

***Fachvortrag mit Praxisbeispielen:
Bieterfragen und Rügen richtig
einsetzen!***

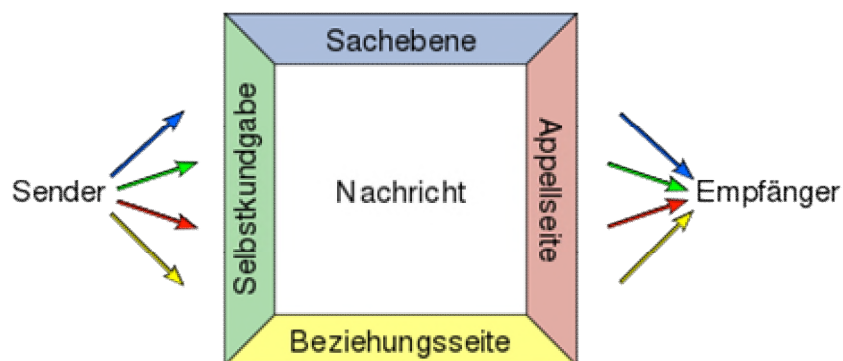
abante Rechtsanwälte Kins Lohmann PartG mbB
Lessingstraße 2, D-04109 Leipzig
Telefon: +49 341 23820300
Telefax: +49 341 23820329
info@abante.de
www.abante.de

Gliederung

- I. Einführung
- II. Bieterfragen
- III. Bieterrügen

Bieterfrage

- Eine **Bieterfrage** ist eine Frage,
 - die ein Bieter in einem Vergabeverfahren/in einer Ausschreibungsprozedur stellen kann an den Auftraggeber,
 - und die (zumindest in öffentlichen Vergabeverfahren) an alle anderen Bieter anonymisiert mit einer Antwort weitergeleitet wird
- Wann hat eine Bieterfrage **Sinn**?
 - Häufige Begründung: Aufklärung von Widersprüchen, Unklarheiten, Rechtsfehlern in den Vergabeunterlagen
 - Die Wahrheit ist weitaus komplexer ...



<https://de.wikipedia.org/wiki/Vier-Seiten-Modell>

Bieterfrage

„Sind auch Monitore mit mehr als 17 Zoll Bildschirmdiagonale erlaubt?“ (angelehnt an Ferber, Bieterstrategien im Vergaberecht, Köln 2015)

Selbstkundgabe: „Ich habe einen Monitor im Angebot mit mehr als 17 Zoll Bildschirmdiagonale“

Nicht klug: „Sind auch Monitore mit 19 Zoll Bildschirmdiagonale erlaubt?“

[Denn jetzt weiß jeder, was Sie im Angebot haben]

Sachebene: „Es ist unklar (und deshalb frage ich jetzt), ob auch Monitore mit mehr als 17 Zoll Bildschirmdiagonale erlaubt sind.“

Nicht klug: „Ich frage, weil die Vergabeunterlagen an dieser Stelle unklar sind.“

[Kein „Blame Game“]

Appellseite: „Gib bitte rechtzeitig Auskunft!“

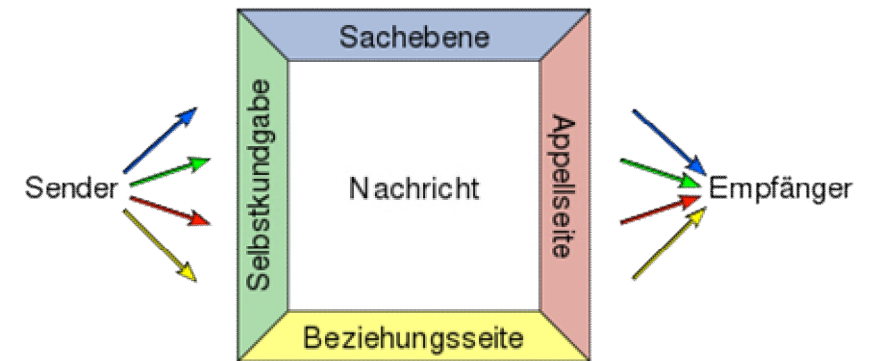
Nicht klug: „Überarbeite deine Vergabeunterlagen!“

[Das weiß der AG selbst]

Beziehungsseite: „Ich bin gelassen und interessiert und betrachte dich als ebenbürtigen, neutralen Antwortgeber.“

Nicht klug: „Wie besprochen“, „Beim letzten Mal“

[Kontakte Bieter-AG können die Vergabe gefährden]



Bieterfrage

Zeitpunkt:

Bieterfrage erfolgt kurz vor Ende der Angebotsabgabefrist. AG korrigiert Unterlagen.

Folge:

„Bieterfragen können bis kurz vor Ablauf der Angebotsfrist gestellt werden. Wenn erst kurz vor Ablauf der Angebotsfrist eine Unklarheit auftaucht, die berechtigterweise Defizite aufdeckt, kann der Auftraggeber die Beantwortung und die Veröffentlichung nicht einfach mit dem Argument ablehnen, die Frage sei zu spät gestellt worden. In einer solchen Sachlage steht die Möglichkeit zur Verlängerung der Angebotsfrist zur Verfügung und ist zu ergreifen. Beantwortet der Auftraggeber eine Bieterfrage, hat er Bieteröffentlichkeit herzustellen“ (VK Bund, Beschluss vom 27.01.2017 - VK 2-131/16)

- Fragen und Antworten sind allen Bietern zur Verfügung zu stellen, egal, wann sie eingehen.
- Wenn die Fragen auf eine Unklarheit abzielen, gilt die Fragefrist nicht.
- Wer sich als Bieter unbeliebt machen will, fragt ein oder zwei Tage vor Ablauf der Angebotsfrist.
- Auftraggeber müssen an § 20 Abs. 3 S. 1 VgV denken und Angebotsfristverlängerung, wenn zusätzliche Informationen „trotz rechtzeitiger Anforderung durch ein Unternehmen nicht spätestens sechs Tage vor Ablauf der Angebotsfrist zur Verfügung gestellt werden“
 - Bieter müssen Zeit haben, die Antwort zur Kenntnis zu nehmen

Bieterfrage

Form:

Bieterfrage wird per E-Mail gestellt und nicht über Vergabeplattform. AG antwortet nicht.

Folge:

§ 11 Abs. 2 VgV: „Der öffentliche Auftraggeber verwendet für das Senden, Empfangen, Weiterleiten und Speichern von Daten in einem Vergabeverfahren ausschließlich solche elektronischen Mittel, die die Unversehrtheit, die Vertraulichkeit und die Echtheit der Daten gewährleisten.“

E-Mail? (-)

Bieterfrage wirksam gestellt? Wenn in den Vergabeunterlagen steht, dass die Kommunikation über die Vergabeplattform erfolgt, möglicherweise Nein (vgl. VK Sachsen, Beschluss vom 14.04.2023, 1 / SVK / 003 – 23)

Bieterfrage

Inhalt:

Bieter 1 bittet um Erläuterung, wie eine bestimmte Vorgabe zu verstehen sei. Denn die bisherigen Erläuterungen und Definitionen seien „unklar und diskriminierend“. Frage oder Rüge?

Folge:

Sehr oft kommt Rüge im Gewand einer Bieterfrage daher

- Rügeersatzfunktion der Bieterfrage
- Gründe unterschiedlich, häufig „Höflichkeit“ oder „Angst, AG zu verärgern“

Unterschied Frage-Rüge oftmals rechtserheblich

- Nur die Rüge erfüllt die Obliegenheit nach § 160 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 bis 3 GWB
- Nur die ablehnende Antwort auf eine Rüge setzt die 15-Tages-Frist nach § 160 Abs. 3 S. 1 Nr. 4 GWB in Gang
- Die Rüge ist individuell zu beantworten, die Bieterfrage ist allen anonymisiert mitzuteilen und für alle anonymisiert zu beantworten

Kernunterscheidung: Liegt vom Schwerpunkt her eine Beanstandung als vergaberechtswidrig und die Aufforderung, diesen Rechtsverstoß zu beenden, vor?

- Wenn ja: Rüge
- Wenn nein: Frage

Bieterfrage

Frist:

Die Bieterfrage geht 1 Tag nach Ablauf der „Fragefrist“ ein, die der AG in den Vergabeunterlagen bekannt gegeben hat. Die Frage bleibt unbeantwortet.

Folge:

Sehr oft: Reine Soll-Frist

- Dann empfehlenswert, dass Bieter kurz erläutert, warum die Frist nicht beachtet werden konnte

Muss-Frist

- Zulässig: OLG Saarbrücken, Beschluss vom 18.05.2016 - 1 Verg 1/16; VK Sachsen, Beschluss vom 24.04.2008 - 1/SVK/015-08; VK Bund, Beschluss vom 05.12.2016 - VK 2 - 107 / 16
- Unzulässig, wenn Fragenbearbeitung zu einer Änderung der Vergabeunterlagen führen müsste: VK Bund, Beschluss vom 27.01.2017 – VK 2-131/16

Bieterzüge

Was ist eine „Rüge“?

- Die Beanstandung eines bestimmten Verhaltens des Auftraggebers als vergaberechtswidrig, verbunden mit der Aufforderung, dieses Verhalten zu beenden bzw. zu korrigieren.
- Die Rüge muss keine Begründung, insbesondere keine detaillierte rechtliche Würdigung enthalten, sie darf aber auch nicht völlig pauschal und undifferenziert sein oder sich gar auf den bloßen Hinweis beschränken, dass das Vergabeverfahren rechtsfehlerhaft sei.
- Maßstab für die Konkretheit der Rüge ist, dass der öffentliche Auftraggeber die Möglichkeit haben muss, sich selbst zu korrigieren.

Welches „Verhalten des Auftraggebers“ ist gemeint?

Das kann grundsätzlich alles sein, zum Beispiel:

- Passage im Leistungsverzeichnis
- Aufklärungsschreiben
- Aufforderung zur Angebotsabgabe
- Ausschluss-Entscheidung bzw. das Unterlassen eines Angebotsausschlusses
- Eignungsprüfung (von einem selbst oder von einem anderen Unternehmen)
- Angebotsprüfung oder -wertung (von einem selbst oder von einem anderen Unternehmen)

Bieterzüge

Darf ich -als Unternehmen- einfach so „rügen“?

- Ja, jeder Beteiligte bzw. Interessent an einer Vergabe darf ein vergaberechtswidriges Verhalten rügen.

Was bringt die Rüge?

Unter Umständen sehr viel, zum Beispiel:

- Das Angebot eines Konkurrenten wird ausgeschlossen – und Sie erhalten den Zuschlag.
- Der Ausschluss Ihres Angebots wird zurückgenommen – und Sie erhalten den Zuschlag.
- Ihre Eignung wird doch noch anerkannt – und Sie erhalten den Zuschlag.
Ihre Preisaukömmlichkeit wird akzeptiert – und Sie erhalten den Zuschlag.
- Eine Vorgabe wird aus dem Leistungsverzeichnis entfernt – und Sie geben das günstigste Angebot ab.

Bieterzüge

Bestehen Form- oder Fristanforderungen für eine Rüge?

Es kommt darauf an:

- Unterhalb des EU-Schwellenwerts ergeben sich manchmal Form- und Fristanforderungen aus Landesgesetzen bzw. Verordnungen.
- Oberhalb des EU-Schwellenwerts: keine Formanforderungen, aber strenge Fristvorgaben (siehe § 160 Abs. 3 GWB).
- **Praxistipp:** Rügen Sie immer mindestens (!) textförmig, also über die elektronische Vergabepattform. Schon aus Beweisgründen.

Ich habe ein bestimmtes Auftraggeber-Verhalten gerügt – und jetzt?

- **Vorsicht:** Die Rüge entfaltet **keine Suspensivwirkung**.
 - D.h., der AG darf das Vergabeverfahren fortsetzen und sogar den Zuschlag dem anderen Unternehmen erteilen. Er darf Ihre Rüge schlicht ignorieren.
- **Was tun?**
 - Manchmal reicht es abzuwarten und Tee zu trinken.
 - Manchmal müssen Sie einen Nachprüfungsantrag vor der Vergabekammer, einen Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung beim Zivilgericht oder einen Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung beim Verwaltungsgericht stellen.
 - Spätestens hier empfiehlt sich die Beteiligung eines Anwalts, meistens freilich schon bei Erstellung der Rüge. Vor den Landgerichten herrscht sogar Anwaltszwang.

Darf der Auftraggeber die Eignungsanforderungen durch die Beantwortung von Bieterfragen verschärfen?

Der Auftraggeber schreibt Gleisbett-Reinigung aus und verlangt vergleichbare Referenzen in der Bekanntmachung. Ein Bieter fragt, ob auch die Bahnsteigreinigung vergleichbar ist, da sie doch ebenfalls Bahnhöfe betreffe. Der Auftraggeber teilt in Beantwortung der Bieterfrage allen Wettbewerbern mit, dass zwar auch die Bahnsteigreinigung am Bahnhof stattfinde, aber die Gleisbetteinigung hier isoliert vergeben werde und Besonderheiten aufweise, sodass die Referenz eine Gleisbetteinigung sein müsse.

Durch Antworten auf Bieterfragen, können die in der Bekanntmachung aufgestellten Anforderungen erläutert, aber keine abweichenden Eignungsanforderungen wirksam aufgestellt werden; hierzu bedarf es einer Änderungsbekanntmachung (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 27.04.2022, Verg 25 / 21OLG Düsseldorf, Beschluss vom 28. März 2018, VII-Verg 40/17, ZfBr 2018, 705, 712).

Hätte der Auftraggeber eine Änderungsbekanntmachung vorgenommen, wäre die Vorgabe „Referenz muss Gleisbetteinigung“ gewesen sein, bindend gewesen.

Hat er aber nicht. Daher Frage des Einzelfalls, ob bloß erläuternd oder in Wahrheit abweichend. Nachprüfungsinstanzen sind an Einschätzungen des AG nicht gebunden.

Besteht eine Pflicht zur Bieterfrage?

Ausschreibung Bauauftrag MSR-Technik. Vorgabe im Leistungsverzeichnis, dass Datenschnittstelleinheit Profi-Bus mit bis zu 160 Datenpunkte zum Datenaustausch zwischen Automatisierungseinrichtung und Fremdsystem über Profi-Bus-Protokoll bestehend aus Hardware ... angeboten

Bieter hält diese Schnittstelle für nicht erforderlich und veraltet und bietet sie nicht an.

Was hätte der Bieter mindestens tun können?

„Diese fehlerhafte Interpretation des Leistungsverzeichnisses der Antragstellerin ist aber unerheblich. Im Zweifel hätte die Antragstellerin durch eine Bieterfrage ihre Auslegung des Leistungsverzeichnisses klären lassen müssen.“ (VK Nordbayern, Beschluss vom 30.01.2023, RMF-SG 21-3194-7-32). Ausschluss des Angebots.

Was wäre gewesen, wenn der Bieter die Frage gestellt und diese nicht oder falsch oder unklar beantwortet worden wäre? Ggf. anderer Ausgang.

Darf der Auftraggeber den Kommunikationskanal einfach so wechseln?

In den Vergabeunterlagen steht, dass die Kommunikation ausschließlich über die Vergabeplattform erfolgt. Auch die Bieterkommunikation wurde vollständig über die Vergabeplattform abgewickelt. Der Auftraggeber wandte sich dann wegen einer Nachforderung von Unterlagen an den Bieter per E-Mail. Er setzte in der E-Mail eine Frist, die der Bieter verstreichen ließ. Nach Ablauf der Frist meldete sich der Bieter doch und reichte die Unterlagen nach.

Ein Konkurrent macht nun geltend, der Bieter sei auszuschließen.

Mit Erfolg?

Ist mit den Bewerbungsbedingungen klargelegt worden, dass im Vergabeverfahren die Kommunikation mit den am Vergabeverfahren beteiligten Unternehmen ausschließlich über eine Vergabeplattform erfolgen soll, dann muss sich der Auftraggeber hieran im Wege einer Selbstbindung festhalten lassen. Eine nachträgliche, stillschweigende Änderung dieser Selbstbindung, bspw. durch Versendung eines fristgebundenen Nachforderungsschreibens per E-Mail, ist dann ausgeschlossen. D.h., die Fristversäumnis ist dem Bieter nicht zuzurechnen, die Nachforderung war unwirksam (VK Sachsen, Beschluss vom 14.04.2023, 1 / SVK / 003 – 23).

Der Konkurrent hat Pech gehabt. Der Auftraggeber musste den Bieter im Verfahren behalten, auch wenn er die Frist „gerissen“ hat. E-Mail zählt dann nicht.

Ist eine Bieterfrage eine gute Idee, wenn man eigentlich eine Rüge erheben will?

Der AG möchte ein noch zu errichtendes Objekt anmieten. Ein Bieter rügt, dass die Betriebs- und Nebenkostenprognose in die Ermittlung des Wertungspreises einbezogen werden soll.

Die Rüge wurde nicht vor Ablauf der Angebotsfrist erhoben, sondern erst nach Erhalt der Absage. Vor Ablauf der Angebotsfrist wurden aber kritische Fragen gestellt.

Ist die Rüge verspätet?

„Die Antragstellerin hat selbst entsprechende Fragen zu dieser Wertungsmethode gestellt und sich offensichtlich – so die Auswertung der Bieterfragen – damit auseinandergesetzt. Das lässt den Rückschluss zu, dass sie diese Vorgabe vergaberechtlich für problematisch hielt. Statt aber dann tatsächlich eine Rüge auszusprechen, zumal die Antragstellerin zu dem Zeitpunkt anwaltlich vertreten war, hat sie letztlich die Antworten der Antragsgegnerin hingenommen. Ein Bieter darf sich nicht mit den Antworten des Auftraggebers begnügen, sondern es ist seine Rechtspflicht – falls die Bieterfragen aus seiner Sicht nicht vergaberechtmäßig beantwortet werden – eine Rüge auszusprechen. Der Auftraggeber kann dann mit einer Nichtabhilfeentscheidung reagieren. Wenn ein Bieter entsprechende Erkenntnisse hat, dann muss er zeitnah rügen und nicht erst nach Abschluss der Wertung seine Bedenken erneut vortragen. Das wäre dann der klassische Fall, dass man Rügen auf Vorrat zurückstellt, was vergaberechtlich unzulässig ist.“ VK Westfalen, Beschluss vom 15.06.2022, VK 1 - 10 / 22

Vielen Dank!

abante Rechtsanwälte Kins Lohmann PartG mbB
Lessingstraße 2, D-04109 Leipzig
Telefon: +49 341 23820300
Telefax: +49 341 23820329
info@abante.de
www.abante.de