

Bundesregierung verständigt sich auf Schlüsseltechnologien

Im Juli 2015 hat die Bundesregierung das Strategiepapier „Stärkung der Verteidigungsindustrie in Deutschland“ veröffentlicht. Der 10-Punkte-Plan bekennt sich unter anderem zu sogenannten „nationalen verteidigungsindustriellen Schlüsseltechnologien“. Hierzu zählen etwa Verschlüsselungstechnik, Aufklärungssensorik, gepanzerte Fahrzeuge und U-Boote. Ihre Verfügbarkeit soll aufgrund nationaler Sicherheitsinteressen gewährleistet werden. Ein Mittel zur Förderung bzw. Erhaltung dieser Schlüsseltechnologien: die Auftragsvergabe durch das BMVg. Die Vergabe von Aufträgen ohne wettbewerbliches Verfahren ist aber auch bei Schlüsseltechnologien nur im Ausnahmefall erlaubt.

Angebotsformular fehlt – Ausschluss trotzdem rechtswidrig!

Auftraggeber fordern Bieter regelmäßig auf, ihrem Angebot ein unterschriebenes Angebotsformular beizufügen. Darin wird auf das Angebot Bezug genommen und dieses verbindlich abgegeben. Das OLG Düsseldorf (1.10.2014, VII-Verg 14/14) hat nun klargestellt: Selbst wenn ein Angebotsformular ganz fehlt, ist das Angebot nicht zwingend vom Vergabeverfahren auszuschließen. Fügt ein Bieter seinem Angebot beispielsweise ein eigenes unterschriebenes Anschreiben bei, in dem er sich auf das beigefügte Angebot bezieht, ist dieses auch ohne das Angebotsformular wirksam abgegeben.

Zwar enthalten Angebotsformulare des BAAINBw häufig den zusätzlichen Hinweis, dass bestimmte Vertragsbedingungen anerkannt werden. Diese Erklärungen fehlen bei einem selbst verfassten Anschreiben. Trotzdem darf das Angebot deshalb nicht zwingend ausgeschlossen werden. Vielmehr muss der Auftraggeber dann prüfen, ob er von der Möglichkeit, fehlende Erklärungen und Nachweise nachzufordern, Gebrauch machen will. Dass der generelle Ausschluss einer Nachforderung im Voraus unzulässig ist, wurde erst kürzlich von der VK Bund entschieden (5.3.2015, VK 2-13/15, ES & T August 2015, S. 65).

Fazit: Auch wenn nach Ansicht des Auftraggebers alles auf einen zwingenden Angebotsausschluss hindeutet, sollten Bieter diesen nicht vorschnell akzeptieren.

Verzicht auf Losaufteilung muss konkret begründet werden

Auftraggeber dürfen mit entsprechender Begründung davon absehen, einen Auftrag in mehrere Lose aufzuteilen. Das OLG München (09.04.2015, Verg 1/15) stellt jedoch klar: Umstände, die typischerweise mit jeder losweisen Ausschreibung verbunden sind, reichen nicht aus. Denn die Losvergabe ist die gesetzliche Regel, für Ausnahmen muss es besondere Gründe geben.

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

Die Entlastung des Auftraggebers von der Koordinierung, der Vorzug, nur einen Vertragspartner zu haben oder die einfachere Durchsetzung von Gewährleistungsansprüchen (Schnittstellenrisiken!) sind zwar allesamt nachvollziehbar. Diese Überlegungen treffen aber auf viele Aufträge zu. Würden sie genügen, um eine Gesamtvergabe zu begründen, könnte die Losvergabe praktisch immer ausgehebelt werden. Deshalb muss es Gründe geben, die über die typischen Risiken einer losweisen Ausschreibung verbunden sind. Das OLG Düsseldorf hat in einer früheren Entscheidung genauso entschieden (25.04.2012, VII-Verg 100/11).

Ausschluss vorbefasster Bieter vom späteren Vergabeverfahren

Häufig beraten Unternehmen einen Auftraggeber bereits im Vorfeld eines Vergabeverfahrens. Hilfe bieten sie etwa bei der Bedarfsanalyse, der Ermittlung möglicher Lösungen oder der Ausarbeitung technischer Unterlagen. Nimmt ein solches Unternehmen auch am späteren Vergabeverfahren über die Ausführung der Leistungen als Bieter teil, besteht die Gefahr einer Wettbewerbsverfälschung. Denn aus seiner früheren Tätigkeit hat es häufig vertiefte Kenntnisse von Interna des Auftraggebers und damit einen Vorsprung gegenüber Mitbewerbern.

Der Vergabesenat des Kammergerichts (27.01.2015, Verg 9/14) hat nun klargestellt: Ein Unternehmen kann auch dann vorbefasst sein, wenn es den Auftraggeber ohne vertragliche Grundlage beraten oder unterstützt hat. Selbst wenn sich dieses Unternehmen als Nachunternehmer eines Bieters an der Ausschreibung beteiligt, ist der Wettbewerb beeinträchtigt. Die Folge: Der Auftraggeber muss bestehende Wettbewerbsvorteile und Informationsdefizite ausgleichen. Ist das nicht möglich, muss er das vorbefasste Unternehmen notfalls sogar vom Vergabeverfahren ausschließen. Für die Beteiligung der Industrie in Integrierten Projektteams (IPT) hat das BMVg einen eigenen Leitfaden erstellt, der Vorgaben für die korrekte Einbindung einzelner Unternehmen enthält.



► **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 Sicherheitswirtschaft bei der rechtssicheren Teilnahme an öffentlichen Ausschreibungen und in Nachprüfungsverfahren. Herr Dr. Soudry ist Vorsitzender der Regionalgruppe Berlin-Brandenburg im Deutschen Vergabernetzwerk (DVNW). Er tritt regelmäßig als Referent auf und publiziert laufend zu vergaberechtlichen Themen.