

## Elektronische Vergaben

## Was drohen kann – und was nicht

Das Thema elektronische Vergabe ist nicht neu. Aber es gewinnt eine neue Qualität mit den anstehenden neuen EU-Vergaberichtlinien. Geplant ist, dass die einzelnen Mitgliedsstaaten zwingend elektronische Vergaben vorsehen müssen. Was heißt das, wann kommt es, was ist jetzt zu tun?

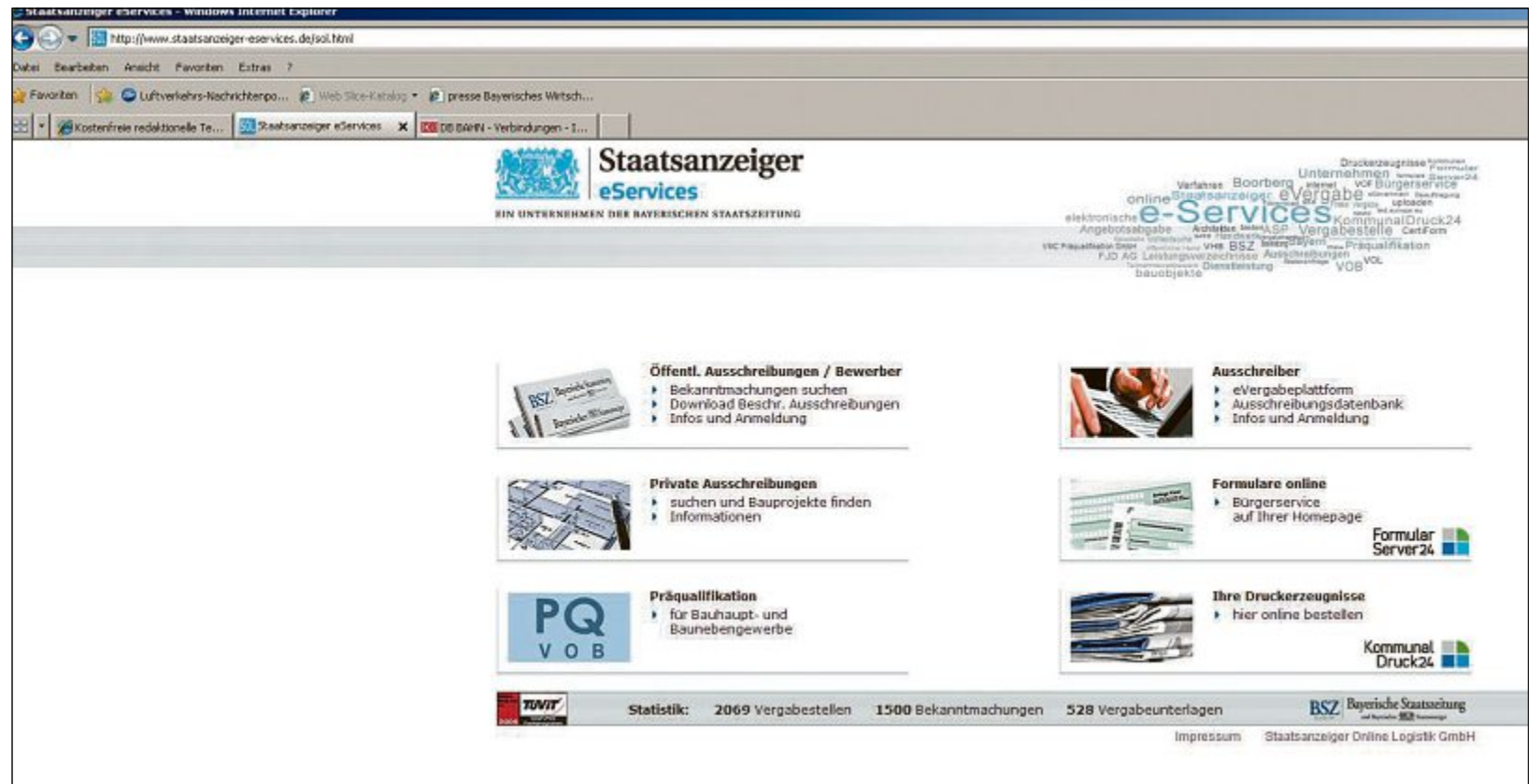
Der Begriff der elektronischen „Vergabeverfahren“ ist, jedenfalls was die Richtlinien betrifft, eigentlich irreführend. Zwingend vorgesehen ist im Wesentlichen eine elektronische Kommunikation. Die Anforderungen der Richtlinie kommen dabei in zwei Wellen auf die Auftraggeber und Unternehmen zu. Die ersten Anforderungen sind zu beachten spätestens mit Ablauf der Umsetzungsfrist der Richtlinie – 24 Monate nach Veröffentlichung, mit der im ersten Halbjahr 2014 gerechnet wird, also im ersten Halbjahr 2016.

Setzt der deutsche Gesetzgeber die Richtlinien früher um, kommt es entsprechend früher zu neuen Pflichten. Eine zweite Phase beginnt dann für die meisten Auftraggeber spätestens weitere 30 Monate später, also etwa Ende 2018, für Bundesministerien und andere so genannte zentrale Beschaffungsstellen ein halbes Jahr früher.

Das klingt jetzt so, als sei das alles noch weit weg. Wer sich jedoch einmal mit der Einführung von neuen Prozessen und der dafür erforderlichen Technik befasst hat, weiß jedoch, dass die Fristen durchaus anspruchsvoll sind.

Was ist von den Auftraggebern zu leisten, worauf müssen sich Unternehmen einstellen? Nach Ablauf der ersten Frist müssen Auftraggeber alle Bekanntmachungen in elektronischer Form an die EU übersenden, außerdem müssen sie die Vergabeunterlagen elektronisch verfügbar machen. Die elektronische Übersendung der Bekanntmachungen ist jetzt schon Standard, die Verfügbarkeit der Unterlagen unterliegt bestimmten Anforderungen: Der Zugang muss unentgeltlich, uneingeschränkt, direkt und auf die vollständigen Unterlagen sein, und zwar anhand elektronischer Mittel (Ausnahmen etwa für sicherheitsrelevante Vergaben gibt es natürlich). Jede dieser Anforderungen hat es in sich! Eine Bereitstellung etwa auf einer DVD und deren Übersendung wäre nicht ausreichend. Bei dem Umfang mancher Bau-Vergabeunterlagen könnte allein der Speicherplatz auf Dauer ein Problem werden.

In der zweiten Phase, also voraussichtlich ab 2018, müssen Auftraggeber dann auch eine elektronische Kommunikation in allen Verfahrensstufen ermöglichen,



Mit Staatsanzeiger eServices ist man auf der sicheren Seite.

FOTO BSZ

insbesondere einschließlich der Einreichung von Teilnahmeanträgen und Angeboten.

Die Pflichten der Auftraggeber haben jedoch auch Grenzen, worauf die Richtlinie selber in ihren Erwägungsgründen hinweist. So besteht keine Verpflichtung, dass Auftraggeber die eingereichten Angebote elektronisch bearbeiten. Auch die interne Kommunikation des Auftraggebers muss

nicht zwingend elektronisch erfolgen, ebenso wenig wie etwa die Zuschlagserteilung. Nicht ausdrücklich angesprochen ist, welche Pflichten Auftraggeber den Bieteraufgaben dürfen und welche nicht. Die allgemeinen Anforderungen gehen jedoch dahin, dass zum Beispiel nicht die Verwendung bestimmter Kalkulationsprogramme verlangt werden kann. Die Verwendung allgemein

zugänglicher Formate wie etwa GAEB hingegen ist möglich.

Auch die bereitgestellten Informationen der Auftraggeber müssen nicht zwingend eine elektronische Bearbeitung ermöglichen: So würde es ausreichen, Vergabeunterlagen als pdf bereitzustellen und ebenso anzunehmen.

Ob sich ein Auftraggeber entscheidet, noch weitere Prozesse digital zu gestalten, ist jedenfalls

rechtlich nicht zwingend vorgesehen. Die Anpassung an aktuelle Arbeitsmethoden und der medienbruchfreie Ablauf werden dies in vielen Fällen jedoch nahelegen.

Parallel arbeitet die Kommission übrigens an Vorschriften über elektronische Rechnungen, auch diese sollen nicht zwingend vorgeschrieben werden, es geht nur um Bestimmung von gemeinsamen Mindeststandards. > FV

## Die Eignungsprüfung im Vergabeverfahren

## Zu beschaffende Kapazitäten

Bewirbt sich ein Unternehmen um einen neuen Auftrag, verfügt es insbesondere bei Dienstleistungen nicht über die notwendigen Kapazitäten, sei es das Büro am Ort einer Baustelle, die Schulungsräume in bestimmten Stadtvierteln, die Übersetzer für umfangreiche Übersetzungsarbeiten, das Grundstück für ein zu errichtendes Gebäude... Dennoch muss eine Beteiligung solcher Unternehmen an einem Vergabeverfahren möglich sein, weil sonst nur der bisherige Auftragnehmer, manchmal auch gar niemand, ein Angebot abgeben könnte. Diesen Fällen gemeinsam ist die Frage, ob und wie diese noch zu beschaffenden Kapazitäten abgefragt werden können.

## Abwerbeversuche umgehen

Das Oberlandesgericht Düsseldorf (VII Verg 52/12 v. 4. Februar 2013) hatte dies für einen Auftrag zu entscheiden, bei dem es um sehr spezielle Beratungsleistungen ging. Die Entscheidung legt nahe, dass überhaupt nur die bereits jetzt tätigen Mitarbeiter über die erforderlichen Erfahrungen verfügten, um diese Leistungen zu erbringen. Ein Problem war daher außerdem die Frage, wie mit Abwerbeversuchen anderer Anbieter umzugehen war. Bezogen auf den Nachweis der Personalkapazitäten hat das OLG Düsseldorf entschieden, dass sich Bewerber generell darauf berufen können, benötigtes Personal im Auftragsfall einzustellen. Allerdings muss es auch tatsächlich möglich sein, geeignetes Personal auf dem Arbeitsmarkt zu finden und einstellen zu können.



Wenn Bauunternehmen bestimmte Dienstleistungen per se nicht erbringen können, können sie entsprechende Kapazitäten beschaffen. FOTO BSZ

Im entschiedenen Fall bestand diese Möglichkeit aufgrund der

begrenzten Anzahl von potentiell geeigneten Mitarbeitern nicht. Daher konnte nur der Bieter seine Eignung nachweisen, der die bereits tätigen Mitarbeiter unter Vertrag hatte – dies war ein Konkurrent des bisherigen Auftragnehmers, was übrigens als unproblematisch angesehen wurde. Es sei legitim, im

Wettbewerb um den Auftrag auch die benötigten Mitarbeiter anzusprechen und gegebenenfalls anzuwerben.

## Es muss zumutbar sein

Dieser Grundsatz lässt sich grundsätzlich auf alle zu beschaffenden Kapazitäten anwenden. Dabei muss generell auch beachtet werden, dass ein Verhalten nicht immer zumutbar ist: Verlangt der Auftraggeber eine Schulung in eigenen Räumen des Auftragnehmers, kann er nicht von allen Bietern die Vorlage von Mietverträgen verlangen, weil dies für die erfolglosen Bieter nur erhebliche unnütze Ausgaben bedeuten würde. Sinnvoll und möglich ist aber etwa die Forderung nach Vorverträgen, wenn geeignete Räume nicht sowieso auf dem Markt zu bekommen sind.

Bei Standardleistungen reicht es aus, dass auf dem Arbeitsmarkt potenziell geeignete Mitarbeiter zu finden sind. Auftraggeber sind daher gefordert, zu überlegen, welche Nachweise sie verlangen wollen, insbesondere um den Wettbewerb nicht unzulässig auf einen bisherigen Auftragnehmer zu beschränken. Interessierte Unternehmen wiederum müssen diese Vorgaben beachten, auch wenn dies die Angebotsvorbereitung im Einzelfall sicherlich erschweren wird. > FV

## Probleme der Bieterinformation

## Termin kann unwirksam sein

Die VK Bund hat am 26. November 2013 (VK 2-104/13) entschieden, dass ein Zuschlag auch dann unwirksam sein kann, wenn er (nur) vor dem Termin erfolgt, den der Auftraggeber in seinem Bieterinformationsschreiben genannt hat. Diese Entscheidung ist nur eine von vielen, in denen es um die Information nach § 101a GWB geht.

Der Gesetzgeber hat den Auftraggebern die Pflicht aufgegeben, bei EU-Vergaben die Bieter vor Erteilung des Zuschlags zu informieren, wem er den Auftrag erteilen will, warum und wann dies erfolgen soll. Verstößt der Auftraggeber gegen diese Pflichten, ist der Zuschlag unwirksam, der Auftraggeber (und der Zuschlagsempfänger) sitzen ohne wirksamen Vertrag da. Diese massive Wirkung eines Verstoßes ist gewollt, tritt aber deutlich seltener ein, als von Unternehmen geltend gemacht wird.

Der Weg, die Unwirksamkeit eines Vertrages festzustellen, führt über ein Nachprüfungsverfahren. Ein entscheidendes Hindernis für den Erfolg der Angriffe gegen den Zuschlag ist, dass allein eine fehlerhafte oder unterbliebene Mitteilung nicht ausreicht, damit der Antragsteller gewinnt. Es muss vielmehr ein Vergaberechtsverstoß hinzukommen. Der Klassiker ist, dass der Auftraggeber eine Leistung ohne Vergabeverfahren (und damit erst recht ohne Bieterinformation) vergibt und ein Unternehmen einwendet, es hätte sich an einem solchen Verfahren

beteiligt. Damit wird ein Unternehmen Erfolg haben, das Vergabeverfahren muss wiederholt werden.

In vielen Fällen ist die Bieterinformation des Auftraggebers auch nichtssagend. Auch dies ärgert zwar viele Unternehmen und ist oft Gegenstand von Nachprüfungsanträgen, reicht aber für sich genommen nicht aus. Zum einen wird dieser Fehler in Nachprüfungsverfahren durch den Vortrag des Auftraggebers oft geheilt, indem er seine Zuschlagsentscheidung näher erläutert. Zum anderen muss eben diese Zuschlagsentscheidung irgendwo fehlerhaft sein und den Antragsteller in seinen Rechten verletzen. Auch in dem oben genannten Verfahren bei der VK Bund (VK 2-104/13) konnte der Bieter allerdings keinen Vergaberechtsverstoß außer der unterlassenen Information des Auftraggebers nachweisen – daher blieb er trotz des zu frühen Zuschlags erfolglos.

Dies sollte Auftraggeber nicht zu einem leichtfertigen Umgang mit der Bieterinformation bewegen, allein ihr Fehlen eröffnet Unternehmen einen zulässigen Nachprüfungsantrag mit der Folge eines Zuschlagsverbots und daraus resultierenden Verzögerungen. Außerdem können bereits kleine Fehler (zu früher Zuschlag, Zuschlag vor dem genannten Termin, fehlende Begründung...) zur Unwirksamkeit eines Vertrags führen, wenn ein Bieter weitere Vergabeverstöße darlegen kann. > FV

## OLG Düsseldorf eröffnete dem Auftraggeber zwei Handlungsmöglichkeiten

## Was tun, wenn die Liste fehlt?

Auftraggeber sind auch nur Menschen und machen Fehler, auch in Vergabeverfahren. Welche Möglichkeiten haben sie, wenn sie einen solchen Fehler erkennen?

In einem Verfahren vor dem Oberlandesgericht Düsseldorf (VII-Verg 10/13 vom 17. Juli 2013) ging es darum, dass die nach der VOL/A vorgesehene, vom Auftraggeber mitzuteilende, abschließende Liste der vorzule-

genden Nachweise fehlte. Das war für den Auftraggeber ärgerlich, weil er ohne Nachweise die Qualität der angebotenen Leistungen nicht prüfen konnte. Dies war aber im Wortsinn „lebenswichtig“, denn es ging um persönliche Schutzausrüstungen wie schussichere Westen. Der Auftraggeber stand vor dem Dilemma, seinen Fehler irgendwie korrigieren zu müssen. Dabei wollte

er offensichtlich ein neues Vergabeverfahren mit dem daraus resultierenden Zeitverlust vermeiden.

Das OLG Düsseldorf hat dem Auftraggeber gleich zwei Handlungsmöglichkeiten eröffnet. Der Fehler des Auftraggebers bestand darin, dass er die Nachweise zwar verlangt, aber nicht in einer Liste zusammengefasst hatte. Daher, so das OLG Düsseldorf, hat-

te er die Nachweise wirksam verlangt. Der nur formale Fehler der fehlenden Zusammenfassung in einer Liste konnte der Auftraggeber dadurch heilen, dass er bei den betroffenen Bietern die fehlenden Nachweise nachforderte. Wenn man so will, durfte der Auftraggeber die Liste nachliefern. Der Auftraggeber durfte aber auch einfach auf die Nachweise verzichten, also den Fehler

gewissermaßen akzeptieren. Dabei musste er alle Bieter gleich behandeln, also dürfte er nicht einzelne Bieter wegen Fehlen der Nachweise ausschließen.

Im entschiedenen Fall waren die Nachweise bereits in den ursprünglichen Vergabeunterlagen benannt. Sind aber bereits die Vergabeunterlagen fehlerhaft oder unvollständig, so kann nach anderen Entscheidungen der Auf-

traggeber auch diese Fehler beseitigen. Er muss allerdings genau prüfen, wie weit er im Verfahren zurückgehen muss. Will er etwa die Leistungsbeschreibung ändern, kann er dies. Er muss nur allen Bietern die Möglichkeit geben, ein neues Angebot einzureichen, und zwar bezogen auf alle Preise – sogar nach der Submission (OLG Dresden vom 23. Juli 2013, Verg 2/13)! > FV