

Anforderungen an das Vergabeverfahren

Breitbandnetzinfrastruktur ausschreiben

Von der Pflicht zur Ausschreibung von Bau und Betrieb der Breitbandnetzinfrastruktur nach dem Vergaberecht kann unter bestimmten Voraussetzungen abgesehen werden. Dies entbindet den öffentlichen Auftraggeber aber nicht von der Pflicht, eine Ausschreibung durchzuführen, die den folgenden Anforderungen genügt: Transparenz, Wettbewerb, Gleichbehandlung und Verhältnismäßigkeit.

Die Auswahlverfahren für den geförderten Bau und Betrieb von Breitbandnetzinfrastruktur unterliegen Vorgaben verschiedener Quellen. Umstritten ist, ob ein solches Verfahren nach den Regelungen des förmlichen Vergaberechts auszuschreiben ist. Von der grundsätzlichen Pflicht zur förmlichen Ausschreibung von Breitbandnetzinfrastruktur sieht § 116 Abs. 2 GWB eine Ausnahme vor, wenn dem öffentlichen Auftraggeber die „Bereitstellung oder der Betrieb öffentlicher Kommunikationsnetze (...) für die Öffentlichkeit“ ermöglicht wird. Noch nicht abschließend geklärt ist, nach welchen Voraussetzungen die Bereitstellung von Breitbandnetzinfrastruktur von dieser Ausnahme erfasst wird. Es sprechen die besseren Gründe dafür, dass die eng auszulegende Ausnahme nicht in jedem Fall von der Pflicht zur Durchführung eines förmlichen Vergabeverfahrens befreit. Teilweise wird mit der in der Folge drohenden Gefahr von Fördermittelrückforderungen argumentiert, um die Durchführung eines förmlichen Vergabeverfahrens als sichersten Weg zu rechtfertigen.

Es muss nach den Vorgaben der NGA-RR und der AGVO zumindest ein offenes und transparentes Verfahren durchgeführt werden. Hierfür gelten allgemeine Grundsätze, die sowohl in einfachen Ausschreibungen als auch förmlichen Vergabeverfahren Anwendung finden. Diese allgemeinen Grundsätze stellen selbst bereits hohe Anforderungen an die Durchführung einer Ausschreibung. Die Regelungen des förmlichen Vergaberechts können in diesem Zusammenhang auch als Hilfestellung für die ausschreibenden

de Stelle begriffen werden, um sich der Einhaltung dieser allgemeinen Grundsätze gewiss zu sein. Im Folgenden werden die allgemeinen Grundsätze und ihre praktischen Auswirkungen vorgestellt.

Transparenz bedeutet, dass die Auswahlentscheidung für die Bieter über- und durchschaubar sein muss. Das heißt, es dürfen bei der Auswahl und Bewertung keine sachfremden oder überraschenden Gesichtspunkte einfließen. Die Auswahlkriterien und deren Gewichtung müssen in den Ausschreibungsunterlagen enthalten sein. Ebenso muss die Methode der Bewertung beschrieben werden.

Darüber hinaus verlangt der Transparenzgrundsatz, dass die Bekanntmachung des Ausschreibungsgegenstands auf eine angemessene Art und Weise durchgeführt wird. Die Anforderungen an die Transparenz des Verfahrens sind umso höher, je interessanter die Breitbandausschreibung für potenzielle ausländische (europäische) Bieter ist. Je interessanter die Ausschreibung für den europäischen Markt ist, desto stärker muss eine europaweite Kenntnisnahme ermöglicht werden. Das (mögliche) grenzüberschreitende Interesse muss anhand objektiver Kriterien festgelegt werden.

Der Europäische Gerichtshof entschied, dass als solche Kriterien insbesondere das Volumen des betreffenden Auftrags in Verbindung mit dem Leistungsort, die technischen Merkmale des Auftrags, etwaige Besonderheiten der Waren oder echte Beschwerden von Wirtschaftsteilnehmern in Betracht kämen. Angesichts des hohen Werts von Bau und Betrieb



Die Auswahlverfahren für den geförderten Bau und Betrieb von Breitbandnetzinfrastruktur unterliegen Vorgaben verschiedener Quellen.

FOTO: DPA/SINA SCHULTZ

der Breitbandnetzinfrastruktur reicht eine rein nationale Bekanntmachung meist nicht aus.

Ein weiterer Aspekt des Transparenzgrundsatzes ist die Pflicht der ausschreibenden Stelle, die einzelnen Stufen des Ausschreibungsverfahrens zu dokumentieren und zu begründen. Als Faustformel kann zusammenfassend festgehalten werden, dass die ausschreibende Stelle im Rahmen des gesamten Ausschreibungsverfahrens einen angemessenen Grad an Öffentlichkeit sicherstellen muss. Es muss nachprüfbar sein, ob das Ausschreibungsverfahren offen, transparent, objektiv, unparteiisch und frei von Fehlern durchgeführt worden ist.

Nur wenn ein Verfahren „offen“ im Hinblick auf die Teilnahme einer größeren Anzahl an Unter-

nehmen ausgestaltet ist, kann es auch ein wettbewerbliches Verfahren sein. Das Verfahren muss nicht nur allen interessierten Unternehmen offenstehen; die Auswahlkriterien dürfen zudem nicht so beschaffen sein, dass bestimmte Unternehmen nie die Chance haben, am Verfahren zu partizipieren. Beispielsweise müssen aus diesem Grund Ausschreibungen produktneutral ausgestaltet sein. Ein Verstoß gegen den Wettbewerbsgrundsatz im Sinne einer Wettbewerbsverzerrung begründet die Klagebefugnis eines Bewerbers.

Das Auswahlverfahren ist diskriminierungsfrei durchzuführen. Das Verfahren muss ergebnisoffen und fair geführt werden, sodass alle Unternehmen die gleiche Chance auf Teilnahme am Verfah-

ren und den Zuschlag haben. Dazu müssen beispielsweise auch die Auswahlkriterien sachgerecht ausgestaltet werden. Aus dem Gleichbehandlungsgebot lässt sich ebenso das Verbot der Berücksichtigung von Nachermittlungen ableiten: Die ausschreibende Stelle darf nicht nach Ablauf der Frist für die Einreichung der Bewerbungs- oder Angebotsunterlagen einseitig zugunsten einzelner Bieter ermitteln und dadurch einzelne Angebote nachbessern.

Das Diskriminierungsverbot ist insbesondere auch in seiner europarechtlichen Dimension zu sehen. Beispielsweise müssen gleichwertige Zeugnisse und Befähigungsnachweise aus anderen Mitgliedstaaten anerkannt werden. Genauso müssen Fristen so

bemessen sein, dass Unternehmen aus anderen Mitgliedstaaten ausreichend Zeit haben, sich auf die Ausschreibung zu bewerben.

Zuletzt dürfen die Anforderungen an die Unternehmen und an das Verfahren nicht unverhältnismäßig aufwendig gestaltet werden. Der Aufwand für die Erstellung des Angebots durch den Bieter darf nicht unverhältnismäßig hoch im Vergleich zum Umfang und zur Bedeutung der zu vergebenden Breitbandnetzinfrastruktur ausfallen. Auch muss der Abschluss eines Unternehmens vom Verfahren unter Einhaltung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes erfolgen.

> FREYA SCHWERING

Die Autorin ist Rechtsanwältin bei Rödl & Partner in Nürnberg.

Vergabekammer Niedersachsen zur unzulässigen Änderung der Vergabeunterlagen

Nicht besser als ausgeschrieben

Ein öffentlicher Auftraggeber hat die maschinentechnische Ausrüstung für die Gasstation eines Klärwerks europaweit im offenen Verfahren gemäß der VOB/A-EU ausgeschrieben. Einziges Zuschlagskriterium war der Preis. Nebenangebote waren ausgeschlossen.

Im Rahmen der formalen Angebotswertung stellte die Vergabestelle bei einem Angebot zu zahlreichen Positionen des Leistungsverzeichnisses (LV) handschriftliche Bieterkommentierungen fest. Die Bezugnahme der Kommentierungen erfolgte durch Unterstreichen des jeweiligen LV-Textes. So war zum Beispiel für geforderte Radialventilatoren der Wortteil „Radial“ unterstrichen und mit

„Axial“ kommentiert. Der öffentliche Auftraggeber wertete die Kommentare als unzulässige Änderungen der Vergabeunterlagen gemäß § 13 EU Abs. 1 Nr. 5 VOB/A und schloss das Angebot nach § 16 EU Nr. 2 VOB/A aus. Der Unternehmer rügte die beabsichtigte Bezuschlagung seines Konkurrenten und beantragte nach erfolgter Nichtabhilfe die Nachprüfung des Vergabeverfahrens.

Die Vergabekammer Niedersachsen (Beschluss vom 13. Juli 2018 – VgK-27/2018) wies den Nachprüfungsantrag zurück. Die Lüneburger Nachprüfungsbehörde stellte fest, dass der Antragsteller durch die Kommentare die vorgegebenen Vergabeunterlagen un-

zulässig abgeändert hat. Zwar können einem Auftraggeber bei der Erstellung eines umfangreichen LV durchaus Fehler unterlaufen.

Wenn ein Bieter daher den Eindruck gewinnen sollte, dass das LV fehlerhaft sei, so hat er die Möglichkeit, über eine Bieterfrage oder eine Verfahrensfrage auf Fehler im LV hinzuweisen. Er ist jedoch nicht berechtigt, den Inhalt der Vergabeunterlagen eigenmächtig durch Kommentare abzuändern. Denn die abgegebenen Angebote sind nur dann vergleichbar, wenn sie sich auf dasselbe LV beziehen. Die einseitige Änderung des LV durch einen von mehreren Bietern führt dazu, dass die eingehenden Angebote nicht mehr unmittelbar miteinander vergleichbar sind.

Deshalb ist der öffentliche Auftraggeber verpflichtet, Angebote, die den Bestimmungen des § 13 EU Abs. 1 Nr. 5 VOB/A widersprechen, nach § 16 EU Nr. 2 VOB/A auszuschließen. Dabei ist es unerheblich, ob es sich bei den Änderungen um Abmagerungen der anzubietenden Leistungen handelt oder um eine verbesserte Qualität, so die niedersächsische Vergabekammer. Eine Abweichung von den Vorgaben des LV ist nur dann zulässig, wenn der öffentliche Auftraggeber Nebenangebote zugelassen hat und ein Nebenangebot abgegeben werden soll. Das war hier aber nicht der Fall. > HOLGER SCHRÖDER



Um die Ausrüstung für die Gasstation eines Klärwerks gab es Streit.

FOTO: DPA/MASCHINENTECHNISCHE AUSTRÜSTUNG FÜR DIE GASSTATION EINES KLÄRWERKS

Der Autor ist Fachanwalt für Vergaberecht bei Rödl & Partner in Nürnberg.

Durchführung von Vergabeverfahren für
Architekten-, Ingenieur- und Projektsteuerleistungen
nach VgV 2016

- rechtssicher
- kompetent
- schnell
- kostengünstig

Rechtsanwälte Prof. Dr. Rauch & Partner mbB
Hoppestraße 7, 93049 Regensburg
www.prof-rauch-baurecht.de



Ausschreibungen in Bayern

Das eVergabe-Portal

DER eSERVICE FÜR AUSSCHREIBER UND BEWERBER

Für Ausschreiber

- Editier- und speicherbare Formulare
- Schnittstellen zu allen relevanten Plattformen und der Bayerischen Staatszeitung
- Zertifiziert und vergaberechtskonform
- Komplette Vergabe-Abwicklung online
- für öffentlich, freihändig oder beschränkt

Für Bewerber

- Gezielte Suche nach Aufträgen
- Öffentliche und private Ausschreibungen
- Größtes Angebot in Bayern
- Download von Vergabeunterlagen
- Upload Ihrer Angebotsabgabe



Staatsanzeiger
eServices

EIN UNTERNEHMEN DER BAYERISCHEN STAATZEITUNG

www.staatsanzeiger-eservices.de
Staatsanzeiger ONLINE LOGISTIK GmbH, Arnulfstraße 122, 80636 München
Telefon: (+49) 89/290142-30, E-Mail: vertrieb@staatsanzeiger-eservices.de