



Erfolgreiche Bieterstrategien im Ausschreibungsprozess

10. Kölner Vergabetage
Dr. Christoph Kins
Fachanwalt für Vergaberecht
Leipzig



Gliederung

- 1) Rechtsschutz – ein Parforceritt in 5 Minuten
- 2) Strategie „Kampf“
 - a) Inhalt
 - b) Zielgruppe
 - c) Mittel
 - d) Unterarten
 - a) Schrotflinte
 - b) Blattschuss
 - e) Geeignete Ausschreibungen
 - f) Gegenstrategien des Auftraggebers



Gliederung

- 3) Strategie „Kuscheln“
 - a) Inhalt
 - b) Zielgruppe
 - c) Mittel
 - d) Unterarten
 - a) Verstehen, loben und schleimen
 - b) Schuldigkeit
 - c) Quengeln und weinen
 - d) Folgenlos drohen
 - e) Geeignete Ausschreibungen
 - f) Gegenstrategien des Auftraggebers
- 4) Strategie „Schweigen“
 - a) Inhalt
 - b) Zielgruppe
 - c) Mittel
 - d) Geeignete Ausschreibungen
 - e) Gegenstrategien des Auftraggebers



Rechtsschutz – ein Parforceritt in 5 Minuten

- Präventiver Rechtsschutz (Der Zuschlag ist noch nicht erteilt)
 - Bieterfrage: Rügevermeidende oder rügeersetzende Wirkung
 - Bieterfrage: strenge Fristvorgaben in § 160 Abs. 3 GWB, geringe Kosten
 - Nachprüfungsverfahren: zwei Instanzen idR möglich, höhere Kosten
- Repressiver Rechtsschutz (Der Zuschlag ist erteilt)
 - Ersatz des negativen Interesses: Der Bieter wird so gestellt, als hätte er sich nie mit der Ausschreibung befasst (z.B. Anwaltskosten, Angebotserstellungskosten)
 - Ersatz des positiven Interesses: Der Bieter wird so gestellt, als hätte er den Zuschlag erhalten (Umsatz abzüglich auftragsabhängige Kosten)

Strategie „Kampf“



„I am reality“ (Barnes, in: Platoon)

- Inhalt: Eine sich u.U. auch erst abzeichnende negative Vergabeentscheidung wird nicht hingenommen, sondern bekämpft.
- Zielgruppe:
 - Bestandleistungserbringer bei Dauerverträgen (z.B. Bewachung, Reinigung)
 - Zu Unrecht ausgeschlossene Erstplatzierte oder Zweitplatzierte, die den Ausschluss des Erstplatzierten geltend machen
 - Systemkritiker
 - „Too big to fail“
- Mittel:
 - Bestandleistungserbringer bei Dauerverträgen
 - Praxis: meist sehr späte Rügen (nach Erhalt Absageschreiben), ggf. Nachprüfungsantrag
 - Besser: ggf. frühe Rüge, also vor Ablauf der Angebots- bzw. Teilnahmeantragsfrist, ggf. späte Rüge (abhängig von Entscheidungspraxis der VK und der Fehlerkategorie); beinahe immer sinnvoll: Nachprüfungsantrag
 - Erstplatzierte, der zu Unrecht ausgeschlossen wurde, und Zweitplatzierte, der Ausschluss des Erstplatzierten verlangt
 - Rüge nach Kenntniserlangung von Ausschlussgrund, ggf. Nachprüfungsantrag
 - Alternativ: „Gott schweigt, und die Welt dreht sich um ihn“ => Schadensersatz
 - Systemkritiker
 - Frühe Rüge, frühes Nachprüfungsverfahren
 - „Too big to fail“
 - Ständiges Abwägen zwischen früher Rüge und Bieterfrage, da Streitvermeidung anfangs im Vordergrund steht
 - Sicherster Weg: frühe Rüge, ggf. frühes Nachprüfungsverfahren



Strategie „Kampf“

- Unterarten:
 - Schrotflinte: „Alles, was angegriffen kann, wird angegriffen“
 - Passt zu: Bestandleistungserbringer; Systemkritiker; Bieter, für den der Auftrag „too big to fail“ ist
 - Blattschuss: „Wenn der nicht sitzt, lass ich es gut sein“
 - Passt zu: Erstplatzierte, der zu Unrecht ausgeschlossen wurde; Zweitplatzierte, der Ausschluss des Erstplatzierten verlangt; Bieter, für den der Auftrag „too big to fail“ ist
- Geeignete Ausschreibungen
 - Dauerverträge (Reinigung, Bewachung, Grünpflege, Winterdienst, IT-Dienstleistung, Bauunterhalt, Arzneimittellieferung etc.) [Bestandleistungserbringer]
 - „Besondere Ausschreibungen“ (im Graubereich eines Ausnahmestatbestands, System-Ausschreibungen etc.) [Systemkritiker]
 - 100%-Preisausschreibungen (Bau- und Lieferleistungen) [Erst- bzw. Zweitplatzierte]
 - „Jabba the hood“-Ausschreibungen (hohe Auftragswerte, hohe Auslastung, enger Sektor) [„too-big-to-fail“-Bieter]



Strategie „Kuscheln“

„Mr. Collins was eloquent in her praise“ (Jane Austen, Pride and Prejudice)

- Inhalt: Eine positive Vergabeentscheidung soll „erkuschelt“ werden
- Zielgruppe:
 - Bieter, die mit dem Auftraggeber bereits eine hochwertige Geschäftsbeziehung *unabhängig vom konkreten Auftrag* unterhalten
 - Bieter, die sich um Aufträge mit *weichen* Zuschlagskriterien bewerben
- Mittel:
 - Marktbearbeitung vor der Vergabe („jour fixe“, „Markterkundung“, „Branchentreff“, „Arbeitskreis“)
 - Hinweise auf „unparteiische“ Drittveröffentlichungen, um Konkurrenz madig zu machen
 - Bieterfragen
 - Trotz § 160 Abs. 3 Nr. 1 GWB rügevermeidende und rügeersetzende Bieterfragen
 - Trotz § 160 Abs. 3 Nr. 2, 3 GWB Rügeunterlassung
 - Selten: Rüge, noch seltener: Nachprüfungsantrag

Strategie „Kuscheln“



- **Unterarten:**
 - Verstehen, loben und schleimen: „Tolle Ausschreibung“, „Vorausschauende mutige Entscheidung“, „Das ging schnell“, „Das war eindeutig“, „Wir haben uns erst mal zusammengesetzt und uns überlegt, wie wir Ihre hohen fachlichen Anforderungen am besten erfüllen können“, „Haben wir Sie richtig verstanden, dass ... und dass ... ?“, „Wie Sie aus unserer Sicht weiterhin richtig ausführen, dass ...“
 - Schuldigkeit erzeugen: „Könnten Sie die folgenden Punkte klarstellen? (1) Auf S. 13 der Leistungsbeschreibung steht „Zwei Server“, in den Zuschlagskriterien (Zeile 14) steht „drei Server“. Wir nehmen an, es sind zwei Server gemeint. Trifft unser Verständnis zu? Vielen Dank. (2) ...“
 - Quengeln und Weinen: „Sie haben zuerst festgelegt, dass drei Schränke zu liefern sind. Jetzt haben Sie entschieden, dass zwei Spinte zu liefern sind. Wir mussten daher neue Preise bei unserem Händler anfragen, was sehr viel Zeit gekostet hat.“
 - Folgenlos drohen: „Auch wenn es uns sehr unangenehm ist, kündigen wir schon jetzt rechtliche Schritte an.“

Strategie „Kuscheln“



- Geeignete Ausschreibungen
 - Ausschreibungen, die an bekannten und bewährten Bietern mit guten vertrieblichen Kontakten ausgerichtet sind
 - Indizien: z.B. kurze bis launische Antworten auf Bieterfragen, kurze Fristen, verdeckte Produktspezifika (v.a. im B-Bereich)
 - Ausschreibungen mit weichen Kriterien
 - Indizien: z.B. Leistungsprogramm-Ausschreibung, hoher Qualitätsanteil, viel Konzeptbewertung, grobe Bewertungsskala (nur 3-4 Notenstufen), viel Auftraggeber-Spielraum bei der Bewertung



- **Gegenstrategien des Auftraggebers**

- Ausschreibungen, die an bekannten und bewährten Bietern mit guten vertrieblichen Kontakten ausgerichtet sind
 - AG möchte „angekuschelt“ werden, also keine Gegenstrategie
 - Rechtlich natürlich **bedenklich**
- Ausschreibungen mit weichen Kriterien
 - **Kompensation** inhaltlicher Freiheiten durch strenges Verfahren
 - **Hohes Maß an Verfahrensgerechtigkeit** (z.B. sauber dokumentierte Markterkundung, regelmäßige Anhörung betroffener Bieter zu Drittvorhalten betreffend diese Bieter)



Strategie „Schweigen“

„Gott schweigt und die Welt dreht sich um ihn“ (Gottfried Keller, Der grüne Heinrich)

- Inhalt: Eine positive Vergabeentscheidung soll als Überraschungserfolg „aus dem Nichts“ erzielt werden.
- Zielgruppe
 - Außenseiter mit starkem Angebot (niedriger Preis, anderer USP)
- Mittel
 - Keine Website
 - Keine Marktbearbeitung im Vorfeld
 - Keine Bieterfragen
 - Keine Rügen
 - Keine nicht-geforderten Anschreiben, Begleitdokumente etc.
 - **Aber:** formal sauberes Angebot ohne Nachforderungs- und Aufklärungsbedarf, exzellente Erfüllung der Zuschlagskriterien zumindest in mancher Hinsicht
- Geeignete Ausschreibungen
 - Ausschreibungen, die Dornröschen-Markt oder oligopolistischen Markt ansprechen
 - Ausschreibungen, die an bekannten und bewährten Bietern mit guten vertrieblichen Kontakten ausgerichtet sind
 - Ausschreibungen, die zu schlechter Zeit kommen, z.B. zeitlich deutlich vor oder nach der Akquisephase der meisten Unternehmen
- Gegenstrategien des Auftraggebers
 - Nicht möglich (und auch nicht nötig)



Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit!

abante Rechtsanwälte Kins Lohmann PartG mbB

Lessingstraße 2

04109 Leipzig

Telefon: +49 (0) 341 910284-05

Telefax: +49 (0) 341 910284-06

E-Mail: info@abante.eu

Internet: www.abante.eu



Disclaimer

Für die Richtigkeit und Vollständigkeit der Inhalte dieser Präsentation kann keine Haftung übernommen werden. Die Unterlagen enthalten nur allgemeine Hinweise und keine verbindlichen Aussagen zu rechtlichen Einzelsachverhalten. Letztere sind von Fall zu Fall verschieden und setzen eine individuelle rechtliche Prüfung voraus. Es gilt nur das gesprochene Wort.