



## Neue Fälle und Urteile

### Privatschulen sind öffentliche Auftraggeber

Nach einer aktuellen Entscheidung der Vergabekammer Westfalen (Beschluss vom 21.09.2016, VK 1-30/16) sind Privatschulen, die als eingetragene Vereine im Sinne des BGB gegründet wurden, öffentliche Auftraggeber gemäß § 98 Nr. 2 GWB. Denn sie werden jedenfalls in aller Regel zu dem besonderen Zweck gegründet, im Allgemeininteresse liegende Aufgaben wahrzunehmen, werden überwiegend von öffentlichen Stellen finanziert und unterstehen deren Aufsicht. Die Folge: Auch Privatschulen müssen beim Abschluss von Reinigungsaufträgen das Vergaberecht beachten.

### 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.

**Ergonomie Markt**

Die Fachzeitschrift für den Arbeitsschutzhandel und Top-Entscheider aus der Industrie, der Wirtschaft und Verwaltung.



Dr. Daniel Soudry, LL.M. ist Fachanwalt für Vergaberecht und Partner der Sozietät SOUDRY & SOUDRY Rechtsanwälte (Berlin). Er berät Unternehmen und öffentliche Auftraggeber bei Ausschreibungen und in vergaberechtlichen Nachprüfungsverfahren. Herr 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 renommierte Kanzlei für Vergaberecht empfohlen.



### Fehlende Zuverlässigkeitsprognose rechtfertigt Ausschluss

Die Angebote unzuverlässiger Bieter dürfen vom Vergabeverfahren ausgeschlossen werden. Ausschlaggebend ist, ob bei einer Gesamtabwägung die positiven oder die negativen Erfahrungen mit dem Bieter überwiegen. Zum Ausschluss wegen Unzuverlässigkeit bedarf es einer dokumentierten negativen Prognose des Auftraggebers, wonach die in der Vergangenheit festgestellte mangelhafte Leistung für den zu vergebenden Auftrag erhebliche Zweifel an der Zuverlässigkeit der Antragstellerin begründen (VK Sachsen-Anhalt, 28.07.2016, 3 VK LSA 20/16). Liegen diese Voraussetzungen vor, haben Bieter erfahrungsgemäß nur geringe Erfolgchancen, wenn sie sich gegen den Ausschluss wehren.

### Aufträge in Grenznähe auch unterhalb Schwellenwert EU-weit auszuschreiben

Die Pflicht, öffentliche Aufträge europaweit auszuschreiben, gilt grundsätzlich erst, wenn der geschätzte Auftragswert den Schwellenwert erreicht. Für Dienstleistungen liegt er derzeit bei 209.000 Euro (netto). Der EuGH (6.10.2016, Rs. C-318/15) stellt nochmals klar: Anders kann das sein, wenn ein Auftrag aufgrund besonderer Umstände auch für Bieter aus anderen Ländern von Interesse ist. Das ist etwa der Fall, wenn der Auftragswert knapp unter dem Schwellenwert bleibt und der Aufträge in unmittelbarer Grenznähe zu einem Nachbarland erbracht werden soll, etwa in Kehl, Aachen oder Konstanz).

### Änderung der Vergabeunterlagen: Zwingender Angebotsausschluss

Es kann nicht oft genug wiederholt werden: Wenn öffentliche Auftraggeber feste 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, 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 Vergabeunterlage 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.



### Thüringen: Preisabweichung von mehr als 10 % verpflichtet zur Aufklärung

Vergabekammer und -senate lehnen feste Aufgreifschwelle, ab denen Auftraggeber Angebote als ungewöhnlich niedrig aufklären müssen, grundsätzlich ab. Allerdings enthalten die Landesvergabegesetze teilweise strengere Regelungen. Nach § 14 Abs. 2 S. 1 des Thüringer Vergabegesetzes muss ein Auftraggeber ein Angebot zwingend aufklären, wenn es um mehr als zehn Prozent vom preislich nächstplatzierten Angebot abweicht. Kann der Bieter den niedrigen Preis nicht erklären, ist das Angebot auszuschließen, wie die VK Thüringen bekräftigt (26.09.2016, 250-4002-6249/2016-N-074-EF). Eine vergleichbare Regelung enthält § 14 Abs. 2 des Landesvergabegesetzes Sachsen-Anhalt.