

PraxisWissen

Praxishandbuch Verteidigungs- und Sicherheitsvergaben

Rechtliche Rahmenbedingungen für die Vergabe verteidigungs- und sicherheitsrelevanter Aufträge

von
Dr. Thomas Möisinger, Patrick Thomas

1. Auflage

[Praxishandbuch Verteidigungs- und Sicherheitsvergaben – Möisinger / Thomas](#)

schnell und portofrei erhältlich bei [beck-shop.de](#) DIE FACHBUCHHANDLUNG

Thematische Gliederung:

[Privates Baurecht, Vergaberecht, Architektenrecht](#)



Verlag C.H. Beck München 2014

Verlag C.H. Beck im Internet:

www.beck.de

ISBN 978 3 406 65801 3

trotz des § 9 VSVgV und der §§ 38 bis 41 VSVgV jedoch um einen privaten Auftrag, da der Auftragnehmer in der Regel kein öffentlicher Auftraggeber ist.

Ein Unterauftragnehmer wäre zudem nicht antragsbefugt i. S. d. § 107 Abs. 2 GWB. Antragsbefugt sind hiernach nur Unternehmen, die ein Interesse am (öffentlichen) Auftrag haben. Der Unterauftragnehmer hat jedoch kein Interesse an dem gesamten Auftrag, sondern lediglich an einem Teil hiervon, dem jeweiligen Unterauftrag.¹¹⁸

Eine Nachprüfung der Vorgaben zur Unterauftragsvergabe durch die Vergabekammern ist damit für den potentiellen Unterauftragnehmer nicht möglich.

b. Rechtsschutz auf dem Zivilrechtsweg

Die am Unterauftrag interessierten Bieter können jedoch einen Verstoß des Auftragnehmers gegen die §§ 38 bis 41 VSVgV auf dem Zivilrechtsweg geltend machen. Beispielsweise ist es einem Unterauftragnehmer bei zügiger Vorgehensweise auch möglich, mittels eines Antrags auf Erlass einer einstweiligen Verfügung darauf hinzuwirken, dass dem Auftragnehmer untersagt wird, einen Unterauftrag unter Verstoß gegen die Regelungen zur Unterauftragsvergabe gem. den §§ 38 bis 41 VSVgV abzuschließen. Ein Begehren des potentiellen Unterauftragnehmers kann sich jedoch nach Zuschlag durch den Auftragnehmer auf das Angebot eines Konkurrenten auch auf Schadensersatz im Hinblick auf einen entgangenen Gewinn richten. Der Unterauftragnehmer muss dann jedoch beweisen, dass er bei regulärem Ablauf des Verfahrens den Zuschlag erhalten hätte. Zudem muss die Schadenshöhe substantiiert dargelegt werden.

XIII. Angebotserstellung

Die Angebotserstellung erfordert äußerste Sorgfalt des Unternehmens. Das Vergaberecht zwingt den Auftraggeber dazu, die Teilnahmeanträge und Angebote insbesondere in formaler Hinsicht genau zu prüfen und gegebenenfalls auszuschließen. Hier scheitern bereits sehr viele Anträge und Angebote. Wie gut die angebotene Leistung auch sein mag, zur Prüfung des Preis-Leistungs-Verhältnisses kommt der Auftraggeber in einem solchen Fall nicht mehr. Dies ist aus unternehmerischer Sicht mehr als ärgerlich, andererseits aber vermeidbar, wenn die folgenden Hinweise berücksichtigt werden.

¹¹⁸ So bereits: *Gabriel/Weiner*, in: *Dippel/Sterner/Zeiss*, § 38 VSVgV Rn. 25.

1. Auftragsunabhängige Vorbereitung

Der Weg zu einer erfolgreichen Angebotsabgabe beginnt bereits, bevor ein konkreter Auftrag für ein Unternehmen in Sicht ist. Die Angebotsfristen müssen zwar nach den vergaberechtlichen Vorschriften stets angemessen sein, sie sind jedoch oft nicht allzu großzügig bemessen. Es müssen also Vorkehrungen getroffen werden, die es einem Unternehmen ermöglichen, bei Kenntnis eines bevorstehenden Vergabeverfahrens schnell und dennoch sorgfältig arbeiten zu können.

Ein wesentliches Merkmal einer erfolgreichen Angebotserstellung sind entsprechend vergaberechtlich **geschulte Mitarbeiter**. Da dem Auftraggeber in vielerlei Hinsicht kein Ermessen zusteht, wenn einem Unternehmen Fehler bei der Angebotserstellung unterlaufen sind, müssen die Mitarbeiter eines Bewerbers bereits wissen, welches Vorgehen aus vergaberechtlicher Sicht zulässig ist. Spezialisierte Rechtsanwälte, die sich ausschließlich mit dem Vergaberecht beschäftigen, können Mitarbeiter ohne großen Aufwand hinsichtlich der klassischen Fallstricke und der immer wieder neuen Veränderungen durch Gesetzgebung und Rechtsprechung schulen.

Viele Eignungsnachweise werden gerade branchenspezifisch in gleicher Weise abgefragt. Hier ist es sinnvoll, die Nachweise stets aktuell zu halten und Zuständigkeiten im Unternehmen festzulegen. So wird gewährleistet, dass **wesentliche Formalitäten auftragsunabhängig** zur Verfügung stehen. Eine weitere Möglichkeit, dem Auftraggeber die Eignung nachzuweisen, besteht im Falle verteidigungs- und sicherheitsrelevanter Bauaufträge in einer Präqualifikation.¹¹⁹

2. Bekanntmachung und Vergabeunterlagen prüfen

Einer der ersten Schritte nach Sichtung der Bekanntmachung und Erhalt der Vergabeunterlagen ist die genaue Prüfung durch das Unternehmen, ob Unklarheiten bestehen, die einer Aufklärung bedürfen. Dann ist es zulässig und auch notwendig, dass an den Auftraggeber **Fragen** gestellt werden. Für Fragen werden durch den Auftraggeber meist Form- und Fristvorgaben niedergelegt, die zu beachten sind. Die Vorgaben müssen sich aus der Bekanntmachung und den Vergabeunterlagen ergeben. So findet sich beispielsweise in vielen Bekanntmachungen folgender Absatz: *„Auskünfte werden grundsätzlich nur auf solche Fragen erteilt, die bis spätestens [Datum] bei der in Ziffer [...] genannten Stelle eingegangen sind. Später eingehende Auskunftsersuchen werden nicht bearbeitet. Mündliche/telefonische Anfragen werden nicht beantwortet.“* Hier ist insbesondere zu beachten, dass die Anfrage

¹¹⁹ Siehe hierzu auch im Teil C.XVI.1.b.gg.

auch tatsächlich nur bei der Stelle erfolgt, die auch angegeben ist. Die Nachfrage beispielsweise bei einer übergeordneten Stelle kann keine Berücksichtigung finden. Es empfiehlt sich aber auch ohne Formvorgaben in jedem Fall, die Fragen zu Dokumentationszwecken in **Textform** zu stellen, also insbesondere per E-Mail oder Telefax.

3. Vergabefehler sind zu rügen

Damit das Unternehmen seine Rechte wahren kann, ist es erforderlich, dass ein Vergabefehler frühzeitig gegenüber dem Auftraggeber **gerügt** wird. Ein späteres Nachprüfungsverfahren ist sonst meist nicht mehr möglich.¹²⁰ Gerade bei großvolumigen Aufträgen im Verteidigungs- und Sicherheitsbereich ist es dabei empfehlenswert, in diesem Stadium bereits **anwaltlichen Rat** einzuholen. Eine korrekt erfolgte Rüge kann so manches Vergabeverfahren für den Bieter retten.

4. Geschäftspartner einbeziehen

In den Bereichen Verteidigung und Sicherheit bestehen auf Unternehmensseite oft zahllose Lieferketten. Die Größe der Projekte erfordert zudem meist eine Zusammenarbeit und gemeinsame Bewerbung mehrerer Partner (**Bietergemeinschaft**). Bereits für die interne Prüfung der Eignung für einen Auftrag ist darauf zu achten, dass im Falle einer Bietergemeinschaft alle Partner die Eignungskriterien erfüllen müssen. Zudem ist für **Unterauftragnehmer** darauf zu achten, welche Anforderungen der Auftraggeber hier stellt.¹²¹

5. Leistungsbeschreibung als Maß der Dinge

Der Auftraggeber drückt in der Leistungsbeschreibung seine Vorstellungen von der gewünschten Leistung aus.¹²² Diese Beschreibung ist das Maß der Dinge. Sämtliche darin enthaltenen Angaben sind zu berücksichtigen. Die Angaben reichen von Ausführungsfristen über Stückzahlen bis hin zur Beschreibung von Funktionen, die von der zu erbringenden Leistung gewünscht werden. Keinesfalls darf an den Angaben etwas geändert werden. Sollten Probleme auftauchen, ist vielmehr eine Frage an den Auftraggeber zu richten. Dieser kann sodann allen Bewerbern gegenüber eine Klarstellung vornehmen.

¹²⁰ Siehe hierzu unter Teil D.I.1.c.

¹²¹ Zur Unterauftragsvergabe siehe Teil C.XII.

¹²² Siehe zur Leistungsbeschreibung Teil C.VII.

Immer wieder nehmen Bieter eigene Ergänzungen, Änderungen oder ähnliches an den Vergabeunterlagen vor. Dies führt in jedem Fall zu einem zwingenden Ausschluss des Angebotes. Selbst im Verhandlungsverfahren sind Änderungsvorschläge gesondert einzubringen. Die Leistungsbeschreibung ebenso wie sämtliche anderen Vergabeunterlagen müssen unbedingt unverändert bleiben.

6. Abgabe des Angebotes

Der Auftraggeber legt grundsätzlich fest, in welcher Form ein Angebot einzureichen ist. Bei Abgabe des Angebotes in schriftlicher Form ist darauf zu achten, dass es in einem **verschlossenen Umschlag** eingereicht und gut sichtbar **als Angebot gekennzeichnet** wird. So wird eine zügige Berücksichtigung des Angebotes durch den Auftraggeber gewährleistet.

7. Bindung an ein Angebot

Mit Ablauf der Angebotsfrist und Öffnung der Angebote durch den Auftraggeber verliert der Bieter die Möglichkeit, auf das Angebot einzuwirken und dieses noch zu ändern. Auch Zurücknehmen kann ein Bieter das Angebot nach Ablauf der Angebotsfrist und Öffnung der Angebote nicht mehr. Ab diesem Zeitpunkt ist das Angebot mit sämtlichen Anlagen und den angegebenen Preisen Bestandteil der Prüfung und Wertung durch den Auftraggeber. Die Bindung des Bieters an die Inhalte des Angebotes bleibt bis zum Ablauf der **Bindefrist**¹²³ aufrechterhalten. Die Mitarbeiter des Unternehmens und hier insbesondere die Fachabteilungen sollten diese Bindung an das Angebot somit vor Abgabe berücksichtigen, und sich so auf Umstände einstellen, durch die sich Parameter des Angebotes wie der Preis verändern können.

8. Juristische Vorsorge statt Nachsorge: Begleitung durch spezialisierte Rechtsanwälte

Gerade für großvolumige Auftragsvergaben in den Bereichen Verteidigung und Sicherheit müssen Bieter sicherstellen, dass die Angebote vergaberechtskonform erstellt werden. Alles andere würde auf der einen Seite den wirtschaftlichen Aufwand einer Angebotserstellung nicht rechtfertigen und auf der anderen Seite die wirtschaftlichen Chancen bei einem möglichen Vertragsschluss leichtfertig verspielen. Die formellen

¹²³ Siehe zur Bindefrist unter Teil C.V.7.

Anforderungen an einen Teilnahmeantrag bzw. ein Angebot dürfen nicht unterschätzt werden und in vielen Vergabeverfahren scheitern bis zu 50% aller Angebote bereits aufgrund von Nachlässigkeiten an diesen Anforderungen. Dies kann durch spezialisierte Rechtsanwälte bereits bei einem geringen Arbeitsaufwand verhindert werden. Dieses Potential sollte in Anbetracht der wirtschaftlichen Bedeutung verteidigungs- und sicherheitsrelevanter Aufträge für den Bieter in jedem Fall genutzt werden. Insbesondere im Vergaberecht gilt es zu beachten, dass die **anwaltliche Beratung für Bieter bereits vor einer Angebotserstellung** beginnt und nicht erst in Anspruch genommen werden sollte, wenn eine Auseinandersetzung vor der Vergabekammer droht. Die meisten Fehler stehen zu diesem Zeitpunkt bereits fest und können nicht mehr revidiert werden.

Wenngleich für den Unternehmer selbstverständlich technisch-wirtschaftliche Aspekte bei der Angebotserstellung im Vordergrund stehen müssen, darf die juristische Komponente im öffentlichen Beschaffungswesen also nicht unberücksichtigt bleiben.

9. Typischer Fehler in der Angebotserstellung

Die folgende Auflistung soll typische Fehler aufzeigen, die es zu vermeiden gilt:

- Keine fristgerechte Abgabe des Angebots
- Fehlende Unterschrift
- Fehlende Nachweise der Eignung
- Handschriftliche Zusätze in Formularen
- Beifügung abändernder Begleitschreiben
- Falsche Angabe von Einzelpreisen
- Streichung von Formularinhalten
- Fehlende Angabe der Nachunternehmerleistungen
- Außerachtlassung von Formularen, die der Auftraggeber vorgegeben hat und Verwendung eigener Unterlagen
- Versendung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen mit dem Angebot
- Absprache mit Mitbewerbern über Angebotsinhalte
- Verzicht auf vergaberechtliche Expertise bei der Angebotserstellung

beck-shop.de

XIV. Öffnung der Angebote

Die Öffnung der Angebote ist ein für alle Beteiligten wesentlicher Verfahrensschritt. Daher unterliegt sie nicht dem freien Ermessen des Auftraggebers. Vielmehr regelt § 30 Abs. 2 VSVgV für **Liefer- und Dienstleistungen** sowie § 14 VS VOB/A für **Bauleistungen** den genauen Ablauf.

1. Öffnung der Angebote bei Liefer- und Dienstleistungen

Für **Liefer- und Dienstleistungen** bestimmt § 30 Abs. 2 VSVgV, wer öffnet und auf welche Weise die Öffnung der Angebote erfolgt. Gemäß § 30 Abs. 2 S. 1 VSVgV müssen mindestens zwei Vertreter des Auftraggebers die Öffnung gemeinsam vornehmen und dokumentieren. Bieter sind bei Liefer- und Dienstleistungen im Rahmen der Öffnung von Angeboten nicht zugelassen, § 30 Abs. 2 S. 2 VSVgV.

2. Öffnung der Angebote bei Bauleistungen

Dagegen bestimmt § 14 VS VOB/A für **Bauleistungen**, dass beim nicht offenen Verfahren eine „Eröffnung“, also neben einer Öffnung auch eine Verlesung der Angebote erfolgt. Bereits ausweislich des Wortlautes („ist“) handelt es sich bei der Abhaltung des **Eröffnungstermins** um eine **Pflicht** im Rahmen des nicht offenen Verfahrens. Dagegen findet im Rahmen eines Verhandlungsverfahrens und erst Recht im wettbewerblichen Dialog kein Eröffnungstermin im Sinne der Vorschrift statt.

Es sind nur Angebote zur Eröffnung zugelassen, die dem Verhandlungsleiter **bei Öffnung des ersten Angebots vorliegen**, § 14 VS Abs. 2 VOB/A. Eine Ergänzung dieser Vorschrift wird durch § 14 VS Abs. 6 VOB/A vorgenommen. Hiernach ist ein Angebot, das nachweislich **vor Ablauf der Angebotsfrist dem Auftraggeber zugegangen** war, aber bei Öffnung des ersten Angebots aus vom Bieter nicht zu vertretenden Gründen dem Verhandlungsleiter nicht vorgelegen hat, wie ein rechtzeitig vorliegendes Angebot zu behandeln.

In den folgenden Fällen sind die **Angebote rechtzeitig eingegangen**, so dass diese in die weitere Prüfung und Wertung einbezogen werden:

1. Das Angebot geht rechtzeitig vor Ablauf der Angebotsfrist und ebenso vor Öffnung des ersten Angebotes bei der Vergabestelle ein. Dem Verhandlungsleiter wird das Angebot hierbei auch rechtzeitig weitergeleitet.
2. Das Angebot geht auch hier rechtzeitig vor Ablauf der Angebotsfrist und ebenso vor Öffnung des ersten Angebotes bei der Vergabestelle ein. Allerdings wird das Angebot nicht rechtzeitig an den Verhand-

lungsleiter weitergeleitet, wobei dies dem Verantwortungsbereich des Auftraggebers zuzuordnen ist.

Verspätet und somit auszuschließen sind die Angebote dagegen in diesem Fällen:

1. Das Angebot geht rechtzeitig vor Ablauf der Angebotsfrist und ebenso vor Öffnung des ersten Angebotes bei der Vergabestelle ein. Allerdings wird das Angebot nicht rechtzeitig an den Verhandlungsleiter weitergeleitet, wobei die Verspätung in diesem Fall dem Verantwortungsbereich des Bieters zuzuordnen ist.
2. Das Angebot geht bei der Vergabestelle nach Ablauf der Angebotsfrist oder nach Öffnung des ersten Angebotes ein.

Zu diesem Eröffnungstermin dürfen gem. § 14 VS Abs. 1 S. 1 VOB/A nur Bieter und ihre Bevollmächtigten zugegen sein. Diese Personen haben somit ein **Recht auf Teilnahme**.

Mit dem Eröffnungstermin ist **pünktlich** zu beginnen. Dies bedarf der ausdrücklichen Erwähnung, weil mit dem Eröffnungstermin im nicht offenen Verfahren sowohl die Angebotsfrist endet (§ 10 VS Abs. 1 Nr. 8 VOB/A), als auch die Zuschlagsfrist zu laufen beginnt (§ 10 VS Abs. 1 Nr. 10 VOB/A).

Der genaue Ablauf wird durch § 14 VS Abs. 3 VOB/A vorgegeben. Zunächst stellt der Verhandlungsleiter fest, ob der Verschluss der schriftlichen Angebote unversehrt ist und die elektronischen Angebote verschlüsselt sind. Die Angebote werden geöffnet und in allen wesentlichen Teilen im Eröffnungstermin gekennzeichnet.

Die VOB/A-VS gibt nun genau vor, welche Inhalte des Angebotes verlesen werden müssen. Dies sind gem. § 14 VS Abs. 3 Nr. 2 S. 2 und 3 VOB/A:

- Name und Anschrift der Bieter
- Endbeträge der Angebote
- ggf. Endbeträge der Abschnitte
- andere den Preis betreffende Angaben (wie z. B. Preisnachlässe ohne Bedingungen)
- ggf. Nebenangebote (ob und von wem, also keine Angebotssumme!)

Die Tatsache, dass bei der Angebotsöffnung zwar die Preise der Hauptangebote, nicht aber die Preise der Nebenangebote, verlesen werden, führt oftmals zu größeren Überraschungen. Der Erstplatzierte nach dem Protokoll der Angebotseröffnung muss also nicht nur abwarten, ob sein Hauptangebot überhaupt (zu den die einzelnen Wertungsstufen siehe Teil C.XVI.) wertbar ist, sondern auch, ob nicht ein Nebenangebot wirtschaftlicher ist.

XV. Aufklärung des Angebotsinhalts

In dem Zeitraum zwischen der Öffnung der Angebote und der Zuschlagserteilung besteht gelegentlich für den Auftraggeber das Interesse, sich über einzelne Inhalte des Angebots aufklären zu lassen. Da in dem besagten Zeitraum jedoch verstärkt auf einen unverfälschten Wettbewerb zu achten ist, bestimmt § 15 VS VOB/A für **Bauaufträge** ausdrücklich, über welche Inhalte sich der Auftraggeber aufklären lassen kann.

Auch wenn in der VSVgV eine entsprechende Regelung fehlt, wird übereinstimmend davon ausgegangen, dass auch bei **Liefer- und Dienstleistungen** Aufklärungsgespräche zulässig sind.¹²⁴ Die Vorschriften des § 15 VS VOB/A müssen daher übertragen werden.

1. Zulässiger Inhalt

Übersicht: Zulässiger Inhalt der Aufklärung

- die Eignung des Bieters
- das Angebot selbst
- etwaige Nebenangebote
- die geplante Art der Durchführung
- etwaige Ursprungsorte oder Bezugsquellen
- die Angemessenheit der Preise

Die Aufklärung im Sinne des § 15 VS VOB/A ist als Informationsrecht zu verstehen. Ein Verhandeln oder Ergänzen des Angebots darf keinesfalls stattfinden.

Der Aufklärungsbedarf in Bezug auf **Nebenangebote** ist erfahrungsgemäß besonders hoch. Doch auch hier ist darauf zu achten, dass sich der Auftraggeber lediglich über den Inhalt des Nebenangebots und die diesbezügliche Abweichung von der Lösung des Auftraggebers informieren darf. Keinesfalls dürfen aber fehlende Angaben zu den Mindestbedingungen, die für Nebenangebote gelten sollen, durch den Bieter nachgeholt werden.

Auch in Bezug auf die **Angemessenheit der Preise** kann Aufklärung hinsichtlich der Wirtschaftlichkeit oder Korrektheit der Preise verlangt werden. Auch hier ist es jedoch nicht zulässig, dass der Bieter seine Preise noch ändert.

¹²⁴ Vgl. nur *Dippel*, in: *Dippel/Sterner/Zeiss*, § 11 VSVgV R.n 29.