# §RECHTSTICKER

## Lieferfähigkeit: Zeitpunkt des Vertragsbeginns entscheidend

Der öffentliche Auftraggeber schrieb einen Auftrag über die Lieferung von Gewehren inklusive Hart- und Weichkernmunition in einem europaweiten Verhandlungsverfahren nach der Vergabeverordnung Verteidigung und Sicherheit (VSVgV) aus. Ein Bieter wehrte sich gegen die Zuschlagsentscheidung zugunsten eines Mitbewerbers. Er sei der einzige gewesen, der bereits bei der Produktpräsentation über alle Munitionssorten verfügt habe und seine Produkte nachweislich alle Anforderungen erfüllten. Deshalb hätten die anderen Bieter ausgeschlossen werden müssen. Außerdem habe die Vergabestellte die technischen Anforderungen nachträglich auf Initiative eines Bieters geändert und ihn damit benachteiligt.

Dem folgte die Vergabekammer nicht (27.10.2014, VK 1-80/14). Der Auftraggeber verlangte lediglich, dass die Bieter in einer vorgegebenen Wertungsmatrix verschiedene Angaben zu den Eigenschaften ihrer Produkte machen. Außerdem musste jeder Bieter eine Produktpräsentation beim Auftraggeber durchführen, bei der die Weichkernmunition zum Einsatz kam. Auf dieser Grundlage wurden die Angebote gewertet. Über die Hartkernmunition mussten die Bieter dagegen erst bei Vertragsschluss verfügen. Erst nach dem Vertragsschluss sollten außerdem im Rahmen einer ausführlichen „integrierten Nachweisführung" die Qualifikation und Einsatzprüfung sowie die Systemverträglichkeit Waffe/Munition untersucht werden. Demzufolge war die nachgewiesene Erfüllung aller Vorgaben zum Zeitpunkt der Angebotsabgabe gar nicht gefordert. Damit konnte zwar auch ein Produkt bezuschlagt werden, dessen Untauglichkeit sich mangels vorheriger Prüfung erst später zeigt. Dieses Vorgehen ist aber zulässig und sachgerecht, so die Vergabekammer. Schließlich gestand auch der klagende Bieter ein, dass eine vorherige ausführliche Prüfung aller angebotenen Produkte äußerst zeit- und kostenintensiv gewesen wäre.

Auch die nachträgliche Abänderung einzelner technischer Anforderungen war vergaberechtskonform. Die Änderungen wurden allen Bietern rechtzeitig vor Angebotsabgabe bekanntgegeben. Dass sie auf das Betreiben eines Bieters zurückgingen, macht keinen Unterscheid. Denn dessen vorherige Rüge war begründet. Entscheidend ist, dass durch eine Absenkung der Anforderungen der Wettbewerb nicht beschränkt wurde, sondern mehr Unternehmen als zuvor ein Angebot abgeben konnten. Einen Schutz vor mehr Wettbewerb für Bieter, die die höheren Anforderungen erfüllen, gibt es im Vergaberecht aber nicht.

## Klausel „Der Auftraggeber fordert keine fehlenden Nachweise nach" ist unzulässig

In Vergabeverfahren über Bauleistungen nach der VOB/A müssen Auftraggeber Erklärungen und Nachweise, die einem Angebot fehlen, unter Setzung einer angemessenen Frist vom betroffenen Bieter nachfordern. Bei der Vergabe verteidigungs- und sicherheitsrelevanter Aufträge ist das anders: Nach § 22 Abs. 6 VSVgV „können" Auftraggeber fehlende Erklärungen oder Unterlagen nachfordern, eine Pflicht gibt es nicht. Vielfach legen Auftraggeber bereits in der Auftragsbekanntmachung fest, dass sie von dieser Möglichkeit keinen Gebrauch machen. Dies hat zur Folge, dass Angebote, denen einzelne Erklärungen oder Nachweise fehlen, ohne weitere Prüfung ausgeschlossen werden. Die Vergabekammer des Bundes stellte nun für die VOL/A klar: Ein genereller Ausschluss der Nachforderung im Voraus ist unzulässig (05.03.2015, VK 2-13/15).

Die Begründung: Die VOL/A räumt Auftraggebern ein Ermessen („können") ein, ob sie nachfordern. Dieses Ermessen kann aber erst ausgeübt werden, wenn der Auftraggeber den vollständigen Sachverhalt kennt. Dazu gehört, welcher Bieter und wie viele Nachweise betroffen sind. Erst auf dieser Grundlage kann eine Ermessensentscheidung getroffen werden. Der pauschale Ausschluss, fehlende Unterlagen ist nicht erlaubt – ein Angebotsausschluss wäre vergaberechtswidrig. Die Entscheidung ist auf die VSVgV übertragbar.

## Vermischung von Eignungs- und Zuschlagskriterien verboten

In einem europaweiten Verhandlungsverfahren über die Beschaffung von Hubschrauberaußenlastnetzen legte der Auftraggeber als Zuschlagskriterien unter anderem die „Zuverlässigkeit und Termintreue als Bw Lieferant", das „Firmen Know-how bezüglich Netze und Hebezeug", die „Managementfähigkeit" und die „Stabilität des Unternehmens am Markt" fest. Ein Bieter griff dieses Vorgehen an – mit Erfolg (VK Bund, 17.03.2014, VK 1-12/14). Denn der Auftraggeber verstieß gegen das Gebot der Trennung von Eignungs- und Zuschlagskriterien.

Eignungskriterien sind personenbezogen und nehmen das jeweilige Unternehmen, etwa mit Blick auf Umsätze, Referenzen oder Mitarbeiterzahlen in den Blick. Zuschlagskriterien sind dagegen leistungsbezogen und beziehen sich allein auf die angebotene Leistung. Beide Kategorien dürfen nicht miteinander vermischt werden. Insbesondere dürfen Eignungskriterien bei der (leistungsbezogenen) Angebotswertung keine Rolle spielen. So war es aber hier, weshalb die Angebotswertung unzulässig war.

Fallen einem Bieter derartige Verstöße auf, ist höchste Eile geboten: Das Verbot der Vermischung von Eignungs- und Zuschlagskriterien ist mittlerweile allgemein bekannt. Einige Gerichte verlangen von Bietern deshalb, dass sie Verstöße dagegen auch ohne anwaltliche Hilfe erkennen und unverzüglich rügen. Die neue Richtlinie 2014/24/EU hebt zwar die strikte Trennung von Eignungs- und Zuschlagskriterien auf. Für vergabe- und sicherheitsrelevante Aufträge gilt das aber nicht, denn sie sind von der Vergaberechtsreform ausgenommen.

▶ **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 Vergabenetzwerk (DVNW). Er tritt regelmäßig als Referent auf und publiziert laufend zu vergaberechtlichen Themen.

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