

## OLG Düsseldorf: Auftraggeber dürfen „No-Spy“-Garantien fordern

Das BSI schrieb in einem europaweiten Verhandlungsverfahren mit Teilnahmewettbewerb nach der Vergabeordnung Verteidigung und Sicherheit (VSVgV) eine Rahmenvereinbarung über Virenschutzsoftware für die Bundesverwaltung aus. Von den Bietern verlangte das BSI, dass sie eine Software anbieten, die keinen Auskunfts- oder Zugriffsrechten ausländischer Nachrichtendienste unterliegt. Solche Zugriffsrechte haben beispielsweise die US-amerikanischen Dienste FBI, NSA und CIA nach dem USA Patriot Act.

Das OLG Düsseldorf (21.10.2015, VII-Verg 28/14) bestätigte nun die bisherige Linie der Vergabegerichte. Danach darf die Abgabe einer Garantie zwar nicht als Eignungsanforderung vorgegeben werden. Einem Bieter dürfen nämlich nur Umstände zugerechnet werden, auf die er überhaupt Einfluss nehmen kann. Bei Verpflichtungen, die sich aus der Rechtsordnung seines Ursprungslandes ergeben und denen er sich nicht entziehen kann, ist das nicht der Fall. Allein weil er die geforderte Garantie nicht abgeben kann, darf ein Bieter deshalb nicht für unzuverlässig erklärt werden. Dies gilt selbst dann, wenn der Bieter infolgedessen zwangsläufig gegen die Vorgaben einer anderen Rechtsordnung – hier die Datenschutzgesetze der Bundesrepublik Deutschland – verstoßen muss. Allerdings darf die Sicherheitsgarantie als besondere Anforderung an die Auftragsausführung vorgeschrieben werden. Der wesentliche Unterschied zu Eignungskriterien ist, dass es sich um eine Vertragsbedingung handelt. Wer ihre Einhaltung nicht zusichern kann, ist zwar nicht ungeeignet, kommt für die Ausführung aber trotzdem nicht infrage.

Kritiker bemängeln, dass Unternehmen aus anderen Mitgliedstaaten diskriminiert würden, wenn sie wegen der dortigen Rechtslage keine Sicherheitsgarantie abgeben können (vgl. ES&T März 2015, S. 89). Der Vergabesenat stellt hierzu klar: Öffentliche Auftraggeber sind nicht verpflichtet, Ausschreibungen so zuzuschneiden, dass sie – auch unter den Bedingungen des jeweiligen Rechts im Herkunftsland des Bieters – zum Unternehmens- und Geschäftskonzept jedes potenziellen Bieters passen. Außerdem gilt die Sicherheitsanforderung für alle Bieter und ungeachtet ihrer Herkunft. Eine gezielte Diskriminierung bestimmter Bieter scheidet deshalb aus.

### Auftraggeber müssen offenkundige Angebotsfehler aufklären

Auftraggeber dürfen unklare Angebotsinhalte aufklären, solange dies nicht zu einer Nachverhandlung der Angebotsinhalte führt. Der Berliner Vergabesenat stellt nun klar: Das „Dürfen“ kann zu einem „Müssen“ werden, wenn das Angebot eines Bieters oder von ihm eingereichte Vordrucke offensichtliche Eintragungsfehler enthalten (07.08.2015, Verg 1/15). Dann muss der Auftraggeber einen Hinweis erteilen und dem Bieter die Möglichkeit geben, den klar

erkennbaren Fehler innerhalb angemessener Frist zu korrigieren. Der Vergabesenat geht aber noch einen Schritt weiter: Bei offensichtlichen Eintragungsfehlern darf der öffentliche Auftraggeber, soweit das möglich ist, die notwendigen Berichtigungen sogar selbst vornehmen. Sinn des Vergabeverfahrens ist nämlich auch, das wirtschaftlich günstigste Angebot zu wählen und ein solches nicht an formalistischen Gesichtspunkten scheitern zu lassen. Angebotsausschlüssen aufgrund kleinster Formfehler erteilt das Gericht damit eine Absage.

### Keine Aufhebung wegen schlechter Leistungsbeschreibung

Die Voraussetzungen, unter denen ein Auftraggeber sein Vergabeverfahren aufheben darf, sind im Gesetz abschließend geregelt. Zwar kann ein Bieter den Auftraggeber nicht hindern, die Ausschreibung aufzuheben. Ein Abschluss des Verfahrens durch Zuschlag kann nicht verlangt werden. Greift kein Aufhebungsgrund nach § 37 Abs. 1 VSVgV ein, kann der öffentliche Auftraggeber aber zum Schadensersatz verpflichtet sein.

Das OLG Frankfurt hat nochmals darauf hingewiesen, dass ein Fehlverhalten der Vergabestelle in der Regel nicht für eine Aufhebung genügt (04.08.2015, 11 Verg 4/15). Im entschiedenen Fall war die Leistungsbeschreibung nicht eindeutig und musste grundlegend überarbeitet werden. Für eine rechtmäßige Aufhebung reichte das nicht aus. Denn die Vergabestelle ist für die sorgfältige Erstellung der Vergabeunterlagen verantwortlich. Dasselbe gilt für die Begründung, die Aufhebung sei nötig geworden, weil ein Mitarbeiter des Auftraggebers enge wirtschaftliche und fachliche Verbindungen zu einem Bieter unterhielt. Er sei irrtümlich nicht von der Mitwirkung ausgeschlossen worden. Auch dieser Fehler ist von der Vergabestelle zu vertreten, eine Aufhebung kann damit nicht begründet werden, so der Vergabesenat. Erlaubt und geboten ist in derartigen Fällen eine Zurückversetzung des Vergabeverfahrens zur Heilung des Verstoßes.



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