

## NEWSLETTER: ÖFFENTLICHER SEKTOR – DEZEMBER 2021

2 DECEMBER 2021 • ARTICLE



Willkommen zu unserer Dezember 2021 Ausgabe des Öffentlichen Sektor Newsletters von Watson Farley & Williams.

### THEMA DES MONATS

#### Durchführung von sog. Teststellungen im Rahmen von Ausschreibungen

Insbesondere bei der Beschaffung von komplexen Leistungen wie z.B. IT-Systemen, Softwarelösungen und Fahrzeugen oder bei Outsourcingvorhaben etc. besteht häufig ein Spannungsfeld zwischen den umfassenden Leistungs- und Qualitätsanforderungen des Auftraggebers einerseits und der praktischen Überprüfbarkeit der Erfüllung dieser Anforderungen durch die Produkt- und Systemangebote von Bietern andererseits. Auf den ersten Blick bieten die vergaberechtlichen Vorschriften keine Möglichkeit einer angemessenen Überprüfung der Erfüllung von Leistungs- und Qualitätsanforderungen. Allerdings hat die Rechtsprechung die Möglichkeit von sog. Teststellungen entwickelt, mit denen Auftraggeber unter gewissen Voraussetzungen die Produktangaben der Bieter verifizieren oder sogar qualitativ bewerten können.



## Begriff der Teststellung und Anwendungsbereich

Als Teststellung – Funktions- oder Praxistest bzw. Bemusterung genannt – wird die praktische Vorführung eines/einer vom Bieter angebotenen Produkts bzw. Leistung bezeichnet, die der Überprüfung der Hersteller- und Produktangaben und/oder der Bewertung der Qualität dient. Dabei ist zwischen verifizierenden und wertenden Teststellungen zu unterscheiden. Während bei verifizierenden Teststellungen schlicht überprüft werden soll, ob die Angaben eines Bieters zu seinem Produkt oder einzelnen Leistungsbestandteilen auch tatsächlich zutreffen und gegebenenfalls Mindestanforderungen erfüllt sind, erfolgt bei einer wertenden Teststellung eine qualitative Bewertung des Leistungsgegenstandes anhand von vorab bekannt gemachten Zuschlagskriterien, die in den Wertungsvorgang zur Ermittlung des wirtschaftlichsten Angebots einfließen. Beide Vorgehensweisen dienen letztlich dazu, dass sich der Auftraggeber ein tatsächliches Bild von der angebotenen Leistung machen kann und sich nicht lediglich auf Angaben im Angebot der Bieter verlassen muss.

Daher bieten sich Teststellungen vorwiegend dann an, wenn Fragen der praktischen Anwendung für den Auftraggeber von besonderer Bedeutung sind. Ferner können wertende Teststellungen als Hilfsmittel zur Bewertung des Angebots dienen, wenn dieses allein nicht hinreichend aussagekräftig ist oder der Auftraggeber selbst geringe Erfahrungen mit dem Produkt hat. In jedem Fall räumen Teststellungen dem Auftraggeber ein hohes Maß an Flexibilität bei der Prüfung und/oder Bewertung der angebotenen Leistungsgegenstände ein und stellen so zuverlässig deren Qualität sicher.

## Geltender vergaberechtlicher Rahmen

Für die verifizierende Teststellung hat die Rechtsprechung herausgearbeitet, dass ein Auftraggeber nicht dazu verpflichtet ist, zu überprüfen, ob ein Bieter die mit seinem Angebot verbindlich eingegangenen vertraglichen Verpflichtungen auch eingehalten werden. Vielmehr darf er sich grundsätzlich auch ohne Überprüfung auf die Leistungsversprechen der Bieter verlassen (so OLG Düsseldorf, Beschluss vom 15. Januar 2020 – Verg 20/19, Rn. 43). Dennoch steht es ihm frei, das Leistungsversprechen daraufhin zu überprüfen, ob die ausgeschriebenen Anforderungen erfüllt sind (so ausdrücklich VK Bund, Beschluss vom 11. November 2020 – VK 1-84/20). Entscheidet sich der Auftraggeber für eine solche Überprüfung der Erfüllung der Anforderungen, so ist er in der Art und Weise, nach welcher Methode er bei der Bewertung der Angebote vorgeht oder welche Mittel er hierbei einsetzt, weitestgehend frei. Es muss jedoch gewährleistet sein, dass die Angebotswertung transparent, willkürfrei und nachvollziehbar durchgeführt wird und hierüber eine Dokumentation angefertigt wird (VK Hessen, Beschluss vom 5. Juli 2021 – 69d-VK-61/2020; VK Bund, Beschluss vom 11. November 2020 – VK 1-84/20 und OLG Düsseldorf, Beschluss vom 15. Januar 2020 – Verg 20/19, Rn. 46).

Für die wertende Teststellung kann darüber hinaus an § 58 Abs. 2 Satz 2 VgV bzw. die vergleichbaren Regelungen der anderweitigen Vergabeordnungen angeknüpft werden. Die Vorschrift zählt lediglich beispielhaft verschiedene in Betracht kommende Zuschlagskriterien auf, sodass es Auftraggebern freisteht, eigene Zuschlagskriterien als Bestandteil der Wertung festzulegen – sofern diese in angemessenem Zusammenhang mit dem Auftragsgegenstand stehen. Denn wenn der Auftraggeber schon den Beschaffungsgegenstand grundsätzlich frei bestimmen kann, gilt dies erst recht für die Bestimmung von Zuschlagskriterien, mit denen er das nach seinen Bedürfnissen wirtschaftlichste Angebot ermittelt (OLG Celle, Beschluss vom 19. März 2019 – 13 Verg 7/18, Rn. 38). Maßgeblich ist dabei, dass die von dem Auftraggeber gewählten Zuschlagskriterien mit dem Leistungsgegenstand in Verbindung stehen müssen, vgl. § 127 Abs. 3 GWB. Zu beachten ist jedoch, dass den wertenden Teststellungen teilweise von der Rechtsprechung Bedenken entgegengesetzt werden. So entschieden sowohl die VK Südbayern (Beschluss vom 2. April 2019 – Z3-3-3194-1-43-11/18, Rn. 138) als auch die VK Rheinland (Beschluss vom 19. November 2019 – VK 40/19), dass mündliche vorgetragene Angebotshinhalte wie z. B. Präsentationen nicht Bestandteil der Wertung sein dürften. Vielmehr müsse der Auftraggeber stets sicherstellen, dass die maßgeblichen Inhalte von den Bietern bereits zum Zeitpunkt der Angebotsabgabe mindestens in Textform eingereicht werden. Hieraus ließe sich schließen, dass wertende Teststellungen, die durch Vorführung z.B. eines IT-Systems durchgeführt werden und damit nicht in Textform vorliegen, nicht Bestandteil der Wertung sein können. Allerdings steht dieser engen Sichtweise die Rechtsprechung der VK Bund (Beschluss vom 22. November 2019 – VK 1-83/19) sowie der VK Karlsruhe (Beschluss vom 16. Oktober 2019 – 1 VK 52/19) entgegen, wonach eine fachlich-inhaltliche Vorstellung des Angebots sowie des einzusetzenden Personals in Form einer mündlichen Präsentation vorgenommen und entsprechend bewertet werden kann. Für diese Sichtweise spricht, dass die Teststellung im Fall der VK Karlsruhe nicht losgelöst von schriftlichen Anforderungen stattfanden, da im Rahmen der Teststellung die in dem Lastenheft festgelegten Anforderungen erfüllt werden mussten und bewertet wurden. Für das in der Praxis zunehmend relevante Kriterium der „Nutzerfreundlichkeit“ ist zudem zu berücksichtigen, dass dieses insofern zu objektivieren ist, dass ein Gremium aus Nutzern die Leistungen anhand vorgegebener einheitlicher Kriterien testet, diese einzeln bewertet und dann eine so ermittelte objektive Punktzahl in die Wertung eingestellt wird (vgl. VK Bund, Beschluss vom 11. November 2020 – VK 1-84/20).

## Hinweise für die Praxis

Vor dem Hintergrund der Vorteile von Teststellungen einerseits und der bestehenden Rechtsunsicherheit andererseits empfiehlt sich für die Durchführung von (wertenden) Teststellungen ein klares und in den Vergabeunterlagen festgelegtes Vorgehen, das sowohl den Grundsätzen der Gleichbehandlung und Transparenz als auch den Dokumentationsanforderungen Rechnung trägt. So ist bereits im Vorfeld des Vergabeverfahrens in den Vergabebedingungen festzulegen und bekannt zu machen, welche Anforderungen an (wertende) Teststellungen aufgestellt werden, so dass den Grundsätzen der Transparenz und Gleichbehandlung ausreichend entsprochen wird. Die Durchführung von Teststellungen bedeutet zwar ein gewisses Maß an Organisationsaufwand seitens der Auftraggeber. Dem stehen aber die Vorteile einer effizienten und qualitativ hochwertigen Leistungserbringung gegenüber.

## AKTUELLE ENTWICKLUNGEN

### Neue vergaberechtliche Schwellenwerte ab dem 1.1.2022

Zum 1. Januar 2022 treten neue Schwellenwerte im Vergaberecht in Kraft, die für sämtliche Vergabeverfahren bis zum 31. Dezember 2024 gelten, die ab 2022 eingeleitet werden. Die Europäische Kommission hat die neuen Schwellenwerte mit Delegierten Verordnungen vom 10. November 2021 bekanntgemacht.

Die neuen Schwellenwerte im Überblick:

Auftragsart	bislang in EUR (netto)	neu in EUR (netto)
Baufträge (alle Bereiche)	EUR 5.350.000,00	EUR 5.382.000,00
Liefer- und Dienstleistungsaufträge (außerhalb Sektorenbereich)	EUR 214.000,00	EUR 215.000,00
Liefer- und Dienstleistungsaufträge (oberste und obere Bundesbehörden)	EUR 139.000,00	EUR 140.000,00
Bau- und Dienstleistungskonzessionen (alle Bereiche)	EUR 5.350.000,00	EUR 5.382.000,00
Liefer- und Dienstleistungsaufträge (Sektorenbereich und im Bereich Verteidigung und Sicherheit)	EUR 428.000,00	EUR 431.000,00
Soziale und andere besondere Dienstleistungen (außerhalb Sektorenbereich)	EUR 750.000,00	
Soziale und andere besondere Dienstleistungen (Sektorenbereich)	EUR 1.000.000,00	

Die Schwellenwerte sind für die Schätzung des Auftragswerts relevant, die Auftraggeber vor Beginn eines Vergabeverfahrens vornehmen müssen. Erreicht oder überschreitet der Netto-Auftragswert der zu vergebenden Leistungen den einschlägigen Schwellenwert, ist der Auftraggeber verpflichtet, ein europaweites Vergabeverfahren durchzuführen. In diesem Fall finden die Regelungen des Oberschwellenvergaberechts nach den §§ 97 ff. GWB i.V.m. dem für den Auftragsgegenstand einschlägigen Vergabeverordnungen (z.B. VgV, EU VOB/A, SektVO oder KonzVgV) Anwendung.

## Preissteigerungen und Lieferengpässe – Möglichkeiten zur Abbildung einer interessengerechten Risikoverteilung

Die Auswirkungen der COVID-19-Pandemie betreffen zunehmend auch Lieferketten. Die Folge sind in verschiedenen Bereichen steigende Beschaffungskosten und Lieferengpässe, die teilweise zu erheblichen Verzögerungen bei der Realisierung von Vorhaben führen können. Daher stellt sich die Frage, wie solche Unwägbarkeiten im Rahmen von Vergabeverfahren einerseits sowie bei den vertraglichen Bestimmungen andererseits berücksichtigt werden können. Bei der Festlegung von Vorgaben durch öffentliche Auftraggeber bedarf es einer gewissen Sensibilität, um sicherzustellen, dass Bieter sich überhaupt an Vergabeverfahren beteiligen.

Um hier einen angemessenen Interessenausgleich schaffen zu können, stehen öffentlichen Auftraggebern bereits auf der Ebene des Vergabeverfahrens Instrumente zur Verfügung, die eine termingerechte Auftragsdurchführung sicherstellen. So kann etwa ein Konzept zur Auftragsdurchführung von den Bietern verlangt werden, in dem erläutert wird, welche Maßnahmen der Auftragnehmer ergreift, um eine termingerechte Fertigstellung bewirken zu können. Ein solches Konzept wird Gegenstand der Wertung als auch mitgeltender Vertragsbestandteil.

Auf der Ebene der Vertragsgestaltung und -durchführung gilt es, die bestehenden Risiken angemessen durch die Aufnahme entsprechender Klauseln zu verteilen. Zwar ist es möglich, strikte Terminvorgaben und Fristen zu vereinbaren, dem Auftragnehmer also das Risiko der Verzögerung aufzubürden. Jedoch wird er dieses Risiko bei der Preisgestaltung einkalkulieren, mit der Folge der Verteuerung der Preise. Darüber hinaus trägt eine derart einseitige Risikoverteilung nicht dazu bei, die Gefahr der Verzögerung zu verringern, da diese vielfach für die Bieter selbst auch nicht abschließend beherrschbar sind. Daher sollten nach Möglichkeit angemessene Termine bzw. Fristen oder auch mit Meilensteinen versehene Zeiträume vertraglich vorgesehen werden.

Weiterhin sollte – wie der Präsident des Zentralverbandes des Deutschen Handwerks (ZDH) – fordert, auf Vertragsstrafen verzichtet werden, um eine Verteuerung der Angebote zu vermeiden. Auch sollten Preisgleitklauseln aufgenommen werden, um nachweisliche und unbeeinflussbare Preisschwankungen angemessen begegnen zu können.

## Mitteilungs- und Abfragepflichten im Wettbewerbsregister

Öffentliche Auftraggeber, Sektorenauftraggeber und Konzessionsgeber sind gemäß § 6 Abs. 1 des Wettbewerbsregistergesetzes (WRegG) verpflichtet, vor der Erteilung des Zuschlags beim Bundeskartellamt aktuelle Eintragungen des für den Zuschlag vorgesehenen Unternehmens abzufragen. Dies betrifft Aufträge mit einem geschätzten Auftragswert von über EUR 30.000,00 (brutto).

Auftraggeber, die bislang weitgehend auf die Angaben der Unternehmen selbst angewiesen sind, können künftig durch eine Abfrage beim Wettbewerbsregister objektiv das Vorliegen von Ausschlussgründen prüfen. Das Wettbewerbsregister trägt damit zur Bekämpfung von Wirtschaftskriminalität bei und stärkt die Compliance bei Unternehmen. Bisher waren öffentliche Auftraggeber lediglich verpflichtet, sich zu registrieren, um die Abfragen tätigen zu können.

Mit einer Bekanntmachung im Bundesanzeiger vom 29. Oktober 2021 vervollständigte der Gesetzgeber nun § 12 WRegG, aus dem sich ergibt, ab welchen Zeitpunkten Behörden zur Mitteilung der nach §§ 2 bis 4 WRegG maßgeblichen Informationen und öffentliche Auftraggeber zur Abfrage verpflichtet sind.

Danach gelten folgende Umsetzungsfristen:

- Ab dem 01.12.2021 sind die Strafverfolgungsbehörden sowie die zur Verfolgung von Ordnungswidrigkeiten berufenen Behörden verpflichtet, dem Bundeskartellamt registerrelevante Rechtsverstöße mitzuteilen. Ab diesem Tag haben registrierte Auftraggeber bereits die Möglichkeit zur Abfrage des Wettbewerbsregisters.
- Ab dem 01.06.2022 sind öffentliche Auftraggeber, Sektorenauftraggeber und Konzessionsgeber in Vergabeverfahren mit den in § 6 WRegG näher bestimmten Auftragswerten zur Abfrage des Wettbewerbsregisters verpflichtet.

- Ab dem 01.06.2022 können Unternehmen und natürliche Personen Auskunft über den sie betreffenden Inhalt des Wettbewerbsregisters verlangen.
- Ab dem 01.06.2022 können Stellen, die ein amtliches Verzeichnis i.S.d. § 48 Abs. 8 VgV führen, mit Zustimmung des betroffenen Unternehmens Auskunft über den das Unternehmen betreffenden Inhalt des Wettbewerbsregisters verlangen.

Mit Pressemeldung vom 29. Oktober 2021 rief der Präsident des Bundeskartellamtes, Andreas Mundt, öffentliche Auftraggeber dazu auf, sich schnellstmöglich zu registrieren, um der Abfragepflicht rechtzeitig nachkommen zu können.



## AKTUELLE RECHTSPRECHUNG

### **Vorgabe von Produkten im Rahmen von Ausschreibungen ist die Ausnahme (OLG Brandenburg, Beschluss vom 08.07.2021 – 19 Verg 2/21)**

Öffentliche Auftraggeber haben den Grundsatz der produktneutralen Ausschreibung zu beachten, um einen Wettbewerb um Beschaffungen der öffentlichen Hand sicherzustellen. Eine produktspezifische Ausschreibung ist nur ausnahmsweise gerechtfertigt, wobei nachvollziehbare objektive und auftragsbezogene Gründe für eine solche Festlegung vorliegen müssen. Diese Gründe dürfen nicht willkürlich und subjektiv sein, es muss eine umfassende Dokumentation der Erwägungen stattfinden.

## **Zulässige Direktvergabe bei sachlich gerechtfertigten Leistungsanforderungen (OLG Rostock, Beschluss vom 11.11.2021 – 17 Verg 6/21)**

Auf eine vermeintliche Vergaberechtwidrigkeit kann sich ein Bieter nicht berufen, wenn sein Produkt zulässig gestellte zwingende Anforderungen zweifelsfrei nicht erfüllt. Kommt es dem Auftraggeber mit Blick auf die Dringlichkeit und Risikobegrenzung zulässigerweise auf die Beschaffung einer bestehenden Software an, muss er einen über die programmtechnisch bereits vorgesehene und getestete Konfiguration hinausgehenden Eingriff in die Programmstruktur nicht hinnehmen. Denn mit einer Umprogrammierung im Sinn eines Eingriffs in die Programmstruktur – und nicht lediglich einer programmtechnisch bereits vorgesehenen und getesteten Konfiguration des Systems – sind Risiken und Verzögerungen verbunden, zu deren Abschätzung sich der Auftraggeber nicht auf Angaben des Anbieters verweisen lassen muss.

## **Zeitpunkt der Ausführung von Referenzleistungen (VK Bund, Beschluss vom 11.06.2021 – VK 2-53/21)**

Der Ausführungszeitpunkt von Referenzleistungen bestimmt sich nicht nach einer möglicherweise vorgesehenen vertraglichen Abnahme der Leistungen, sondern ist vielmehr tatsächlich zu bestimmen. Eine ausgeführte Referenzleistung kann damit vorliegen, wenn sie in einer Art und Weise ins Werk gesetzt worden ist, dass ein tragfähiger Rückschluss auf die entsprechende Leistungsfähigkeit des Bieters möglich ist. Etwas anderes gilt nur dann, wenn in den Vergabebedingungen eine konkrete Vorgabe zum Ausführungszeitraum vorgesehen wie zum Beispiel die Inbetriebnahme von Leistungen oder der nachweisliche Abschluss einer Leistungsphase.

## **Anforderungen an die Vergleichbarkeit von Referenzleistungen (OLG München, Beschluss vom 09.11.2021 – Verg 5/21)**

Das Abfordern von Referenzprojekten für "vergleichbare" Leistungen bedeutet nicht, dass der Leistungsumfang der herangezogenen Aufträge mit dem ausgeschriebenen Auftrag identisch sein müsste. Vielmehr genügt es, dass die Referenzleistung der ausgeschriebenen Leistung so weit ähnelt, dass sie einen tragfähigen Rückschluss auf die Leistungsfähigkeit des Bieters für die ausgeschriebene Leistung eröffnet. Dabei sind die Vorgaben in den Vergabebedingungen zur Vergleichbarkeit ebenfalls zu berücksichtigen.

## **Rüge von unklaren Vergabeunterlagen (OLG Celle, Beschluss vom 12.10.2021 – 13 Verg 7/21)**

Unklarheiten der Vergabeunterlagen müssen von Bieterinnen lediglich unter gewissen Voraussetzungen gerügt werden und gehen ansonsten zu Lasten der ausschreibenden Stelle. Eine Rüge von Bieterinnen ist nur dann erforderlich, wenn fachkundigen Unternehmen auch nach Auslegungsbemühungen mehrere Auslegungsmöglichkeiten verbleiben oder das zutreffende Verständnis der Vergabeunterlagen eine besondere Gesamtschau erfordert, die von den Bieterinnen oder Bewerberinnen im Vergabewettbewerb erfahrungsgemäß nicht geleistet wird oder nicht geleistet werden. Die Entscheidung des OLG Celle deckt sich mit einer weiteren aktuellen Entscheidung der Vergabekammer Südbayern (Beschluss vom 19.10.2021 – 3194.Z3-3\_01-21-24), nach der die Bieterinnen in gewissem Rahmen etwaige Ausschreibungsfehler kalkulatorisch für sich nutzen dürfen. Für Auftraggeber bedeuten diese Entscheidungen, dass eine sorgfältige Erstellung der Vergabeunterlagen und insbesondere der Leistungsbeschreibung unerlässlich ist, um wirtschaftliche oder qualitative Nachteile bei der Leistungserbringung von vorneherein zu vermeiden.

## **Nachvollziehbare Dokumentation von Preisprüfungen (VK Bund, Beschluss vom 22.07.2021 – VK 2-57/2)**

Sofern Auftraggeber ungewöhnlich niedrige Preise überprüfen, ist die Korrespondenz mit dem betreffenden Bieter wie auch der Prüfungsvorgang selbst umfassend zu dokumentieren.

## **VERANSTALTUNGEN**

Veranstaltungen	Datum	Referent
Alcatel: Wahl der richtigen Verfahrensart - der Weg in das Verhandlungsverfahren	11.01.2022	Dr. Felix Siebler, LL.M.
Behörden Spiegel: DigitalPakt Schule: Digitalisierung von Schulen und Bildungseinrichtungen – Rechtssichere Vergabe von IT-Leistungen	13.01.2022	Dr. Felix Siebler, LL.M.
IHK Stuttgart: Workshop zur Vergabe von IT-Leistungen durch öffentliche Auftraggeber	24.01.2022	Dr. Felix Siebler, LL.M.
Alcatel: Unternehmens- und Angebotswertung zur Beschaffung von IT-Leistungen – Spielräume richtig nutzen	25.01.2022	Dr. Felix Siebler, LL.M.
Klinik-Kompetenz-Bayern eG: Vergaberecht und KHZG – Was ist bei der Umsetzung von (geförderten) Beschaffungen zu beachten?	27.01.2022	Dr. Felix Siebler, LL.M.
Alcatel: Optimale vertragliche Gestaltung zur Beschaffung von IT-Leistungen – Einzelvertrag oder Rahmenvereinbarung?	15.02.2022	Dr. Felix Siebler, LL.M.

## KEY CONTACTS



### DR FELIX SIEBLER LL.M.

PARTNER • GERMANY

T: +49 89 237 086 155

[fsiebler@wfw.com](mailto:fsiebler@wfw.com)

#### DISCLAIMER

Watson Farley & Williams is a sector specialist international law firm with a focus on the energy, infrastructure and transport sectors. With offices in Athens, Bangkok, Dubai, Dusseldorf, Frankfurt, Hamburg, Hanoi, Hong Kong, London, Madrid, Milan, Munich, New York, Paris, Rome, Seoul, Singapore, Sydney and Tokyo our 700+ lawyers work as integrated teams to provide practical, commercially focussed advice to our clients around the world.

# WATSON FARLEY & WILLIAMS

All references to 'Watson Farley & Williams', 'WFW' and 'the firm' in this document mean Watson Farley & Williams LLP and/or its affiliated entities. Any reference to a 'partner' means a member of Watson Farley & Williams LLP, or a member, partner, employee or consultant with equivalent standing and qualification in WFW Affiliated Entities. A list of members of Watson Farley & Williams LLP and their professional qualifications is open to inspection on request.

Watson Farley & Williams LLP is a limited liability partnership registered in England and Wales with registered number OC312252. It is authorised and regulated by the Solicitors Regulation Authority and its members are solicitors or registered foreign lawyers.

The information provided in this publication (the "Information") is for general and illustrative purposes only and it is not intended to provide advice whether that advice is financial, legal, accounting, tax or any other type of advice, and should not be relied upon in that regard. While every reasonable effort is made to ensure that the Information provided is accurate at the time of publication, no representation or warranty, express or implied, is made as to the accuracy, timeliness, completeness, validity or currency of the Information and WFW assume no responsibility to you or any third party for the consequences of any errors or omissions. To the maximum extent permitted by law, WFW shall not be liable for indirect or consequential loss or damage, including without limitation any loss or damage whatsoever arising from any use of this publication or the Information.

This publication constitutes attorney advertising.