

4. Deutscher Reparaturtag

11. Juni 2015 in Troisdorf

Billig und gut? - Jeder AG bekommt den Bieter, den er verdient



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

1

Ihr Referent



Carsten Schmidt, LL.M.
Rechtsanwalt • Partner



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

2

CLP Rechtsanwälte

Die Düsseldorfer Wirtschaftskanzlei **CLP Rechtsanwälte** ist ein dynamisches und schlagkräftiges Team von derzeit 10 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

Weitere Infos: www.clp-rechtsanwaelte.de



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

4

Gliederung

- Billig und gut? – Anspruch und Realität
- Reine „Preis-Ausschreibung“ im Lichte des Wirtschaftlichkeitsgebots
- Ermessensspielräume und deren Grenzen
- Tansparenzanforderungen
- Fazit

Billig und gut? – Anspruch und Realität

Wunschgedanke:

- qualitativ hochwertige Leistung,
- zu einem günstigen Preis,
- Beauftragung bekannter und bewährter Bieter,
- Vermeidung negativ aufgefallener Bieter.

Billig und gut? – Anspruch und Realität

Ausschreibungsrealität:

- reine „Preis-Ausschreibungen“ sind weit verbreitet,
- das preisgünstigste Angebot ist zwangsläufig für den Zuschlag vorzusehen,
- es wird zwar preisgünstig aber nicht unbedingt qualitativ hochwertig beschafft,
- latentes Qualitätsrisiko wird zugunsten einer vereinfachten Angebotswertung hingenommen.

Billig und gut? – Anspruch und Realität

Hinweis:

- Bei einfacheren Beschaffungsgegenständen mag das latente Qualitätsrisiko zugunsten einer vereinfachten Angebotswertung hinnehmbar sein. Bei komplexeren Aufträgen gewinnt der Qualitätsaspekt jedoch deutlich an Bedeutung.
- Losgelöst von dem Qualitätsrisiko als tatsächliche Folge einer reinen „Preis-Ausschreibung“, stellt sich die Frage, ob aus vergaberechtlicher Sicht eine Einengung auf das Zuschlagskriterium „Preis“ überhaupt zulässig ist.

Wirtschaftlichkeitsgebot

Gegen eine Einengung auf das Zuschlagskriterium „Preis“ könnte z.B. das Wirtschaftlichkeitsgebot sprechen.

Der § 97 Abs. 5 Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) legt fest, dass der Zuschlag auf das wirtschaftlichste Angebot erteilt wird. Auch § 16 Abs. 6 Nr. 3 VOB/A bestimmt, dass der Zuschlag auf das Angebot erteilt werden soll, das als das wirtschaftlichste erscheint. Hierbei ist der niedrigste Angebotspreis allein nicht entscheidend.

Wirtschaftlichkeitsgebot

Die Wirtschaftlichkeit eines Angebots bestimmt sich nach der günstigsten Relation zwischen dem verfolgten Zweck und dem einzusetzenden Mittel, d. h. der zu erbringenden Leistung (OLG Stuttgart, B. v. 12.4.2000 - Az.: 2 Verg 3/00).

Danach ist das wirtschaftlichste Angebot dasjenige, bei dem das günstigste Verhältnis zwischen der gewünschten Leistung und dem angebotenen Preis erzielt wird (vgl.: VK Hamburg, B. v. 17.12.2002 - Az.: VgK FB 3/02).

→ Eine solche Wirtschaftlichkeitsdefinition würde den Schluss nahe legen, dass neben dem Preis stets auch noch Leistungselemente als Zuschlagskriterium maßgeblich sein müssen.

→ In der vergaberechtlichen Praxis ist es aber anerkannt, dass auch ein Abstellen nur auf das Zuschlagskriterium „Preis“ nicht per se vergaberechtswidrig ist.

Wirtschaftlichkeitsgebot

Bei der Auswahl und Gewichtung der Zuschlagskriterien steht dem Auftraggeber ein erheblicher Ermessensspielraum zu, und der Auftraggeber kann gute Gründe dafür haben, allein den Preis für maßgeblich zu erklären und gegebenenfalls etwaige Qualitätsaspekte lediglich bei der Leistungsbeschreibung und/oder den Eignungsanforderungen zu berücksichtigen. Der öffentliche Auftraggeber darf demnach den Preis als ausschließliches Zuschlagskriterium bestimmen (vgl.: OLG Düsseldorf, B. v. 11.12.2013 - Az.: VII-Verg 22/13).

Wirtschaftlichkeitsgebot

Wenn im Unterschwellenbereich weder in der öffentlichen Bekanntmachung noch in der Aufforderung zur Abgabe eines Angebotes eines der in § 16 Abs. 6 Nr. 3 Satz 2 VOB/A genannten Zuschlagskriterien angegeben wurde, bleibt damit einziges und für alle Bieter erkennbares und daher auch allein anzuwendendes Kriterium der Entscheidung für den Zuschlag der niedrigste Angebotspreis ().

3. VK Sachsen-Anhalt, Beschluss vom 17.10.2014 - Az.: 3 VK LSA 82/14

Wirtschaftlichkeitsgebot

Das Wirtschaftlichkeitsgebot schließt somit reine „Preis-Ausschreibungen“ nicht aus. Eine derartige Festlegung der Zuschlagskriterien begegnet jedenfalls dann keinen Bedenken, wenn andere Kriterien nicht geeignet sind oder nicht erforderlich erscheinen (vgl.: 1. VK Bund, B. v. 02.04.2014 - Az.: VK 1 - 14/14).

Allerdings engt das Wirtschaftlichkeitsgebot den (zulässigen) Anwendungsbereich der reinen „Preis-Ausschreibung“ durchaus ein.

Wirtschaftlichkeitsgebot

Die Festlegung des Preises als einziges Zuschlagskriterium ist zulässig, wenn die Leistung in allen für die Zuschlagsentscheidung in Betracht kommenden Punkten hinreichend genau definiert ist.

OLG Düsseldorf, Beschluss vom 24.09.2014 - Verg 17/14

Wirtschaftlichkeitsgebot

Bei richtlinienkonformer Auslegung des § 97 Abs. 5 GWB (VOB/A § 16 Abs. 6 Nr. 3) darf der öffentliche Auftraggeber den Preis als ausschließliches Zuschlagskriterium nur dann festlegen, wenn andere Kriterien nicht geeignet sind oder nicht erforderlich erscheinen (EuGH, Urteil vom 07.10.2004 - Rs. C-247/02, IBRRS 2004, 2941; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 09.02.2009 - Verg 66/08, IBRRS 2009, 2205). Der Preis allein ist bei (teil-)funktionaler Ausschreibung von Planungsleistungen ungeeignet, weil eine allein daran ausgerichtete Wertung der Angebote qualitative Elemente nicht berücksichtigt (VOB/A § 7 Abs. 13, 14, 15, § 2 Abs. 1).

OLG Düsseldorf, Beschluss vom 11.12.2013 - Verg 22/13

Wirtschaftlichkeitsgebot

Zudem ist der Preis als alleiniges Zuschlagskriterium ungeeignet, wenn bei einer europaweiten Ausschreibung Nebenangebote zugelassen und gewertet werden sollen (BGH, Beschluss vom 07.01.2014 - X ZB 15/13).

Ermessensspielräume und Grenzen

Dem öffentlichen Auftraggeber steht bei der Ausgestaltung des Vergabeverfahrens ein grundsätzlich weiter Beurteilungs- und Ermessensspielraum zu, der durch die Nachprüfungsinstanzen nur eingeschränkt kontrollierbar ist. Dies gilt auch für die Wahl der Zuschlagskriterien und deren Gewichtung, die grundsätzlich nur gewährleisten müssen, dass das wirtschaftlichste Angebot den Zuschlag erhält (EuG, Urteil v. 19.03.2010 - Az.: T-50/05; OLG Düsseldorf, B. v. 22.01.2014 - Az.: VII-Verg 26/13).

Ermessensspielräume und Grenzen

Der Ermessensspielraum ist nicht grenzenlos!

Zum Beispiel nötigt § 6 Abs. 6 Vergabeverordnung (VgV) bei europaweiten Vergaben zur angemessenen Berücksichtigung der Energieeffizienz als Zuschlagskriterium, sofern die Lieferung von energieverbrauchsrelevanten Waren, technischen Geräten oder Ausrüstungen wesentlicher Bestandteil einer Bauleistung ist.

Reine „Preis-Ausschreibungen“ sind in derartigen Fällen unzulässig.

Ermessensspielräume und Grenzen

Bestimmungen des Auftraggebers müssen bei dem Kriterium des wirtschaftlichsten Angebots anderen Wirtschaftlichkeitsmerkmalen neben dem Preis einen angemessenen Raum zur Bewertung einräumen. Der Preis darf weder unter- noch überbewertet werden. Er stellt ein gewichtiges Merkmal dar, das beim Zuschlagskriterium des wirtschaftlichsten Angebots nicht am Rande der Wertung stehen darf, sondern vom Auftraggeber in ein angemessenes Verhältnis zu den übrigen Wertungskriterien zu bringen ist. Eine Festlegung und Gewichtung von Zuschlagskriterien, bei denen Wirtschaftlichkeitskriterien neben dem Angebotspreis nur eine marginale Rolle spielen oder der Preis eine übermäßige Bedeutung einnimmt, kann demnach gegen das Wirtschaftlichkeitsprinzip nach § 97 Abs. 5 GWB, § 16 Abs. 8 VOL/A (genauso: § 16 Abs. 6 Nr. 3 Satz 2 VOB/A) verstoßen (OLG Düsseldorf, B. v. 27.11.2013 - Az.: VII-Verg 20/13; B. v. 21.05.2012 - Az.: VII-Verg 3/12).

Ermessensspielräume und Grenzen

Stuft eine Vergabestelle beim Zuschlagskriterium des wirtschaftlich günstigsten Angebots nicht den Preis, sondern die anderen, der Auswahl des wirtschaftlichsten Angebots geltenden Kriterien auf ein unbedeutendes Maß herab (z. B. auf 5 Prozent) und kann das weitere Zuschlagskriterium (z. B. eine vorgegebene Terminplanung) problemlos von den Bietern eingehalten werden, richtet sich die Vergabeentscheidung faktisch allein nach dem Angebotspreis. Das Kriterium der Terminplanung hat nurmehr eine "Alibifunktion". Das ist vergaberechtlich unzulässig (OLG Düsseldorf, B. v. 27.11.2013 - Az.: VII-Verg 20/13).

Ermessensspielräume und Grenzen

Eine Gewichtung der Zuschlagskriterien Preis und Technischer Wert im Verhältnis 90:10 verstößt nicht gegen § 97 Abs. 5 GWB. Entscheidend hierfür ist, dass das Kriterium Technischer Wert keine bloße "Alibifunktion" hat. Ist die Leistung durch den Auftraggeber weitgehend vorgegeben, findet der Wettbewerb der Bieter vornehmlich auf der Ebene der Preisgestaltung statt, nicht aber auf der Ebene der Qualität der Leistung. Diesem Umstand bei der Entscheidung über die vorzusehende Gewichtung der Zuschlagskriterien Rechnung zu tragen, ist nicht zu beanstanden (2. VK Bund, B. v. 14.01.2014 - Az.: VK 2 - 118/13).

Transparenzanforderungen

Sofern der Auftraggeber Zuschlagskriterien, Unterkriterien, Gewichtungsregeln oder Bewertungsmatrizen festlegt, sind diese den Bietern vollständig mitzuteilen (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 19.06.2013 - Verg 8/13).

Transparenzanforderungen

Die in den Grenzen des bestehenden Ermessensspielraums vorgenommenen Festlegungen betreffend die Zuschlagskriterien, deren Gewichtung und Bewertungsmethodik sind verbindlich. Ein nachträgliches abweichen hiervon ist mit dem Transparenzgebot nicht zu vereinbaren (vgl.: VK Südbayern, Beschluss vom 16.05.2011 - Z3-3-3194-1-09-03/11).

Fazit

- Öffentliche Auftraggeber haben es selbst in der Hand, den Bieter zu finden, der sowohl preislich als auch qualitativ ansprechend ist.
- Das Vergaberecht bietet insbesondere durch die Festlegung der Zuschlagskriterien die Möglichkeit, leistungsbezogene Aspekte bei der Ermittlung des wirtschaftlichsten Angebotes einzubeziehen.
- Reine „Preis-Ausschreibungen“ sind zwar nicht per se vergaberechtswidrig, jedoch in Bezug auf mögliche qualitative Defizite latent risikobehaftet.
- Um das tatsächlich „wirtschaftlichste“ Angebot zu finden, sollte die Möglichkeit der Berücksichtigung weiterer Zuschlagskriterien nicht schon von vornherein ungeprüft zu Gunsten einer einfacheren aber nicht immer zielführenden reinen "Preis-Ausschreibung" ausgeblendet werden. Stets sollte im Vorfeld der Vergabe eine auf diesen Punkt gerichtete einzelfallbezogene Prüfung stattfinden.

Fragen?



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

25

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.

26