

Die Entscheidungsfreiheit des Auftraggebers und ihre vergaberechtlichen Grenzen

1

Ihr Referent



Carsten Schmidt, LL.M.
Rechtsanwalt • Partner

2

CLP Rechtsanwälte

Die Düsseldorfer Wirtschaftskanzlei **CLP Rechtsanwälte** ist ein dynamisches und schlagkräftiges Team von derzeit 12 Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälten. Die Partner haben ihr juristisches Know-how über lange Jahre in großen nationalen und internationalen Kanzleien und Unternehmen gelernt und ihre Erfahrungen und Marktkenntnisse erfolgreich in die im Jahr 2008 gegründete Sozietät eingebracht.



CLP Rechtsanwälte - Düsseldorf
RA Carsten Schmidt, LL.M.

3

CLP Rechtsanwälte

Das Team von **CLP Rechtsanwälte** besteht aus erfahrenen Spezialisten, die über langjährige Praxiserfahrung insbesondere in den nachfolgenden Rechtsgebieten verfügen:

- Vergaberecht
- Baurecht
- Architekten- und Ingenieurrecht
- Öffentliches/Kommunales Wirtschaftsrecht
- Arbeitsrecht
- Steuerrecht
- Handels- und Gesellschaftsrecht
- M&A
- Finanz- und Kapitalmarktrecht
- Unternehmensfinanzierung
- Umweltrecht

Weitere Infos: www.clp-rechtsanwaelte.de



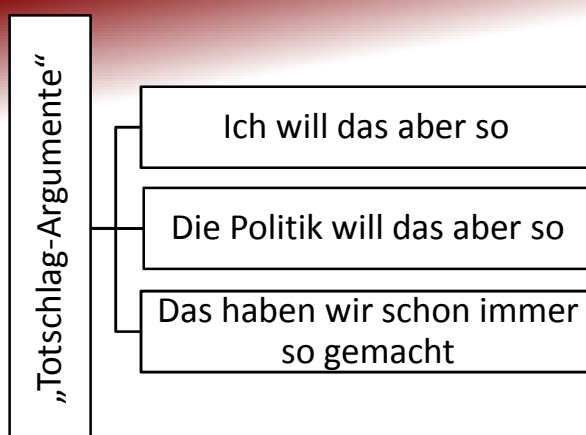
CLP Rechtsanwälte - Düsseldorf
RA Carsten Schmidt, LL.M.

4

Gliederung

- I. Einleitung
- II. Ermessen/Beurteilungsspielräume und deren gerichtliche Überprüfbarkeit
- III. Typische Problemfälle
 1. Wahl der Verfahrensart
 - a. Besondere Dringlichkeit
 - b. Wertgrenzen
 - c. Fördermittelschädlichkeit
 2. Produktneutralität i.S.v. § 7 Abs. 8 VOB/A
 3. Aufhebung des Verfahrens
 - a. Verfahrensaufhebung nach § 17 VOB/A als Ermessensentscheidung
 - b. Schadensersatzpflicht
- IV. Fazit

I. Einleitung



II. Ermessen/Beurteilungsspielräume/Gerichtliche Überprüfbarkeit

Ermessen / Beurteilungsspielräume

- Es gibt nicht nur ein Verfahren, das vergaberechtskonform sein kann; vielmehr können dem Auftraggeber vielfältige Varianten und Entscheidungsmöglichkeiten offenstehen
- Grenzen des Ausgestaltungsermessens dürfen nicht überschritten werden
- Sicherung durch den Anspruch des Bieters nach § 97 Abs. 7 GWB

„Die Unternehmen haben Anspruch darauf, dass der Auftraggeber die Bestimmungen über das Vergabeverfahren einhält.“

II. Ermessen/Beurteilungsspielräume/Gerichtliche Überprüfbarkeit

Gerichtliche Überprüfbarkeit

Keine Überprüfung der Entscheidung an sich, sondern nur Prüfung auf Ermessensfehler

- Ist der Auftraggeber bei seiner Wertung von falschen Tatsachen ausgegangen?
- Hat er Verfahrensvorschriften nicht eingehalten?
- Hat er sich von sachfremden Erwägungen leiten lassen?
- Hat er allgemein gültige Bewertungsmaßstäbe nicht beachtet?

II. Ermessen/Beurteilungsspielräume/Gerichtliche Überprüfbarkeit

Gerichtliche Überprüfbarkeit

1. Es steht dem Auftraggeber bei einer Auswahlentscheidung ein weiter Beurteilungsspielraum zu, der von den Nachprüfungsinstanzen nur eingeschränkt überprüfbar ist.
2. Dieser wird allerdings durch die allgemeinen Grundsätze des Vergaberechts, insbesondere den Transparenzgrundsatz begrenzt. Der Beurteilungsspielraum ist dort überschritten, wo der Auftraggeber seine Auswahlentscheidung ohne Berücksichtigung aller bekanntgegebenen Kriterien getroffen hat. Im Hinblick auf einen transparenten und chancengleichen Wettbewerb ist der Auftraggeber an die von ihm bekanntgegebenen Auswahlkriterien gebunden, d.h. er darf hiervon nicht im Nachhinein abweichen, indem er bei seiner Entscheidung andere als die genannten Kriterien berücksichtigt.
3. Im Umkehrschluss bedeutet dies, dass alle bekanntgegeben Kriterien bei der Auswahlentscheidung zwingend beachtet werden müssen.

(VK Nordbayern, Beschluss vom 03.05.2011 - 21.VK-3194-07/11)

II. Ermessen/Beurteilungsspielräume/Gerichtliche Überprüfbarkeit

Dokumentationspflichten

Die Ermessensausübung muss dem Gebot der Transparenzpflicht genügen.

Dokumentationspflicht nach § 20 Abs. 1 Satz 1 VOB/A:

„Das Vergabeverfahren ist zeitnah so zu dokumentieren, dass die einzelnen Stufen des Verfahrens, die einzelnen Maßnahmen, die maßgebenden Feststellungen sowie die Begründung der einzelnen Entscheidungen in Textform festgehalten werden.“

II. Ermessen/Beurteilungsspielräume/Gerichtliche Überprüfbarkeit

Dokumentationspflichten

1. Die Bieter haben ein subjektives Recht auf eine ausreichende Dokumentation. Das Vergabeverfahren und alle wesentlichen Entscheidungen sind zeitnah, lückenlos, laufend und nachvollziehbar zu dokumentieren.

2. Die Dokumentationspflicht des öffentlichen Auftragsgebers erstreckt sich sowohl auf den formalen Verfahrensverlauf als auch materiell auf die Maßnahmen, Feststellungen und Begründungen der einzelnen Entscheidungen. Es ist ein Gebot der Transparenz des Vergabeverfahrens, dass der öffentliche Auftraggeber die wesentlichen Entscheidungen des Vergabeverfahrens in den Vergabeakten dokumentiert.

(VK Südbayern, Beschluss vom 14.07.2010 - Z3-3-3194-1-29-05/10)

III. Typische Problemfälle

1. Wahl der Verfahrensart

Oberhalb der EU-Schwellenwerte
→ offenes Verfahren
→ nicht offenes Verfahren
→ Verhandlungsverfahren mit und ohne Teilnahmewettbewerb
→ Wettbewerblicher Dialog

Unterhalb der EU-Schwellenwerte
→ Öffentliche Ausschreibung
→ Beschränkte Ausschreibung mit und ohne Teilnahmewettbewerb
→ Freihändige Vergabe

III. Typische Problemfälle

1. Wahl der Verfahrensart

- für öffentliche Auftraggeber gilt grds. der Vorrang des offenen Verfahrens/der öffentlichen Ausschreibung
- Verwirklichung von Ausnahmetatbeständen §§ 3, 3 EG VOB/A

a. Besondere Dringlichkeit

- § 3 Abs. 3 Nr. 3 VOB/A

„Eine Beschränkte Ausschreibung kann erfolgen, wenn die Öffentliche Ausschreibung aus anderen Gründen (z. B. Dringlichkeit, Geheimhaltung) unzweckmäßig ist.“

III. Typische Problemfälle

a. Besondere Dringlichkeit

1. Eine Beschränkte Ausschreibung ist zulässig, wenn die Öffentliche Ausschreibung aus anderen Gründen, namentlich aus Gründen der Dringlichkeit unzweckmäßig ist. Das Tatbestandsmerkmal der Dringlichkeit muss dabei objektiv gegeben sein und ist eng auszulegen, um den Ausnahmecharakter der Beschränkten Ausschreibung gegenüber dem Regelfall der Öffentlichen Ausschreibung zu wahren.

2. Dringlichkeit ist nicht gegeben, wenn das Vergabeverfahren unter einem Zeitdruck steht, den der öffentliche Auftraggeber selbst verursacht hat oder der ihm zumindest zuzurechnen ist.

(VG Aachen, Urteil vom 14.05.2013 - 3 K 244/11)

III. Typische Problemfälle

a. Besondere Dringlichkeit

Die Verwendung der Begriffe "Besondere Dringlichkeit" unterstreicht den Ausnahmecharakter der Regelung. Eine "normale" Dringlichkeit ist nicht ausreichend. Nur dann, wenn ein unvorhergesehenes Ereignis vorliegt und die Vergabe objektiv derart eilbedürftig ist, dass selbst der Zeitbedarf für eine beschränkte Ausschreibung nicht hinnehmbar ist, ist ein Absehen von der europaweiten Ausschreibung zulässig.

(OLG München, B. v. 05.10.2012 - Az.: Verg 15/12)

III. Typische Problemfälle

b. Wertgrenzen

- z.B.: § 25 Abs. 2 GemHVO NRW / Runderlass vom 6.12.2012 des Ministeriums für Inneres und Kommunales NRW
- Möglichkeit der freihändigen Vergabe bis zu einem vorab geschätzten Auftragswert i.H.v. 100.000 € ohne Umsatzsteuer / beschränkte Ausschreibung bis zu einem vorab geschätzten Auftragswert i.H.v. 1.000.000 € ohne Umsatzsteuer

III. Typische Problemfälle

b. Wertgrenzen

- Der Auftragswert ist grundsätzlich anhand der geschätzten Gesamtvergütung für die vorgesehene Leistung zu schätzen. Dabei muss die Vergabestelle eine ernsthafte Prognose über den voraussichtlichen Auftragswert anstellen (*OLG Brandenburg, Beschluss vom 29.01.2013 - Verg W 8/12*)
- Beachtung der Grundsätze des § 3 VgV
- Keine mutwillige Zerstückelung des Gesamtauftrags in Kleinaufträge
- Die Lose einer Gesamtmaßnahme sind zu addieren

III. Typische Problemfälle

c. Fördermittelschädlichkeit

1. Verstöße gegen das Vergaberecht können zum Widerruf der Zuwendung und der Rückforderung der Fördermittel führen, wenn der konkrete Verstoß als schwerwiegend einzustufen ist.
2. Eine unzulässige Wahl der Vergabeart ist in diesem Sinne regelmäßig als schwerwiegender Verstoß einzustufen.
3. Der öffentliche Auftraggeber ist verpflichtet, bei der Vergabe von Aufträgen an Dritte das Vergaberecht zu beachten.

(Vgl. VG Aachen, Urteil vom 14.05.2013 - 3 K 244/11)

III. Typische Problemfälle

2. Produktneutralität im Sinne von § 7 Abs. 8 VOB/A

- „Soweit es nicht durch den Auftragsgegenstand gerechtfertigt ist, darf in technischen Spezifikationen nicht auf eine bestimmte Produktion oder Herkunft oder ein besonderes Verfahren oder auf Marken, Patente, Typen eines bestimmten Ursprungs oder einer bestimmten Produktion verwiesen werden, wenn dadurch bestimmte Unternehmen oder bestimmte Produkte begünstigt oder ausgeschlossen werden. Solche Verweise sind jedoch ausnahmsweise zulässig, wenn der Auftragsgegenstand nicht hinreichend genau und allgemein verständlich beschrieben werden kann; solche Verweise sind mit dem Zusatz "oder gleichwertig" zu versehen.“

III. Typische Problemfälle

2. Produktneutralität im Sinne von § 7 Abs. 8 VOB/A

- Es verbleibt kein über die Vorschrift hinausgehender Ermessensspielraum
- Verstößt der öffentliche Auftraggeber gegen das Gebot der Produktneutralität, hat dies einen Verstoß gegen
 - den Wettbewerbsgrundsatz
 - den Gleichbehandlungsgrundsatz
 - das Diskriminierungsverbot

zur Folge.

III. Typische Problemfälle

2. Produktneutralität im Sinne von § 7 Abs. 8 VOB/A

Zwei Ausnahmen:

1. Rechtfertigung durch den Auftragsgegenstand
1. Zulässigkeit einer Verweisung, wenn der Auftragsgegenstand nicht hinreichend genau und allgemein verständlich beschrieben werden kann

III. Typische Problemfälle

2. Produktneutralität im Sinne von § 7 Abs. 8 VOB/A

Der Auftraggeber darf in technischen Anforderungen nicht auf eine bestimmte Produktion oder Herkunft oder ein besonderes Verfahren verweisen, wenn dies nicht durch den Auftragsgegenstand gerechtfertigt ist oder bestimmte Unternehmen oder Produkte dadurch ausgeschlossen oder begünstigt werden. Die derart gesetzten vergaberechtlichen Grenzen der Bestimmungsfreiheit sind eingehalten, wenn die Bestimmung durch den Auftragsgegenstand sachlich gerechtfertigt ist, vom Auftraggeber dafür nachvollziehbare objektive und auftragsbezogene Gründe angegeben worden sind und die Bestimmung folglich willkürfrei getroffen worden ist, solche Gründe tatsächlich vorhanden sind und die Bestimmung andere Wirtschaftsteilnehmer nicht diskriminiert.

(OLG Düsseldorf, Beschluss vom 12.02.2014 - Verg 29/13)

III. Typische Problemfälle

2. Produktneutralität im Sinne von § 7 Abs. 8 VOB/A

Die Nennung eines bestimmten Produkts in der Leistungsbeschreibung - erst recht mit dem Zusatz "oder gleichwertiger Art" - kann auch so aufgefasst werden, dass das Produkt als Planungs-, Richt- oder Leitfabrikat, d.h. nur beispielhaft genannt wird, aus Sicht des Auftraggebers aber gar keine Festlegung auf ein bestimmtes Produkt erfolgen, sondern den Bietern lediglich die Bearbeitung des Angebots erleichtert werden soll.

„Die in der Leistungsbeschreibung enthaltenen Produktbezeichnungen gelten als Qualitätsbeispiele. Alle wesentlichen technischen Merkmale sind im Positionstext angegeben. Der Nachweis der Gleichwertigkeit der angebotenen Produkte obliegt dem Bieter...“

III. Typische Problemfälle

2. Produktneutralität im Sinne von § 7 Abs. 8 VOB/A

"In diesem Leistungsverzeichnis werden in einigen Positionen beispielhaft Fabrikate genannt, deren Eigenschaften bei der Planung zu Grunde gelegt wurden. Im Folgenden können vom Bieter gleichwertige Produkte angeboten werden, deren Gleichwertigkeit ist jedoch bei Angebotsabgabe vom Bieter nachzuweisen..."

Der Senat neigt dazu, eine derartige "unechte" Produktorientierung für zulässig zu erachten (vgl. Beschl. v. 01.10.2012, VII-Verg 34/12). Eine solche Art der Ausschreibung beruht auf einer langjährigen und verbreiteten Praxis der öffentlichen Auftraggeber, die auch den Bietern in der Regel nicht fremd ist.

OLG Düsseldorf, Beschluss vom 09.01.2013 - Verg 33/12

III. Typische Problemfälle

2. Produktneutralität im Sinne von § 7 Abs. 8 VOB/A

1. Gleichwertigkeit eines Produktes setzt keine Identität in allen Beschaffenheitsmerkmalen voraus. Vielmehr ist von entscheidender Bedeutung, hinsichtlich welcher Leistungsmerkmale Gleichwertigkeit gefordert und nach welchen Parametern diese zu bestimmen ist.

2. Die Beurteilung der Gleichwertigkeit unterliegt einem von den Vergabenachprüfungsinstanzen nur begrenzt kontrollierbaren Wertungsspielraum des Auftraggebers. Es kommt darauf an, ob die Wertung vertretbar ist.

3. Wird aus der Leistungsbeschreibung zweifelsfrei deutlich, dass es auf das optische Erscheinungsbild eines Oberputzes ankommt, und wird die Gleichwertigkeit eines angebotenen Putzes hinsichtlich des Erscheinungsbildes gerade nicht nachgewiesen, ist die Entscheidung des Auftraggebers gegen dieses Angebot hinzunehmen.

(OLG Düsseldorf, Beschluss vom 09.01.2013 - Verg 33/12)

III. Typische Problemfälle

3. Aufhebung des Verfahrens

a. Verfahrensaufhebung nach § 17 VOB/A als Ermessensentscheidung

- Die Ausschreibung kann aufgehoben werden, wenn:
 - kein Angebot eingegangen ist, das den Ausschreibungsbedingungen entspricht,
 - die Vergabeunterlagen grundlegend geändert werden müssen,
 - andere schwer wiegende Gründe bestehen.

III. Typische Problemfälle

3. Aufhebung des Verfahrens

a. Verfahrensaufhebung nach § 17 VOB/A als Ermessensentscheidung

- Entscheidung über Aufhebung ist nur eingeschränkt auf Ermessenfehler hin überprüfbar
- Die Ermessensüberprüfung erfolgt dahingehend, ob Ermessen von der Vergabestelle überhaupt nicht ausgeübt worden ist, oder ob ein Ermessens Fehlgebrauch vorliegt
- Ermessens Fehlgebrauch liegt vor, wenn
 - das vorgeschriebene Verfahren nicht eingehalten wird
 - von einem nicht zutreffenden Sachverhalt ausgegangen wird
 - von einem unvollständig ermittelten Sachverhalt ausgegangen wird
 - sachwidrige Erwägungen mit in die Wertung eingeflossen sind
 - nicht zutreffenden Anwendung des Beurteilungsmaßstabs

III. Typische Problemfälle

3. Aufhebung des Verfahrens

a. Verfahrensaufhebung nach § 17 VOB/A als Ermessensentscheidung

Ermessensreduzierung auf Null

- Von einer Pflicht zur Aufhebung ist dann auszugehen, wenn auf der Grundlage der eingegangenen Angebote eine ordnungsgemäße Vergabe nicht möglich wäre. Ein solcher Fall ist immer dann gegeben, wenn ohne die Aufhebung das Wettbewerbsprinzip, das Gleichbehandlungsgebot oder das Diskriminierungsverbot verletzt werden oder eine sachgerechte Wertung der Angebote mangels Vergleichbarkeit nicht möglich ist.

III. Typische Problemfälle

3. Aufhebung des Verfahrens

a. Verfahrensaufhebung nach § 17 VOB/A als Ermessensentscheidung

Ermessensreduzierung auf Null

- Dementsprechend ist eine Vergabe aufzuheben, wenn der Auftraggeber erkennt, dass die Verdingungsunterlagen dem Prinzip der Produktneutralität widersprechen.

(Vgl. VK Brandenburg, Beschluss vom 18.01.2007 - 1 VK 41/06)

III. Typische Problemfälle

3. Aufhebung des Verfahrens

a. Verfahrensaufhebung nach § 17 VOB/A als Ermessensentscheidung

Ermessensreduzierung auf Null

- Die rechtmäßige Aufhebung der Ausschreibung kommt als "ultima ratio" nur dann in Betracht, wenn eine Korrektur im laufenden Verfahren nicht mehr möglich ist. Vorrangig sollen Mängel im laufenden Vergabeverfahren durch eine transparente und diskriminierungsfreie Änderung der betreffenden Vorgabe behoben werden (Saarländisches OLG, B. v. 15.10.2014 - Az.: 1 Verg 1/14; 1. VK Rheinland-Pfalz, B. v. 31.01.2014 - Az.: VK 1 - 33/13; B. v. 06.02.2013 - Az.: VK 1 - 35/12; im Ergebnis ebenso OLG München, B. v. 04.04.2013 - Az.: Verg 4/13; VK Nordbayern, B. v. 09.05.2014 - Az.: 21.VK - 3194 - 08/14).

III. Typische Problemfälle

3. Aufhebung des Verfahrens

b. Schadensersatzpflicht

- Wird ein Vergabeverfahren wegen fehlender Haushaltsmittel aufgehoben, kann dieser Aufhebungsgrund im Vergabenachprüfungsverfahren nicht herangezogen werden, wenn der Auftraggeber die haushaltsrechtliche Situation nicht als Aufhebungsgrund in der Vergabeakte dokumentiert hat. Sie kann auch nicht im Wege des Nachschiebens von Ermessensgründen in das Vergabenachprüfungsverfahren eingeführt werden.
- Der öffentliche Auftraggeber kann von einem Beschaffungsvorhaben grundsätzlich auch dann Abstand zu nehmen, wenn dafür kein in den Vergabe- und Vertragsordnungen anerkannter Aufhebungsgrund vorliegt. Eine solche Aufhebung ist zwar rechtswidrig, aber dennoch wirksam.

III. Typische Problemfälle

3. Aufhebung des Verfahrens

b. Schadensersatzpflicht

- Die Bieter können die Feststellung beantragen, dass die Abstandnahme sie in ihren Rechten verletzt und Schadensersatz geltend machen. Dieser beschränkt sich regelmäßig auf das negative Interesse, also auf die Aufwände.

(Vgl. Rspr. VK Arnsberg, Beschluss vom 30.06.2014 - VK 10/14; BGH, Beschluss vom 20.03.2014 - X ZB 18/13)

III. Typische Problemfälle

3. Aufhebung des Verfahrens

b. Schadensersatzpflicht

- Das Vorliegen eines Aufhebungstatbestandes ist umfassend zu prüfen und abzusichern
- Fehleinschätzungen, z.B. durch selbst verursachte Aufhebungsgründe können erhebliche finanzielle Nachteile mit sich bringen

IV. Fazit

- Weitreichende Gestaltungsmöglichkeiten und das Vergaberecht sind nicht immer kompatibel
- Es bedarf vor jeder Entscheidung im Verfahren einer Kontrolle der Einhaltung der allgemeinen Vergabegrundsätze
- Gestaltungsspielräume werden durch den Wettbewerbsgrundsatz, durch den Gleichbehandlungsgrundsatz und durch die Transparenzpflicht eingeschränkt oder sogar ausgeschlossen.
- Jedoch bleibt der öffentliche Auftraggeber trotz aller Einengung Herr des Verfahrens

Fragen?



CLP Rechtsanwälte - Düsseldorf
RA Carsten Schmidt, LL.M.

35

Kontakt:

CLP Rechtsanwälte
Gith, Weßling und Partner mbB
RA Carsten Schmidt, LL.M.
Rheinoffice
Emanuel-Leutze-Str. 11
40547 Düsseldorf

Tel.: +49 (211)/ 50 66 66 7-0
Fax: +49 (211)/ 50 66 66 7-99
E-Mail: carsten.schmidt@clp-rechtsanwaelte.de
www.clp-rechtsanwaelte.de



Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit!



CLP Rechtsanwälte - Düsseldorf
RA Carsten Schmidt, LL.M.

36