



## Early Bird Vergabenews / Bitkom Consult - Vergaberecht

Juli 2011

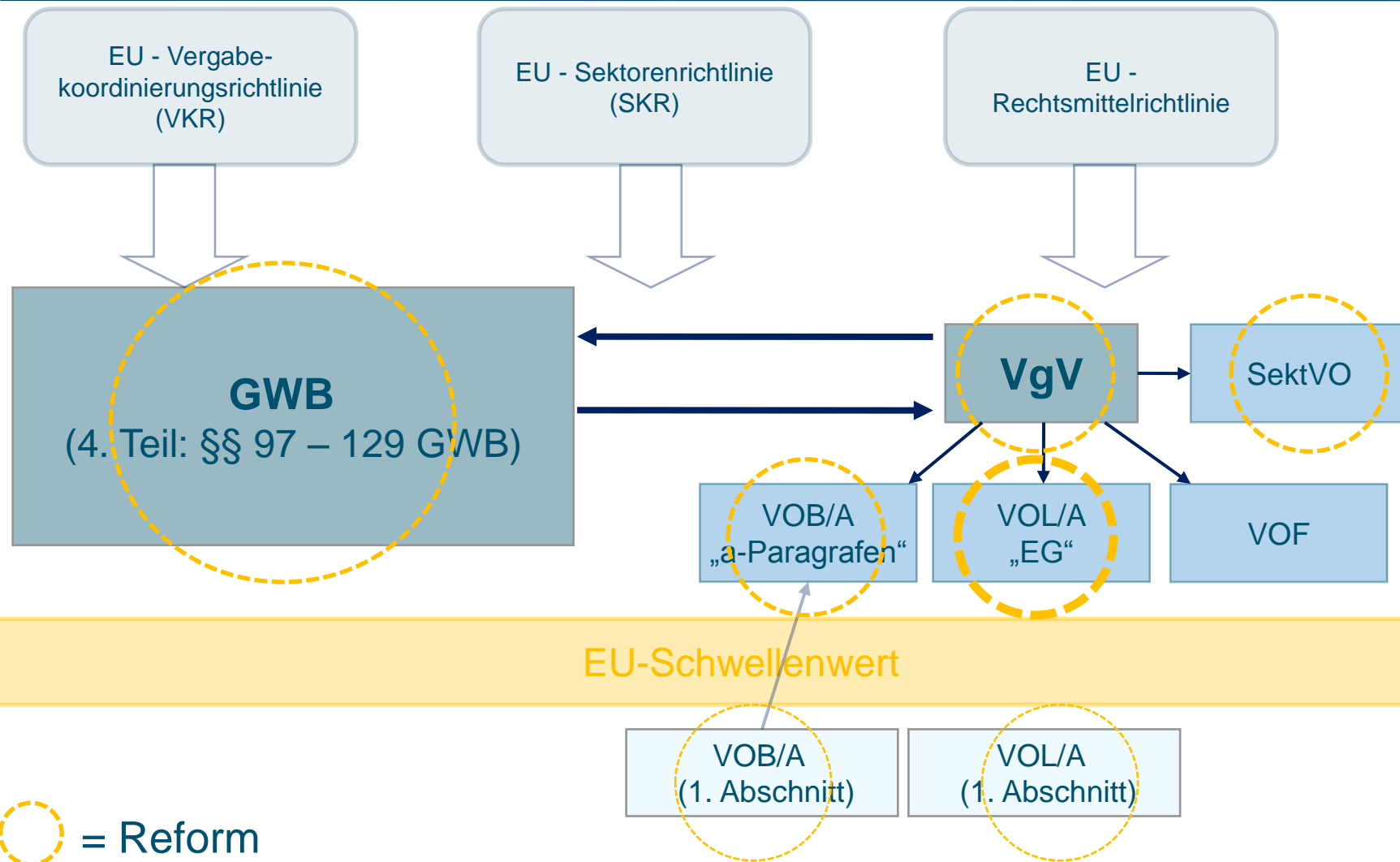
# Die aktuelle Rechtsprechung zur VOL/A EG 2009

## Vergaberechtsreform 2010 – Änderungen:

---

- **§§ 97 GWB** (4. Teil Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen) seit 24.04.09
- **SektVO** (Sektorenverordnung) seit 29.09.09 (Trinkwasser/Energie/Verkehr)
- **VgV** (Vergabeverordnung) seit 11.06.10
- **VOL/A EG 2009 - 2. Abschnitt** seit 11.06.10
  - nationaler Bereich: Anwendung durch Erlass BMWi
- **VOB/A 2009 - 2. Abschnitt** seit 11.06.10
  - nationaler Bereich: Anwendung durch Erlass BMVBS
- **VOF 2009** (Vergabeordnung für freiberufliche Leistungen) seit 11.06.10  
(in der Reihenfolge ihres Inkrafttretens)

## Vergaberechtsreform 2010 – Änderungen:



## **VOL/A 2009 – neue Regelungen bei:**

---

- 1) Name, Umfang, Aufteilung
- 2) Bekanntmachung
- 3) § 2 und § 3 VOL/A
- 4 ) Rahmenvereinbarung
- 5) Dynamische elektronische Verfahren
- 6) Kosten des Verfahrens/Eignungsnachweis
- 7) Projektantenregelung
- 8) Produktvorgabe
- 9) Nebenangebote
- 10) Informationspflicht des Auftraggebers
- 11) Form und Inhalt der Angebote
- 12) Öffnung der Angebote
- 13) Nachforderung fehlender Nachweise
- 14) Wertung der Energieeffizienz
- 15) Zuschlag
- 16) Dokumentationspflicht des Auftraggebers

## VOL/A 2009 – neue Regelungen bei:

---

- 1) Name, Umfang, Aufteilung
- 2) **Bekanntmachung**
- 3) **§ 2 und § 3 VOL/A**
- 4) Rahmenvereinbarung
- 5) Dynamische elektronische Verfahren
- 6) Kosten des Verfahrens/**Eignungsnachweis**
- 7) Projektantenregelung
- 8) **Produktvorgabe**
- 9) **Nebenangebote**
- 11) Informationspflicht des Auftraggebers
- 12) Form und Inhalt der Angebote
- 13) Öffnung der Angebote
- 14) **Nachforderung fehlender Nachweise**
- 15) Wertung der Energieeffizienz
- 16) Zuschlag
- 17) **Dokumentationspflicht des Auftraggebers**

# Bekanntmachung

## Beginn des Vergabeverfahrens?

---

- **OLG München, Beschluss vom 12.11.2010 - Verg 21/10**
- alte oder neue Vergabeordnung anwendbar (VOL/A 2006 oder VOL/A EG 2009)?
- Ein Vergabeverfahren beginnt (erst) dann, wenn die Vergabestelle nach außen erkennbar den ersten Schritt zur Durchführung desjenigen Verfahrens in die Wege leitet, welches zu einem konkreten Vertragsabschluss führen soll.
- Eine bloße Vorinformation über eine beabsichtigte Auftragsvergabe stellt noch keine konkrete diesbezügliche Äußerung der Vergabestelle dar.
- Bei europaweiten Vergaben:

**Vergabeverfahren beginnt mit Absendung der Vergabebekanntmachung an das EU-Amtsblatt.**

## Nationale Veröffentlichungspflicht ?

---

### ➤ § 12 VOL/A 2009

national: Bekanntmachungen in Internetportalen müssen zentral über [www.bund.de](http://www.bund.de) „ermittelt“ werden können, allerdings keine Pflicht zur digitalen Ausschreibung

### ➤ VK Brandenburg, Beschluss vom 22.05.2008, VK 11/08

Bei Bekanntmachungen in Print-Medien:

- Die Bekanntmachung muss sicherstellen, dass alle interessierten Unternehmen vor der Vergabe Zugang zu angemessenen Informationen über den jeweiligen Auftrag haben.
- Ein wichtiges Kriterium für die Auswahl des Bekanntmachungsmediums ist die Marktrelevanz des Auftrags, die sich insbesondere aus dem Auftragsgegenstand ergibt (ggf. Fachärzteblatt)
- privat/lokal ausgerichtetes Ausschreibungsblatt kein „amtliches Veröffentlichungsblatt“

### ➤ VK Südbayern, 25.06.2010, Z3-3-3194-1-30/05/10

Bei Bekanntmachungen über das Internet:

- Veröffentlichung auf der eigenen Homepage grundsätzlich nicht ausreichend (für VOL/A und VOB/A)
- VOB/A: Geeignete Plattform erforderlich; VOL/A: Veröffentlichung über [www.bund.de](http://www.bund.de)

## § 2 VOL/A - Losaufteilung

## Aufteilung in Lose?

---

### ➤ § 2 Abs.2 VOL/A EG, § 97 Abs.3 GWB

Leistungen sind grundsätzlich in Teil- oder Fachlosen zu vergeben, Gesamtvergabe -nur- zulässig, wenn Rechtfertigung durch wirtschaftliche oder technische Gründe

### ➤ OLG Düsseldorf, 12.01.2011, Verg 63/10

- Zersplitterung des Auftrages durch Bildung von Fachlosen ist dem Auftraggeber nicht zuzumuten, wenn Gesamtvergabe aus wirtschaftlichen Gründen gerechtfertigt (vorliegend Auftragswertanteil des Fachloses < 5%)
- Fehlende/unzureichende Dokumentation der Gründe für Gesamtvergabe kann im Nachprüfungsverfahren nachgeholt werden - Begründung immer einzelfallbezogen

### ➤ OLG Karlsruhe, 06.04.2011, 15 Verg 3/11

- Aufteilung in Lose hat zu erfolgen, aber § 97 Abs.3 GWB gibt keine Grenze für mittelstandskonforme Losgröße vor
- Festlegung auf starre mittelstandskonforme Losgrößen nicht zielführend, konkreter Einzelfall entscheidend
- Ansatz vergaberechtlicher Definition von Mittelstand (gem EU 50 Mio. Jahresumsatz/< 250 MA)

## Geltung nur für den Mittelstand?

---

- **VK Baden-Württemberg, 18.02.2011, 1 VK 2/11**
  - **Auch Großunternehmen** kann sich auf die bieterschützende Vorschrift der Fachlosaufteilung berufen, § 2 Abs.2 VOL/A EG dient vor allem **Wettbewerbsförderung, Gleichbehandlung und Erhaltung eines weit gestreuten Bieterkreises**
  - Verzicht auf Fachlosvergabe muss als Ausnahmefall detailliert und aktenkundig begründet werden.
  
- **VK Lüneburg, 07.03.2011, VgK 73/2010**
  - Auftraggeber hat das gute Recht festzulegen, welche Leistung er in welchem Umfang vom Bieter angeboten haben möchte
  - Gesamtvergabe zulässig, solange kein Verstoß gegen die allgemeinen Grundsätze des Vergaberechts, auch wenn Fachlosvergabe möglich (hier: Gebäudewertermittlung)
  - Neufassung des § 97 Abs.3. GWB (entspricht § 2 Abs.2 VOL/A EG) begründet keinen Anspruch eines mittelständischen Bieters auf zwingende Losaufteilung, sondern **lediglich subjektives Recht auf angemessene Berücksichtigung der mittelständischen Interessen**
  - vorliegend: Versicherungsunternehmen nicht Mittelstand, somit nicht in Rechten verletzt
  - aber: Nachprüfungsverfahren wegen ungenauer Leistungsbeschreibung erfolgreich!

# Eignungsnachweis

## Umfang von Eigenerklärungen ?

---

➤ **§ 6 Abs.3 VOL/A / § 7 Abs.1 VOL/A EG:**

Eigenerklärungen zum Nachweis der Eignung (Fachkunde, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit) grundsätzlich ausreichend

➤ **VK Sachsen, 19.10.2010, 1/SVK/037/10 (SektVO)**

- Vergabestelle fordert Eigenerklärung mit Inhalt, dass „keine Person rechtskräftig wegen einer Straftat...nach § 21 Abs.1 SektVO verurteilt ist“ und „...kein Insolvenzverfahren..nach § 21 Abs.4 Nr.1 vorliegt..“
- Bieter zitiert „nur“ wörtlich § 21 Abs.1 S.1. (nicht S.2) und ersetzt Vorgabe bei Insolvenz durch eigene Formulierung
- Vergabestelle: Ausschluss von Teilnahmewettbewerb
- **Entscheidung VK Sachsen: verlangt der Auftraggeber eine formlose Eigenerklärung, muss der Auftragnehmer/Bieter auch die Möglichkeit haben, sinngemäß in eigenen Worten das gleiche zu erklären, was Ziel der Erklärungsabforderung des Auftraggebers ist**
- aber Ausschluss aus anderem Grund gerechtfertigt: geforderte Referenzen wurden für 2007 - obwohl eindeutig gefordert - nicht vorgelegt

## Eignungskriterien

---

- **§ 6 Abs.3 VOL/A, § 7 Abs.1 VOL/A EG**  
Eignung nur bei entsprechender bei Fachkunde, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit
  
- **OLG Brandenburg, 14.09.2010, Verg W 8/10**
  - Auftraggeber hat Beurteilungsspielraum bei Eignungsprüfung
  - schlechte Erfahrungen aus vorherigen Ausschreibungen können Ausschluss des Bieters rechtfertigen
  - gerichtliche Bestätigung des vertragswidrigen Verhaltens nicht erforderlich
  - ausreichende Anhaltspunkte, dass sich der Unternehmer nicht vertragskonform verhalten hat, genügen
  
- **OLG Düsseldorf, 09.06.2010, VII Verg 14/10**
  - Darstellung des Selbstreinigungsprozess obliegt Auftragnehmer/Bieter
  - Bieter muss darlegen und konkret unter Beweis stellen, dass zukünftig vergleichbares Fehlverhalten ausgeschlossen ist
  - ggf. umfangreiche Maßnahmen (Kündigung von Mitarbeitern, Umstrukturierung etc.) notwendig, um Ausschluss zu vermeiden

## Nachschieben von Eignungskriterien ?

---

### ➤ Grundsätzlich

- Anforderungen an die Eignung müssen bereits mit der Aufforderung zur Angebotsabgabe genannt werden
- Nachschieben von Eignungskriterien nicht zulässig

### ➤ OLG Düsseldorf, 16.05.2011, Verg 44/11

- Mit nachträglicher „Berichtigungsbekanntmachung“ Mindestanforderungen an Referenzen (eines Bauleiters) nachgeschoben
- OLG Düsseldorf: zulässig
- Eine Bekanntmachung ist so auszulegen, dass Verweise nicht ins Leere laufen.
- Auslegung der ursprünglichen Bekanntmachung ergab „hinreichend klar“, was die Vergabestelle an Referenzen gefordert hat, auch wenn nicht ausdrücklich in ursprünglicher Bekanntmachung genannt
- Entscheidung für den Bereich der VOB/A – Geltung für § 9 Abs.4 VOL/A EG?

# Produktvorgabe

## Grundsatz der produktneutralen Ausschreibung

---

➤ **§ 8 Abs.7 VOL/A EG, § 7 Nr.4 VOL/A**

➤ **Grundsatz**

Produkt- und Markenneutralität (keine Nennung von Markennamen, Produkten und Typen), auch nicht durch Umschreibung/Gewichtung mittelbare Vorgabe

➤ **Ausnahme**

- spezifische Ausschreibung (produktscharf) nur zulässig, wenn dies durch den Auftragsgegenstand gerechtfertigt oder ohne Bezeichnung nicht hinreichend verständlich und genau beschreibbar
- aber immer mit Zusatz: „oder gleichwertig“ (Ausnahme: national § 7 Nr.4 VOL/A)

➤ **Benchmarkverfahren/Standards bei ITK Beschaffung**

- Notebooks, DesktopPCs, x86-Server: [www.itk-beschaffung.de](http://www.itk-beschaffung.de)
- Standards für Software im Rahmen von SAGA V für E-Government-Anwendungen des Bundes geplant

## Rechtsprechung zu Produktvorgaben seit 2010

---

- **OLG Düsseldorf, 17.02.2010, Verg 42/09, 03.03.2010, Verg 46/09:**  
Ausschreibung für Messsysteme mit bestimmter Funktechnologie ist zulässig (begrenzter Kreis von Anbietern)/ Ausschreibung für Lysimeter (Messgeräte für Temperatur/Niederschlag): Forderung baugleicher Geräte (während Untersuchung eingesetzt) gerechtfertigt - faktisch nur ein Anbieter.
- **VK Bund, 10.05.2010, VK 3-42/10:**  
Ausschreibung für Bühnentechnik, Einbau Synchronmotoren, zur Steuerung Lieferung von Funkpulten incl. Fernbedienung mit bestimmten Höchstgewicht ist gerechtfertigt - nur bestimmter Bieterkreis.
- **VK Lüneburg, 27.08.2010, VgK-38/2010**  
Auftraggeber darf zu verwendende Geräte vorschreiben (Kranwagen)
- **Argumentation OLG Düsseldorf/VK Bund/VK Lüneburg:**
  - Bestimmung über Beschaffungsgegenstand obliegt ausschließlich Auftraggeber (freie Entscheidung über das „Was“)
  - wenn produktspezifische Beschaffungsentscheidung (über das „Wie“) sach- und auftragsbezogene Kriterien erfüllt oder Wahl einer bestimmten Technologie: damit verbundene Wettbewerbsbeschränkung sind hinzunehmen (ob andere denkbare Leistung Zweck besser oder genauso erfüllt, obliegt nicht Bieter)

## Rechtsprechung zu Produktvorgaben seit 2010

---

- **aber: OLG Karlsruhe, 21.07.2010, 15 Verg 6/10:**  
Ausschreibung technische Ausstattung für Krankenhaus (Patientenüberwachungsanlagen mit Monitoren), spezifische technische Anforderung von nur einem Bieter zu erfüllen:  
Ausschreibung als Verhandlungsverfahren, § 3a Nr. 2 c) VOL/A 2006 (jetzt § 3 Abs.4 c) VOL/A EG 2009) ist nicht gerechtfertigt.
  
- **Argumentation OLG Karlsruhe:**
  - bei Festlegung des Beschaffungsziels hat die Vergabestelle zu dokumentieren, warum die Produkte der anderen Bieter die Anforderungen nicht erfüllen.
  - nur dann zulässig, wenn Monopolist am Markt und andere Unternehmen nicht in der Lage sind, gewünschte Leistung bis zum Zuschlagstermin anzubieten (unabhängig von angebotener Serienproduktpalette).
  - Konsequenz: Vergabestelle muss Nachweis führen, ab europaweit andere Hersteller die erforderlichen Produkte entwickeln können - nahezu unmöglich.
  - zwar Entscheidung über unzulässige Wahl des Verfahrens, aber Auswirkung auf Argumentation zur produktneutralen Ausschreibung

# Nebenangebote

## Wertung von Nebenangeboten

---

### ➤ § 8 Abs.4 VOL/A / § 9 Abs.5 VOL/A EG

Nebenangebote nur noch dann möglich und zulässig, wenn vom Auftraggeber in Bekanntmachung oder Vergabeunterlagen zugelassen

### ➤ **OLG Düsseldorf, 07.01.2010, Verg 61/09/ VK Lüneburg, 25.02.2011, VgK-70/2010**

- Zulassung und Wertung von Nebenangeboten scheidet aus, wenn allein der günstigste Preis das Wertungskriterium ist.
- Argumentation: Wortlaut des Art. 24 Abs.1 RL 2004/18/EG/ Art.36 Abs.1 RL 2004/17/EG legen fest, dass Nebenangebote nur zu berücksichtigen sind, wenn nach dem Kriterium des „wirtschaftlich günstigsten Angebots“ vergeben wird.

### ➤ **OLG Koblenz, 27.07.2010, 1 Verg 6/10:**

- Nebenangebot gewertet, obwohl Preis einziges Zuschlagskriterium.

## Wertung von Nebenangeboten

---

- **OLG Brandenburg, 07.12.2010, Verg W 16/10/  
OLG Koblenz, 02.02.2011, 1 Verg 1/11Celle**
  - offengelassen, Vorlage an BGH / EuGH?
  
- **OLG Schleswig, 15.04.2011, 1 Verg 10/10**
  - zugelassene Nebenangebote sind zu werten, wenn der Preis das alleinige Zuschlagskriterium ist
  - Beschränkung aus Richtlinie 2004/18/EG nicht zu entnehmen, „wirtschaftlich günstigstes Angebot“ und „niedrigster Preis“ nicht in konträrem Verhältnis
  - klare Abgrenzung zu Rechtsprechung des OLG Düsseldorf, aber keine „Divergenzvorlage“, an BGH, da andere Rechtsauffassung bisher nur in Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes

## Haupt- oder Nebenangebot ?

---

- **OLG Düsseldorf, 09.03.2011, Verg 52/2010**
  - Nebenangebot liegt vor, wenn ein von der Leistungsbeschreibung abweichender Bieter vorschlag angeboten wird
  - Hauptangebot liegt vor, wenn Bieter erkennbar gleichwertiges Produkt anbietet – d.h. im Angebot darlegt, dass es mit vorgegebenem Leitfabrikat gleichwertig ist, aber im Rahmen der Leistungsbeschreibung bleibt (vorliegend Klinker mit anderem Leitfabrikat)
  - Ausschluss für diesen Fall als nicht zugelassenes Nebenangebot nicht zulässig
  - Abgabe mehrerer Hauptangebote eines Bieters, die sich in technischer Hinsicht unterscheiden, zulässig (z.B. wenn Unsicherheit, ob „gleichwertig“)
  - Ausnahme: in Ausschreibung ausdrücklich festgelegt, dass nur ein Hauptangebot zugelassen wird

# Nachforderung fehlender Nachweise

## Zwingende Regelung in der VOL/A ?

---

### ➤ § 16 Abs. 2 VOL/A / § 19 Abs. 2 VOL/A EG

nicht vorgelegte Erklärungen und Nachweise **können** bis zum Ablauf einer vom Auftraggeber zu bestimmenden Nachfrist vom Auftragnehmer nachgefordert werden (aber in : VOB/A „sind“)

**Ausnahme:** Preisangaben, es sei denn, unwesentliche Einzelpositionen

### ➤ VK Nordbayern, 22.09.2010, 21.VK-3194-34/10 (VOB/A)

- geforderte Nachweise oder Erklärungen können nach der neuen Regelung in § 16 Abs.1 Nr.3 VOB/A 2009 auch noch nach Angebotsabgabe vom Bieter vorgelegt werden
- Ausschluss des Bieters wegen fehlender Unterlagen ist bei der VOB/A nicht (mehr) gerechtfertigt

### ➤ VK Bund, VK Bund, 02.02.2011, 1 VK 3 – 168/10 (VOL/A)

- Kopie einer NU-Erklärung unterscheidet sich vom Original – Ausschluss
- § 19 Abs.2 VOL/A EG enthält keine Verpflichtung, sondern Option (Ermessen der Vergabestelle)

## Zwingende Regelung in der VOL/A ?

---

- **VK Nordbayern, 03.02.2011, 21.VK-3194-50/10 (VOL/A)**
  - unvollständiges Angebot ist nach wie vor auszuschließen (hier Fehlen wesentlicher Preisangaben)
  - Beschluss der VK Nordbayern nennt lediglich „Möglichkeit“ der Nachforderung nach VOL/A
  
- **VK Sachsen-Anhalt, 10.05.2011, 1 VK LSA 4/11 (VOL/A)**
  - In Bewerbungsbedingungen wurde festgelegt, dass Angebote vollständig vorliegen müssen
  - Vergabestelle: trotzdem Referenzen nachgefordert, da kein Angebot vollständig
  - VK Sachsen-Anhalt: unzulässig, Auftraggeber in Vergabeunterlagen sein Ermessen festgelegt, dass er keine Unterlagen nachfordern wird und von der Option nach § 19 Abs.2 VOL/A EG keinen Gebrauch macht
  - Konsequenz: Aufhebung des Verfahrens, wenn kein Angebot den Anforderungen entspricht?!
  - nicht rechtskräftig, Entscheidung des OLG bleibt abzuwarten!

# Dokumentation

## Vieraugenprinzip

---

➤ **§ 14 Abs.2, § 20 VOL/A / § 17 Abs.2, § 24 VOL/A EG**

„Vieraugenprinzip“ – gemeinsame Öffnung der Angebote mit mindestens 2 Vertretern des Auftraggebers, unmittelbare Dokumentation der gemeinsamen Durchführung

➤ **VK Sachsen, 17.12.2010, 1/SVK/045/10**

➤ Konkrete Vorgaben zur Ausgestaltung des Vieraugenprinzips:

- Unmittelbar nach Öffnung der Angebote Festhalten von

a) Name und Anschrift der Bieter

b) die Endbeträge der Angebote und andere den Preis betreffende Angaben

c) Anzahl der eingereichten Nebenangebote

- nochmalige gegenseitiger Kontrolle der eingegebenen Daten

- zeitgleiche Unterzeichnung durch beide Vertreter

## fortlaufende Dokumentation

---

- **VK Lüneburg, 05.11.2010, VgK-54/2010**
  - Dokumentation hat parallel zum Verfahren zu erfolgen.
  - Fehlerhafte Dokumentation stellt Verstoß gegen das Transparenzgebot dar
  - Umfang: Verfahrensablauf und inhaltliche Entscheidungsprozesse und -ergebnisse
  
- **OLG Celle, 11.02.2010, 13 Verg 16/09**
  - Nachträgliche Heilung von Dokumentationsmängeln ist nicht möglich – der Vergabevermerk ist zeitnah zu erstellen
  - Nunmehr ausdrücklich geregelt: „Das Vergabeverfahren ist von Anbeginn fortlaufend zu dokumentieren“

# Vielen Dank für Ihr Interesse!

---

## **Monika Prell**

Rechtsanwältin

Bitkom Consult - Vergaberecht

Tel. 030.27576-159

Fax 030.27576-51-159

[m.prell@bitkom-service.de](mailto:m.prell@bitkom-service.de)



Mehr Informationen unter [www.bitkom-consult.de](http://www.bitkom-consult.de)