

Newsletter Vergaberecht

September 2022



Sehr geehrte Damen und Herren,

hiermit erhalten Sie unseren aktuellen Newsletter Vergaberecht, Ausgabe September 2022.

Wir wünschen eine angenehme Lektüre!

Mit freundlichen Grüßen

Stephan Rechten

Rechtsanwalt

[E-Mail](#)



ADVANT Beiten Textsammlung Vergaberecht 2022 kostenlos abrufbar

Auch wenn sich die Vergabewelt in den vergangenen drei Jahren nicht ganz so schnell gedreht hat, haben sich gleichwohl zahlreiche legislative Änderungen und Neuerungen ergeben. Grund genug für uns, unsere beliebte Textsammlung Vergaberecht auf einen aktuellen Stand zu bringen. Die Ausgabe 2022 enthält alle wichtigen Rechtstexte zum ober- und unter-schwelligem Vergaberecht sowie die 2021 hinzugetretene Wettbewerbsregisterverordnung (WRegV) und das Saubere-Fahrzeuge-Beschaffungs-Gesetz (SaubFahrzeugBeschG). Zudem haben wir erstmals weitere beschaffungsrelevante Normen weiterer Bundesgesetze im Auszug hinzugefügt (z. B. MiLoG, SchwarzArbG oder KSG) und um weitere praxisrelevante Dokumente ergänzt (z. B. Schwellenwerte 2022/2023, Katalog der Bauleistungen im Anhang II zur RL 2014/24/EU, Zusammenstellung der sozialen und besonderen Dienstleistungen im Anhang XIV zur RL 2014/24/EU).

Das Kompendium können Sie auf unserer Homepage kostenlos herunterladen:

[zur Textsammlung](#)

Bewertung von Bieterpräsentationen zur Qualifikation des eingesetzten Personals – ein gefährliches Pflaster

Die Vergabekammer Südbayern hat einmal mehr die Grenzen der Möglichkeiten der Bewertung einer Bieterpräsentation aufgezeigt (Beschluss vom 28. Oktober 2021 – 3194.Z3-3-01-21-27). Dabei hat sie die Besonderheiten einer Präsentation mit Blick auf das Zuschlagskriterium "Qualifikation des eingesetzten Personals" herausgearbeitet und ihre hohen Anforderungen an die Rechtmäßigkeit der Bewertung und die Dokumentation bekräftigt.

Der Sachverhalt

Der Auftraggeber schrieb einen Versorgungsvertrag nach § 14 ApoG im Wege eines Verhandlungsverfahrens mit Teilnahmewettbewerb aus. Nach Einreichung der ersten Angebote fanden Verhandlungs- und Präsentationstermine mit den Bietern statt. Leistungsgegenstand waren u. a. neben der Versorgung mit Arzneimitteln und deren Herstellung auch die Erbringung von Logistik- und Controllingaufgaben sowie von (persönlichen) (Notfall-)Beratungsleistungen.

In den Zuschlagskriterien war u. a. das Kriterium "Gesamteindruck des vorgesehenen Projektleiterteams aus der Bieterpräsentation" mit einem Gewicht von 10 Prozent vorgesehen. Dieser Gesamteindruck sollte anhand der Struktur und Verständlichkeit des Vortrags, der Darstellung der persönlichen Arbeitsweise, des Eingehens auf Rückfragen, des Eindrucks bei der fachlichen Erläuterung sowie der Team- und Kommunikationsfähigkeit beurteilt werden. Die Punkte sollten wie folgt ermittelt werden: 5 Punkte erhält ein gut strukturierter und fachlich weitestgehend überzeugender Vortrag, nachvollziehbare Ausdrucksweise, hohes Maß an Kommunikationsfähigkeit, gutes Zusammenwirken der Einzelvorträge zu einer weitestgehend schlüssigen Bieterpräsentation insgesamt, Eindruck eines hohen Maßes an Teamfähigkeit.

Die unterlegene Bieterin beanstandete u. a. die Bewertung des Vortrags in der Präsentation als vergaberechtswidrig. Mit Erfolg!

Die Entscheidung

Zunächst stellte die Vergabekammer fest, dass die Antragstellerin nicht mit ihrem Vorbringen gegen die Bewertung der Präsentation präkludiert und der Antrag daher zulässig war. Da im konkreten Fall keine positive Kenntnis der Antragstellerin ersichtlich war, kam es auf die Erkennbarkeit des Vergaberechtsverstoßes im Sinne von § 160 Abs. 3 S. 1 Nr. 3 GWB an. Eine Erkennbarkeit schied aus Sicht der Vergabekammer vorliegend

aus, da die vergaberechtliche Zulässigkeit von Bieterpräsentationen als Zuschlagskriterien sowie die hieran zu stellenden vergaberechtlichen Anforderungen in der vergaberechtlichen Rechtsprechung bislang unterschiedlich beurteilt wurden. Die Antragstellerin traf daher keine Obliegenheit, die Vorgehensweise schon vorher (etwa bis zur Teilnahme- oder Angebotsfrist) zu rügen.

Der Nachprüfungsantrag war für die Vergabekammer mit Blick auf das Zuschlagskriterium "Gesamteindruck des vorgesehenen Projektleiterteams aus der Bieterpräsentation" auch begründet, da das Kriterium nicht den notwendigen Auftragsbezug gem. § 127 Abs. 3 GWB aufweise (unten 1.). Auch habe die Wertung selbst Ermessensfehler enthalten (unten 2.) und sich mangels hinreichender Dokumentation der Inhalte der Präsentation nicht nachvollziehen lassen (unten 3.).

1. Auftragsbezug

Die Vergabekammer erkannte zunächst an, dass der Auftraggeber besondere Anforderungen an das eingesetzte Personal aufstellen durfte, und beanstandete daher das Zuschlagskriterium der Qualifikation des mit der Ausführung des Auftrags betrauten Personals im Sinne von § 58 Abs. 2 S. 2 Nr. 2 VgV selbst nicht. Der Auftraggeber hatte nachvollziehbar dargelegt, dass die Projektleitung im Vorliegenden insbesondere einer ganzen Reihe von "Soft Skills" bedarf, etwa Team-, Kritik- und Kommunikationsfähigkeit, Stressbewältigung, Selbstbewusstsein, Zeitmanagement und Körpersprache, um den vielfältigen Aufgaben im Kontakt mit ganz unterschiedlichen Personengruppen gerecht werden zu können. Auch hat der Auftraggeber auf die besonderen Herausforderungen der "Arzneimittelkommission" und auf die vom Auftragsgegenstand mit umfassten Beratungsleistungen hingewiesen. Die Vergabekammer erachtete die Kriterien als hinreichend konkret und daher als Zuschlagskriterium an sich als geeignet.

Die Vergabekammer bezweifelte aber, dass das Zuschlagskriterium der Bewertung der Bieterpräsentation mit seinen Unterkriterien geeignet war, diese Qualifikation überhaupt zu bewerten. Es blieben nach ihrer Ansicht nämlich Zweifel, ob das Abhalten einer Präsentation eine geeignete "Teststellung" für die Bewertung der Qualität des Projektleiterteams einer krankenhausversorgenden Apotheke darstellen kann. Damit fehlte es an der nach § 127 Abs. 3 GWB notwendigen Verbindung zwischen Zuschlagskriterium und Leistungsgegenstand. Ein solcher Bezug hätte nach Ansicht der Vergabekammer nur bestanden, wenn die Tätigkeit als referierende Person (ähnlich der Präsentation in den Verhandlungen) auch

Gegenstand der ausgeschriebenen Leistung gewesen wäre. Andernfalls sei es kaum denkbar, dass die bewertete Qualität in Bezug auf den Vortrag des Projektleiters den nach § 58 Abs. 2 S. 2 Nr. 2 VgV nötigen erheblichen Einfluss auf das Niveau der Auftragserfüllung haben kann.

2. Bewertungsfehler

Darüber hinaus hat die Vergabekammer in ihrem Beschluss auch wertvolle Praxishinweise zur Bewertung solcher Präsentationen gegeben: Zwar billigt sie (in Einklang mit der ständigen Rechtsprechung) dem Auftraggeber bei der Angebotswertung einen Beurteilungsspielraum zu, der auch nur eingeschränkt der Nachprüfung unterliegt. Die Bewertung des Auftraggebers darf insbesondere nicht durch eine eigene Wertung der Vergabekammer ersetzt werden. Allerdings muss die Wertungsentscheidung der Prüfung den vergaberechtlichen Anforderungen standhalten. Sie muss dafür in dem vorgeschriebenen Verfahren und auf der Grundlage eines vollständig ermittelten Sachverhalts, ohne Einfließen sachwidriger Erwägungen und unter Beachtung allgemeingültiger Bewertungsmaßstäbe zustande gekommen sein.

Für die Vergabekammer Südbayern ergab sich aus der vorhandenen Dokumentation der Bewertung vor allem, dass bei der Bewertung seitens des Auftraggebers nicht stringent darauf geachtet wurde, nur die Ausführungen der Projektleitung zu bewerten. Dafür sprach zum einen, dass der benannte stellvertretende Projektleiter gar nicht anwesend war, sondern nur der Projektleiter. Zum anderen hatte offenbar der gar nicht als Projektleiter vorgesehene Inhaber der Apotheke maßgeblichen Anteil an der Präsentation. Es war für die Vergabekammer aus der Dokumentation nicht erkennbar, dass dies erkannt worden und die Beiträge des Inhabers der Apotheke, der bei der Leistungserbringung nach dem Angebot keine entscheidende Rolle spielen sollte, bei der Bewertung unberücksichtigt geblieben sei. Darin lag nach Auffassung der Kammer ein schwerer Ermessensfehler des Auftraggebers, der die Bewertung der Präsentation der erfolgreichen Bieterin vergaberechtswidrig machte.

3. Dokumentation

Darüber hinaus hat die Vergabekammer erneut die Bedeutung der Dokumentation der Angebotswertung hervorgehoben, die die Nachvollziehbarkeit der Wertungsentscheidung sicherzustellen hat. Die Dokumentationspflichten des Auftraggebers korrespondieren mit der Offenheit des Bewertungssystems: je größere Spielräume sich der Auftraggeber durch die Gestaltung der Zuschlagskriterien und die Wahl der Bewertungsmethode verschafft, desto höher sind die Anforderungen an die Dokumentation.

Vorliegend hatte der Auftraggeber Kriterien mit einem relativ offenen Bewertungssystem gewählt. Diese waren zwar aus Sicht der Vergabekammer vergaberechtlich zulässig, führten aber zu erhöhten Anforderungen an die Dokumentation, die im vorliegenden Fall nicht erfüllt waren. Zum einen waren die konkreten Inhalte der Präsentation selbst nicht dokumentiert. Insbesondere war anhand der Vergabeakte nicht nachvollziehbar, welche Aussagen von welchem Teilnehmer auf Bieterseite (Projektleiter oder nicht zu bewertender Betriebsinhaber) getroffen wurden. Auch die handschriftlichen Notizen der Mitglieder des Wertungsgremiums gaben überwiegend nur die Wertungsergebnisse wieder, ohne dass erkennbar war, woran (d. h. an welchen Tatsachen) diese festgemacht wurden. Damit waren auch die Dokumentationspflichten verletzt.

Praxisempfehlung

Präsentationstermine erfreuen sich – egal ob persönlich oder in Pandemiezeiten virtuell per Videokonferenz – nach wie vor großer Beliebtheit bei Auftraggebern. Insbesondere wenn Beratungsleistungen, Aufträge im kreativen Bereich (z. B. Agenturverträge, Web-Design, Werbung) oder Entwicklungsleistungen, die in enger Abstimmung mit dem Auftraggeber erbracht werden müssen (z. B. Planungsaufträge, Software-Entwicklungsprojekte), vergeben werden, wünschen sich viele Auftraggeber, die maßgeblichen Vertreter der potentiellen Auftragnehmer vorher schon im Zuge des Vergabeverfahrens persönlich kennen lernen zu können. *"Die wollen wir vorher schon mal sehen"*, ist ein Standard-Argument für die Durchführung von Präsentationsterminen mit den Bietern. Der Einsatz der entsprechenden Personen aus dem Angebot wird dann zumeist über entsprechende vertragliche Regelungen zur Pflicht des Auftragnehmers gemacht, um sicherzustellen, dass man später die Leistung der vorgestellten Personen erhält. Der Austausch ist oft nur unter engen Voraussetzungen und nur mit vorheriger Zustimmung des Auftraggebers zulässig.

Gedanken darüber, was man bei solchen Vorstellungen bewerten will und wie die Bewertung konkret erfolgen soll, hat sich die Auftraggeberseite dabei meist nicht gemacht. Insoweit ist vor allem auf den von der Vergabekammer in der vorliegenden Entscheidung angezogenen Auftragsbezug gem. § 127 Abs. 3 GWB zu achten. Eine Bewertung der persönlichen Qualifikation im Zuge eines Vortrags der für die

Leistungserbringung vorgesehenen Personen kann nach den Maßstäben der Vergabekammer nur fachliche Inhalte zum Gegenstand haben, sofern nicht etwa Schulungsleistungen ausgeschrieben werden, bei welchen es auf die Vortragsfähigkeiten der Personen ankommt. Daher sollten entsprechende fachlich-inhaltliche Kriterien gewählt werden, wenn man denn überhaupt eine Präsentation bewerten will. Soll bzw. kann keine Bewertung angestellt werden, so wird dann oft die berechtigte Frage gestellt: "Wie können wir es in die Wertung einfließen lassen, wenn wir die Leute nicht sympathisch oder wenig kompetent finden, die in der Präsentation auftreten?" Die Antwort lautet mehr denn je: "gar nicht". Für einen "Nasenfaktor" bietet das Verhandlungsverfahren keinen Platz. Kann eine mangelnde fachliche Kompetenz nicht an fachlich-inhaltlichen Anforderungen und bestenfalls auch anhand der Papierform der im Angebot dargelegten fachlichen Qualifikationen des für die Leistungserbringung maßgeblichen Personals (etwa Lebensläufe und Referenzen von Projektleiter und Stellvertreter) festgemacht werden, so hilft nur noch ein vorsichtiges Hinwirken auf einen Austausch der angebotenen Person im finalen Angebot. Umso mehr Sorgfalt sollte in die Festlegung der Anforderungen an die Qualifikation der Personen und deren Nachweis investiert werden.

Die Anmerkungen der Vergabekammer zum Thema Dokumentation sollte sich jeder Auftraggeber nicht nur für die Bewertung von Präsentationen, sondern allgemein für jede Angebotswertung zu Herzen nehmen. Für die Vergabekammer existiert faktisch kein Sachverhalt, der sich nicht in der Vergabeakte dokumentiert wiederfindet. Insbesondere bei Bewertungen von Präsentationen, aber auch z. B. bei Diskussionen zur Entscheidungsfindung in Wertungsgremien, werden häufig nur wenige, kaum aussagekräftige Notizen gemacht. Eine Dokumentation (egal ob handschriftlich oder maschinell) der tragenden Gründe für eine Wertung, insbesondere des Sachverhalts (also des Angebots- oder Verhandlungsinhalts), an dem die Wertung festgemacht wird, ist jedoch absolut unerlässlich für eine Dokumentation, die die Wertungsentscheidung nachvollziehbar macht. Dies gilt in besonderem Maße auch für die Bewertung von Konzepten in Angeboten, die aufgrund ihrer zumeist weiten Beurteilungsspielräume bei der Vergabe von Noten oder Punkten umso höheren Anforderungen an die Dokumentation unterliegt.

Katrin Lüdtko

Rechtsanwältin, Fachanwältin für Verwaltungsrecht

[E-Mail](#)



Newsticker

Indikative Angebote müssen nicht vollumfänglich den Vergabeunterlagen entsprechen

Gleich zwei aktuelle Entscheidungen (BayObLG, Beschluss vom 3. Juni 2022 – Verg 7/22 und OLG Karlsruhe, Beschluss vom 21. Mai 2022 – 15 Verg 4/21) befassen sich mit der Frage des Ausschlusses indikativer Angebote wegen unzulässiger Änderungen an den Vergabeunterlagen. Dabei wurde von beiden Gerichten klargestellt, dass in einem Verhandlungsverfahren einzureichende, ausdrücklich als "indikative Angebote" geforderte Angebote, die noch nicht bezuschlagt werden sollen, noch nicht sämtliche Anforderungen der Leistungsbeschreibung zu erfüllen haben. Abweichungen vom gewünschten Angebotsinhalt können unter Umständen in den nachfolgenden Angebotsrunden beseitigt werden.

Nur die vom Auftraggeber eindeutig und unmissverständlich als Mindestanforderungen bereits für die indikativen Angebote aufgestellten Anforderungen müssen auch zwingend in den indikativen Angeboten erfüllt sein. Ob solche eindeutigen Mindestanforderungen festgelegt wurden, ist durch Auslegung nach dem objektiven Empfängerhorizont eines potenziellen Bieters zu ermitteln. Dabei sind auch im Zuge des Verhandlungsverfahrens ergehende Erläuterungen zu Ausschlusskriterien sowie die übrigen Vergabeunterlagen mit einzubeziehen. So schloss etwa das OLG Karlsruhe aus der Verwendung der ausdrücklichen Bezeichnung "Mindestanforderung" an mehreren Stellen in der Leistungsbeschreibung darauf, dass an anderen Stellen, an welchen diese Formulierung nicht gewählt wurde, auch keine Mindestanforderung aufgestellt wurde. Insoweit bestehen hohe Anforderungen an die Transparenz der Ausschlusskriterien, die bereits auf indikative Angebote Anwendung finden sollen.

Erfüllen indikative Angebote eindeutig als solche definierten Mindestanforderungen nicht, so sind sie noch vor den Verhandlungen auszuschließen, § 57 Abs. 1 Nr. 4 VgV bzw. § 16 Nr. 2 VOB/A-EU.

Kein Feststellungsantrag bei Einreichung nach Zuschlagserteilung

Die 1. Vergabekammer des Bundes hat einen Nachprüfungsantrag als unzulässig (weil unstatthaft) verworfen, der darauf gerichtet war, eine Rechtsverletzung festzustellen, aber erst nach der Zuschlagserteilung eingereicht worden war (VK Bund, 13. Juni 2022 – VK 1-47/22). In dem entschiedenen Fall hatte die Antragstellerin wenige Stunden nach

Zuschlagserteilung einen Nachprüfungsantrag gestellt, der sich zunächst auf die Verhinderung des Zuschlags richtete. Nachdem sie von der bereits erfolgten Zuschlagserteilung erfahren hatte, nahm sie den Antrag teilweise zurück und begehrte nur noch die Feststellung, dass eine Rechtsverletzung vorgelegen habe und dass der geschlossene Vertrag unwirksam sein. Die Vergabekammer hielt diesen Antrag bereits für unzulässig, da er erst nach Zuschlagserteilung gestellt wurde.

Zwar sieht § 168 Abs. 2 S. 2 GWB einen Feststellungsantrag im Falle der Erledigung des Nachprüfungsverfahrens durch Erteilung des Zuschlags, durch Aufhebung oder durch Einstellung des Vergabeverfahrens oder in sonstiger Weise vor. In einem solchen Fall stellt die Vergabekammer auf Antrag eines Beteiligten fest, ob eine Rechtsverletzung vorgelegen hat.

Ein solcher Feststellungsantrag setzt aber voraus, dass das Nachprüfungsverfahren durch Einreichen eines entsprechenden Nachprüfungsantrags bei der Vergabekammer bereits eingeleitet worden ist, bevor das erledigende Ereignis eingetreten ist. Ein Feststellungsantrag kommt bei zeitlich engen Konstellationen etwa sogar dann noch in Betracht, wenn der Zuschlag nach der Einreichung des Antrags bei der Vergabekammer, aber vor der Übermittlung dieses Antrags an den Auftraggeber erteilt worden ist (unter Verweis auf BGH, Beschluss vom 19. Dezember 2000 – X ZB 14/00). Dies entspricht auch dem Gesetzeszweck, da das Nachprüfungsverfahren vor den Vergabekammern nur der Gewährung von Primärrechtsschutz dient, der es ermöglichen soll, Rechtsverletzungen in einem laufenden Vergabeverfahren zu beseitigen und die Chancen eines Antragstellers auf Zuschlagserteilung zu wahren. Ein wirksam erteilter Zuschlag hingegen kann nicht aufgehoben werden (vgl. § 168 Abs. 2 S. 1 GWB).

Der unterlegene Bieter ist im Falle einer wirksamen Zuschlagserteilung daher auf Sekundärrechtsschutz verwiesen, der auf Schadensersatz gerichtet ist. Für diesen sind nicht die Vergabekammern, sondern die ordentlichen Gerichte zuständig (§ 13 GVG). Lediglich in dem Ausnahmefall des § 168 Abs. 2 S. 2 GWB, in dem bereits ein Nachprüfungsverfahren eingeleitet war, soll der Antragsteller durch die Möglichkeit eines Feststellungsantrags nicht um die "Früchte" des bisherigen Nachprüfungsverfahrens gebracht werden. Daher müssen Bieter sorgfältig darauf achten, auch bei knappen Fristen im Falle einer drohenden Zuschlagsentscheidung rechtzeitig Rechtsschutz bei den Vergabekammern zu suchen.

Aber: Eile mit Weile – ein verfrühter Nachprüfungsantrag ist auch unzulässig

Stellt ein Bieter allerdings noch vor der Entscheidung über den Zuschlag einen Nachprüfungsantrag, während die Vergabestelle noch mit der Prüfung der Rüge befasst ist und noch keine Entscheidung über die Abhilfe getroffen hat, ist dieser Antrag mangels Antragsbefugnis gem. § 160 Abs. 2 S. 2 GWB ebenfalls unzulässig (so die VK Hessen, Beschluss vom 22. Juli 2022 – VK VOB-96 e 01.02/33-2022/1). Die Antragsbefugnis ist nur dann gegeben, wenn eine die Rechte des Antragstellers verletzende Entscheidung des Auftraggebers bereits vorliegt; eine bloß drohende Rechtsverletzung genügt noch nicht. Vermutet der Antragsteller, dass die Vergabestelle eine ihn beeinträchtigende, möglicherweise vergaberechtswidrige Vergabeentscheidung treffen wird, so muss er diese abwarten und kann nicht bereits vorab einen Nachprüfungsantrag auf die drohende Rechtsverletzung stützen. Hat ein Bieter noch vor Ablauf der Angebotsfrist einen Vergaberechtsverstoß gerügt, so muss er zunächst die Prüfung und Nichtabhilfeentscheidung des Auftraggebers abwarten. Legt der Bieter übereilt einen Nachprüfungsantrag ein, so fehlt ihm dafür das Rechtsschutzinteresse. Die Vergabestelle muss Gelegenheit haben, die Rüge zu prüfen und ggf. ihr auch abzuhelpfen. Hätte der Rügende nicht zu warten, so würde seine Rügeobliegenheit vollständig entwertet und der Vergabestelle ihre Abhilfemöglichkeit genommen.

Gerade bei zeitlich eng getakteten Verfahren stehen Bieter daher immer wieder vor der Entscheidung, ob sie abwarten oder bereits vor einer Entscheidung der Vergabestelle die Vergabekammer bemühen sollten. Für die Vergabestelle hingegen stellt sich die Frage, ob und in welchem Zeitrahmen sie wie auf etwaige Rügen reagieren soll. Es empfiehlt sich in der Praxis, dem Rügenden mitzuteilen, dass man seine Rüge erhalten hat und diese überprüft; damit löst der Auftraggeber ganz eindeutig die oben dargestellte Wartepflicht des Rügenden bis zur Nichtabhilfeentscheidung aus. Steht kurzfristig (etwa in einem Offenen Verfahren) die Zuschlagsentscheidung an, so sollte auch klargestellt werden, dass diese nicht vor der abschließenden Prüfung und Entscheidung über die Rüge ergehen wird, damit sich der rügende Bieter nicht aufgrund (vermeintlich) drohender Zuschlagsentscheidung zu übereiltem Handeln genötigt sieht.

Bewertungsmethode muss grundsätzlich vor Öffnung der Angebote feststehen, darf aber ausnahmsweise auch danach geändert werden

Das KG hatte sich mit der Festlegung der Bewertungsmethode zu befassen (Beschluss vom 27. Juni 2022 – Verg 4/22). Konkret ging es um die Bewertung von Qualitätskriterien mit Noten von 5 (sehr gut) bis 0 (keine verwertbaren Angaben). Der Auftraggeber hatte in der Bekanntmachung lediglich die Zuschlagskriterien und die Notenskala veröffentlicht sowie mitgeteilt, dass die Bewertung von einem mit fünf fachkundigen Mitarbeitern besetzten Gremium durchgeführt werden sollte. Wie die konkrete Note ermittelt werden würde (durch Bildung eines Durchschnittswerts, mittels einer Rundung oder auch durch Einigung der Mitglieder des Gremiums auf eine einheitliche Benotung), war hingegen nicht mitgeteilt worden. Das Gremium hatte bei der Bewertung Noten mit einer Nachkommastelle gebildet und daher keine "ganzen" Noten vergeben. Dies war von einer Bieterin gerügt worden, woraufhin der Auftraggeber eine erneute Wertung durchführte und nunmehr die Notendurchschnitte kaufmännisch rundete, was zur Vergabe "ganzer" Noten führte und zugleich auch die Reihung der Angebote veränderte. Dagegen wehrte sich die nun unterlegene Bieterin.

Das Vorgehen des Auftraggebers war vorliegend nach Auffassung des KG zulässig: er hat das zu Grunde liegende Zuschlagkriterium nicht verändert, sondern lediglich die Bewertungsmethode, die er nicht bekannt gemacht hatte. Die Bekanntmachung der Bewertungsmethode hätte auch nicht erfolgen müssen (vgl. auch EuGH, Urteil vom 14. Juli 2016 – Rs. C-6/15). Da der Auftraggeber vorliegend (auf eine Rüge hin) festgestellt hatte, dass die angewandte Methodik zur Bildung des Durchschnitts unter Zulassung von Zwischenwerten nicht geeignet war, die in den Vergabeunterlagen bekannt gegebene Vergabe von ganzzahligen Noten zu erreichen, durfte er die Bewertungsmethodik umstellen und eine Neubewertung unter kaufmännischer Rundung der Ergebnisse durchführen. Dies durfte vorliegend sogar in Kenntnis der Angebote (!) erfolgen, da der Auftraggeber eine vollständige Neubewertung vornehmen ließ und dafür auch ein neues, mit nicht vorher mit der Vergabe befassten Personen besetztes Wertungsgremium bildete.

Im Ergebnis ist also festzuhalten, dass es ratsam sein kann, die Bewertungsmethodik nicht in den Vergabeunterlagen zu veröffentlichen, um später noch Korrekturen vornehmen zu können. Die Methodik muss aber grundsätzlich bereits vor der Angebotsöffnung (entsprechend dokumentiert!) festgelegt werden und darf nur im Ausnahmefall später abgeändert werden. In jedem Fall sind die Grundsätze der Transparenz und Gleichbehandlung zu beachten und die Bewertung muss gerade bei Gremienentscheidungen sauber und detailliert unter Niederlegung des gewählten Verfahrens der Entscheidungsfindung dokumentiert werden.

Auftraggeber dürfen Leistungsversprechen vertrauen

Immer wieder Gegenstand der Rechtsprechung ist die Frage, inwieweit es zulässig ist, dass ein Bieter Anforderungen der Leistungsbeschreibung nach seinem Angebot erst im Zeitpunkt der Leistungserbringung erfüllen wird. In der Regel ergehen solche Entscheidungen auf die typische Rüge des unterlegenen Konkurrenten hin, der mehr oder minder substantiiert behauptet, dass der intendierte Zuschlagsempfänger die Leistung nicht erbringen kann.

Aktuell befassten sich die VK Sachsen (Beschluss vom 15. März 2022 –1/ SVK/001-22) und das Bayerische Oberste Landgericht (Beschluss vom 3. Juni 2022 – Verg 7/22) mit dieser Thematik. Beide stellten fest, dass ein Auftraggeber grundsätzlich einem Leistungsversprechen eines Bieters in seinem Angebot vertrauen darf und nicht verpflichtet ist, die von den Bietern gemachten Angaben auf ihren Wahrheitsgehalt hin zu überprüfen. Ergeben sich allerdings Anhaltspunkte dafür, dass der Bieter die Vorgaben möglicherweise nicht einhalten kann, so ist er gehalten, eine Aufklärung herbeizuführen.

Weiter stellte die VK Sachsen fest, dass ein Bieter etwa im Zeitpunkt der Angebotserstellung noch nicht alle technischen Mittel und das erforderliche Personal bereithalten muss. Es genügt, wenn der Bieter sich die sächlichen Mittel und das Personal erst nach Zuschlagserteilung bis zum Beginn der Leistungserbringung beschaffen wird. Sofern das diesbezügliche Leistungsversprechen plausibel ist (siehe vor) und kein Anhaltspunkt für Zweifel daran besteht, ist also ein Angebot eines Bieters, der etwa über zertifiziertes Personal (das jederzeit eingestellt bzw. für das die Zertifizierung rechtzeitig erlangt werden kann) nicht auszuschließen.

Ihre Ansprechpartner

Für Rückfragen sprechen Sie den ADVANT Beiten Anwalt Ihres Vertrauens an oder wenden Sie sich direkt an das ADVANT Beiten Vergaberechts-Team:

Berlin

Lützowplatz 10 | 10785 Berlin

Tel.: +49 30 86471-219

Stephan Rechten

Rechtsanwalt

[E-Mail](#)



Max Stanko

Rechtsanwalt,
Fachanwalt für
Vergaberecht

[E-Mail](#)



Düsseldorf

Cecilienallee 7 | 40474 Düsseldorf

Tel.: +49 211 518989-0

Sascha Opheys

Rechtsanwalt,
Fachanwalt für
Vergaberecht

[E-Mail](#)



Frankfurt am Main

Mainzer Landstraße 36 | 60325 Frankfurt am Main

Tel.: +49 756095-195

Christopher Theis

Rechtsanwalt,
Fachanwalt für
Vergaberecht

[E-Mail](#)



München

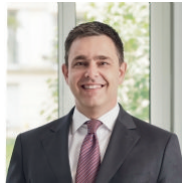
Ganghoferstraße 33 | 80339 München

Tel.: +49 89 35065-1452

Michael Brückner

Rechtsanwalt

[E-Mail](#)



Hans Georg Neumeier

Rechtsanwalt,
Fachanwalt
für Verwaltungsrecht

[E-Mail](#)



Katrin Lüdtke

Rechtsanwältin,
Fachanwältin für
Verwaltungsrecht

[E-Mail](#)



REDAKTION (verantwortlich)

Stephan Rechten | Rechtsanwalt

© Beiten Burkhardt

Rechtsanwaltsgesellschaft mbH

Vergaberecht@advant-beiten.com

www.advant-beiten.com



Zur Newsletter Anmeldung

E-Mail weiterleiten

Hinweise

Diese Veröffentlichung stellt keine Rechtsberatung dar.

Wenn Sie künftig keine Informationen erhalten möchten, können Sie sich jederzeit [abmelden](#).

© Beiten Burkhardt

Rechtsanwaltsgesellschaft mbH

Alle Rechte vorbehalten 2022

Impressum

ADVANT Beiten

Beiten Burkhardt Rechtsanwaltsgesellschaft mbH

(Herausgeber)

Ganghoferstraße 33, 80339 München

AG München HR B 155350/USt.-Idnr: DE-811218811

Weitere Informationen (Impressumsangaben) unter:

<https://www.advant-beiten.com/de/impressum>

Beiten Burkhardt Rechtsanwaltsgesellschaft mbH ist Mitglied von ADVANT, einer Vereinigung unabhängiger Anwaltskanzleien. Jede Mitgliedskanzlei ist eine separate und eigenständige Rechtspersönlichkeit, die nur für ihr eigenes Handeln und Unterlassen haftet.