

von **Angelika Barth**

Vorgehen bei wertenden Präsentationen und Teststellungen in öffentlichen Ausschreibungen gemäß dem Beschluss des OLG München vom 02.11.2012 (Az. Verg 26/12)

Das OLG München hat sich in seinem Beschluss vom 02.11.2012 (Az. Verg 26/12) ausführlich zu wertenden Präsentationen und Teststellungen und die daraus folgenden Dokumentationspflichten des Auftraggebers geäußert.

Dabei versteht man unter Präsentation eine fachlich-inhaltliche Angebotsvorstellung und Angebotsdarstellung, die das schriftliche Angebot des Bieters ergänzt. Eine Präsentation ist dabei keine mündliche Wiederholung des schriftlichen Angebots. Es finden vielmehr Aspekte Berücksichtigung, die durch den Bieter schriftlich nicht oder nur schwer dargestellt werden können. Ebenso ist die Teststellung eine Ergänzung des schriftlichen Angebotes, welches die praktische Vorführung der ausgeschriebenen Leistung selbst darstellt.

Kurzbeschreibung der Streitsache vor dem Vergabesenat des OLG München

Der öffentliche Auftraggeber schrieb am 16.3.2011 einen Hochwasserschutz europaweit als Verhandlungsverfahren mit vorgeschaltetem Teilnahmewettbewerb aus. Erwartet wurde dabei von jedem Bieter eine Präsentation als Teil der jeweiligen Verhandlungsrunde. Die fünf Jurymitglieder bewerteten unter anderem auch die Präsentationen der Bieter.

Ein Bieter war in der Gesamtschau am schlechtesten bewertet worden und versuchte nun gegen die schlechte Bewertung seiner Präsentation seitens eines der Jurymitglieder vorzugehen. Der Bieter führte an, dass die schlechte Bewertung willkürlich sei und zudem in der Vergabeakte nicht ausreichend begründet sei.

Das OLG München kam zu dem Entschluss, dass die sofortige Beschwerde in der Sache keinen Erfolg haben wird und wies den Antrag des Bieters auf Verlängerung der aufschiebenden Wirkung gegen den Zuschlag des öffentlichen Auftraggebers zurück.

Berücksichtigung von Präsentationen und Teststellungen bei der Erstellung und Bekanntgabe der Zuschlagskriterien

Im Gegensatz zu verifizierenden Präsentationen und Teststellungen, die lediglich die schriftlichen Angaben der Bieter überprüfen sollen, sind wertende Präsentationen oder Teststellungen Bestandteil der Angebotsbewertung.

Der öffentliche Auftraggeber hat in solchen Fällen zur Ermittlung der Leistungspunkte für eine Präsentation bzw. eine Teststellung - wie für die anderen Bewertungskriterien auch - noch vor Abgabe der Angebote durch die Bieter bzw. noch vor den Verhandlungen eine spezifische Bewertungsmatrix, die einheitliche, klare Vorgaben für die Bewertung vorgibt, zu erstellen und den Bietern bekannt zu geben.

Nur so kann der öffentliche Auftraggeber die Vergleichbarkeit und Gleichbehandlung der Bieter bei der Bewertung sicherstellen. Zudem ergibt sich daraus die notwendige Transparenz der Wertungsentscheidung des öffentlichen Auftraggebers für die Bieter.

Dabei wird die Bekanntgabe von Unterkriterien zu den jeweiligen Kriterien von der Rechtsprechung jedenfalls dann verlangt, wenn nicht auszuschließen ist, dass die Bekanntgabe der Unterkriterien auf die Erstellung der Angebote Einfluss hat oder zumindest die Möglichkeit besteht, dass sich ein Unterkriterium auf den Inhalt des Angebots auswirkt (OLG München, Beschluss vom 17.01.2008, Az.: Verg 15/07).

Der Auftraggeber hatte in diesem Verfahren für das Verhandlungsverfahren mit Teilnahmewettbewerb in der Ausschreibung am 16.03.2011 die Präsentation in seinen Zuschlagskriterien - bestehend aus Haupt- und Unterkriterien - berücksichtigt:

Beispielsweise die beiden Unterpunkte „Erwartete fachliche Leistung durch Präsentation einer vergleichbaren Aufgabenstellung 20%- Gesamteindruck der Präsentation und Bewerbung 5%.“ Das OLG München stellte daher fest, dass der öffentliche Auftraggeber in diesem Fall die Zuschlagskriterien ordnungsgemäß bekannt gegeben hatte.

Ordnungsgemäße Bewertung von Präsentationen und Teststellungen

Das OLG hat hinsichtlich der Bewertung von Präsentationen folgenden Punkte aufgestellt:

Den Bietern ist der Termin zur Präsentation bzw. Teststellung zeitgerecht anzukündigen. Die Bewertungskriterien einschließlich der Unterkriterien sowie die Punkteskala mit einer Erläuterung der einzelnen Punktwerte für die Bewertung der Präsentation bzw. Teststellung haben den Bietern vor der Präsentation bzw. Teststellung bekannt zu sein.

Der Auftraggeber hat dabei einen Beurteilungsspielraum, nach welchen Haupt- und Unterkriterien bzw. welcher Wertungsmatrix er die Präsentation bzw. Teststellung bewertet. Dieser Beurteilungsspielraum ist nur eingeschränkt überprüfbar, nämlich dahingehend, ob der Auftraggeber das vorgeschriebene

Verfahren eingehalten hat, von einem zutreffenden bzw. hinreichend überprüften Sachverhalt ausgegangen ist, keine sachwidrigen Erwägungen für die Entscheidung verantwortlich waren oder der Beurteilungsmaßstab unzutreffend angewandt wurde.

Nach dem OLG wird das vorgeschriebene Verfahren bei ein Präsentationstermin eingehalten, wenn der Auftraggeber dafür sorgt, dass:

- vor der Präsentation eine genaue Einweisung aller Jurymitglieder in die Bewertung stattfindet,
- die Einstufung der Punktwerte schriftlich vorliegt,
- die verbale Ausführung der Punkte vorliegt,
- sich die Jurymitglieder bei jeder Präsentation gegenüber dem jeweiligen Bieter neutral verhalten, und
- sich der öffentliche Auftraggeber an alle Vorgaben hält, die er für die Präsentation aufgestellt und den Bietern mitgeteilt hat.

Der Bieter wandte sich vorliegend dagegen, dass im Präsentationstermin des Verhandlungsverfahrens mit Teilnahmewettbewerb bezüglich der Ausschreibung eines Hochwasserschutzes am 11.05.2012 ein Jurymitglied der insgesamt 5 Jurymitglieder die Präsentation eines Bieters beim Unterpunkt „Gesamteindruck der Präsentation und Bewerbung“ mit einem Punkt aus möglichen fünf Punkten bewertete. Dadurch hatte dieses Jurymitglied den klagenden Bieter deutlich schlechter beurteilt, als die anderen beiden Bieter des Teilnahmewettbewerbs.

Das OLG München stellte dazu fest, dass eine schlechte Bewertung allein nicht von vornherein mit Willkür gleich zu setzen ist, und zwar auch dann nicht, wenn sich die schlechte Punktzahl als „Ausreißer“ gegenüber der Wertung anderer Juroren darstellt.

Die Wertung einer Präsentation hat immer eine subjektive Komponente in sich, die auf der Persönlichkeit des Jurors beruht. Diese Wertung ist nur eingeschränkt überprüfbar. Dies auch, weil die Präsentation bzw. Teststellung einen Vorgang darstellt, welcher einer Situation in einer mündlichen Prüfung ähnelt und welcher wegen seiner Einmaligkeit nicht wiederholt werden kann.

Ordnungsgemäße Dokumentation von Präsentationen und Teststellungen in der Vergabeakte

Nach dem Vergaberecht ist das Vergabeverfahren ist von Anbeginn fortlaufend zu dokumentieren, sodass die einzelnen Stufen des Verfahrens, die einzelnen Maßnahmen sowie die Begründung der einzelnen Entscheidungen festgehalten werden. Die Dokumentationspflicht folgt aus dem Transparenzgebot; sie soll sowohl für die Bieter als auch für die Nachprüfungsinstanzen die Entscheidungen des Auftraggebers transparent und nachvollziehbar machen. Dies gilt vor allem für Entscheidungen, welche die Ausübung von Ermessen oder die Ausfüllung eines Beurteilungsspielraumes enthalten, hier sind in der Vergabeakte die Gründe für die erfolgte Ermessensausübung bzw. Beurteilung darzulegen, weil sich die Entscheidung nicht unmittelbar aus dem Gesetz oder einer sonstigen Vorschrift ergibt.

Das OLG München hat in diesem Fall für die Dokumentation der Bieterpräsentationen im Rahmen des

Verhandlungsverfahrens für die Ausschreibung eines Hochwasserschutzes gerade noch als ausreichend angesehen, dass:

- die Präsentation an sich in der Vergabeakte archiviert war,
- der Ablauf des Präsentationstermins knapp zusammengefasst wurde, und
- eine Notiz über den Besprechungstermin bezüglich der Präsentation vorlag.

Dabei genügt es dem OLG München, wenn die Bewertungskriterien der einzelnen zu vergebenden Punkte für die Präsentation in der Vergabeakte verbalisiert sind:

z.B. 1 Punkt = „wesentliche Gesichtspunkte der Aufgabenstellung nur sehr gering erkannt. Problemstellungen werden nur sehr eingeschränkt bewältigt“.

Nach Auffassung des OLG München ist eine zusätzliche wörtliche, ins Detail gehende Begründung für die einzelne Bewertung nicht erforderlich. Die Anforderungen an die Jurymitglieder und auch an die Dokumentationspflicht würden dadurch überzogen.

Abschließend weist das OLG noch darauf hin, dass Verstöße gegen eine Dokumentationspflicht nur dann vergaberechtlich relevant sind, wenn sich die diesbezüglichen Mängel auf die Rechtsstellung des Bieters im Vergabeverfahren nachteilig ausgewirkt haben. Dies war hier zusätzlich nicht der Fall. Der Bieter wurde nicht wegen eines Dokumentationsmangels nicht ausgewählt, sondern weil er eine schlechtere Angebotspräsentation als seine Mitbewerber geliefert hat.

Praxishinweis

Der Beschluss des OLG München vom 02.11.2012 stellt klar, dass wertende Präsentationen und Teststellungen in derselben Art und Weise wie auch die ausgeschriebene Leistung an sich zu bewerten sind:

- klare Bewertungskriterien sind aufzustellen, nach denen der öffentliche Auftraggeber die Präsentationen bewerten kann,
- diese Bewertungskriterien müssen den Bietern rechtzeitig vor dem Präsentationstermin bekannt gegeben werden,
- die Bewertung der Präsentation bzw. Teststellung hat nach den aufgestellten Bewertungskriterien zu erfolgen,
- der Präsentationstermin ist in der Vergabeakte ausreichend ausführlich zu dokumentieren, und
- die Bewertungen müssen in der Vergabeakte aufgezeigt sein, wobei dabei eine kurze Verbalisierung der Punktezahl genügt.

An die Anforderungen einer Dokumentation der Angebotspräsentation sind geringere Anforderungen zu stellen. Es ist jedoch zu empfehlen, in der Dokumentation zumindest die Grundlage der Bewertung aufzunehmen. Damit kann der Auftraggeber darlegen, dass er nicht willkürlich gehandelt hat.

Autor:

Angelika Barth

(freie jur. Mitarbeiterin der IT-Recht Kanzlei)