

Lieferantenbewertung und -entwicklung: Möglichkeiten und Grenzen für öffentliche Auftraggeber

Einkaufskonferenz 21. März 2019

Prof. Dr. Matthias Einmahl

Fachhochschule für öffentliche Verwaltung NRW

matthias.einmahl@fhoev.nrw.de

Telefon: 0178 / 2741080

Worum geht es?

Lieferantenbewertung und Lieferantenentwicklung sind Bestandteile des **Lieferantenmanagements**. Häufig wird vereinfacht behauptet, dass das Vergaberecht einem echten Lieferantenmanagement entgegenstehe. Das ist nicht ganz falsch. Allerdings existieren beträchtliche Spielräume, um die es heute gehen soll.

Lieferantenbewertung: Systematische Bewertung der Auftragnehmer anhand vorher definierter Merkmale

Lieferantenentwicklung: Interaktion mit dem Auftragnehmer mit dem Ziel, die Wirtschaftlichkeit der von ihm erbrachten Leistung zu verbessern (z.B. bessere Qualität, günstigerer Preis, bessere Realisierung von Nachhaltigkeitszielen)

In welchen Fällen geeignet?

Lieferantenbewertung und Lieferantenentwicklung bedeuten Aufwand, der durch einen entsprechenden Mehrwert gerechtfertigt werden muss. Daraus folgt, dass sich beide Instrumente vorrangig für Leistungen eignen, die folgende Eigenschaften aufweisen:

- Sie werden **vorrangig von der öffentlichen Hand abgenommen**. Je weitgestreuter die Abnehmer einer Leistung sind, desto eher kann davon ausgegangen werden, dass der Markt das Optimierungspotential der Leistung schon weitgehend erschlossen hat und selbst für eine Bestenauslese unter den Marktteilnehmern sorgt.
- Das **Feld der Marktteilnehmer ist übersichtlich und stabil**. So existiert eine erhöhte Wahrscheinlichkeit, dass man es auch in Zukunft mit den Lieferanten zu tun hat, für die man den Aufwand betreibt.
- Das **Leistungsvolumen** muss hinreichend groß sein.

Beispiele: Kanalbau, Straßenbau, Leistungen im Bereich der Kinder- und Jugendhilfe, Rettungsdienstleistungen

Es bietet sich an, Erfahrungen im Rahmen von **Pilotprojekten** zu sammeln, insbesondere im Rahmen **regionaler Kooperationen**.

Lieferantenbewertung – erste Einordnung

Thema ist hier die Lieferantenbewertung , mit denen der Auftraggeber *laufende Vertragsbeziehungen* unterhält, also nicht die klassische Eignungsprüfung im Vergabeverfahren.

Sie dient primär dazu, die **Aufforderung zur Teilnahme** bei **zukünftigen Vergaben unterhalb der Schwellenwerte** zu steuern, also bei beschränkten Ausschreibungen, freihändigen Vergaben oder Verhandlungsvergaben. Daneben kann es den Lieferanten auch motivieren, die **Qualität** seiner Leistung im laufenden Vertragsverhältnis zu **verbessern** und insofern auch die Lieferantenentwicklung unterstützen.

Für Beschaffungen oberhalb der Schwellenwerte sind positive Lieferantenbewertungen dagegen weit weniger bedeutend. Hier sind vorab diskriminierungsfreie Eignungskriterien zu definieren. Die Auswahl der Teilnehmer ist nach objektiven Kriterien zu treffen. Entscheidend ist die Eignung zum Zeitpunkt der Durchführung des Vergabeverfahrens. Interne Bewertungen spielen hier nur insoweit eine Rolle, als dass sie Erfahrungswissen in Bezug auf die Festsetzung guter Eignungskriterien dokumentieren können und ggf. für einzelne Bieter den Nachweis erleichtern können, dass sie bestimmte Eignungskriterien erfüllen.

Zur Bewertung von Lieferanten, mit denen Vertragsbeziehungen bestehen, existieren keine unmittelbar einschlägigen Vorschriften. Inhaltlich am nächsten sind zwei Vorschriften, die einen Ausschluss eines Bieters wegen vorheriger Schlechtleistung erlauben.

Da wo rechtliche Regelungen fehlen, steht dem öffentlichen Auftraggeber **Ermessen** zu.

Ausschluss eines Bieters wegen vorheriger Schlechtleistung - Vorschriften

Die nachfolgenden Vorschriften können die Grundlage für eine negative Bewertung im laufenden Vertragsverhältnis bilden, die eine erneute Beauftragung verhindern.

§ 124 Abs. 1 Nr. 7 GWB:

Öffentliche Auftraggeber können unter Berücksichtigung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit ein Unternehmen zu jedem Zeitpunkt des Vergabeverfahrens von der Teilnahme an einem Vergabeverfahren ausschließen, wenn...**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,...**

§ 31 Abs. 2 S. 5 UVgO:

§ 124 Absatz 1 Nummer 7 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen findet mit der Maßgabe entsprechende Anwendung, dass die ~~mangelhafte Vertragserfüllung weder zu einer vorzeitigen Beendigung des Vertrags, noch zu Schadensersatz oder einer vergleichbaren Rechtsfolge~~geführt haben muss.

Unter dem Gesichtspunkt der Qualitätsverbesserung kommt diesen Vorschriften vorrangig eine **abschreckende Wirkung** zu: Sie zeigen dem Auftragnehmer auf, welche ultimative Konsequenz droht, wenn Bewertungen zu negativ ausfallen und keine positive Entwicklung erkennbar ist.

Ausschluss eines Bieters wegen vorheriger Schlechtleistung – Einzelheiten (1)

1. Wesentliche Anforderung wurde erheblich mangelhaft erfüllt oder fortdauernd mangelhaft erfüllt

Die Schwere der Schlechtleistung muss im angemessenen Verhältnis zum Ausschluss stehen (Verhältnismäßigkeit).

2. Vorzeitige Beendigung, Schadensersatz oder vergleichbare Rechtsfolge

Beispiele für vergleichbare Rechtsfolgen: Selbstvornahme/Ersatzvornahme bei Bauprojekten, Rechnungskürzung (VK Bund, 18.9.2017, VK 2-86/17), Minderung (?), Vertragsstrafe dagegen wohl nicht (?)

3. Und wenn der Auftragnehmer Schlechterfüllung bestreitet?

Bedeutsam ist dies in erster Linie, wenn ein Rechtsstreit vor einem Zivilgericht läuft, die Leistung neu ausgeschrieben wird, das betroffene Unternehmen sich erneut bewirbt, ausgeschlossen wird und daraufhin die Vergabekammer anruft. Wie plausibel muss der Vortrag des Auftraggebers sein? Welche Beweise muss er ggf. vorlegen? Die Gerichte sind sich hier noch uneins (näher hierzu OLG Celle, 9.1.2017, 13 Verg 9/16 einerseits und OLG Düsseldorf, 11.07.2018 - Verg 7/18 andererseits). Es wird wohl darauf hinauslaufen, dass die Vortrag nach Aktenlage mit hoher Wahrscheinlichkeit zutreffend sein muss, ohne dass ein gerichtsfester Nachweis vorgebracht werden müsste.

Ausschluss eines Bieters wegen vorheriger Schlechtleistung – Einzelheiten (2)

4. Schlechte Erfahrungen *anderer* öffentlicher Auftraggeber

Auch diese können einen Ausschluss rechtfertigen.

5. Ermessen

Liegen die Voraussetzungen vor, *kann* der Auftraggeber den Bieter ausschließen.

6. Unterschwellige Baubeschaffungen

Es existiert keine vergleichbare Vorschrift in der VOB/A. Die Entscheidung liegt vollständig im Ermessen des öffentlichen Auftraggebers. Es spricht vieles dafür, dass der Spielraum hier größer ist.

7. Schadensersatz wegen entgangenem Gewinn bei fehlerhaftem Ausschluss?

Das Unternehmen muss mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit nachweisen, dass er den Auftrag erhalten hätte, wenn er nicht zu Unrecht ausgeschlossen worden wäre. Oberhalb der Schwellenwerte ist die Gefahr weitgehend gebannt, wenn der Bieter sich im Nachprüfungsverfahren erfolglos gegen den Ausschluss gewehrt hat. Unterhalb der Schwellenwerte kann dies drohen, wenn das Unternehmen bereits ein Angebot eingereicht hat, insbesondere dann, wenn alleiniges Zuschlagskriterium der Preis ist.

Exkurs zum Ermessen (1)

Ermessenausübung ist **Interessenabwägung** unter Beachtung der **Verhältnismäßigkeit**:

Übergeordnete Ziele des Vergaberechts und die **Interessen der Bieter** stehen auf der einen Seite. Ihren rechtlichen Ausdruck finden diese Ziele und Interessen insbesondere in den **Prinzipien des Vergaberechts** (Wettbewerb, Gleichbehandlung und Transparenz).

Interessen des Auftraggebers (insbesondere die gewünschte Leistung zu erhalten, Verwaltungsaufwand zu vermeiden, schnell zu agieren) stehen auf der anderen Seite.

Öffentliche Beschaffung kann nicht nur nach strikt ökonomischen Gesichtspunkten abgewickelt werden. Aspekte der Gleichbehandlung, Korruptionsprävention u.a. müssen ebenfalls berücksichtigt werden. Wenn die Öffentlichkeit den Eindruck bekommt, dass öffentliche Beschaffung nicht „sauber“ ist, kann dies das Vertrauen in den Staat, seine Institutionen und seine Repräsentanten nachhaltig beschädigen.

Exkurs zum Ermessen (2)

Eine Entscheidung in Ausübung von Ermessen ist von Gerichten, der Rechtsaufsicht oder Fördermittelgebern nur eingeschränkt überprüfbar. Sofern die Entscheidung „vertretbar“ ist, ist sie rechtmäßig. Die überprüfende Instanz muss sie hinnehmen, selbst wenn sie eine andere Entscheidung bevorzugt hätte. Rechtswidrig ist eine solche Entscheidung nur wenn

- ein Verfahrensverstoß vorliegt
 - der Sachverhalt falsch ermittelt wurde
 - die Entscheidung auf sachwidrigen Erwägungen beruht
 - das Ergebnis selbst unvertretbar ist
- } Fehler auf dem *Weg zum Ergebnis*

Sofern der Fehler im laufenden Vergabeverfahren beanstandet wird, kann der Auftraggeber erneut autonom entscheiden, muss dabei die Rechtsauffassung der überprüfenden Instanz beachten.

Lieferantenbewertung – Überlegungen zur praktischen Umsetzung (1)

In der Privatwirtschaft wird meist mit Nutzerwertanalysen gearbeitet. Verschiedene Kriterien (z.B. Qualität der Leistung, terminliche Zuverlässigkeit, Flexibilität, Service) werden festgelegt und gewichtet. Die einzelnen Lieferanten erhalten dann für die einzelnen Faktoren Einzelbewertungen, die zu einer Gesamtbewertung addiert werden.

Dieser Ansatz kann auch für die öffentliche Beschaffung herangezogen werden. Die Pflicht zur Gewährleistung von Gleichbehandlung und Transparenz stellt hier aber erhöhte Anforderungen als in der Privatwirtschaft.

Die Entwicklung und Festlegung der **Kriterien**, ihrer **Gewichtung** und eines **Bewertungsverfahrens** sollte in **Zusammenarbeit** mit den **Marktteilnehmern** erfolgen. Alle Marktteilnehmer sollten zur Mitarbeit eingeladen werden.

Die Bewertungsergebnisse werden in eine **Datenbank** eingepflegt. Sie stellt Informationen für die Aufforderung zur **Teilnahme bei zukünftigen Vergaben** unterhalb der Schwellenwerte bereit. Die **mitarbeitenden Unternehmen** werden bei **Teilnahmeaufforderungen vorrangig berücksichtigt**. Die mitarbeitenden Unternehmen haben ein Recht auf jederzeitige Einsicht in die sie betreffenden Daten.

Die mitarbeitenden Unternehmen **verzichten** in diesem Zusammenhang auf gerichtlichen **Rechtsschutz** und auf individuelle Lösungsansprüche nach Datenschutzrecht innerhalb des Systems. Stattdessen wird ein aufwandsarmes Schiedsverfahren zur Bewältigung von Meinungsverschiedenheiten entwickelt.

Die mitarbeitenden Unternehmen können ihre **Teilnahme jederzeit beenden**. In diesem Fall werden alle ihre Daten gelöscht.

Lieferantenbewertung – Überlegungen zur praktischen Umsetzung (2)

Im Fall einer Kooperation wird die Datenbank von einem Kooperationspartner geführt. Hierzu wird eine **öffentlich-rechtliche Vereinbarung** geschlossen. Die Teilnehmer einigen sich auf eine Kostenerstattung.

Es ist nicht ganz auszuschließen, dass nicht mitarbeitende Unternehmen versuchen würden, gegen das System rechtlich vorzugehen. Die Erfolgsaussichten wären jedoch nach meiner Einschätzung gering. Im Fall einer Kooperation müsste zudem die Aufsichtsbehörde die öffentlich-rechtliche Vereinbarung genehmigen. Es würde also bereits eine rechtliche Bewertung zugunsten des Systems existieren.

Wenn das System erfolgreich ist, kann man auch über eine Erfassung von Informationen nachdenken, auf deren Grundlage ein Bieter in Vergabeverfahren oberhalb und unterhalb der Schwellenwerte **wegen Schlechtleistungen ausgeschlossen** werden kann. Konsequenterweise müsste dies dann alle Lieferanten erfassen. Hier wäre eher damit zu rechnen, dass ein Unternehmer Klage erhebt, um das ganze System zu Fall zu bringen. Die Erfolgsaussichten wären hier nach meiner Einschätzung auch nicht besonders groß, aber doch etwas höher. Bei der Speicherung personenbezogener Daten könnten die betroffenen Unternehmen zudem Lösungsansprüche mit der Behauptung geltend machen, die entsprechenden Daten seien falsch.

Lieferantenentwicklung – erste Einordnung

Die Lieferantenentwicklung dient dazu, primär dazu, die **Qualität** der Leistung und sonstige Leistungsmerkmale im laufenden Vertragsverhältnis zu **verbessern**. Sie gibt dem Auftraggeber zudem die Möglichkeit, genauer über seinen Bedarf zu reflektieren und ihn ggf. anzupassen.

Zur Entwicklung von Lieferanten existieren keine unmittelbar einschlägigen Vorschriften. Allerdings sind zwei vergaberechtliche Aspekte zu beachten:

- das Gebot der Produktneutralität. Wenn der Auftraggeber sich in seiner Bedarfsfindung zu einseitig an dem ausrichtet, was er über die Vertragslaufzeit gemeinsam mit dem Lieferanten entwickelt, verschließt er sich möglicherweise vorschnell alternativen Marktlösungen.
- Regelungen zur Auftragsänderung. Ab einem bestimmten Grad der Leistungsmodifizierung ist ein neues Vergabeverfahren durchzuführen.

Da wo rechtliche Regelungen fehlen, steht dem öffentlichen Auftraggeber **Ermessen** zu.

Leistungsbestimmungsrecht und Produktneutralität

Dem Auftraggeber steht ein **Leistungsbestimmungsrecht** zu. Er kann bestimmen, welche Leistung er beschaffen möchte. Andererseits gilt das Gebot der **Produktneutralität**: Der Auftraggeber darf sich grundsätzlich nicht auf ein bestimmtes Produkt/einen bestimmten Hersteller festlegen (§§ 31 Abs. 6 S. 1 VgV, 23 Abs. 5 S. 2 UvG, 7 (EU) Abs. 2 VOB/A). Konkret ist die Abgrenzung wie folgt vorzunehmen:

Die **Konkretisierung der Leistung** durch den Auftraggeber ist hinzunehmen, soweit sie **sachlich gerechtfertigt** ist. Dies gilt auch dann, wenn dies faktisch das **Spektrum der möglichen Anbieter einengt**. Wichtigster Anwendungsfall ist hier **Kompatibilität** (s. § 23 Abs. 5 S. 3 UVgO).

Beispiele: Software („einmal Microsoft, immer Microsoft“), Ersatzteile, Zubehör, ökologische oder soziale Aspekte

Innerhalb dieser Konkretisierung darf sich der Auftraggeber wegen des Gebots der Produktneutralität aber dann grundsätzlich nicht weiter auf Marke, Verfahren, Produktionsweise oder Herkunft festlegen, es sei denn „durch den Auftragsgegenstand gerechtfertigt“ (§§ 31 Abs. 6 S. 1 VgV, 7 (EU) Abs. 2 S. 1 VOB/A, 23 Abs. 5 S. 1 UvG „sachlicher Grund“). Das ist wohl nur eine Wiederholung des Grundsatzes, dass die Konkretisierung der Leistung durch den Auftraggeber hinzunehmen ist, soweit sie sachlich gerechtfertigt ist (s.o).

Anwendbarkeit Vergaberecht bei Auftragsänderung

Einschlägig sind hier §§ 132 GWB, 47 Abs. 2 UVgO, 22 VOB/A. Die Rechtslage ist insgesamt komplex. Für die Lieferantenbewertung gilt im Wesentlichen:

Oberhalb der Schwellenwerte ist kein neues Vergabeverfahren erforderlich, wenn der Wert aller Änderungen **insgesamt** nicht 15 % (Bauleistungen) / 10 % (sonstige Leistungen) (§ 132 Abs. 3 GWB) übersteigt.

Unterhalb der Schwellenwerte beträgt die Grenze nach § 47 Abs. 2 UVgO 20 %, ansonsten gilt das Gleiche wie oberhalb der Schwellenwerte. Für unterschwellige Baubeschaffungen gilt § 22 VOB/A, der jedoch Nachträge betrifft, um die es hier nicht geht. Hier kann man sich am § 123 Abs. 3 GWB orientieren: Was oberhalb der Schwellenwerte erlaubt ist, ist erst Recht unterhalb der Schwellenwerte erlaubt.

Wenn sich eine Entwicklung in eine bestimmte Richtung abzeichnet und diese klar, genau und eindeutig beschreibbar ist, kann dies in die Vergabeunterlagen aufgenommen werden. Dann sind auch umfangreichere Änderungen ohne Durchführung eines neuen Vergabeverfahrens möglich (§ 132 Abs. Abs. 2 Nr. 1 GWB).

Lieferantenentwicklung – Überlegungen zur praktischen Umsetzung

Die Lieferantenentwicklung führt zwangsläufig zu engeren Kontakten zwischen Mitarbeitern des öffentlichen Auftraggeber und dem Lieferanten. Dies kann leicht ein schlechtes Licht auf alle Beteiligten werfen und den Verdacht von Vetternwirtschaft, Korruption oder zumindest leichtgläubiger Abhängigkeit vom Lieferanten begründen. Dieser Gefahr begegnet man am besten durch konsequente **Transparenz**, wie z.B.:

- Ankündigung des Wunsches zur Lieferantenentwicklung in den Vergabeunterlagen
- Strukturierung der Kommunikation nach festgelegten Regeln (z.B. Bietergespräch einmal im Jahr)
- Angemessene Dokumentation des Entwicklungsprozesses, insbesondere der Kommunikation.
- Die Dokumentation des Entwicklungsprozesses wird -sofern keine Geschäftsgeheimnisse des bisherigen Lieferanten betroffen sind- Teil der Vergabeunterlagen im nächsten Vergabeverfahren.

Diskussion / Austausch

Ihre Einschätzung aus praktischer Sicht?

Für welche Leistung könnten sich Lieferantenbewertung oder Lieferantenmanagement eignen?

Wer hätte ggf. Interesse, an einem Pilotprojekt teilzunehmen?

Ich selbst hätte Interesse, einen Artikel zu dem Thema zu schreiben. Sehr sinnvoll wäre es hier, mit einem oder mehreren konkreten Beispielen arbeiten zu können. Wer könnte mir ggf. mir für eine geeignete Leistung als Ansprechpartner zur Verfügung stehen?