

Ausschreibung und Vergabe

Auftragsgegenstand

Markterkundung

Vor der Beschaffungsentscheidung müssen öffentliche Auftraggeber nicht ausgiebig den Markt erkunden. (OLG Düsseldorf vom 1. August 2012 – AZ VII-Verg 10/12)

Zwar müssen die Auftraggeber einen bestmöglichen Wettbewerb sicherstellen. Deshalb verbietet das Vergaberecht die willkürliche Festlegung auf bestimmte Produkte. Bestehen hierfür sachliche Gründe, ist dies jedoch erlaubt.

Auftraggeber müssen Kosten, Zeit- und Organisationsaufwand von Vergabeverfahren begrenzen. Einen erschöpfenden Überblick über alternative Lösungen müssen sie sich nicht verschaffen.

Im konkreten Fall hatte sich ein Anbieter von Sicherheitstechnik gegen die Direktvergabe an einen Konkurrenten gewandt. Die Vergabestelle habe den Beschaffungsgegenstand zu einschränkend bestimmt. Das Gericht widersprach, da sachliche Gründe für die Festlegung auf ein bestimmtes Produkt dieses Anbieters bestanden. In den Jahren 2010/2012 hatte das Gericht bereits festgestellt, dass die Bestimmungsfreiheit des Auftraggebers sehr weit reicht.

Eignung

Nachweise

Fordert ein Auftraggeber bestimmte Erklärungen nicht eindeutig, darf er ein Angebot, bei dem die Erklärungen fehlen, nicht ausschließen. (BGH vom 3. April 2012 – AZ X ZR 130/10)

Der Auftraggeber forderte einen Eignungsnachweis in den Vergabeunterlagen in missverständlicher Form. Im Angebot eines Bieters fehlte dieser Nachweis. Daraufhin schloss der Auftraggeber dieses Angebot aus.

Zu Unrecht, wie der BGH ausführt. Denn aufgrund der unklaren Forderung durfte der Auftraggeber das Angebot nicht ohne Weiteres ausschließen.

Vorsicht ist geboten, da für die Entscheidung die alte VOB/A anwendbar

war. In der aktuellen VOB/A wird die vorherige Nachforderung fehlender Nachweise und Erklärungen vom Auftraggeber verlangt. Aber stets galt und gilt: Nur klare und eindeutige Vorgaben des Auftraggebers können einen Angebotsausschluss begründen.

Vergabeverzögerung

Mehrvergütung

Der Mehrvergütungsanspruch des Auftragnehmers scheidet aus, wenn trotz Bauzeitverschiebung ein reduzierter Auftrag bezuschlagt wurde. (BGH vom 6. September 2012 – AZ VII ZR 193/10)

Nach mehrmaliger Verlängerung der Zuschlags- und Bindefrist erteilte der Auftraggeber den Zuschlag auf einen Teil der angebotenen Leistung mit reduziertem Preis. Der Auftragnehmer verlangte vom Auftraggeber eine Mehrvergütung, da wegen der Verzögerung im Vergabeverfahren die Bauzeit nach hinten geschoben werden musste.

Ohne Erfolg, so der BGH. Durch den Zuschlag sei im vorliegenden Fall nicht das Angebot des Auftragnehmers angenommen worden. Vielmehr habe der Auftragnehmer erst durch seine Annahmestätigung den Vertrag mit einer reduzierten Leistung – und auch der neuen Bauzeit – geschlossen.

Konzession

Zuständigkeit

Für die Frage, ob ein Auftrag dem förmlichen Vergaberecht unterliegt, sind die Vergabenachprüfungsinstanzen zuständig. (BGH vom 18. Juni 2012 – AZ X ZB 9/11)

Der Auftraggeber schrieb Entsorgungslösungen als Dienstleistungskonzession aus. Das OLG Düsseldorf stellte im Beschwerdeverfahren fest, dass die Ausschreibung als Dienstleistungskonzession aufgrund des bis Ende Mai 2012 geltenden Paragraphen 16 Abs. 1 Kreislaufwirtschafts- und Abfallgesetzes unzulässig

war. Für diese fehlerhafte Wahl seien die Nachprüfungsinstanzen zuständig, so der Bundesgerichtshof.

Damit scheint auf den ersten Blick das Instanzenwirrwarr rund um Dienstleistungskonzessionen perfekt: Anfang 2012 hatte der BGH festgestellt, dass für Dienstleistungskonzessionen mit streitigem Verhältnis aus dem Privatrecht die ordentlichen Gerichte zuständig seien. Wenn eine Dienstleistungskonzession in den Formen des öffentlichen Rechts vergeben werde, sei der Verwaltungsrechtsweg einschlägig.

Hier nun die Ausnahme: Wenn streitig ist, ob ein nach den vergaberechtlichen Bestimmungen auszuschreibender Auftrag oder eine vergaberechtsfreie Dienstleistungskonzession vorliegt, sind die Nachprüfungsinstanzen zuständig.

Unterlagen

Unklarheiten

Bei missverständlichen Vergabeunterlagen sind die Angebote aufgrund unterschiedlicher Kalkulationsgrundlagen der Bieter nicht vergleichbar. (OLG Frankfurt vom 24. Juli 2012 – AZ 11 Verg 6/12)

Ein Auftraggeber schrieb Reinigungsleistungen aus. In den Vergabeunterlagen machte er unklare Angaben zur Wertung von Skonti und möglichen Angebotsausschlüssen. Ein unterlegener Bieter griff die Angebotswertung an.

Die missverständlichen Angaben des Auftraggebers rächten sich. Aufgrund dieses Fehlers war eine Angebotswertung unzulässig. Die Bieter konnten die Vergabeunterlagen unterschiedlich verstehen. Der Auftraggeber war somit gezwungen, das Vergabeverfahren auf den Zeitpunkt vor Versendung der Vergabeunterlagen zurückzusetzen.

Verstöße gegen das Transparenzgebot sind klassische Fehler in den Vergabeunterlagen. Auftraggeber sollten daher stets bei der Gestaltung der Vergabeunterlagen Unklarheiten vermeiden. Zudem müssen sie darauf achten, an allen Stellen in den Vergabeunterlagen Vorgaben identisch darzustellen. Widersprüche gehen regelmäßig zu Lasten des Auftraggebers – mit teils schwerwiegenden Folgen.

Nachunternehmer

Mehrfachbeteiligung

Zwei Bieter dürfen sich in derselben Ausschreibung gegenseitig als Nachunternehmer für das jeweils andere Angebot benennen. (OLG Düsseldorf vom 21. Mai 2012 – AZ VII-Verg 3/12)

Eine gegenseitige Benennung als Nachunternehmer verstößt nicht gegen den Grundsatz des Geheimwettbewerbs. Zwar wissen die Bieter in diesem Fall von der Identität des jeweils anderen Bieters. Allein darin liegt jedoch kein Verstoß gegen das Geheimhaltungsgebot.

Etwas anderes kann dann gelten, wenn den Bietern kein nennenswert eigener Kalkulationsspielraum mehr verbleibt. Unter diesen Umständen haben die Bieter faktisch Kenntnis von den Angebotsinhalten des jeweils anderen Bieters.

Aufhebungsgründe

Verschulden

Der Auftraggeber darf sich nicht auf einen Aufhebungsgrund berufen, den er selbst schuldhaft herbeigeführt hat. (OLG München vom 28. August 2012 – AZ Verg 11/12)

Die Aufhebung des Vergabeverfahrens ist aufgrund der Vertragsfreiheit des Auftraggebers zwar wirksam. Die Vergabekammer oder das Beschwerdegericht können jedoch auf Antrag die Rechtswidrigkeit der Aufhebung feststellen.

Behauptet der Auftraggeber, ein anderes Ereignis hätte unabhängig von seinem schuldhaften Verhalten ohnehin zur Verfahrensaufhebung geführt, gilt Folgendes: Den Auftraggeber trifft die Darlegungs- und Beweislast für das Vorliegen des anderen Ereignisses. Lose Behauptungen reichen nicht aus.

Will der Auftraggeber – wie oben dargestellt – mithilfe von Reserveursachen sein Verschulden ausräumen, ist fraglich, ob er seinen Einwand überhaupt im Beschwerdeverfahren geltend machen darf. Neben dem Beschwerdeverfahren kommt der etwaige Schadensersatzprozess vor den Zivilgerichten in Betracht.

Direktvergabe

Rüge zulässig

Die Rüge eines Unternehmens ist auch außerhalb eines konkreten Vergabeverfahrens zulässig. (OLG Düsseldorf vom 25. April 2012 – AZ VII-Verg 107/11)

Ein Vergabeverfahren beginnt zwar erst, wenn ein öffentlicher Auftraggeber von außen wahrnehmbare, konkrete Maßnahmen ergreift. Dies ist typischerweise mit der Bekanntmachung des Auftrags der Fall. Eine ordnungsgemäße Rüge darf allerdings auch schon vorher erhoben werden. Dies ist insbesondere der Fall, wenn ein Bieter auf informellen Wegen von Vergaberechtsverstößen erfährt, wie in dieser konkreten Sache.

Gleichbehandlung

Gleiche Fristen

Ändert ein Auftraggeber für die Angebote relevante Bedingungen, muss er allen Bietern dieselbe Frist zur Nachbesserung setzen – soweit es ihm möglich und zumutbar ist. (OLG Naumburg vom 12. April 2012 – AZ II-Verg 1/12)

Im Lauf einer EU-weiten Vergabe änderten sich die Auftragsbedingungen. Der Auftraggeber setzte den Bietern daraufhin eine Frist zur Nachbesserung. Die Frist eines Bieters begann später als die der übrigen Bieter. Hierin erkannte die Vergabekammer einen Verstoß gegen die Chancengleichheit.

Das OLG Naumburg folgte der Nachprüfungsinstanz zwar grundsätzlich, gab im konkreten Fall aber dennoch dem Auftraggeber recht: Da die Frist des unterlegenen Bieters als letzte begann und endete, war seine Benachteiligung ausgeschlossen. *Ute Jasper / Jens Biemann*

Dr. Ute Jasper ist Rechtsanwältin und Partnerin der Sozietät Heuking Kühn Lüer Wojtek in Düsseldorf und leitet die Practice Group „Public Sector“. **Jens Biemann** ist als Rechtsanwalt der Kanzlei ebenfalls am Standort Düsseldorf tätig und unter anderem spezialisiert auf Vergaberecht

Aufhebung

Rat im Unrecht

Die Stadt Boppard (Rheinland-Pfalz) hatte im Jahr 2005 Leistungen zur Planung der Modernisierung und Sanierung ihres Hallen- und Freibades vergeben. In der Folgezeit entschied sie sich zur Errichtung eines größeren Thermalwasserbades mit Saunabereich (Römertherme). Am 30. August 2008 schrieb sie die Beteiligung an einer zu gründenden Gesellschaft zum Betrieb der Bäder öffentlich aus. Zwei Interessenten gaben ein Angebot ab.

Nach einem negativ verlaufenen Bürgerentscheid beschloss der Stadtrat im Oktober 2010 dann jedoch, die Verhandlungen zur Weiterentwicklung des Konzepts für die Römertherme wegen fehlender Finanzierbarkeit zu beenden. Auf eine Beanstandung durch den Stadtbürgermeister hin hob der Stadtrat den Beschluss wieder auf und beschloss stattdessen unter anderem, die europaweite Ausschreibung von 2008 aufzuheben.

Der Stadtbürgermeister setzte diesen Beschluss in Bezug auf die Aufhebung der Ausschreibung aus, weil diese gegen vergaberechtliche Vorschriften verstoße. Zu Recht, urteilte das Verwaltungsgericht Koblenz (Urteil vom 20. Oktober 2011 – AZ 1 K 261/11 KO). Nach den vergaberechtlichen Vorschriften könne eine europaweite Ausschreibung nur unter bestimmten Voraussetzungen aufgehoben werden, so das Gericht. Die Bieter seien über den Grund für die Aufhebung zu benachrichtigen, um überprüfen zu können, ob diese zu Recht erfolgt sei und ihnen Schadensersatz- oder Entschädigungsansprüche zustünden.

Die Gründe für die Aufhebung müssten sich nachvollziehbar in der Ratsentscheidung wiederfinden, da der Bürgermeister nur so in der Lage sei, die Bieter ordnungsgemäß zu unterrichten. Der ausgesetzte Beschluss gab nicht zu erkennen, warum der Stadtrat die Ausschreibung aufgehoben hat. Eine andere Einschätzung ergab sich auch nicht etwa aus einer Stellungnahme der Ratsfraktionen von CDU, Bündnis 90/Die Grünen und FWG zur Beschlussfassung. Diese Erklärung sei nämlich nicht Bestandteil des Ratsbeschlusses geworden.