§RECHTSTICKER

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

Kalkulationsfehler im Angebot – Auftraggeber kann keine Ausführung verlangen

Ein Bieter, dessen Angebot auf dem ersten Rang lag, erkannte, dass ihm ein Kalkulationsfehler unterlaufen war. Die Differenz: 75.000 Euro netto. Noch vor dem Zuschlag wies er den Auftraggeber wiederholt auf den Fehler hin. Der Auftraggeber blieb hart und erteilte dennoch den Zuschlag auf das fehlerhaft kalkulierte Angebot. Nachdem sich der Auftragnehmer weigerte zu leisten, verklagte ihn der Auftraggeber – ohne Erfolg.

Das OLG Brandenburg (17.03.2016, 12 U 76/15) stellt zwar klar, dass der Kalkulationsirrtum allein den Zuschlag nicht unwirksam macht. Auch kann sich der Auftragnehmer nicht durch Kündigung, Rücktritt oder Anfechtung aus dem Vertrag lösen. Der Auftraggeber darf aber trotzdem keine Vertragserfüllung verlangen, wenn er den Zuschlag in Kenntnis des Irrtums und damit gewissermaßen bösgläubig erteilte. Das gilt jedenfalls bei ganz erheblichen Kalkulationsirrtümern. Bei einem Fehlbetrag von 75.000 Euro netto ist das nach Ansicht des OLG Brandenburg der Fall.

Anders verhält es sich bei kleineren Kalkulationsirrtümern. Hierzu stellte das OLG Brandenburg vor einiger Zeit klar: Unterläuft einem Bieter bei der Angebotskalkulation ein Fehler und erhält das deshalb zu günstige Angebot den Zuschlag, kann der Bieter keinen Schadensersatz vom Auftraggeber verlangen (25.11.2015, 4 U 7/14). Das Verbot, ein ungewöhnlich niedriges Angebot zu beauftragen, schützt nur den Auftraggeber und nicht den betreffenden Bieter. Der Auftragnehmer muss deshalb wohl oder übel zu Dumping-Preisen leisten.

Entscheidung über Akteneinsicht durch Mitbewerber ist anfechtbar

Die Situation ist fast klassisch: Ein Bieter wehrt sich gegen die beabsichtigte Auftragsvergabe an seinen Mitbewerber. Im Vergabenachprüfungsverfahren beantragt er Akteneinsicht in die Vergabeakten. Zu diesen gehört auch das Angebot des Konkurrenten, das nicht selten Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse enthält. Soll die Akteneinsicht gewährt werden, kann der Mitbewerber den betreffenden Beschluss anfechten. Das OLG München (28.4.2016, Verg 3/16) stellt aber klar, dass er die Gründe für die Geheimhaltungsbedürftigkeit konkret darlegen muss. Auf dieser Grundlage wägt das Gericht die widerstreitenden Interessen ab. Anstelle einer vollständigen Versagung der Akteneinsicht kann das Gericht auch nur einzelne Passagen aus dem Angebot des Mitbewerbers schwärzen.

Kein Angebotsausschluss bei unklaren Anforderungen

Das Angebot eines Bieters darf nur vom Vergabeverfahren ausgeschlossen werden, wenn die Anforderungen, die der Auftraggeber an die Bieter stellt, für diese klar verständlich waren (EuGH, 02.06.2016, Rs. C-27/15). In dem entschiedenen Fall mussten Bieter die Zahlung eines bestimmten Beitrags nachweisen. Dies ging jedoch weder aus den Vergabeunterlagen noch aus gesetzlichen Regelungen hervor. Die Bieter mussten vielmehr die Verwaltungspraxis und die Rechtsprechung kennen, um zu erkennen, dass die Beitragszahlung auch in ihrem Fall fällig war.

Das ging dem EuGH zu weit: Von Bietern, insbesondere aus dem EU-Ausland, kann nicht verlangt werden, derart vertiefte Kenntnisse des jeweiligen nationalen Rechts zu haben. Will ein Auftraggeber entsprechende Regeln aufstellen, müssen sich diese unmittelbar und eindeutig aus den Vergabeunterlagen selbst ergeben. Der Auftraggeber kann dem säumigen Bieter allerdings eine Frist zur Nachreichung bestimmter Nachweise geben, wenn die Vergabeunterlagen missverständlich waren. Werden die Nachweise dann nicht fristgerecht nachgereicht, ist ein Ausschluss trotzdem möglich.

EU novelliert Anti-Folter-Verordnung

Die EU hat sich auf eine Novelle der Anti-Folter-Verordnung (VO (EG) Nr. 1236/2005) verständigt. Die bereits aus dem Jahr 2005 stammende Verordnung verbietet den Handel mit Gütern, die ausschließlich für Folter oder zur Vollstreckung von Todesurteilen eingesetzt werden. Für die Ausfuhr von Sicherheitsgütern (Teaser, Pfefferspray, Schlagstöcke) ist eine Ausfuhrgenehmigung einzuholen.

Neu ist, dass die Liste der betroffenen Produkte künftig im Dringlichkeitsverfahren ergänzt werden kann. Bestehen aktuelle Erkenntnisse darüber, dass Produkte zur Folter eingesetzt werden sollen, können sie von der EU-Kommission im Eilverfahren auf die Liste gesetzt werden. Weitere Änderung: Die Liste enthält erstmals auch sogenannte „Dual-Use"-Produkte aus dem Pharmabereich. Das sind Medikamente, die sowohl medizinisch als auch missbräuchlich verwendet werden können, etwa Narkosemittel. In Zukunft wird auch die Werbung für solche Produkte verboten sein.

Da sich Rat und Parlament bereits im Vorfeld auf den Inhalt der Überarbeitung verständigt haben, steht dem für 2017 geplanten Inkrafttreten praktisch nichts mehr im Weg.

▶ **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. 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 Kanzlei für Vergaberecht empfohlen.