

## Ausschreibung nach VOL/A leicht gemacht

Wettbewerb durch Ausschreibung nach VOL/A. Was dabei zu beachten ist, berichtete Rechtsanwalt Dr. Wolfgang Renner praxisorientiert auf dem 1. Neumann & Neumann-Forumtag

*In mehreren Vorträgen und einer Ausstellung bot der 1. Neumann & Neumann-Forumtag in der Allianz-Arena in München achtzig Gästen aus Behörden und Unternehmen handfeste Fachinformationen und Praxistipps für die Ausschreibung und Kontrolle infrastruktureller Dienstleistungen. Zum Beispiel die professionelle Ausschreibung nach VOL/A, die für öffentliche Auftraggeber vorgeschrieben ist.*

### Ausschreibung nach VOL/A sichert Wettbewerb

Öffentliche Auftraggeber müssen Dienstleistungen nach VOL/A ausschreiben, damit der Rechtsschutz für die Bieter gewährleistet werde – keine leichte Materie, wie **Rechtsanwalt Dr. Wolfgang Renner, Heuking Kühn Lüer Wojtek, München**, einräumt. Bei entsprechend frühzeitiger Vorbereitung lasse sie sich aber zuverlässig anwenden und stärke die eigene Position als Auftraggeber. Zunehmend werde die Ausschreibung nach VOL/A daher auch von Privatunternehmen durchgeführt, die den Bieterwettbewerb wünschen und Compliance großschreiben. Damit wüssten dann auch die Bieter, was auf sie zukommt.

Allerdings: Für den Bieterrechtsschutz, ein zentrales Anliegen der VOL/A neben Transparenz, Gleichbehandlung und Nichtdiskriminierung der Bieter als Voraussetzung für einen wirksamen Wettbewerb, stehe gegebenenfalls nicht der Klageweg bei den Vergabekammern, sondern nur der zivilrechtliche Rechtsweg mit der Klage auf Schadenersatz offen.

Besonders spannend wird es beim Vergaberecht stets im praktischen Detail, beispielsweise bei der Leistungsbeschreibung, dem Kernstück der Verdingungsunterlagen, die den späteren Vertragsinhalt bestimmt. Mit der Leistungsbeschreibung legt der Ausschreiber die Kalkulationsgrundlage für die Angebotserarbeitung durch die Bieter. Daher müssen alle die Preisermittlung beeinflussenden Umstände angegeben werden nach dem Grundsatz eindeutig und erschöpfend. Ziel ist, die Durchführbarkeit der Leistung, die exakte Preisermittlung sowie die Vergleichbarkeit der Angebote zu gewährleisten.

Dr. Renner: „Sie müssen sich im Grunde als Ausschreiber schon mal alle die Gedanken machen, die der Bieter während seiner Kalkulation anstellen muss.“ Ein „Der Bieter weiß das schon“ ist unzulässig, weil diskriminierend; wissend ist im Fall der Fälle nur das aktuell beauftragte Unternehmen. Fehler und Unklarheiten in der Leistungsbeschreibung gehen zulasten des Auftraggebers, der in der Folge häufig Regieleistungen bezahlen wird müssen.

### Produktneutralität und Losaufteilung

Immer wieder Diskussionsthema sind das Gebot der Produktneutralität – dabei gibt es etwa in der IT Listen, wie bestimmte Anforderungen produktneutral ausgeschrieben werden können, und die Möglichkeit, Leitfabrikate zu nennen („Nutella oder gleichwertig“) – und das Verbot der Aufbündung eines ungewöhnlichen Wagnisses beispielsweise durch unzureichende Konkretisierung von Details, die für eine realistische Kalkulation des Angebots nötig sind. Ein „Ich kenne selbst doch nicht alle Details“ kann sich ein Ausschreiber nicht erlauben.

Gerne debattiert und seit April 2009 wieder hoch aktuell: Losaufteilung zum Schutz des Mittelstandes und Losgestaltung. „Wie soll ich denn die Gebäudereinigung für ein Objekt aufteilen“, will eine Teilnehmerin wissen. Der EuGH würde sagen: nach Stockwerken, nach Leistungsarten, die Glasreinigung gesondert usw., merkte Dr. Renner ironisch an und stellte nachdrücklich klar, dass eine Losaufteilung in jedem Fall wirtschaftlich und technisch-fachlich sinnvoll sein muss.

In der Tat hat der Gesetzgeber im § 97 Abs. 3 GWB in der seit 24. April 2009 geltenden Fassung (vgl. Art.4 des Gesetzes zur Modernisierung des Vergaberechts vom 20. April 2009, BGBl. 2009, Teil I, Ausgabe vom 23. April 2009, S. 798) die sogenannte Mittelstandsklausel verschärft. Eine Losvergabe hat danach grundsätzlich in allen Vergabeverfahren oberhalb der Schwellenwerte stattzufinden. Ein Verzicht auf eine Losaufteilung ist nur in begründeten Ausnahmefällen zulässig, wenn wirtschaftliche und technische Gründe dies erfordern.

Bei einer Entscheidung über Losaufteilung muss also der Auftraggeber die berechtigten Interessen des Mittelstandes und seine eigenen berechtigten Interessen abwägen. Die Wirtschaftlichkeit spielt dabei ebenso eine Rolle wie die Erreichung des Vertragszwecks, betont Dr. Renner. Im Fall der erwähnten Gebäudereinigung könnten Aspekte wie verfügbare Putzräume, Kontrollierbarkeit der Mitarbeiter verschiedener Dienstleister u.v.m. in die Interessensabwägung mit eingehen.

Stichwort Umweltstandards, beispielsweise umweltfreundliche Reinigungsmittel. Die dürfen grundsätzlich gesetzt werden, wenn sie mit dem Gegenstand des Auftrags zusammenhängen und für die Bieter im Wettbewerb kalkulierbar sind. „Zu weite Anfahrtswege“ beispielsweise ist nicht zulässig, weil für den portugiesischen Dienstleister diskriminierend, wohl aber das Kriterium „umweltfreundlich betriebene Fahrzeuge“ – wenn die entsprechende Forderung hinterher auch überprüfbar ist.

### **Dokumentation gibt Sicherheit**

Stichwort Korruptionsbekämpfung während der Ausschreibungsdurchführung. Ganz allgemein kann der Auftraggeber vorbeugen durch entsprechende Schulungsmaßnahmen, einen Verhaltenskodex, das Mehr-Augen-Prinzip oder etwa Personalrotation. Für die Durchführung eines Vergabeverfahrens muss für die Einhaltung bestimmter Regeln gesorgt werden, etwa Vertraulichkeit/Geheimhaltung und Transparenz, Schriftlichkeit, genaue und vollständige Dokumentation aller verfahrensrelevanten Entscheidungen sowie rechtzeitige und detaillierte Erstellung von Vergabevermerken.

Eben letztere ist eine zentrale, durchgängige Empfehlung von Dr. Renner für die Ausschreiber. Auftraggeber, so stellte er klar, haben in vielen Fällen Spielräume. Und sie haben im Fall von – immer häufigeren – Bieterklagen gute Chancen, vor Gericht zu bestehen – wenn sie ihre Entscheidungen, Überlegungen und Bewertungen stets ausführlich und schriftlich begründen und dokumentieren.

Bei der Angebotsprüfung bilden die Referenzen typischerweise einen Teil der inhaltlichen Eignungsprüfung, wobei mehr gefordert ist als eine Projektliste oder die Nennung von Rahmenverträgen. Verlangt werden können Referenzen des Bieterunternehmens, eines vorgesehenen Nachunternehmers, wenn der wesentliche Leistungsanteile erbringen soll, sowie einer Führungsperson, wenn von ihr – beispielsweise im Cateringbereich der Küchenchef – die Qualität der Leistung in besonderer Weise abhängig ist. Referenzen dürfen nicht den Wettbewerb verhindern, so Renner, beispielsweise indem sie auf den Bestandsdienstleister zugeschnitten sind oder „identische“ Projekterfahrung belegen sollen. Niemand muss aber einem Newcomer sozusagen ein Lernprojekt bieten, auch nicht bei engen Marktverhältnissen.

Auch für Referenzen gibt es also Spielräume – wenn die Bewertungen und Entscheidungen begründet und dokumentiert werden! Die Wertung von Referenzen erfolgt in jedem Fall anhand inhaltlicher, nicht allein formaler Maßstäbe. Wer schon in den Vergabeunterlagen die Vergleichbarkeitsmaßstäbe angibt, geht auf Nummer Sicher. Die Reinigung von Behördenräumen etwa ist nicht vergleichbar mit der einer Industriehalle, ein kleiner Catering-Auftrag in seiner Komplexität nicht vergleichbar mit einem Großauftrag, gemessen an der Auftragssumme.

### **Preisdumping ausschließen**

Schließlich das klassische Thema Tariftreueerklärungen/Mindestlohnklauseln. Die Rechtsprechung dazu ist weiterhin uneinheitlich. Enthält ein Angebot möglicherweise keine zutreffenden Preisangaben unter Berücksichtigung eines verbindlichen Mindestlohns, ist es jedenfalls zwingend auszuschließen. Ein Bieter kann als unzuverlässig angesehen werden, missachtet er dauerhaft zwingende Vorgaben der Rechtsordnung – Voraussetzung sind Gesamtbetrachtung und Aufklärung, eingeholt beim Bieter! Diese Voraussetzung gilt auch, wenn ein Angebot als möglicherweise unauskömmlich und daher als nicht zu berücksichtigen betrachtet wird, da der Bieter mit Stundensätzen kalkuliert, die er in der Praxis nicht durchhalten kann, das heißt wenn er bei rechtmäßigem Handeln erhebliche Verluste machen müsste.

Kurz gesagt: Ergeben sich Anhaltspunkt auf Schwarz-/Billiglöhne, muss der Ausschreiber nachfragen und aufklären und im Rahmen einer Gesamtabwägung ausschließen. „Grundlohn in seiner Ausschreibung festlegen kann der öffentliche Auftraggeber nicht“, sagt Dr. Renner. Der private Ausschreiber kann das schon.

Lesen Sie auch

**Eva Neumann und Oswald Neumann, Geschäftsführer von Neumann & Neumann:**

Ausschreibung von Dienstleistungen für die Bereiche Reinigung, Wäscherei und Catering.

**Dr. Roland Habiger, Service Control TransparentManagement AG, Planegg:**

Vergaberechtskonforme Zeiterfassung.

**René Matschke, Leiter der Finanzkontrolle Schwarzarbeit beim Hauptzollamt München,** mit dem Vortrag „Was passiert, wenn der Zoll kommt. Aufgaben und Pflichten des Auftraggebers (von Dienstleistungen)“.

**Oswald Neumann, Geschäftsführer Neumann & Neumann:** Elektronische Qualitätssicherung – Einführung, Einsatzmöglichkeiten & Nutzen.