



Neues zum Vergaberecht 02/2022



Liebe Leserinnen und Leser,

wir freuen uns, Ihnen eine weitere Ausgabe unseres Vergaberechtsnewsletters präsentieren zu dürfen, die sich neben einer in vielerlei Hinsicht praxisrelevanten Entscheidung des OLG Frankfurt mit zwei „Klassikern“ der vergaberechtlichen Beratungspraxis, nämlich den Themen Eignungsleihe und Zuschlagskriterien, befasst.

Gerne möchten wir Sie auch auf künftige **Veranstaltungen** hinweisen:

- **Beitrag des Vergaberechts zum Klimaschutz**
Webinar am 25.10.2022 mit Andreas Rosenauer (kostenfrei)
- **Das (kleine) 1 X 1 der VOB/B – Rechtliches Handwerkszeug für die tägliche Baupraxis**
Seminar am 23.11.2022 mit Jonas Deppenkemper, Jarl-Hendrik Kues, Felix S. Thomas
- **Gewerbemietvertrag in 90 Minuten - Wichtiges Know-how für die Immobilienpraxis**
Webinar am 08.12.2022 mit Vladislava Zdesenko (kostenfrei)

Wir wünschen Ihnen viel Freude bei der Lektüre.

Über Ihre Anregungen, Rückfragen oder auch Diskussionen über weitere Problemstellungen resultierend aus der derzeitigen Praxis freuen wir uns. Schreiben Sie uns unter: vergaberecht@leinemann-partner.de.

Mit den besten Grüßen aus Frankfurt und bleiben Sie gesund

Jonas Deppenkemper

Themen

Jonas Deppenkemper, Frankfurt am Main

Vorsicht, wenn es „plötzlich“ schnell gehen muss!

Mark von Dahlen, Düsseldorf

Referenzen - Eignungsleihe vs. Selbstaussführungsgebot

Sabrina Hißting, Frankfurt am Main

Ausschluss bei niedriger Qualitätswertung zulässig!



Jonas Deppenkemper, Frankfurt am Main

Vorsicht, wenn es „plötzlich“ schnell gehen muss!

Das Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb bietet Auftraggebern die Möglichkeit, direkt und weitestgehend formlos auf Unternehmen mit der Bitte um Angebotsabgabe zuzugehen. Auf diese Form wird in der Praxis besonders gerne zurückgegriffen, da durch den Verzicht auf die öffentliche Aufforderung zur Teilnahme eine erhebliche Zeiteinsparung bei gleichzeitiger Erhaltung der Flexibilität eines Verhandlungsverfahrens erreicht werden kann. Zudem bietet das vergleichsweise weite Auswahlermessen des öffentlichen Auftraggebers hinsichtlich der am Verfahren zu beteiligten Unternehmen die Möglichkeit vermeintlich „unliebsame“ Bieter von vorn herein von der Ausschreibung auszuschließen.

Aufgrund der erheblichen Einschränkungen des Wettbewerbs, die diese Vergabeart zwangsläufig bewirkt, sind die Voraussetzungen, unter denen ein solches Verfahren durchgeführt werden darf, äußerst eng. Besonders beliebt scheint in der Praxis eine Begründung über die Ausnahmeregelung des § 14 Abs. 4 Nr. 3. VgV (bzw. § 3a EU Abs. 3 Nr. 4 VOB/A), die jedoch nur dann eingreift, wenn ein Fall äußerster Dringlichkeit vorliegt.

Welche Anforderungen an die äußerste Dringlichkeit zu stellen sind hat das OLG Frankfurt in einer kürzlich veröffentlichten Entscheidung (**Beschluss vom 07.06.2022 - 11 Verg 12/21**) nochmals klargestellt.

Sachverhalt

Ein öffentlicher Auftraggeber (AG) schrieb die Herstellung von Aufzugsanlagen für ein neu zu errichtendes Klinikgebäude in einem Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb während der laufenden Baumaßnahme erneut aus, nachdem sie den ursprünglichen Auftrag, den sie ordnungsgemäß vergeben hatte, gekündigt hatte.

Nach der Kündigung des ursprünglich betrauten Auftragnehmers ließ sich der AG, da der Baufortschritt dies zunächst zuließ, mehrere Monate Zeit, ehe sie die Neuausschreibung der Leistungen anging. Durch die Wahl des Verhandlungsverfahrens ohne Teilnahmewettbewerb erhoffte sich der AG eine zeitliche Einsparung von zwei Monaten im Hinblick auf die Fertigstellung des Gebäudes, während eine spätere Fertigstellung hohe wirtschaftliche Nachteile mit sich bringe. Nach

einer Markterkundung lud der AG daher ausgewählte Unternehmen zur Teilnahme an dem Verfahren ein, von denen ein Unternehmen ein Angebot abgegeben hat und den Zuschlag erhalten hat.

Die Antragstellerin, welche nicht zur Angebotsabgabe eingeladen wurde, rügte zahlreiche Modalitäten der Vergabe, in erster Linie jedoch die Wahl der Vergabeart. Ihrer Ansicht nach war keine äußerste Dringlichkeit i.S.d. § 3a EU Abs. 3 Nr. 4 VOB/A gegeben und somit lag auch kein Grund vor, den Teilnahmewettbewerb und so auch die Möglichkeit der Teilnahme der Antragstellerin auszuschließen.

Entscheidung

Das OLG Frankfurt gab der Antragstellerin Recht und erklärte den geschlossenen Vertrag gemäß § 135 GWB für von Anfang an unwirksam. Denn

*„Äußerste Dringlichkeit ist regelmäßig bei unaufschiebbaren, nicht durch den Auftraggeber verursachten Ereignissen anzunehmen, bei denen eine gravierende Beeinträchtigung für die Allgemeinheit und die staatliche Aufgabenerfüllung droht, etwa durch einen schweren, nicht wiedergutzumachenden Schaden. Als dringliche und zwingende Gründe kommen deshalb akute Gefahrensituationen und höhere Gewalt in Betracht, die zur Vermeidung von Schäden der Allgemeinheit ein sofortiges, die Einhaltung von Fristen ausschließendes Handeln erfordern Beispiele sind die Behebung von Sturm- und Brandschäden oder sonstigen Katastrophenschäden sowie die Beschaffung von Leistungen, die der kurzfristigen Bewältigung von Krisen (etwa der Corona-Pandemie im Frühjahr 2020) und der Aufrechterhaltung des Dienstbetriebs der öffentlichen Verwaltung dienen. **Eine äußerste Dringlichkeit kann hingegen nicht mit bloßen wirtschaftlichen Erwägungen begründet werden**“*

Allein der hohe wirtschaftliche Schaden, welcher der AG vorgeblich drohe, sei also kein ausreichender Grund um die außerordentliche Dringlichkeit zu begründen. Zudem merkt das OLG an, dass die äußerste Dringlichkeit jedenfalls voraussetze, dass selbst die auf ein zulässiges Maß verkürzten Teilnahme- und Angebotsfristen zu lang sein müssten, um den Beschaffungsbedarf zu decken. Im entschiedenen Falle sei jedenfalls eine Ausschreibung in einer zulässigen Verfahrensart unter Fristverkürzung auf höchstes 15 Kalendertage möglich gewesen.

Auswirkungen auf die Praxis

Auftraggeber sollten – bevor sie an eine Ausnahmebegründung über die „äußerste Dringlichkeit“ überhaupt nur denken – stets vorrangig prüfen, wie dringend die Vergabe letztlich wirklich ist: Besteht die Möglichkeit die Leistung unter Einhaltung der Regelfristen in einem Regelverfahren auszuschreiben, ist dieser Weg grundsätzlich auch zu beschreiten.

Sollte dies nicht möglich sein, sollte zunächst an die Möglichkeiten der Fristverkürzungen für die Fälle der „einfachen“ Dringlichkeit gedacht werden (vgl. § 15 Abs. 3 VgV / § 10a EU Abs. 3 VOB/A).

Allenfalls dann, wenn auch die verkürzten Fristen zu lang erscheinen, kommt ein Fall der äußersten Dringlichkeit (möglicherweise und im absoluten Ausnahmefall) in Betracht.

Im Übrigen sollte jeder, der in der Praxis mit Dringlichkeitsvergaben in Berührung kommt, folgendes Zitat der VK Lüneburg (Beschluss vom 23.06.2021 – VgK-19/2021) im Hinterkopf behalten:

„Ein durch die Untätigkeit des öffentlichen Auftraggebers entstandener Zeitdruck rechtfertigt keine Vergabe im Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb.“



Mark von Dahlen, Düsseldorf

Referenzen - Eignungsleihe vs. Selbstauführungsgebot

Im Rahmen eines jeden Vergabeverfahrens nimmt die Prüfung der Eignungskriterien stets eine zentrale Rolle ein. Hierbei kommt es immer wieder zu Fragestellungen rund um das Thema Referenzen. Auch die Vergabekammer Südbayern musste sich in ihrem **Beschluss vom 06.07.2022** (Az. 3194.Z3-3_01-21-72) hiermit, insbesondere den Grenzen der Eignungsleihe, bei der sich der Bieter zum Nachweis seiner Eignung auf andere Unternehmen stützt, auseinandersetzen.

Sachverhalt

Die Auftraggeberin schrieb Leistungen im Schienenpersonennahverkehr (SPNV) aus. Die Bieter hatten zum Beleg ihrer beruflichen Leistungsfähigkeit Referenzen über ausgeführte Dienstleistungsaufträge im SPNV vorzulegen, wobei mindestens 70% der Leistungen selbst erbracht werden musste. Sofern sich ein Bieter dabei einer Eignungsleihe bedienen wollte, musste eine Verpflichtungserklärung beigefügt werden, aus der hervorgeht, dass der Bieter tatsächlich über die Erfahrungen des Dritten verfügen kann. Neben der Antragstellerin hatte u.a. die neu gegründete Beigeladene ein Angebot abgegeben, die sich dabei auf Referenzen ihrer Mutter- und Großmuttergesellschaft als eines der größten europäischen Eisenbahnverkehrsunternehmen berief. Nachdem die Antragstellerin gemäß § 134 GWB darüber informiert wurde, dass ihr Angebot nicht berücksichtigt werden und der Zuschlag auf die Beigeladene erfolgen sollte, rügte sie zunächst die Zuschlagserteilung und stellte anschließend einen Nachprüfungsantrag. Dabei verwies sie vor allem darauf, dass die Beigeladene die geforderten Referenzen nicht vorlegen könne.

Entscheidung

Der Nachprüfungsantrag der Antragstellerin war im Ergebnis erfolgreich. Die Vergabekammer stellte fest, dass sich ein Wirtschaftsteilnehmer zwar im Rahmen einer Eignungsleihe auf die Leistungsfähigkeit eines anderen Unternehmens stützen könne, für Nachweise hinsichtlich der beruflichen Erfahrung würde § 47 Abs. 1, S. 3 VgV jedoch die Einschränkung vorsehen, dass das Unternehmen diese Leistungen auch tatsächlich erbringen müsse. Dies gelte hinsichtlich der einschlägigen beruflichen Erfahrung und insbesondere auch für die Berufung auf Referenzen. Da die Auftraggeberin Referenzen über Leistungen im SPNV gefordert habe, müsse bei einer Eignungsleihe

die Mutter- bzw. Großmuttergesellschaft der Beigeladenen als Eignungsgeberin auch die gesamten von der Referenz umfassten Leistungen ausführen. Aufgrund des nach Art. 4 Abs. 7 der Verordnung (EG) 1370/2007 zulässigerweise festgelegten Selbstausführungsgebot von 70% bzgl. eines bedeutenden Teils der öffentlichen Personenverkehrsdienste könne die Beigeladene auch als Newcomerin in diesem Umfang jedoch keine Eignungsleihe betreiben. Der Ansicht der Beigeladenen, wonach es gem. § 47 Abs. 1, S. 3 VgV anstatt einer vollständigen Leistungserbringung ausreichend sei, dass der Eignungsgeber lediglich durch Führungspersonal den Teil der Leistungen erbringt, über den die erforderlichen Erfahrungen vermittelt wird und damit eine hinreichende Gewähr für eine Durchführung der ausgeschriebenen Leistungen in angemessener Qualität sicherstellt, könne nicht gefolgt werden. Selbst wenn man eine solche einschränkende Auslegung, die dann nicht mit der geforderten Selbstausführungsquote in Konflikt käme, annähme, sei stets der Inhalt der Verpflichtungserklärung zu prüfen. Ein allgemeines Berufen darauf, dass Mitarbeitende der eignungsverleihenden Unternehmen, die an den entsprechenden Referenzaufträgen beteiligt waren, dem neu gegründeten Tochterunternehmen über den gesamten Leistungszeitraum irgendwie zur Verfügung stehen, genüge den Anforderungen an eine Eignungsleihe dabei jedenfalls nicht. Der Auftraggeberin wurde daher untersagt, den Zuschlag auf das Angebot der Beigeladenen zu erteilen.

Fazit

Die Entscheidung der Vergabekammer zeigt deutlich, dass Bieter das Thema Referenzen bei der Angebotsabgabe nicht auf die leichte Schulter nehmen sollten. Auch wenn im Rahmen der Nachforderung von Unterlagen gewisse Unzulänglichkeiten grundsätzlich geheilt werden können, sollten statt für eine Vielzahl von Fällen entworfene Referenznachweise stets auf das konkrete Vergabeverfahren angepasste Nachweise und Erklärungen mit dem Angebot übermittelt werden.



Sabrina Hißting, Frankfurt am Main

Ausschluss bei niedriger Qualitätswertung zulässig!

Die Transparenz des Vergabeverfahrens ist eine wesentliche Voraussetzung für die Herstellung der Chancengleichheit und Schaffung eines funktionierenden Wettbewerbs. Hieraus folgt bekanntermaßen, dass Auswahlkriterien sowie deren Gewichtung veröffentlicht und dem potentiellen Bieterkreis vorab bekannt zu geben sind. Dieser muss bei Durchsicht der Vergabeunterlagen und anhand des mitgeteilten Bewertungsmaßstabes problemlos und im besten Fall ohne Bieterfragen erkennen können, ob Aussicht auf den Zuschlag besteht. Im Hinblick auf das Transparenzgebot sind demnach insbesondere strenge Anforderungen an die Verwendung von Wertungsmatrizen mit Punktesystemen zu beachten. Bei qualitativen Zuschlagskriterien - vor allem Konzeptbewertungen - sind bereits mit den Vergabeunterlagen die Gewichtung der Kriterien sowie die Begründungen für die Differenzierung der jeweils erreichbaren Punkte- oder Notenstufen anzugeben. Für das Verständnis kommt es hierbei auf die Sicht eines objektiven und fachkundigen Bieters an. Sofern Unklarheiten bestehen, ist der Bieter mittels Bieterfragen oder gar Rügen zur Aufklärung gehalten, um Missverständnisse oder gar eine Präklusion seines Anliegens zu vermeiden. Der **Beschluss der Vergabekammer des Bundes vom 01.06.2022** (VK 1-49/22) beschäftigt sich mit den Anforderungen an die Transparenz der bekanntgemachten Zuschlagskriterien sowie deren Gewichtung und verdeutlicht nochmals die Wichtigkeit verständlicher, transparenter und eindeutiger Zuschlagskriterien.

Im Wesentlichen geht es um die folgende Formulierung die Zuschlagskriterien betreffend:

“Angebote, bei denen die Summe der Punkte aller Wertungsbereiche nicht mindestens 85 % der Gesamtpunktzahl beträgt, welche bei durchgängiger Bewertung in der Wertungsstufe '2 Punkte - entspricht den Anforderungen' erreicht wird, werden von der weiteren Wertung ausgeschlossen“

Der Entscheidung liegt ein Nachprüfungsverfahren des unterlegenen Bieters zugrunde, der die aus seiner Sicht intransparenten Zuschlagskriterien rügt. Denn nach Ansicht des Bieters sei die vorstehende Festlegung so zu verstehen, dass in allen Wertungskriterien mindestens zwei Punkte erreicht werden müssten.

Diese Auslegung teilte die Vergabekammer jedoch nicht:

Bei der oben zitierten Formulierung könne ein verständiger Bieter nicht davon ausgehen, dass 85 % der *maximal erreichbaren Punktzahl* maßgeblich seien. Vielmehr dränge es sich bei der Lektüre der Vergabeunterlagen auf, dass es lediglich auf das Erreichen derjenigen Punkte ankommt, die ein fiktiver Bieter *bei durchgängiger Bewertung in allen Kriterien mit je 2 Punkten* erhalten würde.

Nach Ansicht der Vergabekammer ergibt sich dies im Wege der Auslegung insbesondere aus der Formulierung "*welche [...] erreicht wird*". Eine Intransparenz liege schon aufgrund des eindeutigen Wortlautes nicht vor - der voranstehende Relativsatz beziehe sich lediglich auf die „*Gesamtpunktzahl*“, nicht jedoch auf die maximal erreichbare Höchstpunktzahl. Ein verständiger, durchschnittlicher Bieter hätte erkennen müssen, dass sich die 85 % schon denkllogisch nicht auf die Höchstpunktzahl beziehen können, da dies zu einer inhaltlichen Fehlerhaftigkeit der Vorgaben führen würde.

Der Beschluss der Vergabekammer rückt nochmals die elementare Bedeutung des Transparenzgebots (§ 97 Abs. 1 GWB) in den Fokus. Potentiellen Auftraggebern wird nochmals die Wichtigkeit der eindeutigen Formulierung, Vollständigkeit und deren Gewichtung aufgezeigt, potentiellen Auftragnehmern die genaue Lektüre der Vergabeunterlagen.

Zweideutige, unklare und komplexe Formulierungen sollten vom öffentlichen Auftraggeber stets vermieden werden; gleichzeitig sind Bieter gut beraten im Zweifel durch Bieterfragen aufzuklären, wenn bestimmte Festlegungen nicht auf Anhieb verstanden werden oder, wie vorliegend, unglücklich komplex formuliert sind.