

von Rechtsanwältin **Elisabeth Keller-Stoltenhoff**

Vergaberecht: Die Vermischung von Eignungs- und Leistungskriterien ist hochriskant

Der EuGH hatte in seiner Entscheidung gegen Griechenland (EuGH, Urteil vom 12.11.2009 - Rs. C-199/07) deutlich gemacht, dass eine Vermischung von Eignungs- und Zuschlagsentscheidungen unzulässig ist, da Eignungsprüfung und Wirtschaftlichkeitsprüfung zwei verschiedene Vorgänge darstellen. Die Eignung der Bieter ist alleine in der nach § 19 Abs. 5 EG VOL/A 2009 bzw. § 16 Abs. 5 VOL/A 2009 erforderlichen Prüfung der Eignung der Unternehmen zu bewerten und darf nicht mehr bei der Bewertung der Leistung des Bieters erneut berücksichtigt werden.

Diese bekannte Tatsache belastet die Vergabestellen insbesondere bei der Beurteilung von Beraterleistungen, da die Qualität der Leistung eines Beraters in erster Linie von seiner Eignung abhängt. Eine Vermeidung der Vermischung dieser beiden Kriterien ist daher kaum möglich. Dieses Dilemma ist aber vergaberechtlich brandgefährlich, da die deutschen Gerichte in den auf das EuGH-Urteil folgenden Entscheidungen davon ausgingen, dass eine Rüge nach § 107 Abs. 3 Nr. 2 und 3 GWB, die sich auf eine Vermischung von Eignungs- und Bewertungsfristen bezieht, nicht bis zum Ablauf der Angebotsfrist präkludiert ist. Die Gerichte vertreten fast unisono die Auffassung, dass der Fehler für die Bieter nicht erkennbar sei. So geht aus mehreren Entscheidungen der Jahre 2009 bis 2012 hervor, dass die Gerichte vom Bieter keine vertieften Kenntnisse des Vergaberechts verlangen und der Meinung sind, dass eine Vermischung von Eignungs- und Leistungskriterien nur für Vergaberechtsprofis erkennbar seien und daher vom Bieter nicht erkannt werden können.

Fazit: Auch wenn eine solche Rüge nach Angebotsabgabe erfolgt, ist sie damit noch rechtzeitig.

Dies stellt eine wunderbare Ausgangssituation für Vergabegerichte dar: Da sie nach Ablauf der Rügefrist und damit eigentlich zu spät Zuschlagsentscheidungen angreifen können, indem sie sich auf die Vermischung von Eignungs- und Leistungskriterien berufen. Eine Vermischung von Eignungs- und Leistungskriterien findet sich aber fast in allen Vergabeunterlagen. So ist es fast immer möglich, einen Zuschlag noch sehr spät zu verhindern.

Im Folgenden stellen wir Beispielsfälle aus der Rechtsprechung der Jahre 2009 bis 2012 zu dieser Problematik dar und versuchen Lösungsmöglichkeiten aufzuzeigen.

1 Übersicht über die Rechtsprechung der Jahre 2009 bis 2012 zur Vermischung von Eignungs- und Leistungskriterien und zum Nichteintritt der Präklusion

1.1 EuGH Entscheidung gegen Griechenland

Anfangen wollen wir mit der EuGH-Entscheidung vom 12.11.2009 - C-199/07, die zwar noch nichts zur Präklusion aussagt, in der aber der EuGH betonte, dass die Trennung von Eignungs- und Zuschlagskriterien strikt zu beachten sei und führte aus, dass eine Vermischung den vergaberechtlichen Vorgaben zuwider läuft.

"[...]Daher sind als "Zuschlagskriterien" Kriterien ausgeschlossen, die nicht der Ermittlung des wirtschaftlich günstigsten Angebots dienen, sondern die im Wesentlichen mit der Beurteilung der fachlichen Eignung der Bieter für die Ausführung des betreffenden Auftrags zusammenhängen (vgl. entsprechend Urteil Lianakis u. a., Randnr. 30).

Im vorliegenden Verfahren beziehen sich die von dem öffentlichen Auftraggeber als "Zuschlagskriterien" in Abschnitt IV Nr. 2 der streitigen Vergabebekanntmachung berücksichtigten Kriterien auf die Erfahrung und die tatsächliche Fähigkeit, eine ordnungsgemäße Ausführung des betreffenden Auftrags zu gewährleisten. Es handelt sich dabei um Kriterien, die die fachliche Eignung der Bieter für die Ausführung dieses Auftrags betreffen und die daher nicht die Eigenschaft von "Zuschlagskriterien" im Sinne von Art. 34 Abs. 1 der Richtlinie 93/38 haben, was die griechischen Behörden im Übrigen nicht ernsthaft bestritten haben.

.....

Nach alledem ist festzustellen, dass die Hellenische Republik zum einen wegen des in Abschnitt III Nr. 2. 1. 3 Buchst. b Abs. 2 der streitigen Vergabebekanntmachung vorgesehenen Ausschlusses von ausländischen Beratungsfirmen und Beratern, die in den sechs Monaten vor der Bekundung ihres Interesses an der Teilnahme an dem in der streitigen Vergabebekanntmachung genannten Wettbewerb ihr Interesse an der Teilnahme an Ausschreibungsverfahren der ERGA OSE bekundet und Qualifikationen angegeben haben, die anderen als den im vorliegenden Wettbewerb verlangten Zeugniskategorien entsprechen, und zum anderen wegen der fehlenden Unterscheidung zwischen Eignungs- und Zuschlagskriterien in Abschnitt IV Nr. 2 dieser Vergabebekanntmachung gegen ihre Verpflichtungen aus den Art. 4 Abs. 2 und 34 Abs. 1 Buchst. a der Richtlinie 93/38 verstoßen hat."

1.2 OLG Düsseldorf

Selbst das OLG Düsseldorf, das eher auftraggeberfreundliche Entscheidungen bekannt ist, folgte dieser Rechtsprechung in seiner Entscheidung vom*10.09.2009* (VII Verg 12/09)und stellte des Weiteren fest, dass die Rügefrist nicht verjährt sei. Es sah sogar die Möglichkeit als zulässig an, dass dieser Fehler auch ohne Rüge noch nach Einleitung des Nachprüfungsverfahrens geltend gemacht werden kann.

[...] Da sie geltend macht, der Antragsgegnerin seien bei der Bewertung ihres Angebots Fehler unterlaufen und der angewandte Bewertungsmaßstab sei in dieser Form nicht bekannt gemacht gewesen, konnten diese Einwände während des laufenden Verfahrens noch nicht erhoben werden. Im Hinblick auf den Einwand, die Antragsgegnerin habe Eignungs- und Zuschlagskriterien in unzulässiger Weise vermischt, scheidet eine Verletzung der Rügeobliegenheit wegen nicht unverzüglicher Beanstandung eines erkannten Vergaberechtsverstößes ebenfalls aus. Zwar hat die Antragstellerin erstmals im Nachprüfungsverfahren geltend gemacht, die Antragsgegnerin habe Angaben, die sie bereits im Rahmen des Teilnahmewettbewerbs zur Qualifikation, Erfahrung und zum arbeitsrechtlichem Status des vorgesehenen Personals gefordert und bei der Eignungsprüfung bewertet habe, nochmals als Kriterien zur Ermittlung des wirtschaftlichsten Angebots berücksichtigt. Die Antragstellerin hat ihre Rügeobliegenheit nicht verletzt (§ 107 Abs. 3 GWB). ... Allerdings entsteht die Rügeobliegenheit erst, nachdem der Antragsteller von der zum Gegenstand des Nachprüfungsverfahrens gemachten Nichtbeachtung von Vergaberechtsvorschriften weiß. Dies setzt die positive Kenntnis aller tatsächlichen Umstände, aus denen die Beanstandung im Nachprüfungsverfahren abgeleitet wird, sowie die zumindest laienhafte Wertung voraus, dass sich aus ihnen eine Missachtung von Bestimmungen über das Vergabeverfahren ergibt. Wie auch sonst, wenn das Gesetz auf positive Kenntnis abstellt, bilden eine Ausnahme nur die Fälle, in denen der Antragsteller sich der vorausgesetzten und ihm möglichen Erkenntnis bewusst verschließt. Ansonsten reicht (anders als im Fall des im Streitfall nicht einschlägigen § 107 Abs. 3 Satz 2 GWB) bloße Erkennbarkeit nicht aus (BGH, Beschl. v. 26.9.2006 - X ZB 14/06, VergabeR 2007, 59, 65 Rn. 35 und ständige Rechtsprechung des Senats, vgl. Beschl. v. 16.2.2005 - VII-Verg 74/04, VergabeR 2005, 364, 367 m.w.N.). Um die Notwendigkeit einer Rüge und deren Unverzüglichkeit beurteilen zu können, bedarf es - vom Ausnahmefall eines Sich-der-Erkennnis-Verschließens abgesehen - im Rahmen des § 107 Abs. 3 Satz 1 GWB deshalb der Feststellung, dass und ab wann der Antragsteller die Umstände kannte, aus denen sich eine Verletzung von Vergabevorschriften ergibt, und dass er damit zumindest laienhaft tatsächlich die Annahme eines Vergaberechtsverstößes verbunden hat. Ist dem Antragsteller hingegen nicht zu widerlegen, dass er auf den behaupteten Vergaberechtsverstoß nur geschlossen oder ihn vermutet hat, ohne davon positive Kenntnis zu haben, ist eine Rüge vor Anbringung des Nachprüfungsantrags entbehrlich. Erkennt der Antragsteller vor Anbringung des Nachprüfungsantrags keinen Vergaberechtsverstoß oder erhält er erst nach Einleitung des Nachprüfungsverfahrens davon Kenntnis, führt dies zu keiner Rügeobliegenheit nach § 107 Abs. 3 Satz 1 GWB, weil dann deren Zweck, ein Nachprüfungsverfahren nach Möglichkeit zu vermeiden, nicht erreicht werden kann (vgl. BGH a.a.O. Rn. 37 sowie ebenfalls ständige Rechtsprechung des Senats a.a.O.). Ein (erst) im Nachprüfungsverfahren erkannter Vergaberechtsverstoß kann nach der insoweit eindeutigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs mithin keine, genauso wenig eine erneute Rügeobliegenheit auslösen (anders OLG Celle, Beschl. v. 8.3.2007 - 13 Verg 2/07, VergabeR 2007, 401, 402). Dafür ist keine Rechtsgrundlage vorhanden.

1.3 OLG München

Auch das OLG München folgte in seiner Entscheidung vom **29.07.2010** (Verg 9/10) dieser Linie, obwohl in dem zu entscheidenden Fall, die Vermischung von Eignungs- und Leistungskriterien besonders eklatant war, da das eindeutige Eignungskriterium "Unternehmensqualifikation/Referenzen", laut der bekanntgegebenen Wertungsmatrix zu 15% in die Leistungsbewertung einfließen sollte. Das Gericht führte aus:

[...] Die Antragstellerin konnte diese Rügen auch ohne weiteres erheben, weil der ursprüngliche Nachprüfungsantrag zulässig war. Die Antragstellerin war mit ihrer Rüge, es seien Eignungs- und Zuschlagskriterien miteinander vermengt worden, nicht präkludiert, weil der Verstoß für sie nicht erkennbar war. Der Leistungsbeschreibung war zu entnehmen, dass bei der Zuschlagswertung zu 15% das Merkmal Unternehmensqualifikation/Referenzen gewertet werden sollte. Die Qualifikation sowie die Vorlage der Empfehlungen früherer Auftraggeber sind typische Eignungsmerkmale, die nicht bei der Zuschlagswertung herangezogen werden dürfen. Dieser Verstoß hätte daher nach § 107 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 GWB bis zur Angebotsabgabe gerügt werden müssen, wenn er erkennbar war. Es ist umstritten, nach welchen Maßstäben die Erkennbarkeit zu beurteilen ist. Grundsätzlich soll Maßstab für die Erkennbarkeit die Erkenntnismöglichkeit des betreffenden Unternehmens bei Anwendung üblicher Sorgfalt sein. Die Erkennbarkeit muss sich sowohl auf die den Verstoß begründenden Tatsachen als auch auf deren rechtliche Beurteilung beziehen (vgl. hierzu Wiese in Kulartz/Kus/Portz GWB Vergaberecht 2. Aufl. § 107 Rn. 85 m.w.N.). Fraglich ist aber, ob objektiv auf die Erkenntnismöglichkeit eines durchschnittlichen Unternehmens (so BayObLG vom 23.11.2000 - Verg 12/00; OLG Stuttgart vom 11.7.2000 - NZBau 2001, 462; OLG Koblenz vom 7.11.2007 - 1 Verg 6/07) oder subjektiv auf das konkrete Unternehmen abgestellt werden soll (so OLG Düsseldorf VergabeR 2007, 200; Wiese aaO). Das OLG Naumburg stellt entscheidend darauf ab, ob ein fachkundiger Bieter aufgrund der ihm erteilten Informationen sich im Stande sieht, ein wettbewerbsfähiges Angebot abzugeben, d.h. ob er hinreichend erkennen kann, worauf es dem öffentlichen Auftraggeber für seine Auswahlentscheidung entscheidend ankommt (Beschluss vom 8.10.2009 - 1 Verg 9/09 und vom 13.5.2008 - 1 Verg 3/07). Sinn der Rügepräklusion ist es, ein Taktieren des Bieters in der Form zu verhindern, dass mit der Rüge solange gewartet wird, bis klar ist, wer den Auftrag erhalten soll. Denn Sinn der Rügepflicht ist es in erster Linie, dem Auftraggeber im laufenden Verfahren eine Heilung des gerügten Mangels zu ermöglichen. Von diesem Zweck der Rügepflicht aus gesehen spricht mehr für die subjektive Anschauungsweise; doch sprechen Praktikabilitätsgesichtspunkte eher für die objektive Sicht, weil es der Vergabestelle im Regelfall kaum möglich sein dürfte, einem Bieter eine subjektive Erkenntnismöglichkeit nachzuweisen.

1.4 OLG Karlsruhe

Auch das OLG Karlsruhe folgte in seinem Beschluss vom **20.07.2011** (Verg 16/11) dieser Rechtsprechung. Es verwies auf die einschlägige europäische und nationale Rechtsprechung und betonte wieder einmal, dass die Eignung und Wirtschaftlichkeit nach § 19 EG VOL/A unabhängig voneinander zu prüfen seien. Die Eignungsprüfung sei eine unternehmensbezogene Untersuchung, mit der prognostiziert werden soll, ob ein Unternehmen nach seiner personellen, sachlichen und finanziellen Ausstattung zur Ausführung des Auftrags in der Lage sein wird. Die Wirtschaftlichkeitsprüfung beziehe sich dagegen nicht auf die konkurrierenden Unternehmen sondern auf ihre Angebote. Bewertet würden mit Gesichtspunkten wie dem Preis, der Ausführungsfrist, Betriebs- und Folgekosten, der Gestaltung, Rentabilität oder dem technischen Wert Eigenschaften der angebotenen Leistung, nicht aber des Anbieters. Daher seien als Zuschlagskriterien alle diejenigen Kriterien ausgeschlossen, die nicht der Ermittlung des wirtschaftlich günstigsten Angebots dienen, sondern im Wesentlichen mit der Beurteilung der fachlichen Eignung der Bieter für die Ausführung des betreffenden Auftrags zusammen hängen würden.

Das Gericht führte aus:

(...) Nach der Bejahung der Eignung, das heißt der Fachkunde, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit nach § 97 Abs. 4 GWB auf der zweiten Wertungsstufe gemäß § 19 Abs. 5 VOL/A-EG durfte der Antragsgegner Kriterien, die die Zuverlässigkeit und Leistungsfähigkeit betreffen, nicht als Zuschlagskriterien auf der vierten Wertungsstufe nach § 19 Abs. 9 VOL/A-EG berücksichtigen. Eignung und Wirtschaftlichkeit sind nach § 19 VOL/A-EG unabhängig voneinander zu prüfen. Die Eignungsprüfung ist eine unternehmensbezogene Untersuchung, mit der prognostiziert werden soll, ob ein Unternehmen nach seiner personellen, sachlichen und finanziellen Ausstattung zur Ausführung des Auftrags in der Lage sein wird. Die Wirtschaftlichkeitsprüfung bezieht sich dagegen nicht auf die konkurrierenden Unternehmen sondern auf ihre Angebote. Bewertet werden mit Gesichtspunkten wie dem Preis, der Ausführungsfrist, Betriebs- und Folgekosten, der Gestaltung, Rentabilität oder dem technischen Wert Eigenschaften der angebotenen Leistung, nicht aber des Anbieters (BGH Urteil vom 15.04.2008, a.a.O. - nach Juris Rn. 12 zu § 25 VOL/A; Brandenburgisches Oberlandesgericht Beschluss vom 27.07.2007, Verg W 5/07 - nach Juris Rn. 105; OLG München Beschluss vom 29.07.2010 a.a.O. - nach Juris Rn. 84). Ebenso hat der EuGH in der Entscheidung vom 24.01.2008 - Rs. C 531/06 - (Rn. 27/30; bestätigt in der Entscheidung vom 12.11.2009, Rs. C-199/07, Rn. 55) ausgeführt, für die Zuschlagserteilung kämen nur Kriterien in Betracht, die der Ermittlung des wirtschaftlich günstigsten Angebots dienen. Daher sind als Zuschlagskriterien alle diejenigen Kriterien ausgeschlossen, die nicht der Ermittlung des wirtschaftlich günstigsten Angebots dienen, sondern im Wesentlichen mit der Beurteilung der fachlichen Eignung der Bieter für die Ausführung des betreffenden Auftrags zusammen hängen (so auch OLG Düsseldorf Beschluss vom 28.04.2008 a.a.O. Rn. 37).

1.5 Noch mal OLG Düsseldorf

Das OLG Düsseldorf blieb sich treu in seiner Entscheidung vom*03.08.2011* (VII-Verg 16/11)

Es führte aus:

[...] Soweit die Antragstellerin geltend macht, dass die von der Antragsgegnerin der Wertung zugrunde gelegten Zuschlagskriterien nicht geeignet seien, das wirtschaftlichste Angebot zu ermitteln, da Eignungs- und Zuschlagskriterien miteinander vermischt worden seien, ist sie mit diesem Vorbringen entgegen der Auffassung der Antragsgegnerin nicht präkludiert, weil der Verstoß für sie nicht erkennbar war. Der Vergabebekanntmachung war zu entnehmen, dass bei der Zuschlagswertung die "Kommunikationsfähigkeit und Kooperationsbereitschaft des Projektleiters" mit 25 % und die "Verfügbarkeit und örtliche Präsenz" mit 5 % gewertet werden sollten. Hierbei handelt es sich um Eignungsmerkmale, die bei der Zuschlagswertung nicht herangezogen werden dürfen. Dieser Verstoß hätte gem. § 107 Abs. 3 Nr. 2 GWB bis zur Bewerbung gegenüber der Antragsgegnerin gerügt werden müssen, wenn er erkennbar gewesen wäre. Nach welchen Maßstäben die Erkennbarkeit zur beurteilen ist, ist umstritten. Grundsätzlich soll Maßstab für die Erkennbarkeit die Erkenntnismöglichkeit des betreffenden Unternehmens bei Anwendung üblicher Sorgfalt sein. Die Erkennbarkeit muss sich sowohl auf die den Verstoß begründenden Tatsachen als auch auf deren rechtliche Beurteilung beziehen (vgl. Wiese in Kulartz/Kus/ Porz, GWB - Vergaberecht, § 107 Rn. 85). Ob insoweit auf die Erkenntnismöglichkeit eines durchschnittlichen Unternehmens (so OLG Koblenz, Beschluss vom 07.11.2007, 1 Verg 6/07) oder subjektiv auf das konkrete Unternehmen abgestellt werden soll (vgl. Beschluss des Senats vom 18.10.2006, VII Verg 35/06) kann im Streitfall aber dahinstehen. Weder nach einem objektiven noch einem subjektiven Erkenntnismaßstab war für die Antragstellerin erkennbar, dass die Festlegung und Bestimmung der Zuschlagskriterien vergaberechswidrig war. Eine Rügepräklusion kommt in der Regel nur bei auf allgemeiner Überzeugung der Vergabepaxis beruhenden und ins Auge fallenden Rechtsverstößen in Betracht (vgl. Ziekow/Völlink, Vergaberecht, § 107 Rdn. 49). Der Verstoß muss so offensichtlich sein, dass er einem durchschnittlich erfahrenen Bieter bei der Vorbereitung seines Angebots bzw. seiner Bewerbung auffallen muss. Die Vermischung von Eignungs- und Zuschlagskriterien stellt keinen derartig offensichtlichen Verstoß dar. Es kann jedenfalls derzeit von einem durchschnittlichen Bieter nicht erwartet werden, dass er die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs bzw. des Europäischen Gerichtshofes zur rechtsfehlerhaften Vermischung von Zuschlags- und Eignungskriterien kennt (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss v. 10.09.2009 - VII Verg 12/09; OLG München, Beschl. v. 29.07.2010 - Verg 9/10).

2 Praxistipp zum Umgang mit Eignungs- und Leistungskriterien, insbesondere bei der Vergabe von komplexen Leistungen

Die VOL/A schreibt eine vierstufige Angebotswertung vor. Die Eignungsprüfung des Bieters oder Bewerbers ist im Rahmen der zweiten Wertungsstufe bzw. im Rahmen eines gegebenenfalls vorgeschalteten Teilnahmewettbewerbs vorzunehmen, während die Ermittlung des wirtschaftlichsten Angebotes (und damit auch die Bewertung der Leistung) in der vierten Wertungsstufe erfolgt. Eignungskriterien und Leistungskriterien sind also streng zu trennen.

Diese Trennung von Eignungskriterien und Leistungskriterien ist bei der Beschaffung von Produkten (Lieferungen) in aller Regel unproblematisch.

In den Fällen, in denen eine Prognose der erwarteten Qualität der Leistung in nicht unerheblicher Weise vom eingesetzten Personal abhängt, stellt sich in der Praxis aber oft das Problem, das dies von den Eignungs- und Leistungskriterien kaum strikt zu trennen ist. Dieses Dilemma sah sogar das OLG Celle in seiner Entscheidung vom **12. Januar 2012** (13 Verg 9/11, und sah einen schmalen Handlungsspielraum dann, wenn Qualitätsbewertungen über die Feststellungen zu Fachkunde, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit des Bieters hinausgehen. Das Gericht führte aus:

[...]Andererseits wird die persönliche Qualifikation eines Bieters besonders im Dienstleistungsbereich regelmäßig auch Einfluss auf die Qualität seiner Leistungen haben. Dies kann aber nicht zur Folge haben, dass - entgegen der Regelung in § 18 Abs. 1 S. 2 VOL/A - als Zuschlagskriterium nur der niedrigste Preis, nicht aber qualitative Gesichtspunkte in Betracht kommen. Auch ein geeigneter Bieter kann schlechte oder gar völlig ungeeignete Leistungen anbieten. Solche Angebote sind, wenn sie nicht von vornherein bereits in der ersten Wertungsstufe nach § 16 Abs. 3 lit. d VOL/A auszuschließen sind, nach den bekannt gegebenen Zuschlagskriterien zu bewerten und werden dann in dieser Stufe den ihnen gebührenden Rang einnehmen. Maßgeblich muss sein, ob sich die Qualitätsmerkmale, die zu Zuschlagskriterien gemacht werden, im Wesentlichen aus den im Rahmen der Eignungsprüfung getroffenen Feststellungen zu Fachkunde, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit des Bieters ergeben oder ob für sie unabhängig davon ein Wertungsspielraum verbleibt, der den jeweiligen Leistungen unterschiedliche Qualität zumessen kann.

Die Vergabekammer muss daher, insbesondere bei der Bewertung von Beratungsleistungen, strikt von den in der Eignungsprüfung abgefragten Kriterien für Fachkunde, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit unterscheiden und in der Leistungsbewertung lediglich die vom Bieter vorgestellten Konzepte zur Leistungserbringung bewerten und damit die jeweils angebotene Leistung im Auge behalten. Dies ist sicherlich nicht so einfach und erfordert "Fingerspitzengefühl". Im Zweifel sollte eine für die Leistungsprüfung geplante Frage an die Bieter sicherheitshalber in der Eignungsmatrix abgefragt und dort

bewertet werden. Dies gilt insbesondere dann, wenn der Frage zu entnehmen ist, dass sie der Feststellung zur Fachkunde, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit dienen.

Bei der Prüfung der Zuverlässigkeit (z. B. Zahlung von Steuern und Abgaben) und der Leistungsfähigkeit (Prüfung, ob das Unternehmen die zu vergebende Leistung überhaupt erbringen kann) treten in der Praxis regelmäßig keine Abgrenzungsprobleme zwischen Eignungs- und Leistungskriterien auf. Unternehmensbezogene Kriterien sind z.B. Zertifizierung des Qualitätsmanagements oder Unternehmensreferenzen und örtliche Präsenz. Diese dürfen ausschließlich in der Eignungsprüfung berücksichtigt werden, da sie sich nur auf das Unternehmen, jedoch nicht auf die Leistungsqualität beziehen.

Dies verhält sich bei der Prüfung der Fachkunde anders, denn hier können bei der Vergabe von Beratungsleistungen sowohl unternehmensbezogene als auch mitarbeiterbezogene Kriterien herangezogen werden. Diese mitarbeiterbezogenen Kriterien können sowohl im Rahmen der Eignungs- als auch im Rahmen der Leistungsbewertung Berücksichtigung finden.

Im Folgenden wollen wir darstellen, welche Mitarbeiterqualitäten auf jeden Fall im Rahmen der Leistungsprüfung bewertet werden müssen und welche Mitarbeiterqualitäten möglicherweise (Achtung Gefahr!) im Rahmen der Leistungsprüfung bewertet werden können.

2.1.1 Bewertung der Mitarbeiterqualität im Rahmen der Eignungsbewertung

Mitarbeiterbezogene Kriterien sind Fähigkeiten und Kenntnisse der für die Leistungserbringung vorgesehenen verantwortlichen Mitarbeiter des Bieters. Eine solche Berücksichtigung von mitarbeiterbezogenen Kriterien muss in Form quantitativer (Mitarbeiterzahlen) und qualitativer (Mitarbeiterprofile) im Rahmen der Eignungsprüfung erfolgen (§ 7 EG Abs. 3 lit. g VOL/A). Folgende Aspekte können hierbei regelmäßig z.B. im Rahmen von Mitarbeiterprofilen abgefragt werden:

- Ausbildung z.B. Studiennachweise
- Fortbildungen
- Zertifizierungen
- Nachweisbare Kenntnisse
- Nachweisbare Erfahrungen / Referenzen

2.1.2 Bewertung der Mitarbeiterqualität im Rahmen der Leistungsbewertung

Im Rahmen der Leistungsprüfung können aber Antworten auf Fragen zu Art und Umfang der angebotenen Leistungen, insbesondere bei komplexen Lösungen im IT-Bereich und bei der Vergabe von Beratungsleistungen bewertet werden. Diese geben zwar auch Aufschluss über die Kompetenz der Mitarbeiter des Bieters, führen aber in erster Linie zu Erkenntnissen über die vom Bieter angebotene Leistungsqualität und ermöglichen, wie sich das OLG Celle ausdrückte (siehe oben), unabhängig von den Leistungskriterien einen Wertungsspielraum, der den jeweiligen Leistungen unterschiedliche Qualität zumessen kann. Diese Fragen können sein:

- Ausgestaltung von Vorgehensmodellen,
- Ausgestaltung des Projektmanagements,
- Ausgestaltung des Beratungskonzeptes,
- Ausgestaltung eines Problemlösungskonzeptes,
- Antworten auf Fragen, die erkennen lassen, dass der Bieter (und damit seine Mitarbeiter) das Problem erkannt hat und sachgerechte Lösungen anbietet,
- Erstellung einer Arbeitsprobe ("Probeberatung")

Eine Bewertung muss nicht nur auf Grundlage der schriftlichen Angebote erfolgen. Auch eine Präsentation des Lösungsvorschlags oder des Vorgehensmodells kann gesondert bewertet werden

Alternativ oder ergänzend zu einer Präsentation kann - als Kriterium und Teil der Leistungsbewertung - eine Prüfung der zur erwartenden Beratungsqualität ggf. im Rahmen einer Beratungsprobe mit Aufgabenstellungen oder über Interviews erfolgen. Für alle Formen derartiger Leistungsbewertungen müssen klare Vorgaben gegenüber den Bietern erfolgen, damit diesen die Aufgabenstellung und die Art und Weise der Bewertung transparent ist. Etwaige Vorgehensweisen sind in den Vergabeunterlagen für alle Bieter anzugeben.

Zudem müssen objektivierbare Bewertungskriterien verwendet werden, z B. ein messbares bzw. nachvollziehbares Punktesystem für die Qualität der Aufgabenlösung. Die Ergebnisse der Bewertung sollten auf Bewertungsbögen erfasst und entsprechend dokumentiert werden.

Das konkrete Bewertungsvorgehen ist immer transparent zu beschreiben und darzustellen.

2.1.3 Berücksichtigung von anderen mitarbeiterbezogenen Kriterien bei der Leistungsbewertung

Es ist auf Grund der Einheitlichkeit der oben in Auszügen dargestellten Rechtsprechung zur Vermischung von Eignungs- und Zuschlagskriterien und der zur Zeit nicht eintretenden Präklusion der diesbezüglichen Rügen dringend davon abzuraten, andere mitarbeiterbezogene Aspekte außerhalb der Eignungsprüfung zu bewerten. Aufgrund der in § 7 EG Abs. 3 lit g) VOL/A erfolgenden Zuordnung von mitarbeiterbezogenen Aspekten in die zweite Wertungsstufe ("Studiennachweise und Bescheinigungen über die berufliche Befähigung, insbesondere der für die Leistungen verantwortlichen Personen") folgern insbesondere die Rechtsprechungsorgane, dass eine Berücksichtigung von mitarbeiterbezogenen Kriterien - in Form quantitativer (Mitarbeiterzahlen) und qualitativer (Mitarbeiterprofile) Betrachtungen - ebenfalls ausschließlich bei der Eignungsprüfung erfolgen darf. Hierbei muss die Vergabestelle strikt dem Grundsatz der vergaberechtlich erforderlichen Trennung von Eignungs- und Leistungskriterien folgen.

So wurde es von der Rechtsprechung als unzulässig angesehen, folgende Kriterien als Zuschlagskriterien zu bewerten

- spezielle und allgemeine Erfahrungen in der konkreten Planung ähnlicher Projekte entweder seitens der Berater oder Beratungsfirmen und ihres wissenschaftlichen Personals (EuGH, Urteil vom 21.11.2009 - Rs. C-199/07
- Plausibilität des Angebots / Machbarkeit der Leistung (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 14.01.2009 - Verg 59/08).
- Erfahrung mit der Projektdurchführung / Mitarbeiterprofile (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 10.09.2009 - Verg 12/09) sowie
- Kommunikationsfähigkeit und Kooperationsbereitschaft des Projektleiters mit 25 % und die "Verfügbarkeit und örtliche Präsenz", OLG Düsseldorf, Entscheidung vom **03.08.2011** (VII-Verg 16/11

Hat die Eignung der Mitarbeiter bei der von der Vergabekammer ausgeschriebenen Leistung eine überragende Bedeutung, sollte daher die Eignungsprüfung sehr sorgfältig ausgearbeitet werden. Hier sollten

- Mitarbeiterprofile abgefragt und bewertet werden, Zertifikate,
- Erfahrungen bei der Erbringung von Leistungen, die mit der zu beschaffenden vergleichbar sind,
- Kenntnisse, die bei der Erbringung der Leistung erforderlich sind etc.

Auch sollte die Vergabestelle sicherstellen, dass nur die bei der Eignungsprüfung bewerteten Mitarbeiter

auch die Leistungen tatsächlich erbringen. Nur so kann gewährleistet werden, dass die mitarbeiterbezogene Eignungsfeststellung auch bei der Leistungserbringung Früchte trägt. Für Bewerber ist diese Vorgehensweise allerdings problematisch, da sie die im Teilnahmeantrag benannten Mitarbeiter bis zur Zuschlagsentscheidung für die vorgesehene Projektdauer binden müssen und diese nicht anderweitig eingeplant werden können. Empfehlenswert ist in allen Fällen die vertragliche Festlegung der Mitarbeiter, zumindest in Schlüsselpositionen, und zwar in dem Umfang, in dem dies zulässig ist. Der EVB-IT Systemvertrag und der EVB-IT Systemlieferungsvertrag ermöglichen beide, dass in einer Liste "Schlüsselpositionen" die Mitarbeiter aus dem Teilnahmewettbewerb eingetragen werden können, deren Eignung bewertet und als gut befunden wurde. Diese Mitarbeiter dürfen nur mit Zustimmung des Auftraggebers ausgewechselt werden.

3 Fazit

Zurzeit halten die Gerichte die Bieter für nicht fähig, die unzulässige Vermischung von Eignungs- und Leistungskriterien zu erkennen. Eine Präklusion tritt also nicht ein.

Die Gerichte lassen offen, ab wann dieses Gebot der Trennung von Eignungs- und Zuschlagskriterien aufgrund der Flut von Entscheidungen als allgemeines Wissen der Bieter angesehen werden kann. Dies kann möglicherweise in diesem Jahr schon der Fall sein. Eine Vergabestelle, die sicher und ohne vergaberechtliche Probleme zum Zuschlag kommen will, sollte sich aber auf das Risiko einer Rüge wegen der unzulässigen Vermischung der Kriterien nicht allein aus Interesse an der Rechtsfortbildung einlassen.

Wer sichergehen will, sollte alle mitarbeiterbezogenen Aspekte ausschließlich im Rahmen der Eignung prüfen, weshalb für die Leistungsbewertung nur z.B. Vorgehensdarstellungen, Brillanz der unterschiedlichen Lösungsansätze und die Kompetenz der Firma bei der Präsentation verbleiben. Die Eignungsprüfung muss aber in diesem Fall sehr komplex ausfallen und die Vergabestelle sollte darauf achten, dass die bei der Eignung überprüften Mitarbeiter auch tatsächlich die Leistung durchführen.

Autor:

RAin Elisabeth Keller-Stoltenhoff
Rechtsanwältin