



**Vergaberecht in der Praxis -
Grundlagen für Beschaffungs- und
Qualifizierungsunternehmen**

27. Oktober 2011 in Köln

**Dr. Martin Schellenberg
Rechtsanwalt**

Agenda

- I. Einführung
- II. Rechtsschutz
- III. Losaufteilung
- IV. Öffentlicher Auftraggeber
- V. Öffentliche Aufträge
- VI. Ausnahmen von der Ausschreibungspflicht
- VII. Leistungsbeschreibung
- VIII. Rahmenvereinbarung
- IX. Nebenangebote
- X. Bietergemeinschaften
- XI. Wertung
- XII. Eignung
- XIII. Angebot
- XIV. Unterkostenprüfung
- XV. Vergabeakte

Einführung

Ziele des Vergaberechts

Wirtschaftlichkeit

Wettbewerb

Marktöffnung

Umweltschutz

Gleichbehandlung

Soziales

Mittelstandsförderung

Innovation

Gesetzliche vs. fakultative Ziele

- gesetzlich:

- Wirtschaftlichkeit (§ 7 BHO/LHO)
- Wettbewerb, Transparenz und Gleichbehandlung (§ 97 Abs. 1 und 2 GWB)
- Mittelstandsschutz (§ 97 Abs. 3 GWB)

- fakultativ (§ 97 Abs. 4 GWB):

- Soziales
- Umwelt
- Innovation

Zuordnung der vergaberechtlichen Regelungsgegenstände zu den Zielen

	Wirtschaftlichkeit	Wettbewerb, Transparenz, Diskriminierungsfreiheit	Mittelstandsförderung	Soziales/Umwelt/Innovation
1. Markterkundung / Bedarfsdefinition				
2. Schwellenwertberechnung				
3. Ausnahmetatbestände				
4. Leistungsbeschreibung / Vertrag				
5. Verfahrenswahl				
6. Definition der Eignungskriterien				
7. Definition der Zuschlagskriterien				
8. Vergabevermerk				

	Wirtschaft- lichkeit	Wettbewerb, Transparenz, Diskriminie- rungsfreiheit	Mittelstands- förderung	Soziales/Um- welt/Innova- tion
9. Veröffentlichung				
10. Bieterfragen / Verhandlungen				
11. Angebotsabgabe / Submission				
12. Eignungsprüfung				
13. Angebotsprüfung				
14. Bieterinformationen				
15. Rügen				
16. Nachprüfungsverfahren				
17. Zuschlag				

Ausgangsfall

Die Kommune Entenhausen hat im Entenhausener Tagblatt eine Ausschreibung für Berufsbildenden Qualifizierungsmaßnahmen veröffentlicht. Der Vertrag ist auf 15 Jahre ausgelegt. Es handelt sich um einen Rahmenvertrag, für den ein Preis pro Teilnehmerplatz und Monat (brutto) angeboten werden soll. Hinzu kommt eine erfolgsbezogene Pauschale von EUR 500,00. Ein Anspruch auf Erteilung von Einzelaufträgen wird nicht gewährt. Die Laufzeit des Vertrages beträgt zwei Jahre. Der Auftragnehmer darf nur festangestelltes Personal einsetzen und hat die gesamte Infrastruktur einschließlich Räume und Ausrüstung zu stellen.

Im Angebot gefordert ist die Vorlage einer Konzeption, die mit einer Punktzahl von 0 bis 3 bewertet wird. Während 0 einem Angebot entspricht, das nicht den Anforderungen genügt, zeichnet die Vergabe von 1 Punkt eine eingeschränkte Verwendbarkeit, 2 Punkte eine Entsprechung der Anforderungen und 3 Punkte eine der Zielerreichung besonders dienliche Gestaltung.

Ausgangsfall

Die Entenhausener QualiOffensive gGmbH will sich bewerben, sieht jedoch insbesondere durch die lange Laufzeit, den Festpreis und die mangelnde Abnahmesicherheit durch Teilnehmer keine Möglichkeit, einen kaufmännisch sinnvollen Preis zu kalkulieren.

Was muss sie tun, um die Ausschreibung rechtlich überprüfen zu lassen?

Ausgangsfall

Die Vergabestelle der Gemeinde Entenhausen hat die Rüge zurückgewiesen.
Was ist nun zu tun?

Ausgangsfall

Der Nachprüfungsantrag ist bei der Vergabekammer Entenhausen eingegangen. Wie geht es dort weiter?

Ausgangsfall

Die Vergabekammer hat für den 27.10.2011, 14:00 Uhr zur mündlichen Verhandlung geladen. Die Parteien finden sich pünktlich ein und erörtern die Sach- und Rechtslage. Was wird besprochen?

Ausgangsfall

Noch am selben Tag erhält die QualiOffensive einen Anruf aus dem Rathaus Entenhausen, man solle sich zu Vergleichsgesprächen zusammenfinden. Es sei doch nicht nötig, dass eine Entscheidung ergehe. Ist dies zulässig?

Ausgangsfall

Die Vergabekammer entscheidet gegen die QualiOffensive. Gibt es ein Rechtsmittel und wie muss es eingelegt werden?

Rechtsschutz

Unverzügliche Rüge

§ 107 Abs. 3 Satz 1 GWB



„unverzüglich“: unbestimmter Rechtsbegriff

- Ohne schuldhaftes Zögern
- 1-3 Tage, max. 1 Woche

Unverzögliche Rüge

§ 107 Abs. 3 Satz 1 GWB



Regelung anwendbar oder europarechtswidrig?



keine abschließende Klärung für deutsche Regelung

EuGH v. 28.11.2010, C-406/08

Rechtsschutz Vergaberecht

Oberhalb der Schwellenwerte

- 1. Instanz: Vergabekammer (§ 102 ff. GWB)
- 2. Instanz: OLG (§ 116 ff. GWB)

unterhalb der Schwellenwerte

- Schadenersatz Zivilgerichte
- Einstweilige Verfügungsverfahren Landgericht

Eilverfahren

Vergabekammer

5 Wochen ab Eingang des Nachprüfungsantrages

§ 113 GWB

OLG

5 Wochen ab Einlegung der sofortigen Beschwerde

§ 121 Abs.
3 S. 1 GWB

Unterhalb der
Schwellenwerte

Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung muss vor
Zuschlag erfolgen!

Zulässigkeit, Rechtsschutzinteresse

Behauptete Rechtsschutzverletzung beruht auf bieterschützender Norm

Zuschlag noch nicht (wirksam) erteilt
Verfahren nicht (wirksam) aufgehoben

Objektiv belegbares Interesse am Auftrag

Bieter droht Schaden

Rechtzeitige Rüge

Begründetheit

Rechtsverletzung, z. B.

1. Defacto-Vergabe

- Unrichtige und missbräuchliche Berechnung der Schwellenwerte.
- In-House-Fähigkeit zu Unrecht angenommen.
- Interkommunale Kooperation zu Unrecht angenommen.
- Zu Unrecht Ausnahmetatbestand § 3 EG VOL/A angenommen.
- Zu Unrecht Ausnahmetatbestand § 100 Abs. 2 GWB angenommen.
- Unrichtige Annahme kein öffentlicher Auftraggeber § 98 Nr. 2 GWB.
- Unrichtige Annahme kein öffentlicher Auftrag § 99 GWB (Abgrenzung Dienstleistungskonzession).

Begründetheit

Rechtsverletzung, z. B.

2. Aus der Veröffentlichung erkennbare Fehler

- Falsche Verfahrensart (z. B. Verhandlungsverfahren statt offenes Verfahren bei Einkauf von Standardprodukten).
- Keine oder falsche Losaufteilung (z. B. Ein-Partnerrahmenvertrag für Bundesgebiet bei Schulungen).
- Unzulässige produktspezifische Beschreibung des Leistungsgegenstandes (z. B. „Schulungen der Diakonie“).
- Falsche oder unzulässige Eignungskriterien (z. B. Forderung der Ortsansässigkeit).
- Ungenügende Angebotsfristen (z. B. Angebotsabgabefrist 3 Tage nach Veröffentlichung).
- Rahmenvertraglaufzeit zu lang (z. B. 20 Jahre).
- Rahmenvertrag mit unzulässigen Konditionen (z. B. mehrere Vertragspartner ohne Zuteilungskriterien).
- Unzulässige Zuschlagskriterien (z. B. Vermischung mit Eignungskriterien).
- Zulassung von Nebenangeboten, wenn Preis einziges Zuschlagskriterium.

Begründetheit

Rechtsverletzung, z. B.

3. Aus der Leistungsbeschreibung erkennbare Fehler

- Ungewöhnliches Wagnis
 - Außerordentliches Kündigungsrecht bei Haushaltsengpass.
 - Keine ausreichende Zusage von Teilnehmern bei Zahlung nach Teilnehmerzahl.
 - Drei Jahre Festpreis ohne Preisgleitklausel bei Schülertransport.
 - Zuschlagsbedingungen bzgl. Los für weiteren Zuschlag.
 - Umsatzsteuerrisiko bei Auftragnehmer.
- Leistungsverzeichnis passt nur auf einen Bieter (z. B. Übernahme von Textteilen aus Produktblatt des Bieters).
- Forderung der Ortsansässigkeit (nicht örtliche Verfügbarkeit)!
- Fehlende Einsicht in Projektunterlagen (z. B. Studien von Projektanten).

Begründetheit

Rechtsverletzung, z. B.

Aus der Vergabeakte erkennbare Fehler

- Unzureichende Dokumentation.
 - Kein kontinuierliches Führen der Vergabeakte.
 - Unrichtige Begründung der Verfahrenswahl.
 - Unrichtige Begründung der Losaufteilung.
 - Unrichtige Begründung für produktspezifische Definition Leistungsgegenstand.
 - Ausgleich Vorbefassung unzureichend dokumentiert.
 - Laufzeit Rahmenvertrag nicht ausreichend begründet.
 - Wertungsentscheidung nicht ausreichend (z. B. 8 x Gremiensitzung ohne Dokumentation).
 - Bieterausschluss nicht ausreichend.
- Verwendung von Unterkriterien.
- Ausschluss ungerechtfertigt.
- Ermessensausfall (auf Nachforderung verzichtet ohne Begründung).

Ablauf Nachprüfungsverfahren

Unverzögliche Rüge: Fehlerbenennung u. Abhilfebitte

Zurückweisung der Rüge

15-Tage-Frist für Nachprüfungsantrag

Inhalt Nachprüfungsantrag:

- Zuständige Nachprüfungskammer
- Bestimmter Antrag, z. B. Verfahren zurückzusetzen oder Rechtsverletzung festzustellen
- Sachverhalt (Parteien, Verfahren, rechtsverletzender Vorgang)
- rechtliche Hinweise, z. B. Verstoß gegen Verbot ungewöhnliche Wagnisse zu übertragen

§ 107 Abs.
3 S. 4 GWB

Wie geht die Vergabekammer vor?

Prüfung des Antrags auf offensichtliche Unzulässigkeit (Schutzschrift zu berücksichtigen)

§ 110 Abs.
2 S. 2 GWB

Zuschlagsverbot

§ 115 Abs.
1 GWB

Zustellung an Vergabestelle:

- Anforderung der Akten („sofort“) (§ 110 Abs. 2 S. 4 GWB)
- Zuschlagsverbot (§ 115 Abs. 1 GWB)
- Akteneinsichtsrecht des Antragstellers (Geschäftsgeheimnisse müssen bezeichnet werden) (§ 111 Abs. 2 GWB)

Antragserwiderung der Vergabestelle

Beiladung der anderen betroffenen Bieter / Bewerber (§ 109 S. 1 GWB)

Aufklärungsverfügung der Vergabekammer (§ 110 GWB – eingeschränkter Untersuchungsgrundsatz)

Mündliche Verhandlung vor der Vergabekammer:

- Sachstandsbericht
- Stellungnahmen der Beteiligten
- Diskussion der Sach- und Rechtslage
- Zeugenvernehmung
- Entscheidungsterminverkündung
- Schriftsatznachlass

Eventuell Vergleichsgespräche

Entscheidung oder Erledigung

Sofortige Beschwerde OLG

Frist: Wochen nach Zustellung der Entscheidung (§ 117 Abs. 1 GWB)

Aufschiebende Wirkung: Zuschlag darf nicht erteilt werden (§ 118 GWB)

RA-Pflicht, bei juristischen Personen des öffentlichen Rechts genügt Volljurist

Antrag:

- Verlängerung der aufschiebenden Wirkung, sonst entfällt sie zwei Wochen nach Antrag
- Mündliche Verhandlung, ggf. Zeugenvernehmung
- Schriftsatzwechsel
- Entscheidung durch Beschluss: Gericht kann eigene Maßnahmen treffen
- Alternativ: Erledigung bei Vergleich oder gerichtlichen Vergleich

Kosten des Nachprüfungsverfahrens

Kammerkosten: i. d. R. 2.500 EUR (theoretisch möglich: bis 100.000 EUR)

Nach Rücknahme oder Erledigung: Reduktion um 1/2

Rechtsanwaltskosten: erstattungsfähig, wenn für notwendig erklärt,
Berechnung auf der Basis von 5% des Bruttoauftragswerts

Losaufteilung

Losaufteilung

Rechtslage alt
§ 97 Abs. 3 GWB

Angemessene
Berücksichtigung des
Mittelstandes

Aufteilung in Fach- und
Teillöse



Rechtslage neu
§ 97 Abs. 3 GWB

Immer Aufteilung in Fach- und
Teillöse

Verzicht auf Lose:
nur bei wirtschaftlichen oder
technischen Gründen

Gesondert
begründungs-
bedürftig

ÖPP-Klausel:
Losaufteilungspflicht muss
auch vom Auftragnehmer
beachtet werden

Erläuterungen des DVAL zur VOL/A 2010

„Als Gründe, von einer Losaufteilung abzusehen, kommen in Betracht:

- unverhältnismäßige Kostennachteile,
- die starke Verzögerung des Vorhabens,
- verringerter Koordinierungsaufwand,
- erleichterte Durchsetzung von Gewährleistungs- und Garantieansprüchen sowie
- eine unwirtschaftliche Zersplitterung infolge einer Aufteilung.

Letzteres liegt insbesondere auch dann vor, wenn der Auftragswert so gering ist, dass von vornherein eine Beteiligung mittelständischer Unternehmen möglich ist.“

Rechtsprechung

typische Nachteile der Losvergabe rechtfertigen keine GU-Vergabe

OLG Düsseldorf
vom 25.11.2009,
Az.: Verg 27/09

nicht beherrschte Schnittstellenprobleme rechtfertigen GU-Vergabe

OLG Celle vom
26.04.2010,
Az.: 13 Verg 4/10;
OLG Hamburg vom
24.09.2010,
Az.: 1 Verg 2/10

vergaberechtliche Kontrolle nur auf Beurteilungsfehler

OLG Düsseldorf
vom 25.11.2009,
Az.: Verg 27/09

Öffentlicher Auftraggeber

Wer ist öffentlicher Auftraggeber?

- Gebietskörperschaften und deren Sondervermögen (Bund, Land, Kommunen...)
- andere juristische Personen des öffentlichen und privaten Rechts
 - Gründung zu besonderen Zweck
 - Aufgaben im Allgemeininteresse nichtgewerblicher Art (Eigenbetriebe, städtische Kliniken...)
- Verbände deren Mitglieder unter 1 oder 2 fallen (Zweckverbände...)
- Natürliche oder juristische Personen des privaten Rechts, die in den Bereichen Trinkwasser-, Energieversorgung oder Verkehr tätig sind (Sektorenauftraggeber, Flughäfen...)
- Fördermittelempfänger, wenn sie mit mehr als 50 % öffentlich gefördert werden für Tiefbaumaßnahmen, Errichtung von Krankenhäusern, Sport-, Erholungs-, Freizeiteinr., Schul-, Hochschul- und Verwaltungsgebäuden
- Natürliche oder juristische Personen des privaten Rechts, die mit Stellen unter 1 – 3 eine Baukonzession abgeschlossen haben (Baukonzessionäre)

Öffentliche Auftraggeber

Rundfunkanstalten (EuGH v. 13.12.2007, Rs. C-337/06)	(+)
Gesetzliche Krankenversicherung (EuGH v. 11.06.2009)	(+)
Kirchen (VK Hessen v. 26.04.2006, 69 d VK 15/2006) -> bei Zuwendungen: OLG Celle v. 25.08.2011, 13 Verg 5/11	(-) (+)
IHK (VK Baden-Württemberg v. 17.12.2009, 1 VK 61/09)	(-)
Flughafenbetreiber, SektAG, klassischer AG (-) (?) (VK Brandenburg v. 22.09.2008, VK 27/08)	(+)
komm. Wohnungsbauunternehmen (OLG Karlsruhe v. 17.04.2008, 8 U 228/06)	(-)

Öffentliche Auftraggeber

Gemischtwirtschaftliche Gesellschaft (EuGH v. 08.04.2008)	(+)
Post	(-)
An-Institut Universität (VK Düsseldorf v. 18.06.2007, VK-14/2007-L)	(-)
Messegesellschaft (OLG Hamburg v. 25.01.2007, 1 Verg 5/06)	(+)
Sparkassen (OLG Rostock v. 15.06.2005, 17 Verg 3/05)	(-)

Öffentliche Aufträge

Definition Öffentliche Aufträge

§ 99 Abs. 1 GWB:

„Öffentliche Aufträge sind entgeltliche Verträge von öffentlichen Auftraggebern
mit Unternehmen

über die Beschaffung von Leistungen, die Liefer-, Bau- oder Dienstleistung zum
Gegenstand haben ...“

Abgrenzungsfragen

- Veräußerung
- In-House-Geschäft
- Dienstleistungskonzession

In-House Kriterien

- Alle Beteiligten sind Teil der öffentlichen Hand
 - Keine private Beteiligung (gar keine!)
- Kein wesentliches Drittgeschäft des „AN“
- Dienststellenkriterium
 - „Kontrolle wie über eine eigene Dienststelle“
- Ständige Rechtsprechung des EuGH:
Teckal EuGH v. 18.11.1999, Az.: C-107/98,
Stadt Halle EuGH v. 11.01.2005, Az.: C-26/03,
Parking Brixen EuGH v. 13.10.2005, Az.: C-458/03,
ASEMFO EuGH v. 19.04.2007, Az.: C-295/05,
Coditel EuGH v. 18.03.1980, Az.: C-62/79,
etc.

Dienstleistungskonzession § 1 II a Vergaberechtskoordinierungsrichtlinie 2004/17

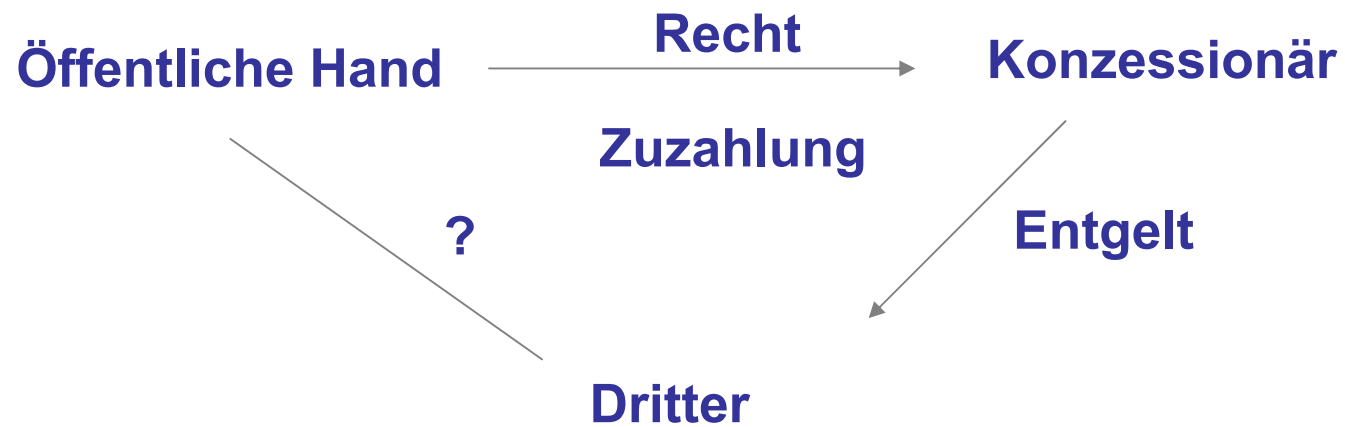
Definition:

„Verträge,

die von öffentlichen Dienstleistungsaufträgen nur insoweit abweichen,
als die Gegenleistung für die Erbringung der Leistung
ausschließlich in dem Recht zur Nutzung der Dienstleistung
oder in diesem Recht zuzüglich der Zahlung eines Preises besteht.“

Grundkonstellation Dienstleistungskonzession

Dreiecksverhältnis



Ausnahmen von der Ausschreibungspflicht

Ausnahmen von der Ausschreibungspflicht

Sachverhalt

Ausnahme?

Dringender Bedarf

I.d.R. nein,
nur bei Naturkatastrophen

Sonst selbst verschuldet

§ 3 EG Abs.
4 d VOL/A

Nach-Aufhebung einer Ausschreibung
wegen Unwirtschaftlichkeit

ja, aber nicht, wenn Vergabegegenstand
grundlegend geändert wird

§ 3 EG Abs.
4 a VOL/A

Sachverhalt

Auftrag kann nur von einem Marktteilnehmer ausgeführt werden

Beispiel:
OLG Celle vom
24.05.2007,
Az.: 13 Verg 4/07
„Kombitonne“

Zusätzliche Lieferungen des ursprünglichen Auftragnehmers

Ausnahme?

ja, aber restriktiv zu behandeln

Beschaffungsautonomie vs. Produktneutralität (s.o.)

Sorgfältige Markterkundung erforderlich, wenn Ausschreibung vollständig unterbleiben soll

EuGH vom
15.10.2009,
Rs. C-275/08

nur zulässig, wenn Wechsel des Lieferanten zu „unverhältnismäßig technischer Schwierigkeit führen würde“

i. d. R. nicht der Fall!

§ 3 EG Abs.
4 lit. e
VOL/A

unterhalb der Schwellen 20 % Auftragsvolumen zd. zulässig

Sachverhalt	Ausnahme?
Zusätzliche Dienstleistungen	<p>ja, bei max. 50 % des Hauptauftrages wenn</p> <p>unvorhersehbares Ereignis und Untrennbar vom Hauptauftrag oder Zwar trennbar aber „unbedingt“ erforderlich</p> <p>§ 3 Abs. 4 f lit. f VOL/A</p>
Wiederholungsauftrag	<p>ja,</p> <p>wenn der erste Auftrag im offenen oder nicht offenen Verfahren vergeben und Wiederholung dort angekündigt</p> <p>§ 3 EG Abs. 4 lit.g VOL/A</p>
Auftrag an Behindertenwerkstätten und Justizvollzugsanstalten	<p>ja</p> <p>aber nur im Unterschwellenbereich</p> <p>§ 3 Abs. 5 lit. j, k VOL/A</p>

Sachverhalt	Ausnahme?	
Forschungs- und Entwicklungsaufträge	ja aber nur im Unterschwellenbereich	§ 3 Abs. 5 b VOL/A
	ja bei der Beschaffung von Prototypen	§ 3 Abs. 5 c VOL/A
	sonst: u. U. wenn kein Exklusiv- vermarktungsrecht des Auftraggebers	§ 100 II lit. n GWB
Militäraufträge	nein Verteidigungsrichtlinie	
Staatssicherheitsrelevante Aufträge	nein Verteidigungsrichtlinie	

Sachverhalt	Ausnahme?	
Internationale Organisationen	ja	§ 100 Abs. 2 a - c GWB
Rundfunk	ja, aber nur wenn öffentlich-rechtlich und unmittelbar programmbezogen	§ 100 Abs. 2 lit. j GWB
Schiedsrichter, Schlichter und Rechtsanwälte	ja	§ 100 Abs. 2 lit. i GWB
Geld- und Kapitalbeschaffung	ja aber nicht, wenn Beratungselement überwiegt	§ 100 Abs. 1 lit. m GWB

Sachverhalt

Ausnahme?

„Interkommunale Kooperation“

ja

wenn kein Privater beteiligt ist und

Öffentliche Aufgabe erfüllt wird
und kein wesentliches
Drittgeschäft besteht

Dienstleistungskonzession

ja

aber Wettbewerb erforderlich

Grundstücksveräußerung

ja

außer wenn wesentliche Vorgaben
zur Ausführung des Bauwerks von
der öffentlichen Hand kommen

OLG Schleswig
vom 01.04.2010,
Az.: 1 Verg 5/09

Leistungsbeschreibung

Warum Leistungsbeschreibung?

- **Bedarfsdefinition der Vergabestelle**
- **Transparente und diskriminierungsfreie Mitteilung des Bedarfs an Bieter**
- **Kalkulationsgrundlage für Bieter**
- **Rechte und Pflichten der Vertragspartner bei Durchführung**

Was ist die Leistungsbeschreibung?



Darstellung der Anforderungen des Auftraggebers an die Leistung

technisch



Leistungsmerkmale

wirtschaftlich



Zahlungsweise Einzelpositionen
/ Pauschal

rechtlich



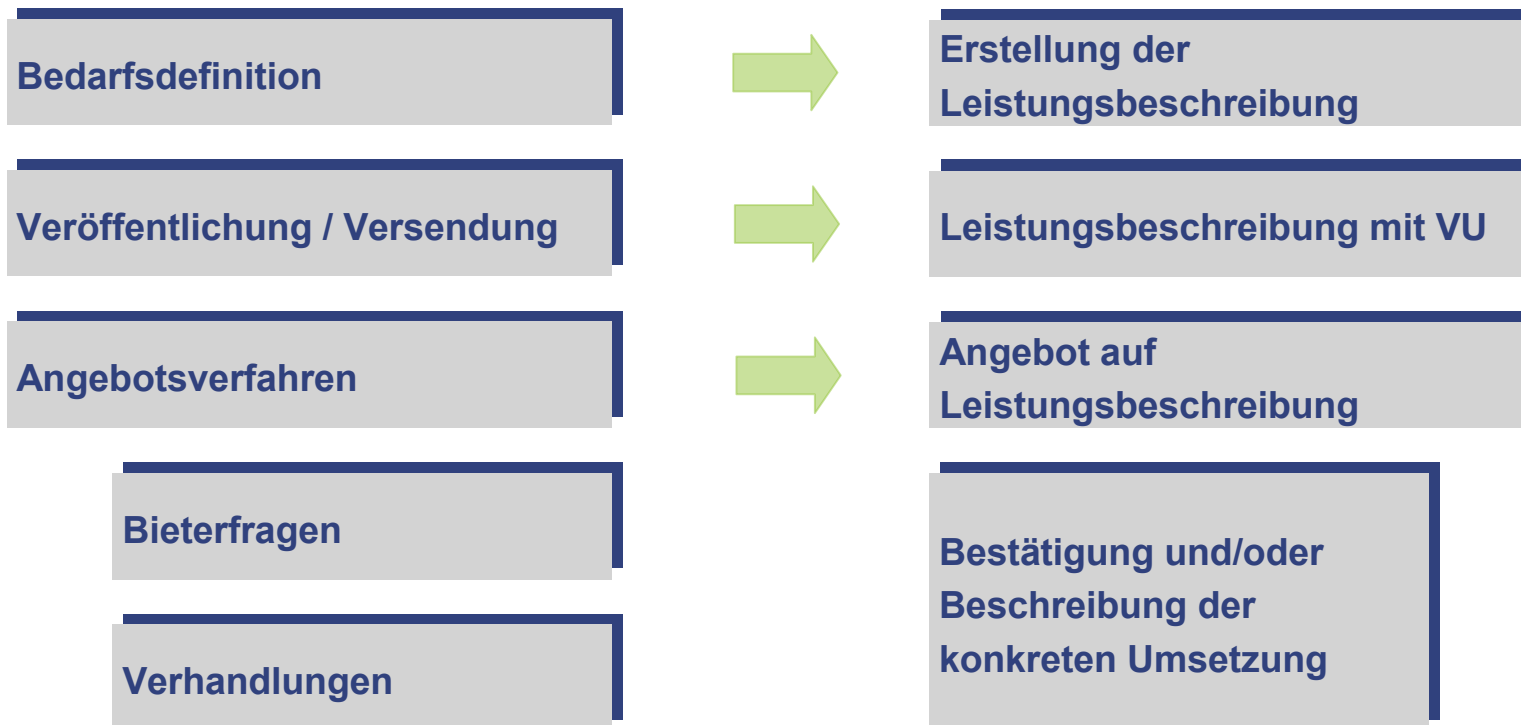
Gewährleistung, Haftung,
Beendigung etc.

Leistungsbeschreibung im System der Vergabeunterlagen

§ 9 EG VOL/A

- **Veröffentlichung / Anschreiben**
- **Verfahrensdarstellung, Zeitplan etc.**
- **Leistungspositionen**
- **Preisblatt**
- **Vertrag**
- **Zusätzliche Vertragsbedingungen**
- **Zuschlagskriterien, Eignungsanforderungen**

Leistungsbeschreibung im Ablauf des Vergabeverfahrens



Leistungsbeschreibung im Ablauf des Vergabeverfahrens

Wertung der Angebote



Abgleich Angebotsinhalte mit Leistungsbeschreibung

Zuschlag auf das wirtschaftlichste Angebot



Vertrag und Anlagen der Leistungsbeschreibung

Vertragsdurchführung / Erbringung der Leistung



Sanktionierung von Abweichungen

Verhältnis zwischen Vergabeunterlagen und Angebot

§ 9 EG Abs. 5 VOL/A

Im Vergabeverfahren

- **Angebot muss VU-konform sein**
 - **Sonst Ausschluss**
 - **Ausnahme: Nebenangebote zugelassen**

Verhältnis zwischen Vergabeunterlagen und Angebot

Bei Durchführung

- Leistungsbeschreibungsanforderungen gelten, wenn Hierarchieklausel im Vertrag, sonst: „Dissens“
- Änderungen des Vertrags nach Zuschlag
 - Zulässig, wenn nicht wesentlich
 - Kriterium: Vergleich mit der Leistungsbeschreibung
 - Problem: Laufzeitverlängerung, Leistungserweiterung
 - Unproblematisch: Umschichtung der Leistung, Wahrnehmung von Optionen

Arten der Leistungsbeschreibung

§ 8 EG VOL/A



Bezug auf externe technische Spezifikation



Durch eigenständige Leistungs- oder Funktionsanforderungen



Gleichwertigkeitsnachweis muss zugelassen werden!

Konstruktiv vs. funktional

konstruktiv

funktional

Stundenlohn-
abrechnungen

Produkt-
nennung

Produkt-
spezifisch

Leistungs-
anforderungen
durch technische
Spezifikationen mit
Bezug auf Normen

Grobe
Zielvorgabe

Rein funktionale Leistungsbeschreibungen gibt es nicht!

Rechtliche Grundlagen



§ 97 Abs. 1 GWB



§ 8 EG VOL/A



§ 7 VOB/A



§ 6 VOF

Vergaberechtliche Grundprinzipien, die relevant für die Leistungsbeschreibung sind

Transparenzprinzip

Diskriminierungsfreiheit

Wettbewerbsprinzip

Mittelstandsförderungsgrundsatz

Wirtschaftlichkeitsgrundsatz

Innovation, Soziales, Umwelt

Grundregeln bei der Erstellung von Leistungsbeschreibungen

Vollständigkeitsgebot



Nicht lückenhaft

Eindeutigkeitsgebot



Nicht missverständlich

Fairnessgebot



Keine unzuverlässige
Risikoverteilung

Neutralitätsgebot



Nicht auf einzelne Anbieter
zugeschnitten

Grundsatz der Beschaffungsautonomie

Der Auftraggeber bestimmt selbst, was er beschaffen möchte, nur er kann seinen Bedarf sinnvoll festlegen.

Vergaberechtliche Grundsätze können keinen bestimmten Beschaffungsgegenstand vorschreiben.



Auch dann nicht, wenn dadurch der Wettbewerb beschränkt wird!

OLG Düsseldorf vom 03.03.2010, Az.: Verg 46/09
OLG Düsseldorf vom 17.02.2010, Az.: Verg 42/09
OLG Düsseldorf vom 14.04.2005, Az.: VII-Verg 93/04

Gebot der Produktneutralität

§ 8 EG VOL/A Abs. 7

- **Verbot in Leistungsbeschreibung zu fordern, dass bestimmte**
 - **Produkte**
 - **Herkunft**
 - **Verfahren**
 - **Patente**
 - **Ursprung**
 - **Typen**
 - **Produkte****vorgegeben werden.**

Ausnahme:

1. Wenn nicht diskriminierend

2. Wenn keine neutrale Beschreibung möglich



„oder gleichwertig“ erforderlich

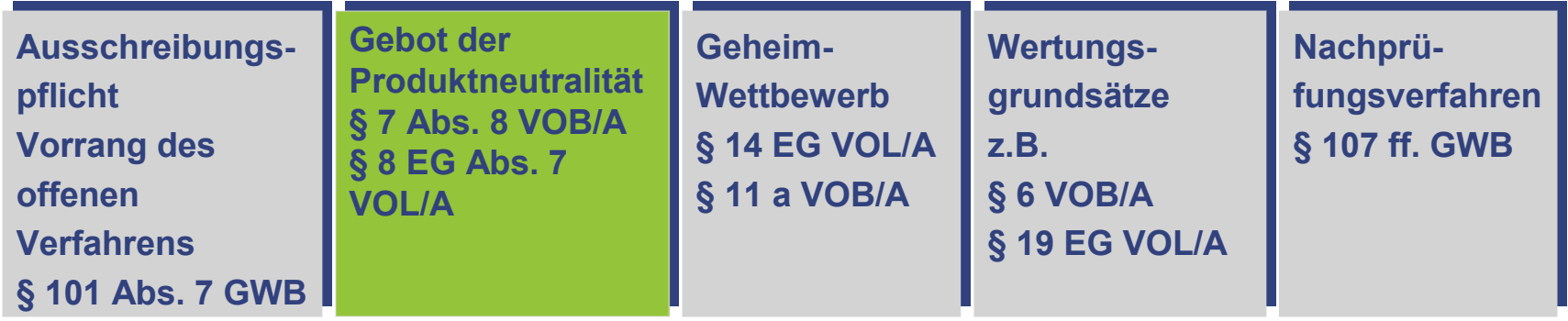
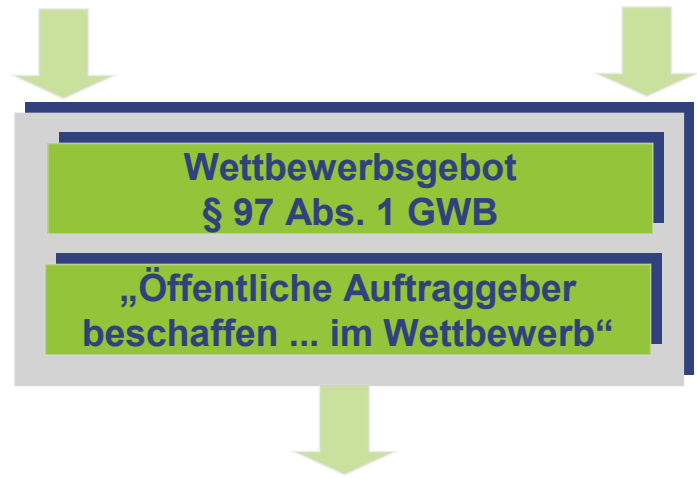
Produktbezogene Ausschreibung

- Ist die öffentliche Hand verpflichtet, so auszuschreiben, dass möglichst viel Wettbewerb entsteht?
- Wie viel Spielraum hat sie bei der Bestimmung dessen, was sie haben will?

Grundlagen des Gebots der Produktneutralität

Waren- und Dienstleistungsfreiheit
Art. 26 AEUV

Wirtschaftlichkeitsgebot
§ 7 BHO



Grundlagen des Gebots der Produktneutralität

Ausschreibungspflicht
Vorrang des offenen Verfahrens
§ 101 Abs. 7 GWB

Gebot der Produktneutralität
§ 7 Abs. 8 VOB/A
§ 8 EG Abs. 7 VOL/A

Geheim-Wettbewerb
§ 14 EG VOL/A
§ 11 a VOB/A

Wertungsgrundsätze
z.B.
§ 6 VOB/A
§ 19 EG VOL/A

Nachprüfungsverfahren
§ 107 ff. GWB

im LV unzulässig:
Verweis auf Produktion, Herkunft, Verfahren, Marken, Patente Typen

es sei denn:
durch den Auftragsgegenstand gerechtfertigt

Rechtfertigungsgründe:

Technische Zwänge

Aufwand für Ersatzteilhaltung

Umweltgründe

Schulungsaufwand

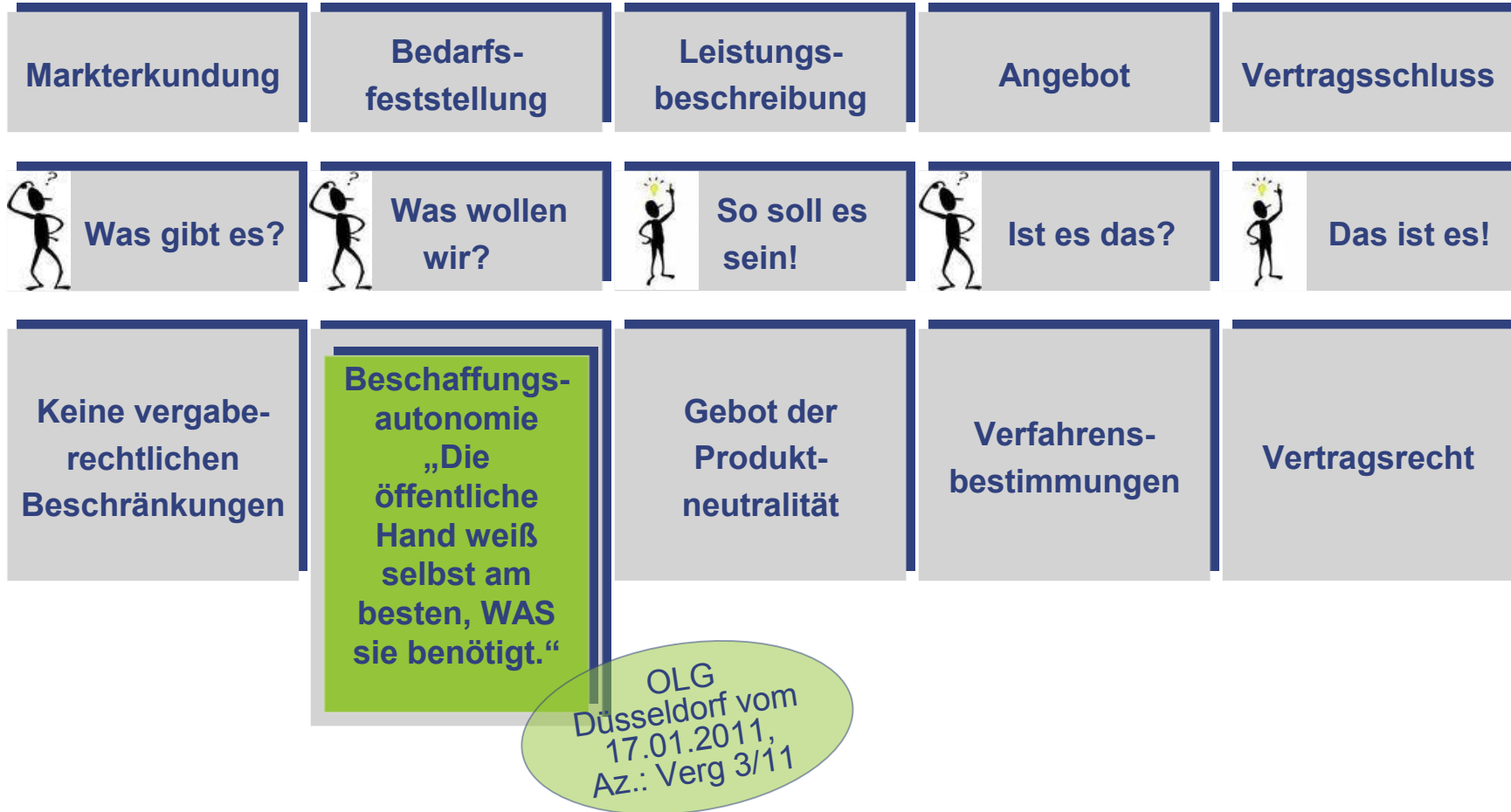
Wartungsarbeiten

Schnittstellenrisiken

Beschaffungsphasen

Markterkundung	Bedarfsfeststellung	Leistungsbeschreibung	Angebot	Vertragsschluss
 Was gibt es?	 Was wollen wir?	 So soll es sein!	 Ist es das?	 Das ist es!
Keine vergaberrechtlichen Beschränkungen	?	Gebot der Produktneutralität	Verfahrensbestimmungen	Vertragsrecht

Beschaffungsphasen



VK Arnsberg vom 10.08.2009, Az.: VK 17/09
VK Lüneburg vom 12.05.2005, Az.: VgK-15/2005

Markenausschreibung Storage abgelehnt



nicht ausreichend als Begründung:



Schnittstellenprobleme
Mehrkosten

VK Lüneburg vom 16.11.2009, Az.: VgK 62/2009
VK Hamburg vom 10.10.2008, Az.: VgK 8/08

Anforderung: Schreiben ohne Spezialstift

**Verengung des Bewerberkreises durch Anforderung, die nur von einem
Marktteilnehmer erfüllt werden kann**



zulässig

VK Südbayern vom 21.07.2008, Az.: Z3-3-3194-1-23-06/08

**Übernahme von Produktbeschreibungen eines Anbieters begründet die
Vermutung einer Verletzung des Gebots der Produktneutralität**



Auf die Absicht kommt es nicht an

Produktspezifikation

zulässig

- Kauf statt Miete
- Technologie
 - z.B. ISM-Standard
- gestalterische Merkmale
 - z.B. Bauhaus-Drucker
- Open Source Software
- Produktmerkmal
 - z.B. Whiteboard ohne Spezialstift
 - z.B. Länge Anschlusskabel

unzulässig

- Marke
 - z.B. Mercedes, HP
- bestimmter Händler mit bestimmtem Produkt
- Refill-Kartuschen
- Übernahme von Produktspezifikationen eines Bieters
 - auch nicht zulässig wenn neutralisiert

OLG Düsseldorf 2010

■ Kein Zwang zu möglichst wettbewerbsoffener Ausschreibung

■ Öffentliche Hand genießt Beschaffungsautonomie

■ Bedarf kann zu Verengung des Wettbewerbs bis hin auf einen Anbieter führen

OLG Düsseldorf
vom 17.02.2010,
Az.: Verg 42/10;
OLG Düsseldorf
vom 03.03.2010,
Az.: Verg 46/09

Berücksichtigung von Umwelt- und Sozialaspekten

Beispiele

Grüner Strom

Elektroautos

Ortsnähe

Anwendungs-
beispiele von
Umweltaspekten
für die Praxis

Zulässigkeit

+ Beschaffungsautonomie
„was“ nicht „wie“

+ Beschaffungsautonomie
„was“ nicht „wie“

- Verstößt gegen
Binnenmarktgrundsatz

Vergabefremde Kriterien

Zusätzliche
Eignungskriterien
§ 97 Abs. 4 GWB

keine
Änderung

Zusätzliche
Anforderungen an die
Leistung
§ 97 Abs. 4 GWB

redaktionelle
Klarstellung

Wertungskriterien

nur durch Landes- oder
Bundesgesetze

Leistungsanforderungen
für die Ausführung des
Auftrages

Vergabefremde Aspekte
dürfen gewertet werden,
wenn sie zur Wirtschaft-
lichkeit beitragen

- Behindertenwerkstätten
- Blindenwerkstätten

Tariftreue
unzulässig:
wenn nicht
allgemein
verbindlich

EuGH vom
03.04.2008,
Rs. C-346/06

- Verwendung von Recycling-Papier
- Schadstoffarme Kfz
- Einsatz von Auszubildenden
- Gleichberechtigung Mann und Frau

Wichtig:
Zusammenhang
mit der Leistung

- Reduzierung Energieverbrauch
- nachhaltige Qualität
- höhere Haltbarkeit

Alternativausschreibung

- Entscheidung mit Zuschlag
- Abgrenzung zu Markterkundung

Beispiel: Fahrzeugkauf / Leasing

Bedarfspositionen

- **Entscheidung bei Durchführung**
- **Rechtsprechung: limitiert auf 10 %**
- **Abgrenzung zu Rahmenvereinbarungen**

Beispiel: Wartung

Ungewöhnliche Wagnisse

Umstände und Ereignisse, auf die der Auftragnehmer keinen Einfluss hat und deren Auswirkung auf die Preise und Fristen er nicht im Voraus absehen kann

Zweck

- ➔ Begrenzung der Bestimmungsmacht öffentlicher Auftraggeber
- ➔ Schutz des Auftragnehmers vor unangemessenen Vertragsbindungen
- ➔ Eine Art „vergaberechtliche AGB-Kontrolle“

➔ Grundsatz: Ungewöhnliche Wagnisse dürfen nicht auf Auftragnehmer abgewälzt werden!

Risikotragung durch Auftragnehmer ist



Zulässig

- Kostensteigerung aufgrund veränderter rechtlicher/ wirtschaftlicher Rahmenbedingungen
- Haftung für technische Schwierigkeiten bei der Vertragsausführung
- Vertragstypische Risiken (Gefahrtragung)



Unzulässig

- Verpflichtung, Personal bis zum Ablauf der Bindefrist vorzuhalten
- Technisches Niveau der Leistung bleibt unklar
- Schätzungen erforderlich, für die es keine gesicherte Grundlage gibt

-> Einzelfallbetrachtung

-> Nur ungewöhnliche Wagnisse sind unzulässig

Geltung

§ 9 Nr. 2 VOB/A 2006



§ 7 Abs. 1 Nr. 3
VOB/A 2009

§ 8 Nr. 1 Abs. 3
VOL/A 2006



?



- Keine ausdrückliche
Regelung mehr
- Weggefallen?

Wegfall ungewöhnlicher Wagnisse in der VOL/A 2009



Dafür

- **Bewusster Wegfall der Regelung**
- **Beibehaltung in der VOB/A**
- **Vielgestaltigkeit möglicher Leistungen in der VOL/A**



Dagegen

- **Gebot eindeutiger und erschöpfender Leistungsbeschreibung besteht fort**
- **Gebot, für vergleichbare Angebote zu sorgen, besteht fort**
- **Verbot ungewöhnlicher Wagnisse wirkt mittelbar fort**
-> VK Bund. B. v. 01.02.2011
(VK 3-126/10 und VK 3 – 135/10)

-> OLG Düsseldorf: Steht aus, zuletzt offen gelassen im B. v. 17.01.2011
(VII-Verg 3/11)

Praxistipps

Bieter

- Ist die Leistung kalkulierbar?
- Ist das Risiko untypisch?
- Fehlen Erfahrungswerte?

Dann mit hoher Wahrscheinlichkeit ungewöhnliches Wagnis gegeben

Auftraggeber

- Ist die Leistung eindeutig und erschöpfend beschrieben?
- Sind miteinander vergleichbare Angebote zu erwarten/eingegangen?
- Kann der Bieter auf belastbare Erfahrungswerte verwiesen werden?
- Wurden risikomindernde Maßnahmen ergriffen?

Dann mit hoher Wahrscheinlichkeit kein ungewöhnliches Wagnis

Rahmenvereinbarungen

Rahmenvereinbarungen

Anwendungsbeispiele

- Seminarleistungen für Mitarbeiter
- Lieferung von Soft- und Hardware
- Fahrzeugleasing
- Facility Management
- Umzüge, Kunsttransporte
- Studien
- Telekommunikation
- Schulbücher
- Versicherungsleistungen

Vorteile und Nachteile der Rahmenvereinbarung

Vorteile

- Flexibilität:
- Kostenersparnisse wg. Skaleneffekt

Nachteile

- Risikozuschläge wegen Unwägbarkeiten
- Größeres Auftragsvolumen wird dem Markt entzogen

Regelung der Rahmenvereinbarung




Jetzt auch unterhalb des Schwellenwertes ausdrücklich geregelt:
§ 4 VOL/A



Oberhalb des Schwellenwertes:
§ 4 EG VOL/A

zusätzliche Bedingungen
insbesondere für Abruf der
Einzelaufträge



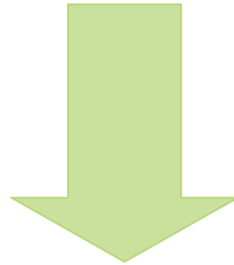
Keine Regelung in der VOB/A und in der VOF → Rahmenvereinbarung
nicht möglich für Bauleistungen und für freiberufliche, nicht abschließend
beschreibbare Dienstleistungen

Charakteristika der Rahmenvereinbarung

2 Verfahrensstufen:

1. Vergabe der Rahmenvereinbarung

- ausschreibungspflichtig!



2. Beauftragung der auf der Rahmenvereinbarung beruhenden Einzelaufträge

- Nicht ausschreibungspflichtig!

Arten der Rahmenvereinbarung

Bedingungen für Einzelaufträge schon in Rahmenvereinbarung festgelegt

Bedingungen für Einzelaufträge noch nicht in Rahmenvereinbarung festgelegt

mit einem Unternehmen

mit mehreren Unternehmen

einseitig verbindlich

beidseitig verbindlich

beidseitig unverbindlich

Regelfall

= Option zugunsten Auftraggeber

Festlegung der wesentlichen Bedingungen

Preis	<ul style="list-style-type: none">▪ Preisbildende Kriterien, „Preis pro ...“▪ ggf. Preisgleitklausel
Laufzeit	<ul style="list-style-type: none">▪ Muss festgelegt werden▪ Grundsätzlich maximal 4 Jahre▪ Ausnahmebegründung in Vergabeakte, wenn länger
Volumen	<ul style="list-style-type: none">▪ Schätzung der zu erwartenden Menge in Ober- und Untergrenze so genau wie möglich▪ Angabe von Rahmen- und/oder Referenzdaten erforderlich und ausreichend▪ Sorgfaltspflicht des Auftraggebers bei Bedarfsprognose
Art der Leistung, Leistungsbeschreibung	<ul style="list-style-type: none">▪ So eindeutig und erschöpfend, dass Bieter sich Bild von der Leistung machen kann – Kalkulationsgrundlage!▪ Öffnungsklauseln sind unzulässig bezüglich nicht näher bestimmter Leistungen
Vertragspartner der Einzelaufträge	<ul style="list-style-type: none">▪ Beteiligte Auftraggeber müssen bereits in der Bekanntmachung der Vergabe der Rahmenvereinbarung aufgegeben werden.

Abruf der Einzelaufträge (1)

1. Bei Rahmenvereinbarung unterhalb des Schwellenwertes



Formloser schriftlicher Abruf genügt



Bei Rahmenvereinbarung mit mehreren Unternehmen:
transparente Auswahl; Auswahlentscheidung dokumentieren

Abruf der Einzelaufträge (2)

Bei Rahmenvereinbarung
mit einem Unternehmen

- Einzelaufträge werden entsprechend der Rahmenvereinbarung vergeben
- Legt die Rahmenvereinbarung bereits abschließend sämtliche Bedingungen für Einzelaufträge fest: direkter Abruf der Leistungen
- Legt die Rahmenvereinbarung noch nicht alle Bedingungen für Einzelaufträge fest: Aufruf des Auftraggebers in Textform das Angebot zu vervollständigen

Abruf der Einzelaufträge (3)

Bei Rahmenvereinbarung
mit mehreren Unternehmen

**Bedingungen für Einzelaufträge bereits abschließend
festgelegt**

Kein erneuter Wettbewerb

Inhaltliche Zuordnung

Abruf der Einzelaufträge (4)

Bei Rahmenvereinbarung
mit mehreren Unternehmen

Bedingungen für Einzelaufträge noch nicht festgelegt

- Erneuter Aufruf zum Wettbewerb
- Vergabe des Einzelauftrages an das Unternehmen, das auf der Grundlage der in der Rahmenausschreibung aufgestellten Zuschlagskriterien das wirtschaftlichste Angebot abgegeben hat

Nebenangebote

Nebenangebote



Nebenangebote = Vorschläge eines Bieters, die eine andere (technische) Lösung anbieten, als vom Auftraggeber vorgesehen.

Sinn und Zweck:

- **AG: mehr Wettbewerb, Innovationspotenzial ausschöpfen**
- **AN: kann anbieten, auch wenn Abweichung vom Leistungsverzeichnis**

Zulässigkeit

VOB-Verfahren

Ausdrückliche Bestimmung, wenn Nebenangebote nicht zugelassen

VOL-Verfahren

Ausdrückliche Bestimmung, wenn Nebenangebote zugelassen



Problem: NA, wenn Preis einziges Wertungskriterium?

Preis als einziges Wertungskriterium

OLG Düsseldorf
vom 23.03.2010,
Verg 61/09



Nebenangebot unzulässig

Wertung des reinen Preises
nicht möglich, da immer auch
Gleichwertigkeit geprüft
werden muss

OLG Schleswig
vom 16.04.2011,
1 Verg 10/10



Nebenangebot zulässig

Gleichwertigkeitsprüfung
erfolgt nicht auf der Ebene der
Zuschlagsprüfung



Keine Vorlage an BGH

Mindestanforderungen



Vorschriften: Art. 24 Abs. 3 VKR
§ 9 Abs. 5 S. 3 EG VOL/A
§ 16a Abs. 3 VOB/A

- Nebenangebot auszuschließen, wenn es die Mindestanforderungen nicht erfüllt. Nebenangebote nicht zugelassen, wenn keine Mindestanforderungen definiert.
- Formulierung?
 - zu eng: Ausschöpfung der Sach- und Fachkunde der Bieter gelingt nicht.
 - zu weit: Verletzung des Transparenzgebotes und des Gleichheitsgrundsatzes.
- Auslegung nach dem Horizont eines verständigen Bieters.

Gleichwertigkeit



Nebenangebot muss Vertragszweck unter allen technischen und wirtschaftlichen Gesichtspunkten ebenso erfüllen und für den Bedarf geeignet sein.

Auch Nebenangebote, die die Mindestanforderungen erfüllen, müssen auf Gleichwertigkeit geprüft werden

OLG Brandenburg
vom 17.05.2011,
Verg W 16/10

Bieter muss Nebenangebot so klar und deutlich fassen, dass AG allein aufgrund dieser Angaben prüfen kann

OLG Koblenz
vom 02.02.2011,
1 Verg 1/11

Weitere Wertung / Prozessuales

Nebenangebote sind wie Hauptangebote zu werten.

→ Wertung nach Zuschlagskriterien. Wenn das Nebenangebot das wirtschaftlichste Angebot ist, muss es bezuschlagt werden.

- Vorschriften über den Ausschluss und die Wertung von Nebenangeboten sind bieterschützend.
- Rügepflichten!

Bietergemeinschaften

Hintergrund

Fall

- „Ein Unternehmen kann sich, auch als Mitglied einer Bietergemeinschaft, zum Nachweis der Leistungsfähigkeit und Fachkunde der Fähigkeiten anderer Unternehmen bedienen...“ (§ 8 a Nr. 10 VOB/A u. § 7 a Nr. 3 Abs. 6 VOL/A, § 12 Abs. 3 VOF).
- Eigenanteil darf nicht mehr gefordert werden.
(EuGH v. vom 19.05.2009, Rs. C-538/07).
- Defizite bei der Fachkenntnis und Leistungsfähigkeit eines Mitglieds der Bietergemeinschaft können durch ein anderes Mitglied ausgeglichen werden
 - Vorlage Nachweis nicht erforderlich
(OLG Naumburg v. 30.04.2007, Az.: 1 Verg 1/07).
- Defizite bei der Zuverlässigkeit können nicht ausgeglichen werden.
 - Gilt auch bei unzuverlässigen Nachunternehmern
(VK Münster v. 13.02.2007, Az.: VK 17/06).

Empfehlung

Fall

- Fachkunde und Leistungsfähigkeit für alle Mitglieder gemeinsam prüfen.
- Zuverlässigkeit für jedes Mitglied

Doppelbewerbung Hintergrund

Geheimwettbewerb ist wesentliches vergaberechtliches Prinzip

Herleitung aus Wettbewerbsgrundsatz

Positive Kenntnis = Absprache!

Mehrfachbewerbung ist unzulässig

Ausschluss von Konzernunternehmen ohne zusätzliche Indizien ist unzulässig

EuGH vom
19.05.2009,
Rs. C-538/07

Doppelbewerbung bei Mehrpartnerrahmenverträgen

OLG Düsseldorf v. 11.05.2011, Verg 8/11

Besonders hohe Anforderungen an Entlastungsbeweis der Bieter

Bieterwechsel

Fall

- GbR ist „eine juristische Person“
(BGH, v. 29.01.2009)
- Ausscheiden eines Mitglieds verändert nicht die rechtliche Identität der Bietergemeinschaft, wenn mind. Noch 2 Mitglieder dabei sind.
(OLG Celle, v. 05.07.2007, Az.: 13 Verg 9/07)
- Bei einer Bietergemeinschaft mit zwei Mitgliedern führt das Ausscheiden eines Mitglieds dagegen zum Erlöschen der GbR
 - Zurück bleibt ein Einzelbieter, der sich jedoch nicht beworben hat,
 - Ausschluss – besser: Feststellung des Erlöschens geboten!
- Änderung der Gesellschafterstruktur – hier Kapitalgesellschaft ist zulässig!

Bieterwechsel

Hintergrund

- **Grds. keine Beteiligung an zwei Bietergemeinschaften zulässig oder Beteiligung an Bietergemeinschaft bei zusätzlichem Einzelgebot**
- **Folge: Ausschluss beider Angebote**
(OLG Düsseldorf v. 16.09.2003, Az.: Verg 52/03;
OLG Düsseldorf v. 14.09.2004, Az.: W(Kart) 25/04;
VK Brandenburg vom 19.01.2006, 2 VK 76/05)
- **Eine Ausnahme gilt, wenn der Geheimwettbewerb ausnahmsweise gewährleistet ist.**
- OLG München v. 28.04.2006, Az.: Verg 6/06:
Im Bereich der VOF, wenn sich ein Bieter in einer Bietergemeinschaft und alleine um ein Los bewirbt (Rechtsberatung) und eine klare Aufgabentrennung der Lose vorliegt, so dass kein Wettbewerb zwischen dem „doppelten Bewerber“ und den anderen Mitgliedern der Bietergemeinschaft vorliegt.
- VK Sachsen v. 19.07.2006, Az.: 1/SVK/060-06 und 059-06:
Geheimwettbewerb ist nicht bedroht, wenn sich ein Bieter in zwei Bietergemeinschaften bewirbt, die für unterschiedliche Lose bieten.

Einschlägiges Vergaberecht für den Arbeitsmarktbereich

- Oberhalb von EUR 193.000 EUR Auftragsvolumen: GWB, VgV
- § 4 b (4.) VgV Anwendbarkeit für den Arbeitsmarkt (Anhang b Zif. 22 und 24:
 - § 8 EG VOL/A: Leistungsbeschreibung
 - § 15 EG Abs. 10 VOL/A: Pflicht, die Nachprüfungsstelle zu benennen
 - § 23 EG VOL/A: Ex-Post-Transparenz
- Im Übrigen: VOL/A (Basisparagrafen)

Verfahrensarten (§ 3 VOL/A)

- Öffentliche Ausschreibung
- Beschränkte Ausschreibung
- Freihändige Vergabe mit Teilnahmewettbewerb
- Freihändige Vergabe ohne Teilnahmewettbewerb

Fristen (§ 10 VOL/A)

- Angemessen!

- Beschränkte Ausschreibung

- Freihändige Vergabe mit Teilnahmewettbewerb

- Freihändige Vergabe ohne Teilnahmewettbewerb

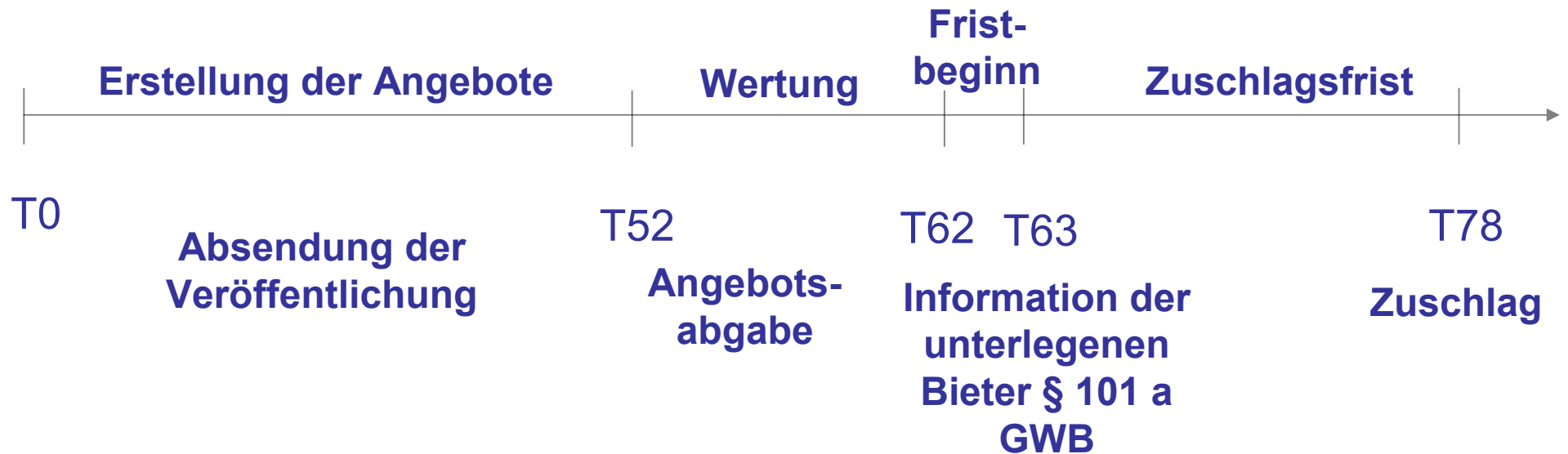
Fristverkürzung für EU-Ausschreibungen in der Wirtschaftskrise

Gemäß Mitteilung KOM vom 19.12.2008 im „beschleunigten“
nichtoffenen Verfahren

Verfahrensschritt	Verkürzung von	auf
Teilnahmewettbewerb	37 Tage	10 Tage
Angebotsfrist	40 Tage	10 Tage
Stillhaltefrist	15 Tage	10 Tage
	93 Tage	30 Tage

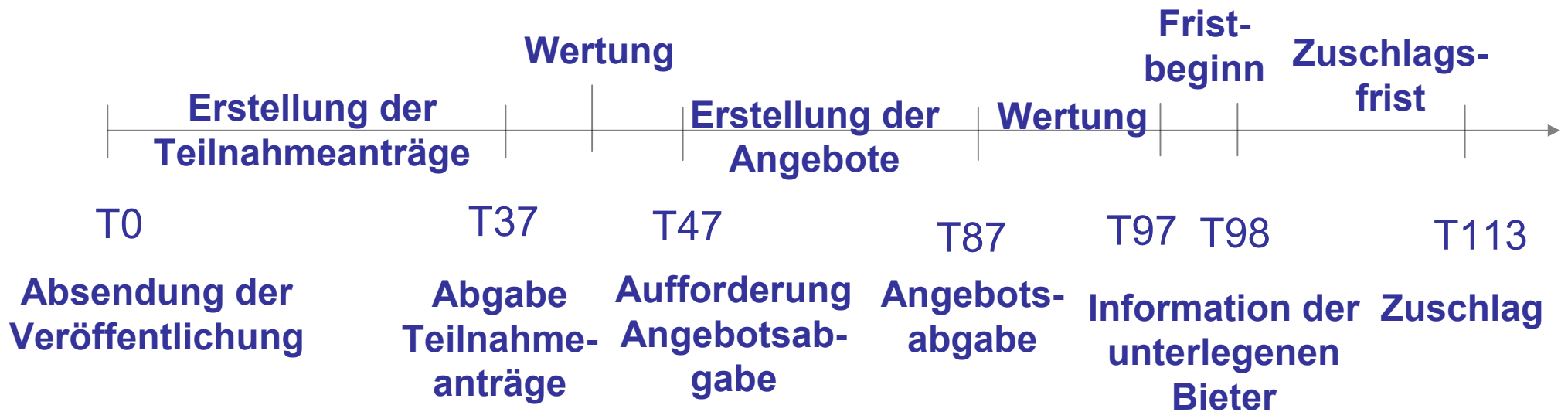
Fristen in EU Vergabeverfahren (ohne Verkürzung)

1. Offenes Verfahren gemäß § 12 II EG VOL/A



Fristen in EU Vergabeverfahren (ohne Verkürzung)

2. Nichtoffenes Verfahren gemäß § 12 IV EG VOL/A



Wertung

Die 4 Wertungsstufen

- Stufe 1: formale und rechnerische Prüfung der Angebote (§ 21 VOL/A)
- Stufe 2: Prüfung und Wertung der Eignung der Bieter (§ 25 Nr. 2 VOL/A)
- Stufe 3: Prüfung und Wertung der Angemessenheit der Preise (§ 25 Nr. 3 Abs. 1 und 2 VOL/A)
- Stufe 4: Ermittlung des wirtschaftlichsten Angebotes (§ 25 Nr. 3 Abs. 3 VOL/A)

Eignung

Definition Eignung

Ist Bieter zur Leistungserbringung persönlich und sachlich geeignet?

Zuverlässigkeit

Persönliche Gewähr des Bieters für eine sorgfältige und ordnungsgemäße Vertragsdurchführung

Leistungsfähigkeit

Ausreichende technische, finanzielle und kaufmännische Kapazitäten / Mittel

Fachkunde

Notwendige Kenntnisse zur fachgerechten Vorbereitung und Ausführung \Rightarrow personelle Ausstattung, Know-how

(+)

Aufforderung zur Abgabe eines Angebots

(-)

Ausschluss aus dem Vergabeverfahren

Ausschluss wegen negativer Vorerfahrungen

Fall

- **Auftragnehmer streitet sich mit Flughafengesellschaft Berlin-Schönefeld über Herkunft der Steine für Terrazzoböden**
- **Auftraggeber kündigt den Vertrag und schreibt neu aus**
- **Bisheriger Auftragnehmer wird wegen „Unzuverlässigkeit“ ausgeschlossen**

Zu Recht?

Lösung

OLG Brandenburg vom
14.09.2010,
Az.: Verg W8/10;
VK Münster vom 16.12.2010,
Az.: VK 9/10

Überprüft die Vergabekammer die Wirksamkeit der Kündigung?

Eilverfahren!

Prüfung nur auf Überschreitung des Beurteilungsspielraums

hier: Beurteilungsspielraum eingehalten

Ausschluss wirksam!

Eigenerklärungen

§ 6 Absatz 3 Nr. 2
Satz 3 VOB/A 2009:

Auftraggeber kann Eigenerklärung
zulassen

§ 6 Absatz 3 Satz 2 + 3
VOL/A 2009;
§ 7 EG Absatz 1 Satz 2
+ 3 VOL/A 2009:

- Grundsätzlich Vorrang von Eigenerklärungen
- Forderung von anderen Nachweisen muss Auftraggeber dokumentiert begründen

§ 5 Absatz 2 VOF
2009:

- Grundsätzlich Vorrang von Eigenerklärungen für zahlreiche Nachweise
- Forderung von anderen Nachweisen muss Auftraggeber dokumentiert begründen

Präqualifikation

Rechtslage alt

Präqualifizierung bereits bisher zulässig und praktiziert

- Liefer- und Dienstleistungsaufträge v. a.: Unternehmer-/Lieferantenverzeichnisse explizit: § 7b Nr. 6 VOL/A 2006
- Bauaufträge: § 8 Nr. 3 Absatz 2 VOB/A 2006 Stellen, die vom Verein für die Präqualifikation von Bauunternehmen beauftragt wurden



**Klarstellung
im GWB**

Rechtslage neu

§ 97 Absatz 4a GWB

**Vorschrift
neu im GWB**

- Auftraggeber dürfen als Eignungsnachweis Präqualifizierungssysteme einrichten oder existierende Präqualifizierungssysteme zulassen
- Auftraggeber dürfen auch bei Präqualifizierung eines Unternehmers zusätzliche, auftragsbezogene Nachweise verlangen
- Alternativer Nachweis der Eignung ohne Präqualifizierung muss diskriminierungsfrei möglich sein

Präqualifikation

§ 6 Absatz 3 Nr. 2 VOB/A 2009:
Eintragung in der Liste des
Vereins für die Präqualifikation
von Bauunternehmen e. V. gemäß
Leitlinie BMVBS

§ 6 Absatz 4 VOL/A 2009; § 7 EG
Absatz 4 VOL/A 2009

Auftraggeber können
Eignungsnachweise zulassen, die
durch Präqualifizierungsverfahren
erworben wurden

- Gilt auch oberhalb der Schwellenwerte
- Ersetzt Eignungsprüfung im Einzelfall
- Vorteil: Kein Ausschlusszwang wegen fehlender Einzelnachweise mehr

Referenzen

OLG Koblenz, Beschluss vom 04.10.2010 (1 Verg 9/10):

Leitsätze:

- Der Auftraggeber ist grundsätzlich berechtigt, zum Nachweis der Eignungskomponente „Erfahrung“ Angaben über die Ausführung von mit der jetzt zu vergebenden Leistung vergleichbaren Tätigkeiten zu verlangen.
- Gemeint sind damit unternehmensbezogene Referenzen, d. h. es kommt darauf an, ob die natürliche oder juristische Person, die sich um den Auftrag bewirbt, selbst bereits vergleichbare Leistungen erbracht hat.
- Referenzen für „verwandte“ oder Vorgängerunternehmen könnten allenfalls dann Berücksichtigung finden, wenn eine weitgehende Personenidentität besteht und dies bereits mit dem Teilnahmeantrag dargelegt wird.

Nachforderungen von Erklärungen und Nachweisen

§ 16 Absatz 2 VOL/A;
§ 19 EG Absatz 2
VOL/A

- fakultative Nachforderung
- angemessene Nachfrist
- Ausschluss des Angebots nach fruchtlosem Verstreichen der Nachfrist
- Einhaltung des Gleichbehandlungsgrundsatzes!

§ 16 Absatz 1 Nr. 3
VOB/A

- obligatorische Nachforderung
- 6 Kalendertage
- Ausschluss des Angebots nach fruchtlosem Verstreichen der Nachfrist
- Einhaltung des Gleichbehandlungsgrundsatzes!

§ 5 Absatz 3;
§ 11 Absatz 3 VOF

- fakultative Nachforderung
- angemessene Nachfrist
- Ausschluss des Angebots nach fruchtlosem Verstreichen der Nachfrist
- Einhaltung des Gleichbehandlungsgrundsatzes!

Anwendung auch auf Eignungsnachweise?



OLG Düsseldorf, Beschluss vom
22.12.2010 (VII-Verg 56/10) (+)

Referenzen

Verengung des Wettbewerbs durch überzogene Anforderungen an Referenzen

Beispiele

- 5 IT-Entwicklungsprojekte bei Bundesbehörden
- 3 Machbarkeitsstudien für Hafenerweiterungen
- etc.

Anforderungen der Rechtsprechung

„vergleichbar“ ist nicht „gleich“

Sondern:

Gleich hoher oder höherer
Schwierigkeitsgrad

OLG Düsseldorf
vom 26.11.2008,
Az.: VI Verg 54/08

„Newcomer“ müssen nicht berücksichtigt werden

OLG Düsseldorf
vom 16.02.2010,
Az.: VII Verg 7/10

Referenzen von Konzernunternehmen nur berücksichtigbar, wenn diese
als Nachunternehmer benannt

OLG Düsseldorf
vom 28.04.2010,
Az.: Verg 1/10

Anforderungen müssen in der Veröffentlichung benannt werden

OLG Hamburg
vom 24.09.2010,
Az.: 1 Verg 2/10

Angebot

Zuschlagskriterien

1. Grundlagen

- Der Zuschlag soll auf das wirtschaftlichste Angebot erteilt werden (vgl. § 21 EG Abs. 1 VOL/A).
- Die Kriterien, nach denen das wirtschaftliche Angebot ermittelt wird, werden als Zuschlagskriterien bezeichnet.
- Als Zuschlagskriterien ausgeschlossen: Kriterien,
 - die nicht der Ermittlung des wirtschaftlich günstigsten Angebotes dienen,
 - sondern der Beurteilung der fachlichen Eignung des Bieters dienen

Zuschlagskriterien

2. Auswahl von Zuschlagskriterien

- Mögliche Zuschlagskriterien sind (Auswahl):
 - ⇒ Betriebskosten (Energie, Wartung etc.)
 - ⇒ Qualität/Technischer Wert
 - ⇒ Versorgungssicherheit
 - ⇒ Preis
 - ⇒ Feinterminplan / Bauablaufplan
 - ⇒ Konzepte etc.

Problematik der Vermischung von Eignungs- und Zuschlagskriterien

1. Rechtslage in der VOB/A und VOL/A

- EuGH, Urteil vom 29.02.2008, Az.: C-502/06; Urteil vom 12.11.2008, Az.: C-199/07:
 - ⇒ strikte Trennung von Eignungs- und Zuschlagskriterien (ständige Rechtsprechung)
- OLG Düsseldorf, Beschluss vom 10.09.2009, Az.: Verg. 12/09:
 - ⇒ Erfahrung mit der Projektdurchführung/Mitarbeiterprofil = Zuschlagskriterien sowie Eignungskriterien
- Ausnahmen? (so zumindest: OLG Düsseldorf, Beschluss vom 05.05.2008, Az.: Verg. 05/08):
 - ⇒ Voraussetzung: Bezug zur Auftragsausführung?

Achtung!
Bislang keine Bestätigung
durch EuGH

Problematik der Vermischung von Eignungs- und Zuschlagskriterien

2. Sonderfall VOF

- Sonderfall VOF
 - ⇒ Ist die strikte Trennung von Eignungs- und Zuschlagskriterien in der VOF aufgehoben?
 - ⇒ so noch OLG Rostock, Beschluss vom 16.05.2001, Az.: 17 W 1/01
- Aktuelle Rechtslage:
 - ⇒ auch für die Vergabe von freiberuflichen Leistungen gilt das Verbot der Vermischung von Eignungs- und Zuschlagskriterien
 - ⇒ so nun: OLG München, Beschluss vom 10.02.2011, Az.: Verg. 24/10:
 - ⇒ eindeutige – der Eignungsprüfung unterliegende Aspekte – dürfen nicht zum Gegenstand der Zuschlagswertung gemacht werden
 - ⇒ Argument aus § 11 Absatz 5 S. 2 VOF

Unterkostenprüfung

I. Aufklärung des Angebots



Gelegenheit zur Stellungnahme für Bieter!



Beweislastumkehr!

II. Auskömmlichkeitsprüfung



Lässt das Angebot befürchten, dass Bieter infolge wirtschaftlicher Schwierigkeiten leistungsunfähig wird oder den Auftrag mangelhaft ausführt?



Verhältnis des Gesamtpreises zum Wert der Leistung



Dokumentation

Lösung

OLG Celle vom
30.09.2010, Az.:
13 Verg 10/10

Eine Überprüfung unter Einbeziehung des betroffenen Bieters ist allenfalls dann entbehrlich, wenn der angebotene Preis derart eklatant vom angemessenen Preis abweicht, dass es sofort ins Auge fällt.

Vergabeakte

Inhalte Vergabeakte

Informationen über
Auftraggeber und
Auftragnehmer

Gegenstand und Wert des
Auftrages / Anteil der
Unteraufträge an Dritte

Ausgewählte und
abgelehnte Bewerber /
Bieter und Gründe

Gründe zur Ablehnung
ungewöhnlich niedriger
Angebote

**Inhalt gemäß
§ 24 EG VOL/A
§ 20 VOB/A
§ 12 VOF**

Gründe für Verfahrensart
und etwaigen Verzicht
auf Vergabe

Gründe für die
gemeinsame Vergabe
mehrerer Lose

Gründe der Nichtangabe
der Gewichtung der
Zuschlagskriterien

Gründe für Eignungs-
nachweise und
Eigenerklärungen

Zwingende Inhalte

- Vermerk über gewählte Verfahrensart
- Bekanntmachung des Auftrags im Amtsblatt der Europäischen Union
- Teilnahmewettbewerb (nicht im Offenen Verfahren)
 - ⇒ Teilnahmeanträge der Bewerber
 - ⇒ Vergabevermerk zur Zulässigkeit und Auswertung der Teilnahmeanträge
 - ⇒ ggf. Vergabevermerk zu besonderen Problemen
 - ⇒ Absageschreiben an nicht ausgewählte Bewerber

- Vergabeunterlagen
- Fragen der Bieter / Antworten der Vergabestelle
- ggf. indikative Angebote
 - ⇒ Vergabevermerk zur Auswertung der indikativen Angebote
 - ⇒ ggf. Vergabevermerk zu besonderen Problemen und notwendigen Zwischenentscheidungen (z. B. Einschränkung des Bieterkreises)
- Protokolle und Korrespondenz mit den Bietern während Verhandlungsphase (nur beim Verhandlungsverfahren)
 - ⇒ Protokolle ab Verhandlungsrunden
 - ⇒ Bieterunterlagen (Präsentation etc.)

- Aufforderung zur Abgabe der letztverbindlichen Angebote
- Angebote der Bieter
- Vergabevermerk zur Auswertung der Angebote
- etwaige Rügen der Bieter mit entsprechender Antwort der Vergabestelle (Abhilfeschriften / Nichtabhilfeschriften)
 - ⇒ ggf. im Falle eines Nachprüfungsverfahrens sämtlicher Schriftwechsel und Korrespondenz
- Vergabevorschlag / Gremienbeschluss
- Vorabinformation an die Bieter (vgl. § 101 a GWB)
- Zuschlag / Vertragsdokument

1. Akteneinsichtsrecht

- OLG München, Beschluss vom 08.11.2010, Az.: Verg 20/10
 - ⇒ Akteneinsicht auch bei unzulässigen oder unbegründeten Nachprüfungsanträgen
 - ⇒ Akteneinsicht dient Gewährleistung des Anspruchs auf rechtliches Gehör sowie der Wahrung des Rechtsstaatsprinzips
 - ⇒ Grenze bildet entsprechender Geheimschutz anderer Bieter oder Rüge „ins Blaue hinein“

2. Urkundenfälschung an Vergabeakte

- OLG Jena, Beschluss vom 23.06.2009, Az.: 1 Ws 222/09
- Einschätzung der Vergabeakte als Ganzes als (Gesamt-) Urkunde ist einzelfallabhängig
- Einfügen von rückdatierten Schriftstücken („Aufpeppen“) grundsätzlich nicht strafbar, aber:
 - ⇒ nachträgliche Ergänzung mit unrichtigen Inhalten kann unter Umständen als Tatbeitrag zum Betrug gegenüber Dritten (§ 267 StGB), wettbewerbswidriger Absprache (§ 298 StGB) oder Korruptionsdelikten etc. angesehen werden
 - ⇒ Ergänzung ab dem Zeitpunkt nicht mehr möglich, ab dem die Vergabeakte in vollständiger und abgeschlossener Form vorliegt

3. Mängel des Vergabevermerks

- Bisherige Rechtsprechung (z.B. OLG Karlsruhe v. 21.07.2010 – 15 Verg 6/10 – VergabeR 2011, 87; OLG Celle v. 11.02.2010 – 13 Verg 16/09 – VergabeR 2010, 669):

Um Transparenz zu gewährleisten und Manipulationen soweit wie möglich vorzubeugen, kommt eine nachträgliche Heilung von Dokumentationsmängeln grundsätzlich nicht in Betracht. Das Vergabeverfahren ist vielmehr ab dem Zeitpunkt, zu dem die Dokumentation unzureichend ist, fehlerhaft und zu wiederholen.

- Aber: Neue Tendenz in der Rechtsprechung relativiert Bedeutung des Vergabevermerks

- 1. OLG Koblenz v. 16.02.2011 – 1 Verg 2/10 (in einem VOF-Verfahren):
Es ist grundsätzlich unbedenklich, ein während des Nachprüfungsverfahrens neu gefasstes und ergänztes Protokoll über die Sitzung des Preisgerichts als Grundlage für die Entscheidung über einen Nachprüfungsantrag zu berücksichtigen.
- 2. Neue Tendenz in der Rechtsprechung: BGH v. 08.02.2011 – X ZB 4/10 – NZBau 2011, 175
Es ist nicht mit dem Beschleunigungsgebot in Vergabesachen zu vereinbaren, wenn bei Mängeln der Dokumentation immer eine Wiederholung des betroffenen Abschnitts des Vergabeverfahrens angeordnet wird.
Nachträglich vorgetragene Umstände oder Gesichtspunkte, mit denen der Auftraggeber die sachliche Richtigkeit einer angefochtenen Vergabeentscheidung verteidigt, sind deshalb grundsätzlich zu berücksichtigen.
- 3. Mögliche Konsequenzen aus der „Wende“:
Lässt der Vergabevermerk offen, ob eine notwendige Entscheidung überhaupt getroffen wurde, kann dieser Mangel nicht dadurch geheilt werden, dass der Verfahrensbevollmächtigte des Auftraggebers im Nachprüfungsverfahren vorträgt, wie die Entscheidung hätte ausfallen können oder müssen, wenn sie denn getroffen worden wäre. In einem solchen Fall muss der Auftraggeber selbst Versäumtes nachholen.



Rechtsanwalt Dr. Martin Schellenberg

Sekretariat Anja Zipoll

Telefon + 49 (40) 355280-86

Telefax + 49 (40) 355280-80

E-Mail a.zipoll@heuking.de



Neuer Wall 63
D-20354 Hamburg
www.heuking.de

