



RECHTSANWÄLTE NOTARE STEUERBERATER

SCHWARZ KELWING WICKE WESTPFAHL

3. SLAC
10.12.2008

Vergaberecht

Ermbrecht Rindtorff
Rechtsanwalt und Steuerberater



Grundlagen (1)

Fall:

Die Kommune A beabsichtigt, die IT-Infrastruktur neu zu ordnen.

Fragen:

- Welche Regeln sind zu beachten?
- Welchen Einfluss hat der Wert?
- Besteht die Möglichkeit , über Preise und Vertragsinhalte zu verhandeln?
- Besteht die Möglichkeit einer Vorauswahl unter den Bewerbern?
- Kann man bestimmte Erzeugnisse vorgeben?



Grundlagen (2)

Antworten:

Zu beachten sind vergaberechtliche Vorgaben:

- Unterhalb eines Wertes von EURO 206.000: Die Regelungen der VOL/A;
- ab einem Wert von EURO 206.000: Die Regelungen des EU-Vergaberechts (insbesondere die VOL/A mit den „a-Paragrafen“).

Frage:

Was sind die wichtigsten Besonderheiten des EU-Vergaberechts?

Welche drei Grundprinzipien sind zu beachten?



Besonderheiten des EU-Vergaberechts

Antwort:

1. Es gibt Rechtsschutz, nämlich durch die Vergabekammern, die Oberlandesgerichte, u.U. den Bundesgerichtshof und den Europäischen Gerichtshof (EuGH).
2. Wird ein Auftrag im Rahmen eines Auswahlverfahrens (gemeint ist: Es gibt mehr als einen Interessenten), aber nicht nach EU-Vergaberecht vergeben, ist der Vertrag nichtig (so der Bundesgerichtshof in einer Entscheidung vom 1. Februar 2005 – X ZB 27/04, zu finden unter „www.bundesgerichtshof.de“).



Grundprinzipien des EU-Vergaberechts

Antwort:

- Transparenz (das Verfahren wird umfassend dokumentiert; ein Dritter muss nachvollziehen können, wer was wann gedacht und entschieden hat);
 - Diskriminierungsfreiheit (gleiche Bedingungen für Alle);
 - Ein Maximum an Wettbewerb (z.B. keine Vorgabe von Erzeugnissen „ohne Not“).
- ➔ In diesen „Prinzipien“ muss man denken können!



Verfahrensarten (1)

| Überschwellig | Unterschwellig | Verhandlungen möglich? | Teilnahme-wettbewerb möglich? |
|---|---------------------------|------------------------|-------------------------------|
| Offenes Verfahren (das Regelverfahren) | Öffentliche Ausschreibung | Auf keinen Fall | Nein |
| Nichtoffenes Verfahren | Beschränkte Ausschreibung | Auf keinen Fall | Ja |
| Verhandlungsverfahren | Freihändige Vergabe | Natürlich | Ja |
| Wettbewerblicher Dialog | | Natürlich | Ja |



Verfahrensarten (2)

Fall:

Eine bestimmte Leistung soll im Wege der elektronischen Internet-Auktion vergeben werden. Zulässig ist dies nach EU-Vergaberecht (Art. 54 der VKR).

Ist das auch in Deutschland möglich?



Verfahrensarten (3)

Antwort:

Nein. Was nicht erlaubt ist, ist verboten.

VK Bayern, Beschluss vom 09.09.2008 – 21. VK-3194-42/08

Hinweis:

Die Internet-Auktion wird bald zulässig (§ 100 Abs. 6 GWB neu).



IT-Leistungen und VOF (1)

Fragen:

- Unterfällt die Vergabe von IT-Leistungen der VOF?
- Welche Konsequenzen ergäben sich hieraus, was das Verfahren angeht?



IT-Leistungen und VOF (2)

Zur ersten Frage:

Entscheidend ist, ob die Leistung

- durch Freiberufler oder
- im Wettbewerb mit Freiberuflern erbracht wird.

Freiberuflich: § 18 EStG („ingenieurähnlich“) und
Entscheidungen der Finanzgerichte.



IT-Leistungen und VOF (3)

1. Ein selbständiger Diplom-Informatiker übt eine einem Ingenieur ähnliche Tätigkeit aus, wenn er qualifizierte System-Software oder Anwender-Software durch eine klassische ingenieurmäßige Vorgehensweise (Planung, Konstruktion und Überwachung) entwickelt.
2. Die selbständige EDV-Beratung in Form der Netzwerk- und Systemadministration ist nicht als eine dem Ingenieur ähnliche Tätigkeit, sondern als gewerbliche Tätigkeit einzustufen.

FG Berlin-Brandenburg, Urteil vom 21. 8. 2007 - 6 K 1791/05



IT-Leistungen und VOF (4)

Zur zweiten Frage:

Die VOF sieht als das Verfahren der Wahl das Verhandlungsverfahren vor (zweiphasig: Teilnahmewettbewerb für eine Vorauswahl, dann Verhandlungen über das Angebot und Abgabe des Angebots selbst).

Die VOL/A sieht als das Regelverfahren das Offene Verfahren vor (einphasig; kein Teilnahmewettbewerb). Ausnahme, wenn entweder der Preis oder der Leistungsgegenstand sich nicht ohne Verhandlungen definieren lassen.



Die drei Schubladen

| Vertrag | Eignungskriterien | Anteil in % oder KO-Krit. | Zuschlagskriterien | Anteil in % |
|---|--|---------------------------------|--------------------|-------------|
| Leistungsgegenstand/ Leistungsbeschreibung | Referenzen (kein learning by earning) | x % | Preis | x % |
| | Maßnahmen der internen/externen Qualitätssicherung | x % | Schulungsaufwand | x % |
| Ablaufplanung | ... | | Zukunftsfestigkeit | x % |
| Krisenplanung | ... | | ... | |



Eignung

Der Bieter hat einen breiten, von den Vergabekammern und den Gerichten nur sehr eingeschränkt überprüfbaren Spielraum bei Abfassung der Kriterien.

Man kann sich also die Bieter „backen“.

Die Kriterien müssen allerdings immer mit der Eignung (Fachkunde, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit) zu tun haben.

Andere Kriterien sind nur dann zulässig, wenn sie durch Bundes- oder Landesrecht zugelassen sind.



Vorauswahl (1)

Zur Vorauswahl:

Eine Vorauswahl erfolgt im Rahmen eines Teilnahmewettbewerbs. Dieser ist jedoch nur ausnahmsweise möglich. Im Regelverfahren, nämlich bei einer Offenen Ausschreibung (überschwellig) bzw. bei öffentlicher Ausschreibung (unterschwellig) besteht diese Möglichkeit nicht.

Frage:

Warum ist dies für den öffentlichen Auftraggeber nachteilig?

Vorauswahl (2)

Antwort:

Von jedem „geeigneten“ Bieter muss das Angebot auch gewertet werden.

Ein „Mehr“ an Eignung kann nie den Ausschlag bei der Wertung des Angebots geben.

Frage:

Wie werden Angebote im Rahmen eines Ausschreibungsverfahrens gewertet?



Wertung

Antwort:

In vier Stufen:

Stufe 1: Formalitäten;

Stufe 2: Eignung des Bieters;

Stufe 3: Angemessenheit des Preises;

Stufe 4: Das Angebot selbst .



Abfordern unnötig vieler Nachweise (1)

Fall:

Bei der Ausschreibung bestimmter Leistungen (Postsendungen) nach den Regelungen der VOL/A werden u.a. abgefordert

- Nachunternehmerliste;
- Verpflichtungserklärungen der Nachunternehmer.

Können diese Nachweise bzw. Erklärungen nachgereicht werden? Wenn nein: Ist der Ausschluss nach der VOL/A zwingend?



Abfordern unnötig vieler Nachweise (2)

Die VOL/ A trifft die folgende Regelung:

§ 25 Nr. 1 Abs. 2 VOL/A (also erste Stufe):

...

2) Außerdem können ausgeschlossen werden:

a) Angebote, die nicht die geforderten Angaben und Erklärungen enthalten ...

(anders die VOB/A: Dort wäre der Ausschluss zwingend!)



Abfordern unnötig vieler Nachweise (3)

OLG Düsseldorf, Beschluss vom 28.04.2008 – VII 1/08:

- „Die geforderten Erklärungen sind für die Wertung von Bedeutung. Sie haben „wettbewerbliche Relevanz“.
- Das an sich bestehende Ermessen reduziert sich somit auf „Null“. Der Ausschluss ist zwingend.



Abfordern unnötig vieler Nachweise (4)

Vorschläge für die Praxis:

- Es sollte nur gefordert werden, was zwingend notwendig ist. Wenn dann etwas fehlt, sollte konsequent vorgegangen werden.
- Es sollte blickfangmäßig auf die Folgen hingewiesen werden.
- Die Unterlagen sollten Checklisten enthalten, um ein Vergessen von Nachweisen zu verhindern.
- Auch in Bezug auf Eignungsnachweise sollte so verfahren werden.



Berücksichtigung der Eignung bei der Auswahl des Angebotes

Fall:

Ausgeschrieben wird eine bestimmte Leistung im Wege des Verhandlungsverfahrens mit vorgeschaltetem Teilnahmewettbewerb.

Die Zuschlagskriterien sind:

- Ergebnis des Teilnahmewettbewerbs (30 %);
- Preis.

Frage: Zulässig?



Zuschlagskriterien

Gemeint sind die auftragsbezogenen Kriterien, also nicht mehr die unternehmensbezogenen Kriterien.

Grundsatz: Der Preis ist nicht alles.

Beispiele:

- Ersatzteilversorgung;
- Schnittstellenfreundlichkeit;
- Umwelteigenschaften;
- Zukunftsfähigkeit.

Auch hier gilt: Der AG hat einen erheblichen, gerichtlich nicht überprüfbaren Spielraum.



Vorgabe von Erzeugnissen u.a. (1)

Erzeugnisse und Verfahren dürfen nur dann vorgegeben werden, wenn

- dies durch die Art der zu vergebenden Leistungen „gerechtfertigt“ ist;
- wenn eine Beschreibung auf andere Weise nicht möglich ist; dann aber mit dem Zusatz „oder gleichwertig“.

(unterschwellig: § 8 Nr. 3 VOL/A; überschwellig: § 8 a Nr. 5 VOL/A)

Ziel: Die „neutrale Leistungsbeschreibung“

- 💣 Es ist also begründungsbedürftig, „Windows“ vorzugeben.



Vorgabe von Erzeugnissen u.a. (2)

VK Nordbayern, Beschluss vom 16.04.2008, 21 . VK - 3194 - 14 / 08:

„Eine Behinderung des Wettbewerbs liegt nicht erst dann vor, wenn Merkmale des geforderten Produkts durch einen Produkt- oder Markennamen bezeichnet werden, sondern bereits dann, wenn das Leistungsverzeichnis nach Form, Stofflichkeit, Aussehen und technischen Merkmalen so präzise definiert ist, dass dem Bieter keinerlei Ausweichmöglichkeit mehr bleibt. ...

... auffällige Ähnlichkeit mit der Beschreibung von Produkten ... eines Wettbewerbers.“



Rahmenverträge; Vertriebsstrukturen (1)

Fragen:

- Ist ein Rahmenvertrag, mit dem bestimmte Großhändler gebunden werden (hier: „Large-Account Reseller“ bzw. „LAR“), ausschreibungspflichtig, wenn es keinerlei Abnahmeverpflichtung gibt?
- Ist es zulässig, eine bestimmte Vertriebsstruktur vorzugeben?
- Muss hierbei eine losweise Vergabe geprüft werden?



Rahmenverträge; Vertriebsstrukturen (2)

Antworten

- Die Vereinbarung ist vergabepflichtig. Die Vergabestelle selbst ging nämlich davon aus, dass auf Grundlage der Vereinbarung mindestens für 5 Mio. EURO pro Jahr eingekauft werden würde.
- Unzulässig ist, bestimmte Vertriebsstrukturen vorzugeben. Ausgeschlossen würden nämlich Bieter, die außerhalb dieser Vertriebsstruktur, aber in trotzdem rechtlich – und hierbei insbesondere urheberrechtlich – zulässiger Weise Angebote machen könnten (z.B. u.U. in Form „gebrauchter Lizenzen“).
- Eine losweise Vergabe muss geprüft werden (§ 97 Abs. 3 GWB).

VK Düsseldorf, Beschluss vom 23.05.2008 – VK-7/2008

Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit!

Ermbrecht Rindtorff
Rechtsanwalt und Steuerberater



RECHTSANWÄLTE NOTARE STEUERBERATER
SCHWARZ KELWING WICKE WESTPFAHL