

Vergaberecht für Start-ups

 FAQ

Smarte
Region

Smarte
Fragen



www.smarte-region-hessen.de

HESSEN



Hessische Staatskanzlei
Hessische Ministerin für
Digitale Strategie und Entwicklung



digitales.hessen
SMARTEREGION

Wie kommt man an Aufträge
hessischer Kommunen?

Übersicht

➤	1 Einführung	5
	1.1 Welche Bedeutung haben Schwellenwerte?	5
➤	2 Wie erfährt man von potenziellen Auftragschancen?	6
	2.1 Wie sucht man nach Ausschreibungen?	6
	2.2 Wie wird man direkt zur Angebotsabgabe aufgefordert?	7
	2.3 In welchen Fällen darf ein öffentlicher Auftraggeber direkt beauftragen?	8
➤	3 Worauf muss bei den Eignungsanforderungen geachtet werden?	9
	3.1 Welche Eignungskriterien sind zulässig?	9
	3.2 Welche Eignungskriterien sind für Start-ups herausfordernd?	9
	3.3 Welche standardisierten Möglichkeiten des Eignungsnachweises gibt es?	10
➤	4 Was tun, wenn der Auftrag zu groß ist oder nicht genau passt?	11
	4.1 Die Bietergemeinschaft	11
	4.2 Der Nachunternehmereinsatz	11
	4.3 Die Eignungslleihe	12
➤	5 Was ist hinsichtlich der Leistungsbeschreibung zu beachten?	12
	5.1 Wie verhält man sich bei unklarer Leistungsbeschreibung oder bei Fragen zu Vergabeunterlagen?	12
	5.2 Darf ein Angebot von der Leistungsbeschreibung abweichen?	13
	5.3 Darf in der Leistungsbeschreibung ein konkretes Produkt genannt werden?	14
➤	6 Wie erstellt man ein wertungsfähiges Angebot?	14
	6.1 Wie wichtig sind die Formvorschriften?	14
	6.2 In welchen Fällen werden Angebote ausgeschlossen?	15
	6.2.1 Verspätete Einreichung	15
	6.2.2 Unzulässige Änderung der Vergabeunterlagen	15
	6.2.3 Fehlende Preisangaben	16
➤	7 Wie erfährt man von der Vergabe-Entscheidung?	17
➤	Impressum	19

1 Einführung

Öffentliche Aufträge stellen in Deutschland circa 20 Prozent des Bruttoinlandsprodukts dar. Doch nur circa 4,7 Prozent der Gesamtumsätze erzielen deutsche Start-ups durch Geschäftsbeziehungen mit öffentlichen Auftraggebern.¹ Die öffentliche Hand steht vor der Herausforderung, den Weg ins digitale Zeitalter voranzutreiben, und hat deshalb enormen Bedarf an innovativen Ideen. Daher dürfte es für Start-ups besonders lohnend sein, sich um öffentliche Aufträge zu bewerben.

Wenn staatliche Einrichtungen des Bundes, der Länder und Kommunen oder von ihnen beherrschte privatrechtlich organisierte Gesellschaften Güter und Leistungen einkaufen, ist ihnen die Vorgehensweise dabei streng vorgegeben. Die Gesamtheit dieser Regelungen wird mit dem Begriff „Vergaberecht“ bezeichnet. Kenntnisse der vergaberechtlichen Vorgaben können für Start-ups, die an öffentlichen Aufträgen interessiert sind, nützlich sein.

1.1 Welche Bedeutung haben Schwellenwerte?

Das Vergaberecht in Deutschland ist zweigeteilt. Ab bestimmten Auftragswerten, den sogenannten Schwellenwerten, gilt das EU-Vergaberecht. Es ist im Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) und in der Vergabeverordnung (VgV) geregelt und eröffnet den Bietern ein Nachprüfungsverfahren, wenn sie der Ansicht sind, dass öffentliche Auftraggeber sich im Vergabeverfahren nicht rechtskonform verhalten haben. Die Schwellenwerte werden alle zwei Jahre durch die EU angepasst. Im Folgenden sind die Schwellenwerte (Auftragswerte ohne Umsatzsteuer) für 2022/2023 abgebildet:

Baufträge und Konzessionen	5.382.000 €
Liefer- und Dienstleistungsaufträge	215.000 €
Dienstleistungsaufträge betreffend soziale und andere besondere Dienstleistungen	750.000 €

Sind die Schwellenwerte nicht erreicht, befindet man sich im sogenannten Unterschwellenbereich und damit im Bereich des nationalen Vergaberechts. Das nationale Vergaberecht ist reines Haushaltsrecht und die Regelungen haben zumeist nur interne Wirkung. In Hessen gilt für Liefer- und Dienstleistungen die Unterschwellenvergabeverordnung (UVgO) und das Hessische Vergabe- und Tariftreuegesetz (HVTG).

¹ Vgl. Kollmann, T. et al. (2021): Deutscher Startup Monitor 2021: Nie war mehr möglich.
URL: https://startupverband.de/fileadmin/startupverband/mediaarchiv/research/dsm/dsm_2021.pdf, S.28.



HINWEIS

Die Regelungen des HVTG und der UVgO gelten im Unterschwellenbereich in der Regel nicht für kommunale Beteiligungsgesellschaften. Diese sind daher unter Umständen bei der Beauftragung von kleineren Aufträgen freier, als es die Kommune selbst wäre.

2 Wie erfährt man von potenziellen Auftragschancen?

2.1 Wie sucht man nach Ausschreibungen?

Öffentliche Ausschreibungen und Teilnahmewettbewerbe werden in Hessen in der Hessischen Ausschreibungsdatenbank (HAD) bekannt gemacht.

Die Bekanntmachung muss die wichtigsten Informationen über den Auftraggeber, das gewählte Vergabeverfahren, die Leistung, die Fristen, den Zugang zu den Vergabeunterlagen und die Eignungskriterien enthalten. Sie ist für die Bieter das Leitdokument.

Neben den amtlichen Veröffentlichungsplattformen gibt es auch noch zahlreiche gewerbliche, zum Teil auch branchenspezifische Portale, die sich der Veröffentlichung von Ausschreibungen widmen und professionelle Ausschreibungssuche anbieten. Die Suche mit diesen Portalen ist für Bieter in der Regel kostenpflichtig.

Beispiele für Ausschreibungsportale:

[DTVP.de](https://www.dtvp.de), [Vergabe24.de](https://www.vergabe24.de), [infodienstauschreibungen.de](https://www.infodienstauschreibungen.de), [iTWO Tender](https://www.itwo-tender.com)

Über die Suchfunktionen der Veröffentlichungsplattformen können Bieter nach Ausschreibungen suchen, die für sie passen. Neben konkreten Suchbegriffen können auch sogenannte CPV-Codes eingegeben werden. Sie entstammen dem einheitlichen Klassifizierungssystem der Europäischen Union (Common Procurement Vocabulary) für die öffentliche Beschaffung. Allen denkbaren Beschaffungsgegenständen wurde ein bestimmter Zahlencode zugeordnet. Diese Codes sind im Anhang XIV zur Richtlinie 2014/24/EU festgelegt.

CHECKLISTE

Was ist zu Beginn des Vergabeverfahrens zu tun?

- * Bekanntmachung lesen und verstehen
- * Vergabeunterlagen herunterladen und auf Vollständigkeit prüfen
- * Fehlende Unterlagen sofort nachfordern
- * Bei Unklarheiten Bieterfragen stellen
- * Entscheidung über Beteiligung treffen

2.2 Wie wird man direkt zur Angebotsabgabe aufgefordert?

Darf der Auftraggeber ein Vergabeverfahren ohne Bekanntmachung durchführen, fordert er von ihm ausgewählte Bieter direkt zur Angebotsabgabe auf. Vorgaben zur Auswahl der Bieter gibt es nur insofern, als dass zwischen den aufgeforderten Unternehmen gewechselt werden soll und dass nur geeignete Unternehmen ausgewählt werden dürfen. Die konkrete Auswahl der Unternehmen, die für die Angebotsphase zugelassen werden, steht im pflichtgemäßen Ermessen des Auftraggebers. Grundsätzlich ist der Auftraggeber angehalten, bei der Auswahl nach sachgerechten Gesichtspunkten vorzugehen und willkürliche Ungleichbehandlungen zu unterlassen. Der Auftraggeber hat mindestens drei geeignete Unternehmen auszuwählen.

Wie erhöht man die Chance, zur Angebotsabgabe aufgefordert zu werden?

Der Auftraggeber ermittelt im Vorfeld eines Vergabeverfahrens im Rahmen einer Markterkundung seinen konkreten Beschaffungsbedarf. In diesem Zusammenhang ermittelt er auch die infrage kommenden Bieter. Daher ist es sehr wichtig, dass Start-ups im Rahmen ihres Marketings ihr Produkt, ihre Dienstleistung oder ihre innovative Methode bei Kommunen und anderen öffentlichen Auftraggebern – außerhalb eines konkreten Vergabeverfahrens – vorstellen. Eine Kontaktsperre zwischen Bietern und Auftraggeber gibt es erst und nur, wenn ein Vergabeverfahren eingeleitet worden ist.

Es ist auch erlaubt, dem Auftraggeber im Vorfeld einer Ausschreibung bei der Erstellung der Leistungsbeschreibung zu helfen. Hier muss allerdings darauf geachtet werden, dass die Leistungsbeschreibung produktneutral bleibt. Außerdem ist der Auftraggeber verpflichtet, den Informationsvorsprung dieses Unternehmens auszugleichen. Das bedeutet, dass er im Vergabeverfahren den anderen Bietern alle Unterlagen überlassen muss, die der vorbefasste Bieter zur Verfügung hatte, und gegebenenfalls auch längere Fristen gewähren muss.

2.3 In welchen Fällen darf ein öffentlicher Auftraggeber direkt beauftragen?

Leistungen direkt zu beauftragen, ist öffentlichen Auftraggebern nur in wenigen Ausnahmefällen² möglich.



§ EINE DIREKTE BEAUFTRAGUNG IST ERLAUBT,

1. wenn der Auftrag nur von einem bestimmten Unternehmen erbracht werden kann, zum Beispiel, weil es sich um eine künstlerische Leistung handelt, oder aufgrund von gewerblichem Rechtsschutz oder besonderen technischen Bedingungen,
2. bei einer Lieferleistung ausschließlich zu Forschungszwecken,
3. bei zusätzlichen Lieferleistungen oder Dienstleistungen des ursprünglichen Auftragnehmers, wenn die Kontinuität zwingend ist.

Darüber hinaus sind Direktaufträge nur bis zu einem Netto-Auftragswert von 1.000 Euro zulässig.

Gerade bei der Beschaffung innovativer Leistungen könnte in Einzelfällen eine Direktvergabe aufgrund eines Alleinstellungsmerkmals vertretbar sein.



„UNIQUE SELLING PROPOSITION“ (USP) UND AUSSCHLISSLICHKEITSRECHTE³

Für ein Alleinstellungsmerkmal könnte beispielsweise die Kompatibilität von Alt- und Neusystemen vor dem Hintergrund der Systemsicherheit und des Umstellungsaufwands sprechen. Neben solchen technischen Aspekten können auch rechtliche Gründe einen USP begründen. Dies ist insbesondere bei Patent- und Urheberrechten (zum Beispiel eingetragenen Warenzeichen, Vertriebslizenzen, gewerblichen Schutzrechten) der Fall. Auch Eigentum und ähnliche Positionen an Grundstücken fallen hierunter.

Der Auftraggeber ist allerdings verpflichtet nachzuweisen, dass tatsächlich nur ein Unternehmen infrage kommt. Voraussetzung dafür ist in der Regel eine Markterkundung, die unter anderem darlegt, dass es keine vernünftigen Alternativen gibt und der mangelnde Wettbewerb nicht durch künstliche Einschränkungen der Auftragsparameter entstanden ist.

2 Vgl. § 14 Abs. 4 VgV, § 8 Abs. 4 UVgO.

3 Vgl. § 14 Abs. 4 Nr. 2 VgV.

3 Worauf muss bei den Eignungsanforderungen geachtet werden?

Öffentliche Aufträge dürfen nur an „geeignete Unternehmen“ vergeben werden.⁴ Bei den Eignungsanforderungen handelt es sich um unternehmensbezogene Kriterien. Sie müssen in der Bekanntmachung festgeschrieben werden. Zudem muss dargelegt werden, welche Angaben der öffentliche Auftraggeber für ihren Nachweis fordert.

3.1 Welche Eignungskriterien sind zulässig?

In der Wahl der Eignungskriterien ist der Auftraggeber nicht völlig frei. Gemäß § 122 Abs. 2 GWB dürfen Eignungsanforderungen lediglich, die

- Befähigung und Erlaubnis zur Berufsausübung,
- wirtschaftliche und finanzielle Leistungsfähigkeit
- oder die technische und berufliche Leistungsfähigkeit

betreffen. Die §§ 44-46 VgV konkretisieren diese Einschränkung.

Grundsätzlich müssen die Eignungskriterien mit dem Auftragsgegenstand in Verbindung stehen und angemessen sein. Das Vergaberecht regelt keine Mindestforderungen, allerdings eine Obergrenze zulässiger Eignungskriterien. Passt ein Kriterium in keine der oben genannten Kategorien, darf es nicht im Rahmen der Eignung gefordert werden.

3.2 Welche Eignungskriterien sind für Start-ups herausfordernd?

Eignungsanforderungen, deren Erfüllung Start-ups oft Schwierigkeiten bereiten, sind:

- Der Auftraggeber darf einen bestimmten Mindestjahresumsatz der Höhe nach fordern.⁵ Dieser darf das Zweifache des geschätzten Auftragswerts in der Regel nicht überschreiten.
- Der Auftraggeber darf Umsatzzahlen für die letzten drei Geschäftsjahre verlangen, allerdings mit der weiteren Einschränkung „sofern entsprechende Angaben verfügbar sind“.⁶ Im Einklang mit der zugrundeliegenden europäischen Richtlinie müssen öffentliche Auftraggeber Unternehmen die Möglichkeit geben, Nachweise nur für den Zeitraum seit ihrer Gründung oder ihrer Teilnahme am Wirtschaftsleben vorzulegen.

.....
4 Vgl. § 122 Abs. 1 GWB.

5 Vgl. § 45 Abs. 1 Nr. 1 VgV.

6 Vgl. § 45 Abs. 4 Nr. 4 VgV.

- Der Auftraggeber darf Referenzen aus den letzten drei Jahren fordern. Im Verteidigungs- und Sicherheitsbereich sowie bei Bauleistungen sind es fünf Jahre. Zu beachten ist, dass jeweils vergleichbare Referenzen eingereicht werden müssen.



Praxistipp

Als alternativer Nachweis für die wirtschaftliche und finanzielle Leistungsfähigkeit kommt für junge Unternehmen die Beibringung einer Berufs- oder Betriebshaftpflichtversicherung gemäß § 45 Abs. 1 Nr. 3 VgV in Betracht.

Da ein Start-up möglicherweise noch keine oder nicht ausreichend eigene Referenzen hat, kommen auch persönliche Referenzen einzelner Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter als Nachweise in Betracht.

Wenn der Auftraggeber diese Möglichkeiten nicht ausdrücklich zugelassen hat, muss eine Klärung im Vorfeld über Bieterfragen gesucht werden!

3.3 Welche standardisierten Möglichkeiten des Eignungsnachweises gibt es?

Bieter haben die Möglichkeit, sich in einem Präqualifikationssystem zu registrieren. Im Geltungsbereich der UVgO sowie der Vergabe- und Vertragsordnung für Leistungen (VOL) fungieren die Industrie- und Handelskammern sowie die von ihnen beauftragten Auftragsberatungsstellen als Präqualifizierungsstellen. Mit einer Präqualifizierung können potenzielle Lieferanten (Bieter) unabhängig von einer konkreten Ausschreibung ihre Fachkunde und Leistungsfähigkeit vorab nachweisen. Im Teilnahmeantrag beziehungsweise im Angebot muss dann nur die Präqualifikationsnummer angegeben werden. Werden für den speziellen Auftrag spezielle Belege gefordert, müssen diese aber weiterhin mit dem Teilnahmeantrag oder dem Angebot abgegeben werden.

Eine weitere Möglichkeit des Eignungsnachweises ist die Einheitliche Europäische Eigenerklärung (EEE), die im EU-Vergaberecht vom Auftraggeber als vorläufiger Beleg der Eignung und des Nichtvorliegens von Ausschlussgründen akzeptiert werden muss. Hier müssen mit dem Teilnahmeantrag oder dem Angebot keine weiteren Unterlagen, die in der Auftragsbekanntmachung gefordert werden, eingereicht werden. Erst wenn feststeht, welches Unternehmen den Zuschlag erhalten soll, muss der Auftraggeber dieses Unternehmen auffordern, die geforderten Unterlagen beizubringen. Weitere Informationen zur EEE: <https://uea.publicprocurement.be/>

4 Was tun, wenn der Auftrag zu groß ist oder nicht genau passt?

Interessiert sich ein Bieter für einen Auftrag, der die eigenen Kapazitäten überschreitet und nicht in sogenannte Lose aufgeteilt ist, gibt es dennoch Möglichkeiten der Beteiligung, zum Beispiel die Bildung einer Bietergemeinschaft, die Hinzuziehung von Nachunternehmern oder die sogenannte Eignungsleihe.

4.1 Die Bietergemeinschaft

Bei einer Bietergemeinschaft schließen sich mehrere Unternehmen projektbezogen oder längerfristig zusammen, um sich auf einen oder mehrere Aufträge zu bewerben. Die gemeinschaftliche Bewerbung muss für den Auftraggeber erkennbar sein.

Vergaberechtlich sind Bietergemeinschaften grundsätzlich zulässig und genauso zu behandeln wie Einzelbieter. Probleme können sich kartellrechtlich unter Umständen bei Bietergemeinschaften gleichartiger Unternehmen ergeben. In diesen Fällen sollte im Angebot vorsorglich begründet werden, dass eine Beteiligung ohne Partner an der Ausschreibung, beispielsweise aus Kapazitätsgründen, nicht möglich wäre.

Der öffentliche Auftraggeber kann in den Vergabeunterlagen festlegen, wie Gruppen von Unternehmen die Eignungskriterien zu erfüllen und den Auftrag auszuführen haben. Diese Bedingungen sind zwingend einzuhalten. Steht nichts anderes in den Vergabeunterlagen, gilt, dass das bevollmächtigte vertretende Unternehmen alle Eigenerklärungen auch für die Bietergemeinschaftsmitglieder abgeben darf. Angaben zu Umsätzen, Versicherungen und Personal sollten für jedes Mitglied gesondert aufgeführt werden. Referenzen werden insgesamt aufgeführt.

4.2 Der Nachunternehmereinsatz

Eine Alternative zur Bietergemeinschaft ist der Einsatz von Nachunternehmern, um fehlende Kompetenzen oder Kapazitäten zu kompensieren.

§ Der Einsatz von Nachunternehmern ist in § 36 VgV, § 5 UVgO, § 4 Abs. 8 Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen - Teil A (VOB/A) und den §§ 4 Abs. 2, 9, 41 der Vergabeverordnung für die Bereiche Verteidigung und Sicherheit (VSVgV) geregelt. Ein Nachunternehmen ist ein Unternehmen, das einen Teil der vom Auftraggeber geforderten und vom Auftragnehmer geschuldeten Leistung selbst erbringt. Dabei bleibt der Auftragnehmer alleiniger Vertragspartner des Auftraggebers.



Die Benennung von Nachunternehmern darf nicht bereits mit dem Teilnahmeantrag oder dem Angebot verlangt werden (Ausnahme bei Eignungsleihe, siehe 4.3). Die Benennung erfolgt auf Verlangen des Auftraggebers kurz vor Zuschlagserteilung. Dazu muss eine Erklärung des Nachunternehmers über das Nichtvorliegen von Ausschlussgründen sowie eine Verpflichtungserklärung vorgelegt werden. Reine Hilfskräfte und Lieferanten sind keine Nachunternehmer.

4.3 Die Eignungsleihe

Wenn ein Start-up die Eignungsanforderungen nicht selbst erfüllen kann, steht ihm immer auch die Möglichkeit der Eignungsleihe⁷ offen. Dabei leiht sich der Bieter bei einem anderen Unternehmen den ihm fehlenden Nachweis der Eignung. Das andere Unternehmen muss sich in einer Erklärung verpflichten, im Falle des Zuschlags mit seinen Kapazitäten zur Verfügung zu stehen. Dies kann zum Beispiel durch eine Verpflichtungserklärung des Dritten geschehen.⁸ Der Auftraggeber darf hier keine Formerfordernisse vorschreiben.

Der Bieter muss auf die „geliehenen“ Mittel zugreifen können. Bei der Leihe von beruflicher Leistungsfähigkeit (insbesondere Personal und Referenzen) muss der Eignungsverleiher den von der Eignungsleihe betroffenen Teil des Auftrags auch tatsächlich ausführen, beispielsweise als Nachunternehmer.

5 Was ist hinsichtlich der Leistungsbeschreibung zu beachten?

Die Leistungsbeschreibung ist das Herzstück der Vergabeunterlagen. Sie muss die vom Auftraggeber nachgefragte Leistung eindeutig und erschöpfend beschreiben.

5.1 Wie verhält man sich bei unklarer Leistungsbeschreibung oder bei Fragen zu Vergabeunterlagen?

Wichtig ist, dass der Bieter Prüfpflichten hinsichtlich der Leistungsbeschreibung hat. Maßstab ist dabei der „durchschnittlich sorgfältige Bieter“. Grundsätzlich gilt zwar, dass Unklarheiten und Auslegungsschwierigkeiten nicht zu Lasten des Bieters gehen dürfen, allerdings sollten Bieter lieber eine Bieterfrage zu viel als eine zu wenig stellen.

.....
⁷ Vgl. § 47 VgV und § 34 UVgO.

⁸ Vgl. § 47 Abs. 1 S. 1 VgV.

Bieter sollten Auftraggeber hinweisen auf:

- erkannte Lücken, Unklarheiten, Widersprüche oder Fehler,
- sehr erhebliche und offensichtliche Mengendiskrepanzen.

Vor Ablauf der Angebotsfrist haben Bieter die Möglichkeit, alle Unklarheiten und Bedenken zum Verfahren beziehungsweise zu den Vergabeunterlagen in Form von Bieterfragen an den Auftraggeber zurückzuspielen. Dieser muss die Fragen zeitnah, im EU-Vergaberecht jedoch spätestens sechs Kalendertage vor Ablauf der Angebotsfrist, beantworten. Die Antworten auf Bieterfragen muss der Auftraggeber als Teil der Vergabeunterlagen allen Bietern anonymisiert zur Verfügung stellen, um den Gleichbehandlungs- und Transparenzgrundsatz zu wahren.

Enthalten die Vergabeunterlagen eine Frist, bis zu deren Ablauf Fragen gestellt werden können, ist diese zu beachten. Stellt sich jedoch eine kalkulationsrelevante Frage erst nach Fristende, ist dringend zu raten, sie dennoch zu stellen. Es ist auch im Interesse des Auftraggebers, alle Fragen zu beantworten, die Auswirkungen auf die Vergleichbarkeit der Angebote haben könnten.

5.2 Darf ein Angebot von der Leistungsbeschreibung abweichen?

Passt die eigene Leistung nicht genau zur Leistungsbeschreibung, ist zu prüfen, ob unter Umständen ein sogenanntes Nebenangebot abgegeben werden kann. Darunter ist ein Angebot zu verstehen, dessen Inhalt der Bieter in Abweichung von der Leistungsbeschreibung und/oder von den Vertragsbedingungen bestimmt.

Infrage kommen insbesondere:

- Änderungen in technischer Hinsicht (zum Beispiel andere Materialien, Verfahren, Umpfanungen),
- Änderungen der Leistungsumstände (zum Beispiel Zeitablauf),
- kaufmännische Nebenangebote (zum Beispiel andere Zahlungsbedingungen, Preisvorbehalte, Sicherheiten, Preisnachlässe mit Bedingungen),
- rechtliche Änderungen (zum Beispiel Formulierung anderer Zahlungsbedingungen, andere Vertragsregeln).

Grundsätzlich sind Nebenangebote im Vergabeverfahren nur zulässig, wenn der Auftraggeber sie ausdrücklich in der Bekanntmachung oder der Aufforderung zur Interessensbestätigung zulässt. Im Unterschwellenbereich können Nebenangebote auch noch in den Vergabeunterlagen zugelassen werden. Die gesetzlichen Regeln zu Nebenangeboten finden sich in § 35 VgV, § 33 Sektorenverordnung (SektVO) und § 25 UVgO.

5.3 Darf in der Leistungsbeschreibung ein konkretes Produkt genannt werden?

Die Leistungsbeschreibung darf nicht auf eine bestimmte Produktion oder Herkunft oder ein besonderes Verfahren oder auf gewerbliche Schutzrechte, Typen oder einen bestimmten Ursprung verweisen, wenn dadurch bestimmte Unternehmen oder Produkte begünstigt oder ausgeschlossen werden. Hiervon darf nur abgewichen werden, wenn dies durch den Auftragsgegenstand gerechtfertigt ist. Ein Interesse an Systemsicherheit, die eine wesentliche Verringerung von Risikopotenzialen bewirkt, könnte ein solches Abweichen rechtfertigen. Wenn der Auftragsgegenstand nicht hinreichend genau und verständlich beschrieben werden kann, darf ausnahmsweise auch von dem Grundsatz der Produktneutralität abgewichen werden, jedoch nur unter dem Hinweis „oder gleichwertig“.

6 Wie erstellt man ein wertungsfähiges Angebot?

Das Angebot entscheidet darüber, ob ein Bieter Erfolg im Ausschreibungsverfahren hat oder nicht.

6.1 Wie wichtig sind die Formvorschriften?

Neben inhaltlicher Überzeugungskraft muss ein Angebot vor allem den Formvorschriften entsprechen, um erfolgreich zu sein. Auch Formverstöße können zum Ausschluss führen. Dies ist in der Praxis sogar sehr häufig der Fall.

Fehlen aus Sicht des Auftraggebers Unterlagen, kann er diese nachfordern, er ist dazu aber nicht verpflichtet und kann dies in den Vergabeunterlagen oder der Bekanntmachung grundsätzlich ausschließen. Nur bei Bauleistungen besteht eine Pflicht zur Nachforderung von fehlenden Unterlagen. Deshalb sollten Bieter sich nicht auf Nachforderungen verlassen und nach Möglichkeit immer ein vollständiges Angebot einreichen. Sind geforderte Angaben nicht möglich, sollte dieser Umstand im Vorfeld der Angebotsabgabe durch Bieterfragen geklärt werden.



Praxistipp

Auf keinen Fall ins Angebot schreiben: „Angaben können nicht gemacht werden“, „Angabe nicht möglich“ oder Ähnliches!

Hält ein Bieter die Frist zur Nachreichung von Unterlagen im Falle einer Nachforderung nicht ein, stellt dies einen weiteren Ausschlussgrund dar.

6.2 In welchen Fällen werden Angebote ausgeschlossen?

Ausgeschlossen werden aus rechtlichen Gründen zwingend:⁹

- Angebote, die nicht form- und fristgerecht eingegangen sind, es sei denn, der Bieter hat dies nicht zu vertreten;
- Angebote, die nicht die geforderten oder nachgeforderten Unterlagen enthalten;
- Angebote, in denen Änderungen des Bieters an seinen Eintragungen nicht zweifelsfrei sind;
- Angebote, bei denen Änderungen oder Ergänzungen an den Vergabeunterlagen vorgenommen worden sind;
- Angebote, die nicht die erforderlichen Preisangaben enthalten, es sei denn, es handelt sich um unwesentliche Einzelpositionen, deren Einzelpreise den Gesamtpreis nicht verändern oder die Wertungsreihenfolge und den Wettbewerb nicht beeinträchtigen;
- Angebote, die nicht zugelassene Nebenangebote sind.

Im Folgenden werden die häufigsten Ausschlussgründe erläutert:

6.2.1 Verspätete Einreichung

Das Angebot muss vor Ablauf der Angebotsfrist der Vergabestelle zugehen. Hier sind die Anforderungen des Auftraggebers immer genau zu beachten. Dies gilt auch im Rahmen der elektronischen Vergabe. Der Bieter trägt das Übermittlungsrisiko und sollte den Upload frühzeitig (möglichst einen Tag vorher) vornehmen. Bei Schwierigkeiten muss unverzüglich eine Fehlermeldung an den Auftraggeber erfolgen. Das Angebot gilt nur dann als fristgerecht abgegeben, wenn es bis Fristende vollständig hochgeladen wurde.

6.2.2 Unzulässige Änderung der Vergabeunterlagen

Unzulässige Änderungen der Vergabeunterlagen liegen beispielsweise vor, wenn Änderungen

- im Anschreiben zum Angebot,
- durch Abweichen von der Kalkulationsgrundlage,
- durch nicht angebotene Inhalte der ausgeschriebenen Leistung oder

.....
⁹ Vgl. § 57 Abs. 1 VgV.

- durch Streichungen, Ergänzungen, Ersetzungen oder Schwärzungen im Leistungsverzeichnis

vorgenommen werden.

Das Beifügen abweichender Vertragsbedingungen ist umstritten. Enthalten die Vergabeunterlagen eine sogenannte Abwehrklausel, führt die Beifügung eigener AGB laut einer Entscheidung des Bundesgerichtshofs nicht zum Ausschluss. Allerdings ist die Rechtsprechung hinsichtlich der Details noch nicht einheitlich.



Praxistipp

Der Auftraggeber gibt die Vertragsbedingungen vor, der Bieter sollte somit grundsätzlich keine eigenen AGB oder Vertragsbedingungen beifügen.

Auf die Beifügung eines Anschreibens sollte verzichtet werden.

6.2.3 Fehlende Preisangaben

Besondere Sorgfalt ist bei Preisangaben angebracht. Hier dürfen keine Erklärungslücken bestehen, die nur der Bieter füllen kann. Das bedeutet, dass grundsätzlich keine Preisangaben fehlen dürfen. Die Angabe von „0,00 Euro“ ist nach der Rechtsprechung allerdings eine Preisangabe. Diese kann genutzt werden, wenn man eine bestimmte Position nicht bepreisen kann oder will. Zudem dürfen die Angaben keinen Interpretationsspielraum mehr zulassen.

CHECKLISTE

Formal korrektes Angebot:

- * Liste der verlangten Nachweise beachten! Bei Unklarheiten Bieterfrage stellen.
- * Formulare des Auftraggebers nutzen. Auf Vollständigkeit achten!
- * Preise wie gefordert eingeben. Keine Mischkalkulation!
- * Keine noch so kleinen Änderungen der Vergabeunterlagen (Streichungen, Randnotizen, Leerstellen usw.) und schon gar keine inhaltlichen Abweichungen vornehmen!
- * Auf zusätzliches Anschreiben verzichten.

- * Keine zusätzlichen Angaben machen oder Anhänge beifügen.
- * Formvorschriften zu Versand und Unterzeichnung beachten!
- * Sofern zugelassen: Nebenangebote eindeutig kennzeichnen.
- * Bei Bietergemeinschaft: Vertretendes Unternehmen eindeutig benennen und bevollmächtigen.
- * Übersichtlichkeit ist entscheidend. Gliederung des Auftraggebers übernehmen.
- * Korrekte Form und rechtzeitiger Versand.

7 Wie erfährt man von der Vergabe-Entscheidung?

Bei EU-weiten Vergabeverfahren ist der Auftraggeber verpflichtet, die unterlegenen Bieter in Textform zehn Kalendertage vor Zuschlagserteilung über die Gründe der Nichtberücksichtigung, den Namen des Bestbieters und den frühesten Zeitpunkt des Vertragschlusses zu informieren. Mit der Zurverfügungstellung dieser Bieterinformation beginnt die sogenannte Stillhaltefrist, die unterlegene Bieter nutzen können, um die Zuschlagsentscheidung durch Kontrollinstanzen prüfen zu lassen, bevor ein Vertrag geschlossen wird. Die Stillhaltefrist beginnt mit der Absendung der Bieterinformation, nicht mit ihrem Zugang.

Bei nationalen Vergabeverfahren besteht in Hessen keine Pflicht zur Bieterinformation und Stillhaltefrist. Hier ist der Auftraggeber nur verpflichtet, über die erfolgte Zuschlagserteilung zu informieren. Eine weitergehende Informationspflicht gibt es nur auf Antrag. Bittet man den Auftraggeber in Textform um Mitteilung über die Gründe der Ablehnung, die Merkmale und Vorteile des erfolgreichen Angebots sowie den Namen des erfolgreichen Unternehmens, so muss der Auftraggeber innerhalb von 15 Tagen nach Eingang dieses Antrags dazu Auskunft geben.

WEITERFÜHRENDE INFORMATIONEN

https://blog.fps-law.de/wp-content/uploads/2020/05/FPS_Leitfaden-Vergaberecht_Bundesverband-Startups.pdf

Geschäftsstelle Smarte Region

Hessische Staatskanzlei
Ministerin für Digitale Strategie und Entwicklung
info@smarte-region-hessen.de
www.smarte-region-hessen.de

Impressum

Autoren/Autorinnen

FPS Fritze Wicke Seelig Partnerschaftsgesellschaft von Rechtsanwälten mbB

Herausgeber

Hessische Staatskanzlei
Ministerin für Digitale Strategie und Entwicklung
Georg-August-Zinn-Straße 1
65183 Wiesbaden
www.digitales.hessen.de

Der Herausgeber übernimmt keine Gewähr für die Richtigkeit, die Genauigkeit und die Vollständigkeit der Angaben sowie für die Beachtung privater Rechte Dritter. Die in der Veröffentlichung geäußerten Ansichten und Meinungen müssen nicht mit der Meinung des Herausgebers übereinstimmen.

© Hessische Staatskanzlei
Ministerin für Digitale Strategie und Entwicklung

Vervielfältigung und Nachdruck – auch auszugsweise – nur nach vorheriger schriftlicher Genehmigung.

Verantwortlich im Sinne des Presserechts

Markus Büttner

Projekträger

Hessen Trade & Invest GmbH
im Auftrag der Hessischen Staatskanzlei
Ministerin für Digitale Strategie und Entwicklung

Kontaktdaten

Hessen Trade & Invest GmbH
Konradinerallee 9
65189 Wiesbaden
Tel +49 611 95017-80 /-85
info@htai.de
www.htai.de

Lektorat

Karola Klatt

Gestaltung

Janin Kalle – Büro für Kommunikationsdesign

Druckerei

A&M Service GmbH

Bildnachweis

Titel: © Maskot via Getty Images

Stand: August 2022

Aus Gründen der leichteren Lesbarkeit wird auf eine geschlechtsspezifische Differenzierung von Funktions- bzw. personenbezogenen Bezeichnungen, wie zum Beispiel Teilnehmer/Innen, verzichtet. Entsprechende Begriffe gelten im Sinne der Gleichbehandlung für alle Geschlechter.

AUSSCHLUSS WAHLWERBUNG:

Dieses Dokument wird im Rahmen der Öffentlichkeitsarbeit der Hessischen Landesregierung herausgegeben. Sie darf weder von Parteien noch von Wahlbewerberinnen und -bewerbern oder Wahlhelferinnen und -helfern während eines Wahlkampfes zum Zwecke der Wahlwerbung verwendet werden. Dies gilt für Landtags-, Bundestags-, Europa- und Kommunalwahlen. Missbräuchlich sind insbesondere eine Verteilung dieser Druckschrift auf Wahlveranstaltungen oder an Informationsständen der Parteien sowie das Einlegen, Aufdrucken oder Aufkleben parteipolitischer Informationen oder Werbemittel. Untersagt ist gleichfalls die Weitergabe an Dritte zum Zwecke der Wahlwerbung. Auch ohne zeitlichen Bezug zu einer bevorstehenden Wahl darf das Dokument nicht in einer Weise verwendet werden, die als Parteinahme der Landesregierung zugunsten einzelner politischer Gruppen verstanden werden könnte. Die genannten Beschränkungen gelten unabhängig davon, wann, auf welchem Weg und in welcher Anzahl diese Druckschrift dem Empfänger zugegangen ist. Den Parteien ist es jedoch gestattet, das Dokument zur Unterrichtung ihrer eigenen Mitglieder zu verwenden.



www.smarte-region-hessen.de