Vergabe Prax

Zeitschrift zur Praxis des Vergaberechts

Heft 05 | Mai 2023
9.00 € Einzelheft
6.00 € Abonnement

HERAUSGEBER
RA Dr. jur. Thomas Ax

REDAKTION
Tobias R.C. Schmitt

05|23

AX VERLAG
FÜR VERGABE- UND VERTRAGSRECHT

INHALT

INHALT 3

Von der Redaktion 6

VergabePrax - Fachmedium für Fachleute (und solche die es gerne werden wollen) im Vergaberecht 6

Beiträge 7

Das objektive Fehlen von Wettbewerb muss durch eine umfassende Marktanalyse auf europäischer Ebene nachgewiesen werden 7

Nachgefragt bei … 9

… zum Thema: Kostenschätzung: 9

… zum Thema: Dienstleistungskonzession: 9

VergOptimierung ® 11

Prozessanalyse und Entwicklung eines professionellen Ressourcen-Steuerungsmodells "Steuern statt Reagieren" im Bereich Einkauf und Vergabe öffentlicher Auftraggeber 11

VergMan ® - Spruchpraxis der Vergabekammern und Vergabesenate von A bis Z 13

Anforderungen aus "Spezialvorschriften" müssen beachtet werden 13

Änderung der Vergabeunterlagen 13

Änderung des Beschaffungsbedarfs ist sachlicher Aufhebungsgrund 13

Aufhebung ist kein Automatismus 14

Bauplatzvergabe muss transparent erfolgen 14

Beschaffungs- und Rechtsdienstleistung 15

Beteiligungsverhältnisse überschritten: Gesellschafter darf abgelehnt werden 15

„Billigender Prüfvermerk“ durch den Auftraggeber 15

Carsharing von E-Fahrzeugen ist Dienstleistungskonzession 16

Chance auf den Zuschlag für Nachprüfungsantrag notwendig 17

Eignungskriterien nicht bekannt gemacht: Schwer wiegender Vergaberechtsverstoß 17

Einziges Angebot ungeeignet: Verhandlungsverfahren mit nur einem Bieter zulässig 17

eVergabe: Beschaffungsdienstleister darf Angebote öffnen 18

Fachpersonal muss schon bei Angebotsabgabe zur Verfügung stehen 18

Funktionaler Ausschreibung: Angebote müssen vergleichbar sein 18

Geschäftsgeheimnisse 19

Hyperbolische Preisbewertungsformel 20

Inhouse-Auftrag 20

Kenntnis vom Angebotsinhalt 20

Konzernverbundenheit 21

Korrektur von Vergaberechtsfehlern ist sachlicher Aufhebungsgrund 21

Kritische Bauaufgabe: Unterauftragsvergabe unzulässig 22

Leistungsansatz als Wertungskriterium 22

Missverständliche Angaben sind nicht irreführend 22

Nachunternehmer nicht geeignet 22

oHG muss auf Gesellschaftermittel zurückgreifen: Eigene und Gesellschafter-EEE vorzulegen 23

Prämierter Wettbewerbsentwurf darf für Planungswettbewerb verwendet werden 23

Präqualifikation befreit nicht von geforderten Nachweisen 23

Prüf- und Überwachungsstellen als Nachunternehmer 24

Rechtzeitige Rüge notwendig, andernfalls Vergabenachprüfungsantrag unzulässig 24

Reinigungsleistungen können sicherheitsempfindliche Tätigkeiten sein 24

Schwere berufliche Verfehlung 25

„Technische Fachkräfte" 25

„Textform“ für Nachforderungsschreiben 25

Übermittlungsrisiko ist Bieterrisiko 26

Unklare Vergabeunterlagen 26

Unschuldsvermutung 26

Unterauftragnehmer 27

Verbundene Unternehmen – Angebote unabhängig voneinander zu erstellen 27

Vergabeunterlagen sind klar und eindeutig zu formulieren 28

"Vergleichbare Referenzprojekte" 28

Wertungsfehler 28

Widerruf der Förderung ist die Regel bei Verstoß gegen Vergaberecht 29

VergMan ® - Spruchpraxis der Vergabekammern und Vergabesenate - Tiefbau 30

VK Lüneburg: Bestimmte kritische Aufgaben - nicht aber der komplette Auftrag - können vom Bieter selbst ausgeführt werden müssen - der Begriff der "kritischen Aufgabe" ist grundsätzlich eng auszulegen 30

VergMan ® Zuwendungsrecht - Hochbau 51

VG Cottbus: Nach VOB/A national soll die Bekanntmachung einer öffentlichen Ausschreibung die verlangten Nachweise für die Beurteilung der Eignung des Bewerbers oder Bieters beinhalten 51

Aktuelle Verfahren 62

Aktuelle Ausschreibungen der öffentlichen Verwaltung 66

Bestellformular 73

Impressum 74

Von der Redaktion

VergabePrax - Fachmedium für Fachleute (und solche die es gerne werden wollen) im Vergaberecht

Es gibt viele Gründe, warum die Arbeit im Vergaberecht komplex ist.

Zum einen wirken unterschiedliche Anforderungen auf die Durchführung des Vergabefahrens ein. Genannt seien die interdisziplinäre Zusammenarbeit mit Bedarfsträgern, Zuwendungsgebern, politischen Entscheidern und Unternehmen. Zum anderen tragen laufende Aktualisierungen der Rechtsprechung und der vergaberechtlichen Normen dazu bei, ein beständiges vergaberechtliches Wissen aufzubauen.

In diesem Arbeitsumfeld haben wir vor allem ein Ziel: Wir wollen die öffentlichen Auftraggeber stark machen und sie bei der weiteren Professionalisierung und Digitalisierung der öffentlichen Beschaffung unterstützen.

In Zeiten der ständigen Veränderungen muss sich der/die öffentliche Beschaffer:in auf dem Laufenden halten. Mit über 2000 Leser:innen der Zeitschrift VergabePrax sind wir hier ein zentraler Multiplikator von Vergabewissen. In der VergabePrax werden aktuelle Schwerpunktthemen rund um das Vergaberecht beleuchtet und diskutiert. Dabei unterstützen wir Sie mit Handlungsempfehlungen und Tipps zu Ihrer täglichen Arbeit mit öffentlichen Ausschreibungen.

Unsere Fachzeitschrift zeichnet vor allem folgende Punkte aus:

Aktualität: Die monatlich erscheinenden Ausgaben der Zeitschrift beziehen sich auf aktuell diskutierte Themen und aktuelle Rechtsprechungen.

Praxisrelevant: Ganz nach dem Motto von Praktiker:innen für Praktiker:innen, werden in unserer Zeitschrift Themen besprochen, die jeden Praktizierenden betreffen.

Renommierter Herausgeber: Unser Herausgeber ist hochkarätige Fachkraft aus dem Bereich Vergaberecht und öffentlicher Einkauf.

Was erwartet Sie in unserer Fachzeitschrift?

360˚ Sicht zu einem bestimmten Beschaffungsgegenstand aus den Fachgebieten VgV, UVgO und E-Vergabe. Beispielsweise agile Softwareprojekte, Feuerwehrfahrzeuge, Außenwerbeverträge, Mobilitätsleistungen und Reinigungsleistungen. Alles, was die Vergabe-Welt aktuell beschäftigt. Dazu gehören die Grundsätze der Beschaffung und Vergabe, Veröffentlichungen aktueller Entscheidungen, Kurzbesprechungen der relevantesten vergaberechtlichen Entscheidungen uvm.

Wir freuen uns über Ihr Interesse.

Freuen Sie sich auf die nächsten Ausgaben!

Ihre Redaktion

Beiträge

Das objektive Fehlen von Wettbewerb muss durch eine umfassende Marktanalyse auf europäischer Ebene nachgewiesen werden

von Thomas Ax

Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb

Nach § 14 Abs. 4 Nr. 2 b) VgV ist ein Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb zulässig, wenn zum Zeitpunkt der Aufforderung zur Abgabe von Angeboten der Auftrag nur von einem bestimmten Unternehmen erbracht oder bereitgestellt werden kann, weil aus technischen Gründen kein Wettbewerb vorhanden ist. Darüber hinaus gelten nach § 14 Abs. 6 VgV die Voraussetzungen des Abs. 4 Nr. 2 b) für die Anwendung des Verhandlungsverfahrens ohne Teilnahmewettbewerb nur dann, wenn es keine vernünftige Alternative oder Ersatzlösung gibt und der mangelnde Wettbewerb nicht das Ergebnis einer künstlichen Einschränkung der Auftragsvergabeparameter ist.

Ausnahmen vom vorrangig durchzuführenden offenen oder nicht offenen Verfahren sind grundsätzlich eng auszulegen

Sämtliche Ausnahmen vom vorrangig durchzuführenden offenen oder nicht offenen Verfahren sind grundsätzlich eng auszulegen (vgl. EuGH, Urteil vom 15.10.2009, C-275/08). Dies gilt erst recht, wenn gemäß § 14 Abs. 4 Nr. 2 b) VgV nur mit einem Unternehmen verhandelt werden soll, die Vergabe also nicht im Wettbewerb erfolgt. Die Beweislast für das Vorliegen des Ausnahmetatbestands trägt der öffentliche Auftraggeber (vgl. EuGH, Urteil v. 15.10.2009, Rs. C-275/08, Rn. 54 ff. m.w.N; OLG Celle, Beschluss vom 09.11.2021, 13 Verg 9/21; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 12.07.2017, Verg 13/17; Beschluss vom 07.06.2017, 53/16; OLG Rostock, Beschluss vom 25.11.2020, 17 Verg 1/20; OLG Karlsruhe, Beschluss vom 21.7.2010, 15 Verg 6/10; VK Bund, Beschluss vom 29.09.2020, VK 2 - 73/20; Beschluss vom 23.10.2019, VK 1-75/19).

Durchführung eines Verhandlungsverfahrens ohne Teilnahmewettbewerb erfordert das objektive Fehlen von Wettbewerb

Die Durchführung eines Verhandlungsverfahrens ohne Teilnahmewettbewerb erfordert das objektive Fehlen von Wettbewerb (OLG Celle, Beschluss vom 09.11.2021, 13 Verg 9/21; OLG Rostock, Beschluss vom 25.11.2020, 17 Verg 1/20; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 12.07.2017, Verg 13/17; VK Bund, Beschluss vom 23.10.2019, VK 1-75/19; vgl. auch Erwägungsgrund 50 RL 2014/24/EU zu Art. 32 Abs. 2).

Bestimmungsfreiheit des öffentlichen Auftraggebers, ob und was beschafft werden soll, unterliegt bereits unter Berücksichtigung des Grundsatzes der wettbewerbsoffenen Beschaffung vergaberechtlichen Grenzen

Bereits für die Vergabe eines Auftrags innerhalb eines wettbewerblichen Verfahrens ist anerkannt, dass die - dem Vergabeverfahren grundsätzlich vorgelagerte - Bestimmungsfreiheit des öffentlichen Auftraggebers, ob und was beschafft werden soll, und damit auch die Frage, welche Anforderungen an die zu beschaffenden Leistungen gestellt werden dürfen, unter Berücksichtigung des Grundsatzes der wettbewerbsoffenen Beschaffung vergaberechtlichen Grenzen unterliegt. Diese sind nach ständiger Rechtsprechung gewahrt, sofern die Bestimmung durch den Auftragsgegenstand sachlich gerechtfertigt ist, vom Auftraggeber dafür nachvollziehbare, objektive und auftragsbezogene Gründe angegeben worden sind, die Bestimmung folglich willkürfrei getroffen worden ist, solche Gründe tatsächlich vorhanden (festzustellen und notfalls erwiesen) sind, und die Bestimmung andere Wirtschaftsteilnehmer nicht diskriminiert (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 12.07.2017, Verg 13/17; Beschluss vom 14.09.2016, Verg 13/16; Beschluss vom 01.08.2012, Verg 10/12).

Voraussetzungen für die Anwendung des Verhandlungsverfahrens ohne Teilnahmewettbewerb gelten, wenn es keine vernünftige Alternative oder Ersatzlösung gibt

Führt die Bestimmung des Auftragsgegenstands durch den öffentlichen Auftraggeber dazu, dass im Sinne des § 14 Abs. 4 Nr. 2 a) oder b) VgV der Auftrag nur von einem bestimmten Unternehmen erbracht oder bereitgestellt werden kann, greift das Korrektiv des § 14 Abs. 6 VgV ein, wonach die Voraussetzungen für die Anwendung des Verhandlungsverfahrens ohne Teilnahmewettbewerb, mithin eine Vergabe außerhalb des Wettbewerbs, nur dann gelten, wenn es keine vernünftige Alternative oder Ersatzlösung gibt und der mangelnde Wettbewerb nicht das Ergebnis einer künstlichen Einschränkung der Auftragsvergabeparameter ist. Die Bestimmungsfreiheit des Auftraggebers unterliegt damit engeren vergaberechtlichen Grenzen als dies bei Durchführung eines wettbewerblichen Verfahrens der Fall ist. Eine Leistungsbestimmung, die im Falle des § 14 Abs. 4 Nr. 2 b) VgV zu einem völligen

Wettbewerbsverzicht führt, bedarf größerer Rechtfertigungstiefe als eine solche, die unter Aufrechterhaltung des Vergabewettbewerbs im Ergebnis (nur) zu einer hersteller- oder produktbezogenen Leistungsspezifikation gemäß § 31 Abs. 6 VgV führt (OLG Rostock, Beschluss vom 25.11.2020, 17 Verg 1/20; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 12.07.2017, Verg 13/17; Beschluss vom 07.06.2017, Verg 53/16; VK Bund, Beschluss vom 23.10.2019, VK 1-75/19).

Nachweis des objektiven Fehlens von Wettbewerb muss durch eine umfassende Marktanalyse auf europäischer Ebene erfolgen

Der vom Auftraggeber zu führende Nachweis des objektiven Fehlens von Wettbewerb muss durch eine umfassende Marktanalyse auf europäischer Ebene erfolgen (EuGH, Urteil vom 15.10.2009, C-275/08; Urteil vom 02.06.2005, C-394/02; vgl. auch Dieckmann, in: Dieckmann/Scharf/Wagner-Cardenal, VgV, 3. Aufl. 2022, § 14 Rn. 65; Hirsch/Kaelble, in: Müller-Wrede, VgV/UVgO, § 14 VgV Rn. 174).

Anforderungen an den Umfang der von einem öffentlichen Auftraggeber in diesem Zusammenhang anzustellenden Ermittlungen sind konsequenterweise ebenfalls hoch

Die Anforderungen an den Umfang der von einem öffentlichen Auftraggeber in diesem Zusammenhang anzustellenden Ermittlungen bevor er ausnahmsweise auf ein wettbewerbliches Vergabeverfahren verzichten darf, sind konsequenterweise ebenfalls hoch (VK Bund, Beschluss vom 23.10.2019, VK 1-75/19). Die Rechtsprechung verlangt diesbezüglich "ernsthafte Nachforschungen auf europäischer Ebene" (vgl. EuGH, Urteil vom 15. Oktober 2009, Rs. C-275/08) bzw. die Beibringung "stichhaltiger Beweise" (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 12.07.2017, Verg 13/17; Beschluss vom 07.06.2017, Verg 53/16). Der 50. Erwägungsgrund der RL 2014/24/EU nennt als ein Beispiel dafür, was vom Auftraggeber dazulegen und zu beweisen ist, um zu Recht auf ein wettbewerbliches Vergabeverfahren zu verzichten, dass es für andere "Wirtschaftsteilnehmer technisch nahezu unmöglich ist, die geforderte Leistung zu erbringen". Es muss auch ausgeschlossen sein, dass für die Auftragsdurchführung weitere Unternehmen in Frage kommen, die die für den Auftrag notwendigen Fähigkeiten und Ausstattungen rechtzeitig erwerben können (OLG Celle, Beschluss vom 09.11.2021, 13 Verg 9/21).

Zweckmäßigkeitsüberlegungen oder rein wirtschaftliche Vorteile im Falle der Leistungserbringung reichen nicht aus

Zweckmäßigkeitsüberlegungen oder rein wirtschaftliche Vorteile im Falle der Leistungserbringung durch ein bestimmtes Unternehmen reichen nicht aus (OLG Celle, a.a.O.; Völlink, in Ziekow/Völlink, Vergaberecht, 4. Aufl. 2020, § 14 VgV Rn. 51; Dieckmann, in: Dieckmann/Scharf/Wagner-Cardenal, VgV, 3. Aufl. 2022, VgV § 14 Rn. 65). Die Einschätzung des Auftraggebers, dass ein bestimmter Anbieter die Leistungen am besten erfüllen kann, genügt ebenfalls nicht um die Anwendung der Norm zu begründen (Pünder, in: Pünder/Schellenberg, Vergaberecht, 3. Aufl. 2019, § 14 VgV Rn. 63).

Ordnungsgemäße Marktuntersuchung muss zwingend vor der Festlegung der Wahl der Verfahrensart und der Entscheidung, nur ein Unternehmen zur Angebotsabgabe aufzufordern, erfolgen

Die ordnungsgemäße Marktuntersuchung muss zwingend vor der Festlegung der Wahl der Verfahrensart und der Entscheidung, nur ein Unternehmen zur Angebotsabgabe aufzufordern, erfolgen (vgl. VK Mecklenburg-Vorpommern, Beschluss vom 07.01.2020, 3 VK 08/19; VK Bund, Beschluss vom 23.10.2019, VK 1-75/19; VK Hessen, Beschluss vom 27.04.2007, 69d-VK-11/2007; Hirsch/Kaelble, in: Müller-Wrede, VgV/UVgO, § 14 VgV Rn. 174).

Der Auftraggeber legt umfassend dar, zu welchem Zweck das Gerät beschafft werden soll.

Es muss erläutert werden, warum Alleinstellungsmerkmale "essentiell" sind.

Es muss erkennbar sein, warum die technischen Spezifikationen, aus denen der Auftraggeber Alleinstellungsmerkmale ableitet, gefordert werden.

Es muss stattfinden eine Auseinandersetzung mit Alternativen.

Alternativen dürfen nicht am Markt vorhanden sein.

Es ist gerade nicht ausreichend für die Anwendung des § 14 Abs. 4 Nr. 2 b) VgV, dass ein Auftraggeber sich von einem bestimmten Produkt die beste Leistungserfüllung erhofft. Dies ist vielmehr gerade im Wettbewerb unter verschiedenen Anbietern zu ermitteln.

Es reichen nicht aus lediglich Aussagen.

Es müssen stichhaltige Beweise für diese geliefert werden.

Fragen?

Gerne, 24/7

Nachgefragt bei …

Rechtsanwalt Dr. jur. Thomas Ax

… zum Thema: Kostenschätzung:

Frage:

Die Kostenschätzung ist als ein der eigentlichen Ausschreibung vorgeschalteter Vorgang mit Unsicherheiten und Unwägbarkeiten behaftet; sie kann nicht an den gleichen Maßstäben wie das Angebot der Teilnehmer am Ausschreibungsverfahren gemessen werden. Ihrem Gegenstand nach bildet sie eine Prognose.

Wann ist sie nicht zu beanstanden?

Antwort:

Sie ist dann nicht zu beanstanden, wenn sie unter Berücksichtigung aller verfügbarer Daten in einer der Materie angemessenen und methodisch vertretbaren Weise erarbeitet wurde. Dem Charakter der Prognose entsprechend können dabei lediglich die bei ihrer Aufstellung vorliegenden Erkenntnisse berücksichtigt werden, nicht jedoch solche Umstände, die erst im Nachhinein bei einer rückschauenden Betrachtung erkennbar und in ihrer Bedeutung ersichtlich werden. Aus der Sicht der Beteiligten sind ihre Ergebnisse hinzunehmen, wenn die Prognose aufgrund der bei ihrer Aufstellung objektiv vorliegenden und erkennbaren Daten als vertretbar erscheint. Daran wird es regelmäßig fehlen, wenn sie auf erkennbar unrichtigen Daten beruht, insbesondere, wenn sie eine vorhersehbare Kostenentwicklung unberücksichtigt lässt oder ungeprüft und pauschal auf anderen Kalkulationsgrundlagen beruhende Werte übernimmt (BGH Urteil v. 08.09.1998, X ZR 99/96, juris Rn. 23; Senatsbeschluss vom 29.08.2018, VII Verg 14/17).

Frage:

Welche Methoden sind zu wählen?

Antwort:

Für die Schätzung muss die Vergabestelle oder der von ihr beauftragte Fachmann Methoden wählen, die ein wirklichkeitsnahes Schätzergebnis ernsthaft erwarten lassen. Die Gegenstände der Schätzung und der ausgeschriebenen Maßnahme müssen deckungsgleich sein. Maßgeblich dafür sind im Ausgangspunkt die Positionen des Leistungsverzeichnisses, das der konkret durchgeführten Ausschreibung zu Grund liegt. Das Ergebnis der Schätzung ist verwertbar, soweit sie mit diesem Leistungsverzeichnis übereinstimmt. Es ist gegebenenfalls anzupassen, soweit die der Schätzung zugrunde gelegten Preise oder Preisbemessungsfaktoren im Zeitpunkt der Bekanntmachung des Vergabeverfahrens nicht mehr aktuell waren und sich nicht unerheblich verändert haben (BGH Urteil v. 20.11.2012, X ZR 108/10, juris Rn. 19 f.; BGH, Urteil v. 05.11.2002, X ZR 232/00, juris Rn. 16). Ob eine solche Kostenermittlung gegeben ist, ist daher eine Frage des Einzelfalls.

… zum Thema: Dienstleistungskonzession:

Frage:

Was ist eine Dienstleistungskonzession?

Antwort:

Nach dem Wortlaut des Art. 5 Abs. 1 UAbs. 1 lit. b) RL 2014/23/EU geht auf den Konzessionsnehmer mit der Vergabe einer Dienstleistungskonzession das Betriebsrisiko für die Verwertung der Dienstleistungen über, wobei es sich um ein Nachfrage- und/oder ein Angebotsrisiko handeln kann. Das Betriebsrisiko gilt als vom Konzessionsnehmer getragen, wenn unter normalen Betriebsbedingungen nicht garantiert ist, dass die Investitionsaufwendungen oder die Kosten für den die Erbringung der Dienstleistungen, die Gegenstand der Konzession sind, wieder erwirtschaftet werden können. Der Teil des auf den Konzessionsnehmer übergegangenen Risikos umfasst es, den Unwägbarkeiten des Marktes tatsächlich ausgesetzt zu sein, so dass potenzielle geschätzte Verluste des Konzessionsnehmers nicht rein nominell oder vernachlässigbar sind.

§ 105 Abs. 2 GWB kodifiziert im Wesentlichen die durch den EuGH entwickelten Kriterien zum Übergang des Betriebsrisikos (Mohr in Münchener Kommentar Europäisches und Deutsches Wettbewerbsrecht, 2. Aufl. 2018, § 105, Rn. 83).

Frage:

Welches Betriebsrisiko wird übernommen?

Antwort:

Der Konzessionsnehmer übernimmt nach § 105 Abs. 2 Satz 2 Nr. 1 GWB das Betriebsrisiko, wenn unter normalen Betriebsbedingungen nicht gewährleistet ist, dass die Investitionsaufwendungen oder die Kosten für den Betrieb der Dienstleistung wieder erwirtschaftet werden können. Es muss ein nicht ausgeschlossenes Ri-

siko bestehen, dass die investierten Kosten einschließlich der Betriebskosten nicht verdient werden und dadurch die Konzession auch mit Verlust abgeschlossen wird. Ein Risiko der Gewinnschmälerung oder eines Gewinnausfalls an sich ist nicht ausreichend. Genauso ist ein etwaiges Kalkulationsrisiko auf der Kostenseite nicht ausreichend, da dies bei jeder Vergabe immanent ist (Erwägungsgrund 20 RL 2014/23/EU).

Frage:

Wie wird das Betriebsrisiko näher bestimmt?

Antwort:

Nach § 105 Abs. 5 Satz 2 Nr. 2 GWB wird das Betriebsrisiko näher bestimmt als das Risiko den „Unwägbarkeiten des Marktes tatsächlich ausgesetzt“ zu sein, so dass potentielle geschätzte Verluste des Konzessionsnehmers nicht vernachlässigbar sind. Den Begriff der „Unwägbarkeiten des Marktes“ verwendete der EuGH explizit in seinem Rettungsdienst-Stadler-Urteil vom 10. März 2011 (Mohr a. a. O. Rn. 86): Das wirtschaftliche Risiko sei zu verstehen als „das Risiko den Unwägbarkeiten des Marktes ausgesetzt zu sein“. Dieses Risiko liege insbesondere in „der Konkurrenz durch andere Wirtschaftsteilnehmer, dem Risiko eines Ungleichgewichts zwischen Angebot und Nachfrage, dem Risiko der Zahlungsunfähigkeit derjenigen, die die Bezahlung der erbrachten Dienstleistungen schulden, dem Risiko einer nicht vollständigen Deckung der Betriebsausgaben durch die Einnahmen oder dem Risiko der Haftung für einen Schaden im Zusammenhang mit einem Fehlverhalten bei der Erbringung der Dienstleistung“ (EuGH, Urt. v. 10. März 2011, C-274/09, juris Rn. 37).

Frage:

Wann ist der Konzessionär bei der Verwertung der ihm übertragenen Leistung tatsächlich den Risiken des Marktes ausgesetzt?

Antwort:

Ob und inwieweit der Konzessionär bei der Verwertung der ihm übertragenen Leistung tatsächlich den Risiken des Marktes ausgesetzt ist und er das Betriebsrisiko ganz oder zumindest zu einem wesentlichen Teil übernimmt, hängt nach der für die nationalen Gerichte verbindlichen Rechtsprechung des EUGH von den Umständen des Einzelfalls ab. Ist - wie hier - eine Zuzahlung vorgesehen, kann der Vertrag nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs jedenfalls dann nicht als Dienstleistungskonzession vom Anwendungsbereich des Vierten Teils des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen ausgenommen werden, wenn die zusätzliche Vergütung oder (Aufwands-)Entschädigung ein solches Gewicht hat, dass ihr bei wertender Betrachtung kein bloßer Zuschusscharakter mehr beigemessen werden kann.

Frage:

Wann steht eine Zuzahlung im vorgenannten Sinne im Vordergrund und überwiegt?

Antwort:

Wann eine Zuzahlung im vorgenannten Sinne im Vordergrund steht und überwiegt, lässt sich wegen der Unterschiedlichkeit der möglichen Fallgestaltungen ebenso wenig einheitlich durch eine rechnerische Quote festlegen, wie sich auch sonst eine schematische Lösung verbietet. Es bedarf auch insoweit stets einer alle Umstände des Einzelfalls einbeziehenden Gesamtschau (BGH, Beschluss vom 8. Februar 2011, X ZB 4/10, BGHZ 188, 200-233, Rn. 33 ff.). Bei der gebotenen Einzelfallbetrachtung sind die für den Vertragsgegenstand geltenden Marktbedingungen sowie die vertraglichen Vereinbarungen in ihrer Gesamtheit zu würdigen (BGH a a. O. Rn. 35; Dicks in Kulartz/Kus/Portz/Prieß, Kommentar zum GWB-Vergaberecht, § 105 Rn. 20).

VergOptimierung ®

Prozessanalyse und Entwicklung eines professionellen Ressourcen-Steuerungsmodells "Steuern statt Reagieren" im Bereich Einkauf und Vergabe öffentlicher Auftraggeber

Der Bereich Einkauf und Vergabe öffentlicher Auftraggeber befindet sich in einem Change-Prozess. Dieser Change-Prozess resultiert u. a. aus den vielfältigen, sich ständig verändernden Rahmenbedingungen und Herausforderungen, die die tägliche Arbeit des Einkaufs bestimmen. Diese Situation führt dazu, dass eine zielgerichtete Weiterentwicklung nötig ist, um den veränderten Beschaffungsmärkten und Arbeitsmethoden Stand zu halten. Dazu gehört das kritische Hinterfragen bestehender Prozesse, der Aufgabenzuschnitte und der organisatorischen Struktur, sowie die Entwicklung eines agilen Modells zur Auslastungssteuerung. Dieses Modell unterstützt im Zielbild die Führungskräfte bei der (bereichs-) übergreifenden, flexiblen, schnellen und transparenten Ressourcen-Steuerung.
Was wir tun:

VergOptimierung ® erstellt eine systematische und vollumfänglichen Prozess-, Schnittstellen- und Aufgaben- Ist Analyse. Dabei gilt es die Mitarbeitenden im Einkauf und ausgewählte, besonders relevante Fachbereiche aktiv durch die Abfrage von Schwachstellen und Zufriedenheit einzubinden. Die Ergebnisse werden ausgewertet und die Stärken und Schwächen, sowie Chancen und Risken entlang der Prozesskette und in der organisatorischen Struktur in einem Statusbericht aufgezeigt. Ziel ist es, mit diesem transparenten und abgestimmten Vorgehen, Vertrauen zu schaffen und Überzeugung zu erlangen. Optimierungspotentiale werden aufgezeigt und Entwicklungsfelder abgeleitet. Die Entwicklungsfelder gilt es zu kategorisieren, zu priorisieren und Maßnahmen zu erarbeiten. In der Prozess-Analyse werden Aufwände ermittelt und ein Steuerungsmodell entwickelt, dass den Führungskräften hilft, die internen Ressourcen zu steuern, um in eine optimierte bereichsübergreifende, flexible, schnelle, transparente und agile Auslastungssteuerung zu gelangen.

VergOptimierung ® – Prozessanalyse/ -bewertung

• Erhebung aller Ist-Prozesse und Schnittstellen innerhalb des Bereichs Einkauf und Vergabe

• Analyse und Bewertung von Effizienz und Effektivität bestehender Prozesse (Passen bestehenden Prozesse zu einkaufsstrategischen Schwerpunkten?)

• Erhebung von Aufwänden in den Prozessschritten (keine Leistungskontrolle)

• Wirtschaftlichkeitsbetrachtung der Prozesse und Schnittstellen (Wirken sich die in den Prozessen erfassten Schnittstellen negativ auf die Wirtschaftlichkeit der Aufgabenerledigung aus?)

• Aufgabenanalyse und aufgabenkritische Betrachtung der Stellentypen und des Ressourceneinsatzes

• Analyse der Aufwandstreiber (organisatorisch, prozessual)

• Analyse der eingesetzten Dokumente in den Vergabeverfahren, hier erfahren Sie interne Unterstützung

• Analyse des Digitalisierungsstatus, z.B. Einkaufssysteme, Arbeitsmethoden etc.

• Beteiligung durch Befragung der Mitarbeitenden im Einkauf und der Fachbereiche (Zufriedenheitsanalyse)

VergOptimierung ® – Prozessoptimierung

Darstellen von Prozess-Optimierungspotentialen:

• Identifikation von Aufwandstreibern (inkl. Reduktionsansätze)

• Folgeableitungen in der Ressourcenbemessung (Personalbedarfe)

• Digitalisierung von bestehenden und ggf. neuen Prozessen

• Standardisierung von Dokumenten, Erstellung von Dokumentenbausteinen

• Maßnahmenentwicklung zur Reaktion auf veränderte Rahmenbedingungen im Markt und in der Arbeitswelt bei zunehmender Komplexität Bsp. Digitalisierung müssen greifbar und in einem Steuerungsmodell abgebildet werden.

• Erarbeitung und Abstimmung von Soll-Prozessen und Schnittstellen – Erstellung einer Prozessmapping

• Darstellung des Einsatzes von prozessspezifischen Managementmethoden

• Zusammenstellung und Priorisierung möglicher Prozessoptimierungen auf Basis von Kosten-Nutzen-Analysen

• Identifikation von Handlungsfeldern und Erarbeitung von Lösungsansätzen inkl. Ableitung möglicher Sofortmaßnahmen

Methodik/Ergebnisse

• Erarbeitung eines Umsetzungskonzeptes

• Erstellung eines Projektplans (inkl. Meilensteine, Arbeitspakete, Maßnahmennennung)

• Erarbeitung eines Kommunikationsplans

• Methoden zur Reduzierung von Bearbeitungs- und Durchlaufzeiten

• Festlegung von Aufgaben und Verantwortlichkeiten

• Beseitigung von Unterbrechungen im Ablauf von Prozessen

• Definieren von Risiken (in den Prozessen) und der Aufgaben des Risikomanagements, dazu erfolgt ggf. ein Abgleich zum internen Risikokontrollsystem

• Transparente Soll-Prozess-Darstellung (Prozesslandkarte)

• Prozesslandkarte verknüpft mit Dokumentenbausteinen

• Methodik zur Auslastungssteuerung und agile Ressourcensteuerung zwischen den Fachbereichen des Einkaufs (Vertretung, strategische Umpriorisierungen)

• Die Überprüfung der Anwendung und entsprechende Festlegung von agilen Arbeitsmethoden)

• Begleitung der Umsetzung der Prozessergebnisse und der Einführung des Ressourcen-Steuerungsmodells

Als erfolgreichen Projektabschluss definiert **VergOptimierung ®** die nachfolgenden, messbaren Veränderungen.

Diese Kennzahlen werden vor Beginn der Projektarbeit durch **VergOptimierung ®** dargestellt. Eine detaillierte Kennzahlenvereinbarung treffen der Auftraggeber und **VergOptimierung ®**entsprechend in der Vorbereitung. Zwischenergebnisse werden im Projektplan vereinbart. Die Ergebnispräsentation erfolgt in einem Projektabschlussbericht zum Projektende.

• Erhöhung der Effizienz

• Senkung der Prozesskosten

• Reduzierung der nötigen Zeit

• Verbesserung der Kundenbeziehungen

• Steigerung Mitarbeiterzufriedenheit

• Prozesstransparenz

• Entwicklung eines internen Ressourcensteuerungsmodells

Neben den konkret formulierten Ergebnistypen sind auch alle während der Beratung gewonnenen Erkenntnisse zu dokumentieren. Ziel der Beratung soll es auch sein, Führende und Mitarbeitende im Einkauf durch Vermittlung von Fragen, Methodiken und Werkzeugen (ggf. unter Definition weiterer geeigneter Mittel) auch in Zukunft zu befähigen, Veränderungsprozesse aus eigener Kraft und Kompetenz heraus anzustoßen, zu begleiten und umsetzen zu können.

Interesse?

VergOptimierung ®

t.ax@ax-rechtsanwaelte.de

VergMan ® - Spruchpraxis der Vergabekammern und Vergabesenate von A bis Z

von Thomas Ax

A

Anforderungen aus "Spezialvorschriften" müssen beachtet werden

EuGH, Urteil vom 26.01.2023 - Rs. C-403/21

1. Art. 58 der Richtlinie 2014/24/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26.02.2014 über die öffentliche Auftragsvergabe und zur Aufhebung der Richtlinie 2004/18/EG in Verbindung mit den in Art. 18 Abs. 1 Unterabs. 1 dieser Richtlinie garantierten Grundsätzen der Verhältnismäßigkeit und der Transparenz ist dahin auszulegen, dass der öffentliche Auftraggeber als Eignungskriterien Verpflichtungen vorschreiben kann, die sich aus Spezialvorschriften für Tätigkeiten ergeben, die im Rahmen der Ausführung eines öffentlichen Auftrags möglicherweise durchgeführt werden müssen und die von geringer Bedeutung sind.

2. Die in Art. 18 Abs. 1 Unterabs. 1 der Richtlinie 2014/24 garantierten Grundsätze der Verhältnismäßigkeit und der Transparenz sind dahin auszulegen, dass sie dem entgegenstehen, dass die Auftragsunterlagen automatisch durch Qualifikationskriterien ergänzt werden, die sich aus für Tätigkeiten im Zusammenhang mit dem zu vergebenden Auftrag geltenden Spezialvorschriften ergeben, die in den Auftragsunterlagen nicht vorgesehen sind und die der öffentliche Auftraggeber den betroffenen Wirtschaftsteilnehmern nicht vorschreiben wollte.

3. Art. 63 Abs. 1 der Richtlinie 2014/24 ist dahin auszulegen, dass er dem Ausschluss eines Bieters aus dem Vergabeverfahren mit der Begründung, dass er den Unterauftragnehmer nicht benannt habe, dem er die Erfüllung von Verpflichtungen zu übertragen beabsichtige, die sich aus Spezialvorschriften für Tätigkeiten im Zusammenhang mit dem in Rede stehenden Auftrag ergäben und die in den Auftragsunterlagen nicht vorgesehen seien, entgegensteht, wenn dieser Bieter in seinem Angebot angegeben hat, dass er diese Verpflichtungen unter Inanspruchnahme der Kapazitäten eines anderen Unternehmens erfüllen werde, ohne jedoch mit diesem Unternehmen durch einen Unterauftrag verbunden zu sein.

A

Änderung der Vergabeunterlagen

OLG Bremen, Beschluss vom 04.11.2022 - 2 Verg 1/22

1. Angebote, bei denen Änderungen an den Vergabeunterlagen vorgenommen wurden, sind von der Wertung auszuschließen. Eine (unzulässige) Änderung der Vergabeunterlagen liegt vor, wenn ein Bieter von den Vorgaben der Vergabeunterlagen abweicht, er also eine andere als die ausgeschriebene Leistung anbietet.

2. Hält ein Bieter die Vorgaben des Auftraggebers für unzweckmäßig, rechtfertigt dies keine Abweichung von für sich genommen eindeutigen Vorgaben der Leistungsbeschreibung. Es ist Sache des Auftraggebers, den eigenen Bedarf zu definieren.

3. Der öffentliche Auftraggeber ist nicht dazu verpflichtet, in der Ausschreibung eine weitergehende Vielfalt von technischen Lösungen zuzulassen.

4. Ein Nachprüfungsantrag ist grundsätzlich nur solange der statthafte Rechtsbehelf, solange ein Vergabeverfahren noch nicht durch einen wirksamen Zuschlag abgeschlossen ist.

5. Sobald der Zuschlag wirksam erteilt ist und eine damit verbundene Rechtsverletzung des Bieters nicht mehr verhindert werden kann, können die Vergabenachprüfungsinstanzen nicht mehr in zulässiger Weise angerufen werden. Eine Ausnahme von diesem Grundsatz gilt nur in den beiden in § 135 Abs. 1 GWB genannten Fällen.

A

Änderung des Beschaffungsbedarfs ist sachlicher Aufhebungsgrund

VK Nordbayern, Beschluss vom 06.07.2022 - RMF-SG21-3194-7-16

1. Anders als die Zuschlagsentscheidung des öffentlichen Auftraggebers wirkt seine Aufhebungsent-

scheidung nicht als absolute, den Primärrechtsschutz ausschließende Zäsur, so dass die Aufhebungsentscheidung einer Kontrolle im Nachprüfungsverfahren unterzogen werden kann.

2. Als Feststellungsinteresse genügt jedes anzuerkennende Interesse rechtlicher, wirtschaftlicher oder ideeller Art, wobei die beantragte Feststellung geeignet sein muss, die Rechtsposition des Antragstellers in einem der genannten Bereiche zu verbessern und eine Beeinträchtigung seiner Rechte auszugleichen oder wenigstens zu mildern. Es ist jedenfalls gegeben, wenn die Feststellung zur Vorbereitung eines Schadensersatzanspruchs dient und ein solcher Prozess mit hinreichender Sicherheit zu erwarten ist und nicht offenbar aussichtslos erscheint.

3. Es ist nicht Aufgabe der Vergabekammer - anders als im Fall, in dem die Unwirksamkeit eines Zuschlags gerügt wird - streitig über die Frage, ob ein Zuschlag wirksam zustande gekommen ist, zu befinden.

4. Bieter müssen die Aufhebung des Vergabeverfahrens nicht nur dann hinnehmen, wenn sie vergaberechtlich zulässig und daher von vornherein rechtmäßig ist. Ein öffentlicher Auftraggeber ist grundsätzlich nicht gezwungen, ein Vergabeverfahren mit der Zuschlagserteilung abzuschließen, auch wenn keiner der zur Aufhebung berechtigenden Tatbestände erfüllt ist. Die vergaberechtlichen Aufhebungsgründe schränken das Recht des Auftraggebers, ein Vergabeverfahren ohne Zuschlag zu beenden, grundsätzlich nicht ein. Sie haben vielmehr Bedeutung für die Abgrenzung einer rechtmäßigen Aufhebung von einer zwar wirksamen, aber rechtswidrigen Beendigung des Vergabeverfahrens.

5. Gemäß § 63 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 VgV ist der öffentliche Auftraggeber berechtigt, ein Vergabeverfahren ganz oder teilweise aufzuheben, wenn sich die Grundlage des Vergabeverfahrens wesentlich geändert hat. Anerkannt ist, dass die Änderung erst nach Einleitung des Vergabeverfahrens, d. h. nach Bekanntmachung, eingetreten sein darf. Zudem ist anerkannt, dass die Änderungen zum Zeitpunkt der Einleitung des Vergabeverfahrens nicht vorhersehbar gewesen sein durften. Dies gilt insbesondere für die Änderung des definierten Beschaffungsbedarfs.

6. Nach § 63 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 VgV ist die Entscheidung über die Aufhebung in das Ermessen der Vergabestelle gestellt, da die Vorschrift zur Aufhebung berechtigt, jedoch nicht verpflichtet. Im Rahmen dieser Ermessensentscheidung, die nachvollziehbar dokumentiert sein muss, sind die betroffenen Interessen in eine Abwägung einzustellen. Neben den Interessen des Auftraggebers sind daher insbesondere auch die Interessen der Bieter in die Abwägung mit einzubeziehen.

A

Aufhebung ist kein Automatismus

VK Thüringen, Beschluss vom 07.07.2022 - 4003-392-2022-E-004-WAK

1. Auch wenn ein in der einschlägigen Vergabeverordnung normierter Aufhebungsgrund vorliegt, ist die Aufhebung der Ausschreibung vergaberechtswidrig, wenn der Auftraggeber das ihm eingeräumte Ermessen nicht fehlerfrei ausgeübt bzw. dies nicht hinreichend dokumentiert hat.

2. Der Auftraggeber hat - auch wenn ein Aufhebungsgrund vorliegt -zu überlegen und abzuwägen, ob er die Ausschreibung aufhebt. Er hat sämtliche für und gegen eine Aufhebung des Vergabeverfahrens sprechenden Belange seiner selbst und der Bieter gegeneinander abzuwägen. Zu prüfen ist zudem, ob weniger einschneidende Alternativen in Betracht kommen.

3. In einem Vergabeverfahren nach VgV sind die Bieter im Öffnungstermin (weiterhin) nicht zugelassen und die Preise damit zumindest bis auf Weiteres geheim. Die Regelungen über den Schutz der Vertraulichkeit von Informationen der Unternehmen sind bieterschützend.

4. Verstößt der öffentliche Auftraggeber gegen die Verpflichtung zur Wahrung der Vertraulichkeit, ist er wegen Verletzung des vorvertraglichen Schuldverhältnisses zum Schadensersatz verpflichtet, wenn dem Bewerber oder Bieter dadurch nachweislich ein Schaden entstanden ist.

B

Bauplatzvergabe muss transparent erfolgen

VGH Baden-Württemberg, Beschluss vom 19.07.2022 - 1 S 1121/22

1. Der bei gemeindlichen Bauplatzvergaben grundsätzlich bestehende, in Art. 3 Abs. 1 GG wurzelnde sog.

Vergabeverfahrensanspruch vermittelt Bewerbern einen Anspruch auf eine ermessens-, insbesondere gleichheitsrechtsfehlerfreie Vergabeentscheidung.

2. Jeder Mitbewerber muss aufgrund seines Anspruchs auf Gleichbehandlung eine faire Chance erhalten, nach Maßgabe der für die spezifische Vergabe wesentlichen Kriterien und des vorgesehenen Verfahrens berücksichtigt zu werden. Das setzt voraus, dass der die Vergabeentscheidung treffende Hoheitsträger etwaige ermessenslenkende Richtlinien im Hinblick auf die Vergabekriterien so klar und eindeutig formuliert, dass jeder verständige Bewerber sie gleichermaßen verstehen, seine Chancen abschätzen und insbesondere erkennen kann, welche Unterlagen er einreichen und welche Angaben er machen muss, um im Vergabeverfahren zugelassen und inhaltlich berücksichtigt zu werden (sog. Transparenzgebot).

B

Beschaffungs- und Rechtsdienstleistung

OLG Düsseldorf, Beschluss vom 25.05.2022 - Verg 33/21

1. Der Bereich der Beschaffungsdienstleistung kann gegenüber dem Bereich der Rechtsdienstleistung als eigenständiges Fachlos eingeordnet werden.

2. Kann die benötigte Leistung auch in Form einer Fachlosvergabe erbracht werden, ist zu prüfen, ob von einer losweisen Vergabe ausnahmsweise abgesehen werden kann, etwa weil wirtschaftliche oder technische Gründe dies erfordern.

3. Unter technischen und wirtschaftlichen Gründen sind solche zu verstehen, die eine Integration aller Leistungsschritte in einer Hand zur Erreichung des vom Auftraggeber angestrebten Qualitätsniveaus notwendig machen.

4. Mit der beruflichen Haupttätigkeit des Beschaffungsdienstleisters sind typischerweise bestimmte Rechtsdienstleistungen verbunden, da der Übergang zwischen bloßer Rechtsanwendung und juristischer Rechtsprüfung fließend ist.

B

Beteiligungsverhältnisse überschritten: Gesellschafter darf abgelehnt werden

EuGH, Urteil vom 01.08.2022 - Rs. C-332/20

1. Art. 58 der Richtlinie 2014/24/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Februar 2014 über die öffentliche Auftragsvergabe und zur Aufhebung der Richtlinie 2004/18/EG in der durch die Delegierte Verordnung (EU) 2017/2365 der Kommission vom 18. Dezember 2017 geänderten Fassung ist dahin auszulegen, dass ein öffentlicher Auftraggeber einen Wirtschaftsteilnehmer von dem Verfahren zur Gründung einer gemischtwirtschaftlichen Gesellschaft und zur Vergabe eines öffentlichen Dienstleistungsauftrags an diese Gesellschaft mit der Begründung ausschließen kann, dass, wenn er ihn als Mitgesellschafter auswählen würde, seine nach den Ausschreibungsunterlagen höchstzulässige Beteiligung an der gemischtwirtschaftlichen Gesellschaft wegen seiner mittelbaren Beteiligung an ihm faktisch überschritten würde, sofern sein wirtschaftliches Risiko dadurch zunimmt.*)

2. Art. 38 der Richtlinie 2014/23/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Februar 2014 über die Konzessionsvergabe, in der durch die Delegierte Verordnung (EU) 2017/2366 der Kommission vom 18. Dezember 2017 geänderten Fassung ist dahin auszulegen, dass ein öffentlicher Auftraggeber einen Wirtschaftsteilnehmer von dem Verfahren zur Gründung einer gemischtwirtschaftlichen Gesellschaft und zur Vergabe einer Dienstleistungskonzession an diese Gesellschaft mit der Begründung ausschließen kann, dass, wenn er ihn als Mitgesellschafter auswählen würde, seine nach den Ausschreibungsunterlagen höchstzulässige Beteiligung an der gemischtwirtschaftlichen Gesellschaft wegen seiner mittelbaren Beteiligung an ihm faktisch überschritten würde, sofern sein wirtschaftliches Risiko dadurch zunimmt.*)

B

„Billigender Prüfvermerk“ durch den Auftraggeber

VK Bund, Beschluss vom 07.12.2022 - VK 1-95/22

1. Die Wertungsentscheidung kann vom Auftraggeber nicht auf Dritte delegiert werden. Es handelt sich um