update **Vergabe**

Informationsdienst für Entscheider mit fachlicher Unterstützung von
LEINEMANN PARTNER RECHTSANWÄLTE

Behörden Spiegel
newsletter

Ausgabe 11, Februar 2014

Inhalt dieser Ausgabe

2 Editorial
Prof. Dr. Ralf Leinemann, Rechtsanwalt

3 Fünf Fragen an...
Ingeborg Diemon-Wies, Vorsitzende der Vergabekammer Münster

Vergabemanagement
5 Änderung bestehender Aufträge – Tipps für die Vergabepraxis

Rechtsprechung und Gesetzgebung
7 Landesregierung NRW: Vorgaben zum Mindestlohn sind trotz Vorlagebeschluss der VK Arnsberg an den EuGH weiterhin einzuhalten
8 Nebenangebote sind auszuschließen, wenn der Preis das einzige Zuschlagskriterium ist
9 Bei der Vergabe auf das wirtschaftlichste Angebot ist die Wertung des Preises mit 95% unzulässig!
10 IT-Vergabe: Verhandeln mit nur einem Unternehmen kann rechtmäßig sein
11 Bietergemeinschaften sind nicht grundsätzlich zuzulassen!
12 Hohe Eignungsanforderungen an Rettungsdienstunternehmen zulässig!
13 Wertung aller Referenzen trotz Priorisierung
14 Personenbezogene Zuschlagskriterien im VOF-Verfahren zulässig!

15 Veranstaltungen und Termine

Liebe Leserin, lieber Leser,

Prof. Dr. Ralf Leinemann

Foto: LEINEMANN PARTNER RECHTSANWÄLTE

das Jahr 2014 könnte eine vergaberechtlich interessante Periode der Neu- bzw. Umorientierung einleiten. Mittlerweile sind die neuen EU-Vergaberichtlinien verabschiedet und liegen auch in amtlicher deutscher Übersetzung vor. Nun beginnt die Diskussion, welche Veränderungen sich daraus für das deutsche Vergaberecht ergeben können und sollen. Das geltende Vergaberecht ist jedenfalls ab sofort im Lichte der neuen Richtlinien auszulegen. Dies ist überall dort von Bedeutung, wo Neuregelungen getroffen werden, etwa bei Konzessionsvergaben und Vertragsänderungen. Zu Letzterem stellen wir in dieser Ausgabe den aktuellen Stand der Rechtslage dar.

Einen Paukenschlag stellt der Beschluss des BGH vom 07.01.2014 dar. Nun steht für alle Vergabesenate verbindlich fest, dass Nebenangebote auszuschließen sind, wenn der Preis das einzige Zuschlagskriterium ist. Hinzu kommt der Beschluss des OLG Düsseldorf vom 27.11.2013 (Verg 20/13), wonach eine Wertungsmatrix von 95 % Preis und 5 % Terminplanung letztlich eine verdeckte, reine Preiswertung darstellt. Zur Entscheidung steht an, ob auch eine Matrix mit 90 % Preis und 10 % Anderes ebenso einzustufen ist, was wohl kaum sachgerecht wäre.

Die neue Rechtsprechung des Kammergerichts, das Bietergemeinschaften im Regelfall für bedenklich hält (Verg 11/13), stellen wir ebenfalls vor. Diese Entscheidung dürfte allerdings restriktiv auszulegen sein und erklärt sich aus den besonderen Kuriosa einer Berliner Bauvergabe.

Ich wünsche Ihnen viel Freude bei der Lektüre dieser Ausgabe.

Prof. Dr. Ralf Leinemann
Rechtsanwalt

Ingeborg Diemon-Wies

Tariftreue und Mindestlohn europakonform?

Die Vergabekammer Arnsberg hat mit Beschluss vom 26.9.2013 (VK 18/13) dem Europäischen Gerichtshof die Frage vorgelegt, ob die Vorschriften des Tariftreue und Vergabegesetzes (TVgG-NRW) zur Tariftreue und und zum Mindestlohn dem Europarecht entsprechen. up Date Vergabe befragte dazu Ingeborg Diemon-Wies, Vorsitzende der Vergabekammer bei der Bezirksregierung Münster.

Ingeborg Diemon-Wies
ist Vorsitzende der Vergabekammer Münster

Foto: BS/Diemon-Wies

update Vergabe: In NRW findet nach wie vor eine politische Debatte über das Tariftreue- und Vergabegesetz statt. Doch auch juristisch sind die Auseinandersetzungen noch nicht ausgestanden. Jetzt hat die VK Arnsberg einen Fall dem Europäischen Gerichtshof in Luxemburg vorgelegt. Wo sieht die Kammer die europarechtliche Relevanz?

Diemon-Wies: Der EuGH hat in der Rüffert-Entscheidung bereits dargelegt, dass die Verpflichtungen zur Zahlung von Tariflöhnen bzw. Mindestlöhnen „den Leistungserbringern, die in einem anderen Mitgliedstaat niedergelassen sind, in dem die Mindestlohnsätze niedriger sind, eine zusätzliche Belastung auferlegen“, so dass ein Verstoß gegen die Dienstleistungsfreiheit nach Art. 56 AEUV anzunehmen ist. Vor kurzem hat der EuGH (14.11.2013, Rs. C-221/12) auch entschieden, dass sich alle potenziellen Bieter auf den Art. 56 AEUV berufen können, also unabhängig davon, ob sie im selben Mitgliedstaat wie diese Behörde niedergelassen sind oder nicht.
Entscheidend war aber für den EuGH, dass die Beschränkungen der Dienstleistungsfreiheit sich nicht aus einem Gesetz oder einen „für allgemein verbindlich erklärtem Tarifvertrag“ begründen ließen.
Im TVgG NRW wird jedenfalls diese Forderung des EuGH nach einer „gesetzlichen Grundlage“ für derart weitgehende Eingriffe erfüllt. Allerdings befasste sich der EuGH in der Rüffert Entscheidung nur damit, ob bei Auftragsausführung in der BRD solche Forderungen aufgestellt werden dürfen. Im Fall der VK Arnsberg geht es aber um die Frage, ob ein Bieter, der ein in einem anderen Mitgliedstaat niedergelassenes Unternehmen bei der Auftragsausführung als Nachunternehmer einbinden will, vom nationalen Gesetzgeber zur Einhaltung der Tarif- bzw. Mindestlöhne verpflichtet werden kann, die hier in der BRD als angemessen angenommen werden.

update Vergabe: Wovon hängt es ab, ob die Vergabekammer vorlageberechtigt ist?

Diemon-Wies: Gemäß Art. 267 AEUV ist ein Gericht im Sinne dieser Vorschrift vorlageberechtigt. Es muss sich um ein durch ein Vergaberechtsgesetz geschaffenes Organ handeln, das mit einer ausschließlichen Zuständigkeit für die erstinstanzliche Entscheidung über Rechtsstreitigkeiten zwischen Wirtschaftsteilnehmern und öffentliche Auftraggebern ausgestattet ist und dessen Arbeitsweise durch Vergaberechtsgesetze geregelt ist. Diese Vorgaben treffen vermutlich auch auf die Vergabekammern in der BRD zu. Aber dies muss der EuGH zunächst entscheiden. In einem anderen Fall hatte der EuGH (13.12.2012, Rs. C-465/11) bereits für eine polnische Vergabekammer angenommen, dass diese vorlageberechtigt ist.

update Vergabe: In wie weit kann die Entscheidung des EuGH über NRW hinaus von Bedeutung sein?

Diemon-Wies: Wenn der EuGH entscheiden sollte, dass bestimmte Beschränkungen für Unternehmer in einem europaweiten Wettbewerb nicht gelten können, weil damit die Dienstleistungsfreiheit aus Art. 56 AEUV tangiert wäre, muss man sich fragen, ob dies für national tätige Unternehmen nicht in gleichem Maße gilt. Muss der hier vor Ort ansässige Unternehmer dann mit anderen Mindeststundensätzen (wie sich diese

Fortsetzung auf Seite 3 >>>

aus den Tariftreue- und Vergabegesetzen ergeben) kalkulieren als sein Konkurrent aus einem anderen Mitgliedstaat? Es wird darauf ankommen, wie weit der EuGH den Schutzbereich der Dienstleistungsfreiheit ziehen wird.

update Vergabe: Spielt die Rüffert-Entscheidung des EuGH vom 3.4.2008 dabei eine Rolle?

Diemon-Wies: Die Rüffert-Entscheidung des EuGH spielt dabei auf jeden Fall eine Rolle. Denn man darf diese Entscheidung nicht nur unter einem vergaberechtlichen Blickwinkel sehen, weil der rechtliche Anknüpfungspunkt nicht die Vergaberichtlinien sind, sondern die Entsenderichtlinie. Es geht um die Herstellung eines „gleichartigen" Binnenmarktes für alle Arbeitnehmer in der Europäischen Union.
Insofern wird häufig übersehen, dass es nicht nur um die Bindungswirkung von Tarifverträgen oder die Festschreibung von Mindestlöhnen in formellen Gesetzen bei der Vergabe öffentlicher Aufträge geht, sondern es geht um Bestimmungen, die „für alle in den jeweiligen geographischen Bereich fallenden oder die betreffende Tätigkeit oder betreffende Gewerbe ausübenden gleichartigen Unternehmen allgemein wirksam sein sollen."
Rechtsvorschriften wie die Tariftreuegesetze, die diese Bindungswirkung nur für die „Vergabe von öffentlichen Aufträgen" vorschreiben, aber nicht für die „Vergabe von privaten Aufträgen", können möglicherweise ebenfalls den Grundsätzen der Entsenderichtlinie widersprechen. Denn solche Bestimmungen gelten nur partiell, aber nicht für alle Unternehmen und deren Arbeitnehmer.

update Vergabe: Welche vergabepraktischen Empfehlungen können Sie Bietern und Auftraggebern dank Ihrer bisherigen Erfahrungen mit dem nordrhein-westfälischen Gesetz geben?

Diemon-Wies: Aus rechtlicher Sicht kann man nur empfehlen, die Anforderungen sorgfältig zu prüfen. Die Tariftreuegesetze enthalten hinsichtlich der Tariflöhne und Mindestlöhne Sonderregelungen, die zu beachten sind. Die Angebote und die zugrundeliegenden Kalkulationen sind unter dem „Aspekt der Tariftreue" zu prüfen (so auch VK Münster, 1.10.2013, VK 12/13). Ein Angebotsausschluss kommt nur aufgrund einer Rechtsnorm in Betracht; Vermutungen oder Empfehlungen reichen da nicht.
Wenn ein öffentlicher Auftraggeber somit aufgrund dieser Sonderregeln ein Angebot ausschließen will, muss er begründete Zweifel an der Tariftreue des Bieters haben. Es geht nicht um die Frage der Schlecht- bzw. Nichterfüllung gemessen am Vertragszeitraum, sondern die Prüfung wird auf den Aspekt der Tariftreue verengt.

Die Fragen stellte Franz Drey, stellvertretender Chefredakteur des Behörden Spiegel.

Änderung bestehender Aufträge – Tipps für die Vergabepraxis

Der Beschaffungsbedarf von öffentlichen Auftraggebern ist oftmals nicht genau prognostizierbar. Dies gilt insbesondere bei Leistungen, die über einen längeren Zeitraum von einem Auftragnehmer eingekauft werden. Hier kann es während der Laufzeit des Vertrages zu Anpassungsbedarf kommen, weil – im Vergleich zur ursprünglich beauftragten Leistung – zusätzliche oder andere Leistungen erforderlich werden. So sollen bspw. Rettungsdienstleistungen auf einen weiteren Stadtteil ausgedehnt oder das Kita-Essen nunmehr in anderer Qualität, zu geänderten Orten oder in stark abweichender Stückzahl geliefert werden. Statt „Normalstrom“ sollen Behörden bei weiterlaufendem Stromversorgungsvertrag nun mit „Ökostrom“ versorgt oder ein Schulungsprogramm gegen Analphabetismus soll um ein weiteres Jahr verlängert werden. In den vorgenannten und vielen vergleichbaren Fällen, in denen sich der Leistungsbedarf des öffentlichen Auftraggebers ändert, stellt sich in vergaberechtlicher Hinsicht stets die Frage, ob hier ein neues Vergabeverfahren initiiert werden muss, oder ob man sich lediglich mit dem aktuellen Auftragnehmer über die geänderten Konditionen einigen muss.

Neue Richtlinien schaffen Klarheit

Die vergaberechtliche Bewertung der oben skizzierten Problematik war bislang nicht normativ geregelt, sondern ergab sich im Wesentlichen aus der Rechtsprechung des EuGH. Durch verschiedene Entscheidungen, so u. a. „Pressetext“ (EuGH, 19.06.2008, C-454/06) und „Wall“ (EuGH, 13.04.2010, C-91/08) hatte der EuGH hier Vorgaben aufgestellt. Nunmehr hat der Richtliniengeber die Voraussetzungen für eine Änderung laufender Verträge ohne erneutes Vergabeverfahren in den neuen Vergaberichtlinien (Art. 72 Vergaberichtlinie und Art. 89 Sektorenrichtlinie) fixiert.

Voraussetzungen

Art. 72 Vergaberichtlinie sieht im Wesentlichen vor, dass Änderungen in einem laufenden Vertrag ohne erneute Vergabe möglich sind, wenn

1. die Änderungen bereits in den ursprünglichen Auftragsunterlagen klar, präzise und eindeutig formuliert vorgesehen sind;
2. zusätzliche Leistungen erforderlich sind und ein Wechsel des Auftragnehmers aus wirtschaftlichen oder technischen Gründen nicht erfolgen kann oder mit erheblichen Schwierigkeiten oder beträchtlichen Zusatzkosten für den öffentlichen Auftraggeber verbunden wären und damit eine Preiserhöhung von nicht mehr als 50 % der ursprünglich vereinbarten Summe einhergeht;
3. die Änderungen für den Auftraggeber unerwartet sind, der Gesamtcharakter des Auftrages nicht verändert wird und damit eine Preiserhöhung von nicht mehr als 50 % der ursprünglich vereinbarten Summe einhergeht;
4. ein neuer Auftragnehmer den alten Auftragnehmer ersetzt und
   - dies im ursprünglichen Vertrag vorgesehen ist oder
   - der neue Auftragnehmer die Eignungskriterien des ursprünglichen Vertrages erfüllt und aufgrund einer Unternehmensumstrukturierung nunmehr den Vertrag ohne wesentliche

Fortsetzung auf Seite 6 >>>

Änderungen übernimmt;

5. die Änderungen, unabhängig von ihrem Wert, nicht wesentlich sind. Dies ist der Fall, wenn kumulativ
   - kein geändertes Bieterfeld als im ursprünglichen Vertrag angesprochen wird,
   - das wirtschaftliche Gleichgewicht des Auftrags nicht zugunsten des Auftragnehmers verschoben wird und
   - der Umfang des Auftrags nicht erheblich ausgeweitet wird;
6. die Änderungen weder die aktuellen Schwellenwerte noch 10 % des ursprünglichen Auftragswerts bei Liefer- und Dienstleistungsaufträgen und 15 % des ursprünglichen Auftragswerts bei Bauaufträgen überschreiten und sich der Gesamtcharakter des Auftrags nicht verändert. Finden mehrere Änderungen statt, sind die Werte zu addieren.

Die Voraussetzungen im Sektorenbereich (Art. 89) sind im Wesentlichen vergleichbar.

Ausblick

Durch den nunmehr vorliegenden abschließenden Kanon von Voraussetzungen für eine Veränderung eines laufenden öffentlichen Auftrages ohne Anwendung des Vergaberechts beabsichtigt der Richtliniengeber, eine höhere Rechtssicherheit für die öffentlichen Auftraggeber zu schaffen, wenn diese notwendige Anpassungen an bestehenden Verträgen vornehmen wollen. Allerdings steht aufgrund der Anzahl von verschiedenen Tatbeständen und einer Vielzahl von unbestimmten Rechtsbegriffen erneut zu erwarten, dass letzlich wiederum die Rechtsprechung festlegen wird, wann der öffentliche Auftraggeber den Vertrag anpassen kann und wann er ein neues Vergabeverfahren initiieren muss.

PRAXISSEMINAR

Vergaberecht für Anfänger

Das 1×1 des Vergaberechts

Termine:
08.04.2014, Gustav-Stresemann-Institut, Bonn
09.10.2014, InterCityHotel Hamburg Hauptbahnhof, Hamburg
20.11.2014, Maritim Hotel, München

Referenten:
Dr. Thomas Kirch,
LEINEMANN PARTNER RECHTSANWÄLTE
Dr. Eva-Dorothee Leinemann,
LL.M., LEINEMANN PARTNER RECHTSANWÄLTE

Bildnachweis: Rainer Sturm/pixelio Montage: BS

Anmeldung unter: www.fuehrungskraefte-forum.de

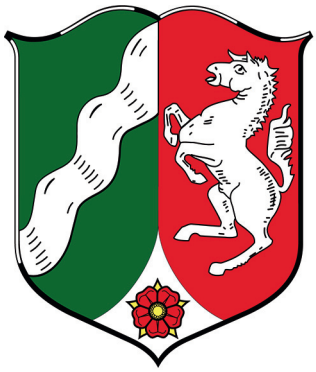
Eine Veranstaltungsreihe des Behörden Spiegel

Landesregierung NRW: Vorgaben zum Mindestlohn sind trotz Vorlagebeschluss der VK Arnsberg an den EuGH weiterhin einzuhalten

Das Tariftreue und Vergabegesetzes NRW (TVgG-NRW) enthält die Vorgabe eines vergabespezifischen Mindestlohns in Höhe von 8,62 €. Die VK Arnsberg hat mit Beschluss vom 26.09.2013 (VK 18/13) dem EuGH zur Entscheidung die Frage vorgelegt, ob dies mit den Bestimmungen des Europarechts in Einklang steht. Vor dem Hintergrund dieses Beschlusses hat die Landesregierung NRW in ihrer FAQ-Liste zum TVgG, die im Internet einsehbar ist, wie folgt zu der Frage Stellung genommen, ob die Verpflichtungserklärung zum vergabespezifischen Mindestlohn noch von den Bietern einzufordern ist:

„Der Vorlagebeschluss der VK Arnsberg beim EuGH hat derzeit keinen Einfluss auf die Anwendung des TVgG-NRW und die Anforderung von Verpflichtungserklärungen i.R. eines Vergabeverfahrens. … Die Vorgaben des TVgG-NRW sind damit, inklusive der Vorgaben zum vergabespezifischen Mindestlohn, auch weiterhin uneingeschränkt bei der öffentlichen Beschaffung einzuhalten. … Das bedeutet, dass unter den in § 4 Abs. 3 i.V.m. §§ 8, 9 TVgG-NRW festgelegten Voraussetzungen nach wie vor durch den Bieter die Zahlung des vergabespezifischen Mindestlohns von 8,62 € zugesichert werden muss. Bis zu einer endgültigen Entscheidung des EuGH in der Rechtssache entfaltet der Vorlagebeschluss der VK Arnsberg keine präjudizielle Wirkung. Ein Absehen von der Anforderung der Verpflichtungserklärung zum vergabespezifischen Mindestlohn durch den öffentlichen Auftraggeber ist daher bis auf weiteres nicht zulässig.“

Ergänzend legt die Landesregierung NRW dar, dass sie die betreffende Vorgabe im TVgG-NRW als europarechtskonform ansieht und der vergabespezifische Mindestlohn auf Nachunternehmer aus dem EU-Ausland erstreckt werden kann, da die allgemeinen Grundprinzipien des EU-Vertrages wie Transparenz, Gleichbehandlung und Nichtdiskriminierung eingehalten werden. Die sog. „Rüffert“-Entscheidung des EuGH aus dem Jahr 2008 (C-346/06) sei auf den vorliegenden Fall nicht übertragbar. Ferner habe die Europäische Union mit Inkrafttreten des EU-Vertrages von Lissabon vom Dezember 2009 die Bedeutung der sog. sozialen Dimension von europäischen Grundfreiheiten der Freizügigkeit im Binnenmarkt gleichgestellt. Diese Aufwertung von sozialen Belangen werde der EuGH bei seiner Entscheidung zu den entsprechenden Vorgaben im TVgG-NRW berücksichtigen.



Seit gut zwei Jahren ist das Tariftreue- und Vergabegesetz Nordrhein-Westfalen (TVgG-NRW) nun in Kraft. Im Frühjahr 2013 wurde die Rechtsverordnung zum Tariftreue- und Vergabegesetz NRW (RVO TVgG-NRW) veröffentlicht.

PRAXISSEMINAR

Vergabegesetze der Länder

19. März 2014, Hamburg

Bildnachweis: Rainer Sturm/pixelio
Montage: BS

Referent: Rechtsanwalt *Bastian Haverland,* LEINEMANN PARTNER RECHTSANWÄLTE

Anmeldung unter: www.fuehrungskraefte-forum.de

Eine Veranstaltungsreihe des Behörden Spiegel

Nebenangebote sind auszuschließen, wenn der Preis das einzige Zuschlagskriterium ist

Der BGH (Urteil vom 07.01.2014, X ZB 15/13) hat nunmehr Rechtssicherheit in einer wesentlichen vergaberechtlichen Frage geschaffen. Bei Vergabeverfahren, die im Anwendungsbereich des GWB liegen, dürfen Nebenangebote grundsätzlich nicht zugelassen und gewertet werden, wenn als Zuschlagskriterium allein der Preis vorgesehen ist.

Der BGH hatte über eine sog. Divergenzvorlage des Thüringer OLG in Jena zu entscheiden. Das Thüringer OLG wollte in einem vergaberechtlichen Beschwerdeverfahren feststellen, dass Nebenangebote nicht zugelassen werden durften, da der Preis als einziges Zuschlagskriterium bekannt gemacht worden war. Das OLG wollte damit der Entscheidung des OLG Düsseldorf folgen, das eine entsprechende Feststellung bereits in seinem Beschluss vom 02.11.2011 (VII-Verg 22/11) getroffen hatte. Allerdings hatte das Schleswig-Holsteinische OLG in seiner Entscheidung vom 15.04.2011 (1 Verg-10/10) als Teil der tragenden Begründung festgestellt, dass Nebenangebote sehr wohl zugelassen und gewertet werden können, wenn der Preis einziges Zuschlagskriterium ist. Aufgrund der Divergenz der Rechtsansichten hat das Thüringer OLG die Sache dem BGH nach § 124 Abs. 2 S. 1 GWB zur Entscheidung vorgelegt.

Im Gegensatz zu den Vergabesenaten begründet der BGH seine Feststellung nicht formell mit dem Wortlaut der entsprechenden Regelung zu Nebenangeboten in den Vergaberichtlinien, sondern mit materiellen Argumenten. Er stellt darauf ab, dass Nebenangebote immer dann, wenn nur der Preis als Wertungskriterium Verwendung findet, in qualitativer Hinsicht negativ vom Amtsentwurf abweichen können, so dass letztlich ein billigeres aber auch schlechteres Nebenangebot den Zuschlag erhalten müsse. Ohne das Korrektiv von qualitätsbezogenen Zuschlagskriterien seien Nebenangebote nicht sachgerecht nach wettbewerblichen Grundsätzen wertbar. Mindestanforderungen seien weder geeignet die Gleichwertigkeit von Haupt- und Nebenangeboten sicherzustellen, noch sei dies deren Aufgabe. Durch Mindestanforderungen könne allein der generelle Standard und die wesentlichen Merkmale einer Leistung deutlich gemacht werden, die eine Alternativausführung aus Sicht der Vergabestelle aufweisen muss. Mindestanforderungen könnten und sollten jedoch nicht „die zulässigen Alternativen gedanklich-planerisch vorwegnehmen“, so dass Nebenangebote nur in dem dadurch vorgegebenen Rahmen möglich sind. Dies würde dem Sinn und Zweck von Nebenangeboten, der Heranziehung des fachlichen Know-hows der Bieter durch die Abfrage von Alternativen, zuwiderlaufen.

Die Entscheidung ist als pfd-Dokument abrufbar unter www.leinemann-partner.de, Quicklink-Nr. 2011401
(unten rechts auf Website eingeben).

Bei der Vergabe auf das wirtschaftlichste Angebot ist die Wertung des Preises mit 95% unzulässig!

Der Wirtschaftlichkeitsgrundsatz des § 97 Abs. 5 GWB ist nach Ansicht des OLG Düsseldorf (Beschluss vom 27.11.2013, Verg 20/13) verletzt, wenn der öffentliche Auftraggeber den Zuschlag auf das wirtschaftlich günstigste Angebot erteilen will, er jedoch als Unterkriterien zu 95% den Preis und zu 5% die Terminplanung festlegt.

Der Auftraggeber schreibt den Ausbau eines Teilstücks einer Bahnstrecke nach der SektVO aus. Der Zuschlag soll auf das wirtschaftlichste Angebot ergehen. Als Kriterien dafür sind der Preis mit einer Gewichtung von 95 % und die Terminplanung mit einer Gewichtung von 5 % angegeben. Der Auftraggeber lässt Nebenangebote zu. Ein Bieter wendet sich gegen die Festlegung der Zuschlagskriterien.

Mit Erfolg! Der Vergabesenat stellt fest, dass der Auftraggeber das neben dem Preis festgelegte Kriterium Terminplanung für die Auswahl des wirtschaftlichsten Angebots auf ein unbedeutendes Maß herabgestuft habe. Damit habe er das Ziel verfolgt, aus einer „Nahezu-Niedrigstpreisvergabe“ eine solche nach dem wirtschaftlich günstigsten Angebot werden zu lassen. Allerdings richte sich die Vergabeentscheidung faktisch allein nach dem Angebotspreis. Das Kriterium der Terminplanung habe nur eine „Alibifunktion“. Das verstoße gegen das Wirtschaftlichkeitsgebot aus § 97 Abs. 5 GWB, wonach der Preis bei einer Ausschreibung auf das wirtschaftlichste Angebot keine unwesentliche, aber auch keine (faktisch) absolute Bedeutung haben dürfe. Die Vergabestelle habe daher „schlichtweg unzulässige Zuschlagskriterien verwendet.“

Die beschriebene Vorgehensweise der Vergabestelle stellte eine Reaktion auf die jüngst vom BGH bestätigte Rechtsprechung verschiedener Vergabesenate dar, wonach Nebenangebote bei Vergaben nach dem Kriterium des niedrigsten Preises unzulässig seien. Dieser Umgehungsstrategie hat das OLG Düsseldorf mit seiner Entscheidung einen Riegel vorgeschoben. Wollen öffentliche Auftraggeber den Zuschlag nach dem Kriterium des „wirtschaftlichsten Angebots“ erteilen und machen sie dieses Kriterium bekannt, müssen sie es im weiteren Vergabeverfahren ernsthaft anwenden. Sie dürfen dem Preis keine faktisch allein ausschlaggebende Bedeutung zumessen.

Bei einer Ausschreibung über den Ausbau eines Teilstücks einer Bahnstrecke war die Wertung des Preises mit 95% unzulässig. Foto: BS/Birte Schulz

Die Entscheidung ist als pfd-Dokument abrufbar unter www.leinemann-partner.de, Quicklink-Nr. 1011405
(unten rechts auf Website eingeben).

IT-Vergabe: Verhandeln mit nur einem Unternehmen kann rechtmäßig sein

Die Bestimmung des Auftragsgegenstands obliegt allein dem Auftraggeber. Das Vergaberecht macht dem öffentlichen Auftraggeber grundsätzlich keine Vorgaben hinsichtlich dessen, was er beschaffen muss oder will. Es liegt damit in der Hand des Auftraggebers, die an die zu beschaffenden Gegenstände zu stellenden funktionalen, technischen und ästhetischen Anforderungen nach seinem Bedarf festzulegen. Ist die Festlegung des Beschaffungsbedarfs aufgrund sachlicher und auftragsbezogener Gründe diskriminierungsfrei erfolgt, ist eine sich hieraus ergebende wettbewerbsverengende Wirkung grundsätzlich hinzunehmen (OLG Karlsruhe, Beschluss vom 15.11.2013, 15 Verg 5/13).

IT-Vergaben: Das Land Ba-Wü wollte das vorhandene Einsatzleitsystem der Polizei u.a. um die Sprachdokumentation erweitern. Foto: BS/Polizei Bayern

Das Land Baden-Württemberg wollte das vorhandene Einsatzleitsystem der Polizei u. a. um die Funktion „Notrufannahme- und Sprachdokumentation“ erweitern. Diese Erweiterung sollte allein durch zusätzliche Softwarekomponenten erfolgen. Für eine Lösung mittels einer Softwareerweiterung kam allein der Hersteller des bestehenden Einsatzleitsystems in Frage. Das Land hat ein Verhandlungsverfahren ohne vorherigen Teilnahmewettbewerb nach § 3 EG Abs. 4 VOL/A allein mit dem Unternehmen durchgeführt, das das Einsatzleitsystem errichtet hatte, und beauftragte dieses schließlich auch. Ein Wettbewerber wandte sich gegen den Vertragsschluss. Im Nachprüfungsverfahren führte er aus, dass es sich um eine unzulässige De-facto-Vergabe handele. Das Land hätte eine Vergabeart wählen müssen, durch die ihm die Teilnahme an dem Verfahren ermöglicht worden wäre.

Das OLG Karlsruhe teilt die Ansicht des Wettbewerbers nicht. Es geht bei seinen Feststellungen in zwei Schritten vor. Zunächst prüft der Vergabesenat, ob die Festlegung des Beschaffungsgegenstands auf sach- und auftragsbezogenen Gründen beruht bzw. ob ihr sachfremde, willkürliche oder diskriminierende Erwägungen zugrunde liegen. Danach prüft das Gericht, ob das Land zutreffend davon ausgegangen ist, dass die gewünschte Leistung tatsächlich nur vom Hersteller des bestehenden Einsatzleitsystems geliefert werden kann. Da das Land hier die Bestimmung des Auftragsgegenstandes vergaberechtskonform durchgeführt habe und auch richtigerweise davon ausgehen konnte, dass nur das betreffende Unternehmen diese Leistung erbringen konnte, war das Land berechtigt, das Vergabeverfahren im Wege eines Verhandlungsverfahrens ohne Teilnahmewettbewerb nur mit dem einen ausgewählten Bewerber durchzuführen.

Die Entscheidung ist als pfd-Dokument abrufbar unter www.leinemann-partner.de, Quicklink-Nr. 1021402
(unten rechts auf Website eingeben).

PRAXISSEMINAR

IT-Ausschreibungen

Effektive Verfahrensgestaltung vom Beschaffungsvorlauf bis zum Zuschlag

08. Mai 2014, Berlin

Referenten: *Dr. Thomas Kirch,* LEINEMANN PARTNER RECHTSANWÄLTE und *Jörg Boche,* ADVITEC Informatik GmbH

Foto: Olga Filippova, Fotolia

Anmeldung unter: www.fuehrungskraefte-forum.de

Eine Veranstaltungsreihe des Behörden Spiegel

Bietergemeinschaften sind nicht grundsätzlich zuzulassen!

Das Kammergericht entschied in seinem Beschluss vom 24.10.2013 (Verg 11/13) u. a., dass das Eingehen einer Bietergemeinschaft ohne weiteres den Tatbestand einer verbotenen Abrede bzw. Vereinbarung im Sinne von § 1 GWB erfülle. Allein das Ausnutzen von Synergiepotenzialen als Grund für das Eingehen einer Bietergemeinschaft lasse den Verstoß gegen § 1 GWB nicht entfallen.

Ein öffentlicher Auftraggeber schreibt Sanierungsleistungen für ein Gebäude in zwei Teillosen aus. Während Los 1 die vier ersten Geschosse und das Treppenhaus umfasst, werden mit Los 2 die Sanierung von sämtlichen Regel- und Technikgeschossen beauftragt. Eine Gesamtvergabe beider Lose an einen Bieter wird ausdrücklich ausgeschlossen. Zwei Unternehmen bewerben sich als „Bietergemeinschaft A“ auf Los 1 und als „Bietergemeinschaft B“ auf Los 2. Sie sollen mit beiden Losen beauftragt werden.

Ein Wettbewerber strengt hiergegen ein Nachprüfungsverfahren bei der Vergabekammer Berlin an. Nach Zugang des Antrags schließt die Vergabekammer die zuständige Beschlussabteilung, so dass der Antrag nicht beschieden wird und mithin als abgewiesen gilt (§ 116 Abs. 2 GWB). Im Wege der sofortigen Beschwerde gelangt der Fall zum Kammergericht.

Das Kammergericht gibt dem Antragsteller Recht. Zum einen müsse der öffentliche Auftraggeber die beiden Bietergemeinschaften vom Vergabeverfahren ausschließen, da deren Mitglieder die Bietergemeinschaften erkennbar zum Zwecke der Umgehung der Vergabebestimmung gebildet hätten. Zum anderen hätten sich die Unternehmen schon nicht als Bietergemeinschaft zusammenschließen dürfen. Das Eingehen einer Bietergemeinschaft erfülle ohne weiteres den Tatbestand einer Abrede bzw. Vereinbarung im Sinne von § 1 GWB. Auch sei die naturgemäße Folge des Eingehens einer Bietergemeinschaft, dass sich die Mitglieder der Gemeinschaft jedenfalls in Bezug auf den ausgeschriebenen Auftrag nicht wettbewerblich untereinander verhalten. Die Voraussetzungen des § 1 GWB, der wettbewerbswidrige Absprachen verbietet, sind damit im Regelfall erfüllt. Allenfalls dann, wenn die Mitglieder der Bietergemeinschaft zusammen einen nur unerheblichen Marktanteil haben oder wenn sie erst durch das Eingehen der Gemeinschaft in die Lage versetzt werden, ein Angebot abzugeben und somit am Wettbewerb teilzunehmen, ist eine Wettbewerbsbeschränkung im Sinne von § 1 GWB zu verneinen. Da sich im vorliegenden Fall ein Unternehmen auch alleine hätte bewerben können, läge kein Ausnahmetatbestand vor, der eine Beteiligung als Bietergemeinschaft rechtfertigen könnte.

Die Entscheidung ist als Video und pdf-Dokument abrufbar unter www.leinemann-partner.de, Quicklink-Nr. 1121301
(unten rechts auf Website eingeben).

Hohe Eignungsanforderungen an Rettungsdienstunternehmen zulässig!

Die VK Arnsberg (Beschluss vom 11.10.2013, VK 19/13) hat entschieden, dass die Forderung einer Referenz über die Betätigung des Bieters im öffentlichen Rettungswesen über zwei Jahre angesichts der betroffenen hohen Rechtsgüter Leben und Gesundheit vergaberechtlich zulässig ist.

Der Auftraggeber schreibt einen Vertrag über die Beschaffung der Besetzung von Notarzteinsatzfahrzeugen (NEF) mit Notarztassistenten an bis zu 3 verschiedenen Standorten aus. Er fordert eine Referenz des Bieters über die Einbindung in die öffentliche Notfallrettung i. S. d. Rettungsgesetzes NRW für mindestens 2 Jahre für den Einsatzbereich „Notarztassistent“ (oder vergleichbar). Ein Unternehmen, das im Bereich des privaten Rettungswesens tätig ist, fühlt sich durch diese Anforderung diskriminiert.

Der Nachprüfungsantrag hat keinen Erfolg! Die Vergabekammer sieht die Forderung der in Rede stehenden Referenz durch den öffentlichen Auftraggeber als zulässig an, da sie sich im Rahmen des „Auftraggeberbestimmungsrechts“ halte. Sie sei insbesondere durch den Auftragsgegenstand sachlich gerechtfertigt. Dieser betreffe hohe Rechtsgüter. nämlich Leben und Gesundheit der Patienten. Die besondere Erfahrung im öffentlichen Rettungswesen sei erforderlich, da es dort auf eine enge Zusammenarbeit unter erheblichem Zeitdruck zwischen Assistenten und Notarzt ankomme. Darüber hinaus habe die Anforderung der Referenz keine diskriminierende Wirkung. Der Auftraggeber habe Referenzen über vergleichbare Leistungen zugelassen, so dass auch für Unternehmen aus dem Bereich des privaten Rettungswesens ein allgemeiner Zugang zu der Ausschreibung bestanden habe.

Die Vergabekammer stellt heraus, dass der Auftraggeber bei der Festlegung der Eignungsanforderungen einen erheblichen Beurteilungsspielraum hat, der nur eingeschränkt insbesondere auf eine sachliche Rechtfertigung und fehlende Diskriminierung überprüft werden kann. Dabei liegt es auf der Hand, dass die hohe Verantwortung des Notarztassistenten für Menschenleben sich auch in besonderen Eignungsanforderungen niederschlagen kann. Zweifelhaft erscheint jedoch, ob der Auftraggeber im betreffenden Fall tatsächlich sauber zwischen Eignungsanforderungen und Auftragsausführungsbedingungen unterschieden hat und eine sachgerechte Eignungsprüfung durchgeführt hat. Das hatte das Unternehmen jedoch nicht gerügt.

Betrifft der Auftragsgegenstand hohe Rechtsgüter wie Leben und Gesundheit sind hohe Eignungsanforderungen an Rettungsdienstunternehmen zulässig.

Foto: BS/Birte Schulz

Die Entscheidung ist als pfd-Dokument abrufbar unter www.leinemann-partner.de, Quicklink-Nr. 5011401
(unten rechts auf Website eingeben).

Wertung aller Referenzen trotz Priorisierung

Die VK Baden-Württemberg (Beschluss vom 04.11.2013, 1 VK 35/13) hat festgestellt, dass der Auftraggeber von den Bietern zwar verlangen kann, dass sie von den Referenzen, die sie zum Nachweis der Eignung vorlegen müssen, drei priorisieren. Der Auftraggeber muss jedoch auch die Referenzen im Rahmen der Eignungsprüfung bewerten, die über die drei zu priorisierenden Referenzen hinaus gehen. Andernfalls ist die Eignungsprüfung fehlerhaft.

Der Antragsgegner beabsichtigte, die Betriebsführung für eine Bade- und Saunatherme im Wege eines Verhandlungsverfahrens mit vorausgehendem Teilnahmewettbewerb zu vergeben. In der europaweiten Bekanntmachung war in Bezug auf die Eignung der Bieter gefordert, dass diese mindestens 3 Bäder mit Saunaanlage seit 24 Monaten betreiben mussten. Hierzu waren Referenzen vorzulegen. Ergänzend hieß es: „Dabei sind 3 Referenzen zu priorisieren. ...“ Die Antragstellerin reichte einen Teilnahmeantrag mit sieben Referenzen ein. Dabei bezogen sich zwar fünf auf Thermen, die mindestens seit zwei Jahren betrieben wurden. Von den priorisierten drei Referenzen wies aber nur eine die vorgegebene Betriebszeit auf. Deshalb schloss der Auftraggeber die Antragstellerin vom Vergabeverfahren aus. Hiergegen richtete sich der Nachprüfungsantrag der Antragstellerin.

Mit Erfolg! Der Ausschluss ist nicht nach § 19 EG Abs. 3 lit. a) VOL/A gerechtfertigt. Es sei zwar nicht zu beanstanden, dass der Auftraggeber die Bieter in der öffentlichen Bekanntmachung aufgefordert habe, drei Referenzen zu priorisieren. Der Auftraggeber habe die Eignungsprüfung vorliegend jedoch nur verkürzt und damit fehlerhaft durchgeführt. Er habe zusätzlich zu den drei zu priorisierenden Referenzen weitere Referenzen gefordert, welche von der Antragstellerin auch vorgelegt wurden. Diese weiteren Referenzen seien allerdings nicht bewertet worden, was sich als vergaberechtswidrig darstelle. Öffentliche Auftraggeber dürfen die Anzahl der vom Bieter vorzulegenden Referenzen nicht festlegen oder von vornherein nur eine beschränkte Anzahl prüfen. Vielmehr müssten sie einen fairen Wettbewerb und die Gleichbehandlung der Bieter gewährleisten.

Der Auftraggeber hat die Eignungsprüfung zu früh beendet. Die zulässige Forderung einer Priorisierung darf nicht dazu führen, dass er die Prüfung nur auf die priorisierten Referenzen beschränkt. Erfüllen die priorisierten Referenzen nicht die zulässigerweise aufgestellten Mindestanforderungen, muss der Auftraggeber weitere Referenzen prüfen. Eine Reduzierung des Verwaltungsaufwandes kann nur gelingen, wenn die Bieter sorgfältig darauf achten, dass ihre priorisierten Referenzen den Mindestanforderungen genügen.

Die Entscheidung ist als pfd-Dokument abrufbar unter www.leinemann-partner.de, Quicklink-Nr. 5011402
(unten rechts auf Website eingeben).

Personenbezogene Zuschlagskriterien im VOF-Verfahren zulässig!

Im Rahmen eines VOF-Verfahrens kann der Auftraggeber nach Ansicht der VK Bund (Beschluss vom 21.11.2013, VK 2-102/13) „Auftreten und Kompetenz“ der leitenden Mitglieder des Projektteams als Zuschlagskriterien anwenden, wenn die auszuführenden Leistungen maßgeblich von den handelnden Personen geprägt sind.

Der öffentliche Auftraggeber macht die beabsichtigte Vergabe von Planungsleistungen für ein WLAN-System bekannt. Als Zuschlagskriterium wird u. a. benannt: „Persönliche Vorstellung und Darstellung des beruflichen Werdegangs und der vergleichbaren Projekterfahrungen des/r Projektleiters/in“. Dieses Kriterium enthält die Unterkriterien „Auftreten (persönliches Auftreten, Teamfähigkeit, strukturierter Vortrag, Überzeugungsfähigkeit)“ und „Kompetenz (Vermittlung von Fachwissen und Erfahrungen)“. Nach den gleichen Kriterien soll auch der Stellvertreter des Projektleiters bewertet werden. Ein Bieter sieht hierin eine unzulässige Vermischung von Eignungs- und Zuschlagskriterien.

Zu Unrecht! Nach § 11 Abs. 5 VOF habe die Entscheidung über die Vergabe von Aufträgen ausschließlich nach Kriterien zu erfolgen, die der Ermittlung des wirtschaftlichsten Angebots dienen. Als Zuschlagskriterien ausgeschlossen seien somit alle Kriterien, die im Wesentlichen mit der Beurteilung der fachlichen Eignung der Bieter zusammenhängen. Hier sprächen die Besonderheiten des Vertrags und die Aufgabenstellung der Projektleitung jedoch dafür, dass die genannten Kriterien nicht als eignungs-, sondern als auftragsbezogen zu qualifizieren seien. Die Projektleitung müsse als Ansprechpartner zur Verfügung stehen, was besonders hohe Anforderungen an die betreffenden Personen stelle.

Auch in VOF-Verfahren ist – noch – grundsätzlich streng zwischen Eignungs- und Zuschlagskriterien zu unterscheiden. Fragt die Vergabestelle bereits im Zuge der Eignungsprüfung die Erfahrung und Qualifikation einzelner Mitarbeiter des Bewerbers mit vergleichbaren Projekten ab, kann dieser Aspekt nicht mehr als Zuschlagskriterium herangezogen werden. Allerdings nimmt die Vergabekammer hier eine sehr weite Auslegung des für ein Zuschlagskriterium notwendigen Auftragsbezugs vor.

Die Entscheidung ist als pfd-Dokument abrufbar unter www.leinemann-partner.de, Quicklink-Nr. 5011403
(unten rechts auf Website eingeben).

PRAXISSEMINAR

Vergaberecht 2014 – Herausforderungen und Chancen

20. Mai 2014, Berlin

Referenten: *Hans-Werner Behrens,* Vorsitzender der 1. Vergabekammer des Bundes, Bundeskartellamt
Dr. Thomas Kirch, LEINEMANN PARTNER RECHTSANWÄLTE

Anmeldung unter: www.fuehrungskraefte-forum.de

Eine Veranstaltungsreihe des Behörden Spiegel

Bildnachweis: Rainer Sturm/pixelio
Montage: BS

Keine Angst vor Rüge und Nachprüfung

Wie Auftraggeber Nachprüfungsverfahren vermeiden oder erfolgreich beenden

1. April 2014, Königswinter (bei Bonn) und 2. Oktober 2014, Berlin

Nachprüfungsverfahren können Vergabeverfahren in erheblichem Maße belasten. Sie führen zu zeitlichen Verzögerungen, binden Personal und verursachen hohe Kosten. Gleichwohl lässt sich nicht immer vermeiden, dass Unternehmen ein Nachprüfungsverfahren einleiten – selbst wenn der öffentliche Auftraggeber sich vergaberechtlich korrekt verhalten hat. Das Risiko, dass Unternehmen um vergaberechtlichen Rechtsschutz nachsuchen, kann jedoch durch eine professionelle Planung und Durchführung des jeweiligen Vergabeverfahrens reduziert werden. Sollte das Vergabeverfahren dennoch angegriffen werden, ermöglicht sachgerechtes prozessuales Vorgehen ein Nachprüfungsverfahren mit Erfolg zu beenden. Hierbei kann meistens das Ziel des Vergabeverfahrens – die kurzfristige Vergabe des Auftrags – noch erreicht werden.

Ziel dieses Seminars ist es, öffentlichen Auftraggebern praktikable und rechtssichere Wege aufzuzeigen, damit Nachprüfungsverfahren weitestgehend vermieden und – im Fall der Fälle – strategisch optimal bewältigt werden können. Das Seminar wird möglichst interaktiv durchgeführt werden. Die Teilnehmer erhalten Gelegenheit, sich mit den Referenten auszutauschen und eigene praxisrelevante Fragestellungen in das Seminar einzubringen.

Weitere Informationen unter:
www.fuehrungskraefte-forum.de

TERMINE 2014

Top 10 des Vergaberechts
Köln, 11.03. bis 12.03.2014

Beschaffung von Einsatzfahrzeugen
Bonn, 13.03.2014

Die Praxis der Auftragsvergabe nach dem neuen Vergaberecht im Verteidigungs- und Sicherheitsbereich
Hamburg, 13.03.2014

Vergabe von Architekten- und Ingenieurleistungen
Berlin, 18.03.2014

Inhouse-Vergaben rechtssicher durchführen
Berlin, 18.03.2014

Vergabegesetze der Länder
Hamburg 19.03.2014

Neue Wege bei der Stadtentwicklung
Hamburg 20.03.2014

Vergabe von Strom- und Gaskonzessionen
Düsseldorf, 21.03.2014

Beleuchtung im öffentlichen Raum
Bonn, 27.03.2014

Herausforderungen für kommunale Bauprojekte
München, 28.03.2014

Keine Angst vor Rüge und Nachprüfung
Königswinter, 01.04.2014

Aktuelles Vergaberecht 2014
Stuttgart, 03.04.2014

Vergabe von Reinigungs- und Facility Management-Leistungen
Hamburg, 03.04.2014

Das neue Vergaberecht 2014
Berlin, 07.04.2014 bis 08.04.2014

Vergaberecht für Anfänger – Das 1×1 des Vergaberechts
Bonn, 08.04.2014

Alternative Finanzierungsmodelle für Beschaffungsvorhaben – Vor- und Nachteile
Hamburg, 07.05.2014

Vergaberecht und Fördermittel
Düsseldorf, 09.05.2014

Beschaffen im Krankenhaus
Berlin, 14.05.2014

Das Tariftreue- und Vergabegesetz NRW
Düsseldorf, 16.05.2014

Vergaberecht 2014
Berlin, 20.05.2014

IMPRESSUM

Herausgeber und Chefredakteur von „Behörden Spiegel Newsletter" und verantwortlich: R. Uwe Proll.
Redaktionelle Leitung: Benjamin Bauer **Fachliche Unterstützung:** LEINEMANN PARTNER RECHTSANWÄLTE, Friedrichstraße 185–190, 10117 Berlin, www.leinemann-partner.de
Redaktion: Dr. Martin Büdenbender, Franz Drey, Dr. Oliver Homann, Dr. Thomas Kirch, Dr. Eva-Dorothee Leinemann, Prof. Dr. Ralf Leinemann.
ProPress Verlagsgesellschaft mbH, Friedrich-Ebert-Allee 57, 53113 Bonn, Telefon: 0049-228-970970, Telefax: 0049-228-97097-75,
E-Mail: redaktion@behoerdenspiegel.de **Internet:** www.behoerdenspiegel.de.
Registergericht: AG Bonn HRB 3815. UST-Ident.-Nr.:DE 122275444 **Geschäftsführerin:** Helga Woll.
Der Verlag hält auch die Nutzungsrechte für die Inhalte von „Behörden Spiegel Newsletter". Die Rechte an Marken und Warenzeichen liegen bei den genannten Herstellern. Bei direkten oder indirekten Verweisen auf fremde Internetseiten („Links"), die außerhalb des Verantwortungsbereiches des Herausgebers liegen, kann keine Haftung für die Richtigkeit oder Gesetzmäßigkeit der dort publizierten Inhalte gegeben werden.