

## AG Vergaberecht

### Vergaberecht: Wie viel Transparenz ist bei der Bewertung nötig?

Zweite Herbsttagung der Arbeitsgemeinschaft Vergaberecht

Die zweite Herbsttagung der 2015 gegründeten und mittlerweile 197 Mitglieder zählenden Arbeitsgemeinschaft Vergaberecht im Deutschen Anwaltverein fand im November 2016 in Berlin mit über 60 Teilnehmerinnen und Teilnehmern statt. Viele Teilnehmerinnen und Teilnehmer nutzten bereits am Vorabend die Gelegenheit zum Networking. Der zweite Tag begann nach der Mitgliederversammlung unter der Moderation der Vorsitzenden des Geschäftsführenden Ausschusses der Arbeitsgemeinschaft Vergaberecht, Rechtsanwältin Dr. Annette Mutschler-Siebert.

#### Neuer Rechtsrahmen

Dr. Thomas Solbach vom Bundeswirtschaftsministerium (BMWi) informierte über die Änderungen im Entwurf der Verfahrensordnung für die Vergabe öffentlicher Liefer- und Dienstleistungsaufträge unterhalb der EU-Schwellenwerte (UVgO) nach Anhörung der Verbände und weiterer Abstimmungen mit den Bundesressorts und den Ländern: Den personellen Anwendungsbereich werden die Länder individuell regeln können, sodass sie zum Beispiel weiterhin die Anwendung der Regeln den Gemeinden nicht vorschreiben müssen. Enttäuscht waren die Zuhörer darüber, dass die Voraus-

setzungen für die Erlangung von Rechtsschutz unterhalb der Schwellenwerte nun doch nicht verbessert werden sollen. Das bedeutet, dass es keine Informations- und Wartepflicht geben wird und es reine Glückssache ist, ob eine einstweilige Verfügung der Zuschlagsuntersagung rechtzeitig erlangt werden kann. Auch auf Bundesebene sei effektiver Rechtsschutz nicht gewünscht. Die Teilnehmer erfuhren, dass die Veröffentlichung der UVgO für Anfang 2017 geplant sei, die Länder sich lange Übergangsfristen einräumen werden und das BMWi noch andere Projekte verfolge. Das Vergaberecht bleibt also spannend.

#### Konzessionsvergaberecht

Vor der Mittagspause referierte Rechtsanwalt Dr. Wolfram Krohn (Dentons Europe LLP) zum neuen Konzessionsvergaberecht. Sein Fazit: Aufgrund des hohen Schwellenwertes von 5,225 Mio. Euro netto und der erheblichen Erleichterungen für den Konzessionsgeber gemäß Konzessionsverordnung bleibt nach wie vor am spannendsten die Frage, ob es sich überhaupt um eine Konzession oder nicht doch um einen öffentlichen Auftrag handle. Dann gelte nämlich bei Dienstleistungsaufträgen der viel niedrigere Schwellenwert von 209.000 Euro netto.

#### Schulnotenrechtsprechung

Im weiteren Tagungsverlauf stand die Schulnotenrechtsprechung des Oberlandesgerichts Düsseldorf im Fokus: Dr. Christine Maimann, Richterin im Vergabesenat des für das Vergaberecht stets wegweisenden OLG Düsseldorf, erläuterte zunächst die Entwicklung der

Schulnotenrechtsprechung. Sie wies auf eine noch nicht veröffentlichte Entscheidung des OLG Düsseldorf vom 2. November 2016 (VII Verg 26/16) hin, in der in einem obiter dictum die Wertung anhand eines weiter ausdifferenzierten Schulnotensystems mit funktionalen Unterkriterien nicht beanstandet wurde.

#### Bewertungsmatrix

Rechtsanwältin Monika Prell (Bitkom Consult Vergaberecht) erläuterte anschaulich den Wunsch der Bieter nach Transparenz. Eine Bewertung nach dem „Nasenprinzip“ dürfte aufgrund der vorab bekanntzugebenden Kriterien und Unterkriterien nicht möglich sein. Rechtsanwalt Dr. Marc Opitz (Kapellmann und Partner) vertrat die Auftraggeberposition und erinnerte in seinen Ausführungen daran, dass es kein Optimierungsgebot für den Transparenzgrundsatz gäbe. Transparenz bei der Bewertung könne auch ex post hergestellt werden.

In der Diskussion wurde die Spaltung der Anwaltschaft hinsichtlich der Frage des Bestehens einer Rügeobliegenheit bezüglich unzureichend mitgeteilter Bewertungsmaßstäbe vor Angebotsabgabe deutlich: Je nachdem, ob sie der Auftraggeber- oder der Bieterposition zugeneigt sind, finden die Anwälte ihre Argumente. Hier mischte sich Richterin Maimann noch einmal in die Diskussion ein: Gerade die Uneinigkeit der Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte bestätige doch, dass für Bieter mit ihrem laienhaften Verständnis ein Vergaberechtsverstoß wegen unzureichender Bekanntgabe des Bewertungsmaßstabes in der Regel vor Angebotsabgabe nicht erkennbar sei. Offen blieb, ob der Vergabesenat des OLG Düsseldorf seine Transparenzanforderungen noch einmal überdenken wird, weil der EuGH (Urteil vom 14. Juli 2016, Rs. C-6/15) offensichtlich eine Vorab-Bekanntgabe des Bewertungsmaßstabes nicht für zwingend erforderlich hält.

Rechtsanwältin Dr. Eva-Dorothee Leinemann, Berlin

Die nächsten Veranstaltungen der AG Vergaberecht auf dem Deutschen Anwaltstag in Essen werden am 26. Mai 2017 stattfinden. Themen werden sein: E-Vergabe, die Vergabe von IT-Leistungen und Building Information Modeling.



1 Monika Prell referierte zur transparenten Bewertungsmatrix.

2 Dr. Christine Maimann diskutiert mit.

3 Prof. Dr. Marius Raabe.

4 Dr. Annette Mutschler-Siebert (Vorsitzende der AG Vergaberecht) mit Dr. Eva-Dorothee Leinemann (aus dem Geschäftsführenden Ausschuss).

5 Teilnehmer der Tagung.

6 Über sich wandelnde Bewertungskriterien sprach Dr. Marc Opitz.

7 Dr. Wolfram Krohn sprach zum Konzessionsvergaberecht.