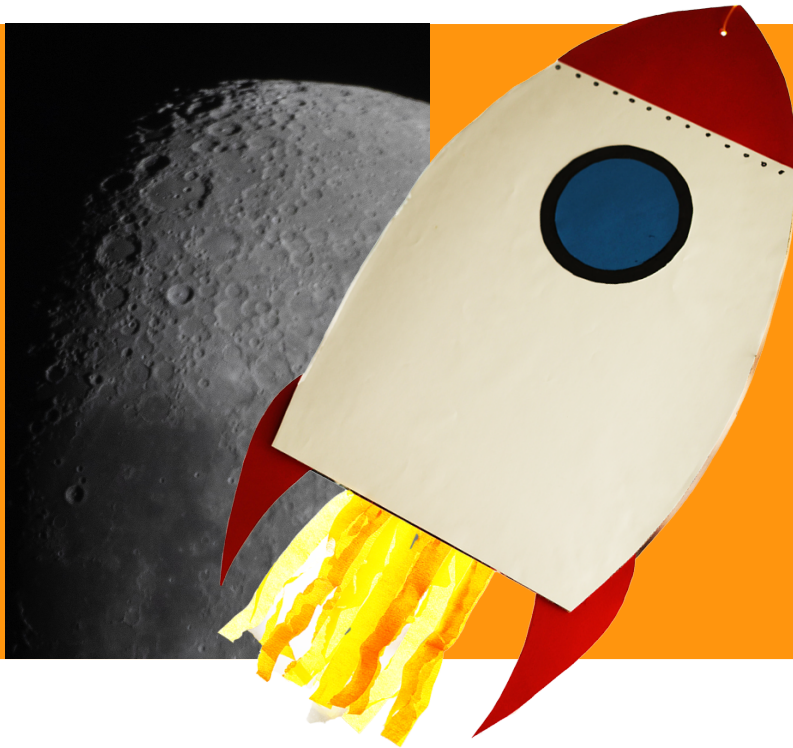


KOINNO-Online-Seminar

Erfolgreich innovative Aufträge gewinnen
Modul 3: Chancen und Herausforderungen, 20.06.2022



Dipl.-Math. Thomas Ferber, LL.M.

ferber@praxisratgeber-vergaberecht.de
www.praxisratgeber-vergaberecht.de



Thomas Ferber
Praxisratgeber
Vergaberecht



Diplom-Mathematiker und Wirtschaftsjurist (Master of Laws - LL.M.) und früherer langjähriger Key-Account-Manager für den Geschäftsbereich Forschung und Lehre bei Sun Microsystems mit der Sonderaufgabe Vergaberecht.

Autor der Bücher „Bewertungskriterien und -matrizen im Vergabeverfahren“, „Fristen im Vergabeverfahren“, „Bieterstrategien im Vergaberecht“ und „Schwellenwerte und Schätzung des Auftragswertes“.

Mitautor der Vergaberechtskommentare Müller-Wrede (Hrsg.): VgV/UVgO-Kommentar, SektVO-Kommentar.

Tel.: 06151-278 3990

Fax.: 06151-278 3991

Email: ferber@praxisratgeber-vergaberecht.de

Web: www.praxisratgeber-vergaberecht.de

Twitter: [t_ferber](https://twitter.com/t_ferber)

Xing: https://www.xing.com/profile/Thomas_Ferber



Agenda

- Newcomer-Problematik
- Kompensation von fehlender fachlicher Eignung durch Bietergemeinschaften und Eignungsleihe
- Im Vorfeld der Ausschreibung die richtigen Weichen stellen - Beratung im Vorfeld von Ausschreibungen
- Aus Fehlern und Erfolgen lernen - Die richtige Strategie im Vergabeverfahren



- **Newcomer-Problematik**

- Kompensation von fehlender fachlicher Eignung durch Bietergemeinschaften und Eignungsleihe
- Im Vorfeld der Ausschreibung die richtigen Weichen stellen - Beratung im Vorfeld von Ausschreibungen
- Aus Fehlern und Erfolgen lernen - Die richtige Strategie im Vergabeverfahren



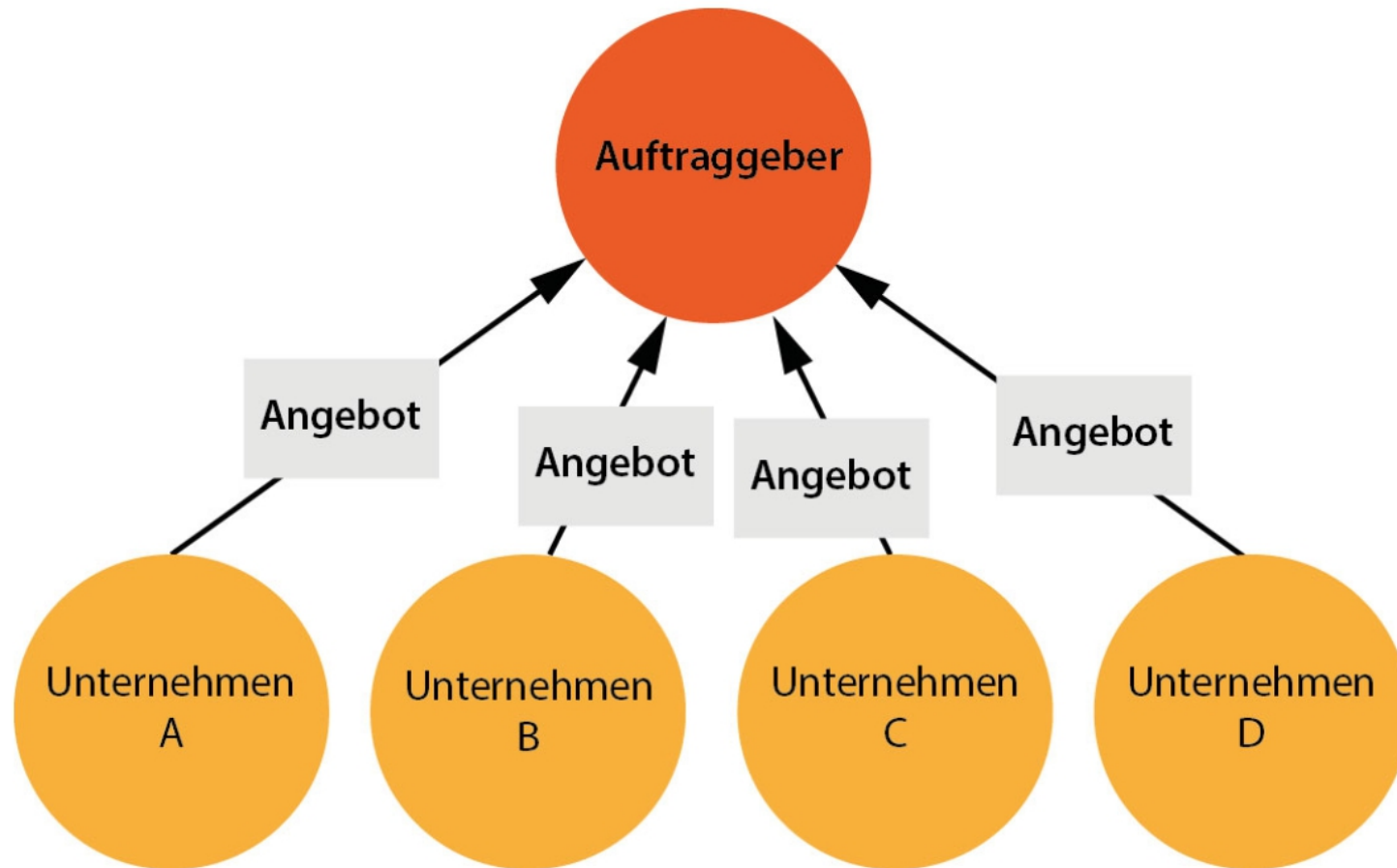
- Insbesondere die Forderung nach Referenzen stellt Newcomer vor große Probleme.
- Ohne Nachweis der geforderten Referenzen scheitert man an der Eignungsprüfung.
- Gerade bei innovativen Lösungen gibt es in der Regeln noch nicht viele oder unter Umständen noch gar keine Referenz.
- Die fehlende Sichtbarkeit bei den Auftraggebern führt zu fehlenden Angebotsanfragen im Unterschwellenbereich.
- Die fehlende Sichtbarkeit bei den Auftraggebern führt zu fehlenden Anfragen bzgl. Markterkundung.



- Newcomer-Problematik
- **Kompensation von fehlender fachlicher Eignung durch Bietergemeinschaften und Eignungsleihe**
- Im Vorfeld der Ausschreibung die richtigen Weichen stellen - Beratung im Vorfeld von Ausschreibungen
- Aus Fehlern und Erfolgen lernen - Die richtige Strategie im Vergabeverfahren



Einzelbieter





- Bei größeren Ausschreibungen ist es für kleine und mittelständische Unternehmen sowie für Newcomer oft nicht möglich, als Einzelanbieter die geforderte Eignung vorzuweisen.
- Auch wirtschaftliche Gründe und kaufmännische Überlegungen können es ratsam erscheinen lassen, nicht als Einzelunternehmen an der Ausschreibung teilzunehmen.
- Bietergemeinschaften oder auch der Einsatz von Nachunternehmern bieten hier eine mögliche Alternative, um dennoch an der Ausschreibung teilzunehmen.
- Durch die Bündelung der Leistungskraft der Einzelunternehmen in einer Bietergemeinschaft entfallen die Hinderungsgründe für die Teilnahme an der Ausschreibung.



Bewerber- / Bietergemeinschaften

- **Bewerbergemeinschaften** sind Zusammenschlüsse von Unternehmen, die sich gemeinschaftlich an einem Teilnahmewettbewerb, der einer Ausschreibung vorgeschaltet ist, beteiligen. Im Teilnahmewettbewerb werden noch keine Angebote erstellt, sondern nur die Eignung der Bewerber geprüft.
- **Bietergemeinschaften** sind Zusammenschlüsse von Unternehmen, die sich gemeinschaftlich an einer Angebotsabgabe beteiligen.
- Bewerber- / Bietergemeinschaften zeichnen sich durch die Bündelung ihrer Leistungskraft aus, während es einem einzelnen Unternehmen aus tatsächlichen oder wirtschaftlichen Gründen unmöglich oder es jedenfalls kaufmännisch unvernünftig ist, sich als selbstständiger Anbieter dem Wettbewerb zu stellen.
- Die Bewerbergemeinschaft/Bietergemeinschaft tritt gemeinschaftlich gegenüber dem Auftraggeber auf und haftet gesamtschuldnerisch. Bietergemeinschaften sind in der Regel Gesellschaften Bürgerlichen Rechts gemäß §§705ff. BGB.

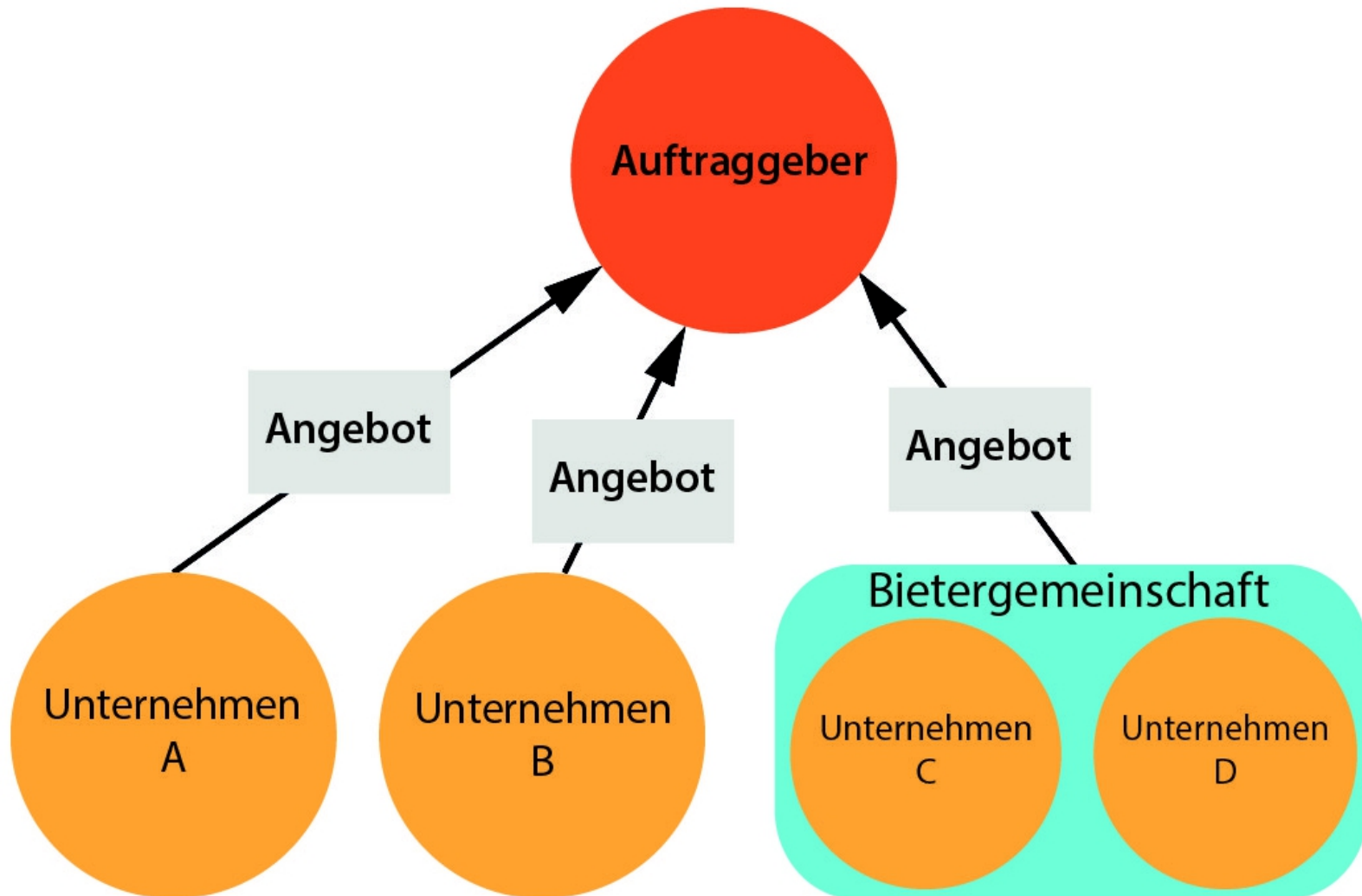


OLG Frankfurt a.M., Beschluss vom 01.10.2020, 11 Verg 9 / 20:

„Dabei ist zunächst darauf hinzuweisen, dass bei Bietergemeinschaften (...) die Leistungsfähigkeit und Fachkunde für die Bietergemeinschaft insgesamt nachgewiesen werden muss, d.h. die vorgelegten Nachweise der einzelnen Mitglieder in der Summe bewertet werden.“



Bietergemeinschaft





Bietergemeinschaften

Durch Bietergemeinschaften können auch kleinere und mittlere Unternehmen an Großaufträgen teilnehmen.

Bietergemeinschaften werden wie andere Bieter behandelt.

Bietergemeinschaften müssen im Angebot ihre Mitglieder und auch einen bevollmächtigten Vertreter benennen.

Mitglieder der Bietergemeinschaften haften als Gesamtschuldner.



§ 32 Abs. 2 UVgO: Bewerber- und Bietergemeinschaften sind wie Einzelbewerber und -bieter zu behandeln.

Der Auftraggeber darf nicht verlangen, dass Gruppen von Unternehmen eine bestimmte Rechtsform haben müssen, um einen Antrag auf Teilnahme zu stellen oder ein Angebot abzugeben.

Sofern erforderlich, kann der Auftraggeber in den Vergabeunterlagen Bedingungen festlegen, wie Gruppen von Unternehmen die Eignungskriterien zu erfüllen und den Auftrag auszuführen haben; solche Bedingungen müssen durch sachliche Gründe gerechtfertigt und angemessen sein.



§ 32 Abs. 3 UVgO: Unbeschadet des Absatzes 2 kann der Auftraggeber verlangen, dass eine Bietergemeinschaft nach Zuschlagserteilung eine bestimmte Rechtsform annimmt, soweit dies für die ordnungsgemäße Durchführung des Auftrags erforderlich ist.

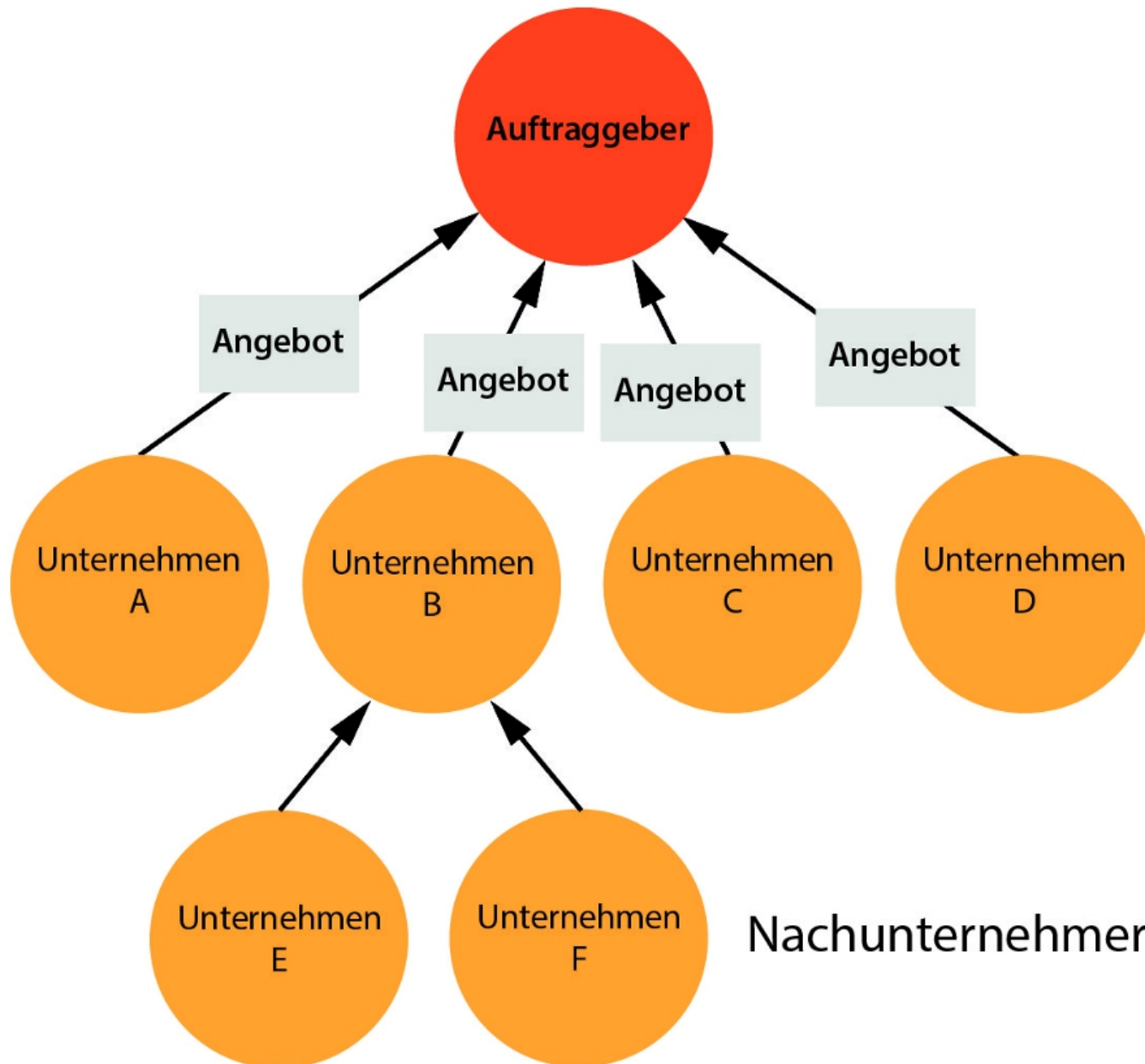


Nachunternehmen

- Die Alternative zur Bietergemeinschaft ist der Einsatz von Nachunternehmern, um eine fehlende Eignung zu kompensieren.
- Der Nachunternehmer steht dabei in keiner vertraglichen Beziehung zum Auftraggeber.



Nachunternehmen





Ein Bewerber oder Bieter kann für einen bestimmten Auftrag im Hinblick auf die erforderliche wirtschaftliche und finanzielle sowie die technische und berufliche Leistungsfähigkeit die Kapazitäten anderer Unternehmen in Anspruch nehmen,

- wenn er nachweist, dass ihm die für den Auftrag erforderlichen Mittel tatsächlich zur Verfügung stehen werden,
- indem er beispielsweise eine entsprechende Verpflichtungserklärung dieser Unternehmen vorlegt.



Agenda

- Newcomer-Problematik
- Kompensation von fehlender fachlicher Eignung durch Bietergemeinschaften und Eignungsleihe
- **Im Vorfeld der Ausschreibung die richtigen Weichen stellen - Beratung im Vorfeld von Ausschreibungen**
- Aus Fehlern und Erfolgen lernen - Die richtige Strategie im Vergabeverfahren



Bekannt sein bei den Auftraggebern

- Viele Beschaffungen der öffentlichen Auftraggeber werden im Unterschwellenbereich durch Verhandlungsvergaben ohne Teilnahmewettbewerb, freihändige Vergaben oder beschränkte Ausschreibungen ohne Teilnahmewettbewerb ausgeschrieben.
- Dazu wird eine begrenzte Anzahl von Unternehmen zur Angebotsabgabe aufgefordert.
- Die Unternehmen müssen dazu aber erst einmal bei den Auftraggebern bekannt sein.



§ 28 Abs. 1 VgV: Vor der Einleitung eines Vergabeverfahrens darf der öffentliche Auftraggeber Markterkundungen

- zur Vorbereitung der Auftragsvergabe und
- zur Unterrichtung der Unternehmen über seine Auftragsvergabepläne und -anforderungen

durchführen.

§ 28 Abs. 2 VgV: Die Durchführung von Vergabeverfahren lediglich zur Markterkundung und zum Zwecke der Kosten- oder Preisermittlung ist unzulässig.



Markterkundung

- Die Markterkundung dient dem Auftraggeber zur Vorbereitung der Auftragsvergabe und zur Herstellung einer Vergabereife.
- Informationen aus der Markterkundung können sein:
 - i. Gibt es für die zu beschaffende Leistung einen relevanten Markt und wie sieht die Wettbewerbssituation aus?
 - ii. Welche qualitativen Anforderungen sind an die Leistung zu stellen?
 - iii. Durch welche Eignungsanforderungen wählt man die geeigneten Unternehmen aus?
 - iv. Kann die Gesamtleistung angeboten werden oder sorgt erst eine Losaufteilung für den notwendigen Wettbewerb? Wie sind die Lose sinnvoll aufzuteilen?
 - v. Welche Preise sind für welche Qualitätsstufe zu erwarten?



- Die Markterkundung dient aber auch den Unternehmen zum Erlangen von Informationen über die Inhalte einer geplanten Auftragsvergabe vor der eigentlichen Ausschreibung.
 - i. Unternehmen können wichtige Informationen an den Auftraggeber vermitteln und damit die Qualität der Ausschreibung nachhaltig erhöhen.
 - ii. Unternehmen können sich auf die kommende Ausschreibung besser vorbereiten.



§ 7 Abs. 1 VgV: *Hat ein Unternehmen oder ein mit ihm in Verbindung stehendes Unternehmen den öffentlichen Auftraggeber*

- *beraten oder*
- *war auf andere Art und Weise an der Vorbereitung des Vergabeverfahrens beteiligt (vorbefasstes Unternehmen),*

so ergreift der öffentliche Auftraggeber angemessene Maßnahmen, um sicherzustellen, dass der Wettbewerb durch die Teilnahme dieses Unternehmens nicht verzerrt wird.



§ 7 Abs. 2 VgV: *Die Maßnahmen nach Absatz 1 umfassen insbesondere*

- *die Unterrichtung der anderen am Vergabeverfahren teilnehmenden Unternehmen in Bezug auf die einschlägigen Informationen, die im Zusammenhang mit der Einbeziehung des vorbereiteten Unternehmens in der Vorbereitung des Vergabeverfahrens ausgetauscht wurden oder daraus resultieren, und*
- *die Festlegung angemessener Fristen für den Eingang der Angebote und Teilnahmeanträge.*



§ 7 Abs. 3 VgV: *Vor einem Ausschluss nach § 124 Absatz 1 Nummer 6 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen ist dem vorbefassten Unternehmen die Möglichkeit zu geben nachzuweisen, dass seine Beteiligung an der Vorbereitung des Vergabeverfahrens den Wettbewerb nicht verzerren kann.*



VK Brandenburg, Beschluss vom 11.11.2011, VK 47 / 11:

Ein Verstoß gegen das Wettbewerbsprinzip kann in der Beteiligung eines Projektanten liegen.

Projektant ist jeder, der die Vergabestelle bei der Vorbereitung des Ausschreibungsverfahrens beraten oder sonst unterstützt hat.

Naturgemäß verfügt er dann bei der Beteiligung an der anschließenden Ausschreibung über einen Informationsvorsprung vor den anderen Bietern.

Es droht eine Wettbewerbsverzerrung, weil er sein Angebot aufgrund der besseren Information eher an die Bedürfnisse des Auftraggebers anpassen oder er bei der Beratung des öffentlichen Auftraggebers Gegenstand und Bedingungen des Auftrags in seinem Interesse beeinflussen kann [..]

Dem Auftraggeber obliegt die Verpflichtung, den Wissensvorsprung des einen Bieters auszugleichen durch Information aller anderen Bieter.



OLG München, Beschluss vom 25.07.2013, Verg 7 / 13:
Zum Ausgleich des Wissensvorsprungs eines Projektanten genügt die Bekanntgabe von Informationen, welche die anderen Bieter in die Lage versetzen, zu den gleichen Wettbewerbsbedingungen wie der vorbefasste Bieter ihr Angebot zu legen.



VK Nordbayern, Beschluss vom 31.08.2011, 21 . VK - 3194 - 24 / 11:
Ein pauschaler Ausschluss eines vorbefassten Bieters würde zu einer Diskriminierung des Projektanten führen.

Nur wenn sich

- Verdachtsmomente bestätigen,*
- ein Ausgleich unter keinen Umständen möglich ist und*
- nach einer Bieteranhörung ein unzulässiger Wettbewerbsvorteil unabwendbar ist,*

kommt als "ultima ratio" der Ausschluss eines Bieters in Betracht. (vgl. hierzu EuGH, Urteil vom 03.03.2005, C-21/03).



VK Sachsen, Beschluss vom 11.03.2011, 1 / SVK / 001 - 11: *Der EuGH kam zunächst zu dem Ergebnis, dass die Beteiligung von Projektanten auf Bieterseite im Vergabeverfahren grundsätzlich geeignet ist, den ordnungsgemäßen Vergabewettbewerb zu gefährden.*

Er hielt jedoch eine Regelung für unverhältnismäßig und gemeinschaftsrechtswidrig, nach der jeder, der an der Vorbereitung des Vergabeverfahrens mitgewirkt habe, generell vom Vergabeverfahren auszuschließen sei.

Es sei vielmehr geboten, in jedem Einzelfall zu hinterfragen, ob die Beteiligung im Vorfeld den Vergabewettbewerb nachhaltig negativ beeinflussen könne.

Die Feststellung eines etwaigen Wissensvorsprunges begründet aber zunächst nur die Verpflichtung des Auftraggebers, diesen Wissensvorsprung durch geeignete Maßnahmen für alle Beteiligten auszugleichen.

Der Ausschluss eines vorbefassten Bewerbers ist immer nur ultima ratio (VK Sachsen, Beschluss vom 15.02.2011, 1/SVK/052-10).



- Die Teilnahme- und Angebotsfristen sind angemessen lang festzulegen, um Unternehmen, die nicht bei der Markterkundung involviert waren, nicht zu benachteiligen. Im Zweifel sind die Teilnahme- und Angebotsfristen eher länger als kürzer zu gestalten.
- Der Auftraggeber muss sich die Frage stellen, welche Informationen im Rahmen der Markterkundung bereits ausgetauscht wurden.
- Die Vergabeunterlagen müssen mindestens die Informationen enthalten, die in der vorbereitenden Markterkundung mit den Unternehmen ausgetauscht wurde.
- Ausführliche Dokumentation des gesamten Vorgangs.



Durchführen von Markterkundungen



- Internetrecherchen
- Unternehmensdatenbanken und direktes Ansprechen von Unternehmen
- Besuch von Fachmessen
- Lieferantenworkshops, direkte Anfrage bei Unternehmen
- Sachverständigengutachten, Experten
- Veröffentlichung eines Interessenbekundungsverfahrens auf der eigenen Webseite
- Veröffentlichung eines Interessenbekundungsverfahrens auf bund.de
- Veröffentlichung eines „Interessenbekundungsverfahrens“ mittels Vorinformation bei TED



Durchführung von Markterkundungen

- Keine Beschränkung nur auf Deutschland
- Erkenntnisse können über Gespräche, Workshops, Dokumente, Informationsangebote, Teststellungen, Proof of Concept, etc. gewonnen werden.
- Für eine Markterkundung müssen nicht alle Unternehmen des Marktes mit eingebunden werden.



VK Bund, Beschluss vom 08. August 2016 – VK 2 - 39/16 –, Rn. 48:

„Der Messebesuch der Ag verpflichtete diese nicht, mit allen anwesenden Unternehmen zu sprechen; dies wäre je nach Größe der Messe in der Praxis wohl auch kaum machbar. (...)“

Ein Messebesuch als solcher ist ein probates Mittel zur Informationsbeschaffung für die Vorbereitung eines Vergabeverfahrens.(...)“

Im Unterlassen einer die ASt einbeziehenden Markterkundung liegt keine Ungleichbehandlung der ASt.“



Agenda

- Newcomer-Problematik
- Kompensation von fehlender fachlicher Eignung durch Bietergemeinschaften und Eignungsleihe
- Im Vorfeld der Ausschreibung die richtigen Weichen stellen - Beratung im Vorfeld von Ausschreibungen
- **Aus Fehlern und Erfolgen lernen - Die richtige Strategie im Vergabeverfahren**



Die Formalien des Vergaberechts verstehen

Die richtigen Ausschreibungen finden

Fokussierung auf die richtigen Ausschreibungen

Bekannt sein bei den Vergabestellen

Referenzen aufbauen und dokumentieren

Bietererklärungen regelmäßig aktualisieren - Präqualifikation

Angebotsprozess etablieren, Checklisten einführen



Fehlende Qualifikation durch Nachunternehmer ausgleichen

Fehlende Qualifikation durch Bietergemeinschaften ausgleichen

Unterschriftenregelung, Verantwortlichkeiten, Vier-Augenprinzip

Bieterfragen / Rügen

Nebenangebote, mehrere Hauptangebote

Bewertungskriterien analysieren und Angebote optimieren

Aus Erfolgen und Misserfolgen lernen





The screenshot shows the top navigation bar of the KOINNO website. On the left is the logo of the Bundesministerium für Wirtschaft und Klimaschutz. In the center is a search bar and the text 'DE'. On the right is a 'Menu' icon and a 'Newsletter' button. The KOINNO logo is also present. Below the navigation bar is a breadcrumb trail: 'Home > STARTUPS & INNOVATIVE KMU > PLAYBOOK'. The main heading is 'Playbook'. Below it is the subtitle 'Playbook: Beschaffung für Startups und innovative KMU'. A short paragraph follows: 'Dieses Playbook enthält Informationen, Tipps und Ressourcen, die Startups und junge KMU beim Erschließen des öffentlichen Sektors unterstützen sollen.' There are two sub-sections: 'Hintergrund' and 'Struktur'. On the right side, there is a vertical menu with items: 'Services', 'Öffentliche Beschaffung', 'Toolbox', 'E-Learning', 'Playbook' (highlighted in blue), and 'Zertifizierung'.

<https://www.koinno-bmwk.de/startups-innovative-kmu/playbook>

Vielen Dank!

www.praxisratgeber-vergaberecht.de

Dipl.-Math. Thomas Ferber, LL.M.

ferber@praxisratgeber-vergaberecht.de
www.praxisratgeber-vergaberecht.de

Praxisratgeber Vergaberecht Thomas Ferber e.K.
Dipl.-Math. Thomas Ferber, LL.M.
Heinestr. 56
64295 Darmstadt

Tel.: 06151-278 3990

Fax.: 06151-278 3991

Email: ferber@praxisratgeber-vergaberecht.de

Web: www.praxisratgeber-vergaberecht.de

Twitter: [t_ferber](https://twitter.com/t_ferber)

Xing: https://www.xing.com/profile/Thomas_Ferber



Thomas Ferber
Praxisratgeber
Vergaberecht



Thomas Ferber
Praxisratgeber
Vergaberecht

Dieses Vortrag wurde mit großer Sorgfalt erarbeitet. Trotzdem können Fehler und Irrtümer nicht vollständig ausgeschlossen werden. Verlag und Autor übernehmen keine juristische Verantwortung und keine Haftung für inhaltliche oder drucktechnische Fehler sowie deren Folgen. Jeder Anwender ist daher aufgefordert, alle Angaben in eigener Verantwortung zu prüfen.

Die Wiedergabe von Warenbezeichnungen, Handelsnamen oder sonstigen Kennzeichen in diesem Vortrag berechtigt nicht zu der Annahme, dass diese von jedermann frei benutzt werden dürfen. Vielmehr kann es sich auch dann um eingetragene Warenzeichen oder sonstige geschützte Kennzeichen handeln, wenn sie nicht eigens als solche gekennzeichnet sind.