

**Handreichungen für die Vergabe von Dienstleistungen
(August 2004)**

**(erarbeitet von der interministeriellen Arbeitsgruppe
unter Federführung des StMWIVT)**

Gliederungsübersicht

I) Vorbemerkung	3
II) Vorbereitung der Auftragsvergabe.....	3
1) Bedarfsfeststellung	3
2) Vergabevermerk	4
3) Vertragsdauer	5
4) Auftragswertberechnung	6
5) Haushaltsmittel	8
6) Festlegung der Auswahlkriterien (Wertungsfragen)	8
7) Wahl der Verfahrensart – Dringlichkeit, Ausschließlichkeit, unaufgeforderte Angebote, eindeutige und erschöpfende Beschreibbarkeit	10
8) Hinweise zur Anwendung des Verhandlungsverfahrens/der Freihändigen Vergabe.....	12
9) Zubenennung durch das Auftragsberatungszentrum Bayern e.V.(ABZ)	13
10) Einschaltung privater Erfüllungsgehilfen in Vergabeverfahren.....	13
11) Beteiligung kleiner Firmen.....	14
III) Durchführung des Vergabeverfahrens	15
1) Vertrags- und andere Muster	15
2) Information erfolgloser Bieter	15
3) Minimierung von Nachprüfungsrisiken	16
IV) Einzelfragen.....	17
1) Aufhebung einer Ausschreibung bei Haushaltssperre.....	17
2) Anschlussauftrag	17
3) Rahmenvertrag, Option und Öffnungsklausel	20
a) Rahmenvertrag	20
b) Option.....	22
c) Öffnungsklausel.....	23
4) Berateraufträge	23
5) Verbindung von Gestaltungs- und Ausführungsaufträgen (Druck von Flyern und Broschüren).....	25
a) Auftragswertberechnung (durchlaufende Posten)	26
b) Schutzrechte des Auftragnehmers	26
6) In-house-Geschäft.....	26
7) Organisation der Vergabe, elektronische Vergabe.....	27
8) Schulung	27
V) Anhang	27
1) Hinweise auf Vorschriften und Hilfsmittel	27
2) Erläuterungen zu § 13 VgV	28
a) Inhalt und Umfang der Vorabinformationspflicht.....	28
(1) Nicht berücksichtigte Bieter	29
(2) De-facto-Vergabe	29
b) Name des Bieters.....	30
c) Zum „Grund“ der Nichtberücksichtigung	30
d) Form des Informationsschreibens	31
e) Zeitpunkt des Informationsschreibens.....	32
f) Frist des § 13 VgV	32
g) Verbot des Vertragsschlusses.....	33
h) Heilbarkeit.....	33
i) Nichtigkeitsfolge	33

I) Vorbemerkung

Bei der Vergabe von Dienstleistungsaufträgen sind landes- bzw. bundesrechtliche Vorschriften zu beachten. Neben Art.7, 55 BayHO und § 97 ff. GWB handelt es sich insbesondere um Abschnitt 1 der VOL/A für Aufträge bis zu einem Auftragswert von 200.000 €(EU-Schwellenwert) und der Abschnitt 2 der VOL/A bzw. die VOF ab einem Auftragswert von 200.000 €. Die wesentlichen Ziele und Grundsätze dieser Vorschriften stimmen überein:

- Beachtung von Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit,
- transparentes und wettbewerbliches Verfahren,
- diskriminierungsfreie Vergabe an geeignete Unternehmen unter Gewährleistung der Chancengleichheit,
- Verhinderung von Manipulation und Korruption.

Aus den geltenden Regelungen hat die interministerielle Arbeitsgruppe **gemeinsame Leitlinien** entwickelt, die den Ressorts zur Anwendung empfohlen werden.

Ergänzend greifen diese **Handreichungen** einzelne immer wieder auftretende Probleme entsprechend dem Ablauf eines Vergabeverfahrens auf und bieten - nach Entscheidung des jeweiligen Ressorts auch im Bereich nachgeordneter Behörden - Lösungsvorschläge an.

Der Ausarbeitung wurde der Rechtsstand August 2004 zugrunde gelegt. Eine regelmäßige Aktualisierung ist insbesondere im Hinblick auf die laufende Entwicklung der Rechtsprechung nicht vorgesehen. Die Verantwortung für die Beachtung der aktuellen Vergabevorschriften und ihrer Auslegung bei der Vergabe konkreter Aufträge liegt bei der jeweiligen Vergabestelle.

II) Vorbereitung der Auftragsvergabe

1) Bedarfsfeststellung

Voraussetzung für die Vergabe eines Auftrags ist die Feststellung des Bedarfs bei der Vergabestelle.

Es muss jeweils geprüft werden, was an externen Leistungen benötigt wird. Nur wenn

der Bedarf nicht oder nicht wirtschaftlicher durch eigene vorhandene Ressourcen oder vorhandene Ressourcen anderer Dienststellen des Freistaats gedeckt werden kann, darf nach dem Grundsatz der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit (Art. 7 Abs. 1 BayHO) ein Auftrag erteilt werden.

2) Vergabevermerk

Alle wichtigen Entscheidungen werden dokumentiert. Es empfiehlt sich, den Vergabevermerk laufend, also in unmittelbarer zeitlicher Nähe zu dem jeweiligen Entscheidungs-, Prüfungs- oder Wertungsvorgang anzufertigen. Zum einen hat eine Vergabekammer bereits entschieden, dass der Vermerk zeitnah anzufertigen ist,¹ zum anderen kann auf diese Art und Weise am wirkungsvollsten dem Vorwurf begegnet werden, bei der nachträglichen Dokumentation einen „bereinigten“ Vermerk erstellt zu haben. Ein ständig fortgeführter Vermerk kann im laufenden Verfahren als Anhaltspunkt für vergangene Entscheidungen und erteilte Begründungen herangezogen werden und somit auch als Arbeitserleichterung dienen.

Der Vergabevermerk sollte mindestens enthalten:

- Gegenstand und Wert des Auftrags,
- Gründe für die Wahl des Vergabeverfahrens soweit keine Öffentliche Ausschreibung/Offenes Verfahren durchgeführt wird,
- die Namen der berücksichtigten Bewerber oder Bieter mit Gründen für die Auswahl,
- die Namen der nicht berücksichtigten Bewerber oder Bieter mit Gründen für die Ablehnung,
- die Gründe für die Ablehnung von ungewöhnlich niedrigen Angeboten,
- den Namen des erfolgreichen Bieters mit Gründen für die Auswahl seines Angebots,
- gegebenenfalls den Anteil am Auftrag oder an der Rahmenvereinbarung, den der Zuschlagsempfänger an Dritte weiterzugeben beabsichtigt,
- gegebenenfalls die Gründe, aus denen die Vergabestelle auf die Vergabe eines Auftrags verzichtet hat.

Das im Behördennetz verfügbare Formular „Vergabevordruck – VOL-VOF“² bietet die Möglichkeit, diese Inhalte einzutragen.

In Verfahren ab Erreichen der EU-Schwellenwerte kann ein fehlerhafter oder unvollständiger Vergabevermerk dazu führen, dass die Nachprüfungsinstanzen das Vergabeverfahren in eine Phase zurückversetzen, bis zu der der Vergabevermerk noch einwandfrei ge-

¹ Vergabekammer Hessen, Beschluß 69d – VK 15/02 vom 29.5.2002; vgl. auch OLG Brandenburg, Beschluß 6 Verg 1/99 vom 3.8.1999, NVwZ 1999, 1142.

führt war, wenn sich aus dem Vergabevermerk zu späteren Phasen nicht mehr eindeutig ergibt, dass keine Bieterrechte verletzt wurden. Das Verfahren kann also zeitlich erheblich verzögert werden und eine Kostenerstattung für den Antragsteller fällig werden.

3) Vertragsdauer

Die Laufzeit von Verträgen wird nach den Erfordernissen jedes Einzelfalls festgelegt. Anhaltspunkte können Entwicklung des Marktes und Amortisierung der Investitionen sein. Das Vergaberecht enthält selbst keine Vorgaben über die zulässige Vertragsdauer. Allerdings werden durch Wettbewerbs- und Haushaltsrecht Grenzen gesetzt.

Die Kommission leitet aus dem gemeinschaftsrechtlichen Verhältnismäßigkeitsprinzip und wettbewerbsrechtlichen Bestimmungen des EGV den Grundsatz ab, dass die Laufzeit nicht länger bemessen sein dürfe, als es die Amortisierung der Investitionen und eine angemessene Verzinsung des eingesetzten Kapitals für den Vertragspartner erfordere. Vertragslaufzeiten über mehr als fünf Jahre sind begründungsbedürftig. Bei Dienstleistungen wird in der Regel die Entwicklung des Marktes im Vordergrund stehen. Nach dem Grundsatz der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit sind bestehende Verträge regelmäßig auf ihre Wirtschaftlichkeit zu überprüfen, was durch Neuausschreibung geschieht. Um sich auch bei längeren Vertragslaufzeiten nicht unbedingt an den Auftragnehmer zu binden, können Kündigungsklauseln eingesetzt werden. Wenn also ein Vertrag über fünf Jahre abgeschlossen wird, kann eine (Verlängerungs-)Klausel aufgenommen werden, die ein beiderseitiges Kündigungsrecht nach Ablauf jeweils eines Jahres vorsieht. Die Vergabestelle hat damit einerseits jährlich die Möglichkeit, sich aus dem Vertrag zu lösen. Andererseits ist die Vergabestelle aber nicht gezwungen, jährlich Neuausschreibungen durchzuführen, denn die Frage, ob von dem Kündigungsrecht Gebrauch gemacht werden soll, ist kein ausschreibungspflichtiger Vorgang.

Die vergaberechtlichen Möglichkeiten für eine einfache Auftragsverlängerung und -erweiterung sind äußerst begrenzt.³ Es ist deshalb sehr zu empfehlen, bereits bei der ersten Auftragserteilung zu überlegen, welche denkbaren Verlängerungen und Erweiterun-

² <http://www.bybn.de/RBIS/Beschaffung/> – Formularsammlung für Ausschreibungen nach der VOL.

³ S. u. S. 17.

gen in Frage kommen, um diese durch eine entsprechende Gestaltung des Vertrages mit Verlängerungsklauseln und Optionen bereits abzudecken.

Die Vertragsdauer wirkt sich nach § 3 Abs. 3 VgV auch auf den Auftragswert bei der Prüfung der EU-Schwellenwerte aus.

4) Auftragswertberechnung

Bei der Auftragswertberechnung werden der erforderlichen Prognose alle relevanten Gesichtspunkte zugrundegelegt, um den Vorwurf der künstlichen Aufspaltung und der Umgehung des Gemeinschaftsrechts zu vermeiden. Aufträge dürfen keinesfalls ohne sachlichen Grund so zugeschnitten werden, dass die EU-Schwellenwerte des § 2 VgV unterschritten werden. Die Teilung von Aufträgen kann dadurch gerechtfertigt sein, dass für die Teile ein unterschiedlicher Bieterkreis in Frage kommt. Wenn mehrere Einzelaufträge kurz hintereinander an den gleichen Bieterkreis vergeben werden, droht eine Rüge wegen künstlicher Aufspaltung.

Bei der Auftragswertberechnung ist jeweils vom größtmöglichen Wert des zu erteilenden Auftrags auszugehen. Dies bedeutet nicht, dass die Schätzung von hohen Preisen auszugehen hat, sondern, dass die Werte von Optionen⁴ und Verlängerungsklauseln zu berücksichtigen sind.

Bsp.: Wird ein Gutachten über vier der neuen EU-Mitgliedstaaten in Auftrag gegeben, mit der Option, die Begutachtung auch auf die restlichen neuen Mitgliedstaaten auszudehnen, so ist als Auftragswert der Wert für alle neuen Mitgliedstaaten zu berechnen.

Entsprechendes gilt für verbindliche Rahmenverträge.⁵ Werden verbindliche Rahmenverträge ausgeschrieben, so ist das mögliche Beschaffungsvolumen aus diesem Rahmenvertrag vorab zu schätzen und der Wert hiernach zu berechnen.

Bei Einzelaufträgen ist zu prüfen, ob in einem Zeitraum von zwölf Monaten nach den bisherigen Erfahrungen voraussichtlich weitere Einzelaufträge vergeben werden. Deren geschätzte Werte sind hinzuzuzählen. So kann also auch eine Lieferung im Wert von 50.000 € zu einer europaweiten Ausschreibung führen, wenn sie viermal im Jahr ausgeschrieben wird (§ 3 Abs. 4 VgV). Aus dieser Regelung lässt sich zugleich ableiten, dass

⁴ S. u. S. 22.

die Erteilung von immer wieder neuen Jahresaufträgen nicht generell eine künstliche Aufspaltung i.S.d. § 3 Abs. 2 VgV ist, da anderenfalls im Rahmen des § 3 Abs. 4 VgV ein längerer Zeitraum als nur zwölf Monate herangezogen worden wäre. Die Schätzung des Auftragswertes muss so genau wie möglich, idealerweise nach einer Markterkundung, erfolgen. Anzusetzen ist der Betrag, zu dem ein im Einklang mit dem Vergaberecht handelnder Auftraggeber den Zuschlag erteilen würde. D.h. der Auftraggeber versetzt sich bei der Schätzung des Auftragswertes in die Situation, als ob er nach den Erkenntnissen seiner Markterkundung bzw. -kenntnis den Zuschlag erteilen müßte. Der zu schätzende Auftragswert ergibt sich aus dem Preis der Leistung, die den Zuschlag erhalten würde.

Bsp.: Nach einer Markterkundung ist bekannt, dass für die auszuschreibende Software drei Lösungen existieren:

- Eine Einfachlösung zum Preis von 140.000 € die den Anforderungen der Vergabestelle nicht voll gerecht wird,
- eine Lösung zum Preis von 180.000 € die die Anforderungen erfüllt und
- eine Luxuslösung zum Preis von 280.000 € die noch vieles mehr kann, was aber nicht gefordert ist.

Wenn es sich um Angebote handeln würde, wäre die Lösung zum Preis von 180.000 € das wirtschaftlichste Angebot und würde damit den Zuschlag erhalten. Dementsprechend kann als Auftragswert hier von 180.000 € ausgegangen werden. Es wird kein Mittelwert aus den Erkenntnissen der Markterkundung gebildet (läge hier bei 200.000 €).

Bei der Schätzung des Auftragswertes handelt es sich um eine Prognose. Es kommt also darauf an, die Schätzung sorgfältig und gewissenhaft nach Ermittlung aller relevanten Grundlagen vorzunehmen. Ist das geschehen, wird die gewählte Verfahrensweise auch nicht dadurch in Frage gestellt, dass Angebote mit höheren Preisen eingereicht werden. Es bedeutet also bei einwandfreier Auftragswertsschätzung nicht automatisch einen Vergaberechtsverstoß, wenn trotz Schätzung eines Auftragswerts von 195.000 € das wirtschaftlichste Angebot bei 203.000 € liegt.

⁵ S. u. S. 20.

Ein zulässiger Prozentwert für die Abweichung kann nicht pauschal festgelegt werden, da die akzeptablen Schwankungen bei volatilen Märkten höher sind. Es ist allerdings darauf hinzuweisen, dass bei wachsendem Abstand von Schätzung und tatsächlichem Auftragswert die Zweifel an der Prognose größer werden. Ebenso wird die Wirtschaftlichkeit des Angebots kritisch zu prüfen sein.

5) Haushaltsmittel

Bevor ein Vergabeverfahren begonnen wird, wird sichergestellt, dass die benötigten Haushaltsmittel verfügbar sind (vgl. § 16 Nr. 1 VOL/A). Die Kalkulation der erforderlichen Mittel erfolgt durch eine sorgfältige Prognoseentscheidung.

Scheitert die Vergabe des Auftrags aufgrund fehlender Haushaltsmittel, kann es zu Schadensersatzansprüchen kommen. Schadensersatzansprüche bestehen nicht, wenn nach anfänglicher sorgfältiger Prognoseentscheidung davon ausgegangen werden durfte, dass Haushaltsmittel verfügbar sein werden.

Sofern die Bezahlung für den Auftrag erst im folgenden Haushaltsjahr fällig wird, ist darauf zu achten, dass entweder im vom Landtag verabschiedeten Haushaltsplan für das Folgejahr die notwendigen Mittel verfügbar sind oder die verfügbaren Mittel des laufenden Haushaltsjahres übertragbar sind. Ebenso kann auch eine Verpflichtungsermächtigung für das Folgejahr gebunden werden. Bei Projekten, deren Dauer auch über das folgende Haushaltsjahr hinausgeht, sind Verpflichtungsermächtigungen die einzige Möglichkeit, die Verfügbarkeit der Mittel sicherzustellen. Führt die Vergabe nicht zu einer Verpflichtung des Freistaats (z.B. soweit Optionen vorgesehen sind) müssen die entsprechenden Mittel nicht im Zeitpunkt der Vergabeentscheidung verfügbar sein. Es reicht, wenn sie verfügbar sind, sobald eine Verpflichtung eingegangen wird (z.B. bei Ausübung der Option).

6) Festlegung der Auswahlkriterien (Wertungsfragen)

Die Zuschlagskriterien werden bei europaweiten Bekanntmachungen spätestens vor Versendung der Verdingungsunterlagen festgelegt.⁶ Der Zuschlag ist nicht auf das billigste, sondern auf das wirtschaftlichste Angebot zu erteilen. Der Preis spielt also zwar eine Rolle, sollte aber nicht das einzige Kriterium sein. Es ist zu empfehlen, nicht nur bei

EU-weiten Vergabeverfahren, die neben dem Preis maßgeblichen Wertungskriterien frühzeitig festzulegen. Hinweise zur Festlegung des Wertungsmaßstabs und zur richtigen Wertung im Vergabeverfahren enthält das gleichnamige Faltblatt des StMWIVT.⁷

Die Vergabestelle muss sich schon am Anfang des Vergabeverfahrens mit den Wertungskriterien befassen, denn als Kriterium darf am Ende nur herangezogen werden, was vorher auch den Bietern bekanntgemacht wurde. Auch bei nationalen Verfahren empfiehlt sich diese Vorgehensweise, um Vorwürfen einer Ergebnismanipulation zu entgehen.

Ein weiteres Hilfsmittel wird in Form der „Unterlage für die Ausschreibung und Bewertung von IT-Leistungen“ (UfAB III) von der Koordinierungs- und Beratungsstelle der Bundesregierung für Informationstechnik (KBSt) angeboten.⁸ Die UfAB III beziehen sich zwar unmittelbar nur auf IT-Leistungen. Die dortigen Hinweise lassen sich aber für nahezu jede Beschaffung verallgemeinern und mit Gewinn anwenden. Auf den Seiten 66 - 110 der UfAB III geht es um die Aufstellung der Auswahlkriterien und die Durchführung der Wertung.

Auch die „WiBe 21 – Wirtschaftlichkeitsbetrachtungen in der Bundesverwaltung“ sind bei der KBSt erhältlich.⁹ Sie beziehen sich auf die Phase der Wirtschaftlichkeitsberechnung vor der Durchführung eines Vorhabens im IT-Bereich. Nutzen für die Erstellung von Wertungskriterien kann gewonnen werden, indem die dort genannten Kriterien (S. 17-19 für Kosten, S. 20 f. für qualitative Kriterien) auf Tauglichkeit für die eigene Wertung geprüft und gegebenenfalls übernommen werden.

Fehler bei der Festlegung und Bekanntmachung der Auswahlkriterien lassen sich im späteren Verfahren ab Erreichen der EU-Schwellenwerte nur schwer berichtigen. Sie können dazu führen, dass die Nachprüfungsinstanzen eine andere als die beabsichtigte Gewichtung der Kriterien zu Grunde legen und damit ein Angebot gewählt werden muss, das nicht den Anforderungen des Auftraggebers entspricht. Teilweise gehen jegliche Wertungsspielräume verloren, da nur noch der Preis berücksichtigt werden darf.

⁶ Spätestens ab 1.2.2006 muss wegen Ablaufs der Umsetzungsfrist für die Richtlinie 2004/18/EG vom 31.3.2004 auch regelmäßig eine Gewichtung der Kriterien erfolgen.

⁷ <http://www.stmwivt.bayern.de/wirtschaft/oeffentliches.html>

⁸ <http://www.kbst.bund.de/-,243/UfAB.htm>

⁹ <http://www.kbst.bund.de/Wirtschaftlichkeit/-,169/Dokumente.htm>

7) Wahl der Verfahrensart – Dringlichkeit, Ausschließlichkeit, unaufgeforderte Angebote, eindeutige und erschöpfende Beschreibbarkeit

Grundsätzlich kommt der Öffentlichen Ausschreibung bzw. dem Offenen Verfahren Priorität zu. Daher stellt die Anwendung des Verhandlungsverfahrens bzw. der Freihändigen Vergabe die Ausnahme dar und ist jeweils im einzelnen unter Darlegung des konkreten Sachverhalts zu begründen.

Bei der Wahl der Verfahrensart sollten auch möglicherweise fällige Anschlussaufträge¹⁰ in die Überlegungen einbezogen werden. Die Wahl des Offenen Verfahrens kann hier u.U. erhebliche Erleichterungen bieten (vgl. § 3a Nr. 2 Buchst. g VOL/A, § 5 Abs. 2 Buchst. f VOF).

Voraussetzungen für Freihändige Vergabe und Verhandlungsverfahren ergeben sich aus § 3 und § 3a VOL/A. Bei Dienstleistungen ist an folgende Gründe zu denken:

- Aus besonderen Gründen kommt nur ein Unternehmen in Betracht.

Bei Ausschließlichkeitspositionen können nach EU-Recht nur technische oder künstlerische Besonderheiten bzw. geschützte Rechte herangezogen werden, während unterhalb der EU-Schwellenwerte auch sonstige sachliche Gründe zulässig sind (besondere Erfahrungen oder Fähigkeiten, Gewähr für fristgerechte und überzeugende Leistung in wichtigen Fällen, besonderes Vertrauensverhältnis).

Unaufgefordert eingereichte Auftragsvorschläge mit ausgearbeiteten Leistungsbeschreibungen vermitteln nur ausnahmsweise eine Ausschließlichkeitsposition. Es ist in diesen Fällen neben dem Bedarf vor allem zu prüfen, ob eine erforderliche Leistung abstrakt beschrieben werden (Zweck, Funktion, sonstige Anforderungen) und so das Konzept einer Leistung dem Wettbewerb unterworfen werden kann.

- Leistung ist nicht eindeutig und erschöpfend beschreibbar oder bedarf besonderer schöpferischer Fähigkeit (wenn es also auf unterschiedliche Ansätze oder Konzepte der Bieter ankommt und die Angebote nicht hinreichend vergleichbar sind).
- Vorteilhafte Gelegenheit (Kenntnis des Markts erforderlich).
- Besondere Dringlichkeit:

Bei der Frage, ob ein Auftrag besonders dringlich ist, ist oberhalb der EU-Schwellenwerte ein strenger Maßstab anzulegen, was sich schon aus dem Wortlaut der dort re-

levanten Vorschriften des § 3a Nr. 2 Buchst. d VOL/A bzw. § 5 Abs. 2 Buchst. d VOF ergibt. Allgemein anerkannt sind nur akute, nicht vorhersehbare Gefahrensituationen und Katastrophenfälle (Hochwasser, Lawinen), die insbesondere nicht periodisch auftreten dürfen (die jährliche Lawinengefahr ist also nicht anerkannt). Zu beachten ist, dass für das Offene, für das Nichtoffene Verfahren und auch den Teilnahmewettbewerb vor einem Verhandlungsverfahren Fristverkürzungsmöglichkeiten bestehen. Nur wenn auch diese noch nicht ausreichen, kann auf die Ausnahmevorschrift zurückgegriffen werden. Selbst wenn die Ausnahmevorschrift zum Zug kommt, können damit nicht jegliche Aufträge erteilt werden, sondern nur solche, die nicht etwa durch ihre Dauer auch Teile umfassen, die nicht dringlich sind. Längerfristige Aufträge können daher mit Hilfe dieser Vorschrift nicht vergeben werden. Im Bedarfsfall kann ein dringlicher kurzfristiger Auftrag erteilt werden, die weitere Erfüllung ist mit Hilfe der vorrangigen Verfahrensweisen zu vergeben. Unterhalb der EU-Schwellenwerte kann ein weniger strenger Maßstab verwendet werden. Gleichwohl ist nicht jede gewillkürte Terminvorgabe ausreichend. Es erscheint vertretbar, die Dringlichkeit zu bejahen, wenn ein Beschluss des Ministerrats den unverzüglichen Beginn eines Projekts verlangt. Bei Ressortentscheidungen sollte die Eilbedürftigkeit jedenfalls zusätzlich mit sachlichen Umständen oder konkreten Anlässen belegt werden. Entsprechendes gilt für freiberufliche und nicht abschließend beschreibbare Leistungen unterhalb der EU-Schwellenwerte, auf die nur Art. 55 BayHO Anwendung findet, denn auch im Bereich der VOL/A gilt subsidiär die Haushaltsordnung.

- Auftragswert unter 25.000 €(incl. MWSt; § 3 Nr. 4 Buchst. p VOL/A i.V.m. Nr. 1.5 der Einführungsbekanntmachung der Staatsregierung vom 11.3.2003, AllMBl. S. 55, StAnz Nr. 11).

Bei Leistungen, die im Rahmen einer freiberuflichen¹¹ Tätigkeit erbracht oder im Wettbewerb mit freiberuflichen Tätigkeiten angeboten werden, und deren Auftragswert unter 200.000 € bleibt, ist die VOL/A nach ihrem § 1 2. Tirt nicht anwendbar. Einschlägig ist unmittelbar nur Art. 55 Abs. 1 BayHO. Zur Präzisierung der Vorschrift ist es zweck-

¹⁰ S. u. S. 17.

mäßig, die Regelungen der VOL/A insoweit entsprechend anzuwenden.

Nach den Amtlichen Erläuterungen zur VOL kann davon ausgegangen werden, dass freiberufliche Leistungen grundsätzlich freihändig vergeben werden können.

Ab Erreichen der EU-Schwellenwerte müssen Fehler bei der Wahl der Verfahrensart von den Interessenten bis zum Ablauf der Angebots-/Bewerbungsfrist gerügt werden (§ 117 Abs. 3 S. 2 GWB). Bekanntmachungen bieten die Möglichkeit bei Rügen mit nur geringer Zeitverzögerung nachzubessern. Anders ist es, wenn eine Verfahrensart ohne Bekanntmachung gewählt wird. Diese bleibt zumindest bis zur Zuschlagserteilung angreifbar. Unter besonders gravierenden Umständen kann nach derzeitigem Stand der Rechtsprechung auch der geschlossene Vertrag nichtig sein.¹²

8) Hinweise zur Anwendung des Verhandlungsverfahrens/der Freihändigen Vergabe

Auch bei Verhandlungsverfahren und Freihändiger Vergabe wird in der Regel ein Wettbewerb durch Einholung von Vergleichsangeboten durchgeführt. Dazu sollen mindestens drei Vergleichsangebote eingeholt werden (ggf. telefonisch bei geringen Auftragswerten), soweit zweckmäßig soll vorher zur Markterkundung eine öffentliche Aufforderung zur Bewerbung veröffentlicht werden, über den EU-Schwellenwerten ist dies der Regelfall.

Verhandlungen über Preis und Inhalt der Angebote sind zulässig. Den Ablauf der Verhandlungen kann der Auftraggeber nach weitem Ermessen unter Beachtung des Gleichbehandlungsgebots festlegen. Er kann mit allen Bietern oder nur mit denjenigen, deren Angebote besonders interessant sind, verhandeln. Zu beachten ist, dass die Angebotsinhalte vertraulich behandelt werden und das Verhandlungsergebnis nicht grundlegend von den ursprünglichen Bedingungen abweicht. Bei zulässigen Abweichungen sollte allen Bietern, die eine echte Chance auf den Auftrag haben, zeitgleich die Möglichkeit gegeben werden, auf dieser Basis ein neues Angebot abzugeben.

¹¹ § 18 Abs.1 Nr.1 EStG.

¹² OLG Düsseldorf, Beschl. v. 20.6.2001, Az. Verg 3/01; BayObLG, Beschl. v. 27.2.2003, Az. Verg 1/03; OLG Jena, Beschl. v. 14.10.2003, Az. 6 Verg 5/03; teilweise a. A. OLG Düsseldorf, Beschl. v. 3.12.2003, Verg 37/03.

9) Zubenennung durch das e.V.(ABZ)

Auftragsberatungszentrum Bayern

Bei Beschränkter Ausschreibung und Freihändiger Vergabe wird eine Zubenennung von Bewerbern durch das Auftragsberatungszentrum Bayern e.V. geprüft. Das ABZ benennt auf Anforderung geeignete Bewerber aus einer Liste, die allen interessierten Unternehmen offensteht und insbes. auf Lieferleistungen und Standarddienstleistungen ausgerichtet ist. Bei Aufträgen über 10.000 € soll von dieser Möglichkeit Gebrauch gemacht werden. Für das Benennungsersuchen kann das Formular „VOL ABZ“ aus dem Behördennetz verwendet werden.¹³

10) Einschaltung privater Erfüllungsgehilfen in Vergabeverfahren

Die Einschaltung privater Erfüllungsgehilfen ist grundsätzlich selbst ein öffentlicher Auftrag, der den allgemeinen Vergaberegeln unterliegt. In vielen Fällen wird eine Freihändige Vergabe zulässig sein (Auftragswert unter 25.000 € incl. MWSt, freiberufliche Leistung).

Private Erfüllungsgehilfen sollen nur zu technischen Fragen (Erstellung des Leistungsverzeichnisses) und zu fachlichen Fragen (Prüfung und Wertung der Angebote) herangezogen werden. Mit essentiellen Auftraggeberpflichten werden sie nicht beauftragt (Auswahl der aufzufordernden Bewerber, Versendung der Vergabeunterlagen, Angebotsöffnung und Zuschlagserteilung).

Bei der Einschaltung privater Erfüllungsgehilfen wird zur Wahrung der Chancengleichheit aller Bieter darauf geachtet, dass keine wirtschaftlichen oder finanziellen Verflechtungen mit einzelnen Bietern bestehen; ggf. sind entsprechende schriftliche Erklärungen zu verlangen. Im einzelnen ist auf Nr. 7.1.5 KorruR¹⁴ und Nr. 2 Buchst. f der Anlage 2 dazu hinzuweisen.

Dritte, die bei der Vorbereitung einer Auftragsvergabe eingeschaltet werden, insbesondere bei der Erstellung der Verdingungsunterlagen, sind im Regelfall als Bieter ausgeschlossen, da sie entweder einen Informationsvorsprung haben oder jedenfalls Konkur-

¹³ <http://www.bybn.de/RBIS/Beschaffung/> – Formularsammlung für Ausschreibungen nach der VOL.

renten dies befürchten könnten („Projektantenproblematik“). Es empfiehlt sich, bei der Suche nach Projektanten auf diese Konsequenz ausdrücklich hinzuweisen und im Vertrag den Ausschluss für das folgende Verfahren zu regeln. Nur ausnahmsweise sollte ein Projektant als Bieter zugelassen werden, wenn eine umfassende und gleichmäßige Information aller Bieter sichergestellt werden kann.

Es ist auch darauf zu achten, dass auf Seiten des Auftraggebers der Anschein der Voreingenommenheit vermieden wird. Wegen des Gleichbehandlungsgrundsatzes und des Neutralitätsgebots dürfen in Vergabeverfahren solche Personen keine Entscheidungen treffen, die ein eigenes Interesse am Auftrag haben oder deren Interessen mit Bietern verknüpft sind. Für Aufträge über den EU-Schwellenwerten ist in § 16 der Vergabeverordnung ausdrücklich geregelt, welche Personen als voreingenommen gelten. Die Vorschrift sollte für alle Auftragsvergaben (auch unter den EU-Schwellenwerten) beachtet werden. Dazu kann ggf. durch entsprechende Erklärungen der betroffenen Mitarbeiter im vorhinein geklärt werden, ob eine Voreingenommenheit zu besorgen ist. Die Information einer Person über den Verfahrensstand ist in der Regel unbedenklich, wenn dadurch eine Beeinflussung des Verfahrens nicht möglich ist.

11) Beteiligung kleiner Firmen

§ 97 Abs. 3 GWB und § 5 VOL/A verlangen aus Gründen der Mittelstandsförderung eine Teilung von Aufträgen in Fach- und Teillose, die jedoch Grenzen hat. In geeigneten Fällen wird geprüft, ob eine Teilung von Aufträgen in Fach- und Teillose technisch und wirtschaftlich sinnvoll ist.

Gerade wenn die Zusammenfassung und Bündelung von Bedarf beabsichtigt ist, stellt sich die Frage, inwieweit eine Losbildung notwendig ist.

Grundsätzlich ist darauf hinzuweisen, dass die Aufteilung in Lose für einen größtmöglichen Wettbewerb sorgt, da dann kein potentieller Anbieter allein aus Kapazitätsgründen an der Teilnahme gehindert ist. Durch die Zerlegung in angemessene Lose können mittelständische Unternehmen auch unmittelbar Vertragspartner des Freistaats werden und müssen sich nicht in die ungünstige Position als Subunternehmer eines größeren Bieters

¹⁴ Richtlinie zur Verhütung und Bekämpfung von Korruption in der öffentlichen Verwaltung (Korruptionsbekämpfungsrichtlinie – KorruR), Bek. d. Bayer. Staatsregierung vom 13.4.2004 (AllMBl. S. 87, StAnz Nr. 17).

drängen lassen.

Auf eine losweise Vergabe kann z.B.

verzichtet werden,

- wenn aus der Kenntnis des einschlägigen Marktes festgestellt werden kann, dass keine mittelständischen Bewerber vorhanden sind. Für die Einstufung als mittelständischer Bewerber ist nicht auf absolute Größen abzustellen; maßgeblich sind die jeweiligen Marktverhältnisse,
- wenn bei erschwerter Zuordnung von Verantwortlichkeiten eine einheitliche Gewährleistung notwendig ist,
- wenn strikte Termineinhaltung oder erhebliche Beschleunigung der Realisierung erforderlich ist (Dabei muss der Zeitvorteil erforderlich und konkret bezifferbar sein. Allgemeiner Zeitdruck ist nicht ausreichend. Die Reduzierung des Koordinierungsaufwands beim Auftraggeber allein ist ebenfalls nicht ausreichend),
- wenn die losweise Vergabe aus sonstigen Gründen zu einer erheblichen Unwirtschaftlichkeit führen würde,
- wenn eine Zusammenfassung aus technischen Gründen erforderlich ist.

III) Durchführung des Vergabeverfahrens

1) Vertrags- und andere Muster

Bei Dienstleistungsaufträgen nach VOL/A wird die VOL/B Bestandteil des Vertrags. Es ist zu empfehlen, für typische Dienstleistungsaufträge (z.B. Gutachten) Musterverträge vorzubereiten, in denen wichtige Regelungen zur Ergänzung der VOL/B getroffen werden (insbesondere über die konkrete Abnahme der Leistung, konkrete Zahlungsmodalitäten, Nutzungsrechte, Datenschutz).

Ergänzende Vertragsbedingungen für IT-Leistungen (EVB-IT) sind durch GemBek vom 24.9.2001 zur Anwendung vorgeschrieben.

Im Behördennetz ist eine umfangreiche Formularsammlung für Ausschreibungen nach VOL verfügbar,¹⁵ deren Verwendung anheimgestellt wird.

2) Information erfolgloser Bieter

Vor Erteilung des Zuschlags in einem EU-weiten Vergabeverfahren werden die Bieter gemäß § 13 VgV über die Vergabeentscheidung informiert, um Ihnen effektiven Primärrechtsschutz zu gewährleisten.

¹⁵ <http://www.bybn.de/RBIS/Beschaffung/> – Formularsammlung für Ausschreibungen nach der VOL.

Die Anforderungen der Information nach § 13 VgV sind im Anhang¹⁶ näher erläutert, da Kommentare zur Vergabeverordnung für diese zentrale Vorschrift weitgehend fehlen.

Die Information nach § 13 VgV ersetzt nicht die Information nach §§ 27, 27a VOL/A bzw. § 17 Abs. 4 VOF. § 13 VgV dient der Gewährleistung effektiven Rechtsschutzes. Die Regeln in VOL/A und VOF dienen der ex-post Transparenz des Verfahrens. Die Informationen nach VOL/A und VOF werden nur auf schriftlichen Antrag erteilt, gehen dann aber weiter als die Vorabinformation nach § 13 VgV.

Für die Frage welche Informationen abgegeben werden müssen enthält der Vergabevermerk „VOL-VOF“ im Behördennetz¹⁷ eine Entscheidungshilfe. Für die Informationserteilung selbst werden die Vordrucke „Absageschreiben“ und „Absageschreiben erweitert“¹⁸ bereitgehalten.

3) Minimierung von Nachprüfungsrisiken

Bei Aufträgen, die die EU-Schwellenwerte erreichen, wird den Unternehmen durch das GWB die Möglichkeit eingeräumt, die Auftragsvergabe überprüfen zu lassen. Der hierfür erforderliche Antrag bei einer Vergabekammer verzögert das Verfahren und kann bei Erfolg für den Antragsteller das ganze Projekt scheitern lassen.

Um diese Risiken möglichst gering zu halten, empfiehlt es sich,

- das Verfahren so transparent wie möglich zu gestalten (auch wenn hierzu keine Verpflichtung besteht). Viele Nachprüfungsverfahren werden nur in Gang gesetzt, weil ein Unternehmen nicht informiert ist und nur durch den Nachprüfungsantrag Akteneinsicht bekommt. Wird von Beginn an dafür gesorgt, dass kein Unternehmen das Gefühl hat, schlecht informiert zu sein, wird dieser Grund bereits ausgeschlossen.
- im Zweifel ein Verfahren zu wählen, an dessen Beginn eine Bekanntmachung steht. In dieser Bekanntmachung sollte der Punkt angesprochen werden, der angreifbar oder risikobehaftet erscheint. Hierdurch wird die Rügepflicht der Unternehmen nach § 107 Abs. 3 GWB ausgelöst. Erfolgt keine rechtzeitige Rüge, kann insoweit das Verfahren später nicht mehr angegriffen werden.

¹⁶ S. u. S. 28.

¹⁷ <http://www.bybn.de/RBIS/Beschaffung/> – Formularsammlung für Ausschreibungen nach der VOL.

¹⁸ <http://www.bybn.de/RBIS/Beschaffung/> – Formularsammlung für Ausschreibungen nach der VOL.

- soweit möglich einen Zeitpuffer von mindestens fünf Wochen einzubauen. Der Vergabekammer werden diese fünf Wochen nach § 113 Abs. 1 GWB als Regelentscheidungsfrist eingeräumt.

IV) Einzelfragen

1) Aufhebung einer Ausschreibung bei Haushaltssperre

Führt eine Haushaltssperre vor Zuschlagserteilung dazu, dass keine Mittel mehr für die Auftragsvergabe verfügbar sind, erlaubt § 26 Nr. 1 Buchst. b VOL/A die Aufhebung der Ausschreibung. Entsprechendes gilt auch für Verfahren nach der VOF, obwohl dort keine eigene Regelung getroffen wurde.

2) Anschlussauftrag

Die vergaberechtlichen Möglichkeiten für eine einfache Auftragsverlängerung und -erweiterung (Anschlussaufträge) sind begrenzt. Es ist deshalb zu empfehlen, bereits bei der ersten Auftragserteilung in Frage kommende Verlängerungen und Erweiterungen durch eine entsprechende Gestaltung des Vertrages mit Verlängerungsklauseln und Optionen abzudecken.

Bei der Erteilung eines Anschlussauftrags soll in aller Regel das Unternehmen, das den Erstauftrag erhalten hatte, wieder beauftragt werden. Es kann sich um eine

- zeitliche Verlängerung und/oder
 - inhaltliche Erweiterung
- der Beauftragung handeln.

Für die zeitliche Verlängerung eines Auftrags können drei Fälle unterschieden werden:

- Sieht der laufende (unbefristete) Vertrag ein Kündigungsrecht für den Auftraggeber vor,¹⁹ so kann eine zeitliche Verlängerung allein durch Nichtkündigung erreicht werden. Die Frage, ob von dem Kündigungsrecht Gebrauch gemacht werden soll, ist kein vergaberechtlich relevanter Vorgang.

Sofern aber bei dieser Gelegenheit auch inhaltliche Änderungen an dem Vertrag vorgenommen werden sollen (z.B. am Preis), handelt es sich hierbei um vergaberechtlich

¹⁹ S. o. S. 5.

relevante Entscheidungen, die grundsätzlich nur in einem Vergabeverfahren getroffen werden können.

- Handelt es sich bei dem laufenden Vertrag um einen befristeten Vertrag mit Verlängerungsoption,²⁰ so kann eine zeitliche Verlängerung erreicht werden, indem die Option wahrgenommen wird. Da die Option bereits ausgeschrieben war, und auch bei der Berechnung des Auftragswerts berücksichtigt wurde,²¹ ist ihre Ausübung vergaberechtlich nicht relevant.

Sofern aber bei Ausübung der Option auch inhaltliche Änderungen an dem Vertrag vorgenommen werden sollen (die Option also nicht so ausgeübt wird, wie sie ausgeschrieben war), handelt es sich hierbei um vergaberechtlich relevante Entscheidungen, die grundsätzlich nur in einem Vergabeverfahren getroffen werden können.

- Ist im laufenden befristeten Vertrag keine Verlängerungsoption vorgesehen, so ist für die Verlängerung grundsätzlich ein Vergabeverfahren notwendig.

Für die inhaltliche Erweiterung kommen nur zwei Fälle in Frage:

- Auch hier kann der laufende Vertrag eine Option enthalten, deren Ausübung, wie soeben dargestellt, vergaberechtlich nicht relevant ist.
- Oder der Vertrag enthält keine Erweiterungsoption. Dann ist für die Erweiterung grundsätzlich ein Vergabeverfahren notwendig.

Soweit ein Vergabeverfahren notwendig ist, erlauben die Verdingungsordnungen unterhalb der EU-Schwellenwerte in folgenden Fällen eine Freihändige Vergabe exklusiv an den bisherigen Auftragnehmer:

- Es kommt aus besonderen Gründen nur ein Unternehmen in Betracht (§ 3 Nr. 4 Buchst. a VOL/A). Diese Regelung gilt nur unterhalb der Schwellenwerte und sollte auch in diesem Bereich eng ausgelegt werden. Sicher hat das bisher beauftragte Unternehmen mit dem laufenden Projekt besondere Erfahrungen. Aber es ist zu fragen, ob diese besonderen Erfahrungen wirklich essentiell sind, so dass das Projekt mit ihnen steht und fällt. Vor allem muss es sich um Erfahrungen handeln, die sich nicht

²⁰ S. u. S. 22.

²¹ S. o. S. 6.

durch eine Dokumentationspflicht bei erstmaliger Auftragserteilung transportieren ließen. Die Prognose des Auftraggebers, dass kein anderes Unternehmen so günstig anbieten können wird, wie der bisherige Auftragnehmer, da sich alle anderen erst aufwändig einarbeiten müssten, erfüllt i.d.R. nicht den Tatbestand der „besonderen Gründe“.

- Der bisherige Auftragnehmer ist im Besitz eines für die Leistung notwendigen exklusiven gewerblichen Schutzrechtes (§ 3 Nr. 4 Buchst. c VOL/A). Bei diesen Schutzrechten kann es sich um eingetragene Warenzeichen, Vertriebslizenzen, Patente, Urheberrechte auch an Mustern und Modellen u. ä. handeln.

Im Hinblick auf Schutzrechte, die durch die Erstbeauftragung beim Auftragnehmer entstehen können, ist allerdings schon im ersten Vertrag darauf zu achten, dass der Auftraggeber diese ebenfalls erwirbt und damit nicht mehr vom bisherigen Auftragnehmer abhängig ist.²² Die Sicherung dieser Rechte auf Seiten des Auftraggebers fordert das Gebot der wirtschaftlichen und sparsamen Haushaltsführung (Art. 7 Abs. 1 S. 1 BayHO).

- Es handelt sich um geringfügige Nachbestellungen (§ 3 Nr. 4 Buchst. d VOL/A). Hierbei ist wichtig, dass der Preis nicht höher liegen darf als im Erstvertrag vereinbart. Damit wird nicht ausgeschlossen, einen niedrigeren Preis zu vereinbaren. Eine Ausschreibung darf jedenfalls kein wirtschaftlicheres Ergebnis versprechen, d.h. es ist zumindest eine Markterkundung anzustellen. Wenn diese niedrigere Preise erwarten läßt, als der Erstauftragnehmer anbietet, muss eine Ausschreibung erfolgen. Zwar läßt der Wortlaut der Vorschrift auf eine Anwendung für Lieferleistungen schließen. Es erscheint aber auch vertretbar, die Regelung ebenso für Dienstleistungen heranzuziehen.
- Der Auftragswert der Verlängerung oder Erweiterung beträgt bis zu 25.000 €incl. MWSt (§ 3 Nr. 4 Buchst. p VOL/A).

²² Hierfür kann z.B. in Gutachterverträgen folgende Vertragsklausel verwendet werden: „Der Auftraggeber erwirbt ohne weitere Vergütung die ausschließlichen, auf alle Nutzungsarten bezogenen, unbeschränkten urheberrechtlichen und sonstigen Nutzungsrechte an der Leistung, insbesondere das Veröffentlichungsrecht unter angemessener namentlicher Nennung des Auftragnehmers. Der Auftraggeber ist berechtigt, Bearbeitungen und Umgestaltungen der Leistung vorzunehmen und diese in gleicher Weise wie die Leistung zu nutzen. Auf schriftliches Verlangen des Auftragnehmers ist auf die Umgestaltung bzw. Bearbeitung hinzuweisen.“

Soweit ein Vergabeverfahren notwendig ist, erlauben die Verdingungsordnungen ab den EU-Schwellenwerten in folgenden eng auszulegenden Fällen ein Verhandlungsverfahren allein mit dem bisherigen Auftragnehmer:

- Technische oder künstlerische Besonderheiten oder ein geschütztes Recht (Warenzeichen, Vertriebslizenzen, Patente, Urheberrechte auch an Mustern und Modellen u. Ä.) zwingen den Auftraggeber, den Auftrag an ein bestimmtes Unternehmen zu vergeben (§ 3a Nr. 2 Buchst. c VOL/A). Die Anforderungen sind hier sehr hoch. Notwendig ist jeweils eine aktuelle europaweite Marktübersicht. Am ehesten dürfte der Tatbestand bei künstlerischen Dienstleistungen zu begründen sein.
- Unvorhergesehene Ereignisse und technische oder wirtschaftliche Notwendigkeiten erfordern eine Erweiterung des Dienstleistungsauftrags mit dem bisherigen Auftragnehmer (§ 3a Nr. 2 Buchst. f VOL/A). Die Entwicklung, die zur erforderlichen Erweiterung geführt hat, durfte bei der Erstbeauftragung bei aller zumutbaren Sorgfalt nicht voraussehbar gewesen sein. Anderenfalls hätte sie bereits damals im Auftrag abgedeckt werden müssen. Die wirtschaftliche Notwendigkeit liegt vor, wenn eine Markterkundung ergibt, dass andere Anbieter zu einem wesentlich unwirtschaftlicheren Ergebnis für den Auftraggeber führen würden. Vergaberechtlich wäre also eine gewisse Teuerung des Gesamtauftrags hinzunehmen, ohne dass hierdurch bereits ein Verhandlungsverfahren ermöglicht würde.
- Dienstleistungen, die den bereits vergebenen Dienstleistungen gleichartig sind, sollen innerhalb von drei Jahren nach Erteilung des Erstauftrags vergeben werden (§ 3a Nr. 2 Buchst. g VOL/A). Voraussetzung ist jedoch, dass der Erstauftrag in einem Offenen oder Nichtoffenen Verfahren vergeben wurde und auf die Möglichkeit weiterer Aufträge im Verhandlungsverfahren hingewiesen wurde.

3) Rahmenvertrag, Option und Öffnungsklausel

a) Rahmenvertrag

Behörden des Freistaats können Rahmenverträge abschließen.²³ Rahmenverträge sind Vereinbarungen über einen rechtlichen Rahmen für noch zu vergebende Einzelaufträge. Sie eröffnen eine auf Dauer angelegte Geschäftsverbindung. Nachdem sie nur einen

Rahmen vorgeben, bestimmen sie nicht alle notwendigen Einzelheiten für die folgenden Aufträge.

Der Rahmenvertrag muss grundsätzlich bereits alle wesentlichen vertraglichen Bedingungen enthalten, da weitere Bedingungen nicht in einem vorrangigen Offenen Verfahren/einer Öffentlichen Ausschreibung gefunden werden können. Der Rahmenvertrag kann also in diesen Fällen vor allem hinsichtlich der angebotenen Menge unbestimmt sein.

Für die Zwecke des Vergaberechts muss zwischen bindenden und nicht bindenden Rahmenverträgen unterschieden werden.

- Bindende Rahmenverträge verpflichten die Vergabestelle, bestimmte Dienstleistungen beim Vertragspartner abzunehmen. Damit kommen sie einer Auftragserteilung gleich und sind innerhalb eines Vergabeverfahrens abzuschließen. Kommt es später zu einer Ausfüllung des Rahmenvertrags durch einen Einzelauftrag, so wird dieser Einzelauftrag im Wege der Freihändigen Vergabe/des Verhandlungsverfahrens nur mit dem Rahmenvertragspartner abgeschlossen. Für die Leistung kommt nämlich aufgrund der vertraglichen Bindung nur ein Unternehmen in Betracht (§ 3 Nr. 4 Buchst. a VOL/A, vgl. auch § 3a Nr. 2 Buchst. c VOL/A).
- Nicht bindenden Rahmenverträge verpflichten die Vergabestelle nicht zur Abnahme bestimmter Dienstleistungen beim Vertragspartner. Sie regeln lediglich Randbedingungen für den Fall einer späteren Auftragserteilung. Damit stellen sie keine eigene Auftragserteilung dar und sind selbst nicht in einem Vergabeverfahren abzuschließen. Der spätere Einzelauftrag ist demnach in einem Vergabeverfahren zu erteilen. Bei den vom StMF im Behördennetz bereitgestellten Rahmenverträgen für den Freistaat Bayern handelt es sich jeweils um nicht bindende Rahmenverträge. Ihre Anwendung ersetzt also nicht die Durchführung eines Vergabeverfahrens.

Für die Vergabestelle ergibt sich eine wesentliche Arbeitserleichterung lediglich aus den bindenden Rahmenverträgen, da diese eine nahezu formfreie schnelle Beschaffung im Einzelauftrag ermöglichen. Nicht bindende Rahmenverträge dagegen bergen die zusätzliche Problematik, dass mit Ihnen bereits Nebenbestimmungen potentieller Verträge festgeschrieben werden. Bei der späteren Ausschreibung des Einzelauftrags müssen diese

²³ Das ist bisher schon anerkannt und wurde durch die Richtlinie 2004/18/EG vom 31.3.2004, die bis zum

Nebenbestimmungen zum Leistungsverzeichnis passen, damit aus dem Rahmenvertrag heraus überhaupt angeboten werden kann. Dabei darf nicht gegen die Bestimmungen der VOL/A verstoßen werden, also weder ein bestimmtes Produkt im Leistungsverzeichnis vorgeschrieben (§ 8 Nr. 2 VOL/A) noch ein Anbieter bevorzugt werden (§ 2 Nr. 2 VOL/A). Nicht bindende Rahmenverträge können dann Vorteile entfalten, wenn für nachgeordnete Behörden bessere Bezugsbedingungen ausgehandelt werden, als es diese selbst könnten. Der Rahmenvertragspartner kann dann u. U. gezwungen werden, auf eine Einzelausschreibung nach den Bedingungen des Rahmenvertrags auch einer nachgeordneten Behörde ein Angebot nach den Bedingungen des Rahmenvertrags zu machen.

b) Option

Ein Optionsrecht ist das Recht, durch einseitige Erklärung einen Vertrag zustande zu bringen. Bei der Vergabe von Aufträgen kann sich die Vergabestelle Optionen einräumen lassen. Die Ausübung einer Option ist keine vergaberechtlich relevante Entscheidung mehr. Daher werden Optionen für die Berechnung der EU-Schwellenwerte behandelt, als ob der Vertrag insoweit bereits zustande käme.²⁴

Eine Option liegt nur vor, wenn die Vergabestelle durch einseitige Erklärung eine Erweiterung des Vertrages (auch in zeitlicher Hinsicht) bewirken kann. Es müssen also alle vertraglichen Einzelheiten bereits im Voraus bei der ersten Beauftragung festgelegt worden sein. Wird eine Veränderung an den Vertragsklauseln vorgenommen, die nicht schon so vorgesehen war, handelt es sich nicht mehr um die Ausübung einer Option.

Die Option begünstigt sehr einseitig den Auftraggeber, da er die Möglichkeit hat, den Vertrag zu erweitern und der Auftragnehmer dieser Entscheidung ausgeliefert ist. Optionen dürfen daher nicht in unbegrenztem Maß in Verträgen vorgesehen werden. § 8 Nr. 1 Abs. 3 VOL/A sieht hier eine Begrenzung vor. Ein ungewöhnliches Wagnis liegt dann vor, wenn die Option der Vergabestelle auch das Recht einräumte, von dem Auftragnehmer eine Leistung zu verlangen, die dieser nicht erbringen oder nicht ordnungsgemäß kalkulieren kann. Im personalintensiven Dienstleistungsbereich ist hierbei insbesondere an das Verlangen einer Leistungserbringung innerhalb kürzester Frist zu denken. Es soll-

31.1.2006 umzusetzen ist, bestätigt.

²⁴ S. o. S. 6.

te also im Rahmen der Option klar sein, welche Fristen für das Recht der Erweiterung/Verlängerung gelten. Aufgrund der sehr strikten Begrenzung auf nur etwa 10 % des Ursprungsauftrags im kapazitätsempfindlichen Baubereich, empfiehlt sich auch für Dienstleistungen eine Grenze von maximal 100% des Ursprungsauftrags, um den Bietern die Kalkulation zu ermöglichen.

c) Öffnungsklausel

Unter einer Öffnungsklausel wird eine vertragliche Vereinbarung verstanden, die dazu führt, dass der geschlossene Vertrag über die Vergabestelle hinaus Wirkung entfaltet und sich auch weitere Vergabestellen auf den Vertrag berufen können. Dies ist regelmäßig bei Rahmenverträgen der Fall.

Vertragspartner der Auftragnehmer ist immer der Freistaat vertreten durch eine Vergabestelle. Soweit die vereinbarte Leistung nicht abschließend nur auf eine Vergabestelle bezogen ist, sondern Raum für den Bedarf weiterer Vergabestellen bietet (z.B. ein Rahmenvertrag, der hinsichtlich des genauen Ortes der Vertragserfüllung noch offen ist), können diese sich als Behörden des Freistaats vergaberechtlich jederzeit auf den Vertrag berufen. Dem Auftragnehmer muss jedoch nach § 8 Nr. 1 Abs. 3 VOL/A eine Mindestbasis für die Kalkulation zur Verfügung gestellt werden. Aus dem bindenden oder nicht bindenden Rahmenvertrag eines Ressorts dürfen andere Ressorts daher nur abrufen, wenn dies bei Abschluss des Vertrags klar war. Ebenso kann sich kein Ressort unbegrenzte Optionen für andere Ressorts einräumen lassen. Die Kalkulationsbasis für den Auftragnehmer wird weiter verbessert, wenn sich die von einem Vertrag erfaßten Ressorts festlegen, innerhalb eines bestimmten Zeitraums einen bestimmten Bedarf nur bei diesem Auftragnehmer zu decken (sogenannte „echte Öffnungsklausel“ – der Begriff ist jedoch irreführend, da eine „Öffnung“ des Vertrages in diesem Falle gar nicht stattfindet).

4) Berateraufträge

Bei der Vergabe von Beratungsaufträgen erfolgt die Auswahl des Vergabeverfahrens nach den üblichen Regeln. Aufgrund der Vielzahl möglicher Beratungssituationen kann nicht pauschal davon ausgegangen werden, dass eine Freihändige Vergabe bzw. ein Verhandlungsverfahren zulässig ist. Z.B. lassen sich rein technische Beratungsaufträge, bei denen es um die Einführung eines neuen Produktes in einer Behörde geht, regelmäßig abschließend beschreiben. Soweit es um strategische Beratung oder Gutachtensaufträge

geht, wird jedoch in der Regel eine eindeutige und erschöpfende Beschreibung, die hinreichend vergleichbare Angebote erwarten ließe, nicht möglich sein.

Gerade bei strategischer Beratung und Gutachtensaufträgen erscheint es schwierig, die Auswahl des Auftragnehmers an nur objektive Kriterien zu knüpfen. Hier muss der Auftraggeber Vertrauen dahingehend entwickeln können, dass der Auftragnehmer, die Arbeiten erfüllen kann und eine gedeihliche Zusammenarbeit zustande kommt (letzteres vor allem bei strategischer Beratung).

- Das Vertrauen in die Erfüllung des Auftrags ist im Vergabeverfahren ein Teil der Eignung (§ 2 Nr. 3 VOL/A, § 4 Abs. 1 VOF). Zum Nachweis der Eignung kann die Vorlage von Ausbildungsbescheinigungen des für den Auftrag einzusetzenden Personals verlangt werden. Außerdem kann die Vorlage von Referenzen verlangt werden, wobei aber darauf geachtet werden muss, dass Berufseinsteigern und Neulingen der Zugang zum Markt nicht vollkommen unmöglich gemacht werden darf (z.B. können auch Projektreferenzen einzelner Mitarbeiter, die für den Auftrag zuständig sein sollen, dem Unternehmen zugerechnet werden).

Wurde die Eignung im Laufe des Verfahrens einmal geprüft, so sind grundsätzlich alle Bieter/Bewerber, die diese Prüfung bestanden haben, gleich geeignet. Ein „Mehr an Eignung“, das zu einem Vorteil bei der nachfolgenden Angebotswertung führen könnte, wird von der Rechtsprechung kontrovers beurteilt.²⁵ Soweit es überhaupt anerkannt wird, liegen diese Fälle immer im Anwendungsbereich der VOF.²⁶

- In jedem Fall sollte im Verfahren eine Präsentation des Angebots der Bieter vorgesehen werden. Im Rahmen dieser Präsentation kann eine Bewertung der Arbeitsweise des Bieters erfolgen, besonders dann, wenn die vorgesehenen Projektmitarbeiter die Präsentation selbst vornehmen oder zumindest für Fragen zur Verfügung stehen. Professionelles Vorgehen, kreative Ansätze, gewissenhafte Vorbereitung und detailliertes Eingehen auf die Vorstellungen des Auftraggebers lassen sich objektiv bewerten und geben Aufschluß darüber, mit welcher Wahrscheinlichkeit die künftige Zusammenarbeit zum Erfolg führen wird. Diese Prognose ist Teil der nach § 16 Abs. 1 VOF anzu-

²⁵ Für den VOL- und VOB-Bereich dezidiert dagegen BGH, Urteil v. 8.9.1998, Az. X ZR 109/96, NJW 1998, 3644.

²⁶ Vgl. OLG Düsseldorf, Beschl. v. 23.7.2003, Az. VII Verg 27/03; OLG Rostock, Beschl. v. 16.5.2001, Az. 17 W 1/01 und 2/01.

stellenden Überlegungen und kann ebenso im Rahmen der Wirtschaftlichkeitsbeurteilung des Angebots nach § 25 Nr. 3 VOL/A herangezogen werden.

5) Verbindung von Gestaltungs- und Ausführungsaufträgen (Druck von Flyern und Broschüren)

Bei der Vergabe von Gestaltung und Druck von Flyern und Broschüren tritt regelmäßig die Frage auf, welches Vergabeverfahren anzuwenden ist, und ob eine gemeinsame Beauftragung von Gestaltung und Druck möglich ist.

Gemäß § 5 Nr. 1 VOL/A ist zwar eine Aufteilung in Lose angezeigt, da jedoch die Auftragsvolumen in diesem Bereich regelmäßig so gestaltet sein dürften, dass sich auch bei gemeinsamer Vergabe die kleinen und mittleren Unternehmen bewerben können, ist insoweit keine zwingende Aufteilung in einen Gestaltungs- und einen Druckauftrag erforderlich. Die Eignung eines Bieters, der mit einem Subunternehmer für den Druck anbietet, kann jedoch kritisch hinterfragt werden.

Soweit Gestaltungsleistungen erbracht werden, handelt es sich hierbei regelmäßig um Leistungen, die zumindest im Wettbewerb mit freiberuflich Tätigen angeboten werden. Soweit die Leistung nicht so eindeutig und erschöpfend beschrieben werden kann, dass hinreichend vergleichbare Angebote zu erwarten sind, kann die Vergabe freihändig/in einem Verhandlungsverfahren gegebenenfalls nach Durchführung eines Teilnahmewettbewerbs erfolgen (§ 3 Nr. 4 Buchst. h, § 3a Nr. 1 Abs. 4 Buchst. c VOL/A). Der Druck ist jedoch eine klassische Leistung i.S.d. VOL/A, die zumeist im Wege einer Öffentlichen Ausschreibung/eines Offenen Verfahrens zu vergeben ist. Werden ausnahmsweise beide Auftragsteile zu einem einzigen Auftrag zusammengefasst, bestimmt der wertmäßig überwiegende Teil das insgesamt anzuwendende Verfahren (vgl. § 1a Nr. 2 Abs. 3 VOL/A).

Bsp.: Bei einem einheitlichen Gestaltungs- und Druckauftrag wird zu Beginn des Verfahrens sorgfältig geschätzt, dass die Gestaltung 35.000 € und der anschließende Druck 65.000 € des Auftragswertes ausmachen wird. Nachdem der Druckauftrag wertmäßig überwiegt, ist insgesamt eine Öffentliche Ausschreibung durchzuführen.

Für den Fall, dass für die Gestaltungslleistung in einem Offenen Verfahren keine vergleichbaren Angebotsteile zu erwarten sind, müssen getrennte Aufträge vergeben werden.

a) Auftragswertberechnung (durchlaufende Posten)

Bei der gemeinsamen Vergabe von Gestaltung und Druck ist der Wert des Auftrags insgesamt zu berechnen. Eine separate Betrachtung der beiden Teilaufträge scheidet aus, sofern der Auftrag ausnahmsweise einheitlich vergeben werden soll.

Die Druckkosten können nur dann als „durchlaufende“ Posten beim Auftragnehmer unbeachtet bleiben, wenn der Auftragnehmer lediglich mit (1) der Gestaltung und (2) der Durchführung der Dienstleistung „Ausschreibung des Druckauftrags für den Auftraggeber“ beauftragt wird. Sollte diese Variante gewählt werden, ist jedoch zu beachten:

- Der Auftragnehmer wird bei der Ausschreibung des Druckauftrags für den Auftraggeber tätig und muss deshalb das Vergaberecht für den einzelnen Druckauftrag vollständig beachten.
- Die Dienstleistung „Ausschreibung des Druckauftrags für den Auftraggeber“ darf nur unter Beachtung der Voraussetzungen für die Auftragsvergabe²⁷ beauftragt werden.
- Der Auftraggeber muss wesentliche Entscheidungen und Tätigkeiten bei der Vergabe des Druckauftrags weiterhin selbst treffen bzw. vornehmen (vgl. Nr. I.2.f der Anlage 2 zur KorruR²⁸).

b) Schutzrechte des Auftragnehmers

Um bei Anschlußaufträgen nicht einem einzigen Anbieter ausgeliefert zu sein, sollten soweit möglich, Schutzrechte des Auftragnehmers an seiner Gestaltungslleistung von diesem erworben und abgegolten werden.²⁹

6) In-house-Geschäft

Entgeltliche Aufträge zwischen Behörden des Freistaats unterliegen grundsätzlich nicht den Vergabebestimmungen, soweit die Auftragnehmer keine selbständigen Rechtspersonen sind. Bei selbständigen Rechtspersonen gilt dies nur dann, wenn der Auftraggeber über den Auftragnehmer eine Kontrolle wie über eine eigene Dienststelle ausüben kann

²⁷ S. o. auf S. 3.

²⁸ S. o. Fn. 14.

und der Auftragnehmer überwiegend Leistungen für den Auftraggeber erbringt. Ohne Risiko ist die Annahme dieser Voraussetzungen derzeit nur, wenn bei öffentlich-rechtlicher Organisationsform mehr als rechtsaufsichtliche Mittel zur Verfügung stehen und bei Privatrechtsorganisationen 100 % der Anteile gehalten werden.

7) Organisation der Vergabe, elektronische Vergabe

Die Vorbereitung und die Entscheidung über die Vergabe von Aufträgen in größerem Umfang wird nach der Korruptionsbekämpfungsrichtlinie der Staatsregierung als besonders korruptionsgefährdet betrachtet. Neben den allgemeinen Vorkehrungen (z.B. transparente Aktenführung, Mehraugenprinzip) werden daher Hinweise zur Verhütung von Manipulationen gegeben, die auch organisatorische Maßnahmen während des gesamten Vergabeverfahrens umfassen und für diesen Bereich ergänzende Regelungen getroffen, insbes. die Pflicht zur Dokumentation von Beschränkten Ausschreibungen und Freihändigen Vergaben. Diese Regelungen umfassen die Verpflichtung, an jeder Dienststelle Listen zu führen, in der alle Beschränkten Ausschreibungen und Freihändigen Vergaben ab 2.500 €incl. MWSt erfasst werden (Nr. 7.1.4 KorruR³⁰).

Das Potential elektronischer Vergaben zur Verwaltungsvereinfachung und rechtssicheren Gestaltung der Vergabe von Standarddienstleistungen wird – sofern sinnvoll – genutzt. Die Entscheidung über die Organisation der Vergabeverfahren im Detail liegt bei jedem einzelnen Ressort.

8) Schulung

Die Ressorts halten eine Zusammenarbeit bei der Intensivierung der Schulung ihrer Mitarbeiter im Bereich des Vergaberechts für sinnvoll. Bei ressortinternen Veranstaltungen, die neben den vorhandenen Angeboten verstärkt angeboten werden sollen, werden freie Kapazitäten wechselseitig zur Verfügung gestellt.

V) Anhang

1) Hinweise auf Vorschriften und Hilfsmittel

Grundlegende Bestimmungen für die Vergabe von Dienstleistungen und Richtlinien der Staatsregierung finden sich unter

²⁹ S. o. S. 19.

- <http://www.stmwivt.bayern.de/wirtschaft/oeffentliches.html>

Weitere Richtlinien:

- Gem. Bek. vom 24.9.2001 über Ergänzende Vertragsmuster für IT-Dienstleistungen (StAnz Nr. 41) – Die Vertragsmuster selbst sind im Behördennetz unter <http://www.bybn.de/RBIS/Beschaffung/> zu finden.
- Richtlinie zur Verhütung und Bekämpfung von Korruption in der öffentlichen Verwaltung (Korruptionsbekämpfungsrichtlinie – KorruR), Bek. d. Bay. Staatsregierung vom 13.4.2004 (AllMBI. S. 87, StAnz Nr. 17) –unter <http://www.stmi.bayern.de/service/gesetze/detail/08388/> zu finden.

Hilfsmittel

- Formularsammlung im Behördennetz unter <http://www.bybn.de/RBIS/Beschaffung/>
- Vergabehandbuch Hochbau unter <http://www.hochbau.bayern.de/vergabehandbuch/default.htm>

Links

- <http://www.bayerischer-staatsanzeiger.de/>
- <http://www.bundesausschreibungsblatt.de>
- <http://ted.publications.eu.int> (Supplement zum Amtsblatt der EU)
- <http://www.bmwa.bund.de/Navigation/Wirtschaft/Wirtschaftspolitik/oeffentliche-auftraege.html>
- <http://www.simap.eu.int/DE/pub/src/welcome.htm> (Informationssystem auf EU-Ebene)
- <http://www.abz-bayern.de>

2) Erläuterungen zu § 13 VgV

a) Inhalt und Umfang der Vorabinformationspflicht

§ 13 VgV bestimmt, dass der Auftraggeber die nicht berücksichtigten Bieter über

- den Namen desjenigen Bieters, der den Zuschlag erhalten soll, und

³⁰ S. o. Fn. 14.

- den Grund für die vorgesehene Nichtberücksichtigung des betreffenden Angebots informieren muss.³¹

(1) Nicht berücksichtigte Bieter

Die Vergabestelle, hat nur die Bieter zu informieren, deren Angebot nicht berücksichtigt werden soll. Es sind also nur die Bieter zu informieren, nicht aber die Bewerber. Bieter ist, wer ein Angebot in einem Vergabeverfahren abgegeben hat. Allein ein Teilnahmeantrag ist nicht ausreichend. Zu den Vergabeverfahren gehört auch das Verhandlungsverfahren.³² Die Informationspflicht des § 13 VgV gilt ebenso für die Verfahren nach der VOF. Zwar spricht die VOF nur von Bewerbern, nach dem Sinn und Zweck der Vorschrift sind jedoch die Unternehmen nach § 13 VgV zu informieren, die an den Verhandlungen teilgenommen haben und in die engere Auswahl gekommen sind.

Das OLG Dresden und eine Vergabekammer in Baden-Württemberg haben in bestimmten Konstellationen auch die Einbeziehung von Bewerbern in die Information nach § 13 VgV verlangt.³³ Für ein Höchstmaß an Transparenz empfiehlt es sich, abgelehnte Bewerber zeitnah über ihr Ausscheiden zu informieren. Eine Verpflichtung der Vergabestelle besteht aber nicht.

In Ausnahmefällen, in denen zulässigerweise nur mit einem Bieter verhandelt werden darf, z.B. weil der Kauf anderer Produkte zu unverhältnismäßigen Schwierigkeiten führen würde (vgl. etwa § 3a Nr. 2 Buchst. e VOL/A), sind keine weiteren Bieter vorhanden, so dass der Schutzzweck von § 13 VgV nicht erfüllt werden kann. Andere Interessenten hätten in keinem Falle Zuschlagschancen. Die Vorabinformation wäre nur irreführend und muss deshalb nicht erteilt werden.³⁴

(2) De-facto-Vergabe

Unter einer „de-facto-Vergabe“ wird die Auftragserteilung ohne Beachtung eines eigentlich notwendigen Vergabeverfahrens verstanden. Mangels Beachtung des Vergabeverfahrens wird auch keine Information nach § 13 VgV abgegeben.

Die Rechtsprechung bei Vergabekammern und Oberlandesgerichten wendet § 13 VgV

³¹ BGH, Beschl. v. 9.2.2004, Az. X ZB 44/03, DB 2004, 754.

³² Vergabekammer Sachsen, Beschl. v. 2.8.2001, Az.: 1/SVK/70-01, S. 10; OLG Dresden, Beschl. v. 16.10.2001, Az. WVerG 0007/01, VergabeR 2002, S. 142 (144); OLG Düsseldorf, Beschl. v. 30.4.2003, Az. Verg 67/02.

³³ OLG Dresden, Beschl. v. 16.10.2001, Az. WVerG 7/01, VergabeR 2002, S. 142 (144 f.); Vergabekammer Baden-Württemberg, Beschl. v. 23.1.2003, Az. 1 VK 70/02.

weitgehend entsprechend auf de-facto- Vergaben an.³⁵ Wer also gänzlich auf ein Vergabeverfahren verzichtet, läuft Gefahr, dass die geschlossenen Verträge nichtig sind.

b) Name des Bieters

Die Vergabestelle hat den Bietern den Namen desjenigen Bieters mitzuteilen, der den Zuschlag erhalten soll, also den Namen des Unternehmens oder der Bietergemeinschaft. Wird ein Auftrag z.B. losweise vergeben, so sind die Namen der jeweils erfolgreichen Bieter anzugeben.

Sofern sich fehlerhafte Bezeichnungen des Bieters, der den Zuschlag erhalten soll, anhand der Auslegungsregeln des BGB klären lassen (z.B. Schreibfehler im Namen oder fehlerhafte Angabe der Postleitzahl bei korrekter Ortsangabe), ist die Information ordnungsgemäß erteilt. Es kommt lediglich darauf an, dass eine eindeutige Identifizierung möglich ist.³⁶

c) Zum „Grund“ der Nichtberücksichtigung

Der Auftraggeber ist nach dem Wortlaut des § 13 VgV nur verpflichtet, „den Grund“ für die Nichtberücksichtigung des Angebots anzugeben, nicht aber eine Mehrzahl von „Gründen“ oder gar eine Begründung wie sie beim Erlass belastender Verwaltungsakte notwendig ist. Aus der Regelung des § 13 VgV kann gefolgert werden, dass der Auftraggeber verpflichtet ist, den Grund, weshalb das Angebot des Bieters nicht berücksichtigt wird, verständlich, präzise und wahrheitsgemäß zu benennen.³⁷ Es können standardisierte Formulierungen verwendet werden, so z.B. wenn als Grund nur angegeben wird, dass der Preis zu hoch und die Funktionalität zu gering gewesen ist. Die Information kann auch aus mehreren Schreiben bestehen.³⁸ Der Auftraggeber darf sich kurz fassen. Auf gezielte Fragen des Bieters hin, besteht ein Anspruch auf ergänzende Information, wenn der Bieter sonst seine Erfolgsaussichten im Rechtsstreit nicht einschätzen kann.³⁹ Die Informati-

³⁴ 2. Vergabekammer des Bundes, Beschl. v. 11.4.2003, Az. VK 2 – 10/03.

³⁵ Vergabekammer Baden-Württemberg, Beschl. v. 26.3.2002, Az. 1 VK 7/02 und Beschl. v. 27.6.2003, Az. 1 VK 29/03; 1. Vergabekammer des Bundes, Beschl. v. 12.12.2002, Az. VK 1 – 83/02; Beschl. v. 20.5.2003, Az. VK 1 – 35/03; vgl. auch OLG Düsseldorf, Beschl. v. 20.6.2001, Az. Verg 3/01; Beschl. v. 30.4.2003, Az. Verg 67/02; BayObLG, Beschl. v. 27.2.2003, Az. Verg 1/03; OLG Jena, Beschl. v. 14.10.2003, Az. 6 Verg 5/03; neuerdings wieder anders OLG Düsseldorf, Beschl. v. 3.12.2003, Verg 37/03.

³⁶ 1. Vergabekammer des Bundes, Beschl. v. 27.9.2002, Az. VK 1 – 63/02.

³⁷ OLG Düsseldorf, Beschl. v. 6.8.2001, Az. Verg 28/01, VergabeR 2001, S. 429 (430).

³⁸ BayObLG, Beschl. v. 22.4.2002, Az. Verg 8/02, VergabeR 2002, S. 383 f.

³⁹ BayObLG, Beschl. v. 3.7.2002, Az. Verg 13/02, BayObLGZ 2002, Nr. 33.

on nach § 13 VgV bedarf nur eines Mindestinhalts.⁴⁰ In dem Informationsschreiben dürfen nicht nur die abstrakten Zuschlagskriterien wiederholt werden. Der Bieter muss zumindest ansatzweise nachvollziehen können, welche konkreten Erwägungen zu seiner Ablehnung geführt haben.⁴¹

Mehrere Oberlandesgerichte lehnen eine weitere inhaltliche Prüfung des angegebenen Grundes ab, da die inhaltlichen Anforderungen im Einzelfall variieren und nur eine rein formale Prüfung der Rechtsklarheit und –sicherheit entspricht.⁴² Die Information muss aber wahrheitsgemäß erfolgen.⁴³

Auch wenn die Information nicht umfassend sein muss, so gibt es doch gerade bei sensiblen und hochkomplexen Vergabeverfahren gute Erfahrungen mit einer deutlich über die Pflichten des § 13 VgV hinausgehenden Information der Bieter. Durch umfassende Informationen wird den nicht erfolgreichen Bietern von Anfang an das gegeben, was sie sonst erst durch einen Blick in die Vergabeakten im Rahmen des Nachprüfungsverfahrens erhalten. Generelles Misstrauen wird verhindert, da die Bieter immer wissen „woran sie sind“.

Nebenangebote eines Bieters geben diesem einen zusätzlichen Informationsanspruch wenn sie aus anderen Gründen als das Hauptangebot nicht zum Zuge kommen, insbesondere aus der Wertung ausgeschieden werden.⁴⁴

d) Form des Informationsschreibens

§ 13 S. 2 VgV verlangt nur die Einhaltung der Textform (§ 126b BGB). Das bedeutet, dass die Information auf eine zu dauerhafter Wiedergabe in Schriftzeichen geeignete Weise abzugeben ist. Damit wird die Information per Telefax oder E-Mail von der VgV direkt zugelassen.⁴⁵ Eine förmliche Zustellung der Information ist nicht erforderlich. Für das Informationsschreiben kann ein im Behördennetz verfügbares Formblatt (VOL-VOF Info VgV) verwendet werden.⁴⁶

⁴⁰ Vergabekammer Baden-Württemberg, Beschl. v. 7.10.2002, Az. 1 VK 48/02.

⁴¹ Kammergericht, Beschl. v. 4.4.2002, Az. KartVerg 5/02, VergabeR 2002, S. 235 (238); ebenso Vergabekammer Baden-Württemberg, Beschl. v. 7.10.2002, Az. 1 VK 48/02.

⁴² OLG Koblenz, Beschl. v. 25.3.2002, Az. 1 Verg 1/02, VergabeR 2002, S. 384; OLG Jena, Beschl. v. 29.5.2002, Az. 6 Verg 2/02, NZBau 2002, 526; OLG Jena, Beschl. 9.9.2002, Az. 6 Verg 4/02; BayObLG, Beschl. v. 3.7.2002, Az. Verg 13/02, BayObLGZ 2002, Nr. 33; OLG Dresden, Beschl. v. 29.5.2002, Az. 6 Verg 2/02.

⁴³ Vergabekammer Sachsen, Beschl. v. 27.1.2003, Az. 1/SVK/123-02.

⁴⁴ Vergabekammer Sachsen, Beschl. v. 27.9.2001, Az. 1/SVK/85-01 und Beschl. v. 23.5.2003, Az. 1/SVK/030-03.

⁴⁵ Vgl. Palandt-Heinrichs, 62. Aufl. 2003, § 126b Rn. 3.

⁴⁶ <http://www.bybn.de/RBIS/Beschaffung/> – Formularsammlung für Ausschreibungen nach der VOL.

e) Zeitpunkt des

Informationsschreibens

Die Information kann abgegeben werden, sobald feststeht, welcher Bieter aus welchen Gründen den Zuschlag erhalten soll. Es muss nicht gewartet werden, bis das intern zuständige Organ über die beabsichtigte Vergabe entschieden hat.⁴⁷ Teilweise wird darin eine Verletzung von § 13 VgV erkannt. Der Verstoß durch die vorfristige Information wird dann aber durch den nachfolgenden legitimierenden Beschluss geheilt. Es bleiben lediglich kostenrechtliche Konsequenzen im Nachprüfungsverfahren möglich.⁴⁸

f) Frist des § 13 VgV

§ 13 S. 2 VgV bestimmt, dass die Vergabestelle die Information spätestens 14 Kalendertage vor dem Vertragsabschluss absenden muss. Gemäß § 13 S. 3 VgV beginnt diese Frist bereits am Tag nach der Absendung zu laufen.⁴⁹

Nach dem Wortlaut des § 13 S. 4 VgV kommt es „[a]uf den Tag des Zugangs“⁵⁰ nicht an. Damit wird bereits ausgedrückt, dass ein Zugang gleichwohl erforderlich ist. Es kann also im Zweifel darauf ankommen, den Zugang nachzuweisen. Dieser Nachweis kann bei Information per Telefax oder E-Mail z.B. durch eine zurückzusendende Empfangsbescheinigung erfolgen, zur Not auch durch einen protokollierten „Kontrollanruf“, wenn der Bieter die Bescheinigung nicht zurücksendet.

Auf die Angabe des Zuschlagstermins im Informationsschreiben sollte verzichtet werden, da es sich um eine freiwillige Angabe handelt, die § 13 VgV nicht verlangt. Falls doch die Angabe eines Termins erfolgt ist, sollte diese als bindend angesehen werden, außer die Frist wurde zu kurz berechnet (dann gilt die richtige Frist).⁵¹

Die Rüge eines Bieters nach Erhalt der Vorabinformation führt nicht dazu, dass ihm gegenüber die vierzehntägige Frist unterbrochen wird.⁵²

⁴⁷ Vergabekammer Lüneburg, Beschl. v. 12.11.2001, Az. 203-VgK-19/2001.

⁴⁸ Vergabekammer Sachsen, Beschl. v. 27.9.2001, Az. 1/SVK/85-01 und Beschl. v. 23.5.2003, Az. 1/SVK/030-03. § 128 Abs. 4 S. 3 GWB sieht eine entsprechende Anwendung des Art. 80 BayVwVfG vor. Art. 80 Abs. 1 S. 5 BayVwVfG sieht eine Kostenentscheidung nach billigem Ermessen für eine Erledigung auf andere Weise als durch Erfolg des eingelegten Rechtsbehelfs vor. Als Anhaltspunkt für dieses billige Ermessen bietet sich § 91a ZPO mit der hierzu ergangenen Rechtsprechung für die einseitige Erledigterklärung an.

⁴⁹ BGH (Fn. 31).

⁵⁰ Hervorhebung nicht im Originaltext.

⁵¹ 2. Vergabekammer des Bundes, Beschl. v. 16.7.2002, Az. VK 2 – 50/02.

⁵² OLG Dresden (Fn. 42).

g) Verbot des Vertragsschlusses

Nach § 13 S. 5 VgV darf ein Vertrag nicht geschlossen werden, wenn

- die Informationsfrist noch nicht abgelaufen ist oder
- die Information nicht erteilt worden ist.

h) Heilbarkeit

Verstöße gegen § 13 VgV sind heilbar, auch noch nach Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens.⁵³ Entscheidend ist, dass der effektive Rechtsschutz der Bieter erhalten bleibt. Sofern also fehlerhafte Informationsschreiben durch fehlerfreie Informationsschreiben ersetzt werden und die Frist erst ab der fehlerfreien Information berechnet wird, besteht kein Grund, den erfolgten Vergaberechtsverstoß zu verewigen, da effektiver Rechtsschutz gewährt wurde.⁵⁴

i) Nichtigkeitsfolge

Ist ein Vertrag unter Verstoß gegen die Informationspflicht geschlossen worden, so ist er gemäß § 13 S. 6 VgV nichtig (Klarstellung der Anwendung von § 134 BGB). Dies bedeutet, dass es im Rechtssinne keinen wirksamen Vertrag gibt. Der Vertrag ist als nicht abgeschlossen zu behandeln. Die Nichtigkeit ist grundsätzlich eine absolut geltende Rechtsfolge, die gegenüber allen (erga omnes) wirkt, d.h. nicht nur gegenüber einem oder mehreren möglicherweise in eigenen Ansprüchen verletzten Verfahrensteilnehmern oder nur gegenüber dem Vertragspartner (inter partes).

Das Vergabeverfahren ist nicht durch Vertragsabschluss (Erteilung des Zuschlages) beendet worden. Soweit es nicht nach § 122 GWB endet, muss es deshalb noch zum Abschluss gebracht werden; durch erneute Erteilung eines wirksamen Zuschlags oder durch Aufhebung (z.B. dann, wenn kein wirtschaftliches Angebot mehr vorliegen sollte, an das ein Verfahrensteilnehmer noch gebunden ist).

Zwischen dem Auftraggeber und der anderen Partei des nichtigen Vertrages bestehen keine vertraglichen Rechtsbeziehungen. Durch Vertrag begründete Rechtsansprüche, insbesondere vertragliche Erfüllungs- und Gewährleistungsansprüche, können deshalb nicht geltend gemacht werden. Sind bereits Leistungen zur Durchführung des nichtigen Vertrages erbracht worden, kommt nur eine gesetzliche Rückabwicklung gem. § 812 BGB in Betracht.

⁵³ Vergabekammer Sachsen, Beschl. v. 27.1.2003, Az. 1/SVK/123-02.

⁵⁴ Vergabekammer Sachsen, Beschl. v. 8.11.2001, Az. 1/SVK/104-01.