

Ausschreibung und Vergabe

Bewertungskriterien

Preis entscheidet

Das Vergaberecht verbietet einem öffentlichen Auftraggeber nicht, den Preis als ausschließliches Zuschlagskriterium festzulegen. (OLG Naumburg vom 5. Dezember 2008 – AZ 1 Verg 9/08)

Der Zuschlag in einem Vergabeverfahren soll auf das wirtschaftlichste Angebot erteilt werden. Diese Wirtschaftlichkeit kann auf verschiedenen Wegen erreicht werden. Zum einen, wenn für eine genau definierte Leistung der Preis möglichst gering ist, zum anderen, wenn mit den zur Verfügung stehenden Mitteln eine möglichst hochwertige Leistung erworben wird.

Die Entscheidung zwischen beiden Möglichkeiten liegt in der Dispositionsfreiheit des Auftraggebers. Daher ist es vergaberechtlich nicht zu beanstanden, wenn dieser den Preis als ausschließliches Zuschlagskriterium festlegt. Im entschiedenen Fall hatte sich der Bieter vergeblich darauf berufen, dass die Festlegung lediglich eines Zuschlagskriteriums unzulässig sei.

Schritt für Schritt

In komplexen Verfahren dürfen die Wertungskriterien stufenweise aufgestellt werden. (OLG Düsseldorf vom 20. November 2008 – AZ VII Verg 37/08)

Grundsätzlich muss der Auftraggeber alle geplanten Wertungskriterien und Gewichtungsregeln in der Bekanntmachung oder in den Vergabeunterlagen bekannt geben. Wertungskriterien dürfen nicht angewandt werden, wenn diese erst im Nachhinein aufgestellt werden. Dies gilt aber nicht ausnahmslos.

Können die Kriterien aus nachvollziehbaren Gründen erst vor Angebotsabgabe festgelegt werden, ist eine gestufte Aufstellung zulässig. Ein solcher nachvollziehbarer Grund ist insbesondere die Komplexität des Auftragsgegenstandes.

In der Praxis ist bei einer solchen schrittweisen Konkretisierung jedoch die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) zu beachten. Danach

müssen die neuen Kriterien den Bietern vor Abgabe des letztverbindlichen Angebots bekannt gegeben werden, wenn sie die Angebote beeinflussen können.

Bietergemeinschaft

Wechsel unzulässig

Innerhalb eines Vergabeverfahrens ist der Wechsel von einer Bietergemeinschaft zu einem Einzelbieter unzulässig. (OLG Karlsruhe vom 15. Oktober 2008 – AZ 15 Verg 9/08)

In einem Vergabeverfahren dürfen sich mehrere Unternehmen zu einer Bietergemeinschaft zusammenschließen. Dies führt jedoch zu Problemen, wenn im Laufe des Verfahrens ein Mitglied der Bietergemeinschaft aussteigt.

Im konkreten Fall hatte sich eine Bietergemeinschaft aus zwei Unternehmen erfolgreich in einem Teilnahmewettbewerb beworben. Anschließend gab jedoch nur noch eines der beiden Mitglieder ein Angebot ab. Dies ist unzulässig. Die rechtliche Identität des Bieters muss gewahrt bleiben. Das verbleibende Mitglied der ehemaligen Bietergemeinschaft hatte sich allein nicht qualifiziert. Daher durfte sein Angebot aus Gründen der Gleichbehandlung nicht berücksichtigt werden.

Grundstücksverkäufe

Pflicht zur Vergabe

Grundstücksverkäufe, die in unmittelbarem Zusammenhang mit der Vergabe von Bauaufträgen stehen, bleiben vergabepflichtig. (OLG Düsseldorf vom 12. Dezember 2009 – AZ VII Verg 67/08)

Die „Ahlhorn-Rechtsprechung“ des OLG Düsseldorf zur Vergabepflicht von Grundstücksverkäufen der öffentlichen Hand bleibt weiter im Blickpunkt. Zwar hat das Gericht inzwischen die wichtigsten Fragen dem Europäischen Gerichtshof (EuGH) vorgelegt. Bis zu dessen Entscheidung hält das OLG Düsseldorf jedoch an seiner Rechtsprechung fest.

In seiner jüngsten Entscheidung stellt das Gericht erneut klar, dass Grundstücksverkäufe nach seiner Ansicht vergabepflichtig sind, wenn sie im unmittelbaren Zusammenhang mit der Vergabe von Bauaufträgen stehen. Ein solcher Zusammenhang liege vor, wenn Bauaufträge Bestandteil des Vertrags beziehungsweise Vertragspakets über einen Grundstücksverkauf sind oder der Grundstücksverkauf die Entscheidung über die Vergabe von Bauaufträgen präjudiziert.

Darüber hinaus schließt sich das Gericht Düsseldorf der Rechtsprechung von BGH und EuGH zur fehlenden In-House-Fähigkeit von Aktiengesellschaften an. Danach kann ein öffentlicher Auftraggeber aufgrund der Weisungsunabhängigkeit des Vorstands eine AG auch dann nicht wie eine eigene Dienststelle kontrollieren, wenn er sämtliche Anteile an ihr hält.

Nachprüfung

Rüge unberechtigt

Ein Bieter kann keinen Verstoß gegen die Pflicht zur EU-weiten Vergabe rügen, wenn er auf andere Weise über die Vergabeabsicht informiert worden ist. (OLG Koblenz vom 8. Dezember 2008 – AZ 1 Verg 4/08)

Öffentliche Auftraggeber müssen ihre Aufträge grundsätzlich EU-weit ausschreiben, wenn diese den jeweiligen Schwellenwert überschreiten. Befolgen sie diese Pflicht nicht und schreiben stattdessen nur national aus, riskieren sie die Nichtigkeit der Verträge.

Ein Bieter kann jedoch einen solchen Verstoß gegen die Pflicht zur EU-weiten Ausschreibung nicht immer geltend machen. Im konkreten Fall hatte sich der Kläger zunächst an einem lediglich national ausgeschriebenen Vergabeverfahren beteiligt. Als sein Angebot ausgeschlossen wurde, rügte er, das gesamte Verfahren hätte EU-weit ausgeschrieben werden müssen.

Das Gericht hat dem Kläger die Antragsbefugnis abgesprochen. Denn er war über die Vergabeabsicht informiert und konnte sich entsprechend beteili-

gen. Zudem hätte er darlegen müssen, gerade durch die Nichtanwendung der EU-Vorschriften („a-Paragrafen“) in seinen Zuschlagschancen beeinträchtigt worden zu sein. Hierzu hat der Bieter jedoch nichts vorgetragen.

Preisnachlässe

Richtige Stelle

Preisnachlässe, die nicht an der in den Vergabeunterlagen festgelegten Stelle aufgeführt sind, sind in jedem Fall von der Wertung auszuschließen. (BGH vom 20. Januar 2009 – AZ X ZR 113/07)

Will ein Bieter der Vergabestelle einen unbedingten Preisnachlass anbieten, muss er dies an einer in den Vergabeunterlagen bezeichneten Stelle angeben. Damit soll ein transparentes Vergabeverfahren gewährleistet und verhindert werden, dass die Herkunft und das Zustandekommen von Preisnachlässen nachträglich nicht mehr nachvollziehbar sind. Umstritten war jedoch bislang, ob dies auch für Preisnachlässe gilt, die eindeutig erkennbar sind und den inhaltlichen Anforderungen genügen.

Dies hat der BGH nun verneint. Ein transparentes, auf der Gleichbehandlung aller Bieter beruhendes Vergabeverfahren kann nur erreicht werden, wenn alle

Angebote ohne weiteres vergleichbar sind. Die geforderte Transparenz lässt sich nicht erreichen, wenn die Vergabestelle erst auslegen oder werten muss, ob ein an der falschen Stelle vorgesehener Preisnachlass eindeutig genug ist.

Rettungsdienste

Nach Ausschreibung

Verträge über Notfallrettung und Krankentransporte sind als Dienstleistungsaufträge ausschreibungspflichtig. (BGH vom 1. Dezember 2008 – AZ X ZB 31/08)

Verträge über Dienstleistungen sind oberhalb der Schwellenwerte ausschreibungspflichtig, wenn der Auftraggeber hierfür eine feste Vergütung zahlt. Nur wenn der Auftragnehmer das wirtschaftliche Risiko trägt – etwa indem er sich über Nutzerentgelte finanziert – liegt eine vergabefreie Konzession vor.

Diesen Grundsatz hat der BGH nun auf Rettungsdienstleistungen übertragen. Solche Dienstleistungen müssen ausgeschrieben werden, wenn der Leistungserbringer seine Vergütung unmittelbar vom Aufgabenträger erhält und der Schwellenwert überschritten ist. Die Auswahlverfahren, die einige Länder für die Vergabe von Rettungsdiensten vorsehen, reichen hierfür nicht aus.

Verhandlungen

Geänderte Angebote

Änderungen eines indikativen Angebots im Verhandlungsverfahren sind grundsätzlich zulässig. (OLG Naumburg vom 13. Oktober 2008 – AZ 1 Verg 10/08)

Im Vergabeverfahren gilt grundsätzlich das Verhandlungsverbot. Ein Bieter darf sein einmal abgegebenes Angebot anschließend nicht mehr ändern, um sich keinen Vorteil gegenüber seinen Wettbewerbern verschaffen zu können.

Im Verhandlungsverfahren gilt das jedoch nur eingeschränkt, denn die Angebotsbewertung im Verhandlungsverfahren stützt sich auf die Aus- und Umgestaltung des schriftlichen Angebots durch die Verhandlungsgespräche. Auftraggeber dürfen daher Änderungen der indikativen Angebote verlangen, wenn dies keine Diskriminierung eines Bieters darstellt.

Ute Jasper / Jan Seidel

Die Autoren

Dr. Ute Jasper ist Rechtsanwältin und Partnerin der Sozietät Heuking Kühn Lüer Wojtek in Düsseldorf und leitet die Practise Group „Public Sector“, **Jan Seidel** ist als Rechtsanwalt der Kanzlei ebenfalls am Standort Düsseldorf tätig und spezialisiert auf Vergaberecht, Privatisierungen, ÖPP und Öffentliches Recht