

Ausschreibung und Vergabe

Angebote

Noch auskömmlich

Angebote dürfen bei Abweichung von unter 20 Prozent als nicht ungewöhnlich niedrig eingestuft werden. (OLG Celle vom 17. November 2011 – AZ 13 Verg 6/11)

Die Vergabestellen besitzen einen Spielraum zu bewerten, ob ein Angebot ungewöhnlich niedrig ist. Weicht das nächstbeste Angebot weniger als 20 Prozent ab, dürfen die Vergabestellen die Auskömmlichkeit bejahen und das Bestgebot ohne weitere Nachfrage werten.

Die Entscheidung betraf einen Fall, in dem das wirtschaftlichste Angebot preislich 13,08 Prozent unter dem zweitbesten lag. Die Vergabestelle erteilte den Zuschlag, ohne weitere Anfragen zur Angebotskalkulation zu stellen.

Dies hält das OLG Celle für rechtmäßig. Ungewöhnlich niedrige Angebote muss der Auftraggeber aufklären. Er darf den Zuschlag nicht erteilen, wenn ein Missverhältnis zur Leistung besteht (§ 19 Abs. 6 EG VOL/A). Bei der Beurteilung dieses Missverhältnisses steht ihm aber ein Spielraum offen.

Die Vergabestelle darf das Angebot bei Abweichung von unter 20 Prozent als nicht ungewöhnlich niedrig einstufen. Daher dürfte sie bei 13,08 Prozent Abweichung den Zuschlag erteilen, ohne die Kalkulation durch Nachfrage beim Bieter aufzuklären.

Aktuelle VOL/A

Umgang mit Wagnis

Die VOL/A 2009 enthält kein Verbot ungewöhnlicher Wagnisse mehr. (OLG Düsseldorf vom 19. Oktober 2011 – AZ VII-Verg 54/11)

Das Verbot, Bieter ungewöhnliche Wagnisse aufzubürden, ist in der Vergabe- und Vertragsordnung für Leistungen, Teil A (VOL/A) 2009 nicht mehr ausdrücklich enthalten. Daraus folgert der Vergabesenat, dass es formal kein Rechtsgrundsatz mehr ist. Insbesondere bei Rahmenvereinbarungen seien gewisse Wagnisse stets enthalten.

Der Vergabesenat deutet jedoch an, dass Ausschreibungsbedingungen auch unter dem Gesichtspunkt der „Zumutbarkeit“ überprüft werden können. Damit gibt er zu erkennen, dass Auftraggeber weiterhin Grenzen bei der Überbürdung von Wagnissen und Risiken einhalten müssen.

Erst mit Beschluss vom 2. August 2011 entschied das OLG Dresden, dass das Verbot ungewöhnlicher Wagnisse auch in der VOL/A 2009 fortgilt (AZ WVerg 0004/11). Der dortigen Entscheidung lag allerdings keine Rahmenvereinbarung zugrunde. Das OLG Düsseldorf machte von der Möglichkeit einer Vorlage an den Bundesgerichtshof keinen Gebrauch.

Fördermittel

Geld zurückgefordert

Zuwendungsgeber dürfen auch dann Fördermittel zurückfordern, wenn vor Erlass des „Bewilligungsbescheides“ gegen Vergaberechtsvorschriften verstoßen wurde. Dies gilt zumindest dann, wenn der Zuwendungsgeber den Zuschuss auf der Grundlage zivilrechtlicher Regelungen gewährt hat. (BGH vom 17. November 2011 – AZ III ZR 234/10)

Eine Anstalt öffentlichen Rechts beantragte kurz nach Baubeginn Investitionszuschüsse für ein Bauvorhaben. Einige Wochen vor dem geplanten Ende des Bauvorhabens gewährte der Zuwendungsgeber die Mittel. Die als privatrechtlicher Vertrag ausgestaltete Zuwendung verpflichtete den Zuwendungsempfänger, das Vergaberecht anzuwenden. Später wurde die für die vorherigen Vergaben gewählte Verfahrensart als vergaberechtswidrig eingestuft.

Grundsätzlich gilt: Vergaberechtsverstöße führen regelmäßig zur Rückforderung gezahlter Zuwendungen. Der BGH geht aber noch einen Schritt weiter: Nach seiner Entscheidung sind Fördermittel auch zurückzuzahlen, wenn bereits vor der Zuwendung gegen Vergaberecht verstoßen wurde. Für Zuwendungsempfänger bedeutet dies, dass sie bereits immer dann die Vergaberechtsvorschriften beachten sollten, wenn eine spätere Zuwendung dies erfordern könnte.

Dienstleistungen

Beschränktes Risiko

Auftragnehmer dürfen die Leistung auch dann als Dienstleistungskonzession vergeben, wenn das Betriebsrisiko von vornherein beschränkt ist. (EuGH vom 10. November 2011 – AZ Rs. C- 348/10)

Nach Ansicht des EuGH ist eine vergabefreie Dienstleistungskonzession auch möglich, wenn das Betriebsrisiko, das heißt das Markt- und Einnahmerisiko, von vornherein beschränkt ist und der Auftragnehmer nur einen Teil des Risikos übernimmt. Wichtig ist aber, dass der öffentliche Auftraggeber sein Risiko auf den Auftragnehmer verlagert.

Betriebsrisiken sind nur die Risiken, die im Zusammenhang mit den Unwägbarkeiten des Marktes stehen. Risiken wegen mangelhafter Betriebsführung gehören nicht zum Betriebsrisiko. Zahlt der Auftraggeber einen Ausgleich für eventuell entstehende Verluste und ist das Betriebsrisiko auch sonst von vornherein beschränkt, übernimmt der Auftragnehmer nicht den wesentlichen Teil des Betriebsrisikos.

Eignung

Angemessener Beleg

Ein Meisterbrief als Eignungsnachweis darf nur gefordert werden, wenn dies durch den Auftrag gerechtfertigt ist. (OLG Düsseldorf vom 12. Oktober 2011 – AZ VII-Verg 74/11)

Der Auftraggeber schrieb Gebäudereinigungsleistungen aus. In den Vergabeunterlagen forderte er die Zusatzqualifikation „Meisterbrief Gebäudereiniger-Handwerk“ von den Bietern. Zu Unrecht, wie der Vergabesenat entschied. Denn der Eignungsnachweis war nicht durch den Auftragsgegenstand gerechtfertigt.

Auftraggeber haben zwar einen Entscheidungsspielraum bei der Wahl der Eignungsnachweise. Diese müssen sich jedoch immer am konkreten Auftrag messen lassen. Das war hier nicht der Fall. Denn die zur Auftragsausführung

nötigen Kenntnisse werden allesamt in der Ausbildung zum Gebäudereiniger vermittelt. Über diese Ausbildung hinausgehende Anforderungen waren nicht gestellt. Deshalb durfte ein Meisterbrief auch nicht gefordert werden.

Rügen

Nur unverzüglich

Erkennt ein Bieter im laufenden Nachprüfungsverfahren erstmals Vergaberechtsverstöße, muss er diese unverzüglich rügen, sodass die Rüge noch im laufenden Verfahren berücksichtigt werden kann. (OLG Frankfurt vom 10. Juni 2011 – AZ 11 Verg 4/11)

Ein Antragsteller erfuhr im laufenden Nachprüfungsverfahren von möglichen Vergaberechtsverstößen. Anstatt dies sofort zu rügen und vorzutragen, wartete der Antragsteller ab. Erst nach der mündlichen Verhandlung rügte der Antragsteller die möglichen Verstöße.

Zu spät, wie das OLG Frankfurt befand. Dem Antragsteller war nach der mündlichen Verhandlung lediglich nachgelassen worden, den Nachprüfungsantrag zurückzunehmen. Weiterer Sachvortrag war nicht erlaubt. Daher war die erst dann erhobene Rüge als verspätet anzusehen.

Antragsteller sollten daher stets darauf achten, auch im laufenden Nachprüfungsverfahren mögliche Vergaberechtsverstöße unverzüglich zu rügen und in das Verfahren einzubringen.

Sektorenrichtlinie

Ohne Ausschreibung

Sektorenauftraggeber müssen nicht ausschreiben, wenn das mit ihnen verbundene Unternehmen mindestens 80 Prozent seines Umsatzes für den Konzern erzielt hat. (OLG Frankfurt vom 30. August 2011 – AZ 11 Verg 3/11)

Bislang existiert keine einheitliche Methode zur Berechnung der wichtigen 80-Prozent-Grenze für den Gesamtumsatz des verbundenen Unternehmens.

Nach Auffassung des OLG Frankfurt ist der Umsatz anhand der konkret nachgefragten Leistungen zu ermitteln. Bei der Berechnung der 80-Prozent-Grenze seien daher nur solche Leistungen zu berücksichtigen, die mit diesen nachgefragten Leistungen vergleichbar seien.

Dies – so das Gericht – ergebe sich eindeutig aus dem Wortlaut des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (§ 100 Abs. 2 lit. o) GWB – Konzernprivileg). Gleiches sei den Erwägungen der Sektorenrichtlinie zum Konzernprivileg zu entnehmen. Auch danach müsse die Haupttätigkeit des verbundenen Unternehmens darin bestehen, Leistungen für die Unternehmensgruppe zu erbringen, die mit den konkret nachgefragten Leistungen vergleichbar seien.

Verfahren

Bieterwechsel

Ein Wechsel in der Identität des Bieters führt nicht zwingend zu dessen Ausschluss vom Vergabeverfahren. (OLG Düsseldorf vom 3. August 2011 – AZ VII Verg 16/11)

In einem Verhandlungsverfahren reichte ein Unternehmen ein unverbindliches Angebot ein. Das letztverbindliche Angebot gab ein anderes Unternehmen ab, auf das die ursprüngliche Bieterin verschmolzen wurde. Bereits im Teilnahmeantrag hatte die Bieterin darauf hingewiesen. Der Vergabesenat stellte klar: Die Änderung in der Person des Bieters erfordert keinen Angebotsausschluss, denn im Verhandlungsverfahren gilt kein Nachverhandlungsverbot. Angebote können ebenso geändert werden wie die Struktur eines Bieterunternehmens. Das Gericht sah auch den Transparenzgrundsatz gewahrt. Der ursprüngliche Bieter wies bereits im Teilnahmeantrag auf die Umwandlungspläne hin. Daraus ergab sich, dass das Angebot im Namen des neuen Bieters fortbestehen sollte.

Der Vergabesenat stellt bei der Entscheidung auf die Besonderheiten des Einzelfalls ab. In Offenen wie auch im Nichtoffenen Verfahren dürften Änderungen in der Person des Bieters weiterhin unzulässig sein und zum Angebotsausschluss führen.

Berater zulässig

Eine Rechtsanwaltskanzlei darf den Auftraggeber beraten, auch wenn sie gleichzeitig für den Konzern des Bieters tätig ist. (OLG Celle vom 8. September 2011 – AZ 13 Verg 4/11)

Das OLG Celle sah in der Beratertätigkeit keinen Verstoß gegen Paragraph 16 der Vergabeverordnung (VgV). Dieser verlangt, dass bei einem Vergabeverfahren auf Seiten des Auftraggebers keine als voreingenommen geltenden Personen mitwirken dürfen. Nach dem OLG ist nur eine Tätigkeit für den Bieter im konkreten Vergabeverfahren vergaberechtswidrig, die dem Bieter einen Vorteil verschafft. Die reine Verbundenheit mit Konzernunternehmen reicht für einen Ausschluss nicht aus.

Wertung

Klare Trennung

Kriterien, mit denen der Auftraggeber die fachliche Eignung eines Bieters beurteilt, dürfen keine Zuschlagskriterien sein. (OLG Karlsruhe vom 20. Juli 2011 – AZ 15 Verg 6/11)

Das OLG Karlsruhe bestätigte die mittlerweile gefestigte Rechtsprechung, dass Zuschlagskriterien von Eignungskriterien zu trennen sind. Die Eignungsprüfung dient der Prognose, ob ein Unternehmer zur Ausführung des Auftrags in der Lage sein wird. Die Wirtschaftlichkeitsprüfung bezieht sich hingegen auf das Angebot und nicht auf das Unternehmen, das das Angebot abgab. Zugleich wies das OLG Karlsruhe darauf hin, dass diese Rechtsprechung noch nicht als allgemeines Wissen vorausgesetzt werden kann. Der Nachprüfungsantrag war somit zulässig.

Ute Jasper/ Jens Biemann

Die Autoren

Dr. Ute Jasper ist Rechtsanwältin und Partnerin der Sozietät Heuking Kühn Lüer Wojtek in Düsseldorf und leitet die Practice Group „Public Sector“. **Jens Biemann** ist als Rechtsanwalt der Kanzlei ebenfalls am Standort Düsseldorf tätig und unter anderem spezialisiert auf Vergaberecht.