

# Ausschreibung und Vergabe

## ENERGIEKONZESSIONEN

### Umfassende Netzdaten

*Damit Bewerber um Strom- und Gaskonzessionen ihre Investition kalkulieren können, haben sie Anspruch auf belastbare Angaben über das Versorgungsnetz. (BGH vom 14. April 2015 – AZ EnZR 11/14).*

Der Auskunftsanspruch der Gemeinde gegen den Altkonzessionär umfasst auch die Angaben zu den kalkulatorischen Restwerten und den kalkulatorischen Nutzungsdauern für sämtliche Anlagen des zu überlassenden Versorgungsnetzes. Bereits für die Neuvergabe der Strom- und Gaskonzessionen müssen die Gemeinden den Bewerbern diese umfassenden Netzdaten zur Verfügung stellen. Die Bewerber müssen in die Lage versetzt werden, den wirtschaftlichen Wert des Energienetzes bestimmen zu können.

Der neue Leitfaden von Bundeskartellamt und Bundesnetzagentur berücksichtigt diesen erweiterten Datenumfang bereits. Für die Gestaltung von Konzessionsverträgen ist dies ebenfalls zu beachten.

## WERTUNGSKRITERIEN

### Änderung zulässig

*Öffentliche Auftraggeber dürfen Wertungskriterien ändern und dann nur den Preis werten – müssen dies aber transparent bekanntmachen. (OLG Düsseldorf vom 28. Januar 2015 – AZ Verg 31/14)*

Enthalten die Bekanntmachung und/oder die Vergabeunterlagen die Angabe, dass der öffentliche Auftraggeber den Zuschlag auf das „wirtschaftlichste Angebot“ erteilen wird, darf er nicht nur den Preis werten. Die Bieter rechnen beim „wirtschaftlichsten Angebot“ nicht damit, dass nur der Angebotspreis maßgeblich ist und kalkulieren ihre Angebote entsprechend.

Dennoch dürfen Auftraggeber im Laufe des Verfahrens ihre ursprünglich vorgesehenen Wertungskriterien ändern und dann nur den Preis werten. Sie müssen vorher aber transparent und eindeutig

mitteilen, dass der Preis nunmehr einziges Wertungskriterium ist und den Bietern die Gelegenheit geben, ihre Angebote anzupassen und neu zu kalkulieren.

## EIGNUNGSPRÜFUNG

### Fragenkatalog

*Im Rahmen der Wertung ist ein Fragenkatalog zur Qualität des Bieters unzulässig. Der Auftraggeber darf die Antworten der Bieter nicht bewerten, wenn es sich um Eignungsanforderungen handelt. (OLG Düsseldorf vom 20. Juli 2015 – AZ VII-Verg 37/15)*

Eignungs- und Zuschlagskriterien werden unzulässig vermischt, wenn der öffentliche Auftraggeber „Fragen in Bezug auf die Qualität des Bieters“ stellt, die Bieter diese nur mit „ja“ oder „nein“ beantworten können und für eine Antwort mit „ja“ einen Punkt, für Antworten mit „nein“ null Punkte erhalten. Dabei handelt es sich nicht um eine Bewertung der Angebotsqualität. Die Fragen betreffen Eignungsmerkmale, die einer Qualitätsbewertung gerade nicht zugänglich sind.

Die Frage nach der Mitgliedschaft des Bieters in einem bestimmten Verband ist unzulässig. Sie verschließt den Bietern die Möglichkeit, anders als durch eine Mitgliedschaft in diesem Verband die Einhaltung der für die Erbringung der Leistung aufgestellten Standards nachzuweisen.

## REFERENZEN

### Nachunternehmer

*Werden „Kommunalreferenzen“ gefordert, so sind hierfür auch solche Vorerfahrungen zu werten, die der Bieter als Unterauftragnehmer im Rahmen eines öffentlichen Auftrages erbracht hat. (OLG Schleswig vom 30. April 2015 – AZ 1 Verg 7/14)*

Ein Bieter wurde mit dem Argument ausgeschlossen, die vorgelegten Referenzen seien nicht in einer direkten Vertragsbeziehung mit dem öffentlichen Auftraggeber,

sondern als Nachunternehmer erbracht worden. Dieser Ausschluss ist, so das OLG Schleswig, im konkreten Fall unzulässig. Der Auftraggeber wolle durch die Referenzen eine Beurteilungsgrundlage zum technischen „Know-how“ in Bezug auf die kommunale Abfallentsorgung gewinnen. Dies könne auch mit einer Nachunternehmer-Referenz nachgewiesen werden.

Kommt es dem Auftraggeber auf direkte Erfahrung mit der öffentlichen Hand an, so muss dies explizit in den Eignungsanforderungen festgelegt werden. Anderenfalls darf der Bieter die Anforderungen so verstehen, dass auch indirekte Vertragsbeziehungen die Eignungsanforderungen erfüllen.

## EIGNUNG

### Leistungsfähigkeit

*Ein nicht durch Eigenkapital gedeckter Fehlbetrag in der Handelsbilanz hindert nicht die finanzielle Leistungsfähigkeit. (OLG Celle vom 11. Juni 2015 – AZ 13 Verg 4/15)*

Ein Bieter ist finanziell leistungsfähig, wenn er über ausreichend finanzielle Mittel verfügt, um während der gesamten Laufzeit des ausgeschriebenen Auftrags seinen laufenden Verpflichtungen nachzukommen. Eine Bewertung der finanziellen Leistungsfähigkeit anhand der Handelsbilanz des Bieters ist ausgeschlossen, da sich daraus eine bilanzielle Überschuldung nicht entnehmen lässt. Die bloße Höhe der Verbindlichkeiten lässt für sich alleine keine Rückschlüsse auf die Leistungsfähigkeit zu. Ein nicht durch Eigenkapital gedeckter Fehlbetrag kann allenfalls Anlass zu einer Überschuldungsprüfung geben, sofern belastbare Hinweise für eine Überschuldung vorliegen.

Kann der Bieter die als Sicherheit angeforderten Bürgschaften mühelos erbringen, spricht dies für dessen finanzielle Leistungsfähigkeit. Die Beurteilung der Leistungsfähigkeit des Bieters bedarf stets einer einzelfallbezogenen Prognose unter Berücksichtigung des konkret ausgeschriebenen Auftrags.

## FRISTVERKÜRZUNGEN

**Dringlichkeit**

*Das Verkürzen der vergaberechtlichen Angebotsfristen gefährdet den Wettbewerb, die Gleichbehandlung der Bieter und die Transparenz. An die Dringlichkeit sind deshalb hohe Anforderungen zu stellen. (OLG Düsseldorf vom 10. Juni 2015 – AZ VII-Verg 39/14)*

Kein Fall der Dringlichkeit liegt vor, wenn der Auftraggeber erst eine Genehmigung oder andere externe Entscheidungen abwartet und den Zeitplan für sein Vergabeverfahren so zuspitzt, dass die vergaberechtlichen Fristen nicht mehr eingehalten werden können, um die Leistung noch rechtzeitig zu beauftragen. Statt die Fristen zu verkürzen, darf der Auftraggeber ein „normales“ Vergabeverfahren starten, ohne zunächst die externe Entscheidung abzuwarten, soweit ihm die notwendigen Haushaltsmittel zur Verfügung stehen (Vergabereife).

Der Auftraggeber muss die Bieter aber ausdrücklich auf den Vorbehalt hinweisen, dass das Verfahren aufgehoben wird, wenn die erforderlichen Genehmigungen nicht erteilt werden. Ein Rückgriff auf den engen Ausnahmetatbestand „Dringlichkeit“ ist in diesem Fall weder notwendig noch zulässig.

Recht



## ANGEBOTE

**Preiswertung**

*Ein starres Preiswertungssystem „10 oder 3 Punkte“ ist unzulässig. (OLG Düsseldorf vom 29. April 2015 – AZ Verg 35/14)*

Das OLG Düsseldorf hat erneut entschieden, dass eine Preiswertung, wonach das niedrigste Angebot die höchste Punktzahl (hier 10) und das teuerste Angebot eine feste Punktzahl (hier 3) erhält und die übrigen Angebote im Verhältnis zu diesen beiden bepunktet werden, gegen den Gleichheitsgrundsatz und das Wettbewerbsgebot verstößt.

Gehen lediglich zwei Angebote im Verfahren ein, würde das preislich schlechtere Angebot über die Maßen benachteiligt. Der teurere Bieter hätte keine Chance, über das Leistungs-/Qualitätskriterium seinen Rückstand zum günstigeren Bieter aufzuholen. Sein Angebot würde unterbewertet und die Kriterien „Preis“ und „Leistung (Qualität)“ nicht regelgerecht angewandt.

Zum Zuschlagskriterium „Qualität der Leistung“ müssen alle Zuschlagskriterien bekanntgegeben werden. Auftraggeber müssen daher angeben, mit welchem Punktwert die in der Leistungsbeschreibung gestellten Einzelanforderungen bewertet werden. Nur so können die Bieter erkennen, welche Einzelanforderungen dem Auftraggeber besonders wichtig sind und ihr Angebot entsprechend gestalten.

## AUFHEBUNG

**Eigenes Verschulden**

*Ein öffentlicher Auftraggeber darf das Vergabeverfahren nicht aufgrund eigener Fehler aufheben. (OLG Frankfurt vom 4. August 2015 – AZ 11 Verg 4/15)*

Öffentliche Auftraggeber dürfen Vergabeverfahren nur dann vergaberechtskonform aufheben, wenn sie den Aufhebungsgrund nicht zu vertreten haben. Andernfalls bestünde die Gefahr, dass Vergabestellen nach freier Entscheidung durch eigene Rechtsverstöße ihren vergaberechtlichen Bindungen entgehen. Grundsätzlich unterliegt die öffentliche Hand aber keinem Zwang, ein eingeleitetes Vergabeverfahren mit dem Zuschlag zu beenden. Wenn die Vergabestelle rechtswidrig aufhebt, kann der Bieter nur Schadensersatz verlangen.

*Ute Jasper / Jens Biemann*

---

 DIE AUTOREN

Dr. Ute Jasper ist Rechtsanwältin und Partnerin der Sozietät Heuking Kühn Lüer Wojtek in Düsseldorf ([www.heuking.de](http://www.heuking.de)) und leitet die Practice Group „Öffentlicher Sektor und Vergabe“; Dr. Jens Biemann ist Rechtsanwalt der Kanzlei

---