FPS
Ihre Kanzlei. Ihr Partner.

Bundesverband Deutsche Startups e.V.

Vergaberecht für Start-Ups

Ein Leitfaden für die wichtigsten Regeln im Vergabeverfahren

Inhalt

I. Was ist Vergaberecht und wie finde ich die passende Ausschreibung? 5

1. Einführung 6

a) Öffentlicher Auftrag 6

b) Schwellenwerte 6

c) Ausnahmen 7

d) Vergabegrundsätze 7

2. Wie finde ich die passende Ausschreibung? 9

a) Was ist eine Bekanntmachung? 9

b) Wo und wie finde ich sie? 10

II. Verfahrensarten und Ablauf 12

1. Verfahrensarten 13

a) Offenes Verfahren 14

b) Nicht offenes Verfahren 14

c) Verhandlungsverfahren 15

d) Innovationspartnerschaft 18

e) Wettbewerblicher Dialog 19

2. Fristen 19

a) Offenes Verfahren 19

b) Nicht offenes Verfahren/Verhandlungsverfahren 20

3. E-Vergabe 21

III. Die Größe der Leistung als Herausforderung 23

1. Welche Möglichkeiten eröffnet der Auftraggeber? 24

a) Die Aufteilung und Limitierung von Losen 24

b) Die Zulassung von Nebenangeboten – Wie gebe ich ein wirksames Nebenangebot ab? 25

2. Welche Maßnahmen kann man als Bieter ergreifen? 27

a) Die Bietergemeinschaft 27

(1) Rechtsform einer Bietergemeinschaft 27

(2) Zusätzliche Anforderungen an das Angebot einer Bietergemeinschaft 27

b) Nachunternehmereinsatz 28

(1) Benennung 28

(2) Rechtsfolgen 29

IV. Die Eignungskriterien als erste Hürde im Vergabeverfahren 30

1. Ablauf der Eignungsprüfung 31
2. Inhalt der Eignungskriterien 32
a) Befähigung und Erlaubnis zur Berufsausübung 32
b) Wirtschaftliche und finanzielle Leistungsfähigkeit 32
c) Technische und berufliche Leistungsfähigkeit 33
d) Referenzen 34
e) Nachweismöglichkeiten 35
3. Eignungsleihe – Was kann ich machen, wenn ich die Eignungskriterien nicht erfülle? 37
a) Selbstausführungsgebot 38
b) Benennung 38
c) Rechtsverhältnis und -folgen 38
4. Ausschlussgründe 39
a) Zwingende Ausschlussgründe 39
b) Fakultative Ausschlussgründe 40
c) Zeitpunkt 40
d) Selbstreinigung 40

V. Die Leistungsbeschreibung als Herzstück des Auftrags 41

1. Grundsatz der Produktneutralität § 31 Abs. 6 VgV 42
2. Prüfpflicht des Bieters 42
3. Funktionale Leistungsbeschreibung 43

VI. Die Erstellung des Angebots als wichtigste Aufgabe des Bieters 44

1. Formvorschriften 45
2. Ausschlussgründe 46
a) Verspätete Einreichung Nr. 1 46
b) Fehlende Preisangaben Nr. 5 46
c) Unzulässige Änderung der Vergabeunterlagen Nr. 4 47
d) § 60 VgV ungewöhnlich niedrige Angebote 47
3. Geschäftsgeheimnis 48
4. Die Bieterfragen 48

VII. Der Zuschlag: Wertung der Angebote und Zuschlagskriterien.....50

1. Was ist der Zuschlag und nach welchen Kriterien darf er erfolgen? 51
2. Mögliche Kriterien 51
3. Konzeptbewertung 53
4. Unzulässige Kriterien 54
5. Wie erfahre ich von der Entscheidung? 54

VIII. Rechtsschutz – Was mache ich, wenn es schiefläuft? 55

1. Der erste Schritt: Die Rüge 56
a) Form und Inhalt..... 57
b) Abhilfe und Verstöße 57
2. Der zweite Schritt: Der Rechtsschutz im Vergabeverfahren 58
a) Unterschwelle 58
b) Oberschwelle 59
(1) Der Ablauf eines Nachprüfungsverfahrens..... 59
(2) Grundsätze des Nachprüfungsverfahrens 60
c) Sekundärrechte 60

I. Was ist Vergaberecht und wie finde ich die passende Ausschreibung?

1. Einführung 6

a) Öffentlicher Auftrag 6
b) Schwellenwerte 6
c) Ausnahmen 7
d) Vergabegrundsätze 7

2. Wie finde ich die passende Ausschreibung? 9

a) Was ist eine Bekanntmachung? 9
b) Wo und wie finde ich sie? 10

1. Einführung

Das „Vergaberecht“ umfasst die Gesamtheit der Regelungen, die staatlichen Einrichtungen wie dem Bund, den Ländern, den Kommunen oder von ihnen beherrschten privatrechtlich organisierten Gesellschaften, die Vorgehensweise beim Einkauf von Gütern und Leistungen vorgeben. Die Formalität des Vergabeverfahrens und die hohen Anforderungen an die Eignung der Teilnehmer stellen viele potentielle Bieter vor große Herausforderungen und können an einer Bewerbung hindern. Gerade Startups sind hierbei vor große Herausforderungen gestellt. Dieser Leitfaden soll Schwierigkeiten und Chancen für Startups im Vergabeverfahren aufgreifen und zur Lösungsfindung beitragen, so dass eine erfolgreiche Bewerbung gelingen kann. Das Vergaberecht als Ganzes wird dabei kurz dargestellt, die Darstellung konzentriert sich allerdings auf die gerade für Startups relevanten Aspekte.

!

Auch privatrechtlich organisierte Gesellschaften können öffentliche Auftraggeber sein, darunter fallen z.B. Nahverkehrsbetriebe, Strom- und Wasserversorger oder Schwimmbäder und Freizeiteinrichtungen in städtischer Hand. Erhalten privatrechtlich organisierte Gesellschaften staatliche Zuschüsse, können sie auch daraus zur Anwendung von Vergaberecht verpflichtet sein.

Der Begriff „Einkauf“ erfasst in diesem Zusammenhang jede Handlung, bei der die öffentliche Hand eine Leistung gegen Entgelt beschafft.

a) Öffentlicher Auftrag

Gegenstand des Vergaberechts ist immer ein öffentlicher Auftrag.

§

Dieser ist gem. § 103 GWB ein:

- entgeltlicher Vertrag
- von öffentlichen Auftraggebern
- mit Unternehmern
- über die Beschaffung von Liefer-, Bau- oder Dienstleistungen

b) Schwellenwerte

Gem. § 106 Abs. 1 GWB ist das EU-Vergaberecht nur anwendbar, wenn der öffentliche Auftrag die Schwellenwerte übersteigt. Sind die Schwellenwerte nicht erreicht, befindet man sich im sog. Unterschwellenbereich (oder nationales Vergaberecht). Dabei gilt in den meisten Bundesländern für Liefer- und Dienstleistungen die Unterschwellenvergabeverordnung (UVgO). Lediglich Hessen, Sachsen und Rheinland-Pfalz haben diese bis 2020 noch nicht umgesetzt. Dort gilt noch die VOL/A.

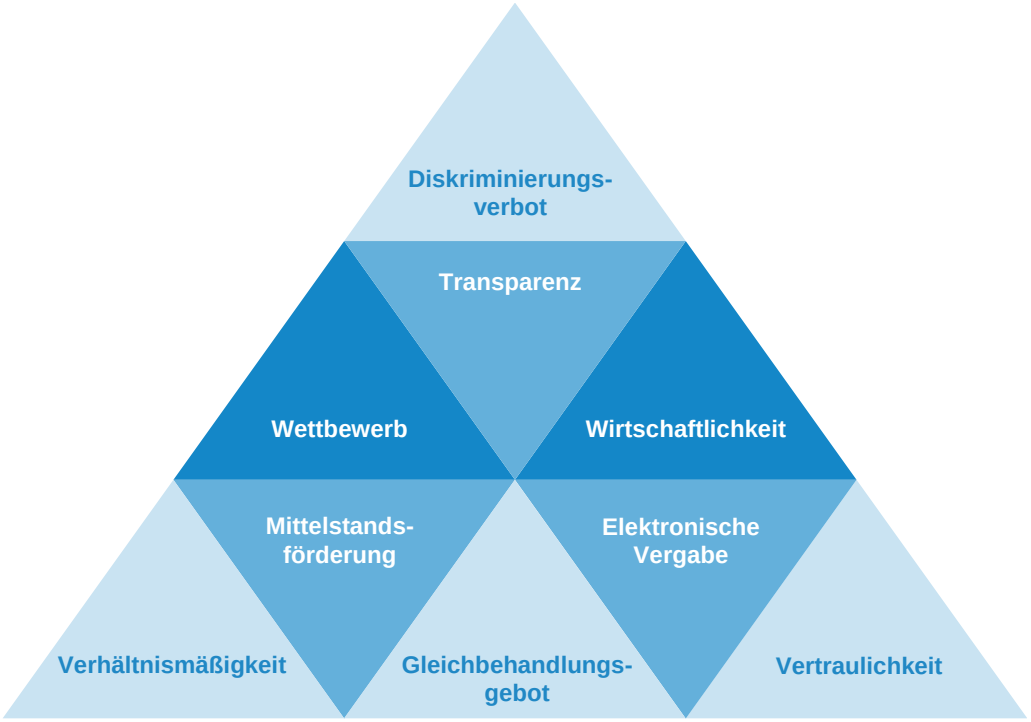
Bauaufträge und Konzessionen	• bis 2019: 5.548.000 € • Neu: 5.350.000 €
Liefer- und Dienstleistungsaufträge	• bis 2019: 221.000 € • Neu: 214.000 €
Liefer- und Dienstleistungsaufträge im Bereich der Sektoren	• bis 2019: 443.000 € • Neu: 428.000 €
Liefer- und Dienstleistungsaufträge von obersten und oberen Bundesbehörden	• bis 2019: 144.000 € • Neu: 139.000 €
Dienstleistungsaufträgen betreffend soziale und andere besondere Dienstleistungen	• 750.000 € • bei Sektorenauftraggebern 1.000.000 €

c) Ausnahmen

Auch wenn ein öffentlicher Auftrag den Schwellenwert übersteigt, kann Vergaberecht nicht anwendbar sein, sofern eine gesetzlich normierte Ausnahme vorliegt. Diese sind in §§ 107, 116 GWB benannt.

d) Vergabegrundsätze

Das Vergaberecht ist durch eine Vielzahl an Grundsätzen geprägt, die bei einer Vergabe eingehalten werden müssen. Diese schützen in erster Linie die Fairness und Objektivität des Verfahrens für Bieter. Startups können sich insbesondere auf die Mittelstandsförderung gem. § 97 Abs. 4 S.1 GWB und das Wettbewerbsprinzip nach § 97 Abs. 1 S. 1 GWB berufen.



f) Gesetzessystematik

Grundsätzlich ergibt sich das EU-Vergaberecht aus europäischer Gesetzgebung mit den Richtlinien 23/2014/EU, 24/2014/EU und 25/2014/EU. Diese wurden im Rahmen der Vergaberechtsmodernisierung 2016 im GWB und der VgV umgesetzt.

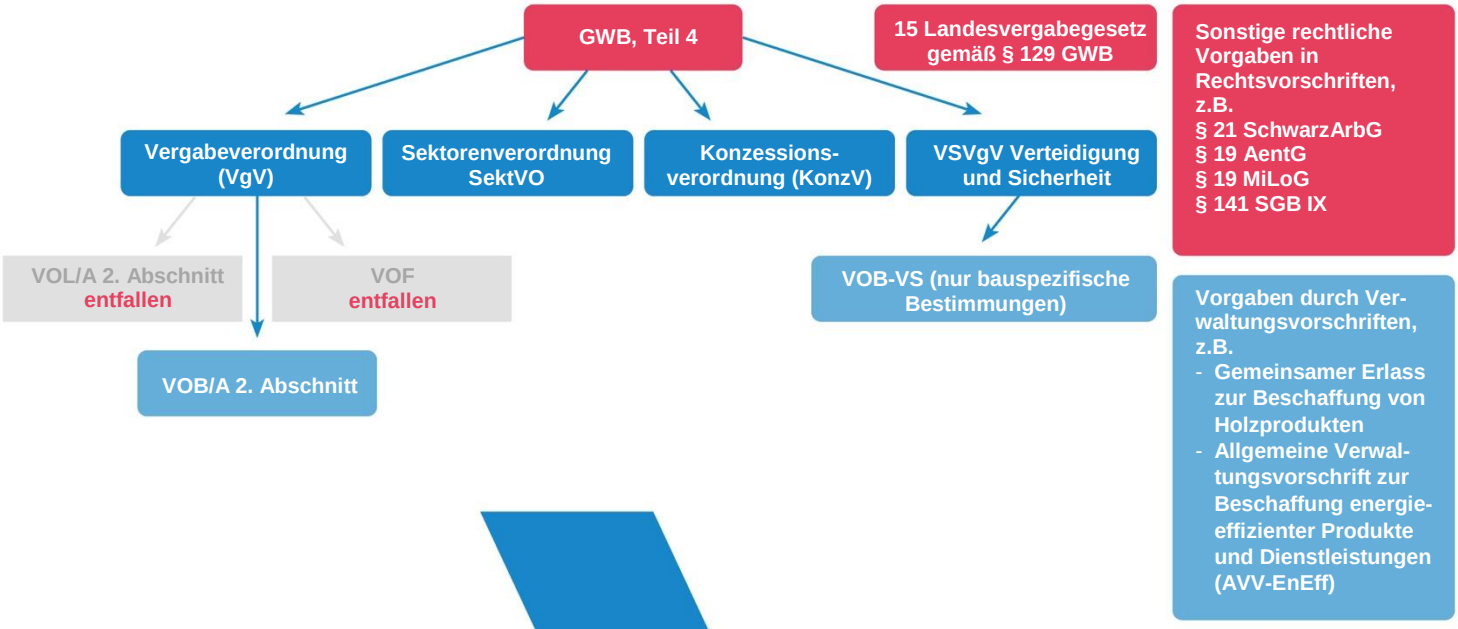
Für einzelne Sektorenbereiche gelten spezielle Verordnungen:

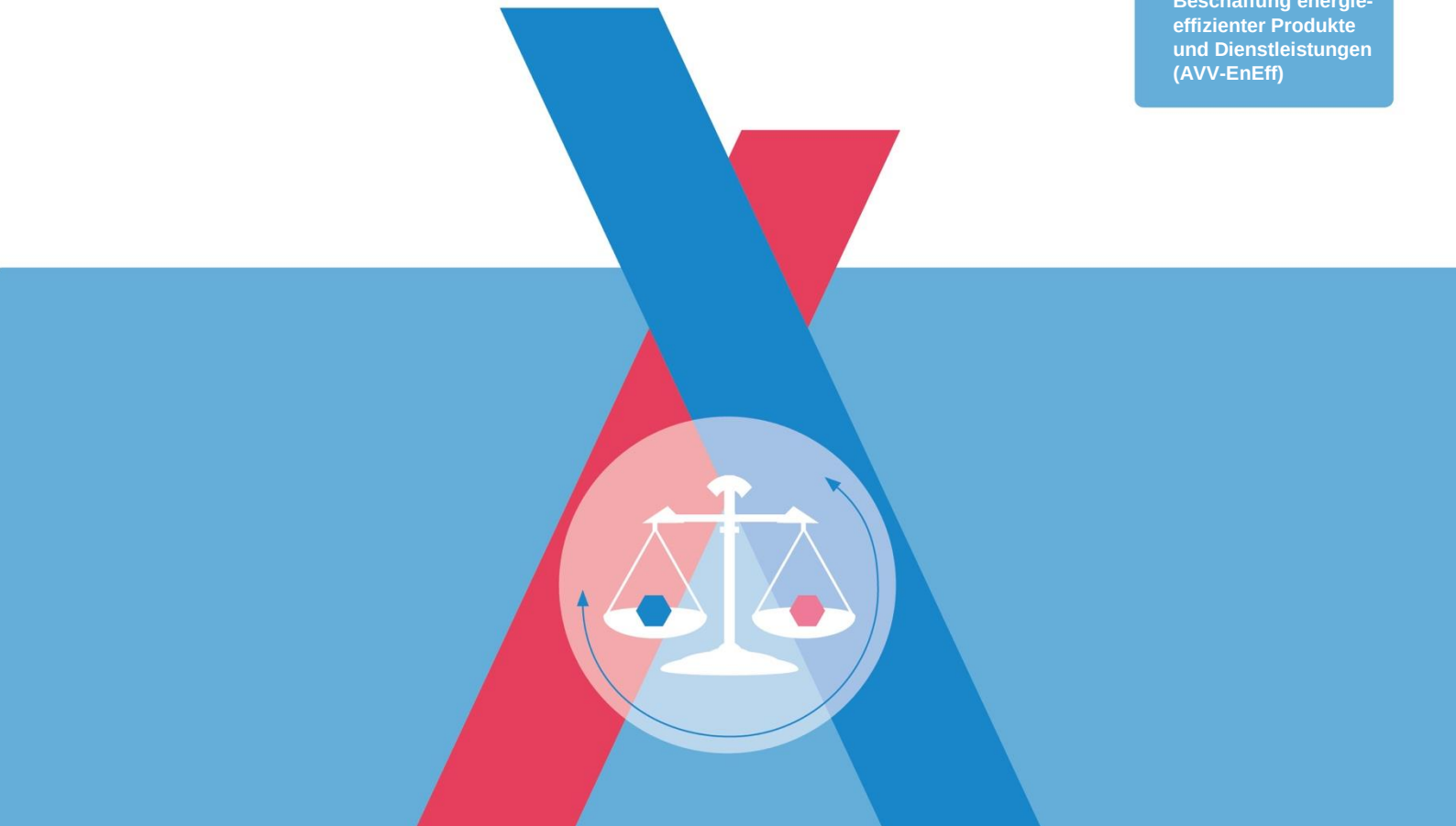
Für den Sektorenbereich d.h. z.B. Trinkwasserversorgung, Elektrizität, Verkehr, Häfen- und Flughäfen gilt die Sektorenverordnung (SektVO), die einige Besonderheiten zur VgV aufweist.

Vergeben öffentliche Auftraggeber Konzessionen, gestaltet sich dies nach der Konzessionsvergabeverordnung (KonzVgV).

Ausschreibungen im Bereich der Verteidigung und Sicherheit werden durch Sondervorschriften in der Vergabeverordnung für Verteidigung und Sicherheit (VSVgV) bestimmt.

Für Bauaufträge gelten die besonderen Bestimmungen der Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen (VOB/A).





2. Wie finde ich die passende Ausschreibung?

a) Was ist eine Bekanntmachung?

!

Die Bekanntmachung ist der „Lebenslauf“ des Auftrags. Das bedeutet, dass sie alle wichtigsten Informationen über den Auftraggeber, das gewählte Vergabeverfahren, die Leistung, die Fristen, den Zugang zu den Vergabeunterlagen und die Eignungskriterien enthalten muss. Sie ist für die Bieter das Leitdokument.

Die Vergabeunterlagen müssen gem. § 41 Abs. 1 VgV vom Auftraggeber immer „unentgeltlich, uneingeschränkt, vollständig und direkt“ zur Verfügung gestellt werden. In Verbindung mit der Verordnungsbegründung und Art. 53 Abs. 1 U Abs. 1 S. 1 RL 2014/24/EU ergibt sich, dass die Unterlagen ab dem Tag der Veröffentlichung der Bekanntmachung zugänglich sein müssen. Neben der elektronischen Abrufbarkeit darf der Zugriff keine vorherige Registrierung erfordern oder die Unterlagen verschlüsselt sein. Der Zugang zu den Vergabeunterlagen muss direkt sein, d.h. über einen „deep link“ muss der Bieter von der Bekanntmachung direkt zu den Vergabeunterlagen kommen.

CHECKLISTE

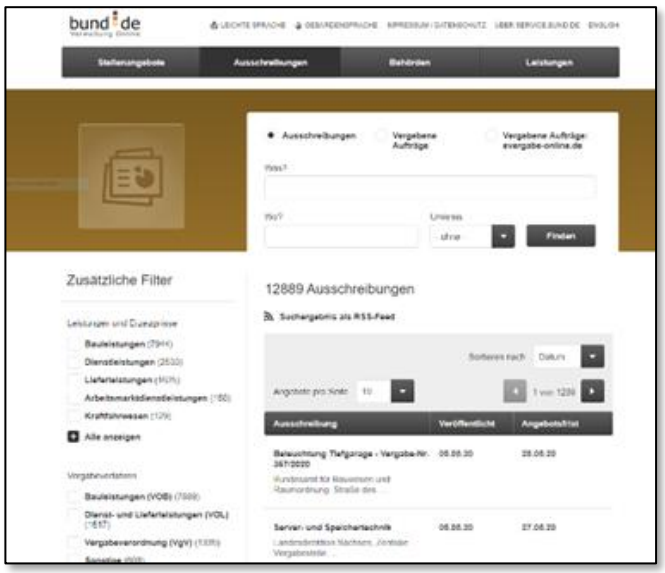
Inhalt einer EU-Bekanntmachung

- **Abschnitt I: Öffentlicher Auftraggeber**
  - Name, Anschrift, Ansprechpartner
  - Link zu den Vergabeunterlagen
- **Abschnitt II: Auftragsgegenstand**
  - Bau-, Liefer- oder Dienstleistung
  - Einzelauftrag, Rahmenvereinbarung oder dynamisches System
  - Losaufteilung
  - Nebenangebote zulässig
  - Umfang und Optionen
  - Fristen und Laufzeiten
- **Abschnitt III: Rechtliche, wirtschaftliche, finanzielle und technische Informationen**
  - Kautionen, Sicherheiten, Finanzierungs- und Zahlungsbedingungen
  - Besondere Auftragsausführungsbedingungen § 128 Abs. 2 GWB
  - Eignungsnachweise und Mindestanforderungen oder Verweis auf Unterlagen
- **Abschnitt IV: Verfahren**
  - Verfahrensart
  - Soll Teilnehmerkreis beschränkt werden? Ggf. Kriterien
  - Zuschlagskriterien
  - Fristen insbes. Bindefristen
- **Abschnitt VI: Zusätzliche Informationen**
  - Rechtsschutz (zuständige Vergabekammer)
  - Rechtsbehelfsfristen

b) Wo und wie finde ich sie?

Öffentliche Ausschreibungen sind in Deutschland bekannt zu machen. Dies geschieht in der Regel auf Internetportalen.

Alle Ausschreibungen sollen nach dem Willen des (Bundes-)Gesetzgebers auf der Veröffentlichungsplattform der Bundesrepublik Deutschland, www.bund.de, veröffentlicht werden. Dies trifft jedenfalls für alle Ausschreibungen des Bundes zu.



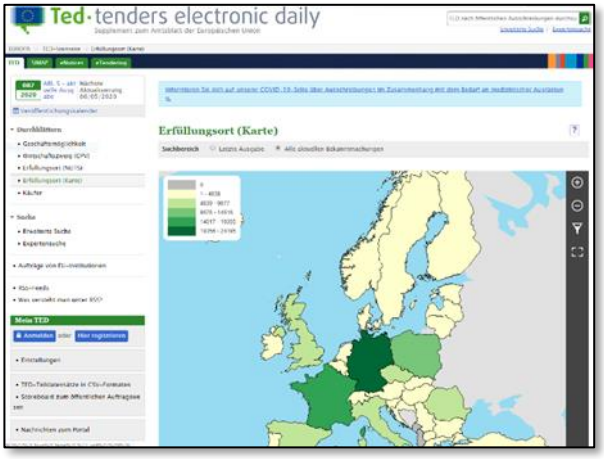
Wegen des föderalen Systems haben die meisten Bundesländer auch eigene Veröffentlichungsplattformen, zum Beispiel in Hessen die HAD.

Auf kommunaler Ebene ist die Ausschreibungsveröffentlichung sehr unterschiedlich. Häufig werden diese nur auf der Homepage der Kommune veröffentlicht.

Neben den amtlichen Veröffentlichungsplattformen gibt es auch noch zahlreiche gewerbliche, zum Teil auch branchenspezifische Portale, die sich der Veröffentlichung von Ausschreibungen widmen und professionelle Ausschreibungssuche anbieten. Die Suche mit diesen Portalen ist für Bieter in der Regel kostenpflichtig.

z.B. DTVP.de, Vergabe24.de, infodienst-ausschreibungen.de, iTWO Tender

Bekanntmachungen nach EU-Vergaberecht müssen gem. § 40 Abs. 1, 2 VgV zwingend auf der Veröffentlichungsplattform der EU, ted.europa.eu veröffentlicht werden.



Über die Suchfunktion der Veröffentlichungsplattformen können Bieter für sie passende Ausschreibungen suchen. Dafür können sie neben konkreten Suchbegriffen auch mit den sog. CPV-Codes (Common Procurement Vocabulary) suchen. Alle denkbaren Beschaffungsgegenstände wurden dafür einem bestimmten Zahlencode zugeordnet. Diese Codes sind im Anhang XIV zur Richtlinie 2014/24/EU festgelegt. Hierdurch soll eine einheitliche Gruppierung und Kennzeichnung der ausgeschriebenen Leistungen gesichert werden.

PRAXISTIPP

Es empfiehlt sich, gerade am Anfang verschiedene professionelle Ausschreibungssuchdienste zu testen, da die manuelle/eigene Suche häufig sehr zeitaufwendig und wenig effektiv ist!

CHECKLISTE

Was ist zu Beginn des Verfahrens zu tun?

- Bekanntmachung lesen und verstehen
- Vergabeunterlagen runterladen und auf Vollständigkeit prüfen
- Fehlende Unterlagen sofort nachfordern
- Entscheidung über Beteiligung
- Unklarheiten beseitigen → Bieterfrage stellen siehe VI. Nr. 4
- Bei Vergabeverstößen → unverzüglich Rügen siehe VIII. Nr. 1

II. Verfahrensarten und Ablauf

1. Verfahrensarten 13

a) Offenes Verfahren 14

b) Nicht offenes Verfahren 14

c) Verhandlungsverfahren 15

d) Innovationspartnerschaft 18

e) Wettbewerblicher Dialog 19

2. Fristen 19

a) Offenes Verfahren 19

b) Nicht offenes Verfahren/Verhandlungsverfahren 20

3. E-Vergabe 21

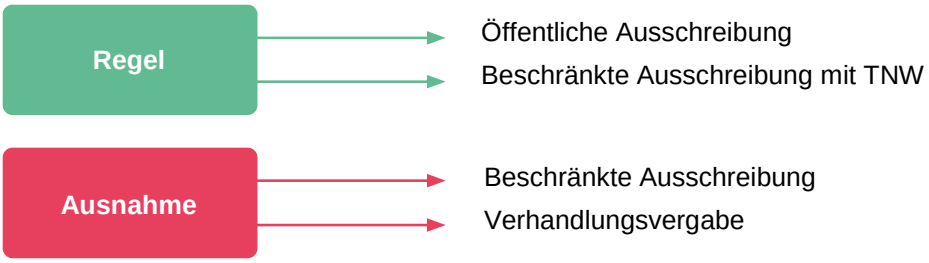
Das Vergaberecht bietet verschiedene Verfahren, um den unterschiedlichen Beschaffungsbedürfnissen Rechnung zu tragen. Die Wahl des Verfahrens obliegt dabei zwar unter den gesetzlichen Voraussetzungen den Auftraggebern, der Bieter sollte sich jedoch mit den Besonderheiten der einzelnen Verfahren vertraut machen, um sich erfolgreich zu beteiligen. Insbesondere die Fristen müssen vom Bieter immer eingehalten werden und auch diese variieren von Verfahren zu Verfahren.

PRAXISTIPP

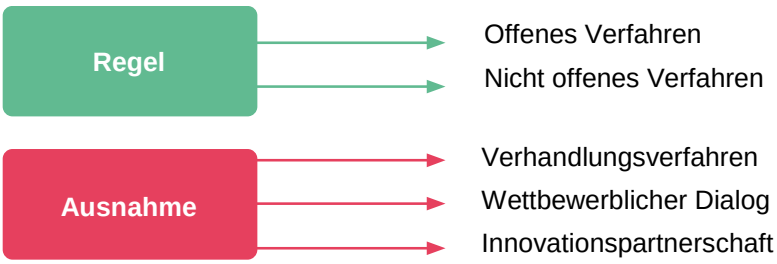
Mache Dich mit den Besonderheiten der verschiedenen Verfahren des Vergaberechts vertraut.

1. Verfahrensarten

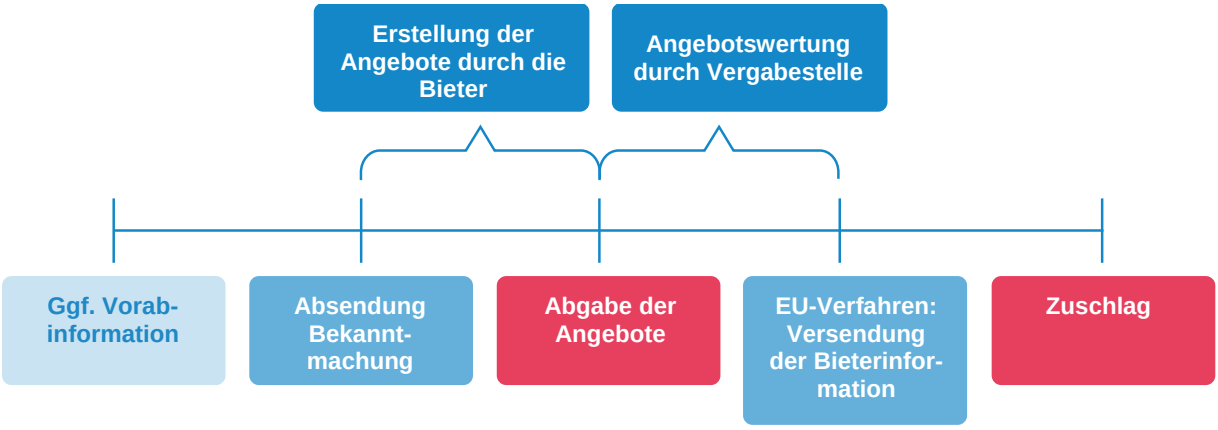
Nationale Vergabeverfahren



Europaweite Vergabeverfahren

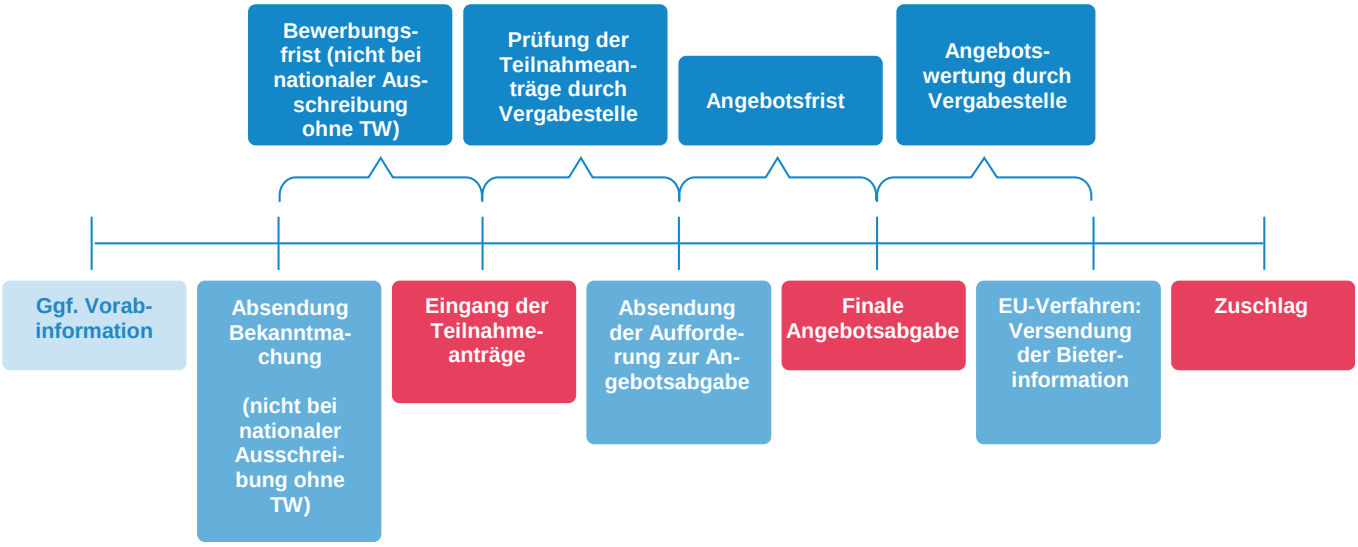


a) Offenes Verfahren



Das offene Verfahren ist der vergaberechtliche Regelfall und das am häufigsten gebräuchliche Verfahren. Dabei handelt es sich um ein fest vorgeschriebenes, einstufiges Verfahren ohne Teilnahmewettbewerb. Das Verfahren startet durch eine öffentliche Aufforderung, worauf sich eine unbeschränkte Zahl an Unternehmen beteiligen kann. Dabei gilt das Verhandlungsverbot. Der Auftraggeber stellt in den Vergabeunterlagen alle notwendigen Informationen zur Verfügung und der Bieter erstellt auf dieser Grundlage sein Angebot. Über diese Angebote wird dann durch die Vergabestelle des Auftraggebers entschieden, sowohl über die Eignung als auch den Zuschlag.

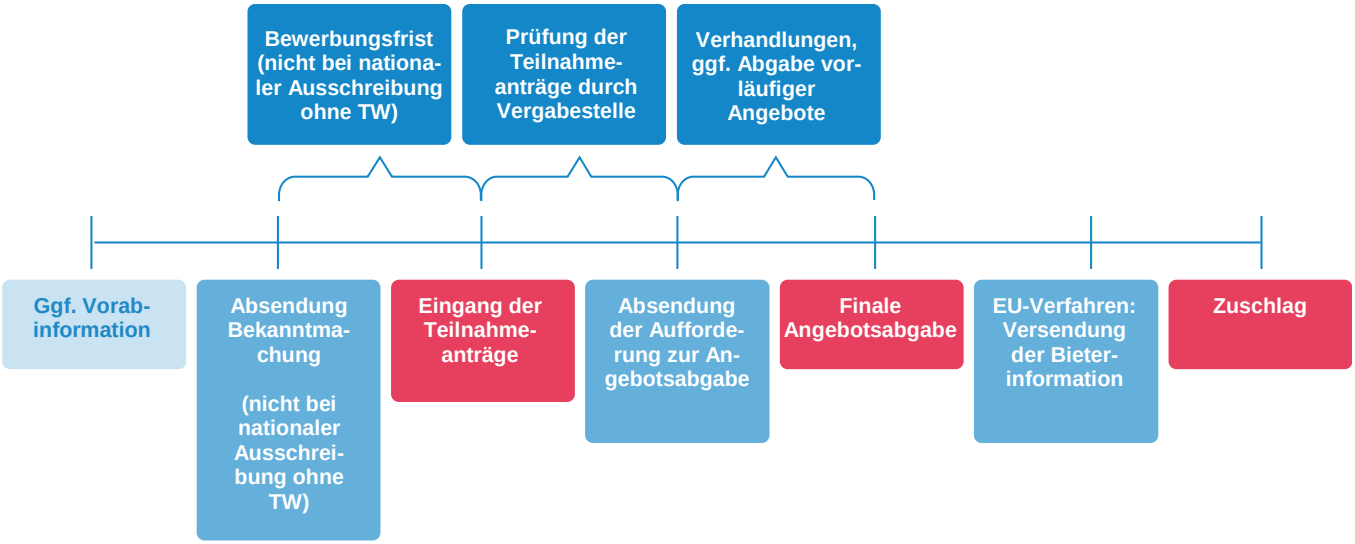
b) Nicht offenes Verfahren



Beim nicht offenen Verfahren handelt es sich um ein zweistufiges Verfahren, wobei der Angebotsphase ein Teilnahmewettbewerb vorgeschaltet wird. Im Teilnahmewettbewerb werden zunächst die geeigneten von den ungeeigneten Bewerbern getrennt, hier erfolgt die sog. „Eignungsprüfung“. Wenn mehr geeignete Bewerber vorhanden sind als aufgefordert werden sollen, werden in einem zweiten Schritt die geeigneten Unternehmen anhand der bekanntgemachten Kriterien ausgewählt. Dabei haben die Auftraggeber die Möglichkeit ein „mehr an Eignung“ zu berücksichtigen.

Nur aus diesem Feld werden die Unternehmen zur Angebotsabgabe aufgefordert und das zu bezuschlagende Unternehmen anhand des eingereichten Angebots nach den Zuschlagskriterien ausgewählt. Es gilt wie beim offenen Verfahren ein Verhandlungsverbot.

c) Verhandlungsverfahren



Das Verhandlungsverfahren wird in § 119 Abs. 5 GWB definiert, § 17 VgV beschreibt den Ablauf.

Es besteht die Möglichkeit ein Verhandlungsverfahren mit Teilnahmewettbewerb durchzuführen, der Teilnahmewettbewerb gestaltet sich dann wie beim nicht offenen Verfahren. Insoweit haben EU-weit alle Unternehmen die Möglichkeit sich zu beteiligen, allerdings findet der Angebotswettbewerb nur zwischen den geeigneten Bietern statt, welche zur Abgabe eines Erstangebotes aufgefordert werden. Beim Verhandlungsverfahren ist, wie der Name sagt, verhandeln ausdrücklich erlaubt. Dieses Verfahren ist nur möglich, sofern es nach § 14 Abs. 3 VgV erlaubt ist.

§

Dies ist der Fall, wenn:

1. die Leistung nicht ohne Anpassung erfüllt werden kann,
2. der Auftrag konzeptionelle oder innovative Lösungen umfasst,
3. die Leistung nicht ohne vorherige Verhandlungen vergeben werden kann,
4. die Leistung nicht genau genug beschrieben werden kann,
5. im Rahmen eines offenen oder nicht offenen Verfahrens kein annehmbares Angebot eingereicht wurde.

Beim Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb erfolgt keine unionsweite Aufforderung zur Abgabe von Teilnahmeanträgen, hier wendet sich der Auftraggeber direkt an in der Regel mindestens drei Unternehmen, um sie zur Abgabe von Erstangeboten aufzufordern. Hierbei wird der Wettbewerb stark beschränkt, so dass auch dies nur in den streng normierten Ausnahmefällen zulässig ist.

§

§ 14 Abs. 4 VgV erlaubt dies,

1. wenn in einem offenen oder nicht offenen Verfahren keine geeigneten Angebote eingegangen sind,
2. wenn der Auftrag nur von einem bestimmten Unternehmen erbracht werden kann, insbes. künstlerische Leistungen, kein technischer Wettbewerb, oder bei gewerblichen Schutzrechten,
3. wenn dringende Gründe die Fristen der anderen Verfahren nicht zulassen,
4. bei einer Lieferleistung ausschließlich zu Forschungszwecken,
5. bei zusätzlichen Lieferleistungen/Dienstleistungen (Nr.9) des ursprünglichen Auftragnehmers, wenn die Kontinuität zwingend ist,
6. bei Leistungen der Warenbörse,
7. im Rahmen von Insolvenzverfahren,
8. im Anschluss an Planungswettbewerbe i.S.v. § 69 VgV.

EXKURS

Wie ermittelt der Auftraggeber die Unternehmen, die er auffordern möchte?

Bsp. Ein Startup bietet eine Mobilitätskonzept für Kommunen. Könne und sollten Kommunen im Vorfeld angesprochen werden?

Die Auftraggeber ermitteln im Vorfeld eines Vergabeverfahrens im Rahmen einer Markterkundung ihren konkreten Beschaffungsbedarf. In diesem Zusammenhang ermitteln sie auch die in Frage kommenden Bieter. Daher ist es sogar sehr wichtig, dass die Startups im Rahmen ihres normalen Marketings/Vertriebs ihr Produkt auch bei Kommunen und anderen öffentlichen Auftraggebern – außerhalb eines konkreten Vergabeverfahrens – bewerben. Eine Kontaktsperre gibt es erst und nur, wenn ein Vergabeverfahren eingeleitet worden ist.

Es ist auch erlaubt, den Auftraggeber im Vorfeld einer Ausschreibung bei der Erstellung der Leistungsbeschreibung zu helfen. Hier muss allerdings darauf geachtet werden, dass die Leistungsbeschreibung produktneutral bleibt (siehe unter V. Nr.1). Außerdem ist der Auftraggeber verpflichtet, den Informationsvorsprung dieses „Projektanten“ auszugleichen. Das bedeutet, dass er im Vergabeverfahren den anderen Bietern alle Unterlagen geben muss, die der vorbefasste Bieter zur Verfügung hatte und ggfs. auch längere Fristen gewähren muss.

Zulässiger Verhandlungsgegenstand ist der gesamte Vertragsinhalt. Nach Abgabe der Erstangebote folgt die erste Verhandlungsrunde, in der im Austausch zwischen Auftraggeber und Bewerber das Angebot verbessert werden soll. Allerdings ist auch ein Zuschlag auf das Erstangebot ohne Verhandlungen möglich, sofern der Auftraggeber sich dies vorbehalten hat (§ 17 Abs. 11 VgV). Wenn der Auftraggeber diesen Vorbehalt nicht zieht, wird nach der ersten Verhandlungsrunde zur Abgabe eines überarbeiteten Angebots aufgefordert. Trotz Verhandlungen muss der ausgeschriebene Auftrag gewahrt werden, eine Aliud Beschaffung ist grundsätzlich nicht möglich. Darüber hinaus darf über die Mindestanforderungen und die Zuschlagskriterien nicht verhandelt werden. Die Prinzipien des Vergaberechts gelten auch im Verhandlungsverfahren. Nach einer vom Auftraggeber zu bestimmenden Anzahl an Verhandlungsrunden und Folgeangeboten wird das Verfahren durch eine Aufforderung zur Abgabe eines finalen Angebots beendet § 17 Abs. 14 VgV. Auf dieser Grundlage entscheidet die Vergabestelle des Auftraggebers über den Zuschlag. Über das finale Angebot darf nicht mehr verhandelt werden.

EXKURS

„unique selling position“ und Ausschließlichkeitsrechte

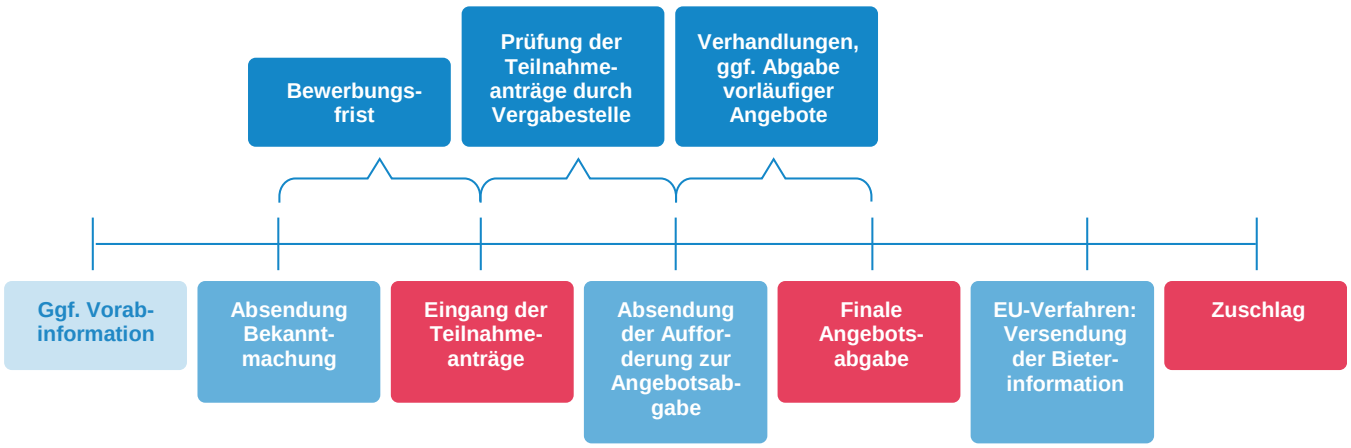
Startups bieten laut Definition innovative Leistungen an. Bei solchen können also Ausschließlichkeitsrechte
vorliegen oder jedenfalls kein Markt bzw. Wettbewerb für das Produkt bestehen.

Für diesen Fall ist nach § 14 Abs. 4 Nr. 2 VgV das Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb vorgesehen. Hierdurch wird Art. 32 Abs. 2 lit. b der RL 2014/24/EU umgesetzt. Es handelt sich bei der Vorschrift um einen Ausnahmetatbestand, der restriktiv auszulegen ist. Der Auftraggeber ist verpflichtet nachzuweisen, dass tatsächlich nur ein Unternehmen in Frage kommt. Voraussetzung dafür ist in der Regel eine Markterkundung, die u.a. darlegt, dass es keine vernünftigen Alternativen gibt und der mangelnde Wettbewerb nicht durch künstliche Einschränkungen der Auftragsparameter entstanden ist.

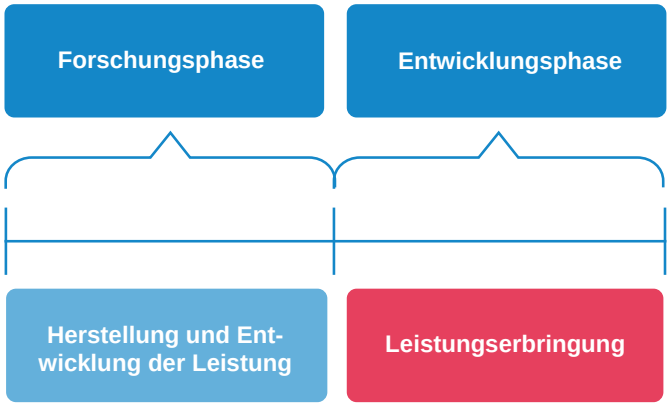
Ein besonders diskutierter Fall ist die Kompatibilität von Alt- und Neusystemen vor dem Hintergrund der Systemsicherheit und dem Umstellungsaufwand. Neben solchen technischen Aspekten können auch rechtliche Gründe eine Ausnahme begründen. Dies ist insbesondere bei Ausschließlichkeitsrechten wie Patent- und Urheberrechten (z.B. eingetragene Warenzeichen, Vertriebslizenzen, gewerbliche Schutzrechte) der Fall. Auch Eigentum und ähnliche Positionen an Grundstücken fallen hierunter. Neben die Existenz der Ausschließlichkeitsrechte muss allerdings weiterhin treten, dass nur die dadurch geschützte Leistung den Bedarf des Auftraggebers erfüllen kann, die der vorbefasste Bieter zur Verfügung hatte und ggfs. auch längere Fristen gewähren muss.

d) Innovationspartnerschaft

Die Innovationspartnerschaft eignet sich besonders für die Beteiligung von Startups. Dabei wird in Kooperation mit dem öffentlichen Auftraggeber eine innovative Lösung für den Beschaffungsbedarf entwickelt. Dadurch ist dieses Verfahren durch Offenheit und Flexibilität geprägt. Damit steht es im Gegensatz zu den oft starr anmutenden Verfahren der öffentlichen Ausschreibung. Sowohl für den Auftraggeber als auch den Bieter birgt dieses Verfahren die Möglichkeit, genau aufeinander abgestimmte Produkte zu entwickeln und an der Fortentwicklung und Gestaltung von Lösungsansätzen mitzuwirken. Die Innovationspartnerschaft beginnt mit einem EU-weiten Teilnahmewettbewerb wie beim nicht offenen Verfahren. Die geeigneten Unternehmen werden zur Angebotsabgabe aufgefordert. Daraufhin verhandeln die Beteiligten über die Erst- und Folgeangebote, um diese inhaltlich zu verbessern. Es darf über alles außer die Zuschlagskriterien verhandelt werden. Die Innovationspartnerschaft wird durch Zuschlag auf eines oder mehrere Angebote beendet. Der Zuschlag darf dabei nicht allein auf Grund des niedrigsten Preises ergehen.



Die spätere Innovationspartnerschaft teilt sich in eine Forschungs- und Entwicklungsphase, in der die Leistung hergestellt und entwickelt wird, sowie eine Leistungsphase, in der die Leistung tatsächlich erbracht wird. Der Auftraggeber ist zum Erwerb dieser Leistung nur dann verpflichtet, wenn sie das festgelegte Leistungsniveau erfüllt und die Kostenobergrenze einhält.



e) Wettbewerblicher Dialog

Der wettbewerbliche Dialog ist unter den gleichen Voraussetzungen des § 14 Abs. 3 VgV zulässig wie das Verhandlungsverfahren mit Teilnahmewettbewerb. Dabei sollen Leistungen beschaffen werden, deren finale Ausgestaltung nach den Bedürfnissen des Auftraggebers im Dialog mit den Bietern entwickelt wird. Das Gebot der eindeutigen und erschöpfenden Leistungsbeschreibung nach § 31 Abs. 1 Nr. 1 VgV gilt in diesem Rahmen nicht. Der wettbewerbliche Dialog ist in drei Phasen untergliedert, die Auswahl-, Dialog- und Angebotsphase. In der Auswahlphase bestimmt der Auftraggeber seinen Beschaffungsbedarf, sowie seine Eignungs- und Zuschlagskriterien. Im Rahmen eines EU-weiten Teilnahmewettbewerbs analog des Verhandlungsverfahrens können sich Unternehmen bewerben. Auf Grundlage dieser Bewerbungen wählt der Auftraggeber mindestens drei geeignete Unternehmen aus, die sich an der Dialogphase beteiligen können. Diese gestaltet der Auftraggeber weitgehend frei, allerdings muss sie der Ermittlung und Festlegung des Beschaffungsgegenstandes dienen und die Gebote der Gleichbehandlung und Vertraulichkeit gewahrt werden. Der Dialog kann in einer Phase oder mehrphasig gestaltet werden. Der Auftraggeber informiert die Dialogteilnehmer über den Abschluss der Dialogphasen, wenn er die Lösungen für seinen Beschaffungsbedarf ermittelt hat. Die verbliebenen Dialogteilnehmer werden zur Angebotsabgabe aufgefordert und auf diese Angebote wird bezuschlagt.

2. Fristen

a) Offenes Verfahren

Bezeichnung der Frist	Fristdauer in Kalendertagen	Berechnung Fristbeginn	Vorschriften
Angebotsfrist	mindestens 30 Tage	Tag nach Absendung der Bekanntmachung	§ 15 Abs. 2 VgV § 10a EU Abs. 1 VOB/A § 14 Abs. 2 SektVO § 15 Abs. 4 VgV § 10a EU Abs. 4 VOB/A § 14 Abs. 4 SektVO
Verlängerung der Angebotsfrist, außer im Falle von Dringlichkeit, wenn Vergabeunterlagen nicht elektronisch zur Verfügung gestellt werden	+ 5 Tage	-------	§ 41 Abs. 2 VgV § 10a EU Abs. 5 VOB/A § 41 Abs. 3 SektVO
Verlängerung der Angebotsfrist bei Maßnahmen zum Schutz der Vertraulichkeit	+ 5 Tage	-------	§ 41 Abs. 3 VgV § 10 a Abs. 5 2. Abs. VOB/A § 41 Abs. 4 SektVO
Frist für die Beantwortung von Bieterfragen	Grds 6 Tage, bei Dringlichkeit 4 Tage	Vor Ablauf der Angebotsfrist	§ 20 Abs. 3 VgV, § 10a EU Abs. 6 VOB/A § 16 Abs. 3 SektVO

b) Nicht offenes Verfahren/Verhandlungsverfahren

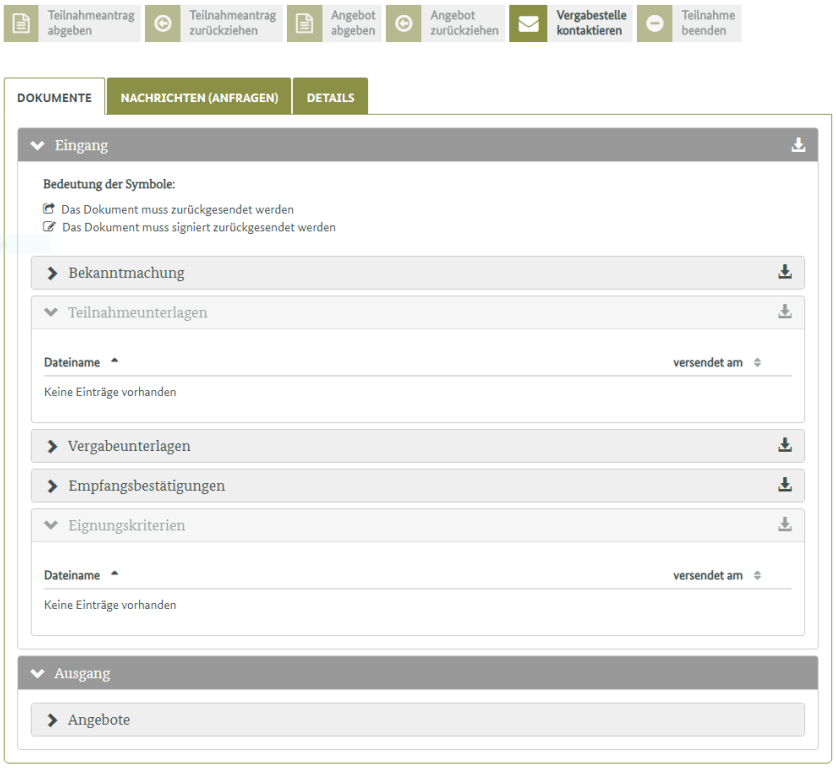
Bezeichnung der Frist	Fristdauer in Kalendertagen	Berechnung Fristbeginn	Vorschriften
Teilnahmefrist	mindestens 30 Tage, auf keinen Fall weniger als 15 Tage	Tag nach Absendung der Bekanntmachung	§ 16 Abs. 2 VgV § 10b Abs. 1 VOB/A § 17 Abs. 2 VgV § 15 Abs. 2 SektVO
Angebotsfrist	Mindestens 25 Tage	Tag nach Absendung der Aufforderung zur Angebotsabgabe	§ 16 Abs. 5 VgV § 10b Abs. 2 VOB/A § 17 Abs. 6 VgV § 16 Abs. 8 VgV, § 17 Abs. 9 VgV, § 10b Abs. 4 VOB/A
Angebotsfrist	Im gegenseitigen Einvernehmen, sonst mindestens 10 Tage	Tag nach Absendung der Aufforderung zur Angebotsabgabe	§ 15 Abs. 3 SektVO, § 16 Abs. 6–8 VgV, § 17 Abs. 7–9 VgV VOB/A
Angebotsfrist bei Veröffentlichung Vorinformation	mindestens 10 Tage	Tag nach Absendung der Aufforderung zur Angebotsabgabe	§ 38 Abs. 3 VgV § 10b EU Abs. 2 VOB/A
Verlängerung der Angebotsfrist, außer im Falle von Dringlichkeit, wenn Vergabeunterlagen nicht elektronisch zur Verfügung gestellt werden	+ 5 Tage	-------	§ 41 Abs. 2 VgV § 11b EU Abs. 1 VOB/A § 41 Abs. 3 SektVO
Frist für Beantwortung von Bieterfragen	Grds. 6 Tage, bei Dringlichkeit 4 Tage	Vor Ablauf Angebotsfrist	§ 20 Abs. 3 VgV, § 10b EU Abs. 6 Nr. 1 VOB/a § 16 Abs. 3 SektVO

3. E-Vergabe

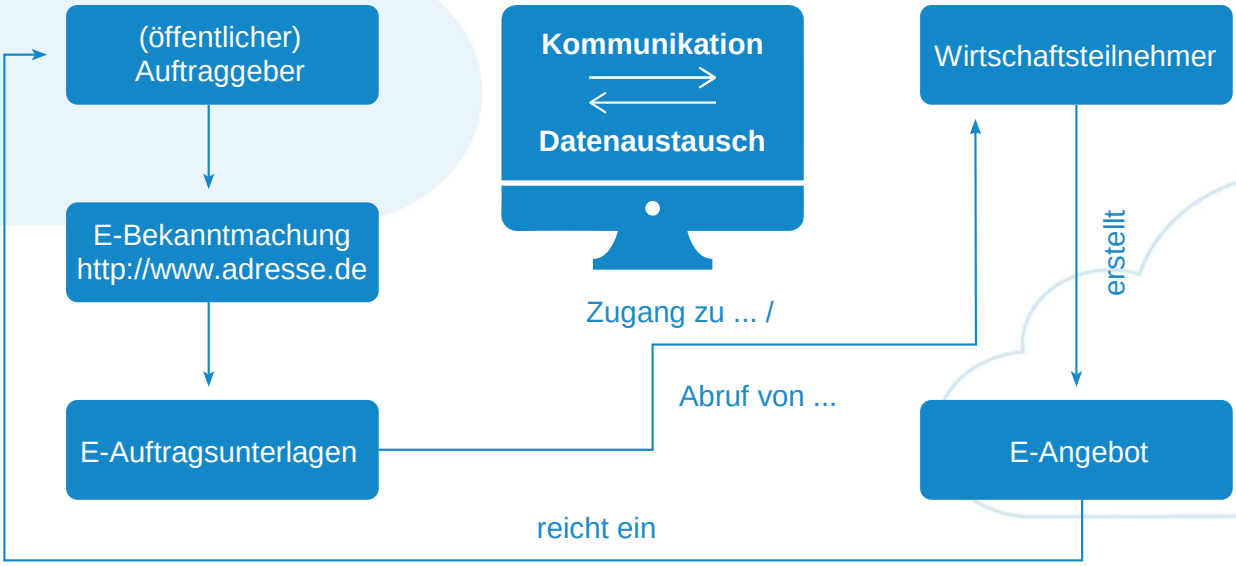
Die Durchführung des Vergabeverfahrens muss mittels elektronischer Mittel erfolgen. Dies ist die sog. e-Vergabe. Diese Regeln muss auch der Bieter im Austausch mit dem Auftraggeber beachten. **Dazu nutzen die Auftraggeber in der Regel sog. E-Vergabeplattformen**. Darüber müssen die Bieter jegliche Kommunikation mit dem Auftraggeber abwickeln, d.h. insbesondere Teilnahmeanträge, Angebote und Bieterfragen werden in elektronischer Form abgegeben.

BEISPIEL

www.evergabe-online.de



Für die rechtzeitige Übermittlung zählt der vollständige Upload. Die Übermittlung erfolgt grundsätzlich in Textform. Fortgeschrittene bzw. qualifizierter elektronische Signaturen darf der Auftraggeber nur ausnahmsweise verlangen. Im Unterschwellenbereich ist die e-Vergabe noch nicht flächendeckend umgesetzt.


(öffentlicher) Auftraggeber
E-Bekanntmachung http://www.adresse.de
E-Auftragsunterlagen
Kommunikation
Datenaustausch
Zugang zu ... /
Abruf von ...
Wirtschaftsteilnehmer
erstellt
E-Angebot
reicht ein

III. Die Größe der Leistung als Herausforderung

1. Welche Möglichkeiten eröffnet der Auftraggeber? 24

a) Die Aufteilung und Limitierung von Losen 24

b) Die Zulassung von Nebenangeboten – Wie gebe ich ein wirksames Nebenangebot ab? 25

2. Welche Maßnahmen kann man als Bieter ergreifen? 27

a) Die Bietergemeinschaft 27

(1) Rechtsform einer Bietergemeinschaft 27

(2) Zusätzliche Anforderungen an das Angebot einer Bietergemeinschaft 27

b) Nachunternehmereinsatz 28

(1) Benennung 28

(2) Rechtsfolgen 29

Öffentliche Aufträge haben oft ein enormes Volumen und übersteigern die Kapazitäten von kleinen und mittleren Unternehmen (KMU) und Startups somit oft in ihrer Gesamtheit. Dies ist jedoch nicht zwingend, das Vergaberecht bietet eine Reihe von Instrumenten, um die Größe der zu vergebenden Aufträge zu reduzieren. Dies beruht nicht zuletzt auf der Vorgabe des § 97 Abs. 4 GWB zur Förderung und Berücksichtigung mittelständischer Interessen bei der Konzipierung von Aufträgen. Neben der in § 97 Abs. 4 S.2 GWB geforderten Aufteilung von Aufträgen in Lose kommen dazu auch Bietergemeinschaften, Nachunternehmer und Nebenangebote in Betracht. Im Folgenden sollen die Möglichkeiten für Bieter erläutert werden, sich erfolgreich auch für größere Aufträge zu bewerben.

1. Welche Möglichkeiten eröffnet der Auftraggeber?

Dem Auftraggeber stehen eine Reihe von Instrumenten zur Aufteilung seines Beschaffungsbedarf zur Verfügung. Der Bieter hat zwar kaum Möglichkeiten, auf die tatsächliche Nutzung durch öffentliche Auftraggeber einzuwirken, allerdings ist es wichtig, diese Instrumente in einer Bekanntmachung zu erkennen und bei der Angebotsabgabe für sich zu nutzen.

a) Die Aufteilung und Limitierung von Losen

Auszug aus einer EU-Bekanntmachung

II.1.7) **Angaben zur Vergabe von Unteraufträgen**
Der Bieter muss im Angebot alle Auftragsteile, die er möglicherweise an Dritte zu vergeben gedenkt, sowie alle vorgeschlagenen Unterauftragnehmer und die Gegenstände der Unteraufträge angeben
Der Bieter muss alle Änderungen angeben, die sich bei Unterauftragnehmern während der Auftragsausführung ergeben

II.1.8) **Lose**
Aufteilung des Auftrags in Lose: ja
Angebote sind möglich für ein oder mehrere Lose

II.1.9) **Angaben über Varianten/Alternativangebote**
Varianten/Alternativangebote sind zulässig: nein

II.2) **Menge oder Umfang des Auftrags**

§

„Mittelständische Interessen sind bei der Vergabe öffentlicher Aufträge vornehmlich zu berücksichtigen. Leistungen sind in der Menge aufgeteilt (Teillose) und getrennt nach Art oder Fachgebiet (Fachlose) zu vergeben. Mehrere Teil- oder Fachlose dürfen zusammen vergeben werden, wenn wirtschaftliche oder technische Gründe dies erfordern. […]“

§ 97 Abs. 4 GWB (ähnlich § 5 VOB/A, § 22 Abs. 1 S. 1,2 UVgO

Demnach sind öffentliche Auftraggeber grundsätzlich verpflichtet, ihren Beschaffungsbedarf – sofern für eine Gesamtvergabe keine technischen oder wirtschaftlichen Gründe gegeben sind – auf mehrere Lose aufzuteilen.

- **Teillose** beschreibt dabei die quantitative Aufteilung eines qualitativ gleichartigen Gesamtauftrags.
- **Fachlose** werden hingegen qualitativ nach Art oder Fachgebiet aufgeteilt.

Als Bieter kann man sich in diesem Fall auf nur einen Teil des Gesamtauftrages bewerben, sodass der Umfang reduziert ist. Davon sollten gerade kleinere und innovative Unternehmen Gebrauch machen.

Der Auftraggeber kann bestimmen, für wie viele Lose ein Unternehmen Angebote abgeben darf (Angebotslimitierung) oder bezuschlagt werden darf (Zuschlagslimitierung). Für den Bieter ist insbesondere die Angebotslimitierung zu beachten, wobei diese in der Praxis eher selten genutzt wird. Bei der Zuschlagslimitierung ist der Auftraggeber verpflichtet, in den Vergabeunterlagen die Kriterien anzugeben, die er bei der Vergabe der Lose anwenden möchte, wenn nicht alle Lose an den besten Bieter gehen können.

Wird ein Auftrag nicht in Lose unterteilt, ist der Auftraggeber verpflichtet, dies zu begründen und zu dokumentieren. Einsicht in die Vergabedokumentation hat der Bieter allerdings nur im Rahmen eines Nachprüfungsverfahrens, insofern ist dies vorab schwer nachzuvollziehen. Werden mehrere Lose zusammen vergeben, ist dies nur ausnahmsweise gestattet, sofern technische oder wirtschaftliche Gründe dies erfordern. Dagegen können sich potentielle Bieter im Rahmen eines Nachprüfungsverfahrens wehren. Allerdings haben Bieter keinen unbedingten Anspruch auf eine Losaufteilung, sondern lediglich einen Anspruch auf ermessensfehlerfreie Prüfung durch den Auftraggeber. Der Auftraggeber ist also nur verpflichtet, die Möglichkeit einer Losaufteilung konkret, gewissenhaft und ausführlich zu prüfen und eine Ablehnung zu dokumentieren. Grundsätzlich ist als erster Schritt immer eine Bieterfrage in Erwägung zu ziehen. Dazu mehr unter VI. Nr. 4.

b) Die Zulassung von Nebenangeboten – Wie gebe ich ein wirksames Nebenangebot ab?

Unter einem Nebenangebot ist ein Angebot zu verstehen, dessen Inhalt der Bieter in Abweichung von der Leistungsbeschreibung und/oder von den Vertragsbedingungen bestimmt.

!

In Frage kommen insbesondere:

- Änderungen in technischer Hinsicht (z.B. andere Materialien, Verfahren, Umplanungen),
- Änderungen der Leistungsumstände (z.B. Zeitablauf),
- kaufmännische Nebenangebote (z.B. andere Zahlungsbedingungen, Preisvorbehalte, Sicherheiten, Preisnachlässe mit Bedingungen),
- rechtliche Änderungen (z.B. Formulierung anderer Zahlungsbedingungen, andere Vertragsregeln).

Jedenfalls muss der Auftragsgegenstand erhalten bleiben.

Grundsätzlich sind Nebenangebote im Vergabeverfahren nur zulässig, wenn der Auftraggeber sie ausdrücklich in der Bekanntmachung oder der Aufforderung zur Interessensbestätigung zulässt. Im Unterschwellenbereich können Nebenangebote auch noch in den Vergabeunterlagen zugelassen werden. Die gesetzlichen Regeln zu Nebenangeboten finden sich in § 35 VgV, § 33 SektVO und § 25 UVgO.

Lässt der Auftraggeber Nebenangebote zu, muss er in der Bekanntmachung oder den Vergabeunterlagen festlegen:

- welche Mindestanforderungen an die Nebenangebote gestellt werden
- in welcher Art und Weise Nebenangebote einzureichen sind
- und welche Zuschlagskriterien gelten, dies müssen die gleichen sein, wie für Hauptangebote.

!

Ein wirksames Nebenangebot gibt man nur ab, sofern man die Vorgaben des Auftraggebers konsequent einhält. Änderungen sind nur möglich, soweit sie ausdrücklich erlaubt sind.

BEISPIEL 1

für Anforderungen an Nebenangeboten

5. Nebenangebote:
5.1. Nebenangebote müssen die geforderten Mindestanforderungen erfüllen; dies ist mit Angebotsabgabe nachzuweisen.
5.2. Der Bieter hat die in Nebenangeboten enthaltenen Leistungen eindeutig und erschöpfend zu beschreiben; die Gliederung des Leistungsverzeichnisses ist, soweit möglich, beizubehalten.
Nebenangebote müssen alle Leistungen umfassen, die zu einer einwandfreien Ausführung der Bauleistung erforderlich sind. Soweit der Bieter eine Leistung anbietet, deren Ausführung nicht in Allgemeinen Technischen Vertragsbedingungen oder in den Vergabeunterlagen geregelt ist, hat er im Angebot entsprechende Angaben über Ausführung und Beschaffenheit dieser Leistung zu machen.
5.3. Nebenangebote sind, soweit sie Teilleistungen (Positionen) des Leistungsverzeichnisses beeinflussen (ändern, ersetzen, entfallen lassen, zusätzlich erfordern), nach Mengenansätzen und Einzelpreisen aufzugliedern (auch bei Vergütung durch Pauschalsumme); Möglicherweise geforderte Mindeststandards:
5.4. Nebenangebote, die den Nummern 5.1 bis 5.3 nicht entsprechen, werden von der Wertung ausgeschlossen.

BEISPIEL 2

für Vorgaben zu Nebenangeboten in der Bekanntmachung:

Abschnitt VI: Weitere Angaben

VI.3) **Zusätzliche Angaben**:
Es handelt sich um ein ausschließlich elektronisches Vergabeverfahren. Die zur Nutzung der e-Vergabe-Plattform einzusetzenden elektronischen Mittel sind die Clients der e-Vergabe-Plattform und die elektronischen Werkzeuge der e-Vergabe-Plattform. Diese werden über die mit „Anwendungen" bezeichneten Menüpunkte auf „www.evergabe-online.de" zur Verfügung gestellt. Hierzu gehören für Unternehmen der Angebots-Assistent (AnA) und der Signatur-Client für Bieter (Sig-Client) für elektronische Signaturen. Die technischen Parameter der zur Einreichung von Teilnahmeanträgen, Angeboten und Interessensbestätigungen verwendeten elektronischen Mittel sind durch die Clients der e-Vergabe-Plattform und die elektronischen Werkzeuge der e-Vergabe-Plattform bestimmt. Verwendete Verschlüsselungs- und Zeiterfassungsverfahren sind Bestandteil der Clients der e-Vergabe-Plattform sowie der Plattform selber und der elektronischen Werkzeuge der e-Vergabe-Plattform. Weitergehende Informationen stehen auf https://www.evergabe-online.info bereit.
Das Angebot, der ausgefüllte Preiskatalog, eine aussagekräftige Konzeptbeschreibung sowie die geforderten Eigenerklärungen sind rechtsverbindlich (elektronisch bzw. handschriftlich) zu unterschreiben. Der Angebotspreis ist in Netto anzugeben (vgl. Anlage 1). Nebenangebote werden nicht zugelassen. Eine Präsentation des Angebots bleibt bei Bedarf vorbehalten.
Nicht form- und fristgerecht sowie unvollständig eingehende Angebote und Angebote, welche Änderungen am Preisblatt/Preiskatalog, den Anlagen oder am Projektleitfaden beinhalten, finden bei der Auswertung keine Berücksichtigung.
Das Angebot muss in deutscher Sprache abgefasst sein. Dies gilt auch für Rückfragen und Schriftverkehr.
Die vollständigen Angebotsunterlagen für jedes Los sind in einem Unterordner zusammenzufassen. Der Unterordner für das jeweilige Los ist folgendermaßen zu beschriften: GAB_NrLos_NameFirma
Beachten Sie auch das pdf-Dokument „Erläuterung".

VI.4) **Rechtsbehelfsverfahren/Nachprüfungsverfahren**

2. Welche Maßnahmen kann man als Bieter ergreifen?

Bieter können sich nur auf die Aufträge bewerben, die auch ausgeschrieben wurden. Interessiert sich ein Bieter für einen Auftrag, der die eigenen Kapazitäten überschreitet und der nicht in Lose aufgeteilt ist, gibt es dennoch Möglichkeiten der Beteiligung, z. B. die Bildung einer Bietergemeinschaft oder die Hinzuziehung von Nachunternehmen.

a) Die Bietergemeinschaft

! Bei einer Bietergemeinschaft schließen sich mehrere Unternehmen projektbezogen oder längerfristig zusammen, um sich auf einen oder mehrere Aufträge zu bewerben. Die gemeinschaftliche Bewerbung muss für den Auftraggeber erkennbar sein.

Vergaberechtlich sind Bietergemeinschaften grundsätzlich zulässig und genauso zu behandeln wie Einzelbieter. Probleme können sich kartellrechtlich u.U. bei Bietergemeinschaften gleichartiger Unternehmen ergeben. In diesen Fällen müsste vorsorglich begründet werden, dass z.B. aus Kapazitätsgründen eine Beteiligung an der Ausschreibung ohne Partner nicht möglich wäre.

(1) Rechtsform einer Bietergemeinschaft

Gemäß § 43 Abs. 2 VgV darf der öffentliche Auftraggeber nicht verlangen, dass eine Gruppe, die gemeinsam ein Angebot abgeben möchte, eine bestimmte Rechtsform haben muss. Gemäß Abs. 3 VgV kann der Auftraggeber aber verlangen, dass die Bietergemeinschaft nach Zuschlagserteilung eine bestimmte Rechtsform annimmt, soweit dies für die ordnungsgemäße Durchführung des Auftrags erforderlich ist.

In Deutschland handelt es sich bei Bietergemeinschaften zumeist um Gesellschaften bürgerlichen Rechts nach den §§ 705 ff. BGB, wenn mindestens zwei Parteien sich zusammentun, um sich an einem Vergabeverfahren zu beteiligen. Da die GbR rechtsfähig ist und ihre Gesellschafter gesamtschuldnerisch haften, ist den berechtigten Belangen und Interessen des Auftraggebers durch Gründung einer GbR in den meisten Fällen Genüge getan.

(2) Zusätzliche Anforderungen an das Angebot einer Bietergemeinschaft

Bietergemeinschaften müssen eine sog. Bietergemeinschaftserklärung nach § 53 Abs. 9 VgV vor Zuschlagserteilung beibringen, in dem jedes Mitglied der Bietergemeinschaft sowie ein bevollmächtigter Vertreter benannt wird.

Außer unter bestimmten Voraussetzungen im Rahmen von Verhandlungsverfahren sind Änderungen der Zusammensetzung von Bietergemeinschaften nach Angebotsabgabe in der Regel unzulässig.

Der öffentliche Auftraggeber kann in den Vergabeunterlagen Bedingungen festlegen, wie Gruppen von Unternehmen die Eignungskriterien zu erfüllen und den Auftrag auszuführen haben. Diese Bedingungen sind zwingend einzuhalten. Steht in den Vergabeunterlagen nichts zu den Eignungskriterien, gilt, dass der bevollmächtigte Vertreter alle Eigenerklärungen auch für die Bietergemeinschaftsmitglieder abgeben darf. Angaben zu Umsätzen, Versicherungen und Personal sollten für jedes Mitglied gesondert aufgeführt werden. Referenzen werden insgesamt aufgeführt.

b) Nachunternehmereinsatz

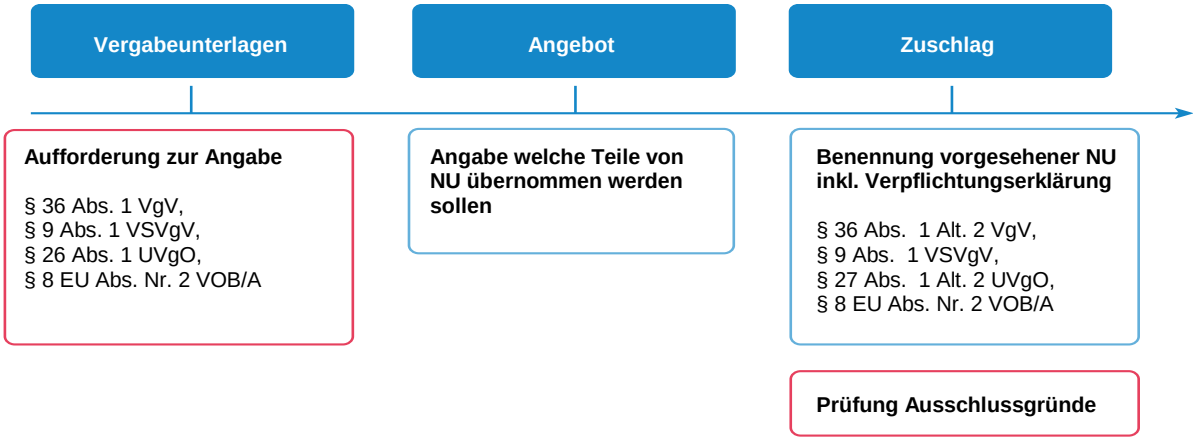
§

Der Einsatz von Nachunternehmern ist in § 36 VgV, §5 UVgO, § 4 Abs. 8 VOB/A, §§ 4 Abs. 2, 9, 41 VSVgV geregelt. „Ein Unternehmen, das sich an der Erbringung der vom Auftraggeber geforderten und vom Auftragnehmer originär geschuldeten Leistung **selbständig beteiligt**. Dabei steht das Unternehmen zum Auftragnehmer im Vertragsverhältnis, nicht aber zum Auftraggeber."

Nachunternehmer werden primär für Aufgaben eingesetzt, die der Bieter nicht selber erbringen kann oder möchte. Dabei wird der Nachunternehmer im Auftrag und auf Rechnung des Bieters tätig und steht grundsätzlich nicht direkt mit dem Auftraggeber in einem Vertragsverhältnis. Das Gesetz verwendet den Begriff Unterauftragnehmer, ein weiteres sehr verbreitetes Synonym ist Subunternehmer. Der Nachunternehmer kann auf allen Stufen des Auftrages tätig werden, allerdings zählen dazu nicht reine Hilfsleistungen. Auch reine Lieferanten sind keine Nachunternehmer.

Das oben beschriebene Selbstausführungsgebot kann auch für Nachunternehmer gelten.

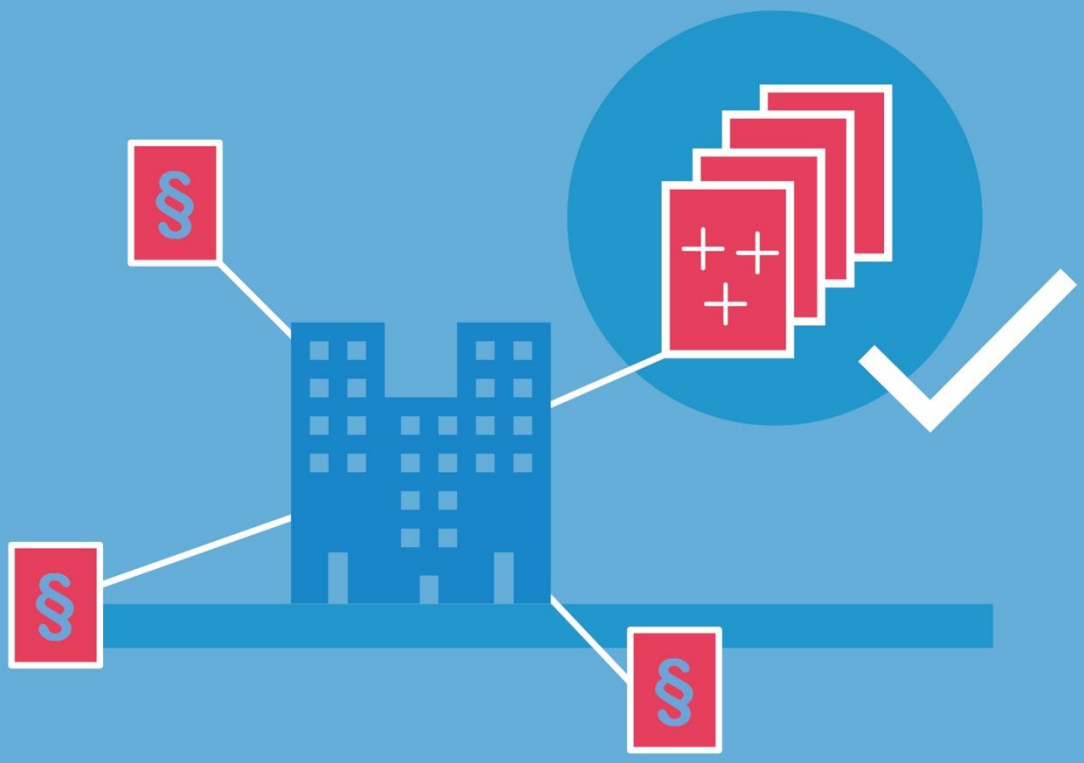
(1) Benennung



Die Benennung von Nachunternehmern darf nicht bereits mit dem Teilnahmeantrag oder mit dem Angebot verlangt werden. Allerdings muss der Bieter je nach Verfahren mit dem Teilnahmeantrag oder dem Angebot jedenfalls ein Verzeichnis abgeben, das die beabsichtigte Art und den Umfang der Nachunternehmerleistungen benennt. Ob auch die konkreten Nachunternehmer bereits bei Angebotsabgabe benannt werden müssen, hängt von der Zumutbarkeit im Einzelfall ab. Die Benennung muss jedenfalls vor Zuschlagserteilung erfolgen, dann müssen auch die Eignungsnachweise sowie ein Nachweis über die tatsächliche Verpflichtung des Nachunternehmers vorgelegt werden, in der Regel ist eine Verpflichtungserklärung dafür ausreichend.

(2) Rechtsfolgen

Es ist unklar, ob bei fehlenden Angaben zum Nachunternehmereinsatz von Seiten des Auftraggebers nachgefordert werden darf. Gesetzlich nicht geregelt ist, ob eine Eignungsprüfung der Nachunternehmer erfolgen muss. § 36 Abs. 5 VgV verpflichtet den Auftraggeber allerdings ausdrücklich zur Überprüfung des Nachunternehmers auf Ausschlussgründe vor Zuschlagserteilung. Liegen zwingende Ausschlussgründe beim Nachunternehmer vor, muss der Auftraggeber den Bieter verpflichten den Nachunternehmer durch ein anderes Unternehmen zu ersetzen. Liegen nur fakultative Ausschlussgründe vor, kann der Auftraggeber den Bieter dazu verpflichten. Dabei kann dem Bieter eine Frist gesetzt werden, wird der Bieter daraufhin nicht tätig oder erfüllt das neue Unternehmen die Eignung auch nicht, kann der Bieter direkt ausgeschlossen werden oder die Wertung des Bieters ohne Nachunternehmer vorgenommen werden.



IV. Die Eignungskriterien als erste Hürde im Vergabeverfahren

1. Ablauf der Eignungsprüfung 31

2. Inhalt der Eignungskriterien 32

a) Befähigung und Erlaubnis zur Berufsausübung 32

b) Wirtschaftliche und finanzielle Leistungsfähigkeit 32

c) Technische und berufliche Leistungsfähigkeit 33

d) Referenzen 34

e) Nachweismöglichkeiten 35

3. Eignungsleihe – was kann ich machen, wenn ich die Eignungskriterien nicht erfülle? 37

a) Selbstausführungsgebot 38

b) Benennung 38

c) Rechtsverhältnis und -folgen 38

4. Ausschlussgründe 39

a) Zwingende Ausschlussgründe 39

b) Fakultative Ausschlussgründe 40

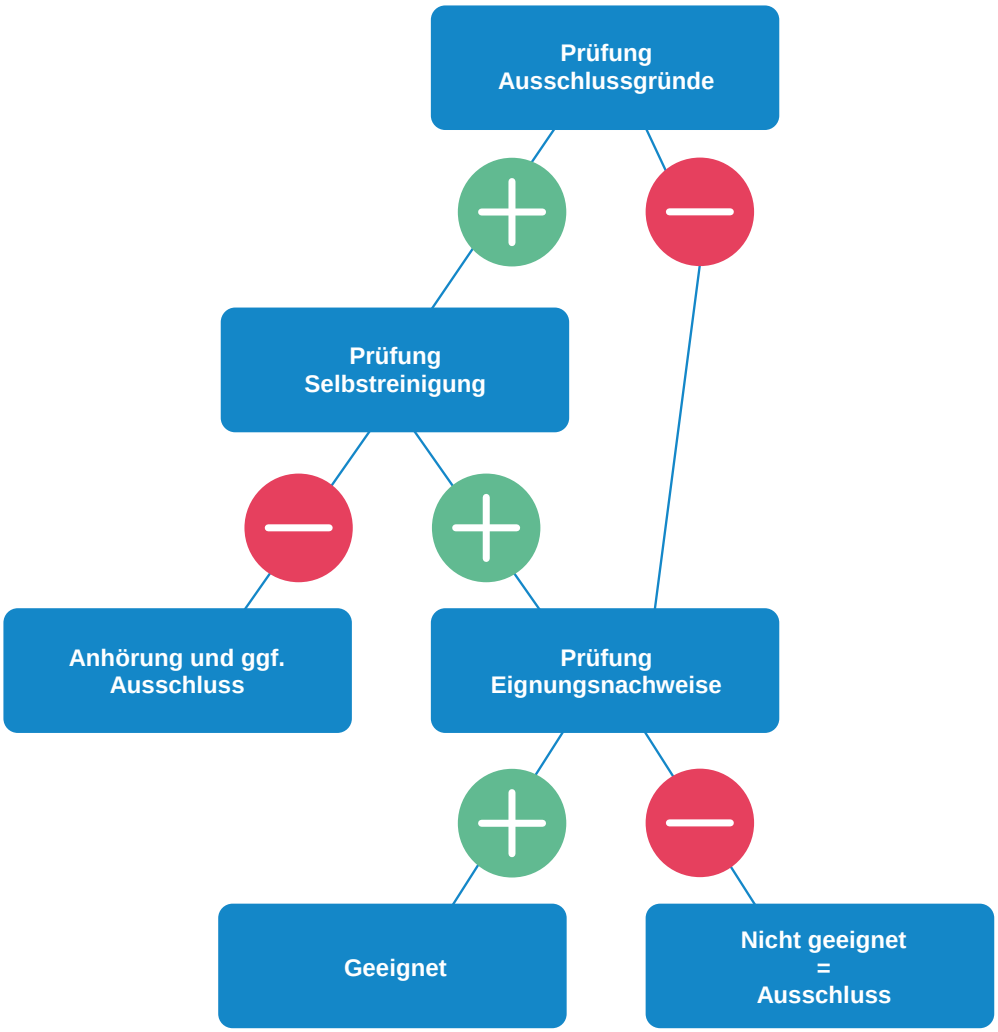
c) Zeitpunkt 40

d) Selbstreinigung 40

Öffentliche Aufträge dürfen nur an „geeignete Unternehmen“ vergeben werden, dies schreibt § 122 Abs. 1 GWB vor. Bei den Eignungsanforderungen handelt es sich um unternehmensgezogene Kriterien. Welche Angaben der öffentliche Auftraggeber für ihren Nachweis fordert, muss in der Bekanntmachung festgeschrieben werden.

Gerade für Startups stellen die Eignungskriterien oft eine schier unüberwindbare Voraussetzung dar. Insbesondere der Nachweis von vergleichbaren Referenzaufträgen oder langjähriger Erfahrung fällt jungen Unternehmen schwer. Genauso problematisch sind Anforderungen an den jährlichen Umsatz der letzten drei Geschäftsjahre oder der Nachweis von speziellen Zertifikaten.

1. Ablauf der Eignungsprüfung



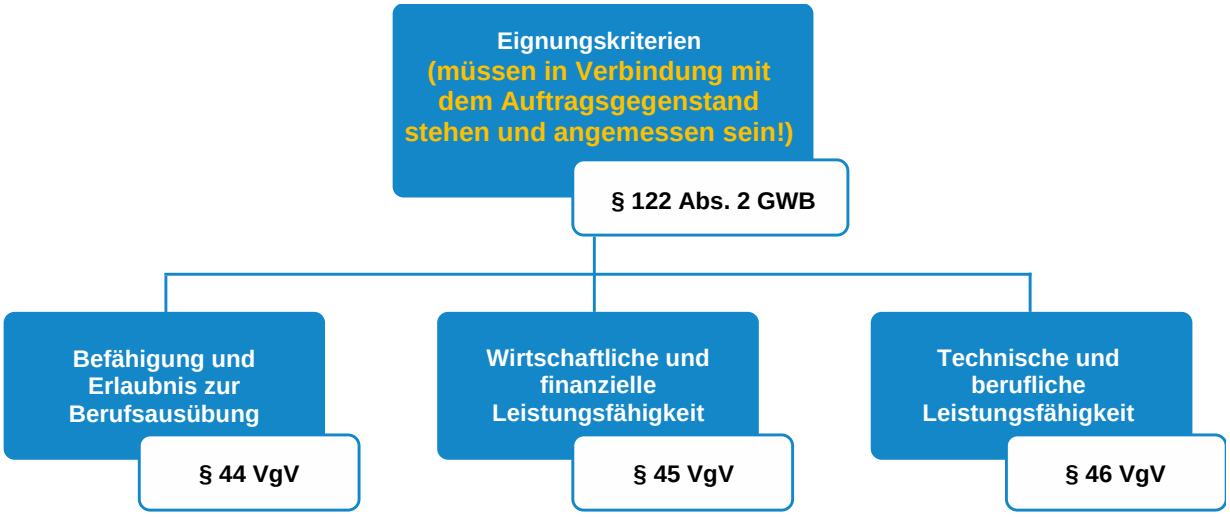
2. Inhalt der Eignungskriterien

In der Wahl der Eignungskriterien ist der Auftraggeber nicht völlig frei, gem. § 122 Abs. 2 GWB dürfen diese lediglich, die:

- Befähigung und Erlaubnis zur Berufsausübung,
- wirtschaftliche und finanzielle Leistungsfähigkeit,
- technische und berufliche Leistungsfähigkeit betreffen.

Die §§ 44-46 VgV konkretisieren dies.

Grundsätzlich müssen die Eignungskriterien mit dem **Auftragsgegenstand in Verbindung stehen und angemessen sein**. Das Vergaberecht regelt dabei keinen Mindestumfang, allerdings eine Obergrenze zulässiger Eignungskriterien. Passt ein Kriterium in keine der oben genannten Kategorien darf es nicht im Rahmen der Eignung gefordert werden.



a) Befähigung und Erlaubnis zur Berufsausübung

Im Rahmen des Nachweises der Befähigung und Erlaubnis zur Berufsausübung dürfen insbesondere Auszüge aus Berufs- und Handelsregistern gefordert werden. Werden diese beigebracht, gelten die Befähigung und Erlaubnis als gegeben.

b) Wirtschaftliche und finanzielle Leistungsfähigkeit

§ 45 VgV zählt exemplarisch auf, welche Anforderungen an die wirtschaftliche und finanzielle Leistungsfähigkeit der Bieter gestellt werden dürfen und welche Belege dafür gefordert werden können. Dies beschränkt den Auftraggeber jedoch nicht, auch andere angemessene Anforderungen zu stellen, die im Zusammenhang mit dem Auftragsgegenstand stehen.

§

In der Regel sind gem. § 48 Abs. 2 VgV Eigenerklärungen zu verlangen. Gemäß § 45 Abs. 5 VgV dürfen Bieter aus berechtigten Gründen auch alternative Nachweise erbringen, sofern diese als geeignet angesehen werden.

Besonders für Startups relevante Aspekte sind:

- Gem. § 45 Abs.1 Nr. 1 darf der Auftraggeber einen bestimmten Mindestjahresumsatz der Höhe nach fordern. Dieser darf das Zweifache des geschätzten Auftragswertes in der Regel nicht überschreiten, eine Abweichung hiervon muss der Auftraggeber in den Vergabeunterlagen begründen.
- Der Auftraggeber darf Umsatzzahlen nur für die letzten 3 Geschäftsjahre verlangen, allerdings mit der weiteren Einschränkung „sofern entsprechende Angaben verfügbar sind". Im Einklang mit der zugrundeliegenden europäischen Richtlinie ist Unternehmen demnach die Möglichkeit zu geben, Nachweise jedenfalls nur für den Zeitraum seit ihrer Gründung bzw. Teilnahme am Wirtschaftsleben vorzulegen.

PRAXISTIPP

Als alternativer Nachweis für die wirtschaftlichen und finanziellen Leistungsfähigkeit kommt für inge Unternehmen die Beibringung einer Berufs- oder Betriebshaftpflichtversicherung gem. § 5 Abs. 1 Nr. 3 VgV in Betracht. Ob ein bestimmter Nachweis durch einen anderen Nachweis rsetzt werden darf, muss jedoch im Vorfeld (vor Ablauf der Abgabefrist) mit dem Auftraggeber ber eine Bieterfrage geklärt werden (siehe VI. Nr. 4).

Übliche Nachweise:

Inhalt des Nachweises	Übliche Form
Gesamtumsatz bzw. Umsatz bezüglich der ausgeschriebenen Leistung	Eigenerklärung
Bankerklärung	Aktuell von der Hausbank
Betriebshaftpflichtversicherung/ -deckung	Eigenerklärung/Versicherungsbescheinigung

c) Technische und berufliche Leistungsfähigkeit

Maßgeblich für die technische und berufliche Leistungsfähigkeit ist die personelle und technische Ausstattung sowie ausreichend Erfahrung. Die Regelung hierzu ist abschließend. Andere Belege als in § 46 Abs. 3 VgV angeführt darf der Auftraggeber nicht verlangen. In der Regel ist auch hier § 48 Abs. 2 VgV zu beachten, so dass Eigenerklärungen zu fordern sind.

Für Lieferaufträgen mit Verlege- oder Installationsarbeiten sowie Dienstleistungsaufträgen dürfen auch Fachkunde, Effizienz, Erfahrung und Verlässlichkeit der Bieter beurteilt werden, vgl. § 46 Abs. 1 S. 2 VgV.

Inhalt des Nachweises	Übliche Form
Referenzen	Eigenerklärung
Maßnahmen der Qualitätssicherung bzw. Untersuchungs- und Forschungsmöglichkeiten	Eigenerklärung oder Zertifikat über Qualitätsmanagementsystem
Technische Fachkräfte/Stellen, die eingesetzt werden sollen	Eigenerklärung
Studiennachweise, berufliche Befähigung	Eigenerklärung
Anzahl der Mitarbeiter bzw. Führungskräfte	Eigenerklärung
Technische Leitung	Eigenerklärung
Technische Ausrüstung (Geräte, Maschinen u.ä.)	Eigenerklärung
Lieferkettenmanagement- bzw. Überwachungssystem	Eigenerklärung
Muster und Proben	
Umweltmanagementmaßnahen	z.B. EMAS, DIN EN ISO 14001

d) Referenzen

Werden Referenzen gefordert, sind diese gesetzlich auf die letzten 3 Jahre beschränkt. Im Verteidigungs- und Sicherheitsbereich sind es 5 Jahre. Der Auftraggeber darf keine älteren Referenzen fordern, er kann sie u.U. jedoch berücksichtigen. Dies kann zur Sicherstellung des Wettbewerbs erforderlich sein, z.B. bei Architekten- und Ingenieurleistungen. Auf diese Möglichkeit müsste in der Bekanntmachung aufmerksam gemacht werden.

Zu beachten ist, dass jeweils vergleichbare Referenzen eingereicht werden müssen. Der Auftraggeber kann auch bestimmte Mindestanforderungen an die Vergleichbarkeit sowie an die zu tätigen Angaben festlegen, die zwingend einzuhalten sind, ansonsten ist das Unternehmen schon auf dieser Stufe ausgeschieden. Dies betrifft zum Beispiel die Angabe eines konkreten Ansprechpartners beim Referenzgeber und/oder konkrete Angaben zum Umfang des Referenzauftrags. Dafür müssen gegebenenfalls die entsprechenden Einverständniserklärungen der Referenzgeber rechtzeitig vorab eingeholt werden.

PRAXISTIPP

Soweit das Unternehmen noch keine eigenen Referenzen hat, besteht die Möglichkeit, persönliche Referenzen einzelner Mitarbeiter einzureichen, sofern dies durch den Auftraggeber ermöglicht wurde. Wenn der Auftraggeber dies nicht zugelassen hat, dann muss das im Vorfeld über Bieterfragen geklärt werden!!

CHECKLISTE

Referenzen:

- Sind Mindestanforderungen zum Zeitraum oder Inhalt aufgestellt worden?
- Welche Angaben müssen zwingend gemacht werden? ACHTUNG: bei Unvollständigkeit droht Ausschluss!
- Welche Anforderungen an die Vergleichbarkeit ergeben sich aus der Bekanntmachung und/oder aus der Leistungsbeschreibung?

  Im Zweifel Bieterfragen stellen!

e) Nachweismöglichkeiten

Bieter haben die Möglichkeit, sich in einem Präqualifikationssystem zu registrieren. Im Bereich UVgO/VOL fungieren die Industrie- und Handelskammern sowie die von ihnen beauftragten Auftragsberatungsstellen als Präqualifizierungsstellen. Mit einer Präqualifizierung können potenzielle Lieferanten (Bieter) unabhängig von einer konkreten Ausschreibung ihre Fachkunde und Leistungsfähigkeit vorab nachweisen. Unternehmen ersparen sich mit der Präqualifizierung, regelmäßig in Vergabeverfahren verlangte Einzelnachweise (zum Beispiel Umsatzerklärungen, Eintragung im Berufs- und Handelsregister) jedes Mal neu vorlegen zu müssen, da öffentliche Auftraggeber die von Präqualifizierungsstellen hinterlegten Sammelbescheinigungen (Präqualifikation) anstelle der Einzelnachweise anerkennen können. Im Teilnahmeantrag bzw. im Angebot muss dann nur die Präqualifikationsnummer angegeben werden. Werden für den speziellen Auftrag weitere Belege gefordert, müssen diese weiterhin mit dem Angebot abgegeben werden.

Eine weitere Möglichkeit des Nachweises ist die **Einheitliche Europäische Eigenerklärung**, die vom Auftraggeber als vorläufiger Beleg der Eignung und dem Nichtvorliegen von Ausschlussgründen akzeptiert werden muss. Die grundlegenden Eignungsnachweise werden hierbei zentral über die europäische e-Procurement Seite eingereicht. Hier müssen mit dem Teilnahmeantrag bzw. Angebot keine weiteren Unterlagen eingereicht werden. Erst wenn das zu bezuschlagende Unternehmen feststeht, muss der Auftraggeber das Unternehmen auffordern, die in der Auftragsbekanntmachung geforderten Unterlagen beizubringen. Weitere Informationen unter: https://uea.publicprocurement.be/

Rechtlicher Hinweis | Cookies | Kontakt | Deutsch

e-Procurement

Einheitliche Europäische Eigenerklärung (EEE)

Public Procurement > Einheitliche Europäische Eigenerklärung

Start | Verfahren | Ausschluss | Auswahl | Ende

Willkommen beim EEE-Dienst

Die Einheitliche Europäische Eigenerklärung (EEE) ist eine Eigenerklärung, die von Unternehmen über ihre finanzielle Situation sowie über ihre Befähigung und Eignung zur Teilnahme an einem Vergabeverfahren abgegeben wird. Sie ist in allen EU-Amtssprachen verfügbar und dient bei in der EU durchgeführten Vergabeverfahren als vorläufiger Nachweis über die Erfüllung der jeweils festgelegten Bedingungen.

Diese Anwendung wurde unter Verwendung des Quellcodes des EEE-Dienstes der Europäischen Kommission entwickelt.

öffentliche Auftraggeber können

- EEE-Anfragen erstellen und bearbeiten und diese als PDF und/oder XML exportieren;
- EEE-Antworten einsehen und diese als PDF und/oder XML exportieren.

Unternehmen können

- eine EEE-Antwort erstellen oder bearbeiten (unter Verwendung einer vorhandenen EEE-Anfrage oder EEE-Antwort, falls verfügbar) und diese als PDF und/oder XML exportieren.

Weitere Informationen finden Sie im Leitfaden für öffentliche Auftraggeber oder für Unternehmen.

Wichtig: Die EEE wird nur für Aufträge verwendet, deren **geschätzter Wert mindestens den Schwellenwert für die europäische Bekanntmachung erreicht**. Einige Ausnahmen sind jedoch für Aufträge vorgesehen, die im Verhandlungsverfahren ohne vorherige Veröffentlichung vergeben werden (siehe Artikel 38, §1, 1. Unterabsatz, des Königlichen Erlasses vom 18. April 2017 über die Vergabe öffentlicher Aufträge in den klassischen Bereichen) und für Aufträge von Verhandlungsverfahren ohne vorherigen Aufruf zum Wettbewerb (siehe Artikel 46, §3, des Königlichen Erlasses vom 18. Juni 2017 über die Vergabe öffentlicher Aufträge in den Bereichen Energie- und Wasserversorgung, öffentlicher Verkehr und Postdienste).

Seit dem 18. April 2018 darf die EEE **nur noch in elektronischer Form** ausgestellt werden.

Wer sind Sie?

- Ich bin ein öffentlicher Auftraggeber
- Ich bin ein Sektorenauftraggeber
- Ich bin ein Wirtschaftsteilnehmer

2. Eignungsleihe – Was kann ich machen, wenn ich die Eignungskriterien nicht erfülle?

In einem Vergabeverfahren können andere Unternehmen in verschiedenen Konstellationen vom Bieter hinzugezogen werden. Dies kann auch dazu genutzt werden, die Eignungskriterien trotz mangelnder eigener Eignung zu erfüllen. Dazu dient in erster Linie die Eignungsleihe. Dies ist aber auch im Rahmen einer Bietergemeinschaft möglich. Dazu mehr in Thema 3.

Bietergemeinschaft

Zusammenschluss von mehreren selbstständigen Unternehmen zu einem Bieter für eine oder mehrerer Ausschreibungen

Eignungsleihe

Bieter beruft sich auf Leistungsfähigkeit eines anderen Unternehmens auf die er bspw. durch Verpflichtungserklärung zugreifen kann

Nachunternehmer

Teilleistungen gem. Leistungsverzeichnis werden vom Bieter an ein selbstständiges fremdes Unternehmen weitergegeben d.h. autonome Erfüllung der Teilleistung durch Nachunternehmer

Lieferant

Hilfsfunktionen d.h. Bereitstellung von Personal- oder Sachmitteln für die bietereigene Auftragsausführung

§

Die Eignungsleihe ist in § 47 VgV, §34 UVgO, § 47 SektVO, § 6 d EU VOB/A und § 26 Abs. 3 VSVgV normiert. Der Bieter beruft sich auf die Leistungsfähigkeit eines anderen Unternehmens auf die er zugreifen kann.

Die Eignungsleihe dient allein dazu, ein Eignungsdefizit eines Bieters auszugleichen. Dabei leiht sich der Bieter bei einem anderen Unternehmen zuerst nur den ihm fehlenden Nachweis der Eignung. Das andere Unternehmen muss sich in einer Erklärung verpflichten, im Falle des Zuschlags mit seinen Kapazitäten zur Verfügung zu stehen. Dies kann z.B. durch eine Verpflichtungserklärung des Dritten gem. § 47 Abs. 1 S. 1 VgV geschehen. Der Auftraggeber darf hier keine Formerfordernisse vorschreiben.

Der Bieter muss auf die „geliehenen“ Mittel zugreifen können. Bei der Leihe von beruflicher Leistungsfähigkeit (insbesondere Personal und Referenzen) muss der Eignungsverleiher den von der Eignungsleihe betroffenen Teil des Auftrages auch tatsächlich ausführen, bspw. als Nachunternehmer.

a) Selbstausführungsgebot

Die Eignungsleihe kann unter bestimmten Voraussetzungen vom Auftraggeber bezüglich kritischer Aufgaben ausgeschlossen werden. Dies gilt für Dienstleistungen, Verlege- oder Installationsleistungen und Bauaufträge. Allerdings muss der Auftraggeber auch hier seinen Begründungs- und Dokumentationspflichten gem. § 8 VgV nachkommen und die Entscheidung ist von den Nachprüfungsinstanzen voll überprüfbar. Wichtige Normen sind in diesem Zusammenhang §§ 46 Abs. 3 Nr. 6, 47 Abs. 5 VgV und § 4d EU Abs. 4 VOB/A.

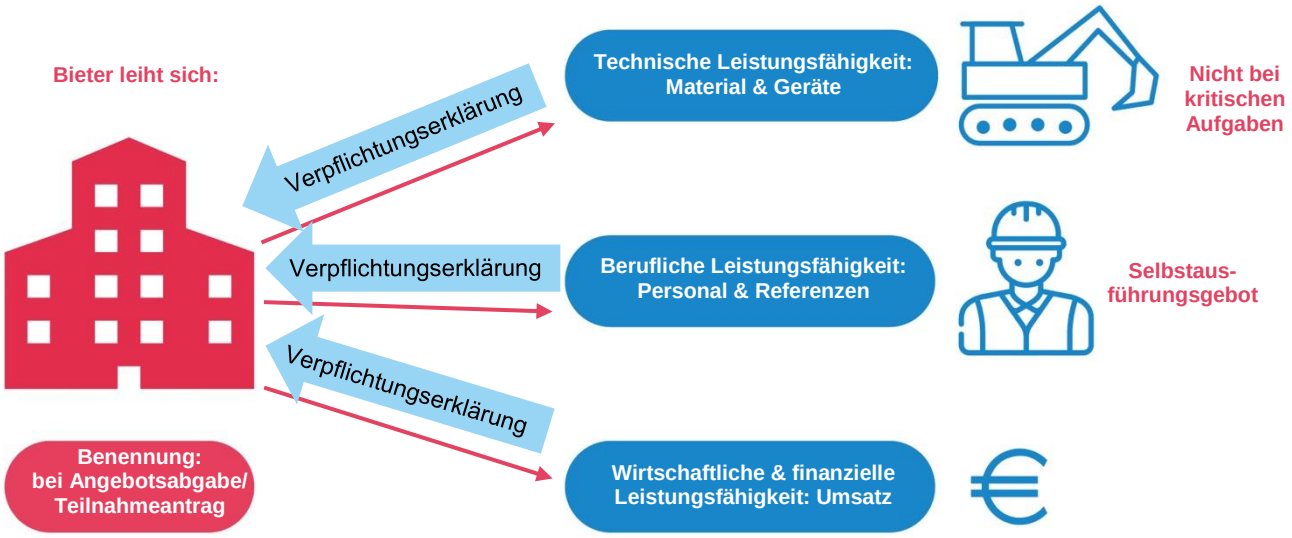
b) Benennung

Da die Eignungsleihe im Rahmen der Eignungsprüfung Berücksichtigung findet, muss das andere Unternehmen grundsätzlich mit Einreichung der Eignungsnachweise benannt werden. Dies wird in der Regel bei Angebotsabgabe der Fall sein. Im 2-stufigen Verfahren muss dies bereits mit dem Teilnahmeantrag erfolgen. Dabei müssen prüffähige Nachweise bezüglich des geliehenen Eignungskriteriums vorgelegt werden. Darüber hinaus muss zu diesem Zeitpunkt auch die oben genannte Verpflichtungserklärung abgegeben werden. Verwendet der Bieter zum Nachweis der Eignung eine Einheitliche Europäische Eigenerklärung, muss für jedes leihende Unternehmen eine eigene EEE beigefügt werden.

c) Rechtsverhältnis und -folgen

Die vertragsrechtliche Ausgestaltung des Verhältnisses zwischen Bieter und Eignungsverleiher ist frei. Allerdings darf eine gemeinsame Haftung gem. § 47 Abs. 3 VgV nur im Verhältnis zum Umfang der Eignungsleihe vereinbart werden.

Der Eignungsverleiher muss nur hinsichtlich der verliehenen Kriterien im Rahmen der Eignungsprüfung gem. § 37 Abs. 2 Nr. 1 VgV überprüft werden. Außerdem wird das Vorliegen von Ausschlussgründen geprüft. Liegen dabei zwingende Ausschlussgründe gem. § 123 GWB vor, muss der Auftraggeber den Bieter zum Austausch des Unternehmens verpflichten. Liegen hingegen nur fakultative Ausschlussgründe nach § 134 GWB vor, kann der Auftraggeber den Bieter dazu verpflichten. Dabei kann dem Bieter eine Frist gesetzt werden, wobei in der Regel 1-2 Wochen angemessen sein werden. Kommt der Bieter dem nicht nach oder erfüllt der neue Eignungsverleiher die Kriterien wieder nicht, kann der Bieter mangels Eignung ausgeschlossen werden. Fehlen Nachweise hinsichtlich der verliehenen Eignungskriterien können bzw. müssen diese gem. § 56 VgV nachgefordert werden.

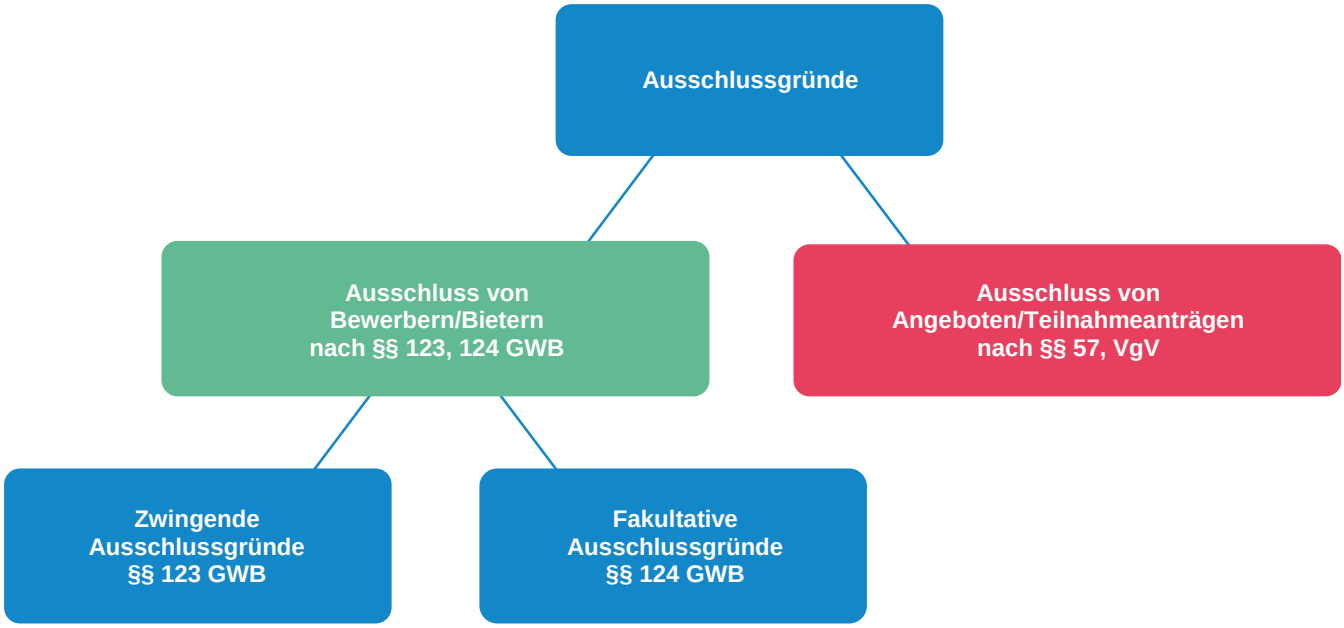


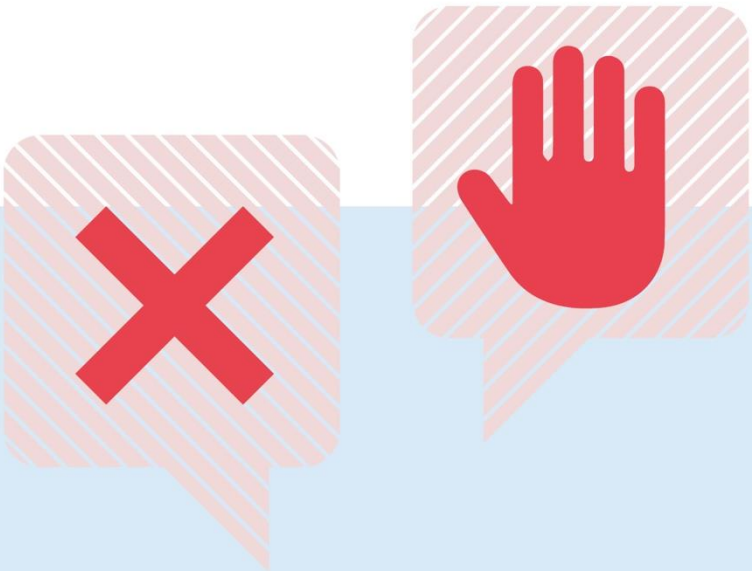
4. Ausschlussgründe

a) Zwingende Ausschlussgründe

§ 123 GWB normiert die zwingenden Ausschlussgründe. Darin werden Straftaten aufgezählt, die, sofern sie von einer Person, deren Verhalten dem Unternehmen zuzurechnen sind und unternehmensbezogen begangen wurden, unmittelbar zum Ausschluss des betroffenen Unternehmens führen.

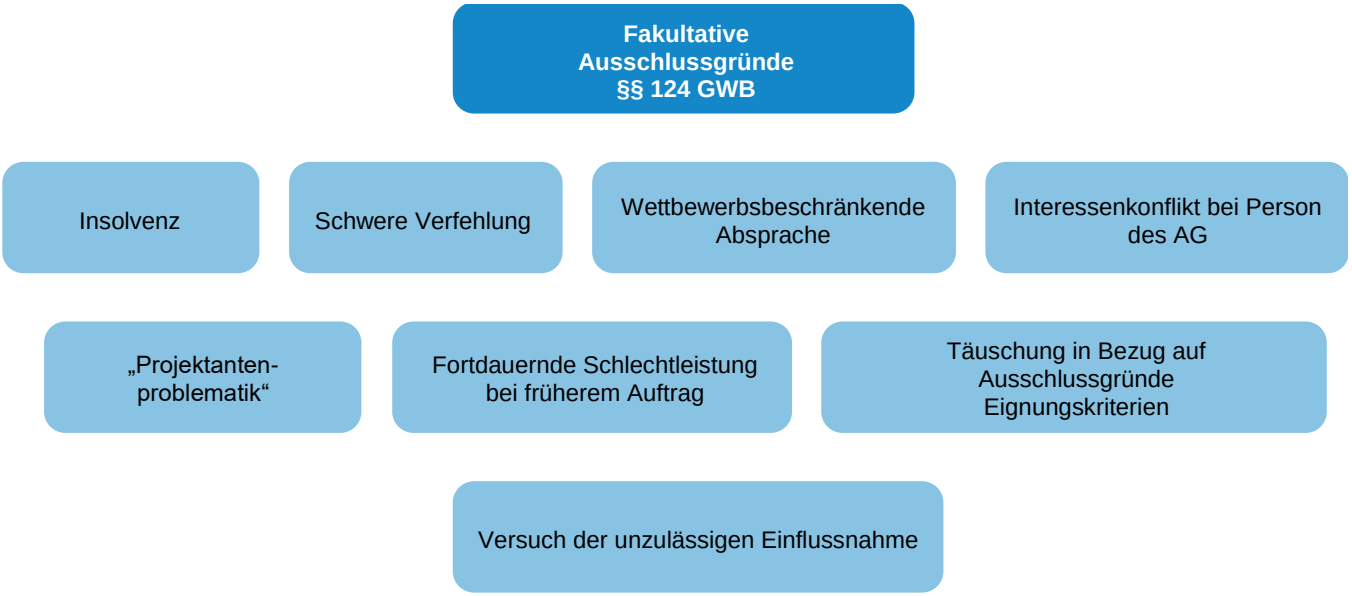
Nach Abs. 4 gilt dies auch bei Nichtzahlung von Steuern und Abgaben. Hiervon kann allerdings abgesehen werden, wenn eine Nachzahlung erfolgt ist oder dies offensichtlich unverhältnismäßig wäre, z. B. bei geringfügigen Beträgen.





b) Fakultative Ausschlussgründe

§ 124 GWB normiert eine Reihe fakultativer Ausschlussgründe, bei denen der Auftraggeber Ermessen bei der Ausschlussentscheidung hat.



c) Zeitpunkt

Der Ausschluss kann zu jedem Zeitpunkt des Verfahrens erfolgen. Nach Zuschlagserteilung kommt allerdings nur noch eine Kündigung nach § 133 Abs. 1 Nr. 2 GWB in Betracht.

d) Selbstreinigung

Gem. § 125 GWB und § 6f EU VOB/A besteht für Bieter die Möglichkeit der Selbstreinigung.

§

Dafür muss das Unternehmen nachweisen, dass es:

- für jeden verursachten Schaden ein Ausgleich gezahlt oder zur Zahlung eines Ausgleichs verpflichtet hat,
- durch eine aktive Zusammenarbeit mit den Ermittlungsbehörden und dem öffentlichen Auftraggeber die Tatsachen umfassend aufgeklärt hat und
- konkrete technische, organisatorische und personelle Maßnahmen getroffen hat, um weiteres Fehlverhalten zu vermeiden.

Der Auftraggeber trifft dann eine Prognoseentscheidung unter Anhörung des Unternehmens.

V. Die Leistungsbeschreibung als Herzstück des Auftrags

1. **Grundsatz der Produktneutralität § 31 Abs. 6 VgV 42**
2. **Prüfpflicht des Bieters..... 42**
3. **Funktionale Leistungsbeschreibung 43**

Die Leistungsbeschreibung ist das wesentlichste Element der Vergabeunterlagen und beschreibt den Gegenstand der Ausschreibung. Dies soll sicherstellen, dass die Angebote vergleichbar sind und die spätere Vertragserfüllung und Abrechnung reibungslos verläuft.

§

Wichtige Normen sind in dem Zusammenhang:

§ 121 GWB Grundsatz der eindeutigen und erschöpfenden Leistungsbeschreibung

§ 31 Abs. 1 VgV „Der öffentliche Auftraggeber fasst die Leistungsbeschreibung in einer Weise, dass sie allen Unternehmen den gleichen Zugang zum vergabeverfahren gewährt und die Öffnung des nationalen Beschaffungsmarkts für den Wettbewerb nicht in ungerechtfertigter Weise behindert."

1. Grundsatz der Produktneutralität § 31 Abs. 6 VgV

Die Leistungsbeschreibung darf nicht auf eine bestimmte Produktion oder Herkunft oder ein besonderes Verfahren oder auf gewerbliche Schutzrechte, Typen oder einen bestimmten Ursprung verweisen, wenn dadurch bestimmte Unternehmen oder Produkte begünstigt oder ausgeschlossen werden. Hiervon darf nur abgewichen werden, wenn dies durch den Auftragsgegenstand gerechtfertigt ist. Dies ist allerdings sehr selten anzunehmen! In Frage kommt dies insbesondere bei einem Interesse an der Systemsicherheit, die eine wesentliche Verringerung von Risikopotenzialen bewirkt. Wenn der Auftragsgegenstand nicht hinreichend genau und verständlich beschrieben werden kann, darf ausnahmsweise auch von dem Grundsatz der Produktneutralität abgewichen werden, jedoch nur unter dem Hinweis „oder gleichwertig".

2. Prüfpflicht des Bieters

Wichtig ist, dass der Bieter Prüfpflichten hinsichtlich der Leistungsbeschreibung hat. Maßstab ist dabei der „durchschnittlich sorgfältige Bieter". Grundsätzlich gilt zwar, dass Unklarheiten „im Zweifel" zu Lasten der Vergabestelle gehen, allerdings sollte der Bieter lieber eine Bieterfrage zu viel stellen als zu wenig. Mehr dazu unter VI. Nr. 4.

!

Hingewiesen werden sollte auf:

- erkannte Lücken, Unklarheiten, Widersprüche oder Fehler,
- sehr erhebliche und offensichtliche Mengendiskrepanzen.

3. Funktionale Leistungsbeschreibung

Alternativ zur klassischen Leistungsbeschreibung kann der Auftraggeber auch eine sog. funktionale Leistungsbeschreibung erstellen. Diese muss gem. § 121 Abs. 1 S. 2 Alt. die Funktions- oder Leistungsanforderungen enthalten. Im Gegensatz zur regulären Leistungsbeschreibung enthält die Funktionale keine detaillierte Aufzählung von Leistungspositionen und -preisen. Der Auftraggeber identifiziert lediglich die Aufgabe und benötigt gerade das Wissen und die verschiedenen Lösungswege der Bieter, um eine erfolgreiche Lösung zu finden. Der Auftraggeber gibt dafür das Ziel der Beschaffung und essentielle Eigenschaften der Leistung vor. Der Bieter hat in diesem Rahmen die Freiheit, den Lösungsweg auszugestalten. Hier bietet sich eine Chance für Bieter, eigenes Know-How, Erfahrung und Ideenreichtum einzubringen. Die funktionale Leistungsbeschreibung eignet sich besonders für individuelle Leistungen, die keine handelsüblichen Produkte oder marktübliche Dienstleistungen umfassen. Zum Beispiel sind dafür umfangreiche IT-Beschaffungen prädestiniert, auch der Bereich der Abfallentsorgung ist hier bereits in Erscheinung getreten. Je höher der schöpferische, gestalterische oder konstruktive Anteil an der Beschaffung, desto besser eignet sich diese für eine funktionale Leistungsbeschreibung.

Allerdings muss auch bei der funktionalen Leistungsbeschreibung der Wettbewerb gewahrt werden. Dementsprechend müssen insbesondere die resultierenden Angebote vergleichbar sein. Dadurch muss die Leistungsbeschreibung weiterhin gewissen Bestimmtheitsanforderungen genügen. Sie muss ein klares Bild vom Auftragsgegenstand zeichnen, die Planung des Auftraggebers wiederspiegeln und Mindestanforderungen angeben. Unklarheiten gehen auch hier zulasten des Auftraggebers. Dem Bewerber sei jedoch auch hier nahegelegt, bei Unklarheiten durch Bieterfragen die Initiative zur Aufklärung zu ergreifen (siehe VI. Nr. 4).

!

Vorteil für Bieter bei einer funktionalen Leistungsbeschreibung ist, dass diese mehr Spielraum bietet für innovative Konzepte und ein weniger enges Korsett vorgegeben wird. Da sich die Vorgaben auf die Beschreibung des Ziels beschränken, kann der Weg vom Bieter selbst nach den eigenen Stärken gestaltet werden. Das Minus an Vorgaben eröffnet gerade Startups die Möglichkeit, sich über ihre Individualität hervorzubringen und so den eigenen Wettbewerbsvorteil auch im Verhältnis zum öffentlichen Auftraggeber auszuspielen.

Allerdings wird das Verfahren bekanntermaßen vom Auftraggeber festgelegt, so dass der Bieter darauf beschränkt ist, vorhandene Ausschreibungen auszuwerten.

VI. Die Erstellung des Angebots als wichtigste Aufgabe des Bieters

1. Formvorschriften 45

2. Ausschlussgründe 46

a) Verspätete Einreichung Nr. 1 46

b) Fehlende Preisangaben Nr. 5 46

c) Unzulässige Änderung der Vergabeunterlagen Nr. 4 47

d) § 60 VgV ungewöhnlich niedrige Angebote 47

3. Geschäftsgeheimnis 48

4. Die Bieterfragen 48

Das Angebot entscheidet darüber, ob ein Bieter Erfolg im Ausschreibungsverfahren hat oder nicht. Grundsätzlich muss das Angebot das Leistungsverzeichnis und den ausgeschriebenen Auftrag widerspiegeln. Darüber hinaus sollte sich der Bieter auch an den Zuschlagskriterien orientieren, um zu erfahren, wonach der Auftraggeber letztendlich entscheiden wird (siehe dazu VII.).

1. Formvorschriften

Neben dem richtigen Inhalt muss ein erfolgreiches Angebot vor allem den Formvorschriften entsprechen. Auch Formverstöße können zum Ausschluss führen. Dies ist in der Praxis sogar ein sehr häufiger Fall.

Das Angebot wird nach § 56 Abs. 1 VgV vom Auftraggeber auf Vollständigkeit, fachliche Richtigkeit, formale Ausschlussgründe und rechnerische Richtigkeit überprüft. Insofern muss das Angebot schlüssig sein. Für die Ausschlussgründe nach dem GWB gilt das unter IV. Nr. 4 Gesagte.

Fehlen aus Sicht des Auftraggebers Unterlagen, kann er diese nach § 56 Abs. 2 S. 2 Abs. 5 VgV nachfordern, er ist dazu aber nicht verpflichtet und kann dies in den Vergabeunterlagen oder der Bekanntmachung nach § 65 Abs. 2 S. 2 VgV grundsätzlich ausschließen. Demnach sollte sich der Bieter nicht auf eine mögliche Nachforderung verlassen und nach Möglichkeit immer ein vollständiges Angebot einreichen. Sind Angaben nicht möglich, sollte dies im Vorfeld der Angebotsabgabe durch Bieterfragen geklärt werden.

PRAXISTIPP

Auf keinen Fall ins Angebot schreiben. „Angaben können nicht gemacht werden“ / „Angabe nicht möglich“ oder ähnliches!

Hält der Bieter die Frist zur Nachreichung bei der Nachforderung nicht ein, stellt dies einen abermaligen Ausschlussgrund dar.

Der Auftraggeber kann nur die Unterlagen verlangen, die er wirksam gefordert hat. Der Inhalt der vorzulegenden Unterlagen muss eindeutig und unmissverständlich aus Bekanntmachung und Vergabeunterlagen hervorgehen. Unklarheiten in den Vergabeunterlagen dürfen zwar nicht zu Lasten des Bieters gehen, aber bei Unklarheiten ist eine Bieterfrage immer der erste Weg zur Klärung.

2. Ausschlussgründe

Ein Ausschluss kann außer nach §§ 123, 124 GWB wegen bieterbezogener Gründe (siehe dazu IV.) aufgrund des Angebots nach § 57 VgV erfolgen.

Zwingende Ausschlussgründe nach § 57 Abs.1 VgV sind:

- Angebote, die nicht form- und fristgerecht eingegangen sind, es sei denn, der Bieter hat dies nicht zu vertreten (Nr. 1),
- Angebote, die nicht die geforderten oder nachgeforderten Unterlagen enthalten (Nr. 2),
- Angebote, in denen Änderungen des Bieters an seinen Eintragungen nicht zweifelsfrei sind (Nr. 3),
- Angebote, bei denen Änderungen oder Ergänzungen an den Vergabeunterlagen vorgenommen worden sind (Nr. 4),
- Angebote, die nicht die erforderlichen Preisangaben enthalten, es sei denn, es handelt sich um unwesentliche Einzelpositionen, deren Einzelpreis den Gesamtpreis nicht verändern oder den die Wertungsreihenfolge und den Wettbewerb nicht beeinträchtigen (Nr. 5), oder
- Angebote, die nicht zugelassene Nebenangebote sind (Nr. 6).

a) Verspätete Einreichung Nr. 1

Das Angebot muss vor Ablauf der Angebotsfrist der Vergabestelle zugehen. Hier sind die Anforderungen des Auftraggebers immer genau zu beachten. Dies gilt auch im Rahmen der e-Vergabe. Der Bieter trägt das Übermittlungsrisiko und sollte den Upload frühzeitig (möglichst einen Tag vorher) vornehmen, bei Schwierigkeiten muss unverzüglich eine Fehlermeldung an den Auftraggeber erfolgen. Das Angebot ist erst dann fristgerecht abgegeben, wenn es bis zum Ablauf der Frist vollständig hochgeladen wurde.

b) Fehlende Preisangaben Nr. 5

Preisangaben fehlen, wenn eine Erklärungslücke besteht, die nur der Bieter füllen kann. Dies ist der Fall, wenn bestimmte Angaben ausgelassen wurden oder mit unbestimmten Bedeutungsgehalt (z.B. fehlende Einheit). Die Angaben 0,00 Euro ist keine fehlende Preisangabe!

Eine Einzelposition ist jedenfalls nicht unwesentlich, wenn der Betrag mehr als 10 % des Gesamtentgelts ausmacht.

Auch bei fehlendem Gesamtpreis kann ein Angebot wertbar bleiben. Dies ist der Fall, wenn sich der Endbetrag aus der Zusammenstellung auf der letzten Angebotsseite ergibt und daraus auch in der Submission verlesen wird. Das Fehlen des Betrages an der im Formular vorgesehen Stelle ist dann nicht wettbewerbserheblich.

c) Unzulässige Änderung der Vergabeunterlagen Nr. 4

Unzulässige Änderungen der Vergabeunterlagen liegen z.B. vor, wenn Änderungen:

- im Anschreiben zum Angebot,
- durch Abweichen von der Kalkulationsgrundlage,
- durch nicht angebotene Inhalte der ausgeschriebenen Leistung,
- durch Streichungen, Ergänzungen, Ersetzungen oder Schwärzungen im Leistungsverzeichnis

vorgenommen werden.

Auch das Anschreiben ist Bestandteil des Angebots, jede Änderung oder Anmerkung führt hier zwingend zum Ausschluss.

PRAXISTIPP

Möglichst kein Anschreiben beigefügen oder höchstens als „Einzeiler“ verfassen.

Auch das Beifügen abweichender Vertragsbedingungen ist umstritten. Enthalten die Vergabeunterlagen eine sog. Abwehrklausel, führt die Beifügung eigener AGBs laut einer Entscheidung des BGHs nicht zum Ausschluss. Allerdings ist die Rechtsprechung hinsichtlich der Details noch nicht einheitlich.

PRAXISTIPP

Der Auftraggeber gibt die Vertragsbedingungen vor, der Bieter hat somit grundsätzlich keine eigenen AGB’s oder Vertragsbedingungen beizufügen.

d) § 60 VgV ungewöhnlich niedrige Angebote

Angebote können nach § 60 VgV auch ausgeschlossen werden wegen eines unangemessen niedrigen Preises. Dabei muss der Auftraggeber zuerst feststellen, ob ein Missverhältnis zwischen Preis und Leistung besteht. Anhaltspunkte sind z.B. die Preisvorstellungen des Auftraggebers oder Vergleichsangebote. Die genaue Aufgreifschwelle ist im Einzelfall zu bestimmen, mehr als 20 % zum Nächstgünstigsten sind jedoch die Faustregel. Darauf folgt die Aufklärungsphase hinsichtlich der Kalkulation und dann u.U. der Ausschluss, wenn der Auftraggeber die vorgebrachten Angaben aus betriebswirtschaftlicher und/oder rechtlicher Sicht nicht nachvollziehen kann.

3. Geschäftsgeheimnis

Grundsätzlich gilt im Vergabeverfahren gem. § 5 VgV die Wahrung der Vertraulichkeit. Allerdings ist für die Wahrung der Informationen des Bieters entscheidend, dass dieser die Informationen auch als vertraulich gekennzeichnet hat bzw. der Geheimhaltungswille erkennbar ist. Insbesondere Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse sollten vom Bieter immer auch als solche gekennzeichnet werden. Dies kann auch bei einem etwaigen Nachprüfungsverfahren relevant werden, wenn im Rahmen der Akteneinsicht nach § 134 GWB die Vertraulichkeit im gesetzlich gebotenen Rahmen sichergestellt werden soll (siehe dazu auch VIII. Nr. 2).

CHECKLISTE

Formal korrektes Angebot:

- Liste der verlangten Nachweise beachten! ggf. Bieterfrage (s. Thema 6) bei Unklarheiten
- Formulare des Auftraggebers nutzen. Auf Vollständigkeit achten!
- Preise wie gefordert eingeben. Keine Mischkalkulation!
- Keine noch so kleinen Änderungen der Vergabeunterlagen (durchstreichen, Randnotizen, Leerstellen usw.) und schon gar keine inhaltlichen Abweichungen.
- Auf zusätzliches Anschreiben verzichten
- Keine zusätzlichen Angaben/Anhänge beifügen.
- Formvorschriften zu Versand und Unterzeichnung beachten!
- Sofern zugelassen: Nebenangebote eindeutig kennzeichnen.
- Bei Bietergemeinschaft: Vertreter eindeutig benennen und bevollmächtigen.
- Übersichtlichkeit ist entscheidend. Gliederung des Auftraggebers übernehmen.
- Richtige Form und rechtzeitiger Versand.

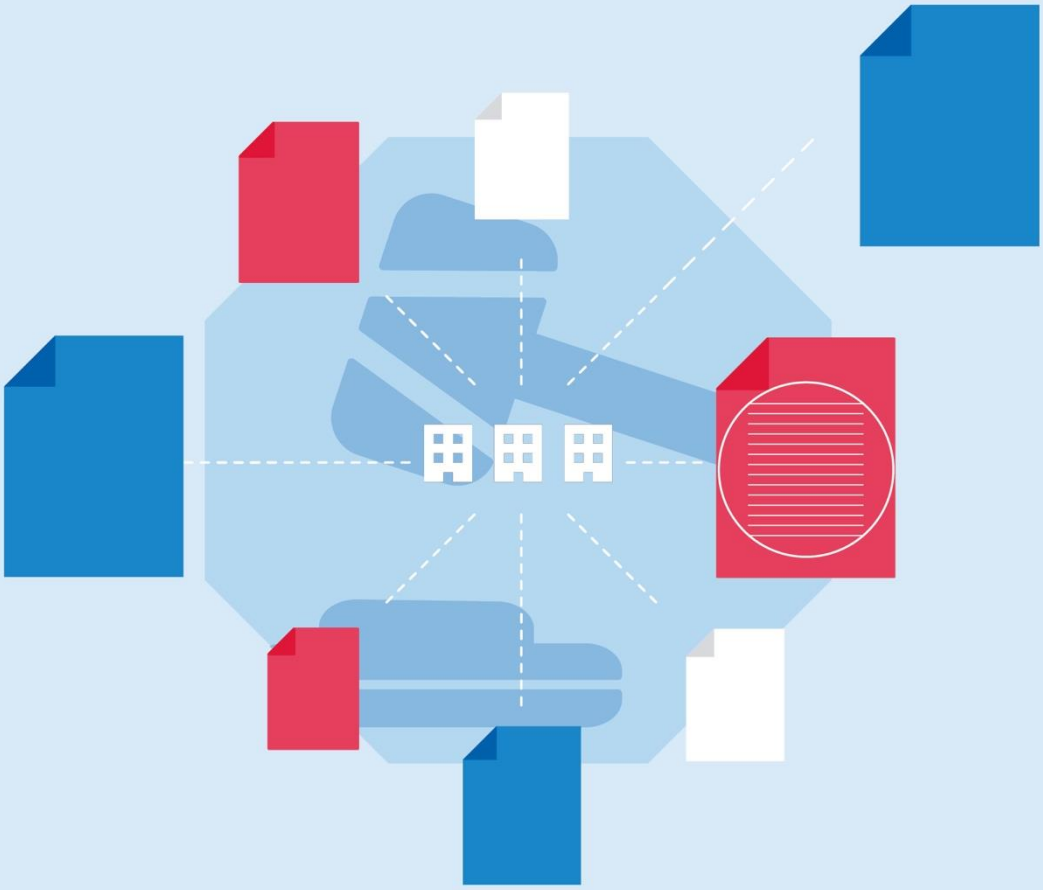
4. Die Bieterfragen

Vor Ablauf der Angebotsfrist hat der Bieter die Möglichkeit, alle Unklarheiten, Bedenken etc., die er zum Verfahren bzw. zu den Vergabeunterlagen hat, im Rahmen von Bieterfragen an den Auftraggeber zurückzuspielen. Dieser muss die Fragen zeitnah, jedoch spätestens sechs Kalendertage vor Ablauf der Frist beantworten. Die Antworten auf Bieterfragen muss der Auftraggeber als Teil der Vergabeunterlagen nach § 8 VgV allen Bietern anonymisiert zur Verfügung stellen, um den Gleichbehandlungs- und Transparenzgrundsatz zu wahren.

Enthalten die Vergabeunterlagen eine Frist, bis zu dessen Ende Fragen gestellt werden können, ist diese zwar zu beachten. Stellt sich eine kalkulationsrelevante Frage aber erst nach Ablauf dieser Frist, ist dringend zu raten, diese Frage dennoch zu stellen. Es ist im Interesse des Auftraggebers, alle Fragen zu beantworten, die Auswirkungen auf die Vergleichbarkeit der Angebote haben.

Das GWB regelt keine vergaberechtliche Nachfrage- oder Prüfpflicht für den Bieter. Allerdings ist der Bieter durch § 121 Abs.1 S. 2 GWB verpflichtet, die Leistungsbeschreibung insofern zu prüfen, als diese ihm eine Angebotserstellung ermöglicht.

Unklarheiten und Auslegungsschwierigkeiten dürfen zwar grundsätzlich nicht zu Lasten des Bieters gehen. Allerdings ist es dem Bieter immer anzuraten von seiner Möglichkeit zur Bieterfrage Gebrauch zu machen.



VII. Der Zuschlag: Wertung der Angebote und Zuschlagskriterien

1. **Was ist der Zuschlag und nach welchen Kriterien darf er erfolgen? 51**
2. **Mögliche Kriterien..... 51**
3. **Konzeptbewertung..... 53**
4. **Unzulässige Kriterien 54**
5. **Wie erfahre ich von der Entscheidung? 54**

1. Was ist der Zuschlag und nach welchen Kriterien darf er erfolgen?

Mit dem Zuschlag wird der Vertrag geschlossen. Bei einem ordnungsgemäßen Verfahren stellt der Zuschlag das Ende des Vergabeverfahrens dar und den Beginn der vertraglichen Auftragsausführung. Die Zuschlagskriterien sind dabei der Maßstab für die Auswahl des wirtschaftlichsten Angebotes. Dabei macht nicht unbedingt der niedrigste Preis das wirtschaftlich günstigste Angebot aus. Entscheidend ist immer das beste Preis-Leistungsverhältnis. Deshalb muss der Auftraggeber in der Regel monetäre und nichtmonetäre Kriterien festlegen. Bei einer EU-weiten Vergabe müssen die Zuschlagskriterien in der Bekanntmachung oder der Aufforderung zur Abgabe bekannt gemacht worden sein.

2. Mögliche Kriterien

Dem Auftraggeber kommt bei der Wahl der Zuschlagskriterien ein Ermessensspielraum zu. Wichtig ist, dass die Zuschlagskriterien mit dem Auftragsgegenstand im Zusammenhang stehen. Neben den Kriterien an sich muss der Auftraggeber auch die Gewichtung und die Bewertung transparent festlegen. In der Regel werden hierfür Noten- oder Punkteskalen verwendet.

Ansonsten sind nach § 58 Abs. 2 VgV monetäre Kriterien, d.h. Preis oder Kosten für die Kalkulation des Angebots bestimmend. Kosten können dabei gem. § 59 VgV als Lebenszykluskosten berechnet werden.

§

Nichtmonetäre Kriterien können nach § 58 Abs. 2 Nr. 1 bis 3 VgV sein:

- Qualität,
- technischer Wert,
- Ästhetik,
- Zweckmäßigkeit,
- Zugänglichkeit der Leistung, insbesondere für Menschen mit Behinderungen,
- Design für alle,
- soziale, umweltbezogene und innovative Eigenschaften,
- Vertriebs- und Handelsbedingungen,
- Organisation,
- Qualifikation und Erfahrung des mit der Ausführung des Auftrags betrauten Personals, wenn die Qualität des eingesetzten Personals erheblichen Einfluss auf das Niveau der Auftragsausführung haben kann,
- Kundendienst und technische Hilfe,
- Lieferbedingungen/Liefertermin/Lieferverfahren,
- Ausführungs- oder Lieferfristen.

Gerade im Bereich innovativer Leistungen können strategische Aspekte, wie „green public procurement“, Gleichberechtigung und Digitalisierung relevant sein.

Nach § 58 Abs. 2 S. 2 VgV kann der Auftraggeber auch Festpreise und -kosten vorgeben, so dass sich das wirtschaftlichste Angebot nur nach qualitativen, umweltbezogenen oder sozialen Zuschlagskriterien bestimmt wird.

Der Auftraggeber ist zwar nicht verpflichtet, die Zuschlagskriterien mit Unterkriterien zu konkretisieren. Aus Transparenzgründen kann er aber im Einzelfall dazu gezwungen sein, Unterkriterien festzulegen. In diesem Fall muss er die Unterkriterien auch gewichten.

BEISPIEL

Der AG schreibt Sicherheitstechnik für ein Gebäude aus. Als Zuschlagskriterien werden angegeben:

- Preis 60 %

- Qualität 40 %

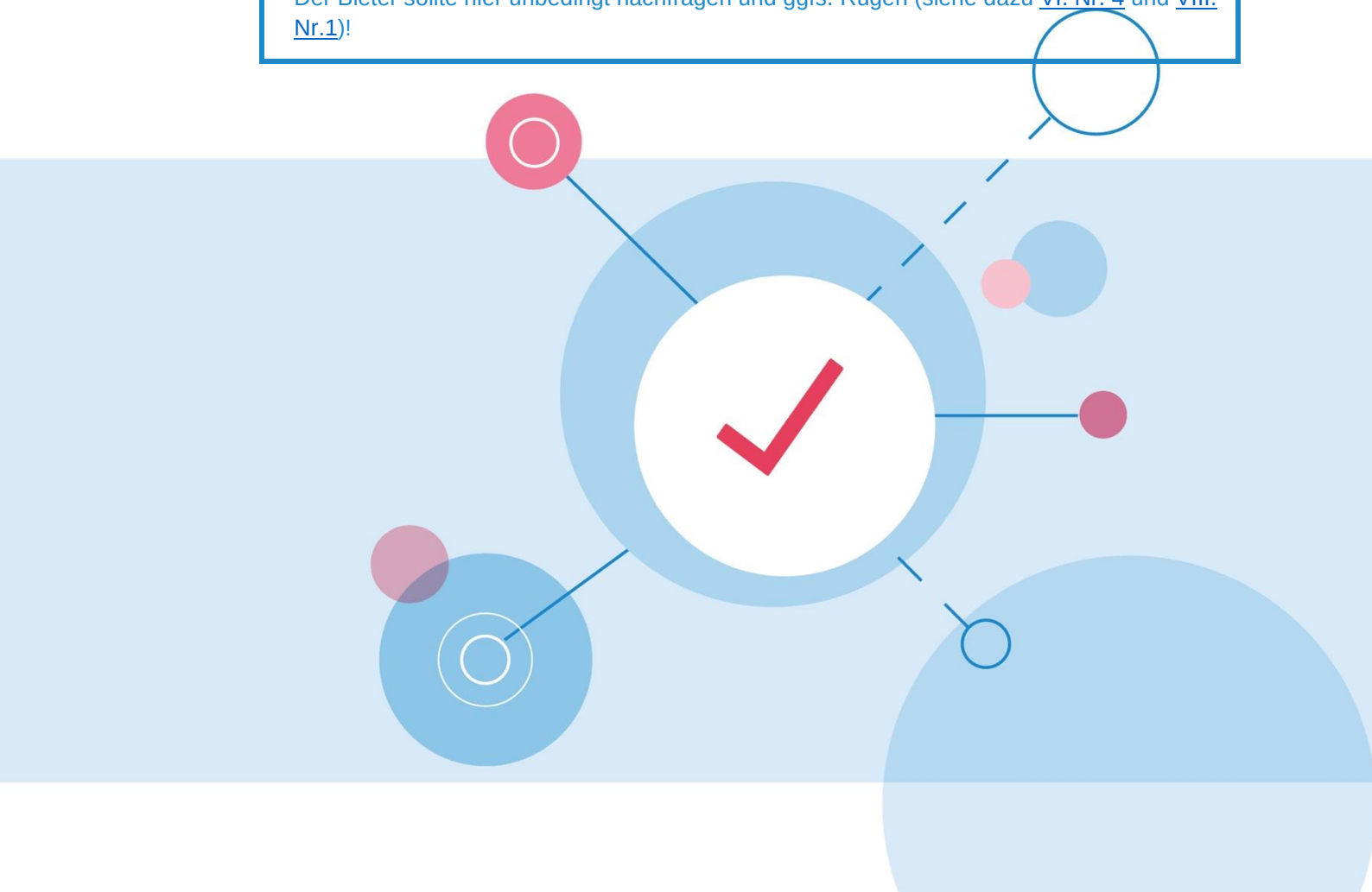
Sind die Zuschlagskriterien vergaberechtskonform?

I.d.R. Nein!

Das Kriterium Qualität betrifft zwar den Auftragsgegenstand, es ist aber nicht klar, worauf die Vergabestelle hier genau abstellt (Transparenzgrundsatz).

Konkretisierung geboten!

Der Bieter sollte hier unbedingt nachfragen und ggfs. Rügen (siehe dazu VI. Nr. 4 und VIII. Nr.1)!



3. Konzeptbewertung

Sofern Konzepte oder Kreativleistungen bewertet werden sollen, muss der Auftraggeber die Zuschlagskriterien noch weiter untergliedern und vorab Unterkriterien aufstellen. Die Unterkriterien und deren Gewichtung müssen bekannt gemacht werden, jedoch muss der Auftraggeber nicht die genauen Bewertungsmaßstäbe in Gänze bekanntmachen, damit ihm noch ein Bewertungsspielraum verbleibt. Die Bieter sollten sich bei der Erstellung des Konzepts genau an der Aufgabenstellung bzw. an der Leistungsbeschreibung orientieren.

BEISPIEL

Bewertungsmatrix für ein Konzept-Unterkriterium:

100 Punkte

Sehr übersichtlich und sehr umfänglich beschrieben 100 Punkte

Sehr übersichtliche und lückenlose Darstellung der Sachverhalte; sehr transparente Schilderung; sehr gut nachvollziehbare und zusammenhängende Beschreibungen, auf die Wünsche und Zufriedenheit der Kunden wird hervorragend eingegangen; es ist zu erwarten, dass sowohl die Hauptkunden als auch die Endkunden absolut zufriedengestellt werden.

60 Punkte

Übersichtlich und gut beschrieben 60 Punkte

Gute Darstellung der Sachverhalte; transparente Schilderung; nachvollziehbare und zusammenhängende Beschreibungen; auf die Wünsche und Zufriedenheit der Kunden wird gut eingegangen; es ist zu erwarten, dass sowohl die Hauptkunden als auch die Endkunden zufriedengestellt werden.

30 Punkte

Lückenhaft und unübersichtlich beschrieben 30 Punkte

Lückenhafte Darstellung der Sachverhalte; nur teilweise transparente Schilderung; schwer nachvollziehbare und nur teilweise zusammenhängende Beschreibungen; auf die Wünsche und Zufriedenheit der Kunden wird nur teilweise eingegangen; es ist zu erwarten, dass sowohl die Hauptkunden als auch die Endkunden nur teilweise zufriedengestellt werden.

0 Punkte

Mangelhaft beschrieben und lückenhafte Darstellung 0 Punkte

Mangelhafte Darstellung der Sachverhalte; Intransparente Schilderung; nicht nachvollziehbare und widersprüchliche Beschreibungen; unübersichtliche Konzeptionierung; auf die Wünsche und Zufriedenheit der Kunden wird kaum eingegangen; es ist zu erwarten, dass sowohl die Hauptkunden als auch die Endkunden nicht zufriedengestellt werden.

Ein weiterer Themenkomplex umfasst die Bewertung von Angebotspräsentationen. Dies ist grundsätzlich zwar zulässig, allerdings ist stark umstritten, auf welcher Grundlage eine Bewertung erfolgen darf. Es ist dem Bieter grundsätzlich anzuraten, in der Präsentation ausschließlich die gleichen Informationen vorzutragen, die auch schon im schriftlichen Angebot enthalten waren, um hier möglichst keine Nachteile zu erfahren.

3. Unzulässige Kriterien

Die Zuschlagskriterien müssen mit dem Auftrag im Zusammenhang stehen. Insofern sind sie von den Eignungskriterien abzugrenzen, die in der vorgelagerten Eignungsprüfung herangezogen werden und bieter- bzw. unternehmensbezogen sind. Eine Vermischung von Eignungs- und Zuschlagskriterien ist verboten. So wäre zum Beispiel ein Zuschlagskriterium „Vorstellung des Unternehmens“ unzulässig. Dies ist offensichtlich bieter- und nicht auftragsbezogen.

Eine Ausnahme bildet das Zuschlagskriterium „Qualifikation und Erfahrung des mit der Ausführung des Auftrags betrauten Personals, wenn die Qualität des eingesetzten Personals erheblichen Einfluss auf das Niveau der Auftragsausführung haben kann“. So könnten z.B. bei IT-Beratungsleistungen die Erfahrung und Qualifikationen der konkret einzusetzenden Berater im Rahmen der Wirtschaftlichkeitsbewertung bewertet und bepunktet werden.

4. Wie erfahre ich von der Entscheidung?

Bei EU-weiten Vergabeverfahren ist der Auftraggeber verpflichtet, die unterlegenen Bieter 10 Kalendertage vor Zuschlagserteilung über die Gründe der Nichtberücksichtigung in Textform zu informieren (sog. Bieterinformation, § 134 GWB).

Für die Länge der Stillhaltefrist kommt es auf die Absendung, nicht auf den Zugang an!

§

Nach § 134 Abs.1 GWB müssen Bieter, deren Angebote nicht berücksichtigt werden über

- den Namen des Unternehmens, dessen Angebot angenommen werden soll,
- die Gründe der vorgesehenen Nichtberücksichtigung ihres Angebotes und
- den frühesten Zeitpunkt des Vertragsschlusses

informiert werden!

Bei nationalen Vergabeverfahren besteht keine flächendeckende Pflicht zur Bieterinformation und Stillhaltefrist. Nur in einigen Bundesländern gibt es dem § 134 GWB entsprechende Regelungen (z.B. Sachsen, Sachsen-Anhalt, Thüringen).

VIII. Rechtsschutz – was mache ich, wenn es schiefläuft?

1. Der erste Schritt: Die Rüge 56

a) Form und Inhalt 57

b) Abhilfe und Verstöße 57

2. Der zweite Schritt: Der Rechtsschutz im Vergabeverfahren 58

a) Unterschwelle 58

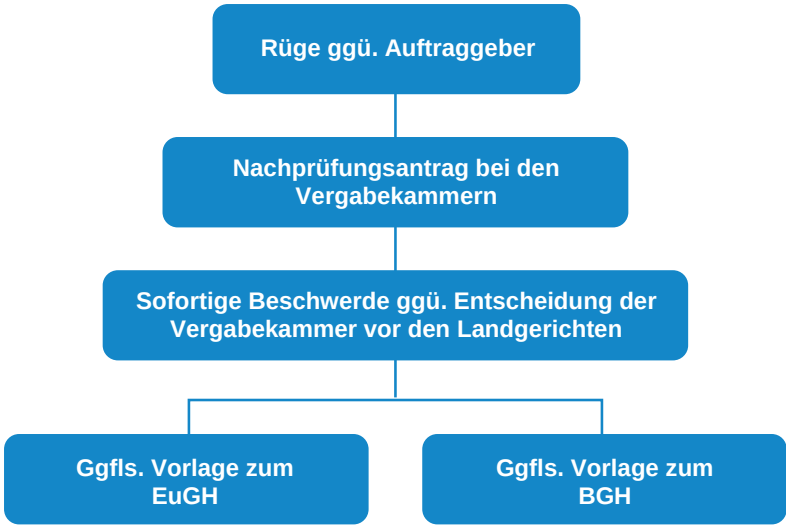
b) Oberschwelle 59

(1) Der Ablauf eines Nachprüfungsverfahrens 59

(2) Grundsätze des Nachprüfungsverfahrens 60

c) Sekundärrechte 60

Wenn der Bieter denkt, dass die Vergabeunterlagen fehlerhaft oder unklar sind oder ihn diskriminieren bzw. wenn er mit der Wertungsentscheidung nicht einverstanden ist, muss er dies nicht hinnehmen. Das Vergaberecht regelt Verfahren zur Aufklärung von Unklarheiten und Prüfung von Vergaberechtsverstößen.



1. Der erste Schritt: Die Rüge

Werden durch die Bieterfragen die Unklarheiten oder Fehler nicht beseitigt oder wird der Bieter – aus seiner Sicht – unrechtmäßig nicht für den Zuschlag vorgesehen, muss der Bieter zur Wahrung seines Rechtsschutzes gegenüber dem Auftraggeber den Rechtsverstoß rügen. Hierfür sind folgende Fristen unbedingt zu beachten:

- **Erkennt** ein Bieter einen Vergaberechtsverstoß, ist er nach § 160 Abs. 3 GWB dem Auftraggeber gegenüber verpflichtet, diesen innerhalb von 10 Tagen zu rügen.

  „Erkennen“ bedeutet positive Kenntnis aufgrund laienhafter, vernünftiger Bewertung (nicht nur tatsächliche Umstände) erlangter positiver Vorstellung von Verstoß. Der Bieter ist allerdings nicht zur Nachforschung oder Prüfung verpflichtet, auch ist er nicht verpflichtet, vergaberechtliche Beratung einzuholen.

- Ist der Verstoß bereits in der Bekanntmachung **erkennbar**, muss er bis zum Ablauf der in der Bekanntmachung benannten Frist zur Angebotsabgabe bzw. Bewerbung gerügt werden.

- Sofern der Verstoß aus den Vergabeunterlagen **erkennbar** ist, muss er bis zum Ablauf der Angebotsfrist gerügt werden.

- „Erkennbar“ sind auf allgemeiner Überzeugung der Vergabepraxis beruhende und ins Auge fallende auftragsbezogene Rechtsverstöße. Referenzmaßstab ist dabei ein durchschnittlich fachkundiger Bieter.

a) Form und Inhalt

Die Rüge ist formlos möglich, aus Beweisgründen sollte jedoch mindestens die Textform gewählt werden (also z.B. eine E-Mail). Die Rüge muss zwar nicht als solche betitelt werden, es muss jedoch eindeutig erkennbar sein, dass es sich um eine solche handelt. Demnach muss der konkrete Verstoß benannt werden, allgemeine Ausführungen sind nicht ausreichend. In der Regel wird dies mit einer Bitte um Abhilfe und dem Vorbehalt weiterer Schritte untermauert. Die Anforderungen an die Rüge dürfen zwar nicht besonders hoch sein, eindeutig und konkret sollte sie jedoch sein.

BEISPIEL 1

„Hiermit rügen wir die beabsichtigte Zuschlagserteilung an die Bietergemeinschaft, weil das von dieser abgegebene Angebot … von den zwingenden Vorgaben des Leistungsverzeichnisses abweicht."

BEISPIEL 2

„Leider sind die im Schreiben vom 19.02.2020 aufgeführten Gründe in Zusammenhang mit dem eingereichten Konzept nicht nachvollziehbar. Wir beanstanden die Bewertung als nicht rechtmäßig.

Sie führen aus, dass unser Konzept keine bessere Punktzahlt erhalten hat, weil wir insbesondere die xxx nicht gesondert definiert hätten. …

Dies ist nicht korrekt, da wir …

Wir bitten um Überprüfung und Korrektur Ihrer Zuschlagsentscheidung bis zum 25.02.2020, 16 Uhr. Ansonsten behalten wir uns weitere Schritte vor."

b) Abhilfe und Verstöße

Der Auftraggeber hat die Möglichkeit der Rüge abzuhelfen und den gerügten Verstoß zu beheben. Kommt er dem nicht nach und lehnt eine Abhilfe ab, muss ein Nachprüfungsantrag innerhalb von 15 Tagen ab Zugang des Nichtabhilfeschreibens gestellt werden (§ 160 Abs. 3 GWB). Diese Frist läuft aber nur, wenn sie in der Bekanntmachung aufgeführt wurde.

Im Rahmen der einzelnen Themen haben wir auf verschiedene Vergabeverstöße verwiesen, die besonders häufig und relevant sind. Der Bieter sollte bei der Durchsicht der Vergabeunterlagen ein besonderes Augenmerk auf möglicherweise unangemessen hohe Anforderungen, überzogene Eignungskriterien und die produktneutrale Bestimmung des Auftragsgegenstandes legen.

CHECKLISTE

Die erfolgreiche Rüge

- **Inhalt:**
  - Eindeutige Beanstandung, keine Fragen, keine Bitten
  - Konkreten Vergabeverstoß benennen als Sachverhaltsschilderung, keine rechtlichen Ausführungen erforderlich
  - Abhilfe fordern
- **Form:**
  - Keine Vorschrift, aber aus Beweisgründen IMMER mindestens Textform
  - An Auftraggeber/Vergabestelle direkt adressiert
- **Frist:**
  - Innerhalb von 10 Tagen ab Kenntnis des Verstoßes
    - Bei Verstößen in Bekanntmachung/Vergabeunterlagen spätestens mit Ablauf der Bewerbungs- oder Angebotsfrist

2. Der zweite Schritt: Der Rechtsschutz im Vergabeverfahren

Hilft der Auftraggeber einer Rüge nicht ab, bleibt nur der Rechtsschutz. Hier unterscheidet sich das Verfahren signifikant danach, ob es sich um ein EU-Verfahren oberhalb der Schwellenwerte oder ein nationales Vergabeverfahren unterhalb handelt.

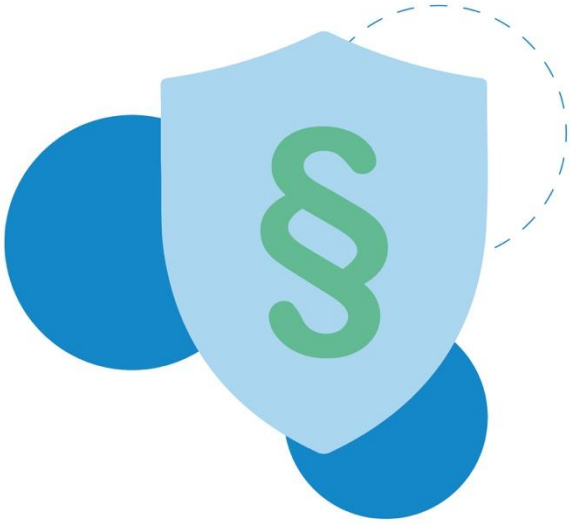
Außerdem muss zwischen Primärrechtsschutz vor Zuschlagserteilung und dem Sekundärrechtschutz nach Zuschlagserteilung unterschieden werden. Interessant aus Bietersicht ist der Primärrechtsschutz, da dieser dem Bieter ermöglicht, die Zuschlagsentscheidung zu seinen Gunsten zu ändern.

a) Unterschwelle

Unterhalb der Schwellenwerte gibt es einen (vereinfachten) Primärrechtsschutz vor Zuschlagserteilung nur, sofern die Landesvergabegesetze dies vorsehen. Zurzeit ist dies nur in Sachsen, Sachsen-Anhalt und Thüringen der Fall. Die UVgO sieht keinen Rechtsschutz in diesem Sinne vor.

Die einzige Alternative in den anderen Bundesländern ist der einstweilige Rechtsschutz vor den Zivilgerichten. Allerdings ist die Rechtsfolge hier ein Unterlassungsanspruch, der einem Zuschlagsverbot nicht gleichsteht. Der Bieter hat ohne Bieterinformation (die im Unterschwellenbereich nicht erforderlich ist) in der Regel auch keine Kenntnis vor Zuschlag.

Praktisch wird der Bieter hier auf den Sekundärrechtschutz nach Zuschlagserteilung (bspw. Schadensersatz) verwiesen und hat faktisch keine Möglichkeit, einen Vertragsschluss des Konkurrenten vorab zu verhindern. Auch der Sekundärrechtsschutz wird vor den Zivilgerichten verhandelt.



b) Oberschwelle

Im Oberschwellenbereich besteht nach §§ 156ff. GWB die Möglichkeit, Primärrechtsschutz vor Zuschlagserteilung bei den Vergabekammern und Oberlandesgerichten im Rahmen eines sog. Nachprüfungsverfahren zu ersuchen.

Der Sekundärrechtsschutz findet, wie im Unterschwellenbereich, vor den Zivilgerichten statt.

(1) Der Ablauf eines Nachprüfungsverfahrens

Der unterlegene Bieter kann einen Nachprüfungsantrag bei der zuständigen Vergabekammer stellen. Welche dies ist, steht in der Bekanntmachung oder in den Vergabeunterlagen. Der Nachprüfungsantrag ist schriftlich zu stellen und unverzüglich zu begründen, § 161 GWB. Es besteht kein Anwaltszwang.

Vorteil des Nachprüfungsantrags ist, dass ab dem Zeitpunkt, an dem die Vergabekammer den Auftraggeber über die Einlegung eines Nachprüfungsantrags informiert hat, bis zum Ablauf der Beschwerdefrist ein Zuschlagsverbot gilt, § 169 Abs. 1 GWB.

Die Vergabekammer trifft gemäß § 168 Abs. 1 S. 1 Hs. 2 GWB die geeigneten Maßnahmen zur Beseitigung des rechtswidrigen Zustandes. Das bedeutet, dass sie im Regelfall den Auftraggeber nur dazu verpflichtet, für den Fall fortbestehenden Beschaffungsbedarfs die fehlerhaften Verfahrensschritte zu wiederholen.

Gegen die Entscheidung der Vergabekammer ist eine sofortige Beschwerde beim zuständigen OLG möglich. Für die sofortige Beschwerde muss ein Anwalt hinzugezogen werden.

Für das Nachprüfungsverfahren fallen in jedem Fall die Vergabekammergebühren an. In der Regel verlangt die Vergabekammer einen Gebührenvorschuss in Höhe von 2.500 Euro. Die endgültigen Kosten hängen vom Auftragswert bzw. vom Angebotspreis des Antragstellers ab. Werden Rechtsanwälte hinzugezogen, entstehen weitere Kosten. Für die sofortigen Beschwerde fallen Gerichtsgebühren sowie Rechtsanwaltskosten an.

Die Kosten werden von der unterlegenen Partei getragen, im Falle der Rechtsanwaltskosten jedoch nur in Höhe der gesetzlichen Gebühren.

(2) Grundsätze des Nachprüfungsverfahrens

Im Rahmen des Verfahrens gelten verschiedene Grundsätze.

Der Untersuchungsgrundsatz gem. § 163 GWB führt zu einer Amtsermittlungspflicht, die ein großer Vorteil gegenüber dem klassischen Zivilrechtsschutz sein kann. Die Vergabekammer kann sich allerdings nach pflichtgemäßem Ermessen auf die Vorträge der Beteiligten beschränken.

Das Beschleunigungsgebot nach § 167 Abs. 1 GWB garantiert in der Regel eine Entscheidung innerhalb von 5 Wochen, bei besonderer Schwierigkeit sind Verlängerungen von mindestens 2 Wochen aber möglich.

Die Beteiligten sind nach § 167 Abs. 2 GWB zur Mitwirkung verpflichtet. Dementsprechend sollten Bieter ihre Angriffs- und Verteidigungsmittel schnell & umfassend angeben und zügig aus Anfragen der Vergabekammer antworten. Sofern der Bieter eine Frist der Vergabekammer nicht einhält, kann der Sachvortrag präkludiert werden.

Im Rahmen des Nachprüfungsverfahrens muss der Auftraggeber unverzüglich die vollständige Vergabeakte an die Vergabekammer übersenden. Der Antragsteller hat dann die Möglichkeit, im Rahmen der Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse Einsicht in die Vergabeakte zu nehmen.

PRAXISTIPP

Die Akteneinsicht sollte von Anfang an mit beantragt werden.

c) Sekundärrechte

Sowohl im Unter- als auch im Oberschwellenbereich besteht die Möglichkeit nach Zuschlagserteilung vor den Zivilgerichten Sekundärrechtsschutz zu begehren. Darunter fällt beispielsweise die Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen eines nicht berücksichtigten Bieters gegenüber dem Auftraggeber. Diesen gibt es gem. § 181 S. 1 GWB für die Kosten der Teilnahme am Vergabeverfahren bspw. Angebotserstellungskosten, Kosten für eine Teststellung. Im Unterschwellenbereich gilt das GWB allerdings nicht.

Der Anspruch setzt einen bieterschützenden Vergaberechtsverstoß voraus, sowie eine „echte Chance“ auf den Zuschlag.

Der Ersatz des entgangenen Gewinns kann nur nach den Grundsätzen des Verschuldens bei Vertragsverhandlungen verlangt werden (§§ 280 Abs.1, 241 Abs. 2, 311 Abs.2 BGB).

§

Voraussetzungen dafür sind:

1. Auftraggeber hat vergaberechtswidrig anderem Bieter den Zuschlag erteilt,
2. ein Verschulden ist im Oberschwellenbereich contra legem **NICHT** erforderlich (vgl. EuGH 30.9.2010 – C-314/09),
3. der übergangene Bieter kann beweisen, dass er den Zuschlag im Rahmen eines rechtmäßigen Vergabeverfahrens mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit erhalten hätte.

In der Praxis ist es in der Regel sehr schwierig Umfang und Kausalität des Vergabeverstoßes für den Schaden darzulegen und zu beweisen.

Informationen gemäß der Dienstleistungs-Informations-Pflichten-Verordnung (DL-InfoV)

FPS Fritze Wicke Seelig Partnerschaftsgesellschaft von Rechtsanwälten mbB
FPS Fritze Wicke Seelig ist eine Partnerschaftsgesellschaft mbB nach Maßgabe des Partnerschaftsgesetzes und ist im Partnerschaftsregister eingetragen.
Sitz und Registrierung: Frankfurt am Main, AG Frankfurt am Main, PR 1865 Umsatzsteueridentifikationsnummer: DE219074277
Die Liste der in der Partnerschaft eingetragenen Partner kann im „Impressum“ über den Link „Partner“ unter www.fps-law.de eingesehen werden.

Multidisziplinäre Tätigkeiten / Berufliche Gemeinschaften

Die Partner haben sich in der Form einer Partnerschaft zur dauerhaften Berufsausübung zusammengeschlossen. Einige Partner üben auch die Tätigkeit eines Notars, eines Steuerberaters und / oder vereidigten Buchprüfers aus. Notarielle Dienstleistungen werden ausschließlich an den Standorten Berlin und Frankfurt am Main erbracht. Die Wahrnehmung widerstreitender Interessen ist Rechtsanwälten aufgrund berufsrechtlicher Regelungen untersagt (§ 43a Abs. 4 BRAO). Vor Annahme eines Mandates wird deshalb immer geprüft, ob ein Interessenkonflikt vorliegt.

Außergerichtliche Streitschlichtung

Bei Streitigkeiten zwischen Rechtsanwälten und ihren Auftraggebern besteht auf Antrag die Möglichkeit der außergerichtlichen Streitschlichtung bei der regionalen Rechtsanwaltskammer. Für die Rechtsanwälte von FPS sind dies, je nach Standort des Rechtsanwalts, die Rechtsanwaltskammer in Berlin, Düsseldorf, Frankfurt am Main oder Hamburg (siehe
§ 73 Abs. 2 Nr. 3 i.V.m. § 73 Abs. 5 BRAO). Informationen sind auf den Internetseiten der jeweiligen Rechtsanwaltskammern abrufbar. Alternativ kann auch die Schlichtungsstelle der Rechtsanwaltschaft bei der Bundesrechtsanwaltskammer (siehe § 191f BRAO) angerufen werden. Weitere Informationen sind über die Internetseiten der Bundesrechtsanwaltskammer (www.brak.de) zu finden oder können per E-Mail an schlichtungsstelle@brak.de angefordert werden.

Alle weiteren Informationen nach der Verordnung über Informationspflichten für Dienstleistungserbringer (DL-InfoV) entnehmen Sie bitte dem Impressum unserer Internetpräsenz unter www.fps-law.de

Impressum

© 2020 FPS Fritze Wicke Seelig Partnerschaftsgesellschaft von Rechtsanwälten mbB

BERLIN
Kurfürstendamm 220
10719 Berlin
T +49 30 88 59 27-0
F +49 30 88 59 27-100
berlin@fps-law.de

DÜSSELDORF
Königsallee 60 C (KÖ-Höfe)
40212 Düsseldorf
T +49 211 30 20 15-0
F +49 211 30 20 15-90
duesseldorf@fps-law.de

FRANKFURT AM MAIN
Eschersheimer Landstr. 25–27
60322 Frankfurt am Main
T +49 69 95 957-0
F +49 69 95 957-455
frankfurt@fps-law.de

HAMBURG
Große Theaterstr. 31
20354 Hamburg
T +49 40 37 89 01-0
F +49 40 36 62 98
hamburg@fps-law.de

FPS
Ihre Kanzlei. Ihr Partner.