

Vergaberecht

Juni 2018

Wann sind Referenzen vergleichbar?

Der in der Praxis wohl wichtigste Nachweis der technischen und beruflichen Leistungsfähigkeit eines Unternehmens erfolgt durch die Vorlage von Referenzen. Welchen inhaltlichen Anforderungen die Referenzobjekte genügen müssen, steht hierbei im Ermessen des Auftraggebers. Das Spektrum reicht von der Abfrage lediglich mit dem Auftragsgegenstand „vergleichbarer Referenzen“ bis zur Identität des Referenzprojekts mit dem Beschaffungsgegenstand. Eine aktuelle Entscheidung der Vergabekammer Baden-Württemberg (Beschluss vom 06.03.2018, Az. 1 VK 60/17) verdeutlicht die rechtlichen Möglichkeiten und Risiken, die mit der unterschiedlichen Festlegung inhaltlicher Anforderungen an Referenzen einhergehen.

Der Sachverhalt

Die Auftraggeberin schrieb Planungs- sowie Liefer- und Montageleistungen für eine Zugsicherungsanlage eines Tunnelprojektes für Stadtbahnen europaweit im offenen Verfahren aus. Zum Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit forderte die Auftraggeberin die Vorlage „vergleichbarer Referenzprojekte aus dem Bereich Zugsicherungsanlagen für Stadtbahnen (BOStrab)“, wobei die Abkürzung „BOStrab“ die Verordnung über den Bau und Betrieb der Straßenbahnen vom 11. Dezember 1987 (BGBl. I S. 2648; zuletzt geändert am 16.12.2016) meint. In den Vergabeunterlagen wurde außerdem ausgeführt, dass aus der BOStrab folge, dass für Straßenbahntunnel in Deutschland die nach der Sicherheitsnorm EN 61508 höchste Sicherheitsanforderungsstufe, das sog. Safty Integrity Level 4 (SIL 4), verlangt werde.

Der Bieter, dessen Angebot den Zuschlag erhalten sollte, verwies auf Referenzen über Stadtbahnprojekte aus der Schweiz und Österreich, die lediglich dem Sicherheitsniveau SIL 3 genügten.

Ein Mitbewerber rügte, dass der Bestbieter keine vergleichbaren Referenzprojekte für Stadtbahnprojekte ausgeführt habe und daher von der Wertung auszuschließen sei. Ausweislich der Vergabeunterlagen seien nur Stadtbahnprojekte vergleichbar, die ebenfalls dem SIL 4 genügten und im räumlichen Geltungsbereich der BOStrab, also in Deutschland realisiert worden seien. Die Auftraggeberin half der Rüge des Wettbewerbers nicht ab. Der Verweis auf die BOStrab habe lediglich dazu gedient, darzustellen, dass ausschließlich Zugsicherungsanlagen für Stadtbahnen und nicht etwa für Eisenbahnen als Referenzanlagen anerkannt würden. Dass auch Referenzprojekte aus dem (insbesondere fremdsprachigen) Ausland den Eignungsanforderungen genügen, ergebe sich bereits aus der Bekanntmachung, wonach Referenzschreiben auch „im Original nebst Übersetzung eines vereidigten Dolmetschers“ vorgelegt werden durften. Der Bieter reichte daraufhin einen Nachprüfungsantrag bei der Vergabekammer Baden-Württemberg ein und beantragte, die Angebote unter Berücksichtigung der Rechtsauf-

fassung der Vergabekammer neu zu werten und hilfsweise, das Vergabeverfahren aufzuheben.

Die Entscheidung

Die Vergabekammer gab dem Hilfsantrag statt und hob die Ausschreibung wegen Verstoßes gegen den vergaberechtlichen Transparenzgrundsatz auf. In ihrer Begründung unterstrich die Vergabekammer zunächst die bisherige Rechtsprechung, wonach es für die Vergleichbarkeit von Referenzprojekten bereits ausreichend sei, wenn die erbrachten Leistungen dem Auftragsgegenstand „nahekämen“ oder „ähneln“. Dies genüge bereits, um einen tragfähigen Rückschluss auf die Leistungsfähigkeit des Bieters für die ausgeschriebene Leistung zu ermöglichen. Die erbrachten Leistungen müssten insbesondere nicht mit dem Ausschreibungsgegenstand identisch sein. Gehe aber aus der Bekanntmachung nicht eindeutig hervor, welchen Anforderungen die Referenzen genügen müssten, um „vergleichbar“ zu sein, begründe dies einen Verstoß gegen den Transparenzgrundsatz (mit Verweis auf VK Bund, Beschluss vom 22.01.2016, VK 2-131/15). Dabei seien die Vergabeunterlagen jedenfalls dann nicht eindeutig, wenn fachkundigen Unternehmen mehrere Auslegungsmöglichkeiten verblieben oder das zutreffende Verständnis der Vergabeunterlagen eine besondere Gesamtschau erfordere, die im Vergabewettbewerb erfahrungsgemäß nicht geleistet werde oder nicht geleistet werden könne. So verhalte es sich auch in dem zu entscheidenden Fall.

Aus den Vergabeunterlagen ergebe sich nach dem dargelegten Maßstab nicht mit hinreichender Klarheit, was die Auftraggeberin mit der Angabe „vergleichbare Referenzen“ in Bezug auf die Anforderungen der BOStrab und das Sicherheitslevel SIL 4 meinte. Ungenauigkeiten in den Vergabeunterlagen gingen stets zulasten der Vergabestelle und führten daher vorliegend zur Aufhebung des Verfahrens.

Praxishinweis

Die Entscheidung der Vergabekammer Baden-Württemberg verpflichtet Auftraggeber keinesfalls dazu, zwecks Wahrung des Transparenzgrundsatzes das Eignungskriterium der „vergleichbaren Referenz“ inhaltlich zu konkretisieren. Das Vergaberecht räumt dem Auftraggeber bei der Festlegung der inhaltlichen Anforderungen an die Referenzen, wie auch hinsichtlich der übrigen Eignungskriterien, einen weiten Ermessenspielraum ein (vgl. OLG Rostock, Beschluss vom 27.03.2017, Az. 17 Verg 1/17). Der Auftraggeber darf im Rahmen dieses Spielraumes für die Referenzprüfung festlegen, unter welchen Voraussetzungen er von einem vergleichbaren Projekt ausgeht. Begrenzt wird dieses Bestimmungsrecht lediglich von den Vorgaben des § 124 Abs. 4 GWB, wonach Eignungskriterien mit dem Auftragsgegenstand in Verbindung und zu diesem in einem angemessenen Verhältnis stehen müssen. Die Festlegung inhaltlicher Vorgaben für vergleichbare Referenzen ist also grundsätzlich keine Frage der vergaberechtlichen Zulässigkeit,

sondern vielmehr der zweckmäßigen Steuerung des Wettbewerbs. Der Auftraggeber muss letztlich entscheiden, wie wettbewerbsoffen er das Vergabeverfahren auf der Eignungsstufe gestalten möchte. Je unspezifischer die festgelegten Anforderungen für die Vergleichbarkeit von Referenzen im Hinblick auf den Ausschreibungsgegenstand sind, desto offener ist der Vergabewettbewerb auf der Eignungsstufe angelegt.

Verlangt der Auftraggeber in der Bekanntmachung lediglich vergleichbare Referenzen, ohne dies näher zu konkretisieren, muss er dann allerdings auch solche Referenzprojekte als ausreichende Nachweise der technischen und beruflichen Leistungsfähigkeit des Unternehmens werten, die dem Auftragsgegenstand lediglich „nahekommen“ oder „ähneln“. Eine nachträgliche restriktive Auslegung des Eignungskriteriums „vergleichbare Referenz“ ist ihm dann verwehrt (vgl. insoweit auch VK Bund, Beschluss vom 18.09.2017, Az. VK 2-96/16, wonach das Eignungskriterium „vergleichbare Referenz“ grundsätzlich wettbewerbsoffen auszulegen ist).

Will der öffentliche Auftraggeber über die Qualität der Referenzprojekte Einfluss auf den Bewerber- oder Bieterkreis nehmen, ist er daher gut beraten, bereits in der Bekanntmachung und in den Vergabeunterlagen Mindestanforderungen an die Referenzen vorzugeben. Dabei muss er allerdings mit der gebotenen Sorgfalt vorgehen, um Unklarheiten oder Widersprüche in der Bekanntmachung und den Vergabeunterlagen zu vermeiden. Denn sind die Eignungskriterien intransparent, infiziert dies das gesamte Verfahren, was – wie der vorliegende Fall zeigt – die Aufhebung des Verfahrens zur Folge haben kann.

Aufgrund ihres wettbewerbsbeschränkenden Charakters dürfen die Mindestanforderungen zudem nicht zu eng gefasst werden. In jedem Fall sollten die Gründe für die Auswahl der Mindestanforderungen im Rahmen der Dokumentation dargelegt werden (vgl. OLG München, Beschluss vom 13.03.2017, Az. Verg 15/16).



Dr. Lars Hettich,
Rechtsanwalt, Fachanwalt für Vergaberecht,
BEITEN BURKHARDT
Rechtsanwaltsgesellschaft mbH
E-Mail: Lars.Hettich@bblaw.com

Verfahrensfristen sind auch im Teilnahmewettbewerb bei wesentlichen nachträglichen Änderungen an den Vergabeunterlagen zu verlängern

Der Vergabesenat des OLG Düsseldorf hat entschieden, dass ein öffentlicher Auftraggeber, der nachträglich wesentliche Änderungen an den Vergabeunterlagen vornimmt, verpflichtet ist, auch im Teilnahmewettbewerb die Frist zur Abgabe von Teilnahmeanträgen in analoger An-

wendung des § 20 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 Vergabeverordnung (VgV) zwingend zu verlängern (Beschluss vom 28.03.2018, VII-Verg 40/17).

Der Sachverhalt

Die Antragsgegnerin, die Bundesrepublik Deutschland, vertreten durch das Bundesinstitut für Arzneimittel und Medizinprodukte (BfArM) als Vergabestelle, schrieb den Anbau sowie die Weiterverarbeitung, Lagerung, Verpackung und Lieferung von Cannabis zu medizinischen Zwecken in zehn Losen europaweit aus.

Zu diesem Zweck führte die Vergabestelle ein Verhandlungsverfahren mit vorgeschaltetem Teilnahmewettbewerb durch. Schlusstermin für die Abgabe der Teilnahmeanträge war der 6. Juni 2017. Nach dem Teilnahmewettbewerb sollten zehn Bewerber zur Angebotsabgabe aufgefordert werden. Die Auswahl der zehn Bewerber sollte anhand vorzulegender Cannabis- bzw. Arzneipflanzen-Referenzen erfolgen.

Die Bekanntmachung vom 8. April 2017 enthielt in Bezug auf die Arzneipflanzen-Referenz keine Angaben zur Einhaltung bestimmter Standards.

Erst mit späterer EU-Änderungsbekanntmachung ergänzte die Antragsgegnerin die Vorgaben an die Arzneipflanzen-Referenz dahingehend, dass die europäischen Regelungen zum Anbau von medizinischem Cannabis einzuhalten waren.

Die Antragstellerin rügte kurz vor Ablauf der Teilnahmefrist am späten Vormittag des 6. Juni 2017 die Abgabefrist wegen der nachträglichen Anforderungen an die Arzneipflanzen-Referenz. Sie wurde letztlich nicht zur Abgabe von Angeboten aufgefordert. Insbesondere wurde ihre Arzneipflanzen-Referenz bei der Bewertung der Teilnahmeanträge nicht berücksichtigt, da der Anbau nicht nach den europäischen medizinischen Standards erfolgte.

Der Nachprüfungsantrag der Antragstellerin wurde von der VK Bund zurückgewiesen (Beschluss vom 01.08.2017, VK 1 – 69/17). Mit der sofortigen Beschwerde beantragte die Antragstellerin u. a., den Beschluss der VK Bund aufzuheben und das Vergabeverfahren in den Stand vor Abgabe der Teilnahmeanträge zurückzusetzen.

Die Entscheidung

Das Oberlandesgericht Düsseldorf hat den Beschluss der VK Bund (VK 1 – 69/17) aufgehoben und es der Antragsgegnerin untersagt, den Zuschlag zu erteilen. Die Frist für die Abgabe der Teilnahmeanträge sei nicht angemessen verlängert worden und die Antragstellerin hierdurch in ihren subjektiven Rechten verletzt. Gemäß § 20 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 VgV sind die Angebotsfristen bei wesentlichen Änderungen an den Vergabeunterlagen zwingend zu verlängern. Der Vergabestelle steht insofern kein Ermessen hinsichtlich der Fristverlängerung zu. Die Vorschrift des § 20 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 VgV, der sich dem Wortlaut nach nur auf Angebotsfristen bezieht, ist – so der Vergabesenat – analog auf Teilnahmefristen anzuwenden.

Nach Auffassung des Vergabesenats liegen die Voraussetzungen einer analogen Anwendung – eine planwidrige Regelungslücke sowie eine vergleichbare Interessenlage – vor.

Es sei keine bewusste Entscheidung des Gesetzgebers, § 20 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 VgV auf Angebotsfristen zu beschränken. Vielmehr habe sich der Ordnungsgeber lediglich am Wortlaut des Art. 47 Abs. 3 S. 1 RL 2014/24/EU („Auftragsvergaberichtlinie“) orientiert und diesen ohne „tiefere Durchdringung des Regelungskomplexes“ übernommen. Eine Auseinandersetzung mit der Fragestellung, wann Fristverlängerungen geboten sein könnten, habe gerade nicht stattgefunden.

Es bestehe auch eine vergleichbare Interessenlage. Denn auch der Bewerber benötige bei wesentlichen Änderungen an den Vergabeunterlagen (hier: nachträgliche Erhöhung der Eignungsanforderungen) Zeit, um hierauf angemessen reagieren zu können. Seine Situation unterscheide sich daher nicht wesentlich von derjenigen eines Bieters, der sich mit einer sich auf die Angebotserstellung auswirkenden Änderung der Vergabeunterlagen konfrontiert sieht. Auch Teilnahmeanträge könnten hohen – einer Angebotserstellung nahekommenden – Aufwand bedeuten. Der Teilnehmer eines Teilnahmewettbewerbs sei aus diesem Grund ebenso schutzwürdig wie der Bieter bei der Angebotsabgabe.

Bei der Frage der Angemessenheit der (Rest-)Frist sei ferner zu berücksichtigen, dass es den Bewerbern ermöglicht werden müsse, einen Teilnahmeantrag in hoher Qualität und mit echten Auswahlchancen erstellen zu können. Die konkrete Vergabesituation dürfe bei der Fristsetzung nicht unbeachtet gelassen werden. Der Anbau und die Lagerung, Verpackung und Lieferung von Cannabis sei in Deutschland erstmals ausgeschrieben worden. Erst durch die Ausschreibung sei überhaupt ein Markt geschaffen worden. Den Bewerbern fehle es als „Newcomern“ in dem Markt an Erfahrungswerten. Dem Wettbewerbsgrundsatz des § 97 Abs. 1 GWB komme daher vorliegend eine besondere Bedeutung zu.

Die Anforderungen an eine „Wesentlichkeit“ der Änderung im Sinne von § 20 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 VgV sind nach Auffassung des Vergabesenats niedrig. Eine Änderung sei bereits dann wesentlich, wenn „sie sich kausal auf die Angebotserstellung bzw. Erstellung des Teilnahmeantrags auswirken könne“. Dies sei hier der Fall gewesen.

Entscheidungsbewertung

Die Annahme einer analogen Anwendung des Fristverlängerungsgebots des § 20 Abs. 3 Satz 1 VgV auf den Teilnahmeantrag ist vertretbar.

Die Annahme einer planwidrigen Regelungslücke bedurfte allerdings einer umfassenden Begründung. Denn § 20 Abs. 3 VgV spricht explizit von „Angebotsfristen“. Dies könnte eine bewusste „gesetzgeberische“ Entscheidung nahelegen. § 20 Abs. 1 VgV differenziert nämlich – im Gegensatz zu § 20 Abs. 3 VgV – zwischen Angeboten und Teilnahmeanträgen. Der Vergabesenat unterstellt insofern sowohl dem europäischen Richtliniengeber als auch dem deutschen Gesetzgeber, die Erforderlichkeit einer zwingenden Fristverlängerung auch

im Teilnahmewettbewerb nicht erkannt zu haben. Diese „Lücke“ sei aus Sicht des Vergabesenats zwingend durch eine analoge Anwendung zu schließen. In der Tat ist dem Vergabesenat zuzugeben, dass die allgemeinen vergaberechtlichen Grundsätze der Transparenz und Gleichbehandlung – und die Vorschrift des § 20 Abs. 3 Satz 1 VgV stellt eine Ausprägung dieser Grundsätze dar – ebenso im Teilnahmewettbewerb wie in der Angebotsphase Anwendung finden.

Der Entscheidung kommt Einzelfallcharakter in Bezug auf § 20 Abs. 3 Satz 1 VgV zu. Eine pauschale, analoge Anwendung von sich dem Wortlaut nach auf Angebote beziehenden Regelungen der VgV auf Teilnahmeanträge ist durch die Entscheidung nicht angezeigt.

Praxishinweis

Bei nachträglichen Änderungen an den Vergabeunterlagen müssen öffentliche Auftraggeber stets prüfen, ob die Verfahrensfristen gegenüber den Bewerbern und Bietern verlängert werden müssen. Im Zweifel, wenn tatsächlich eine „wesentliche Änderung“ vorliegt, ist der rechtlich sicherste Weg, die Fristen – jedenfalls wenn ein Bewerber oder Bieter dies fordert – angemessen zu verlängern.

Geschieht dies nicht, kann der Bewerber oder Bieter eine Verletzung subjektiver Rechte rügen und es besteht die Gefahr eines Zuschlagsverbots sowie einer erheblichen zeitlichen Verzögerung bei der Auftragsvergabe durch ein entsprechendes Nachprüfungsverfahren. Dies ist insbesondere der Fall, wenn sich die Vergabestelle im Rahmen eines Verhandlungsverfahrens dazu entschließt, das Vergabeverfahren in der Angebotsphase – trotz eines anhängigen Nachprüfungsverfahrens – weiterzuführen. Insofern droht zudem die Gefahr, dass sich die Vergabestelle gegenüber den im Vergabeverfahren verbliebenen Bietern, die in Vertrauen auf die Vergabestelle das Verfahren durch die Teilnahme an Verhandlungen bzw. die Erstellung von Angeboten weiter betreiben, schadensersatzpflichtig macht, wenn – wie vorliegend – eine Nachprüfungsinstanz die Vergabestelle zu einem deutlich späteren Zeitpunkt „zurück auf Los“ schickt.



Sascha Opheys,
Rechtsanwalt,
BEITEN BURKHARDT
Rechtsanwaltsgesellschaft mbH
E-Mail: Sascha.Opheys@bblaw.com

Newsticker

+++ Neuer Praxisleitfaden für IT-Beschaffungen +++

Die „Unterlage für Ausschreibung und Bewertung von IT-Leistungen“ (UfAB) ist vollständig überarbeitet worden. Die unter Federführung der Zentralstelle für IT-Beschaffung, des Beschaffungsamts des Bundesministeriums des Innern, für Bau und Heimat neu entwickelte

UfAB 2018 berücksichtigt die aktuelle Rechtslage infolge der Vergaberechtsreform im Ober- und Unterschwellenbereich und ersetzt den bisherigen Praxisleitfaden UfAB VI. Schwerpunkt der Darstellungen sind die Verfahrensarten im GWB, in der VgV und der UVgO. Darüber hinaus sind neue Erkenntnisse und Entwicklungen aus Praxis und Rechtsprechung der IT-Vergabe eingeflossen. Dies betrifft u. a. die Bewertungsmethoden. So werden die gewichteten Richtwertmethoden (Median- und Referenzmethode) nicht mehr aufgeführt. Deren Anwendung wurde bereits nach der UfAB VI wegen der Gefahr der Einflussnahme außenstehender Faktoren auf die Rangfolge der Angebote nur eingeschränkt empfohlen. Der neue Praxisleitfaden ist unter www.cio.bund.de/SharedDocs/Publikationen/DE/IT-Beschaffung/ufab_2018_download.pdf abrufbar.

+++ Qualität des Personals ist bei Standardleistungen kein zulässiges Zuschlagskriterium +++

Nach Auffassung der VK Brandenburg (Beschluss vom 23.02.2018 – VK 1/18) ist es bei standardisierten Leistungen, die keine innovative oder gestalterische Komponente aufweisen, unzulässig, die Qualität des Personals als Zuschlagskriterium vorzusehen. Durch § 58 Abs. 2 Nr. 2 VgV bzw. § 16d EU Abs. 2 Nr. 2b) VOB/A sei der Grundsatz der Trennung von Eignungs- und Zuschlagskriterien nicht aufgegeben worden. Voraussetzung ist daher, dass die Qualität des Personals erheblichen Einfluss auf das Niveau der Auftragsdurchführung haben müsse. Dies sei bei standardisierten Leistungen (hier: landschaftsgärtnerische Arbeiten) nicht der Fall. Um den Vergaberechtsverstoß zu heilen, ordnete die Vergabekammer an, das Vergabeverfahren in den Stand vor Veröffentlichung der Auftragsbekanntmachung zurückzusetzen.

Hinweise

Diese Veröffentlichung stellt keine Rechtsberatung dar.

Wenn Sie diesen Newsletter nicht mehr erhalten möchten, können Sie jederzeit per E-Mail (bitte E-Mail mit Betreff „Abbestellen“ an Stephan.Rechten@bblaw.com) oder sonst gegenüber BEITEN BURKHARDT widersprechen.

© BEITEN BURKHARDT Rechtsanwaltsgesellschaft mbH.
Alle Rechte vorbehalten 2018.

Impressum

BEITEN BURKHARDT Rechtsanwaltsgesellschaft mbH
(Herausgeber)
Ganghoferstraße 33, D-80339 München
AG München HR B 155350/USt.-Idnr: DE-811218811

Weitere Informationen (Impressumsangaben) unter:
<https://www.beiten-burkhardt.com/de/hinweise/impressum>

Redaktion (verantwortlich)

Stephan Rechten,
Rechtsanwalt

Ihre Ansprechpartner

Berlin • Kurfürstenstraße 72-74 • 10787 Berlin
Tel.: +49 30 26471-219
Frank Obermann • Frank.Obermann@bblaw.com
Stephan Rechten • Stephan.Rechten@bblaw.com

Düsseldorf • Cecilienallee 7 • 40474 Düsseldorf
Tel.: +49 211 518989-0
Dr. Lars Hettich • Lars.Hettich@bblaw.com
Sascha Opheys • Sascha.Opheys@bblaw.com

Frankfurt am Main • Mainzer Landstraße 36
60325 Frankfurt am Main • Tel.: +49 756095-195
Dr. Hans von Gehlen • Hans.VonGehlen@bblaw.com

Hamburg • Neuer Wall 72 • 20354 Hamburg
Tel.: +49 40 688745-145
Jan Christian Eggers • Jan.Eggers@bblaw.com

München • Ganghoferstraße 33 • 80339 München
Tel.: +49 89 35065-1452
Michael Brückner • Michael.Brueckner@bblaw.com
Hans Georg Neumeier • HansGeorg.Neumeier@bblaw.com



Weitere interessante Themen und Informationen zum Vergaberecht finden Sie in unserem Onlinebereich.



BEIJING • BERLIN • BRÜSSEL • DÜSSELDORF • FRANKFURT AM MAIN
HAMBURG • MOSKAU • MÜNCHEN • ST. PETERSBURG

WWW.BEITENBURKHARDT.COM