



Autor: Schroeder, Holger
Seite: 32
Ressort: Ausschreibung und Vergabe

Jahrgang: 2020
Nummer: 47
Auflage: 11.796 (gedruckt)¹ 11.045 (verkauft)¹
 11.669 (verbreitet)¹

Mediengattung: Wochenzeitung

¹ IVW 1/2019

Praxistest muss transparent und zumutbar sein

Expertenbeitrag: Komplexe Vergaben

Öffentliche Auftraggeber möchten bei komplexen Vergaben eine angebotene Leistung manchmal vorab testen. Sie müssen Inhalt und Bedeutung der Teststellung sowie die Auswahl der teilnehmenden Bieter im Vergabeverfahren transparent und diskriminierungsfrei festlegen.

Nürnberg. Zahlreiche Beschaffungsgegenstände können von öffentlichen Auftraggebern nicht allein mithilfe der von den Unternehmen eingereichten Angebotsunterlagen geprüft und bewertet werden. Das gilt zum Beispiel für die Beschaffung von speziellen Softwareprodukten, bei denen praktische Anwendungsfragen von Bedeutung sind, wie etwa die intuitive Bedienbarkeit. Deshalb möchten öffentlicher Auftraggeber solche Leistungen häufig vor der Zuschlagsentscheidung vor allem im Hinblick auf die Funktionalität testen.

Wertende Teststellung hat ein festgelegtes Gewicht

Im Vergaberecht ist bei Teststellungen – auch als Praxis- oder Funktionstests bezeichnet – zwischen verifizierenden und wertenden Teststellungen zu unterscheiden. Eine verifizierende Teststellung dient nach Abschluss einer Wertung nach der Aktenlage einer bloßen Überprüfung. Es wird geschaut, ob bestimmte Kriterien eingehalten sind. Nur bei Abweichung von der Aktenlage führt dies zu Änderungen des Wertungsergebnisses. Letztlich wird also kontrolliert, ob die angebotene Leistung mit den in der Leistungsbeschreibung aufgeführten Kriterien übereinstimmt (Oberlandesgericht Düsseldorf, Beschluss

vom 16. Oktober 2019 – Aktenzeichen: Verg 13/19). Insoweit ist die verifizierende Teststellung bei Nichtbestehen ein K.-o.-Kriterium.

Eine wertende Teststellung ist hingegen selbst Wertungsbestandteil und geht mit einem festgelegten Gewicht in die Gesamtbewertung ein (Oberlandesgericht Karlsruhe, Beschluss vom 31. Januar 2014 – Aktenzeichen: 15 Verg 10/13). Sie dient somit dazu, das wirtschaftlichste Angebot nach Paragraph 58 Vergabeverordnung zu ermitteln. Als Zuschlagskriterium ist die Teststellung und deren Gewichtung in der Auftragsbekanntmachung oder den Vergabeunterlagen zwingend aufzuführen (Paragraph 127 Absatz 5 Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen).

Aus Gründen der Transparenz hat der öffentliche Auftraggeber eine verifizierende Teststellung vor Angebotsabgabe den Bietern bekanntzugeben. Außerdem müssen die Rahmenbedingungen der Teststellung für alle Bieter gleich sein. Das betrifft insbesondere Vorbereitungszeit und Durchführungsbedingungen.

Teils erheblichen Aufwand im Rahmen halten

Teststellungen können sowohl im offenen und nicht offenen Verfahren als auch bei Verhandlungsverfahren, wettbewerblichen Dialogen und der Innovationspartnerschaft durchgeführt werden. Wird eine wertende Teststellung als Zuschlagskriterium in einem Verhandlungsverfahren vorgesehen, ist fraglich, ob die Teststellung in jeder Verringerungsphase erneut durchgeführt werden

muss. Vor allem, wenn das Verfahren in verschiedenen aufeinanderfolgenden Phasen abgewickelt wird, um so die Zahl der Angebote, über die verhandelt wird, anhand der vorgegebenen Zuschlagskriterien zu verringern. Aus Gründen der zeitlichen und finanziellen Verhältnismäßigkeit erscheint es durchaus möglich, eine aufwendige Teststellung nur in der ersten Angebotsreduktionsphase für alle (Erst-)Bieter zu bewerten. Das dort erzielte Wertungsergebnis wird für die nicht ausgeschiedenen Bieter in die nächsten Verringerungsphasen und in die endgültige Angebotsphase transferiert. Dadurch wird sowohl für die öffentlichen Auftraggeber als auch für die Unternehmen der teils erhebliche Aufwand einer Teststellung im Rahmen gehalten.

Dafür spricht auch, dass nach der Rechtsprechung im Einzelfall schon eine Teststellung beziehungsweise ein Funktionstest für potenzielle Auftragnehmer unzumutbar sein kann. Etwa, wenn für die Durchführung der weit überwiegende Teil der nach den Vergabeunterlagen zu erbringenden Leistung bereits vor der Angebotsabgabe zu erbringen wäre – und zwar ohne eine begründete Aussicht auf den Zuschlag. Dieser Gedanke der Unzumutbarkeit lässt sich auch auf mehrfache Teststellungen in mehrphasigen Verhandlungsverfahren übertragen.

Holger Schröder,
 Fachanwalt für Vergaberecht,
 Rödl und Partner, Nürnberg

Wörter: 504