



zu Drs. Nr. 264/15

**Zur
Veröffentlichung
freigegebener Prüfbericht**

Der Kreistag des Kreises Düren hat mit Beschluss vom 24.06.2015 (Drs. Nr. 241/15, TOP 29) festgelegt, dass die Einzelprüfberichte des Rechnungsprüfungsamtes *nach* ihrer Beratung im Rechnungsprüfungsausschuss der Öffentlichkeit (unter Wahrung personen- oder unternehmensbezogener Daten) zugänglich gemacht werden können.

Beratung im Rechnungsprüfungsausschuss des Kreises Düren: 08.03.2016

Nachdruck oder Verwendung dieses Prüfberichts oder einzelner Teile hieraus
nur mit Genehmigung des Kreises Düren.

Allgemeine Verwaltungsprüfung
Prüfbericht

**Vergabepfung -
Anforderungen an den Beschaffungsprozess**

Allgemeine Verwaltungsprüfung
Prüfbericht

Vergabepfung - Anforderungen an den Beschaffungsprozess

Kreis Düren
Rechnungsprüfungsamt

Bismarckstraße 16
52351 Düren

Haus A, Zimmer 192

Tel. 02421 – 22 2260
Fax. 02421 - 22 182258

www.kreis-dueren.de
E-Mail: amt14@kreis-dueren.de

Einleitung

Die Anforderungen an den Beschaffungsprozess im Rahmen von Dienst-, Liefer- und Bauleistungen sind durch zahlreiche gesetzliche und vergaberechtliche Anforderungen stetig gestiegen. Alleine das am 01.05.2012 in Kraft getretene Tariftreuegesetz NRW bindet den öffentlichen Auftraggeber intensiv in seinen notwendigen Vorüberlegungen. Ziel dieses Einzelberichtes soll es sein, vor diesem Hintergrund Empfehlungen und Verbesserungen im Beschaffungsprozess aufzuzeigen.

Die Prüfung wurde durchgeführt von der technischen Prüferin

Schwerpunkte aus der Vergabepaxis

Die Rechnungsprüfung möchte im Folgenden schwerpunktmäßig diejenigen Themenkomplexe behandeln, die in der laufenden Vergabeprüfung unabhängig von den einzelnen Fachbereichen immer wieder auftauchen und Optimierungsbedarf aufweisen. Im Einzelnen handelt es sich um

- Wahl der Vergabeart
- Kostenschätzungen
- Produktneutralität
- umweltfreundliche und energieeffiziente Beschaffung
- Binnenmarktrelevanz
- Nebenangebote
- Öffnung der Urkalkulation zur Nachtragsprüfung

Grundsätzlich ist von besonderer Bedeutung, dass die Beschäftigung mit o.a. Themen im **Vorfeld**, bei den ersten Überlegungen zum Beschaffungsprozess erfolgen müssen. Sie gehören temporär zu den Überlegungen, was überhaupt beschafft werden soll.

Wahl der Vergabeart

Nach den haushaltsrechtlichen Vorgaben muss der Vergabe von Aufträgen eine *öffentliche Ausschreibung* vorausgehen, sofern nicht die Natur des Geschäfts oder besondere Umstände eine beschränkte Ausschreibung oder eine freihändige Vergabe rechtfertigen (§ 25 Abs. 1 GemHVO).

Diese Grundsätze werden in den Verdingungsordnungen ebenfalls aufgeführt (§§ 3 VOL bzw. VOB). Bei Vergaben unterhalb der sog. Schwellenwerte sind die Vergabebestimmungen des Innenministeriums anzuwenden (§ 25 Abs. 2 GemHVO i.V.m. dem RdErl. MIK NRW "Kommunale Vergabegrundsätze").

Für den Bereich der job-com hat die Rechnungsprüfung allerdings mit Schreiben vom 20.04.2015 auf Fragestellungen im Hinblick auf die Anwendbarkeit der zutreffenden Vergaberegelungen hingewiesen (vgl. § 6b Abs. 2a SGB II i.V.m. mit den haushaltsrechtlichen Bestimmungen des Bundes, hier der BHO). Eine abschließende zutreffende rechtliche Bewertung steht derzeit noch aus.

Öffentliche Auftraggeber sind verpflichtet, (auch unterhalb der EU-Schwellenwerte) für einen fairen und lautereren *Wettbewerb* zu sorgen (Ziffer 3.1 der Kommunalen Vergabegrundsätze). Darüber hinaus wird auch bei Aufträgen unterhalb der EU-Schwellenwerte die Anwendung von VOL/VOB und ihrer Grundsätze empfohlen.

Es reicht nicht aus, dass überhaupt Wettbewerb hergestellt wird. Vielmehr ist der grundsätzliche **Vorrang der öffentlichen Ausschreibung** zu beachten (OVG NRW, 20.04.2012, 4 A 1055/09).

Im Rahmen des einzuhaltenden Wettbewerbs stellt somit die **öffentliche Ausschreibung** (bzw. das **Offene Verfahren**) die Regel dar. Abweichungen hiervon dürfen lediglich Ausnahmecharakter (VG Düsseldorf, 30.05.2012, 21 K 4067/11) haben, der besonders zu begründen ist.

Grundsätzlich kann (nur) durch eine *öffentliche Ausschreibung* unter Ausnutzung des Leistungswettbewerbs und aller Chancen am Markt das günstigste Angebot erzielt werden. Mangels einer öffentlichen Ausschreibung kann gerade *nicht* festgestellt werden, ob bei ihrer Durchführung ein günstigeres Angebot abgegeben worden wäre. Zudem wird dadurch am wirkungsvollsten Korruptions- und Manipulationsgefahr begegnet (OVG NRW, 20.04.2012, 4 A 1055/09; 02.09.2008, 15 A 2328/06).

Es ist somit zu erwarten, dass die in einem **Wettbewerb** stehenden Bieter hart an der Grenze kalkulieren in dem Bemühen, den Auftrag zu erlangen. Der Wettbewerb bietet also gerade Anreiz dazu, die Kosten soweit wie möglich zu verringern, weshalb auf diese Weise auch das günstigste Angebot erzielt werden kann.

Wettbewerb bedeutet dabei die Beteiligung mehrerer im Vergabeverfahren. Auch die Angemessenheit der **Preise** lässt sich am ehesten feststellen, wenn Aufträge im Wettbewerb vergeben wurden. Davon abzuweichen stellt eine Ausnahme dar und bedarf dementsprechend der Rechtfertigung (VG Gelsenkirchen, 04.04.2011, 11 K 4198/09).

Prüfbemerkung

Die aufgezeigten und in ständiger Rechtsprechung bestätigten Grundsätze über die Wahl der Vergabeart (hier: Vorrang der öffentlichen Ausschreibung bzw. des offenen Verfahrens) sollten verwaltungsseitig bei *jeder* Vergabe Berücksichtigung finden¹. Beschränkte Ausschreibungen oder freihändige Vergaben stellen demgegenüber nur Vergaben mit Ausnahmecharakter dar, die einer besonderen Rechtfertigung bedürfen und besonders zu begründen sind.

Kostenschätzungen

Der Wert einer nachgefragten Leistung entscheidet bei öffentlichen Auftraggebern darüber, welches Vergaberechtsregime angewendet werden muss. Neben den verschiedenen Ausschreibungsarten (freihändig, beschränkt und öffentlich) wird auch festgelegt, dass Aufträge oberhalb eines bestimmten Schwellenwertes EU- weit ausgeschrieben werden müssen und nicht mehr unter das nationale Vergaberecht fallen. Die Berechnung des Auftragswertes hat angesichts dessen eine grundlegende Bedeutung.

Darüber hinaus ist die Ermittlung des Auftragswertes für die **Prüfung der Angemessenheit der Preise** im Wertungsprozess eines Vergabeverfahrens und der **Prüfung** nach dem Tarifreuegesetz NRW wesentlich, besonders **im Hinblick auf eine Aufhebung der Ausschreibung** vor dem Hintergrund, dass kein wirtschaftliches Angebot eingegangen ist. Ab welcher Größenordnung der Gesamtpreis einer Leistung als unangemessen gilt, ist nicht mittels eines Prozentsatzes der Abweichung des Angebotes von den objektiv richtig ermittelten Schätzkosten zu bestimmen, sondern ist am Einzelfall zu orientieren. Lt. herrschender Rechtsprechung kann dieser Fall jedoch in der Regel ab 20-30 % Abweichung angenommen werden. Die Wahl der korrekten Vergabeart spielt auch bei **Zuwendungsmaßnahmen** eine bedeutsame Rolle und kann im Zweifelsfall bei nicht sachgerecht erstellten Kostenschätzungen zu Rückforderungen führen².

¹ Hiervon unberührt bleiben besondere Regelungen ("vereinfachte Möglichkeiten") nach den *Kommunalen Vergabegrundsätzen* des MIK NRW.

² siehe hierzu Prüfbericht Drs.Nr. 136/14

Relevanter **Zeitpunkt zur objektiven und sachgerechten Schätzung** des Auftragswertes ist der Tag der Absendung der Bekanntmachung (§ 3 Abs. 9 Satz 1 Halbs. 1 VgV), bei Verfahren ohne Bekanntmachung der Tag der tatsächlichen Einleitung des Vergabeverfahrens wie z.B. das Datum der Absendung der Aufforderung zur Angebotsabgabe. Das OLG Düsseldorf hat diesbezüglich entschieden, dass durch die Wahl dieses Zeitpunktes sichergestellt wird, dass die Schätzung des Auftragswertes nach objektiven Kriterien erfolgt³.

Vor diesem Hintergrund wird der Verwaltung empfohlen, die in den standardisierten **Vergabevermerken** abgefragten geschätzten Kosten konkreter zu fassen, etwa in Form von "*objektive Kostenschätzung vom....*".

Prüfbemerkung 1

Die Verwaltung sollte Grundlage und Zeitpunkt der Kostenschätzung vor Einleitung des Ausschreibungsverfahrens dokumentieren, im Vergabevermerk angeben und dem Rechnungsprüfungsamt mit den Ausschreibungsunterlagen zukommen lassen.

Idealerweise sollte die Kostenschätzung von der ZVS vor Festlegung der Vergabeart auf ihre Plausibilität hin überprüft werden, um sicherzustellen, dass die gewählte Vergabeart auf belastbaren Grundlagen steht.

Dem **Rechnungsprüfungsamt** sind mit Vorlage der Vergabeunterlagen zur Prüfung u.a. eine Kostenschätzung (Dienstanweisung über das Vergabewesen, Pkt.10.1.2) vorzulegen. Dies beinhaltet die oben beschriebene objektiv und zeitnah erstellte Kostenschätzung vor Einleitung des Vergabeverfahrens in materieller Form mit Angabe, auf welcher Grundlage die Kostenschätzung wann von wem erfolgte.

Produktneutralität

Die Forderung nach Produktneutralität ergibt sich aus den §§ 7 Abs.4 S.2 VOL/A und 7 Abs. 8 der VOB/A. Es handelt sich um eine ganz grundsätzliche Forderung im Hinblick auf Chancengleichheit und Wettbewerb. Dennoch wird sie in der Praxis noch nicht durchgehend angewandt. Dabei sind die Vorbehalte sowohl auf Auftragnehmer- als auch Auftraggeberseite gegeben.

³ OLG Düsseldorf, Beschluss v. 08.05.2002 Verg 5/02

Ausnahmen von dieser vergaberechtlichen Vorgabe sind nur in 2 Fällen möglich:

1. Es kann mit **Leitprodukten** gearbeitet werden, wenn diese eine Hilfestellung darstellen, um dem Bieter den gewünschten Beschaffungsgegenstand möglichst genau vor Augen zu führen, gleichzeitig aber auch durch den Zusatz "**oder gleichwertiger Art**" Alternativprodukte angeboten werden können und auch sollen. Für diesen Fall sind die Gründe für eine Abweichung ausreichend zu **dokumentieren** und es sollte auch bei nationalen Vergaben festgelegt werden, anhand welcher Kriterien die **Gleichwertigkeit geprüft** wird.
2. Rechtfertigt ein sachlicher Grund die **Produktvorgabe** nach § 7 Abs. 4 S.2 VOL/A und § 7 Abs.8 VOB/A, so darf der Gleichheitsgrundsatz weggelassen werden. Auch diese Ausnahme ist im Vorfeld hinreichend zu begründen.

Eine **fehlende Produktneutralität** ergibt sich ebenfalls aus Ausschreibungen, die technische Anforderungen so ausführlich beschreiben, dass die Bieter quasi keine Auswahlmöglichkeiten mehr haben und im Ergebnis nur ein Produkt angeboten werden kann.

Prüfbemerkung 2

Trotz eindeutiger Forderungen in den Verdingungsordnungen ist die produktneutrale Ausschreibung in der Verwaltungspraxis nach wie vor eher Ausnahme als Regel. Es wird seitens der Rechnungsprüfung darauf hingewiesen, verstärkt auf die Einhaltung der Produktneutralität zu achten.

Zur Aufstellung produktneutraler Ausschreibungen bieten sich z.B. bei Bauleistungen Leistungsverzeichnisse nach dem **Standardleistungsbuch Bau** an, für den VOL Bereich wurden mittlerweile einige Leitfäden durch das **Beschaffungsamt des Bundesministeriums des Inneren** herausgegeben. Grundsätzlich sind jedoch eine vertiefte Auseinandersetzung mit den **funktionalen Eigenschaften** des zu beschaffenden Produktes sowie eine **Marktübersicht** unabdingbar, um zu entscheiden, welche konkreten Anforderungen ein Produkt erfüllen soll.

Umweltfreundliche und energieeffiziente Beschaffung

Nach dem geltenden **Tariftreuegesetz NRW** und der ab 01.06.2013 geltenden **Rechtsverordnung zum Tariftreuegesetz** müssen sowohl **ober- als auch unterhalb der EU-Schwellenwerte Energieeffizienz und Nachhaltigkeit bei Vergaben nach der VOL und VOB berücksichtigt werden**. Damit wurde auch der Unterschwellenbereich durch das TVgG an die im Oberschwellenbereich geltenden §§ 4 und 6 der VgV angepasst, die Nachhaltigkeit und Energieeffizienz im Beschaffungsprozess fordern.

Nachhaltigkeit und Energieeffizienz sind immer dann nach dem TVgG NRW zu berücksichtigen, wenn es sich um:

- *energieverbrauchsrelevante Waren*
- *technische Geräte*
- *technische Ausrüstungen*

handelt oder diese **wesentlicher Bestandteil/ Voraussetzung** (20%) einer Bau-oder Dienstleistung sind bzw. ein **Funktionszusammenhang** im Hinblick auf eine umweltgerechte und energieeffiziente Beschaffung (z.B. Personenbeförderungsleistungen, Fenster) besteht. Beim Erwerb energieverbrauchsrelevanter Produkte soll das **höchste Leistungsniveau an Energieeffizienz** gefordert werden. Hilfreich bei der Bewertung ist die Heranziehung des EU-Energielabels, das die höchste Energieeffizienzklasse im Sinne der Energieverbrauchskennzeichnungsverordnung ausweist, ansonsten ist eine Marktanalyse anzustellen. Bei der Betrachtung wird der Herstellungsprozess ausgeklammert und nur auf den Energieverbrauch beim Ver- und Gebrauch abgestellt.

Abweichungen sind nur in Ausnahmefällen möglich und nur dann, wenn eine energieeffiziente und umweltgerechte Beschaffung nicht mit dem Grundsatz der Sparsamkeit und Wirtschaftlichkeit vereinbar ist. Hierbei sind die **Aspekte der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit** gleichrangig zu berücksichtigen, so dass ein Mehrpreis aufgrund der höheren Energieeffizienz ins Verhältnis zu den ersparten Betriebskosten gesetzt werden muss bzw. zu den haushaltstechnischen Möglichkeiten eines öffentlichen Auftraggebers.

Prüfbemerkung 3

Die Berücksichtigung von Nachhaltigkeit und Energieeffizienz bei energierelevanten Waren, technischen Geräten und Ausrüstungen ist nach dem TVgG zwingend zu beachten. Ein separater Vermerk, der eine Auseinandersetzung mit dieser Thematik erkennen lässt, ist in den entsprechenden Fällen notwendig.

Bei der Beschaffung von Holzprodukten erfolgt der Nachweis der legalen und nachhaltigen Waldbewirtschaftung durch Vorlage der Zertifikate des PEFC und FSC oder gleichwertiger Nachweise. Für die Vergabe von Entsorgungsleistungen sind die Grundsätze des Landesabfallgesetzes und z.B. Transportentfernung zu berücksichtigen.

Wenn Waren, technische Geräte oder Ausrüstungen mit unterschiedlichem Energieverbrauch in verschiedenen Betriebszuständen Gegenstand der Beschaffung sind, ist eine **Analyse minimierter Lebenszykluskosten** oder eine vergleichbare Methode zur Überprüfung der Wirtschaftlichkeit von den Bietern zu fordern. Soweit Waren, technische Geräte oder Ausrüstungen Gegenstand der Beschaffung sind, die **nur einen nutzungsrelevanten Betriebszustand** aufweisen, ist der Energieverbrauch für konkret diesen Betriebszustand abzufragen.

Die Nachhaltigkeitsaspekte der TVgG NRW können in **unterschiedlichen Phasen des Vergabeverfahrens** eingebunden werden:

- *bei der Leistungsbeschreibung / technische Spezifikationen*
- *als Eignungskriterium (z.B. Umweltmanagementsysteme)*
- *als Zuschlagskriterium*
- *als ergänzende Ausführungsbestimmung*

Bei den **Zuschlagskriterien** muss die Energieeffizienz angemessen berücksichtigt werden, das heißt, Ausgangspunkt ist eine Betrachtung der Kosten des Energieverbrauchs über den Lebenszyklus im Verhältnis zu den Anschaffungs- Wartungs- und Betriebskosten. Sind die **Energiekosten** in diesem Fall **herausragend**, so kann eine Mindestgewichtung von **20-30 %** (in seltenen Fällen bis 70 %) angemessen sein. **Im anderen Fall** sollte die Gewichtung nicht mehr als **5-10 %** einnehmen.

Im standardisierten **Vergabevermerk** sind unter der **Nr.4** Möglichkeiten aufgeführt, in welcher Phase des Vergabeverfahrens Energieeffizienz und Nachhaltigkeit berücksichtigt werden können. Hier wäre eine **Erweiterung** der Ankreuzoptionen um die Option **"ist nicht wesentlicher Bestandteil (20%) einer Bau- oder Dienstleistung"**

sinnvoll. Weiterhin sollte eine **Begründung** in Form eines Vermerkes für alle Ankreuzoptionen gelten, weil ansonsten nicht ersichtlich ist, in welcher Art und Weise eine Berücksichtigung erfolgt ist.

Binnenmarktrelevanz

Nachdem die Nachhaltigkeits-Rechtsverordnung zum 01.06.2013 in Kraft trat und hierdurch einzelne, bis dahin noch unklare Bestimmungen des TVgG (Nachhaltigkeit und Frauenförderung) konkretisiert wurden, bat das RPA mit Schreiben vom 26.07.2013 die Verwaltung, das **Transparenzgebot nach §3 Nr.3 TVgG** für beabsichtigte Vergaben im Unterschwellenbereich zu konkretisieren und den engen Vorgaben des TVgG anzupassen sowie um Auskunft, in welcher Weise bereits eine Umsetzung stattgefunden hat oder geplant ist. Gerade für öffentliche Auftraggeber in Nordrhein-Westfalen mit Grenzen zu 2 anderen Mitgliedstaaten erfordert dies im Einzelfall regelmäßig zu überprüfen, ob Binnenmarktrelevanz vorliegt.

Anwendungsbereich Binnenmarktrelevanz:

- öffentliche Aufträge unterhalb der EU-Schwellenwerte
- Sog. nachrangige oder nicht prioritäre Dienstleistungen
- Dienstleistungs- und Baukonzessionen

Ausgenommen hiervon sind Aufträge, die nach

- Auftragsgegenstand
- geschätztem Auftragswert
- Besonderheiten des betreffenden Sektors
- geographischer Lage der Leistungserbringung

eine nur **sehr geringfügige wirtschaftliche Bedeutung** haben und bei denen deshalb ein Eingriff in die Grundfreiheiten nicht angenommen werden kann.

Die Erfordernisse bei binnenmarktrelevanten Vergaben⁴ lassen sich wie folgt konkretisieren:

- ein angemessener Grad an Öffentlichkeit i.S. einer vorherigen Bekanntmachung
- Veröffentlichung des beabsichtigten oder konkreten Beschaffungsbedarfes

⁴ Mitteilung der europäischen Kommission v. 23.06.2006, S 3 Pkt. 1.2

- lokales oder nationales Medium, ggf. auch EU-Vergabepattform je nach Bedeutung der Beschaffung i.S. einer grenzüberschreitenden Bedeutung

Lt. Europäischer Kommission ist bei den sogenannten Unterschwellenvergaben in jedem Einzelfall eine Prüfung der konkreten Umstände zur Beurteilung der Binnenmarktrelevanz eines Auftrages durchzuführen. Eine "**informelle**" **Bagatellgrenze von 10 %**⁵ der Schwellenwerte ist auch nur insoweit belastbar, als nicht andere Gründe, wie z.B. die geografische Lage dieser Vorgehensweise entgegenstehen. *Zwingend ist in jedem Einzelfall eine hinreichende Dokumentation der Prüfungsergebnisse zur Frage einer etwaigen Binnenmarktrelevanz.*

Verstöße gegen den Transparenzgrundsatz würden ein **Vertragsverletzungsverfahren gegen Deutschland**⁶ nach sich ziehen mit der Folge, dass der Auftraggeber EU-rechtlich gezwungen würde, den Vertrag zu kündigen, was erhebliche Schadenersatzansprüche nach sich ziehen kann.

Prüfbemerkung 4

Es sollte von Verwaltungsseite zeitnah geregelt werden, in welcher Weise die Beachtung der Binnenmarktrelevanz in der Kreisverwaltung sichergestellt wird. Anschließend sollte eine Berücksichtigung im Vergabevermerk erfolgen.

Nach Rücksprache mit der Zentralen Vergabestelle scheint es der Rechnungsprüfung dennoch sinnvoll, die Anwendung des Transparenzgebotes im praktischen Umgang zu vereinfachen und zu standardisieren. Um den kleinstmöglichen gemeinsamen Nenner zu wählen sollten künftig:

- alle Vergaben im Unterschwellenbereich (VOB, VOL) **ab 20.000 € netto öffentlich ausgeschrieben oder ein öffentlicher Teilnahmewettbewerb vorgeschaltet werden**
- **alternativ** bleibt es ab einer Wertgrenze von **10.000 €** bei einer **Einzelfallprüfung** mit entsprechender Begründung, inwieweit eine **Binnenmarktrelevanz** vorliegt und entsprechender Vorabbekanntmachung und Durchführung einer freihändigen oder beschränkten Ausschreibung

⁵ FAQ-Liste zum Tariftreue- und Vergabegesetz NRW, Ziff.2 "Ab welcher Auftragssumme besteht Binnenmarktrelevanz", <http://vergabe.nrw.de/wirtschaft/faq/index.html> - Stand 19.12.2013

⁶ EuGH, Urteil v. 14.11.2013 – C221/12-Belgacom-T2 37

- **Freiberufliche Leistungen** müssen bei Vergabeobjekten, die **länderübergreifend interessant** sein können, vorab bekannt gemacht werden.

Eine entsprechende **Einarbeitung** dieser optionalen Lösungen in den standardisierten **Vergabevermerk** sowie der Bestätigung, dass die Binnenmarktrelevanz überprüft wurde, wird dringend angeraten.

Nebenangebote

Nebenangebote sind Angebote, die vom geforderten Angebot abweichen. Grad und Gewichtung der Abweichung sind dabei unerheblich, soweit das Nebenangebot dem Hauptangebot in quantitativer und qualitativer Hinsicht gleichwertig ist. Die Aufgabe des Auftraggebers besteht in der Prüfung, ob die alternativ angebotene Leistung den Vertragszweck in technischer, wirtschaftlicher oder gestalterischer Hinsicht ebenso erfüllt wie das Hauptangebot und für ihn geeignet ist.

Um Nebenangebote werten zu können, müssen sie:

- in den Vergabeunterlagen oder/und der Bekanntmachung **zugelassen sein**
- notwendige **Gleichwertigkeitsnachweise** ect. enthalten, anhand derer der AG die Gleichwertigkeit nachvollziehen und prüfen kann
- oberhalb des Schwellenwertes zwingend und unterhalb des Schwellenwertes in Anlehnung an die Oberschwellenvergaben zur Einhaltung von Transparenz und Gleichbehandlung den gestellten **Mindestbedingungen** entsprechen
- seit der aktuellen BGH Rechtsprechung⁷ oberhalb des Schwellenwertes nicht nur den Preis als alleiniges Zuschlagskriterium vorgeben

⁷ BGH-Urteil vom 07.01.2014 – XZB 15/1

Prüfbemerkung 5

Mit dem aktuellen BGH-Urteil⁸ aus 2014 wurde festgelegt, dass bei überschwelligen Vergaben Nebenangebote nicht gewertet werden dürfen, wenn der Preis das alleinige Zuschlagskriterium ist. Nach Einschätzung des RPA kann auch von einer Ausstrahlung dieser Rechtsprechung auf den Unterschwellenbereich ausgegangen werden. Seitens der Verwaltung sollten diesbezügliche Änderungen Eingang in die Bewerbungsbedingungen finden.

Im aufgeführten **BGH-Urteil**⁹ bzgl. Nebenangeboten wurde entschieden, dass diese nicht berücksichtigt werden dürfen, wenn in einem europaweiten Vergabeverfahren der **Preis das alleinige Zuschlagskriterium** ist. Erläuternd heißt es weiter, dass die Wertung der Qualität von Nebenangeboten inklusive Mindestanforderungen durch die Festlegung aussagekräftiger an den jeweiligen Bedarf angepasster Zuschlagskriterien gewährleistet werden soll. Ohne die Festlegung dieser Zuschlagskriterien kann nicht sichergestellt werden, dass ein preislich günstigeres Nebenangebot nicht hinter der Qualitätsanforderungen des jeweiligen Hauptangebotes zurückbleibt und in Folge dessen der Zuschlag nicht auf das wirtschaftlichste Angebot erteilt würde. Darüber hinaus sollen sich Auftraggeber schon im Vorfeld auf bestimmte Vorgaben für Nebenangebote festlegen, damit erschwert wird, Nebenangebote mit der vorgeschobenen Begründung zurückzuweisen, sie seien gegenüber dem Hauptangebot minderwertig oder wichen davon unannehmbar ab.

Dieses Urteil bezieht sich erst einmal auf Vergaben oberhalb des Schwellenwertes. Dennoch lassen sich sowohl aus diesem Urteil als auch der Kommentierung zur aktuellen VOL/A¹⁰ ableiten, dass die allgemeinen Grundsätze der Transparenz des Verfahrens und der Gleichbehandlung der Bieter **auch im Unterschwellenbereich zu beachten sind**. Folgerichtig sollten deshalb auch im Unterschwellenbereich bei der Zulassung von Nebenangeboten Mindestanforderungen gestellt und die Qualitätssicherung dieser Angebote über Zuschlagskriterien abgesichert werden.

Insgesamt ist bei Vergaben eine zunehmende Tendenz spürbar, Nebenangebote auszuschließen. Auch vor dem Hintergrund des aktuellen BGH-Urteils wird deshalb darauf hin gewiesen, nicht darauf zu verzichten, das Potential innovativer Lösungsmöglichkeiten des Bieters durch die Zulassung von Nebenangeboten zu fördern.

⁸ "

⁹ "

¹⁰ Kommentar zur VOL/A v. Kulartz/Marx/Portz/Prieß, 2. Auflage, Werner Verlag S.403, RdNr. 153

Die Bewerbungsbedingungen für Vergaben sollten unter dem Unterpunkt Nebenangebote an die aktuelle Rechtsprechung angepasst werden.

Öffnung der Urkalkulation zur Nachtragsprüfung

Bei Baumaßnahmen speziell im Straßen- und Tiefbaubereich wird nach dem Zuschlag eine Urkalkulation (enthält sämtliche Kalkulationsbestandteile des Auftrages) im verschlossenen Umschlag angefordert und im Amt hinterlegt. Da dem Auftragnehmer das Betriebsgeheimnis "Kalkulation" zu schützen ist, muss der Auftraggeber sicherstellen, dass die Urkalkulation bzw. Teile hiervon dem Wettbewerberkreis nicht zur Kenntnis gelangen. Nach bislang gängiger Praxis wurde die Urkalkulation nur unter Teilnahme des Bieters geöffnet und nach der Nachtragsprüfung wieder verschlossen.

Sowohl in der Vergangenheit als auch aktuell gestaltet sich die Prüfung von Nachträgen für das RPA schwierig, weil die Urkalkulation dem Rechnungsprüfungsamt weder im Original noch in Kopie zur Nachtragsprüfung ausgehändigt wird.

Für die Rechnungsprüfung ist die Prüfung von Nachträgen damit nicht zeitnah und in ausreichendem Maße möglich. Darüber hinaus konnte in der VOB keine Grundlage dafür gefunden werden, dass die Urkalkulation nur im Beisein des Bieters geöffnet werden darf. Vielmehr ist davon auszugehen, dass alleine die vertraglichen Regelungen hierzu ausschlaggebend sind.

Nach eingehenderen Recherchen des RPA gibt es 2 Urteile zur Einsichtnahme in die Urkalkulation, die beide belegen, dass es dem Auftraggeber sehr wohl gestattet sein muss, die Urkalkulation zur Nachtragsprüfung zu öffnen bzw. eine Kopie anzufertigen. Das OLG München hat 2007¹¹ das Recht des Auftraggebers auf Anfertigung einer Kopie der Urkalkulation bestätigt. Das OLG Düsseldorf kommt 2010¹² zu der Entscheidung, dass ein Auftragnehmer, der eine Urkalkulation mit dem Vorbehalt "Nur öffnen nach Rücksprache mit dem Bieter" vorlegt, die Einblicknahme des Auftraggebers in unzulässiger Weise erschwert und eine derart markierte Urkalkulation als nicht eingereicht anzusehen ist.

¹¹ OLG München, 16.01.2007 – 27 W 3/07, IBR 2007, 468

¹² OLG Düsseldorf, Urteil vom 15.09.2010, VII – Verg 16/10

Prüfbemerkung 6

Das Rechnungsprüfungsamt geht davon aus, dass die Öffnung der Urkalkulation oder einer Kopie derselben zur Nachtragsprüfung unter Beachtung der nötigen Sorgfaltspflicht rechtmäßig ist und dem Auftraggeber nicht verwehrt werden darf. Die Verwaltung wird aufgefordert, die Bewerbungsbedingungen und Zusätzlichen Vertragsbedingungen entsprechend anzupassen.

Stellungnahme der Verwaltung:

Zum Berichtsentwurf vom 06.05.2015 nahm die Verwaltung mit Schriftsatz vom 06.08.2015 wie folgt Stellung:

Im Entwurf des Berichtes des RPA über die Anforderungen an den Beschaffungsprozess möchte das RPA Empfehlungen und Verbesserungen im Beschaffungsprozess aufzeigen. Im Einzelnen werden zu sieben Punkten Hinweise und Bemerkungen gegeben. Die Verwaltung steht diesen Empfehlungen offen gegenüber und nimmt wie folgt zu den Punkten Stellung:

1. Wahl der Vergabeart (Prüfbemerkung ohne Ziffer auf Seite 5)

Im Punkt Wahl der Vergabeart weisen Sie darauf hin, dass grundsätzlich ein Vorrang der öffentlichen Ausschreibung zu beachten ist. Hierzu verweist die Verwaltung auf den Runderlass zu "§ 25 GemHVO NRW (Kommunale Vergabegrundsätze)" vom 06.12.2012, zuletzt verlängert bis zum 31.12.2018 durch Erlass vom 26.11.2013 (MBL NRW. 2012 S. 725). Diese Regelung zur Beschleunigung von Investitionen wurde erstmals mit Runderlass vom 03.02.2009 für Kommunen in Kraft gesetzt. Sie soll der Vereinfachung der Vergabeverfahren dienen und beinhaltet die Erhöhung der Wertgrenzen für Freihändige Vergaben und Beschränkte Ausschreibungen. Insoweit verweise ich auch auf die Vorlage Drs.Nr. 101/13. Die Verwaltung sieht aber auch in diesem Zusammenhang zukünftig die Notwendigkeit um dem Anfordernis der Binnenmarktrelevanz gerecht zu werden, die öffentliche Ausschreibung in den Vordergrund zu stellen. Zudem ist festzustellen, dass Fachämter inzwischen trotz erhöhter Wertgrenzen eher von der Möglichkeit der öffentlichen Ausschreibung Gebrauch machen.

2. Kostenschätzungen (Prüfbemerkung 1)

Grundsätzlich stimmt die Verwaltung der Auffassung des RPA zu, dass der Kostenschätzung im Rahmen der Vorbereitung einer Ausschreibung besondere Bedeutung zukommt. Eine entsprechende Anpassung des Vergabevermerkes zur Dokumentationsverpflichtung wird veran-

lasst. Festzustellen ist jedoch, dass im Regelfall die Kostenschätzungen nicht stark von den Auftragssummen abweichen. Hierzu verweise ich auf die beigefügten Jahresstatistiken der ZVS der letzten beiden Jahre.

3. Produktneutralität (Prüfbemerkung 2)

In Bezug auf die Prüfbemerkung zur Produktneutralität verweise ich auf Ziffer 6.2 der Dienstanweisung über das Vergabewesen bei der Kreisverwaltung Düren. Darin ist geregelt, dass bei einem geschätzten Auftragswert von mehr als 10.000 € die fachlich zuständige Organisationseinheit sich ins Benehmen mit der ZVS setzen muss, wenn nicht produktneutral ausgeschrieben werden soll. Zudem ist im Vergabevermerk unter Ziffer 4 Leistungsbeschreibung unter der Rubrik Produktneutralität aufgeführt, dass bei einem nicht produktneutralen Leistungsverzeichnis eine Begründungs- und Dokumentationspflicht besteht, die über einem Auftragswert von 50.000 € netto auch eine Beteiligung des RPA erforderlich macht. Im Rahmen dieser Vorgehensweise wird die Prüfbemerkung aufgegriffen.

4. Umweltfreundliche und energieeffiziente Beschaffung (Prüfbemerkung 3)

Die Feststellungen des RPA im Prüfbericht zum Thema umweltfreundliche und energieeffiziente Beschaffung sind zutreffend. Mit Rundschreiben vom 08.05.2012 und 28.05.2013 wurde die Thematik durch die Verwaltung aufgegriffen. Derzeit ist seitens der Verwaltung für diesen Bereich ein Schreiben in Vorbereitung, dass die Fachämter nochmals für dieses Thema sensibilisieren soll. Gleichzeitig wird aber auch konstatiert, dass gerade dieser Bereich für die Fachämter mit sehr hohem Aufwand verbunden ist. Um allen Aspekten gerecht zu werden, bedarf es teilweise tiefgreifender Erkenntnisse. In diesem Zusammenhang erlaube ich mir den Hinweis auf die durch die Firma Kienbaum durchgeführte Evaluation des Tariftreue- und Vergabegesetzes, in der 72% aller Kommunen berichten, dass ihnen die Umsetzung des Tariftreue- und Vergabegesetzes NRW erhebliche Schwierigkeiten in der Praxis bereitet. Zudem ist festzuhalten, dass sich möglicherweise Vergaben hierdurch nicht unerheblich verteuern können. Gleichwohl wird die Verwaltung ihre diesbzgl. Bemühungen fortsetzen.

5. Binnenmarktrelevanz (Prüfbemerkung 4)

Wie bereits unter dem Punkt Wahl der Vergabeart ausgeführt, sieht die Verwaltung auch vor dem Hintergrund der Beachtung der Binnenmarktrelevanz die Notwendigkeit, die öffentliche Ausschreibung bzw

die Vorabveröffentlichung in den Vordergrund zu stellen. Derzeit sind konkrete Bestrebungen im Gange, im Rahmen einer Wertgrenzenregelung diese gesetzliche Forderung umzusetzen.

6. Nebenangebote (Prüfbemerkung 5)

Die Problematik der Nebenangebote wurde auch bereits durch die Verwaltung thematisiert. Derzeit entsprechen die aktuellen Bewerbungsbedingungen des Kreises die dem Vergabehandbuches des Bundes. Danach ist für den Unterschwellenbereich formuliert: "Sind an Nebenangebote Mindestanforderungen gestellt, müssen diese erfüllt werden; im Übrigen müssen sie im Vergleich zur Leistungsbeschreibung qualitativ und quantitativ gleichwertig sein. Die Erfüllung der Mindestanforderungen bzw. die Gleichwertigkeit ist mit Angebotsabgabe nachzuweisen".

7. Öffnung der Urkalkulation zur Nachtragsprüfung (Prüfbemerkung 6)

Die Formulierung der aktuellen Bewerbungsbedingungen entspricht dem Vergabehandbuch Bund 2014. Aus der Sicht der Verwaltung spricht nichts dagegen, diese im Sinne des Vorschlages des RPA zu ändern.

Im Rahmen der Vergabepfung hat die Rechnungsprüfung mit Bezug auf die Vorschriften und Erlasse an verschiedenen Punkten einen erhöhten Dokumentationsbedarf aufgezeigt.

Diesem berechtigten Anliegen steht in der Regel ein erhöhter Personalaufwand sowie eine Verlängerung der Zeitschiene für einzelne Vergabeverfahren gegenüber. Ein erhöhter Personalaufwand wiederum führt zu einem Kostenanstieg und die Verlängerung der Zeitschiene führt zumindest teilweise zu einer zeitlichen Verzögerung der einzelnen Projekte.

Die Verwaltung wird gemeinsam mit der Rechnungsprüfung auch in Zukunft versuchen, einen vertretbaren Konsens zwischen den berechtigten Belangen des Vergaberechts und den Grundsätzen von Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit zu finden.

Abschließende Bewertung durch die Rechnungsprüfung

zu 2)

Die Prüfbemerkung ist ausgeräumt. Bei den Vergaben über 50.000 € liegt der Anteil der wesentlichen Überschreitungen der Kostenschätzung bei VOB und VOL Vergaben im Rahmen von 20-50% und wird deshalb vom RPA als nicht unerheblich angesehen.

zu 3)

Die Prüfbemerkung ist ausgeräumt. Eine über die bereits festgelegten Regularien des Vergabevermerkes hinausgehende Dokumentation als Anlage zum Vergabevermerk, sowie eine präventive Einbindung des RPA werden empfohlen. Die im Bericht angesprochene Erweiterung der Ankreuzoptionen wird zur Umsetzung der Prüfbemerkung erwartet.

zu 4)

Die Prüfbemerkung ist ausgeräumt. Die angesprochene Verteuerung der Vergaben hat der Gesetzgeber wohl billigend in Kauf genommen, um weitreichendere Ziele zu verfolgen.

zu 5)

Diesbezüglich bittet das RPA um regelmäßige Sachstandsmitteilungen.

zu 6)

Die Antwort der Verwaltung wird zur Kenntnis genommen. Gleichwohl sollten die Bewerbungsbedingungen des Bundes auf ihre Aktualität hin überprüft und die Erfahrungen aus der täglichen Praxis mit einbezogen werden.

zu 7)

Die Prüfbemerkung ist ausgeräumt.