

Minenfeld Vergabeverfahren

Rechtliche Auseinandersetzungen um die Beschaffung von Leitstellentechnik

Karsten Lisch

Bevor es zu einer Auftragsvergabe zur Planung und Installierung einer Leitstelle kommen kann, müssen sich sowohl Auftraggeber als auch Bieter erst einmal in einem Vergabeverfahren über die Beschaffung von Leitstellentechnik beweisen. Diese sind vermehrt Schauplätze rechtlicher Auseinandersetzungen, denn der Grat zwischen Formalismus und rechtlicher Überprüfbarkeit ist sehr schmal. Häufig aber ist der Showdown bereits im Vorfeld zu verhindern.

Die digitale Leitstellentechnik lockt mit faszinierenden Möglichkeiten, die von den Nutzern schon seit langer Zeit herbeigesehnt werden. Doch häufig wird die Vorfreude auf ein neues System gedämpft: Vor Installation und Inbetriebnahme steht die Suche nach einem geeigneten Lieferanten – und die muss in einem streng formalisierten Vergabeverfahren erfolgen. Jeder Schritt des Auftraggebers ist rechtlich überprüfbar, was die Beschaffung wenig angenehm macht.

Aus Sicht des Bieters hat der Formalismus zunächst Vorteile, denn so kann beispielsweise verhindert werden, dass der bereits sicher geglaubte Auftrag durch Benachteiligung bei der Bewertung der Angebote doch noch an die Konkurrenz geht. Doch auch der Bieter muss sich vorsehen. Denn die strengen Anforderungen an die Gleichbehandlung führen dazu, dass schon bei geringen Formfehlern im Angebot der zwingende und endgültige Ausschluss droht.

Vor dieser Kulisse haben Bieter in letzter Zeit verstärkt Vergabeentscheidungen angegriffen, häufig mit Erfolg. Im Folgenden wird ein Überblick über die aktuellen Streitfragen gegeben.

Geheimhaltung befreit nicht von Vergabepflicht

Ist die Entscheidung über die Beschaffung eines neuen Systems gefallen, muss der Auftraggeber sich als erstes fragen, ob hierfür ein europaweites Vergabeverfahren durchgeführt werden muss. Dies hängt zunächst von der Überschreitung des einschlägigen Schwellenwertes ab, der bei der Vergabe von Leitstellentechnik in der Regel bei 193.000 € liegt und damit zur Anwendung des EU-Vergaberechts zwingt.

Wird der Schwellenwert nicht erreicht, so gelten die Vorschriften des

nationalen Vergaberechts, die erheblich weniger streng und deren rechtliche Durchsetzbarkeit zudem umstritten ist. In Abhängigkeit vom Einzelfall kann der Schwellenwert höher liegen, hierbei dürfte es sich jedoch um Ausnahmen handeln; insbesondere führt die Integration in ein Bauvorhaben nicht automatisch dazu, dass der hierfür geltende höhere Schwellenwert einschlägig ist. Im Folgenden wird davon ausgegangen, dass der Schwellenwert überschritten ist.

Eine Ausnahme vom EU-Vergaberecht gilt jedoch für Aufträge, bei denen der Geheimnisschutz vorgeht. Hier ist der Auftraggeber weder an die strengen formalen Anforderungen des EU-Vergaberechts noch an die Pflicht zur europaweiten Bekanntmachung des Beschaffungsvorhabens gebunden.

Gleich in zwei Fällen aus dem Jahr 2009 wurde dieses Instrument von Auftraggebern eingesetzt. Beide Auftraggeber führten zunächst Vergabeverfahren durch, die von Bieter mit Nachprüfungsanträgen als fehlerhaft bemängelt wurden. Erst vor den jeweiligen Vergabekammern argumentierten die Auftraggeber, dass das Vergaberecht insgesamt nicht anwendbar sei und von ihnen daher auch nicht verletzt werden können. Gemäß § 100 Abs. 2 d) bb) GWB stünden Gründe der Geheimhaltung entgegen, denn die Auftragnehmer kämen mit sensiblen Daten aus dem Bereich der inneren Sicherheit in Kontakt, insbesondere im Zusammenhang mit dem Digitalfunk.

Während die Vergabekammern Sachsen und Lüneburg den Auftraggebern in beiden Fällen recht gaben (VK Sachsen, Beschluss vom 12. Juni 2009, Az. 1/SVK/011-09; VK Lüneburg, Beschluss vom 8. Oktober 2009, Az. VgK-48/2009 – Großleitstelle), urteilten die daraufhin angerufenen Oberlandesgerichte unterschiedlich. Das

OLG Dresden schloss sich der Auffassung der Vergabekammer Sachsen an und entschied, dass wegen des Geheimhaltungsbedürfnisses weder eine Pflicht zur Durchführung eines Vergabeverfahrens noch Rechtsschutzmöglichkeiten bestehen.

Anders sah das OLG Celle die Sache in der Entscheidung „Großleitstelle“. Seiner Ansicht nach reicht es nicht aus, dass die Auftragsdurchführung an sich geheimhaltungsbedürftig ist. Vielmehr muss die Geheimhaltung bereits der ordnungsgemäßen Durchführung eines Vergabeverfahrens entgegenstehen. Das konnte der Auftraggeber nicht darlegen, woraufhin das Gericht das Vergaberecht für anwendbar erklärte und die Sache an die Vergabekammer Lüneburg zur weiteren Aufklärung der geltend gemachten Verstöße zurück verwies (OLG Celle, Beschluss vom 3. Dezember 2009, Az. 13 Verg 14/09).

Die Auffassung des OLG Celle dürfte sich durchsetzen. Sie befindet sich im Einklang mit Entscheidungen anderer Gerichte (z.B. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 10. September 2009, Az. VII-Verg 12/09) und insbesondere des Europäischen Gerichtshofes (EuGH, Urteil vom 2. Dezember 2008, Az. C-157/06), demzufolge das Vergaberecht strikt anzuwenden und Ausnahmen hiervon äußerst eng auszulegen sind. Die bloße Geheimhaltungsbedürftigkeit während der Durchführung des Auftrags kann damit nicht dazu führen, dass Aufträge dem Wettbewerb vorenthalten werden.

Der Geheimnisschutz taugt damit nicht als Rechtfertigung für eine sogenannte De-facto-Vergabe ohne formales Verfahren. Erst recht sollte er nicht als Schutzschild gegen vergaberechtliche Angriffe von Bieterseite in einem bereits laufenden Verfahren verwendet werden. Hier ist die Kritik in jedem Fall sachlich zu prüfen und, falls erforderlich, der geltend gemachte Fehler zu beheben.

Leistungsbeschreibung produktneutral gestalten

Ist die Entscheidung über die Durchführung eines europaweiten Verfahrens getroffen, muss der Auftraggeber

in seinen Vergabeunterlagen eindeutige Aussagen dazu treffen, welche technischen Eigenschaften er von dem neuen System erwartet. Aus Gründen der Chancengleichheit ist diese Leistungsbeschreibung so erschöpfend und eindeutig zu gestalten, dass alle Bewerber sie im gleichen Sinne verstehen müssen. Das sollte nicht schwer fallen und ist auch aus anderen Gründen zu empfehlen, denn schließlich möchte man vor der Beauftragung wissen, wofür man sein Geld ausgibt. Allerdings hält das Vergaberecht für den Auftraggeber eine zusätzliche

Herausforderung bereit: Das Leistungsverzeichnis muss produktneutral ausgestaltet werden, so dass möglichst viele Unternehmen in die Lage versetzt werden, ein Angebot abzugeben. Hierbei gilt zunächst der Grundsatz, dass der Auftraggeber frei bestimmen kann, welche Funktionen und sonstige Eigenschaften er von dem System verlangt. Wer zum Beispiel auf einen niedrigen Energieverbrauch Wert legt, kann hierfür Obergrenzen angeben. Schwieriger wird es, wenn die geforderte Eigenschaft nur von wenigen oder im Extremfall nur von einem einzigen Produkt am Markt erfüllt wird (sogenanntes Alleinstellungsmerkmal). Derartige Anforderungen bedürfen einer Rechtfertigung, die sich aus dem objektiv bestehenden Beschaffungsbedarf des Auftraggebers ergibt. Er muss darlegen können, dass er ein legitimes, sachliches Interesse an der Verwendung eines bestimmten Produktes hat.

Bereits die Unbestimmtheit dieser Begriffe zeigt, dass produktbezogene Anforderungen in den wenigsten Fällen derart überzeugend begründet werden können, dass hiermit vollständige Sicherheit gegen Rügen von Bieterseite geschaffen wird. Die Gestaltung entsprechender Vorgaben erfordert erhebliche Erfahrung sowie im

Zweifel Kenntnisse der hierzu ergangenen Rechtsprechung und scheitert in der Praxis häufig.

Die Vergabekammer Münster hatte im Winter dieses Jahres über die Vergabe von Leitstellentechnik zu entscheiden, die unter anderem wie folgt beschrieben war: „Einsatzleitsystem: Fa. X,



Moderner Leitstand im Leipzig-Halle Airport

(Foto: Knürr)

Notruf- und Funkvermittlung/Wachalarm: Fa. X“. Der Auftraggeber verteidigte die Festlegung auf ein bestimmtes Produkt damit, dass eine Kooperation mit der Feuerwehr eines anderen Auftraggebers eingegangen worden sei. Dort sei bereits Technik der Fa. X installiert worden, so dass für die reibungslose Zusammenarbeit die Beschaffung eines produktgleichen Systems erforderlich sei. Hiervon ließ sich die Vergabekammer nicht überzeugen und untersagte die Verwendung der angegriffenen Anforderungen. Sie führte hierzu aus, dass es dem Auftraggeber ohne weiteres möglich gewesen sei, die Kompatibilität mit dem bestehenden System des Kooperationspartners dadurch herzustellen, dass die technischen Eigenschaften der einzelnen Komponenten des Systems beschrieben werden. Bei diesen Komponenten handele es sich grundsätzlich um Produkte, die auch vom Wettbewerb geliefert werden können, so dass die Festlegung auf einen Bieter den Wettbewerb unzulässig eingeschränkt habe (VK Münster, Beschluss vom 18. Februar 2010, Az. VK 28/09).

In dem beschriebenen Fall war die Ausrichtung auf ein bestimmtes Produkt eines bestimmten Anbieters einfach zu erkennen. Eine derart offenkundige Ausrichtung ist jedoch die

absolute Ausnahme. Meist ist ein genaues Studium der gesamten (technischen) Leistungsbeschreibung erforderlich um festzustellen, ob bestimmte Marktteilnehmer bevorzugt behandelt werden. Bieter sollten daher unmittelbar nach Erhalt der Vergabeunterlagen eine sorgfältige Prüfung in technischer und rechtlicher Hinsicht durchführen.

Vorgaben präzise definieren

In der Regel geben mehrere Bieter Angebote ab. Der Auftraggeber muss dann in einem ersten Schritt prüfen, ob diese den formalen Anforderungen genügen. Dies war nach bisherigem Recht zwingend, so dass nur formal korrekte Angebote überhaupt für die anschließende Wirtschaftlichkeitsprüfung in Betracht kamen. Aufgrund einer Gesetzesänderung ist diese Reihenfolge der Prüfungsschritte nicht mehr vorgegeben. An der Praxis der Auftraggeber dürfte sich hierdurch allerdings wenig ändern.

Häufig genügen einige der abgegebenen Angebote nicht den formalen Anforderungen, so dass sie bereits hier ausgeschlossen werden müssen, selbst wenn sie für den Auftraggeber wirtschaftlich interessant sind. Bietern ist daher zu empfehlen, ihre Angebote vor Abgabe anhand einer Checkliste auf die Einhaltung sämtlicher formaler Kriterien zu prüfen und hierfür bereits im Vorfeld ausreichend Zeit einzuplanen.

Auftraggebern ist zu empfehlen, die formalen Anforderungen an die Angebote möglichst knapp, eindeutig und übersichtlich zu gestalten. Ansonsten kann es z.B. vorkommen, dass nach der formalen Prüfung nur ein Angebot in der Wertung verbleibt. Auf dieses muss dann der Zuschlag erteilt werden – ohne Rücksicht auf den Preis oder die angebotene Qualität.

Bei erfolgreicher formaler Prüfung befasst sich der Auftraggeber inhaltlich mit dem Angebot. Insbesondere vergleicht er im Rahmen der Wirtschaftlichkeitsprüfung die Angebotspreise und vergibt gegebenenfalls Punkte für die technische Ausstattung. Diese Qualitätswertung hat bei Technikvergaben gegenüber dem Preis üblicher-

weise erhebliches Gewicht. (In dem Verfahren Großleitstelle wurde die Funktionalität mit 60 % gewichtet.) Sie wird in der Regel anhand von Kriterienkatalogen vorgenommen, die den Bietern in den Vergabeunterlagen mitgeteilt werden müssen.

Bieter haben damit die Möglichkeit, einen ungünstigen Preis mit besserer Leistung auszugleichen. Umso größer ist die Enttäuschung, wenn der Auftraggeber mitteilt, dass er den Zuschlag der Konkurrenz erteilen möchte. Die Prüfung dieser Entscheidung kann durchaus überraschende Erkenntnisse ergeben – insbesondere wenn Punktabzüge für Kriterien erteilt werden, die der Bieter voll erfüllt zu haben meint oder deren Einfluss auf die Wertung er unterschätzt hat.

Die aktuellen Entscheidungen im Bereich der Leitstellentechnik zeigen, dass Bieter häufig der Ansicht sind, der Auftraggeber habe bei der Angebotswertung massive Fehler gemacht. Ausgangspunkt für die Auseinandersetzung im Verfahren „Großleitstelle“ war, dass der Bieter für mehrere Anforderungen null Punkte erhalten hatte. Er selbst hatte hierfür in der vom Auftraggeber geforderten Eigenbewertung mehrfach zehn Punkte und in einem Aspekt fünf Punkte vergeben (VK Lüneburg, Beschluss vom 8. Oktober 2009, Az. VgK-48/2009 – Großleitstelle).

Für Auftraggeber empfiehlt es sich, die Kriterien in den Vergabeunterlagen so präzise wie möglich zu definieren und auf mehrdeutige oder interpretationsfähige Kriterien nach Möglichkeit von vornherein zu verzichten. Das mag die Spielräume bei der Wertung zwar einschränken, erspart aber langwierige Auseinandersetzungen über die Wertung.

Fazit

Auftraggeber können Rechtssicherheit vor allem im Vorfeld des Verfahrens bei der Vorbereitung der Vergabeunterlagen herstellen. Soweit dennoch rechtliche Risiken verbleiben, sind diese intern klar zu identifizieren und für den Fall der Rüge Handlungsoptionen vorzusehen, die eine nennenswerte Verzögerung des Verfah-

rens ausschließen. Die Berufung auf ein Geheimhaltungsbedürfnis reicht hierbei in der Regel nicht aus.

Aus Bietersicht ist festzuhalten, dass Bewerbungen um öffentliche Aufträge grundsätzlich anders behandelt werden müssen als Bewerbungen um Projekte der Privatwirtschaft. Denn es kommt nicht nur darauf an, eine konkurrenzfähige Leistung zum günstigen Preis anzubieten. Wer den Zuschlag nicht erhält, der muss sich auch fragen, ob er seine Interessen hinreichend geschützt hat und ob es möglich gewesen wäre, die Anforderungen des Auftraggebers in für ihn günstiger Weise abzuändern. Die Weichen für die Zuschlagsentscheidung werden bereits zu Beginn des Verfahrens gestellt und sind vom Bieter in vielen Fällen beeinflussbar.

Die Mittel hierfür sind Bieteranfragen und – falls erforderlich – eine als freundlicher Hinweis formulierte Rüge. Durch Anfragen lassen sich Unklarheiten, insbesondere bei der Angebotswertung, bereits im Vorfeld ausräumen. Bieter können mit ihren Fragen neue Anregungen und Informationen geben, die eine für sie günstige Änderung oder Konkretisierung der Vergabeunterlagen ermöglichen. Bei vielen Bietern besteht allerdings die Sorge, dass die Beziehung zum potenziellen Kunden durch detaillierte Nachfragen belastet werden könnte. Das ist eindeutig nicht der Fall. Der Verantwortliche auf Auftraggeberseite wird sich freuen, wenn Risiken „seines“ Verfahrens unmittelbar von den Bietern angesprochen werden. Das gilt vor allem für Probleme, die er nicht erkennen kann, weil ihm z.B. eine genaue Übersicht über den Markt und die Eigenschaften der angebotenen Produkte fehlt. Den zusätzlichen Aufwand für die Beantwortung nimmt er gern in Kauf.

Denn trotz der vielen Unwägbarkeiten des Vergaberechts bleibt eine Gewissheit: Die Durchführung eines Vergabenachprüfungsverfahrens hat noch nie zur rechtzeitigen Inbetriebnahme einer Leitstelle beigetragen. Das beste Beispiel hierfür ist die Auseinandersetzung im Verfahren „Großleitstelle“, die bei Redaktionsschluss noch immer nicht beendet war. (bk)