

**Einkaufskonferenz 2019**

**Münster, 21.03.2019**

**Das TED-Archiv –  
eine Fundgrube für (schwere)  
Vergaberechtsverstöße**

**Hermann Summa  
OLG Koblenz**

# Einleitung eines OSV-Verfahrens

- **Auftragsbekanntmachung (z.B. § 37 Abs. 1 Satz 1 VgV) > für alle Verfahrensarten**
- **Vorinformation mit Aufforderung zur Interessensbekundung (z.B. 38 Abs. 4 VgV) > für nicht offenes oder Verhandlungsverfahren**

**TED v. 11.03.2019: aktuelle deutsche Bekanntmachungen**

## Geschäftsmöglichkeiten

- Aufruf zur Interessensbekundung (1)
- Wettbewerbsbekanntmachung (23)
- Regelmäßige nichtverbindliche Bekanntmachung mit Aufruf zum Wettbewerb (4)
- Anwendung eines Prüfungssystems mit Aufruf zum Wettbewerb (511)
- Vorabinformation ohne Aufruf zum Wettbewerb (2310)
- Auftragsbekanntmachung (5613)

## Einleitung eines OSV-Verfahrens

Für viele Aufträge und Auftraggeber bedeutet dies:

- Auszufüllen ist das Standardformular **2** oder das Standardformular **21** (soziale und andere besondere Dienstleistungen)

Das Ausfüllen des Standardformulars **2** ist fehleranfällig,

- weil es teilweise sprachlich misslungen ist und den nationalen Anwender nicht immer mit der gebotenen Deutlichkeit darüber informiert, was wo wie einzutragen ist;
- weil Formular und Gesetz nicht immer kompatibel sind.

Das Standardformular **21** ist leider weitgehend unbrauchbar.

# Einleitung eines OSV-Verfahrens

Beispiel mit Irreführungspotential (Standardformular 2)

## Abschnitt III: Rechtliche, wirtschaftliche, finanzielle und technische Angaben

### III.1) Teilnahmebedingungen

III.1.1) Befähigung zur Berufsausübung einschließlich Auflagen hinsichtlich der Eintragung in einem Berufs- oder Handelsregister

Auflistung und kurze Beschreibung der Bedingungen:

Wird durch bloßes Lesen deutlich, dass es dort allein um das **rechtliche Dürfen** (= rechtliche Leistungsfähigkeit) im Sinne des § 44 VgV geht?

z.B. § 1 HWO, § 2 PBefG, § 67 BauO NRW, § 6 PostG (**nicht** Handels- oder Gewerberegister)

- **Mindestens 90%** dessen, was in Bekanntmachungen dort zu finden ist, hat dort nichts verloren.

## Einleitung eines OSV-Verfahrens

Fehler beim Ausfüllen eines Standardformulars können Vergaberechtsverstöße beinhalten oder auslösen.

Die **vergaberechtlichen** Folgen von Bekanntmachungsmängel sind überschaubar.

**Aber:**

Bekanntmachungsmängel können einem Auftraggeber, der **Zuwendungen** (Fördermittel) erhalten hat, auch noch viele Jahre später in Gestalt eines Widerrufs- und Rückforderungsbescheids auf die Füße fallen.

**Merke:**

***Fördermittel zu erhalten ist schon schwer,  
sie zu behalten noch viel mehr!***

# Uneingeschränkt - vollständig - direkt?

Rechtslage **OSV**

§ 41 Abs. 1 VgV (ebenso § 41 Abs. 1 SektVO, § 17 KonzVgV, § 12a EU Abs. 1 Nr. 1 VOB/A)

Der öffentliche Auftraggeber gibt in der Auftragsbekanntmachung ... eine elektronische Adresse an, unter der die Vergabeunterlagen **unentgeltlich, uneingeschränkt, vollständig und direkt** abgerufen werden können.

Die Anforderungen an die Abrufbarkeit müssen **kumulativ** vorliegen.

Ein **einzig**er Klick auf den Link in der Bekanntmachung > **unmittelbarer** Zugriff auf die **vollständigen** Vergabeunterlagen.

# Uneingeschränkt - vollständig - direkt?

## Bekanntmachung v. 12.03.2019

### I.3) Kommunikation

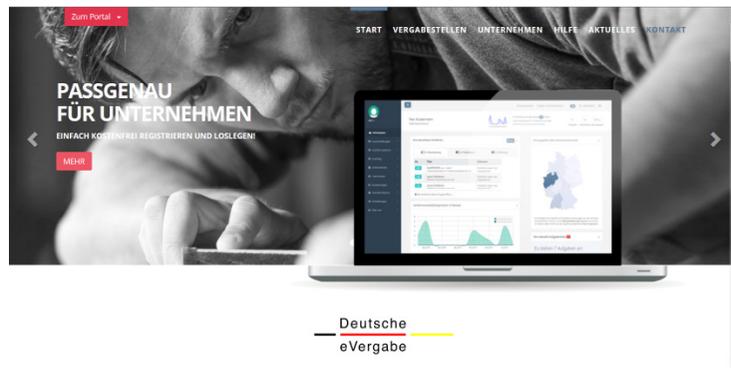
Die Auftragsunterlagen stehen für einen uneingeschränkten und vollständigen direkten Zugang gebührenfrei zur Verfügung

unter: [www.deutsche-evergabe.de](http://www.deutsche-evergabe.de)

Weitere Auskünfte erteilen/erteilt die oben genannten Kontaktstellen

Angebote oder Teilnahmeanträge sind einzureichen an die oben genannten Kontaktstellen

### Klick auf Link



# Uneingeschränkt - vollständig - direkt?

Bekanntmachung v. 18.01.2019

**I.3) Kommunikation**

Die Auftragsunterlagen stehen für einen uneingeschränkten und vollständigen direkten Zugang gebührenfrei zur Verfügung

unter: [www.evergabe.de/unterlagen](http://www.evergabe.de/unterlagen)

Weitere Auskünfte erteilen/erteilt die oben genannten Kontaktstellen

Angebote oder Teilnahmeanträge sind einzureichen elektronisch via: [www.evergabe.de](http://www.evergabe.de)

**I.4) Art des öffentlichen Auftraggebers**

Einrichtung des öffentlichen Rechts

**I.5) Haupttätigkeit(en)**

Andere Tätigkeit: Forschung und Bildung

**Abschnitt II: Gegenstand**

**II.1) Umfang der Beschaffung**

**II.1.1) Bezeichnung des Auftrags:**

4K / 5-Seiten CAVE

Referenznummer der Bekanntmachung: 025030/18

# Uneingeschränkt - vollständig - direkt?

## Nach Klick:

Vergabe.de > Vergabeunterlagen ohne Registrierung

## Zugang zu Vergabeunterlagen ohne Registrierung

Tragen Sie hier die in der EU-Auftragsbekanntmachung unter II.1.1) genannte Referenznummer der Bekanntmachung ein, bei nationalen Ausschreibungen die in Buchstabe b) genannte Vergabenummer.

Referenznummer

Vergabeunterlage suchen

# Uneingeschränkt - vollständig - direkt?

The screenshot shows the eVergabe.de website interface. At the top right, there is a link for 'Anmelden' with a user icon. Below the logo, there are four navigation tabs: 'Aufträge suchen', 'Auftrag vergeben', 'Referenzverzeichnis', and 'Seminare', each with a downward arrow. A red error message banner at the top of the main content area reads: 'Zu der angegebenen Vergabenummer wurde keine Vergabeunterlage gefunden. Bitte korrigieren Sie Ihre Angabe.' Below this, the breadcrumb 'eVergabe.de > Vergabeunterlagen ohne Registrierung' is visible. The main heading is 'Zugang zu Vergabeunterlagen ohne Registrierung'. The text below explains: 'Tragen Sie hier die in der EU-Auftragsbekanntmachung unter II.1.1) genannte Referenznummer der Bekanntmachung ein, bei nationalen Ausschreibungen die in Buchstabe b) genannte Vergabenummer.' There is a search form with the label 'Referenznummer' and the input field containing '025030/18'. To the right of the input field is a green button labeled 'Vergabeunterlage suchen'.

**Dieser Fehler könnte ein „Auslaufmodell“ sein.**

# Uneingeschränkt - vollständig - direkt?

Konsequenzen?

## Faktisch

- Es gehen nur wenige oder überhaupt keine Angebote ein.

## Rechtlich

Einerseits:

- Alle Unternehmen haben dasselbe Problem; niemand wird bevorzugt oder benachteiligt.

Andererseits:

- Der Aufruf der Vergabeunterlagen ist für Unternehmen der Einstieg in ein Vergabeverfahren.
- Eine Schnitzeljagd (ins Nichts) kann abschreckend = wettbewerbsbeschränkend wirken.

Denkbar: Aufgreifen ohne Rüge, wenn es wegen anderer Beanstandungen zu einem NPV kommt

- **Anordnung: von vorne anfangen**

# Uneingeschränkt - vollständig - direkt?

## Beispiel:

Bieter klicken sich durch; es gehen Angebote ein. In einigen Angeboten fehlen leistungsbezogene und wertungsrelevante Angaben, die nach den **Vergabeunterlagen** mit dem Angebot zu machen waren. Ausschluss?

## VK Bund, Beschluss vom 19.07.2018 - VK 2-58/18:

- Voraussetzung für den Ausschluss ist, dass die Vergabeunterlagen ordnungsgemäß zur Verfügung gestellt wurden.
- Verstöße gegen grundsätzliche Informationsvorschriften machen in der Regel einen Neuanfang notwendig.

## Zuwendungsempfänger leben gefährlich !!!

- Der Geber könnte auf die naheliegende Idee kommen, einen schweren Vergaberechtsverstoß anzunehmen.
- (Teil-)Widerruf der Bewilligung und zur (Teil-)Rückforderung der Zuwendung.

## Uneingeschränkt - vollständig - direkt?

### Tipp:

- **Vor Absendung** der Bekanntmachung immer überprüfen, ob der Link tatsächlich zu den Vergabeunterlagen führt.
- Wird der Fehler erst nach der Veröffentlichung entdeckt >  
**Änderungsbekanntmachung**

### Wichtig:

Ein „normaler“ Auftraggeber, der nur ausnahmsweise das Verhandlungsverfahren anwenden darf, kann sich m. E. in einem zweiten Versuch nicht auf einen Ausnahmetatbestand wie § 14 Abs. 4 Nr. 1 VgV berufen.

# Uneingeschränkt - vollständig - direkt?

## Früher (bis 17.04.2016)

- In Verfahren mit TW erhielten nur die Unternehmen, die zur zweiten Stufe des Verfahrens zugelassen wurden, die Vergabeunterlagen.

## Und heute (seit dem 18.04.2016)?

- Gilt § 41 Abs. 1 VgV auch im Verfahren mit Teilnahmewettbewerb?
- Müssen also die gesamten Vergabeunterlagen schon fertig sein, wenn „nur“ zur Beteiligung am Teilnahmewettbewerb aufgerufen wird?

## Grundsatz:

- § 41 Abs. 1 VgV gilt unabhängig von der Verfahrensart > nach Wortlaut keine Beschränkung auf offenes Verfahren ([OLG München v. 13.03.2017 - Verg 15/16; VK Münster v. 26.03.2018 - VK 1 - 47/17](#))

# Uneingeschränkt - vollständig - direkt?

## Beispiel:

Nicht offenes Verfahren; der Auftraggeber konnte oder wollte den Vertragsentwurf nicht vor Abschluss des TW bereitstellen. Ein Unternehmen rügt dies und trägt vor, bestimmte Vertragsbedingungen seien kalkulationsrelevant.

### OLG Düsseldorf v. 17.10.2018 - VII-Verg 26/18

- Der Wortlaut des § 41 Abs. 1 VgV gibt keinen Aufschluss darüber, **welche** Unterlagen mit der Auftragsbekanntmachung online zur Verfügung gestellt werden müssen.
- Mit „vollständig“ ist gemeint, dass die Vergabeunterlagen nur online und grundsätzlich nicht teilweise in Papierform zur Verfügung gestellt werden müssen. Das Gesetz besagt nichts darüber, was vorhanden sein muss, damit die Unterlagen vollständig sind.
- Was zu den Vergabeunterlagen gehört, bestimmt § 29 VgV.
- Aus „*in der Regel*“ ist abzuleiten, dass nicht alles, was in § 29 VgV aufgeführt ist, zwingend auch immer „ab sofort“ online stehen muss.

## Uneingeschränkt - vollständig - direkt?

- Es ist nicht zu beanstanden, dass der Auftraggeber den **Vertragsentwurf** zurückhielt.
- Die darin enthaltenen Angaben waren **nicht** i.S.v. § 29 Abs. 1 S. 1 VgV **erforderlich**, um Unternehmen die Entscheidung über die Teilnahme an dem Vergabeverfahren durch Abgabe eines Teilnahmeantrags zu ermöglichen.
- Kalkulationsrelevante Informationen sind nur für Unternehmen von Bedeutung, die zur Angebotsabgabe aufgefordert werden.
- Den Unternehmen standen aufgrund der Angaben in der Bekanntmachung, den Bewerbungsbedingungen und der Leistungsbeschreibung ausreichende Informationen zur Verfügung, die für eine belastbare Entscheidung über die Teilnahme am Verfahren durch Abgabe eines Teilnahmeantrags erforderlich waren.

## Uneingeschränkt - vollständig - direkt?

### Kritik:

Mit Entscheidungen auf der Grundlage eines sophistischen Umgangs mit dem Gesetzestext gibt man den Rechtsanwendern in der Alltagspraxis Steine statt Brot.

Deshalb Empfehlung > **Risikominimierung**

- Machen Sie einen TW erst bekannt, wenn die **gesamten** (im VmT teilw. nur vorläufigen) Vergabeunterlagen im Sinne des § 29 VgV fertig sind.
- Riskieren Sie nicht, dass später darüber gestritten wird, was ein Unternehmen unbedingte brauchte oder nicht und eine Vergabekammer oder ein Vergabesenat anderer Meinung ist als Sie.

# Auftragswert

VgV-Bekanntmachungen v. 12.03.2019

## Einerseits:

**II.1.5) Geschätzter Gesamtwert**

Wert ohne MwSt.: 295 000.00 EUR

**II.1.6) Angaben zu den Losen**

Aufteilung des Auftrags in Lose: nein

## Andererseits:

**II.1.5) Geschätzter Gesamtwert**

**II.1.6) Angaben zu den Losen**

Aufteilung des Auftrags in Lose: nein

**Was ist richtig? Beides?**

# Auftragswert

## Standardformular 2

### II.1.5) Geschätzter Gesamtwert<sup>2</sup>

Wert ohne MwSt.: [            ] Währung: [ ] [ ] [ ]

*(Bei Rahmenvereinbarungen oder dynamischen Beschaffungssystemen – veranschlagter maximaler Gesamtwert über die Gesamtlaufzeit der Rahmenvereinbarung oder des dynamischen Beschaffungssystems)*

### Fußnote 2: „falls zutreffend“

### II.2.6) Geschätzter Wert

Wert ohne MwSt.: [            ] Währung: [ ] [ ] [ ]

*(Bei Rahmenvereinbarungen oder dynamischen Beschaffungssystemen – veranschlagter maximaler Gesamtwert über die Gesamtlaufzeit dieses Loses)*

### ohne Fußnote

# Auftragswert

Was könnte Fußnote 2 „falls zutreffend“ bedeuten?

Was wäre das Gegenteil „falls nicht zutreffend“

Denkbar: Zusammenspiel von II. 1.5 und II.2.6

„II.2 Beschreibung“ ist **bei Losvergabe** mehrfach auszufüllen.

- Unter II.2.6 ist der Wert des einzelnen Loses anzugeben, unter II. 1.5 der Gesamtwert aller Lose, und zwar unabhängig davon, ob alle Lose in einer Bekanntmachung zusammengefasst werden.

Es wird vertreten: Bei einem **ungeteilten Auftrag** keine Wertangaben notwendig.

## Auftragswert

Die Bekanntmachung kann auch ohne Angabe zum Auftragswert hochgeladen werden (keine Zurückweisung als unvollständig).

Deshalb wird vertreten: Für die EU ist der Auftragswert keine Pflichtangabe.

Richtig ist:

Für das IT-System der EU bzw. den zuständigen Administrator ist der Auftragswert keine Pflichtangabe.

**Aber: Ein IT-System oder der verantwortliche Systemadministrator ist (noch) kein Gesetzgeber!**

# Auftragswert

Rechtslage EU-Recht

Art. 49 Satz 2 RL 2014/24/EU

Auftragsbekanntmachungen **enthalten** die Informationen nach Anhang V Teil C

Anhang V Teil C

„In der Auftragsbekanntmachung **aufzuführende** Angaben

...

**8. Geschätzte Gesamtgrößenordnung des (der) Auftrags (Aufträge)“**

# Auftragswert

## Nationales Recht

### § 12 EU Abs. 3 Nr. 2 VOB/A

„Die Auftragsbekanntmachung ... enthält die Informationen nach **Anhang V Teil C** der Richtlinie 2014/24/EU. **Dabei sind zu allen Nummern Angaben zu machen**

### § 37 Abs. 2 VgV

Die Auftragsbekanntmachung wird nach dem Muster gemäß Anhang II der Durchführungsverordnung (EU) 2015/1986 (= Standardformular 2) erstellt.

### **Pers. Meinung:**

Auch bei Vergabe eines ungeteilten Auftrags (= 1 „Los“) ist der Gesamtauftragswert anzugeben.

Dann ist der Auftraggeber auf der sicheren Seite.

# Eignung und Teilnehmerbegrenzung

**Bekanntmachung vom 24.01.2019**

## Abschnitt III: Rechtliche, wirtschaftliche, finanzielle und technische Angaben

### III.1) Teilnahmebedingungen

III.1.1) **Befähigung zur Berufsausübung einschließlich Auflagen hinsichtlich der Eintragung in einem Berufs- oder Handelsregister**

III.1.2) **Wirtschaftliche und finanzielle Leistungsfähigkeit**

III.1.3) **Technische und berufliche Leistungsfähigkeit**

III.1.5) **Angaben zu vorbehaltenen Aufträgen**

### III.2) Bedingungen für den Auftrag

III.2.1) **Angaben zu einem besonderen Berufsstand**

III.2.2) **Bedingungen für die Ausführung des Auftrags:**

III.2.3) **Für die Ausführung des Auftrags verantwortliches Personal**

# Eignung und Teilnehmerbegrenzung

Bekanntmachung vom 11.02.2019

## III.1.2) **Wirtschaftliche und finanzielle Leistungsfähigkeit**

Auflistung und kurze Beschreibung der Eignungskriterien:

Gemäß § 6a EU Nummer 2 VOB/A

Möglicherweise geforderte Mindeststandards:

Vgl. Vergabeunterlagen

## III.1.3) **Technische und berufliche Leistungsfähigkeit**

Auflistung und kurze Beschreibung der Eignungskriterien:

Gemäß § 6a EU Nummer 3 VOB/A

Möglicherweise geforderte Mindeststandards:

Vgl. Vergabeunterlagen

# *Eignung und Teilnehmerbegrenzung*

**Bekanntmachung vom 11.02.2019**

## **III.1.2) Wirtschaftliche und finanzielle Leistungsfähigkeit**

Eignungskriterien gemäß Auftragsunterlagen

## **III.1.3) Technische und berufliche Leistungsfähigkeit**

# Eignung und Teilnehmerbegrenzung

**Bekanntmachung vom 11.02.2019**

## II.2.9) **Angabe zur Beschränkung der Zahl der Bewerber, die zur Angebotsabgabe bzw. Teilnahme aufgefordert werden**

Geplante Mindestzahl: 3

Höchstzahl: 5

Objektive Kriterien für die Auswahl der begrenzten Zahl von Bewerbern:

Wirtschaftliche und finanzielle Leistungsfähigkeit, Technische und berufliche Leistungsfähigkeit.

Die Einzelheiten zu den Auswahlkriterien ergeben sich aus der Bewertungsmatrix.

Erfüllen mehrere Bewerber gleichermaßen die Anforderungen und ist die Bewerberzahl auch nach objektiver Auswahl zu hoch, erfolgt die Auswahl durch Losentscheid.

# Eignung und Teilnehmerbegrenzung

**Bekanntmachung vom 08.02.2019 (Betriebsärztliche Betreuung = Standardformular 21)**

## Abschnitt III: Rechtliche, wirtschaftliche, finanzielle und technische Angaben

### III.1) Teilnahmebedingungen

#### III.1.4) Objektive Teilnahmeregeln und -kriterien

#### III.1.5) Angaben zu vorbehaltenen Aufträgen

### III.2) Bedingungen für den Auftrag

#### III.2.1) Angaben zu einem besonderen Berufsstand

#### III.2.2) Bedingungen für die Ausführung des Auftrags:

Approbation als Arzt, Nachweis der Gebietsbezeichnung Arbeitsmedizin/Betriebsmedizin, Ermächtigung zur Durchführung der not-wendigen Vorsorgeuntersuchungen, Eigenerklärung aus dem Teilnahmeantrag

#### III.2.3) Für die Ausführung des Auftrags verantwortliches Personal

# Eignung und Teilnehmerbegrenzung

**Bekanntmachung vom 08.02.2019 (Betriebsärztliche Betreuung)**

**weitere Angaben:**

## **VI.3) Zusätzliche Angaben:**

Für die Bewertung und Auswahl der Teilnahmeanträge sind die Angaben des jeweiligen Antragstellers maßgeblich.

Die Grundlage für die Bewertung sind:

- Kurzprofil: Umsatz/personelle Struktur/räumliche Struktur,
- Qualitätsbezeichnung und Qualifizierung.

Die Bewertung erfolgt jeweils auf Grund der folgende Gewichtungen: 10/30/30/30.

Dabei erfolgt zunächst eine Bewertung zu jeder einzelnen Frage auf Grund einer Punktvergabe (0 - 100). Anschließend werden diese Punkte zu den einzelnen Fragen mit den angegebenen Anteilen gewichtet. Hieraus ergibt sich eine individuelle Punktzahl zu jedem bewerteten Teilnahmeantrag und daraus resultierend eine Rangfolge. Es werden min. 3 geeignete Bewerber zur Abgabe eines Angebotes eingeladen.

Für detaillierte Angaben wird auf das kostenlos zur Verfügung stehende Teilnahmeantragsformular verwiesen.

# Eignung und Teilnehmerbegrenzung

Rechtslage Eignung (OSV; § 33 Abs. 2 UVgO ähnlich):

Art. 58 Abs. 5 RL 2014/24:

*„Die öffentlichen Auftraggeber geben die zu erfüllenden Eignungskriterien, die in Form von Mindestanforderungen an die Leistungsfähigkeit ausgedrückt werden können, zusammen mit den geeigneten Nachweisen in der **Auftragsbekanntmachung** oder der Aufforderung zur Interessensbestätigung an.“*

§ 122 Abs. 4 GWB:

*„**Eignungskriterien** müssen mit dem Auftragsgegenstand in Verbindung und zu diesem in einem angemessenen Verhältnis stehen. **Sie sind in der Auftragsbekanntmachung, der Vorinformation oder der Aufforderung zur Interessensbestätigung aufzuführen.**“*

# Eignung und Teilnehmerbegrenzung

## § 48 Abs. 1 VgV

**„In der Auftragsbekanntmachung ... ist neben den Eignungskriterien *ferner anzugeben*, mit welchen Unterlagen (Eigenerklärungen, Angaben, Bescheinigungen und sonstige Nachweise) Bewerber oder Bieter ihre Eignung gemäß den §§ 43 bis 47 und das Nichtvorliegen von Ausschlussgründen zu belegen haben.“**

- Diese gesetzlichen Vorgaben gelten sowohl für „normale“ Aufträge als auch für Dienstleistungen im Sinne des § 130 GWB.

Für Verfahren mit TW sind **zusätzlich** Regelungen wie § 51 VgV zu beachten:

Will der Auftraggeber eine sog. Teilnehmerbegrenzung vornehmen, **muss** er in der Auftragsbekanntmachung **„die von ihm vorgesehenen objektiven und nichtdiskriminierenden Eignungskriterien für die Begrenzung“** angeben!

## Eignung und Teilnehmerbegrenzung

- EU-Recht und nationales Recht sind entgegen anderslautenden Gerüchten deckungsgleich.
- Eignungskriterien und Eignungsnachweise sind **zwei verschiedene Dinge**; beides ist anzugeben („Pärchenbildung“).
- **Eignungskriterien** sind unternehmensbezogene Umstände, die Schlüsse auf die **Leistungsfähigkeit** eines Unternehmens zulassen.
- Mit **Eignungsnachweisen** wird das Vorhandensein oder Fehlen dieser Umstände belegt.
- **Mindestanforderungen** an die Eignung sind als solche kenntlich und bekannt zu machen.

## Eignung und Teilnehmerbegrenzung

- Bei Verfahren, die mit einer Auftragsbekanntmachung eingeleitet werden, ist diese auch das **einzig zulässige Publikationsmedium**.
- Jemand soll **allein** durch das **Lesen der Bekanntmachung** in die Lage versetzt werden zu erkennen, anhand welcher Kriterien der Auftraggeber die Eignung prüfen will und welche Unterlagen dem Teilnahmeantrag bzw. dem Angebot beizufügen sind.
- Bei **Verfahren mit TW** muss der Leser **zusätzlich** erkennen können,
  - ❖ ob der Auftraggeber eine Teilnehmerbegrenzung vornehmen will,
  - ❖ welche Eignungskriterien bei einer Teilnehmerbegrenzung maßgeblich sein sollen
- **Die gesetzlichen Regeln gelten unabhängig davon, ob das Standardformular 2 oder das Standardformular 21 verwendet wird.**

# Eignung und Teilnehmerbegrenzung

Ja, aber: Standardformular 2

## Abschnitt III: Rechtliche, wirtschaftliche, finanzielle und technische Angaben

### III.1) Teilnahmebedingungen

#### III.1.1) Befähigung zur Berufsausübung einschließlich Auflagen hinsichtlich der Eintragung in einem Berufs- oder Handelsregister

Auflistung und kurze Beschreibung der Bedingungen:

#### III.1.2) Wirtschaftliche und finanzielle Leistungsfähigkeit

Eignungskriterien gemäß Auftragsunterlagen

Auflistung und kurze Beschreibung der Eignungskriterien:

Möglicherweise geforderte Mindeststandards: <sup>2</sup>

#### III.1.3) Technische und berufliche Leistungsfähigkeit

Eignungskriterien gemäß Auftragsunterlagen

Auflistung und kurze Beschreibung der Eignungskriterien:

Möglicherweise geforderte Mindeststandards: <sup>2</sup>

**Ein Standardformular ist ein **Hilfsmittel** zur praktischen Umsetzung des Rechts. Es kann das geltende Recht nicht ändern oder außer Kraft setzen!!!**

## Eignung und Teilnehmerbegrenzung

Ja, aber: Zeichenbegrenzung

- Ihnen stehen 3 x 4.000 Zeichen zur Verfügung.
- Wer mit 4.000 Zeichen nicht auskommt, macht mit hoher Wahrscheinlichkeit etwas falsch.
- Es genügt eine **kurze Darstellung der Kriterien und Bezeichnung der Nachweise**. Eignungsprosa wird nicht verlangt.
- Notwendige Erläuterungen können in die Vergabeunterlagen aufgenommen werden.
- Das Bekanntmachungsformular ist nicht der richtige Ort, um Unternehmen Nachhilfeunterricht im Vergaberecht zu erteilen (Was ist eine Bietergemeinschaft? Was ist Eignungsleihe? )

# Eignung und Teilnehmerbegrenzung

## Beispiel für Zeichenverschwendung (zugleich mangelhafte Bekanntgabe des Eignungsprofils)

### III.1.2) Wirtschaftliche und finanzielle Leistungsfähigkeit

Auflistung und kurze Beschreibung der Eignungskriterien:

Die Eignung ist durch Eintragung in die Liste des Vereins für Präqualifikation von Bauunternehmen e. V.

(Präqualifikationsverzeichnis) oder Eigenerklärungen gem. Formblatt 124 (Eigenerklärungen zur Eignung) nachzuweisen.

Gelangt das Angebot eines nicht präqualifizierten Bieters in die engere Wahl, sind die im Formblatt 124 angegebenen

Bescheinigungen vorzulegen.

Beruft sich der Bieter zur Erfüllung des Auftrages auf die Fähigkeiten anderer Unternehmen, ist die jeweilige Nummer im Präqualifikationsverzeichnis oder es sind die Erklärungen und Bescheinigungen gemäß dem Formblatt 124 auch für diese anderen Unternehmen auf Verlangen vorzulegen.

Das Formblatt 124 (Eigenerklärung zur Eignung) wird mit den Vergabeunterlagen zur Verfügung gestellt und enthält die Nachweise/Erklärungen/Bedingungen/Forderungen:

Umsatz des Unternehmens in den letzten 3 abgeschlossenen Geschäftsjahren, soweit er Bauleistungen und andere Leistungen betrifft, die mit der zu vergebenden Leistung vergleichbar sind unter Einschluss des Anteils bei gemeinsam mit anderen Unternehmen ausgeführten Leistungen

Angaben zur Zahlung von Steuern, Abgaben und Beiträgen zur gesetzlichen Sozialversicherung.

Von den Angaben in VHB124 unabhängig:

Qualifikationsnachweisen bzw. Präqualifikation, ggf.

Zertifikate, Nachweise etc.. Entsprechend § 6 EG Abs. 3 Nr. 3 VOB/A, Ausführung vergleichbarer Leistungen (siehe „Art und Umfang der Leistungen“).

Möglicherweise geforderte Mindeststandards:

Der Bieter muss auf Verlangen der Vergabestelle den Nachweis führen können, dass er mit den zur Verfügung stehenden Wirtschaftliche und finanzielle Mittel den Auftrag in der vorgesehen Zeit erfolgreich erfüllen kann.

Das blau Markierte ist das einzige, das dahingehört.

Der Umsatz ist ein **Kriterium**. Er fehlt die Angabe des **Beweismittels** (Eigenerklärung? Bilanz?)

# Eignung

## OLG Düsseldorf v. 11.07.2018 - VII-Verg 24/18:

- Es fehlt an einer ordnungsgemäßen Bekanntmachung von Eignungskriterien und -nachweisen, wenn in TED insoweit lediglich auf die Auftrags- oder Vergabeunterlagen verwiesen wird.
- Dies gilt auch dann, wenn sich unter I.3. der Bekanntmachung ein Link befindet, der unmittelbar zu den Vergabeunterlagen führt.
- Ausreichend ist allenfalls ein Link unter III. 1.2. bzw. III. 1.3, der **unmittelbar** zu einem Dokument führt, in dem die Eignungskriterien und -nachweise **aufgeführt** sind.

Danach **könnte** ein Link in TED allenfalls dann das „Aufführen“ ersetzen, wenn sich mit dem Klick das Dokument öffnet, in dem die notwendigen Angaben aufgeführt sind.

### **Pers. Meinung:**

Im Gesetz steht „**sind ... aufzuführen**“ und nichts von einem Link!

# Eignung

OLG Düsseldorf v. 11.07.2018 - VII-Verg 24/18:

## Konsequenzen:

- Das Fehlen einer ordnungsgemäßen Bekanntmachung ist ein **schwerer Vergaberechtsverstoß**, der in einem Nachprüfungsverfahren **von Amts wegen** - also ohne ausdrückliche Rüge - aufgegriffen werden kann.
- Diesen schwerwiegende Vergaberechtsverstoß muss der Auftraggeber in aller Regel dadurch korrigieren, dass er mit einer neuen Auftragsbekanntmachung **von vorne anfängt**.

# Eignung

## Hinweise:

- Öffentliche Auftraggeber sind auch im Vergabeverfahren an Recht und Gesetz gebunden.
- Wer ohne ordnungsgemäße Bekanntmachung von Eignungs- und Auswahlkriterien ausgeschrieben hat, sollte **von Amts wegen von vorne anfangen**.
- Mitarbeiter eines Auftraggebers, der für die ausgeschriebene Leistung **Fördermittel** erhält, handeln **zumindest grob fahrlässig** - und könnten sich sogar strafbar machen -, wenn sie die Sache laufen lassen (es sei denn, der Zuwender gibt ausdrücklich sein OK - was aber kaum zu erwarten sein dürfte).

# Eignung

## Bekanntmachung v. 07.02.2019: Lieferung Haut- und Händedesinfektionsmitteln

### III.1.1) **Befähigung zur Berufsausübung einschließlich Auflagen hinsichtlich der Eintragung in einem Berufs- oder Handelsregister**

Auflistung und kurze Beschreibung der Bedingungen:

Mit den Angebotsunterlagen sind Angaben zum Unternehmen (Name und Sitz des Unternehmens, Rechtsform, Eigentümer, bei natürlichen Personen auch Geburtsname,- datum, Geburtsort und Nationalität, Name der vertretungsberechtigten Person/en, Art der wirtschaftlichen Tätigkeit, Amtsgericht/Handelsregister- Nr., betriebliche Umweltmanagementmaßnahmen Qualitätsmanagement etc.) einzureichen.

Den Vergabeunterlagen ist folgende Eigenerklärung zur Unterzeichnung beigelegt:

Mit der Abgabe seines Angebotes erklärt der Bieter bzw. die Bietergemeinschaft

Ausdrücklich, dass

- er/sie das Gewerbe angemeldet hat,
- er/sie die gesetzlichen Verpflichtungen zur Zahlung von Steuern und Sozialversicherungsbeiträgen erfüllt und beachtet und die krankenversicherungspflichtigen Arbeitnehmer bei der Krankenkasse angemeldet hat,
- er/sie das Gesetz zur Bekämpfung der Schwarzarbeit und illegalen Beschäftigung vom 23.7.2004 (in der geltenden Fassung) beachtet,
- er/sie nicht aufgrund eines rechtskräftigen Urteils aus Gründen bestraft worden ist, die die berufliche Zuverlässigkeit in Frage stellen,
- das Angebot auf autonomer sowie betriebsindividueller Kalkulation und Preisbildung beruht und in keinem Zusammenhang mit wettbewerbsbeschränkenden Abreden oder sonstigen Vereinbarungen ähnlicher Art steht,
- er/sie bei Vertragsabschluss über eine ausreichende Berufs- bzw. Betriebshaftpflichtversicherung verfügen wird, die das Risiko der Leistung abdeckt. Eine aktuelle Police der Haftpflichtversicherung wird dem Auftraggeber auf Verlangen vorgelegt,
- keine Verfehlungen vorliegen, die seinen/ihren Ausschluss von der Teilnahme am Wettbewerb rechtfertigen könnten oder gem. § 5 KorruptionsbG NRW zu einem Eintrag in das Vergaberegister führen könnten.

Der Bieter/die Bietergemeinschaft versichern, dass die in §§ 123, 124 GWB aufgeführten Ausschlussstatbestände nicht auf sie zutreffen. Sofern abweichend hiervon ein oder mehrere Ausschlussstatbestände zutreffen sollten, sind diese in einer separaten Anlage zu erläutern und die ggf. getroffenen Maßnahmen gem. § 125 GWB darzustellen.

Zudem ist eine Erklärung abzugeben, ob sich der Bieter bzw. ein Mitglied der Bietergemeinschaft in einem Insolvenzverfahren oder Liquidation befindet.

Im Weiteren ist eine Erklärung abzugeben, dass die Voraussetzungen für einen Ausschluss nach § 19 Abs. 1 MiLoG nicht vorliegen.

## Eignung

In der Bekanntmachung v. 07.02.2019 findet man unter III.1.1 **nichts**, was mit der **Befähigung zur Berufsausübung** zu tun haben könnte.

Es bleibt unklar, was ein Bieter überhaupt tun soll.

Erklärt er mit Abgabe des Angebots konkludent, dass ... oder soll er mit Abgabe des Angebots eine entsprechende besondere Erklärung abgeben?

Vieles ist überflüssig, manches wird wiederholt.

Die Forderung nach Existenz und Nachweis einer Haftpflichtversicherung wird an **falscher Stelle versteckt**.

➤ **Keine Information, sondern Verwirrung!**

# Eignung

## Bekanntmachung v. 07.02.2019: Lieferung von Haut- und Händedesinfektionsmitteln (Rahmenvereinbarung; Laufzeit 2 Jahre - 2x1 optional)

### III.1.2) Wirtschaftliche und finanzielle Leistungsfähigkeit

### III.1.3) Technische und berufliche Leistungsfähigkeit

Auflistung und kurze Beschreibung der Eignungskriterien:

Zum Nachweis seiner technischen und beruflichen Leistungsfähigkeit hat der Bieter mindestens 2 Referenzen (nicht älter als 2 Jahre) zu benennen, die hinsichtlich Art und Umfang der Leistungen sowie Art des Auftraggebers vergleichbar sind (Auftraggeber, Ansprechperson, telefonnummer, Kurzbeschreibung des Auftrags, Dauer/Länge der Zusammenarbeit).

Sofern Sie bereits für den LWL als Rahmenvertragspartner tätig sind/waren, können Sie den LWL als Referenz benennen. Der Landschaftsverband Westfalen-Lippe (LWL) kann eigene (negative) Erfahrungen heranziehen.

### III.1.5) Angaben zu vorbehaltenen Aufträgen

- Warum nichts zur **wirtschaftlichen** Leistungsfähigkeit?

# Eignung

- Was heißt „nicht älter als 2 Jahre“?
- Warum Beschränkung des Referenzzeitraums auf zwei Jahre bei Ausschreibung einer Rahmenvereinbarung mit Laufzeit bis zu 4 Jahren? **Sachlicher Grund?**
- Warum „Art des Auftraggebers“?
- = Mindestanforderung: Anderer Landschaftsverband?
- Es gibt „weltweit“ nur einen weiteren vergleichbaren Landschaftsverband = LVR.
- Rechtsgrundlage für Ansprechperson? § 46 Abs. 3 Nr. 1 VgV?
- Die Anforderungen in den Vergabeunterlagen (Anlage B1 Bieterleistung) gehen über die Bekanntmachung hinaus!  
Stichwort: **Betriebliche Umweltmanagementmaßnahmen**
- **unzulässig**

# Eignung

## Bekanntmachung v. 11.02.2019:

### III.2.2) Bedingungen für die Ausführung des Auftrags:

Eigenerklärung des Bewerbers/der Bewerberin, dass im Auftragsfall zur Sicherung etwaiger Ersatzansprüche aus dem abzuschließenden Vertrag eine gültige und marktübliche Berufshaftpflichtversicherung mit den nachfolgend genannten Mindestdeckungssummen besteht und während des gesamten Auftrags beibehalten wird: 3 000 000 EUR für Personenschäden/3 000 000 EUR für sonstige Schäden. Die Maximierung der Ersatzleistung muss mindestens das Zweifache der Deckungssumme betragen.

Ein entsprechender Nachweis ist auf Verlangen des Auftraggebers im Auftragsfall vorzulegen.

Auf gesonderte Aufforderung durch den AG ist durch den Bestbieter vor Zuschlagserteilung eine „Erklärung/Vereinbarung zu Tariftreue/Mindestlohn“ vorzulegen.

- Die Haftpflichtversicherung hat **nichts** mit einer Ausführungsbedingung zu tun.
- Der Leser wird verwirrt.
- Weiter oben (s. Folie 26) wird hinsichtlich der Anforderungen an die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit auf die Vergabeunterlagen verwiesen (wo **nichts** dazu zu finden ist).
- Statt dessen wird eine solche Anforderung in der Bekanntmachung an falscher Stelle „versteckt“.

# Ausschlussgründe

## Wichtig:

Im Standardformular 2 geht es unter III.1 **nur** um die Anforderungen an die **Eignung (= Leistungsfähigkeit)** im Sinne des § 122 Abs. 2 GWB.

Anforderungen im Zusammenhang mit den **Ausschlussgründen** haben dort nichts zu suchen.

## Problem:

- Nach § 48 Abs. 1 VgV **kann** der Auftraggeber in der **Bekanntmachung** auch Belege zum Nichtvorliegen von Ausschlussgründen verlangen.

## Aber wohin damit?

- In Standardformular nichts vorgesehen.

# Ausschlussgründe

## Vorschlag:

**Nicht** unter Abschnitt III. mit den Eignungsanforderungen vermengen, sondern Eintragungen unter VI.3 **Zusätzliche Angaben**

Keine unsinnigen Fragen wie (oder ähnlich):

- *„Haben Sie nachweislich eine schwere Verfehlung begangen, durch die die Integrität Ihres Unternehmens infrage gestellt wird?“*

oder

- *„Liegen Verfehlungen vor, die Ihren Ausschluss von der Teilnahme am Wettbewerb rechtfertigen könnten?“*

oder

- *Sind Sie aufgrund eines rechtskräftigen Urteils aus Gründen bestraft worden, die die berufliche Zuverlässigkeit in Frage stellen?*

**Das kann man nicht der Selbsteinschätzung des Unternehmens überlassen!!!**

# Ausschlussgründe

Verlangen Sie

- eine Negative**eigen**erklärung zu § 123 Abs. 1 GWB und § 124 Abs. 1 Nr. 2 GWB
- Eigenerklärung oder Unbedenklichkeitsbescheinigungen zu § 123 Abs. 4 GWB

Mit anderen Ausschlussgründen nur befassen, wenn es Anhaltspunkte gibt > Aufklärung

# Ausführungsbedingungen

Bekanntmachung v. 11.02.2019

## III.2.2) Bedingungen für die Ausführung des Auftrags:

Zur Auftragsausführung muss der Bieter bzw. die Bietergemeinschaft im Besitz einer gültigen Genehmigung zur gewerblichen Personenbeförderung gemäß Personenbeförderungsgesetz (PeBfG) sein.

- **Hat nichts mit einer Ausführungsbedingung im Sinne des § 128 Abs. 2 GWB zu tun.**
- **Genehmigung = rechtliches Dürfen = rechtliche Leistungsfähigkeit**

# Rechtsbehelf

Bekanntmachung v. 15.02.2019

## VI.4) Rechtsbehelfsverfahren/Nachprüfungsverfahren

### VI.4.1) Zuständige Stelle für Rechtsbehelfs-/Nachprüfungsverfahren

Vergabekammer Westfalen

Albrecht-Thaer-Straße 9

Münster

48147

**Es fehlt zumindest die Belehrung über die Antragsfrist des § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 4 GWB.**

***This is the end ...***

**Ich danke für Ihre Aufmerksamkeit!**