

von Rechtsanwältin **Elisabeth Keller-Stoltenhoff**

Vergaberecht: Entscheidung des OLG München zur Vermischung von Eignungs- und Zuschlagskriterien, Vergabeakte und Projektantenproblematik

Mit Beschluss vom 25. Juli 2013 ? Az. Verg 7/13 hatte das OLG München drei "Klassiker" des Vergaberechts zu bearbeiten und dabei eigene Akzente gesetzt.

Es ging um folgende Themen

- Muss ein Bieter wissen, dass Eignungs- und Zuschlagkriterien nicht vermischt werden dürfen?
- Wie ordentlich und zeitnah müssen Vergabeakten geführt werden?
- Wann müssen oder dürfen Projektanten vom Wettbewerb ausgeschlossen werden?

Sachverhalt

Im zu entscheidenden Fall waren europaweit die Leistungsphasen 5 - 9 nach § 38 HOAI Ausführungsplanung, Vorbereiten der Vergabe, Mitwirken bei der Vergabe, Objekt-/Bauüberwachung, Objektbetreuung/-dokumentation für die Freianlagenplanung eines Klinikums im Verhandlungsverfahren mit vorgeschaltetem Teilnahmewettbewerb ausgeschrieben worden.

Bereits im Aufforderungsschreiben zur Abgabe eines Angebots war der Passus enthalten, dass im Rahmen der Präsentation ein Referenzobjekt darzustellen sei. Ab diesem Zeitpunkt wussten die Bieter, dass nicht Ideen zum neu ausgeschriebenen Auftrag präsentiert werden sollten, sondern anhand eines schon durchgeführten Auftrages die Leistungsfähigkeit und damit die Eignung der Bieter überprüft werden sollte.

Die Vergabeakte wurde von einem Dritten geführt. Dieser hatte kein einziges Dokument erstellt, sondern die Vermerke in separaten Schriftstücken abgeheftet und das Präsentationsprotokoll erst neun Tage nach der Präsentation erstellt.

Der Ausschreibung vorangegangen war ein Vertragsschluss über die Leistungsphasen 1 - 4. Diese wurden von dem Unternehmen erbracht, das auch den Zuschlag im streitgegenständlichen Verfahren erhielt.

Entscheidung des OLG-München

1. Muss ein Bieter wissen, dass Eignungs- und Zuschlagkriterien nicht vermischt werden dürfen?

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 Rechtsprechung ist diesem Verdikt gefolgt. Ein Überblick über die Rechtsprechung gibt die IT-Recht-Kanzlei in ihrem **Beitrag vom 04.04.2012**.

Die Gerichte waren sich aber auch einig, 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 Vermischung von Eignungs- und Zuschlagskriterien stelle (so die Gerichte) keinen offensichtlichen Verstoß dar, so dass "derzeit" von einem durchschnittlichen Bieter nicht erwartet werden könne, dass er die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs bzw. des Europäischen Gerichtshofes zur rechtsfehlerhaften Vermischung von Zuschlags- und Eignungskriterien kenne.

Es war eine Frage der Zeit, wann ein Gericht befinden würde, dass es sich nun bei den Bietern herumgesprochen haben muss, dass bei der Prüfung der Leistung keine Eignungskriterien angewendet werden dürfen. Das OLG München befand nun, dass es soweit sei. Es entschied:

"Wenn auch diese Anforderung in einer gewissen Zeit nach der grundlegenden EuGH-Entscheidung in Bieterkreisen nicht allgemein bekannt war (OLG München vom 29.7.2010 - Verg 9/10), so geht der Senat zwischenzeitlich davon aus, dass die strenge Trennung von Zuschlags- und Eignungskriterien zum allgemeinen und grundlegenden Wissen der beteiligten Bieterkreise gehört (in diese Richtung bereits OLG München vom 9.11.2012 - Verg 28/12). Die Antragstellerin hätte daher spätestens mit Angebotsabgabe rügen müssen, dass die geplante Präsentationswertung vergaberechtswidrig erfolgen sollte, § 107 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 GWB."

Das Gericht hat anscheinend eine sehr hohe Meinung von der vergaberechtlichen Beschlagenheit des durchschnittlichen Bieters. Die vergaberechtliche Beratungspraxis der IT-Recht-Kanzlei führt zu der Erkenntnis, dass selbst versierten Vergabestellen kaum der Unterschied zwischen Eignungs- und

Zuschlagskriterien zu vermitteln ist. Trotz intensiver Belehrung müssen immer wieder Eignungskriterien aus den Leistungsbeschreibungen eliminiert oder so umgeschrieben werden, dass sie nicht offensichtlich die Erfahrung des Bieters abfragen, sondern sich auf die zu erbringende Leistung beziehen. Z.B. wird die Frage "welche Erfahrung haben Sie mit....." wie folgt umgeschrieben "Schildern Sie das Konzept mit dem Sie im Projekt die folgende Frage lösen werden."

Auch sind andere Oberlandesgerichte schon wieder bereit, zumindest dann eignungsbezogene Zuschlagskriterien zu akzeptieren, wenn diese Einfluss auf die Qualität der Auftragsdurchführung haben (so das OLG Frankfurt mit Beschluss vom 28.05.2013- 11 Verg 6/13). Wie soll sich ein durchschnittlicher Bieter bei dieser hochkomplexen und schwierigen Gradwanderung auskennen? Es bleibt abzuwarten, wie sich andere Gerichte zu dieser Frage stellen werden.

2. Wie ordentlich und zeitnah müssen Vergabeakte geführt werden?

Mit der Frage, wie ordentlich und wie zeitnah eine Vergabeakte zu führen ist, beschäftigen sich alle Vergabestellen. Die IT-Recht-Kanzlei hat **hier** einige wegweisende Entscheidungen aufgeführt, die sich mit dieser Fragestellung beschäftigen:

Der Maßstab, der für die Vergabeakte gilt, sind folgende Vorschriften: §§ 20Abs. 1 VOB/A20 00, 20 VOL/A und 24 EG VOL A schreiben vor, dass

- das Vergabeverfahren zeitnah so zu dokumentieren ist, dass die einzelnen Stufen des Verfahrens, die einzelnen Maßnahmen, die maßgebenden Feststellungen sowie die Begründung der einzelnen Entscheidungen in Textform festgehalten werden (VOB/A),
- das Vergabeverfahren von Anbeginn fortlaufend zu dokumentieren ist, so dass die einzelnen Stufen des Verfahrens, die einzelnen Maßnahmen sowie die Begründung der einzelnen Entscheidungen festgehalten werden (VOL/A).

Das OLG-München orientierte sich an der Rechtsprechung anderer Vergabesenate und stellte klar, dass die Vergabeakte nicht in einem einzigen Dokument zusammengefasst sein muss, sondern aus einzelnen Blättern bestehen kann, wenn sie fortlaufend datiert, zeitnah erstellt und unterschrieben sind. Auch dass das Protokoll der Präsentation so spät erstellt und nicht in die Vergabeakte eingegliedert wurde, sah das Gericht als unschädlich an, da es noch zeitnah erstellt wurde und den Inhalt der Wertung der Präsentation wiedergab. Das Gericht führt aus:

"Die Dokumentation weist keine Mängel auf. Bei der Dokumentation darf sich der öffentliche Auftraggeber der Hilfe eines Dritten bedienen (OLG München vom 29.9.2009 - Verg 12/09 und vom 21.8.2008 - Verg 13/08), also auch der Hilfe eines Projektsteuerers. Der Vergabevermerk muss nicht in einem einzigen Dokument zusammengefasst werden, sondern es genügt eine fortlaufende Dokumentation in mehreren Blättern oder Vermerken (OLG Koblenz vom 6.11.2008 - 1 Verg 3/08), wenn diese separaten Schriftstücke in einer durchgängigen Dokumentation die einzelnen Stufen des Verfahrens sowie die maßgeblichen Feststellungen und Begründungen für die getroffenen Entscheidungen nachvollziehbar wiedergeben. Diese Schriftstücke können auch aus dem Inhalt eines Ordners bestehen. Hier hat der Projektsteuerer fortlaufend die Vorgänge erfasst und schriftlich aufgeführt. Dass die Aktennotiz vom 30.11.2012 nicht in den Vergabevermerk eingegliedert worden ist, schadet nicht. Er ist zeitnah verfasst, vom Projektsteuerer unterschrieben und gibt offensichtlich vom Inhalt her die Wertung der Präsentation wieder. Mit der Zustimmung zur Zuschlagsempfehlung hat die Antragsgegnerin konkludent auch den Inhalt des Vergabevermerks gebilligt."

3. Wann müssen oder dürfen Projektanten vom Wettbewerb ausgeschlossen werden?

Zum Schluss beschäftigt sich das Gericht mal wieder mit der Projektantenproblematik. Das OLG München befindet, dass das Angebot des Bieters, der schon in die Planungsleistungen einbezogen war, nicht zwingend auszuschließen ist, da die Vergabestelle ihrer Verpflichtung, einen etwaigen Wissensvorsprung des Projektanten auszugleichen, in ausreichendem Maße nachgekommen ist.

Nach § 4 Abs. 5 VOF und § 6 Abs. 6 VOL/A haben die Auftraggeber dann, wenn Bewerber oder Bieter vor Einleitung des Vergabeverfahrens Auftraggeber beraten oder sonst unterstützt haben, sicherzustellen, dass der Wettbewerb durch die Teilnahme dieser Bewerber oder Bieter nicht verfälscht wird. Diese Vorschrift beruht letztlich auf der Entscheidung des EuGH vom 3.3.2005 - C-21/03 und 34/03 - Fabricom. In dieser Entscheidung hat der EuGH ausgeführt, dass die Beteiligung von Projektanten grundsätzlich als Gefährdung eines ordnungsgemäßen Wettbewerbs angesehen werden müsse, da ein solcher Projektant entweder bei der Abgabe seines Angebots aufgrund seines Informationsvorsprungs begünstigt sei oder er bei der Vorbereitung des Ausschreibungsverfahrens die Bedingungen für die Erteilung des Auftrags in einem für ihn günstigen Sinn beeinflussen könne. Doch sei ein genereller Ausschluss eines solchen Bieters unverhältnismäßig; vielmehr müsse im konkreten Einzelfall geprüft werden, ob durch die Vorbefassung des Bieters der Wettbewerb tatsächlich verfälscht worden sei. Nur in diesem Fall könne sein Angebot ausgeschlossen werden. Ein vorbereiteter Bieter kann daher nur dann vom Wettbewerb ausgeschlossen werden, wenn durch seine Teilnahme der Wettbewerb verfälscht wird.

Die Vorschrift des § 4 Abs. 5 VOF und § 6 Abs. 6 VOL/A umfasst jede Tätigkeit im Vorfeld eines Vergabeverfahrens, die einen Bezug zum konkreten Vergabeverfahren aufweist. So ist ein Unternehmen,

das den Auftraggeber bei der Vorbereitung der Ausschreibung z.B. bei Forschungs-, Erprobungs-, Planungs- oder Entwicklungsarbeiten beraten oder unterstützt hat, als vorbefasst anzusehen (OLG Brandenburg vom 19.12.2011 - VergW 17/11). Nach der Rechtsprechung soll auch ein Bieter, der die Entwurfsplanung ausgeführt hat, bei der Vergabe von Bauüberwachungsleistungen generell als vorbefasst anzusehen sein (OLG Brandenburg vom 22.5.2007 - VergW 13/06, LS 1), ebenso ein Zielplaner für die anschließend ausgeschriebene Projektsteuerung (OLG München vom 10.2.2011 - Verg 24/10).

Erscheint eine konkrete Wettbewerbsverfälschung bei objektiver Betrachtung der Leistung möglich, obliegt dem betreffenden Unternehmen der Nachweis, dass ihm durch die Vorbefassung kein ungerechtfertigter Vorteil erwachsen ist (OLG Brandenburg vom 19.12.2011 - VergW 17/11). Dem Auftraggeber obliegt die Verpflichtung, den Wissensvorsprung des einen Bieters auszugleichen durch Information aller anderen Bieter (OLG Düsseldorf vom 13.8.2008 - Verg 28/08; OLG München vom 10.2.2011 - Verg 24/10). Welche Egalisierungsmaßnahme im Einzelfall erforderlich ist, entscheidet der öffentliche Auftraggeber nach pflichtgemäßem Ermessen (Völlink aaO Rn. 25).

Unter Zugrundelegung dieser Anforderungen und Vorgaben kommt das Gericht zu der Erkenntnis, dass die Vergabestelle im zu entscheidenden Fall den Wissensvorsprung des Projektanten in ausreichendem Maße ausgeglichen hat.

Das Gericht führt aus:

"...Sie hat über die Angaben in den Vergabeunterlagen hinaus den anderen Bietern neben dem Vertragskonzept die Entwurfsplanung mit Markierung des Umgriffs, den Erläuterungsbericht zur HU-Bau sowie das Farbmaterialekonzept zur Verfügung gestellt. Diese Unterlagen, insbesondere die Entwurfsplanung, sind geeignet, den anderen Bietern einen ähnlichen Kenntnisstand zu vermitteln wie denjenigen, über welchen die Beigeladene verfügt. Es ist nicht erforderlich, dass alle Arbeitsergebnisse der Phasen 1 - 4 und schon gar nicht Besprechungsprotokolle mit anderen Stellen den Mitbietern zur Verfügung gestellt werden. Dies verbietet sich schon deshalb, weil dann eine Gefährdung der Geschäftsgeheimnisse der Beigeladenen zu befürchten wäre. Es genügt vielmehr diejenige Bekanntgabe von Informationen, welche die anderen Bieter in die Lage versetzt, zu den gleichen Wettbewerbsbedingungen wie der vorbefasste Bieter ihr Angebot zu legen. Vor allem mit Hilfe der Entwurfsplanung waren alle anderen Bieter aber in der Lage, den Aufwand für die Ausschreibung sowie die Objektüberwachung und -betreuung konkret einzuschätzen; die Mitteilung der voraussichtlichen Bausumme war hierfür ebenso wenig erforderlich wie die Bekanntgabe der Besprechungsprotokolle. Die Vorbefasstheit der Beigeladenen hat auch nicht zu einer Wettbewerbsverfälschung bei der Wertung der Präsentation in den Punkten Projektorganisation und Projektanalyse geführt. Bei der Projektorganisation waren im Rahmen der Präsentation das Projektteam vorzustellen sowie die Maßnahmen zur Qualitätssicherung der Ausschreibung, eine nachvollziehbare Massenermittlung sowie das Kosten-, Termin- und Nachtragsmanagement und die Bewältigung von Leistungsstörungen. Bei diesen Punkten handelt es sich überwiegend um die Darstellung allgemeiner Arbeitsabläufe und organisatorischer

Vorgehensweisen, welche losgelöst von einem bestimmten Objekt als Richtlinie für die Bewältigung anfallender Aufgaben und Schwierigkeiten aufgestellt werden und bei welchen infolgedessen die nähere Kenntnis des auszuschreibenden Bauprojekts von untergeordneter Bedeutung ist. Soweit auch eine nachvollziehbare Massenermittlung gefordert war, konnte diese Berechnung nach der Übermittlung der Entwurfsplanung in gleichem Maße wie von der Beigeladenen vorgenommen werden. Ähnliches gilt für den Punkt Projektanalyse: Sowohl die Herangehensweise an die Aufgabe als auch die Darlegung der Arbeitsmethodik stellen wiederum allgemeine regelmäßig auftretende Arbeitsschritte dar, die objektunabhängig erfolgen. Soweit im konkreten Fall objektspezifische Arbeitsschritte eine größere Rolle spielen sollten, wofür allerdings Anhaltspunkte fehlen, hat die Antragsgegnerin durch die Übermittlung der zusätzlichen Unterlagen einen etwaigen Informationsvorsprung jedenfalls ausgeglichen. Bezüglich des Kriteriums Referenzobjekt hat die Antragsgegnerin glaubhaft ausgeführt, dass sie gerade wegen der Vorbefasstheit der Beigeladenen nicht eine Präsentation des ausgeschriebenen Projekts in die Wege geleitet hat, sondern ein bereits erarbeitetes."

Fazit:

Es bleibt abzuwarten, ob es sich durchsetzen wird, dass dem Bieter die Unzulässigkeit der Vermengung von Eignungs- und Zuschlagskriterien bekannt sein sollte. Auf jeden Fall bleibt die Abfrage von Eignungskriterien bei der Bewertung der Leistung brandgefährlich und sollte vermieden werden oder durch geschickte Formulierung auf die zu erbringende Leistung bezogen werden. Auch wenn Gerichte eine irgendwie geartete Auftragsbezogenheit von eindeutigen Eignungsmerkmalen zulassen, bleibt es dabei, dass der EuGH in keiner seiner Entscheidungen eine Auftragsbezogenheit von eindeutigen Eignungsmerkmalen berücksichtigt hat.

Hinsichtlich der an die Vergabeakte anzulegenden Qualitätsmaßstäbe hat das OLG-München Augenmaß gezeigt. Darüber hinaus hat es dargelegt, mit welchem Aufwand es möglich ist, einen Projektanten in das Vergabeverfahren einzubeziehen.

Autor:

RAin Elisabeth Keller-Stoltenhoff

Rechtsanwältin