



Neues zum Vergaberecht 04/2020



Liebe Leserinnen und Leser,

ein ereignisreiches Jahr neigt sich dem Ende zu. Während die Welt weiterhin den Atem anhält und die wirtschaftlichen Folgen der Corona-Pandemie bis heute noch nicht absehbar sind, wurde auch das Vergaberecht durch Notfallverordnungen und vermeintliche Vereinfachungen der Lage angepasst. Der Spagat zwischen unbürokratischer Beschaffung und Wettbewerb war somit sicher das zentrale, vergaberechtliche Thema der Krise.

Besonderes Aufsehen erregte in diesem Zusammenhang die Entscheidung der VK Bund (Beschl. v. 28.08.2020; Az.: VK 2-57/20), die über die eilige Direktvergabe zur Beschaffung von Schutzmasken des Bundesgesundheitsministerium (BMG) zu entscheiden hatte. Das anschließende Open-House Modell, über das die Masken letztlich beschafft wurden, hat sich jedoch rückblickend nur als bedingt geeignet erwiesen: Die Beschaffung lief in der Tat rasend schnell. Die Qualität der Masken lässt jedoch zu wünschen übrig und beschäftigt Rechtsanwälte und Justiz mit Sicherheit noch eine ganze Weile. Die Formel „weniger Vergaberecht gleich effizientere Beschaffung“, der auch die meisten beschlossenen Erleichterungen folgen, greift somit ganz offensichtlich zu kurz und wird zu überdenken sein.

Unabhängig von diesem Zwischenfazit gab es jedoch auch im Jahr 2020 ein Vergaberecht jenseits von Corona, dem wir auch die letzte Ausgabe unseres Newsletters widmen möchten. Denn auch zu den vergaberechtlichen „Dauerbrennern“ Eignungsleihe, fehlende Angaben in Formblättern, Vorabinformationen und Direktvergaben gibt es neue Entscheidungen, die wir Ihnen in dieser Ausgabe vorstellen möchten.

Wir wünschen Ihnen viel Freude bei der Lektüre und eine besinnliche Weihnachtszeit.

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

Bastian Haverland, Hamburg

Entweder ganz oder gar nicht: Auch ein unvollständig ausgefülltes Formblatt fehlt

Patrick Böck, LL.M., München

Notwendige Mitteilung der Zuschlagsabsicht auch an Bieter deren Angebote durch Ablauf der Bindefrist erloschen sind

Daniel Lucas Orf, Berlin

Keine formale Berücksichtigung von Referenzen durch den Auftraggeber

Sabrina Hißting, Frankfurt am Main

Direktvergabe – Was gehört in den Vergabevermerk?



Bastian Haverland, Hamburg

Entweder ganz oder gar nicht: Auch ein unvollständig ausgefülltes Formblatt fehlt

Die Vorlage eines unvollständig ausgefüllten Formblatts steht rechtlich nach der VK Bund (Beschluss vom 25.05.2020 - [VK 1-24/20](#)) der Nichtvorlage gleich.

Sachverhalt

Die Vergabestelle führte ein offenes Verfahren zur Vergabe von Bauleistungen durch. Der Angebotsaufforderung lag u.a. die Leistungsbeschreibung und das Formblatt 223 VHB bei. Letztes war "ausgefüllt auf gesondertes Verlangen" der Vergabestelle einzureichen. Einziges Zuschlagskriterium war der Preis. Das Angebot des Bieters A lag auf dem ersten Platz. Die Vergabestelle forderte von A die Vorlage des Formblatts VHB 223 "Aufgliederung der Einheitspreise" nach. Dieser legte ein eigenes Formblatt vor, das er nicht vollständig ausgefüllt hat. Die Vergabestelle verlangte im Rahmen der Aufklärung um zusätzliche Erläuterung, warum er in einigen Positionen keine Lohnkosten eingetragen habe. Dies erklärte A nicht ausreichend. Nach Ausschluss seines Angebots leitete er ein Nachprüfungsverfahren ein.

Entscheidung

Der Nachprüfungsantrag bleibt erfolglos; mit nachfolgenden Begründungen der VK Bund. Das Angebot des Bieters A ist gemäß § 16 EU Nr. 4 VOB/A auszuschließen, weil er das Formblatt 223 VHB nicht vollständig ausgefüllt vorgelegt hat. Beim Formblatt 223 VHB, in dem der Bieter in Tabellenform seine Einheitspreise nach bestimmten Kriterien aufgliedern soll, handelt es sich um eine Erklärung, dessen "Vorlage sich der öffentliche Auftraggeber vorbehalten hat", weil die Vergabestelle festgelegt hat, dieses Formblatt gesondert anzufordern, also den Zuschlag nur nach Vorlage und Prüfung dieses Formblattes zu erteilen. Ein Auftraggeber ist gemäß §§ 16 EU bis 16d EU VOB/A verpflichtet, zumindest dasjenige Angebot, auf das er den Zuschlag erteilen will, in mehreren Schritten zu werten. Einer dieser Schritte ist die Prüfung der Angemessenheit des Angebotspreises, die sich nicht aufgrund des Preisabstands zwischen dem niedrigsten zum nächstteureren Angebot entscheidet, sondern nach dem Preis-Leistungsverhältnis des betreffenden Angebots (vgl. nur § 16d EU Abs. 2 Nr. 1 VOB/A, § 60 Abs. 1 VgV, Art. 69 Abs. 1 RL 2014/24/EU). Da das Angebot des Bieters A von allen eingereichten den niedrigsten Preis hatte und der Preis das einzige Zuschlagskriterium ist, kam dieses Angebot in der Angebotswertung in die engere Wahl, so dass eine Prüfung des Preises (jedenfalls) des Angebots des Bieters A angezeigt war. Im Vergaberecht ausdrücklich erwähnt und daher nicht zu beanstanden ist es, wenn ein öffentlicher Auftraggeber vom Bieter eine nähere Aufschlüsselung der Preisermittlung und nähere Ausführungen

zu seinen Kosten verlangt (s. § 16d Abs. 1 Nr. 2 VOB/A: "Unterlagen über die Preisermittlung", § 15 EU Abs. 1 Nr. 1 VOB/A: "Einsicht in die (...) Preisermittlungen (Kalkulationen)", § 60 Abs. 2 VgV, Art. 69 Abs. 2 RL 2014/24/EU). Denn nicht nur der Gesamtpreis eines Angebots ist wertungsrelevant, sondern auch seine Kalkulation, allein schon weil letztere Aufschluss darüber geben kann, ob das Angebot des Bieters kostendeckend ist.

Der Bieter A hat das von der Vergabestelle geforderte Formblatt nicht vorgelegt i.S.d. § 16 EU Nr. 4 VOB/A, weil er zahlreiche Spalten überhaupt nicht ausgefüllt hat. Hierbei braucht nicht entschieden zu werden, ob der Bieter A bereits deshalb auszuschließen ist, weil er auf die Anforderung der Vergabestelle, das Formblatt 223 VHB, das die Vergabestelle als Blanko-Muster den Vergabeunterlagen beigelegt hatte, vorzulegen, nicht dieses Formblatt, sondern eine von ihm selbst erstellte Aufgliederung der Einheitspreise vorgelegt hatte, die ebenfalls mit "223" überschrieben war.

Im Wesentlichen stimmt die Tabelle des Bieters A mit dem Formblatt 223 VHB überein. Selbst diese hat Bieter A indes nicht vollständig ausgefüllt. Allein die körperliche Vorlage des Formblatts beantwortet die eindeutige und berechtigte Aufforderung der Vergabestelle, die Kosten nach konkreten Kategorien (Zeitansatz, Löhne, Stoffe, Geräte, Sonstiges) aufzugliedern, nicht; die Vorlage einer unvollständigen Erklärung ist daher rechtlich ebenso zu behandeln, also wenn diese Erklärung schon rein körperlich überhaupt nicht vorgelegt wurde. So verhält es sich auch hier. Denn in zahlreichen Leistungspositionen hat der Bieter A nicht einmal im von ihm selbst entworfenen Formblatt Lohnkosten eingetragen, obwohl nach der Leistungsbeschreibung unzweifelhaft Arbeitsleistungen anfallen. Er hat stattdessen die betreffende Spalte "Lohn" in einer Vielzahl von Positionen gar nicht ausgefüllt, was aus maßgeblicher Sicht eines objektiven Empfängers (vgl. §§ 133, 157 BGB) so verstanden werden kann, dass bei diesen Positionen keine Lohnkosten anfallen.

Zusätzlich ist das Angebot des Bieters A gemäß § 15 EU Abs. 2 VOB/A auszuschließen, da er das Aufklärungsverlangen nicht vollständig beantwortet hat. Da die Antworten des Bieters A im Ergebnis nicht für die Aufklärung verwendbar waren, warum er in bestimmten Positionen kalkulatorisch keine Lohnkosten angesetzt hat, obwohl nicht nur Liefer-, sondern auch lohnpflichtige Arbeitsleistungen zu erbringen sind, sind die Antworten rechtlich so zu behandeln, als wenn der Bieter A die geforderten Aufklärungen und Angaben insgesamt verweigert oder die ihm zur Aufklärung gesetzte Frist unbeantwortet hätte verstreichen lassen. Zwar darf ein öffentlicher Auftraggeber fehlende Erklärungen, die nicht bereits mit dem Angebot vorzulegen waren, sondern deren spätere Vorlage er sich wie hier im Falle des Formblattes 223 VHB vorbehalten hat, gemäß § 16a EU Abs. 1 S. 2 VOB/A nicht noch einmal nachfordern. Erlaubt, wenn nicht sogar geboten, ist es jedoch, ein Angebot vor seinem Ausschluss weiter aufzuklären. D.h. die Vergabestelle hat dem Bieter A zu Recht gebeten, seine Preiskalkulation und damit gleichzeitig seine bisherigen Angaben im Formblatt 223 noch einmal zu erläutern. Doch auch das Ergebnis dieser Aufklärungen führt hier nicht dazu, dass das Angebot wegen des unvollständigen Formblattes 223 nicht auszuschließen ist.

Auswirkungen auf die Praxis

Damit ist (erneut) klar: Der Ausschluss eines Angebots gilt bei einer fehlenden Unterlage genauso wie bei einer nicht vollständigen Unterlage. Übrigens wäre die Vorlage eines nicht geforderten Formblattes (wohl) bereits für sich ein Ausschlussgrund (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 05.09.2018, Verg 32/18).



Patrick Böck, LL.M., München

Notwendige Mitteilung der Zuschlagsabsicht auch an Bieter deren Angebote durch Ablauf der Bindefrist erloschen sind

Vergabekammer Bund: Auftraggeber müssen alle betroffene Bieter über eine beabsichtigte Zuschlagserteilung informieren, auch solche, deren Angebote zwischenzeitlich wegen Ablaufs der Bindefrist erloschen sind.

Soweit ein Bieter wegen Ablaufs der Bindefrist nicht mehr an sein Angebot gebunden ist, darf der Auftraggeber hieraus nicht automatisch den Rückschluss ziehen, dass das Interesse des betreffenden Bieters am Auftrag entfallen und eine Benachrichtigung über die beabsichtigte Zuschlagserteilung an einen Wettbewerber deshalb entbehrlich ist. Der hierin liegende Verstoß gegen die Benachrichtigungspflicht aus § 132 GWB führt zur Unwirksamkeit des erteilten Auftrages nach § 135 Abs. 1 Nr. 1 GWB. Dies hat die Vergabekammer Bund im Beschluss vom 25.03.2020 (VK 1-12/20) entschieden.

Der Sachverhalt

Gegenstand des Verfahrens ist die europaweite Ausschreibung der Beschaffung von Laboreinrichtungen. Nach einem Hinweis eines Bieters auf die fehlende Realisierbarkeit der ausgeschriebenen Ausführungstermine passte die Auftraggeberin diese sowie die Angebotsfrist an und verlängerte die Bindefrist bis Mai 2019. Sowohl die Antragstellerin (A) als auch eine weitere Bieterin (B) gaben Angebote ab. Das Angebot der B enthielt jedoch zwei Abweichungen vom Leistungsverzeichnis. Im Juni 2019 bat die Auftraggeberin beide Bieter um eine nochmalige Verlängerung der Bindefrist. Dem stimmte A unter der Bedingung einer einvernehmlichen Abstimmung neuer Termine im Zuschlagsfall zu, da die ursprünglichen Ausführungstermine nicht mehr zu halten seien. In der Folgezeit schloss die Auftraggeberin die B wegen der Abweichungen in ihrem Angebot aus und ließ A ein Zuschlagsschreiben mit unveränderten Ausführungsfristen zukommen. A zeichnete das Schreiben gegen, strich jedoch die Fristen durch und sendete das Auftragsschreiben unter Hinweis auf ihre damalige Bedingung für die Bindefristverlängerung an die Auftraggeberin zurück. Diese äußerte daraufhin die Auffassung, dass kein wirksamer Auftrag zustande gekommen sei. A bekundete weiterhin Interesse am Auftrag und erhielt auf Nachfrage von der Auftraggeberin im September 2019 die Auskunft, dass noch nicht über die Auftragsvergabe entschieden worden sei. Zur gleichen Zeit reichte B ein neues – erneut vom Inhalt der Ausschreibung abweichendes - Angebot ein und erhielt hierauf im Januar 2020 den Zuschlag. Eine vorherige Mitteilung an die unterlegenen Bieter über die beabsichtigte Zuschlagserteilung fand nicht statt, ebenso unterblieb eine Bekanntmachung des vergebenen Auftrags im Amtsblatt der EU. A wendet sich daraufhin nach Rüge an die Vergabekammer und beantragt die Feststellung der Unwirksamkeit

der Auftragserteilung an B nach § 135 Abs. 1 GWB.

Die Entscheidung

Der Antrag auf Feststellung der Unwirksamkeit ist zulässig und begründet.

Die Antragsbefugnis der A im Sinne von § 160 Abs. 2 GWB folge aus ihrem nach wie vor bestehenden Auftragsinteresse. Das mit der Angebotsabgabe kundgetane Interesse am ausgeschriebenen Auftrag entfalle nicht per se mit dem Ablauf der Bindefrist. Zwar sei der Bieter in diesem Fall gemäß §§ 146, 148 BGB nicht mehr an sein Angebot gebunden, jedoch könne ein dennoch erteilter Zuschlag immer noch zum Vertragsschluss führen. Die Zuschlagserteilung durch den Auftraggeber stelle sich dann nach § 150 BGB als neues Angebot zum Vertragsschluss dar, welches der Bieter seinerseits annehmen oder ablehnen könne. Auch die von A in ihrem Antwortschreiben aufgestellte Bedingung, einem Auftrag nur bei Vereinbarung neuer Ausführungsfristen zuzustimmen, gebiete keine hiervon abweichende Beurteilung. Hierin liege letztlich nur der Hinweis auf die nach § 6 Abs. 2 Nr. 1 a) VOB/B zulässige Möglichkeit, die vertraglichen Ausführungsfristen nach Vertragsschluss anpassen zu können. Solange ein Bieter nicht ausdrücklich und eindeutig etwas anderes sage, sei bei der Auslegung seiner Willenserklärungen grundsätzlich davon auszugehen, dass er ein Interesse am vergaberechtskonformen Zustandekommen des Vertrages und gerade nicht an einem Ausschluss seines Angebotes oder anderen verfahrensbeendenden Maßnahmen habe. Damit könne hier gerade nicht von einer Abstandnahme vom eigenen Angebot und einem Wegfall des Interesses an einer Auftragserteilung ausgegangen werden.

Schließlich folge aus der unterlassenen vorherigen Information über die Zuschlagserteilung auch ein drohender Schaden der A im Sinne von § 160 Abs. 2 GWB. Zum einen verhindere die Vorgehensweise der Auftraggeberin eine Auftragserteilung an die A, zum anderen sei ihr hierdurch auch die Möglichkeit einer Überprüfung im Wege eines Nachprüfungsverfahrens genommen worden, was nachteilige Auswirkungen auf die Zuschlagschancen habe.

Der Feststellungsantrag ist auch begründet. Die Unwirksamkeit des erteilten Auftrages folge hier bereits aus § 135 Abs. 1 Nr. 2 GWB, da die Auftraggeberin den Auftrag ohne vorherige Veröffentlichung einer Bekanntmachung im EU-Amtsblatt vergeben habe, ohne dass eine Ausnahme von der Bekanntmachungspflicht vorlag. Im Übrigen sei der Auftrag unabhängig davon auch nach § 135 Abs. 1 Nr. 1 GWB unwirksam, weil die Auftraggeberin die unterlegenen Bieter – so auch die A – nicht vorab über den beabsichtigten Vertragsschluss mit der B gemäß § 134 GWB informiert habe, obwohl sie dazu verpflichtet gewesen sei. Aus der EU-richtlinienkonformen Auslegung von § 134 Abs. 1 GWB (vgl. Art. 2a Abs. 2 RL 2007/66/EU) ergebe sich, dass alle „betroffenen“ Bieter über eine beabsichtigte Zuschlagserteilung zu informieren sind. Da das Interesse der A am Vertragsschluss weiterhin bestanden habe und die A auch nicht formell aus dem Verfahren ausgeschlossen worden sei, gelte diese weiterhin als "Betroffener" im Sinne von § 134 Abs. 1 GWB.

Praxishinweise

Allgemein bekundet ein Bieter Interesse an dem zu vergebenden Auftrag, wenn er ein Angebot abgibt. Trotz zwischenzeitlichem Ablauf der Bindefrist muss der Auftraggeber in der Regel ein fortdauerndes Interesse des Bieters an einem Vertragsschluss unterstellen, es sei denn, der Bieter hat dieses ausnahmsweise unmissverständlich aufgegeben. Etwaige Erklärungen des Bieters sind hierbei nach dem objektiven Empfängerhorizont auszulegen (vgl. BGH, Urt. v. 11.05.2009 – VII ZR 11/08). Bei der Auslegung ist vom Grundsatz her zu unterstellen, dass ein Bieter mit seinen

Erklärungen und Handlungen ein vergaberechtskonformes Zustandekommen eines Vertrages bezweckt. Nur im Ausnahmefall darf das Gegenteil angenommen werden, wenn eine dahingehende Absicht des Bieters eindeutig und klar erkennbar ist. Liegt nach der so vorzunehmenden Auslegung weiterhin ein Interesse des Bieters am Auftrag vor, muss der Auftraggeber den Bieter zwingend über den beabsichtigten anderweitigen Zuschlag vorab nach § 134 GWB informieren. Geschieht dies nicht, hat dies die Unwirksamkeit des Vertrages mit dem Wettbewerber zur Folge.



Daniel Lucas Orf, Berlin

Keine formale Berücksichtigung von Referenzen durch den Auftraggeber

Mit Beschluss vom 22.10.2020 hat sich die Vergabekammer Nordbayern dazu geäußert, welche inhaltlichen Anforderungen bei einer Eignungsleihe zur berücksichtigen sind, wenn sich ein Bieter auf Referenzen Dritter stützen will (**RMF – SG 21-3194-5-33**).

Die Vergabestelle schrieb die Einrichtung und den Betrieb eines öffentlichen Fahrradvermietungssystems europaweit in einem Verhandlungsverfahren mit Teilnahmewettbewerb aus. Nach der europaweiten Vergabebekanntmachung mussten die Bieter zum Nachweis der technischen und beruflichen Leistungsfähigkeit ausdrücklich Erfahrung im Aufbau und der Betreuung eines Fahrradvermietungssystems vorweisen. Nach dem Teilnahmewettbewerb gaben drei Bieter Angebote ab. Gegen die vorgesehene Zuschlagserteilung an die zum Nachprüfungsverfahren dann beigeladene Bieterin wandte sich die spätere Antragstellerin zunächst erfolglos mit einer Rüge an die Auftraggeberin. Sie machte insbesondere geltend, dass die Beigeladene als Newcomerin nicht über die erforderlichen Voraussetzungen verfüge, um die aufgestellten Eignungskriterien zu erfüllen. Im Rahmen des nach Rügezurückweisung eingeleiteten Vergabenachprüfungsverfahrens macht die Auftraggeberin geltend, dass sich die Beigeladene im Rahmen einer Eignungsleihe auf ein europaweit agierendes Unternehmen stütze, welches aussagekräftige und vergleichbare Referenzen beigelegt habe. Zur von ihr vorgesehenen Leistungserbringung erläutert die Beigeladene vor der Vergabekammer, dass sie selbst unter anderem die Projektleitung, den Service vor Ort und das Marketing vornehmen wird. Die Aufgaben des die Eignung leihenden Unternehmens liegen demgegenüber in der Lieferung der Fahrräder und App, dem Hintergrundbetrieb der App sowie im Betrieb des Call-Centers in den Hauptzeiten.

Der Nachprüfungsantrag ist erfolgreich. Die Beigeladene hätte schon nicht zur Abgabe eines Angebotes aufgefordert werden dürfen, da sie ihre Eignung im Teilnahmewettbewerb nicht wie gefordert nachgewiesen hat. Maßstab für die Eignungsprüfung sind die in der Vergabebekanntmachung veröffentlichten Eignungskriterien. Dabei kommt öffentlichen Auftraggebern ein Beurteilungsspielraum zu, der in einem Nachprüfungsverfahren einer nur eingeschränkten Kontrolle unterliegt. Vorliegend war zum Nachweis der technischen und beruflichen Leistungsfähigkeit gefordert, dass Erfahrung im Aufbau und der Betreuung eines Fahrradvermietungssystems vorzuweisen war. Auf welcher Grundlage die Auftraggeberin hierzu für die Beigeladene zu dem Ergebnis kam, dass diese über entsprechende Erfahrungen verfüge, ist für die Vergabekammer indes nicht nachvollziehbar. Die Beigeladene konnte über eine Eignungsleihe nur teilweise ihre Eignung nachweisen. Die vorgesehene Nachunternehmerin hat sich lediglich dazu verpflichtet, die IT Plattform, die App, das Callcenter und die Fahrradschlösser nebst Fahrrädern zu erbringen. Zum (nachzuweisenden) Aufbau und Betrieb eines Fahrradvermietungssystems gehören

aber mehr als diese Teilleistungen. Insbesondere müssen die Stationen ausgestattet, errichtet und betrieben werden und auch der Betrieb und die Instandhaltung des Systems gewährleistet sein, wie aus dem auftraggeberseitigen Lastenheft folgt. Diese Aufgaben werden aber schon nicht von den Nachunternehmererklärungen im Rahmen der Eignungslleihe übernommen. Diese Leistungen sind damit nicht durch die Eignungslleihe abgedeckt.

Da der Umfang der Eignungslleihe der Nachunternehmererklärung nicht ausreicht, damit die Beigeladene ihre technische und berufliche Leistungsfähigkeit wie in der Auftragsbekanntmachung gefordert nachweisen konnte, hätte sie schon nicht zur Abgabe eines Angebotes aufgefordert werden dürfen. Es genügt nicht, dass der Nachunternehmer für technisches Equipment und Ähnliches sorgt. Er hätte vielmehr auch den kompletten Aufbau und Betrieb des Fahrradvermietungssystems übernehmen müssen, nachdem die Beigeladene hier offensichtlich selbst keine Erfahrungen besitzt.

Im Rahmen einer Eignungslleihe ist zu prüfen, ob das eignungslleihende Unternehmen die betroffenen Leistungen, für die die geforderten Erfahrungen zu belegen sind, im Auftragsfall auch tatsächlich selbst erbringen wird. Eine bloß formale Berücksichtigung von Referenzen o.Ä. Dritter, die dann mit Blick auf die betroffenen Leistungen gar nicht zum Einsatz kommen werden, ist nicht ausreichend.



Sabrina Hißting, Frankfurt am Main

Direktvergabe – Was gehört in den Vergabevermerk?

*Auch bei Markterkundungen gilt, „Wer schreibt, der bleibt“ - eine gute Vergabedokumentation ist auch bei Direktvergaben das „A und O“ (VK Bund, Beschluss vom 29.09.2020 – **VK 2 – 73/20**).*

Jeder wirksamen Auftragsvergabe muss in der Regel eine Ausschreibung vorausgehen. Erfolgt eine Vergabe ohne vorherige Ausschreibung und dies ohne, dass ein gesetzlicher Ausnahmetatbestand vorliegt, welcher ausreichend dokumentiert ist, droht die Unwirksamkeit nach § 135 Abs. 1 Nr. 2 GWB oder gar die Rückforderung von Fördermitteln.

Nur in Ausnahmefällen lässt das Gesetz Direktvergaben zu. Im nun entschiedenen Fall, versuchte der AG eine solche über § 14 Abs. 4 Nr. 2 lit. b i.V.m Abs. 6 VgV zu rechtfertigen, da aus „technischen Gründen kein Wettbewerb vorhanden“ sei. Hiergegen wandte sich ein Wettbewerber mit Erfolg:

Sachverhalt der Entscheidung

Der öffentliche AG beschaffte ein Elektronenmikroskop und begründete die Direktvergabe mit den besonderen technischen Merkmalen, z. B. mit bestimmten, erforderlichen Helligkeitswerten, die nur das Produkt des ausgewählten Unternehmens aufweise.

Nach Ansicht der Antragstellerin, hätte die Beschaffung ausgeschrieben werden müssen, da auch das Produkt der Antragstellerin die Anforderungen erfülle. Eine Direktvergabe hingegen nur bei besonderen Monopolstellungen zulässig und müsste die strengen Anforderungen an eine Markterkundung berücksichtigen. Der AG hält weiterhin an der Wirksamkeit der Direktvergabe und des geschlossenen Vertrages infolge der eingeholten und dokumentierten Markterkundung fest.

Die Entscheidung

Die VK Bund gab dem Antrag statt.

Sie betont zwar, dass es am Ende dem AG obliegen müsse den Beschaffungsgegenstand zu beschreiben, nichtsdestotrotz muss er sich an das Regelwerk der Vergabe und die dort vorgeschriebenen Arten einer zulässigen Vergabe halten. Im Ergebnis beschreibt der AG „**was**“ er beschafft, das Vergaberecht gibt vor „**wie**“ er beschafft. Daher kann die Grundentscheidung des AG zur Beschaffung eines Produkts mit bestimmten, erforderlichen Eigenschaften nicht per se beanstandet werden. Die so weitreichende Spezifizierung, die dazu führt, dass nur ein Produkt bedarfsgerecht sein könne, führt jedoch zu einer Überschreitung des grundsätzlichen Bestimmungsrechts des AG und letztlich zu einer verdeckt, produktspezifischen Vergabe.

Die Anforderungen an eine Direktvergabe sind hoch: Denn neben einer Markterkundung bedarf es auch der Auseinandersetzung mit Alternativ- und Ersatzlösungen, welche es gemäß § 8 Abs. 2 Nr. 7 VgV zu dokumentieren gilt. Eine Dokumentation wurde zwar durchgeführt, aber nicht in der erforderlichen Detaillierung. In dem zugrundeliegenden Fall werden lediglich Gespräche, Recherchen u. Ä. aufgezählt, während eine Begründung, weshalb die Markterkundung in dieser Art und Weise durchgeführt wurde, sowie eine Abwägung der Vor- und Nachteile der Produkte fehlt. Ebenso ist eine Auseinandersetzung mit Alternativ- oder Ersatzlösungen nicht erkennbar.

Der Vergabevermerk lasse somit die erforderliche Rechtfertigungstiefe vermissen, sodass nicht auszuschließen sei, dass die Ergebnisse zufallhaft sind.

Zwar könne man an die im Vorfeld einer Direktvergabe einzuholende Markterkundung keine Anforderungen einer Herstellerexpertise stellen, dennoch darf sich der Auftraggeber nicht nur oberflächlich mit etwaigen Produkten auseinandersetzen und die Auseinandersetzung mit öffentlich zugänglichen Quellen für einen Dritten nachvollziehbar dokumentieren.

Auswirkungen für die Praxis

Zwar gibt die Entscheidung keinen abschließenden Maßstab für die Marktanalyse vor, liefert jedoch wertvolle Hinweise, wie sie durchzuführen und zu dokumentieren ist. Die Entscheidung sollte von Auftraggebern bei zukünftigen Ausschreibungen und Durchführungen von Markterkundungen Beachtung finden, da sie zumindest Punkte aufzählt, die zur sachgerechten Dokumentation in keinem Falle fehlen dürfen.

Zugleich zeigt Sie potentiellen und bei einer Vergabe unberücksichtigten Bietern, dass die Erfolgsaussichten in vergleichbar gelagerten Fällen angesichts der sehr hohen Begründungserfordernisse in aller Regel als hoch zu bewerten sind.