

Ausschreibung und Vergabe

DISKRIMINIERUNGSVERBOT

Vorgabe zum Ort

Auftraggeber dürfen den Bietern nicht vorgeben, die Leistung nur an einem bestimmten Ort zu erbringen, wenn dadurch andere Bieter diskriminiert werden. (EuGH vom 22. Oktober 2015 – AZ C 552/13)

Eine territoriale Einschränkung für die Leistungserbringung beschränkt den diskriminierungsfreien Zugang aller Bieter zum Auftrag. Bieter, die zwar alle anderen Anforderungen an die zu erbringende Dienstleistung erfüllten, jedoch nicht in der Lage seien, sie an einem bestimmten Ort zu erbringen, würden automatisch ausgeschlossen, urteilten die Richter im konkreten Fall.

Gegenstand der Ausschreibung waren medizinische Dienstleistungen zur Entlastung des öffentlichen Gesundheitswesens durch private Krankenhauseinrichtungen. Das Standorterfordernis sah vor, dass die privaten Krankenhauseinrichtungen sich in dem Bezirk der zu entlastenden öffentlichen Krankenhauseinrichtung befinden, damit Patienten keine weite Anreise in Kauf nehmen müssen.

Eine Ausgestaltung dergestalt, dass die von den Bietern angebotenen Standorte im Rahmen der Angebotswertung berücksichtigt werden, dürfte hingegen zulässig sein.

LANDESGESETZE

Mindestlohn

Die Vorgabe vergabespezifischer Mindestlöhne in Landesvergabegesetzen ist in Deutschland mittlerweile unzulässig, da ein Mindestmaß an sozialem Schutz bereits durch Bundesgesetz gewährt wird. (EuGH vom 17. November 2015 – AZ Rs. C-115/14)

Nach dem Urteil des EuGH durften vor 2015 öffentliche Auftraggeber zwar von Bietern verlangen, dass sie sich verpflichten, ihren Arbeitnehmern den jeweiligen Mindestlohn (je nach Landesvergabegesetz) zu zahlen. Der EuGH hat aber die

Zulässigkeit eines vergabespezifischen Mindestlohns noch vor Geltung des Mindestlohngesetzes geprüft, das seit dem 1. Januar 2015 einen Mindestlohn von 8,50 Euro vorschreibt. Kernargument des EuGH ist, die Vorgabe im Landesvergabegesetz sei deshalb zulässig, weil (nur) so „ein Mindestmaß an sozialem Schutz für Arbeitnehmer“ sicherstellt werde.

Nach dem Inkrafttreten des Mindestlohngesetzes greift diese Begründung nicht mehr. Mit dem bundesweiten Mindestlohn besteht ein allgemeiner Schutzstandard für Arbeitnehmer in Deutschland. Landesgesetze, die einen höheren als den bundesweiten Mindestlohn vorsehen, können daher nicht mit dem Ziel des Arbeitnehmerschutzes gerechtfertigt werden.

WAHL- ODER ALTERNATIVPOSITION

Ausnahmefall

Die Ausschreibung von Alternativ- oder Wahlpositionen ist ausnahmsweise zulässig, sofern ein berechtigtes Interesse des Auftraggebers daran besteht, die zu beauftragende Leistung einstweilen offen zu halten. (OLG München vom 1. Oktober 2015 – AZ Verg 5/15)

Alternativ- oder Wahlpositionen sind grundsätzlich unzulässig, da diese insbesondere die Transparenz des Vergabeverfahrens gefährden. Zulässig kann ein solches Vorgehen aber sein, wenn ein berechtigtes Interesse des Auftraggebers besteht, die zu beauftragende Leistung einstweilen offen zu halten. Dies ist etwa dann der Fall, wenn nur mithilfe der Ausschreibung und entsprechenden Wahlpositionen die Kosten für verschiedene Ausführungsvarianten ermittelt werden können (so bereits OLG Düsseldorf vom 13. April 2011 – AZ Verg 58/10).

Nicht ausreichend ist eine bloße Markterkundungsabsicht, wenn bei ordnungsgemäßer Vorbereitung des Vergabeverfahrens eine Festlegung auf eine der beiden Alternativen möglich und zumutbar gewesen wäre (so auch OLG Naumburg vom 1. Februar 2008 – AZ 1 U 99/07).

ABGRENZUNG

Miet- oder Bauvertrag

Ob ein vergaberechtsfreier Miet- oder ein ausschreibungspflichtiger Bauvertrag vorliegt, hängt davon ab, wie groß der Einfluss des Auftraggebers auf die Umbauplanung des Auftragnehmers ist. (OLG Jena vom 7. Januar 2015 – AZ 2 Verg 3/15)

Ein vergaberechtsfreier Mietvertrag liegt vor, wenn sich der Einfluss des Auftraggebers im Rahmen dessen hält, was einem solventen Mieter in der Planungsphase eingeräumt wird, und der Auftragnehmer das Objekt nach Auslaufen des Mietvertrages ohne größeren Aufwand an Dritte weitervermieten kann.

Der Einfluss des Auftraggebers ist anhand der konkreten Umstände des Einzelfalls zu bewerten. Das OLG Jena ging hier von einem Mietvertrag aus, weil das Bürogebäude baulich darauf ausgelegt war, die Ansprüche unterschiedlicher Mieter zu erfüllen. Der Auftragnehmer konnte die spezifischen Bedürfnisse des öffentlichen Auftraggebers daher durch kleinere Baumaßnahmen umsetzen. Zudem mietete der Auftraggeber nur eine Teilfläche des Gebäudes.

SOZIALWESEN

Direktvergaben

Regelungen des nationalen Rechts dürfen vorsehen, dass Dienstleistungen des Gesundheits- und Sozialwesens direkt an Freiwilligenorganisationen vergeben werden. Deren Tätigkeit muss überwiegend durch den freiwilligen Einsatz nicht erwerbstätiger Mitglieder erbracht werden und darf nur in geringem Maß wirtschaftlich sein. (EuGH vom 28. Januar 2016 – AZ C 50/14 – CASTA)

Nach dem Urteil des EuGH ist ein italienisches Gesetz zulässig, welches vorsieht, Krankentransporte ohne Ausschreibung auf Freiwilligenorganisationen zu übertragen. Zwar schließen weder das Fehlen

einer Gewinnerzielungsabsicht der beauftragten Einrichtung noch die Beschränkung der Vergütung auf reinen Kostenersatz das Vorliegen eines ausschreibungspflichtigen öffentlichen Auftrags aus. Der EuGH sieht aber die Mitgliedsstaaten der EU im Allgemeininteresse befugt, für soziale Dienstleistungen aus finanziellen Gründen auf Freiwilligenorganisationen zurückzugreifen.

Die Entscheidung des EuGH lässt sich auf die Rechts- und Marktverhältnisse sozialer Dienstleistungen in Deutschland nicht ohne Weiteres übertragen. Aufträge wie Flüchtlingsbetreuung oder Jugendhilfe sind daher nach wie vor auszuschreiben und dürfen auch an Träger der Wohlfahrtspflege wie Caritas und Diakonie nicht direkt vergeben werden.

Recht



EIGNUNGSPRÜFUNG

Wiederholung

Prüft ein Auftraggeber nicht die Eignung eines Bieters vor Erteilung des Zuschlags, muss er die Prüfung wiederholen, falls ein Unterlegener den geplanten Zuschlag angreift. (OLG München vom 17. September 2015 – AZ Verg 3/15)

Ein Auftraggeber, der im Rahmen der im Verhandlungsverfahren vorgelagerten Eignungsprüfung die Eignung eines Bieters nicht beurteilungsfehlerfrei festgestellt hat, muss die Prüfung vor Zuschlag wiederholen. Dies gilt zumindest dann, wenn ein Wettbewerber den Zuschlag mangels Eignung des Bestplatzierten angreift.

Bei der materiellen Eignungsprüfung handelt es sich um eine Prognoseentscheidung. Der Auftraggeber hat zu ermitteln, ob erwartet werden kann, dass der Bieter seine finanziellen Verpflichtungen gegenüber dem Auftraggeber und Dritten erfüllen kann. Hierbei steht dem Auftraggeber ein Beurteilungsspielraum zu, der von den Nachprüfungsinstanzen nur eingeschränkt überprüfbar ist.

Der Auftraggeber hatte im konkreten Fall beurteilungsfehlerhaft gehandelt, weil er die Situation des Bewerbers nicht ausreichend gewürdigt hatte. Dies betraf insbesondere die Angaben des Unternehmens im Teilnahmeantrag.

RECHTSSCHUTZ

Unter Schwellenwert

Bei Vergaberechtsfehlern kann ein Bieter den Zuschlag mit einer einstweiligen Verfügung verhindern. (OLG Frankfurt am Main vom 13. Oktober 2015 – AZ 11 W 32/15)

Kommt es in einem Vergabeverfahren zu Fehlern, kann ein unterlegener Bieter mit einer einstweiligen Verfügung verhindern, dass der Auftraggeber den Zuschlag erteilt. Damit kann ein Bieter auch bei Vergabeverfahren unterhalb des EU-Schwellenwertes Primärrechtsschutz suchen.

Voraussetzung dafür ist aber nach dem OLG Frankfurt, dass der Zuschlag auf das Angebot des Bieters nicht unwahrscheinlich erscheint.

Während der Rechtsschutz für Aufträge oberhalb der EU-Schwellenwerte genau geregelt ist und den Bietern effektive Instrumente zur Verfügung stehen, ließ der Gesetzgeber die Bieter unterhalb der EU-Schwellenwerte bisher im Regen stehen. Daher haben Gerichte über einstweilige Verfügungen versucht, einen angemessenen Primärrechtsschutz zu gewähren. Nur vereinzelt haben bisher Bundesländer für nationale Vergaben ein Rechtsschutzverfahren eingeführt (z. B. Thüringen). Eine bundeseinheitliche Regelung würde bei allen Beteiligten für mehr Klarheit sorgen.

LEISTUNGSERWEITERUNG

Gesamtumfang zählt

Bei mehreren aufeinanderfolgenden Vertragsänderungen ist der Gesamtumfang der „Aufstockung“ maßgeblich. (OLG Schleswig vom 28. August 2015 – AZ 1 Verg 1/15)

Bezugnehmend auf einen Rahmenvertrag aus dem Jahr 1978 über Vorhalteleistungen für den Rettungsdienst, der den Auftraggeber unter anderem berechtigte, die Rettungsmittelvorhaltungen um zusätzliche Wochenstunden zu erweitern, wenn dies unter dem Gesichtspunkt der „Bedarfsgerechtigkeit“ notwendig werde, stockte ein Landkreis diese Leistungen auf. Das OLG Schleswig hielt dies für unzulässig.

Das Kriterium der „Bedarfsgerechtigkeit“ erfülle nicht die erforderliche limi-

tierende Funktion, um die Reichweite der Entscheidungsbefugnis des Auftraggebers zu bestimmen.

Die Ausübung eines im Vertrag angelegten Optionsrechts (hier durch „Anordnung“ der „Aufstockung“) sei – auch wenn dieses Recht Bestandteil des vergebenen Auftrags war – vergaberechtlich eine wesentliche Vertragsänderung, wenn das Leistungsbestimmungsrecht vertraglich nicht qualitativ oder quantitativ klar definiert oder begrenzt werde.

Leistungserweiterungen von mehr als zehn Prozent seien nach Art. 72 der Richtlinie 2014/24/EU, die insoweit Vorwirkung entfalte, unzulässig, wobei auf den Gesamtumfang der Aufstockungen abzustellen sei.

WERTUNG

Bindung an Kriterien

Sieht ein Auftraggeber sogenannte „objektive Kriterien“ für die Angebotswertung vor, müssen diese zwingend berücksichtigt und dokumentiert werden. (OLG Karlsruhe vom 15. April 2015 – AZ 15 Verg 2/15)

Der Auftraggeber ist bei der Wertung der Angebote an die in der Bekanntmachung und den Vergabeunterlagen benannten Kriterien gebunden. Dies gilt auch für sogenannte „objektive Kriterien“, anhand derer die Punktzahl für die jeweiligen Zuschlagskriterien ermittelt werden soll. Aus der Dokumentation muss sich ergeben, welche Kriterien der Auftraggeber zugrunde gelegt hat, wofür er wie viele Punkte vergeben hat und wie viele Punkte höchstens hätten verteilt werden können.

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 der Kanzlei