



FACHFORUM

LIEFER- & DIENSTLEISTUNGEN



MENOLD
BEZLER

MARKTERKUNDUNG – DAS UNBEKANNTE WESEN: GESTALTUNGSMÖGLICHKEITEN UND GRENZEN

Janina Dinkelaker | Dr. Karsten Kayser

■	MARKTERKUNDUNG – RECHTLICHE GRUNDLAGEN	SEITE	3
■	II. MARKTERKUNDUNG – WOZU UND WANN?	SEITE	5
■	III. GRUNDSATZ: „ALLES KANN, NICHTS MUSS“	SEITE	8
■	IV. GRENZEN: „VIELES KANN, NICHTS MUSS“	SEITE	12
■	V. „VIELES KANN, MANCHES SOLLTE“	SEITE	17
■	VI. PRAKTISCHE UMSETZUNG: GESTALTUNGSMÖGLICHKEITEN	SEITE	21

A blurred background image of a business meeting. Several people in professional attire are gathered around a table. One person in the foreground is holding a laptop, while others are looking at documents or pointing at the screen. The overall atmosphere is professional and collaborative.

I. MARKTERKUNDUNG – RECHTLICHE GRUNDLAGEN

WO FINDEN SICH REGELUNGEN ZUR MARKTERKUNDUNG?

WO FINDEN SICH REGELUNGEN ZUR MARKTERKUNDUNG?



§ 28 VgV




§ 2 Abs. 7 VOB/A EU



§ 2 Abs. 5 VOB/A



§ 20 UVgO

A blurred background image of a business meeting. Several people in professional attire are gathered around a table. One person in a white shirt is pointing at a laptop screen, while others in blue shirts look on. Papers and documents are scattered on the table. The overall scene is brightly lit, suggesting an office environment.

II. MARKTERKUNDUNG – WOZU UND WANN?

ZWECKE DER MARKTERKUNDUNG

DAS PRODUKT BZW. DIE
LEISTUNG UND DEN BIETER
FINDEN, DER PASST



1

Vorbereitung der Auftragsvergabe

- Informationsbeschaffung für den Auftraggeber
- welche verfügbaren Produkte gibt es auf dem Markt?
 - Produkteigenschaften
 - Marktverhältnisse
 - Preise

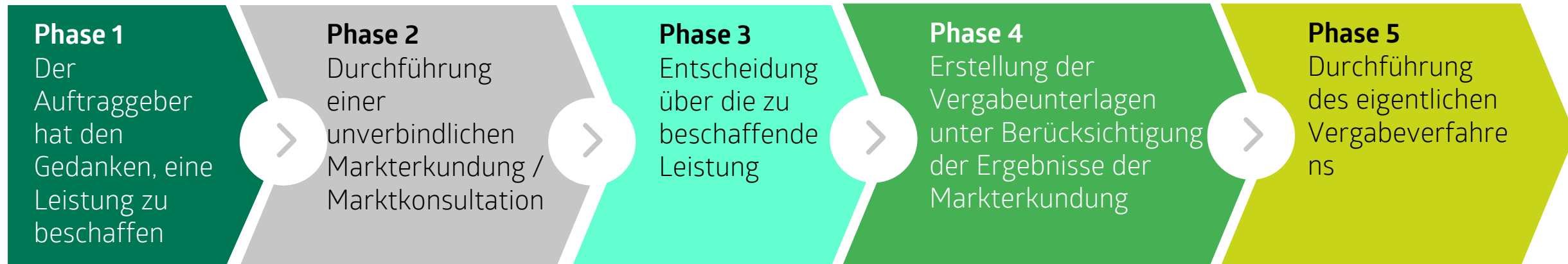
2

Unterrichtung der Unternehmer

- Vorbereitung des Marktes auf die bevorstehende Beschaffungsmaßnahme
- Verbesserung des Wettbewerbs
 - Erhöhung der Chancen auf ein wirtschaftliches Angebot

VERGABEPROZESS

Die Markterkundung ist dem eigentlichen Vergabeverfahren vorgelagert. Der Auftraggeber kann anhand der Ergebnisse entscheiden, ob und in welcher Form er ein formelles Vergabeverfahren einleiten will oder muss.



A blurred background image of a business meeting. Several people in professional attire are gathered around a table, looking at a laptop. The lighting is bright and soft, creating a professional and collaborative atmosphere.

III. GRUNDSATZ: „ALLES KANN, NICHTS MUSS“

VORTEILE EINER MARKTERKUNDUNG

LEITGEDANKE DER BESCHAFFUNGSFREIHEIT



Keine Pflicht zur Markterkundung

da anderenfalls

- unzumutbare Belastung der Entscheidungsfreiheit des öffentlichen Auftraggebers
- unangemessene Verrechtlichung der Beschaffungsentscheidung

vgl. u.a. VK Westfalen, Beschl. v. 16.03.2022 – VK 2-7/22, OLG Düsseldorf, Beschl. v. 27.06.2012, VII-Verg 7/12

Deutlicher Mehrwert für Auftraggeber

insbesondere bei

- komplexen Vorhaben
- innovativen Vertrags- und Vergabemodellen
- unbekanntem /neuen Leistungen / Produkten

VORTEILE EINER MARKTERKUNDUNG

LEITGEDANKE DER BESCHAFFUNGSFREIHEIT



Kein Anspruch Unternehmen auf Beteiligung

- die Markterkundung unterliegt nicht dem strengen Regime des Vergabeverfahrens

Bindung teilnehmender Unternehmen

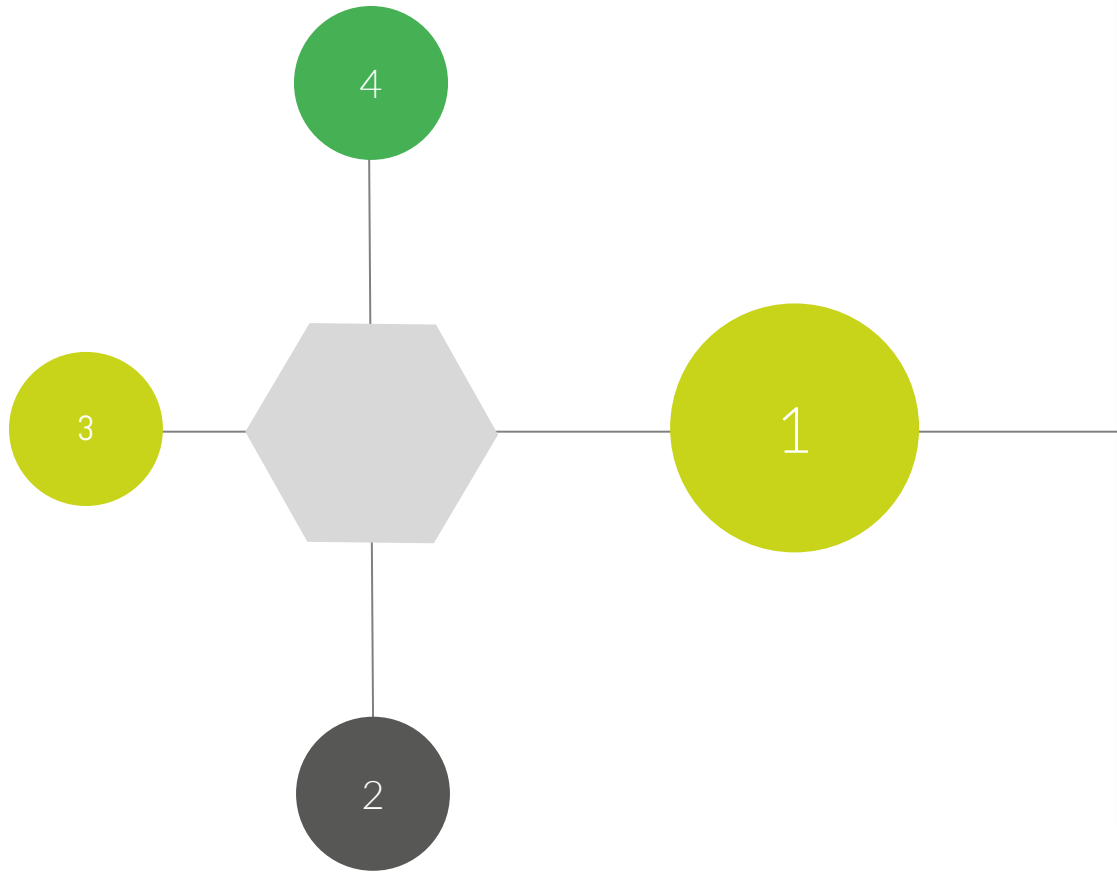
- Im Falle einer an die Markterkundung anschließende Direktbeauftragung: Bindung des AN an die Angaben, die sie im Rahmen der Markterkundung gemacht haben

OLG Rostock, Beschl. v. 25.11.2020 – 17 Verg 1/20

A blurred background image of a business meeting. Several people in professional attire are gathered around a table. One person in a white shirt is pointing at a laptop screen, while others in blue shirts look on. Papers and a laptop are visible on the table.

IV. GRENZEN: „VIELES KANN, NICHTS MUSS“

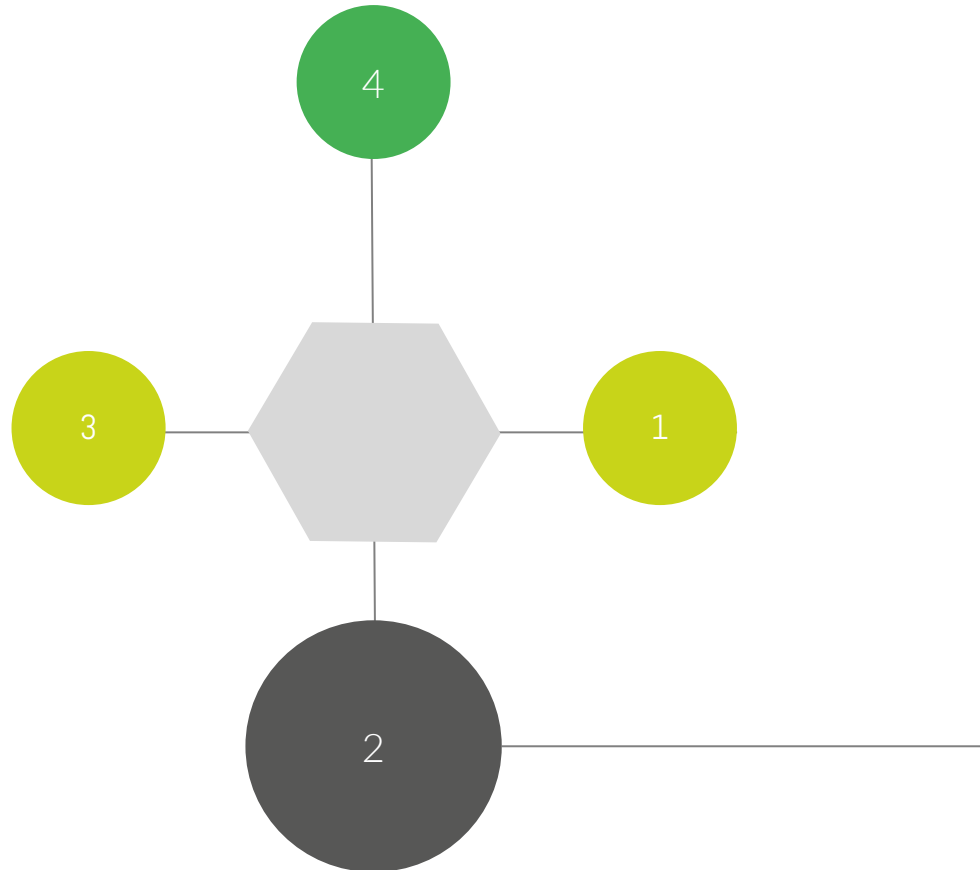
GRENZEN ZULÄSSIGER MARKTERKUNDUNG



Kein Vergabeverfahren nur zum Zwecke der Markterkundung und Kosten- oder Preisermittlung

- vgl. nur § 28 VgV, § 2 Abs. 7 S. 2 VOB/A EU
- Vorschrift dient dem Bieterschutz
- Verbot des sog. „Ausschreibungsmissbrauchs“, d.h. einer Scheinausschreibung ohne Beschaffungswillen
- Der fehlende Beschaffungswille muss dafür erkennbar hervortreten
- str. im Fall sog. „Parallelausschreibungen“ – sollen nach VK Bund, Beschl. v. 13.02.2007 – VK 1 – 157/06 dann zulässig sein, wenn sie
 - geeignet sind, das wirtschaftlichste Angebot zu ermitteln
 - nicht primär vergabefremden Zwecken dienen
 - keinen unzumutbaren Aufwand für die Bieter bedeuten

GRENZEN ZULÄSSIGER MARKTERKUNDUNG



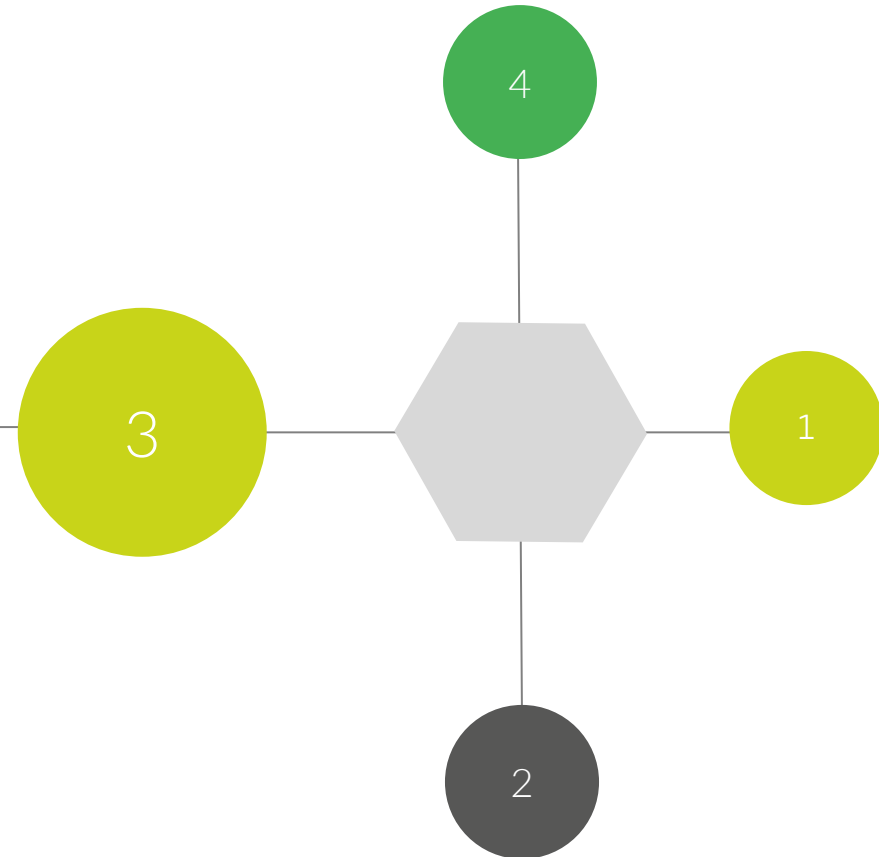
Keine Markterkundung nach förmlicher Einleitung des Vergabeverfahrens

- Markterkundungen sind **nur** vor förmlicher Einleitung des Vergabeverfahrens zulässig
- maßgeblich ist der Zeitpunkt der Auftragsbekanntmachung bzw. Marktansprache
- Der Auftraggeber darf während der Vorbereitung des Vergabeverfahrens und der Erstellung der Vergabeunterlagen fortlaufend Marktinformationen einholen, um der Gefahr begegnen zu können, am Markt vorbei und damit wettbewerbsverengend auszuschreiben
- Vorsicht bei Preisabfragen einer Option, für deren Ausübung keine hinreichenden Anhaltspunkte bestehen, vgl. VK Thüringen, Beschl. v. 24.04.2019

GRENZEN ZULÄSSIGER MARKTERKUNDUNG

Keine „Umwandlung“ der Markterkundung in eine de-facto-Vergabe

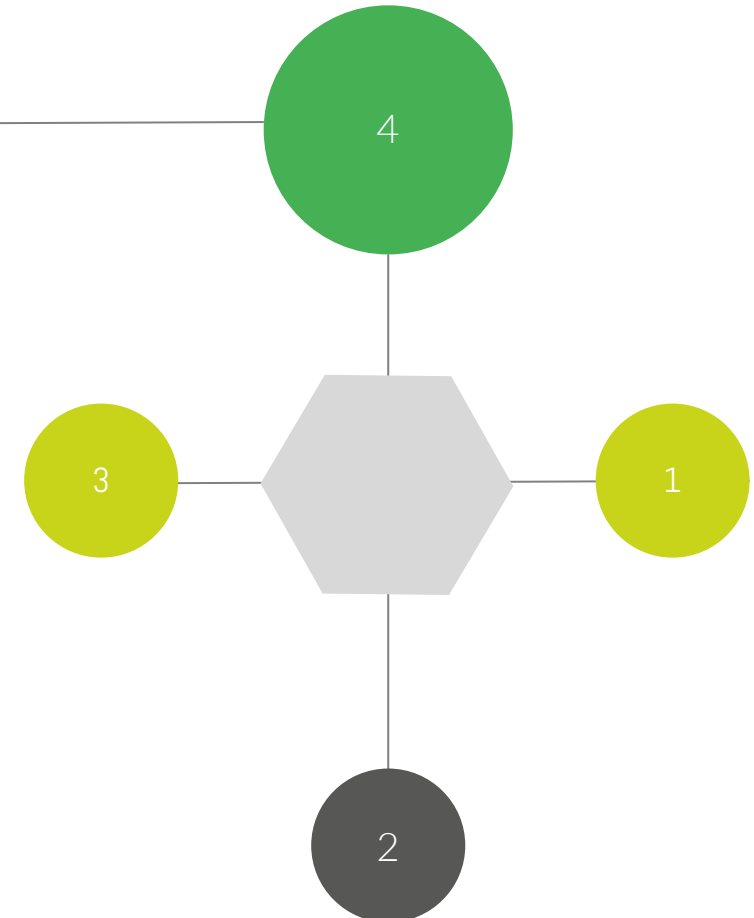
- Markterkundung und Vergabeverfahren sind unterschiedliche Instrumente
- Die Markterkundung darf nicht in eine de-facto-Vergabe übergehen
- Die Abgrenzung richtet sich danach
 - ob und inwieweit der öffentliche Auftraggeber den Beschaffungsvorgang organisatorisch und planerisch bereits eingeleitet hat
 - mit potentiellen Anbietern Kontakte mit dem Ziel aufgenommen hat, das Beschaffungsvorhaben mit einer verbindlichen rechtsgeschäftlichen Einigung abzuschließen
- Präzisierung der Kriterien u.a. durch BGH, Beschl. v. 01.02.2005 – X ZB 27/04, OLG Düsseldorf, Beschl. v. 29.10.2008 – Verg 35/08



GRENZEN ZULÄSSIGER MARKTERKUNDUNG

Kein Verstoß gegen vergaberechtliche Grundsätze

- Die Markterkundung darf nicht wettbewerbsverzerrend sein und nicht zu einem Verstoß gegen die Grundsätze der Nichtdiskriminierung und Transparenz führen, BR-Drs. 87/16, S. 182
- Wissensvorsprünge, über die ein beteiligtes Unternehmen verfügt und die aus der Sphäre des Auftraggebers stammen, sollen vermieden werden – können durch Einbeziehung eines Unternehmens in der Markterkundungsphase im Vorfeld der Ausschreibung entstehen, vgl. OLG Frankfurt a.M., Beschl. v. 12.04.2022 – 11 Verg 11/21
- Tipp: eingehende Leistungsbeschreibung zur Schließung von Wissenslücken, angemessene Angebots- und Teilnahmefristen





V. „VIELES KANN, MANCHES SOLLTE“

MARKTERKUNDUNG ZUR SICHERSTELLUNG EINES ORDNUNGSGEMÄßEN VERGABEVERFAHRENS

1. Schätzung des Auftragswertes

- eine Markterkundung kann zur ordnungsgemäßen Schätzung des Auftragswertes geboten sein, wenn der Auftraggeber nicht selbst über die notwendigen Marktkenntnisse verfügt
- die Schätzung hat Auswirkungen auf die Wahl der Verfahrensart
- Vergabekammern akzeptieren die durch Markterkundung gewonnenen Preisangaben als Grundlage ordnungsgemäßer Schätzung

vgl. VK Darmstadt, Beschl. v. 17.10.2017 – 69d VK-11/2017, 69d-VK-11/2017



MARKTERKUNDUNG ZUR SICHERSTELLUNG EINES ORDNUNGSGEMÄßEN VERGABEVERFAHRENS



2. Erreichung der Ausschreibungsreife

- Die Bekanntmachung und die Vergabeunterlagen müssen alle notwendigen Angaben zur zu vergebenden Leistung enthalten
- Der Auftraggeber muss dafür den konkreten Bedarf ermitteln
- kann faktisch eine Markterkundung erfordern, da anderenfalls u.U. ein Vergabeverstoß droht

MARKTERKUNDUNG ZUR SICHERSTELLUNG EINES ORDNUNGSGEMÄßEN VERGABEVERFAHRENS

3. Rechtfertigung von Direktvergaben

- nur eine umfassende und gut dokumentierte Markterkundung rechtfertigt nach aktueller Rechtsprechung eine Direktvergabe wegen technischer Alleinstellung
- Der Auftraggeber muss die Voraussetzungen darlegen und beweisen

vgl. VK Südbayern, Beschl. v. 08.11.2022 – 3194.Z3_01-22-6, OLG Hamburg, Beschl. v. 06.04.2022, VgK 3/22

ERLAUBT

VERBOTEN

MARKTERKUNDUNG ZUR SICHERSTELLUNG EINES ORDNUNGSGEMÄßEN VERGABEVERFAHRENS

4. Festlegung von Eignungsanforderungen

- nur auf Grundlage eines umfassenden Marktüberblicks können die Referenzanforderungen so gestaltet werden, dass die Auswahl der „richtigen“ Unternehmen gewährleistet werden kann.
- Vermeidung von zu strengen bzw. wettbewerbsbeschränkenden Eignungsanforderungen, insbesondere in Märkten, die dem Auftraggeber bislang unbekannt sind.



A blurred background image of a business meeting. Several people in professional attire are gathered around a table. One person in the foreground is holding a laptop, while others are looking at documents or pointing at the screen. The scene is brightly lit, suggesting an office environment.

VI. PRAKTISCHE UMSETZUNG: GESTALTUNGSMÖGLICHKEITEN

**Informationsgewinnung über
Auftragsberatungsstellen**

Internet- und Katalogrecherchen

**Informationen von
Wirtschaftsteilnehmern in Form von
persönlichen Gesprächen,
Präsentationen oder Telefonaten**

Messebesuche

**Auswertung der Erfahrung aus
vorhergehenden Ausschreibungen**

**Abfragen bei anderen
öffentlichen Auftraggebern**

**Versendung von Fragenkatalogen
an interessierte Unternehmen**

**europaweite/nationale
„Bekanntmachung“ über elektronische
Kommunikationsplattformen**

öffentliche Marktansprachen

...



MENOLD
BEZLER

UMGANG MIT BIETERFRAGEN UND RÜGEN

Max Lör | Dr. Markus Schildknecht

AGENDA

1. Rechtsgrundlagen zu Bieterfragen
2. Form und Frist für Bieterfragen
3. Auskunftspflichten der Vergabestellen
4. Ratschläge für Vergabestellen
5. Strategien bei Bieterfragen
6. Bedeutung der Rüge für den Vergaberechtsschutz
7. „Schmankerl“ aus der Rechtsprechung
8. Ratschläge für Vergabestellen
9. Strategien bei Rügen

1. RECHTSGRUNDLAGEN ZU BIETERFRAGEN

- **§ 20 Abs. 3 Nr. 1 VgV**
Auftraggeber müssen **rechtzeitig** angeforderte zusätzliche Auskünfte über die Vergabeunterlagen und das Anschreiben **spätestens 6 Tage**, bei beschleunigten Verfahren spätestens 4 Tage **vor Ablauf der Angebotsfrist** erteilen
- National: ähnliche Regelung in § 13 Abs. 4 Nr. 1 UVgO, jedoch ohne konkrete Fristen

2. FORM UND FRIST FÜR BIETERFRAGEN (1)

- **Keine Vorgaben zur Form** in der VgV, aber:
 - Bieter sollen Bieterfragen im eigenen Interesse in **Textform** stellen (**Beweis-/Dokumentationszwecke**)
 - Vergabestellen machen **häufig Vorgaben in Bewerbungsbedingungen** (z.B. "in Textform, keine telefonischen Auskünfte"), die zu beachten sind

2. FORM UND FRIST FÜR BIETERFRAGEN (2)

Wann sind Bieterfragen „rechtzeitig“ eingereicht i.S.d. § 20 Abs. 3 Nr. 1 VgV?

- 7 bzw. 5 Kalendertage vor Ablauf der Angebotsfrist, sofern kein komplexes, umfangreiches Auskunftsbegehren im Raum steht
- Vergabekammer Baden-Württemberg, Beschl. v. 26.03.2010 – 1 VK 11/10
Wird die Bieterfrage erst **24 Stunden vor Ablauf der Angebotsfrist** gestellt, ist die Vergabestelle **nicht zur Beantwortung verpflichtet**

3. AUSKUNFTSPFLICHTEN DER VERGABESTELLEN

- Rechtzeitig gestellte Bieterfragen **müssen** beantwortet werden
 - Wann? Unverzüglich – „ohne schuldhaftes Zögern“; spätestens 6 bzw. 4 Kalendertage vor Ablauf der Angebotsfrist
 - Wie? **Gleichzeitige Mitteilung der Auskunft an alle Bieter**
 - Hinweis: Bei **erheblicher Bedeutung** der Antwort für die **Kalkulation** kann die **Verlängerung der Angebotsfrist** geboten sein
- Rechtsfolgen bei unterbliebenen Auskünften auf rechtzeitige Bieterfragen
 - Verzögerung: Angebotsfrist ist zu verlängern (§ 20 Abs. 3 Nr. 1 VgV)
 - Versagung einer Auskunft: Bieter kann Nachprüfungsverfahren anstrengen

4. RATSCHLÄGE FÜR VERGABESTELLEN (1)

- **Vorgaben** in den Vergabeunterlagen zu:
 - Form von Bieterfragen:
 - **Textform**, keine telefonische Auskunft!
 - Hinweis, dass **Bieterfragen gesammelt** und in **bestimmten Turnus** in einem Schreiben (Fragen-Antworten-Katalog) **beantwortet** werden
 - Frist für Bieterfragen: **spätestens 9 Tage vor Ablauf Angebotsfrist**
 - Form der Antwort: **Veröffentlichung** auf elektronischer **Vergabepattform**, die in Auftragsbekanntmachung genannt ist
 - Vorgaben bezüglich der „**Holschuld**“ **der Bieter**; Bieter sind für **Abruf** zusätzlicher Informationen auf der Vergabepattform **selbst verantwortlich**

4. RATSCHLÄGE FÜR VERGABESTELLEN (2)

- **Klare und präzise Antworten!**
 - Vermeidung von Missverständnissen durch eindeutige und verständliche Antworten
 - Vorsicht insbesondere bei Fragen zu Eignungs- und Zuschlagskriterien (häufige Fehlerquellen!)
- Bieteranfragen als **Chance** begreifen, **Unklarheiten/Widersprüche** in den Vergabeunterlagen **auszuräumen!**
 - Unklarheiten/Widersprüche gehen zu Lasten des Auftraggebers

4. RATSCHLÄGE FÜR VERGABESTELLEN (3)

- **Fristgerechte Beantwortung!**
 - Bieter sollen ausreichend Zeit für Angebotsanpassung haben; bei wesentlichen Änderungen Verlängerung der Angebotsfrist (§ 20 Abs. 3 Nr. 2 VgV)
- **Anonymisierung von Fragen und Antworten!**
 - Keine Rückschlüsse auf Bieteridentität zulassen zum Schutz des Geheimwettbewerbs

5. STRATEGIEN DER VERGABESTELLE

- **Möglichkeit eines Verhandlungsverfahrens ergreifen!**
 - Unterschied Verhandlungsverfahren zu Offenem Verfahren:
 - Verhandlungsrunden ermöglichen eine intensivere Kommunikation mit den Bietern und eine umfangreichere Anpassung der Vergabeunterlagen
- Gestaltungsmöglichkeit: „**Bieter-Kolloquium**“ (insbesondere im Verhandlungsverfahren). Wichtig: Verbindlich sind nur die schriftlichen Antworten an alle Bieter (z.B. anschließend im Fragen-Antworten-Katalog).
- ggf. notwendige **Änderungsbekanntmachung** nicht vergessen!

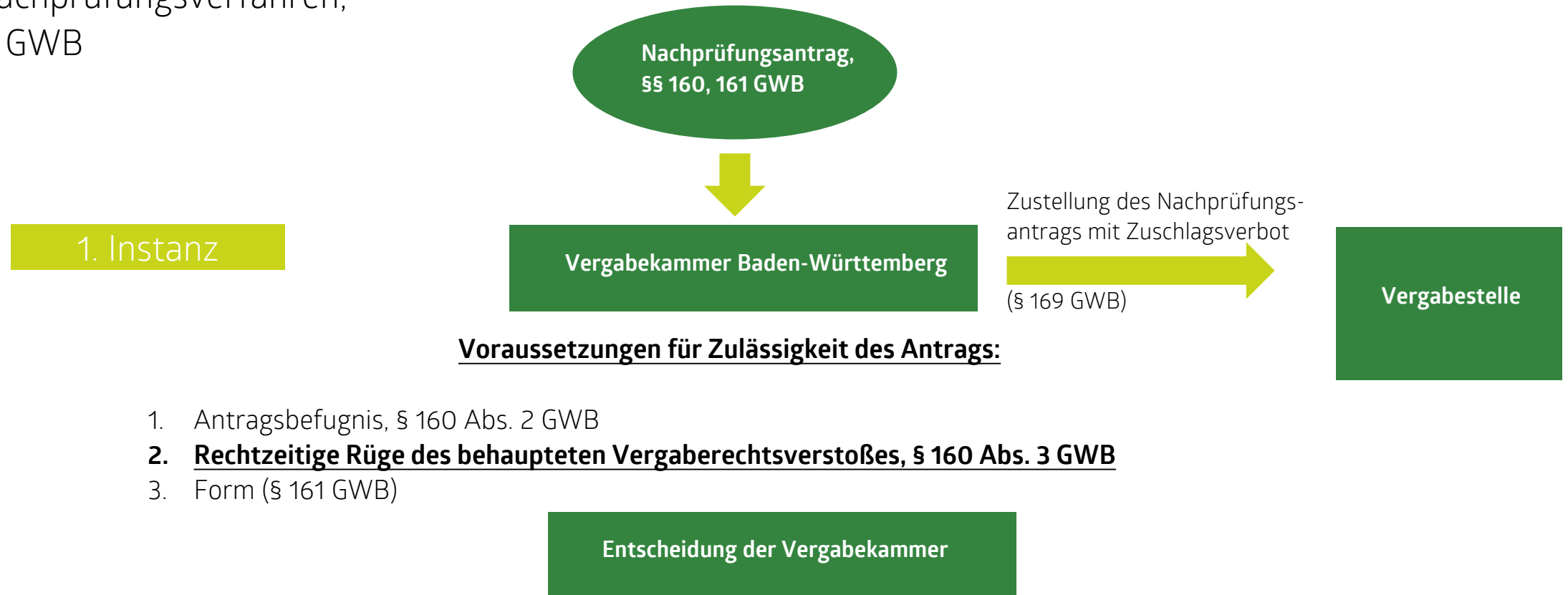
6. DIE VERFAHRENSRÜGE (§ 160 ABS. 3 GWB)

Was ist eine Verfahrensrüge?

- Erklärung, mit der ein Bewerber/Bieter einen **vermeintlichen Vergaberechtsverstoß** gegenüber dem Auftraggeber anzeigt und die **Erwartung der Korrektur** zum Ausdruck bringt
- Zulässigkeitsvoraussetzung für einen Nachprüfungsantrag vor der Vergabekammer
- Sinn und Zweck: **Schutz des öffentlichen Auftraggebers!** Dieser soll die **Möglichkeit** erhalten, den vermeintlichen Verstoß zu **überprüfen** und **ggf. zu korrigieren**, bevor Vergaberechtsschutz eingereicht wird

6. BEDEUTUNG DER RÜGE FÜR DEN VERGABERECHTSSCHUTZ (1)

Ablauf Nachprüfungsverfahren,
§§ 155 ff. GWB



6. BEDEUTUNG DER RÜGE FÜR DEN VERGABERECHTSSCHUTZ (2)

Ablauf Nachprüfungsverfahren,
§§ 155 ff. GWB



7. „SCHMANKERL“ AUS DER RECHTSPRECHUNG

VERGABEKAMMER MECKLENBURG-VORPOMMERN,
BESCHL. V. 19.05.2022 – 3 VK 3/22



WAS WAR PASSIERT?

- Der Auftraggeber (AG) schrieb **Bauleistungen europaweit** in einem **Offenen Verfahren** aus.
- Nach Übersendung der Submissionsergebnisse übersandte der Antragsteller (ASt) dem **Projektleiter** des AG **folgende Nachricht per WhatsApp**:
„Hallo [...], das Ergebnis kennst Du ja bestimmt schon. Vllt. könnt ihr mal gucken, ob die geforderte AK 2 [Gütezeichen im Kanalbau] wirklich vorliegt“.
- Der ASt gab nicht das wirtschaftlichste Angebot ab und erhielt daher ein **Bieterinformationsschreiben nach § 134 GWB**.
- Im Rahmen des **Nachprüfungsantrags** machte der Ast u.a. das **Fehlen des Gütezeichens AK 2** und die somit **fehlende Eignung** des Bestbieters geltend.
- Der AG hält den Nachprüfungsantrag bereits für unzulässig, da seitens des ASt **keine formal gültige Rüge** eingegangen sei.

HAT DER BIETER DEN VERMEINTLICHEN VERGABEVERSTOSS ORDNUNGSGEMÄß GERÜGT?

ENTSCHEIDUNG

- Nach Auffassung der Vergabekammer **genügte** der ASt **seiner Rügeobliegenheit gemäß § 160 Abs. 3 GWB**, indem er das Vorliegen des Gütezeichens AK 2 bei dem Bestbieter **per WhatsApp hinterfragte**.
- Die Vergabekammer erachtete den Nachprüfungsantrag **insoweit für zulässig**.

RECHTLICHE WÜRDIGUNG

- **keine hohen Anforderungen** an Verfahrensrügen, insbesondere müssen diese **keiner bestimmten Form** entsprechen
- Rügen können **auch als Frage formuliert** werden, solange der Bieter deutlich macht, einen **Vergabeverstoß zu beanstanden** und entsprechende **Abhilfe zu erwarten**
- aus der **WhatsApp-Nachricht** ging hinreichend hervor, dass **Zweifel** daran bestehen, ob ein konkurrierender Bieter **bessere Preise** anbieten kann, wenn er in **qualitativer Hinsicht die gleichen Standards** bei der Auftragserledigung aufweist wie der ASt
- **Rüge gegenüber Repräsentanten** des öffentlichen Auftraggebers genügt, wenn dieser vom AG mit der Durchführung der Ausschreibung betraut und aufgrund dieser Stellung und seiner Sachkunde **objektiv als Ansprechpartner anzusehen** ist

HINWEISE FÜR DIE PRAXIS

- die Entscheidung bestätigt ein weiteres Mal die geringen Hürden für eine ordnungsgemäße Verfahrensrüge
- Vorschriften zur „**E-Vergabe**“ (§§ 9 ff. VgV) beziehen sich nur auf das Vergabeverfahren; als **Teil des Rechtsmittelverfahrens (§§ 155 ff. GWB)** ist die Rüge nicht dem Vergabeverfahren zuzurechnen
 - ➔ Rügen müssen nicht über Vergabeplattform erhoben werden
- Bieter ist zur **Vermeidung von Beweisschwierigkeiten** gleichwohl die Einreichung **auf nachprüfbarem Weg** (Vergabeplattform!) empfohlen
- Auftraggeber sollten mit eingehenden Nachrichten, die „**nach einer Rüge riechen**“, nicht leichtfertig umgehen sondern vielmehr einen möglichen Handlungsbedarf prüfen

8. RATSCHLÄGE FÜR VERGABESTELLEN

- Vergabestellen sollten bereits in der Auftragsbekanntmachung und den Vergabeunterlagen **so viele Informationen wie möglich** über das geplante Vergabeverfahren geben.
Hintergrund: § 160 Abs. 3 GWB
- Vergabestellen sollten vorsorglich in der Auftragsbekanntmachung auf die Präklusions-/Rechtsbehelfsfristen des § 160 Abs. 3 GWB hinweisen
- Die Zurückweisung einer Rüge sollte unmissverständlich als solche formuliert sein, z.B.:
„Bitte betrachten Sie die Zurückweisung der Rüge als endgültig.“

9. STRATEGIE BEI RÜGEN

- Der Zeitpunkt der Rügeerwiderung kann „taktisch“ gewählt werden. Hierbei ist insbesondere der frühestmögliche Zeitpunkt des Zuschlags zu beachten.
- Umfang der Rügeerwiderung prüfen – Ausführliche Rügeerwiderung vs. kurze Rügeerwiderung