

Das Vergaberecht der öffentlichen Hand für Bieter 2011
„Vergabe-Spielregeln“ für Industrieunternehmen der Medizintechnologie im Krankenhaus

Modernisierung des Vergaberechts seit 2009
- Überblick über ausgewählte Neuerungen -

1. Gesetz zur Modernisierung des Vergaberechts (seit April 2009)
2. Ausgewählte Änderungen in der neuen VOL/A 2009 (seit Juni 2010)

Gesetz zur Modernisierung des Vergaberechts 2009

Ist am 24. April 2009 in Kraft getreten und gilt für alle Vergabeverfahren, die ab diesem Tag eingeleitet werden.

Die wichtigsten Änderungen auf einen Blick

- Stärkung der Verpflichtung zur Berücksichtigung mittelständiger Interessen → Pflicht zur Losvergabe → § 97 Abs. 3 GWB
- Änderung der Informations- / Warte- und Stillhaltefrist sowie Bieterinformation → § 101 a Abs. 1 GWB (vorher § 13 VgV)
- Unwirksamkeit sog. „de-facto-Vergaben“ → § 101 b Abs. 1 und 2 GWB
- Verschärfung der Rügepflicht der Bieter → § 107 Abs. 3 GWB

Gesetz zur Modernisierung des Vergaberechts 2009

1) Pflicht zur Losvergabe

- § 97 Nr. 3 GWB -

– Bisher –

- mittelständische Interessen sind vornehmlich durch Teilung der Aufträge in Fach- und Teillose ¹⁾ angemessen zu berücksichtigen

– NEU –

- Aufteilung in Fach- oder Teillose¹⁾ wird grundsätzlich vorgeschrieben, es sei denn, wirtschaftliche oder technische Gründe **erfordern** ²⁾ eine gemeinsame Vergabe
- Losvergabe ist einklagbare Pflicht geworden

Für den Bieter: eine Gesamtvergabe ist nicht mehr ohne Weiteres möglich !!!
(effektive Möglichkeit für erfolgreiche Rügen und Nachprüfungsverfahren)

- 1) d. h. Aufteilung der Leistung in mehrere Leistungsteile (Lose)
→ Fachlos = getrennt nach Art oder Fachgebiet; → Teillos = Aufteilung der Menge
- 2) „...**dies erfordern**“ → Begründung bzw. Einzelfallbetrachtung notwendig (Dokumentation)

Gesetz zur Modernisierung des Vergaberechts 2009

1) Pflicht zur Losvergabe (§ 97 Nr. 3 GWB)

NEU → §§ 2, 2 EG VOL/A

Grundsatz: → keine marktunübliche Trennung ¹⁾ der Aufträge in Einzelteile

Gründe um von einer Losaufteilung abzusehen – z.B. ²⁾

- Unverhältnismäßige Kostennachteile
- Beträchtlicher Mehraufwand oder erhebliche technische Risiken ³⁾
- Starke Verzögerung eines Vorhabens
- Verringerter Koordinierungsaufwand
- Erleichterte Durchsetzung von Gewährleistungs- / Garantieansprüchen
- Unwirtschaftliche Zersplitterung infolge einer Aufteilung
- Auftragswert ist so gering, dass von vornherein eine Beteiligung mittelständischer Unternehmen möglich ist

1) marktunüblich → z.B. Fenster in Rahmen, Scheiben, Griffe und Beschläge trennen;
marktüblich → z.B. Computer trennen nach Rechner, Eingabegeräten und Monitor

2) Anhang IV – Erläuterungen zur VOL/A 2009; 3) OLG Düsseldorf, Beschl. V. 08.0904, VergabeR 2005,107



Gesetz zur Modernisierung des Vergaberechts 2009

2) Informations- und Wartepflicht / Bieterinformation - § 101a GWB

– Bisher –

- (§ 13 Vergabeverordnung)
- Eine Informationspflicht bestand nur gegenüber den Bietern im Vergabeverfahren
 - eine Information der Bewerber, (über Ablehnung ihrer Bewerbung ²⁾), war vor Mitteilung über die Zuschlagserteilung nicht nötig

– NEU –

- Informationspflicht nun auch gegenüber Bewerbern (→ s. Teilnahmewettbewerb)
- Wartefrist von 14 auf 15 Tage ¹⁾ verlängert (Postversand)
- Verkürzung auf 10 Tage bei Versand per Fax oder elektronischen Wege
- „Gründe“ der Nichtberücksichtigung (bisher „Grund“)
- „Frühester Zeitpunkt des Vertragsschlusses“

1) Kalendertage; 2) im Rahmen eines öffentlichen Teilnahmewettbewerbes



Gesetz zur Modernisierung des Vergaberechts 2009

2) Informations- und Wartepflicht / Bieterinformation - § 101a GWB

Wer ist zu informieren:

- betroffene **Bieter**, deren Angebote nicht berücksichtigt werden sollen,
- **Bewerber**, denen keine Information über Ablehnung ihrer Bewerbung (im Rahmen eines Teilnahmewettbewerbes) zur Verfügung gestellt wurde

Inhalt der Informationspflicht:

- **Name des Bieters**, dessen Angebot angenommen werden soll;
- **Gründe der vorgesehenen Nichtberücksichtigung** (bisher „Grund“)
- **Frühester Zeitpunkt des Vertragsschlusses (- Neu -)**

Rechtsfolge bei Verstoß (§ 101b GWB):

Unwirksamkeit des Vertrages bei Vertragsabschluß

- vor Ablauf dieser Informations- und Wartefrist oder
- ohne dass die Information erteilt worden und die Frist abgelaufen ist

Gesetz zur Modernisierung des Vergaberechts 2009

3) Unwirksamkeit sog. De-facto-Vergaben - § 101b Abs.1 Nr. 2 GWB

- Bisher -

- Begriff steht für Konstellationen, in denen Auftraggeber einen Auftrag ohne Ausschreibung und förmliches Vergabeverfahren vergibt, obwohl er hierzu gesetzlich verpflichtet wäre (→ vergaberechtswidrige Verträge)
- Dieses Vorgehen = schwerster Verstoß gegen das Vergaberecht, bislang ohne ernsthafte Konsequenzen (maximal Schadensersatzansprüche)

Warum ? War der Vertrag wirksam geschlossen, existierte kein vergaberechtlicher Rechtsschutz mehr (Grundsatz: pacta sunt servanda)

- Ein Nachprüfungsrecht gab es nur für Wettbewerber, die ihr Interesse am Auftrag, vor Vertragsabschluss dem Auftraggeber angezeigt hatten !

Gesetz zur Modernisierung des Vergaberechts 2009

3) Unwirksamkeit sog. De-facto-Vergaben - § 101b Abs.1 Nr. 2 GWB 2/2

- NEU -

- Ein **Vertrag**, ist von Anfang an (rückwirkend) **unwirksam**, und kann angefochten werden), **wenn** der Auftraggeber
 - gegen die Informations- / Wartepflicht verstoßen hat (→ § 101a GWB)
 - einen öffentlichen Auftrag unmittelbar an ein Unternehmen erteilt, ohne andere Unternehmen am Vergabeverfahren zu beteiligen und
- **Unwirksamkeit** muss im Nachprüfungsverfahren (-NP-) **festgestellt** werden
 - a) innerhalb von 30 Kalendertagen ab Kenntnis des Verstoßes
 - b) jedoch nicht später als 6 Monate nach Vertragsschluss
 - c) bei Bekanntmachung der Auftragserteilung im EU-Amtsblatt binnen 30 Tagen nach Veröffentlichung der Bekanntmachung

→ **Auftraggeber ist spätestens nach 6 Monaten vor einem NP sicher**



1. Gesetz zur Modernisierung des Vergaberechts 2009

4) *Verschärfung der Rügeobliegenheit* - § 107 Abs. 3 Nr. 4 GWB
 → wenn der Auftraggeber einer Rüge nicht abhelfen will

- Bisher -

- Bisher konnten die Bieter nach Einreichung einer Rüge in aller Ruhe den Ausgang des Vergabeverfahrens abwarten

- NEU -

- Teilt der Auftraggeber in einem laufenden Vergabeverfahren auf eine Rüge des Bieters mit, dass er dieser nicht abhelfen will, muss der Bieter innerhalb von 14 Tagen einen Nachprüfungsantrag stellen
- Nach Ablauf der Frist ist ein Antrag (zu diesem Fehler) unzulässig

Für den Bieter:

- „Rügen auf Vorrat“ oder „Sammeln von Rügen“ wird für Bieter zwecklos
- bei negativer Antwort auf Rügeschreiben → Nachprüfungsantrag ??



1. Gesetz zur Modernisierung des Vergaberechts 2009

4) *Verschärfung der Rügeobliegenheit* - § 107 Abs. 3 Nr. 1-3 GWB 2/3
 b) Rüge von „in den Vergabeunterlagen erkennbaren Verstößen“

- Bisher -

Ein NP-Antrag war unzulässig, wenn:

- der Bieter den gerügten Verstoß ¹⁾ im Verfahren **erkannt** und nicht unverzüglich gerügt **hat**;
- Verstöße die aus der Bekanntmachung erkennbar waren, nicht spätestens bis Ablauf der Angebots- oder Bewerbungs- frist gerügt wurden

- NEU -

Ein NP-Antrag ist unzulässig, wenn

- Verstöße ¹⁾ die in den Vergabeunterlagen **erkennbar sind**, nicht spätestens bis zum Ablauf der Angebots- oder Bewerbungs- frist gerügt werden

Problem für den Bieter: Wann ist für den Bieter ein Fehler „erkennbar“ ?
 → nach herrschender Meinung gilt ein „subjektiver Maßstab“;
 d.h. es kommt auf die individuellen Möglichkeiten des Bieters an

1) gegen Vergabevorschriften; NP = Nachprüfungsantrag

1. Gesetz zur Modernisierung des Vergaberechts 2009

4) Verschärfung der Rügeobliegenheit - § 107 Abs. 3 Nr. 1-3 GWB 3/3 b) Rüge von „in den Vergabeunterlagen erkennbaren Verstößen“

- gilt nur für Fehler / Verstöße, die sich direkt aus den Vergabeunterlagen ergeben, z.B.
 - Mehrdeutigkeit der Leistungsbeschreibung
 - Verstoß gegen produktneutrale Beschreibung
 - unzulässige Zuschlagskriterien
 - intransparenter Verfahrensablauf etc.

- Betrifft nicht Fehler / Verstöße,
 - die sich erst im Laufe des Verfahrens ergeben (→ z.B. Wertungsfehler)

Fazit Bieter: → Vergabeunterlagen zukünftig noch akribischer prüfen

2. Änderungen durch Neufassung der VOL/A – VOL/A 2009

ausgewählte inhaltliche Änderungen der VOL/A 2009

- **Grundsatz bzw. Verpflichtung zur Losvergabe** (§§ 2, 2 EG VOL/A)
Losvergabe ist der Regel- und Gesamtvergabe der begründungspflichtige Ausnahmefall (insbesondere oberhalb der Schwellenwerte)

- **Wettbewerb – Anzahl von Angeboten** (§ 3 VOL/A)
→ bei Beschränkter Ausschreibung und Freihändiger Vergabe sollen mehrere (mind. 3) Bewerber zur Angebotsabgabe aufgefordert werden
→ in zwei Ausnahmefällen der Beschränkten Ausschreibung sind öffentliche Teilnahmewettbewerbe vorzuschalten

- **Leistungsbeschreibung** (§§ 7, 8 EG VOL/A)
→ Verzicht auf Gleichwertigkeitsgrundsatz bei Vorliegen eines sachlichen Grundes (zulässige Ausnahme von der produktneutralen Leistungsbeschreibung)
Achtung: Für EU-weite Vergaben (Abschnitt 2, § 8 EG Abs. 5) fehlt diese Regelung !!
→ Gewährleistung exakter Preisermittlung → ersatzlos gestrichen
→ Verbot der Aufbürdung ungewöhnlicher Wagnisse → ersatzlos gestrichen (nicht kalkulierbare Risiken)

Leistungsbeschreibung (- LB -)

Welche (sachlichen) Gründe rechtfertigen eine Produktvorgabe ohne den Zusatz „oder gleichwertiger Art“

„ [...] wenn der Auftraggeber Erzeugnisse oder Verfahren mit unterschiedlichen Merkmalen zu bereits bei ihm vorhandenen Erzeugnissen oder Verfahren beschaffen müsste und dies mit unverhältnismäßig hohem finanziellen Aufwand oder unverhältnismäßigen Schwierigkeiten bei Integration, Gebrauch, Betrieb oder Wartung verbunden wäre.“ → § 7 Abs. 4, S. 2 VOL/A

Praxisbeispiele:

- Krankenhaus hat 50 identische HP-Server; der 51 Server soll produktneutral beschafft werden
Problem: → techn. Einbindung + Schulung des Personals „fressen“ jede Wirtschaftlichkeit auf
- Nach- bzw. Folgebeschaffungen von Standard-Software bei vorhandenen „Hausstandards“
Problem: → Alternativprodukt führt zu techn. Unvereinbarkeiten bei Betrieb oder Wartung

Achtung: 1. Es ist „nur“ eine Ausnahme im „Ausnahmefall 2“ und gilt nicht für den EU-Bereich
2. Verpflichtung zur Dokumentation der Begründung für Einkäufer !!!

Leistungsbeschreibung (- LB -)

Weitere anerkannte Gründe im Einzelfall
(objektive Anforderungen, die sich aus Auftragsgegenstand ergeben)

- **Technische Zwänge** z.B. technische Unvereinbarkeit bei Lieferantenwechsel, unverhältnismäßige technische Schwierigkeiten bei Gebrauch und Wartung ¹⁾
- **Zweckmäßigkeitserwägungen** z.B. einheitlicher Wartung; aber: „die Ausschreibung eines bestimmten Produktes zur Vereinfachung von Wartungsarbeiten und Ersatzteilbeschaffung“ war im Einzelfall nicht ausreichend ³⁾
- **Kostengründe** z.B. wenn Aufwand in Bezug auf Ersatzteilkhaltung, Mitarbeiterschulung und Wartungsarbeiten nicht mehr im vertretbaren Rahmen bleibt ²⁾
- **Kompatibilität** der Neubeschaffung mit vorhandenen und eingesetzten Geräten
- **Ausschluss eines Schnittstellenrisikos**

Nicht anerkannt → subjektive Erwägungen, z.B. „ guten Erfahrungen Vergangenheit...“

1) VK Südbayern, Beschl. v. 19.10.04; 2) BayObLG, Beschl. V. 15.09.0-Verg 026/034; 3) VK Hessen, Beschl. v. 11.12.06 (69d VK 60/06)

2. Änderungen durch Neufassung der VOL/A – VOL/A 2009

ausgewählte inhaltliche Änderungen der VOL/A 2009

- **Bagatellgrenze 500,00 EURO** (§ 3)
→ Leistungen bis zu einem Auftragswert von 500,00 € können ohne ein Vergabeverfahren beschafft werden („Direktkauf“)
- **Rahmenvereinbarungen** (§ 4)
→ Definition „Rahmenvereinbarungen“ nun auch bei nationalen Vergaben
- **Eignungsnachweise** (§§ 6, 7 EG)
→ Eigenerklärungen ausreichend ; Abweichungen müssen begründet werden
- **Nachfordern von Nachweise und Erklärungen** (§§ 16, 19 EG)
→ Fehlende Erklärungen und Nachweise können unter Terminvorgabe nachgefordert werden – gilt auch bei unwesentlichen Einzelpositionen von Preisangaben

2. Änderungen durch Neufassung der VOL/A – VOL/A 2009

ausgewählte inhaltliche Änderungen der VOL/A 2009

- **Bekanntmachungen** (§ 12)
→ Bekanntmachungen im Internet müssen zentral über die Suchfunktion des Internetportals „www.bund.de“ ermittelt werden können
- **Zuschlagskriterien** (§ 8)
→ Bekanntmachung der Zuschlagskriterien auch bei nationalen Vergaben
→ vollständige Berücksichtigung bei Angebotswertung und Entscheidung über den Zuschlags (§ 16, Abs. 7, 8)
- **Nebenangebote** (§ 8)
→ Zulassung nur mit Ankündigung in Bekanntmachung oder Vergabeunterlagen (fehlt eine Angabe → keine Zulassung)
- **Nicht berücksichtigte Angebote, Informationen** (§ 19)
→ Bieter erhalten auf Antrag den Namen des erfolgreichen Bieters.
→ Informationspflichten bei bestimmten Vergabearten (ex-post-Transparenz bei Beschränkter Ausschreibung und Freihändiger Vergabe)



§ 19 VOL/A – Informationspflichten bei bestimmten Vergabearten

- NEU -

Informationspflicht bei Beschränkter Ausschreibung und Freihändiger Vergabe ohne Teilnahmewettbewerb

- NEU -

§ 19 Abs. 2-3 VOL/A 2009

Um zu vermeiden, dass aufgrund "guter Beziehungen" immer die gleichen Auftragnehmer zum Zuge kommen, sind öffentliche Auftraggeber verpflichtet, „für die Dauer von drei Monaten über jeden vergebenen Auftrag ab einem Auftragswert von 25.000 Euro ohne Umsatzsteuer“ zu informieren.

- Inhalt:**
- Adressdaten Auftraggeber + Name des Auftragnehmers
 - Vergabeart
 - Art + Umfang der Leistung + Zeitraum Leistungserbringung

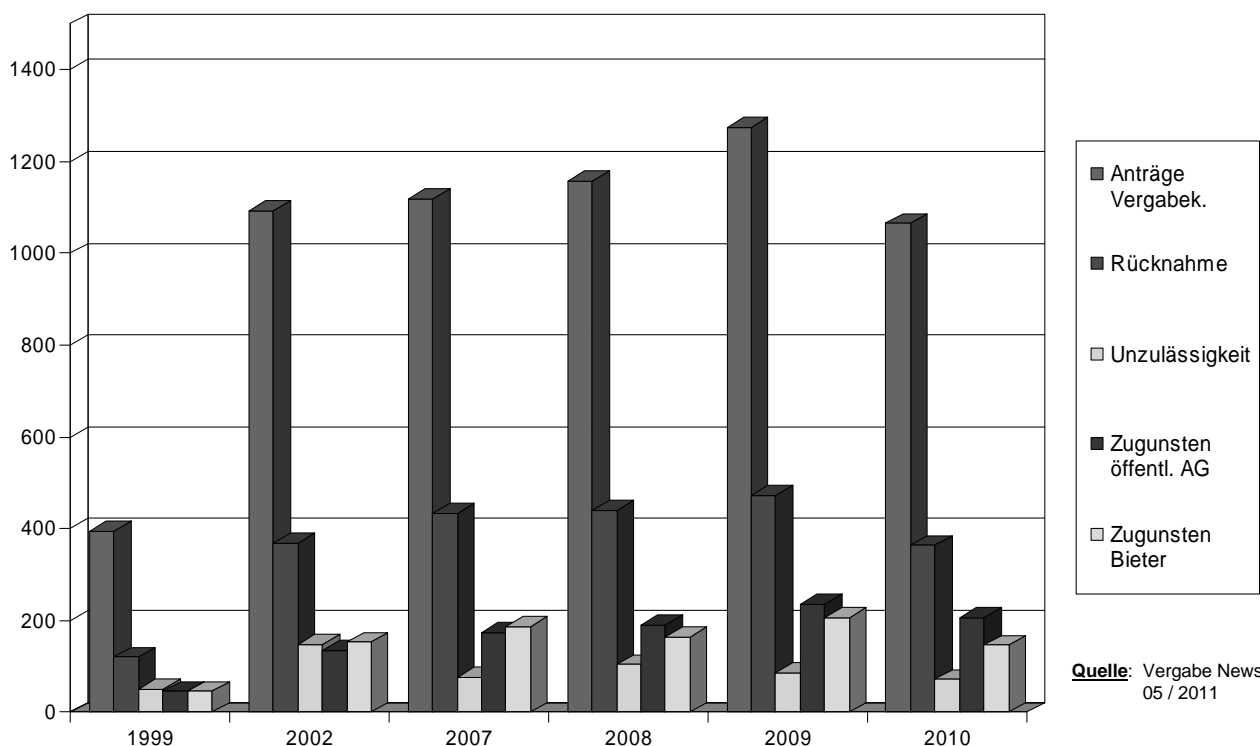
Wo und wie? : → auf Internetportalen oder ihren Internetseiten

Ausnahmen : → bei widerstreitendem öffentlichen oder Geschäftsinteresse

Problem : → Was, wenn z.B. ein Krankenhaus über noch keinen Internetauftritt verfügt ? → Befreiung von der Transparenzpflicht ?



Umfang und Erfolg von Nachprüfungsverfahren (1)



Quelle: Vergabe News 05 / 2011

Informationen zum Referenten

Name: *Elko Wischnewski* → www.vergabe-wischnewski.de

Ausbildung:

- Studium Biomedizinische Gerätetechnik (Dipl.–Ing. FH), Jena
- Ökonomie – Studium (Dipl.–Ökonom), Berlin

Berufliche Entwicklung:

- 1990 – 1993 Vertriebs Erfahrung (Vertriebsingenieur) auf dem Gebiet der Medizintechnik / Medizinprodukte;
- 1994 – 2001 Leiter Einkauf / Materialwirtschaft; Auguste – Viktoria – Klinikum, Berlin
 - daneben zeitweise Mitarbeit im VOL– Arbeitskreis der Einkaufsgemeinschaft kommunaler Krankenhäuser im Deutschen Städtetag (EKK e.G);
- 2002 – 2007 Referatsleiter Versorgungsmanagement Medizintechnik und VOL – Ansprechpartner im Ressort Einkauf – Logistik – Apotheke (-ELA-), Vivantes GmbH
- Mai 2007 - 2010 Leiter Vergabestelle ELA, Vivantes GmbH
- Seit Nov. 2010 Zentrale Vergabestelle, Vivantes GmbH

Ende !

Hinweis des Referenten:

Die in den vorliegenden Unterlagen enthaltenen Angaben und Informationen stellen keine anwaltsrechtliche Rechtsberatung dar. Für die Richtigkeit und Vollständigkeit wird keine Haftung übernommen. Die Unterlagen unterliegen in ihrer inhaltlichen Gesamtheit, ihrer Gestaltung und ihrem Format dem Urheberrecht des Referenten. Abdruck, Vervielfältigung – auch auszugsweise – bedürfen der vorliegenden schriftlichen Genehmigung des Referenten.