

Vergaberecht

Dezember 2017

Umsetzung der Unterschwelvenvergabeordnung in den Bundesländern am Beispiel von Bayern

Auf Bundesebene wurde mit Bekanntmachung vom 2. Februar 2017 die Anwendung der UVgO angeordnet. In den Ländern ist Bewegung in die Umsetzung gekommen. Teilweise ist die UVgO bereits umgesetzt (z. B. in Hamburg). In Bayern hat der Bayerische Landtag Änderungen von § 31 KommHV-Kameralistik und § 30 KommHV-Doppik beschlossen, die planmäßig zum 1. Januar 2018 in Kraft treten sollen. Ergänzende verbindliche Vergabegrundsätze werden in einer Bekanntmachung des Bayerischen Staatsministeriums des Innern, für Bau und Verkehr (StMI) niedergelegt, die die bisherige Bekanntmachung über die Vergabe von Aufträgen im kommunalen Bereich ersetzt. Derzeit findet die Verbändeanhörung zu dem vorliegenden Entwurf der Bekanntmachung (Az. IB3-1512-31-19) statt.

In Bayern soll von einer Verpflichtung zur Anwendung der UVgO für die Kommunen abgesehen und die Anwendung der UVgO bei der Vergabe von Liefer- und Dienstleistungen – wie bisher die der VOL/A – nur „zur Vermeidung von rechtlichen Risiken“ **empfohlen** werden. Wie bisher ist die Anwendung allerdings Voraussetzung für die Inanspruchnahme der Wertgrenzen für Beschränkte Ausschreibung und Freihändige Vergabe.

Von übergreifendem Interesse sind eine Reihe von Klarstellungen und Neuregelungen, die auf die praktischen Erfahrungen der vergangenen Jahre und insbesondere auf Prüfungsfeststellungen des Bayerischen Obersten Rechnungshofs zurückgehen:

Einzelne Neuregelungen betreffen etwa den Verweis auf die neue Verwaltungsvorschrift zum öffentlichen Auftragswesen (VVöA), die Anpassung des Begriffs des Bauauftrags an § 103 Abs. 3 GWB, den Hinweis auf die Ermittlung des wirtschaftlichsten Angebots und die Formulierung der Mindestanforderung, dass Zuschlagskriterien neben dem Preis bereits vor der Aufforderung zur Angebotsabgabe festzulegen und zu dokumentieren sind. Eine Änderung der Rechtslage ist damit allerdings nicht verbunden. Gleiches gilt für den Hinweis auf die Geltung des europäischen Primärrechts (insbesondere der Grundsätze von Transparenz und Gleichbehandlung) bei unterschwelligen Aufträgen mit Binnenmarktrelevanz (zu deren Voraussetzungen die Bekanntmachung Ausführungen enthält).

Darüber hinaus bringt der Entwurf einige Erleichterungen für Auftraggeber, etwa die Übernahme der Wahlfreiheit zwischen Öffentlicher Ausschreibung und Beschränkter Ausschreibung mit Teilnahmewettbewerb auch für Bauaufträge. Eine wesentliche Erleichterung für die Praxis enthalten die neuen Regelungen zur Vergabe von freiberuflichen Leistungen, die – sofern die Leistungen verbindlich nach HOAI oder PrüfVBau oder unverbindlich nach Anlage 1 HOAI (Beratungsleis-

tungen) abgerechnet werden – ausnahmsweise (unter Berücksichtigung des Grundsatzes der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit) bis zu einem voraussichtlichen Gesamtauftragswert von EUR 100.000,00 (ohne Umsatzsteuer) nach Verhandlung mit nur einem Bewerber erfolgen kann. Voraussetzung ist allerdings, dass der Aufforderung dieses Bewerbers zur Angebotsabgabe eine Leistungsanfrage bei mindestens drei möglichen Bewerbern und eine Auswahl des aufgeforderten Bewerbers nach sachgerechten Kriterien vorangegangen sind. Diese deutlich weitergehende Bagatelregelung (bisher – in der Praxis offenbar wenig bekannt – galt eine Grenze von EUR 25.000,00 gemäß dem Vergabehandbuch für freiberufliche Leistungen (VHF Bayern)) trägt dem Bedürfnis der Praxis Rechnung, Architekten- und Ingenieurleistungen auf kommunaler Ebene mit möglichst wenig bürokratischem Aufwand beauftragen zu können. Hauptargument der Kommunen ist, dass, wenn größtenteils nach Mindestsätzen gemäß HOAI abgerechnet wird, ohnehin kein Preiswettbewerb stattfindet. Allerdings betont das StMI in seinem Anschreiben zur Anhörung, dass auch bei Planungsleistungen aus Gründen der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit auf einen Wettbewerb nicht vollständig verzichtet werden kann; es müsse statt eines preisbezogenen Wettbewerbs ein leistungsbezogener Wettbewerb stattfinden. Hierfür müssten zumindest Leistungsanfragen bei in Betracht kommenden Marktteilnehmern erfolgen, um geeignete und leistungsfähige Bewerber zu ermitteln und die sachgerechte und qualitätsvolle Leistungserfüllung sicherzustellen.

Die Anwendung elektronischer Kommunikationsmittel stellt nach Ansicht des Ministeriums eine wesentliche Neuerung der UVgO dar; es spricht dafür eine explizite Empfehlung aus. Dabei erfolgt der Hinweis, dass im Falle der Anwendung der UVgO bei Verhandlungsvergaben mit einem geschätzten Auftragswert von bis zu EUR 25.000,00 (ohne Umsatzsteuer) Teilnahmeanträge und Angebote abweichend von § 7 Abs. 4, § 39 S. 1 und § 40 UVgO durch einfache E-Mail übermittelt werden können. Allerdings muss sichergestellt werden, dass die Angebote nicht vor Ablauf der Angebotsfrist gesichtet werden können. Wie dies in der Praxis gehandhabt werden soll – insbesondere vor dem Hintergrund, dass bei Übermittlung per E-Mail direkt an den Auftraggeber gerade nicht die Sicherheitsvorkehrungen einer elektronischen Vergabepattform vorhanden und nutzbar sind – lässt der Entwurf jedoch offen. Es wird sich noch zeigen müssen, ob und in welcher technischen Art und Weise die Praxis von dieser Erleichterung Gebrauch machen kann.



Katrin Lüdtkke,
Rechtsanwältin,
Fachanwältin für Verwaltungsrecht,
BEITEN BURKHARDT
Rechtsanwaltsgesellschaft mbH,
München
E-Mail: Katrin.Luedtke@bblaw.com



Eignungskriterien und Eigenerklärungen – neue Anforderungen und neue Fehlerquellen bei der Eignungsprüfung

Zu den bislang weniger beachteten Neuerungen der Vergaberechtsreform 2016 gehören die Anforderungen an die Ausgestaltung von Eignungskriterien und Eignungsnachweisen. Die vergaberechtliche Bedeutung dieser Thematik hat der Bundesgesetzgeber dadurch unterstrichen, dass zentrale Grundsätze im GWB normiert wurden (§§ 122 ff. GWB). Einzelheiten wurden in den §§ 6 - 6f EU VOB/A, 42 - 51 VgV, 21 - 28 VSVgV weitgehend übereinstimmend geregelt. Größere Spielräume bestehen bei Konzessionsvergaben (§ 25 KonzVgV), Vergaben in den Sektoren (§ 46 SektVO) sowie bei Unterschwellenvergaben. Inhaltlich gehen die vergaberechtlichen Anforderungen bei EU-Vergaben teilweise über den früheren Rechtszustand hinaus und sind daher mögliche Fehlerquellen. Die Rechtsprechung beginnt sich dieser Thematik anzunehmen. Eine instruktive Entscheidung zur Ausgestaltung der Eignungsprüfung und zur Überprüfung von Eigenerklärungen hat die VK Südbayern am 16. Oktober 2017 getroffen. Die Entscheidung ist bestandskräftig.

Der rechtliche Rahmen

Die Eignung ist aufgrund der vom Auftraggeber für den konkreten Auftrag festgelegten Eignungskriterien zu prüfen; bei den Verfahren mit Teilnahmewettbewerb in Form einer vorgelagerten Eignungsprüfung. Welche Eignungskriterien der Auftraggeber aufstellt, liegt in seinem Ermessen. Er muss sich allerdings an die vorgegebenen Eignungskategorien Befähigung und Erlaubnis zur Berufsausübung, wirtschaftliche und finanzielle Leistungsfähigkeit sowie technische und berufliche Leistungsfähigkeit halten (§ 122 Abs. 2 S. 2 GWB) und die dafür jeweils normierten Beschränkungen beachten (z. B. §§ 44, 45 VgV). Die Eignungskriterien müssen überdies zu dem Auftragsgegenstand in einem angemessenen Verhältnis stehen (§ 122 Abs. 4 GWB) und ihrerseits hinreichend bestimmt und überprüfbar sein. Zum Nachweis der technischen und beruflichen Leistungsfähigkeit dürfen bei EU-Vergaben nur bestimmte Nachweise gefordert werden (z. B. §§ 46 Abs. 3 VgV, 6a EU Nr. 3 VOB/A). Die geforderten Eignungsnachweise dürfen nicht diskriminierend sein und nicht gänzlich unerfüllbar oder unzumutbar sein.

Der Fall

Ausgeschrieben waren Mediendiensteleistungen im Verhandlungsverfahren mit Teilnahmewettbewerb. Ein Bewerber hatte mit dem Teilnahmeantrag eine Eigenerklärung abzugeben, wonach er als Mediaagentur ein „jährliches Umsatzvolumen von EUR 100 Mio. erzielt (A-Kriterium)“, wobei „A-Kriterium“ für „Ausschluss-Kriterium“ stand. Im Teilnahmewettbewerb stellte der Auftraggeber auf eine Bieteranfrage hin klar, dass mit dem „jährlichen Umsatzvolumen“ das „Billingvolumen“ gemeint war, das die Mediaagentur verwaltet bzw. als Schaltvolumen in den Medien platziert. Nach Durchführung der Angebotswertung und Vorinformation rügte ein Bieter, dass die Erstplatzierte als vergleichsweise kleine Mediaagentur ein derartiges

„Billingvolumen“ nicht erreichen könne und berief sich auf nicht näher benannte oder belegte „Marktkennnisse“. Auf Aufforderung des Auftraggebers erläuterte der Erstplatzierte das ihm zuzurechnende „Billingvolumen“ durch Angabe der Billingvolumina seiner Werbekunden in rechnerisch schlüssiger Weise, woraufhin der Auftraggeber die Rüge zurückwies. Daraufhin stellte der rügende Bieter einen Nachprüfungsantrag.

Die Entscheidung (VK Südbayern, Beschluss vom 16.10.2017, Z3-3-3194-1-30-06/17)

Die VK Südbayern gab dem Nachprüfungsantrag im Wesentlichen statt. Für die Vergabekammer war im Ausgangspunkt für markterfahrene Bieter erkennbar, dass der Begriff des „Billingvolumens“ unklar war und uneinheitlich verstanden werden konnte. Da dies nicht gerügt worden war, war das Kriterium jedoch anzuwenden und der unklare Begriff zu Gunsten der Bieter weit auszulegen. Umfasst waren nach Ansicht der Vergabekammer alle Billingvolumina, bei denen der Bieter das Verwalten und Platzieren übernommen hatte. Der Auftraggeber habe allerdings im vorliegenden Verfahren im Rahmen seiner Aufklärungsmaßnahmen nach § 15 Abs. 3 VgV nicht hinreichend aufgeklärt, welches Billingvolumen nach dieser Definition welcher Mediaagentur „konkret“ zuzuordnen war. Er müsse in Bezug auf alle vom Erstplatzierten für seine Eignung herangezogenen Billingvolumina „zweifelsfrei“ beurteilen können, ob diese zugerechnet werden können oder nicht und müsse diese Prüfung dokumentieren.

Praxishinweise

Konsequenzen für Auftraggeber

Ein Auftraggeber kann sich grundsätzlich auf die inhaltliche Richtigkeit von Eigenerklärungen der Bieter verlassen. Eine vergaberechtliche Verpflichtung zur Aufklärung des Inhalts von Eigenerklärungen entsteht nur bei konkretem Anlass. Die Aufklärungsmaßnahmen sind dann auf das im Vergabeverfahren Leistbare und Zumutbare beschränkt, da in Bezug auf die Verfahrensführung der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz gilt. Regelmäßig beschränken sich die Vergabestellen daher auf den inhaltlichen Nachvollzug der Eigenerklärung, auf Nachfragen beim Bieter und den Abgleich mit Erkenntnissen ihrer jeweiligen Fachabteilungen, stellen aber aus Zeit- und Kapazitätsgründen keine zusätzlichen eigenen Ermittlungen an oder holen gar externe Gutachten ein. Das kann dann zu vergaberechtlichen Risiken führen, wenn das Eignungskriterium (im vorliegenden Fall „Billingvolumen“) unklar gefasst ist, dies erst in einem Nachprüfungsverfahren zutage tritt und die Vergabekammer dann Prüfungsanforderungen aufstellt, mit denen der Auftraggeber nicht rechnen konnte und die er nicht erfüllt hat, da er die Auslegung der Vergabekammer nicht antizipieren konnte. Bereits bei der Fassung der Eignungskriterien muss daher ihre Überprüfbarkeit in den Blick genommen werden. Will der Auftraggeber Verfahrensrisiken vermeiden, so sollte er sich auch zur wirtschaftlichen und finanziellen Leistungsfähigkeit auf die in den Vergabe- und Vertragsordnungen normierten Eignungskriterien und -nachweise beschränken (z. B. einen bestimmten Mindestjahresumsatz i. S. v. § 45 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 VgV und die in Abs. 4 Nr. 4 geregelte Erklärung über den Gesamtumsatz) und bei der Definition etwaiger weiterer Kriterien kritische Maßstäbe anlegen.

Eignungskriterien und -nachweise sind grundsätzlich bereits in der Auftragsbekanntmachung anzugeben. Die überwiegende Ansicht lässt es zwar zu, dass auf die „Eignungskriterien gemäß Auftragsunterlagen“ mittels Verlinkung verwiesen wird (so auch die VK Südbayern, u. a. mit dem Argument, dass dies in dem EU-Standardformular so vorgesehen ist). Dies entspricht aber an sich nicht dem Wortlaut der § 122 Abs. 4 S. 2 GWB, § 48 Abs. 1 VgV und ist daher mit Rechtsunsicherheiten verbunden. Der Auftraggeber muss nachweisen, dass die Bieter die Eignungskriterien zur Kenntnis nehmen konnten. Das kann insbesondere dann Schwierigkeiten aufwerfen, wenn sich in elektronischen Vergabesystemen nicht mehr zweifelsfrei nachvollziehen lässt, ob ein Bieter Erläuterungen des Auftraggebers zur Kenntnis genommen hat (so im vorliegenden Fall; allerdings bestätigten die beteiligten Bieter die volle und rechtzeitige Kenntnisnahme).

Konsequenzen für Bieter

Bieter sollten im eigenen Interesse auf eine klare Fassung der Eignungskriterien durch Bieterfragen oder ggfs. Rügen hinwirken, da sonst nicht absehbar ist, zu welchen Auslegungsergebnissen eine Vergabekammer in einem Nachprüfungsverfahren gelangt. Nimmt der Auftraggeber die Kritik der Vergabekammer zum Anlass für die Aufhebung des Vergabeverfahrens, ist für den Bieter, der eigentlich den Zuschlag begehrt, letztlich nichts gewonnen. Das gilt insbesondere bei solchen Eignungskriterien, die im angesprochenen Marktsegment unterschiedlich verstanden werden (können).



Dr. Stephen Lampert,
Rechtsanwalt,
Fachanwalt für Verwaltungsrecht,
BEITEN BURKHARDT
Rechtsanwaltsgesellschaft mbH,
München
E-Mail: Stephen.Lampert@bblaw.com

Hinweise

Diese Veröffentlichung stellt keine Rechtsberatung dar.

Wenn Sie diesen Newsletter nicht mehr erhalten möchten, können Sie jederzeit per E-Mail (bitte E-Mail mit Betreff „Abbestellen“ an Stephan.Rechten@bblaw.com) oder sonst gegenüber BEITEN BURKHARDT widersprechen.

© BEITEN BURKHARDT Rechtsanwaltsgesellschaft mbH.
Alle Rechte vorbehalten 2017.

Impressum

BEITEN BURKHARDT Rechtsanwaltsgesellschaft mbH
(Herausgeber)
Ganghoferstraße 33, D-80339 München
AG München HR B 155350/USt.-Idnr: DE-811218811

Weitere Informationen (Impressumsangaben) unter:
<https://www.beiten-burkhardt.com/de/hinweise/impressum>

Redaktion (verantwortlich)

Stephan Rechten,
Rechtsanwalt

Ihre Ansprechpartner

Berlin • Kurfürstenstraße 72-74 • 10787 Berlin
Tel.: +49 30 26471-219
Frank Obermann • Frank.Obermann@bblaw.com
Stephan Rechten • Stephan.Rechten@bblaw.com

Düsseldorf • Cecilienallee 7 • 40474 Düsseldorf
Tel.: +49 211 518989-0
Dr. Lars Hettich • Lars.Hettich@bblaw.com
Sascha Opheys • Sascha.Opheys@bblaw.com

Frankfurt am Main • Mainzer Landstraße 36
60325 Frankfurt am Main • Tel.: +49 756095-195
Dr. Hans von Gehlen • Hans.VonGehlen@bblaw.com

München • Ganghoferstraße 33 • 80339 München
Tel.: +49 89 35065-1452
Michael Brückner • Michael.Brueckner@bblaw.com
Hans Georg Neumeier • HansGeorg.Neumeier@bblaw.com



Weitere interessante Themen und
Informationen zum Vergaberecht
finden Sie in unserem Onlinebereich.



BEIJING • BERLIN • BRÜSSEL • DÜSSELDORF • FRANKFURT AM MAIN
MOSKAU • MÜNCHEN • ST. PETERSBURG

WWW.BEITENBURKHARDT.COM