

Vergaberecht

Mai 2017

Zulässigkeit eines reinen Schulnotenbewertungssystems?

Nach dem alten Vergaberecht – Vergaberichtlinie 2004/18/EG und § 19 Abs. 8 VOL/A-EG i.d.F. vom 20. November 2009 – erfolgte die Bewertung des wirtschaftlichsten Angebots durch die Auftraggeber entsprechend der bekannt gegebenen Gewichtung vollständig und ausschließlich anhand der Kriterien, die in der Bekanntmachung oder den Vergabeunterlagen genannt sind.

Auf diese Regelungen stützt sich die sog. Schulnoten-Rechtsprechung des OLG Düsseldorf. Danach sind Wertungssysteme unzulässig, die es dem Bieter nicht ermöglichen, im Vorhinein zu bestimmen, welchen Erfüllungsgrad sein Angebot auf der Grundlage des aufgestellten Kriterienkatalogs oder konkreter Kriterien aufweisen muss, um mit den in einem Bewertungsschema festgelegten Punktwerten bewertet zu werden (Beschluss vom 02.11.2016 – VII-Verg 25/16 – BfA Bayreuth-Hof; Beschluss vom 01.06.2016 – VII-Verg 6/16; Beschluss vom 29.04.2015 – VII Verg 35/14 – InEK; Beschluss vom 21.10.2015 – VII Verg 28/14 – BSI; Beschluss vom 16.12.2015 - VII-Verg 25/15 – Interner Service I). Das OLG hat insofern gefordert, dass die Anwendung eines Bewertungsmaßstabs nicht einem ungebundenen, völlig freien Ermessen des Auftraggebers überantwortet werden dürfe, weil dies objektiv willkürliche Bewertungen gestatten und Manipulationen ermöglichen würde. Es hat infolgedessen bei funktionalen Ausschreibungen sog. reine Schulnotensysteme aufgrund völliger Unbestimmtheit und Intransparenz der Bewertungsmaßstäbe als vergaberechtswidrig bewertet. Nur dann, wenn diese Systeme eine Aufgliederung erfahren, durch die Anhaltspunkte gegeben werden, an denen Bieter den geforderten Erfüllungsgrad sowie das, worauf es dem Auftraggeber ankommt, erkennen können, ist der Bewertungsmaßstab als hinreichend aussagekräftig und bestimmt angesehen worden (Beschluss vom 02.11.2016 – VII Verg 25/16 – BfA Bayreuth Hof).

Mit Beschluss vom 8. März 2017 – Verg 39/16 – hat das OLG Düsseldorf diese Auffassung nun in einem Fall aufgegeben, der ebenfalls noch nach dem eingangs genannten alten Vergaberecht zu entscheiden war.

Zum Hintergrund der Entscheidung

Die Vergabestelle schrieb am 4. November 2015 den beabsichtigten Abschluss eines Rahmenvertrages „Gerätekraftwagen für das THW“ im offenen Verfahren europaweit aus. Den Zuschlag sollte das Angebot mit der höchsten Kennzahl Z nach der einfachen Richtwertmethode erhalten, die aus dem Quotienten L (Nutzwert) und P (Kosten) gebildet werden sollte. Zur Bestimmung des Nutzwertes hatte die Antragsgegnerin sieben Anforderungsblöcke vorgesehen und mit unterschiedlichen Prozentanteilen gewichtet. Es sollten Bewertungspunkte von 1 bis 5 vergeben werden. Folgende Punktevergabe war vorgesehen:

1 = nicht akzeptabel (Abweichungen, aufgrund derer der Verwendungszweck nicht mehr erfüllt werden kann);

2 = erhebliche Beanstandungen (Abweichungen, die den Verwendungszweck stark beeinflussen);

3 = noch akzeptabel (Abweichungen, die den Verwendungszweck nicht maßgeblich beeinflussen);

4 = leichte Mängel (Abweichungen, die den Verwendungszweck nicht beeinflussen) und

5 = ohne Mängel.

Die in den Anforderungsblöcken vergebenen Punkte sollten nach den für die jeweiligen Blöcke vorgesehenen Prozentanteilen gewichtet werden. 5 Punkte im ersten Anforderungsblock ergaben bei einer Gewichtung mit 25 Prozent beispielsweise einen anteiligen Nutzwert von 1,25.

Ein Bieter beantragte die Durchführung des Nachprüfungsverfahrens u. a. mit der Begründung, das Wertungssystem sei intransparent. Die angerufene VK Bund (Beschluss vom 31.08.2016 – VK 2-79/16) schloss sich dem an und gab dem Nachprüfungsantrag statt.

Die hiergegen gerichtete sofortige Beschwerde hatte Erfolg. Das OLG Düsseldorf (Beschluss vom 08.03.2017 – Verg 39/16) entschied, dass das von der Vergabestelle im Rahmen der Qualitätsprüfung verwendete Wertungssystem, das sich an einem (verkürzten) Notensystem orientiere, im Ergebnis keinen vergaberechtlichen Bedenken begegne. Daraus, dass zuletzt der EuGH (Urteil vom 14.07.2016 – C-6/15 – Dimarso) eine Bekanntgabe der Bewertungsmethode nicht verlangt habe, ergebe sich, dass es dem Bieter auch nach dem auf der „alten“ Richtlinie 2004/18/EG beruhenden nationalen Recht nicht im Vorhinein möglich sein muss, zu erkennen, welchen bestimmten Erfüllungsgrad sein Angebot auf der Grundlage der Zuschlagskriterien erreichen muss, um mit einer bestimmten Notenstufe oder Punktzahl eines Notensystems bewertet zu werden. Eine solche vorherige Bestimmungsmöglichkeit für den Bieter würde eine europarechtlich und damit auch nach § 97 Abs. 1 GWB a.F. nicht geforderte Bekanntgabe der Bewertungsmethode voraussetzen. Soweit seine bisherigen Entscheidungen (s. o. Schulnotenrechtsprechung) im Sinne der Forderung einer solchen Bestimmungsmöglichkeit ex ante zu verstehen gewesen sein sollten, halte es hieran nicht mehr fest.

Bewertung und Ausblick

Diese Entscheidung des OLG Düsseldorf ist vor dem Hintergrund der Entscheidung des EuGH (Urteil vom 14.07.2016 – C-6/15 – Dimarso) sicherlich folgerichtig. Die für die Praxis wichtige Frage, ob die Urteilsgründe auch für die „neue“ Richtlinie 2014/24/EU und das hierauf beruhende, seit dem 18. April 2016 in Kraft getretene „neue“ natio-

nale Vergaberecht gelten, ist vom OLG Düsseldorf in der Entscheidung jedoch leider offengelassen worden.

Maßgeblich für die Beantwortung dieser Frage ist, ob die Richtlinie 2014/24/EU und das entsprechend neugefasste GWB zu einer abweichenden Beurteilung führen. Ausgangspunkt ist Art. 67 Abs. 4 der Richtlinie 2014/24/EU, wo es u. a. heißt: „Die Zuschlagskriterien dürfen nicht zur Folge haben, dass dem öffentlichen Auftraggeber uneingeschränkte Wahlfreiheit übertragen wird. Sie müssen die Möglichkeit eines wirksamen Wettbewerbs gewährleisten und mit Spezifikationen einhergehen, die eine wirksame Überprüfung der von den Bietern übermittelten Informationen gestatten, damit bewertet werden kann, wie gut die Angebote die Zuschlagskriterien erfüllen.“ Umgesetzt wurde dies in § 127 Abs. 4 GWB (n.F.): „Die Zuschlagskriterien müssen so festgelegt und bestimmt sein, dass die Möglichkeit eines wirksamen Wettbewerbs gewährleistet wird, der Zuschlag nicht willkürlich erteilt werden kann und eine wirksame Überprüfung möglich ist, ob und inwieweit die Angebote die Zuschlagskriterien erfüllen.“

Danach dürfte es richtig sein, unter dem jetzt geltenden neuen Vergaberecht an der alten Schulnotenrechtsprechung des OLG Düsseldorf (s. o.) festzuhalten. Dafür spricht auch der Erwägungsgrund 90 zur Richtlinie 2014/24/EU, wo es u. a. heißt: „Damit die Einhaltung des Gleichbehandlungsgrundsatzes bei der Vergabe von Aufträgen sichergestellt wird, sollten öffentliche Auftraggeber verpflichtet werden, für die nötige Transparenz zu sorgen, so dass sich jeder Bieter angemessen über die Kriterien und Regelungen, die der Zuschlagsentscheidung zugrunde gelegt werden, unterrichten kann.“ Schließlich heißt es im Erwägungsgrund 93 zur Richtlinie 2014/24/EU: „Die gewählten Zuschlagskriterien sollten dem öffentlichen Auftraggeber keine unbegrenzte Wahlfreiheit einräumen, einen wirksamen und fairen Wettbewerb ermöglichen und mit Regelungen verknüpft werden, die eine wirksame Überprüfung der von den Bietern beigebrachten Informationen erlauben.“

Das neue Vergaberecht unter Einbeziehung der oben zitierten Erwägungsgründe spricht eindeutig dafür, dass Transparenz und fairer Wettbewerb, wie von der Richtlinie 2014/24/EU gefordert, nur dann gewährleistet sind, wenn sichergestellt ist, dass jeder Bieter vorab – mit der Vergabebekanntmachung oder den Vergabeunterlagen – angemessen über die Kriterien und Regelungen, die der Zuschlagsentscheidung zugrunde liegen, unterrichtet wird. Das setzt aber eine allein dem Transparenzgrundsatz entsprechende Kombination des zur Anwendung kommenden Schulnotenbewertungssystems mit vom Auftraggeber gleichfalls vorzuziehenden und bekanntzumachenden Zielerreichungsgraden voraus.



Dr. Hans von Gehlen,
Rechtsanwalt,
BEITEN BURKHARDT
Rechtsanwalts-gesellschaft mbH,
Frankfurt
E-Mail: Hans.vonGehlen@bblaw.com

Vergabe freiberuflicher Leistungen im Unterschwellenbereich

Öffentliche Auftraggeber spüren immer wieder Unsicherheit bei der Frage, ob freiberufliche Leistungen unterhalb der EU-Schwellenwerte öffentlich auszuschreiben sind. Grund hierfür ist eine Regelungslücke. Das Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie (BMWi) hatte freiberufliche Leistungen vom Anwendungsbereich der Vergabe- und Vertragsordnung für Leistungen – Teil A (VOL/A) ausgenommen. Mit der Veröffentlichung der Unterschwellenvergabeordnung (UVgO), die die VOL/A ersetzen wird, existiert nun in § 50 UVgO eine ausdrückliche Regelung zur Vergabe freiberuflicher Leistungen, deren geschätzter Auftragswert den EU-Schwellenwert von derzeit EUR 209.000,00 unterschreitet.

Eine Definition der freiberuflichen Leistungen findet sich in der UVgO allerdings ebenso wenig wie zuvor in der VOL/A. Es wird lediglich – wie schon zu § 1 Abs.1 S. 2 VOL/A – in einer amtlichen Anmerkung zu § 50 UVgO auf § 18 Abs. 1 Nr. 1 Einkommenssteuergesetz (EStG) verwiesen. Zu den freiberuflichen Tätigkeiten zählt danach insbesondere die selbstständige Berufstätigkeit von Architekten und Ingenieuren.

Bisherige Rechtslage

Die VOL/A war gemäß § 1 S. 2 zweiter Spiegelstrich nicht auf die Vergabe freiberuflicher Leistungen anzuwenden – vorbehaltlich anderweitiger Regelungen im Haushaltsrecht. Auf bundesgesetzlicher Ebene ist in § 55 Bundeshaushaltsordnung (BHO) normiert, dass dem Abschluss von Verträgen über Lieferungen und Leistungen eine öffentliche Ausschreibung vorausgehen muss, sofern nicht die Natur des Geschäfts oder besondere Umstände eine Ausnahme rechtfertigen. In Abschnitt III von „Anhang IV Erläuterungen zur VOL/A“ wurde dazu klargestellt, dass ein solcher Ausnahmetatbestand einer Einzelfallprüfung bedarf. Es könne jedoch davon ausgegangen werden, so heißt es dort weiter, dass freiberufliche Leistungen den Ausnahmetatbestand in der Regel erfüllen. Sie könnten daher grundsätzlich freihändig vergeben werden. Dabei kann aus Sicht der Autorinnen in gewissen Fällen ausnahmsweise auch die Verhandlung mit nur einem Bieter in Betracht kommen. Dies beispielsweise dann, wenn Planungsverträge dem zwingenden Preisrecht der HOAI unterliegen sowie nach den HOAI-Mindestsätzen zu vergüten sind und keine – oder zumindest keine wesentlichen – zusätzlichen Leistungen vereinbart wurden. Dem Wettbewerbsgebot entspräche es dabei, die Aufträge ohnehin möglichst zu streuen, so dass der Kreis der geeigneten Bieter ständig gewechselt wird.

Auf landesgesetzlicher Ebene existieren zu § 55 BHO wortgleiche Vorschriften in den Haushaltsordnungen, die öffentliche Ausschreibungen vorsehen (vgl. jeweils § 55 bzw. Art. 55 der jeweiligen LHO). Zusätzlich wurden in den Bundesländern teilweise spezielle Regelungen zur Vergabe von freiberuflichen Leistungen geschaffen; beispielsweise in der Beschaffungsordnung von Hamburg. Die Oberste Baubehörde im Bayerischen Staatsministerium des Innern hat sogar ein eigenes Vergabehandbuch für freiberufliche Leistungen (VHF) entwickelt und deren Anwendung für die bayerische Staatsbauverwaltung als verpflichtend erklärt.

Zukünftige Rechtslage

Maßgebend ist die UVgO, die aber erst in Kraft tritt, sobald der Bund in seinen Allgemeinen Verwaltungsvorschriften zu § 55 der Bundeshaushaltsordnung und die Länder in ihren landesrechtlichen Regelungen einen entsprechenden **Anwendungsbefehl** geben. Der Bund hat die entsprechenden Änderungen der §§ 30 HGrG und 55 BHO im Rahmen des Gesetzes zur Neuregelung des bundesstaatlichen Finanzausgleichssystems bereits auf den Weg gebracht. Diese Änderungen und die Änderungen zur Allgemeinen Verwaltungsvorschrift zu § 55 BHO sollen noch vor der Sommerpause in Kraft treten.

Nach § 50 UVgO sind öffentliche Aufträge über freiberufliche Leistungen grundsätzlich im Wettbewerb zu vergeben. Dabei sei so viel Wettbewerb zu schaffen, wie dies nach der Natur des Geschäfts oder nach den besonderen Umständen möglich ist. Übernommen wurde damit die Regelung in Nummer 2.3 der alten Allgemeinen Verwaltungsvorschriften zu § 55 BHO – ähnliche Bestimmungen finden sich teils auch auf Landesebene.

Daneben regelt § 52 UVgO, dass Planungswettbewerbe, insbesondere auf dem Gebiet des Bauwesens, durchgeführt werden können. Bei Architekten- und Ingenieurleistungen – so die Erläuterungen des BMWi zur UVgO vom 2. Februar 2017 (BANz. AT vom 07.02.2017 B1, ber. BANz. AT 08.02.2017 B1) – dienen Planungswettbewerbe dem Ziel, alternative Vorschläge für Planungen auf der Grundlage veröffentlichter einheitlicher Richtlinien zu erhalten. Sofern sich ein Auftraggeber bei diesen Leistungen für einen Planungswettbewerb entscheidet, muss er daher bei seiner Durchführung die Richtlinien für Planungswettbewerbe (RPW) oder vergleichbare Richtlinien anwenden. Das Verfahren des Planungswettbewerbs ist in der UVgO selbst nicht geregelt, auch nicht durch Verweis auf die einschlägigen Vorschriften für den oberschwelligen Bereich in § 78 ff. VgV. Das schließt aber nicht aus, ggf. die Inhalte dieser Vorschriften entsprechend heranzuziehen. Anzumerken bleibt, dass Planungswettbewerbe nicht den Verfahrensarten im Vergabeverfahren zuzuordnen sind. Es handelt sich dabei vielmehr um Auslobungsverfahren, die vor oder ohne Vergabeverfahren ausgerichtet werden.

Auslegung der Verpflichtung zum Wettbewerb

Für die Praxis wird entscheidend sein, ob durch die Verpflichtung nach § 50 UVgO, „grundsätzlich“ im Wettbewerb zu vergeben, die Wahl der Verhandlungsvergabe mit nur einem Bieter im Regelfall ausgeschlossen ist. In einem frühen Entwurf der UVgO (E-UVgO) waren dazu noch zwei Regelungen enthalten, die aber bereits mit der Entwurfsfassung von Januar 2017 entfallen sind. So hieß es in § 8 Abs. 4 Nr. 4 E-UVgO, dass freiberufliche Leistungen im Wege der Verhandlungsvergabe mit oder ohne Teilnahmewettbewerb vergeben werden können. Zudem erlaubte es § 12 Abs.3 E-UVgO, bei freiberuflichen Leistungen, die nach einer verbindlichen Gebühren- oder Honorarordnung abgerechnet werden, im Rahmen einer Verhandlungsvergabe auch nur ein einziges Unternehmen zur Abgabe eines Angebotes oder zur Teilnahme an Verhandlungen aufzufordern.

Aus der Streichung dieser Regelungen lässt sich indes nur schließen, dass der Gesetzgeber dem öffentlichen Auftraggeber diese Verfahrenserleichterung nicht ungesehen zur Verfügung stellen wollte. So lässt auch der § 50 UVgO mit der Regelung Spielraum, dass auch freihändige Vergaben zwar „grundsätzlich“, aber eben nicht ausschließlich, im Wettbewerb zu erfolgen haben. Danach bleibt es im Ausnahmefall zulässig, auch die Verhandlungsvergabe mit nur einem Bieter zu wählen, wobei Ausnahmen stets eng zu verstehen sind. Voraussetzung dafür ist eine eingehende Begründung, die gemäß § 6 UVgO zu dokumentieren ist, weshalb im betreffenden Ausnahmefall eine wettbewerbliche Vergabe nicht in Betracht gekommen ist.

Danach bleibt abzuwarten, ob und inwieweit sich für freiberufliche Leistungen in der Praxis Spielräume für Verhandlungsvergaben bieten und wie diese Spielräume aufgrund etwaiger Klagen von Bietern, die sich durch die Wahl einer Verhandlungsvergabe benachteiligt fühlen, ggf. gerichtlich eingegrenzt werden. Zwar sieht die UVgO – wie bisher für den unterschweligen Bereich – keinen vergaberechtlichen Primärrechtsschutz vor. Möglich bleiben aber zivilgerichtliche Klärungen im Verfahren auf einstweilige Verfügung (§ 935 ZPO) und bei Klagen auf Schadenersatz.



Elisa Lehmann,
Rechtsanwältin,
BEITEN BURKHARDT
Rechtsanwaltsgesellschaft mbH,
München
E-Mail: Elisa.Lehmann@bblaw.com



Dr. Tanja Johannsen,
Rechtsanwältin,
BEITEN BURKHARDT
Rechtsanwaltsgesellschaft mbH,
München
E-Mail: Tanja.Johannsen@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