



Ausschluss vorbefasster Unternehmen ist letztes Mittel

Häufig bedienen sich öffentliche Auftraggeber bei der Ermittlung 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 Gegen-

stand 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 Wettbewerbsvorteile auszugleichen. So kann er den Mit-

bewerbern 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 abschließbar und kann sie auch durch das vorbefasste Unternehmen nicht sicher ausgeräumt werden, muss es vom weiteren Vergabeverfahren ausgeschlossen werden.

Auftraggeber darf Leistungs-ort 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



Dr. Daniel Soudry, LL.M. ist Rechtsanwalt und Partner der Sozietät Soudry & Soudry Rechtsanwälte. Er berät Unternehmen und öffentliche Auftraggeber bei Ausschreibungen und in vergaberechtlichen 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.

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). Bei Reinigungsleistungen ist dies in aller Regel ausgeschlossen. Denn der Leistungsort ergibt sich aus dem Gebäudestandort. Für andere Leistungen wie Wäscherei- oder Abrechnungs- und Managementdienstleistungen, die nicht zwingend vor Ort ausgeführt werden müssen, kann dies im Einzelfall anders sein.

Angebotsausschluss nur bei Abweichung von klaren Vorgaben

Angebote, in denen Bieter von den Vergabeunterlagen abweichen, müssen zwingend ausgeschlossen werden. Wie bedeutend die Abweichung ist, ist dafür nicht entscheidend. Anders können Auftraggeber nicht sicherstellen, dass die eingehenden Angebote miteinander vergleichbar sind und dass sie später die Leistung bekommen, die sie bestellt haben.

Das OLG Karlsruhe (29.4.2016, 15 Verg 1/16) stellt klar, dass ein Ausschluss aber nur dann erlaubt ist, wenn die Vorgaben, von denen das Angebot abweicht, für Bieter klar und eindeutig waren. Wie die Vergabeunterlagen zu verstehen sind, wird dabei nicht aus Sicht des betroffenen Bieters, sondern

aus dem Blickwinkel eines durchschnittlichen branchenangehörigen Unternehmens bewertet. Verstöße gegen interpretierbare, missverständliche oder mehrdeutige Angaben in den Vergabeunterlagen reichen dafür nicht aus. Verbleibende Zweifel gehen zu Lasten des Auftraggebers.

Ausschluss wegen Unzuverlässigkeit: Frühere Erfahrungen mitentscheidend

Einen weiteren Fall des Angebotsausschlusses hatte das OLG Düsseldorf (17.2.2016, VII-Verg 41/15) zu entscheiden. Hier sollte ein Bieter wegen Unzuverlässigkeit vom Vergabeverfahren ausgeschlossen werden. Der Vergabesenat entschied, dass sich Auftraggeber bei der Prüfung der Zuverlässigkeit nicht auf das Verhalten des Bieters in der laufenden Ausschreibung beschränken müssen. Sie dürfen auch auf ihre bisherigen Erfahrungen mit dem Bieter zurückgreifen. Das gilt insbesondere in Bezug auf vertragliche Verfehlungen und erst recht, wenn der damalige und der jetzige Auftrag weitgehend identisch sind. Entscheidend ist, inwieweit die bisherigen Erfahrungen mit dem Unternehmen die Aussage rechtfertigen, er werde die künftigen Leistungen reibungslos erbringen. Frühere Vertragsverletzungen, die Anlass zu der Sorge geben, dass auch der künftige Auftrag nicht reibungslos durchgeführt würde, reichen aus, um von einer Unzuverlässigkeit auszugehen.

