



update Vergabe

Informationsdienst für Entscheider mit fachlicher Unterstützung von
LEINEMANN PARTNER RECHTSANWÄLTE

Behörden Spiegel
newsletter

Ausgabe 18, Februar 2016

Inhalt dieser Ausgabe

2 Editorial

Prof. Dr. Ralf Leinemann, Rechtsanwalt

3 Fünf Fragen an...

Dr. Rainer Sontowski, Staatssekretär im Bundesministerium für Wirtschaft und Energie.

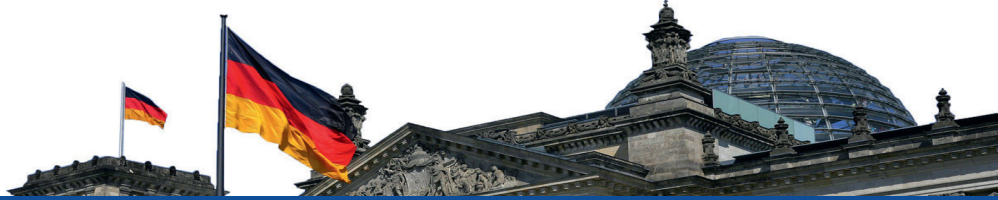
Vergabemanagement

- 5** GWB 2016 wird erstmals Bestimmungen zur Zusammenarbeit öffentlicher Auftraggeber enthalten

Rechtsprechung und Gesetzgebung

- 7** Neue Schwellenwerte 2016
- 8** Mindestlohn – Ausführungsbedingung ja, Eignungsnachweis nein!
- 9** Abgabe einer Erklärung unter einer Bedingung führt zum Ausschluss!
- 10** Wahlpositionen dürfen nur bei berechtigtem Interesse ausgeschrieben werden!
- 11** Verkehrssicherungsleistungen sind eigenständige Fachlose!
- 12** Bieter, die im laufenden Vergabeverfahren beim Wettbewerber Angebotspreise erfragen, sind unzuverlässig!
- 13** Elektronische Signaturen können nachgefordert werden
- 14** Auch nach der VOF folgt ein Ausschluss bei Änderungen der Vergabeunterlagen

15 Veranstaltungen und Termine



Liebe Leserin,
lieber Leser,

nachdem Sie hoffentlich gut und mit Schwung in das neue Jahr gestartet sind, präsentieren wir Ihnen die erste Ausgabe des Newletters update Vergabe für 2016. Dies ist bekanntlich das Jahr, in dem das Vergaberecht neu aufgestellt wird. Diese Neuaufstellung zeichnet sich indes nicht durch viele inhaltliche Verbesserungen und Optimierungen aus, sondern im Wesentlichen durch eine systematische Neuordnung der Vorschriften. Leider hat dies zur Folge, dass vor allem im Bereich der Vergabe von Lieferungen, Leistungen und Dienstleistungen durch den Wegfall des zweiten Abschnitts der VOL/A und der VOF alle bisher angewendeten Formulare und Handbücher obsolet werden und mit einem komplett neuen Vorschriftengerüst gearbeitet werden muss, obwohl sich materiell-rechtlich gar nicht so viel ändert. Die Vergabepaxis wird damit leben müssen, nachdem der Gesetzgeber den ersten Schritt der Modernisierung durch die Verabschiedung des novellierten GWB am 18.12.2015 abgeschlossen hat. Mit der Verabschiedung der wesentlich erweiterten VgV könnte noch vor Ostern gerechnet werden, so dass das Paket tatsächlich am 18.04.2016 in Kraft tritt. Die aktualisierte VOB/A wurde am 19.01.2016 im Bundesanzeiger veröffentlicht; sie soll gemeinsam mit den anderen Vorschriften im April in Kraft treten.

Wir beschäftigen uns daher auch in dieser Ausgabe wieder mit den Neuregelungen, dieses Mal mit Schwerpunkt in der Zusammenarbeit öffentlicher Auftraggeber. Die ebenfalls dokumentierte, neue Rechtsprechung wird auch nach Inkrafttreten des neuen Vergaberechts unverändert Geltung behalten.

Ich wünsche Ihnen viel Freude bei der Lektüre dieser Ausgabe.

Ralf Leinemann



Prof. Dr. Ralf Leinemann, Rechtsanwalt

Foto: LEINEMANN PARTNER RECHTSANWÄLTE

Dr. Rainer Sontowski

Neue Vergaberechtsgrundlagen

Die VOB ist im Zuge der Vergaberechtsmodernisierung erhalten geblieben. Im Gegenzug ist die Statistikverordnung neu hinzugekommen. Staatssekretär im Bundeswirtschaftsministerium Dr. Rainer Sontowski erläutert, warum erstere vorläufig erhalten bleibt und letztere neu hinzugekommen ist.

Update Vergabe: Was hat aus Ihrer Sicht die Vergaberechtsreform denn gebracht? War die komplette Neufassung des Vergaberechts für Vergaben oberhalb der Schwellenwerte der Mühe wirklich wert?

Sontowski: Die Mühe hat sich wirklich gelohnt! Wir haben das Vergaberecht auf eine völlig neue – umfassend modernisierte Grundlage – gestellt. Dabei geht es nicht etwa nur um die deutliche Verschlinkung der Strukturen, die das Vergaberecht einfacher und anwenderfreundlicher macht. Es geht vor allem auch um inhaltliche Neuerungen, von denen ich nur einige nennen möchte: Erstens geben wir Auftraggebern bei der Wahl der Verfahrensarten mehr Spielraum. Zweitens stärken wir die Möglichkeiten, mittelständische Interessen, aber auch soziale, umweltbezogene und innovative Ziele im Vergabeverfahren zu berücksichtigen. Das kommt u.a. den Unternehmen entgegen, die bei Energieeffizienz und Umweltverträglichkeit gut aufgestellt sind. Drittens bringen wir mit der Verpflichtung zur elektronischen Kommunikation auch das Vergaberecht ins digitale Zeitalter. Ebenso wichtig ist mir auch die neue Flexibilität bei der Vergabe sozialer Dienstleistungen. Damit können wir beispielsweise bei der Bundesanstalt für Arbeit die Qualität und Effizienz bei der Vergabe von Dienstleistungen für Arbeitssuchende weiter steigern. Ein weiterer Aspekt betrifft den Bereich des Schienenverkehrs: Im Eisenbahnverkehr stärkt das neue Gesetz die Rechte der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer, wenn der Betreiber infolge eines Vergabeverfahrens wechselt. Denn künftig soll der neue Betreiber alle für die Erbringung der Verkehrsleistung erforderlichen Beschäftigten übernehmen.



Dr. Rainer Sontowski ist Staatssekretär im Bundesministerium für Wirtschaft und Energie.

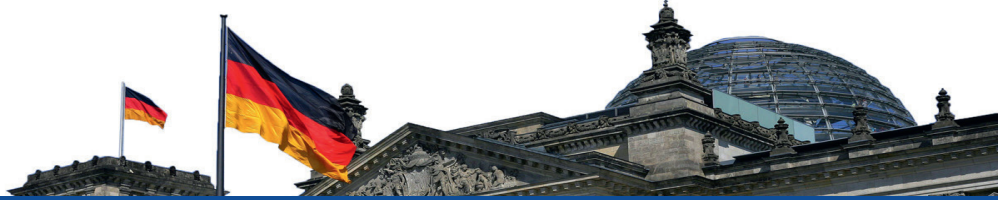
Foto: BS/Bundesregierung/Bergmann

Update Vergabe: Der Gesetzgebungsprozess und die Verabschiedung der Verordnungen waren ein zeitlich langer Prozess. Was hat aus Ihrer Sicht zum Erfolg besonders beigetragen?

Sontowski: Wir haben den gesamten Reformprozess von Anfang an sehr transparent und unter Einbeziehung aller beteiligten Kreise gestaltet. Unser Dank gilt daher auch den übrigen Bundesressorts, den Ländern, den kommunalen Spitzenverbänden, den Wirtschaftsverbänden und den Gewerkschaften für ihre aktive Beteiligung. Außerdem waren die neuen EU-Vergaberichtlinien eine gute Grundlage für die Reform, auch wenn sie sehr umfangreich sind. Deshalb haben wir uns bei der Umsetzung auch eng an die Vorgaben aus Brüssel gehalten. Gleichwohl haben wir auch die Spielräume ausgenutzt, die uns die Richtlinien bieten, etwa bei der Ausgestaltung der Verfahren für die Vergabe sozialer Dienstleistungen. Gleichzeitig erhalten wir Regelungen, die den Anwendern aus den bisherigen Vergabe- und Vertragsordnungen bekannt sind. Das betrifft beispielsweise die Regelungen zur Leistungsbeschreibung, den Vergabeunterlagen und dem Umgang mit Angeboten.

Update Vergabe: Durch die Verordnungen ist das Kaskadenprinzip teilweise durchbrochen worden. Warum ist die VOB nicht in das System integriert worden, zum Beispiel vergleichbar mit der Sektorenverordnung?

Fortsetzung auf Seite 4 >>>



<<< Fortsetzung von Seite 3

Sontowski: Die neue Struktur im Vergaberecht war überfällig. Wir haben dafür gesorgt, dass die wesentliche Fragen, wie etwa die Ausschlussgründe, erstmals ins Gesetz gezogen werden. Der Ablauf des Vergabeverfahrens wird nun umfassend in der Vergabeverordnung geregelt. Damit konnten die bisherigen Vergabe- und Vertragsordnungen für Leistungen oberhalb der Schwellenwerte und für freiberufliche Leistungen entfallen. Die Fortführung der Vergabe- und Vertragsordnungen für Bauleistungen war ein notwendiger Kompromiss, der den Besonderheiten des Baubereichs Rechnung trägt. Zum Beispiel erfordern die besonderen technischen Anforderungen an Bauleistungen eine enge Einbindung der Expertise der Bauwirtschaft und der Bauverwaltung.

Update Vergabe: Ist eine zukünftige Integration damit ausgeschlossen?

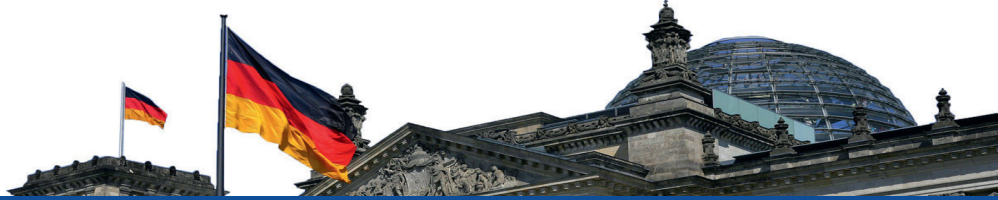
Sonowski: Im Rahmen der parlamentarischen Beratungen über das Gesetz zur Modernisierung des Vergaberechts haben die Koalitionsfraktionen die Bundesregierung gebeten, nach drei Jahren einen Bericht zum neuen Vergaberecht vorzulegen. Wir müssen darin auch evaluieren, inwiefern sich die strukturellen Änderungen des Vergaberechts bewährt haben.

Update Vergabe: Neu ist die Statistikverordnung. Warum wird diese im Unterschwellenbereich nur eingeschränkt angewendet?

Sontowski: Wir brauchen endlich eine valide Datenbasis über öffentliche Aufträge. Nur so können wir strategisch beschaffen und die Stellschrauben bei künftigen Anpassungen des Vergaberechts passgenau setzen. Gleichzeitig müssen wir aber im Auge behalten, dass wir die Beschäftigten in den Vergabestellen nicht zu stark belasten. Daher hat für uns die vollautomatische, elektronische Übermittlung von Vergabedaten an die künftige Vergabestatistik allerhöchste Priorität. Im Oberschwellenbereich ist das technisch und – wenn ich mir die Arbeitsabläufe anschau – organisatorisch kein wirkliches Problem. Schließlich ist ohnehin komplett auf E-Vergabe umzustellen. Im Unterschwellenbereich läuft jedoch noch immer Vieles papiergebunden ab. Daher haben wir uns entschieden, insoweit nur die grundlegenden Daten abzufragen, insbesondere das Auftragsvolumen, um möglichst wenig Aufwand zu erzeugen.

Das Gespräch führte Jörn Fieseler

Das vollständige Interview lesen Sie in der Februar-Ausgabe des Behörden Spiegel, Seite 10.



GWB 2016 wird erstmals Bestimmungen zur Zusammenarbeit öffentlicher Auftraggeber enthalten

Grundsätzlich soll das Vergaberecht öffentliche Auftraggeber nicht in ihrer Freiheit beschränken, die ihnen übertragenen öffentlichen Aufgaben gemeinsam mit anderen öffentlichen Auftraggebern zu erfüllen. Allerdings ist der Umstand, dass beide Parteien einer Vereinbarung selbst öffentliche Auftraggeber sind, allein nicht ausreichend, um die Anwendung des Vergaberechts auszuschließen. In Umsetzung der Europäischen Vergaberichtlinie 2014/24/EU enthält nunmehr der von Bundestag und Bundesrat verabschiedete Entwurf des Vergaberechtsmodernisierungsgesetzes erstmals verbindlich normierte Vorgaben für die vergaberechtliche Beurteilung der horizontalen Zusammenarbeit mehrerer öffentlicher Auftraggeber. Diese werden anknüpfend an die im Zusammenhang mit der Inhouse-Vergabe gemachten Ausführungen im letzten newsletter update Vergabe nachfolgend näher dargestellt.

Die öffentlich-öffentliche Zusammenarbeit ist ein Modell, das von vielen Trägern öffentlicher Verwaltung praktiziert und dessen Bedeutung vor dem Hintergrund der Finanznot der öffentlichen Haushalte weiter zunehmen wird. Eine besondere Bedeutung kommt hierbei der sog. interkommunalen Zusammenarbeit zu.

Bislang hat die vergaberechtliche Rechtsprechung sowie die EU-Kommission in den von ihr durchgeführten Beanstandungsverfahren die grundlegenden Leitlinien für die vergaberechtliche Zulässigkeit einer öffentlich-öffentlichen Zusammenarbeit aufgestellt. Diese Grundsätze gelten im Wesentlichen fort, sie werden aber durch die Regelung in § 108 Abs. 6 GWB 2016 näher konkretisiert.

Keine vergaberechtlichen Probleme ergeben sich bei ausschließlich der öffentlichen Hand vorbehaltenen Aufgaben, die nicht am Markt erbracht werden können. In all diesen Fällen tritt der kooperierende Verwaltungsträger nicht wie ein Privater am Markt als Unternehmer auf. Auch die Rekommunalisierung, also die Rückholung von Aufgaben in den Bereich der Kommune, ist vergaberechtsfrei zulässig.

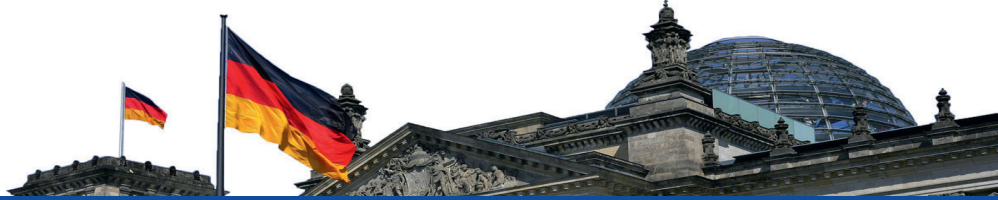
Vergaberechtlich problematisch kann die Zusammenarbeit bei allen „marktgängigen Leistungen“ sein, wie z.B. im Bereich der Bauhofleistungen, bei Abfall und Abwasser sowie der Informationstechnik. Dabei gelten institutionelle Kooperationsformen, wie die Aufgabenerledigung durch einen Zweckverband oder durch ein gemeinsames Unternehmen, grundsätzlich als vergaberechtsfrei. Fälle, in denen Befugnisse und Zuständigkeiten für die Ausführung öffentlicher Aufgaben zwischen öffentlichen Auftraggebern übertragen werden, werden auch von § 108 Abs. 6 GWB 2016 nicht erfasst. Eine Vergaberechtsfreiheit soll danach grundsätzlich auch bei sog. „delegierenden Vereinbarungen“ gelten, bei denen eine vollständige Verantwortungs- und Aufgabenübertragung stattfindet. Einen vergabepflichtigen Vorgang stellt hingegen



Öffentliche Kooperationen zur Erbringung von „marktgängigen Leistungen“ sind vergaberechtlich problematisch.

Foto: BS/www.helenesouza.com, pixelio.de

Fortsetzung auf Seite 6 >>>



grundsätzlich die sog. „mandatierende Vereinbarung“ dar. Hier wird eine Aufgabe in fremdem Namen, also in der Form der Beauftragung, wahrgenommen. Die Rechte und Pflichten des „abgebenden“ Trägers öffentlicher Verwaltung bleiben unberührt. Deshalb überwiegt regelmäßig der mit der Auftragsdurchführung verbundene Beschaffungscharakter. Über Art und Umfang herrschte bislang allerdings mangels gesetzlicher Regelungen oftmals Ungewissheit.

§ 108 Abs. 6 GWB 2016 regelt nunmehr eine Ausnahme vom Anwendungsbereich des Vergaberechts, wenn – etwas vereinfacht – folgende Voraussetzungen erfüllt sind:

- ein Vertrag muss die Zusammenarbeit zwischen zwei oder mehreren beteiligten öffentlichen Auftraggebern begründen und es muss sichergestellt sein, dass die von ihnen zu erbringenden öffentlichen Dienstleistungen im Hinblick auf die Erreichung gemeinsamer Ziele ausgeführt werden,
- die Durchführung der Zusammenarbeit darf ausschließlich durch Überlegungen im Zusammenhang mit dem öffentlichen Interesse bestimmt werden und
- die öffentlichen Auftraggeber dürfen auf dem Markt nur weniger als 20 Prozent der Tätigkeiten erbringen, die durch die Zusammenarbeit erfasst sind.

Nach § 108 Abs.6 GWB 2016 ist die Zusammenarbeit nicht auf bestimmte Dienstleistungen beschränkt, sondern kann alle Arten von Tätigkeiten erfassen. Die von den jeweiligen Beteiligten erbrachten Dienstleistungen müssen dabei nicht identisch sein, sondern können sich auch ergänzen. Entscheidend ist, dass die Zusammenarbeit auf einem kooperativen Konzept beruhen muss. Hierfür reicht es aus, wenn sich die Beteiligten verpflichten, jeweils einen Beitrag zur gemeinsamen Ausführung der betreffenden öffentlichen Dienstleistung zu leisten. Die Zusammenarbeit zwischen den öffentlichen Auftraggebern darf allerdings ausschließlich durch Überlegungen im Zusammenhang mit dem öffentlichen Interesse bestimmt werden. Es geht dabei um die Belange des Gremienwohls.

Schließlich dürfen die öffentlichen Auftraggeber auf dem offenen Markt nur weniger als 20 Prozent der Tätigkeiten erbringen, die durch die Zusammenarbeit erfasst wird. Ähnlich wie durch das Wesentlichkeitskriterium bei der vertikalen Inhouse-Vergabe soll damit sichergestellt werden, dass die öffentlich-öffentliche Zusammenarbeit nicht zu Wettbewerbsverzerrungen gegenüber privaten Unternehmen führt. Maßgeblich für den Umfang der Tätigkeiten ist nach § 108 Abs. 7 GWB 2016 grundsätzlich der durchschnittliche Gesamtumsatz der vergangenen drei Jahre.

Der verabschiedete Entwurf des Gesetzes zur Modernisierung des Vergaberechts (Vergaberechtsmodernisierungsgesetz – VergR ModG) ist als pdf-Dokument abrufbar unter www.leinemann-partner.de, Quicklink-Nr. 5171601 (unten rechts auf Website eingeben).

Neue Schwellenwerte 2016

Mit drei EU-Verordnungen vom 24.11.2015 (Verordnung (EU) 2015/2170 zur Änderung der Richtlinie 2014/24/EU (Vergaberichtlinie), Verordnung (EU) 2015/2171 zur Änderung der Richtlinie 2014/25/EU (Sektorenrichtlinie) und Verordnung (EU) 2015/2172 zur Änderung der Richtlinie 2014/23/EU (Konzessionsrichtlinie)) sowie weiterer Verordnungen vom 15.12.2015 hat die Kommission neue Schwellenwerte für den Zeitraum vom 01.01.2016 bis 31.12.2017 verbindlich festgelegt. Diese sind wie folgt:

Die Verordnungen sind als pdf-Dokumente abrufbar unter www.leinemann-partner.de, Quicklink-Nr. 5171602 (unten rechts auf Website eingeben).

Auftragsart	Schwellenwert netto
Bauaufträge	5,225 Mio. Euro (bisher 5,186 Mio. Euro)
Dienstleistungen, Lieferungen	209.000 Euro (bisher 207.000 Euro)
bei Aufträgen oberster und oberer Bundesbehörden und vergleichbarer Einrichtungen	135.000 Euro (bisher 134.000 Euro)
Freiberufliche Leistung	209.000 Euro (bisher 207.000 Euro)
Sektoren (Trinkwasser und Energieversorgung, Verkehr) sowie verteidigungs- und sicherheitsrelevante Aufträge	418.000 Euro für Liefer- und Dienstleistungsaufträge (bisher 414.000 Euro) 5,225 Mio. Euro für Bauaufträge (bisher 5,186 Mio. Euro)
Konzessionen	5,225 Mio. Euro

Praxisseminar

Behörden Spiegel

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

Vergaberechtsmodernisierung 2016 – Was Sie JETZT wissen müssen! Neue Struktur, neue Normen, neue Inhalte

→ **NÄCHSTER TERMIN: 19. April 2016, Köln**

21. April 2016, Frankfurt/Main

25. April 2016, Hamburg

27. April 2016, Stuttgart

28. April 2016, München

3. April 2016, Berlin

4. April 2016, Leipzig

Anmeldung unter: www.fuehrungskraefte-forum.de

Bildnachweis: Titelbilder: Thomas Segmann, Pirella.de

Mindestlohn – Ausführungsbedingung ja, Eignungsnachweis nein!

Darf ein öffentlicher Auftraggeber bei der Vergabe eines öffentlichen Auftrags von Bietern und deren Nachunternehmern verlangen, dass sie sich verpflichten, einen gesetzlichen Mindestlohn an das Personal zu zahlen, das für die Ausführung der ausgeschriebenen Leistungen eingesetzt werden soll? Kann die Zahlung des Mindestlohns als Eignungsnachweis gefordert werden? Der EuGH (Urteil vom 17.11.2015, Rs. C-115/14) und das OLG Düsseldorf (Beschluss vom 15.07.2015, Verg 11/15) haben die erste Frage bejaht, die zweite verneint.

Die Verpflichtung zur Zahlung eines Mindestlohns ist eine zusätzliche Bedingung für die Ausführung des Auftrags in Bezug auf „soziale Aspekte“. Zwar stellt die Mindestentgeltverpflichtung eine nach Art. 56 AEUV grundsätzlich verbotene Beschränkung des freien Dienstleistungsverkehrs dar. Diese lässt sich jedoch durch das damit verfolgte Ziel des Arbeitnehmerschutzes rechtfertigen. Als Nachweis zur Einhaltung der Mindestlohnverpflichtung kann der öffentliche Auftraggeber eine entsprechende Verpflichtungserklärung bei Angebotsabgabe verlangen.

Die Forderung der Abgabe einer Verpflichtungserklärung zur Zahlung des vergabespezifischen Mindestlohns als Nachweis der Eignung ist hingegen vergaberechtswidrig. Die Erklärung, bei der Auftragsausführung den vergabespezifischen Mindestlohn zu zahlen, ist nicht im Katalog der zulässigen Eignungsnachweise enthalten und gibt auch keine Auskunft über die persönliche Lage des Bieters.

Die Forderung des Auftraggebers an die Bieter, zu erklären, dass sie den Mindestlohn zahlen, beinhaltet vielmehr eine zusätzliche Bedingung an die Auftragsausführung. Obwohl die Erklärung zur Zahlung des vergabespezifischen Mindestlohns als Eignungsnachweis vergaberechtswidrig ist, wird sie gleichwohl Vertragsbestandteil, wenn sie in derselben Ausschreibung ein zweites Mal als Bedingung für die Vertragsausführung eindeutig und unmissverständlich genannt ist.

Die Befürchtung des Auftraggebers, der Bieter könne zukünftig den zu zahlenden Mindestlohn unterschreiten, führt nicht zwingend zum Angebotsausschluss. Denn die Einhaltung von Ausschreibungsbedingungen im Zuge einer späteren Auftrags Erfüllung ist nicht Gegenstand einer vergaberechtlichen Zuschlagsprüfung. Zahlt der Auftragnehmer den Mindestlohn entgegen der vertraglichen Vereinbarung nicht, kommen in erster Linie die zivilrechtlichen Sanktionsmechanismen zum Tragen.



Der Mindestlohn ist als Ausführungsbedingung zulässig.

Foto: BS/Uwe Schlick, pixelio.de



Die Entscheidungen sind als pdf-Dokumente abrufbar unter www.leinemann-partner.de, Quicklink-Nr. 5171603 (unten rechts auf Website eingeben).

Abgabe einer Erklärung unter einer Bedingung führt zum Ausschluss!

Eine Erklärung, die in einem verschlossenen Umschlag unter der Bedingung „Nur Öffnen im Beisein des Bieters“ abgegeben wird, ist als nicht abgegeben anzusehen. Werden Erklärungen, die erst nach Angebotsabgabe abgefordert werden, von den Bietern nicht vorgelegt, ist das Angebot auszuschließen. Das hat die VK Sachsen mit Beschluss vom 11.11.2015 (1/SVK/035-15) entschieden.

Eine Gemeinde schrieb Bauleistungen zum Umbau einer Schule aus. In den Vergabeunterlagen hieß es, dass die Bieter auf Verlangen der Vergabestelle die Urkalkulation ausgefüllt zu dem von der Vergabestelle bestimmten Zeitpunkt vorlegen mussten. Die Antragstellerin reichte die Urkalkulation in einem verschlossenen Umschlag ein, auf dem folgende Bemerkung verzeichnet war: „Nur Öffnen im Beisein der Firma X.“ Die Gemeinde schloss das Angebot der Antragstellerin wegen dieses Vermerkes aus.

Der hiergegen gerichtete Nachprüfungsantrag ist unbegründet. Die von der Antragstellerin auf Anforderung vorgelegte Urkalkulation ist wegen des angebrachten Vermerkes als nicht abgegeben anzusehen. Eine unter einer Bedingung abgegebene Erklärung gilt als nicht abgegeben. Ein Vermerk, ein Umschlag dürfe nur im Beisein des Bieters geöffnet werden, stellt eine solche unzulässige Bedingung dar. Denn der Auftraggeber ist nicht befugt, die von einem Bieter eingereichten Unterlagen oder Erklärungen gegen dessen erklärten Willen zu öffnen und einzusehen.

Eine Nachforderungspflicht hinsichtlich der Urkalkulation nach § 16 EG Abs. 1 Nr. 3 S. 1 VOB/A bestand hier nicht. Denn die Pflicht zur Nachforderung gilt nach dieser Vorschrift nur für Erklärungen und Nachweise, die bereits mit dem Angebot vorzulegen waren. Das ist bereits im Wortlaut der Vorschrift angelegt, ergibt sich jedenfalls aber aus ihrem Sinn und Zweck. Die Bieter sollen vor einem Ausschluss aufgrund geringfügiger Versäumnisse in der „heißen“ Phase der Angebotserstellung geschützt werden. Nach Abgabe des Angebots besteht diese Sorge nicht mehr. Die VK Sachsen folgt insoweit der aktuellen Rechtsprechung des OLG Düsseldorf (Beschluss vom 21.10.2015, Verg 35/15).

Nach Auffassung der Vergabekammer ist das Angebot der Antragstellerin auszuschließen. Ein Ermessen des Auftraggebers, wie er unter Beachtung der vergaberechtlichen Grundsätze in einem solchen Fall weiter verfähre, bestehe nicht. Es wäre systemwidrig, wenn an eine nicht erfolgte Vorlage von konkret geforderten und bezeichneten Erklärungen keine Rechtsfolge geknüpft würde.



Unterlagen in Briefen mit einem solchen Hinweis sind als nicht vorgelegt zu werten, das Angebot ist auszuschließen.

Foto: BS/S. Hofschläger, pixelio.de



Die Entscheidung ist als pdf-Dokumente abrufbar unter www.leinemann-partner.de, Quicklink-Nr. 5171604 (unten rechts auf Website eingeben).

Wahlpositionen dürfen nur bei berechtigtem Interesse ausgeschrieben werden!

Der Auftraggeber darf Wahl- oder Alternativpositionen nur in das Leistungsverzeichnis aufnehmen, wenn er ein berechtigtes Interesse an dieser Ausschreibungstechnik darlegen kann. Das Interesse des Auftraggebers, den Markt für alternative Ausführungsvarianten zu erkunden, kann eine Wahlposition nicht rechtfertigen. Das hat das OLG München mit Beschluss vom 22.10.2015 (Verg 5/15) entschieden.

Der Auftraggeber schrieb die Errichtung einer Autobahnbrücke aus. Im Leistungsverzeichnis war eine Brückenkonstruktion vorgegeben, deren Voraussetzungen nur von einem bestimmten Produkt eines Unternehmens erfüllt werden konnten. Allerdings hatte der Auftraggeber die Möglichkeit eröffnet, alternative Übergangskonstruktionen anderer Hersteller vorzuschlagen. Einziges Zuschlagskriterium war der niedrigste Preis. Der Antragsteller hatte das wirtschaftlichste Angebot zum Amtsvorschlag abgegeben, bei Wertung der – günstigeren – Alternativposition war sein Angebot jedoch auf dem zweiten Platz gelandet.

Das OLG München hat den Auftraggeber zur Neubewertung der Angebote verpflichtet. Die gewählte Ausschreibungstechnik ist vergaberechtswidrig. Eine Vergabestelle darf nicht nach Belieben Grund- und Alternativpositionen ausschreiben. Zwar ist das anders als für Bedarfs- bzw. Eventualpositionen nicht gesetzlich geregelt. Ein solches Vorgehen gefährdet aber die Transparenz des Vergabeverfahrens. Daher darf der Auftraggeber Alternativpositionen nur ausnahmsweise in das Leistungsverzeichnis aufnehmen.

Das Interesse, den Markt für alternative Angebote abzufragen, rechtfertigt ein solches Vorgehen nicht. Denn: Kommt aus technischen Gründen tatsächlich nur ein bestimmtes Produkt infrage, dann hätte dieses – was ausnahmsweise gerechtfertigt sein kann – zwingend vorgegeben werden können. Kann die Leistung hingegen herstellerunabhängig beschrieben werden, hätte der Auftraggeber von vornherein produktneutral ausschreiben müssen.

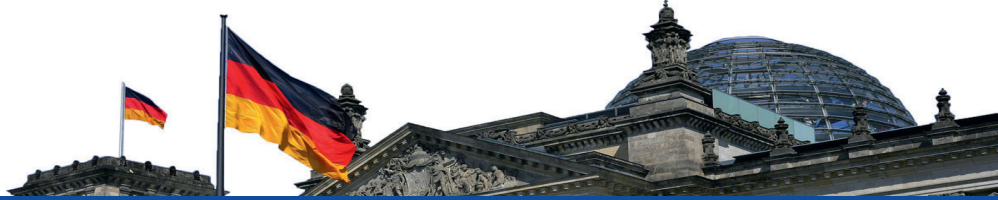
Zudem konnte der Auftraggeber mit seiner Vorgehensweise nicht ermitteln, welche technischen Lösungsansätze möglich sind und wie diese sich in ihrem Preis zueinander verhalten, um sodann Preis und Qualität der Ansätze abzuwägen. Denn einziges Kriterium für den Zuschlag sollte ja gerade der Preis sein. Es ist deshalb nicht nachvollziehbar, welche Überlegung es rechtfertigen soll, dass der Auftraggeber im Sinne einer Markterkundung versucht hat, nach Möglichkeit von jedem Bieter die Preise für zwei unterschiedliche Vorgehensweisen zu erfahren.



Auch bei der Konstruktion von Autobahnbrücken dürfen Auftraggeber nicht nach Belieben Grund- und Alternativpositionen ausschreiben. Foto: BS/Heike Dreisbach, pixelio.de



Die Entscheidung ist als pdf-Dokumente abrufbar unter www.leinemann-partner.de, Quicklink-Nr. 1121503 (unten rechts auf Website eingeben).



Verkehrssicherungsleistungen sind eigenständige Fachlose!

Die VK Brandenburg hat in ihrem Beschluss vom 05.08.2015 (VK 11/15) festgestellt, dass Verkehrssicherungsleistungen ein Teilbereich des Straßenbaus sind, der die Voraussetzungen für eine Fachlosvergabe erfüllt. Verkehrssicherungsleistungen sind somit grundsätzlich losweise zu vergeben.

Ein öffentlicher Auftraggeber schrieb den Ausbau einer Autobahn als Gesamtvergabe, also ohne die Berücksichtigung von Losen, aus. Ein auf die Erbringung von Verkehrssicherungsleistungen spezialisiertes Unternehmen rügte, dass eine Aufteilung des Auftrags in Lose, insbesondere die Bildung eines Fachloses „Verkehrssicherung“, nicht vorgesehen sei. Das Unternehmen sei als mittelständisches Unternehmen existenziell auf derartige Ausschreibungen angewiesen, weil Verkehrssicherungsarbeiten nicht nennenswert anderweitig als durch öffentliche Auftraggeber, namentlich die Träger der Straßenbaulast nachgefragt würden. Das Unternehmen beantragte ein Nachprüfungsverfahren, nachdem seiner Rüge nicht abgeholfen worden war.

Die Vergabekammer gab dem Unternehmen Recht. Eine Gesamtvergabe sei zwar unter bestimmten Voraussetzungen möglich. Nach Sinn und Zweck der § 97 Abs. 3 GWB, § 5 EG Abs. 2 VOB/A 2012 obliege es dem öffentlichen Auftraggeber aber regelmäßig, vor Einleitung eines Vergabeverfahrens alle für und gegen eine Los- oder Gesamtvergabe sprechenden Umstände abzuwägen. Bei den streitigen Verkehrssicherungsleistungen handle es sich um einen den Begriff des „Fachloses“ erfüllenden Teilbereich von mit dem Straßenbau einhergehenden Tätigkeiten. Für die Ausführung dieser Arbeiten gäbe es eine Vielzahl eigens geschaffener technischer Regelwerke, Richtlinien und zusätzlicher technischer Vertragsbedingungen. Für diese Leistungen habe sich zudem ein eigener Markt spezialisierter Fachunternehmen entwickelt, die Lösungen für Verkehrssicherungsmaßnahmen anbieten und solche Arbeiten als eigenständigen Auftrag übernehmen. Vor diesem Hintergrund bestünde grundsätzlich die Obliegenheit, die in Rede stehenden Maßnahmen zur Verkehrssicherung und Verkehrsführung im Wege einer isolierten Fachlosvergabe zu beschaffen. Der mit einer Fachlosvergabe allgemein verbundene Ausschreibungs-, Prüfungs- und Koordinierungsmehraufwand sowie ein höherer Aufwand bei Gewährleistungen könnten eine Gesamtvergabe für sich allein nicht rechtfertigen. Dies gelte auch für den Verweis auf die besondere Komplexität des Bauvorhabens und die Notwendigkeit, bei rollendem Verkehr zu bauen. Hier führe eine Gesamtvergabe zu keiner Verbesserung. Ein Generalunternehmer erbringe die Verkehrssicherungsarbeiten in der Regel ohnehin nicht selbst, sondern lasse sie durch einen Nachunternehmer ausführen. Der Vorteil, nur einen Ansprechpartner auf der Unternehmenseite zu haben, rechtfertige die Gesamtvergabe nicht.

Die Entscheidung ist als pdf-Dokumente abrufbar unter www.leinemann-partner.de, Quicklink-Nr. 5171605 (unten rechts auf Website eingeben).

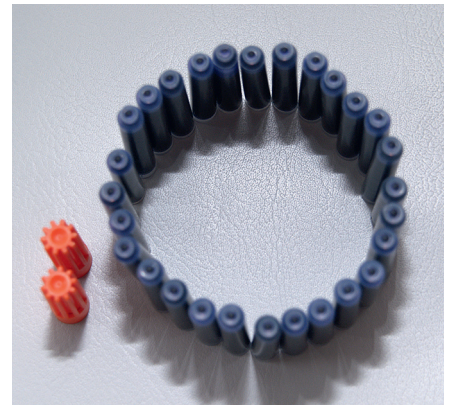
Bieter, die im laufenden Vergabeverfahren beim Wettbewerber Angebotspreise erfragen, sind unzuverlässig!

Die VK Sachsen-Anhalt hat in ihrem Beschluss vom 06.10.2015 (1 VK LSA 12/15) festgestellt, dass ein Bieter, der von einem ebenfalls am Vergabeverfahren beteiligten Unternehmen kalkulationsrelevante Angaben (Aufschlagssatz für Lohn- und Lohnnebenkostenanteil) zu dessen Angebot erfragt, eine erhebliche wettbewerbliche Verfehlung begeht. Sein Angebot ist daher wegen unzulässiger wettbewerbsbeschränkender Abrede auszuschließen.

Ein öffentlicher Auftraggeber schrieb Leistungen für die Bewachung von Unterkünften aus. Nachdem das Verfahren aufgrund eines Nachprüfungsverfahrens zurückversetzt wurde, kontaktierte der Geschäftsführer des späteren Bestbieters ein konkurrierendes mitbietendes Unternehmen, um zu erfragen, mit welchem Aufschlagssatz dieses den Lohn- und Lohnnebenkostenanteil kalkuliert habe. Der kontaktierte Bieter stellte, nach Erhalt des Vorabinformationsschreibens, wonach er den Zuschlag nicht erhalten sollte, einen weiteren Nachprüfungsantrag.

Die Vergabekammer stellte zunächst fest, dass der Auftraggeber das Angebot des Antragstellers zu Recht ausgeschlossen habe. Die VK beließ es jedoch nicht bei der Bewertung des Angebots des Antragstellers, sondern befasste sich auch mit dem Angebot des Bestbieters. Zwar sei dessen Angebot richtig kalkuliert worden. Das Verhalten des Bestbieters im laufenden Vergabeverfahren zeige jedoch seine Unzuverlässigkeit. Er sei daher ungeeignet. Bereits aus dem das gesamte Vergabeverfahren beherrschenden Wettbewerbsgrundsatz folge, dass bei der Vergabe öffentlicher Aufträge wettbewerbsbeschränkende und unlautere Verhaltensweisen zu bekämpfen seien. Nach den §§ 6 Abs. 5 c und 16 Abs. 3 f VOL/A 2009 ergebe sich, dass ein Ausschluss nicht nur Angebote von Bietern treffen solle, die in Bezug auf die Vergabe eine unzulässige, wettbewerbsbeschränkende Abrede getroffen haben, sondern auch solche, denen eine erhebliche wettbewerbliche Verfehlung vorzuwerfen sei. Der Begriff der wettbewerbsbeschränkenden Abrede umfasse alle sonstigen Absprachen und Verhaltensweisen eines Bieters, die mit dem Wettbewerbsgebot, hier Geheimwettbewerb, unvereinbar seien. Im vorliegenden Fall habe der Bieter in schwerer Weise gegen die Regeln des lauter Wettbewerbs verstoßen. Die VK ging davon aus, dass der Unwertgehalt bereits in der vergaberechtswidrigen Nachfrage des Bieters gegenüber dem Antragsteller bezüglich kalkulationsrelevanter Angaben (Aufschlagssatz für Lohn- und Lohnnebenkostenanteil) des Angebots liege.

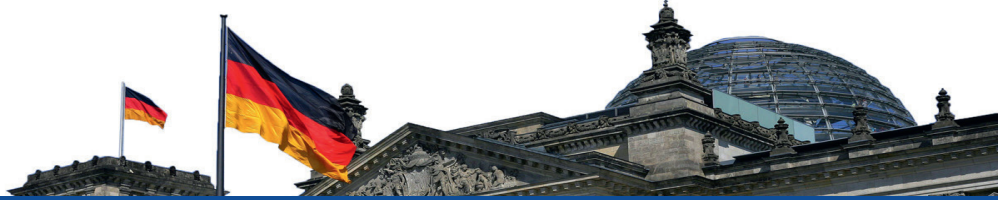
Die VK hat sich bei ihrer Entscheidung, auch den Bestbieter und sein Angebot vom Vergabeverfahren auszuschließen, an ihren gesetzlichen Auftrag gehalten. Sie hat, wie in § 114 Abs. 1 Satz 2 GWB vorgegeben, unabhängig von den Anträgen der Beteiligten auf die Rechtmäßigkeit des Vergabeverfahrens eingewirkt.



Wer während eines Vergabeverfahrens kalkulationsrelevante Angaben von Mitbieter abfragt, ist aus dem Kreis der Bieter auszuschließen.

Foto: bbroianigo, pixelio.de

Die Entscheidung ist als pdf-Dokumente abrufbar unter www.leinemann-partner.de, Quicklink-Nr. 5171606 (unten rechts auf Website eingeben).



Elektronische Signaturen können nachgefordert werden

Darf ein öffentlicher Auftraggeber eine fehlende elektronische Signatur nach § 16 Abs. 2 VOL/A, § 19 EG Abs. 2 VOL/A nachfordern oder ist das mangelhafte Angebot zwingend gemäß § 16 Abs. 3 lit. b) VOL/A, § 19 EG Abs. 3 lit. b) VOL/A auszuschließen? Die VK Bund (Beschluss vom 06.10.2015, VK 2-91/15) bejaht in einer sehr auf den Einzelfall zugeschnittenen Entscheidung überraschenderweise die Nachforderungsmöglichkeit.

Die VK Bund sieht den Anwendungsbereich der in § 16 Abs. 2 VOL/A, § 19 EG Abs. 2 VOL/A normierten Nachforderungsmöglichkeit bei fehlenden elektronischen Signaturen als eröffnet an, obwohl vom ausdrücklichen Wortlaut nur „Erklärungen und Nachweise“ erfasst sind.

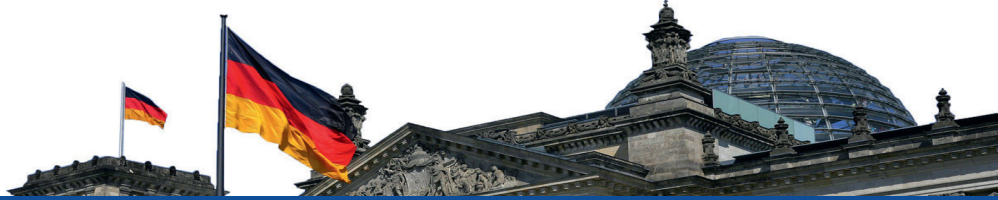
Der Entscheidung lag ein Fall zugrunde, in dem ein Bieter in seinem Angebot nur an nicht dafür vorgesehenen Stellen die verlangte elektronische Signatur einfügte, auf dem Angebotsvordruck, wo dies ausdrücklich gefordert war, jedoch eine nicht ausreichende Signaturvariante benutzte. Das Einfügen der falschen Signatur kam dabei durch ein Missgeschick zustande, indem der Bieter bei Angebotserstellung einen Doppelklick in das geöffnete pdf-Dokument ausführte und dadurch den Prozess der softwaregestützten Signatureinfügung durcheinander brachte.

Betrachtet man das in §§ 16 VOL/A, 19 EG VOL/A angelegte Zusammenspiel zwischen Nachforderungsmöglichkeit und Ausschlusszwang, überrascht diese Entscheidung. Denn wo der zwingende Ausschlussgrund fehlender Erklärungen und Nachweise aus Absatz 3 lit. a) seine wortgleiche Entsprechung in der Nachforderungsmöglichkeit des Absatzes 2 findet, fehlt diese Kombination beim Ausschlussgrund nicht unterschriebener oder nicht elektronisch signierter Angebote. Die Annahme einer Nachforderungsmöglichkeit von fehlenden Signaturen stellt eine deutliche Abkehr der VK Bund von ihrer bisher vertretenen Auffassung (Beschluss vom 21.04.2011, VK 3-38/11) dar. Danach sprach der vorbeschriebene Normenzusammenhang gegen eine Nachforderungsmöglichkeit. Unklar bleibt, ob diese Möglichkeit nun grundsätzlich gelten soll oder nur in Sonderfällen, in denen an anderer Stelle im Angebot eine Signatur zu finden ist. Die jetzige Bewertung scheint eine Reaktion auf einen Beschluss des OLG Düsseldorf (Beschluss vom 09.05.2011, Verg 40/11) zu sein, in dem dieses andeutete, eine Nachforderung könne möglicherweise nach § 16 Abs. 2 VOL/A, § 19 EG Abs. 2 VOL/A insbesondere auch bei fehlenden Signaturen und Unterschriften gestattet werden.

Die generelle Tendenz in der Rechtsprechung, zwingende Ausschlüsse nur aufgrund von Formfehlern verhindern zu wollen, wird auch in dieser Entscheidung deutlich.



Die Entscheidung ist als pdf-Dokumente abrufbar unter www.leinemann-partner.de, Quicklink-Nr. 5171607 (unten rechts auf Website eingeben).



Auch nach der VOF folgt ein Ausschluss bei Änderungen der Vergabeunterlagen

Angebote sind empfangsbedürftige Willenserklärungen, die nach den §§ 133, 157 BGB auszulegen sind. Kommt eine Auslegung zu dem Ergebnis, dass Angebote teilweise die Vergabeunterlagen abändern, sind diese auch im Rahmen eines Vergabeverfahrens nach der VOF von der Wertung auszuschließen. Dies hat die VK Baden-Württemberg (Beschluss vom 17.09.2015, 1 VK 36/15) im Gleichschritt mit einem fast zeitgleich ergangenen Beschluss der VK Sachsen (Beschluss vom 10.09.2015, 1/SVK/022-15F) entschieden.

Ein Landkreis schrieb Planungsleistungen für die Feinplanung von Hochgeschwindigkeitsdatennetzen in Form eines Rahmenvertrags aus. Ein Bieter legte den verbindlich vorzulegenden Angebotsunterlagen auch noch zusätzliche eigene Unterlagen bei, in denen er seine Kalkulation erläuterte. Hierin ging der Bieter von dem Szenario aus, dass alle Kommunen die durch den Rahmenvertrag ermöglichte Option nutzen und sich dem Datennetz anschließen. Der Landkreis interpretierte die zusätzliche Kalkulationserläuterung – trotz anderslautender Bieterantwort auf Nachfrage des Landkreises – dahingehend, dass der Bieter seine Angebotspreise nur unter der Bedingung abgab, dass alle Kommunen ihre Anschlussoption nutzen werden. Dies würde der Forderung der Vergabeunterlagen nach verbindlichen Preisen widersprechen, weswegen das Angebot auszuschließen sei.

Bevor die Vergabekammer eine ausführliche Auslegung des Angebots des Bieters vornahm, stellte sie fest, dass jedenfalls auch nach der VOF Änderungen an Vergabeunterlagen einen Ausschluss des Angebots zur Folge haben. Zwar gebe es in der VOF keine den §§ 16 EG Abs. 1 lit. b) VOB/A, 19 EG Abs. 3 lit. d) VOL/A entsprechende Ausschlussregelung. Für die VOF ergebe sich dies aber aus „übergeordneten Grundsätzen der Gleichbehandlung der Bieter und der Transparenz der Vergabeverfahren nach § 97 Abs. 1 und 2 GWB“. Anders könne ein faires Verfahren auf der Grundlage vergleichbarer Angebote nicht gewährleistet werden. Ganz ähnlich argumentiert auch die VK Sachsen in ihrem oben erwähnten Beschluss.

Letztlich kam die von der Vergabekammer durchgeführte Auslegung nach §§ 133, 157 BGB zu dem Ergebnis, dass die ergänzende Darstellung des Bieters nur der Erläuterung der verbindlich abgegebenen Preise dienen sollte. Ein Ausschluss wegen Änderung der Vergabeunterlagen kam somit nicht in Betracht. Im Rahmen der Auslegung sind nämlich auch der verfolgte Zweck, die Interessenlage der Parteien und die sonstigen Begleitumstände zu berücksichtigen.



Die Entscheidung ist als pdf-Dokumente abrufbar unter www.leinemann-partner.de, Quicklink-Nr. 5171608 (unten rechts auf Website eingeben).



Vergabe und Gestaltung von Wartungsverträgen

Bei steigenden Bewirtschaftungskosten erfährt der Gedanke einer Kostenbetrachtung von Immobilien über ihren „Lebenszeitraum“ zunehmende Bedeutung. Die Wartung der technischen Gebäudeausrüstung übernimmt dabei eine zentrale Rolle bei der Verbrauchsoptimierung und Störungsvermeidung. Die Wartungsleistungen muss der öffentliche Auftraggeber unter Beachtung des Vergaberechts beauftragen, entweder an den Anlagenerrichter oder an Dritte. Dabei gibt er im Rahmen

des Vergabeverfahrens auch den Vertragsinhalt und damit die zivilrechtlichen Regelungen des Wartungsvertrags vor. Öffentliche Auftraggeber und Bieter erhalten in diesem Behörden Spiegel-Seminar am 19. April 2016 in Bonn einen Überblick der maßgeblichen Regelungen sowie Entscheidungshilfen für die tägliche Praxis.

Weitere Informationen und Anmeldung unter:
www.fuehrungskraefte-forum.de

TERMINE 2016

Die Beschaffung und Einführung der elektronischen Akte und von Dokumentenmanagementsystemen

2. März 2016, Bonn

Die Praxis der Auftragsvergabe nach dem neuen Vergaberecht im Verteidigungs- und Sicherheitsbereich

7. März 2016, Hamburg

Beschaffung von Einsatzfahrzeugen

8. März 2016, Bonn

eVergabe in der Praxis

9. März 2016, Bonn

Vergabe von Reinigungsleistungen

9. März 2016, Bonn

Inhouse-Vergaben

10. März 2016, Berlin

Vergabegesetze der Länder

10. März 2016, Hamburg

Vergabeverfahren und Vertragsgestaltung in agilen IT-Projekten der öffentlichen Hand

7. April 2016, München

Modernisierung kommunaler Straßenbeleuchtung

7. April 2016, Bonn

Mindestlohn und Tariftreue

11. April 2016, Köln

Das neue Vergaberecht 2016

13. – 14. April 2016, Berlin

Keine Angst vor Rüge und Nachprüfung

14. April 2016, Bonn

Beschaffung von Geodaten, Geoinformationssystemen und Geoinformationsdiensten

19. April 2016, Bonn

Beschaffung von Schülerbeförderungsleistungen

19. April 2016, Bonn

Optimierung der Beschaffung durch Rahmenverträge

20. April 2016, Bonn

Die Beschaffung von Bauleistungen nach der neuen VOB/A

21. April 2016, Hamburg

Vergabe von Rettungsdienstleistungen

27. April 2016, Bonn

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.