

10. Deutscher Schlauchlinertag

Vergaberechtskonforme Einbeziehung von Qualitätsanforderungen bei der Ausschreibung von Sanierungsleistungen



Ihr Referent



Carsten Schmidt, LL.M.
Rechtsanwalt



Problemstellung

Problemstellung:

- Grundsätze der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit
- „Preis“ als alleiniges Zuschlagskriterium
- „preisgünstig“ kein Synonym für „wirtschaftlich“
- Geringere Qualität bei der Herstellung eines Produkts und/oder der Einbauleistung
- Beide Aspekte - Preis und Qualität - in ausreichendem Maße zu berücksichtigen

Es stellt sich daher die maßgebliche Frage, wie ausschreibende Stellen den zu beachtenden Aspekt der „Qualität“ im Rahmen ihres Beschaffungsvorgangs vergaberechtskonform aufgreifen und anwenden können.



CLP Rechtsanwälte - Düsseldorf
RA Carsten Schmidt, LL.M.

3

Problemstellung

Problemstellung:

Das billigste Angebot ist nicht zwangsläufig auch das wirtschaftlichste Angebot. Die Wirtschaftlichkeit definiert sich aus vergaberechtlicher Sicht vielmehr als die Gesamtmenge der bekannt gemachten Zuschlagskriterien. Neben dem Angebotspreis können auch andere Wirtschaftlichkeitskriterien wie beispielsweise Service, Garanziezeiten, Lieferzeit, Ausführungsdauer, Betriebskosten, Rentabilität, **Qualität**, Zweckmäßigkeit, technischer Wert etc. berücksichtigt werden. Der Preis ist nach dem deutschen Vergaberecht zwar regelmäßig ein wichtiges, aber nicht zwangsläufig das allein entscheidende Kriterium (OLG Düsseldorf, B. v. 28.04.2008 - Az.: VII - Verg 1/08; VK Südbayern, B. v. 21.04.2009 - Az.: Z3-3-3194-1-09-02/09).



CLP Rechtsanwälte - Düsseldorf
RA Carsten Schmidt, LL.M.

4

Definition der Qualität

Definition der Qualität:

Das Vergaberecht gibt keine Legaldefinition des Begriffs „Qualität“. Jedoch wird in der vergaberechtlichen Rechtsprechung unter "Qualität" der Wert des konkret vom Bieter angebotenen Werkes verstanden, also der technische Wert eines angebotenen Produkts (Ware oder Dienstleistung). (VK Baden-Württemberg, B. v. 21.11.2001 - Az.: 1 VK 37/01; VK Südbayern, B. v. 21.04.2004 - Az.: 24-04/04)



CLP Rechtsanwälte - Düsseldorf
RA Carsten Schmidt, LL.M.

5

Einbeziehung der Qualität

Einbeziehung der „Qualität“ in das Vergabeverfahren:

In einem Vergabeverfahren kann der Aspekt der „Qualität“ der Leistung auf unterschiedlichem Wege berücksichtigt werden.

- Anforderungen der Leistungsbeschreibung (Auftragsgegenstand)
- geeignete Leistungserbringer (Eignung der Bieter)
- qualitatives Zuschlagskriterium (Wirtschaftlichkeit des Angebots)

Zusammengefasst bedeutet dies, dass die „Qualität“ im gesamten Vergabeverfahren beachtlich ist bzw. sein kann.



CLP Rechtsanwälte - Düsseldorf
RA Carsten Schmidt, LL.M.

6

Zeitpunkt qualitativer Überlegungen

Zeitpunkt für qualitative Überlegungen:

Das zwingend zu beachtende vergaberechtliche Gebot zur Transparenz nötigt den öffentlichen Auftraggeber zur rechtzeitigen und verbindlichen Festlegung qualitativer Anforderungen. Aus Gründen der Gleichbehandlung und der Transparenz ist es dem Auftraggeber im Vergabeverfahren nicht gestattet, Anforderungen in der Leistungsbeschreibung nachträglich fallen zu lassen und damit Bieter, die sich an die Vorgaben gehalten haben, zu benachteiligen. Gleiches muss natürlich auch für die nachträgliche Verschärfung der gestellten Anforderungen gelten.

(3. VK Bund, B. v. 11.03.2010 - Az.: VK 3 - 18/10; 1. VK Sachsen, B. v. 31.01.2011 - Az.: 1/SVK/051-10).



CLP Rechtsanwälte - Düsseldorf
RA Carsten Schmidt, LL.M.

7

Leistungsbeschreibung

Qualitätsanforderungen in der Leistungsbeschreibung:

Das Leistungsverzeichnis gibt die Vorstellungen des Auftraggebers von der gewünschten Leistung in Bezug auf technische Merkmale oder Funktionen, Menge und eben auch auf die Qualität für den Auftragnehmer so deutlich vor, dass für diesen Gegenstand, Art, Umfang und Güte der geschuldeten Leistung zweifelsfrei zu erkennen sind.

(vgl.: VK Schleswig-Holstein, B. v. 09.07.2010 - Az.: VK-SH 11/10).



CLP Rechtsanwälte - Düsseldorf
RA Carsten Schmidt, LL.M.

8

Leistungsbeschreibung

Hinweise für das Aufstellen von Leistungsbeschreibungen:

Ausweislich des § 7 Abs. 1 Nr. 7 VOB/A haben öffentliche Auftraggeber bei der Erstellung der Leistungsbeschreibung die "Hinweise für das Aufstellen der Leistungsbeschreibung" in Abschnitt 0 der Allgemeinen Technischen Vertragsbedingungen für Bauleistungen, DIN 18299 ff., zu beachten. Vor diesem Hintergrund wird für Sanierungsleistungen mittels Liningverfahrens die demnächst in Kraft tretende ATV DIN 18326 „Renovierungsarbeiten an Entwässerungskanälen“ von Bedeutung sein.



CLP Rechtsanwälte - Düsseldorf
RA Carsten Schmidt, LL.M.

9

Leistungsbeschreibung

Hinweise für das Aufstellen von Leistungsbeschreibungen:

Die Beachtung der Hinweise des Abschnitts 0 ist Voraussetzung für eine ordnungsgemäße Leistungsbeschreibung im Sinne des § 7 VOB/A. Insofern werden öffentliche Auftraggeber gehalten sein, insbesondere auch Angaben zur Ausführung (z.B. zu den Verfahren, zum Umfang und zu den Stoffen oder zu der statisch bedingten konstruktiven Wanddicke des Lining-Rohres) mit in die Leistungsbeschreibung aufzunehmen.



CLP Rechtsanwälte - Düsseldorf
RA Carsten Schmidt, LL.M.

10

Leistungsbeschreibung

Produktbezogene Qualitätsvorgaben contra Produktneutralität:

Es gilt der Grundsatz, dass nicht alles, was vergaberechtlich vom Auftraggeber gewollt wird, auch vergaberechtlich zulässig ist.

Das "Ich-will-das-aber-so-Argument" steht vergaberechtlich mitunter auf "wackeligen Beinen".



Leistungsbeschreibung

Produktbezogene Qualitätsvorgaben contra Produktneutralität:

Soweit es nicht durch den Auftragsgegenstand gerechtfertigt ist, darf in technischen Spezifikationen nicht auf eine bestimmte Produktion oder Herkunft oder ein besonderes Verfahren oder auf Marken, Patente, Typen eines bestimmten Ursprungs oder einer bestimmten Produktion verwiesen werden, wenn dadurch bestimmte Unternehmen oder bestimmte Produkte begünstigt oder ausgeschlossen werden. Solche Verweise sind jedoch ausnahmsweise zulässig, wenn der Auftragsgegenstand nicht hinreichend genau und allgemein verständlich beschrieben werden kann; solche Verweise sind mit dem Zusatz „oder gleichwertig“ zu versehen.



Leistungsbeschreibung

Produktbezogene Qualitätsvorgaben contra Produktneutralität:

Nach seinem Wortlaut lässt § 7 Abs. 8 VOB/A somit zwei Ausnahmen von dem Verbot der Verweisung auf eine bestimmte Produktion oder Herkunft oder ein besonderes Verfahren oder auf Marken, Patente, Typen eines bestimmten Ursprungs oder einer bestimmten Produktion zu:

- Rechtfertigung durch den Auftragsgegenstand
- Wenn der Auftragsgegenstand nicht hinreichend genau und allgemein verständlich beschrieben werden kann



CLP Rechtsanwälte - Düsseldorf
RA Carsten Schmidt, LL.M.

13

Leistungsbeschreibung

Produktbezogene Qualitätsvorgaben contra Produktneutralität:

In der Rechtsprechung setzt sich vermehrt die Ansicht durch, dass die VOB ein legitimes Interesse des Auftraggebers, ein bestimmtes Produkt zu verwenden oder eine bestimmte Art der Ausführung zu erhalten, nicht einschränken kann. Führt eine an sach- und auftragsbezogenen Kriterien orientierte Beschaffungsentscheidung zur Festlegung auf ein bestimmtes Erzeugnis oder zur Wahl einer bestimmten Technologie, so wird vertreten, dass die damit verbundene Beschränkung oder Einengung des Wettbewerbs als Folge des Bestimmungsrechts des öffentlichen Auftraggebers grundsätzlich hinzunehmen sei.

(OLG Düsseldorf, B. v. 15.06.2010 - Az.: VII-Verg 10/10; VK Bund, Beschluss vom 10.05.2010 - VK 3-42/10)



CLP Rechtsanwälte - Düsseldorf
RA Carsten Schmidt, LL.M.

14

Leistungsbeschreibung

Produktbezogene Qualitätsvorgaben contra Produktneutralität:

Auf der Grundlage dieser Rechtsprechung lassen sich Verfahrens- oder auch Produktvorgaben, mit denen qualitativ erwünschte Vorteile verbunden werden, bei ordnungsgemäßer Dokumentation deutlich leichter in eine Leistungsbeschreibung einbringen. Der Rechtsauffassung des OLG Düsseldorf begegnen indes durchaus auch Bedenken. De facto würde der europarechtlich vorgesehene Wettbewerbsschutz durch das Produktneutralitätsgebot (eine gewisse „Kreativität“ des Auftraggebers in seiner Begründungsfindung vorausgesetzt) auf ein Minimum zusammengeschrumpft.



CLP Rechtsanwälte - Düsseldorf
RA Carsten Schmidt, LL.M.

15

Eignungskriterien

Qualität im Rahmen der Eignungskriterien:

Man muss den technischen Wert einer Werkleistung auch im direkten Zusammenhang mit der Person des Leistungserbringers sehen. Bauleistungsbezogene Qualitätsvorgaben sind nur so effektiv, wie sie vom beauftragten Auftragnehmer aufgrund seiner Eignung auch umgesetzt werden können. Das Erreichen bestehender qualitativer Anforderungen setzt voraus, dass die Leistung von fachkundigen, leistungsfähigen und zuverlässigen Auftragnehmern erbracht wird.



CLP Rechtsanwälte - Düsseldorf
RA Carsten Schmidt, LL.M.

16

Eignungskriterien

Bezugnahme auf RAL-Gütezeichen als Eignungsnachweis:

Eine in der Vergabep Praxis weit verbreitete Form des Eignungsnachweises ist das Abstellen auf RAL-Gütezeichen, insbesondere auf die RAL-Gütesicherung nach RAL- GZ 961 (Gütesicherung Kanalbau).

Es steht einem öffentlichen Auftraggeber zunächst einmal grundsätzlich frei, die von ihm für erforderlich gehaltenen Eignungsvorgaben selbst zu definieren und die von den Bietern zu erfüllenden Anforderungen festzulegen (OLG Düsseldorf, B. v. 25.10.2011 - Az.: VII-Verg 86/11).

Eignungskriterien

Bezugnahme auf RAL-Gütezeichen als Eignungsnachweis:

Die VK Sachsen (Beschluss vom 18.06.2009 - 1/SVK/017-09) stuft das RAL-Gütezeichen 961 als tauglichen und insoweit auch zulässigen Eignungsnachweis ein. Nach Ansicht der VK Sachsen wäre das RAL-Gütezeichens 961 (AK 1) als unternehmensbezogene Bescheinigung einzustufen, die eine spezielle Fachkunde nachweist und mithin von § 8 Nr. 3 Abs. 4 Satz 1 VOB/A a.F. (§ 6 Abs. 3 Nr. 5 VOB/A n.F) erfasst ist.

Gleiches muss insofern z.B. auch bzgl. der grabenlosen Sanierung von Abwasserleitungen und -kanälen für die Verwendung des RAL GZ 961 (Beurteilungsgruppe S) gelten.

Eignungskriterien

Bezugnahme auf RAL-Gütezeichen als Eignungsnachweis:

Eine grundsätzliche vergaberechtliche Zulässigkeit des RAL-Gütezeichens als Eignungsnachweis besteht somit, wobei zu Vermeidung einer "Zwangszertifizierung" besser davon gesprochen werden sollte, dass die Anforderungen zur Erlangung des Gütezeichens RAL GZ 961 zum Nachweis der Eignung erfüllt werden müssen (so bzgl. des Gütezeichens RAL-RG 614/4: VK Hannover, Beschluss vom 18.03.2003 - 26045-VgK 24/2002).

Eignungskriterien

Bezugnahme auf RAL-Gütezeichen als Eignungsnachweis:

Mit der Bezugnahme auf RAL GZ 961 darf keine Wettbewerbsbeschränkung einhergehen. Gleichwertige Nachweise sind insofern stets zu akzeptieren. Eine ausschließliche Beschränkung auf das Gütezeichen RAL GZ 961 als Eignungsnachweis wäre demnach vergaberechtswidrig.

Eignungskriterien

Bezugnahme auf RAL-Gütezeichen als Eignungsnachweis:

Ob die gestellten Anforderungen der Güte- und Prüfbestimmungen RAL GZ 961 gleichwertig nachgewiesen werden, unterliegt einem Beurteilungsspielraum des Auftraggebers.

Bei der Anwendung des Beurteilungsspielraums darf der öffentliche Auftraggeber nicht willkürlich entscheiden. Seine Entscheidung ist einer Kontrolle allerdings nur daraufhin zugänglich, ob die Grenzen des Beurteilungsspielraumes überschritten sind.

(vgl.: Thüringer OLG, B. v. 18.05.2009 - Az: 9 Verg 4/09; 3. VK Bund, B. v. 10.06.2010 - Az.: VK 3 - 51/10)



CLP Rechtsanwälte - Düsseldorf
RA Carsten Schmidt, LL.M.

21

Eignungskriterien

Bezugnahme auf RAL-Gütezeichen als Eignungsnachweis:

Nach Ansicht der VK Nordbayern (Beschluss vom 13.07.2011 - Az.: 21.VK - 3194 - 18/11) verstößt eine Vergabestelle mit ihrer Vorgabe "Führung des Gütezeichens RAL GZ 902 für Gebäudereinigung oder gleichwertig" gegen das Transparenzgebot. Die Prüfbestimmung der Gütegemeinschaft Gebäudereinigung e.V. für die Erteilung des Zertifikats könnten von einer durchschnittlichen fachkundigen Reinigungsfirma nicht als bekannt vorausgesetzt werden. Auch könne es den Bietern nicht zugemutet werden, sich diese Kriterien selbstständig außerhalb des Vergabeverfahrens zu besorgen. Es sei Aufgabe des Auftraggebers, klar vorzugeben, anhand welcher konkreten Kriterien er die Gleichwertigkeit zur RAL GZ 902 prüfen werde.



CLP Rechtsanwälte - Düsseldorf
RA Carsten Schmidt, LL.M.

22

Zuschlagskriterien

Qualität als Zuschlagskriterium:

Der § 16 Abs. 6 Nr. 3 VOB/A nennt (nicht abschließend) verschiedene Zuschlagskriterien. Im Rahmen der beispielhaften Aufzählung wird die "Qualität" noch vor dem Kriterium "Preis" an erster Stelle benannt. Die VOB/A geht somit ganz offensichtlich davon aus, dass die "Qualität" grundsätzlich ein taugliches Zuschlagskriterium ist.

Zuschlagskriterien

Anforderungen des Transparenzgebotes:

Die allgemeine Angabe "Qualität" stellt im Hinblick auf das Transparenzgebot kein zulässiges Wertungskriterium dar. Bieter können nicht ermitteln, welche qualitativen Aspekte für die Bewertung ihrer Angebote maßgeblich sein werden. Das Zuschlagskriterium „Qualität“ muss also durch Unterkriterien spezifiziert werden oder es muss anderweitig ein verbindlicher Maßstab für die Bemessung der Qualität mitgeteilt werden (VK Düsseldorf, B. v. 14.07.2011 - Az.: VK - 02/2011 - L; VK Thüringen, B. v. 21.06.2011 - Az.: 250-4003.20-2506/2011-E-006-GTH).

Zuschlagskriterien

Vermischung von Eignungs- und Zuschlagskriterien:

ACHTUNG FALLE!

„Qualität“ wird oftmals mit den „Eigenschaften des Bieters“ in Verbindung gesetzt. Die als Zuschlagskriterien für die Ermittlung des wirtschaftlichsten Angebots festgelegten Kriterien müssen indes mit dem „Gegenstand des Auftrags“ zusammenhängen.



Zuschlagskriterien

Vermischung von Eignungs- und Zuschlagskriterien:

Die technischen und personellen Mittel, deren Quantität und Qualität, die Strukturierung der betrieblichen Abläufe, zu denen auch die Qualitätssicherung gehört, u.U. weitere besondere Eigenschaften, befähigen das Unternehmen allgemein, bestimmte Leistungen zu erbringen. Diese Befähigung wird durch die Eignungsprüfung festgestellt. Ein darüber hinaus gehendes "Mehr an Eignung" darf dann grds. nicht nochmals in die Wirtschaftlichkeitsprüfung eingehen.

(VK Düsseldorf, B. v. 06.07.2011 - Az.: VK - 11/2011 - L; OLG Karlsruhe, B. v. 20.07.2011 - Az.: 15 Verg 6/11; OLG München, B. v. 10.02.2011 - Az.: Verg 24/10)



Angebotswertung

Abänderung der Vergabeunterlagen:

Wollen oder können Bewerber keine den Verdingungsunterlagen entsprechende Leistung anbieten, müssen sie Änderungsvorschläge oder Nebenangebote unterbreiten, sofern dies vom Auftraggeber nicht ausdrücklich ausgeschlossen wurde. Decken sich Angebot und Nachfrage nicht, liegt eine Änderung der Vergabeunterlagen vor, die zum zwingenden Ausschluss des Angebots führt.

(VK Lüneburg, Beschluss vom 14.01.2011 - VgK-63/2010)



CLP Rechtsanwälte - Düsseldorf
RA Carsten Schmidt, LL.M.

27

Angebotswertung

Unvollständige Nachweise:

Werden geforderte Eignungsnachweise von einem Bieter nicht beigebracht, ist hiermit (abweichend von der alten Rechtslage) nicht mehr der sofortige Angebotsausschluss verbunden. Nach § 16 Abs. 1 Nr. 3 VOB/A verlangt der Auftraggeber vielmehr die fehlenden Erklärungen oder Nachweise nach. Diese sind spätestens innerhalb von 6 Kalendertagen nach Aufforderung durch den Auftraggeber vorzulegen. Werden die Erklärungen oder Nachweise nicht innerhalb der Frist vorgelegt, ist das Angebot auszuschließen.



CLP Rechtsanwälte - Düsseldorf
RA Carsten Schmidt, LL.M.

28

Angebotswertung

Unvollständige Nachweise:

Die Regelung des § 16 Abs. 1 Nr. 3 VOB/A gilt somit auch für vom Bieter unterlassene (die Qualität betreffende) Erklärungen/Angaben und für nicht beigebrachte Eignungsnachweise (z.B. Zertifizierungen). Die Zielsetzung der Qualitätssicherung droht fehlerzuschlagen, wenn die vom Auftraggeber gesetzten qualitativen Anforderungen nicht durchgesetzt werden. Dies bedeutet, dass z.B. bei fehlenden und nach Aufforderung nicht rechtzeitig nachgereichten Eignungsnachweisen eine vergaberechtliche Kulanz fehl am Platze ist.

Angebotswertung

Nachverhandlungen:

Der Inhalt des Angebots darf im Rahmen von "Aufklärungsgesprächen" nicht abgeändert werden. Der § 15 Abs. 3 VOB/A legt demgemäß fest, dass Verhandlungen, besonders über Änderung der Angebote oder Preise, unstatthaft sind. Angebote, die die vom Auftraggeber verlangten qualitativen Anforderungen nicht erfüllen, können nicht nachträglich nachverhandelt und angepasst werden.

Fragen?



CLP Rechtsanwälte - Düsseldorf
RA Carsten Schmidt, LL.M.

31

Kontakt:

CLP Rechtsanwälte
RA Carsten Schmidt, LL.M.
Emanuel-Leutze-Str. 11
40547 Düsseldorf

Tel.: +49 (211)/ 50 66 66 7-0
Fax: +49 (211)/ 50 66 66 7-99
E-Mail: carsten.schmidt@clp-rechtsanwaelte.de
www.clp-rechtsanwaelte.de



Vielen Dank für Ihre Teilnahme!



CLP Rechtsanwälte - Düsseldorf
RA Carsten Schmidt, LL.M.

32