

Vergaberecht

November 2017

Bestimmung des Auftragswerts: Was ist zu berücksichtigen und was nicht?

Der Fall

Der Auftraggeber beabsichtigte die Vergabe eines Bauauftrags zur Modernisierung einer Skiliftanlage im Thüringer Wald. Der Wert der in vier Lose unterteilten Leistung wurde durch ein beauftragtes Unternehmen auf deutlich unterhalb des einschlägigen EU-Schwellenwerts von EUR 5,225 Mio. geschätzt. Im Rahmen der Öffentlichen Ausschreibung gingen die Angebote der Antragstellerin und der Beigeladenen ein, die über bzw. unter dem EU-Schwellenwert lagen. Nachdem beide Angebote ausgeschlossen werden mussten, ließ der Auftraggeber nach Aufhebung der Vergabe den Auftragswert erneut ermitteln und um einen Aufschlag von 4,5 Prozent entsprechend des aktuellen Baukostenindex ergänzen. Da der Auftrag weiterhin den EU-Schwellenwert unterschritt, wurde eine Freihändige Vergabe durchgeführt. Die Antragstellerin monierte einen Verstoß gegen § 3 VgV, da u. a. die Kosten für die Bauleitung und die Bauüberwachung nicht berücksichtigt wurden und auch ein Zuschlag für Unvorhergesehenes hätte eingeplant werden müssen. Zudem hätten die aus den Angeboten der ursprünglichen Ausschreibung erkennbaren deutlich höheren Angebotspreise im Rahmen der Auftragswertbestimmung der nachfolgenden Freihändigen Vergabe berücksichtigt werden müssen. Auch beanstandete die Antragstellerin die Auftragswertschätzung durch einen externen Dienstleister.

Die Entscheidung (VK Thüringen, Beschluss vom 8. August 2017, 250-4002-5960/2017-E-011-SM)

Die Vergabekammer hat den Nachprüfungsantrag als unzulässig zurückgewiesen, da der Auftragswert auch nach ihrer Überprüfung nicht den einschlägigen EU-Schwellenwert überschritten habe. Soweit sich der Auftraggeber an die Vorgaben des § 3 VgV halte, stehe ihm ein nur eingeschränkt überprüfbarer Beurteilungsspielraum bei der Auftragswertbestimmung zu. Zudem dürften an die vorzunehmende Schätzung keine übertriebenen Anforderungen gestellt werden; sie sei hinzunehmen, wenn sie aufgrund der bei ihrer Aufstellung objektiv vorliegenden und erkennbaren Daten als vertretbar erscheine.

Die von der Antragstellerin geforderte Berücksichtigung eines Kostenpuffers für Unvorhergesehenes sei im Rahmen der Schätzung nicht geboten. Erforderlich sei lediglich die Berücksichtigung der vorhersehbaren Kostenentwicklungen. Dem sei der Auftraggeber dadurch nachgekommen, dass er nach Aufhebung der ursprünglichen Ausschreibung mit Blick auf die angebotenen Preise eine erneute kritische Überprüfung des Auftragswerts habe vornehmen lassen und dabei die durchschnittlichen höheren Kosten über eine 4,5 prozentige Erhöhung gem. Baukostenindex 2017 des Statistischen Bundesamtes berücksichtigt habe. Eine Berücksichtigung von temporär höheren

Baupreisen aufgrund der aktuellen Marktsituation (Auftragslage aufgrund des Baubooms) müsse hingegen bei der Prognoseentscheidung hinsichtlich des Auftragswerts nicht berücksichtigt werden. Der Auftraggeber sei nicht gehalten, seiner Auftragswertschätzung aus Sicherheitsgründen das zu erwartende teuerste Angebot zugrunde zu legen; er müsse sich nach gefestigter Rechtsprechung noch nicht einmal an mittleren oder durchschnittlich zu erwartenden Angebotspreisen orientieren.

Die Kosten für die Bauleitung und die Bauüberwachung mussten nach Ansicht der Vergabekammer bei der Auftragswertbestimmung nicht berücksichtigt werden. Dies seien Planungsleistungen, die der Auftraggeber separat (EU-weit) ausgeschrieben habe. Eine gemeinsame Veranlagung von Bau- und Planungsleistungen sei jedenfalls dann nicht erforderlich, wenn sachliche Gründe für deren Trennung bestünden. Dies sei wie hier der Fall, wenn ein Planer mittels Bauleitung und -überwachung das Erreichen der Planungsziele durch die bauausführenden Unternehmen kontrollieren solle.

Schließlich sei auch die Auslagerung der Auftragswertschätzung auf einen externen Dienstleister jedenfalls dann rechtskonform, wenn der Auftraggeber sich – wie hier – mit den Ergebnissen dieser Schätzung befasst und sie sich zu Eigen gemacht habe.

Praxishinweise

„Keine Angst vor der Auftragswertschätzung!“ – so lautet die Botschaft der VK Thüringen, die die bisherige Rechtsprechungspraxis der Nachprüfungsinstanzen bestätigt und um einige Facetten ergänzt. Zwar muss die Befassung mit dem voraussichtlichen Wert der Leistung umso ausführlicher und belastbarer sein, je näher der voraussichtliche Auftragswert dem einschlägigen EU-Schwellenwert kommt, diesen aber nicht erreicht. Und auch spätere Angebote, die deutlich über dem EU-Schwellenwert liegen, können zumindest Indiz dafür sein, eine Auftragswertschätzung zu hinterfragen, die im Ergebnis zu einer unerschwelligen Ausschreibung geführt hat. Soweit das Ergebnis der Prognoseentscheidung des Auftraggebers vertretbar ist, kann allerdings die Erkenntnis, dass man hinterher immer schlauer ist, die Richtigkeit der Prognose grundsätzlich nicht erschüttern.

Welche Leistungselemente bei der Auftragswertschätzung im Einzelnen zu berücksichtigen sind, hängt vom jeweiligen Sachverhalt ab. Beispielsweise hat die VK Südbayern (Entscheidung vom 23. August 2017; Z3-3-3194-1-24-05/17) auch Energiekosten zum Gesamtwert des Auftrags gerechnet, die für die Leistungserbringung erforderlich sind (hier: Zubereitung von Schulpflege) – selbst wenn der Auftraggeber diese Kosten übernimmt und den Auftragnehmer hiervon freistellt. Generelle – fallunabhängige – Bedeutung dürfte dagegen dem Hinweis der VK Thüringen zukommen, dass bei Bauaufträgen ein Zuschlag für Unvorhergesehenes nicht eingepreist werden muss.

Deutlich wird in der Entscheidung der VK Thüringen auch die Bedeutung der Dokumentation der Auftragswertschätzung. Diese ermöglichte hier, in weiten Teilen das vergaberechtskonforme Vorgehen des Auftraggebers nachzuvollziehen, auch wenn ihre Struktur nicht mit

der des Leistungsverzeichnisses übereinstimmte. An den Stellen, wo die Auftragswertschätzung nach Ansicht der Vergabekammer auf einem nicht zutreffenden Sachverhalt basierte und auch die Dokumentation des Auftraggebers mangelhaft war (die fehlerhaft zu niedrig bemessenen Mengenangaben erkannte der Auftraggeber erst nachträglich), nahm die Vergabekammer eine eigene Ermittlung des Sachverhalts und eine darauf beruhende Auftragswertschätzung vor. Da der Gesamtauftragswert auch danach deutlich unter dem EU Schwellenwert für Bauaufträge lag, blieb es bei der Rechtmäßigkeit der unterschwelligen nationalen Ausschreibung und der Unzulässigkeit des Nachprüfungsantrags.



Stephan Rechten,
Rechtsanwalt,
BEITEN BURKHARDT
Rechtsanwaltsgesellschaft mbH,
Berlin
E-Mail: Stephan.Rechten@bblaw.com

Die Freiwillige Ex-ante-Transparenzbekanntmachung: Kein Allheilmittel für unzulässige Direktvergaben

Der Fall

Mehr als zehn Tage nach Veröffentlichung ihrer freiwilligen Ex-ante-Transparenzbekanntmachung im EU-Amtsblatt schloss die Auftraggeberin (Antragsgegnerin) den darin angekündigten Rahmenvertrag über die Lieferung von Monitoren und Behandlungssets mit der Beigeladenen ab. Etwa drei Monate später rügte die Antragstellerin, die sich als bisherige Lieferantin der Antragsgegnerin mit einem eigenen Angebot um die Fortsetzung der Lieferbeziehung bemüht hatte, den Vertragsschluss als unzulässige Direktvergabe. Über den Vertragsschluss war sie von der Antragsgegnerin nicht informiert worden; zudem gab es keine Vergabebekanntmachung im EU-Amtsblatt. Die Antragsgegnerin wies die Rüge zurück. Eine Wettbewerbssituation habe aus technischen Gründen nicht bestanden, weil nur die Produkte der Beigeladenen die Anforderungen erfüllten. Daraufhin reichte die Antragstellerin erfolgreich einen Nachprüfungsantrag ein. Die Vergabekammer stellte die Unwirksamkeit des Vertrages fest. Hiergegen wendete sich die Antragsgegnerin mit der sofortigen Beschwerde.

Die Entscheidung (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 12. Juli 2017, Verg 13/17)

Die sofortige Beschwerde der Antragsgegnerin hatte keinen Erfolg. Nach dem OLG Düsseldorf lagen die eng auszulegenden Voraussetzungen für eine Direktvergabe nicht vor. Die Antragsgegnerin habe keinen hinreichenden Nachweis dafür geführt, dass und aus welchen Gründen die Antragstellerin nicht in der Lage sein sollte, anforderungsgerechte Geräte der Beigeladenen zu beschaffen und mit diesen anzubieten. Insbesondere gab es im Vergabevermerk keinen Hinweis

darauf, dass die Beigeladene ihre Neugeräte am Markt ausschließlich selbst (nur gegenüber Endkunden) vertreibt. Als wichtiges Indiz sah der Senat insofern das von der Antragstellerin in der mündlichen Verhandlung vorgelegte, an sie gerichtete Angebot eines Unternehmens über die Lieferung anforderungsgerechter von der Beigeladenen hergestellter Monitore an.

Nach dem OLG Düsseldorf stand § 135 Abs. 3 GWB der Unwirksamkeit des geschlossenen Vertrags nicht entgegen. Nach dieser Ausnahmvorschrift bleibt ein unzulässig direkt vergebener Auftrag bei Vorliegen bestimmter Voraussetzungen wirksam. So muss der Auftraggeber der Ansicht sein, dass die Auftragsvergabe ohne vorherige Veröffentlichung einer Bekanntmachung im EU-Amtsblatt zulässig ist. Dies sei – so das OLG Düsseldorf – vorliegend nicht erfüllt, auch wenn kein objektiver, sondern ein subjektiver Maßstab angelegt werde. Danach sei maßgeblich, ob die Entscheidung des Auftraggebers aufgrund der konkreten Umstände in sachlicher und rechtlicher Hinsicht vertretbar war. Dies setze in tatsächlicher Hinsicht voraus, dass der Auftraggeber den seiner Entscheidung zugrunde liegenden Sachverhalt sorgfältig, nämlich vollständig und zutreffend, ermittelt habe. Abzustellen sei dabei auf den Zeitpunkt, zu dem er seine Entscheidung getroffen habe.

Vor diesem Hintergrund sah der Senat die Entscheidung der Antragsgegnerin, eine Direktvergabe durchführen zu dürfen, als nicht vertretbar an. Insbesondere habe die Antragsgegnerin den Sachverhalt hinsichtlich der Möglichkeit der Antragstellerin, sich anforderungsgerechte Monitore am Markt beschaffen und mit diesen anbieten zu können, nicht hinreichend ermittelt und sei aufgrund dessen von falschen tatsächlichen Voraussetzungen ausgegangen.

Praxishinweise

Die Entscheidung des OLG Düsseldorf verdeutlicht, dass die freiwillige Ex-ante-Transparenzbekanntmachung kein „Allheilmittel“ ist, um die Gefahr der rückwirkenden Unwirksamkeit unzulässig direkt vergebener Aufträge auszuschließen. Im Gegenteil müssen Auftraggeber in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht sehr sorgfältig vorgehen, um sich auf Basis des § 135 Abs. 3 GWB auf die Wirksamkeit einer Direktvergabe stützen zu können.

In dem vom OLG Düsseldorf entschiedenen Fall hatte es die Antragsgegnerin versäumt, im Vergabevermerk festzuhalten und mit Nachweisen zu belegen, dass die allein anforderungsgerechten Produkte der Beigeladenen von ihr direkt (nur gegenüber Endkunden) vermarktet werden und nur sie daher als Lieferant in Frage kam. Hätte der Vergabevermerk diese Ausführungen enthalten, wäre das OLG Düsseldorf wohl von der Vertretbarkeit der Ansicht, direkt vergeben zu dürfen, ausgegangen. Irrelevant wäre dann wohl auch gewesen, dass sich die Antragstellerin – wie sich später herausstellte – anforderungsgerechte Monitore zur Auftragsausführung hätte besorgen können.

Zustimmung verdient die Ansicht des Senats, dass hinsichtlich der Anforderung in § 135 Abs. 3 Nr. 1 GWB (wohl) kein objektiver, sondern ein subjektiver Prüfungsmaßstab gilt. Anderenfalls wäre der Sinn und Zweck der freiwilligen Ex-ante-Transparenzbekanntmachung, Rechtssicherheit zu schaffen, nicht erreichbar. Ferner dürfte es – trotz diesbezüglicher Kritik in der Literatur – richtig sein, nicht weniger als

die Vertretbarkeit der Ansicht des Auftraggebers, direkt vergeben zu dürfen, zu fordern. Jedenfalls bestünde bei geringeren Anforderungen die erhebliche Gefahr einer Umgehung des Wettbewerbsgebots.

Auftraggebern, die einen Auftrag nach freiwilliger Ex-ante-Transparenzbekanntmachung direkt vergeben möchten, ist zu raten, das Fehlen von Wettbewerb stichhaltig zu dokumentieren. Wenn nach Ansicht des Auftraggebers technische Gründe den Wettbewerb ausschließen, sollte er eine Markterkundung durchführen. Ausgehend von dabei ermittelten anerkannten Grundlagen und Marktgegebenheiten sollte das Alleinstellungsmerkmal des für den Zuschlag vorgesehenen Unternehmens verständlich hergeleitet werden. Bei diesbezüglichen Unsicherheiten bietet sich an, externen fachlichen oder juristischen Rat einzuholen. Kommt die Stellungnahme eines Vergaberechters zum Ergebnis, eine Direktvergabe sei zulässig, kann die darauf aufbauende Ansicht des Auftraggebers, direkt vergeben zu dürfen, schwerlich unvertretbar sein.



Daniel Rusch, LL.M.,
Rechtsanwalt,
BEITEN BURKHARDT
Rechtsanwaltsgesellschaft mbH,
Berlin
E-Mail: Daniel.Rusch@bblaw.com

Hinweise

Diese Veröffentlichung stellt keine Rechtsberatung dar.

Wenn Sie diesen Newsletter nicht mehr erhalten möchten, können Sie jederzeit per E-Mail (bitte E-Mail mit Betreff „Abbestellen“ an Stephan.Rechten@bblaw.com) oder sonst gegenüber BEITEN BURKHARDT widersprechen.

© BEITEN BURKHARDT Rechtsanwaltsgesellschaft mbH.
Alle Rechte vorbehalten 2017.

Impressum

BEITEN BURKHARDT Rechtsanwaltsgesellschaft mbH
(Herausgeber)

Ganghoferstraße 33, D-80339 München
AG München HR B 155350/USt.-Idnr: DE-811218811

Weitere Informationen (Impressumsangaben) unter:
<https://www.beiten-burkhardt.com/de/hinweise/impressum>

Redaktion (verantwortlich)

Stephan Rechten,
Rechtsanwalt

Ihre Ansprechpartner

Berlin • Kurfürstenstraße 72-74 • 10787 Berlin
Tel.: +49 30 26471-219
Frank Obermann • Frank.Obermann@bblaw.com
Stephan Rechten • Stephan.Rechten@bblaw.com

Düsseldorf • Cecilienallee 7 • 40474 Düsseldorf
Tel.: +49 211 518989-0
Dr. Lars Hettich • Lars.Hettich@bblaw.com
Sascha Opheys • Sascha.Opheys@bblaw.com

Frankfurt am Main • Mainzer Landstraße 36
60325 Frankfurt am Main • Tel.: +49 756095-195
Dr. Hans von Gehlen • Hans.vonGehlen@bblaw.com

München • Ganghoferstraße 33 • 80339 München
Tel.: +49 89 35065-1452
Michael Brückner • Michael.Brueckner@bblaw.com
Hans Georg Neumeier • HansGeorg.Neumeier@bblaw.com



Weitere interessante Themen und
Informationen zum Vergaberecht
finden Sie in unserem Onlinebereich.



BEIJING • BERLIN • BRÜSSEL • DÜSSELDORF • FRANKFURT AM MAIN
MOSKAU • MÜNCHEN • ST. PETERSBURG

WWW.BEITENBURKHARDT.COM