

VERGABERECHT

In vier Stufen zum Auftrag

■ Daniel Thomas Laumann

Öffentliche Auftraggeber haben entgeltliche Verträge nach streng formalen Vorgaben des Vergaberechts öffentlich auszuschreiben. Das führt dazu, dass die Bundesagentur für Arbeit ein weites Spektrum sozialer Dienstleistungen, die den maßgeblichen Schwellenwert für die Anwendung des sogenannten Kartellvergaberechts überschreiten, europaweit ausschreiben muss. Die einzelnen Ausschreibungen der Bundesagentur für Arbeit folgen – unabhängig von der geforderten Dienstleistung – ähnlichen Strukturen: Die eingehenden Angebote unterliegen einer vierstufigen Prüfung.

Die Prüfung und Wertung von Angeboten im Vergabeverfahren richtet sich nach §§ 23, 25 VOL/A (vgl. Kasten Seite 12):

- § 23 VOL/A befasst sich mit der (formalen) Prüfung des Angebots des einzelnen Bieters.
- § 25 VOL/A enthält Vorgaben zur vergleichenden Wertung der Angebote.

§ 25 Nr. 1 Abs. 1 VOL/A enthält einen Katalog von Gründen, die zum Ausschluss des betreffenden Angebots zwingen. § 25 Nr. 1 Abs. 2 VOL/A führt Ausschlussgründe auf, die — zumindest dem Wortlaut nach — dem Auftraggeber ein Ermessen belassen, ob ein Ausschluss vorgenommen werden soll oder nicht. Die Prüfung dieser formalen Ausschlussgründe erfolgt auf der ersten Wertungsstufe. An die Prüfung der Ausschlussgründe nach § 25 Nr. 1 VOL/A schließt sich die Prüfung der vergaberechtlichen Eignung (Fachkunde, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit) des Bieters an. Erfüllt ein Angebot die von der Bundesagentur für Arbeit aufgestellten Eignungsanforderungen nicht

oder fehlen angeforderte Eignungsnachweise, zwingt dies grundsätzlich zum Ausschluss des betreffenden Angebots. Angebote, die auf den ersten beiden Wertungsstufen nicht ausgeschlossen worden sind, sind sodann gegebenenfalls darauf hin zu überprüfen, ob der angebotene Leistungspreis angemessen ist. Sofern im Zuge dieser dritten Wertungsstufe ein Ausschlussgrund nicht festgestellt werden kann, ist die Wertung im engeren Sinne vorzunehmen (sogenannte Wirtschaftlichkeitsprüfung).

1. Wertungsstufe: Formale Prüfung der Angebote

Nach §§ 25 Nr. 1 Abs. 1 lit.a), 21 Nr. 1 Abs. 1 S. 1 VOL/A sind Angebote zwingend auszuschließen, für deren Wertung wesentliche Preisangaben fehlen. Hinsichtlich dieser Vorgabe bestehen bei Ausschreibungen der Bundesagentur für Arbeit keine besonderen Probleme, da die Preisblätter in der Regel nur drei oder sechs Felder vorsehen, die alle auszufüllen sind. Soweit vom Bieter an seinen Eintragungen in den Vordrucken Änderungen vorgenommen werden, müssen diese zweifelsfrei sein. So kann beispielsweise die Verwendung von Korrekturflüssigkeit (»Tipp-Ex«) zu Problemen führen. Änderungen an den Eintragungen sollten vor dem Hintergrund eines zwingenden Ausschlusses im Falle von Zweifeln grundsätzlich vermieden werden.

Auf der ersten Stufe werden auch solche Angebote ausgeschlossen, die Änderungen an den Verdingungsunterlagen enthalten. Die Bieter können der Bundesagentur für Arbeit durch eine Abänderung der Vorgaben in den Vergabeunterlagen kein inhaltlich gegenüber den Vergabeunterlagen abgeändertes Angebot aufdrängen. Dabei ist hervorzuheben, dass



Dr. Daniel Thomas Laumann studierte Rechtswissenschaften in Münster und Lausanne. Von

2002 bis 2005 war er wissenschaftlicher Mitarbeiter am Institut für Internationales Wirtschaftsrecht der Universität Münster. Dort promovierte er mit einer Arbeit aus dem Europäischen Privatrecht. Seit Januar 2006 ist er als Rechtsanwalt bei Baumeister Rechtsanwälte in Münster. Schwerpunkte der Tätigkeit sind Handels- und Gesellschaftsrecht, Vertragsrecht, Vergaberecht sowie Wettbewerbs- und Kartellrecht.

Internet <http://www.baumeister.org>

eine solche unzulässige Änderung der Verdingungsunterlagen regelmäßig auch in der Bezugnahme auf eigenen Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) liegt. Gerade bei gewerblichen Unternehmen, die AGB verwenden, ist deshalb darauf zu achten, dass die eigenen AGB nicht zum Angebotsinhalt gemacht werden.

Zwingend zu beachten sind auch die zeitlichen Vorgaben der Ausschreibung, insbesondere die Frist für die Abgabe der Angebote (sogenannte Angebotsfrist). Für den rechtzeitigen Zugang der Unterlagen hat allein der Bieter Sorge zu tragen. Auch ein nur eine Minute nach Ablauf der Frist eingegangenes Angebot ist zwingend auszuschließen, es sei denn, der Bieter kann nachweisen, dass der verspätete Eingang durch Umstände verursacht worden ist, die von ihm nicht zu vertreten sind.

Bieter dürfen darüber hinaus untereinander keine wettbewerbsbeschränkenden Absprachen treffen oder sich sonst unlauter verhalten. Der vom Vergaberecht bezweckte Geheimwettbewerb, wonach die Angebote jeweils

in Unkenntnis von den Angeboten konkurrierender Bieter abgegeben werden müssen, muss in jedem Fall gewahrt werden. Vorsicht ist daher etwa dann geboten, wenn sich auf ein Los zwei Bieter bewerben wollen, deren Geschäftsführung personenidentisch besetzt ist oder die gesellschaftsrechtlich miteinander verbunden sind. In diesen Fällen kann eine Vermutung bestehen, dass die Angebote in Kenntnis voneinander abgegeben worden sind, sodass ein Verstoß gegen den Geheimhaltungsgrundsatz mit der Folge eines zwingenden Ausschlusses beider Angebote vorliegen kann.

Dies ist bei Ausschreibungen sozialer Dienstleistungen insofern von Bedeutung, als viele Träger in der Form untereinander vernetzter gemeinnütziger GmbHs organisiert sind. Unzulässig ist auch die Bewerbung einer

Änderungsvorschläge ausdrücklich ausgeschlossen, muss ein Angebot, das gleichwohl einen Änderungsvorschlag enthält, von der Wertung ausgeschlossen werden. Sind Nebenangebote oder Änderungsvorschläge zugelassen, ist darauf zu achten, diese auf besonderer Anlage deutlich zu kennzeichnen.

Zuletzt ist darauf zu achten, dass die mit dem Angebot vorzulegenden geforderten Angaben und Erklärungen vollständig sein müssen. Zwar steht es gemäß § 25 Nr. 1 Abs. 2 lit. a) VOL/A im Ermessen des Auftraggebers, Angebote von der weiteren Wertung auszuschließen, die die geforderten Angaben und Erklärungen nicht enthalten. Gleichwohl schränkt die Rechtsprechung diese Vorschrift dahingehend ein, dass nach Ablauf der Angebotsfrist solche Nachweise, die mit dem Angebot zwingend vor-

men zu vergeben sind. Wann die Voraussetzungen der Fachkunde, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit vorliegen, wird in den Ausschreibungsunterlagen der Bundesagentur für Arbeit definiert (vgl. A.3).

In der Wahl der Eignungsnachweise ist der Auftraggeber grundsätzlich frei. Die Bundesagentur für Arbeit beschränkt sich auf Eigenerklärungen der Bieter (D.3), die gegebenenfalls durch die Beifügung entsprechender Referenzlisten zu ergänzen sind. Zu beachten ist hierbei, dass die Leistungsfähigkeit nicht zwingend bereits mit Angebotsabgabe vorliegen muss. Sie ist erst bis zum Beginn der Leistungsaufnahme nachzuweisen. Werden die geforderten Erklärungen zur Feststellung von Fachkunde, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit nicht abgegeben, so ist das Angebot des betreffenden Bieters aufgrund formeller Mängel zwingend vom weiteren Verfahren auszuschließen. Der Ausschluss würde wegen Fehlens geforderter Angaben und Erklärungen bereits auf der ersten Stufe erfolgen.

3. Wertungsstufe: Ausschluss von unauskömmlichen Angeboten

Gesellschaft zum einen als Einzelbieter, zum anderen als Teil einer Bietergemeinschaft auf ein bestimmtes Los. Eine unzulässige wettbewerbsbeschränkende Abrede kann schließlich durch eine Vereinbarung zwischen konkurrierenden Trägern begründet werden, wenn eine solche Vereinbarung geeignet wäre, die Marktverhältnisse durch Beschränkung des Wettbewerbs spürbar einzuschränken. Die Bildung einer Bietergemeinschaft wird in diesem Falle dann problematisch, wenn ein Träger auch allein die erforderliche Eignung zur Ausführung des Auftrages aufweist. In einem solchen Fall müssen es vernünftige Erwägungen geboten erscheinen lassen, sich gleichwohl zu einer Bietergemeinschaft zusammenzuschließen.

2. Wertungsstufe: Feststellung der Eignung: Fachkunde, Leistungsfähigkeit, Zuverlässigkeit

Auf der zweiten Stufe stellt die Bundesagentur für Arbeit Fachkunde, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit der Bieter fest. Diese Feststellung erfolgt vor dem Hintergrund, dass Aufträge an fachkundige, leistungsfähige und zuverlässige Unterneh-

Auf der dritten Stufe stellt der Auftraggeber die »Auskömmlichkeit« der Angebote fest: Der Zuschlag darf nicht auf Angebote erteilt werden, deren Preise in offenbarem Missverhältnis zur Leistung stehen. Erscheinen vor diesem Hintergrund Angebote von Bieter ungewöhnlich niedrig, so überprüft der Auftraggeber vor der Vergabe des Auftrags die Einzelposten dieser Angebote. Die Bundesagentur für Arbeit nimmt nach einer internen Weisung eine solche Auskömmlichkeitsprüfung derzeit immer dann vor, wenn ein Angebot über 25 Prozent unter dem Durchschnitt der angebotenen Preise liegt.

Zum Zweck der Prüfung kann die Bundesagentur für Arbeit verlangen, dass ihr entsprechende Belege vorgelegt werden. Auch kann sie sich einzelne Posten aus dem Angebot mündlich erläutern lassen. Zu beachten ist, dass der Bundesagentur für Arbeit im Rahmen eines solchen Verlangens nur die Kalkulation erläutert werden darf. Die angebotenen Preise dürfen indes nicht verändert werden. In den Vergabeakten der Bundesagentur für Arbeit ist eine Auskömmlichkeitsprüfung

fung zu dokumentieren. Im Falle eines Nachprüfungsverfahrens kann so im Rahmen der zu gewährenden Akteneinsicht festgestellt werden, ob eine ordnungsgemäße Prüfung erfolgt ist. Das gilt insbesondere auch für den Fall, dass Angebote von Mitbewerbern dem Verdacht eines offensichtlichen Missverhältnisses zwischen Preis und Leistung ausgesetzt sind.

Ein Angebot ist jedoch nicht schon deswegen unauskömmlich, weil es um mehr als 25 Prozent unter dem durchschnittlich angebotenen Preis liegt. Die Unauskömmlichkeit ist aufgrund einer Überprüfung im Einzelfall festzustellen. Sie ist im Allgemeinen dann anzunehmen, wenn der angebotene Preis derart eklatant von dem an sich angemessenen Preis abweicht, dass eine Unangemessenheit des Angebotspreises sofort ins Auge fällt. Kommt die Bundesagentur für Arbeit zu dem Ergebnis, dass das Angebot unauskömmlich ist, so ist ihr gleichwohl nicht von vornherein der Zuschlag auf das Angebot verwehrt. Sie kann den Zuschlag auf das betreffende Angebot erteilen, wenn anzunehmen ist, dass der Anbieter trotz unauskömmlicher Preise zuverlässig und vertragsgerecht leisten können wird.

4. Wertungsstufe: Wertungsprüfung im engeren Sinne

Auf der vierten Wertungsstufe ermittelt die Bundesagentur für Arbeit aus den noch verbliebenen Angeboten das wirtschaftlichste. Auf dieses ist der Zuschlag zu erteilen.

Die Bundesagentur für Arbeit nimmt diese Prüfung anhand der »UfAB III«-Formel vor. Diese stammt aus dem Bereich der Informationstechnik. Gleichwohl hält die Bundesagentur für Arbeit schon seit Längstem an der Bewertung der Angebote anhand dieser Formel fest. Das Verfahren der Bewertung wird in den Ausschreibungsunterlagen detailliert erläutert (vgl. A. 7). Die Prüfung der Angebote anhand der sich nach der UfAB III-Formel ergebenden Bewertungsmatrix (vgl. B. 4) ist von der Rechtsprechung grundsätzlich nicht beanstandet worden. Bei der Bewertung der Angebote anhand der Bewertungsmatrix steht der Bundes-

agentur für Arbeit ein weitgehender Ermessensspielraum zu.

Eine Nachprüfung der so ermittelten Bewertung der einzelnen Angebote ist nur eingeschränkt möglich. Diese Überprüfung wird aus Bietersicht dadurch erschwert, dass bei einer Bewertung mit zwei Punkten eine Begründung entbehrlich ist. Lediglich eine Bewertung mit null Punkten, einem Punkt oder drei Punkten bedarf einer Begründung, die in den Vergabekosten zu dokumentieren ist. Es ist darauf zu achten, dass die Begründung zu der jeweils angegebenen Bewertung passt. Wird beispielsweise zur Begründung ausgeführt: »Lässt Realisierbarkeit nicht erfolgreich erscheinen«, so kann eine Bewertung mit einem Punkt nach den Vorgaben der Bundesagentur für Arbeit nicht erfolgen, da das Leistungsangebot des Bieters in diesem Falle nicht den Anforderungen entspricht. Das Angebot wäre in dieser Kategorie folglich mit null Punkten zu bewerten.

Rechtsschutzmöglichkeiten

Nachdem die Bundesagentur für Arbeit die Eignungsprüfung anhand der dargestellten vier Stufen abgeschlossen hat, ist sie verpflichtet, das Ergebnis ihrer Wertung den Bieterinnen mitzuteilen (§ 13 VgV). Eine Zuschlagserteilung darf erst dann erfolgen, wenn binnen vierzehn Tagen nach Absendung der Mitteilungen kein Vergabennachprüfungsverfahren eingeleitet worden ist. Die Möglichkeit der Einleitung eines solchen Verfahrens steht den Bieterinnen offen, um die Einhaltung von (bieterschützenden) Vorschriften des Vergaberechts nachprüfen zu lassen.

Voraussetzung eines Nachprüfungsverfahrens ist eine vorherige Rüge der Punkte, die angebliche Verstöße gegen das Vergaberecht begründen. Zum Gegenstand eines Nachprüfungsverfahrens können nur die Punkte gemacht werden, die im Vorfeld unverzüglich nach Kenntnis oder Möglichkeit der Kenntnisnahme gerügt wurden. Nach der herrschenden Rechtsprechung ist eine Rüge unverzüglich, die innerhalb von einem bis drei Tagen nach positiver Kenntnis des Vergaberechtsverstoßes ausgesprochen worden ist. Durch die Rüge soll dem Auftraggeber die Möglichkeit gegeben werden, Verstöße ge-

gen das Vergaberecht abzuheften. Wichtig ist es, erkannte Verstöße immer unverzüglich zu rügen. Das gilt bereits mit Erhalt der Verdingungsunterlagen. Diese sollten immer sofort geprüft werden. Fallen Verstöße ins Auge, sind diese der Bundesagentur für Arbeit im Rahmen einer Rüge anzuzeigen.

Zuständig für die Nachprüfung von Ausschreibungen der Bundesagentur für Arbeit sind die Vergabekammern des Bundes beim Bundeskartellamt in Bonn. Ein Nachprüfungsverfahren ist durch einen schriftlichen Antrag einzuleiten. Der Antrag ist zu begründen. Die Begründung muss die Bezeichnung des Antragsgegners, eine Beschreibung der behaupteten Rechtsverletzung mit Sachverhaltsdarstellung und die Bezeichnung der verfügbaren Beweismittel enthalten sowie darlegen, dass die Rüge gegenüber dem Auftraggeber erfolgt ist. Sie soll, soweit bekannt, die sonstigen Beteiligten benennen.

Zu beachten ist, dass ein Nachprüfungsverfahren nur bis zur Zuschlagserteilung eingeleitet werden kann. Ein bereits erteilter Zuschlag kann nicht aufgehoben werden. Es ist zu beachten, dass nach Versendung der Informationen gemäß § 13 VgV binnen der vierzehntägigen Frist nicht nur eine Rüge ausgesprochen werden muss, sondern gegebenenfalls auch ein Nachprüfungsverfahren eingeleitet werden muss. Die Vergabekammer muss noch vor Ablauf der vierzehntägigen Frist des § 13 VgV den Antrag der Bundesagentur für Arbeit zustellen. Gelingt dies nicht und erteilt die Bundesagentur für Arbeit zwischenzeitlich den Zuschlag, ist der Nachprüfungsantrag unzulässig. Es empfiehlt sich, zur Beantwortung der Rüge eine Frist zu setzen. Geht eine Entscheidung der Bundesagentur für Arbeit nicht rechtzeitig ein, ist ohne weiteres ein Nachprüfungsverfahren einzuleiten.

Mit dem Antrag auf Vergabennachprüfung sollte zugleich Akteneinsicht beantragt werden. Akteneinsicht ist zu gewähren, soweit nicht wichtige Gründe entgegenstehen, insbesondere solche des Geheimschutzes. Die Akteneinsicht wird den betroffenen Bieter oft erst in die Lage versetzen, verbindlich zu erkennen, ob die von ihm gerügten Verstöße gegen vergaberechtliche Vorschriften tatsächlich vorliegen. →

Die Vergabekammer des Bundes wird parallel denjenigen Bieter beibilden, dem nach der Information gemäß § 13 VgV der Zuschlag erteilt werden sollte. Denn dessen Interessen werden durch ein Nachprüfungsverfahren regelmäßig schwerwiegend berührt.

Als nächster Verfahrensschritt wird ein Termin zur mündlichen Verhandlung bestimmt. Zu diesem Termin werden der betroffene Bieter als Antragsteller, die Bundesagentur für Arbeit als Antragsgegner sowie der Bieter, der den Zuschlag erhalten soll als Beigeladener geladen. Im Übrigen ist die mündliche Verhandlung vor der Vergabekammer nicht öffentlich.

Nach der mündlichen Verhandlung muss die Vergabekammer so rechtzeitig entscheiden, dass ihre Entscheidung regelmäßig innerhalb einer Frist von fünf Wochen ab Eingang des Antrages vorliegt. Diese Frist kann bei besonderen tatsächlichen oder rechtlichen Schwierigkeiten vom Vorsitzenden der Vergabekammer durch Mitteilung gegenüber den Beteiligten verlängert werden.

Gegen einen Beschluss der Vergabekammern des Bundes ist die sofortige Beschwerde zum Oberlandesgericht in Düsseldorf möglich. Die sofortige Beschwerde ist nur binnen einer Frist von zwei Wochen seit Zustellung des Beschlusses der Vergabekammer zulässig. Bei dieser Frist handelt es sich um eine sogenannte Notfrist, die nicht verlängert werden kann. Im Verfahren vor dem Oberlandesgericht muss sich der Bieter durch einen Rechtsanwalt vertreten lassen.

Außer der Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens bzw. einer sofortigen Beschwerde (sogenannter »Primärrechtsschutz«) besteht die Möglichkeit, um »Sekundärrechtsschutz« nachzusuchen. Gegenstand des Sekundärrechtsschutzes sind ausschließlich Schadensersatzansprüche von Bewerbern. Die Zuschlagsentscheidung kann in diesem Verfahren nicht beeinflusst werden. ◆

§ 23 Prüfung der Angebote

1. Nicht geprüft zu werden brauchen Angebote,
 - a) die nicht ordnungsgemäß oder verspätet eingegangen sind, es sei denn, dass der nicht ordnungsgemäß oder verspätete Eingang durch Umstände verursacht worden ist, die nicht vom Bieter zu vertreten sind,
 - b) die nicht unterschrieben oder mit der erforderlichen elektronischen Signatur und Verschlüsselung versehen sind (§ 21 Nr. 1 Abs. 2 Satz 5),
 - c) bei denen Änderungen des Bieters an seinen Eintragungen nicht zweifelsfrei sind (§ 21 Nr. 1 Abs. 3),
 - d) bei denen Änderungen oder Ergänzungen an den Verdingungsunterlagen vorgenommen worden sind (§ 21 Nr. 1 Abs. 4).
2. Die übrigen Angebote sind einzeln auf Vollständigkeit sowie auf rechnerische und fachliche Richtigkeit zu prüfen; ferner sind die für die Beurteilung der Wirtschaftlichkeit der einzelnen Angebote maßgebenden Gesichtspunkte festzuhalten. Gegebenenfalls sind Sachverständige (§ 6) hinzuzuziehen.
3. Das Ergebnis der Prüfung ist aktenkundig zu machen.

§ 25 Wertung der Angebote

1. (1) Ausgeschlossen werden:
 - a) Angebote, für deren Wertung wesentliche Preisangaben fehlen (§ 21 Nr. 1 Abs. 1 Satz 1),
 - b) Angebote, die nicht unterschrieben sind (§ 21 Nr. 1 Abs. 2 Satz 5),
 - c) Angebote, in denen Änderungen des Bieters an seinen Eintragungen nicht zweifelsfrei sind (§ 21 Nr. 1 Abs. 3),
 - d) Angebote, bei denen Änderungen oder Ergänzungen an den Verdingungsunterlagen vorgenommen worden sind (§ 21 Nr. 1 Abs. 4),
 - e) Angebote, die verspätet eingegangen sind, es sei denn, dass der verspätete Eingang durch Umstände verursacht worden ist, die nicht vom Bieter zu vertreten sind,
 - f) Angebote von Bietern, die in Bezug auf die Vergabe eine unzulässige, wettbewerbsbeschränkende Abrede getroffen haben,
 - g) Nebenangebote, soweit der Auftraggeber diese nach § 17 Nr. 3 Abs. 5 ausgeschlossen hat.

(2) Außerdem können ausgeschlossen werden:

 - a) Angebote, die nicht die geforderten Angaben und Erklärungen enthalten (§ 21 Nr. 1 Abs. 1 Satz 1),
 - b) Angebote von Bietern, die von der Teilnahme am Wettbewerb ausgeschlossen werden können (§ 7 Nr. 5),
 - c) Nebenangebote, die nicht auf besonderer Anlage gemacht worden oder als solche nicht deutlich gekennzeichnet sind (§ 21 Nr. 2).
2. (1) Bei der Auswahl der Angebote, die für den Zuschlag in Betracht kommen, sind nur Bieter zu berücksichtigen, die für die Erfüllung der vertraglichen Verpflichtungen die erforderliche Fachkunde, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit besitzen.
(2) Erscheinen Angebote im Verhältnis zu der zu erbringenden Leistung ungewöhnlich niedrig, so überprüft der Auftraggeber vor der Vergabe des Auftrages die Einzelposten dieser Angebote. Zu diesem Zweck verlangt er in Textform vom Bieter die erforderlichen Belege. Der Auftraggeber berücksichtigt bei der Vergabe das Ergebnis dieser Überprüfung.
(3) Auf Angebote, deren Preise in offenbarem Missverhältnis zur Leistung stehen, darf der Zuschlag nicht erteilt werden.
3. Der Zuschlag ist auf das unter Berücksichtigung aller Umstände wirtschaftlichste Angebot zu erteilen. Der niedrigste Angebotspreis allein ist nicht entscheidend.
4. Nebenangebote, die der Auftraggeber bei der Ausschreibung gewünscht oder ausdrücklich zugelassen hat, sind ebenso zu werten wie die Hauptangebote. Sonstige Nebenangebote können berücksichtigt werden.
5. Die Gründe für die Zuschlagserteilung sind in den Akten zu vermerken. Verdingungsordnung für Leistungen – Teil A (VOL/A) vom 6. April 2006