

Kein Angebotsausschluss wegen fehlender Nachweise

Der öffentliche Auftraggeber schrieb einen Auftrag über die Lieferung zulassungspflichtiger Ersatzteile für Wehrgerät aus. Er schloss das Angebot eines Bieters aus, weil dieser einen Nachweis nicht vorlegte und sich weigerte, das Angebot des von ihm beabsichtigten Unterauftragnehmers, der auch Hersteller der Ersatzteile war, zu übersenden. Zu Unrecht, wie die 2. Vergabekammer des Bundes (21.08.2014, VK 2-59/14) klarstellte.

Die Begründung: Auftraggeber müssen in die Vergabeunterlagen eine abschließende Liste aller Erklärungen und Nachweise aufnehmen, die sie von den Bietern fordern (§ 16 Abs. 2 VSVgV). Ist ein Nachweis nicht in der Checkliste genannt, darf ein Angebot nicht ausgeschlossen werden, weil der Nachweis fehlt. Zwar darf der Auftraggeber den Nachweis unter Umständen nachträglich fordern. Auch dies ist aber nicht geschehen. Der Ausschluss war daher unwirksam.

Der Auftraggeber durfte sich auch das Angebot des Unterauftragnehmers nicht vorlegen lassen. Zwar behielt er sich vor, einen Nachweis des Herstellers abzufragen, um die Zulassung der Ersatzteile zu prüfen. Die Vorlage des gesamten Angebots des Herstellers war davon aber nicht abgedeckt.

Fazit: Ausschlussgründe werden im Vergaberecht eng ausgelegt. Die Gerichte prüfen sehr genau, ob der Ausschluss eines Angebots im Einzelfall zulässig war. Bieter sollten einen Ausschluss keinesfalls fraglos hinnehmen.

No-Spy-Erklärung ist unzulässiger Eignungsnachweis

Das Beschaffungssamt des BMI soll bei sicherheitsrelevanten Vergabeverfahren von Bietern seit Mai 2014 eine Eigenerklärung anfordern. Darin soll der jeweilige Bieter im Wesentlichen erklären, keine rechtliche Verpflichtung zur Datenweitergabe an Sicherheitsbehörden anderer Staaten zu haben. Dies betrifft vor allem US-amerikanische Unternehmen und ihre deutschen Tochtergesellschaften, auf die der „USA Patriot Act“ Anwendung findet. Denn danach sind US-Unternehmen verpflichtet, den US-Sicherheitsbehörden (FBI, NSA, CIA) Zugriff auf ihre Server zu gestatten, und zwar auch ohne richterliche Anordnung. Ein Bieter soll schon dann als unzuverlässig ausgeschlossen werden können, wenn eine solche gesetzliche Verpflichtung nachgewiesen wird. Daraufhin verlangte ein Bieter in einem seit längerem laufenden Vergabeverfahren, dass der Auftraggeber wegen der geänderten Situation erneut in die Eignungsprüfung eintritt und einen Mitbewerber ausschließt. Zu Unrecht, wie die Vergabekammer des Bundes (24.06.2014, VK 2-39/14) klarstellt.

Die Abfrage der sogenannten „No-Spy-Erklärung“ ist schon deshalb unzulässig, weil sie eine nachträgliche Aufstellung von Eignungsanforderungen darstellt. Eignungsanforderungen müssen aber bereits in der Bekanntmachung des Auftrags genannt werden (§ 22 Abs. 1 VSVgV). An die einmal festgelegten Kriterien ist der Auftraggeber gebunden.

Deshalb kommt ein Wiedereintritt in die Eignungsprüfung nicht in Betracht.

Außerdem ist die automatische Fiktion der Unzuverlässigkeit im Falle einer Nichtabgabe der Erklärung diskriminierend. Denn einem Bieter können nur Umstände zugerechnet werden, auf die er überhaupt Einfluss nehmen kann. Hat er nach dem Recht seines Ursprungslandes zwingende Verpflichtungen, wäre es unzulässig, ihm diese anzulasten und ihn deshalb per se als unzuverlässig anzusehen. Dies gilt selbst dann, wenn der Bieter infolgedessen zwangsläufig gegen die Vorgaben einer anderen Rechtsordnung – hier die Datenschutzbestimmungen der Bundesrepublik Deutschland – verstoßen muss.

Betroffenen Bietern ist zu raten, die Abfrage einer No-Spy-Erklärung als Eignungsnachweis aus den genannten Gründen als vergaberechtswidrig zu rügen. Ihnen bleibt auch nichts anderes übrig, wenn sie nicht als ungeeignet vom Vergabeverfahren ausgeschlossen werden wollen. Zwar hat die Vergabekammer angedeutet, dass entsprechende Regelungen in den Vertrag aufgenommen werden könnten anstatt sie als Eignungsnachweis zu formulieren. Da die Bedenken gegen eine Zurechnung von Gesetzen zum Bieter hier gleichermaßen greifen, bestehen aber gute Aussichten, auch gleichlautende Vertragsklauseln als diskriminierend zu rügen.

Zwingender Angebotsausschluss auch bei kleiner Abweichung von Vergabebedingungen

Selbst kleinste Abweichungen von den Vergabebedingungen führen zum Ausschluss eines Angebots vom Vergabeverfahren. Ein Bieter gab für einen Auftrag über die Lieferung von Ersatzteilen für Wehrgerät ein Angebot ab und fügte zu den angebotenen Lieferfristen den Zusatz „bei Vergabe des Auftrags im April 2014“ an. Die Vergabekammer sah darin eine Abweichung von den Vergabeunterlagen. Denn anders als vom Auftraggeber gefordert, sollten die zugesagten Liefertermine nur gelten, falls der Bieter bis spätestens April 2014 den Zuschlag erhält. Dies, obwohl schon die Binde- und Zuschlagsfrist für die Angebote laut Vergabeunterlagen bis zum 1. Juli 2014 lief. Auftraggeber haben in all diesen Fällen kein Ermessen – der Ausschluss ist gesetzlich zwingend vorgeschrieben (§ 31 Abs. 2 Nr. 4 VSVgV).



► **Dr. Daniel Soudry, LL.M.** ist Rechtsanwalt und Partner der Sozietät SOUDRY & SOUDRY Rechtsanwälte mit Standorten in Düsseldorf und Berlin. Er berät Unternehmen der Verteidigungs- und Sicherheitsindustrie bei der rechtssicheren Teilnahme an öffentlichen Ausschreibungen und in Nachprüfungsverfahren. Dr. Soudry ist Vorsitzender der Regionalgruppe Berlin-Brandenburg im Deutschen Vergabernetzwerk (DVNW). Er tritt regelmäßig als Referent auf und publiziert laufend zu vergaberechtlichen Themen.

An dieser Stelle informiert Rechtsanwalt Dr. Daniel Soudry künftig über aktuelle Entscheidungen und Gesetzesvorhaben zur Vergabe verteidigungs- und sicherheitsrelevanter Aufträge.