

Ausschreibung und Vergabe

Angebote

Untere Grenze

Auftraggeber dürfen weder über Angebote noch über die Anforderungen verhandeln, wenn die Angebote die Mindestanforderungen nicht erfüllen. (EuGH vom 5. Dezember 2013 – AZ C-561/12)

Nach Art. 30 Abs. 2 Richtlinie 2004/18/EG sind Verhandlungen zulässig, um die Angebote den geforderten Anforderungen anzupassen. Die vergaberechtlichen Grundsätze der Gleichbehandlung und der Transparenz gebieten jedoch, so der Europäische Gerichtshof (EuGH), nur über solche Angebote zu verhandeln, die die verbindlichen Vorgaben erfüllen. Die Vorgabe von Mindestanforderungen wäre sonst sinnlos.

Aus der Entscheidung ergibt sich, dass Verhandlungen über Mindestanforderungen selbst unzulässig sind. Denn durch die Verhandlungen sollen die Angebote an die Mindestvorgaben angepasst werden, nicht die Mindestvorgaben an die Angebote.

In dem entschiedenen Fall wich ein Angebot von den als zwingend festgelegten technischen Vorgaben ab. Alternativlösungen waren ausdrücklich nicht zugelassen. Daraus folgt für die Praxis: Wenn Mindestanforderungen im Lauf eines Verhandlungsverfahrens eventuell gelockert werden sollen, muss der Auftraggeber das transparent ankündigen.

Ausschlussgrund

Angebote, die nicht den Mindestanforderungen genügen, sind auszuschließen, auch wenn die Mindestanforderung nicht als Ausschlussgrund bezeichnet wurde. (OLG Brandenburg vom 30. Januar 2014 – AZ Verg W 2/14)

Ein Angebot, das von einer klaren technischen Spezifikation abweicht, ändert die Vergabeunterlagen. Es ist zwingend auszuschließen. Das abweichende Angebot darf nicht als Nebenangebot gewertet werden, weil eine bloße Abweichung keine eigenständige Lösung darstellt. Wenn eine geforderte Eigenerklärung mit unzureichendem Inhalt beigelegt ist, muss sie nicht nachgefordert werden.

Nebenangebote

Preis reicht nicht

Nebenangebote dürfen grundsätzlich nicht zugelassen und gewertet werden, wenn der Preis das alleinige Zuschlagskriterium ist. (BGH vom 7. Januar 2014 – AZ X ZB 15/13)

Für eine Straßenbahntrasse schrieb ein Auftraggeber Straßen- und Tiefbauarbeiten im offenen Verfahren aus. Einziges Wertungskriterium war der Preis. Ein Bieter reichte – wie zugelassen – ein Nebenangebot mit dem günstigsten Preis ein.

Dies dürfe nicht gewertet werden, so der BGH. Da der Auftraggeber nur den Preis und nicht beispielsweise die Qualität werte, blieben Qualitätsunterschiede zwischen Haupt- und Nebenangeboten unzulässigerweise unbeachtet. Der BGH entschied damit die Divergenzfrage zwischen verschiedenen Vergabesenaten im Sinne des OLG Düsseldorf. Bisher war umstritten, ob in einem reinen Preiswettbewerb Nebenangebote zulässig wären.

Bieteridentität

Aufklärung

Wer Bieter oder Mitglied einer Bietergemeinschaft ist, wird durch Auslegung des Angebots ermittelt. Im Zweifel ist eine Aufklärung erforderlich. (OLG München vom 17. Dezember 2013 – AZ Verg 15/13)

Angebote müssen eindeutig die Identität des Bieters erkennen lassen. Andernfalls kann es zum Ausschluss des Bieters kommen. Die Angaben hierzu im Angebot müssen ausgelegt werden, gegebenenfalls muss beim Bieter aufgeklärt werden. Nur wenn sich der Bieter weder durch Auslegung noch nach Aufklärung eindeutig ermitteln lässt, ist ein Ausschluss möglich.

Einzelkaufleute müssen in der Firma weder ihren Vornamen angeben noch ist die Eintragung im Handelsregister Voraussetzung für eine Angebotsabgabe. Bei Personenfirma darf der Auftraggeber davon ausgehen, dass der Inhaber des Unternehmens der Bieter ist und Auftragnehmer wird.

Vergabereife

Planfeststellung

Um ein Vergabeverfahren beginnen zu dürfen, muss mindestens ein Planfeststellungsbeschluss vorliegen. Auftraggeber dürfen das Vergabeverfahren bei Vorliegen eines Aufhebungsgrundes auch in einen früheren Stand zurückversetzen. (OLG Düsseldorf vom 27. November 2013 – AZ VII-Verg 20/13)

Auch ohne gesetzliche Vorgabe ist eine Ausschreibung erst zulässig, wenn sie „vergabereif“ ist. Vergabereife fordert mindestens eine eindeutige und erschöpfende Leistungsbeschreibung sowie die tatsächlichen und rechtlichen Voraussetzungen für einen fristgemäßen Beginn der Ausführung.

Das OLG Düsseldorf hat nun festgestellt, dass bei planfeststellungsbedürftigen Vorhaben der Planfeststellungsbeschluss sofort vollziehbar sein muss. Das Gericht äußert sich allerdings nicht dazu, wie diese Vorgabe in einem Verhandlungsverfahren aufgrund nicht beschreibbarer Leistungen zu handhaben ist.

Nach der Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen, Teil A (VOB/A) und der Vergabe- und Vertragsordnung für Leistungen, Teil A (VOL/A) dürfen Vergabeverfahren aufgehoben werden, wenn ein Aufhebungsgrund vorliegt (z. B. kein Angebot entspricht den Ausschreibungsbedingungen). Dies führt laut OLG aber nicht zu einer Aufhebungspflicht. Wenn Aufhebungsgründe vorliegen, sei als milderer Mittel eine teilweise Rückversetzung des Vergabeverfahrens zulässig. Öffentliche Auftraggeber können also prüfen, ob eine Aufhebung sinnvoll ist oder zum Beispiel Unterlagen nachgefordert werden können.

gemeinderat-online.de

Ausschreibung und Vergabe:

Weitere Urteile aus diesem Bereich sind zu finden auf unserer Homepage unter Rechtsprechung > Recht aktuell und Recht Archiv

Energiekonzessionen

Keine Kooperation

In Wettbewerbsverfahren um Energiekonzessionen darf die ausschreibende Kommune nicht mit einem Bieter zusammenarbeiten. (BKartA vom 2. Dezember 2013 – AZ B8-180/11-1)

Im konkreten Fall hatte eine Kommune ihre Stromkonzession ausgeschrieben. Im Vorfeld vereinbarte sie mit dem benachbarten Stadtwerk die spätere Gründung einer gemeinsamen Netzgesellschaft und eine Zusammenarbeit in dem Verfahren. Das Stadtwerk sollte etwa die eingehenden Bewerbungen fachlich prüfen. Am Wettbewerbsverfahren nahm das Stadtwerk selbst teil.

Zu Unrecht, wie das Bundeskartellamt feststellte. Eine Kommune dürfe auf keinen Fall den Geheimwettbewerb verletzen. Der Geheimwettbewerb verlangt die Vertraulichkeit der Angebote. In der Zusammenarbeit zwischen Kommune und Stadtwerk sah das Bundeskartellamt zudem eine wettbewerbsbeschränkende Vereinbarung.

Die Entscheidung müssen besonders Kommunen beachten, deren eigene Stadtwerke sich an ihren Wettbewerbsverfahren beteiligen. Eine Zusammenarbeit ist untersagt. Außerdem muss die Kommune etwaige Informationsflüsse, so zum Beispiel über Ratsmitglieder in einer Doppelfunktion als Aufsichtsrat im Stadtwerk, unbedingt verhindern.

Wertung

Kein „Hop oder top“

Eine 100- oder 0-Punkte-Wertung verstößt bei nur zwei abgegebenen Angeboten gegen das Vergaberecht. (OLG Düsseldorf vom 22. Januar 2014 – AZ VII-Verg 26/13)

Ein Auftraggeber hatte die „klassische“ Wertungsmatrix vorgeben, wonach zum Beispiel im Kriterium Qualität das beste Angebot 100 und das schlechteste 0 Punkte erhält. Die dazwischen liegenden Angebote werden über eine lineare Interpolation bepunktet.

Bei nur zwei Angeboten ist eine solche Wertungsmatrix unzulässig. Die Wertungspunkte des unterlegenen Angebots fallen nämlich dann vollständig „unter

den Tisch“ (0 Punkte). Dies diskriminiert den Bieter unangemessen. Was tun? Im Rahmen der Qualität sollten die Auftraggeber die Formel nicht anwenden. Im Kriterium Preis muss ein „Deckel“ eingebaut werden, um die Preise in Relation zu setzen und bepunktet zu können.

Aufhebung

Haushaltsmittel

Reichen die Haushaltsmittel nicht aus, darf die Vergabestelle ein Vergabeverfahren nur aufheben, wenn sie zuvor einen „ganz beträchtlichen“ Risikoaufschlag kalkuliert hat. (Kammergericht vom 17. Oktober 2013 – AZ Verg 9/13)

Die Vergabestelle hatte Haushaltsmittel eingeplant, die rund 1,6 Prozent über der Kostenschätzung lagen. Das niedrigste Angebot lag rund 8,8 Prozent über der Kostenschätzung. Es wurde vom Berater der Vergabestelle als marktüblich und angemessen bezeichnet. Bei sorgfältiger Ermittlung des Kostenbedarfs wäre auf die Schätzung ein Risikoaufschlag von mindestens 8,8 Prozent erfolgt, so die Kammer. Das Gericht stellte fest, dass die Aufhebung wirksam, aber rechtswidrig war. Der Vergabestelle drohen nun Schadenersatzforderungen. Die Kostenschätzung sollte nicht nur verfügbare Mittel, sondern auch Marktpreise berücksichtigen. Alternativ ist eine Ausschreibung mit begrenztem Budget möglich.

Planungsleistungen

Vergütung

Die Vorbereitung eines Angebotes durch den Bieter stellt noch keine nach VOF und HOAI zu vergütende Planungsleistung dar. (OLG Koblenz vom 20. Dezember 2013 – AZ 8 U 1341/12)

Verlangt der Auftraggeber vom Bieter „Lösungsvorschläge für Planungsleistungen“, die qualitativ und quantitativ über die branchenüblichen Bewerbungsleistungen hinausgehen, dann steht dem Bieter eine Vergütung nach der Honorarordnung für Architekten und Ingenieure (HOAI) zu.

Fordert der Auftraggeber lediglich die projektbezogene Präsentation des An-

gebotes vom Bieter, zum Beispiel durch die Abfrage von Konzeptideen, so kommt eine Vergütung nicht in Betracht. Im Zweifel muss der Bieter die Vergütungsfrage vorab mit dem Auftraggeber klären.

Die Entscheidung erging zwar zur alten Vergabeordnung für freiberufliche Leistungen (VOF) 2006. Sie ist wegen des gleichlautenden Gesetzestextes aber auch auf die aktuelle VOF 2009 übertragbar.

Referenzen

Beurteilung

Da die Vergabestelle regelmäßig spezifisches Wissen und Erfahrungen zum Vergabegenstand hat, ist ihre Beurteilung der Vergleichbarkeit von Referenzen nur eingeschränkt überprüfbar. (OLG München vom 19. Dezember 2013 – AZ Verg 12/13)

Ein wesentlicher Bestandteil der Eignungsprüfung sind Referenzen. Die Anforderung daran sollten so gefasst sein, dass die Referenzen nach Art, Umfang und Komplexität vergleichbar sind. Es darf jedoch nicht verlangt werden, dass die Bewerber identische Vorhaben durchgeführt haben. Es genügt, wenn die Referenzvorhaben wesentliche Gemeinsamkeiten mit dem Beschaffungsvorhaben aufweisen.

Bei der Beurteilung der Vergleichbarkeit von Referenzen kommt es auf die spezifischen Anforderungen des Vorhabens an. Hierzu hat die Vergabestelle regelmäßig besonderes Wissen und Erfahrungen. Daher besteht hier ein Beurteilungsspielraum der Vergabestelle. Vergabekammer und OLG können nur überprüfen, ob der Beurteilungsspielraum so eingengt war, dass die Vergleichbarkeit verneint oder bejaht werden muss oder ob die Tatsachengrundlage nicht ausreichend war. *Ute Jasper / Jens Biemann*

Die Autoren

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

Die von Dr. Ute Jasper geführte Praxisgruppe konzipiert und gestaltet Infrastrukturprojekte von Bund, Ländern und Kommunen, beispielsweise den RRR, das größte Nahverkehrsprojekt in Deutschland.