

Vergaberecht

Juni 2017

BGH: Wertung nach Schulnoten ist zulässig!

Der BGH (Beschluss vom 04.04.2017 – X ZB 3/17) hatte sich im Rahmen eines Vorlagebeschlusses des OLG Dresden (Beschluss vom 02.02.2017 – Verg 7/16) mit der Frage auseinanderzusetzen, welche Anforderungen öffentliche Auftraggeber hinsichtlich der Transparenz der Zuschlagskriterien, insbesondere bei der Bewertung qualitativer Aspekte nach Schulnoten, beachten müssen. Streitpunkt war die zur Auffassung des OLG Dresden gegenläufige Rechtsprechung des OLG Düsseldorf (Beschluss vom 02.11.2016 – Verg 25/16, Beschluss vom 15.06.2016 – Verg 49/15, Beschluss vom 01.06.2016 – Verg 6/16). Nachdem das OLG Düsseldorf zwischenzeitlich bereits zum „alten“ Vergaberecht von seiner Rechtsauffassung abgerückt ist (Beschluss vom 08.03.2017 – VII Verg 39/16), nutzte der BGH die Gelegenheit, auch für das am 18. April 2016 in Kraft getretene Vergaberecht einen (vorläufigen?) Schlusstrich unter das Kapitel „Schulnotenrechtsprechung“ zu ziehen. Die Entscheidung ist darüber hinaus lesenswert, da sie weitere wertvolle Hinweise zum Themenkomplex „Angebotswertung“ enthält.

Transparenz der Zuschlagskriterien

Die qualitativen Zuschlagskriterien sind bereits dann hinreichend transparent, wenn für die Bieter erkennbar ist, welche Erwartungen der Auftraggeber an die Inhalte der einzureichenden Unterlagen (Konzepte etc.) stellt. Die im vorliegenden Vergabeverfahren gewählte Methode, die Konzepte mittels eines (modifizierten) Schulnotensystems mit 0 bis 5 Punkten zu bewerten, ist zulässig und bedarf keiner weiteren Erläuterungen durch den Auftraggeber. Es ist insbesondere nicht erforderlich, dass der Auftraggeber die Noten vorab mit einem bestimmten Erwartungshorizont unterlegt. Die konkrete inhaltliche Ausfüllung der einzelnen Noten darf er somit auf die Bieter übertragen, die ihrerseits Lösungswege und -möglichkeiten aufzeigen müssen.

Da es im entschiedenen Fall um weitgehend standardisierte (Dienst-) Leistungen ging, ließ der BGH es allerdings offen, wie bei Vorliegen außergewöhnlicher Umstände, z. B. wenn die Komplexität des Auftragsgegenstands besonders vielschichtige Wertungskriterien fordert, zu entscheiden wäre, ob etwa in einem solchen Fall der Auftraggeber bei Verwendung eines Benotungssystems auch seine Vorstellungen oder Präferenzen zum Zielerreichungsgrad im Einzelnen erläutern müsste.

Der BGH nutzte zudem die Gelegenheit, auch zur sachgerechten Bewertung des Preises als Zuschlagskriterium Stellung zu beziehen. Hierzu stellte er zunächst fest, dass der Preis zwingend (und angemessen) bei der Wertung zu berücksichtigen sei. Ausnahmen sind dann denkbar, wenn es verbindliche gesetzliche Gebühren- und Honorarordnungen gibt, die kein Abweichen zulassen (§ 127 Abs. 2 GWB). Der BGH billigt den Auftraggebern zudem einen

großen Spielraum bei der Wahl der Methode zur Umrechnung von Preisen in Punkte zu. Die gewählte Methode muss lediglich mit dem Wettbewerbsgrundsatz vereinbar sein. Diese Anforderung erfüllt auch die marktübliche Methode der einfachen linearen Umrechnung. Auch hier dürfte strengerer Tendenzen einzelner Vergabekammern (z. B. Vergabekammer Südbayern, Beschluss vom 30.08.2016 – Z3-3-3194-1-28-07/16) der Boden entzogen sein.

Praxishinweise

Die Entscheidung dürfte vielerorts für Erleichterung sorgen, da die Schulnotenrechtsprechung von vielen Auftraggebern als überzogen und wenig praxisingerecht eingestuft wurde. Gleichwohl empfiehlt es sich weiterhin nicht, auf jegliche Erläuterungen der qualitativen Zuschlagskriterien (z. B. durch Unterkriterien) zu verzichten. Dies dient sowohl dem Grundsatz der Transparenz sowie insbesondere der Qualitätsverbesserung der Angebote. Auftraggeber sind daher gut beraten, freiwillig auch bei künftigen Vergabeverfahren die unter Geltung der Schulnotenrechtsprechung entwickelten Maßstäbe für die Vorgabe qualitativer Zuschlagskriterien heranzuziehen. Zu beachten bleibt, dass es der BGH ausdrücklich offen gelassen hat, wie ein Benotungssystem ohne Erläuterungen in Fällen wie der Vergabe komplexer Leistungen zu beurteilen sein könnte.



Sascha Opheys,
Rechtsanwalt,
BEITEN BURKHARDT
Rechtsanwaltsgesellschaft mbH,
Düsseldorf
E-Mail: Sascha.Opheys@bblaw.com

Unzulässigkeit nachträglicher Ergänzungen beim Verzicht auf Nachforderung von Unterlagen

Durch die Umsetzung der Richtlinie 2014/24/EU wurde die Nachforderung von Unterlagen in § 56 Abs. 2 bis 5 Vergabeverordnung (VgV) neu geregelt. Mit der Vorschrift wird Artikel 56 Abs. 3 der Richtlinie 2014/24/EU realisiert. Der mit der Novelle der VgV vom 12. April 2016 neu geschaffene § 56 Abs. 2 S. 2 VgV ermöglicht es dem Auftraggeber, bereits in der Auftragsbekanntmachung mitzuteilen, dass er von der Nachforderungsmöglichkeit keinen Gebrauch machen will.

Dazu hat das OLG Koblenz in seinem Beschluss vom 4. Januar 2017 – Verg 7/16 die Rechtsfolgen präzisiert. Sofern der Auftraggeber

jedwede Nachforderung gemäß § 56 Abs. 2 S. 2 VgV ausgeschlossen habe, müsse er der Eignungsprüfung die von den Bietern mit dem Angebot vorgelegten Erklärungen und sonstigen Nachweise so – und nur so – zugrunde legen, wie sie eingereicht wurden. Nachträgliche Ergänzungen seien dann unbeachtlich und könnten allenfalls dann als Auslegungshilfe Berücksichtigung finden, wenn sie an den Inhalt der vorgelegten Unterlagen anknüpfen.

Zum Hintergrund der Entscheidung

Eine als Vergabestelle auftretende Technische Universität (TU) hatte die beabsichtigte Vergabe des Auftrags „Patent- und Urheberrechtsberatung“ im offenen Verfahren EU-weit bekannt gemacht. Ziel des Auftrags war die Unterstützung von Hochschulen und anderen Forschungseinrichtungen bei der Identifizierung der schutzrechtlichen Sicherung und der Vermarktung von wirtschaftlich nutzbaren Forschungsergebnissen. Als Eignungsnachweise verlangte die TU fünf vergleichbare Referenzen aus mindestens drei näher bezeichneten Fachgebieten. Außerdem mussten die angegebenen Referenzen hinsichtlich der Zusammenarbeit mit Hochschulen oder sonstigen wissenschaftlichen Einrichtungen, wie beispielsweise Helmholtz-, Fraunhofer-, Max-Planck-Institut etc., vergleichbar sein. Die Auftraggeber der Referenzen sollten im Angebot benannt werden. Eine Nachforderung von Unterlagen hatte der Auftraggeber gemäß § 56 Abs. 2 S. 2 VgV ausgeschlossen.

Einer der Bieter, die Antragstellerin im gerichtlichen Verfahren, gab insgesamt zehn Referenzen an. Die Vergabestelle schloss das Angebot der Antragstellerin wegen fehlender Eignung aus, weil sie die geforderte Erfahrung nicht nachgewiesen habe. Denn für drei der angegebenen Referenzen habe nicht die Antragstellerin, sondern eine Dritte die Referenzleistung erbracht. Die restlichen sieben Referenzen seien nicht vergleichbar hinsichtlich der Zusammenarbeit mit Hochschulen oder sonstigen wissenschaftlichen Einrichtungen, da die als Referenzbeauftragter benannten GmbHs weder Hochschulen noch Forschungseinrichtungen seien, sondern Beratungsunternehmen, die selbst die ausgedescribten Leistungen anböten. Die Antragstellerin habe folglich abweichend von den Eignungskriterien Referenzleistungen genannt, die sie nicht im Auftrag von Hochschulen oder ähnlichen Einrichtungen, sondern im Auftrag von Beratungsunternehmen erbracht habe.

Die Vergabekammer wies den Nachprüfungsantrag zurück. Daraufhin legte die Antragstellerin sofortige Beschwerde beim OLG Koblenz mit dem Antrag ein, die aufschiebende Wirkung der sofortigen Beschwerde zu verlängern. Vor dem OLG trug sie vor, die Referenzbeauftragter seien in Wahrheit universitätsinterne Einrichtungen und hätten nur als Korrespondenzadresse gedient. Tatsächlich habe die Antragstellerin bei allen Projekten direkt mit der Universität bzw. den wissenschaftlichen Mitarbeitern korrespondiert. Diesen Vortrag stufte das OLG Koblenz als unzulässige nachträgliche Ergänzung des Angebots ein und lehnte den Antrag auf Verlängerung der aufschiebenden Wirkung ab. Für die Behauptung der Antragstellerin, die Referenzbeauftragter hätten nur als Korrespondenzadresse gedient, gebe es in den Angebotsunterlagen nämlich „nicht den geringsten Anhaltspunkt“. Es handele sich daher um eine unzulässige nachträgliche Ergänzung des Angebots.

Der Entscheidung des OLG Koblenz ist zuzustimmen. Wenn der Auf-

traggeber im Vorfeld verlautbart, keine Unterlagen nachzufordern, tut er dies, um das Vergabeverfahren zu beschleunigen und möglichst rechtssicher zu gestalten. Dem würde es entgegenstehen, wenn der Auftraggeber verpflichtet wäre, nachträglich vorgebrachte neue Tatsachen mit der Folge zu berücksichtigen, seine bereits durchgeführte Eignungsprüfung unter Einbeziehung dieser Tatsachen zu wiederholen. Sinn und Zweck des § 56 Abs. 2 Satz 2 VgV, das Vergabeverfahren zu vereinfachen und zu beschleunigen, würden damit infrage gestellt.



Patrick Sahn,
Rechtsanwalt,
BEITEN BURKHARDT
Rechtsanwalts-gesellschaft mbH,
Frankfurt am Main
E-Mail: Patrick.Sahn@bblaw.com

Hinweise

Diese Veröffentlichung stellt keine Rechtsberatung dar.

Wenn Sie diesen Newsletter nicht mehr erhalten möchten, können Sie jederzeit per E-Mail (bitte E-Mail mit Betreff „Abbestellen“ an Stephan.Rechten@bblaw.com) oder sonst gegenüber BEITEN BURKHARDT widersprechen.

© BEITEN BURKHARDT Rechtsanwaltsgesellschaft mbH.
Alle Rechte vorbehalten 2017.

Impressum

BEITEN BURKHARDT Rechtsanwaltsgesellschaft mbH
(Herausgeber)
Ganghoferstraße 33, D-80339 München
AG München HR B 155350/USt.-Idnr: DE-811218811

Weitere Informationen (Impressumsangaben) unter:
<http://www.beiten-burkhardt.com/de/hinweise/impressum>

Redaktion (verantwortlich)

Stephan Rechten,
Rechtsanwalt

Ihre Ansprechpartner

Berlin • Kurfürstenstraße 72-74 • 10787 Berlin
Tel.: +49 30 26471-219
Frank Obermann • Frank.Obermann@bblaw.com
Stephan Rechten • Stephan.Rechten@bblaw.com

Düsseldorf • Cecilienallee 7 • 40474 Düsseldorf
Tel.: +49 211 518989-0
Sascha Opheys • Sascha.Opheys@bblaw.com

Frankfurt am Main • Mainzer Landstraße 36
60325 Frankfurt am Main • Tel.: +49 756095-195
Dr. Hans von Gehlen • Hans.VonGehlen@bblaw.com

München • Ganghoferstraße 33 • 80339 München
Tel.: +49 89 35065-1452
Michael Brückner • Michael.Brueckner@bblaw.com
Hans Georg Neumeier • HansGeorg.Neumeier@bblaw.com



Weitere interessante Themen und
Informationen zum Vergaberecht
finden Sie in unserem Onlinebereich.



BEIJING • BERLIN • BRÜSSEL • DÜSSELDORF • FRANKFURT AM MAIN
MOSKAU • MÜNCHEN • ST. PETERSBURG

WWW.BEITENBURKHARDT.COM