

Vergabekammer Nordbayern zur Vergabe von Aufträgen im Verhandlungsverfahren

# Nachprüfungsantrag ist begründet

In dem zugrunde liegenden offenen Verfahren schrieb der Auftraggeber Reinigungsdienstleistungen aus. Neben anderen Bietern gab auch die Antragstellerin ein Angebot ab. Weil in den Vergabeunterlagen ein Fehler enthalten war und dieser Fehler erst durch die Abänderung der Vergabeunterlagen durch andere Bieter auffiel, teilte der Auftraggeber der Antragstellerin mit, dass er das Verfahren aufgehoben habe und die Vergabe jetzt als Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb durchführe. Dies sei nach § 14 Abs. 4 Nr. 1 VgV zulässig, weil die Vergabeunterlagen nicht wesentlich geändert worden seien.

Nachdem die Antragstellerin die neuen Vergabeunterlagen erhalten hatte, rügte sie unter anderem die Wahl des Verfahrens. Sie ist der Ansicht, dass das Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb rechtswidrig ist, weil bereits die Aufhebung des offenen Verfahrens rechtswidrig gewesen sei. Dennoch gab sie ein Angebot ab. Nachdem der Auftraggeber die Rüge zurückgewiesen hatte, beantragte die Antragstellerin die Nachprüfung.

Aus dem Vergabevermerk geht hervor, dass die Antragstellerin gemäß § 124 Abs. 1 Nr. 7 GWB vom Vergabeverfahren ausgeschlossen wurde, weil der Auftraggeber ihr gegenüber hinsichtlich der Reinigungsdienstleistung in einem anderen Gebäude eine außerordentliche Kündigung wegen Schlechtleistung ausgesprochen hatte. Nach Ansicht der Vergabekammer Nordbayern ist der Nachprüfungsantrag begründet. Der



Um die Ausschreibung von Reinigungsdienstleistungen gab es Streit.

FOTO: DPA/FRANK MAY

Auftraggeber habe nach der Aufhebung des offenen Verfahrens ein Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb durchgeführt, ohne dass die Voraussetzungen nach § 14 Abs. 4 Nr. 1 VgV vorgelegen hätten.

Nach § 14 Abs. 4 Nr. 1 VgV könne ein öffentlicher Auftraggeber Aufträge im Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb dann vergeben, wenn in einem offenen oder einem nicht offenen Verfahren keine oder keine geeigneten Angebote oder keine geeigneten Teilnahmeanträge ab-

gegeben worden seien, sofern die ursprünglichen Bedingungen des Auftrags nicht grundlegend geändert worden seien. Gedanklicher Hintergrund dieser Regelungen sei, dass der öffentliche Auftraggeber ursprünglich ein Verfahren gewählt habe, durch das ein transparenter und nichtdiskriminierender Wettbewerb sichergestellt gewesen sei und jenes Verfahren aufgrund dem Auftraggeber nicht zurechenbarer Gründe erfolglos geblieben sei. Vorliegend sei der Auftraggeber jedoch für die Aufhebung des Vergabeverfahrens

verantwortlich, weil er einen Lohnzuschlag falsch vorgegeben habe. Somit lägen die Voraussetzungen des § 14 Abs. 4 Nr. 1 VgV nicht vor, denn der Fehler, der die Wertung der eingegangenen Angebote verhindere und zur Aufhebung des Vergabeverfahrens geführt habe, sei vom Auftraggeber verschuldet gewesen.

Durch das falsch gewählte Vergabeverfahren drohe der Antragstellerin auch ein Schaden. Denn eine Rechtsverletzung der Antragstellerin und ein drohender Schaden gemäß § 160 Abs. 2 GWB lä-

gen bereits dann vor, wenn die Antragstellerin im Fall eines ordnungsgemäßen neuen Vergabeverfahrens bessere Chancen auf den Zuschlag haben könne als in dem beanstandeten Verfahren, das heißt, wenn ihre Aussichten auf Erteilung des Auftrags ohne neues Vergabeverfahren zumindest verschlechtert worden sein könnten. Dies habe die Antragstellerin schlüssig und nachvollziehbar vorgetragen.

Auch der Umstand, dass die Antragstellerin an dem Verhandlungsverfahren habe teilnehmen

und ein Angebot habe abgeben dürfen, rechtfertige es nicht, eine Rechtsverletzung der Antragstellerin zu verneinen. Ein Verhandlungsverfahren könne grundsätzlich die Zuschlagschancen der Antragstellerin im Vergleich zum offenen Verfahren beeinträchtigen, denn beim finalen Angebot des Verhandlungsverfahrens könne das ursprünglich wirtschaftlichste indikative Angebot der Antragstellerin von der ersten Rangstelle verdrängt werden.

Dass (möglicherweise) die Antragstellerin rechtmäßig nach § 124 Abs. 1 Nr. 7 GWB vom Vergabeverfahren ausgeschlossen worden sei, ändere ebenfalls nichts an dieser Bewertung. Auch wenn ein erneuter Ausschluss in einem neuen Vergabeverfahren möglich erscheine, sei zu berücksichtigen, dass ein Ausschluss nach § 124 Abs. 1 Nr. 7 GWB immer eine Ermessensentscheidung durch den Auftraggeber im neuen Vergabeverfahren erfordere. Diese Entscheidung müsse der Auftraggeber bei der Wiederholung des Vergabeverfahrens erneut treffen. Es komme also in diesem Nachprüfungsverfahren nicht darauf an, ob der Ausschluss nach § 124 Abs. 1 Nr. 7 GWB in diesem (vergaberechtswidrigen) Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb rechtmäßig wäre.

Zu berücksichtigen sei darüber hinaus, dass eine Selbstreinigung der Antragstellerin nach § 125 GWB nicht ausgeschlossen sei. Weiter komme in Betracht, dass sie sich als Mitglied einer Bietergemeinschaft oder als Nachunternehmerin an dem neuen Vergabeverfahren beteilige. > **fv**

Vergaberecht und Datenschutzrecht

## Digitaler Postausgang

Für den physischen Postausgang gibt es bei jedem öffentlichen Auftraggeber bewährte Strukturen. Briefe werden gedruckt, kuvertiert, frankiert und anschließend an den beauftragten Postdienstleister übergeben.

Mit voranschreitender Digitalisierung ergibt es für öffentliche Auftraggeber Sinn, über eine Änderung dieses konventionellen Prozesses zu einem digitalisierten Postmanagement nachzudenken. Die Lösung: Die Einrichtung eines digitalen Postausgangs.

Bei der Einrichtung eines digitalen Postausgangs wird der manuelle Versandprozess durch die digitale Übermittlung der Ausgangspost an den Auftragnehmer ersetzt. Hierdurch können Briefsendungen wie eine E-Mail versendet werden. Die weiteren Aufgaben

im Rahmen der Postdienstleistungen umfassen Empfang, Ausdruck, Faltung, Kuvertierung und Frankierung, gegebenenfalls auch die Beförderung und Zustellung dieser Postsendungen (sogenannte Hybridpostvergabe).

Bei der Vergabe von Postdienstleistungen, die sowohl Elemente des physischen als auch des digitalen Postausgangs umfassen, gilt es in besonderem Maß den vergaberechtlichen Anforderungen gerecht zu werden. Neben den allgemeinen vergabe- und vertragsrechtlichen Anforderungen sollten insbesondere auch folgende Aspekte in den Blick genommen werden.

Losaufteilung: Das Gebot der Losaufteilung ist zu beachten, vgl. § 97 Abs. 4 Satz 2-3 GWB. Danach sind Leistungen der Menge

nach aufgeteilt (Teillose) und getrennt nach Art oder Fachgebiet (Fachlose) zu vergeben. Eine gesamthafte Vergabe ist zulässig, wenn wirtschaftliche oder technische Gründe dies erfordern.

Auftraggeber haben vor Einleitung des Vergabeverfahrens festzulegen, ob der digitale Postausgang als einzelnes Fachlos oder mit weiteren Postdienstleistungen (Hybridpostvergabe) vergeben werden soll. Denn es gibt Druckdienstleister, die allein den digitalen Postausgang anbieten, ohne selbst Postdienstleistungserbringer zu sein. Beabsichtigt ein Auftraggeber von einer losweisen Vergabe abzusehen, muss er sich in besonderer Weise mit dem Losaufteilungsgebot und den dagegen stehenden Gründen auseinandersetzen.

Für eine Hybridpostvergabe sprechen technische Gründe, um gegebenenfalls entstehende Probleme bei der Übergabe von Postsendungen zu vermeiden. Postsendungen, deren Versand durch eigene Zustellung nicht möglich ist, können dem Empfänger über einen Postdienstleister zugestellt werden. Im Falle der Losaufteilung besteht jedoch die Gefahr, dass Druck- und Postdienstleister nicht in geografisch räumlicher Nähe tätig sind. So wird es einem Postdienstleister, der ausschließlich in Süddeutschland tätig ist, schwer fallen, die vom Druckdienstleister in Norddeutschland vorbereiteten Postsendungen entgegenzunehmen, zu befördern und zuzustellen. Bei einer Hybridpostvergabe bestünde diese technische Schnittstelle nicht, da digi-

taler Postausgang sowie die weiteren Postdienstleistungen gesamtlastig vergeben werden.

Datenschutz: Darüber hinaus spielen auch datenschutzrechtliche Erwägungen eine maßgebliche Rolle bei der Ausschreibung eines digitalen Postausgangs. Sensible Informationen – beispielsweise Sozialdaten im Sinne von § 61 ff. SGB VIII sowie § 67 Abs. 2 SGB X – werden elektronisch an den Auftragnehmer übermittelt. Da die Datenverarbeitung beim digitalen Postausgang nach Weisung und im Auftrag des Auftraggebers erfolgt, muss ein entsprechendes Datenschutzkonzept vorliegen, das den formellen Anforderungen entspricht, die Art. 28 DSGVO an eine datenschutzkonforme Gestaltung einer Auftragsverarbeitung stellt.

Der digitale Postausgang bietet Auftraggebern neue Chancen, ihre Postlogistik zu optimieren. Gleichzeitig stellt der digitale Postausgang Auftraggeber vor neue vergaberechtliche Herausforderungen, die es zu bewältigen gilt. Auftraggeber sind daher gut beraten, die vergaberechtlichen Anforderungen an den digitalen – und physischen – Postausgang bereits bei der Konzeptionierung der Ausschreibungsunterlagen genau zu prüfen und zu dokumentieren, um ein erfolgreiches Vergabeverfahren durchführen zu können.

> **M. OTT, F. KRUMENAKER**

Der promovierte Autor Martin Ott ist Rechtsanwalt bei Menold Beizer in Stuttgart. Auch Florian Krumenaker ist Rechtsanwalt bei Menold Beizer.

Ausschreibungen für Bayern

## Auftrag **online** finden: Einfach. Schnell. Effizient.

- ✓ Benachrichtigungen per E-Mail
- ✓ Vergabeunterlagen online
- ✓ Viele weitere Vorteile finden Sie unter [www.bs.z.de/business](http://www.bs.z.de/business)

Webbasiert inkl.  
GAEB online

Aktuelle  
Ausschreibungen  
warten auf Ihren Abruf