

Hürden überwinden

Erfolgreicher Einkauf trotz Verhandlungsverbot

(BS/Hans-Jörg Geddert/Thomas H. Fischer*) Sind die Verdingungsunterlagen ein Hemmnis für die wichtigste Aufgabe des Vergabeverfahrens, das "beste" Angebot zu finden? Durchaus, denn bei der Ausarbeitung seines Angebots trifft der Bieter immer wieder auf Hürden, die ihn hindern, die wirtschaftlichste Lösung für die konkrete Anforderung des öffentlichen Auftraggebers anzubieten oder sogar davon abhalten, überhaupt ein Angebot abzugeben. Dem öffentlichen Auftraggeber wird durch die förmliche Strenge des Vergaberechts ein "Einkaufsprozess" vorgegeben, der sich in einem wesentlichen Punkt von dem der Privatwirtschaft unterscheidet: das Nachverhandlungsverbot.

Während bei privaten Unternehmen die Verhandlungen erst nach dem Eingang des ersten Angebots beginnen, muss der öffentliche Auftraggeber unmittelbar und ohne die Möglichkeit der Justierung seine Wahl treffen.

Nur in wenigen Ausnahmefällen hat er die Freiheit, flexiblere Verfahrensarten wie das Verhandlungsverfahren zu wählen. Abstimmungen zu Leistungsumfang, Risikozumessung und Preisgestaltung als wesentliches Mittel zur Optimierung der Leistungsbeziehungen sind ihm daher im Regelfall verwehrt. Damit hat aber auch die Angebotsaufforderung des öffentlichen Auftraggebers eine andere Qualität. Sie ist nicht eine Verhandlungsposition, sondern bestimmt bereits abschließend die Inhalte des Angebots.

Wie können Ausschreibungen ausgestaltet sein, um diese Risiken zumindest zu mindern?

1. Möglichkeiten der Markterkundung ausschöpfen

Empfehlenswert ist die gründliche Markterkundung im Vorfeld der Ausschreibung. Hierbei ist nicht nur das Know-how von Beratern, sondern gerade auch die Expertise potenzieller Bieter einzubeziehen. Im Ausland wesentlich öfter als in Deutschland anzutreffen sind sogenannte Bieterkonferenzen, die eine ideale Plattform für die Markterkundung sein können, da alle Anbieter offen ihre Lösungen vorstellen. So wurde in Ungarn weit im Vorfeld der noch nicht veröffentlichten Ausschreibung zu einem elektronischen Gebühreneinzugsverfahren eine offene Bieterkonferenz für potenzielle Interessenten veranstaltet.

Die Eckpunkte eigneten sich sowohl mit Blick auf Markterkundung durch Präsentationen der Anbieter

als auch solcher der Auftraggeber zu den Ergebnissen eigener Untersuchungen und Motivationen, schon frühzeitig Kenntnisse über die aktuelle Marktsituation zu erhalten. Ein weiterer positiver Effekt ist ebenfalls die Schaffung von Transparenz für Bieter und Auftraggeber in ihren vielfältigen Vorbereitungsaktivitäten.

2. Nebenangebote zulassen

Obwohl der Ausschluss von Nebenangeboten nun auch in der Verdingungsordnung für Leistungen (VOL) der Ausnahmetatbestand ist, werden sie in der Praxis häufig nicht zugelassen. Dies ist nahezu immer ein Fehler, denn wettbewerbspolitisch gerade gewollte Nebenangebote geben dem Auftraggeber eine größere Auswahlmöglichkeit. Er bekommt Angebote mit Leistungsvarianten, die er vielleicht nicht bedacht hat beziehungsweise nicht bedenken konnte.

3. Zurückhaltung bei der Leistungsbeschreibung – aber auch ausreichende Präzisierung

Selbstverständlich ist die geforderte Leistung eindeutig und so erschöpfend zu beschreiben, dass die Angebote vergleichbar sind. Gleichwohl muss bei der Beschreibung darauf geachtet werden, nicht durch wettbewerbsverengende oder -ausschließende Vorgaben die Auswahl (unbewusst) zu beeinflussen. Die Leistungsbeschreibung muss sich an den erforderlichen Leistungsergebnissen orientieren, nicht an dem Weg dorthin.

Funktionale Anforderungen sind hinreichend konkret zu formulieren. Leitungsbestimmende Detaillierungen müssen vorher bekannt sein, um sie in die Kalkulation einbeziehen zu können. Soll eine detaillierte Konzeptionierung erst nach Ver-

tragsschluss erfolgen, ist der Rahmen deutlich aufzuzeigen und die erforderlichen Anpassungsmechanismen – auch bei der Vergütung – vorzusehen.

4. Risikoverteilung mit Augenmaß

Das Ziel der Auftraggeber ist bei der Risikoverteilung oft von der Überzeugung geprägt, dass eine klare und einseitige Risikoverlagerung auf den Bieter im Vertrag Auseinandersetzungen in der Realisierung und der Betriebsphase vermeiden soll. Dieser Effekt führt hingegen nicht zu dem gewünschten Ergebnis, sondern zumeist zu diametralen Positionen, durch die streitige Auseinandersetzungen nicht vermieden werden mit der Folge, dass das Projektinteresse an zügigen Lösungen oft in den Hintergrund tritt. Gerade in diesem Punkt sind nicht nur ausreichend beschriebene sondern auch nicht zu restriktiv gefasste Mitwirkungshandlungen des Auftraggebers erforderlich, um im Wege einer größtmöglichen Kooperation den Erfolg des Projektes zu gewährleisten.

Auch die überzogene, einseitige Gestaltung der rechtlichen Konditionen kann zum Ausschluss des Wettbewerbs führen. Hier sind nicht zuletzt die Juristen bei der Ausgestaltung der in den Leistungsbeschreibungen geforderten Vertragsbedingungen gefragt.

In öffentlichen Ausschreibungen sind oft überaus hohe Anforderungen an Garantien und Risikoübernahmen zu finden, Anforderungen, die in den Verträgen der Privatwirtschaft mit vergleichbaren Leistungsgegenständen keine Entsprechung finden. Dies aus gutem Grund, denn Risiken muss der Bieter einpreisen. Eine angemessene Risikoverteilung ist daher auch ein Gebot der Sparsamkeit. Erhöhte

Anforderungen, wie die Verpflichtung zur Eingehung einer den Auftragswert übersteigenden oder gar unbegrenzten Haftung, können sogar dazu führen, dass insbesondere mittelständische Bieter sich an der Ausschreibung nicht beteiligen können, da das KonTraG das Eingehen unternehmensgefährdender Risiken unterbindet.

5. Schutzrechtsregelungen besonders zu beachten

In der Praxis werden die meisten Fehler bei der Ausgestaltung der Schutzrechte beim Einkauf von Softwareleistungen gemacht. Schutzrechte sind nicht nur ein Thema für Juristen. Vielmehr müssen die Techniker zunächst sagen, für welche Nutzung sie Software wirklich benötigen. Anstatt dies zu prüfen, werden oftmals vorsorglich alle erdenklichen Rechte – und dies zum Teil auch noch ausschließlich und weltweit – verlangt, ohne dass ein Erfordernis hierfür besteht.

Im günstigsten Fall führt dies zu einer Erhöhung der Preise, meistens

aber zu einer Beschränkung der Auswahl einsetzbarer Software. Häufig wird aber die Ausschreibung insgesamt gefährdet, weil mehr verlangt wird als für die Bieter rechtlich möglich und für die Projekterfüllung erforderlich. Insbesondere bei Standardsoftware, die im Regelfall von (oft im Ausland sitzenden) Drittanbietern bezogen werden muss, liegt der Umfang der möglichen Rechtseinräumung nicht in der Hand der Bieter. Ebenso ist die Frage zu stellen, ob die Forderung nach einer eigenen Weitervermarktung zielführend ist. Es handelt sich dann nicht mehr um eine einfache Lizenz, sondern um den Erwerb eines Vermarktungsrechtes, das ungleich teurer sein muss und über den Bedarf des Auftraggebers hinausgeht.

Fazit

Das Vergaberecht hält eine Vielzahl von Fallstricken für den Öffentlichen Auftraggeber bereit und begrenzt ihn erheblich in seinen Möglichkeiten bei der Ausgestaltung des Einkaufsprozesses. Gleich-

wohl gibt es ihm bei der inhaltlichen Ausgestaltung der Angebotsunterlagen auch erhebliche Freiheiten. Sie auszunutzen ermöglicht es, dennoch das Ziel einer wirtschaftlichen Bedarfsdeckung zu erreichen. Letztlich entscheidend ist die Erkenntnis und das Bewusstsein auf Seiten der öffentlichen Auftraggeber, dass sie bei der Ausgestaltung der Leistungsbeschreibung die – nicht vorhandene – Verhandlungssituation bereits antizipieren müssen, um klare und ausgewogene Anforderungen zu stellen.

**Hans-Jörg Geddert, Group Legal Affairs, Deutsche Telekom AG.
Thomas H. Fischer, M.B.L.-HSG,
Waldeck Rechtsanwälte Partnerschaftsgesellschaft.*

Der Beitrag gibt die persönliche Meinung der Verfasser wieder.