordert die Kommission, dass soziale Kriterien stärker einbezogen werden. In jedem Mitgliedsstaat ist eine neue Aufsichtsbehörde vorgesehen, die für die Ausführung und Kontrolle der öffentlichen Aufträge zuständig ist, um die An-

wendung der Regeln sicherzustellen. Ob sich diese Vorstellungen auf europäischer Ebene umsetzen lassen, bleibt abzuwarten. Die Richtlinienentwürfe sind als pdf-Datei abrufbar unter www.leinemann-partner.de, **Quicklink-Nr.: 4011201**

+++ VergabeNewsCast – Ausschluss bei vergessenem Preis +++

In einer Video-Urteilsbesprechung stellt Prof. Dr. Ralf Leinemann eine Entscheidung aus dem Abfallrecht vor. Das OLG Brandenburg hat am 01.11.2011 (Verg W12/11) die Frage geklärt, wann eine fehlende Einzelposition im Sinne von § 19 Abs. 2 S. 2 VOL/A-EG unwesentlich ist und deshalb nicht zum Ausschluss des Angebots führt. Unzulässig ist es nach dem Beschluss auch, eine fehlende Eintragung anhand der dem Angebot beigefügten Urkalkulation zu ergänzen.



Der VergabeNewsCast und die Entscheidung als pdf-Datei sind abrufbar unter www.leinemann-partner.de, **Quicklink-Nr.: 1121101**

+++ Neuer Webauftritt +++

Pünktlich zum Jahresbeginn sind LEINEMANN PARTNER RECHTSANWÄLTE mit einer neu gestalteten Webseite im Internet vertreten. Aktuelle Informationen rund um die Vergabe öffentlicher Aufträge sind jetzt noch leichter unter www.leinemann-partner.de abrufbar. Neben Seminarhinweisen, neuesten Entwicklungen auf der Ebene der Rechtsetzung können über die Quicklink-Nummern die im Newsletter vorgestellten Entscheidungen im Volltext abgerufen werden. Des Weiteren besteht jetzt die Möglichkeit, im Bereich Infothek & Shop vergaberechtliche Publikationen wie etwa das Standardwerk „Die Vergabe öffentlicher Aufträge“ direkt zu bestellen.



RA Dr. Thomas Kirch,
Berlin

Bewertung eines Funktionstests

> Fehlerhafte Aufhebung

> Anforderungen LV vs. Funktionstest

> Änderungen einer Teststellung

Mit Beschluss vom 03.11.2011 (Verg 14/11) hat sich das OLG München dazu geäußert, welche Maßstäbe an die Durchführung und Auswertung eines Funktionstests anzulegen sind. Insbesondere hat sich das Gericht zum Verhältnis zwischen den Vorgaben für einen Funktionstest und dem Inhalt des Leistungsverzeichnisses klarstellend geäußert.

Die Vergabestelle schrieb die bühnentechnische Anlage für ein Theater im offenen Verfahren aus. Die Funktionalität der Angebote sollte in einem gesonderten Bewertungsverfahren auf die Einhaltung von Mindestanforderungen geprüft werden. Nach Durchführung des Funktionstests hob die Vergabestelle das Vergabeverfahren auf, da vermeintlich kein zuschlagsfähiges Angebot vorlag. Dies greift die Antragstellerin mit einem Vergabenachprüfungsverfahren an. Das OLG München stellt fest, dass das Angebot der Antragstellerin auch unter Berücksichtigung der Ergebnisse des Funktionstests zuschlagsfähig ist. Die fehlerhafte Aufhebung ist daher zurückzunehmen. Eine ordnungsgemäße Beurteilung des Funktionstests setzt voraus, dass die Prüfung anhand der von der Vergabestelle selbst aufgestellten Vorgaben für den Test vorgenommen wird. Die Mindestanforderungen sind dabei für jede einzelne Aufgabe daraufhin zu untersuchen, wie sie nach dem Empfängerhorizont eines fach- und sachkundigen Bieters auszulegen sind. Es ist dabei allein auf das objektiv nach außen Erklärte und nicht ein möglicherweise hiervon abweichendes subjektiv Gewolltes abzustellen. Technische Anforderungen, die in der Aufgabenbeschreibung nicht zum Ausdruck kommen, können nicht zur Grundlage der Überprüfung gemacht werden. Da es etwa an einer Vorgabe dazu fehlte, wie bestimmte Funktionselemente auszugestalten sind, ist es unschädlich, dass die Antragstellerin einen so genannten Softkey nicht als daumengroßen Button umgesetzt hat. Die Vergabestelle durfte auch zwei Aufgaben des Funktionstests entfallen lassen. Hieraus folgt keine Benachteiligung der Beigeladenen, da auch die Antragstellerin in gleicher Weise von den Herausnahmen betroffen war. Die Vergabestelle hat eine Bewertung der entfallenen Aufgaben wegen Messungenauigkeiten abgelehnt, was nicht zu be-

anstanden ist, da eine fehlerfreie Wertung nicht möglich gewesen wäre. Bei den Aufgaben des Funktionstests handelt es sich nicht um Zuschlagskriterien, welche nicht geändert werden dürfen, sondern bloß um Teile einer Aufgabe, deren Ergebnis in die Wertung einfließt. Es kann auch offen bleiben, ob die Winde der Antragstellerin bei einer Nennlast von 250 kg überfordert und am Totpunkt angelangt war. Es trifft zwar zu, dass im LV eine Nennlast von 250 kg vorgegeben wird. Der Funktionstest diente aber nicht dazu, diese Anforderung zu überprüfen, da der Test nach den entsprechenden Vorgaben bloß mit einer Nennlast von 150 kg durchgeführt werden sollte. Darauf konnten sich die Bieter verlassen. Das geprüfte Gerät musste nicht mit dem zu liefernden Produkt identisch sein, sondern diesem bloß entsprechen. Soweit die Anforderungen des Leistungsverzeichnisses und des Funktionstests nicht übereinstimmen, kann dies nicht zu Lasten eines Bieters gehen.

FAZIT

Eine Änderung im Ablauf einer Teststellung kann im Einzelfall zulässig sein, wenn es hierfür einen rechtfertigenden Grund gibt und die zentralen Vergabegrundsätze der Gleichbehandlung, Verfahrenstransparenz und des Wettbewerbs gewahrt werden. Änderungen müssen daher gegenüber allen Bietern, die zur Teststellung ordnungsgemäß vorgesehen sind, in gleicher Weise bekannt gemacht werden. Es sollte möglichst bereits in den Vergabeunterlagen geklärt werden, wie mit möglichen Problemen, insbesondere Fehlern, bei der Teststellung umgegangen wird. Die im vorliegend entschiedenen Fall zu Tage getretenen Diskrepanzen zwischen den Vergabeunterlagen und den Beschaffungszielen sind durch eine sorgfältige Verfahrensvorbereitung und entsprechende Abstimmungen zwischen der Vergabestelle und dem späteren Nutzer zu vermeiden.

Nachträgliche Detaillierung eines Bewertungssystems?



RA Dr. Oliver Homann,
Köln

Das OLG Brandenburg hat in einer vorläufigen Entscheidung nach § 118 Abs. 1 Satz 3 GWB vom 19.12.2011 (Verg W 17/11) bestätigt, dass ein Auftraggeber die Zuschlagskriterien noch zu einem späteren Zeitpunkt im Vergabeverfahren durch Unterkriterien konkretisieren darf, sofern die Bieter bereits zuvor klar erkennen konnten, auf welche Gesichtspunkte es dem Auftraggeber mit welcher Gewichtung ankommt und sie so ein optimales Angebot gestalten konnten.

Der Antragsteller, der bereits im Nachprüfungsverfahren vor der Vergabekammer unterlegen war, beanstandete vor dem Vergabesenat, dass der Auftraggeber in einem VOF-Verhandlungsverfahren über Planungsleistungen für eine Brücke noch nach Abgabe der indikativen Angebote und der Präsentation der Konzepte weitere Untergewichtungen hinsichtlich einzelner Zuschlagskriterien vorgenommen und diese den Bietern erst mit der Aufforderung zur finalen Angebotsabgabe übersandt habe. Das Gericht sieht hierin keinen Verstoß gegen die Verpflichtung der Auftraggeber nach § 11 Abs. 4 VOF. Danach haben diese in der Aufgabenbeschreibung, in der Vergabebekanntmachung oder der Aufforderung zur Teilnahme an der Verhandlung die für die Wertung vorgesehenen Zuschlagskriterien und deren jeweilige Gewichtung anzugeben. Der Bieter müsse bei Abgabe seines Angebotes wissen, auf welche Gesichtspunkte mit welcher Gewichtung es dem Auftraggeber ankommt, denn erst dann könne er sein Angebot nach den Bedürfnissen des Auftraggebers gestalten. Folglich dürfe der Auftraggeber keine Unterkriterien oder Gewichtungsregelungen anwenden, die er dem interessierten Unternehmen nicht vorher – also spätestens mit Aufforderung zur Teilnahme an der Verhandlung – zur Kenntnis gebracht hat. Eine nachträgliche Festlegung von Unterkriterien und ihrer Gewichtung kommt nur dann in Betracht, wenn die Unterkriterien oder die Gewichtungsregelung weder die Hauptzuschlagskriterien ändern, noch jene unter Berücksichtigung von Umständen gewählt wurden, die einen der Bieter diskriminieren könnten. Die nachträglich festgelegten Kriterien dürfen auch keine Gesichtspunkte enthalten, die die Vorbereitung

der Angebote hätten beeinflussen können, wenn diese zum Zeitpunkt der Vorbereitung bekannt gewesen wären. Mit dieser Rechtsprechung bestätigt das OLG Brandenburg die herrschende Auffassung des EuGH (Urteil v. 24.01.2008, C-532/06; Urteil v. 24.11.2005, C-331/04) und anderer Vergabesenate (OLG Düsseldorf, Beschluss v. 30.07.2009, Verg 10/09; OLG München, Beschluss v. 19.03.2009, Verg 2/09).

Das Gericht kommt unter Zugrundelegung der vorgenannten Maßstäbe zu dem Ergebnis, dass der Auftraggeber die Angebote nicht in unzulässiger Weise auf der Grundlage von verspätet mitgeteilten Kriterien bewertet hat. Der Auftraggeber hat sich bei seiner Angebotswertung ausschließlich an die bereits mit den Vergabeunterlagen bekanntgemachten Kriterien und der dort dargestellten Wertung im Wege einer Gesamtbetrachtung gehalten. Eine Ausdifferenzierung auf Basis der später mitgeteilten Unterkriterien hat nicht stattgefunden. Insoweit konnten die Bieter bereits aufgrund der in den Vergabeunterlagen ursprünglich bekanntgemachten Kriterien erkennen, auf welche Gesichtspunkte es dem Auftraggeber besonders ankommt, so dass sie ihr Angebot nach den Bedürfnissen des Auftraggebers optimal gestalten konnten. Die Einschätzung der Vorgehensweise des Auftraggebers als vergaberechtskonform beruht – so das Gericht ausdrücklich – auf einer einzelfallbezogenen Bewertung.

FAZIT

Die vorliegende Entscheidung des brandenburgischen Vergabesenats, eine ordnungsgemäße Wertung von Angeboten auch bei nachträglich aufgestellten Unterkriterien zu tolerieren, ist der Betrachtung des Einzelfalls geschuldet. Grundsätzlich gilt, und dies hat der Senat bestätigt, dass bekanntgemachte Zuschlagskriterien nachträglich weder geändert noch durch eine Konkretisierung modifiziert werden dürfen.

> Nachträgliche
Unterkriterien

> Kein Verstoß nach
§ 11 Abs. 4 VOF

> Rechtsprechung
bestätigt

> Einzelfallbezogene
Bewertung



RA Jarl-Hendrik Kues,
LL.M., Berlin

Abschließende Liste für Nachweise

> § 9 EG Abs. 4
VOL/A

> Nachweise
in Checkliste

Das OLG Düsseldorf hat in seiner Entscheidung vom 03.08.2011 (Verg 30/11) herausgearbeitet, dass bei einer Ausschreibung nach der VOL/A 2009 kein Angebotsausschluss im Hinblick auf ein vermeintlich unvollständiges Angebot bei unklaren Forderungen von Biaternachweisen erfolgen kann.

Die Vergabestelle schrieb Leistungen im Offenen Verfahren nach der VOL/A 2009 aus. Sowohl in der Vergabebekanntmachung als auch in den Vergabeunterlagen führte sie an verschiedenen Stellen auf, welche Nachweise die Bieter mit dem Angebot zu erbringen hatten. Eine zusammenfassende Liste, welche einzelnen Nachweise die Bieter zu erbringen haben, gab es jedoch nicht. Die Vergabestelle schloss das Angebot der Antragstellerin wegen unterbliebener Vorlage eines Nachweises von der Wertung aus. Ein hiergegen gerichteter Nachprüfungsantrag war vor der Vergabekammer erfolgreich. Auch das OLG Düsseldorf bestätigt, dass das Angebot der Antragstellerin fehlerhaft von der Wertung ausgeschlossen wurde. Entgegen den Forderungen in § 9 EG Abs. 4 VOL/A hat die Vergabestelle keine klaren und unmissverständlichen Vorgaben zu den verlangten Nachweisen aufgestellt. Sinn und Zweck dieser Vorschrift ist es, den Bietern die Vorbereitung eines vollständigen Angebots zu erleichtern und Fehlinterpretationen über die zu erbringenden Nachweise sowie damit unnötige Angebotsausschlüsse zu vermeiden. Unzureichend ist, dass sich die zu erbringenden Nachweise aus dem Zusammenhang der Vergabeunterlagen ergeben. Selbst wenn dies der Fall ist, müssen die Nachweise nochmals gesondert in einer zusammenfassenden Liste aufgeführt werden. Diese ist spätestens mit den Vergabeunterlagen bekanntzugeben. Wenn eine Vergabestelle dieser

Anforderung nicht nachkommt, ist die Rechtsfolge und die damit einhergehende vergaberechtliche Sanktion für sie gravierend. Das OLG Düsseldorf bestätigt, dass in diesem Fall die Nachweise von dem Öffentlichen Auftraggeber nicht wirksam gefordert sind. Eine Verpflichtung der Bieter, die in der Bekanntmachung und/oder den Vergabeunterlagen geforderten Nachweise vorzulegen besteht nicht. Ebenso wenig können Angebote wegen fehlender geforderter Nachweise von der Wertung ausgeschlossen werden. Demzufolge war der Ausschluss des Angebots der Antragstellerin vergaberechtswidrig. Der Vergabestelle ist somit der Zuschlag auf das Angebot der Beigeladenen untersagt worden, bevor nicht eine erneute Angebotswertung unter Einbeziehung des Angebots der Antragstellerin stattgefunden hat. Die Pflicht, die verlangten Nachweise in einer abschließenden Liste zusammen zu fassen, ist bieterschützend.

FAZIT

Bieter ist mit den Vergabeunterlagen ein verlässlicher Überblick über die mit dem Angebot abzugebenden Nachweise in Form einer abschließenden Checkliste zu überreichen. Anhand dieser müssen sie sich abschließend orientieren können. Eine Nachforderung von Nachweisen durch den Öffentlichen Auftraggeber gem. § 19 EG Abs. 2 Satz 1 VOL/A 2009 ist sonst nicht möglich, da es keine wirksame erste Anforderung zur Vorlage von Nachweisen gibt. Möglich ist gegebenenfalls allein eine Aufklärung des Angebots zu den betroffenen Aspekten, was ein berechtigtes Aufklärungsinteresse des Auftraggebers voraussetzt.

Impressum: Neues zum Vergaberecht – herausgegeben von LEINEMANN PARTNER RECHTSANWÄLTE, Friedrichstr. 185 – 190, 10117 Berlin, Telefon: 030-2064190, Telefax: 030-20649092 · E-Mail: info@leinemann-partner.de · www.leinemann-partner.de
Ständige Mitarbeiter: Dr. Thomas Kirch, Prof. Dr. Ralf Leinemann (V.i.S.d.P.)
Rechtlicher Hinweis: Die in unserem Infodienst „Neues zum Vergaberecht“ enthaltenen Informationen haben wir mit größter Sorgfalt recherchiert. Gleichwohl können wir für deren Richtigkeit, Aktualität und Vollständigkeit keine Haftung, gleich aus welchem Rechtsgrund, übernehmen. Die Lektüre der vorliegenden Informationen ersetzt keine individuelle Beratung. Der Nachdruck oder die Vervielfältigung ist nur mit schriftlicher Genehmigung der Herausgeber zulässig.

Weitergehende Informationen finden Sie in unserer Infothek auf www.leinemann-partner.de

Unter „Presse & News“ können Sie „Neues zum Vergaberecht“ als PDF-Version und als gedruckte Ausgabe kostenlos abonnieren. Haben Sie Fragen oder Anregungen zu dieser Ausgabe? Dann schreiben Sie uns an: vergabe@leinemann-partner.de.