



# Der richtige Umgang mit dem klagewütigen Bieter

**Monika Prell**, Rechtsanwältin

SammlerUsinger Partnerschaft mbB

**Michael Bär**, Leiter der Vergabestelle

Berliner Feuerwehr

# 1) Der richtige Umgang bei der Bekanntmachung?

- Rechtliche Vorgaben (Umsetzung E-Vergabe, Stufe 1)
  - Keine Registrierung für Zugang zu Vergabeunterlagen
    - §§ 9 Abs.3 VgV, 7 Abs.3 UVgO, 11 Abs.6 VOB/A (EU), 9 Abs.3 SektVO
  - Abruf der Vergabeunterlagen mit elektronischer Adresse
    - §§ 41 VgV, 29 UVgO, 11 Abs.3 VOB/A (EU), 41 SektVO
    - Unentgeltlich, uneingeschränkt, vollständig, direkt
    - Ausnahmen, z.B. sicherheitsrelevante Projekten
  - Vergabeunterlagen
    - Anschreiben, Bewerbungsbedingungen, Vertragsunterlagen
    - §§ 29 VgV, 21 UVgO, 8 VOB/A (EU)
  - Bieterschützende Vorschriften nach § 97 Abs.6 GWB
  - OLG München 13.03.2017 (Verg 15/16)
    - Abruf der gesamten Vergabeunterlagen auch für das zweistufige Verfahren

# 1) Die Praxis (Stand September 2017 auf „TED“) - Beispiele

Bieterseite	Vergabestelle
<p>➤ „Vergabeunterlagen anfordern – zur <b>Registrierung</b>“</p>	<p>Die Registrierung ist notwendig, weil es nicht selten vorkommt, dass „Unbefugte“ die Vergabeunterlagen herunterladen und weiterverkaufen</p> <p>➤ „Auf dieser Plattform können Sie sich über aktuelle Vergaben der Berliner Feuerwehr informieren. Als registrierter Nutzer haben Sie die Möglichkeit, Teilnahmeanträge zu stellen, Vergabeunterlagen abzurufen sowie elektronische Angebote abzugeben.“</p>
<p>➤ „Ausschreibungsunterlagen anfordern bei ... [Vergabestelle genannt]“</p>	
<p>➤ „Hier erhalten Sie die Teilnahmeunterlagen. Die weiteren Vergabeunterlagen erhalten die nach dem Teilnahmeantrag ermittelten erfolgreichen Bewerber“</p>	<p>Bei sicherheitsrelevanten Projekten muss beispielsweise eine technische Leistungsbeschreibung z. B. über 754 Seiten für die Durchführung eines Teilnahmewettbewerbs nicht unbedingt gleich veröffentlicht werden. Es reicht einfach dazu eine mehrseitige Beschreibung der Maßnahme/des Projekts</p>

# 1) Konsequenz

Bieterseite	Vergabestelle
<ul style="list-style-type: none"><li>➤ Direkter Zugang zu Vergabeunterlagen in 90% der Fälle nicht gegeben (allgemeine Webseite oder „Vergabeseite“)</li><li>➤ Erschwerte Suche für Bieter, Verkleinerung des Bieterkreises</li></ul>	<ul style="list-style-type: none"><li>➤ Bei Eingabe in das Suchfeld „Berliner Feuerwehr“, werden alle Vergaben gelistet. Anschließend wird der Bieter auf die Vergabepattform <a href="https://www.meinauftrag.rib.de/public/publications">https://www.meinauftrag.rib.de/public/publications</a> weitergeleitet</li><li>➤ In der Bekanntmachung ist formuliert: „Vergabeunterlagen sind elektronisch hinterlegt: <a href="http://www.berlin.de/vergabepattform">http://www.berlin.de/vergabepattform</a>“</li></ul>
<ul style="list-style-type: none"><li>➤ Oft immer noch nicht gesamte Vergabeunterlagen, nur Teilnahmeunterlagen</li><li>➤ Evtl. Verkleinerung des Bieterkreises bei Durchsicht der Angebotsunterlagen</li></ul>	<ul style="list-style-type: none"><li>➤ Mit der Bekanntmachung werden gleichzeitig alle Vergabeunterlagen veröffentlicht</li></ul>

## 2) Der richtige Umgang mit der Bewertungsmatrix?

- Rechtliche Vorgaben
  - Zuschlag auf wirtschaftlichstes Angebot: bestes Preis-Leistungsverhältnis
  - Preis/qualitative, umweltbezogene oder soziale Aspekte
  - In Verbindung mit Auftragsgegenstand
  - Zuschlagskriterien so festgelegt und bestimmt, dass wirksamer Wettbewerb, Zuschlag nicht willkürlich und wirksame Überprüfung
  - Zuschlagskriterien und Gewichtung in Auftragsbekanntmachung oder Vergabeunterlagen
  - Weiter Beurteilungsspielraum, Preis immer zu berücksichtigen
  - §§ 127 GWB, 58 VgV, 52 SektVO, 16 d Abs.2 VOB/A EU, 43 UVgO

## 2) Der richtige Umgang mit der Bewertungsmatrix?

Rechtsprechung	Vergabestelle
<ul style="list-style-type: none"><li>➤ <b>EuGH, Urteil vom 14.07.2016 - Rs. C-6/15 (TNS Dimarso)</b><ul style="list-style-type: none"><li>➤ Keine Pflicht zur Angabe von konkreter Bewertung der Angebote nebst Wertungsmatrix</li><li>➤ Freiraum, Anpassung an die „Umstände im Einzelfall“</li><li>➤ Grundsätzlich Festlegung der Bewertungsmethode vor Angebotsöffnung</li></ul></li></ul>	<ul style="list-style-type: none"><li>➤ Bewertungsmatrix und Bewertungsverfahren werden mit den Vergabeunterlagen gleich mit veröffentlicht</li><li>➤ Vorteil: Bei Absagen lassen sich sehr leicht die Ablehnungsgründe formulieren</li></ul>
<ul style="list-style-type: none"><li>➤ <b>BGH, Beschluss vom 04.04.2017, X ZB 3/17 (Schulnotenrechtsprechung)</b><ul style="list-style-type: none"><li>➤ Unterlegung der erzielbaren Noten mit konkretisierenden Informationen nicht nötig - direkte oder mittelbare Vorgabe von Lösungskomponenten</li><li>➤ Ggf. bei komplexem Auftragsgegenstand mit besonders vielschichtigen Wertungskriterien Konkretisierung zur Vermeidung einer intransparenten Wertung</li></ul></li></ul>	<ul style="list-style-type: none"><li>➤ Die Vergabestelle der Berliner Feuerwehr ist gegen ein Schulnotensystem – immer angreifbar und somit für die Auswertung ungeeignet</li></ul>

## 2) Auswirkung in der Praxis – Beispiele und Konsequenz

Bieterseite	Vergabestelle
<p>Ausschreibung Dienstleistung (Offenes Verfahren)</p> <ul style="list-style-type: none"><li>➤ „Leistung 70%, Preis 30%“ (IT-Software)</li><li>➤ Leistung erfüllt: volle Punktzahl/Leistung nicht erfüllt: Null Punkte“</li><li>➤ Ausschreibung im Ergebnis Preiswettbewerb</li></ul>	<ul style="list-style-type: none"><li>➤ Grundsätzlich werden Bewertungsmatrixen vom Fachbereich erstellt, damit dann später die UfAB VI angewandt werden kann – somit Ermittlung des wirtschaftlichsten Angebots kein Problem. Nicht durch Vergabekammern und OLG angreifbar, Sicherung der Transparenz ...</li><li>➤ Bei der UfAB ist die prozentuale Aufteilung nicht notwendig – das Ergebnis der Rang- und Reihenfolge bleibt egal in welchem prozentualen Verhältnis man das bewertet</li></ul>
<p>Ausschreibung Dienstleistung (Verhandlungsverfahren)</p> <ul style="list-style-type: none"><li>➤ „Erfüllt die Bedürfnisse des Auftraggebers sehr gut/gut/befriedigend....“ (Ausschreibung Dienstleistungen) - keine Definition der Bedürfnisse</li><li>➤ Leistung 85%, Leistung 15%“</li><li>➤ Reaktion auf Bieterfrage: „Wie der Leistungsbeschreibung zu entnehmen“</li></ul>	<ul style="list-style-type: none"><li>➤ Bewährt hat sich hier ein Dienstleistungskatalog, dessen Inhalt man bepunkten kann</li><li>➤ Hat sich sehr bewährt, die Bieterkommunikation ernst zu nehmen – hier lassen sich Rügen und eventuelle Nachprüfungsverfahren verhindern, wenn man die Bieter als gleichberechtigten Partner im Verfahren annimmt</li></ul>

# 3) Der richtige Umgang mit Bieterfragen und Rügen?

Rechtliche Vorgaben	Vergabestelle
<b>Bieterfrage:</b> § 20 Abs.3 Nr.1 VgV, § 16 Abs.3 Nr. SektVO, § 10 a/b Abs.6 Nr.1 VOB/A EU, § 20 Abs. 5 VSVgV	
<ul style="list-style-type: none"><li>➤ Verlängerung Angebotsfrist, wenn „zusätzliche Informationen“ trotz rechtzeitiger Aufforderung nicht spätestens sechs Tage vor Ablauf der Angebotsabgabefrist zur Verfügung gestellt werden</li></ul>	<ul style="list-style-type: none"><li>➤ Ein bewährtes Mittel, um ein Verfahren zu retten, Zeit für den eventuell zusätzlichen Abstimmungsbedarf zwischen Fachbereich und Bieter zu gewinnen.</li></ul>
<ul style="list-style-type: none"><li>➤ Transparenzgrundsatz<ul style="list-style-type: none"><li>➤ Bieterfragen und Antworten anonymisiert an alle Bieter/Einstellung auf Plattform</li></ul></li></ul>	<ul style="list-style-type: none"><li>➤ Fauxpas der Berliner Feuerwehr: versehentlich bei einer Bieterfrage den Fragesteller bei der Antwort mit veröffentlicht – Verfahren aufgehoben und neu angesetzt</li></ul>
<b>Rüge:</b> § 160 Abs. 3 GWB	
<ul style="list-style-type: none"><li>➤ Erkannte Verstöße innerhalb von 10 Kalendertagen</li></ul>	<ul style="list-style-type: none"><li>➤ Die 10-Tage-Frist beginnt mit dem Download der Vergabeunterlagen, um Vergabeverstöße zu erkennen. Deshalb haben Interessenten „nur“ die Vergabeunterlagen in der Gesamtdatei gelesen, um nicht gleich die Verstöße zu rügen. Das ist für die Vergabestellen ein Nachteil</li></ul>
<ul style="list-style-type: none"><li>➤ Erkennbare Verstöße spätestens bis Teilnahmefrist/Angebotsabgabefrist</li></ul>	



## 3) Die Praxis

- Frist zur Beantwortung von Bieterfragen
  - VK Bund, Beschluss vom 27.01.2017, VK 2-131/16
  - Auch bei gesetzter Frist sind Bieterfragen bis kurz vor Ablauf der Angebotsfrist zulässig, wenn Unklarheit besteht und Frage Defizite aufdeckt
  - Auftraggeber kann Antwort und Veröffentlichung nicht mit Argument der Verfristung ablehnen, Möglichkeit Angebotsfrist zu verlängern
  - Instruktive Entscheidung zum Vorgehen bei Bieterfragen
- Behandlung einer Bieterfrage als Rüge
  - Vorteil für Auftraggeber: Keine Veröffentlichung, Frist nach § 160 Abs.3 Ziffer 4 GWB läuft, erhöhter Druck zum Handeln für Bieter
  - Nachteil: wenn inhaltlich doch Bieterfrage: keine Veröffentlichung, Vergabefehler, ggf. Zurückversetzung des Vergabeverfahrens

# 3) Konsequenz

Bieterseite	Vergabestelle
<ul style="list-style-type: none"><li>➤ Fristen zur Beantwortung von Bieterfragen überhaupt noch sinnvoll?</li></ul>	<ul style="list-style-type: none"><li>➤ Sinnvoll, um insgesamt das Verfahren dynamisch zu halten</li><li>➤ Vorschlag: Antwort auf eine Bieterfrage sollte in der Regel nicht drei Arbeitstage überschreiten</li></ul>
<ul style="list-style-type: none"><li>➤ Behandlung einer Bieterfrage als Rüge?<ul style="list-style-type: none"><li>➤ Einzelfallentscheidung</li><li>➤ Abhängig von Formulierung der Bieterfrage</li><li>➤ Formulierung als Vergabeverstoß = Rüge</li><li>➤ „Offene“ Formulierung = Bieterfrage</li></ul></li><li>➤ Erhöht Druck auf Bieter und Vergabestelle zum schnellen Nachprüfungsverfahren – sinnvoll?</li></ul>	<ul style="list-style-type: none"><li>➤ Sieht Vergabestelle genauso</li></ul>

## 4) Die richtige Vorabinformation an die unterlegenen Bieter

- Rechtliche Vorgaben
  - EU-weite Vergaben: zwingende Benachrichtigung nicht berücksichtigter Bieter, § 134 GWB
    - Name des Unternehmens, das Auftrag erhalten soll
    - Gründe der vorgesehenen Nichtberücksichtigung
    - Frühester Zeitpunkt des Vertragsschlusses
    - Textform
    - Auch bei Teilnahmewettbewerb, wenn keine Information über Ablehnung der Bewerbung
    - Vertragsschluss frühestens 10 Kalendertage nach Absendung der Information (bei elektronischem Versand/per Fax)

# 4) Die Praxis

Bieterseite	Vergabestelle
<p>„Ausnutzen“ des Zeitpunkts der Benachrichtigung</p> <ul style="list-style-type: none"><li>➤ „Kalendertage“: Freitag Nachmittags</li><li>➤ Information über Feiertage/Ferien</li></ul> <p>Kein Vorteil für Vergabestelle</p> <ul style="list-style-type: none"><li>➤ Bieter ohnehin zu weiterem Vorgehen entschlossen</li><li>➤ Erhöhter Zeitdruck für beide Seiten</li></ul>	<ul style="list-style-type: none"><li>➤ Die früher übliche Gebaren das Informations- und Absageschreiben so zu senden, dass die Wartefrist für den unterlegenen Bieter möglichst klein ist, wird seit ca. zwei Jahren von der Vergabestelle der Berliner Feuerwehr unterlassen</li></ul>
<p>Unzureichende Angabe der Gründe</p> <ul style="list-style-type: none"><li>➤ Häufig: „Nicht das wirtschaftlichste Angebot“</li><li>➤ Transparente Angabe der Wertung bzw. des Ergebnisses der Wertungskriterien im Verhältnis zum Erstplatzierten ermöglicht klare Prüfung</li><li>➤ Verhindert ggf. weitere Rüge oder Nachprüfungsverfahren</li></ul>	<ul style="list-style-type: none"><li>➤ Kein Widerspruch der Vergabestelle der Berliner Feuerwehr</li><li>➤ Allerdings sollte Vorsicht bei der Veröffentlichung des Zuschlagspreises geboten sein, weil eventuell dann konkurrierender Bieter einen Vorteil haben könnten</li></ul>

## 5) Sind die Bieter überhaupt klagewütig?

- Verbesserungsvorschläge aus Sicht der Bieter
  - Transparente Einbeziehung des „mündigen“ Bieters
  - Direkter Zugang zu Vergabeunterlagen über link
  - Bei nicht offenem Verfahren/Verhandlungsverfahren
    - Sofortiger Abruf aller Vergabeunterlagen
  - Klare Beantwortung der Bieterfragen
  - Detaillierte nachvollziehbare Bewertungsmatrix
  - Kein Ausnutzen der Kalendertage bei der Vorabinformation
  - Konkrete nachvollziehbare Information zum Ergebnis der Wertung

## 5) Sind die Bieter überhaupt klagewütig?

**Gut informierte Bieter sind nicht klagewütig - was meinen Sie?**



## **Monika Prell**

SammlerUsinger Rechtsanwälte Partnerschaft mbB

[monika.prell@sammlerusinger.com](mailto:monika.prell@sammlerusinger.com)

T +49 30 263 95 09 – 197

[www.sammlerusinger.com](http://www.sammlerusinger.com)



## **Michael Bär**

Leiter Vergabestelle, Berliner Feuerwehr

[michael.baer@berlin-feuerwehr.de](mailto:michael.baer@berlin-feuerwehr.de)

T +49 30 387 10 – 520

[www.berlin-feuerwehr.de](http://www.berlin-feuerwehr.de)