§RECHTSTICKER

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

Auftraggeber muss Vorteil aus früherem Auftrag nicht ausgleichen

Hat ein Unternehmen einen wirtschaftlichen Wettbewerbsvorteil, weil es schon einmal einen ähnlichen Auftrag ausgeführt hat, darf der öffentliche Auftraggeber einem anderen Bieter keinen Vorteilsausgleich (bspw. Anschubkosten) gewähren. Andernfalls verstößt er gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz und verzerrt den Wettbewerb. Denn ein Vorteilsausgleich würde bestimmte Unternehmen zum Zwecke eines besseren Markteintritts bevorzugen. Letztlich unterliefe der öffentliche Auftraggeber somit die übliche vertragliche Risikoverteilung (VK Bund, 10.0.2017, VK 2-19/17).
Zwar muss ein öffentlicher Auftraggeber nach § 10 Abs. 2 VSVgV den Informationsvorsprung eines Bieters aus einer etwaigen Vorbefassung mit der Ausschreibung ausgleichen. Hier liegt es aber anders: Dem Wettbewerb ist immanent, dass es unterschiedlich gut aufgestellte Unternehmen gibt. Von unzulässigen Vorsprüngen aufgrund einer Vorbefassung („Projektantenproblematik") ist das zu trennen.

Auch laufende Aufträge sind gültige Referenzen

Öffentliche Auftraggeber müssen bei der Wertung von Referenzen auch solche Aufträge zugunsten von Bietern berücksichtigen, die zwar weitgehend ausgeführt, aber noch nicht vollständig abgeschlossen sind. Sonst verstoßen sie gegen das Gleichbehandlungsgebot.
Zwar haben öffentliche Auftraggeber bei Langzeit-Verträgen ein Interesse daran, auch eine zum Ende der Laufzeit schwächer werdende Leistung zu berücksichtigen. Vor allem bei Dienstleistungsaufträgen werden die Teilleistungen für sich genommen aber jeweils vollständig erbracht. Jedenfalls nach 18 Monaten Vertragsbeziehung überwiegt daher das Interesse des Bieters, einen Auftrag als Referenz zu nutzen, so das OLG Düsseldorf (22.2.2017, VII-Verg 29/16).

BGH: Angebotswertung nach Schulnoten zulässig

Der BGH (4.4.2017, X ZB 3/17) hat eine umstrittene Praxis höchstrichterlich für zulässig erklärt: Öffentliche Auftraggeber dürfen die Qualität von Angebotskonzepten nach Notenstufen werten. Vor allem müssen sie den Bietern vorher nicht mitteilen, welche Kriterien ihre Konzepte erfüllen müssen, um eine bestimmte Notenstufe zu erreichen. Allerdings ist die Wertungsentscheidung in diesen Fällen besonders sorgfältig zu dokumentieren, damit sie im Streitfall nachträglich von Gerichten geprüft werden kann.

Das bundesweite Wettbewerbsregister kommt

Nachdem das Vorhaben zum Ende der letzten Legislaturperiode nicht mehr umgesetzt werden konnte, ist das Gesetz zur Einführung eines bundesweiten Wettbewerbsregisters (BT-Drs. 18/12051 vom 24.4.2017) nun verabschiedet worden.
Ziel des Gesetzes zum Schutz des Wettbewerbs ist es, dass öffentliche Aufträge nur an solche Unternehmen vergeben werden, die keine erheblichen Rechtsverstöße begangen haben und die sich im Wettbewerb fair verhalten. Vergleichbare Register bestanden bereits heute in einigen Bundesländern. Mit dem Gesetz soll das Verfahren nun bundesweit vereinheitlicht werden.
Die Strafverfolgungsbehörden und die zur Verfolgung von Ordnungswidrigkeiten berufenen Behörden sind danach künftig verpflichtet, Informationen über Rechtsverstöße von Unternehmen (diverse Straftaten wie Geldwäsche, Bestechung und Terrorismusfinanzierung sowie Ordnungswidrigkeiten und kartellrechtliche Bußgelder) zur Eintragung in das Register zu melden. Verhandelt wurde bis zuletzt hinsichtlich der teils für zu niedrig gehaltenen Schwelle von 50.000 Euro, ab der verhängte Bußgelder zu melden und einzutragen sind.
Korrespondierend zu der Meldepflicht sind öffentliche Auftraggeber künftig verpflichtet, ab einem Nettoauftragswert von 30.000 Euro eine Abfrage bei dem Wettbewerbsregister durchzuführen, bevor sie Aufträge erteilen.
Unternehmen, die in das Register eingetragen werden sollen, erhalten Gelegenheit zur Anhörung. Im Falle einer rechtskräftigen Eintragung können sie für eine Dauer von bis zu fünf Jahren von der Vergabe öffentlicher Aufträge ausgeschlossen werden. Kann ein Unternehmen erfolgreich nachweisen, dass es eine „Selbstreinigung" durchlaufen hat, ist eine Löschung von Eintragungen auch schon früher möglich.
Zudem gibt es keinen Automatismus. Öffentliche Auftraggeber haben vielmehr einen Beurteilungs- und Ermessensspielraum und können in jedem Einzelfall entscheiden, ob sie ein Unternehmen tatsächlich von der jeweiligen Auftragsvergabe ausschließen. Hat ein zwingender Ausschlussgrund im Sinne von § 123 GWB zu der Registereintragung geführt, wird ein Ausschluss aber die regelmäßige Folge sein.

▶ **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.