

Wann ist bei der Wertung ein praktischer "Machbarkeitstest" durchzuführen?

1. Der öffentliche Auftraggeber ist in der Art und Weise, nach welcher Methode er bei der Bewertung der Angebote vorgeht oder was für Mittel er hierbei einsetzt, weitestgehend frei. Es muss jedoch gewährleistet sein, dass die Angebotswertung transparent, willkürfrei und nachvollziehbar durchgeführt wird.
2. Die Wertungsfreiheit des Auftraggebers gilt auch für die Frage, ob er die angebotenen Leistungen vor Zuschlagsentscheidung praktisch daraufhin testet, ob sie die ausgeschriebenen Anforderungen tatsächlich erfüllen, oder ob ihm z. B. das vertragliche Erfüllungsversprechen, das die Bieter mit ihrem Angebot abgeben, ausreicht.
3. Die Grenzen dieser Freiheit, auf einen praktischen "Machbarkeitstest" zu verzichten, sind jedoch dann überschritten, wenn eine transparente Wertung aufgrund insbesondere sachgerechter und willkürfreier Erwägungen nicht gewährleistet ist.

VK Bund, Beschluss vom 11.11.2020 - VK 1-84/20

GWB § 97 Abs. 1

Problem/Sachverhalt

Die Vergabestelle führte ein offenes Verfahren über die Entwicklung einer Software durch. Zuschlagskriterium war u. a. die Handhabung der Software, inwieweit diese intuitiv und ohne besondere Vorkenntnisse von den künftigen Nutzern zügig verwendet werden kann. Diese Eigenschaft war von den Bietern schriftlich zu beschreiben. Der ausgeschlossene Bieter rügt, dass anhand einer schriftlichen Erläuterung der Software nicht beurteilt werden könne, ob diese intuitiv sei. Die Vergabestelle wendet dagegen ein, dass keine Verpflichtung zu praktischen Tests ("Usability Test") bestehe.

Entscheidung

Der Nachprüfungsantrag ist begründet. Zwar ist ein öffentlicher Auftraggeber weitestgehend darin frei, nach welcher Methode er bei der Bewertung der Angebote vorgeht oder was für Mittel er hierbei einsetzt. Die **Grenzen dieser Freiheit, auf einen praktischen "Machbarkeitstest" zu verzichten**, sind jedoch dann überschritten, wenn eine **transparente Wertung aufgrund insbesondere sachgerechter und willkürfreier Erwägungen** so nicht gewährleistet ist. Dies kann u. a. dann der Fall sein, wenn es um die Wertung anhand von Zuschlagskriterien geht, die sich nur anhand eigener tatsächlicher Anschauung feststellen lassen. So verhält es sich auch hier. Die Beurteilung einer Software anhand des Kriteriums "**intuitiv**" ist naturgemäß sehr von den **subjektiven Eindrücken und Erfahrungen einer Person** beim konkreten und eigenständigen praktischen Umgang mit einer Software geprägt. Dazu reichen schriftliche Erläuterungen der Software nicht aus. Diese können dem zukünftigen Nutzer der Software zwar einen ersten Eindruck vermitteln. Ob er aber aufgrund der abgebildeten Nutzeroberfläche tatsächlich "intuitiv" und ohne tiefgehende Vorkenntnisse oder Einweisungen durch das Programm geführt wird, kann ein Nutzer nur dann hinreichend sachgerecht und valide beurteilen, wenn er die Software selbst jedenfalls testweise praktisch anwendet.

Praxishinweis

Dass kein "Usability Test" durchgeführt wird, ließ sich bereits den Vergabeunterlagen entnehmen. Dennoch musste der Bieter dies nicht gem. § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 GWB vor Ablauf der Angebotsfrist rügen, weil für ihn nicht erkennbar war, dass dies vergaberechtswidrig ist. Dies könne

von einem durchschnittlichen fachkundigen Bieter auch bei Anwendung üblicher Sorgfalt nicht erwartet werden, so die Vergabekammer. Denn ob und inwieweit ein öffentlicher Auftraggeber vor Zuschlagserteilung zu einer sog. "verifizierenden Teststellung" verpflichtet ist, bleibt nach wie vor streitig (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 15.01.2020 - **Verg 20/19, VPRRS 2020, 0082**). Bei anwaltlicher Vertretung ist bezüglich der Erkennbarkeit gegebenenfalls ein anderer Maßstab anzulegen.

RA und FA für Bau- und Architektenrecht Dr. Christian Kruska, Stuttgart

© id Verlag