

Die Dos und Don'ts bei der Vergabe von Dienstleistungen in der Praxis

12. Vergaberechtstag Brandenburg
Potsdam, den 28. November 2019
Rechtsanwalt Alik Dörn, LL.M.

Dienstleistungen

- **Weiter Begriff (Auffangtatbestand):** Verträge über Erbringung von Leistungen, die **keine Liefer- oder Bauaufträge** sind, § 103 IV GWB.
- Beispiele:
 - Reinigungsdienste
 - Sicherheitsdienste
 - Empfangsdienste
 - Technische Dienstleistungen/Wartungsverträge
 - Beratungsleistungen
- Sonderfall: Ingenieurs- und Architektenleistungen (§§ 73 ff. VgV) bzw. freiberufliche Leistungen (§ 50 UVgO)

Schwellenwerte

	„Klassischer“ Auftraggeber	Sektorenauftraggeber	Bundesbehörde
Baufträge	5.548.000 (5.350.000)	5.548.000 (5.350.000)	5.548.000 (5.350.000)
Liefer- / Dienstleistungsaufträge	221.000 (214.000)	443.000 (428.000)	144.000 (139.000)
Soziale und andere besondere Dienstleistungen (Bsp: Post*)	750.000	1.000.000	750.000
Konzessionen (Kantine, KiTa: Sonderproblem: Zuwendung), OLG Düsseldorf, 11.7.2018 – VII-Verg 1/18	5.548.000 (5.350.000)	5.548.000 (5.350.000)	5.548.000 (5.350.000)

Alle Werte in Euro und ohne USt.

Themen

1. Auftragsgegenstand
 - **Vergaberechtsregime** (GWB oder nur Haushaltsrecht/UVgO)
 - Abgrenzung Bauauftrag gegenüber Liefer- / Dienstleistungsauftrag (Relevanz bei technischem FM)
 - **Aufhebung** wegen Unwirtschaftlichkeit

2. Schätzung des Auftragswerts, § 3 VgV
 - Geschätzte Gesamtvergütung, einschließlich aller **Optionen** und Verlängerungen (OLG Düsseldorf, 02.11.2016 - VII-Verg 21/16, **auch zusätzlich bei mehr 48 Monaten**)
 - Zusammenrechnung aller Lose
 - Dauerschuldverhältnisse: bei Laufzeit bis 4 Jahren der Gesamtwert; bei Laufzeit von mehr als 4 Jahren der 48-fache Monatswert, wenn **kein Gesamtpreis** angegeben (vgl. OLG München, 13.08.2008 – Verg 8/08).

* Vgl. VK Bund, Beschluss vom 02.08.2017, VK 2 - 74/17

Objektbesichtigungen (1)

- Kritisch: **Sammeltermine/Vororttermine**
- Termine, an denen mehrere Bieter teilnehmen, sollen verfahrensfehlerhaft sein (vgl. OVG Berlin-Brandenburg, Urt. v. 27.02.2013 - 6 B 34.12).
- **Verstoß gegen Geheimwettbewerb**
- Rechtssicherer: **Getrennte Termine**
- Abwägen, ob **Besichtigung erforderlich** (meist kein Ausschluss von Nachträgen)
- Leistungsbeschreibung abschließend/virtuelle Ansicht?
- Auch bei getrennten Terminen: Keine Einzelauskünfte
- **Fristen festlegen**: Bis wann ist Termin zu vereinbaren
- Entsprechende **Anweisung des Personals**

Objektbesichtigungen (2)

- Rüge durch Bieter: Erkennbarer Verstoß, § 160 Abs. 3 Nr. 2 bzw. Nr. 3 GWB (vgl. VK Hessen, 12.09.2019 – 69d – VK2 22/2019)?
- **Verstoß**: Grds. **nicht heilbar**, es droht Aufhebung!
- **Zwingender Nachweis der Vorortbesichtigung**: Zulässig?
 - **Zulässig (EU?)** – wohl kein Eignungskriterium
 - Zweck, **Leistungsbeschreibung zu ergänzen** und präziser zu gestalten
 - **Nachweis der Kenntnisnahme von Einzelheiten der für die Durchführung des Auftrages maßgeblichen Umstände** (so OLG Brandenburg, Beschluss vom 15.03.2011, Verg W 5/11)
 - Ausschluss bei Fehlen (§ 57 Abs. 1 Nr. 2 VgV, Fehlen der geforderten Unterlage)

Vorabinformation (1)

- **§ 134 GWB:** Mitteilung, wer Zuschlag erhalten soll (1), Gründe der Nichtberücksichtigung (2) sowie frühester Zeitpunkt des Vertragsschlusses (3)
- **Nicht ausreichend** als Grund: „**nicht das wirtschaftlichste Angebot**“
- Zeitpunkt: Datum, **nicht „10 Tage“** angeben.
- **Tag der Versendung** wird **nicht mitgerechnet!**
- Bsp: Absendung: 11.11.2019, Zeitpunkt: 22.11.2019, kann auch Samstag/Sonntag sein
- Angabe des Zuschlagsaspiranten: Auch **Bietergemeinschaft** (einzelne Mitglieder)

Vorabinformation (2)

- Wenn Information **lediglich auf einer Vergabeplattform** zugänglich bereitgestellt wird, **nicht ausreichend** (VK Südbayern, 29.03.2019 - Z3-3-3194-1-07-03/19)
- Bloße **Hinweismail**, die keine der notwendigen Informationen nach § 134 Abs. 1 Satz 1 GWB enthält, **nicht ausreichend. Alternative?**
- AGB: Vergabemarktplatz Brandenburg:
*„4) Der Vergabemarktplatz Brandenburg informiert zwar per E-Mail an das von der oder dem Nutzenden mitgeteilte E-Mail-Postfach über die Bereitstellung von Nachrichten, **den Zugang dazu bewirkt jedoch allein deren Bereitstellung im Projekteraum oder im Account.** Der oder dem Nutzenden wird **empfohlen, dass die angegebene E-Mail-Adresse entweder eine Funktionsadresse ist oder organisatorisch sicherzustellen, dass die E-Mail, die auf der Adresse eingeht, von Vertretenden empfangen oder zur Kenntnis genommen werden kann.**“*

Auftragsänderung (1)

- **Wesentliche Änderung** kann **Neuvergabe** auslösen
- **§ 132 GWB**: Enthält verschiedene Tatbestände
- De-Minimis-Regelung:
 - Wert der **Änderung** den einschlägigen **Schwellenwert** (221.000/214.00 EUR) **nicht übersteigt** und
 - **Gesamtwert** aller Änderungen nicht mehr als **10 %** (Liefer-/Dienstleistung) des ursprünglichen Auftragswertes beträgt
- Besser: **Änderungen** zu **antizipieren**
- Bspe: Aufnahme als Option bei zusätzlichem Gebäude

Auftragsänderung (2)

- Austausch mit Fachabteilung
- Bei **Kündigung Zuschlag auf Zweitplatzierten?**
- **Flexibilität:** Vertrag sollte **Teilkündigung** vorsehen.
- Bspe: Für Gebäude/Anlage

Angriffsflächen – Beispiele (1)

- **Angemessenheit des Preises** (Problem: **70 % Zuschlag auf Mindestlohn** lt. Zoll): § 60 VgV vs. § 56 VgV (fachliche und rechnerische Richtigkeit), vgl. OLG Düsseldorf 08.09.2001 – Verg 80/11 sowie 14.01.2009 – Verg 59/08: Ausschluss nach § 57 Abs. 1 Nr. 5 VgV (fehlende Preisangabe) oder § 60 Abs. 3 VgV nach Aufklärung
- Besonderheit: § 3 Berliner Ausschreibungs- und VergabeG: 10 %
- Bescheinigung/Eigenerklärung (§ 48 VgV, vgl. OLG Koblenz, 04.07.2007 - 04.07.2007)
- **Hinzufügen eines nicht geforderten Konzeptes** kann **Ausschluss** begründen (Änderung der Vergabeunterlagen, VK Bund, 18.09.2017 - VK 2-86/17)

Angriffsflächen – Beispiele (2)

- Verweis mittels **Link auf Eignungskriterien nicht ausreichend** für **Bekanntmachung** (OLG Düsseldorf, 11.07.2018 - Verg 24/18)
- Allenfalls **direkter Link** auf Eignungskriterien zulässig.
- Formblatt zur Bekanntmachung und dessen EDV-technische Umsetzung führen zu keinem anderen Ergebnis. EDV-technische Beschränkungen können rechtliche Anforderungen nicht außer Kraft setzen (OLG München, 25.02.2019 - Verg 11/18)
- Bieter muss auf „**einen Blick**“ **erkennen können**, was gefordert wird.
- Formblätter klar gestalten: **Unterschriftenzeile**
- **Konzepte: Klare Struktur, keine Abweichung** von VU, **Seitenbegrenzung**

Schlechtleistung (1)

- Berücksichtigung von Schlechtleistung (§ 124 Abs. 1 Nr. 7 GWB)
*„das Unternehmen eine **wesentliche Anforderung** bei der Ausführung eines **früheren öffentlichen Auftrags** oder Konzessionsvertrags **erheblich oder fortdauernd mangelhaft erfüllt** hat und dies zu einer **vorzeitigen Beendigung**, zu **Schadensersatz** oder zu einer **vergleichbaren Rechtsfolge** geführt hat.“*
- Bsp: **Ungenehmigter Nachunternehmerersatz** (OLG Frankfurt, 03.05.2018 - 11 Verg 5/18)
- **Nicht zwingend** nötig: **Rechtskräftige Entscheidung** (vgl. VK Baden-Württemberg, 24.01.2018 - 1 VK 54/1)

Schlechtleistung (2)

- Bei **fristloser Kündigung** die **Fristen** nicht eingehalten, kein Ausschluss gerechtfertigt, vgl. § 626 Abs. 2 BGB (VK Brandenburg, 17.07.2018 - VK 11/18 – Sicherheitsleistungen, nicht qualifiziertes Personal eingesetzt u.a.)
- Bsp.: Gutachten, auch wenn es unterschiedliche gibt und Gerichtsverfahren/selbstständiges Beweissicherungsverfahren noch läuft
- **Nichtausübung einer Vertragsverlängerungsoption, Rechnungskürzungen** und **Abmahnung** kann ausreichend sein (VK Bund, Beschluss vom 18.09.2017 - VK 2-86/17)

Schlechtleistung (3)

- Der AG müsse **hinsichtlich der Schlechterfüllung Gewissheit erlangt** haben, d. h. eine Überzeugung, die "**vernünftigen Zweifeln Schweigen gebietet**" (vgl. OLG Düsseldorf, 11.07.2018 - Verg 7/18)
- Das OLG Celle verlangt demgegenüber "nur" Indiztatsachen von einigem Gewicht, die den Ausschluss nachvollziehbar erscheinen lassen (OLG Celle, 09.01.2017 - 13 Verg 9/16)
- **Wenn Verträge inhaltlich, örtlich und zeitlich eng zusammen hängen**, Ausschluss bei Wartungsvertrag, wenn bei Bauvertrag zuvor mangelhafte Leistung erbracht wurde (VK Bund, 29.12.2017 - VK 1-145/17)

Schlechtleistung (4)

- **Dokumentation** der Schlechtleistung
- Klare **Konsequenzen** (mind. Abmahnung), ggf. Ersatzvornahmen u.a.
- **Verhältnis** zum Gesamtauftrag
- **Nicht ausreichend**: Nur **geringfügige Verstöße**
- Bieter kann **Selbstreinigungsmaßnahmen** treffen: § 125 GWB
 - **Ausgleich** für Schaden **gezahlt** hat
 - **Aktive Zusammenarbeit bei Schaden mit AG geklärt und**
 - **Technische/organisatorische/personelle Maßnahmen** weiteres Fehlverhalten zu vermeiden

Schlechtleistung (5)

- Zeitraum: Höchstens 3 Jahre ab betreffendem Ereignis, § 126 GWB
- Kenntnis des AG nicht maßgebend
- **Dauerdelikt** ist Fristbeginn mit Beendigung der Ausführungshandlung (VK Lüneburg, 26.03.2019, VgK - 03/2019)
- Differenzierung: **Schlechtleistung/“Schlechte“ Referenzen**
- § 122 Abs. 1 i.V.m. § 124 Abs. 1 Nr. 7 GWB und § 122 Abs. 2 Nr. 3 GWB i.V.m. § 46 Abs. 1 und 3 Nr. 1 VgV vorgegebenen Prüfungsmaßstab (VK Bund, Beschluss vom 04.09.2019, VK 2 - 54/19)

Referenzen (1)

- **Referenzgeber nicht erreichbar** = nicht wertbar? (so Vergabekammer Hessen, 18.12.2017 - 69d-VK-2-38/2017)
- **Abgeschlossene Leistungen** oder (auch) **laufende**?
- Bei Dienstleistungen häufig mehrere Jahre, aber besser definieren in Anforderungen?
- **Keine Abweichung** zwischen **EU-Bekanntmachung** und **Vergabeunterlagen**

Referenzen (2)

- Wenn Mindestanforderung, dann auch im Formblatt (neben EU-Bekanntmachung)
- Referenzen: Vergleichbarkeit definieren?
- **Keine Begrenzung der Anzahl** (OLG Düsseldorf, B. v. 12.09.2012 - VII-Verg 108/11)
- Genauso unzulässig, wenn der AG zwar eine unbestimmte Anzahl an Referenzen zulässt, aber fordert, dass der Bieter **drei Referenzen priorisiert** und auf die drei priorisierten Referenzen seine Eignungsentscheidung stützt (vgl. VK Baden-Württemberg, 04.11.2013 - 1 VK 35/13).
- Referenzen überprüfen

Referenzen (3)

- **Benotung durch Referenzgeber: Fragenbogen** mit Benotung 0-10 sowie Textfeld für Begründung. Ausschluss wenn best. Punktzahl nicht erreicht (zulässig nach OLG Frankfurt, 16.2.2015 – 11 Verg 11/14)
- Jedenfalls keine Delegation der Eignungsprüfung
- Ergebnis muss sich AG zu eigen machen
- Klares Formblatt mit Tabelle für Eintragung
- **Keine Abweichung** zwischen Vergabeunterlagen/EU-Bekanntmachung
- Bsp.: **Referenzliste** in der EU-Bekanntmachung und in den Vergabeunterlagen „**mind. 3 Referenzen**“

Losaufteilung

- Grundsätzliche Pflicht zur Losaufteilung: § 97 Abs. 4 GWB
- Fachlose und Teillose (Gebietslose)
- Bieterfreundliche Ausgestaltung
- Bspe: Fachlos: Fensterreinigung vs. Unterhaltsreinigung
- Ausdrückliche Zulassung einer **Loslimitierung**: Angebot für ein, mehrere oder alle Lose und Beschränkung der Zahl der Lose auf Höchstzahl, für die ein Bieter den Zuschlag erhalten kann.
- Im letzteren Fall sind Kriterien für Begrenzung in der Auftragsbekanntmachung anzugeben, vgl. § 30 Abs. 1 VgV

Ihr Ansprechpartner



Alik Dörn, LL.M.
Rechtsanwalt
Local Partner

Sekretariat: +49 69 7191890-21
alick.doern@fgvw.de

ALIK DÖRN, LL.M. – VERGABERECHT

- ✓ Studium in Frankfurt am Main und Nottingham
- ✓ Vorbereitungsdienst und 2. Juristisches Staatsexamen im Bundesland Hessen
- ✓ Zulassung zur Anwaltschaft 2004
- ✓ 14 Jahre Berufserfahrung in internationalen Großkanzleien mit den Schwerpunkten
 - Vergaberecht (Dienst-, Bau- und Lieferleistungen, ÖPP)
 - Beihilfenrecht
 - Konzessionen
 - Öffentliches Wirtschaftsrecht
 - Immobilienrecht
 - Energierecht
- ✓ Sprachen: Deutsch, Englisch