

von Rechtsanwältin **Elisabeth Keller-Stoltenhoff**

## Vergaberecht: Ermessensspielraum des Beschaffers bei Forderungen an die Qualität der Leistung

In Ausschreibungsverfahren besteht immer wieder Unsicherheit bei der Frage, in wie weit der öffentliche Auftraggeber eine bestimmte Qualität der Leistung fordern kann. Darf er ein Luxusprodukt einkaufen, wenn er auch mit einem weniger hochwertigen Produkt auskommen könnte?

Darf er also z.B. einen Mercedes fordern, wenn er auch einen Golf fahren könnte? Darf er von den vom Bieter eingesetzten Mitarbeiter eine bestimmte Qualität fordern? Werden Bieter möglicher Weise diskriminierte, die die geforderte hohe Qualität nicht liefern können?

Die dritte Vergabekammer des Bundes beim Bundeskartellamt hat hier am 23. Januar 2008 (Az: VK 3 - 11/08) den Versuchen von Bietern, auch den Qualitätsmaßstab der Behörde rügen zu wollen, einen Riegel vorgeschoben.

Die Kammer entschied, dass es vergaberechtlich zulässig ist, bei der Eignungsforderung hohe Anforderungen an die Qualität der Mitarbeiter des Bieters zu stellen, in dem z. B. der "Anteil in Prozent" der Mitarbeiter mit besonderen Qualifikationen "an der Gesamtzahl der Mitarbeiter vorgegeben wird.

Hinsichtlich der Anforderungen, die der Auftraggeber an die Qualität der ausgeschriebenen Leistung stelle, stehe den Vergabenachprüfungsinstanzen nur begrenzt überprüfbarer Ermessensspielraum zu. Dieser Ermessensspielraum sei nicht überschritten, wenn es sachgerecht und nachvollziehbar sei, dass der Auftraggeber eine qualitativ hochwertige Leistung sicherstellen möchte. Er dürfe in diesem Zusammenhang Bieter, die die Leistung ausschließlich durch besonders qualifizierte Mitarbeiter erbringen lassen, besser bewerten als solche Bieter, die auch weniger qualifizierte Mitarbeiter einsetzen.

### 1. Sachverhalt

Die ausschreibende Stelle, eine gesetzliche Krankenkasse, beabsichtigte, Rahmenverträge über die Hauszustellung von aufsaugenden Inkontinenzartikeln im Wege des offenen Verfahrens in insgesamt 20 Losen zu vergeben.

## 1.1 Leistungsanforderung

In der Bekanntmachung war dazu Folgendes geregelt:

“

*„Den Verdingungsunterlagen ist eine Anlage „Checkliste Nachweise“ beigefügt, die eine geordnete Darstellung der einzureichenden Angaben, Erklärungen und Nachweise enthält, aus welcher sich auch ergibt, welche Unterlagen zwingend mit Angebotsabgabe einzureichen sind und welche auch nachgefordert werden können. Hinsichtlich auf die technische Leistungsfähigkeit wird insgesamt auf die o.g. Checkliste verwiesen. Alle geforderten Nachweise sind für jeden Unterauftragnehmer, Mitgliedsbetriebe, Filialen o.ä. vorzulegen.“*

”

“

*In der Anlage "Checkliste Nachweise" war unter "zwingend bei Angebotsabgabe einzureichen" Folgendes gefordert:  
"Gültiger Nachweis (beglaubigte Kopie) über die Zertifizierung nach DIN EN ISO 9001 ff. oder Nachweis (beglaubigte Kopie) über die Zertifizierung nach DIN EN ISO 13485. Fehlt der Nachweis bei Angebotsabgabe, wird das Angebot zwingend ausgeschlossen.“*

”

Darüber hinaus enthielten die Vertragsbedingungen folgende Festlegungen:

“

*(1) Der Auftragnehmer weist dem Auftraggeber die Einhaltung der Qualitätsanforderungen..... durch ein zertifiziertes Qualitätsmanagement-System (gem. Ziffer 2) nach.  
(2) Das Qualitätsmanagement-System muss durch eine akkreditierte Zertifizierungsgesellschaft des Deutschen Akkreditierungsrates (DAR) geprüft und abgenommen werden. Die Zertifizierung kann nach den Normen DIN EN ISO 13485 oder DIN EN ISO 9001 ff. erfolgen.*

”

Zur „Angebotswertung und Zuschlagserteilung“ ist in der Leistungsbeschreibung unter "Allgemeine Hinweise" folgendes geregelt:

“

*Der Zuschlag erfolgt auf das wirtschaftlichste Angebot, bzw. die wirtschaftlichste Loskombination unter Zugrundelegung folgender Wertungsfaktoren:*

- *Preis mit einer Wertung von 75 %*
- *Qualität der Leistung mit einer Wertung von 25 %*

*Unter Qualität der Leistung ist zu verstehen:*

*Anzahl der Mitarbeiter mit folgenden Qualifikationen*

- *Staatlich anerkannte/r Gesundheits- und Krankenpfleger/in bzw. examinierte Krankenschwester bzw. Krankenpfleger (Berufsbezeichnung vor Einführung des 4. Krankenpflegegesetzes) oder*
- *Staatlich anerkannte/r Gesundheits- und Kinderkrankenpfleger/in bzw. examinierte Kinderkrankenschwester bzw. Kinderkrankenpfleger oder*
- *Staatlich anerkannte/r Altenpfleger/in mit dreijähriger Ausbildung, sowie deren Anteil in Prozent an der Gesamtzahl der Mitarbeiter, welche für hilfsmittelbezogene Folgeberatungen und die weitere Betreuung der Versicherten des Auftraggebers eingesetzt werden.*

”

Unter „Personelle Anforderungen“ der Leistungsbeschreibung ist folgendes geregelt:

“

*Es ist fachlich qualifiziertes Personal einzusetzen. Der Auftragnehmer verpflichtet sich, die Initial-Beratung und Betreuung durch Mitarbeiter, die nachweislich folgende Qualifikationen besitzen, durchzuführen:*

- *Staatlich anerkannte/r Gesundheits- und Krankenpfleger/in bzw. examinierte Krankenschwester bzw. Krankenpfleger (Berufsbezeichnung vor Einführung des 4. Krankenpflegegesetzes) oder*
- *Staatlich anerkannte/r Gesundheits- und Kinderkrankenpfleger/in bzw. examinierte Kinderkrankenschwester bzw. Kinderkrankenpfleger oder*
- *Staatlich anerkannte/r Altenpfleger/in mit dreijähriger Ausbildung.*

*Eine weitere Betreuung der Patienten ist nach erfolgter Einstellung auf eine Versorgung auch durch Medizinprodukteberater Inkontinenzartikel (nach § 31 Medizinproduktegesetz) möglich.*

”

Im Leistungsverzeichnis sind unter dem Stichpunkt "Wertungsschema" die einzelnen Unterkriterien der qualitativen Bewertung nochmals aufgeführt. Unter 2.1.1 wird die Anzahl der Mitarbeiter mit besonderen Qualifikationen abgefragt, unter 2.1.2 der prozentuale Anteil qualifizierter Mitarbeiter für die Folgeversorgung.

Hier findet sich folgender "Fragetext:"

“

*Prozentualer Anteil der unter 2.1.1 genannten Mitarbeiterzahl im Verhältnis zur der Gesamtzahl der Mitarbeiter, welche für hilfsmittelbezogene Folgeberatungen und die weitere Betreuung der Versicherten des Auftraggebers vom Auftragnehmer eingesetzt werden.*

.....

*(Je höher der sich daraus ergebende Prozentsatz, um so höher die Bepunktung der Frage. Als Maßstab gilt das Angebot mit der größten Prozentzahl.)*

”

## 1.2 Entscheidungsverfahren

Ein Bieter wurde ausgeschlossen, weil er andere als vom DAR akkreditierte Zertifizierungsunternehmen vorgelegt hatte. Er rügte darauf hin und verlangte die Rückgängigmachung des Ausschlusses, da er berechtigt sei, gemäß § 7a Nr. 5 Abs. 1 Satz 3 VOL/A gleichwertige Zertifizierungen vorzulegen. Die Behörde erkannte ihren Irrtum. Sie sah nunmehr die vorgelegten Nachweise als gleichwertig an und machte den Ausschluss rückgängig. Da der Bieter das nach Ansicht der Behörde wirtschaftlichste Angebot abgeben hatte, wurde angekündigt, dass er den Zuschlag für einige Lose erhalten solle. Hiergegen wandte sich ein nicht berücksichtigter Bieter.

### 1.2.1 Qualitätsmaßstab nicht nachvollziehbar

Er rügte insbesondere, dass die Bewertung des Kriteriums ("Prozentualer Anteil der unter besonders qualifizierten Mitarbeiterzahl im Verhältnis zur Gesamtzahl der für die Folgeberatung und Betreuung eingesetzten Mitarbeiter") zu zufälligen und völlig unangemessenen Ergebnissen führe. Bieter, die nur wenige besonders qualifizierte Mitarbeiter einsetzten, könnten insgesamt mehr Punkte erhalten, als Bieter, die deutlich mehr solcher Mitarbeiter einsetzen, sofern diese letztgenannten Bieter darüber hinaus noch weitere, geringer qualifizierte Mitarbeiter (z.B. bloße Medizinprodukteberater im Sinne von § 31 MPG) einsetzten.

## 2. Begründung

### 2.1 Qualitätsmaßstab

Die Vergabekammer sah keinen Vergaberechtsverstoß darin, dass die ausschreibende Behörde den "Anteil in Prozent" der Mitarbeiter mit besonderen Qualifikationen "an der Gesamtzahl der Mitarbeiter, welche für hilfsmittelbezogene Folgeberatungen und die weitere Betreuung der Versicherten des Auftraggebers eingesetzt werden", ihrer Qualitätswertung zugrunde gelegt hatte.

Hinsichtlich der Anforderungen, die der Auftraggeber an die Qualität der ausgeschriebenen Leistung stelle, stehe ihm ein von den Vergabenachprüfungsinstanzen nur begrenzt überprüfbarer

Ermessensspielraum zu. Diesen Ermessensspielraum habe die Behörde nicht überschritten. Es sei sachgerecht und nachvollziehbar, dass die ausschreibende Stelle eine qualitativ hochwertige Betreuung ihrer Versicherten mit Inkontinenzprodukten auch bei der Folgeversorgung sicherstellen möchte. Sie dürfe in diesem Zusammenhang Bieter, die die Folgeberatung ausschließlich durch besonders qualifizierte Mitarbeiter erbringen lassen, besser bewerten als solche Bieter, die auch weniger qualifizierte Mitarbeiter einsetzen.

Das Vorbringen des rügenden Bieter, es würden hier Bieter bestraft, die über die besonders qualifizierten Mitarbeiter hinaus noch zusätzliches Personal bereitstellen, treffe schon im Ansatz nicht zu. Im Leistungsverzeichnis einzutragen war nicht das gesamte zur Verfügung stehende Personal, sondern nur die Mitarbeiter, "welche für hilfsmittelbezogene Folgeberatungen und die weitere Betreuung der Versicherten des Auftraggebers vom Auftragnehmer eingesetzt werden."

Es sei jedem Bieter völlig freigestellt, welche Angaben er diesbezüglich mache, ob er also angebe, auch für die Folgeberatung zu 100 % besonders qualifizierte Fachkräfte einzusetzen (dann erhalte er eine hohe Punktzahl), oder ob er zusätzlich auch geringer qualifizierte Mitarbeiter heranziehe. Dann sinke der in das Leistungsverzeichnis einzutragende prozentuale Anteil der für die Folgeberatung eingesetzten qualifizierten Mitarbeiter. Darauf, dass er in letzterem Fall mit einer geringeren Punktzahl zu rechnen habe, sei bereits im Leistungsverzeichnis selbst eindeutig hingewiesen. Eine Benachteiligung sei hierin nicht zu sehen.

## 2.2 Gleichwertigkeit der Zertifikate

Der nicht berücksichtigte Bieter rügte des Weiteren, dass die vorgelegten Zertifikate des für den Zuschlag ausgewählten Unternehmens nicht mit Zertifizierungen durch beim DAR akkreditierte Zertifizierungsunternehmen gleichwertig seien.

Die Kammer entschied, dass es auf die Frage, ob die vorgelegten Nachweise hinsichtlich der Akkreditierung nach § 7a Nr. 5 Abs. 1 Satz 3 VOL/A gleichwertig sind, nicht ankommt.

Die ausschreibende Stelle habe die Vorlage von Zertifizierungen durch ein beim DAR akkreditiertes Zertifizierungsunternehmen nämlich nicht wirksam gefordert.

Gemäß §§ 7a Nr. 3 Abs. 3, 17 Nr. 1 Abs. 2 lit. m) VOL/A habe der Auftraggeber in der Vergabebekanntmachung anzugeben, welche Nachweise zur Darlegung der Eignung vorzulegen seien. Der Auftraggeber sei an die Festlegungen der Vergabebekanntmachung gebunden. In der Aufforderung zur Angebotsabgabe dürfe er die in der Bekanntmachung angegebenen Erfordernisse in der Sache nicht verschärfen, indem er über die Bekanntmachung hinausgehende Anforderungen stelle. (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 18. Oktober 2006, Verg 35/06; Beschluss vom 12. Dezember 2007, VII-Verg34/07).

Im vorliegenden Fall habe die ausschreibende Krankenkasse in der Bekanntmachung auf die den Verdingungsunterlagen beiliegende Anlage "Checkliste Nachweise" verwiesen und dort die einzelnen Nachweise aufgelistet. Diese Bezugnahme war zunächst klar und unmissverständlich. Die insoweit von der Ag gewählte Vorgehensweise habe den Vorteil, dass sie dem Bieter eine klare Vorgabe an die Hand gebe und die oft für den Bieter verwirrende Bezugnahme sowohl auf die Bekanntmachung als auch auf

die Verdingungsunterlagen vermeide.

Da beinahe zeitgleich mit der Veröffentlichung der Bekanntmachung die Verdingungsunterlagen kostenlos von der Vergabeplattform herunter geladen werden konnten, hätten sich die Bieter auch frühzeitig auf die Anforderungen im Einzelnen einstellen können. Weitergehende Anforderungen an anderer Stelle der Verdingungsunterlagen seien nicht zulässig.

In der "Checkliste Nachweise" seien nur gültige Nachweise über die Zertifizierung nach DIN EN ISO 9001 ff. bzw. 13485 gefordert worden. Solche Nachweise habe das zu bezuschlagende Unternehmen beigebracht. Inhaltlich werde durch die vorgelegten Zertifikate bestätigt, dass die Anforderungen der DIN EN ISO 9001:2000 erfüllt seien. Dass das Zertifizierungsunternehmen vom DAR akkreditiert sein müsse, sei in der "Checkliste Nachweise" aber gerade nicht gefordert worden. Eine entsprechende Regelung finde sich erst in den Vertragsbedingungen, auf die weder die Bekanntmachung noch die dort erwähnte "Checkliste Nachweise" Bezug nehme.

Vor dem Hintergrund des Grundsatzes, wonach Eignungsanforderungen zwingend in der Vergabebekanntmachung anzugeben seien, sei die Forderung, ein beim DAR akkreditiertes Unternehmen habe die Bescheinigung auszustellen, gerade nicht wirksam erhoben.

## Fazit

- Es ist vergaberechtlich zulässig, bei der Eignungsforderung hohe Qualitätsanforderungen zu stellen, wenn es sachgerecht und nachvollziehbar ist, dass der Auftraggeber eine qualitativ hochwertige Leistung sicherstellen möchte.
- Der Auftraggeber ist an die Festlegungen der Vergabebekanntmachung gebunden. In der Aufforderung zur Angebotsabgabe darf er die in der Bekanntmachung angegebenen Erfordernisse in der Sache nicht verschärfen, indem er über die Bekanntmachung hinausgehende Anforderungen stellt.

Autor:

**RAin Elisabeth Keller-Stoltenhoff**

Rechtsanwältin