



update Vergabe

Informationsdienst für Entscheider mit fachlicher Unterstützung von
LEINEMANN PARTNER RECHTSANWÄLTE

Behörden Spiegel
newsletter

Ausgabe 21, März 2017

Inhalt dieser Ausgabe

2 Editorial

Prof. Dr. Ralf Leinemann, Rechtsanwalt

3 Fünf Fragen an...

Dr. Katharina Knapton-Vierlich, stellvertretende Leiterin des Referats Zugang zu Beschaffungsmärkten in der Generaldirektion Binnenmarkt, Industrie, Unternehmertum und KMU der Europäischen Kommission

Vergabemanagement

5 Neue Unterschwellenvergabeordnung (UVgO) veröffentlicht

Rechtsprechung und Gesetzgebung

7 Auftraggeber dürfen sich in ihrer Ausschreibung auf Steinway-Flügel festlegen

8 Schwellenwert: Gesamtauftragswert verschiedener Bauabschnitte maßgeblich!

9 Angebot trotz Verstoßes gegen das Gebot der Produktneutralität

10 Eignung kann auch bei wiederholten kleineren Unregelmäßigkeiten fehlen!

11 Schummeln nicht erlaubt – Bieter haften für ihre Nachunternehmer

12 Produktionsstandort in China kann sehr günstige Angebotspreise rechtfertigen!

13 Preis als alleiniges Zuschlagskriterium auch nach der Vergaberechtsreform möglich!

14 Elektronische Vergabe: Ausnahmsweise ist auf Änderungen per E-Mail hinzuweisen!

15 Veranstaltungen und Termine

Liebe Leserin, lieber Leser,

neues Jahr – neues Vergaberecht. So könnte man den Jahresstart mit der neuen Unterschwellenvergabeordnung (UVgO) titulieren. Noch haben wir die Vergaberechtsmodernisierung ab 18.04.2016 nicht ganz verdaut, da wird schon die VOL/A im Unterschwellenbereich abgeschafft. Der Pferdefuß bei der Sache: Der Bund kann die UVgO nur in seinem Zuständigkeitsbereich in Kraft setzen. Ob Länder und Kommunen folgen oder ob sie die UVgO modifizieren werden, steht noch in den Sternen. Dem Vernehmen nach soll wohl eine hohe Bereitschaft bestehen, dem Bund zu folgen. Für einige Zeit werden wir aber ein Interregnum zu gewahren haben, bei dem je nach Körperschaft abweichende Regeln gelten. In dieser Ausgabe stellen wir Ihnen wesentliche Grundzüge der UVgO vor.

Liebhaber des klassischen Klavierkonzerts dürfen sich übrigens freuen: Die Ausschreibung eines Steinway-Flügels ist zwar produktspezifisch, aber gleichwohl zulässig. Hier steht der Bedarf der potentiell aufspielenden Konzertpianisten im Vordergrund, wie das OLG Karlsruhe entschied. Nach einer Entscheidung des OLG Frankfurt müssen Bieter künftig auch für die Seriosität der Angaben ihrer Nachunternehmer haften. Gibt ein Nachunternehmer vorsätzlich eine falsche Referenz ab, ist dies dem anbietenden Hauptunternehmer als Eignungsmangel zuzurechnen. Allerdings: Nach neuem Vergaberecht liegt der Ausschluss im Ermessen des Auftraggebers.

Über diese und weitere wichtige Entscheidungen finden Sie Informationen in der vorliegenden Ausgabe unseres „Update Vergabe“.

Ich wünsche Ihnen viel Freude bei der Lektüre.

Ihr
Ralf Leinemann



Prof. Dr. Ralf Leinemann, Rechtsanwalt

Foto: LEINEMANN PARTNER RECHTSANWÄLTE

Dr. Katharina Knapton-Vierlich

Mehr Partnerschaft und Transparenz

Vor rund einem dreiviertel Jahr ist die Umsetzungsfrist der europäischen Vergaberichtlinien zu Ende gegangen. Zeit Bilanz zu ziehen und nach den nächsten Vorhaben auf europäischer Ebene zu fragen. Update Vergabe sprach dazu mit Dr. Katharina Knapton-Vierlich, stellvertretende Leiterin des Referats Zugang zu Beschaffungsmärkten in der Generaldirektion Binnenmarkt, Industrie, Unternehmertum und KMU der Europäischen Kommission.

Update Vergabe: Frau Knapton-Vierlich, mit der Modernisierung des Vergaberechts hat die EU-Kommission mehrere Ziele verfolgt. Was war aus Ihrer Sicht das zentrale Motiv?

Knapton-Vierlich: Ziel der großen Vergaberechtsreform war ein moderner und professioneller Einkauf. Dafür haben wir die Vergaberecht-Richtlinien neu geordnet. Auch hinsichtlich der Konzessionen, die ein wesentlicher Teil des öffentlichen Auftragswesens sind.

Uns war klar, dass damit auch ein wesentlicher Wandel der Regeln in allen Mitgliedstaaten einhergehen würde. Wir begrüßen, dass die deutsche Regierung dies zum Anlass genommen hat, auch das "Kaskadensystem" zu überdenken und zu vereinfachen..

Auch die elektronische Vergabe ist für die Verwirklichung des europäischen Binnenmarktes von besonderer Bedeutung. Und sie sollte so einfach wie möglich sein. Drei verschiedene E-Vergabe-Lösungen in einer Stadt, die parallel zum Einsatz kommen, je nachdem welcher öffentliche Auftraggeber beschafft, sind wenig effizient. Wir als EU konnten allerdings kein System vorschreiben, deshalb können wir nur an die Mitgliedstaaten appellieren, auf Komplexität zu verzichten, wo immer es möglich ist.

Ein weiteres Anliegen war die Verbesserung der Transparenz bei Ausschreibungen und die Reduzierung von Korruption.

Update Vergabe: Würden Sie sich der Aussage anschließen, dass das offene Verfahren das beste Verfahren ist?

Knapton-Vierlich: Nein, das glaube ich nicht. Es gibt viele Beschaffungsgegenstände, die lassen sich mit anderen Verfahren besser beschaffen. Ein Beispiel ist die Beschaffung inno-



Dr. Katharina Knapton-Vierlich von der Generaldirektion Binnenmarkt, Industrie, Unternehmertum und KMU der EU-Kommission, hier auf dem Hamburger Vergabetag, fordert eine ernste Vergabepolitik, mit langfristigen politischen Entscheidungen.

BS/Fieseler

vativer Lösungen, die erst entwickelt und anschließend nach dem Vergabegrundsätzen eingekauft werden sollen. So etwas geht mit dem offenen Verfahren nicht, deshalb haben wir die Innovationspartnerschaft entwickelt.

Update Vergabe: Wo sehen Sie das europäische Vergaberecht heute?

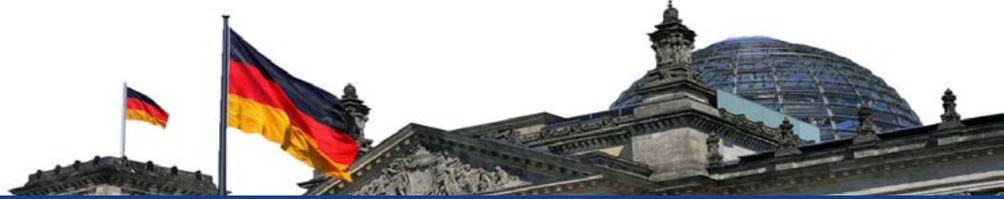
Knapton-Vierlich: Wir wollen vor allem eine Professionalisierung des Einkaufs, die längst noch nicht erreicht ist. Der öffentliche Einkauf ist nicht immer effizient. Auch in Deutschland steht im Moment sehr viel Geld für öffentliche Investitionen bereit. Aber die öffentlichen Auftraggeber schaffen es nicht immer, dieses effizient und schnell auszugeben. Manchmal mangelt es schlicht an Fachkompetenz, manchmal versinkt das Beschaffungsvorhaben im politischen Kleinkrieg, und manchmal triumphieren Vetternwirtschaft und sogar Korruption.

Ein moderner, effizienter Einkauf ist jedoch extrem wichtig. Wenn etwa 15 Prozent des Bruttoinlandsproduktes für öffentliche Aufträge ausgegeben werden, dann beeinflusst das die wirtschaftliche Entwicklung jedes Mitgliedstaates erheblich!

Update Vergabe: Bedarf es dazu weiterer Reformen?

Knapton-Vierlich: Wir haben mit der letzten Reform sehr viel verändert, wir planen nicht schon wieder eine neue Reform anzustoßen. Wir wollen, dass es funktioniert. Dafür ist eine ernsthafte Vergabepolitik nötig, mit langfristigen, strategischen Entscheidungen. Deutschland ist dort auf einem guten Weg; viel hat sich in den letzten Jahren geändert. Wir möchten, dass diese Veränderung weitergeht, in allen Mitgliedstaaten.

Fortsetzung auf Seite 4 >>>



<<< Fortsetzung von Seite 3

Auch die Rechtsmittel-Richtlinie soll nicht geändert werden. Die Ergebnisse einer Evaluation waren sehr positiv, deshalb sehen wir hier aktuell keinen Bedarf. Lassen Sie mich in dem Zusammenhang erwähnen, dass die Rechtsmittelrichtlinie nicht die Aussetzung des Vergabeverfahrens bis zum Ende eines Rechtsmittelverfahrens vorsieht. Mit seiner grundsätzlichen Entscheidung für eine Aussetzung hat der deutsche Gesetzgeber eine Entscheidung für den Vorrang der Rechtmäßigkeit über Rechtssicherheit getroffen.

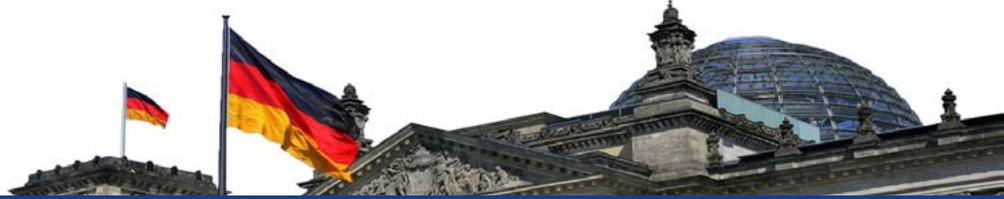
Update Vergabe: Welche Themen stehen bei Ihnen im Moment auf der Tagesordnung?

Knapton-Vierlich: Wir setzen in Zukunft insbesondere auf einen partnerschaftlichen Ansatz. Wir möchten mit den Mitgliedstaaten eng zusammenarbeiten, um tatsächlich Veränderungen zu erzielen. Fünf Punkte sehen derzeit klar auf der Agenda. Erstens wollen wir mehr Netzwerke schaffen. Zweitens haben wir in der Binnenmarktstrategie angekündigt, eine ex-ante Bewer-

tung großer Infrastrukturvorhaben einzuführen. Damit könnte zukünftig denen geholfen werden, die Hilfe bei Planung, Vergabe und Bau von solchen Projekten benötigen.

Drittens legen wir einen Schwerpunkt auf die Vergabe in strategisch besonders wichtigen Sektoren: Energie, Abfallwirtschaft, IT-Leistungen und vor allem den Gesundheitsbereich. In Deutschland sehen wir vor allem im Bereich des Gesundheitswesens Defizite. Deutschland vergibt im Gesundheitsbereich europaweit genauso viele öffentliche Aufträge wie Dänemark. Hier scheint mindestens ein Transparenzdefizit zu herrschen.

Viertens arbeiten wir enger mit Ländern zusammen, die strukturelle Defizite haben, aber auch mit solchen, die beispielgebend sein können, und bei denen ein professioneller Einkauf wirtschaftlich einen besonderen Einfluss hat. Als größte Volkswirtschaft der EU ist Deutschland auch unter diesem Aspekt sehr interessant. Und letztlich planen wir, Vorschläge zur besseren Verhinderung von Kartellen in der öffentlichen Auftragsvergabe zu entwickeln.



Neue Unterschwellenvergabeordnung (UVgO) veröffentlicht

Das Bundeswirtschaftsministerium (BMWi) hat jüngst die finale Version einer Verfahrensordnung für die Vergabe öffentlicher Liefer- und Dienstleistungsaufträge unterhalb der EU-Schwellenwerte (Unterschwellenvergabeordnung – UVgO) vorgelegt. Dieses unter Beteiligung der Länder erarbeitete Regelwerk ersetzt den ersten Abschnitt der Vergabe- und Vertragsordnung für Leistungen (VOL/A), der von der am 18.04.2016 in Kraft getretenen Vergaberechtsnovelle noch unangetastet gebliebenen ist.

Der jetzt herausgegebenen Version der UVgO ging ein Diskussionsentwurf vom 31.08.2016 voraus, zu dem im Oktober 2016 eine Anhörung der Öffentlichkeit und insbesondere vieler Verbände stattfand. Aufgrund der Anhörungsergebnisse und der Auswertung von zahlreichen Stellungnahmen passte das BMWi den Entwurf noch im Detail an. Mit diesem ersten Teil unseres Beitrags zur UVgO sollen einige wichtige Eckpunkte der neuen Vorschriften vorgestellt werden. In einem zweiten Teil in der nächsten Ausgabe sollen dann einzelne Regelungen konkret beleuchtet werden.

Überblick

Die UVgO tritt an die Stelle des 1. Abschnitts der bisher geltenden VOL/A. Da Bauleistungen von der UVgO nicht erfasst werden, bleibt der für nationale Vergaben geltende erste Abschnitt der VOB/A weiterhin bestehen.

Anders als man auf den ersten Blick vermuten könnte, handelt es sich bei der „Unterschwellenvergabeordnung“ nicht um eine Rechtsverordnung mit verbindlichem Rechtsnormcharakter. Obwohl die UVgO nun nicht mehr aus der Feder des Deutschen Vergabe- und Vertragsausschusses stammt, bleibt es dabei, dass die Regelungen erst durch einen Anwendungsbefehl in Kraft gesetzt werden. Dieser Befehl kann künftig in einem Landesvergabegesetz enthalten sein oder - wie bisher regelmäßig - aus dem Erlass des zuständigen Ministers folgen. Eine Anwendungsverpflichtung kann sich ggf. auch aufgrund eines Zuwendungsbescheids ergeben.

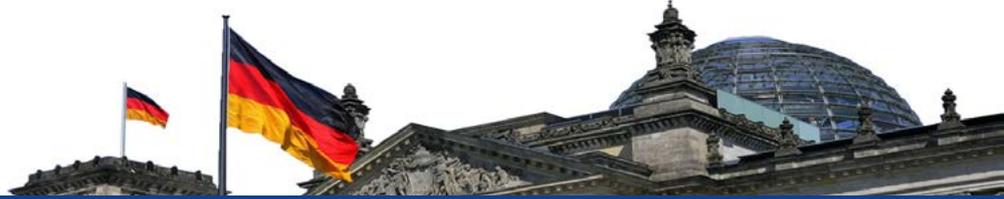
Als Vorbild für die UVgO diente die bereits reformierte VgV. Im Rahmen der umfassenden Vergaberechtsreform sollte der Ober- und Unterschwellenbereich für die Vergabe von Lieferungen und Dienstleistungen möglichst einheitlich ausgestaltet werden. Die bisher angestrebte Anpassung zwischen den ersten Abschnitten der VOL/A und VOB/A wird damit - zunächst einmal - hinfällig.

Der Anwender der UVgO wird allerdings gezwungen sein, sowohl das GWB als auch die VgV ständig griffbereit zu halten. Zwar werden vielfach ganze Textpassagen der letztgenannten Regelwerke wortwörtlich in der UVgO übernommen, an anderen Stellen finden sich jedoch nur Verweise auf bestimmte Normen (z.B. in § 31 UVgO auf die Ausschlussgründe nach §§ 123 und 124 GWB und die Selbstreinigung nach § 126 GWB). Diese sind dann auch bei der Anwendung der UVgO zu beachten.

Anwendungsbereich

Für Verwirrung sorgte in der Entwurfsfassung die – mittlerweile entfallene – Vorschrift des § 1 Abs. 4 UVgO-E. Diese verwies für die Begriffsbestimmungen pauschal auf

Fortsetzung auf Seite 6 >>>



den vierten Teil des GWB. Damit hätte auch die Definition des öffentlichen Auftraggebers gemäß § 99 GWB gegolten, welche nicht nur „klassische“ öffentliche Auftraggeber, sondern beispielsweise auch städtische Beteiligungsgesellschaften erfasst. Das BMWi hat diesen Verweis in der finalen Fassung gestrichen und stellt in seinen Erläuterungen zur UVgO klar, dass „der personale Anwendungsbereich der UVgO über den Anwendungsbefehl von Bund und Ländern gesondert festgelegt werden muss“. Grund hierfür seien „divergierende Traditionen in den Ländern, welche staatlichen und halbstaatlichen Institutionen das Unterschwellenvergaberecht anzuwenden haben.“ Um dies zum Ausdruck zu bringen, adressiert die UVgO auch durchgängig schlicht den „Auftraggeber“, und nicht wie im GWB und der VgV den „öffentlichen Auftraggeber“.

Freiberufler werden von den speziellen Regelungen der UVgO – entgegen der Entwurfsfassung – nun doch nicht erfasst. Dies stellt § 50 UVgO klar, der lediglich die Regelung Nr. 2.3 der Allgemeinen Verwaltungsvorschriften zu § 55 der Bundeshaushaltsordnung aufgreift. Diese schreibt allgemein vor, dass bei der Vergabe von Leistungen im Bereich freiberuflicher Leistungen so viel Wettbewerb zu schaffen ist, wie dies nach der Natur des Geschäfts oder nach den besonderen Umständen möglich ist. Damit bleibt es dabei, dass nur bei überschwelligen Ausschreibungen von freiberuflichen Leistungen die vergaberechtlichen Regelungen zu beachten sind (die alte Vergabeordnung für freiberufliche Dienstleistungen (VOF) ist in der reformierten VgV aufgegangen).

Verfahrensarten

Bei der Namensgebung der unterschiedlichen Verfahren bleibt es bei der Öffentlichen Ausschreibung und der Beschränkten Ausschreibung. Insoweit findet keine Angleichung zum Oberschwellenbereich statt. Eine Umbenennung erfolgt jedoch bei der „freihändigen Vergabe“, welche zukünftig durch den neu eingeführten Begriff der „Verhandlungsvergabe“ ersetzt wird. Dadurch soll die Parallelität zum überschwelligen Verhandlungsverfahren herausgestellt und betont werden, dass es sich grundsätzlich um ein im Wettbewerb durchzuführendes Vergabeverfahren handelt. Genau wie oberhalb der Schwelle fällt nun auch in § 8 Abs. 2 UVgO der Vorrang der Öffentlichen Ausschreibung weg. Dem Auftraggeber stehen also künftig die öffentliche Ausschreibung und die beschränkte Ausschreibung mit Teilnahmewettbewerb nach seiner Wahl zur Verfügung.

Insgesamt erhöht sich die Regelungsdichte zum Ablauf der verschiedenen Verfahren.

Auftraggeber dürfen sich in ihrer Ausschreibung auf Steinway-Flügel festlegen

Beruhet die Wahl des Beschaffungsgegenstands auf sach- und auftragsbezogenen Gründen, dürfen Auftraggeber eine konkrete Produktvorgabe machen. Eine wettbewerbsverengende Wirkung ist in diesem Fall hinzunehmen. Dies hat das OLG Karlsruhe in seinem Beschluss vom 14.09.2016 (15 Verg 7/16) entschieden.

Der Auftraggeber (Ag.) schrieb im offenen Verfahren die Lieferung von drei Steinway-Flügeln aus. Der Antragsteller (Ast.) rügte dies und machte geltend, dass jedenfalls der Zusatz „und gleichwertig“ hätte erfolgen müssen. Der Ast. wies darauf hin, dass er selbst Flügel herstelle, die der ausgeschriebenen Marke in Klang und Spielbarkeit in nichts nachstehen. Nach abgelehnter Rüge und erfolglosem Gang vor die Vergabekammer legt der Ast. sofortige Beschwerde ein.

Ohne Erfolg! Der Ag. hat nicht gegen das in § 31 Abs. 6 S. 1 VgV verankerte Verbot der produktspezifischen Ausschreibung verstoßen. Zwar zielt die Regelung des § 31 Abs. 6 S. 1 VgV darauf ab, den Markt für Bieter möglichst offen zu halten. Allerdings ist es allein Sache des Auftraggebers den Auftragsgegenstand zu bestimmen. Diese, dem eigentlichen Vergabeverfahren vorgelagerte Entscheidung kann lediglich dahingehend überprüft werden, ob sie auf sachfremden, willkürlichen oder diskriminierenden Erwägungen beruht. In dieser Hinsicht ist das Vorgehen des Ag. nicht zu beanstanden. Er hat bei seiner Beschaffungsentscheidung nicht außer Acht gelassen, dass es auch qualitativ und klangtechnisch hochwertige Flügel anderer Hersteller gibt. Vielmehr begründete der Ag. seine Beschaffungsentscheidung damit, dass der Flügel am besten den besonderen Ansprüchen für den Einsatz bei Konzert- und Theateraufführungen gerecht werde. Steinway-Flügel hätten die Eigenschaft, dass ihr Klang auch große Räume gut ausfülle und dabei noch von besonderer Brillanz sei. Damit hat der Ag. im konkreten Einzelfall den Beschaffungsgegenstand anhand von auftrags- und sachbezogenen Kriterien in willkür- und diskriminierungsfreier Art und Weise festgelegt.

Nach Ansicht des OLG musste die Ausschreibung der Steinway-Flügel auch nicht über den Zusatz „oder gleichwertig“ Angebote anderer Produkte ermöglichen, da die konkrete Produktvorgabe bereits nach Satz 1 des § 31 Abs. 6 VgV gerechtfertigt sei. Satz 2 der Regelung, welcher diesen Zusatz vorschreibt, stelle einen weiteren, eigenständigen Ausnahmetatbestand für Konstellationen dar, bei denen der Auftragsgegenstand nicht hinreichend genau beschrieben werden kann.



Unter besonderen Bedingungen kann auch eine produktbezogene Ausschreibung erfolgen, wie bei einem Steinway-Flügel.

Foto: BS/Siebert Pinger, pixelio.de

Die Entscheidung ist als pdf-Dokument abrufbar unter www.leinemann-partner.de, Quicklink-Nr. 1011702 (unten rechts auf Website eingeben).



Schwellenwert: Gesamtauftragswert verschiedener Bauabschnitte maßgeblich!

Der für die Vergabe maßgebliche Auftragswert ist anhand des funktionalen Auftragsbegriffs zu ermitteln. Auch wenn der öffentliche Auftraggeber Leistungen in verschiedenen Abschnitten ausführen lassen will, ist von einem Gesamtauftrag auszugehen, sofern Leistungen in wirtschaftlicher und technischer Hinsicht zusammenhängen. Das hat das OLG Köln (Beschluss vom 24.10.2016, 11 W 54/16) entschieden.

Die Antragstellerin (Ast.) hat ein Verfahren auf Erlass einer einstweiligen Verfügung eingeleitet. Ihr Ziel ist, dass der Antragsgegnerin (Ag.) untersagt wird, nach der Aufhebung einer öffentlichen Ausschreibung Leistungen im Zusammenhang mit dem Ausbau einer Bundeswasserstraße nunmehr in einem neuen, europaweiten offenen Verfahren auszuschreiben. Die Ast. hatte bei dem Projekt den Auftrag zur „Entsorgung von Baggergut“ erhalten. Sodann hatte die Ag. „Bagger- und Transportleistungen“ öffentlich ausgeschrieben. Die Ast. hatte sich auch an dieser Ausschreibung beteiligt und war daraus als Bestbietende hervorgegangen. Die Ag. hob die neuerliche Ausschreibung mit der Begründung auf, dass der Schwellenwert von 5,225 Mio. netto überschritten werde. Sämtliche Leistungen müssten zusammengerechnet werden und seien europaweit zu vergeben.

Die Ast. hat keinen Verfügungsanspruch. Die Aufhebung der öffentlichen Ausschreibung für die fraglichen Bagger- und Transportleistungen, deren Auftragswert bei isolierter Betrachtung unterhalb des maßgeblichen Schwellenwerts für Bauleistungen liegt, ist gerechtfertigt. Bei der Ermittlung des Auftragswerts müssen die Kosten für „Bagger- und Transportleistungen“ und die „Entsorgung von Baggergut“ addiert werden. Nach § 3 Abs. 1 VgV ist bei der Bestimmung des Auftragswertes von dem voraussichtlichen Netto-Gesamtwert der vorgesehenen Leistung auszugehen. Dabei sind die Werte miteinander verknüpfter Leistungen zusammenzurechnen. Denn im Rahmen einer funktionellen Betrachtungsweise sind organisatorische, inhaltliche, wirtschaftliche sowie technische Zusammenhänge zu berücksichtigen. Entscheidend ist, ob die Leistungen nach ihrem Charakter eine innere Kohärenz und eine funktionale Kontinuität aufweisen. Darauf, dass die Leistungen in verschiedenen Abschnitten ausgeführt werden sollen, kommt es nicht an.

Nach diesen Grundsätzen stellen sich die „Bagger- und Transportleistungen“ sowie die „Entsorgung von Baggergut“ als einheitlicher Auftrag dar. Die Leistungen bauen unmittelbar aufeinander auf und bedingen einander, damit der Werkerfolg erreicht werden kann.

Die Entscheidung ist als pdf-Dokument abrufbar unter www.leinemann-partner.de, Quicklink-Nr. 5201701 (unten rechts auf Website eingeben).

Angebot trotz Verstoßes gegen das Gebot der Produktneutralität

Ein Bieter kann in einem Vergabenachprüfungsverfahren geltend machen, dass die Wettbewerber die Anforderungen aus einem vergaberechtswidrigen – weil nicht produktneutralen – Leistungsverzeichnis nicht eingehalten haben und deren Angebote daher auszuschließen seien. Dies hat die VK Sachsen (Beschluss vom 23.11.2016, 1/SVK/025-16) entschieden.

Ein Krankenhaus schrieb Groß- und Kleingeräte für den Neubau der Kantine aus. Im Leistungsverzeichnis wurden die Geräte so spezifisch hinsichtlich ihrer Maße und ihrer technischen Werte beschrieben, dass bei vielen Positionen jeweils nur Geräte eines bestimmten Herstellers sämtliche Anforderungen erfüllten. Nachdem ein Bieter im Wege der Vorabinformation mitgeteilt bekam, dass sein Angebot nicht den Zuschlag erhalten werde, rügte er, dass der erfolgreiche Bieter unter keinen Umständen für sämtliche Positionen jeweils den richtigen Hersteller angeboten haben könne.

Die VK Sachsen gab ihm Recht. Zunächst sei seine Rüge nicht „ins Blaue hinein“ erfolgt. Der Bieter habe unter Berufung auf seine Marktkenntnisse und die fehlende Produktneutralität des Leistungsverzeichnisses das Wertungsergebnis mit dem Hinweis angezweifelt, dass andere Bieter die Vorgaben des Leistungsverzeichnisses mutmaßlich nicht eingehalten haben. Der Vortrag des Bieters in Rüge und Nachprüfungsantrag sei hinreichend substantiiert, da er eine konkrete Tatsache benenne, aus welcher sich der Verdacht eines Vergaberechtsverstoßes ergebe. Dies genüge den Anforderungen an eine Rüge gerade in Anbetracht der Tatsache, dass ein Bieter ohne Akteneinsicht letztlich immer mehr oder weniger auf Vermutungen oder einen Verdacht angewiesen ist, worin eine Vergaberechtsverletzung liegen könnte.

Darüber hinaus stellte die Vergabekammer fest, dass Bieter, die eine versteckte produktspezifische Ausschreibung erkennen, nicht verpflichtet sind, die sich daraus ergebende Rechtsverletzung für sich zu reklamieren. Sie könnten sich vielmehr auch rügelos auf diese einlassen, müssten dann aber die sich daraus ergebenden Anforderungen gegen sich gelten lassen und diese bedienen. Es sei aus Bietersicht legitim, sich auf eine versteckte produktspezifische Ausschreibung einzulassen und gleichzeitig den Auftraggeber an seiner vergaberechtswidrigen Ausschreibung festzuhalten. Der Auftraggeber könne daher in die Pflicht genommen werden, im Wertungsvorgang die Einhaltung sämtlicher produktspezifischer Parameter nachzuhalten und nicht „günstigere Konkurrenzprodukte“ mit niedrigeren Leistungsparametern „durchzuwinken“.



Wer für Kantinenküchen Groß- und Kleingeräte ausschreibt, muss trotzdem auf die Neutralität der Ausschreibungsunterlagen achten.

Foto: BS/Rainer Sturm, pixelio.de

Die Entscheidung ist als pdf-Dokument abrufbar unter www.leinemann-partner.de, Quicklink-Nr. 5201702 (unten rechts auf Website eingeben).



Eignung kann auch bei wiederholten kleineren Unregelmäßigkeiten fehlen!

Im Rahmen der Eignungsprüfung für einen Folgeauftrag dürfen auch Erkenntnisse, die aus der bisherigen Leistungserbringung eines Bieters als Vorauftragnehmer gewonnen wurden, berücksichtigt werden. Für eine negative Eignungsprognose reichen auch wiederholte Fälle kleinerer Unregelmäßigkeiten aus. Das hat die VK Bund (Beschluss vom 18.11.2016, VK 2-103/16) entschieden.

Der Auftraggeber (Ag.) schrieb Unterhaltsreinigungsleistungen für verschiedene Liegenschaften europaweit aus. Der bisherige Vertragspartner (Ast.) gab das wirtschaftlichste Angebot ab. Er soll aber wegen Schlechtleistungen bei der bisherigen Vertragserbringung ausgeschlossen werden. Der Ast. meint, ein Ausschluss sei unverhältnismäßig, da die Mängel und erfolgten Teilkündigungen in Relation zur erbrachten Gesamtleistung nur unwesentlich seien, und rief die Vergabekammer an.

Ohne Erfolg! Der Ausschluss wegen Zweifel an der Eignung ist auf Grundlage von § 97 Abs. 4 GWB a.F., § 19 EG Abs. 5 VOL/A a.F. gerechtfertigt. Die Schlechtleistungen sind durch die unwidersprochenen Mängelrügen, Rechnungskürzungen und Teilkündigungen belegt. Sie sind auch ausreichend schwerwiegend. Auch wenn man die gesetzgeberische Wertung des § 124 Abs. 1 Nr. 7 GWB n.F. vorliegend berücksichtige, gelange man zu diesem Ergebnis. Auch nach neuem Vergaberecht ist es nicht erforderlich, dass der Auftragnehmer eine vollkommen untaugliche Leistung erbracht hat. Vielmehr reichen - wie vorliegend - auch wiederholte Fälle kleinerer Unregelmäßigkeiten für eine negative Eignungsprognose aus. Aus dem Fehlverhalten hat der Ag. auch Konsequenzen gezogen, indem er Objekte gekündigt und zahlreiche Rechnungskürzungen vorgenommen und Nachbesserungen verlangt hat. Dies reicht aus, um eine zur Beendigung des Vertrags bzw. zur Schadensersatzforderung vergleichbare Rechtsfolge darzustellen. § 124 Abs. 1 Nr. 7 GWB n.F. setzt nicht voraus, dass ein vollständiger Abbruch der vertraglichen Beziehungen erfolgen muss, um eine mangelhafte Auftrags Erfüllung in einem späteren Verfahren eignungsverneinend berücksichtigen zu können. Bereits aus der Gesetzesbegründung ergibt sich, dass umfangreiche Nachbesserungsbegehren selbst bei Fortführung des Vertrags im Übrigen ausreichend sind, um einen Ausschluss zu begründen.

Die Entscheidung ist als pdf-Dokument abrufbar unter www.leinemann-partner.de, Quicklink-Nr. 1021714 (unten rechts auf Website eingeben).



Schummeln nicht erlaubt – Bieter haften für ihre Nachunternehmer

Im Fall der Eignungsleihe können auch vorsätzlich falsche Angaben des Nachunternehmers zum Angebotsausschluss führen, da für die Erklärungen und Nachweise des Nachunternehmers dieselben Anforderungen gelten wie für den Bieter selbst. Dies hat das OLG Frankfurt/Main in seinem Beschluss vom 11.10.2016 (11 Verg 12/16) festgestellt.

Der öffentliche Auftraggeber schrieb einen Auftrag zur Errichtung eines Abwasserwärmetauschers in der Heizungstechnik aus. Jeder Bieter musste mindestens drei Referenzen von „vergleichbaren Leistungen“ vorlegen. Nach erfolgter Angebotswertung rügte ein Bieter, die Antragstellerin (Ast.), dass die erfolgreiche Wettbewerberin, die Beigeladene (Bg.), und die von ihr im Wege der Eignungsleihe benannte Firma C nie eine vergleichbare Leistung erbracht hätten und damit nicht die geforderten Referenzen hätten vorweisen können.

Im Nachprüfungsverfahren machte die Bg. die Angabe, dass es sich „nach Angaben von Firma C“ bei einer bestimmten Referenz um eine vergleichbare Art eines Abwasserwärmetauschers handele, der errichtet worden sei. Die Referenz sei somit wertbar. Diese Feststellung war offensichtlich rein technisch nicht zutreffend, da tatsächlich bei dem betreffenden Auftrag eine andere Art von Wärmetauscher eingebaut worden war.

Das OLG Frankfurt/Main sah hierin im zweitinstanzlichen Verfahren eine „vorsätzlich unzutreffende Erklärung in Bezug auf die Fachkunde, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit“ nach § 16 EG Abs. 1 Nr. 1 lit. g) VOB/A a.F. (§ 124 Abs. 1 Nr. 8 GWB n.F.). Zwar sei fraglich, ob die Bg. selbst diese falsche Erklärung vorsätzlich abgegeben habe, da sie sich insoweit ausdrücklich auf die Auskunft der Firma C bezogen habe. Allerdings sei jedenfalls von Seiten der Firma C, die diese Auskunft erteilt hat, Vorsatz zu bejahen, denn sie habe gewusst, was sie tatsächlich eingebaut habe. Da bei einer Eignungsleihe für die Erklärungen und Nachweise des Nachunternehmers dieselben Anforderungen gelten wie für den Bieter selbst, führe auch eine vorsätzlich falsche Angabe des Nachunternehmers zum Ausschluss.

Der hier vom OLG nach alter Rechtslage angenommene zwingende Ausschluss ist nach neuem Recht nur noch ein fakultativer Ausschlussgrund. Nunmehr hat der öffentliche Auftraggeber nach § 124 Abs. 1 Nr. 8 GWB n.F. ein Ermessen, ob er den Bieter wegen vorsätzlich unzutreffender Erklärung ausschließt oder aber dessen Angebot im Wettbewerb verbleiben kann.



Die Entscheidung ist als pdf-Dokument abrufbar unter www.leinemann-partner.de, Quicklink-Nr. 1011703 (unten rechts auf Website eingeben).

Produktionsstandort in China kann sehr günstige Angebotspreise rechtfertigen!

Wenn unter Berücksichtigung einer sparsamen Wirtschaftsführung eine einwandfreie Ausführung gewährleistet ist, können auch ungewöhnlich niedrige Angebotspreise als angemessen angesehen werden. Dies hat die VK Thüringen in ihrem Beschluss vom 08.11.2016 (250-4002-7852/2016-N-012-KYF) entschieden.

Der Auftraggeber (Ag.) schrieb die Beschaffung von Leuchtköpfen zur Umstellung der Straßenbeleuchtung auf LEDs im Wege einer unterschwelligen öffentlichen Ausschreibung aus. Als Zuschlagskriterium war unter Berücksichtigung der Lebenszykluskosten allein der Preis entscheidend. Nach erfolgter Wertung der Angebote lag die spätere Beschwerdeführerin (Bf.) auf dem ersten Platz. Der Ag. forderte sie daraufhin zur Aufklärung über die Preise auf, woraufhin die Bf. dem Ag. eine aufgeschlüsselte Preisermittlung vorlegte. Ohne die darin enthaltenen Angaben weiter aufzuklären, teilte der Ag. der Bf. in der Folge mit, dass ihr Angebot wegen eines unangemessen niedrigen Preises ausgeschlossen und ein anderer Bieter den Zuschlag erhalten werde. Angesichts des eklatanten Preisunterschieds bei den Leuchten von ca. 50 % zu den Angeboten der Mitbewerber habe der Ag. keine Veranlassung, weitere Preisaufklärung zu betreiben. Nach erfolgloser Rüge stellte die Bf. einen Nachprüfungsantrag nach Maßgabe des geltenden Landesvergabegesetzes.

Mit Erfolg! Der Ag. hat bei der Prüfung der Angemessenheit der Preise gegen seine Aufklärungsverpflichtung aus § 16d Abs. 1 Nr. 2 VOB/A verstoßen. Nach dieser Vorschrift haben Auftraggeber bei Angebotspreisen, die unangemessen niedrig erscheinen, vom Bieter Aufklärung über die Ermittlung der Preise zu verlangen. Hierbei obliegt es dem Auftraggeber, den Bieter durch gezielte positions- bzw. titelbezogene Anfragen Gelegenheit zu einer Aufklärung der von ihm benannten auffälligen Positionen oder Titel zu geben. Eine lediglich pauschale Aufforderung zur Erklärung der Kalkulation genügt nicht. Vorliegend hat der Ag. die Bf. allein aufgrund des erst im Nachprüfungsverfahren geltend gemachten Umstands ausgeschlossen, dass sie als Tochterunternehmen eines chinesischen Herstellers sehr viel günstigere Preise bei den Leuchten angeboten hat. Der große Preisunterschied kann jedoch für sich genommen noch nicht zur Annahme eines unangemessen niedrigen Preises im Sinne des § 16d Abs. 1 VOB/A führen. Technische Gründe, die gegen eine Installation der angebotenen Leuchten sprechen, welche sich eventuell aus weiteren Nachforschungen des Ag. ergeben hätten, sind nicht erkennbar und wurden auch nicht vorgetragen.



Günstigere Produktionsstandortorte, etwa in oder im Umfeld von Shanghai, führen zu deutlich abgesenkten Angebotspreisen.

Foto: BS/Cornerstone, pixelio.de

Die Entscheidungen sind als pdf-Dokument abrufbar unter www.leinemann-partner.de, Quicklink-Nr. 5201703 (unten rechts auf Website eingeben).



Preis als alleiniges Zuschlagskriterium auch nach der Vergaberechtsreform möglich!

Solange Angebote im vergaberechtlichen Sinne miteinander vergleichbar sind, können Auftraggeber den Preis auch weiterhin als einziges Zuschlagskriterium heranziehen. Dies hat die VK Bund in ihrem Beschluss vom 29.09.2016 (VK 2-93/16) entschieden.

Der Auftraggeber (Ag.) schrieb im offenen Verfahren die Zubereitung von Arzneimitteln in der Onkologie zur unmittelbaren Anwendung für gesetzlich Krankenversicherte aus. Der Antragsteller (Ast.) rügte unter anderem, dass der Preis das einzige Zuschlagskriterium sein sollte. Nach Ansicht des Ast. hätten auch qualitative Kriterien berücksichtigt werden müssen, da es sich im vorliegenden Fall um eine teilfunktionale Ausschreibung handele. Ein Großteil der Leistungsmodalitäten, z.B. Beratungsbedarf, Bestell- und Bezugsweg, würde nämlich erst durch die späteren Auftragnehmer definiert. Nach Nichtabhilfe seiner Rüge durch den Ag. stellt er einen Nachprüfungsantrag.

Ohne Erfolg! Der Ag. war nicht dazu verpflichtet, neben dem Preis qualitative Kriterien der Leistungserbringung miteinzubeziehen. Zwar bestimmt § 127 Abs. 1 S. 3 GWB, dass sich das wirtschaftlichste Angebot nach dem besten Preis-Leistungs-Verhältnis bestimmt. Jedoch sieht § 127 Abs. 1 S. 4 GWB (ebenso § 58 Abs. 2 S. 2 VgV) in Übereinstimmung mit der Gesetzesbegründung (BR-Drs. 367/15) ausdrücklich vor, dass neben dem Preis qualitative Kriterien vorgesehen werden „können“. Auftraggebern ist daher bei der Bestimmung, was aus ihrer Sicht die Wirtschaftlichkeit eines Auftrags ausmacht, eine weite, nur eingeschränkt überprüfbare Einschätzungsprärogative zuzugestehen. Eine Verpflichtung zur Berücksichtigung qualitativer Kriterien ergibt sich auch nicht daraus, dass das Bestellverhalten der Ärzte zum jetzigen Zeitpunkt noch nicht feststeht. Solange aufgrund hinreichend klarer Vorgaben durch den Auftraggeber gewährleistet ist, dass inhaltlich homogene und damit vergleichbare Angebote erstellt werden können, kann die Wirtschaftlichkeit allein über den Preis bestimmt werden.

Obwohl hier nach Ansicht der VK entgegen der Einschätzung der Ast. keine teilfunktionale Ausschreibung vorliegen soll, stellt sie in einer Nebenbemerkung noch klar, dass selbst beim Vorhandensein von funktionalen Elementen der Preis als alleiniges Zuschlagskriterium möglich sein soll. Schließlich sei der Preis nach § 35 Abs. 2 S. 3 VgV sogar dann als einziges Zuschlagskriterium möglich, wenn der Auftraggeber Nebenangebote zugelassen hat.



Die Entscheidung ist als pdf-Dokument abrufbar unter www.leinemann-partner.de, Quicklink-Nr. 1011712
(unten rechts auf Website eingeben).



Elektronische Vergabe: Ausnahmsweise ist auf Änderungen per E-Mail hinzuweisen!

Bei elektronischer Durchführung eines Vergabeverfahrens sind auf einer Vergabepattform registrierte Bieter über Änderungen an den Vergabeunterlagen zumindest dann gesondert zu informieren, wenn die konkrete Gefahr besteht, dass sie Änderungen, die lediglich auf die Plattform eingestellt werden, nicht zur Kenntnis nehmen. Das hat die VK Südbayern (Beschluss vom 17.10.2016, Z3-3-3194-1-36-09/16) entschieden.

Der Antragsgegner (Ag.) gab im Rahmen des Neubaus eines Seminargebäudes mit Sporthalle die Vergabe von Ingenieurleistungen für die Tragwerksplanung in einem europaweiten Verfahren bekannt. Der Ag. änderte die Bekanntmachung dahin, dass nicht mehr die Leistungsphasen 2 – 9 Auftragsgegenstand sein sollten, sondern nur mehr die Leistungsphasen 2 – 6. Später änderte der Ag. die Bekanntmachung erneut und verlängerte den Schlusstermin für die Teilnahmeanträge. Einen Hinweis auf geänderte Bewertungskriterien für die Referenzen enthielt die geänderte Bekanntmachung nicht. Die Ast. hatte zu diesem Zeitpunkt bereits einen Teilnahmeantrag abgegeben. Sie rügte, dass der Ag. die Bieter informieren müsse, wenn er die Vergabeunterlagen zu einem solch späten Zeitpunkt ändere. Es reiche nicht, die geänderten Unterlagen stillschweigend auf der Vergabepattform einzustellen und darauf zu vertrauen, dass die Bieter noch rechtzeitig nachsehen, ob sich womöglich Änderungen ergeben hätten.

Mit Erfolg! Bei elektronischer Durchführung eines Vergabeverfahrens sind auf einer Vergabepattform registrierte Bieter über Änderungen an den Vergabeunterlagen zumindest dann gesondert zu informieren, wenn die erhöhte Gefahr besteht, dass sie sich nicht erneut auf der Plattform einloggen und die Änderungen zu Kenntnis nehmen. Dies kann beispielsweise dann der Fall sein, wenn Bieter bereits einen Teilnahmeantrag oder ein Angebot hochgeladen haben oder eine Änderungsmitteilung irreführend war. In diesen Fällen kann nicht von einer Obliegenheit der Bieter ausgegangen werden, sich bezüglich der Änderungen der Vergabeunterlagen auf der Vergabepattform auf dem Laufenden zu halten. Die Information hat dann gemäß § 9 Abs. 1 VgV regelmäßig per E-Mail zu erfolgen.

Eine „Holschuld“ besteht im Übrigen grundsätzlich nur für solche Unternehmen, die es unterlassen haben, sich auf der Plattform zu registrieren. Da diese auf Änderungen der Vergabeunterlagen oder Antworten des Auftraggebers auf Bieterfragen schlichtweg nicht hingewiesen werden können, liegt das Risiko, einen Teilnahmeantrag, eine Interessensbestätigung oder ein Angebot auf der Grundlage veralteter Vergabeunterlagen erstellt zu haben und daher im weiteren Verlauf vom Verfahren ausgeschlossen oder abgewertet zu werden, bei ihnen.

Die Entscheidung ist als pdf-Dokument abrufbar unter www.leinemann-partner.de, Quicklink-Nr. 5201704 (unten rechts auf Website eingeben).

Seminarreihe: Die neue UVgO 2017

Über 90% aller öffentlichen Auftragsvergaben liegen derzeit unterhalb der EU-Schwellenwerte. Vor diesem Hintergrund sind die Änderungen des Vergaberechts durch die Einführung der neuen Unterschwellenvergabeordnung (UVgO) zu Beginn 2017 für die Anwender des Vergaberechts wahrscheinlich von größerer Relevanz als die umfassende Vergaberechtsreform 2016. Die Behörden Spiegel-Seminarreihe im März und April 2017 will den Teilnehmenden eine Übersicht über die neue

Gestalt des deutschen Vergaberechts unterhalb der Schwellenwerte und hierbei insbesondere der durch die UVgO geregelten Bereiche der Vergabe von Liefer- und Dienstleistungen verschaffen. Darüber hinaus sollen die inhaltlichen Änderungen und Ergänzungen vollständig dargestellt werden, ohne sich jedoch im „Klein-Klein“ einzelner Unterpunkte zu verlieren.

Weitere Informationen finden Sie hier.

TERMINE 2017

Die neue Beschaffungspraxis der Bundeswehr

07.03.2017, Hamburg

Einführung in die EVB-IT

07.03.2017, Hamburg

eVergabe in der Praxis

07.03.2017, Bonn

Die neue UVgO 2017: Reform nun auch unterhalb der Schwellenwerte

07.03.2017, Hamburg

Beschaffung von Einsatzfahrzeugen

08.03.2017, Bonn

Preisrecht und Preisprüfung bei Verteidigungsaufträgen

08.03.2017, Hamburg

Beschaffung der elektronischen Akte und von Dokumentenmanagementsystemen

08.03.2017, Berlin

Vergabe von Reinigungsleistungen

08.03.2017, Bonn

Die neue UVgO 2017

08.03.2017, Hannover

Die Beschaffung von Liefer- und Dienstleistungen nach der neuen VgV

09.03.2017, Hamburg

Update Vergaberecht 2017

10.03.2017, Stuttgart

Die Leistungsbeschreibung bei der Beschaffung von Lieferungen und Dienstleistungen

15.03.2017, Berlin

Verpflegungsleistungen in Kita und Schule

15.03.–16.03.2017, Berlin

Grundstücksgeschäfte von Bund, Ländern und Gemeinden

17.03.2017, Düsseldorf

Die neue UVgO 2017

21.03.2017, Stuttgart

Professionelles Angebotsmanagement und überzeugende Angebotsgestaltung

21.03.–24.03.2017, Hamburg

Bewertung und Benchmarking von IT-Geräten

23.03.2017, Bonn

Die neue UVgO 2017

28.03.2017, Frankfurt a.M.

Beschaffung von Schülerbeförderungsleistungen

28.03.2017, Berlin

Vergaberecht in Forschung und Lehre

29.03.2017, Berlin

Die neue UVgO 2017

30.03.2017, Köln

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, Jörn Fieseler, 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.