



update Vergabe

Informationsdienst für Entscheider mit fachlicher Unterstützung von
LEINEMANN PARTNER RECHTSANWÄLTE

Behörden Spiegel
newsletter

Ausgabe 14, Februar 2015

Inhalt dieser Ausgabe

2 Editorial

Prof. Dr. Ralf Leinemann, Rechtsanwalt

3 Fünf Fragen an...

Dr. Kay Ruge, Beigeordneter für Verfassung, Europa und neue Medien beim Deutschen Landkreistag

Vergabemanagement

5 Die Nachforderung fehlender Erklärungen und Nachweise

Rechtsprechung und Gesetzgebung

7 Bieter legt Kalkulationsfehler vor Zuschlag offen: Auftragserteilung rechtswidrig!

8 Keinen Generalverdacht einer Kartellrechtswidrigkeit bei Bietergemeinschaften!

10 Technische und rechtliche Beratung muss getrennt vergeben werden!

11 Muss ein Rettungswagen energieeffizient sein?

12 Punktesystem muss den Wettbewerbsgrundsatz beachten!

13 Bieter muss Zweifel an der Auskömmlichkeit seines Angebotes entkräften!

14 Fehler bei der Wahl der Vergabeart nicht sofort erkennbar!

15 Veranstaltungen und Termine

Liebe Leserin, lieber Leser,

die Eckpunkte der Bundesregierung zur Umsetzung der neuen EU-Vergaberichtlinien sind am 7. Januar 2015 veröffentlicht worden. Die Absicht zur Richtlinienumsetzung „eins-zu-eins“ bedeutet offenkundig, dass man bestehende Regeln nicht anfasst, obwohl es in einzelnen Bereichen durchaus Bedarf für Präzisierungen und Vereinfachungen „im Bestand“ gäbe. Auch in Zukunft werden also klare Regelungen für den Umgang mit Preissteigerungen bei verzögerter Zuschlagerteilung ebenso fehlen wie konkrete Anforderungen an die Auftraggeber für eine präzise Leistungsbeschreibung, bessere Vorgaben für notwendige Losvergaben, mehr Detailregelungen für das Verhandlungsverfahren und den wettbewerblichen Dialog sowie eine Präzisierung der Voraussetzungen für die Aufhebung eines Vergabeverfahrens. Auch die deutlich überhöhten Gebühren der Vergabekammern (von ihnen selbst gesetzt) bleiben unangetastet.

Mit VOL/A und VOF werden 2016 zwei Regelwerke wegfallen, inhaltlich aber in die VgV integriert werden, hinzu kommt eine neue Verordnung für die Vergabe von (allen) Konzessionen. Vereinfachung sieht anders aus. Politisch muss auch noch die gewollte Erleichterung des Wegs in das Verhandlungsverfahren durchgestanden werden, was zwar die EU-Richtlinien erlauben, aber nicht erzwingen. Das offene Verfahren, bisher gesetzlich vorgegebener Standard, würde so zurückgedrängt werden. Das wird nicht auf allgemeine Zustimmung stoßen. Insofern kommt vielleicht doch noch eine Diskussion im Rahmen der Umsetzung in Gang.

Ich wünsche Ihnen viel Freude bei der Lektüre dieser Ausgabe des Newsletters update Vergabe.

Prof. Dr. Ralf Leinemann
Rechtsanwalt



Prof. Dr. Ralf Leinemann, Rechtsanwalt

Foto: LEINEMANN PARTNER RECHTSANWÄLTE

Dr. Kay Ruge

Kontrolle an falscher Stelle

Dass die Umsetzung der EU-Vergaberichtlinien in Deutschland keine Vereinfachung bringen, ist die feste Überzeugung einer soliden Mehrheit der Praktiker im Bereich der öffentlichen Beschaffung. Dies obwohl die Richtlinien gar keine zwingende Pflicht begründen, neben ohnehin geltendem Recht bei der Vergabe Arbeits-, Umwelt- oder Sozialkriterien zu berücksichtigen – und deren konkrete Erfüllung im Einzelfall dann noch zu kontrollieren. Für update Vergabe sprach Franz Drey mit Dr. Kay Ruge, Beigeordneter des Deutschen Landkreistages.

Update Vergabe: Welche Auswirkungen hat es für öffentliche Auftraggeber, dass das Eckpunktepapier des Bundeskabinetts den Baubereich nicht in die Neuerungen einbezieht? Das Gesamtpaket wird ja gerade deshalb als „Scheinreform“ bezeichnet.

Ruge: Für die öffentlichen Auftraggeber – wie im Übrigen auch für die Bieter – wäre es wünschenswert, ein „Vergaberecht aus einem Guss“ zu erhalten. Es ist für uns nur schwer nachvollziehbar, dass das Vergabeverfahren für Liefer- und Dienstleistungen sowie für freiberufliche Leistungen in dem zu regelnden Oberschwellenbereich in der Vergabeverordnung zusammengeführt werden, die VOB/A für den Baubereich aber weiter bestehen soll. Dass die Struktur des Vergaberechts dann im Unterschwellenbereich wieder noch anders aussehen soll, macht es für die Praktiker nicht einfacher. Es mag einzelne Gründe mit Blick auf technische Vorschriften geben, die im Baubereich Sonderregelungen erklärbar machen könnten. Das im Eckpunktepapier der Bundesregierung genannte Ziel eines einfacheren Vergabeverfahrens, wozu als erster Schritt ein einfacheres Vergabe“recht“ zählt, wird dadurch aber sicher nicht befördert.

Update Vergabe: Die Vergabe von sozialen Dienstleistungen soll mangels Binnenmarktrelevanz „erleichtert“ werden. Also fast gar nichts regeln?

Ruge: In der Tat soll für die sozialen Dienstleistungen ein ver-



Dr. Kay Ruge,
Beigeordneter für Verfassung, Europa und neue Medien beim Deutschen Landkreistag sieht Grenzen bei der E-Vergabe im Unterschwellenbereich

Foto: BS/DLT

einfachtes Vergaberechtsregime gelten. Dies deshalb, weil es sich nach dem Wortlaut der Richtlinie um „besondere Dienstleistungen“ handelt. Besonders sind sie aber nicht nur wegen ihrer nur begrenzten Binnenmarktrelevanz, sondern auch weil die Ausgestaltung dieser Leistungen in den Mitgliedstaaten der EU historisch bedingt ganz unterschiedlich ist. Es ist deshalb richtig, wenn sich der europäische Gesetzgeber an dieser Stelle zurückgenommen und Freiräume geschaffen hat. Wichtig ist, dass diese Freiräume bei der Umsetzung in das nationale Recht auch erhalten bleiben und die Vergabestellen die Beschaffung der sozialen Dienstleistungen flexibel organisieren können. Es sollte also tatsächlich nur das nötigste geregelt werden. Im rechtsfreien Raum bewegen sich die öffentlichen Auftraggeber ohnehin nicht. Es gibt genügend Vorschriften, die bei der Beschaffung sozialer Dienstleistungen zu beachten sind.

Update Vergabe: Allenthalben spricht man sich für eine 1:1-Umsetzung der Richtlinien aus. Verzichtet man damit nicht auf mögliche Vereinfachungen? Etwa bei den Rettungsdiensten.

Ruge: Grundsätzlich sind auch wir für eine 1:1-Umsetzung der EU-Richtlinien. Es soll nicht mehr geregelt werden, als unbedingt nötig. Ihre Frage geht aber in die richtige Richtung: Würde man beim Rettungsdienst zu einer 1:1-Umsetzung kommen, hieße dies, dass Rettungsdienstleistungen nicht nach den Regeln der Richtlinie ausgeschrieben werden müssen. Würde man an dieser Stelle aber stehen bleiben, könnte dies

Fortsetzung auf Seite 4 >>>

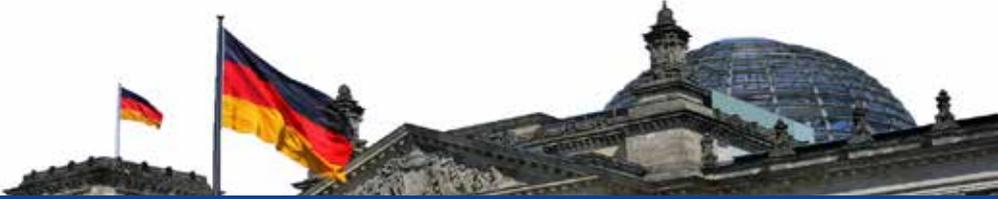
so verstanden werden, dass wegen der europäischen Verträge – dem europäischen Primärrecht – mit Vorgaben zur transparenten und diskriminierungsfreien Auftragsvergabe, Rettungsdienstleistungen im Ergebnis dennoch auszuschreiben wären. Die in der Richtlinie vorgesehene Bereichsausnahme würde keinerlei Wirkung entfalten. Das wollte der europäische Gesetzgeber gerade nicht. Er hätte sich die Bereichsausnahme sonst auch sparen können. Wir setzen uns deshalb dafür ein, dass bei der Neufassung der Vorschriften im GWB sichergestellt wird, dass der Rettungsdienst generell ausschreibungsfrei ist. Dass eine dafür notwendige Einschränkung des europäischen Primärrechts möglich ist, hat der Europäische Gerichtshof im Dezember in einer Entscheidung zum Rettungsdienst in Italien ausdrücklich klargestellt. Denn nur durch Hilfsorganisationen, die im Katastrophenfall auf ehrenamtliche Helfer zurückgreifen können, kann ein in keiner Situation überforderter Rettungsdienst sichergestellt werden.

Update Vergabe: Ist die Einführung gesellschaftspolitischer („vergabewidriger“) Zuschlagskriterien tatsächlich ein einschneidender Paradigmenwechsel bei der Beschaffung? Die EU-Richtlinien verlangen das doch gar nicht zwingend, sondern bieten nur die Option an.

Ruge: Wir sind der Meinung, dass die Vergabeverfahren, die so schon komplex genug sind, nicht noch durch die Pflicht zur Berücksichtigung von Arbeits-, Umwelt- oder Sozialkriterien weiter aufgebläht werden sollten. Natürlich sind solche Kriterien wichtig. So ist es aus unserer Sicht durchaus zu begrüßen, wenn öffentlichen Auftraggeber – fakultativ – verschiedene Kriterien bei der Vergabe berücksichtigen können. Gerade aber bei kleineren Aufträgen führt eine Berücksichtigungspflicht sowohl bei Auftraggebern als auch bei Auftragnehmern zu einem unverhältnismäßigen bürokratischen Aufwand. Wir verstehen die Richtlinie so, dass Berücksichtigungspflichten nicht begründet werden. Im Ergebnis wird lediglich darauf verwiesen, dass die Auftragnehmer gesetzliche umwelt-, sozial- und arbeitsrechtliche Verpflichtungen einzuhalten haben. Das ist ja selbstverständlich und wichtig. Wenn Auftragnehmer dagegen verstoßen, drohen unterschiedliche „Sanktionsmöglichkeiten“. Ein Auftraggeber kann beispielsweise einen solchen Auftragnehmer zukünftig vom Vergabeverfahren ausschließen. Das ist ein richtiger Ansatz. Allerdings muss sichergestellt werden, dass für die Auftraggeber nicht eine Kontrollpflicht begründet wird. Die Kontrolle der Wirtschaftsteilnehmer muss durch die dafür gesetzlich zuständigen Stellen und nicht bei der Auftragserbringung durch die Vergabestellen erfolgen.

Update Vergabe: Wäre die Pflicht zur Einführung der elektronischen Vergabe unterhalb der EU-Schwellen nicht hilfreich für kommunale Auftraggeber? Sie setzt doch einen guten Impuls, um das Beschaffungsmanagement zu modernisieren und die entsprechenden Prozessabläufe sind ohnehin ober- und unterhalb der Schwellen eine Einheit.

Ruge: Die jeweiligen Vergabestellen müssen hier die für sie passende Lösung finden. Sicherlich ist es aus (isolierter) Sicht der Verwaltung grundsätzlich sinnvoll und effektiver, die elektronische Vergabe, wenn man sie sowieso einführt, auch unabhängig vom Ober- und Unterschwellenbereich zu verwenden. Gleichwohl kann z.B. nicht ausgeschlossen werden, dass manche Auftraggeber – gerade kleinere Kommunen – gar nicht im Oberschwellenbereich ausschreiben. Hinzu kommen nach wie vor Befürchtungen, bei der E-Vergabe gäbe es weniger Bieter, Großunternehmen würden eher als der örtliche Mittelstand auf elektronische Ausschreibungen reagieren, die verschiedenen E-Vergabe-Plattformen müssten erst kompatibel sein, um Bieter nicht zur Bedienung diverser Systeme zu zwingen. All dies gilt es tatsächlich auszuräumen. Insofern begrüßen wir es, dass der IT-Planungsrat auch auf Initiative des Deutschen Landkreistages hin im März beabsichtigt, den Standard X-Vergabe verbindlich zu beschließen.



Die Nachforderung fehlender Erklärungen und Nachweise

Angebote, denen Erklärungen oder Nachweise fehlten, waren früher zwingend auszuschließen. Dies galt selbst dann, wenn der Bieter nur einen einzigen Beleg, der mit dem Angebot abzugeben war, vergessen hatte. Diese sowohl für Auftraggeber wie auch für Bieter unbefriedigende Situation wurde mit der Einführung der VOB/A 2009 und VOL/A 2009 dahingehend geändert, dass nunmehr bei Vergabeverfahren für Bauleistungen eine Nachforderungspflicht (§ 16 Abs. 1 Nr. 3 VOB/A, § 16 EG Abs. 1 Nr. 3 VOB/A) und bei Dienst- und Lieferungsleistungen ein Nachforderungsrecht (§ 16 Abs. 2 VOL/A, § 19 EG Abs. 2 VOL/A) für fehlende Erklärungen oder Nachweise gilt.

Diese Möglichkeit bzw. Pflicht zur Nachforderung hat sich bewährt, da der Auftraggeber nun nicht mehr gezwungen ist, attraktive Angebote allein aufgrund von wesentlichen Unvollständigkeiten auszuschließen.

Die Nachforderung von Erklärungen oder Nachweisen hat in letzter Zeit durch eine Vielzahl von Entscheidungen eine nähere Konkretisierung erfahren. Vor diesem Hintergrund soll nachstehend auf die wesentlichen neuen Entwicklungen hingewiesen werden.

Auch „falsche“ Erklärungen und Nachweise können nachgefordert werden.

Die Nachforderungsmöglichkeit/-pflicht besteht nicht nur bei physisch vollständig fehlenden geforderten Erklärungen. Auch Unterlagen, die nicht so vorgelegt werden, wie der Auftraggeber sie gefordert hat und bspw. im Hinblick auf die Form, den Umfang der Angaben oder der Gültigkeitsdauer von Nachweisen nicht den Vorgaben des Auftraggebers entsprechen, können als „fehlende geforderte Erklärungen oder Nachweise“ bewertet werden (VK Arnsberg, Beschluss vom 08.12.2014, VK 21/14; VK Sachsen, Beschluss vom 05.05.2014, 1/SVK/010-14; VK Bund, Beschluss vom 21.08.2013, VK 1-67/13; OLG Düsseldorf Beschluss vom 18.04.2012, Verg 9/12). Weiterhin unzulässig ist jedoch jede materielle „Verbesserung“ eines Angebotes oder Teilnahmeantrages durch nachträgliche Ergänzungen und Änderungen von Erklärungen und Nachweisen. Dies gilt insbesondere auch für geforderte Referenzen (OLG Celle, Beschluss vom 24.04.2014, 13 Verg 2/14; VK Südbayern, Beschluss vom 08.08.2014, Z3-3-3194-1-31-06/14). Auch kann ein Bieter eine falsche Erklärung, wie z.B. das Verweisen auf eigene Allgemeine Geschäftsbedingungen, nicht durch eine nachgeforderte „richtige“ Erklärung heilen (VK Bund, Beschluss vom 24.06.2013, VK 3 - 44/13).

Die Begriffe „Erklärungen“ und „Nachweise“ sind weiterhin weit auszulegen.

In Rechtsprechung und Schrifttum ist anerkannt, dass die Begriffe „Erklärungen“ und „Nachweise“ in § 16 EG Abs. 1 Nr. 3 VOB/A und § 19 EG Abs. 2 VOL/A weit aus-

Fortsetzung auf Seite 6 >>>

zulegen sind (OLG Celle, Beschluss vom 14.01.2014, 13 Verg 11/13; OLG Naumburg, Beschluss vom 23.02.2012, 2 Verg 15/11). Gegenläufige Entscheidungen, die bspw. fehlende Nachunternehmererklärungen (VK Sachsen-Anhalt, Beschluss vom 24.02.2014, 3 VK LSA 02/14) oder Hersteller-, Typ- und Produktangaben (VK Thüringen (Beschluss vom 12.04.2013, 250-4002-2400/2013-E-008-SOK; VK Südbayern Beschluss vom 07.03.2014, Z3-3-3194-1-02-01/14; VK Sachsen-Anhalt, Beschluss vom 13.08.2014, 3 VK LSA 75/14) nicht als nachforderbare „Erklärungen“ einstufen, werden sowohl dem Wortlaut als auch dem Sinn und Zweck der Nachforderungsregelungen nicht gerecht.

Etwas anderes kann nur dann gelten, wenn die fehlende Angabe einen integralen Bestandteil der Willenserklärung bildet. Dies ist z.B. dann der Fall, wenn der Bieter die Möglichkeit hat, im Angebot durch die individuelle Angaben die Art und den Umfang der von ihm angebotenen Leistung selbst festzulegen. Fehlt es an einer entsprechenden Angabe und bleibt das Angebot dadurch nahezu inhaltsleer, so kann diese Erklärung nicht nachgefordert werden (so bereits: OLG Dresden, Beschluss vom 21.02.2012, Verg 1/12).

Auftraggeber kann seine Nachforderungsmöglichkeit im VOL/A-Bereich vorab ausschließen.

Ein Auftraggeber kann in der Bekanntmachung festlegen, dass er fehlende Angaben generell oder für bestimmte Bereiche nicht nachfordern wird (EuGH, Urteil vom 06.11.2014, Rs. C-42/13). Schließt er eine Nachforderung aus, so hat er sein dahingehendes Ermessen ausgeübt und ist daran gebunden. Im laufenden Vergabeverfahren kann er dann nicht mehr davon abweichen (VK Baden-Württemberg, Beschluss vom 10.02.2014, 1 VK 2/14).

Zusammenfassend ist festzustellen, dass das Nachfordern von fehlenden Erklärungen oder Nachweisen eine sehr differenzierte und nicht immer einheitliche Bewertung durch die Nachprüfungsinstanzen erfahren hat. Auftraggeber sollten in jedem Falle in der Vergabeakte dokumentieren, warum sie im Einzelfall eine fehlende Angabe nachgefordert haben oder aber darauf verzichten konnten bzw. mussten. Im Bereich der VOL/A muss der Auftraggeber ohnehin darstellen, dass er seiner Pflicht zum Ermessensgebrauch nachgekommen ist

Praxisseminar

Behörden Spiegel

Aus der Praxis für die Praxis
Kompetenz für Fach- und Führungskräfte

Die Beschaffung von Bauleistungen nach der neuen VOB/A

26. Februar 2015, Hamburg

Anmeldung unter: www.fuehrungskraefte-forum.de

Bildnachweis: Rainer Sturm, pixelio.de, Montage: BS

Bieter legt Kalkulationsfehler vor Zuschlag offen: Auftragserteilung rechtswidrig!

Der Vergabesenat des BGH hat vor Kurzem ein interessantes Urteil gefällt, das Kooperations- und Rücksichtnahmepflichten schon im Vergabeverfahren mehr Gewicht verleiht (Urteil vom 11.11.2014, X ZR 32/14). Es gehört auch zum Gebot der Rücksichtnahme, dass ein Auftraggeber ein Angebot für Bauleistungen nicht beauftragt, wenn es einen bekannten, erheblichen Kalkulationsfehler enthält.

Im entschiedenen Fall hatte ein Anbieter für Straßenbauarbeiten nach Submission bemerkt, dass sein Preis von EUR 455.052,- mit einem schweren Kalkulationsfehler behaftet war. Er hatte bei einer Position, wo ein „pro Tonnen-Preis“ anzubieten war, versehentlich einen Kilopreis eingetragen, der in der Gesamtschau einen Fehler von ca. 50 % des Gesamtpreises ausmachte. Der Bieter unterrichtete die Vergabestelle von seinem Fehler und bat um Ausschluss seines Angebots. Der Auftraggeber erteilte ihm stattdessen den Zuschlag, worauf der Bieter die Arbeiten verweigerte und wieder gekündigt wurde. Nun verlangte der Auftraggeber die Mehrkosten der Ausführung durch ein anderes Unternehmen – und verlor. Die Thematik ist nicht ganz neu, war aber sehr lange nicht mehr vor Gericht (dazu Leinemann, VOB/B-Kommentar, 5. Auflage, § 2 VOB/B, Rn. 616).

Nach Ansicht des BGH darf der Auftraggeber den Bieter nicht in den Vertrag „hineinzwingen“, wenn ein nicht nur geringfügiger, sondern ein schwerer Fehler mit erheblichen preislichen Auswirkungen vorliegt und dem Auftraggeber vor Vertragsabschluss bekannt wird. Geschieht dies – wie im entschiedenen Fall – dennoch, hat der Auftraggeber Kooperations- und Rücksichtnahmepflichten verletzt.

Schon nach der Rechtsprechung zu Schadensersatz wegen Fehlverhaltens im Vergabeverfahren (bei Übergehen des Bestbieters) hatte der BGH (Urteil vom 09.06.2011, X ZR 143/10) festgestellt, dass es für einen Anspruch aus § 241 Abs. 2 BGB nur darauf ankommt, ob der Auftraggeber eine Pflicht zur Rücksichtnahme auf die Rechte des Bieters verletzt hat. Dieser Schutz schließt das gesamte vorvertragliche Verhalten im Vergabeverfahren ein.

Allerdings kann zukünftig nicht jeder schlechte Preis nach diesen Grundsätzen aufgebessert werden. Für das Gericht muss feststehen, dass es sich um einen gravierenden, unverschuldeten Irrtum handelt, Leistung und Preis in einem Missverhältnis stehen und kein spekulatives Angebot vorliegt. Konsequenterweise würde dem Auftragnehmer aber auch ein Schadensersatzanspruch gegen den Auftraggeber zugestanden haben, wenn er – dem Willen des Auftraggebers entsprechend – im entschiedenen Fall die Leistungen ausgeführt, sich aber die Zahlung des „richtigen“ = angemessenen Preises vorbehalten hätte. Die Ausführung fehkalkulierter Leistungen dürfte insoweit noch kein Indiz für einen Anspruchsverzicht darstellen.



Bei Straßenbauarbeiten kann man auf Kalkulationsfehler stoßen.

Foto: BS/Birte Schulz

Die Entscheidung ist als pdf-Dokument abrufbar unter www.leinemann-partner.de, Quicklink-Nr. 5141501.
(unten rechts auf Website eingeben).

Keinen Generalverdacht einer Kartellrechtswidrigkeit bei Bietergemeinschaften!

Nach einem Beschluss des OLG Düsseldorf vom 17.12.2014 (Verg 22/14) liegt Bietergemeinschaften grundsätzlich keine wettbewerbswidrige Absprache zugrunde. Dies kann nur in begründeten Einzelfällen anders sein. Die Vergabestelle ist dann gefordert, im Vergabeverfahren von sich aus bei den Bietern die Gründe für die Bildung der Bietergemeinschaft in Erfahrung zu bringen.

Eine Kommune schrieb Maßnahmen zur Berufsausbildung nach SGB aus. Nach den Wertungshinweisen, die den Vergabeunterlagen beigelegt waren, sollten neben den Angebotspreisen die einzureichenden Angebotskonzepte bewertet werden. Des Weiteren sollten bei einer Bietergemeinschaft nur dem bevollmächtigten Mitglied die durch Referenzen nachzuweisenden Kenntnisse zugerechnet werden, dem einfachen Mitglied jedoch nicht. Eine Bietergemeinschaft rügte die Vorgehensweise der Auftraggeberin und leitete ein Vergabenachprüfungsverfahren ein.

Mit Erfolg! Der Nachprüfungsantrag ist zulässig und begründet. Die Antragstellerin ist antragsbefugt. Ihr Angebot muss nicht gemäß § 16 Abs. 3 lit. f) VOL/A vom weiteren Vergabeverfahren ausgeschlossen werden, da es sich bei der Antragstellerin nicht um eine unzulässige Bietergemeinschaft handelt. Grundsätzlich sind Bietergemeinschaften im Vergabeverfahren zuzulassen. Allerdings kann die Bildung einer Bietergemeinschaft und die Abgabe eines gemeinsamen Angebots gegen § 1 GWB verstoßen, wenn sie eine Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs bezweckt oder bewirkt. Eine als Bieter auftretende Bietergemeinschaft muss daher darlegen, dass ihre Bildung und die Angebotsabgabe nicht gegen § 1 GWB verstoßen. Diese Darlegung muss jedoch nicht schon mit der Abgabe des Angebots erfolgen, weil gemäß § 1 GWB nicht vermutet wird, dass eine Bietergemeinschaft eine Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs bezweckt oder bewirkt. Vielmehr muss eine Erläuterung der Gründe für die Bildung der Bietergemeinschaft erst auf eine gesonderte Aufforderung des Auftragsgebers erfolgen. Eine solche Aufforderung muss dann ergehen, wenn es zureichende Anhaltspunkte dafür gibt, dass es sich bei dem Bieter um eine unzulässige Bietergemeinschaft handelt. Dies kann beispielsweise der Fall sein, wenn die beteiligten Unternehmen gleichartige, in derselben Branche tätige Wettbewerber sind und nichts dafür spricht, dass sie mangels Leistungsfähigkeit objektiv nicht in der Lage gewesen wären, unabhängig voneinander ein Angebot zu machen, so dass die Entscheidung zur Zusammenarbeit auf einer wirtschaftlich zweckmäßig und kaufmännisch vernünftigen Unternehmensentscheidung beruht. Vorliegend hat die Kommune die Antragstellerin noch nicht zu einer entsprechenden Erläuterung aufgefordert, so dass ein Ausschluss des Angebots bereits aus diesem Grund ausscheidet.

Die Entscheidung ist als pdf-Dokument abrufbar unter www.leinemann-partner.de, Quicklink-Nr. 5141502.
(unten rechts auf Website eingeben).

Fortsetzung auf Seite 9 >>>

Der Nachprüfungsantrag ist auch begründet, weil die in den Wertungshinweisen der Vergabeunterlagen angekündigte Nichtberücksichtigung der früheren Leistung des einfachen Mitglieds einer Bietergemeinschaft gegen den Wettbewerbs- und den Gleichbehandlungsgrundsatz nach § 97 Abs. 1, 2 GWB verstößt.

Das OLG Düsseldorf überträgt das kartellrechtliche Regel-Ausnahme-Prinzip des § 1 GWB auf das Vergaberecht. Zudem leitet das Gericht aus diesem Prinzip auch die konkrete Vorgehensweise ab: Erkennt der Auftraggeber Anhaltspunkte für eine Kartellrechtswidrigkeit, ist er am Zuge, diese aufzuklären. Ein überraschender Ausschluss des Angebots einer Bietergemeinschaft droht daher nicht mehr.

Behörden Spiegel

Aus der Praxis für die Praxis
Kompetenz für Fach- und Führungskräfte

Praxisseminar

Ausschreibungen von IT – praxisorientiert und rechtssicher

05. Mai 2015, Berlin / 18. September 2015, Hamburg / 10. November 2015, Bonn

Referenten:

Dr. Thomas Kirch, LEINEMANN PARTNER RECHTSANWÄLTE

Bastian Haverland, LEINEMANN PARTNER RECHTSANWÄLTE

Katrin Strobel, ADVITEC Informatik GmbH

Jörg Boche, ADVITEC Informatik GmbH

Anmeldung unter: www.fuehrungskraefte-forum.de

Bildnachweis: Rainer Sturm, pixelio.de, Montage: BS

Technische und rechtliche Beratung muss getrennt vergeben werden!

Die einheitliche Vergabe technischer und rechtlicher Beratungs- und Unterstützungsleistungen verstößt gegen das Gebot der Losaufteilung. Das hat die Vergabekammer Brandenburg mit Beschluss vom 03.09.2014 (VK 14/14) entschieden.

Ein Bundesland schrieb die Vergabe technologischer und rechtlicher Beratungs- und Unterstützungsleistungen im Offenen Verfahren europaweit aus. Die betreffenden Leistungen sollten sich auf die Durchführung eines Vergabeverfahrens zur Bereitstellung und Weiterentwicklung des Daten- und Kommunikationsnetzes des Landes beziehen. Eine Aufteilung in Lose erfolgte nicht. Eine auf das Vergaberecht spezialisierte Rechtsanwaltskanzlei, die an dem Auftrag interessiert war, rügte u.a. einen Verstoß gegen das Gebot der Losaufteilung nach § 97 Abs. 3 GWB. Aufgrund der Gestaltung der Ausschreibung sei ihr eine Beteiligung an dem Vergabeverfahren aus standes-, berufs- und steuerrechtlichen Gründen nicht möglich.

Die Vergabekammer gibt dem Nachprüfungsantrag statt. Das Vorhaben des Landes, technologische und rechtliche Beratungs- und Unterstützungsleistungen bei der Durchführung eines IT-Vergabeverfahrens als einheitlichen Auftrag zu vergeben, verstößt gegen § 97 Abs. 3 GWB. Danach sind Leistungen in der Regel nach Art und Fachgebiet auszuschreiben. Mehrere Fachlose dürfen ausnahmsweise nur zusammen vergeben werden, wenn wirtschaftliche oder technische Gründe dies erfordern. Solche Gründe sind hier nicht gegeben. Der Auftrag ist nämlich einer losweisen Vergabe zugänglich und eine solche ist vorliegend auch sinnvoll möglich. Ziel des Auftraggebers ist eine vergaberechtlich unangreifbare Umsetzung einer technologischen Konzeption in eine funktionale Leistungsbeschreibung. Die Erreichung dieses Ziels ist im Falle einer getrennten Vergabe nicht gefährdet. Der technologische Berater soll die am Markt vorhandenen technischen Möglichkeiten bewerten. Der (vergabe)rechtliche Berater soll die technologischen Anforderungen in eine rechtsichere Leistungsbeschreibung umsetzen. Zudem soll Letzterer das Vergabeverfahren – unter Beachtung der rechtlichen Aspekte – begleiten. Naturgemäß muss zwischen den Beteiligten ein Austausch erfolgen. Der Koordinierungsaufwand, der dann für den Auftraggeber bei der Realisierung des Projektes entsteht, geht jedoch nicht über den im Allgemeinen mit einer Losvergabe verbundenen gewöhnlichen erhöhten Aufwand hinaus. Erforderlich ist lediglich, dass eine enge Abstimmung und die bedarfsgerechte Teilnahme an Beratungen und Workshops durch die Auftragnehmer gewährleistet werden.

Die Vergabekammer hat einer verbreiteten Praxis öffentlicher Auftraggeber eine Absage erteilt, umfangreiche IT-Projekte „aus einer Hand“ umsetzen zu lassen. Hier wird in vielen Fällen eine Neuorientierung einsetzen müssen. Dabei müssen – worauf die Vergabekammer hinweist – das Rechtsdienstleistungsgesetz (§ 5 RDG) und das anwaltliche Berufsrecht berücksichtigt werden.

■
Die Entscheidung ist als pdf-Dokument abrufbar unter www.leinemann-partner.de, Quicklink-Nr. 5141503.
(unten rechts auf Website eingeben).

Muss ein Rettungswagen energieeffizient sein?

Ein öffentlicher Auftraggeber ist bei der Vergabe von Rettungsdienstleistungen nicht verpflichtet, in den Vergabeunterlagen Anforderungen an die Energieeffizienz der angebotenen Rettungsmittel gemäß § 4 Abs. 4 ff. VgV aufzunehmen. Das hat die VK Lüneburg in ihrem – noch nicht rechtskräftigen – Beschluss vom 09.01.2015 (VgK-44/2014) entschieden.

Ein Landkreis schrieb einen Mehrbedarf an Rettungsdienstleistungen europaweit aus. Zum Leistungsgegenstand zählte auch die Gestellung von Rettungs- und Krankentransportwagen. Die Antragstellerin, eine „Newcomerin“ im Rettungsdienstbereich des Kreises, beanstandete, dass Energieeffizienz und Energieverbrauch der einzusetzenden Rettungswagen nicht berücksichtigt werden sollten. Als neuer Dienstleister, der ohnehin neue Fahrzeuge beschaffen müsse, wäre er bei einer Berücksichtigung von energierelevanten Aspekten gegenüber jetzigen Leistungserbringern im Vorteil.

Nach Ansicht der Vergabekammer besteht keine Verpflichtung des Auftraggebers, in den Vergabeunterlagen gemäß § 4 Abs. 4 ff. VgV Anforderungen an die Energieeffizienz der angebotenen Rettungswagen aufzunehmen. Die Regelungen enthielten zwar detaillierte Vorgaben zur Berücksichtigung der Energieeffizienz, die dann beachtet werden müssten, wenn energieverbrauchsrelevante technische Geräte oder Ausrüstungen Gegenstand einer Lieferleistung oder wesentliche Voraussetzung zur Ausführung einer Dienstleistung seien. Da die Regelungen aber die Vorgaben der EU-Richtlinie über die „Angabe des Verbrauchs an Energie durch energieverbrauchsrelevante Produkte mittels Produktinformationen“ umsetzten, seien auch die dort geregelte Ausnahmen für Verkehrsmittel zur Personenbeförderung zu berücksichtigen. Hiervon seien auch Rettungstransportwagen umfasst.

Ob die Regelung in der EU-Richtlinie zur Kennzeichnungspflicht energierelevanter Güter zu einer so weitreichenden Einschränkung führt, wie die Vergabekammer annimmt, erscheint zweifelhaft. Der Wortlaut der nationalen Regelung gibt hierfür jedenfalls keine Anhaltspunkte. Nach dem Verständnis der Vergabekammer würde der gesamte Verkehrssektor von den Vorgaben zur Energieeffizienz im Rahmen öffentlicher Beschaffungen befreit, was vom Ordnungsgeber kaum gewollt sein kann und nicht dem Sinn und Zweck der Regelungen entspricht. Zudem kann es – jenseits der Beschaffung von Einsatzfahrzeugen – auch zu Wertungswidersprüchen zur unmittelbaren Beschaffung von Straßenfahrzeugen im Rahmen von Lieferaufträgen kommen. Es bleibt abzuwarten, wie der Vergabesenat im Falle seiner Anrufung entscheiden wird.



Rettungswagen benötigen Kraftstoff – ist das wertbar?

Foto: BS/Birte Schulz

Die Entscheidung ist als pdf-Dokument abrufbar unter www.leinemann-partner.de, Quicklink-Nr. 5141504.
(unten rechts auf Website eingeben).

Punktesystem muss den Wettbewerbsgrundsatz beachten!

Die Vergabekammer des Bundes hat in ihrem Beschluss vom 24.10.2014 (VK 2-85/14) u.a. festgestellt, dass es wettbewerbsverzerrend wirkt, wenn ein nur geringfügig teureres Angebot lediglich 3, das geringfügig günstigere Angebot dagegen 10 Punkte bei der Preisbewertung erzielt. Der relative Preisabstand wird so in der Punktevergabe nicht angemessen abgebildet. Dem teureren Angebot wird es unverhältnismäßig erschwert, diesen Preisabstand durch eine gute qualitative Wertung zu kompensieren. Dies gilt auch dann, wenn – wie hier – die Preiswertung im Verhältnis zur qualitativen Wertung mit lediglich 30 % ins Gewicht fällt.

Sollen bei der Angebotswertung neben dem Preis auch andere Zuschlagskriterien berücksichtigt werden, so ist es erforderlich die Angebotspreise in Punkte umzurechnen. Im Wege einer Wertungsmatrix werden durch die Addition der Punkte sämtlicher Zuschlagskriterien Gesamtpunktzahlen ermittelt. Das Angebot mit der höchsten Punktzahl erhält den Zuschlag.

Im vorliegenden Fall hatte der Auftraggeber die Punktwertung des Zuschlagskriteriums „Preis“ derart festgelegt, dass für den niedrigsten Gesamtangebotspreis die Höchstpunktzahl von zehn Punkten und für den höchsten Angebotspreis die niedrigste Punktzahl von drei Punkten vergeben werden sollte. Durch diese Bepunktungsvorgaben wird – so die Vergabekammer – ein geringer Preisabstand nicht mehr angemessen abgebildet. Die Spreizung zwischen 3 und 10 Punkten führt nicht nur zu nicht sachgerechten, sondern weitergehend zu wettbewerbsverzerrenden Ergebnissen und ist daher nicht in Einklang zu bringen mit dem Gleichbehandlungs- und dem Wettbewerbsgrundsatz des § 97 Abs. 1 GWB. Zwar steht dem Auftraggeber bei Festlegung der anzuwendenden Wertungsformeln ein weiter Beurteilungsspielraum zu. Dieser ist vorliegend jedoch überschritten.

Die Problematik mag sich zwar im vorliegenden Verfahren angesichts des Umstandes, dass nur zwei Angebote vorliegen, besonders zugespitzt darstellen. Sie ist aber im Kern ebenso gegeben, wenn mehrere Angebote vorliegen. In jedem Fall hat der Auftraggeber von vornherein ein System zu wählen, welches bei allen Konstellationen trägt, da ja einerseits vorab nicht klar ist, welche und wie viele Angebote eingehen werden, und andererseits die Wertungsmaßstäbe nicht im Nachhinein und in Abweichung von den Vergabeunterlagen geändert werden dürfen.

Die Entscheidung ist als pdf-Dokument abrufbar unter www.leinemann-partner.de, Quicklink-Nr. 1021509.

(unten rechts auf Website eingeben).

Bieter muss Zweifel an der Auskömmlichkeit seines Angebotes entkräften!

In ihrem Beschluss vom 18.12.2014 (VK 2 - 103/14) hat die Vergabekammer des Bundes u.a. festgestellt, welchen Anforderungen der Bieter bei einer Aufklärung seines Preises durch den Auftraggeber gerecht werden muss.

Ein Auftraggeber schrieb „Unterstützende Maßnahmen beim Inkasso und der Vollstreckungs- und Insolvenzbearbeitung“ im Rahmen eines offenen Verfahrens aus. Aus den Vergabeunterlagen ergab sich, dass die Vollstreckungsbearbeitung (ca. 50 Fälle/Monat) und Insolvenzbearbeitung (ca. 5 Fälle/Monat) für Arbeitgeberbeitragskonten sowie die Vollstreckungsbearbeitung (ca. 50 Fälle/Monat) und Insolvenzbearbeitung (ca. 2 Fälle/Monat) für Konten von Versicherten zu bearbeiten seien. Ein Bieter gab ein Angebot ab, dessen Preis ca. 45 % niedriger als der Angebotspreis des zweitgünstigsten Angebotes war. Der Auftraggeber forderte daraufhin den Bieter zur Aufklärung der Angebotspreise gemäß § 19 EG Abs. 6 VOL/A. Im Rahmen der Preisauflärung ergab sich, dass der Bieter lediglich den Einsatz von zwei Personen für die Bewältigung der Vollstreckungs- und Insolvenzbearbeitung kalkuliert hatte. Daraufhin schloss der Auftraggeber das Angebot aus.

Die vom Bieter angerufene Vergabekammer bestätigte die Zulässigkeit des Angebotsausschlusses. Der Auftraggeber ist zunächst zu Recht von der Aufklärungsbedürftigkeit des Preises ausgegangen. Der Eindruck des ungewöhnlichen Preises war hier zunächst aufgrund des Abweichens von den eingegangenen Angeboten entstanden. In dieser Aufklärungssituation ist es grundsätzlich Sache des Bieters, bestehende Zweifel an der Auskömmlichkeit seines Angebotes zu entkräften (vgl. VK Bund, Beschluss vom 15.10.2014, VK 2 – 83/14). Im Rahmen des in § 19 EG Abs. 6 S. 1 VOL/A vorgegebenen Aufklärungsverlangens ist der Auftraggeber weder verpflichtet noch berechtigt, konkrete Anforderungen für eine erfolgreiche Aufklärung anzugeben (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 31.10.2012, Verg 17/12). Jedoch ist der Auftraggeber gehalten, seine Zweifel zu konkretisieren und die vom betroffenen Bieter abzugebenden Erklärungen/ggf. Nachweise zur Wahrung der Transparenz und der Gleichbehandlung unter dem Gesichtspunkt vergleichbarer Maßstäbe zu verbalisieren. Dies hat der Auftraggeber hier getan, als er ein konkretes Aufklärungsverlangen an den Bieter gerichtet und von ihm die nachvollziehbare Darlegung einer auskömmlichen Kalkulation unter Offenlegung der Preis- und Personalkalkulation erbeten hat. Zusätzlich sollte der Bieter sachliche Gründe benennen, die den angebotenen Preis nachvollziehbar begründen.

Der Bieter hat jedoch keine sachlichen Gründe zur Rechtfertigung des niedrigen Angebotspreises angeführt, sondern diesen weiter verunklart. Die von ihm vorgelegte Preis- und Personalkalkulation belegt im Ergebnis somit keine auskömmliche Kalkulation.

Die Entscheidung ist als pdf-Dokument abrufbar unter www.leinemann-partner.de, Quicklink-Nr. 5141505.
(unten rechts auf Website eingeben).

Fehler bei der Wahl der Vergabeart nicht sofort erkennbar!

In seinem Beschluss vom 21.11.2014 (Verg 22/13) hat der Vergabesenat des Kammergerichts u.a. festgestellt, dass ein möglicher Fehler bei der Wahl der Vergabeart für den durchschnittlichen Bieter nicht notwendigerweise schon bei der Durchsicht der Bekanntmachung oder der Vergabeunterlagen erkennbar ist. Daher kann ein Bieter eine fehlerhafte Vergabeart auch noch nach Ablauf der Angebotsfrist mit Erfolg rügen und gegebenenfalls im Wege eines Nachprüfungsverfahrens überprüfen lassen.

Ein Auftraggeber schrieb u.a. neue Projektoren für ein Planetarium im Wege eines Verhandlungsverfahrens mit Teilnahmewettbewerb aus, was sowohl in der Vergabebekanntmachung als auch in den Vergabeunterlagen entsprechend beschrieben wurde. Allerdings war, wie der Vergabesenat feststellte, die Durchführung eines Verhandlungsverfahrens unzulässig. Die Voraussetzungen für eine entsprechende Ausnahme nach § 3 EG Abs. 4 Nr. 3 VOB/A lagen nicht vor. Die ausgeschriebene Leistung konnte sehr wohl nach Art und Umfang erschöpfend beschrieben werden, so dass eine einwandfreie Preisermittlung zur Vereinbarung einer festen Vergütung möglich war. Dies folge u.a. aus der Detailliertheit des Leistungsverzeichnisses und dem Umstand, dass der Antragsgegner bereits in der ersten Angebotsrunde nur verbindliche, fest bepreiste Angebote zuließ.

Der gegen die Wahl des Verhandlungsverfahrens gerichtete Nachprüfungsantrag der Antragstellerin war nicht wegen verspäteter Rüge unzulässig. Die Rügefrist des § 107 Abs. 3 Nr. 1 beginnt erst zu laufen, wenn der Bieter aufgrund laienhafter, vernünftiger Bewertung der ihm bekannten Umstände eine Vorstellung von einem Verstoß gegen das Vergaberecht hat. Auch wenn der Bieter aus Vergabebekanntmachung und den Vergabeunterlagen alle tatsächlichen Umstände entnehmen kann, die zur Unzulässigkeit des Verhandlungsverfahrens führen, muss aufgrund einer laienhaften Bewertung dieser Umstände nicht auf das Vorliegen eines Verstoßes gegen Vergabevorschriften geschlossen werden. Denn das Vergaberecht ist im Hinblick auf die Frage der Zulässigkeit von Verhandlungsverfahren jedenfalls für den rechtlichen Laien ausweislich der § 101 Abs. 1 und 5 GWB, § 3 EG Abs. 4 – 6 VOB/A, § 3 VS Abs. 2 – 4 VOB/A, § 3 EG Abs. 3 – 6 VOL/A, § 3 VOF, § 6 SektVO und § 12 VSVgV gänzlich unübersichtlich.

Auch der Umstand, dass der Antragsgegner während des gesamten Nachprüfungsverfahrens von der Zulässigkeit des Verhandlungsverfahrens ausgegangen ist, spricht dafür, dass für einen Laien die in Wahrheit bestehende Unzulässigkeit der Verfahrensart nicht ohne weiteres klar zu Tage trat. Daher verfügte die Antragstellerin über die fristauslösende Kenntnis erst nach Einholung anwaltlichen Rats. Diese erfolgte – unstrittig – erst unmittelbar vor der Rüge.



Sterne sind erkennbar – die falsche Vergabeart nicht. Foto: david-, CC BY 2.0, flickr.com

Die Entscheidung ist als pdf-Dokument abrufbar unter www.leinemann-partner.de, Quicklink-Nr. 5141506.
(unten rechts auf Website eingeben).

Keine Angst vor Rüge und Nachprüfung

Nachprüfungsverfahren können Vergabeverfahren in erheblichem Maße belasten. Sie führen zu zeitlichen Verzögerungen, binden Personal und verursachen hohe Kosten. Gleichwohl lässt sich nicht immer vermeiden, dass Unternehmen ein Nachprüfungsverfahren einleiten – selbst wenn der öffentliche Auftraggeber sich vergaberechtlich korrekt verhalten hat. Keine Angst vor Rüge und Nachprüfung müssen die Teilnehmer einen Behörden Spiegel-Seminars zu diesem Thema haben, das am 14. April 2015 in Bonn stattfinden wird. Ziel dieses Seminars ist

es, öffentlichen Auftraggebern praktikable und rechtssichere Wege aufzuzeigen, damit Nachprüfungsverfahren weitestgehend vermieden und – im Fall der Fälle – strategisch optimal bewältigt werden können. Das Seminar wird möglichst interaktiv durchgeführt werden. Die Teilnehmer erhalten Gelegenheit, sich mit den Referenten auszutauschen und eigene praxisrelevante Fragestellungen in das Seminar einzubringen.

Weitere Informationen und Anmeldung unter:
http://www.fuehrungskraefte-forum.de/?page_id=2867

TERMINE 2015

Einführung in die EVB-IT

24.02.2015 München

Open-Source-Software in der

Verwaltungspraxis

24.02.2015 Berlin

Beschaffung 2.0 – Öffentlichen Einkauf nachhaltig machen

24.02.2015 Berlin

Beschaffung von Bauleistungen

26.02.2015 Hamburg

Top 10 des Vergaberechts

02.–03.03.2015 Köln

Softwarelizenzmanagement der öffentlichen Hand

03.03.2015 München

Vergabe von Rettungsdienstleistungen

03.03.2015 Bonn

Beschaffung von Einsatzfahrzeugen

04.03.2015 Bonn

Vergaberecht und Kartellrecht

04.03.2015 Stuttgart

Beschaffung von

Schülerbeförderungsleistungen

05.03.2015 Bonn

Die Beschaffung und Einführung der elektronischen Akte und von Dokumentenmanagementsystemen

05.03.2015 Bonn

Vergaberecht im Verteidigungs- und Sicherheitsbereich

10.03.2015 Hamburg

eVergabe in der Praxis

10.03.2015 Berlin

Inhouse-Vergaben

12.03.2015 Berlin

Kommunale Bäder

12.03.2015 Stuttgart

Bau und Betrieb von Asylbewerberunterkünften

12.03.2015 Hamburg

Vergabegesetze der Länder

13.03.2015 Hamburg

Vergabe von IT-Leistungen

19.03.2015 Frankfurt a.M.

Vergabe von Strom- und Gaskonzessionen

20.03.2015 Düsseldorf

Das neue Vergaberecht 2015

13.–14.04.2015 Bonn

Keine Angst vor Rüge und Nachprüfung

14.04.2015 Bonn

Der rechtssichere Bauvertrag

22.04.2015 Frankfurt a.M.

Beschaffung von Geodaten, Geoinformationssystemen und -diensten

23.04.2015 Bonn

EVB-IT Intensiv

27.–28.04.15 München

Weitere Informationen zu den einzelnen Veranstaltungen finden Sie unter: www.fuehrungskraefte-forum.de

IMPRESSUM

Herausgeber und Chefredakteur von „Behörden Spiegel Newsletter“ und verantwortlich: R. Uwe Proll.

Redaktionelle Leitung: Benjamin Bauer Fachliche Unterstützung: LEINEMANN PARTNER RECHTSANWÄLTE, Friedrichstraße 185–190, 10117 Berlin, www.leinemann-partner.de

Redaktion: Dr. Martin Büdenbender, Franz Drey, Dr. Oliver Homann, Dr. Thomas Kirch, Dr. Eva-Dorothee Leinemann, Prof. Dr. Ralf Leinemann.

ProPress Verlagsgesellschaft mbH, Friedrich-Ebert-Allee 57, 53113 Bonn, Telefon: 0049-228-970970, Telefax: 0049-228-97097-75,

E-Mail: redaktion@behoerderspiegel.de Internet: www.behoerderspiegel.de.

Registergericht: AG Bonn HRB 3815. UST-Ident.-Nr.: DE 122275444 Geschäftsführerin: Helga Woll.

Der Verlag hält auch die Nutzungsrechte für die Inhalte von „Behörden Spiegel Newsletter“. Die Rechte an Marken und Warenzeichen liegen bei den genannten Herstellern. Bei direkten oder indirekten Verweisen auf fremde Internetseiten („Links“), die außerhalb des Verantwortungsbereiches des Herausgebers liegen, kann keine Haftung für die Richtigkeit oder Gesetzmäßigkeit der dort publizierten Inhalte gegeben werden.