

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

Verhandlungsverfahren wegen Dringlichkeit nur ausnahmsweise erlaubt

Das OLG Düsseldorf (13.4.2016, VII-Verg 46/15) hat nochmals klargestellt, dass sehr hohe Anforderungen erfüllt sein müssen, damit ein öffentlicher Auftraggeber einen Auftrag im Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb vergeben darf. In dieser Verfahrensart gibt es keinen öffentlichen Aufruf zur Teilnahme. Der Auftraggeber spricht gezielt wenige Unternehmen an, mit denen er in Verhandlungen tritt. In seltenen Fällen darf er sogar mit nur einem einzigen Unternehmen verhandeln. Zum Beispiel dann, wenn ein ordnungsgemäßes Verfahren aus dringlichen Gründen nicht möglich ist. Darauf berief sich der Auftraggeber. Ein Mitbewerber des Auftragnehmers stellte einen Nachprüfungsantrag – und bekam Recht. Der Vergabesenat stellte klar: Die Voraussetzungen für die Verfahrenswahl sind hoch und der Auftraggeber muss sie im Streitfall beweisen. Verbleibende Zweifel gehen zu seinen Lasten.

Was war geschehen? Der Auftraggeber benötigte sondergeschützte Fahrzeuge für den Personentransport im Ausland. Mit dem Verweis auf die Dringlichkeit und bestehende Krisen in den Bestimmungsländern sah er von der Einhaltung der vorgeschriebenen Fristen ab und vergab den Auftrag unmittelbar an ein Unternehmen. Dem Vergabesenat war die Begründung des Auftraggebers zum Vorliegen der Ausnahmegründe nicht stichhaltig genug. Außerdem betonte er, dass eine irgendwie geartete Dringlichkeit nicht ausreicht. Diese muss ihre Ursache gerade in der Krise haben. Selbst wenn dies so ist, muss der Auftraggeber noch darlegen, weshalb nicht einmal die stark verkürzten Fristen eines beschleunigten Verfahrens eingehalten werden können. Erst wenn auch das glaubhaft gemacht ist, darf der Auftrag ausnahmsweise unmittelbar an ein Unternehmen vergeben werden. Dies gelang nicht. Die Rechtsfolge: Der Vergabesenat hat die geschlossenen Verträge für unwirksam erklärt.

Ausschluss vorbefasster Unternehmen ist letztes Mittel

Häufig bedienen sich öffentliche Auftraggeber bei der Definition ihres Beschaffungsbedarfs oder der Konzeption des Vergabeverfahrens der Hilfe privater Unternehmer. So kann deren Expertise nutzbar gemacht und eine an den Marktbesonderheiten orientierte Ausschreibung durchgeführt werden. Problematisch wird es, wenn sich ein solches Unternehmen auch um den späteren Auftrag bewirbt.

Durch die Beratung des Auftraggebers im Vorfeld der Ausschreibung kann der Wettbewerb verzerrt werden. Denn das vorbefasste Unternehmen kann die Anforderungen des Auftraggebers häufig besser beurteilen und sein Angebot deshalb leichter an die Bedürfnisse des Auftraggebers anpassen als andere, vorher unbeteiligte Bieter. Zudem besteht die Gefahr, dass das vorbefasste Unternehmen den Gegenstand und die Bedingungen des Auftrags mit Rücksicht auf seine eigene spätere Bieterstellung beeinflusst.

Dennoch stellt das OLG Celle (14.4.2016, 13 Verg 11/15) klar, dass ein Ausschluss des vorbefassten Unternehmens vom späteren Vergabeverfahren das letzte Mittel ist. Zuvor muss der Auftraggeber alle möglichen Anstrengungen unternehmen, um bestehende Wettbe-

werbsvorteile auszugleichen. So kann er den Mitbewerbern Besprechungsprotokolle oder Unterlagen aus den Beratungsgesprächen mit dem vorbefassten Bieter überlassen und die Frist für die Angebotsabgabe angemessen verlängern. Ist eine Wettbewerbsverfälschung aber auch dann nicht ausschließbar und kann sie auch durch das vorbefasste Unternehmen nicht sicher ausgeräumt werden, muss es vom weiteren Vergabeverfahren ausgeschlossen werden.

Auftraggeber darf Leistungsort frei bestimmen

Auftraggeber sind grundsätzlich frei in der Festlegung des Beschaffungsgegenstands. Hierzu gehört auch die Bestimmung des Orts, an dem der Auftragnehmer die Leistung erbringen muss. Schon diese Festlegung kann dazu führen, dass potenziell leistungsfähige Unternehmen faktisch ausgeschlossen werden, weil sie nicht vor Ort ansässig sind und die Kosten für Transport oder Anfahrt nicht kompensieren können. Diese Folge ist hinzunehmen, einen Wettbewerb „um jeden Preis“ fordert das Vergaberecht nicht. Die Ortsbestimmung darf aber nicht bewusst diskriminierend sein (OLG Koblenz, 20.4.2016, Verg 1/16).

Konsultationen zur Richtlinie 2009/81/EG

Die Richtlinie 2009/81/EG für die Vergabe verteidigungs- und sicherheitsspezifischer Aufträge sieht vor, dass die EU-Kommission bis zum 21.08.2016 einen Umsetzungsbericht vorlegt. Darin bewertet die EU-Kommission, ob die Ziele eines funktionierenden Binnenmarkts, des Aufbaus eines europäischen Markts für Verteidigungsgüter und die Schaffung einer europäischen rüstungstechnologischen und -industriellen Basis erreicht wurden. Am 08.04.2016 hat sie öffentlich zur Teilnahme an den Konsultationen aufgerufen. Auftraggeber, Bieter und Auftragnehmer sowie interessierte Kreise sind eingeladen, ihre Anwendungserfahrungen mit der Richtlinie mitzuteilen und Verbesserungsvorschläge zu machen. Der Umsetzungsbericht darf mit dem Vorschlag einer Richtlinienüberarbeitung verbunden werden. Angesichts der umfassenden Änderungen des Vergaberechts für zivile Beschaffungen, die zum 18.04.2016 in Kraft traten, sind auch hier Anpassungen zu erwarten.



► **Dr. Daniel Soudry, LL.M.** ist Rechtsanwalt und Partner der Sozietät SOUDRY & SOUDRY Rechtsanwälte, Berlin. Er berät Unternehmen der Verteidigungs- und Sicherheitswirtschaft bei der rechtssicheren Teilnahme an öffentlichen Ausschreibungen und in Nachprüfungsverfahren. Dr. Soudry tritt regelmäßig als Referent auf und publiziert laufend zu vergaberechtlichen Themen. SOUDRY & SOUDRY-Rechtsanwälte werden von Who's Who Legal und JUVE als Kanzlei für Vergaberecht empfohlen.