

Wie man das wirtschaftlichste Angebot wertet

Fünf Grenzen, die man nicht überschreiten darf

Die Vergabestelle entscheidet, was beschafft wird. Mehr noch. Auch über die Kriterien, nach denen die Angebote bewertet werden, und die Methode, wie ein Wertungsergebnis ermittelt wird, bestimmt sie. Freiheit hat aber immer Grenzen. Diese hat das Oberlandesgericht (OLG) Düsseldorf in seinem Beschluss vom 8. Februar 2017 (Verg 31/16) definiert.

Nach der Entscheidung über die zu beschaffende Leistung entscheidet die Vergabestelle auch über die Kriterien, die bei der Wertung der Angebote und der Erteilung des Zuschlags zugrunde gelegt werden. Eines der Kriterien ist immer der Preis. Daneben können aber auch qualitative, umweltbezogene oder soziale Aspekte relevant für die Zuschlagsentscheidung sein (§ 127 Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB)).

Auch die Wertungsmethode bestimmt die Vergabestelle. Sie darf also umfassend festlegen, worauf es ihr bei dem zu vergebenden Auftrag ankommt und was sie als wirtschaftlich ansieht. Das kann zum Beispiel das jüngst vom Bundesgerichtshof für zulässig angesehene Schulnotensystem sein (BGH, Beschluss vom 2. Februar 2017, Verg 7/16). Aber auch, wie man die einzelnen Kriterien zu gewichten sind, entscheidet die Vergabestelle.

Bei all den Freiheiten, die sich daraus ergeben, darf man aber eines nicht aus den Augen verlieren: Der Gesetzgeber will, dass die Kriterien und die Methode, wie das Wertungsergebnis ermittelt wird, immer der Ermittlung des wirtschaftlichsten Angebotes dienen (§ 127 GWB). Darum muss man die folgenden Kriterien beachten:

=> Die Zuschlagskriterien müs-

sen mit dem Auftragsgegenstand in Verbindung stehen.

=> Die Zuschlagskriterien müssen einen wirksamen Wettbewerb gewährleisten.

=> Sie müssen verhindern, dass der Zuschlag willkürlich erteilt werden kann.

=> Die Zuschlagskriterien müssen wirksam überprüft werden können.

Das Wichtigste vorweg: Das OLG Düsseldorf betont in seiner Entscheidung vom 8. Februar 2017, dass es auch überprüft, ob die gewählten Kriterien und Methoden dem Zweck der Festlegung von Bewertungskriterien dienen. Und Zweck ist es eben, das wirtschaftlichste Angebot zu ermitteln.

Es kann vergaberechtswidrig sein, wenn man bei der Zuschlagserteilung alleine auf den Preis schaut. Deutlich wird das, wenn man sich den Fall anschaut, den das OLG Düsseldorf entschieden hat. Die Auftraggeber, mehrere Krankenkassen, haben europaweit einen Rahmenvertrag über die Lieferung von Kontrastmitteln für die Röntgendiagnostik und Computertomografie ausgeschrieben. Zuschlagskriterium sollte der Preis pro Milliliter sein. Ein Bieter hat gerügt, dass in der Ausschreibung Kontrastmittel zusammengefasst worden seien, die unterschiedliche Konzentrationen eines wichtigen



Wer zum Beispiel eine Bauleistung ausschreibt, muss erklären, wie er die Angebote werten will.

FOTO DPA

Wirkstoffes enthielten. Das OLG Düsseldorf hat diesem Bieter recht gegeben. Mit einer ganz praxishnahen Begründung: Die verschiedenen Wirkstoffkonzentrationen führen dazu, dass der Auftraggeber unterschiedliche Mengen des Kontrastmittels verwendet. Weil also der Auftraggeber die unterschiedlichen Verbräuche nicht wertet, ist er von einem unzutreffenden Sachverhalt ausgegangen. Richtigerweise hätte der Auftraggeber hier einen Korrekturfaktor für die verschiedenen Verbräuche ansetzen müssen, um das wirtschaftlichste Angebot zu ermitteln.

Diese fünf Grenzen muss man beachten: Zwei der fünf Grenzen ergeben sich direkt aus den im Gesetz verankerten vergaberechtlichen Prinzipien (§ 97 Abs. 1, 2 GWB), nämlich

=> Gleichbehandlungs- und

=> Transparenzgrundsatz.

Die drei anderen Grenzen sind das jetzt neu vom OLG Düsseldorf geschaffene Richterrecht. Die stehen nicht im Gesetz. Man muss sie einfach kennen. Dies sind:

=> eine realistische Wirtschaftlichkeitsprüfung,

=> keine Berücksichtigung sachfremder Erwägungen und

=> keine Berücksichtigung unzu-

treffender (tatsächlicher oder rechtlicher) Erwägungen.

Mit diesem neuen Richterrecht wird das nächste Vergabeverfahren ein Stück weniger formalistisch. Dafür praxishäufiger.

Das Wertungssystem darf nicht nur auf dem Papier stimmig sein. Das OLG Düsseldorf hat diesen Rechtsstreit an die Vergabekammer (VK) Bund zurückverwiesen. Den neu entwickelten Grundsatz von der realistischen Wirtschaftlichkeitsprüfung hat diese in ihrem noch nicht bestandskräftigen Beschluss vom 7. Juni 2017 (VK 2-56/17) in die Praxis umgesetzt. Und entschieden, dass man als öf-

fentlicher Auftraggeber bei einem Rahmenvertrag auch das konkrete Nachfrageverhalten in der Wertung berücksichtigen muss.

Darum gilt: Ein Rahmenvertrag kann verschiedene Produkte vorsehen, bei denen aus der Vergangenheit bekannt ist, dass sie unterschiedlich stark nachgefragt werden (Akzeptanzfaktor). Dann darf dieses Nachfrageverhalten bei der Ermittlung des wirtschaftlichsten Angebotes berücksichtigt werden.

> OLIVER WEIHRACH

Der Autor ist Chefredakteur von „Aktuelles Vergaberecht in der Praxis“ und Fachanwalt für Vergaberecht.

Oberlandesgericht Düsseldorf: Verhandlungsverfahren mit nur einem Unternehmen bleibt die Ausnahme

Wenn der Wettbewerb negativ beeinflusst wird

Angesichts der negativen Auswirkungen auf den Wettbewerb sollen Verhandlungsverfahren ohne vorherige Veröffentlichung einer Auftragsbekanntmachung nur unter sehr außergewöhnlichen Umständen zur Anwendung kommen (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 12. Juli 2017 – VII-Verg 13/17).

Wichtige Aspekte für die Beschaffungspraxis:

Sämtliche Ausnahmen vom vorrangig durchzuführenden offenen oder nicht offenen Verfahren (§ 119 Abs. 2 Satz 1 GWB) sind grundsätzlich eng auszulegen. Die Darlegungs- und Beweislast für das

Vorliegen eines Ausnahmetatbestandes (§ 14 Abs. 4 VgV, § 3a EU Abs. 3 VOB/A) trägt der öffentliche Auftraggeber. Hierzu hat er stichhaltige Belege beizubringen, aus denen sich das Vorliegen der Voraussetzungen des Ausnahmetatbestandes ergibt.

Ein Verhandlungsverfahren ohne vorherige Veröffentlichung erfordert das objektive Fehlen von Wettbewerb. Die Ausnahmetatbestände sind auf Fälle beschränkt, in denen eine Veröffentlichung entweder aus Gründen extremer Dringlichkeit wegen unvorhersehbarer und vom öffentlichen Auftraggeber nicht zu verantworten-

der Ereignisse nicht möglich oder in denen von Anfang klar ist, dass eine Veröffentlichung nicht zu mehr Wettbewerb oder besseren Beschaffungsergebnissen führen würde.

Dies ist etwa der Fall, wenn objektiv nur ein einziger Wirtschaftsteilnehmer in der Lage ist, den Auftrag durchzuführen. Eine solche objektive Ausschließlichkeit darf nicht durch den öffentlichen Auftraggeber selbst herbeigeführt werden.

Bestehen technische Gründe (§ 14 Abs. 4 Nr. 2 Buchst. b VgV, § 3a EU Abs. 3 Nr. 3 Buchst. b VOB/A) für die Ausschließlichkeit, so sind

diese genau zu beschreiben, nachzuweisen und zu dokumentieren (§ 8 Abs. 2 Satz 1 Nr. 7 VgV, § 20 EU VOB/A). Technische Gründe könnten zum Beispiel sein, dass es für ein Unternehmen technisch nahezu unmöglich ist, die geforderte Leistung zu erbringen, oder dass es nötig ist, spezielles Wissen, besondere Werkzeuge oder Hilfsmittel zu verwenden, die nur einem einzigen Unternehmen zur Verfügung stehen, oder konkrete Anforderungen an die Interoperabilität, um das Funktionieren der zu beschaffenden Bauleistungen, Lieferungen oder Dienstleistungen zu gewährleisten.

Ob ein Auftrag aus technischen Gründen nur von einem bestimmten Unternehmen ausgeführt werden kann, hängt entscheidend von der Festlegung des Auftragsgegenstandes und der Leistungsbestimmung seiner technischen Spezifikationen ab. Führt diese Bestimmung des Auftragsgegenstandes dazu, dass der Auftrag nur von einem einzigen Unternehmen erbracht oder bereitgestellt werden kann, so darf (1.) es keine vernünftige Alternative oder Ersatzlösung geben und (2.) der mangelnde Wettbewerb darf nicht das Ergebnis einer künstlichen Einschränkung der Auftragsvergabeparameter sein (§ 14 Abs. 6 VgV, § 3a EU Abs. 3 Nr. 3 Satz 2 VOB/A).

Eine Leistungsbestimmung, die nach § 14 Abs. 4 Nr. 2 VgV und § 3a EU Abs. 3 Nr. 3 VOB/A zu einem völligen Wettbewerbsverzicht führt, bedarf einer größeren Rechtfertigungstiefe als eine solche, die unter Aufrechterhaltung des Vergabewettbewerbs im Ergebnis „nur“ zu einer ausnahmsweise gestatteten hersteller- oder produktbezogenen Leistungspezifikation führt (§ 31 Abs. 6 VgV, § 7 EU Abs. 2 VOB/A). > HOLGER SCHRÖDER

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

VERGABEMELDUNGEN

Elektronische Angebote

Ab dem 18. Oktober 2018 dürfen bei EU-weiten Verfahren Angebote, Teilnahmeanträge oder Interessensbestätigungen nur noch elektronisch abgegeben werden.

Neue Schwellenwerte

Mit der Verordnung (EU) 2017/2365 vom 18. Dezember 2017 (ABl. EU 2017 L 337, Seiten 19 f.), der Ver-

ordnung (EU) 2017/2364 vom 18. Dezember 2017 (ABl. EU 2017 L 337, Seiten 17 f.) und der Verordnung (EU) 2017/2366 vom 18. Dezember 2017 (ABl. EU 2017 L 337, Seite 21) hat die Europäische Kommission die EU-Schwellenwerte für die Vergabe öffentlicher Aufträge und von Konzessionen erhöht: Bauaufträge: 5 548 000 Euro (bisher: 5 225 000 Euro);

Liefer-/Dienstleistungsaufträge: 221 000 Euro (bisher: 209 000 Euro); Liefer-/Dienstleistungsaufträge (Sektoren): 443 000 Euro (bisher: 418 000 Euro); Liefer-/Dienstleistungsaufträge (Bundesbehörden): 144 000 Euro (bisher: 135 000 Euro); Bau-/Dienstleistungskonzessionen: 5 548 000 Euro (bisher: 5 225 000 Euro).

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



www.staatsanzeiger-eservices.de

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

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 Staatszeitung