

BERGMANN

Anbieten in Finnland

Erfolg bei öffentlichen Vergaben

www.bergmann.fi



BERGMANN

Attorneys at Law

Rechtsberatung
mit Industriefokus

Investitionen
Projekte
Transaktionen

Inhalt

Erfolgreich anbieten in öffentlichen Vergaben	3
Faustregeln für Anbieter	4
Vorgaben der Ausschreibung als Maßstab	6
Leistungsbeschreibung bei technologielastigen Projekten	8
Vergabeverfahren	10
Anfechtung fehlerhafter Vergabeentscheidungen	14
Anbieten für Allianzprojekte in Finnland	16



Peter Jaspers

peter.jaspers@bergmann.fi

Erfolgreich anbieten in öffentlichen Vergaben

Die Auftraggeber großer Infrastrukturprojekte in Finnland sind fast durchweg staatliche Stellen oder diesen gleichgestellt. Sie unterstehen damit den strikten Anforderungen des Vergaberechts. Die Anwendung dieser Regeln führt zu einer spürbaren Öffnung des Marktes für internationale Anbieter.

Aufträge, die bestimmte branchenbezogene Schwellenwerte überschreiten (z. B. € 5.548.000 für Bauverträge, € 443.000 für Planungsleistungen im Infrastrukturbereich) und damit für grenzüberschreitende Angebote besonders interessant sind, werden im Offiziellen Journal der EU bekannt gemacht. Diese Ausschreibungen können in der TED-Datenbank (ted.europa.eu) abgerufen werden.

Ausschreibungen, die unter den Schwellenwerten bleiben, werden ausschließlich in der finnischen HILMA-Datenbank (www.hankintailmoitukset.fi) veröffentlicht. Auch an diesen können aber Anbieter aus allen Ländern teilnehmen.



Qualifikation des Anbieters

- Technische Qualifikation**
 - Nachweis von qualifiziertem Personal
 - Nachweis einschlägiger Referenzen
 - Anforderungen an die Nachweise i.d.R. in der Ausschreibung spezifiziert
- Wirtschaftliche Qualifikation**
 - Zur Tragung des Projektrisikos geeignete Unternehmensgröße
 - ggf. mit Konsortialpartnern
 - Beibringung von Sicherheiten
- Kenntnis der „Local Data“**
 - örtliches Arbeitsrecht
 - steuerliche Pflichten
 - einschlägige Normen
 - Bereitschaft zur Verwendung der finnischen Sprache

Faustregeln für Anbieter

Wegen der Rigidität des Verfahrens ist der Anbieter gezwungen, sich in einem gewissen Maße von rein kaufmännischen Denkkategorien zu lösen.

Vollständigkeit. Das Angebot muss von Anfang an alle Anforderungen erfüllen. Eine Nachbesserung ist ausgeschlossen.

Widerspruchsfreiheit. Enthält das Angebot widersprüchliche Angaben, kann der Auftraggeber um Klarstellung bitten – er muss es aber nicht. Anbieter sollten davon ausgehen, dass in Fällen von Widersprüchlichkeit oder Unklarheit die ungünstigsten Werte dem Angebotsvergleich zugrunde gelegt werden. Das gilt auch dann, wenn sich diese Werte in einer nachrangigen Anlage zum Angebot befinden.

Form. Oft gibt die Ausschreibung eine konkrete Gliederung des Angebots vor oder schreibt sogar ein Formular vor. Wählt der Anbieter stattdessen eine individuelle Darstellungsform, führt dies praktisch immer zu Nachteilen oder gar zum Ausschluss.

Verbesserungen? Widerstehen Sie der Versuchung, ein (noch) besseres Produkt anzubieten als gefordert. Vorteile im Angebotsvergleich sind so nicht zu erzielen. Wird eine geforderte Funktionalität im Angebot eigenmächtig durch eine bessere (aber andere) ersetzt, führt dies sogar regelmäßig zum Ausschluss aus dem Verfahren.

Vorgaben der Ausschreibung als Maßstab

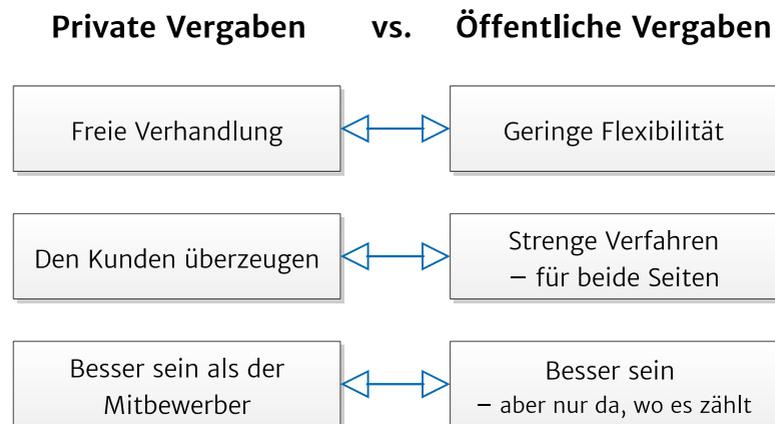
Anbieter von infrastrukturellen Leistungen und Produkten müssen sich bei der Teilnahme an öffentlichen Vergabeverfahren ein Stück weit von kaufmännischen Tugenden lösen. Das Vergabeverfahren ist streng auf Sicherung der Chancengleichheit unter den Anbietern ausgelegt. Daher dürfen Angebote in keinem Punkt von den Vorgaben abweichen, die in der Ausschreibung definiert sind.

Mitunter haben Unternehmen bei der Entwicklung ihrer technischen Lösungen bereits einen Stand erreicht, der dem in der Ausschreibung angeforderten Stand der Technik überlegen ist. Die Versuchung ist groß, die „bessere“ Lösung anzubieten.

Hierbei mag es eine Rolle spielen, dass als Vergabekriterium in finnischen Ausschreibungen in der Regel nicht allein der

Preis, sondern die so genannte „gesamtwirtschaftliche Günstigkeit“ angegeben wird. Dieses Kriterium darf aber nicht so verstanden werden, dass der Anbieter alle Vorzüge in die Waagschale werfen dürfte, welche das eigene Produkt zu bieten hat. Die Beurteilungskriterien werden vielmehr in der Ausschreibung konkret und mit objektiver Punktevergabe definiert. Es ist nicht möglich, Defizite in den definierten Kriterien mit anderen Vorzügen zu kompensieren.

Grundsätzlich lässt das finnische Vergaberecht die Abweichung von vorgegebenen Standards zu, wenn die technischen Eigenschaften der angebotenen Lösung den Eigenschaften der geforderten Lösung entsprechen. Vergabeentscheidungen sind jedoch, gerade was die Vergleichbarkeit solcher Abweichungen angeht, in den vergangenen Jahren in zunehmendem Maße zum Gegenstand (oft erfolgreicher) Anfechtungen geworden. Die öffentlichen Auftraggeber sind daher heute wenig geneigt, sich mit ihrer Vergabeentscheidung in Graubereiche zu begeben und eine spätere gerichtliche Aufhebung der Entscheidung zu riskieren. Für den Anbieter ist es jedenfalls vollkommen überflüssig, in diesem Punkt ein Risiko einzugehen.



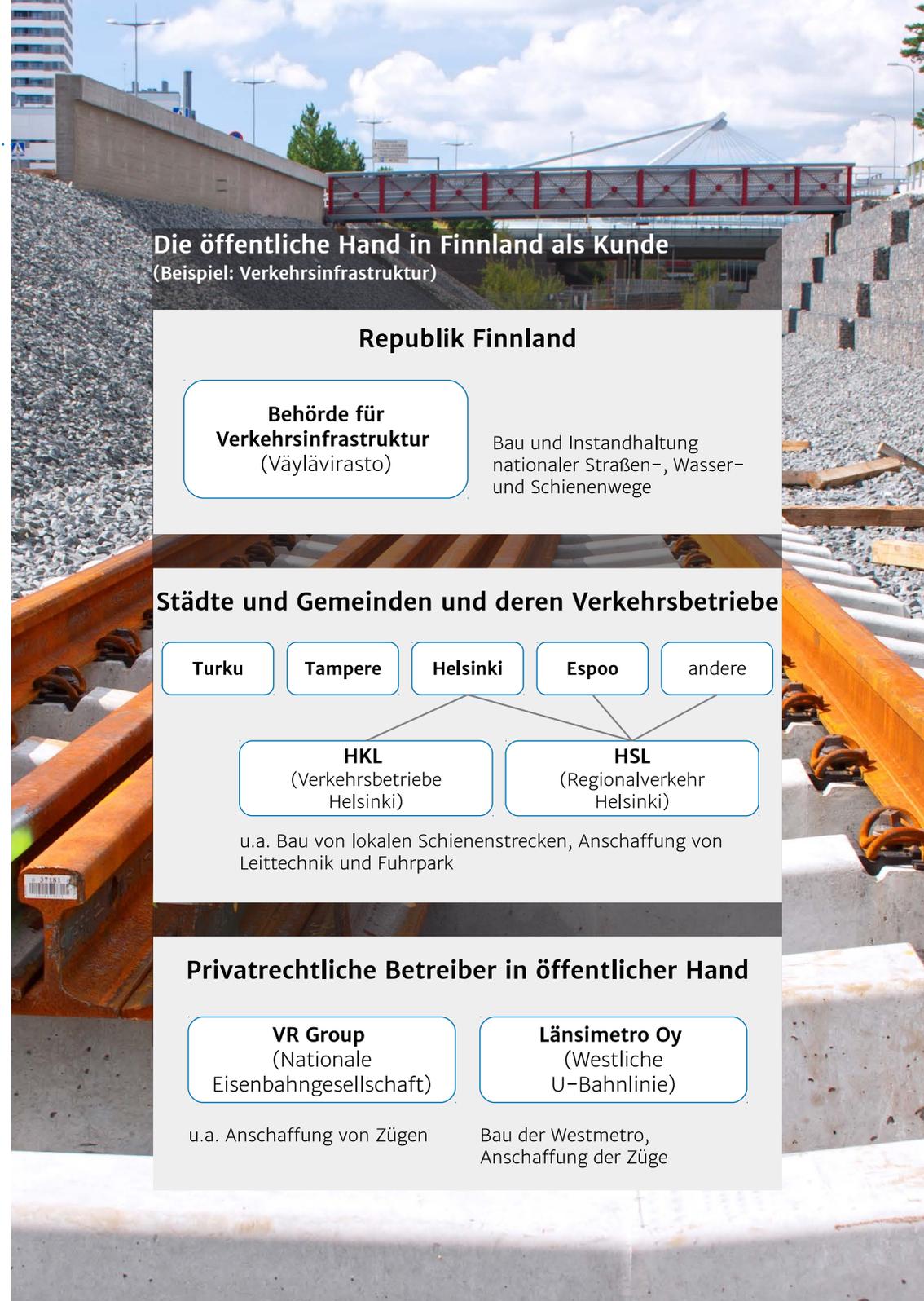
Leistungsbeschreibung bei technologielastrigen Projekten

Im Bereich der intelligenten Infrastruktur- und Verkehrsprojekte kommt es häufig zu Anfechtungen von Vergabeentscheidungen. Einerseits fordert das Vergaberecht klare und für alle Anbieter gleiche Kriterien der Auftragsvergabe fordert, andererseits sind aber in diesem sich rapide entwickelnden Bereich selten zwei Produkte völlig vergleichbar.

Um den Anforderungen des Vergaberechts gerecht zu werden, sind die Auftraggeber gezwungen, die Beschreibungen der Leistungen und Produkte auf einem hohen Abstraktionsgrad vorzunehmen. Oft genug misslingt dies: einerseits, weil den betreffenden Behörden ausreichende Ressourcen hinsichtlich des technischen Know-Hows nicht zur Verfügung stehen, andererseits, weil technische Konzepte und Begriffe oft in verschiedener Weise verstanden werden können.

Anbieter können einen wesentlichen Beitrag dazu leisten, dass Unklarheiten beseitigt werden und die spätere Vergabeentscheidung weniger anfällig für Anfechtungen wird. In jedem Vergabeverfahren werden Fragen der Anbieter zugelassen und beantwortet. Die Antworten werden allen Anbietern zugänglich gemacht und bilden eine Grundlage der Angebotserstellung.

Mit sorgfältigen und zielgerichteten Fragen kann ein Anbieter gleichzeitig versteckten Wettbewerbsvorteilen für Mitbewerber entgegenwirken. Unklarheiten in der Ausschreibung können nämlich dazu führen, dass auch Angebote mit schlechteren technischen Eigenschaften als gleich gut bewertet und zugelassen werden müssen.



Die öffentliche Hand in Finnland als Kunde (Beispiel: Verkehrsinfrastruktur)

Republik Finnland

**Behörde für
Verkehrsinfrastruktur**
(Väylävirasto)

Bau und Instandhaltung nationaler Straßen-, Wasser- und Schienenwege

Städte und Gemeinden und deren Verkehrsbetriebe

Turku

Tampere

Helsinki

Espoo

andere

HKL
(Verkehrsbetriebe Helsinki)

HSL
(Regionalverkehr Helsinki)

u.a. Bau von lokalen Schienenstrecken, Anschaffung von Leittechnik und Fuhrpark

Privatrechtliche Betreiber in öffentlicher Hand

VR Group
(Nationale Eisenbahngesellschaft)

u.a. Anschaffung von Zügen

Länsimetro Oy
(Westliche U-Bahnlinie)

Bau der Westmetro, Anschaffung der Züge

Vergabeverfahren

Der Grundfall des Vergabeverfahrens ist die offene Ausschreibung einer definierten Leistung an eine unbegrenzte Zahl von Anbietern. In Infrastrukturprojekten greifen die Auftraggeber in der Regel zu anderen Verfahren.

Qualifizierungs- und Verhandlungsverfahren

Das gebräuchlichste Verfahren ist dabei das Verhandlungsverfahren. In diesem wird zunächst ein Kreis von Anbietern qualifiziert. Mit diesen Anbietern werden Verhandlungen geführt, in denen die Details der auszuschreibenden technischen und kommerziellen Lösungen ausgearbeitet werden.

Es ist zu beobachten, dass sich Anbieter durch die Ausschreibung im Verhandlungsverfahren zuweilen dazu verleiten lassen, das vorgeschaltete vorläufige Angebot mit einer gewissen Gelassenheit zu erarbeiten. Dies führt zu Reibungen im Verfahren und schlimmstenfalls zur Verweigerung der Qualifikation. Trotz der Bezeichnung der Verhandlungen als solche handelt es sich nicht um freie geschäftliche Verhandlungen.

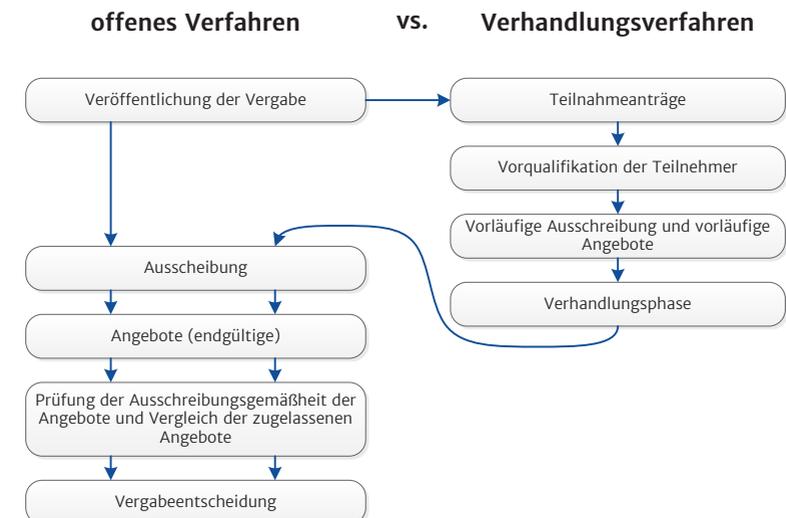
Der Anbieter kann dem Auftraggeber in den Verhandlungen Vorschläge unterbreiten, wie durch Detailänderungen an der Ausschreibung ein gesamtwirtschaftlich günstigeres Angebot erfolgen kann.

Das vorläufige Angebot bleibt aber bindend. Anpassungen können später nur in dem Umfang vorgenommen werden, in dem der Auftraggeber die Ausschreibung im Vergleich zur

vorläufigen Ausschreibung modifiziert. Der Auftraggeber kann die Verhandlungsphase auch komplett überspringen und ohne Verhandlungen das gesamtwirtschaftlich günstigste Angebot auswählen. Daher muss bereits das vorläufige Angebot alle Kriterien der Ausschreibung erfüllen und so gestaltet sein, dass der Anbieter zu den angebotenen Bedingungen zu liefern bereit ist.

Wettbewerblicher Dialog

Der wettbewerbliche Dialog ist eine spezielle Form des Verhandlungsverfahrens. Dieses Verfahren überspringt die vorläufigen Angebote und umfasst vielmehr offene Verhandlungen mit den Teilnehmern hinsichtlich der Art und Weise, wie der Bedarf des Auftraggebers am besten bedient werden kann.



Ausschließlich auf der Grundlage dieser Verhandlungen formuliert der Auftraggeber die endgültigen Anforderungen und die Ausschreibung.

Innovative Partnerschaft – ein neues Vergabeverfahren

Das Ziel der innovativen Partnerschaft, eines im Jahr 2017 neu geschaffenen Verfahrens, ist der Kauf eines Produkts, das noch nicht auf dem Markt verfügbar ist. Die Produktentwicklung und der Kauf der fertigen Lösung werden in der Vergabe zusammengefasst: Der Auftraggeber kann das Produkt, die Dienstleistung oder den Prototyp nach deren Entwicklung vom Entwickler erwerben, ohne diesen Erwerb neu ausschreiben zu müssen.

Der Auftraggeber hat durch eine innovative Partnerschaft die Möglichkeit eine langfristige Beziehung aufzubauen, wobei das erworbene Produkt oder die erworbene Dienstleistung im Laufe seiner Lebenszeit weiterentwickelt werden kann. Andererseits erhält der Entwickler nach erfolgreicher Entwicklungsarbeit selbst den Anschlussauftrag, wodurch die entwickelten Ideen

vor Preisgabe gegenüber der Konkurrenz des Entwicklers geschützt sind.

Der Auftraggeber, der sich in eine langfristige Partnerschaft begibt, wird zumindest auf zwei Aspekte besonderen Wert legen: die Kriterien für die Auswahl des Innovationspartners und die Vereinbarungen zur Sicherung der Vertragserfüllung. Die Auswahlkriterien können unter anderem auf Leistung, Referenzen und Qualitätssicherungssysteme gestützt werden. Die Erfüllungsvereinbarungen ermöglichen es dem Auftraggeber zum Beispiel die Einhaltung von Qualitätskriterien zu überwachen, den Vertrag zu kündigen, falls die technischen oder wirtschaftlichen Vereinbarungen nicht eingehalten werden oder eine Alternativlösung auf dem Markt angeboten wird, und zu bekräftigen, dass die Rechte am geistigen Eigentum interessengerecht verteilt werden.

Das neue Verfahren wurde in Finnland gut aufgenommen und eine steigende Anzahl an Auftraggebern bedient sich seiner.



Anfechtung fehlerhafter Vergabeentscheidungen

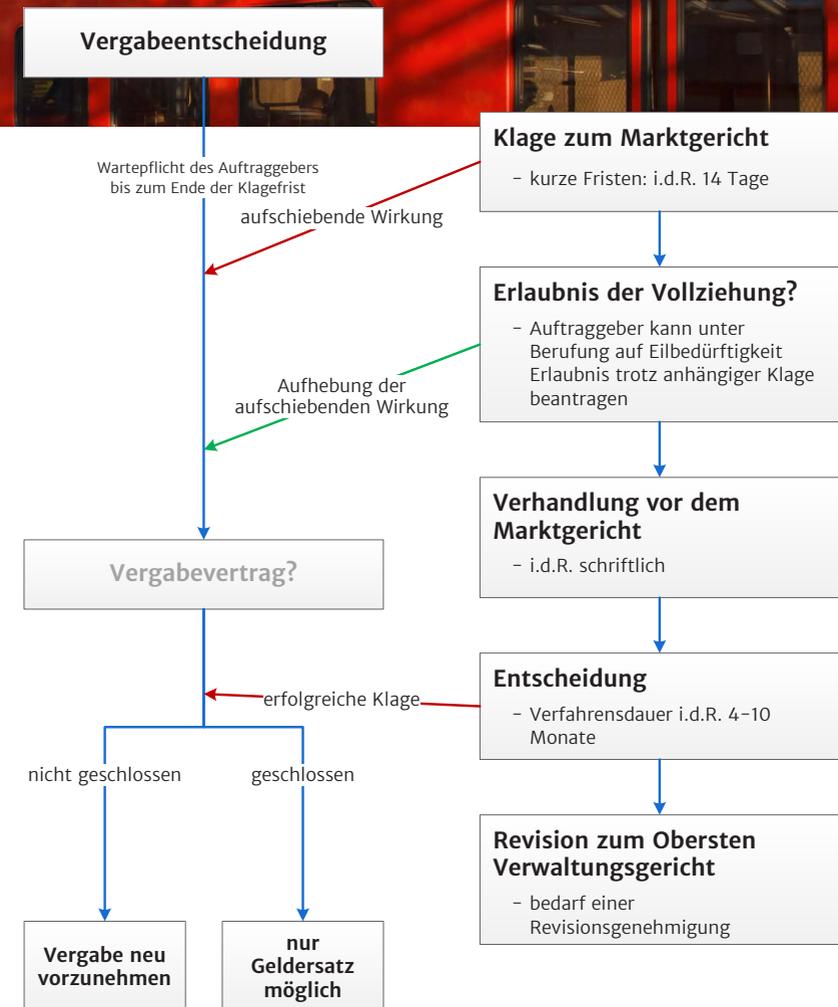
Gegen fehlerhafte Vergaben kann der Anbieter durch Klagen beim Marktgericht vorgehen. Hierfür gelten sehr enge Fristen.

In der Regel ist eine Klage unmittelbar nach der Vergabeentscheidung zu erheben. Wird ein Anbieter aber durch eine vorgelegte Entscheidung bereits aus dem Verfahren ausgeschlossen (z.B. im Qualifizierungsverfahren), so muss bereits diese vorgelegte Entscheidung angegriffen werden.

Im Normalfall muss der Auftraggeber mit dem Abschluss des Vergabevertrages warten, bis die Klage entschieden wurde. Hat die Klage Erfolg, muss die Vergabe dann neu aufgerollt und dabei der festgestellte Fehler vermieden werden.

Gerade in wichtigen Infrastrukturprojekten erhalten die Auftraggeber aber oft wegen Eilbedürftigkeit vom Marktgericht die Erlaubnis der Vollziehung der Vergabeentscheidung. Ist dann der Vertrag geschlossen, wird dieser nicht dadurch ungültig, dass die Vergabeentscheidung später für rechtswidrig befunden wird.

In diesem Fall bleibt dem Klagenden nur ein Anspruch auf Geldersatz. Diesen kann man aber nur geltend machen, wenn man zeigen kann, dass man bei einer fehlerfreien Entscheidung das Vergabeverfahren mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit für sich entschieden hätte.



Anbieten für Allianzprojekte in Finnland

Unternehmen, die in Finnland Leistungen für Infrastrukturprojekte anbieten, begegnen einem neuen Trend. Öffentliche Auftraggeber führen Großprojekte zunehmend in Form von sogenannten Projektallianzen durch. Was hat man darunter zu verstehen?

Kurz gesagt basiert die Projektallianz auf der Idee, dass die Parteien eine gemeinsame, integrierte Projektorganisation bilden, in der Risiken und Haftung, aber auch Erfolgsmöglichkeiten geteilt werden.

Erst kürzlich wurde der Ufertunnel in der Stadt Tampere, ein Projekt mit einem Volumen von 180 Mio. Euro, als Allianzprojekt verwirklicht, und zwar mit beachtlichem Erfolg hinsichtlich der Projektdauer und der Gesamtkosten. Das Straßenbahnnetzprojekt in Tampere (ca. 283 Mio. Euro) und die Jokeri-Schnellbahnlinie („Raide-Jokeri“, 367 Mio. Euro) in Helsinki werden ebenfalls als Projektallianzen durchgeführt.

Ein Paradigmenwechsel

Anbieter stehen vor einer Herausforderung, denn nichts scheint so zu sein, wie es war. Das Allianzkonzept impliziert, dass das Gegeneinander von Kunde einerseits und Leistungserbringer andererseits aufgehoben wird. Beide Parteien arbeiten gemeinsam an der Planung und Verwirklichung des Projekts. Am Ende werden entweder alle Beteiligten gewinnen oder alle verlieren.

Natürlich bleibt es dabei, dass der Kunde die Rechnung bezahlt und der Leistungserbringer die Leistung erbringt. Die Parteien vereinbaren aber keinen konkreten Preis, über dessen Auskömmlichkeit dann später gestritten werden kann. Vielmehr erarbeiten sie gemeinsam ein Kostenbudget. Während der Verwirklichung des Projekts werden dem Leistenden alle tatsächlich anfallenden Kosten erstattet, mit einem prozentualen Aufschlag als Honorar. Es ist dieser Prozentsatz, der im Ausschreibungsverfahren den „Preis“ des Anbieters darstellt.

Das Konzept der Allianz geht davon aus, dass die Interessen von Kunde und Anbieter identisch sind. Um dies zu erreichen, wird ein Anreizsystem geschaffen, in dem der Anbieter einen Bonus für Einsparungen bei den Kosten oder Übererfüllung bei der Qualität verdienen kann. Er kann aber auch einen Malus erleiden, z.B. im Fall der Kostenüberschreitung oder von Verzögerungen.

Früheres Investment

Von den Mitgliedern der Allianz wird erwartet, dass sie erhebliche Ressourcen zum gemeinsamen Projektmanagement beitragen. Die meisten Entscheidungen müssen einstimmig getroffen werden. Die gemeinsamen Entscheidungsorgane sollen alle Fragen zügig klären. Im Gegenzug sehen die in Finnland gebräuchlichen Allianzverträge für alle Seiten einen fast völligen Ausschluss des Rechtswegs vor.

Beim Gespräch mit den Beteiligten an früheren Allianzprojekten kann man einen bemerkenswerten Enthusiasmus antreffen. Es scheint offensichtlich, dass das Konzept das Potential hat, eine Atmosphäre der Kooperation zu schaffen, in welcher alle Ressourcen auf den Erfolg des Projekt fokussiert werden (statt

auf die Sicherung der eigenen Rechtsposition). Es ist ebenso offensichtlich, dass der erwünschte Effekt von vielen Faktoren abhängt. Auftraggeber und Vergabeberater betonen, dass die Wahl der richtigen Allianzpartner in diesem Prozess eine Schlüsselrolle spielt.

Für Anbieter bedeutet dies, dass sie zu einem früheren Zeitpunkt als gewohnt mit größeren Ressourcen in den Vergabeprozess gehen müssen. Der Anbieter muss den Kunden davon überzeugen, dass er zu einer produktiven Kooperation im Allianzkonzept in der Lage ist. Er muss seine eigene Vorstellung vom Projekt entwickeln sowie bereits ein konkretes Team präsentieren, das den Anbieter in der Projektleitungsgruppe vertreten soll.

Beteiligung als Subunternehmer

Zu den Mitgliedern der „Allianz“ gehören aber nicht alle Unternehmen, die zum Projekt beitragen. Die Allianz besteht in der Regel aus den Planern und Leistenden in der ersten Reihe. Es ist möglich und üblich, dass Teilarbeiten an Subunternehmer vergeben werden. Diese schließen mit einem oder mehreren Allianzmitgliedern gewöhnliche Werkverträge ab.

Faktisch ist dabei die gesamte Allianz der Kunde des Subunternehmers – ungeachtet dessen, welches Allianzmitglied als Vertragspartner auftritt. Denn die an Subunternehmer zu zahlenden Vergütungen gelten als Projektkosten und werden dem als Auftraggeber fungierenden Allianzpartner voll erstattet (zuzüglich des prozentualen Honoraranteils). Dementsprechend entscheidet über die Auswahl von Subunternehmern und deren Vertragsbedingungen die Projektleitung der Allianz unter Beachtung des Erfordernisses der Einstimmigkeit.

BERGMANN

Services – Öffentliche Vergaben

Vorbereitung des Angebots

- Risikoanalyse der Vergabebedingungen
- Erfassung des relevanten Geschäftsumfelds
- Sicherung der Konformität des Angebots mit der Ausschreibung

Nach Angebotsabgabe

- Strategische Beratung im Verhandlungsverfahren
- Q&A-Verfahren
- Anfechtung rechtswidriger Vergabeentscheidungen

Nach Erhalt des Zuschlags

- Vertrags-, Änderungs- und Forderungsmanagement
- Arbeitsverhältnisse
- Regulatorik
- mögliche Rechtsstreite

BERGMANN

Helsinki

UNSERE EXPERTEN
FÜR IHREN ERFOLG

Bergmann Attorneys at Law

Pohjoisesplanadi 35 E
00100 Helsinki, Finnland
Tel.: +358 10 339 8800
office@bergmann.fi
www.bergmann.fi

Mai 2019