

von Rechtsanwältin **Elisabeth Keller-Stoltenhoff**

Die Lianakis-Entscheidung des EuGH: Vergaberechtsschlupflöcher werden weniger

Seit der Lianakis-Entscheidung des EuGH (Beschluss C-532/06 vom 24.01.2008) sind bisher bei europaweiten Ausschreibungsverfahren bestehende Vergaberechtsschlupflöcher gestopft worden.

Was galt bisher?

Oberhalb der Schwellenwerte galt schon bisher, gemäß § 9a Nr. 1 c) VOL/A, dass die einzelnen Kriterien samt ihrer Gewichtung in den Vergabeunterlagen bzw. in der Bekanntmachung anzugeben sind. Die ausschreibende Behörde hat daher bereits in einer frühen Phase des Ausschreibungsprozesses mit der Aufstellung von Eignungs- und Leistungskriterien zu beginnen und Überlegungen zu deren Gewichtung und Bewertung anzustellen, um ein sachgerechtes, plausibles und transparentes Wertungssystem (z.B. nach UfAB IV) zu entwickeln, das die vom Auftraggeber geforderte Eignung und Leistung beschreibt und einer möglichen späteren gerichtlichen Überprüfung standhält.

Gemäß § 9a Nr. 1 c) VOL/A sind aber lediglich alle vorgesehenen Zuschlagskriterien, einschließlich deren Gewichtung in den Vergabeunterlagen bekannt zu geben. Da sich diese Pflicht nur auf „vorgesehene“ Zuschlagskriterien bezog, argumentierten viele Vergaberechtler, dass folglich zum Zeitpunkt des Versands der Verdingungsunterlagen noch nicht vorgesehene, also noch nicht erstellte Kriterien nicht bekannt gegeben werden können und daher auch nicht bekannt gegeben werden müssen.

Es bestand also Unsicherheit darüber, wann ein öffentlicher Auftraggeber verpflichtet ist, Zuschlagskriterien und/oder deren Gewichtung zu erstellen.

Die Rechtsprechung gab hier folgende Vorgaben:

Standen die Regeln zur Gewichtung vor der Vergabebekanntmachung fest, dann waren sie auch bekannt zu geben. Wurden Gewichtungskriterien erst nach Angebotsabgabe aufgestellt, dann wurde dies oft nicht als vergabefehlerhaft angesehen, zumindest dann nicht, so der EuGH in seiner Entscheidung vom 24.11.2005, wenn die nachträgliche Gewichtung nicht zu einer Änderung der bekannt gegebenen Zuschlagskriterien führte.

Was gilt nun?

Dieser Bonus für „faule“ oder vorsichtige Beschaffer ist nun auf Grund der Lianakis-Entscheidung des EuGH dahin.

Der EuGH stellte nun mehr klar, dass u.a. auch wegen des Transparenzgebotes und des Diskriminierungsverbotes den Bewerbern oder Bietern bei der Erstellung des Teilnahmeantrages bzw. bei der Erstellung des Angebotes alle Kriterien einschließlich der vorgesehenen Gewichtung bekannt gegeben werden müssen. Eine nachträgliche Erweiterung, Änderung oder Differenzierung ist nicht zulässig.

Der EuGH führte hierzu aus:

“

....darüber hinaus geht aus Art. 36 Abs. 2 der Richtlinie 92/50 hervor, dass die Auftraggeber bei Aufträgen, die auf das wirtschaftlich günstigste Angebot vergeben werden sollen, in den Verdingungsunterlagen oder in der Vergabebekanntmachung alle Zuschlagskriterien anzugeben haben, deren Verwendung sie vorsehen, möglichst in der Reihenfolge der diesen zuerkannten Bedeutung. Nach der Rechtsprechung verlangt die letztgenannte Bestimmung..... dass alle Kriterien, die vom Auftraggeber bei der Bestimmung des wirtschaftlich günstigsten Angebots berücksichtigt werden, und ihre relative Bedeutung den potenziellen Bietern zum Zeitpunkt der Vorbereitung ihrer Angebote bekannt sind.... Die potenziellen Bieter müssen nämlich in die Lage versetzt werden, bei der Vorbereitung ihrer Angebote vom Bestehen und von der Tragweite dieser Kriterien Kenntnis zu nehmen.... Demnach darf ein öffentlicher Auftraggeber keine Gewichtungsregeln oder Unterkriterien für die Zuschlagskriterien anwenden, die er den Bietern nicht vorher zur Kenntnis gebracht hat...Dem (EU-Recht, d. Verf.) steht, ausgelegt im Licht des Grundsatzes der Gleichbehandlung der Wirtschaftsteilnehmer und der sich daraus ergebenden Verpflichtung zur Transparenz, entgegen, dass der öffentliche Auftraggeber im Rahmen eines Vergabeverfahrens nachträglich Gewichtungskoeffizienten und Unterkriterien für die in den Verdingungsunterlagen oder in der Vergabebekanntmachung genannten Zuschlagskriterien festlegt.

”

Der Beschluss des EuGH bezog sich zwar lediglich auf die Bekanntmachung von Leistungskriterien. Die Entscheidung wird aber allgemein dahin ausgelegt, dass sich die vom EuGH aufgestellten Anforderungen auf alle Kriterien und deren Gewichtung beziehen, also auch auf die [Eignungskriterien](#). Dem Beschluss ist auch zu entnehmen, dass auch [Eignungskriterien](#) gewichtet werden dürfen aber nicht müssen.

Fazit

Eignungskriterien und Zuschlagskriterien sind stets vollständig zu veröffentlichen. Ein nachträgliches Hinzufügen, Ändern oder Entfernen von Kriterien kommt nicht in Betracht. Es liegt im Ermessen des Auftraggebers, ob er Eignungskriterien gewichten will oder nicht. Ist eine Gewichtung vorgesehen, ist die Gewichtung der Eignungskriterien zusammen mit den Eignungskriterien zu veröffentlichen. Es liegt nicht im Ermessen des Auftraggebers, ob er Leistungskriterien gewichten will oder nicht.

Leistungskriterien sind immer zu gewichten; die Gewichtung der Leistungskriterien ist zusammen mit den Leistungskriterien zu veröffentlichen.

Autor:

RAin Elisabeth Keller-Stoltenhoff

Rechtsanwältin