



Aktuelle Entscheidungen

Unklare Angebote: Aufklärung ja, Nachverhandeln nein!

Bei Widersprüchen müssen öffentliche Auftraggeber die Angebote auslegen und gegebenenfalls aktiv beim Bieter nachfragen, um den Angebotsinhalt aufzuklären. Die Vergabekammer des Bundes (VK Bund, 12.07.2018, VK 2 – 58/18) betont aber, dass § 15 Abs. 5 S. 2 VgV eine absolute Grenze der Aufklärungspflicht darstellt. Danach sind im offenen Verfahren Verhandlungen über Änderungen der Angebote und Preise stets unzulässig.

Verweis auf Vergabeplattform ist keine Bekanntmachung der Eignungskriterien

Verweist ein öffentlicher Auftraggeber in der Auftragsbekanntmachung auf eine Vergabeplattform, sind die Eignungskriterien nicht wirksam bekanntgemacht. Die Vergabekammer Südbayern (20.4.2018, Z3-3-3194-1-59-12/17) verlangt mindestens eine Verlinkung auf den Speicherort des Dokuments mit den konkreten Anforderungen. Deshalb konnte ein unterlegener Bieter im Nachprüfungsverfahren keinen Ausschluss von Mitbewerbern verlangen, die nur in den Vergabeunterlagen aufgelistete Eignungskriterien nicht erfüllten.

Der öffentliche Auftraggeber hatte in der Auftragsbekanntmachung auf die bayerische Vergabeplattform verwiesen, wo die Vergabeunterlagen mit den Eignungskriterien heruntergeladen werden können. Damit sind die Eignungskriterien nicht wirksam bekanntgegeben, so die Vergabekammer. Denn nach § 122 Abs. 4 S. 2 GWB sind die Eignungskriterien in der Auftragsbekanntmachung aufzuführen. Nach § 48 Abs. 1 VgV ist ferner anzugeben, mit welchen Unterlagen das Nichtvorliegen von Ausschlussgründen belegt werden kann. Dafür reiche es nicht aus, „wenn lediglich auf die Startseite einer Vergabeplattform (...) verwiesen wird, wo der Bieter sich die entsprechenden Unter-



Dr. Daniel Soudry, LL.M. ist Fachanwalt für Vergaberecht und Partner der Sozietät Soudry & Soudry Rechtsanwälte (Berlin). Er berät Unternehmen und öffentliche Auftraggeber bei Ausschreibungen und in vergaberechtlichen Nachprüfungsverfahren. Dr. Soudry tritt regelmäßig als Referent auf und publiziert laufend zu vergaberechtlichen Themen. Soudry & Soudry Rechtsanwälte werden von Who's Who Legal und Juve als renommierte Kanzlei für Vergaberecht empfohlen.

lagen aus hunderten von dort gespeicherten Vergabeverfahren möglicherweise herausuchen kann.“ Es sei nicht die Aufgabe des Bieters, aus zahlreichen Vergabeunterlagen die Eignungskriterien und erforderlichen Nachweise herauszufiltern.

Vergabeverfahren ohne Eignungskriterien müssten aufgehoben werden, wenn andernfalls nicht fachkundige und leistungsfähige Unternehmen beauftragt werden. Vorliegend waren Eignungskriterien aber nicht erforderlich, weil der Auftragsgegenstand nicht zwingend Mindestanforderungen an die ausführenden Unternehmen verlangte. Das Risiko eines wenig erfahrenen Vertragspartners durfte der öffentliche Auftraggeber auf sich nehmen. Einer Aufhebung bedurfte es in diesem Fall nicht.

Ob die Verlinkung von Vergabeunterlagen für eine Bekanntmachung von Eignungskriterien ausreicht, wird von den Vergabekammern aktuell uneinheitlich beantwortet. Während die Vergabekammer Nordbayern ebenfalls einen Direktlink als ausreichend betrachtet (09.4.2018, RMF - SG21 - 3194-3-5), verlangt die Vergabekammer des Bundes eine Auflistung in der Auftragsbekanntmachung (18.9.2017, VK - 96/17). Auf der sicheren Seite sind öffentliche Auftraggeber nur, wenn sie die Eignungskriterien in der Auftragsbekanntmachung aufführen.

Kein Mitwirkungsverbot bei Erstellung von Vergabeunterlagen

Wer wegen Interessenskonflikten von der Teilnahme an einem Vergabeverfahren ausgeschlossen ist, darf trotzdem die Vergabeunterlagen für öffentliche Auftraggeber erstellen. § 6 VgV schließt nur das Mitwirken „in einem Vergabeverfahren“ aus. Im strittigen Vergabeverfahren hatte der Geschäftsführer eines städtischen Unternehmens an der Erstellung der Vergabeunterlagen mitgewirkt. Geschäftsführer der bietenden Unternehmen waren seine Söhne.

Das OLG Frankfurt (29.3.2018, 11 Verg 16/17) wies den auf § 6 VgV gestützten Nachprüfungsantrag eines Konkurrenten allerdings ab, weil zum Zeitpunkt der Unterlagenerstellung noch kein Vergabeverfahren lief. § 6 VgV greife frühestens ein, wenn der Beschaffungswille von außen wahrnehmbar sei, in der Regel mit der Bekanntmachung des Auftrags. Für eine entsprechende Anwendung der Vorschrift sei kein Raum, weil vor Beginn des Vergabeverfahrens noch keine Bieter feststünden, zugunsten derer befangene Personen das Verfahren beeinflussen könnten.

Damit nimmt das OLG einen sehr formalen Standpunkt ein. Es räumt auch ein, dass „gerade bei der Ausarbeitung der Leistungsbeschreibung bereits der Auftragsgegenstand festgelegt und damit wichtige Weichen gestellt werden, die später den Ausschlag zugunsten eines Bieters geben können.“ Dies gilt insbesondere, wenn der Kreis potentieller Bieter sehr klein ist.

Klar ist aber: Sobald ein Vergabeverfahren beginnt, dürfen Personen mit Interessenskonflikten nicht mehr mitwirken. Um bereits den „bösen Schein“ einer Einflussnahme zu vermeiden, sollten öffentliche Auftraggeber jedoch bereits in der Phase der Erstellung der Vergabeunterlagen potenzielle Interessenskonflikte vermeiden. Bieter, die sich durch die Vergabeunterlagen benachteiligt fühlen, sollten diese auf Produkt- und Herstellerneutralität prüfen.

NEU **Edelstahl** **NEU**

Die perfekte Reinigung

EDELSTAHLREINIGUNG TEST-BOX

INHALT: UVP netto 19,95 €

nur 19,95*UVP
im guten Fachhandel

SOLUTION
Glöckner Vertriebs-GmbH

www.solution-gloeckner.de

*UVP = unverb. Preisempfehlung, netto



NEU **Edelstahl** **NEU**

Die perfekte Reinigung

EDELSTAHLREINIGUNG TEST-BOX

INHALT: UVP netto 19,95 €

nur 19,95*UVP
im guten Fachhandel

SOLUTION
Glöckner Vertriebs-GmbH

www.solution-gloeckner.de

*UVP = unverb. Preisempfehlung, netto