

PRAXIS & VERGABE

STAATSANZEIGER – Wochenzeitung für Wirtschaft, Politik  und Verwaltung in Baden-Württemberg



**Richtig
ausschreiben:
11 Schritte zur
erfolgreichen
Auftragsvergabe** Seite 4

AUS DEM INHALT



- 9 **WO DRÜCKT DER SCHUH?** DATEN ÜBER AUFTRÄGE AB 25 000 EURO MÜSSEN AN DAS STATISTISCHE BUNDESAMT ÜBERMITTELT WERDEN. DIE VERGABESTATISTIK MACHT SINN.
- 10-11 **WO SIND NUR DIE BIETER?** ZU WENIG ANGEBOTE AUF EINE AUSSCHREIBUNG – DAS MUSS NICHT SEIN. VERGABEEXPERTIN SUSANN WOLF WEISS ABHILFE.
- 12-13 **ALLE AN EINEN TISCH, BITTE!** AUF DEUTSCHEN BAUSTELLEN WERDEN PROBLEME ZWISCHEN AUFTRAGGEBERN UND AUFTRAGNEHMERN OFT NICHT PARTNERSCHAFTLICH GELÖST. STREIT LANDET OFT VOR GERICHT. DABEI GEHT ES AUCH ANDERS, SAGT DER EXPERTE FÜR PARTNERSCHAFTSMODELLE MARCUS KALLER.
- 14-15 **PROJEKTANTEN MÜSSEN KEIN PROBLEM SEIN.** PROJEKTANTEN WIRKEN BEI DER VORBEREITUNG VON AUSSCHREIBUNGEN MIT. ETWA, INDEM SIE DEN AUFTRAGGEBER BERATEN ODER VORARBEITEN LEISTEN. WAS ABER IST, WENN SIE SELBST MITBIETEN WOLLEN?
- 16 **RECHT AKTUELL.** DAS VERGABERECHT IST IM FLUSS, WIE VIER NEUE URTEILE ZEIGEN.
- 17 **OFFEN FÜR INNOVATIONEN.** DAS SOLLTEN BESCHAFFER SEIN. WIE AUCH KLEINERE VERGABESTELLEN DAS THEMA GEZIELT ANGEHEN KÖNNEN, SAGT MATTHIAS BERG, EXPERTE FÜR INNOVATIVE BESCHAFFUNG.
- 18-19 **ÖFFENTLICH ODER BESCHRÄNKT – SIE HABEN DIE WAHL.** BEI BAUAUFTRÄGEN IM UNTERSCHWELLENBEREICH KÖNNEN VERGABESTELLEN ÖFFENTLICH ODER BESCHRÄNKT AUSSCHREIBEN MIT EINEM VORGESCHALTETEN TEILNAHMEWETTBEWERB. DABEI GIBT ES WICHTIGE UNTERSCHIEDE.
- 20-21 **FALLSTRICKE.** WAS MAN SO ALLES FALSCH MACHEN KANN. UND TIPPS, WIE MAN FEHLERN ENTGEHT.
- 22-23 **VORURTEIL ODER FAKT.** NACHTRÄGE SORGEN OFT FÜR STREIT. DER ABER MUSS NICHT SEIN. SCHON VOR DER AUSSCHREIBUNG SIND WICHTIGE WEICHEN ZU STELLEN.

4 SCHWERPUNKT: 11 SCHRITTE ZUR ERFOLGREICHEN AUFTRAGSVERGABE

VERGABEWISSEN: DIE SCHULE SANIEREN, EIN FAHRZEUG FÜR DEN BAUHOF BESCHAFFEN ODER EINEN SERVER FÜR DIE IT DER KOMMUNALVERWALTUNG BESTELLEN – ZUR BESCHAFFUNG VON BAU-, LIEFER- UND DIENSTLEISTUNGEN GIBT ES GENAU STRUKTURIERTE UND VERBINDLICHE ABLÄUFE. WER SIE KENNT, KANN FEHLER VERMEIDEN.

Mit Praxis+Vergabe wollen wir auch auf Ihre Erfahrungen in der öffentlichen Beschaffung eingehen und den Meinungs austausch mit Ihnen anregen. Sagen Sie uns, welche Themen für Ihre Arbeit von Interesse sind, was Sie beschäftigt und vielleicht manchmal auch aufregt. Wir wollen das gerne aufgreifen und Antworten geben. Wir freuen uns auf Ihre Impulse. Schreiben Sie an: w.leja@staatsanzeiger.de

IMPRESSUM

Herausgeber und Verlag Staatsanzeiger für Baden-Württemberg GmbH & Co. KG, Breitscheidstraße 69, 70176 Stuttgart Geschäftsführer Dr. Alexander Teutsch, Telefon: 07 11/6 66 01-0, info@staatsanzeiger.de, www.staatsanzeiger.de Redaktion Chefredakteurin: Breda Nußbaum; Wolfgang Leja, Michael Schwarz, Ulrike Raab-Nicolai und Stefanie Schlüter, unterstützt von Dr. Corina Jürschik, Oppenländer Rechtsanwälte Stuttgart Projektleitung und Gestaltung Barbara Wirth Anzeigen Uwe Minkus, Telefon: 07 11/6 66 01-229, anzeigen@staatsanzeiger.de Druck Ungeheuer + Ulmer KG GmbH + Co, Körnerstraße 14 – 18, 71643 Ludwigsburg Bildnachweis: Foto Titel bnenin – stock.adobe.com

EDITORIAL

Das Zauberwort heißt Wissen! Profis weisen den Weg zum Erfolg.

In Baden-Württemberg gibt es zahlreiche Vergabestellen. Gerade in kleinen Kommunen aber sind die mit der Vergabe betrauten Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter oft fachlich nicht ausreichend ausgebildet. Dabei ist das Vergaberecht sehr anspruchsvoll. Fehler bei Ausschreibungen und Vergaben sorgen für Ärger und können sogar richtig viel Geld kosten. Das kann so weit führen, dass ein Verfahren in den Stand vor Angebotsabgabe zurückversetzt werden muss oder dass Bieter Schadenersatz fordern.

In Praxis+Vergabe wollen wir informieren, erläutern und aufklären. Das Zauberwort heißt Wissen! Das möchten wir Ihnen mit auf den Weg geben. Ihnen aber auch aufzeigen, welche Untiefen Sie besser umschiffen sollten, damit Sie bei Vergabeverfahren sicher ans Ziel gelangen.

Zurück auf Los: Schwerpunkt dieser Ausgabe ist das Grundlagenwissen. Elf Schritte, die jeder kennen muss, wenn er Beschaffungsvorhaben umsetzen will. Wir haben für Sie ausgewiesene Expertinnen und Experten nach Praxistipps gefragt: etwa Susanne Wolf, die Vergabespezialistin der Stadt Dresden. Sie erklärt, was öffentliche Auftraggeber machen können, um ausreichend qualifizierte Bieter zu aktivieren und gute Angebote zu erhalten. Und Andreas Günther von der Gemeindeprüfungsanstalt Baden-Württemberg. Er weiß, wie sich unliebsame Nachträge am Bau vermeiden lassen – das gehört zu seinem Job.

Nicht nur Vergabeprofis dürften sich für unser Interview mit Strabag-Vorstand Marcus Kaller interessieren. Er zeigt auf, wie sich bei Bauvergaben eine Kultur des Gegeneinanders in ein Miteinander wenden lässt.

Viele wertvolle Erkenntnisse wünsche ich Ihnen.
Es grüßt Sie herzlich,

Ihre



Breda Nußbaum,
Chefredakteurin des Staatsanzeigers für Baden-Württemberg





VERGABEVERFAHREN

11 SCHRITTE ZUR ERFOLGREICHEN AUFTRAGSVERGABE

Die Schule sanieren, ein neues Fahrzeug für den Bauhof beschaffen oder einen leistungsfähigeren Server für die IT der Kommunalverwaltung bestellen: Zur Beschaffung von Bau-, Liefer- und Dienstleistungen gibt es formal exakt strukturierte und verbindliche Abläufe. Wer sie kennt, kann Fehler vermeiden. In elf Schritten können öffentliche Auftraggeber ein Vergabeverfahren erfolgreich durchführen.

WOLFGANG LEJA UND STEFANIE SCHLÜTER

1. Die Basis für den Erfolg: Den Bedarf korrekt ermitteln

Ganz gleich, ob der Gemeinderat den Neubau einer Feuerwache beschließt oder seine Zustimmung zum Kauf eines neuen Fahrzeugs für die Feuerwehr gibt: Die Kommune muss den Bedarf exakt erfassen und klar definieren. Damit werden bereits die grundlegenden Weichen für die Ausschreibung von Bau-, Liefer- und Dienstleistungen gestellt. Dabei muss der Vergabefachmann viele Details berücksichtigen. Beim Feuerwehrfahrzeug kann das etwa die Größe des Fahrzeugs oder der Drehleiter sein, damit auch der Feuerwehreinsatz in engen Altstadtgassen gelingt. Selbst beim Blaulicht gibt es Unterschiede, die zu beachten sind. Der exakt definierte Bedarf ist dann auch Voraussetzung dafür, die Kosten der zu beschaffenden Leistung möglichst genau zu taxieren. Gegebenenfalls sind Nutzungsdauer, Investitions-, Wartungs- und Folgekosten mit einzubeziehen.

Im Vorfeld kann auch eine Markterkundung sinnvoll sein, vor allem in Bereichen, in denen sich die verfügbaren Lösungen schnell weiterentwickeln. Das gilt beispielsweise für IT-Beschaffungen oder komplexe Projekte. Aber auch bei anderen Leistungen kann eine Markterkundung dazu beitragen, die Kosten exakter zu taxieren. Hat man die Beschaffungs- und Folgekosten erfasst, ist abzuklären, ob dafür auch die benötigten Haushaltsmittel zur Verfügung stehen.

2. Die Vergabeunterlagen erstellen

Sind die Finanzen abgeklärt, kann die Vergabestelle die Vergabeunterlagen erstellen. Kernstück ist die Leistungsbeschreibung. Darin muss die geforderte Leistung klar und eindeutig beschrieben werden mit möglichst genauen Mengen- und Massenangaben. Das ist Voraussetzung dafür, dass der Auftraggeber genau das bekommt, was er haben will und dass die Angebote später miteinander verglichen werden können. Die Leistungsbeschreibung definiert die auszuführenden Leistungen, die örtlichen Verhältnisse und den zeitlichen Ablauf, in dem die Leistung erbracht werden muss.

Dabei ist zudem zu beachten, dass die Leistung diskriminierungsfrei und wettbewerbsoffen ausgeschrieben werden muss. Das bedeutet, sie muss produktneutral formuliert sein. Es dürfen darin keine Marken genannt werden oder Merkmale aufgezählt werden, die lediglich ein bestimmtes Produkt eines Unternehmens erfüllen kann. Soll ein neues Fahrzeug für den Bürgermeister angeschafft werden, so darf also nicht der Markenname BMW, Mercedes oder Audi fallen, selbst wenn der Bürgermeister möglicher-

WIE DIE VERGABE GEREGLT IST

Geregelt sind Vergabeverfahren in einer Reihe von Gesetzen:

wirkt sie bei Bauleistungen mit der VOB/A EU zusammen.

- 1. Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen (VOB):** Wichtig für Ausschreibungen ist der erste Teil, die VOB/A. Sie regelt im ersten Abschnitt das nationale Vergaberecht, im zweiten Abschnitt (VOB/A EU) finden sich die Regeln über die Vergabe von Bauleistungen oberhalb des Schwellenwerts, also für EU-weite Ausschreibungen.
- 2. Vergabeverordnung (VgV):** Sie regelt neben dem 4. Teil des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) die Vergabe öffentlicher Aufträge im Liefer- und Dienstleistungsbereich oberhalb der Schwellenwerte. Zudem
- 3. Vergabe- und Vertragsordnung für Leistungen (VOL):** Sie gilt für Liefer- und Dienstleistungsaufträge unterhalb der Schwellenwerte. Sie wird allerdings nur noch in den Bundesländern angewandt, die die Unterschwellenvergabeordnung (UvgO) noch nicht eingeführt haben. Teil A enthält allgemeine Bestimmungen für den Ablauf eines Vergabeverfahrens.
- 4. Unterschwellenvergabeordnung (UvgO):** Gilt für die Vergabe öffentlicher Liefer- und Dienstleistungsaufträge unterhalb der Schwellenwerte und ersetzt – dort wo sie eingeführt ist – die VOL/A.

weise eine dieser Marken bevorzugt. Vielmehr gilt es einen entsprechenden Wagen der Mittel- oder gehobenen Klasse auszuschreiben, der bestimmte Merkmale erfüllen muss. Fehler oder Lücken in der Leistungsbeschreibung können gravierende Folgen haben. Deshalb ist hier größte Sorgfalt angebracht. Denn nicht selten entzündeten sich Konflikte mit dem Auftragnehmer an einer mangelhaften Leistungsbeschreibung. Es kommt zum Streit über die Qualität der geschuldeten Leistung, über Nachtragsforderungen sowie Vergütungsfragen.

Daher sollten für die Erstellung von Vergabeunterlagen nur qualifizierte Mitarbeiter eingesetzt werden. Wie Gerichtsentscheidungen zeigen (OLG Koblenz in seinem Beschluss vom 2.10.2012, Aktenzeichen: 1 Verg 4/12), gelten nicht ausreichende Fachkenntnisse der Mitarbeiter oft als Ursache fehlerhafter Vergabeverfahren. Doch rechtliche Mängel der Vergabeunterlagen können dazu führen, dass das Verfahren noch einmal in den Anfangszustand zurückversetzt werden muss und ganz von vorn durchzuführen ist.

Wer die zu beschaffende Leistung definiert hat, muss sich auch fragen, welche Voraussetzungen die Leistungserbringer erfüllen müssen. So müssen öffentliche Auftraggeber die Eignung der Unternehmen im Vergabeverfahren abfragen.

Dies bezieht sich nicht nur auf Fachkunde und Leistungsfähigkeit, sondern auch auf Gesetzestreue und Zuverlässigkeit des Bewerbers. Die Nachweise, die er vorzulegen hat, müssen in der Bekanntmachung der Ausschreibung angegeben werden. Dazu können beispielsweise Referenzen zählen, mit denen ein Bieter belegt, dass er bereits einen vergleichbaren Auftrag erfolgreich ausgeführt hat. Die Leistungsfähigkeit kann auch mit Unternehmensumsätzen oder der Zahl der qualifizierten Mitarbeiter nachgewiesen werden.

Auch die Zuschlagskriterien sollten klar definiert werden. Ist für das Angebot allein der Preis ausschlaggebend oder will die Kommune auch umwelt-

bezogene Kriterien wie Abgasemissionen bei Fahrzeugen oder Energieeffizienzklassen bei technischen Produkten berücksichtigen?

3. Vergabeart festlegen

Nach welchen Vorschriften (siehe Kasten) sich das Vergabeverfahren richtet, hängt davon ab, ob es sich um eine Bau-, Liefer- oder Dienstleistung handelt, und von deren Auftragswert. Bauleistungen ab einem Netto-Wert von 5 350 000 Euro müssen grundsätzlich EU-weit ausgeschrieben werden,



VERGABEUNTERLAGEN

Die Vergabeunterlagen müssen alle Informationen umfassen, die erforderlich sind, um eine Entscheidung eines am Auftrag interessierten Unternehmens zur Teilnahme am Vergabeverfahren oder zur Angebotsabgabe zu ermöglichen. Sie setzen sich grundsätzlich aus folgenden Dokumenten zusammen:

- ✓ Anschreiben: insbesondere Aufforderung zur Angebotsabgabe oder Begleitschreiben für die Abgabe der angeforderten Unterlagen
- ✓ Bewerbungsbedingungen: Spielregeln für das Vergabeverfahren inklusive Eignungs- und Zuschlagskriterien
- ✓ Vertragsunterlagen: Sie umfassen die

- Leistungsbeschreibung und die Vertragsbedingungen beziehungsweise den Vertrag. Die Leistungsbeschreibung legt die konkreten Anforderungen an den ausgeschriebenen Auftrag fest; der Auftrag beziehungsweise die vom Auftraggeber nachgefragte Leistung ist eindeutig und erschöpfend zu beschreiben, sodass alle Bewerber die Beschreibung in gleichem Sinne verstehen müssen und miteinander vergleichbare Angebote zu erwarten sind
- ✓ Übersicht über die vom Bieter vorzulegenden Erklärungen und Nachweise
- ✓ Angebotskennzettel im Papierverfahren
- ✓ Angebotsformblatt
- ✓ Eigenerklärung zur Eignung





SCHWELLENWERT

Der Schwellenwert regelt, ab wann Aufträge EU-weit ausgeschrieben werden müssen. Das gilt für Bauleistungen ab einem Netto-Auftragswert von 5 350 000 Euro, bei Dienst- und Lieferaufträgen ab 214 000 Euro.

Ausnahmen gibt es für obere und oberste Bundesbehörden. Diese müssen be-

reits ab einem Nettoauftragswert von 139 000 Euro EU-weit ausschreiben. Sektorauftraggeber und Auftragsgeber im Verteidigungsbereich wie das Verteidigungsministerium haben für Dienst- und Lieferaufträge mit 428 000 Euro einen höheren Schwellenwert. Aufträge unter den Schwellenwerten können national ausgeschrieben werden.

bei Dienst- und Lieferaufträgen gilt dies ab 214 000 Euro. Hinzu kommen Ausnahmen für bestimmte Bereiche. Leistungen unterhalb der Schwellenwerte können national ausgeschrieben werden. Generell gilt: Je höher das Auftragsvolumen, desto mehr Wettbewerb muss die Vergabestelle zwischen den Unternehmen ermöglichen.

Bei einer nationalen Ausschreibung sind die Regelverfahren die öffentliche Ausschreibung und die beschränkte Ausschreibung mit Teilnahmewettbewerb. Bei der öffentlichen Ausschreibung hat jeder Unternehmer die Möglichkeit, ein Angebot einzureichen. Bei der beschränkten Ausschreibung mit Teilnahmewettbewerb kann jeder Unternehmer einen Teilnahmeantrag stellen und seine generelle Eignung für den Auftrag darlegen. Unter diesen Teilnahmeanträgen wählt die Vergabestelle dann die Unternehmen aus, die sie in einem zweiten Schritt zur Abgabe eines Angebots auffordert.

Ein Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb oder eine freihändige Vergabe können nur in besonderen Situationen genutzt werden. Hier hat der Gesetzgeber enge Grenzen gesetzt. Dies kann möglich sein, wenn der Auftragnehmer, der die Ausschreibung gewonnen hat, plötzlich mitten in der Auftragsbringung insolvent geht und Dringlichkeit besteht.

Bei einer europaweiten Vergabe steht den Vergabespezialisten das offene Verfahren – vergleichbar der öffentlichen Ausschreibung auf nationaler Ebene – und das nicht-offene Verfahren zur Verfügung. Letzteres erfordert auf EU-Ebene stets einen Teilnahmewettbewerb und ist somit vergleichbar mit dem beschränkten Verfahren mit Teilnahmewettbewerb auf nationaler Ebene. Andere Verfahrensarten, wie etwa das europaweite Verhandlungsverfahren, sind nur in Ausnahmefällen zulässig.

Zusätzlich gibt es auf EU-Ebene noch den wettbewerblichen Dialog und die Innovationspartnerschaft. Diese sind vorgesehen für Fälle, in denen der Auftraggeber innovative Leistung fordert, etwa weil er Leistungen erwerben will, die so kein Standard am Markt sind, oder weil eine Leistung extra für den Auftraggeber entwickelt werden muss.

4. Bekanntmachung: So wird die Ausschreibung veröffentlicht

Eine europaweite Ausschreibung muss über das elektronische Amtsblatt der Europäischen Union TED – das steht für Tenders Electronic Daily – bekannt gemacht werden. Nationale Ausschreibungen können auf unterschiedlichen Internetseiten und in Printmedien veröffentlicht werden. Interessierte Unternehmen haben ab der Veröffentlichung die Möglichkeit, die Ausschreibungsunterlagen anzufordern oder herunterzuladen.

In der Bekanntmachung hat der Auftraggeber alle Angaben zu veröffentlichen, die von Unternehmen benötigt werden, um zu entscheiden, ob sie an dem Vergabeverfahren teilnehmen wollen und können. Die Vergabestelle muss darin deutlich angeben, welche Erklärungen und Nachweise Bieter mit ihren Bewerbungen oder Angeboten einzureichen haben, um ihre Fachkunde, Leistungsfähigkeit, Zuverlässigkeit und Gesetzestreue zu belegen.

5. Anfordern und Versand der Vergabeunterlagen

Jetzt sind die Bieter an der Reihe. Interessierte Unternehmen können nun die Vergabeunterlagen anfordern oder sie sich herunterladen. Bei EU-weiten Vergabeverfahren ist der Auftraggeber verpflichtet, diese über eine in der Auftragsbekanntmachung veröffentlichte elektronische Adresse, einen Link, zum unentgeltlichen, uneingeschränkten, vollständigen und direkten Abruf bereitzustellen.

6. Information der Bieter durch den Auftraggeber

Während des Vergabeverfahrens sind öffentliche Auftraggeber zur Information aller Bieter verpflichtet, wenn ein Bieter eine Frage gestellt hat, die für alle Bieter von Interesse ist. Diese sachdienlichen Hinweise, die sich zusammensetzen aus der anonymisierten Wiederholung der Fragestellung des fragenden Bieters und der Antwort des Auftraggebers, erhalten die Bieter im Rahmen von Biiterrundschreiben. Ein solches Schreiben muss an alle Bieter zeitgleich mit demselben Inhalt versandt werden, das gebietet der Gleichbehandlungsgrundsatz.

7. Verwahrung und Öffnung der Angebote

Sämtliche Angebote werden manipulationssicher aufbewahrt und zu einem genau festgelegten Zeitpunkt geöffnet. Um die Rechtssicherheit dieses Vorgangs zu wahren, gilt das Vier-Augen-Prinzip. Mindestens zwei Vertreter des öffentlichen Auftraggebers öffnen die Angebote gemeinsam. Je nach Leistungsart können die Bieter persönlich zugegen sein, etwa beim sogenannten „Submissionstermin“ bei Bau-Leistungen nach VOB (bei der nationalen Vergabe), oder werden grundsätzlich davon ausgeschlossen (Vergabe- und Vertragsordnung für Leistungen).

8. Prüfung der Angebote

Der erste Blick richtet sich bei der Prüfung darauf, ob es gravierende formelle Fehler gibt. Denn in so einem Fall ist ein Angebot zwingend vom Vergabeverfahren auszuschließen. So fallen etwa Angebote raus, die nicht vom Bieter unterschrieben oder nicht nach den Anforderungen des Auftraggebers elektronisch signiert sind. Ebenso vom Verfahren auszuschließen sind Angebote, die nicht fristgerecht eingegangen sind. Des Weiteren sind Angebote von Bietern auszuschließen, die eine wettbewerbsbeschränkende Abrede getroffen haben. Damit gemeint sind Absprachen und Verhaltensweise eines Bieters, die mit dem vergaberechtlichen Wettbewerbsgebot unvereinbar sind. Auch nicht zugelassene Nebenangebote sind auszuschließen.

Die Eignungsprüfung filtert Bieter heraus, die nicht die notwendigen Ressourcen nachweisen können, oder denen wichtige Qualifikationen, Genehmigungen oder Referenzen fehlen. In dieser Phase müssen bei Bauausschreibungen fehlende Belege von der Vergabestelle nachgefordert werden, bei Dienstleistungs- und Lieferaufträgen können sie nachgefordert werden. Aber aufgepasst: Nachfordern heißt nicht nachbessern der Nachweise. Grundsätzlich nicht nachgefordert werden können fehlende Preisangaben.



9. Wertung der Angebote

Nun ist aus allen verbleibenden Angeboten das wirtschaftlichste auszuwählen. Dafür muss die Vergabestelle prüfen, inwieweit die geforderten Zuschlagskriterien erfüllt werden. Das Ergebnis ist in eine Bewertungsmatrix einzutragen und jeweils mit der vorher festgelegten Gewichtung zu verrechnen. Auf diese Weise lässt sich das beste Preis-Leistungs-Verhältnis ermitteln. Neben dem Preis können Qualität, Umwelteigenschaften oder Ausführungsfristen als Zuschlagskriterien zur Ermittlung des wirtschaftlich günstigsten Angebots herangezogen werden.

Der Vergabestelle obliegt die Pflicht, Angebote auf ihre „Auskömmlichkeit“ zu prüfen. Dabei prüft sie, ob ein Angebot im Vergleich mit anderen eingegangenen Angeboten ungewöhnlich niedrig ist, oder ob es deutlich unter der im Vorfeld des Vergabeverfahrens vorgenommenen Kostenschätzung für die Leistung liegt.

Auftraggeber müssen Bieter um Aufklärung bitten, wenn die Angebotssumme bei Bauleistungen um zehn Prozent oder mehr vom Angebot des in der Reihung nächsten Bieters abweicht. Reicht die Aufklärung nicht aus, um festzulegen, ob der Preis auskömmlich ist, darf der Auftraggeber das Angebot ausschließen. Denn: Der Zuschlag soll nicht an Bieter gehen, bei denen mit vielen Nachträgen, mangelnder Leistung oder einer Insolvenz zu rechnen ist. Grundsätzlich können Rabatte, Einkaufsvorteile und niedrige Einkaufskosten weitergegeben werden. Auch Kampfpreise werden akzeptiert.

10. Zuschlag oder Aufhebung

Das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB, Paragraph 97 Absatz 5) gibt vor, den Zuschlag auf das wirtschaftlichste Angebot zu erteilen. Der Bieter mit dem besten Preis-Leistungs-Verhältnis erhält ihn. In Fällen von gänzlich ungeeigneten Angeboten, etwa dann, wenn die Preise ganz deutlich über der eigenen Kostenschätzung liegen, kann die Vergabestelle die Ausschreibung aufheben.

11. Nicht berücksichtigte Bieter informieren

Bei Ausschreibungen auf europäischer Ebene muss der öffentliche Auftraggeber die Bieter, deren Angebote er nicht berücksichtigen will, informieren, bevor er den Zuschlag an einen Bieter erteilt. In dem Absageschreiben muss der öffentliche Auftraggeber den Namen des erfolgreichen Bieters sowie die Gründe der vorgesehenen Nichtberücksichtigung des Angebots des angeschriebenen Bieters und ferner den frühesten Zeitpunkt des Vertragsschlusses angeben.

Nach Zuschlagserteilung müssen nicht berücksichtigte Bewerber oder Bieter auf Verlangen unverzüglich, spätestens aber 15 Kalendertage nach Antragstellung, von dem Auftraggeber weitere Informationen über das Ergebnis des Vergabeverfahrens bekommen.

In nationalen Verfahren gibt es keine vergleichbare Informationspflicht des öffentlichen Auftraggebers vor der Zuschlagserteilung. Ist der Zuschlag erteilt, sind die leer ausgehenden Bieter lediglich über die Gründe für die Ablehnung ihres Angebots zu informieren. Sollte dies formelle, eignungsbezügliche oder auskömmliche Gründe haben, muss die Vergabestelle dem Bieter genauere Angaben dazu liefern.

Bei EU-weiten Vergabeverfahren muss der öffentliche Auftraggeber die Vergabe des Auftrags im Supplement zum Amtsblatt der EU bekannt geben (TED). Bei nationalen Vergabeverfahren müssen Auftraggeber bei beschränkten Ausschreibungen ohne Teilnahmewettbewerb und bei freihändigen Vergaben ohne Teilnahmewettbewerb über vergebene Aufträge ab einem Auftragswert von 25000 netto drei Monate lang auf Internetportalen oder ihren eigenen Internetseiten informieren. ■

Weitere Informationen

Mehr Antworten rund um Ausschreibung und Vergabe finden Sie im Blog des Staatsanzeigers:
<https://blog.staatsanzeiger.de/category/ausschreibung-und-vergabe/>



WO DRÜCKT DER SCHUH?

SEIT 1. OKTOBER MÜSSEN AUFTRÄGE ÜBER 25 000 EURO AN DAS STATISTISCHE BUNDESAMT GEMELDET WERDEN. DAS THEMA HÄLT DIE VERGABESTELLEN SEIT MONATEN AUF TRAB.

VERGABESTATISTIK MACHT SINN – UND ES IST NOCH NICHT ZU SPÄT

Wo man in den vergangenen Monaten auch nachfragte – alle Vergabestellen waren mit einem Thema beschäftigt. Alle mussten die Voraussetzungen dafür schaffen, dass sie ihre statistischen Daten rechtssicher an das Statistische Bundesamt übermitteln können – für die neu geschaffene Vergabestatistik.

Seit 1. Oktober ist die Übermittlung nun Pflicht. Doch damit ist der Prozess nicht abgeschlossen. Es wird noch dauern, bis alle Arbeitsschritte in Fleisch und Blut übergegangen sind. Schließlich müssen alle Vergaben ab 25 000 Euro ohne Umsatzsteuer gemeldet werden. Und zwar über eine vom Auftraggeber bestimmte Berichtsstelle. Die kann sich im selben Haus befinden, muss es aber nicht – damit können auch zentrale Vergabestellen betraut werden.

Zwei Dinge sind jetzt wichtig. Die erste: Es ist noch nicht zu spät. Wer sich oder eine externe Berichtsstelle jetzt erst registriert, hat nichts falsch gemacht, solange er seit 1. Oktober keinen Auftrag erteilt hat, der über der Schwelle von 25 000 Euro liegt. Die zweite: Die Arbeit hat einen Sinn. Darauf weist das Bundeswirtschaftsministerium hin. Es schreibt: „Erstmals werden damit in Deutschland die grundlegenden Daten zu öffentlichen Aufträgen flächendeckend statistisch erfasst. Bislang verfügen Bund, Länder und Kommunen über keine valide Datenbasis. Solche Daten sind aber wichtig, auch um die volkswirtschaftliche Bedeutung der Vergabe öffentlicher Aufträge und Konzessionen besser einschätzen zu können.“ (**smic**)

Das Ministerium hat alle wichtigen Informationen auf einer Seite vereint. Hier ist sie zu finden:

www.vergabestatistik.org/informationen

ZU WENIG ANGEBOTE: WAS DIE EXPERTIN SAGT

BIETERN SOLLTEN WIR ES SO EINFACH WIE MÖGLICH MACHEN



SUSANN WOLF,
VERGABEEPERTIN,
LANDESHAUPTSTADT DRESDEN

Die Ausschreibung ist raus, das Warten beginnt. Und dann die Enttäuschung. Keine oder zumindest keine wertbaren Angebote sind für die ausgeschriebenen Leistungen eingetroffen. Alltag vieler Vergabestellen. Was ist nur falsch gelaufen? Vergabestellen können einiges tun, damit sie mehr und bessere Angebote erhalten.

Das Ausschreibungswesen der öffentlichen Hand ist schon sehr vielschichtig. Vergabestellen haben auf der einen Seite die fachlichen Anforderungen (Bedarfe) zu berücksichtigen, die ausführlich und eindeutig beschrieben werden müssen, und auf der anderen die vielen sich ständig ändernden Rechtsgrundlagen, die regeln, wie ein öffentlicher Auftraggeber überhaupt beschaffen darf – produktneutral, transparent, öffentlich, gleichbehandelnd, geheim. Und dann kommt noch der politische Druck dazu, dass doch möglichst schon gestern die Schule eröffnet werden muss oder die neue Software eingeführt sein soll. Der Bürgermeister möchte in der Presse und

Öffentlichkeit in gutem Licht stehen – denn die nächste Wahl steht schon bevor.

Unzählige Anforderungen und Wünsche formuliert

Und nun passiert bei den öffentlichen Auftraggebern folgendes: Aus einer Art Angst heraus, am Ende nicht alles bedacht oder den Verzug des Schulbaus verursacht zu haben, werden in den Leistungsverzeichnissen und -beschreibungen unzählige Anforderungen und Wünsche formuliert, um möglichst den gesamten Bedarf zu decken. Dabei werden oftmals Aspekte wie „Was bietet der Markt eigentlich an Möglichkeiten?“ oder „Sind meine verwaltungsinernen Prozesse noch zeitgemäß?“ nicht betrachtet. Ganz nach dem Motto: Das haben wir schon immer so gemacht!

Das ganze Dilemma geht in den Anforderungen an die Eignungskriterien, die ein Bieter erfüllen muss, weiter. Nachweise über die Befähigung und Erlaubnis zur Berufsausübung wie den Meisterbrief sowie über die wirtschaftliche und finanzielle Leistungsfähigkeit in Form von Umsatzzahlen bis hin zum Belegen des technischen Know-hows sowie Referenzen als Nachweis ausreichender Erfahrung.

Teilweise werden Zertifikate und Referenzen verlangt, die mit der eigentlich geforderten Leistung nichts zu tun haben. Alles, um auf Nummer sicher zu gehen, den vermeintlich besten Bieter unter Einhaltung aller rechtlichen Grundlagen zu bekommen. Und die Folge davon: Die Bieter sind überfordert. Der öffentliche Auftraggeber steht am Ende nur mit wenigen oder gar keinen Angeboten da.

Bieter sind nicht in der Lage, alle Vorgaben zu erfüllen

Die Bieter sind einfach nicht in der Lage, all diese Anforderungen zu erfüllen. Manche sagen auch, der Aufwand für die Angebotserstellung und die

i VERGABEVERFAHREN AUFHEBEN

Der Gesetzgeber hat durchaus damit gerechnet, dass bei einer Ausschreibung keine Angebote eingehen, die den Bedingungen entsprechen. In diesem Fall erlaubt die Vergabeverordnung (VgV) öffentlichen Auftraggebern, ein Vergabeverfahren ganz oder teilweise aufzuheben. Das sieht Paragraph 63 VgV vor. Ein Vergabeverfahren ganz oder teilweise aufzuheben, ist zudem erlaubt, wenn:

- sich die Grundlage des Vergabeverfahrens

wesentlich geändert hat

- kein wirtschaftliches Ergebnis erzielt wurde oder
- andere schwerwiegende Gründe bestehen

Im Übrigen ist der öffentliche Auftraggeber grundsätzlich nicht verpflichtet, den Zuschlag zu erteilen. Er muss dies gegenüber den Bewerbern oder Bietern aber gut begründen (Paragraph 63 Abs. 2 VgV).

Erfüllung der Eignungskriterien ist so hoch, dass es am Ende für das Unternehmen unwirtschaftlich ist, die Aufträge zu erfüllen. Und unter den wenigen Angeboten, die vielleicht nur abgegeben worden sind, um eine „Prestigereferenz“ zu bekommen, stellt sich in der Ausführung heraus, wie viele Missverständnisse es doch zwischen den gestellten Anforderungen und den tatsächlichen Bedingungen gibt.

Kommt Ihnen das bekannt vor? Sind Sie auch schon mal an der Einführung einer Software gescheitert oder haben Probleme mit einem Bieter auf der Baustelle gehabt? Die „Schuld“ liegt nicht immer nur aufseiten des Bieters. Wie sagt man so schön nach dem Scheitern einer Beziehung: Es gehören immer zwei dazu. Nur, wenn beide Seiten das gleiche verstehen, führt die Ausführung am Ende zum Erfolg.

Beschaffungsinhalt so präzise wie möglich darstellen

Entscheidend dafür, dass die Kommunikation funktioniert, ist die Leistungsbeschreibung. Sie muss den Beschaffungsinhalt so präzise wie möglich darstellen. Je genauer sie ist, desto weniger Raum für Missverständnisse lässt sie beim Bieter. Um den festgestellten Bedarf wirklich in der erforderlichen Art und Weise sowie der nötigen Qualität zu decken, ist hier mitunter die Fachabteilung im eigenen Haus gefragt. Setzen Sie sich mit den Experten wenn möglich an einen Tisch und präzisieren Sie die Anforderungen und Wünsche an die geforderte Leistung.

Bestehen trotzdem Zweifel, sollten Vergabestellen zur Klärung eines möglichen Bedarfs Informationen durch eine Markterkundung einholen. Das lässt der Gesetzgeber ausdrücklich zu. Damit können Sie sich einen Überblick über die Produkt- und Leistungsvielfalt und den möglichen Bewerber-/Bieterkreis verschaffen, aber auch Unsicherheiten im Zusammenhang mit der Ermittlung des Auftragswertes ausräumen.

Kein geeignetes Angebot auf die Ausschreibung eingegangen – zweite Chance nutzen!

Wenn in einem offenen oder einem nicht offenen Verfahren keine oder keine geeigneten Angebote oder keine geeigneten Teilnahmeanträge abgegeben worden sind, kann es für das Verfahren eine erleichterte zweite Chance geben. Allerdings wissen das viele Vergabestellen nicht. So kann die Vergabestelle im Nachgang eines erfolglosen EU-Vergabeverfahrens dieselbe Leistung ohne grundlegende Änderungen im Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb ausschreiben (Paragraf 14 Absatz 4 Nummer 1 VgV).

Dabei gilt ein Angebot als ungeeignet, wenn es den in den Vergabeunterlagen genannten Bedürfnissen und Anforderungen des öffentlichen Auftraggebers nicht entsprechen kann. Entsprechend gilt ein Teilnahmeantrag als ungeeignet, wenn das Unternehmen aufgrund eines zwingenden oder fakultativen Ausschlussgrunds auszuschließen ist oder ausgeschlossen werden kann oder wenn es die Eignungskriterien nicht erfüllt.

Bei dieser Variante fällt eine erneute öffentliche Bekanntmachung mit Aufforderung zur Abgabe von Teilnahmeanträgen weg. Vielmehr wählt der Auftraggeber unter den Bewerbern aus und richtet sich dann direkt an die ausgesuchten Unternehmen mit der Aufforderung zur Abgabe von Angeboten.

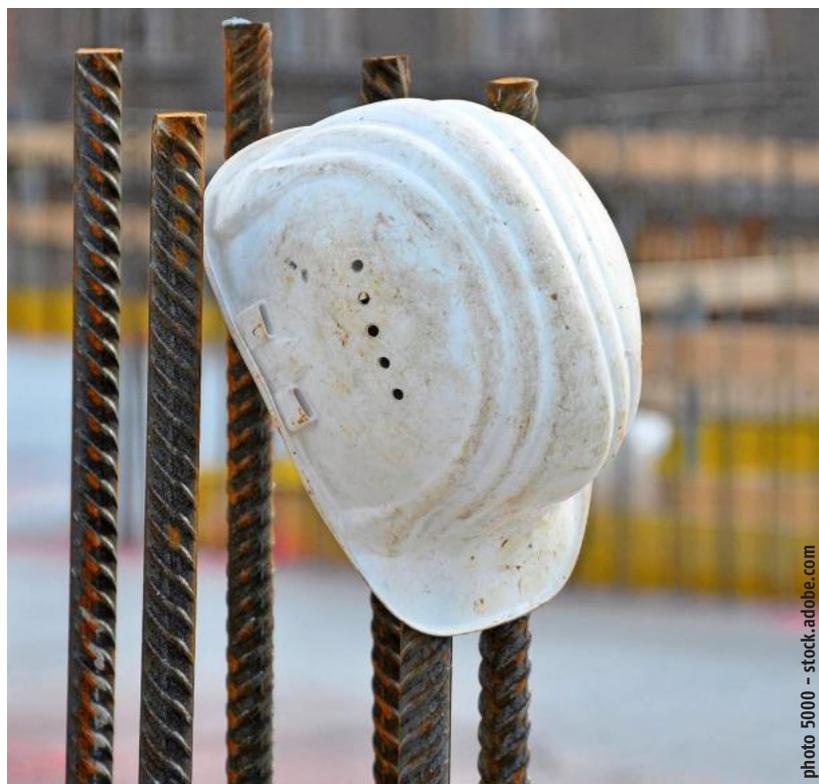


SO ERLEICHTERN SIE SICH DIE ARBEIT

- Schauen Sie sich regelmäßig den Markt an. Holen Sie sich dabei gegebenenfalls externe Hilfe von Fachspezialisten.
- Priorisieren Sie Ihre Anforderungen und Wünsche – nicht alles kann immer gleich umgesetzt werden.
- Analysieren Sie Ihre eigene Organisation – verschlanken Sie Prozesse.
- Beschreiben Sie Ihre Anforderungen eindeutig – setzen Sie dabei auch die Brille des Bieters auf.
- Stimmen Sie Ihre geforderten Eignungsnachweise auf die jeweilige Leistung ab.
- Denken Sie für die Beschaffung von bestimmten Leistungen (z.B. Softwarelösungen oder Medizintechnik) über die Anwendung anderer Verfahrensarten wie den Wettbewerblichen Dialog nach. Die technischen Möglichkeiten, mit denen die Anforderungen und Ziele einer Ausschreibung erfüllt werden können, aber auch die rechtlichen und finanziellen Konditionen des Auftrags können dabei „im Dialog“ mit den Bietern erarbeitet werden.
- Standardisieren Sie für alle Abteilungen in Ihrer Verwaltung die Vergabeprozesse. Dies kann die vergaberechtlichen Entscheidungen sowie deren Kommunikation umfassen.

Und ist die Ausschreibung raus: Richten Sie sich stets auf Rückfragen von Bietern ein. Diese sind nicht etwa lästig, sondern meist hilfreich. Schließlich können Bieterfragen auf unklare Punkte in der Leistungsbeschreibung aufmerksam machen. Zur Klärung von Unklarheiten ist die Rücksprache mit der Fachabteilung sinnvoll.

Denken Sie aber auch daran: Bei allen für die Angebotserstellung relevanten Themen müssen Sie alle Bieter über die gewonnenen Erkenntnisse und Auskünfte informieren.



IM INTERVIEW

„ES IST NÖTIG, UNTERNEHMEN FRÜHZEITIG AN DEN TISCH ZU HOLEN“

DAS GESPRÄCH FÜHRTE WOLFGANG LEJA



MARCUS KALLER,
VORSITZENDER DES ARBEITSKREISES PARTNERSCHAFTSMODELLE
IM HAUPTVERBAND DER DEUTSCHEN BAUINDUSTRIE

Auf deutschen Baustellen trifft man oft auf eine „Kultur des Gegeneinanders“. Probleme zwischen Auftraggebern und Auftragnehmern werden nicht partnerschaftlich gelöst. Streit landet oft vor Gericht. Das geht auch anders, sagt Marcus Kaller, Experte für Partnerschaftsmodelle und Vorstand von Strabag, Köln. Das beginnt schon in der Phase der Ausschreibung.

Staatsanzeiger: Herr Kaller, zu den Fehlern, die bei Bauvorhaben oft für Streit sorgen, gehören nicht ausreichend fundierte Planungen, die zu Beginn in die Ausschreibung einfließen. Welche Rolle spielen sie?

Marcus Kaller: Leider passiert es immer wieder, dass wir in der Ausschreibungsphase keine abgeschlossene Planung haben. Die Bauherrenwünsche sind nicht klar definiert. Und was vor allem fehlt, ist der bewusste Umgang mit Risiken. Diese lassen sich im Vorfeld nicht vollständig beschreiben. Das darf aber kein Grund sein, Risiken auszublenden. Wenn sie sich nämlich realisieren, kommt es zu Streitigkeiten.

Ein weiteres Problem bei manchen Ausschreibungen sind politische Kostenschätzungen. Außerdem dürfen wir auch nicht vergessen, dass die öffentliche Hand in den letzten Jahrzehnten über 40 Prozent ihrer Ingenieure verloren hat. Die Verwaltungen sind unterbesetzt. Unser Ansatz ist es daher, sie zu unterstützen. Wir wollen das Know-how der Baufirmen von Beginn an in den Prozess einbringen, so wie das bei privaten Bauvorhaben gang und gäbe ist. Wer privat ein Haus baut, der diskutiert ja auch mit dem Architek-

ten und dem Bauunternehmen offen über die eigenen Wünsche und erwartet entsprechende Optimierungspotenziale.

Müssen dafür nicht die Vergabeverfahren verändert werden?

In Deutschland gibt es das Postulat der strengen Trennung von Planen und Bauen. Das ist überholt. Wir haben ein einheitliches europäisches Vergaberecht. Und wenn Partnerschaftsmodelle, wie Design-and-Build-Modelle, Erhaltungsmodelle, Allianzmodelle oder Öffentlich-Private Partnerschaften, anderswo gut funktionieren, dann ist das nicht eine Frage des Vergaberechts, sondern der Vergabepaxis. Sicherlich würde es helfen, insbesondere bei großen und komplexen Bauvorhaben darauf hinzuweisen, dass kein Zwang zur Fach- und Teillosgabe besteht.

Sie fordern, Planen und Bauen nicht zu trennen. Wie kann das schon in der Ausschreibungsphase partnerschaftlich besser laufen?

Indem wir, wie bei vielen Partnerschaftsmodellen, auf Basis einer funktionalen Ausschreibung gemeinsam in dialoggeprägten Verfahrensarten sehr früh eine funktionale Leistungsbeschreibung mit Eckpunkten und Zielbudget in Bezug auf Planung, Bauleistung und Preis erarbeiten.

Auf Basis solcher Ausschreibungen kann man den Wettbewerb starten und die Unternehmen frühzeitig an den Tisch holen, sodass sie ihre Innovationen und ihre Ideen einbringen können. Und dann sieht man ja, ob man sich



der Preisvorstellung der Auftraggeberschaft nähert oder nicht. Merkt man, das klappt nicht, dann würde man abrechnen oder die Ziele realistischer stecken. Die Vergabe auf Basis einer funktionalen Baubeschreibung und qualitativer Kriterien ist etwas, das das Vergaberecht eindeutig zulässt.

Eine Leistungsbeschreibung kann selten zu 100 Prozent vollständig und richtig vorhersagen, welche Leistungen erforderlich sein werden. Der Streit um teure Nachträge, also zusätzliche Leistungen, die in der Planung nicht berücksichtigt wurden, endet häufig vor Gericht. Was ist der Ausweg?

Wesentlich sind hier Instrumente wie Bonus- und Malus-Regelungen. Wir müssen für das Bauunternehmen Anreize schaffen, frühzeitig Lösungsmöglichkeiten aufzuzeigen. Wichtig ist auch, dass stets die Risikoverteilung betrachtet wird. Sie muss dem Grundsatz folgen: Jeder übernimmt die Risiken, die er am besten beherrscht.



SO GELINGT DIE PARTNERSCHAFT

Der Hauptverband der Deutschen Bauindustrie empfiehlt, das Wissen von bauausführenden Unternehmen stärker in den Planungsprozess einzubinden. Das Vergaberecht bietet dafür folgende Instrumente:

- Verhandlungsverfahren mit Teilnahmewettbewerb (Paragraf 119 Abs. 5, GWB; Paragraf 3 EU Abs. 3, VOB/A)
- Wettbewerblicher Dialog (Paragraf 119 Abs. 6, GWB; Paragraf 3 EU Abs. 4, VOB/A)
- Innovationspartnerschaft (Paragraf 119 Abs. 7, GWB; Paragraf 3 EU Abs. 5, VOB/A)

Um das spezielle Know-how der Unternehmen zu schützen, sollten sich die Lösungsansätze in der Dialogphase auf Ideen- und Planungskonzepte beschränken, nicht auf technische Herangehensweisen.

Um eine „Kultur der partnerschaftlichen Zusammenarbeit“ zu etablieren, sind folgende Modelle vergaberechtlich zulässig:

- der Generalunternehmervertrag (Bauen aus einer Hand) mit einer partnerschaftlichen Projektzusammenarbeit (PPZ),
- Design-and-Build-Modelle (Kopplung von Planung und Bau) und Bauteam-Verfahren,
- Erhaltungsmodelle, bei denen neben dem Bau auch eine langjährige Instandhaltung mitvergeben wird,
- Allianzmodelle, im Rahmen von Mehrparteienverträgen,
- Öffentlich-Private Partnerschaften (ÖPP), bei denen das „Komplettpaket“ von der Planung bis zum Betrieb vergeben wird.

Wie lassen sich die Risiken zwischen den Parteien denn gerecht aufteilen?

Indem man nicht die Parteien, sondern das Projekt in den Mittelpunkt stellt. Beide Seiten müssen daran arbeiten, die Bauaufgabe bestmöglich zu erfüllen. Wenn beide das Projekt gemeinsam durchdenken, stoßen sie auf Themen, die weder der Unternehmer noch der Bauherr exakt kennen, die sie aber durchaus einschätzen und dafür Risikobudgets bilden können. Tritt das Risiko nicht ein, ist alles gut. Realisiert sich das Risiko jedoch, gibt es keinen Streit, weil im Vorfeld geregelt wurde, wie damit umzugehen ist. Hilfreich zur Streitbeilegung sind auch Verfahren wie die Mediation oder Adjudikation – allemal besser, als vor Gericht zu gehen.

Kann die Digitalisierung die Risiken verringern?

Ein Vorteil der Digitalisierung, beispielsweise durch Building Information Modeling, ist die Transparenz. Alles Wissen über das, was im Projekt geschieht, befindet sich transparent auf einer Plattform, auf die die Beteiligten jederzeit Zugriff haben. Konflikte lassen sich reduzieren, weil Bauherr und ausführende Unternehmen gemeinsam das gesamte Projekt digital durchspielen, also den „digitalen Zwilling“ planen. Wenn keine außergewöhnlichen Ereignisse eintreten, wird sich der Bau nicht verzögern oder verteuern. Das volle Potenzial der Digitalisierung lässt sich hier jedoch nur durch eine partnerschaftliche, dialoggeprägte Zusammenarbeit generieren.

Was muss passieren, damit der partnerschaftliche Umgang zwischen Bauherren und Bietern in der Praxis umgesetzt wird?

Je komplexer, langandauernder und kostenintensiver Vorhaben sind, desto mehr Erfolg werden die Beteiligten haben, wenn sie frühzeitig aufeinander zugehen. Aber die Vergabepaxis hier zu ändern, heißt dicke Bretter zu bohren. Aufträge nicht mehr nach dem Billigstbieterprinzip in Einzellosen zu vergeben, erfordert einen Kulturwandel. Insbesondere, wenn stets damit gerechnet werden muss, dass die Vergaben von unterlegenen Bietern angefochten oder von Rechnungshöfen kritisiert werden. Dieser Bewusstseinswandel braucht Mut beim Auftraggeber.

Wir müssen also wegkommen vom Zuschlag an den Billigsten?

Der reine Preiswettbewerb ist auf jeden Fall falsch. Der lädt zu Unterpreisen ein. Dann gewinnen die, die am besten spekuliert haben und nicht die, die das Projekt in den Mittelpunkt stellen. Wir müssen zum Qualitätswettbewerb, zum besten Angebot kommen.

INTERESSENKOLLISION

PROJEKTANTEN MÜSSEN KEIN PROBLEM SEIN



Projektanten wirken bei der Vorbereitung von Ausschreibungen mit. Etwa, indem sie den Auftraggeber beraten oder Vorarbeiten leisten. Was aber, wenn sie selbst mitbieten? Schließlich könnten sie über einen Wissensvorsprung verfügen. Und auch die Auftragsbedingungen in ihrem Sinne beeinflussen.

ULRIKE RAAB-NICOLAI

Andrey Popov - stock.adobe.com

Öffentliche Auftraggeber haben spezielle Fachkenntnisse für komplexe Vergaben nicht in jedem Fall im eigenen Haus. Das betrifft etwa IT-Bereiche oder umfangreiche Fachplanungen für Bauaufgaben. Spezialkenntnisse auf der Höhe der Zeit können zum Beispiel von kleineren Behörden gar nicht aufgebracht werden. Die technischen und organisatorischen Anforderungen verlangen zudem einen erheblichen Umfang an Vorarbeiten, bis eine erfolgversprechende Ausschreibung steht. In dieser Situation gibt es eine Lösung. Der Auftraggeber holt sich das fachliche Wissen von außerhalb: Von einem Projektanten oder wie es im Gesetz steht: einem „vorbehafteten Unternehmen“, das fachlich versiert ist, das berät oder Vorarbeiten leistet. Dies kann zum Beispiel eine Rechtsanwaltskanzlei, ein Architektur- oder Ingenieurbüro aber auch ein IT-Spezialist sein.

Auf alle Fälle tut der Projektant eines: Er arbeitet vor der Einleitung des Vergabeverfahrens mit. Sobald es beginnt, kann die Vergabestelle jedoch ein Problem bekommen. Nämlich dann, wenn sich der Projektant an der Ausschreibung als Bieter beteiligt, weil er selbst an der Ausführung der Leistung interessiert ist. Die im Vergaberecht als Projektantenproblematik beschriebene Situation kann Ärger nach sich ziehen. Weshalb? Der „vorbehaftete“ Bieter hat einen Wissens- und einen Zeitvorsprung vor den anderen Bietern. Damit ist eine für ein korrektes Vergabeverfahren zentrale Forderung – die Gleichbehandlung aller Bieter und Interessenten – nicht mehr erfüllt. Alle Bieter müssen „bei der Erstellung ihrer Angebote über die gleichen Chancen verfügen“, urteilte der Europäische Gerichtshof im Jahr 2005, als er grundlegende Aussagen zur Projektantenproblematik traf. Möglicherweise hat er auch die Leistungsbeschreibung zu seinen Gunsten beeinflusst. Das alles schränkt den Wettbewerb ein und ist vergaberechtlich völlig unzulässig.

Öffentlicher Auftraggeber kann Ausgleichsmaßnahmen ergreifen

Was ist bei einer solchen potenziell problematischen Situation zu tun? Der öffentliche Auftraggeber muss keinen Konflikt mit seinem Projektanten riskieren und ihn in jedem Fall vom Verfahren ausschließen. Was er auch nicht einfach darf, da dies unverhältnismäßig und europarechtswidrig wäre. Denn der Ausschluss des Projektanten von der Teilnahme am Wettbewerb

ist nur als letztes Mittel zulässig. Der Auftraggeber hat vielmehr Instrumente zur Hand, die die Situation im Sinn des Wettbewerbs zu klären. Das heißt, er muss „angemessene Maßnahmen“ (Paragraf 7 Absatz 1 VgV) ergreifen. Welche das sind, kann er „nach pflichtgemäßem Ermessen“ entscheiden.

Maßnahme eins: Der Auftraggeber muss allen Bietern die Informationen zur Verfügung stellen, die der Projektant schon hat, weil er an der Vorbereitung des Vergabeverfahrens befasst war. Damit erhält der Auftraggeber den Wettbewerbsgrundsatz aufrecht, denn er gleicht den Wissensvorsprung des Projektanten aus. Dafür stellt er die Art und den Umfang der erlangten Kenntnisse und Tätigkeiten des vorbehafteten Bieters sorgfältig zusammen und bewertet sie.

Maßnahme zwei: Der öffentliche Auftraggeber legt großzügige Fristen für die Abgabe von Teilnahmeanträgen und Angeboten fest. Damit bekommen die anderen Bieter ausreichend Zeit, sich mit dem Leistungsgegenstand auseinanderzusetzen.

WENN DER PROJEKTANT MITBIETET

Wichtige Aspekte, um Probleme zu vermeiden, wenn ein Projektant mitbietet:

- ✓ Eiserne Regel Dokumentation: Alles schriftlich festhalten
- ✓ Vor Beginn des Vergabeverfahrens prüfen, ob eigene Fachkenntnisse ausreichen
- ✓ Falls nicht: Art und Umfang der Projektantentätigkeit definieren
- ✓ Projektantenleistung ausschreiben
- ✓ Auswahl des Projektanten
- ✓ Projektant bietet bei Ausschreibung: Vorsicht – Projektantenproblematik
- ✓ Allen Bietern Informationen zur Verfügung stellen, die der Projektant besitzt
- ✓ Fristen großzügig bemessen
- ✓ Prüfen, ob Wettbewerbsverzerrung ausgeglichen werden kann
- ✓ Projektant bekommt die Möglichkeit, nachzuweisen, dass eine Wettbewerbsverzerrung nicht vorliegt
- ✓ Ausschluss bei Nichtnachweis

Und wenn Wettbewerbsverzerrungen dadurch nicht ausgeglichen werden können? Dann muss der Auftraggeber dem Projektanten die Möglichkeit geben, nachzuweisen, dass seine Vorbeteiligung an der Ausschreibung den Wettbewerb nicht verzerren kann.

Ausschluss nur bei Wettbewerbsverfälschung

Erst wenn dieser Nachweis nicht gelingt, darf der Projektant vom Vergabeverfahren ausgeschlossen werden. Hat der öffentliche Auftraggeber dann alles richtig gemacht? Ja, wenn er alle diese Schritte auch sorgfältig im Vergabeverzeichnis dokumentiert hat.

Welche Arbeitsschritte dürfen Projektanten machen? Sie wirken meist bei vorbereitenden Entwurfs- und Planungsarbeiten mit. Die Projektorganisation, die Projektanalyse, das Vertragskonzept, aber auch der Erläuterungsbericht und sogar eine Entwurfsplanung können zu den Aufgaben gehören. Dürfen Projektanten auch bei der Angebotsöffnung dabei sein? Ja, denn Vertreter des Auftraggebers bei der Angebotsöffnung kann jede von ihm dazu ermächtigte Person sein. Auch ein externer Berater.

Neben der Projektantenproblematik birgt die Einbeziehung von externen Spezialisten aber noch ein ganz anderes Problem: Aufgaben wie die Pla-

WAS DAS VERGABERECHT VORSCHREIBT

Das Vergaberecht verpflichtet Vergabestellen, allen Teilnehmern gleiche Chancen zum Erhalt des Zuschlags zu ermöglichen (Paragraf 97 Absatz 2 GWB). Die Teilnahme von Projektanten ist in der Vergabeverordnung (VgV) geregelt. Nach Paragraf 7 VgV hat die Vergabestelle angemessene Maßnahmen zu ergreifen,

um sicherzustellen, dass der Wettbewerb durch die Teilnahme des Projektanten nicht verzerrt wird. Sie muss andere am Vergabeverfahren teilnehmende Unternehmen über den Wissensvorsprung des Projektanten unterrichten sowie angemessene Fristen für den Eingang der Angebote und Teilnahmeanträge festlegen.

nung, Ausschreibung und Realisierung von Bauvorhaben, die früher weitestgehend von öffentlichen Auftraggebern selbst vorgenommen wurden, werden mittlerweile in erheblichem Umfang von externen Planungsbüros übernommen. Dies ist nachvollziehbar angesichts von komplexen Ausschreibungen. Die Kehrseite dieser Praxis ist jedoch, dass damit ein schleichender Verlust von hauseigenem Wissen der Verwaltung über das eigene Kerngeschäft verbunden ist. ■



Ein Sprung ins kalte Wasser?

Nicht mit unserem neuen eLearning-Kurs
**„Öffentliche Vergabe meistern.
 Ihr Einstieg als Auftraggeber.“**

Ganz ohne kalte Füße zum Grundlagenwissen rund um die öffentliche Auftragsvergabe. Praxisnah und sofort anwendbar.

<https://tinyurl.com/eLearningVergabe>



STAATSANZEIGER | AKADEMIE

RECHT AKTUELL

Zwei scheinbar eherne Regeln des Vergaberechts lauten: Ein öffentlicher Auftraggeber darf sich in seiner Ausschreibung nicht auf einen Hersteller festlegen. Angebote, denen allgemeine Geschäftsbedingungen beiliegen, sind auszuschließen. Doch keine Regel ohne Ausnahme.

Wenn es die IT-Sicherheit erfordert, darf sich der Auftraggeber auf einen Hersteller festlegen

Das Oberlandesgericht (OLG) Celle hatte sich mit einer Konstellation zu beschäftigen, in der ein öffentlicher Auftraggeber digitale Endgeräte eines bestimmten Herstellers beschaffen wollte, weil die bereits vorhandene IT-Infrastruktur entsprechende Schnittstellen aufwies.

Das Gericht bestätigte in seiner Entscheidung, dass dem Auftraggeber bei der Festlegung ein Beurteilungsspielraum zusteht. Außerdem bestehe auch keine allgemeine Markterkundungspflicht. Insbesondere in sicherheitsrelevanten Bereichen dürfe der Auftraggeber grundsätzlich jedwedes Risikopotenzial ausschließen und den sichersten Weg wählen.

Die Entscheidung führt die Bedeutung einer umfassenden und bedarfsgerechten Dokumentation in Vergabeverfahren vor Augen. Es liegt auf der Hand, dass bei einer produktbezogenen Ausschreibung besondere Anforderungen gelten. Entscheidend ist insbesondere eine tiefgehende Auseinandersetzung mit möglichen Alternativen im Vergleich zur schließlich vorgenommenen Beschaffungsentscheidung.

OLG Celle, Beschluss vom 31.03.2020 – 13 Verg 13/19

Auftraggebern, die zu Unrecht Vergabesperren verhängen, droht auch vor Zivilgericht Ärger

Bieter, die von einer rechtswidrigen Vergabesperre betroffen sind, können nun auch außerhalb eines Vergabeverfahrens Rechtsschutz vor den Zivilgerichten suchen. Schließt ein öffentlicher Auftraggeber ein Unternehmen ohne hinreichenden sachlichen Grund generell von der Teilnahme an Vergabeverfahren aus, steht dem ausgeschlossenen Unternehmen ein Unterlassungsanspruch zu.

Eine rechtswidrig ausgesprochene Vergabesperre stellt nach zutreffender Auffassung des Bundesgerichtshofs (BGH) einen Eingriff in den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb eines Unternehmens dar. Dagegen stehen einem Betroffenen zivilrechtliche Unterlassungsansprüche zu.

Von zentraler Bedeutung ist, dass solche Ansprüche nicht nur im Rahmen einer konkreten Ausschreibung, sondern auch außerhalb eines Vergabeverfahrens vor den Zivilgerichten durchgesetzt werden können.

BGH, Urteil vom 03.06.2020 – XIII ZR 22/19

Gebot darf gewertet werden, auch wenn allgemeine Geschäftsbedingungen aus Versehen beiliegen

Über lange Zeit hinweg war es eine Selbstverständlichkeit, dass ein Angebot auch dann auszuschließen ist, wenn der Bieter nur aus Versehen seine eigenen allgemeinen Geschäftsbedingungen beigefügt hat und dadurch von verbindlichen Vorgaben des Vergabeverfahrens abweicht. Mit der Prämisse Auslegung vor Ausschluss hat dem der Bundesgerichtshof im Jahr 2019 einen Riegel vorgeschoben.

Diese Linie führte das Oberlandesgericht (OLG) Düsseldorf nun in Bezug auf ein Formular zum Nachunternehmereinsatz großzügig weiter fort. Der Vergabesenaat entschied, dass ein Angebot nach entsprechender Aufklärung auch mit korrigiertem Inhalt berücksichtigt werden kann.

OLG Düsseldorf, Beschluss vom 01.04.2020 – Verg 30/19

Für jeden Beschaffungsgegenstand darf nur eine Rahmenvereinbarung abgeschlossen werden

Eine zentrale Beschaffungsstelle kann alle wesentlichen Entscheidungen bei der Bedarfsbündelung im Namen der öffentlichen Auftraggeber treffen. Bei entsprechender Dokumentation ist sie insbesondere befugt, bei der Vergabe von Einzelaufträgen als Beschaffungsinstrument eine bedarfsgerechte Rahmenvereinbarung abzuschließen.

Anhand der Gestaltung einer solchen Rahmenvereinbarung muss erkennbar sein, welche Rechte und Pflichten die Vertragsparteien hinsichtlich der Einzelbeauftragung treffen. Zudem darf für denselben Beschaffungsgegenstand keine weitere Rahmenvereinbarung abgeschlossen werden. Allenfalls ist eine gesonderte Einzelvergabe zulässig.

Vergabekammer Rheinland, Beschluss vom 23.06.2020 – VK 15/20



Martin Ott,
Rechtsanwalt Menold Bezler,
Stuttgart

KLARTEXT

ÖFFENTLICHE HAND SOLLTE OFFEN FÜR INNOVATIONEN SEIN

MATTHIAS BERG,
BUNDEVERBAND MATERIALWIRTSCHAFT, EINKAUF UND LOGISTIK,
LEITER KOMPETENZZENTRUM INNOVATIVE BESCHAFFUNG



Aus politischer Sicht hat die öffentliche Verwaltung den Grundauftrag der Modernisierung. Sie hat aber auch eine Vorbildfunktion. Soll heißen: Wenn öffentliche Auftraggeber innovative Produkte und Dienstleistungen nachfragen, können sie Impulse für die Wirtschaft setzen und ihrer Vorbildfunktion gerecht werden. Die Verwaltung muss sich mit der innovativen Beschaffung befassen, um wichtige Themen wie Digitalisierung, Effizienz und Nachhaltigkeit voranzutreiben. Wenn sie dazu aber keinen klaren Auftrag und keinen Anspruch formuliert, wird sich an der Beschaffung nicht viel verändern. Es fehlt dann ein strukturierter Prozess, und Innovation ist damit zufallsgetrieben.

Was können öffentliche Beschaffer tun?

Also muss sich die Verwaltung im Rahmen einer strategischen Beschaffung auf Innovationen ausrichten und die Beschaffungsverantwortlichen in die Ziele einbinden und ihnen ein Mandat erteilen. Wenn im klassischen Prozedere der Bedarfsträger aus seiner Routine heraus festlegt, was er will, ohne eine Markterkundung betrieben zu haben, ohne geklärt zu haben, ob eine Lebenszyklusbetrachtung Sinn macht, dann braucht er sich nicht mehr damit auseinandersetzen, ob er ein neues Vergabeinstrument einsetzt, um innovative Produkte und Dienstleistungen zu beschaffen. Wer denkt, wir haben immer einen VW Golf gefahren, dann will ich auch in Zukunft wieder einen haben, denkt nicht offen – eine innovative Beschaffung gelingt so nicht.

Das Vergaberecht hält Instrumente bereit, die Innovationen ermöglichen. Allen voran: das Zulassen von Nebenangeboten. Soll heißen: Ein Anbieter kann Alternativen zum VW Golf anbieten. Wenn er sieht, dass der Bedarfsträger damit lediglich 1500 Kilometer im Jahr fahren will, könnte eine Mobilitätsdienstleistung die bessere Alternative sein. Er könnte in einem Nebenangebot etwa ein Carsharing-Modell anbieten. Leider werden Nebenangebote oft ausgeklammert. Sie machen natürlich mehr Arbeit. Die Vergabestelle muss dafür Zuschlagskriterien entwickeln und sie in eine Vergleichbarkeit bringen. Zudem muss sie diese transparent bewerten.

Um sich die Arbeit zu erleichtern, ist eine funktionale Leistungsbeschreibung anstelle des klassischen Leistungsverzeichnisses hilfreich. Man beschreibt, was man eigentlich für eine Herausforderung hat, oder zu welchem Problem eine Lösung gesucht wird: nämlich 20 Mal im Jahr die Möglichkeit, von einem Standort X zum Amtsgericht zu kommen. Damit ergibt sich die funktionale Leistungsbeschreibung. Auf diese könnte jeder anbieten: vom Autohaus über den Taxianbieter, ein Busunternehmen, ein Carsharing-Anbieter, mitunter sogar die Bahn.

Warum wird das oft nicht gemacht? Weil dafür oft die Routinen fehlen. Hinzu kommt die Vielzahl an Vergaben, der Ressourcenmangel und die hohe Risikoaversion bis hin zur Sorge vor der Vergabekammer. Daher versucht man lieber, eindeutige Leistungsverzeichnisse zu erstellen, um damit die maximale Vergleichbarkeit zu schaffen und Risiken zu verringern.

Mit den Bewerbern in den Dialog kommen

Ein interessantes Vergabeinstrument ist der Wettbewerbliche Dialog. Dabei entsteht das Angebot aus einer funktionalen Leistungsbeschreibung – einem gemeinsam entwickelten finalen Leistungsverzeichnis – versehen mit einem Kostenindikator – im Dialog mit den Anbietern. Dafür lässt die Vergabestelle über einen Teilnahmeantrag mehrere Anbieter zu und geht mit ihnen in den Dialog. Jeder bekommt den gleichen Informationsstand. Dann lässt man sich vorschlagen, was mit Blick auf die funktionale Leistungsbeschreibung mögliche Lösungen wären.

Es ist ratsam, vor einem Vergabeprozess die Beschaffungs-/Vergabestelle früh einzubinden. Das wird häufig vergessen. In dem Moment, wo das Leistungsverzeichnis erstellt worden ist, stellt sich folgende Frage nicht mehr: Wer aus der Verwaltung weiß denn, was ein innovatives Produkt ist? Dafür hält das Vergaberecht das Instrument der Markterkundung bereit. Idealerweise gehen Beschaffer frühzeitig an den Markt, um herauszufinden, was sich da getan hat. Eine Markterkundung ist daher dringend zu empfehlen. ■

ÖFFENTLICH ODER BESCHRÄNKT – SIE HABEN DIE WAHL

Bei Bauaufträgen im Unterschwellenbereich haben Vergabestellen zwei Optionen: Sie können Leistungen öffentlich ausschreiben oder beschränkt mit einem vorgeschalteten Teilnahmewettbewerb. Dabei gibt es wichtige Unterschiede, die für das eine oder das andere Verfahren sprechen.

MARCUS DISCHINGER

Wer vielleicht noch nicht so lange mit dem Vergaberecht zu tun hat, für den könnte es sonderbar erscheinen, dass der Begriff der „Wahlfreiheit“ dabei eine Rolle spielt. Zumal in einem Regelwerk, das besonders streng festlegt, wer wann wie agieren darf. Genau das soll ja sicherstellen, dass im öffentlichen Auftragswesen Grundsätze wie Transparenz und Gleichbehandlung gewahrt bleiben – für alle Bieter. Den Vergabestellen soll das zugleich rechtliche Sicherheit geben, das Verfahren korrekt durchzuführen.

Öffentliche Ausschreibung hat nicht mehr Vorrang

Seit April 2019 haben Vergabestellen ein Stück weit mehr Flexibilität erhalten. Denn sie können bei der Vergabe von Bauaufträgen, deren geschätzter Auftragswert unterhalb der EU-Schwellenwerte liegt, auswählen, ob sie die Leistungen öffentlich ausschreiben wollen. Oder – mit einem vorgeschalteten Teilnahmewettbewerb – einige geeignete Unternehmen auswählen (beschränkt), die dann Angebote abgeben dürfen.

Möglich ist dies durch eine Anpassung der Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen (VOB/A Fassung 2019) geworden. Die einstige Vorgabe dieser Verordnung, dass die öffentliche Ausschreibung grundsätzlich Vorrang hat, ist damit obsolet. Die öffentliche Ausschreibung gilt als die „Urform“ der Ausschreibung: Alle Unternehmen, die infrage kommen, können sich dabei nach der Bekanntmachung um den öffentlichen Auftrag bewerben. Damit ist ein bestmöglicher Wettbewerb unter den Bietern gesichert.

Den Zuschlag erhält der Bieter mit dem wirtschaftlichsten Angebot

Der Paradigmenwechsel wird bei einem Blick ins frühere Regelwerk sichtbar. Bisher war eine beschränkte Ausschreibung mit Teilnahmewettbewerb zwar auch schon möglich, aber nur in bestimmten Fällen, in denen das nach der VOB/A ausdrücklich zulässig war. Die aktuelle Fassung der VOB/A ermöglicht nun, dass Vergabestellen bei Bauaufträgen die öffentliche und die beschränkte Ausschreibung mit Teilnahmewettbewerb gleichberechtigt anwenden können. Sie können also zwischen beiden Varianten frei wählen.

Beachtet werden muss, dass die beschränkte Ausschreibung mit Teilnahmewettbewerb nur bis zu einer bestimmten Auftragshöhe national genutzt werden darf. Denn der neue erste Abschnitt der VOB/A gilt nur für Vergaben unterhalb der EU-Schwellenwerte. Übersteigt der Auftragswert den europäischen Schwellenwert von 5,35 Millionen Euro, muss der Auftrag europaweit ausgeschrieben werden. Bauaufträge, die die Schwellenwerte überschreiten, sind nach VOB/A-EU oder VOB/A-VS zu vergeben. Oberhalb der

STIMME ZUM THEMA



Siegfried Scheffold,
Bürgermeister in Hornberg

Wir haben die Arbeiten zur energetischen Sanierung, Modernisierung und Erweiterung unserer Stadthalle beschränkt ausgeschrieben. In die Maßnahmen investieren wir rund vier Millionen Euro. Rund 30 Einzelgewerke werden vergeben. Die beschränkte Ausschreibung ist bei der Vergabe von kleineren Gewerken weniger zeit- und verwaltungsaufwendig als eine öffentliche Ausschreibung. Wir sind sehr daran interessiert, die Maßnahme schnell umzusetzen und machen deshalb Gebrauch von der neuen Verwaltungsvorschrift der Landesregierung zur Beschleunigung der Vergabe öffentlicher Aufträge zur Bewältigung der wirtschaftlichen Folgen der COVID-19-Pandemie. Danach können Bauleistungen mittels beschränkter Ausschreibungen ohne Teilnahmewettbewerb vergeben werden, wenn der geschätzte Auftragswert die Wertgrenze von einer Million Euro nicht überschreitet. Wir hätten ohnehin einen größeren Teil der Gewerke beschränkt ausgeschrieben und haben das nun ausgedehnt auf alle Gewerke.

EU-Schwellenwerte galt auch bislang schon die Wahlfreiheit zwischen der öffentlichen Ausschreibung und der beschränkten Ausschreibung mit Teilnahmewettbewerb.

Nicht zu verwechseln ist das Verfahren mit der beschränkten Ausschreibung „ohne“ Teilnahmewettbewerb. Hier fordert der Auftraggeber mehrere Unternehmen (grundsätzlich mindestens drei) zur Abgabe eines Angebots auf – allerdings ohne zuvor einen Teilnahmewettbewerb durchzuführen. Diese Verfahrensart bietet grundsätzlich weniger Wettbewerb und ist daher nur eingeschränkt möglich. Sie ist daher lediglich im Rahmen der Vergabe von Bauleistungen erlaubt, die unterhalb bestimmter Auftragswerte liegen. Für Ausbaugewerke etwa sieht die VOB/A einen Auftragswert von 50 000 Euro vor, bis zu dem eine beschränkte Ausschreibung „ohne“ Teilnahmewettbewerb erlaubt ist.

Möglich ist das Verfahren auch, wenn eine öffentliche Ausschreibung oder eine beschränkte Ausschreibung mit Teilnahmewettbewerb kein annehmbares Ergebnis erbracht hat oder diese aus anderen Gründen, wie etwa Dringlichkeit und Geheimhaltung, unzweckmäßig sind.

Mindest- und Maximalzahl an Angeboten festlegen

Wie die beschränkte Ausschreibung mit Teilnahmewettbewerb durchzuführen ist, beschreibt die Vergabe- und Vertragsordnung genau. Es handelt sich dabei um ein zweistufiges Verfahren. So heißt es in Paragraph 3b, Absatz 2 VOB/A 2019, dass zuerst eine unbeschränkte Anzahl von Unternehmen zur Abgabe von Teilnahmeanträgen aufgefordert wird. Im zweiten Schritt wählt der öffentliche Auftraggeber geeignete Unternehmen aus und fordert sie zur Abgabe eines Angebots auf.

In der Phase der Auftragsbekanntmachung des Teilnahmewettbewerbs muss der öffentliche Auftraggeber die von ihm vorgesehenen Eignungskriterien für die Begrenzung der Zahl der Bewerber angeben (VOB/A Paragraph 3b Absatz 2, Sätze 3 und 4). Denn die Auswahl der Bewerber soll anhand dieser vom Auftraggeber festgelegten Eignungskriterien erfolgen. Der Gesetzgeber verlangt, dass die Kriterien transparent und objektiv sein müssen und keinen Bieter diskriminieren dürfen. Anhand der Eignungskriterien kann der Auftraggeber einschätzen, ob der Bieter den Auftrag erfüllen kann. Auch die Mindestzahl und gegebenenfalls Höchstzahl der einzuladenden Bewerber muss der Auftraggeber in der Auftragsbekanntmachung des Teilnahmewettbewerbs angeben.

Treffen die Teilnahmeanträge ein, wertet der Auftraggeber sie nach den zuvor festgelegten Kriterien aus. Danach fordert er die geeigneten Unternehmen zu einem Angebot auf. Er kann zwar selbst bestimmen, wie viele Angebote er einholen möchte. Allerdings ist dieser Spielraum eingeschränkt: So schreibt die VOB/A (Paragraph 3b Absatz 2 Satz 5) vor, dass die Mindestzahl der einzuladenden Bewerber nicht niedriger als fünf sein darf. Liegt die Zahl geeigneter Bewerber unter der Mindestzahl, darf der Auftraggeber das Verfahren trotzdem mit dem oder den geeigneten Bewerber(n) fortführen.

Auftraggeber entscheidet, welche Bieter Angebote abgeben dürfen

Wer beschränkt ausschreibt und einen Teilnahmewettbewerb vorschaltet, hat damit als Auftraggeber den Vorteil, selbst darüber entscheiden zu können, von welchen Unternehmen er ein Angebot einholen will. Das ist zugleich eine Beschränkung der Zahl der zu prüfenden Angebote und kann der Vergabestelle Arbeit ersparen.



FÜNF ARTEN DER VERGABE

Die Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen (VOB/A) sieht vier Arten von nationalen Bauvergaben vor:

- Öffentliche Ausschreibung (Paragraph 3 Nr. 1 VOB/A): Bei diesem Verfahren werden Bauleistungen vergeben, nachdem eine unbeschränkte Zahl von Unternehmen öffentlich aufgefordert wurde, Angebote einzureichen.
- Beschränkte Ausschreibung mit Teilnahmewettbewerb (Paragraph 3 Nr. 2 VOB/A): Im ersten Schritt macht die Vergabestelle den Teilnahmewettbewerb öffentlich bekannt. Daraufhin können interessierte Unternehmen ihre Teilnahme beantragen. Im zweiten Schritt ermittelt sie aus diesem Kreis geeignete

Bewerber und fordert sie zur Abgabe eines Angebots auf.

- Beschränkte Ausschreibung ohne Teilnahmewettbewerb (Paragraph 3 Nr. 2 VOB/A): Hier werden mindestens drei Unternehmen ohne vorherige Durchführung eines Teilnahmewettbewerbs zur Abgabe eines Angebots aufgefordert.
- Freihändige Vergabe (Paragraph 3 Nr. 3 VOB/A): Hier werden Unternehmen formlos um eine Angebotsabgabe gebeten.
- Direktauftrag (Paragraph 3a Abs. 4 VOB/A): Leistungen werden ohne die Durchführung eines Vergabeverfahrens vergeben.

Zugleich besteht aber auch die Gefahr, dass ein öffentlicher Auftraggeber bei dieser Variante ein Unternehmen letztlich nicht in den endgültigen Kreis der Bieter einlädt, das aber möglicherweise ein besonders gutes Angebot abgegeben hätte. Bei der Entscheidung für diese Verfahrensart muss die Vergabestelle außerdem bedenken, dass die beschränkte Ausschreibung mit Teilnahmewettbewerb mehr Zeit kostet. Die Prüfung der Teilnehmeranträge ist schließlich ein zusätzlicher Arbeitsschritt.

Überdies sucht sich der Auftraggeber bei dieser Verfahrensart die „besten“ Bieter aus, ohne dass es dabei um Wirtschaftlichkeit im Sinne eines Preisvergleichs geht. Ob die so ausgesuchten Bieter dann auch ein realistisches Preisspektrum anbieten, ist nicht Gegenstand des Teilnahmewettbewerbs.

Und schließlich besteht die Möglichkeit, dass nicht alle Bieter, die aufgefordert wurden, auch ein Angebot abgeben. Das könnte die Zahl der passablen Angebote insgesamt reduzieren und die Vergabeentscheidung einengen.

Mittelstandsklausel ist nicht aufgehoben

Beschränkt auszuschreiben, bedeutet nicht, dass grundlegende Regeln des Vergaberechts außer Kraft gesetzt sind. So sind öffentliche Auftraggeber angehalten, bei Vergaben mittelstandsfreundlich vorzugehen. Bauleistungen sind in Teillose aufzuteilen und getrennt nach Art oder Fachgebiet (Fachlose) zu vergeben. Das schreibt Paragraph 5 Absatz 2 VOB/A vor. Darauf kann nur aus wirtschaftlichen oder technischen Gründen verzichtet werden.

Auch die Pflicht zur Dokumentation des Verfahrens bleibt unberührt, ebenso die rechtlichen Möglichkeiten von Bietern, in einem zivilgerichtlichen Verfahren Schadenersatz vor den Landgerichten zu erstreiten. ■

Weitere Informationen

Infoblatt zum Teilnahmewettbewerb:

www.staatsanzeiger.de/Teilnahmewettbewerb

FALLSTRICKE

Vergabestellen sind nicht vor Fehlern gefeit. Ebenso wenig wie vor Fehleinschätzungen: Denn das Vergaberecht, so lästig es manchmal scheint, lässt sich nicht umgehen. Ein paar typische Fallstricke haben wir hier zusammengestellt – und Tipps, wie man ihnen entgeht.

MICHAEL SCHWARZ

Bei Neuvergabe des öffentlichen Nahverkehrs nicht nur auf den Preis schielen

Linienbündel – dieses Wort hat bei den mittelständischen Busunternehmen in Baden-Württemberg nicht den besten Klang. Denn die Neuvergabe des öffentlichen Nahverkehrs, bei der entsprechend einer EU-Vorgabe lukrative und weniger ertragreiche Strecken gebündelt werden, führte in vielen Fällen dazu, dass alteingesessene Firmen vom Markt verdrängt wurden und ihren Betrieb für immer schlossen.

Doch auch bis in die Rathäuser und Landratsämter hat es sich inzwischen herumgesprochen, dass diese Form der Neuvergabe ihre Schwächen hat. Denn oft genug herrschte nach dem Betreiberwechsel ein großes Durcheinander, weil die Fahrer weder ortskundig waren noch die deutsche Sprache beherrschten. In einigen Fällen führte der harte Wettbewerb sogar dazu, dass nicht nur die Verlierer, sondern auch die Gewinner der Ausschreibung Insolvenz anmelden mussten.

Öffentliche Auftraggeber sollten deshalb bei der Neuvergabe des öffentlichen Nahverkehrs nicht nur auf den Preis schielen. Wichtig ist es, auch andere Kriterien zu werten. Kurze Reaktionszeiten etwa für den Fall, dass ein Bus ausfällt. Ein in jeder Hinsicht qualifiziertes Personal. Damit auch nach der Neuvergabe die Anschlüsse noch klappen. Und damit die heimischen Unternehmer, die ja auch Gewerbesteuerzahler sind, eine faire Chance bekommen.



astrossystem - stock.adobe.com

Bevor ein öffentlicher Auftraggeber ausschreibt, muss die Finanzierung stehen

Immer wieder schreiben öffentliche Bauherren eine Leistung aus, ohne dass die Finanzierung vor Ausschreibung sichergestellt worden ist. Für den Fall, dass es nach der Angebotsöffnung zu Haushaltsproblemen kommen sollte, sichern sie sich mit dem Hinweis ab, dass im Falle fehlender Mittel die Ausschreibung ohne Schadenersatzansprüche aufgehoben werde.

Dies ist jedoch unzulässig. Eine derartige Vorgehensweise stellt einen Verstoß gegen das Vergaberecht dar, wonach erst dann ausgeschrieben werden darf, wenn die Planung fertiggestellt und die Finanzierung gesichert ist.

Dies ergibt sich aus dem Bürgerliches Gesetzbuch und aus der ständigen Rechtsprechung.

Vergabestellen-Mitarbeiter dürfen Informationen unter keinen Umständen nach außen weitergeben

Nicht nur für Ärzte, Anwälte und Priester gilt, dass sie über bestimmte Dinge, die sie im Rahmen ihrer Berufsausübung Kenntnis erlangen, schweigen müssen. Auch Mitarbeiter in Vergabestellen unterliegen einer Geheimhaltungspflicht. Sie dürfen Informationen nicht nach außen weitergeben – auch nicht daheim am Küchentisch.

Besonders streng sind die Regeln, was die Angebote angeht. Erst zum Submissionstermin werden sie verlesen. Die Geheimhaltung der Submissionen gilt auch für die E-Vergabe, bei der der Auftraggeber die Vertraulichkeit der elektronischen Angebote durch Verschlüsselung und andere technische Lösungen sicherstellen muss.

Bei der Öffnung der Angebote müssen mindestens zwei Vertreter des Auftraggebers anwesend sein. Zugelassen sind bei der Submission auch die Bieter und deren Bevollmächtigte. Der Verhandlungsleiter prüft vor der Eröffnung, ob die eingereichten Umschläge der Submissionen unversehrt sind. Es werden Name, Wohnort und Angebotspreis laut verlesen und in die Niederschrift der Eröffnung eingetragen. Festgehalten wird auch, ob Preisnachlässe oder Nebenangebote eingereicht wurden. In der Praxis locht häufig eine Stanzmaschine die verlesenen Submissionen, damit keine weiteren Seiten nachträglich hinzugefügt werden können.

Der bürokratische Aufwand muss überschaubar bleiben, sonst bleiben die Angebote aus

Der bürokratische Aufwand, den Bieter im Zusammenhang mit öffentlichen Ausschreibungen betreiben, darf nicht unterschätzt werden. Das muss auch der öffentliche Hand klar sein. Je höher die Hürden sind, desto eingeschränkter ist der Wettbewerb. Und umso größer ist die Gefahr, dass der Zuschlag an ein überteuertes Angebot geht oder dass die Ausschreibung wiederholt werden muss.

Deshalb sollte jede Vergabestelle darauf achten, dass sich die Zahl der Nachweise, die sie verlangt, in Grenzen hält. Innerhalb einer Behörde sollten einheitliche Formblätter verwendet werden. Und das gesamte Verfahren sollte elektronisch abgewickelt werden; in vielen Fällen ist dies vergaberechtlich sogar vorgegeben. Auch weil damit Fehlerquellen ausgeschlossen werden können – zumindest dann, wenn die Vergabesoftware Fehler erkennt.

Denn nichts schreckt Unternehmer mehr ab, als Ausschreibungsverfahren, die sie nur deshalb verlieren, weil sie Formfehler begehen. Und nichts ist für die öffentliche Hand ärgerlicher, als ein Zuschlag, der nur deshalb an den Zweitbesten erfolgt, weil der wirtschaftlichste Bieter in einem Formular einen Haken nicht gesetzt hat – und danach beschließt, sich nie mehr an öffentlichen Ausschreibungen zu beteiligen.

Wer bei der Leistungsbeschreibung nachlässig ist, riskiert Diskussionen und Nachträge

Die Leistungsbeschreibung definiert Art und Umfang der Leistungen, die der Auftragnehmer zu erbringen hat. Im Idealfall sind diese in der Leistungsbeschreibung so erschöpfend und eindeutig beschrieben, dass jeder Bieter die zu erbringende Leistung gleich interpretiert.

Die Erstellung einer Leistungsbeschreibung verlangt Detailkenntnisse, um die Mengen und Massen zu bestimmen, den gesetzlichen Bestimmungen wie den Umweltauflagen gerecht zu werden und eine sachlich richtige Entwurfs-, Ausführungs- und Detailplanung zu erarbeiten.

So lassen sich zeit- und kostenintensive Diskussionen um Zusatzleistungen und Nachträge vermeiden. Leider ist dies nicht immer der Fall. Dies birgt ein enormes Konfliktpotenzial. Projekte können sich in die Länge ziehen, Rügen und Nachprüfungsverfahren folgen.

Wichtig ist es, Ausschreibungen produktneutral zu formulieren. Leistungsbeschreibung und Leistungsverzeichnis dürfen einander nicht widersprechen. Die Vergabestelle muss ihren Informations- und Aufklärungspflichten genügen.

All dies setzt eine Menge Fachwissen voraus – ein Wissen, das nicht in jeder Behörde vorhanden ist. Umso wichtiger ist, es aufzubauen. Mitarbeiter müssen geschult, gegebenenfalls externer Rat eingeholt werden.

Vergabestelle und Fachabteilungen sollten dabei eng zusammenarbeiten. Damit nicht erst bei Auftragsabwicklung festgestellt wird, dass die Leistungsbeschreibung nicht stimmt und am Ende alles teurer wird.

Der Hinweis, dass ein gleichwertiges Produkt zulässig ist, darf nicht unterbleiben

Keine Regel ohne Ausnahme: Wenn es nicht anders geht, darf in Ausschreibungen auf bestimmte Produkte, Herkunft und Marken verwiesen werden. Dies ist dann der Fall, wenn das durch den Auftragsgegenstand gerechtfertigt ist, etwa, weil das Produkt anderen Hersteller mit der vorhandenen IT-Umgebung nicht kompatibel ist.

Das wird jedoch bisweilen dazu missbraucht, ein bestimmtes Produkt oder Verfahren zu fordern, ohne ein gleichwertiges zuzulassen. Verstöße gegen die Produktneutralität können gerügt werden. Außerdem tut sich der öffentliche Auftraggeber keinen Gefallen, wenn er ausschließlich auf einen Anbieter setzt. Dieser kann die Preise bestimmen. Und es besteht die Gefahr, dass die eingekaufte Lösung nicht nur überteuert, sondern eines Tages auch nicht mehr zeitgemäß ist.



Auftraggeber darf aus offensichtlichem Kalkulationsirrtum keinen Profit schlagen

Ein wichtiger Ziel von Vergabeverfahren ist es, mit Haushaltsmitteln sparsam umzugehen. Trotzdem sollten öffentliche Auftraggeber hellhörig werden, wenn Preise besonders niedrig sind. Es könnte sich um Dumpingangebote oder Kalkulationsirrtümer handeln.

Das Vergaberecht verpflichtet die Vergabestelle, nicht nur die Eignung zu prüfen und das wirtschaftlichste Angebot zu ermitteln, sondern auch solche Angebote aufzuklären, die einen unangemessenen niedrigen Preis aufweisen. Kann ein solcher Preis nicht zufriedenstellend aufgeklärt werden, darf der Zuschlag auf dieses Angebot abgelehnt werden. Öffentliche Auftraggeber sollen so vor nicht auskömmlichen Angeboten und dem Risiko schlechter Vertragserfüllung oder Insolvenz des Auftragnehmers geschützt werden.

Etwas anders sieht es bei Kalkulationsirrtümern aus. Dort werden zwei Fälle unterschieden: Ist der Kalkulationsirrtum für den Auftraggeber offensichtlich, weil etwa zwei Zahlen falsch zusammengerechnet oder falsch übertragen wurden, muss vom öffentlichen Auftraggeber aufgeklärt werden; die Auslegung und Aufklärung geht dem Angebotsausschluss vor. Anders sieht es aus, wenn aus den Bieterunterlagen der Irrtum nicht erkennbar ist. Dann muss der Bieter am verbindlich angebotenen Preis festhalten, auch wenn er sich zu seinen Ungunsten verkalkuliert hat. ■

VORURTEIL ODER FAKT

ERST KOMMT DER ZUSCHLAG, DANN DER NACHTRAG

Der Zuschlag auf das wirtschaftlichste Angebot ist erteilt. Das Bauvorhaben läuft. Doch dann kommt das böse Erwachen. Der Auftragnehmer macht deutlich, dass die im Leistungsverzeichnis kalkulierten Mengen nicht ausreichen. Leistungsänderungen am Bausoll sind erforderlich. Es kommt zu Nachforderungen respektive Vergütungsanpassungen – und Ärger. Das muss nicht sein.

WOLFGANG LEJA

Häufig kommt es bei Baumaßnahmen dazu, dass ungeplant zusätzliche Arbeiten notwendig werden, sich die Fristen ändern, da sich der Baubeginn verzögert, oder auch die im Leistungsverzeichnis kalkulierten Mengen nicht ausreichen. Man braucht dabei nicht einmal an den Pannenflughafen BER in Berlin denken. Auch kleine Bauvorhaben haben es schon geschafft, dass es während der Bauausführung zu umfangreichen Leistungsänderungen am sogenannten Bausoll kam. Und damit zu kostspieligen Nachträgen.

„Und weil Auftraggeber meist nur ungern mehr zahlen als ursprünglich vereinbart, führen Nachträge besonders oft zu Streit und sind eigentlich in jedem Bauprozess anzutreffen“, sagt Mark von Wietersheim vom Forum Vergabe in Berlin. Aus Sicht der Vergabestelle untermauert dies ein beliebtes Vorurteil. Nämlich, dass die Bauunternehmen bei Ausschreibungen typischerweise mit Kampfpreisen ihre Wettbewerber ausstechen, um das Geld später über die Nachträge zu verdienen. Fakt ist aber: Ob es so kommt, kann die Vergabestelle wesentlich selbst beeinflussen.

Denn die häufigsten Ursachen für kostspielige Nachträge können schon in der Phase der Ausschreibung vermieden werden. Genauer gesagt: Wenn die Vergabestelle das Leistungsverzeichnis erstellt. Denn je genauer die Leistungsbeschreibung vorgibt, welches Leistungsprogramm die Auftragnehmer umzusetzen haben, desto geringer sind die Spielräume für Baubetriebe, später Nachträge für ungeplante Leistungen durchzusetzen.

Schon die Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen (Paragraf 7, Absatz 1 Nummer 1, VOB/A 2019) macht deutlich, dass die Vergabestelle die Leistung „eindeutig und so erschöpfend“ zu beschreiben hat, dass alle Unternehmen die Beschreibung im gleichen Sinne verstehen müssen und ihre Preise sicher und ohne umfangreiche Vorarbeiten berechnen können.

Es ist sinnvoll und hilft, Missverständnisse zu vermeiden, wenn die Bewerber auf eine Ausschreibung aus dem Leistungsprogramm alle für ihre Entwurfsbearbeitung und ihr Angebot maßgebenden Bedingungen und Umstände erkennen können (Paragraf 7c, Absatz 2 Nummer 1, VOB/A 2019). Sowohl der Zweck der fertigen Leistung als auch die an sie gestellten technischen, wirtschaftlichen, gestalterischen und funktionsbedingten Anforderungen muss die Auftraggeberseite angeben. Gelingt ihr das, so kann sie das Risiko von Nachträgen minimieren und sich viel Ärger ersparen.

ABWEICHUNG VOM BAUSOLL

Die Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen (VOB/B) stellt die Anspruchsgrundlage dar, nach der bestimmt wird, ob ein bauausführendes Unternehmen als Auftragnehmer vom Auftraggeber einen Nachtrag verlangen kann.

Nach VOB/B lassen sich Nachträge durch zwei Merkmale charakterisieren. Zum einen handelt es sich um eine Forderung des Auftragnehmers auf eine Vergütung für eine Bauleistung, welche vom vereinbarten Bausoll abweicht. Zum anderen handelt es sich um eine Leistung, die erst nach

dem Abschluss des Bauvertrags vom Auftragnehmer gefordert wird.

Eine Abweichung vom vertraglich vereinbarten Bausoll kann verschiedene Gründe haben. So lassen sich aus Paragraf 2 VOB/B unterschiedliche Nachtragsarten ableiten. Unter den Ursachen sind etwa die Über- und Unterschreitung von Mengenansätzen, der Wegfall von Bauleistungen, Leistungen, die aus einem geänderten Bauentwurf oder überarbeiteten Bauplänen resultieren sowie zusätzliche Leistungen, die der Auftraggeber fordert.

WAS DER EXPERTE DAZU SAGT

WER UNZUREICHEND PLANT, BAUT IN DER REGEL TEUER

ANDREAS GÜNTHER,
BAUTECHNISCHE BERATUNG
DER GEMEINDEPRÜFUNGSANSTALT, KARLSRUHE



Nachträge führen in der Regel zu Kostensteigerungen und Bauzeitverlängerungen. Die Folge ist, dass die Akzeptanz der Projektabwicklung seitens der politischen Gremien und der Bevölkerung schwindet. Auch stellt die Nachtragsprüfung eine anspruchsvolle Aufgabe dar, die eines fundierten Expertenwissens bedarf. Ziel der Projektvorbereitung und -abwicklung sollte es sein, Nachträge zu vermeiden. Dafür kommt den folgenden Punkten erhebliche Bedeutung zu:

Durchführung von Bedarfsplanungen

Die Bedarfsplanung ist Gegenstand der DIN 18205 (Bedarfsplanung im Bauwesen). Sie ist Aufgabe des Bauherrn und geht der eigentlichen Planung des Architekten voraus. Ziel der Bedarfsplanung ist es, die Bedürfnisse, Ziele und Mittel des Auftraggebers festzustellen, die Rahmenbedingungen des Projekts zu beschreiben und die Anforderungen an den Entwurf festzulegen. Unterlassene Bedarfsplanungen führen nicht selten zu Problemen. So ist es beim Bau einer Sporthalle zu Kostensteigerungen von rund 40 Prozent gekommen, weil der Auftraggeber im Verlauf der Planung mehrmals neue Vorstellungen entwickelte und seine ursprünglichen Vorgaben an den Architekten änderte. Probleme hätten vermieden werden können, wenn noch vor Planungsbeginn eine Bedarfsplanung erstellt worden wäre.

Grundlagenermittlung

Die Grundlagenermittlung (Leistungsphase 1 der HOAI) umfasst die Beratung des Bauherrn durch den Architekten noch vor Beginn der eigentlichen Entwurfsarbeit. Ziel ist die Abklärung grundlegender Fragestellungen wie: Welche Unterlagen liegen vor? Welche finanziellen Rahmenbedingungen bestehen? Welche Untersuchungen müssen noch durchgeführt werden? Die Grundlagenermittlung wird häufig aus dem Leistungsumfang des Architekten herausgenommen. Dahinter steht die Annahme, die Grundlagenermittlung sei verzichtbar oder werde doch eigentlich vom Auftraggeber erbracht. Beides ist jedoch regelmäßig nicht der Fall.

So kommt es immer wieder zu Nachträgen und Kostensteigerungen, weil das Erfordernis von Baugrund- oder Schadstoffuntersuchungen (wegen fehlender Grundlagenermittlung) nicht rechtzeitig abgeklärt wurde. Auf eine Grundlagenermittlung sollte also keinesfalls verzichtet werden.

Rechtzeitige Planung

Grundsätzlich sollten Leistungsbeschreibungen erst erstellt, Ausschreibungen erst durchgeführt und mit der Baumaßnahme erst dann begonnen werden, wenn die Planung abgeschlossen ist. Eine „baubegleitende“ Planung führt regelmäßig zu Nachträgen und Kostensteigerungen.

Eindeutige und erschöpfende Leistungsbeschreibung

Die Leistungsbeschreibung ist das Kernstück der Vergabeunterlagen. Sie definiert Art und Umfang der vom Auftragnehmer zu erbringenden Leistung. Bei der Erstellung der Leistungsbeschreibung sind die Anforderungen des Paragraphen 7 VOB/A zu beachten, insbesondere das Gebot der eindeutigen und erschöpfenden Leistungsbeschreibung. ■



LEISTUNG EXAKT BESCHREIBEN

Um Nachträge bei Bauvorhaben zu vermeiden, sollten öffentliche Auftraggeber bei der Erstellung der Leistungsbeschreibung auf folgende Aspekte achten:

- Mengen möglichst genau ermitteln
- Vermeidung von Widersprüchen innerhalb der Leistungsbeschreibung
- Verzicht auf Klauseln, die unwirksam sind oder die VOB/B abändern
- Keine Übertragung unbotmäßiger Risiken auf den Auftragnehmer
- Beachtung der Hinweise für das Aufstellen der Leistungsbeschreibung in der VOB/C (Abschnitte 0)
- Mitteilung aller kalkulatorisch bedeutsamen Aspekte
- Vermeidung unklarer Regelungen bzw. unklarer Positionsbeschreibungen



Überall das Land im Blick. Staatsanzeiger **Print plus E-Paper.**

Der Staatsanzeiger berichtet aus dem Land und seinen Kommunen. Die Pflichtlektüre für alle, die sich mit den Themen Politik, Verwaltung und Wirtschaft in Baden-Württemberg auseinandersetzen.

www.staatsanzeiger.de/shop