

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

## **Änderung der Vergabeunterlagen: Zwingender Angebotsausschluss**

Es kann nicht oft genug wiederholt werden: Wenn öffentliche Auftraggeber verbindliche Bedingungen vorgeben, dürfen Bieter hiervon nicht abweichen. Das macht Sinn, denn anderenfalls kann der Auftraggeber die eingehenden Angebote nicht miteinander vergleichen, eine transparente Wertung ist nicht möglich. Häufig meint es der Bieter sogar gut und fügt Ergänzungen ein, wo ihm die Vergabeunterlagen unklar erscheinen. Gibt er den Regelungen damit einen anderen Sinn als es der Auftraggeber wollte, ist das Angebot zwingend auszuschließen. Ein Ermessen hat der Auftraggeber dann nicht (OLG Naumburg, 12.9.2016, 7 Verg 5/15). Eine Ausnahme gilt nur, wenn die Vergabeunterlagen aus Sicht eines verständigen Bieters unklar waren. Denn der Auftraggeber muss zweifelsfrei festlegen, was er von den Bietern verlangt. Sicherer als die eigenmächtige Ergänzung der Vergabeunterlagen ist in diesen Fällen das Stellen einer Bieterfrage, die der Auftraggeber zur Klarstellung beantworten kann.

## **Vergaberecht bewusst umgangen – Vertrag nichtig**

Schließen ein öffentlicher Auftraggeber und ein Unternehmen einen Vertrag, bei dem sie das Vergaberecht gezielt umgehen, ist dieser Vertrag nach § 138 Abs. 1 BGB nichtig (OLG Saarbrücken, 17.8.2016, 1 U 159/14). Das Vergaberecht dient der Korruptionsprävention. Es soll einen freien Marktzugang ermöglichen und den Wettbewerb sichern. Angesichts dieser wichtigen Ziele ist es sittenwidrig, wenn die öffentliche Hand und private Unternehmen das Vergaberecht gemeinsam umgehen. Dafür reicht es schon aus, dass sich die Beteiligten bewusst oder grob fahrlässig der Kenntnis verschließen, dass ihr Handeln rechtswidrig ist. Die gesetzliche Ausschlussfrist von sechs Monaten für eine Beanstandung gilt dann ebenfalls nicht. Ein so geschlossener Vertrag kann auch noch später angegriffen werden.

## **Neues Vergaberecht: Vergabe nur nach Preis bleibt zulässig**

Öffentliche Auftraggeber haben die Wahl: Entweder vergeben sie einen Auftrag nach preislichen und qualitativen Kriterien, oder sie bewerten Angebote ausschließlich nach dem günstigsten Preis. Daran hat sich auch nach dem neuen Vergaberecht nichts geändert (VK Bund, 29.9.2016, VK 2-93/16). Eine reine Preiswertung bietet sich regelmäßig bei standardisierten Leistungen oder Produkten „von der Stange“ an. Sie ist aber selbst dann erlaubt, wenn Auftraggeber eine Leistung funktional ausschreiben, sodass typischerweise auch die Art und Weise der Beschaffung im Vordergrund steht. Das gilt zumindest dann, wenn zu erwarten ist, dass die eingehenden Angebote so ähnlich sind, dass sie allein anhand des Preises verlässlich miteinander verglichen werden können.

## **Vergleichsverträge unterliegen dem Vergaberecht**

Der EuGH hat eine seit Langem umstrittene Frage entschieden: Wird ein korrekt ausgeschriebener Auftrag in wesentlichen Punkten geändert, führt dies dazu, dass der gesamte Auftrag erneut ausgeschrieben werden muss. Dies gilt nach dem neuen Urteil (7.9.2016, Rs. C-549/14) auch für einen Vergleichsvertrag, den der Auftraggeber mit dem Auftragnehmer schließt, um bestehende Streitigkeiten beizulegen. Solche Verträge können naturgemäß nur zwischen den beiden betroffenen Vertragspartnern geschlossen werden. Das ließ der EuGH aber nicht gelten. Entscheidend ist, dass die Grundsätze der Transparenz und der Gleichbehandlung anderer am Auftrag interessierter Unternehmen verletzt sind, wenn ein Auftrag nach dem Zuschlag in wesentlichen Punkten inhaltlich abgeändert wird. Einvernehmliche Einigungen mit öffentlichen Auftraggebern werden damit künftig schwieriger.

## **Verlängerung der Vorinformationsfrist nur gegenüber allen Bietern möglich**

Der Fall ist klassisch: Zum Schluss des Vergabeverfahrens versendet der öffentliche Auftraggeber die Vorinformationsschreiben an die unterlegenen Bieter. Daraufhin erhebt ein Bieter eine Rüge gegen die mitgeteilte Vergabeentscheidung. Nun stehen die Beteiligten unter Zeitdruck. Der Auftraggeber muss kurzfristig über die Rüge entscheiden, der Bieter eiligst einen Nachprüfungsantrag einreichen. Anderenfalls darf der Vertrag nach Ablauf von zehn Tagen geschlossen werden. Häufig verpflichten sich Auftraggeber in dieser Situation gegenüber rügenden Bietern, die Vorinformationsfrist zu verlängern, bis die Vorwürfe geklärt sind. Ein Nachprüfungsantrag kann so erst einmal abgewendet werden. Das OLG Düsseldorf (5.10.2016, VII-Verg 24/16) hat nun entschieden: Eine solche Verlängerung der Vorinformationsfrist ist nur wirksam, wenn sie gegenüber allen Bietern erklärt wird. Aus Bietersicht ist das problematisch. Denn sie können nicht wissen, ob der Auftraggeber alle Bieter über eine Fristverlängerung informiert hat. Ist das nicht der Fall, könnte der Auftraggeber trotz der Zusage gegenüber dem rügenden Bieter den Zuschlag an seinen Mitbewerber erteilen. Denkbar wären dann noch Schadensersatzansprüche, auf die Wirksamkeit des Vertragsschlusses hätten diese aber keine Auswirkungen mehr.



► **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.