

Zunächst mache ich ausdrücklich darauf aufmerksam, dass meine Einlassungen als beauftragte Kämmerin erfolgen und nicht als Leiterin des kreislichen Rechnungsprüfungsamtes. Die Prüfung von Ausschreibungs- und Vergabeverfahren, von Organisationsfragen und Zuständigkeiten etc. gehört ausdrücklich nicht zu meinen originären Aufgaben. Die Beauftragung ist sowohl hinsichtlich ihrer Dauer als auch hinsichtlich ihres Umfangs begrenzt.

Meine nachfolgenden Ausführungen stellen kein Prüfungsergebnis anhand der Vergabeakte dar. Es wird lediglich auf die Ihnen bereits bekannten Fakten/Daten aus dem der Einladung zur GV-Sitzung vom 29.11.2021 anliegenden Vergabevermerk und die relevanten Protokollauszüge (Niederschrift Öffentlicher Teil über die Sitzung des Verwaltungs-, Beschwerde- und Vergabeausschusses am 08.11.2021, Niederschrift Öffentlicher Teil über die Sitzung des Verwaltungs-, Beschwerde- und Vergabeausschusses am 25.11.2021, Niederschrift Öffentlicher Teil über die Sitzung der Gemeindevertretung am 29.11.2021) Bezug genommen.

Auftragsgegenstand war das – den Bürger unmittelbar tangierende - Räumen und Streuen der Straßen, Gehwege, Bushaltestellen bei winterlicher Witterung.

Die Winterdienstpflicht wird im Land Brandenburg in § 49a des Brandenburgischen Straßengesetzes (BbgStrG) geregelt. Aufgrund der §§ 3 und 28 Abs. 2 Nr. 9 BbgKVerf und des § 49a Abs. 5 Satz 1 BbgStrG hat die Gemeinde Hoppegarten eine Straßenreinigungssatzung erlassen und sich in den Grenzen der Satzungsfestlegungen zu Straßenreinigung und Winterdienst verpflichtet. Die Straßenreinigung und mit ihr der Winterdienst sind Bestandteil der kommunalen Daseinsvorsorge. Unstrittig sollte sein, dass der kommunale Winterdienst, mithin die Räum- und Streupflicht, keine reine Serviceleistung darstellt, sondern sich aus der Verkehrssicherungspflicht ableitet und damit zu den klassischen Pflichtaufgaben gehört.

Gem. § 97 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) sind alle öffentlichen Auftraggeber zur Durchführung eines rechtskonformen Vergabeverfahrens verpflichtet. Eine Vielzahl von Vergabeurteilen und eine kontroverse Rechtsprechung unterstreichen die Komplexität und Brisanz der öffentlichen Beschaffung und verdeutlichen, dass die Anforderungen an Auftraggeber immens gestiegen sind.

Die Dauer eines Verfahrens ist nicht einheitlich. Sie hängt von der Verfahrensart und auch von der Komplexität der Ausschreibung ab. Verhandlungsverfahren können im Extremfall in wenigen Tagen abgewickelt werden.

Die Vergabeverordnung (VgV) regelt die Wahl der Verfahrensart einer Ausschreibung. Dabei ist das Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb zum Beispiel im § 14 Absatz 4 Nummer 1 VgV geregelt. Nach dieser Vorschrift können Aufträge im Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb vergeben werden, wenn in einem Offenen oder einem nicht Offenen Verfahren keine oder keine geeigneten Angebote oder keine geeigneten Teilnahmeanträge abgegeben worden sind. Hierbei dürfen die ursprünglichen Bedingungen des Auftrags nicht grundlegend geändert werden.

Ein Angebot gilt als ungeeignet, wenn es ohne Abänderung den in den Vergabeunterlagen genannten Bedürfnissen und Anforderungen des öffentlichen Auftraggebers offensichtlich nicht entsprechen kann. Ein Teilnahmeantrag wiederum gilt als ungeeignet, wenn das Unternehmen aufgrund eines zwingenden oder fakultativen Ausschlussgrundes nach den §§ 123, 124 GWB auszuschließen ist oder wenn es die Eignungskriterien nicht erfüllt.

Dem Wortlaut von § 14 Absatz 4 Nummer 1 VgV zufolge erfordert ein Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb ein vorheriges, aber gescheitertes Offenes oder nicht Offenes Verfahren.

Die Gemeinde Hoppegarten hatte laut dem - der Einladung zur GV-Sitzung beigefügten - Vergabevermerk mit dem Regelverfahren des Offenen Verfahrens eine Ausschreibung durchgeführt.

Lt. Auskunft der Vergabestelle wurden folgende Fristen (TED-Bekanntmachung in der Datenbank für EU-weite elektronische Ausschreibungen (Tenders Electronic Daily) i. V. m. dem Vergabevermerk) mit dem cosinex-Fristenrechner ermittelt.

Bezeichnung	Datum, ggf. Uhrzeit
Heute	08.11.2021
Tag der Absendung der Bekanntmachung	08.11.2021
Frist zur Einreichung von Aufklärungsfragen (u.a.)	18.11.2021
Beantwortung rechtzeitig eingegangener Aufklärungsfragen (u.a.) bis	19.11.2021
Angebotsfrist	24.11.2021 10:00 Uhr
Angebotsöffnung	24.11.2021 10:00 Uhr
Abschluss Angebotsauswertung/Versand Vorinformation (§ 134 GWB)	26.11.2021
Zuschlags-/Bindefrist	08.12.2021
Planmäßiger frühester Leistungsbeginn bei regulärem Verfahrensablauf	08.12.2021

(Die Fristen manuell unterschreiten kann man in dem cosinex-Fristenrechner meines Wissens nicht, da sonst ein Feld mit „Der zulässige Mindestabstand der Frist wurde erreicht“ aufplopt.)

Der Regelfall der Angebotsfrist im Offenen Verfahren beträgt (mindestens) 35 Tage gerechnet ab dem Tag nach Absendung der Auftragsbekanntmachung. Werden elektronische Angebote akzeptiert, kann diese Frist um fünf Tage, auf 30 Tage gekürzt werden (vgl. § 15 Abs. 4 VgV). Sofern eine Vorabinformation im Sinne des § 38 Abs. 1 VgV - also die Absicht einer geplanten Auftragsvergabe - veröffentlicht worden ist, kann die Angebotsfrist auf 15 Tage verkürzt werden (auch ohne besondere Dringlichkeit).

Aber eine hinreichend begründete Dringlichkeit erlaubt dem Auftraggeber ebenfalls die Verkürzung der Angebotsfrist im Offenen Verfahren auf 15 Tage (beschleunigtes Verfahren); vgl. § 15 Abs. 3 VgV. Eine weitere Reduzierung der Angebotsfrist durch Kombination mit einer Vorinformation oder durch das Zulassen von elektronischen Angeboten ist nicht möglich. Eine Angebotsfrist von 15 Kalendertagen stellt beim Offenen Verfahren die absolute Mindestfrist dar, die in keinem Fall unterschritten werden darf.

Gemäß dem Erwägungsgrund 46 der Richtlinie 2014/24/EU muss es sich für das sogenannte „beschleunigte Verfahren“ nicht notwendigerweise um eine extreme Dringlichkeit wegen unvorhersehbarer und vom Auftraggeber nicht zu verantwortender Ereignisse handeln.

Erwägungsgrund 46 der RL 2014/24/EU: Es sollte den öffentlichen Auftraggebern erlaubt sein, bestimmte Fristen, die für Offene und nicht Offene Verfahren sowie für Verhandlungsverfahren gelten, zu kürzen, wenn eine von den öffentlichen Auftraggebern hinreichend begründete Dringlichkeit die Einhaltung dieser Fristen unmöglich macht. Es sollte klargelegt werden, dass es sich dabei nicht notwendigerweise um eine extreme Dringlichkeit wegen unvorhersehbarer und vom öffentlichen Auftraggeber nicht zu verantwortender Ereignisse handeln muss. (Die „hinreichend begründete Dringlichkeit“ unterscheidet sich damit materiell vollständig von der Dringlichkeit nach § 14 Absatz 4 Nr. 3 VgV (die zur Zulässigkeit der Anwendung des Verhandlungsverfahrens ohne Teilnahmewettbewerb führen kann)).

Für die „hinreichend begründete Dringlichkeit“ müssen allerdings objektive Gründe existieren, die es dem öffentlichen Auftraggeber unmöglich machen die Standard-Mindestfrist von 35 Kalendertagen (bzw. 30 Kalendertagen bei der eVergabe) einzuhalten. Diese Gründe müssen in der Vergabedokumentation nachvollziehbar dokumentiert werden.

Unstrittig ist die Vergabe der Winterdienstleistung im November besonders dringlich und gestattet m. E. auch die Inanspruchnahme der Fristverkürzungsmöglichkeit bei der Angebotsfrist.

Ihre berechneten Fristen und Termine

Heute	Di. 07.12.2021
Tag der Absendung der Bekanntmachung	– Mo. 08.11.2021 +
Frist zur Einreichung von Aufklärungsfragen (u.a.)	Mi. 17.11.2021
Beantwortung rechtzeitig eingegangener Aufklärungsfragen (u.a.) bis	Do. 18.11.2021
Angebotsfrist	– Mi. 24.11.2021 +
Angebotsöffnung	– Mi. 24.11.2021 +
Abschluss Angebotsauswertung / Versand Vorinformation (§ 134 GWB)	– Fr. 26.11.2021 +
Zuschlags-/Bindefrist	– Di. 07.12.2021 +
Frühester Ausführungs- bzw. Lieferbeginn	– Di. 07.12.2021 +

Wenn die Fristberechnung von Herrn Hofmann/ZVS auf Grundlage des Ausnahmetatbestandes „hinreichend begründete Dringlichkeit“ beruht, sind die Fristen für das Offene Verfahren zum Winterdienst (ZVS 0025/11-2021: Winterdienst) laut cosinex-Rechner ordnungsgemäß bemessen.

Lt. Vergabevermerk blieb diese Ausschreibung erfolglos.

Um das gescheiterte Vergabeverfahren nicht nochmals wiederholen zu müssen, soll dem öffentlichen Auftraggeber mit § 14 Absatz 4 Nummer 1 VgV die Auftragsvergabe „erleichtert“ werden, indem auf einen weiteren Teilnahmewettbewerb im Verhandlungsverfahren verzichtet werden kann. Eine bloße Wiederholung desselben Verfahrens wäre angesichts der vorausgegangenen Erfolglosigkeit wenig zielführend, zumal dem Wettbewerbsgrundsatz schon durch den vorangegangenen Teilnahmewettbewerb genügt wurde. Der mit einem neuerlichen Teilnahmewettbewerb verbundene Aufwand würde vermutlich zu keinem anderen Ergebnis führen und würde die Beschaffung unnötig zeitlich verzögern.

Auch der europäische Richtliniengeber hat ausdrücklich erwogen, von einer Auftragsbekanntmachung beziehungsweise von einem Teilnahmewettbewerb absehen zu können, wenn von Anfang an klar ist, dass eine Veröffentlichung nicht zu mehr Wettbewerb oder besseren Beschaffungsergebnissen führen würde.

Ein solcher Fall liegt hier vor. Ein Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb ist also – trotz seines rechtlichen Ausnahmecharakters – zulässig, da zuvor in einem Offenen Verfahren keine oder keine geeigneten Teilnahmeanträge/Angebote abgegeben wurden.

Das Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb startet ohne Bekanntmachung im TED direkt mit der Angebotsphase und der Aufforderung zur Angebotsabgabe.

Die eingegangenen Erstangebote werden entsprechend geprüft. Der Auftraggeber sollte sich auch beim Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb in der Regel vorbehalten das Erstangebot zu bezuschlagen (nach § 17 Abs. 11 VgV). Die Bieter haben dadurch kein Anrecht auf eine Verhandlungsrunde. Der Auftraggeber darf ein oder mehrere Verhandlungsrunden durchführen.

Am Ende des Verhandlungsverfahrens fordert der Auftraggeber zur Abgabe eines finalen Angebotes auf, prüft dieses und erteilt den Zuschlag auf das wirtschaftlichste Angebot. Sollte nur ein Bieter am Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb teilgenommen haben, sind keine Absageschreiben nach § 134 GWB zu versenden. Der Zuschlag kann ohne Wartepflicht sofort erteilt werden. Zum Abschluss erfolgt die Bekanntmachung über vergebene Aufträge im TED.

Im Verhandlungsverfahren beträgt die regelmäßige Teilnahmefrist gemäß § 17 Abs. 2 VgV 30 Tage und kann in dringenden Fällen auf 15 Tage verkürzt werden (vgl. § 17 Abs. 3 VgV).

Die Angebotsfrist beträgt gemäß § 17 Abs. 6 VgV mindestens 30 Tage und kann bei Akzeptieren elektronischer Übermittlung der Angebote auf 25 Tage verkürzt werden (vgl. § 17 Abs. 9 VgV).

Der § 17 Abs. 7 VgV räumt den öffentlichen Auftraggebern jedoch die Möglichkeit ein, die Angebotsfrist mit den Bewerbern, die zur Angebotsabgabe aufgefordert werden, einvernehmlich festzulegen, sofern allen Bewerbern dieselbe Frist für die Einreichung der Angebote gewährt wird. Dabei können auch (deutlich) kürzere Angebotsfristen als die Mindestfrist nach Abs. 5 (30 Tage) vereinbart werden. Es gibt keine Untergrenze, die nicht unterschritten werden dürfte. Folglich kann auch eine Frist von unter zehn Tagen vereinbart werden. Das Verhandlungsverfahren hat den Vorteil einer flexiblen Gestaltung der zu vergebenden Leistung.

Lt. Vergabevermerk/Beschlussvorlage hat sich die Gemeinde bei dem Verhandlungsverfahren oberhalb der Schwellenwerte nach § 101 Abs.5 GWB an 11 ausgewählte Unternehmen gewendet, um mit einem oder mehreren über die Auftragsbedingungen zu verhandeln. Nach der Definition des Verhandlungsverfahrens ist zwischen der Auswahl der Teilnehmer und den Verhandlungen mit den ausgewählten Teilnehmern zu trennen. Auf der ersten Stufe hatte die Gemeinde mehr als drei, mithin 11, Unternehmen zur Angebotsabgabe aufgefordert. Dass hiervon nur eines ein Angebot abgab, ist nicht der Gemeinde zurechenbar und hinderte sie nicht daran, auf der zweiten Stufe nur mit diesem Unternehmen über sein Angebot zu verhandeln.

Grundsätzlich ist es denkbar, dass in einem Verhandlungsverfahren weder Angebote im Wettbewerb zueinander stehen, noch überhaupt über ein oder mehrere Angebote tatsächlich verhandelt wird. Sofern die Vergabestelle das erste Angebot im Verhandlungsverfahren nur als indikatives Angebot abfragt, hat ein Bieter keinen Anspruch darauf, dass die Vergabestelle mit ihm in Verhandlungen eintritt und muss damit rechnen, dass der Zuschlag ohne weiteres erteilt wird. Das setzt allerdings voraus, dass schon mit dem ersten Angebot sämtliche wesentlichen Vertragsbedingungen so festgelegt sind, dass mit dem Zuschlag der Vertrag wirksam zustande kommen kann; *vgl. VG Köln, Urt. v. 01.07.2015 – 16 K 6872/14.*

Das Ende der Angebotsfrist und die Angebotsöffnung der im Rahmen des Offenen Verfahrens eingegangenen Angebote war auf den 24.11.2021 10:00 Uhr festgelegt. Lt. Auskunft der Vergabestelle erfolgte die Aufhebung des erfolglosen Verfahrens noch am 24.11.2021. Lt. Vergabevermerk wurde ebenfalls am 24.11.2021 das Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb eingeleitet. Die Angebotsfrist endete am 29.11.2021 um 9:00 Uhr und die Bindefrist am 03.12.2021. Am 26.11.2021 forderte die Gemeinde gem. Auskunft der Vergabestelle den Bieter zur Abgabe eines finalen Angebotes bis zum 29.11.2021 12:00 Uhr auf. Gem. Auskunft der Vergabestelle hatte der Bieter sein Angebot vor Ablauf der Frist zurückgezogen.

Da beide Verfahren erfolglos blieben, wurde (auskunftsgemäß) ein weiteres (Anschluss-)Verfahren nach § 14 Abs. 4 Nr. 1 VgV eingeleitet.

Die Verkürzung der Fristen ist nach dem vorliegenden Kenntnisstand m. E. möglich. Der § 17 Abs. 7 VgV räumt die Möglichkeit ein, die Angebotsfrist mit den Bewerbern, die zur Angebotsabgabe aufgefordert werden, einvernehmlich festzulegen. Nach Würdigung der Gesamtumstände sind hier m. E. auch sehr kurze Fristen denkbar. Die bereits bestehenden winterlichen Wetterverhältnisse mit Schneefall müssen zu kurzfristigem Beschaffungsbedarf führen, bei dem aufgrund der bestehenden Gefährdungen fundamentaler Rechtsgüter (Leben und Gesundheit) Aufträge zügig vergeben und ausgeführt werden müssen. Zusätzlich wesentlich erschwert wird die Situation durch bestehenden Mangel an verfügbaren Winterdienstleistungen. In dieser objektiv dringlichen Situation sind m. E. die Voraussetzungen für eine Verkürzung von Fristen für den Einkauf von Winterdienstleistungen, die der kurzfristigen Aufrechterhaltung der Verkehrssicherung dienen, über Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb gegeben; *vgl. oben § 14 Abs. 4 Nr. 1 VgV i. V. m. § 17 Abs. 7 VgV.*

S. Fechtner