



Vergabeverfahren im öffentlichen Sektor



präsentiert von MORGENSTERN



Whitepaper

Vergabeverfahren im öffentlichen Sektor

Inhalt

01

Einführung

02

Zielsetzung des Vergaberechts und wirtschaftliche Bedeutung

03

EU-Vergaberecht

04

Vergaben unterhalb der Schwellenwerte

05

Öffentliche Aufträge

06

Verfahrensarten

07

Verfahrensabschnitte

08

Rechtsschutz

Wir bei MORGENSTERN legen großen Wert auf inklusive Sprache. Deswegen gendern wir – und zwar gerne! Du sollst dich von unseren Texten angesprochen fühlen, egal wer du bist.

Fachbegriffe gendern wir jedoch nicht, da sie wie Eigennamen feststehende Begriffe sind. Hier geht es nicht um das generische Maskulinum, sondern um fachliches Vokabular, das seine eigene juristische Bedeutung hat.

...dir aber nun **viel Spaß**, liebe*r Leser*in!

01. Einführung

Die Digitalisierung des öffentlichen Sektors ist eine der umfassendsten und wichtigsten Aufgaben in Europa. Die öffentliche Verwaltung in Deutschland hat sich dazu mit dem Onlinezugangsgesetz (OZG) im Jahr 2017 ehrgeizige Ziele gesetzt: Ende 2022 sollen eine Vielzahl an Verwaltungsleistungen für Bürgerinnen und Bürger sowie für Unternehmen digital zugänglich sein. Gleichzeitig stehen umfassende interne Digitalisierungsprozesse in den öffentlichen Einrichtungen und den Unternehmen an, um dem technischen Fortschritt nicht hinterher zu laufen. Zudem soll das Krankenhauszukunftsgesetz die Digitalisierung in den deutschen Krankenhäusern voranbringen. Hierfür werden Projekte mit einem Gesamtvolumen von bis zu 4,3 Milliarden EUR gefördert. Darüber hinaus soll mit dem Digitalpakt Schule die Digitalisierung in den allgemeinbildenden Schulen mit 5 Milliarden Euro gefördert werden.

Für die öffentliche Hand bieten sich unter anderem Vereinfachungen in zahlreichen Prozessen oder die Möglichkeit, Menschen den Zugang zu öffentlichen Leistungen zu erleichtern. Für die IT-Unternehmen eröffnen sich große Geschäftschancen und die Aussicht, ebenfalls einen wesentlichen Beitrag zu einer sichereren und nutzbringenden Gesellschaft zu leisten.

Mit der Digitalisierung bieten sich viele Chancen aber auch Herausforderungen. Ob es um die Einführung von neuer Software, die Entwicklung von E-Government-Lösungen, um den Einkauf von Hardware oder die Hinzuziehung von spezialisierten Beratern geht. Alle Leistungen, die für einen digitaleren öffentlichen Sektor benötigt werden, muss die öffentliche Hand im Einklang mit dem Haushalts- und Vergaberecht beschaffen.

Mit unserem Whitepaper Vergabeverfahren im öffentlichen Sektor geben wir dir einen ersten prägnanten Überblick über die Zielsetzung des Vergaberechts, die wesentlichen Grundsätze und Regelungen, den Ablauf eines Vergabeverfahrens, zu besonderen Verfahrensabschnitten und zum Rechtsschutz. Es soll dir den Einstieg in die Materie der öffentlichen Beschaffung erleichtern und dir damit die Möglichkeit eröffnen, aus der öffentlichen Auftragsvergabe als Unternehmen oder als öffentliche*r Auftraggeber*in den größten Nutzen zu ziehen.

Brauchst du Rat? Kontaktiere uns! Wir bei MORGENSTERN haben ein erfahrenes und hoch spezialisiertes Team bestehend aus Anwält*innen, Datenschutz- und IT-Sicherheitsexpert*innen!



contact@morgenstern-legal.com



+49 (0) 6232 - 100119 0



Mehr MORGENSTERN Whitepaper findest du übrigens auch unter:
morgenstern-privacy.com & morgenstern-legal.com

02. Zielsetzung des Vergaberechts und wirtschaftliche Bedeutung

Warum eigentlich Vergaberecht anwenden?

Das Vergaberecht umfasst eine Vielzahl an Vorschriften auf nationaler, europäischer und auch internationaler Ebene, welche die Beschaffung durch die öffentliche Hand regeln. Anzuwenden sind diese Regelungen in erster Linie von den klassischen öffentlichen Einrichtungen (wie etwa Ämter und Behörden), Ländern und Kommunen, aber auch von bestimmten juristischen Personen (jedenfalls teilweise). Schließlich kann auch für ein rein privates Unternehmen die Pflicht bestehen, bestimmte (meistens geförderte) Beschaffungsvorhaben vergaberechtskonform durchzuführen.

Mit dem Vergaberecht verfolgen die Gesetzgeber politische und wirtschaftsverwaltungsrechtliche Ziele.

Im Vordergrund stehen dabei insbesondere,

- ▶ die Schaffung von Wettbewerb und
- ▶ das Ziel sparsam und wirtschaftlich mit öffentlichen Mitteln umzugehen.

Das Vergaberecht sieht zudem Instrumente vor, mit denen am Auftrag interessierte Unternehmen Vergaberechtsverstöße prüfen und beheben lassen können.

Die wirtschaftliche Bedeutung der öffentlichen Ausschreibungen ist erheblich. Nach Schätzungen bewegen sich die von der öffentlichen Hand für das Auftragswesen ausgegebenen Beträge zwischen 14 – 16 % des Bruttoinlandsprodukts (BIP) der Europäischen Union (EU); mithin einem Volumen von ca. 1,9 – 2,3 Billionen Euro¹.

03. EU-Vergaberecht

Das deutsche Vergaberecht unterscheidet zwischen zwei Bereichen – dem Oberschwellen- und Unterschwellenvergaberecht - je nachdem, ob bestimmte (EU-) Schwellenwerte erreicht werden oder nicht. Ob ein Schwellenwert erreicht ist, ermittelt der öffentliche Auftraggeber anhand des geschätzten Auftragswerts. Liegt der geschätzte Auftragswert oberhalb der Schwellenwerte, ist das sog. EU-Vergaberecht in aller Regel zu beachten.

- ▶ Allgemeine Grundsätze und wesentliche Regelungen
Vergabeverfahren – egal, ob oberhalb oder unterhalb der EU-Schwellenwerte – müssen in transparenter und nichtdiskriminierender Weise erfolgen. Das bedeutet, dass Unternehmen insbesondere einen Anspruch auf ein eindeutiges, offenes und nichtdiskriminierendes („*faïres*“) Vergabeverfahren haben. Daneben sollen die Leistungen in wettbewerblicher, verhältnismäßiger und wirtschaftlicher Weise beschafft werden.

Diese zunächst für den vergaberechtlichen Laien scheinbar nichtssagenden Grundsätze, konkretisieren diverse Vergabevorschriften, die wiederum von der Rechtsprechung in zahlreichen Entscheidungen ausgelegt werden. Wichtige Vergabevorschriften im Oberschwellenbereich findet man z.B. im vierten Teil des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB), der Vergabeverordnung (VgV) oder der Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen Teil A (VOB/A-EU).

► Aktuelle Schwellenwerte / Wertgrenzen

Ob ein Auftrag nach den Regeln des EU-Vergaberechts auszuschreiben ist, beurteilt sich nach dem geschätzten Auftragswert. Erreicht dieser den für den jeweiligen öffentlichen Auftrag geltenden Schwellenwert, ist EU-Vergaberecht anzuwenden.

Liefer- und Dienstleistungsaufträge	Baufträge und Konzessionen	Liefer- und Dienstleistungsaufträge von obersten/oberen Bundesbehörden
215.000 EUR	5.382.000 EUR	140.000 EUR

Daneben gibt es noch Schwellenwerte für besondere Bereiche wie u.a. Sektoren und Verteidigung & Sicherheit. Die sorgfältige Ermittlung des sog. „geschätzten Auftragswertes“ ist insbesondere in „Grenznähe“ zum jeweiligen Schwellenwert von entscheidender Bedeutung (dazu unten mehr, G. 1.).

04. Vergaben unterhalb der Schwellenwerte

Unterhalb der Schwellenwerte ist in Deutschland mittlerweile in fast jedem Bundesland die Unterschwellenvergabeordnung (UVgO) von den meisten öffentlichen Auftraggebern anzuwenden. Teilweise abweichende Besonderheiten können sich aber aufgrund von Zuwendungen oder landestypischen, haushaltsrechtlichen Bestimmungen ergeben. Da eine europaweite Ausschreibung im Unterschwellenbereich in aller Regel nicht erforderlich ist, wird sie auch als nationales Ausschreibungsverfahren bezeichnet.

Die UVgO orientiert sich stark am EU-Vergaberecht, bietet aber für die öffentlichen Auftraggeber, die sie anzuwenden haben, etwas mehr Flexibilität. Der bürokratische Aufwand dürfte jedoch kaum geringer sein.

05. Öffentliche Aufträge

Welche Arten „öffentlicher Aufträge“ gibt es?

In einem Vergabeverfahren wird immer ein öffentlicher Auftrag ausgeschrieben. Die drei wichtigsten Arten öffentlicher Aufträge sind:

- Dienstleistungsaufträge wie zum Beispiel: Wartung einer Webseite
- Lieferaufträge wie zum Beispiel: Lieferung von Servern
- Bauaufträge wie zum Beispiel: Bau einer Halle für ein größeres Rechenzentrum

Seltener anzutreffen ist die Konzessionsvorgabe.

Unsere Leistungen für...

... Vergabeverfahren!

▶ Knowledge Package

▶ Vergabeunterlagen Check Up für Auftraggeber*innen

▶ Vergabeunterlagen Package für Auftraggeber*innen

▶ Angebots Check Up für Unternehmen

▶ Datenschutz Package für Auftraggeber*innen und Anbieter*innen

morgenstern-legal.com

»» Jetzt Angebot anfordern

the future is yours.

06. Verfahrensarten

Welche Vergabeverfahrensarten gibt es und welches Verfahren ist jeweils zu wählen?

1. EU-Vergaberecht

Die gebräuchlichsten Vergabeverfahren oberhalb der EU-Schwellenwerte nach der VgV sind das

- ▶ offene Verfahren
- ▶ nicht offene Verfahren
- ▶ Verhandlungsverfahren mit/ohne Teilnahmewettbewerb

Für spezielle Beschaffungsvorhaben gibt es den „wettbewerblichen Dialog“ und die „Innovationspartnerschaft“.

Zur freien Wahl stehen dem öffentlichen Auftraggeber nach der Vergabeverordnung dabei nur das offene und das nicht offene Verfahren zur Verfügung. Beim Verhandlungsverfahren und dem wettbewerblichen Dialog oder der Innovationspartnerschaft müssen besondere Voraussetzungen erfüllt sein.

1.1 Offenes Verfahren

Bei einem offenen Verfahren werden im Rahmen der EU-weiten Bekanntmachung Angebote von einer unbeschränkten Zahl von Unternehmen angefordert. Die Bieter können dann bis zum Ablauf der Angebotsfrist ihre Angebote, einschließlich aller vom öffentlichen Auftraggeber geforderten Unterlagen, abgeben.

Der öffentliche Auftraggeber prüft sodann die abgegebenen Angebote nach dem folgenden Schema:

- ▶ **Formale Prüfung** | Hat der Bieter alle Unterlagen vollständig abgegeben?
- ▶ **Eignungsprüfung** | Erfüllt das Unternehmen die Eignungskriterien?
- ▶ **Auskömmlichkeit** | Ist das Angebot kostendeckend?
- ▶ **Wirtschaftlichkeit** | Welches Angebot ist das wirtschaftlichste und soll den Zuschlag erhalten?

Der öffentliche Auftraggeber prüft somit sowohl die Eignung des Bieterunternehmens als auch das abgegebene Angebot nach Ablauf der Angebotsfrist in unmittelbarem zeitlichen Zusammenhang.

1.2 Nicht offenes Verfahren

Das nicht offene Verfahren ist ein sog. "zweistufiges Verfahren". Die im offenen Verfahren unmittelbar nach Angebotsabgabe durchgeführten Schritte, werden hier auf einen Teilnahmewettbewerb (1. Stufe) und eine Angebotsphase (2. Stufe) aufgeteilt.

▶ **1. Stufe – Teilnahmewettbewerb**

In der ersten Stufe fordert der öffentliche Auftraggeber Unternehmen zur Abgabe von Teilnahmeanträgen auf. Er prüft nach Ablauf der Teilnahmefrist anhand der abgegebenen Teilnahmeanträge, ob das jeweilige Unternehmen die für den Auftrag geforderte Eignung aufweist.

Der öffentliche Auftraggeber kann zudem die Anzahl der geeigneten Unternehmen, die zur Abgabe von Angeboten aufgefordert werden sollen, auf eine von ihm vorgegebene Anzahl beschränken. Es müssen mindestens stets drei Unternehmen aufgefordert werden.

▶ **2. Stufe – Angebotsphase**

Nach Ablauf der Abgabefrist für die Angebote, prüft der öffentliche Auftraggeber nur noch, ob das jeweilige Angebot auskömmlich und welches das wirtschaftlichste Angebot ist.

Für den öffentlichen Auftraggeber besteht der Vorteil dieses Verfahrens darin, dass er durch Vorschaltung des Teilnahmewettbewerbs die Anzahl an eingehenden Angeboten verringern kann. Vor allem bei Beschaffungsvorhaben, bei denen mit einer sehr hohen Zahl an Angeboten oder auch ungeeigneten Unternehmen zu rechnen ist, lässt sich der mit der Prüfung und wirtschaftlichen Wertung der Angebote verbundene Aufwand für den öffentlichen Auftraggeber erheblich reduzieren.

1.3 Verhandlungsverfahren

Das Verhandlungsverfahren gibt es in zwei Varianten – mit oder ohne Teilnahmewettbewerb.

▶ Verhandlungsverfahren mit Teilnahmewettbewerb

Auch das Verhandlungsverfahren mit Teilnahmewettbewerb, ist ein zweistufiges Verfahren. Der Aufbau entspricht dem des nicht offenen Verfahrens. Der Unterschied besteht aber darin, dass der öffentliche Auftraggeber in der zweiten Stufe mit den Bietern „Verhandlungen“ führen kann. Unter Verhandlungen ist dabei jedoch nicht das weitestgehend freie Verhandeln aus der Wirtschaft zu verstehen, sondern ein nach vergaberechtlichen Vorgaben ablaufendes Konkretisieren des Beschaffungsgegenstands bzw. der Leistungen.

Diese Verhandlungen führt der öffentliche Auftraggeber in der Regel über mehrere Runden durch, mit dem Ziel, ein zuschlagsfähiges wirtschaftliches Angebot zu erhalten.

Im IT-Bereich kommt ein Verhandlungsverfahren mit Teilnahmewettbewerb vor allem bei Großprojekten, die konzeptionelle und innovative Lösungen erfordern, beispielsweise der Konzeption von komplexen IT-Systemen oder der Neuprogrammierung umfassender Software, zum Einsatz.

▶ Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb

Beim Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb „verhandelt“ der öffentliche Auftraggeber nur mit einem Unternehmen. Die Anforderungen für diesen Beschaffungsweg sind allerdings sehr hoch und das Verfahren kommt nur in wenigen Ausnahmefällen in Betracht.

Gerechtfertigt kann ein Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb sein, wenn beispielsweise aufgrund von drohenden Kompatibilitätsproblemen oder Fehlfunktionen nur die Leistung eines bestimmten Unternehmens in Betracht kommt.

Das Verhandlungsverfahren mit Teilnahmewettbewerb bietet für öffentliche Auftraggeber mehr Flexibilität als das offene und das nicht offene Verfahren. Je nach Anzahl der Verhandlungsrunden, ist jedoch mit einem längeren zeitlichen Ablauf und höherem Organisationsaufwand zu rechnen.

1.4 Wettbewerblicher Dialog und Innovationspartnerschaft

Für besondere Beschaffungsvorhaben stehen der wettbewerbliche Dialog und die Innovationspartnerschaft zur Verfügung.

► Wettbewerblicher Dialog

Der wettbewerbliche Dialog ähnelt stark dem Verhandlungsverfahren mit Teilnahmewettbewerb, d.h. es findet zunächst in der ersten Stufe eine Auswahl bzw. Beschränkung geeigneter Unternehmen statt. Im Rahmen der zweiten Stufe wird anschließend verhandelt, allerdings mit dem wesentlichen Unterschied, dass nicht nur über das Angebot, sondern den gesamten Auftragsgegenstand – hier als „Dialog“ bezeichnet – verhandelt wird.

Der Dialog dient letztlich der Bestimmung des Auftragsgegenstandes (mit anderen Worten: Was soll eigentlich konkret gemacht werden, um das Ziel des öffentlichen Auftraggebers zu erreichen?) und zur Einleitung der dann nachfolgenden Angebotsphase, die man somit als dritte Phase ansehen kann.

► Innovationspartnerschaft

Bei der Innovationspartnerschaft geht es um die Entwicklung einer innovativen Liefer- oder Dienstleistung und deren Erwerb.

Das Verfahren ist nur zulässig, wenn bestimmte Voraussetzungen erfüllt sind. Dazu gehört insbesondere, dass der Beschaffungsbedarf des öffentlichen Auftraggebers nicht durch am Markt bereits verfügbare Leistungen gedeckt werden kann.

Gerade im IT-Bereich dürften diese beiden Verfahrensarten größere Relevanz aufweisen und somit auch in Zukunft vermehrt von öffentlichen Auftraggebern genutzt werden. Gut vorstellbar wäre etwa das Ziel, eine Software für bestimmte e-Government-Leistungen einer Behörde zu entwickeln.

2. Verfahren im Unterschwellenbereich

Unterhalb der EU-Schwellenwerte stehen dem öffentlichen Auftraggeber, sofern die UVgO einschlägig ist, die öffentliche Ausschreibung und die beschränkte Ausschreibung mit Teilnahmewettbewerb nach seiner Wahl zur Verfügung. Die anderen Verfahrensarten stehen nur zur Verfügung sofern bestimmte Voraussetzungen erfüllt sind:

2.1. Öffentliche Ausschreibung

Diese entspricht im Ablauf dem offenen Verfahren im Oberschwellenbereich.

2.2. Beschränkte Ausschreibung mit Teilnahmewettbewerb

Eine beschränkte Ausschreibung mit Teilnahmewettbewerb entspricht dem nicht offenen Verfahren im Oberschwellenbereich. Mit der UVgO hat der öffentliche Auftraggeber nunmehr die freie Wahl, ob er diese Verfahrensart oder die öffentliche Ausschreibung durchführt.

2.3. Beschränkte Ausschreibung ohne Teilnahmewettbewerb

Bei einer beschränkten Ausschreibung ohne Teilnahmewettbewerb fordert der öffentliche Auftraggeber mindestens drei von ihm ausgewählte fachkundige und leistungsfähige Unternehmen direkt zur Angebotsabgabe auf.

In diesem Fall ist er nicht zur Bekanntmachung nach § 27 UVgO verpflichtet. Die aufzufordernden Unternehmen sind jedoch in vergaberechtskonformer Weise auszuwählen.

Die beschränkte Ausschreibung ohne Teilnahmewettbewerb ist nachrangig zu den vorangehend dargestellten Verfahren; Sie darf nur durchgeführt werden, wenn ihre besonderen Voraussetzungen erfüllt sind.

2.4. Verhandlungsvergabe mit und ohne Teilnahmewettbewerb

Die Verhandlungsvergabe mit Teilnahmewettbewerb entspricht dem Verhandlungsverfahren mit Teilnahmewettbewerb im Oberschwellenbereich.

Bei der Durchführung ohne Teilnahmewettbewerb sind mindestens drei Unternehmen vom öffentlichen Auftraggeber zur Angebotsabgabe oder zu Verhandlungen aufzufordern. Nur in Ausnahmefällen ist es zulässig, lediglich ein Unternehmen zur Angebotsabgabe aufzufordern (§ 12 Abs.3 i.V.m. § 8 Abs. 4 Nr. 9 bis 14 UVgO).

Eine Verhandlungsvergabe kann der öffentliche Auftraggeber wählen, wenn bestimmte Voraussetzungen erfüllt sind. Beispielsweise, dass der Auftrag gewisse konzeptionelle oder innovative Lösungen umfasst oder die Leistung nur von einem bestimmten Unternehmen erbracht werden kann.

2.5. Direktauftrag

Beläuft sich der geschätzte Auftragswert auf bis zu 1.000,- Euro netto, besteht nach der UVgO die Möglichkeit von einem Vergabeverfahren abzusehen. Teilweise gelten in den einzelnen Bundesländern (phasenweise) auch andere Wertgrenzen.



Viele neue und aktuelle Infos zum Thema Datenschutz und IT-Recht bekommst du auch in unserem Newsletter.

#MORGENSTERN_LEGAL

3. Wahl der Verfahrensart

Welche Verfahrensart gewählt wird (oder u.U. gewählt werden muss), hängt von der Art der zu beschaffenden Leistungen (z.B. Bauauftrag, Liefer- oder Dienstleistungsauftrag, Konzession), vom Erreichen des einschlägigen Schwellenwerts und den Anforderungen des jeweiligen Beschaffungsvorhabens ab. Letzteres bedarf immer einer Entscheidung und Begründung im Einzelfall.

07. Verfahrensabschnitte

Bei der Planung und Durchführung eines Vergabeverfahrens sind bestimmte Prozessschritte – sowohl für den öffentlichen Auftraggeber als auch für die bietenden Unternehmen - besonders relevante Weichenstellungen, die für den weiteren Verlauf des Vergabeverfahrens entscheidend sind:

1. Schätzung des Auftragswerts

Steht fest, was beschafft werden soll, ist der Auftragswert zu schätzen. Die Auftragswertschätzung entscheidet darüber, welches Vergaberegime anzuwenden ist und ob ein Bieter ggf. Rechtsschutz vor der Vergabekammer suchen kann.

Zu berücksichtigen sind im Rahmen der Schätzung grundsätzlich alle für den Auftragswert („Gesamtwert“) relevanten Faktoren. Das heißt, neben dem (voraussichtlichen) Preis unter anderem auch Vertragsverlängerungen oder Zahlungen, die der öffentliche Auftraggeber an das bezuschlagte, auftragsausführende Unternehmen leistet.

Auch wenn die Versuchung groß ist, sollte keines Falls zu holzschnittartig geschätzt werden. Dies gilt umso mehr je näher die zu beschaffende Leistung sich dem einschlägigen Schwellenwert nähert.

2. Produktneutrale Leistungsbeschreibung

In der Leistungsbeschreibung dürfen in aller Regel keine Produkte oder bestimmte Typ-Bezeichnungen vorgegeben werden (Grundsatz oder Gebot der Produktneutralität, § 31 Abs. 6 VgV). Auch eine Eingrenzung anhand bestimmter Parameter kann problematisch sein.

Ausnahmen können jedoch dann bestehen, wenn ein sachlicher Grund für den Einsatz eines bestimmten Produktes gegeben ist. Die Produktvorgabe kann z.B. gerechtfertigt sein, weil bei einem Mischeinsatz anderer Produkte mit Kompatibilitätsproblemen oder erheblichen Mehraufwendungen zu rechnen ist.

Sofern eine Produktvorgabe erwogen wird, sollte dies jedenfalls sorgfältig geprüft und im Vergabevermerk dokumentiert werden.

3. Eignungskriterien und Prüfung der Eignung

Anhand von Eignungskriterien prüft der öffentliche Auftraggeber die Eignung des am öffentlichen Auftrag interessierten Unternehmens. Bei der Eignung handelt es sich um unternehmensbezogene Merkmale, die Rückschlüsse auf die Leistungsfähigkeit des Unternehmens erkennen lassen.

Zum Nachweis seiner Eignung legt das Unternehmen die geforderten Eignungsnachweise vor. Dies geschieht entweder mit dem Angebot (siehe oben zu den einstufigen Verfahren) oder in einem vorgeschalteten Teilnahmewettbewerb (siehe oben zu den zweistufigen Verfahren).

Die anschließend vom öffentlichen Auftraggeber durchgeführte Eignungsprüfung ist somit die erste „Hürde“ für das interessierte Unternehmen.

4. Wertung der Angebote (Wirtschaftlichkeitsbewertung)

Bei der Gewichtung und der Auswahl der Wertungskriterien hat der öffentliche Auftraggeber einen gewissen Gestaltungsspielraum. Ziel ist die Ermittlung des besten Preis-Leistungs-Verhältnisses. Unabhängig davon wie die Wertung erfolgt, sollten vor allem im Interesse der Bieter die Wertungskriterien und deren Bewertungsmaßstab sowie die Bewertungsmethode transparent in den Vergabeunterlagen mitgeteilt werden.

Welche Arten „öffentlicher Aufträge“ gibt es?

Auch wenn sich zur jeweiligen Gewichtung und der Wahl der Bewertungsmethode keine pauschale Antwort geben lässt, so sind in aller Regel folgende Aspekte für die Ausgestaltung der Gewichtung und Bewertung von Bedeutung:

- ▶ (Reine) Preiswertung

Eine alleinige Wertung des Preises und der Kosten ist zulässig, sollte jedoch nicht die Regel sein. Eine reine Preiswertung ist insbesondere in Fällen vertretbar, wo der Auftragsgegenstand erschöpfend und detailgenau in der Leistungsbeschreibung beschrieben werden kann, dadurch die gewünschten Funktionen, Leistungsbestandteile und die Qualität gesichert und somit qualitative Unterschiede zwischen den einzelnen Angeboten weitestgehend ausgeschlossen sind.

In Betracht käme dies etwa bei Lieferleistungen über Produkte, von denen keine großen qualitativen Unterschiede zu erwarten sind, z.B. bei einfache PCs, Kopierpapier, LAN-Kabel.

Auch bei einer alleinigen preislichen Wertung ist jedoch das beste Preis-Leistungs-Verhältnis zu bestimmen. D.h. die qualitativen Anforderungen müssen vorab eindeutig und in der gewünschte Weise definiert werden.

Eine reine Preiswertung dürfte aber in aller Regel dem qualitätsorientierten öffentlichen Auftraggeber nicht genügen. Vielmehr besteht gerade durch die Wertung qualitativer Kriterien die Möglichkeit, die zu beschaffende Leistung – in einem vergaberechtlich vertretbaren Rahmen – zu definieren und Einfluss auf die künftige Leistungserbringung in qualitativer Hinsicht zu nehmen.

Gerade dann, wenn individuelle Software oder komplexere IT-Dienstleistungen benötigt werden, sollten qualitative Kriterien sorgfältig ausgewählt werden.

- ▶ Wertung von Preis und qualitativen Kriterien (einschl. besonderer Kriterien und Aspekte)

Der öffentliche Auftraggeber bestimmt nicht nur was er beschaffen will. Er legt auch fest wie er die einzukauende Leistung gewichten und bewerten will. Dabei kann (bzw. hat) er insbesondere (zu) entscheiden, wie er die jeweiligen Bestandteile des Angebots zueinander in Relation setzen (gewichten) will und was er an Bestandteilen des Angebots in die Wertung nehmen möchte.

Beispielsweise wäre eine Gewichtung des Preises von 60 % und der qualitativen bzw. weiteren Aspekten von 40 % möglich. Als Bewertungskriterium können beispielsweise auch Konzepte vom Bieter gefordert werden, die vom öffentlichen Auftraggeber bewertet und in die Gewichtung und Bestimmung des wirtschaftlichsten Angebots einbezogen werden. Die Wertung von Konzepten eröffnet im Vergleich zu rein "mathematischen" Wertungskriterien einen gewissen Wertungsspielraum. Die Konzeptwertung muss sorgfältig dokumentiert werden, um sicherzustellen, dass die erforderliche Transparenz gewahrt wird.

Bei der Gewichtung und der Auswahl der Wertungskriterien ist der öffentliche Auftraggeber weitestgehend frei. Grenzen und gewisse Vorgaben ergeben sich zum Teil aus vergaberechtlichen Gesetzen, der vergaberechtlichen Rechtsprechung sowie verwaltungsinternen Richtlinien und Vorschriften.

5. Abschluss des Verfahrens

Auch beim Abschluss des Verfahrens ist sorgfältig vorzugehen.

Bei europaweiten Verfahren müssen zunächst die Bieter informiert werden, deren Angebote nicht für den Zuschlag vorgesehen sind.

In dem Informationsschreiben sind diesen Bietern die Gründe für die Nichtberücksichtigung ihres Angebots, der Name des Unternehmens, das den Zuschlag erhalten soll, sowie das Datum der frühestmöglichen Zuschlagserteilung mitgeteilt werden.

Bei der Formulierung der Schreiben muss mit großer Sorgfalt vorgegangen werden.

Der Zuschlag darf erst nach Ablauf von 10 Kalendertagen nach Versendung der Informationsschreiben erteilt werden. In diesem Zeitraum gilt eine sog. "Stillhalte- und Wartefrist".

Im Unterschwellenbereich gilt in einigen Bundesländern keine solche Wartefrist. In manchen Bundesländern sind allerdings auch im Unterschwellenbereich Wartefristen einzuhalten (etwa in Niedersachsen).

Wie bei allen Verfahrensschritten ist es wichtig, dass die erfolgte Wertung vom öffentlichen Auftraggeber im Vergabevermerk dokumentiert wird.

06. Rechtsschutz

Weist ein Bewerber oder Bieter im Rahmen einer Bieterfrage auf einen Vergabefehler hin, behebt der öffentliche Auftraggeber in aller Regel den Vergabefehler.

Sollte sich aus Sicht des Bewerbers oder Bieters jedoch etwas (weiterhin) als nicht vergaberechtskonform darstellen, kann geprüft werden, ob eine Rüge erhoben oder (bei europaweiten Vergabeverfahren) ggf. ein Nachprüfungsverfahren einzuleiten ist.

Bei europaweiten Vergabeverfahren gilt sog. "Primär-Rechtsschutz". D.h., dass Bieter sich direkt gegen die anstehende Auftragsvergabe wenden können. Sobald der Nachprüfungsantrag vorliegt, gilt für den öffentlichen Auftraggeber ein Zuschlagsverbot. Als erste Instanz sind die Vergabekammern der Bundesländer zuständig. In der zweiten Instanz kann gegen die Entscheidung einer Nachprüfungskammer eine sofortige Beschwerde bei dem Vergabesenat des zuständigen Oberlandesgerichts eingereicht werden.

Im nationalen Vergaberecht gibt es solch einen Primär-Rechtsschutz hingegen nur in abgewandelter Form in einzelnen Bundesländern (etwa in Niedersachsen). In den anderen Bundesländern können Bieter lediglich versuchen, vor den Zivilgerichten eine einstweilige Verfügung gegen die anstehende Zuschlagserteilung zu erwirken.

Danben kommen Schadensersatzansprüche vor den Zivilgerichten in Betracht. Dabei kann sowohl das negative Interesse (der Aufwand für die Teilnahme an einem Vergabeverfahren) sowie positives Interesse (entgangener Gewinn wegen Nichterhalt des Auftrags) geltend gemacht werden.



MORGENSTERN Rechtsanwaltsgesellschaft mbH

Große Himmelsgasse 1

DE - 67346 Speyer

Telefon

+49 (0) 6232 - 100119 0

E-Mail

contact@morgenstern-legal.com

Passende Weiterbildungen finden Sie hier:

Weiterbildung zum Thema Recht

Finden Sie aus unserem breiten, erstklassigen Weiterbildungsangebot die für Ihre Bedürfnisse passende Fortbildung. Profitieren Sie von unseren maßgeschneiderten Seminaren und Lehrgängen mit erfahrenen, hochkarätigen Experten rund um das Thema Recht. [Jetzt informieren.](#)

e-Learning – Klicken und Lernen

Das FORUM Institut bietet mit hochwertigen e-Learning-Programmen eine flexible Weiterbildungsform. Entscheiden Sie selbst, wann und wo Sie lernen. [Jetzt testen.](#)

Inhouse-Seminare – Maßgeschneiderte Lösungen

Alle unsere Seminare eignen sich auch hervorragend als [Inhouse-Training](#). Jetzt individuelles [Angebot anfordern.](#)

Dieses Whitepaper wurde Ihnen von unserem Content-Partner präsentiert. sichern Sie sich jetzt eine individuelle und zielgenaue Beratung.



MORGENSTERN legal | Dein Partner in Sachen IT-Recht & Digitalisierung
morgenstern-legal.com



MORGENSTERN privacy | Dein Partner in Sachen Datenschutz & IT-Sicherheit
morgenstern-privacy.com