

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

## Vergaberecht 2018 – drei Urteile, die Unternehmen kennen sollten

**Das Vergaberecht ist bekannt dafür, so viele neue Entscheidungen zu produzieren wie kaum ein anderes Rechtsgebiet. Umso schwieriger ist es, mit der laufenden Entwicklung Schritt zu halten. Blickt man auf das Jahr zurück, fallen drei Entscheidungen auf, von denen Bieter in Vergabeverfahren gehört haben sollten**

### Öffentlicher Auftraggeber muss Sicherheitsinteressen nachweisen

Will ein öffentlicher Auftraggeber wegen Sicherheitsinteressen auf ein Vergabeverfahren verzichten, muss er nachweisen, dass dies zur Wahrung dieser Sicherheitsinteressen erforderlich ist. Nach Art. 346 Abs. 1 a) AEUV ist ein Mitgliedstaat

*„nicht verpflichtet, Auskünfte zu erteilen, deren Preisgabe seines Erachtens seinen wesentlichen Sicherheitsinteressen widerspricht“.*

Daran orientieren sich auch die europäischen Vergaberichtlinien und die Vorschriften des § 107 Abs. 2 Nr. 1, 117 GWB. Weil in Vergabeverfahren häufig auch sensible Informationen weitergegeben werden müssen, können öffentliche Auftraggeber im Einzelfall auf Vergabeverfahren verzichten.

Der EuGH (20.03.2018, C-187/16) stellte nochmals klar: Art. 346 Abs. 1 a) AUEV ist eng auszulegen und die Voraussetzungen sind im Zweifel vom öffentlichen Auftraggeber nachzuweisen. Die bloße Berufung auf Sicherheitsinteressen reicht nicht aus. Die Durchführung eines Vergabeverfahrens muss Sicherheitsinteressen der Mitgliedstaaten beeinträchtigen, die sich auch nicht durch besondere Verfahrensbedingungen schützen lassen, etwa besondere Geheimhaltungs- und Sicherheitsanforderungen an die Bieter. Diesen Nachweis konnte der öffentliche Auftraggeber nicht führen, weil sich alle angeführten Sicherheitsbedenken mit entsprechenden Vergabeanforderungen ausräumen ließen. Die Folge: Der Auftrag muss erneut vergeben werden, diesmal in einem wettbewerblichen Verfahren.

### Bevorzugung von Newcomern ist zulässig

In Märkten mit hohen Eintrittsschwellen ist der Wettbewerb begrenzt. Angebote von Unternehmen ohne vergleichbare Erfahrungen haben kaum Chancen auf den Zuschlag. Solche „Newcomer“ sind faktisch von der Auftragsvergabe ausgeschlossen. Ein Zustand, den das auf Wettbewerb ausgelegte Vergaberecht eigentlich verhindern will. Bei der Vergabe eines Dienstleistungsauftrags hat das OLG Düsseldorf (VII-Verg 19.09.2018, VII-Verg 37/17) nun klargestellt: Öffentliche Auftraggeber dürfen die Angebote von Newcomern besser bewerten als die Angebote erprobter Unternehmen, wenn die Newcomer sonst keine echten Zuschlagchancen haben.

In dem Fall wurde die Qualität bisheriger Dienstleistungen mit 0 bis 3 Punkten bewertet. Newcomer, die noch gar keine vergleichbaren Leistungen durchgeführt hatten, sollten einen Mittelwert von 2 Punkten erhalten. Damit wurden Bieter, die nachgewiesene aber unterdurchschnittlich bewertete Leistungen erbracht haben, schlechter gestellt als Bieter, die über keinerlei Erfahrungen verfügten. Hiergegen wehrte sich ein erfahrener Bieter, der sich dis-

kriminieren fühlte.

Ohne Erfolg! Der Vergabesenat räumte zwar ein, dass darin eine Ungleichbehandlung liegt. Das Vorgehen sei aber „durch gewichtige objektive Gründe“ gerechtfertigt. Indem für Newcomer eine durchschnittliche Qualität unterstellt wird, werde der Wettbewerb nicht geschwächt, sondern erweitert. Ein Bieter, dessen Leistungen aufgrund nachgewiesener Erfahrungen als unterdurchschnittlich bewertet werden, habe dies hinzunehmen.

### Wann sind Seitenwechsel von Mitarbeitern erlaubt?

Es verstößt grundsätzlich nicht gegen den Geheimwettbewerb, wenn ein Bieter einen Mitarbeiter einstellt, der kurz zuvor bei dem öffentlichen Auftraggeber beschäftigt war, an dessen Vergabeverfahren der Bieter nun teilnimmt. Das gilt nach der Vergabekammer Münster (29.11.2017, 1-33/17) selbst dann, wenn der Mitarbeiter in der Vergabestelle beschäftigt war. Informationen über Konkurrenzangebote konnte der Mitarbeiter nicht an seinen neuen Arbeitgeber weitergeben, weil er schon vor Beginn des konkreten Vergabeverfahrens die Seiten wechselte. Dass der Mitarbeiter Kenntnisse aus früheren Vergabeverfahren hatte, hielt die Vergabekammer ebenfalls für unproblematisch. Denn die Kalkulationsgrundlagen im laufenden Vergabeverfahren waren nicht mit denen früherer Verfahren vergleichbar. Rückschlüsse auf die Kalkulation der Mitbewerber seien nicht möglich. Allein die Mitnahme von abstraktem Wissen in die Privatwirtschaft sei noch nicht verboten.

Die Vergabekammer legt damit einen sehr großzügigen Maßstab an. Ob diese weite Auslegung der Praxis entspricht, darf bezweifelt werden. Neben Kalkulationsdetails in laufenden Vergabeverfahren dürfen Bieter auch keine anderen Inhalte von Angeboten ihrer Mitbewerber erfahren, und zwar auch dann nicht, wenn die Vergabeverfahren abgeschlossen sind. Gemäß §§ 5 Abs. 2 S. 2 VgV, 30 Abs. 3 VSVgV sind Angebote nämlich auch nach Abschluss des Vergabeverfahrens vertraulich zu behandeln.

Zwar kennt das Vergaberecht – anders als das Dienstrecht für Beamte und Soldaten (§ 105 BBG und § 20a SG) – keine festen Karenzzeiten für den Wechsel von der Verwaltung in die Privatwirtschaft. Ein „Geschmäckle“ können solche Personalien aber trotzdem haben. Die Weitergabe von wettbewerbsrelevantem Wissen kann allerdings arbeits- und kartellrechtlich relevant sein, was jedoch vor den Vergabekammern in der Regel nicht geprüft wird.



► **Dr. Daniel Soudry, LL.M.** ist Fachanwalt für Vergaberecht und Partner der Sozietät SOUDRY & SOUDRY Rechtsanwälte, Berlin. Er berät Unternehmen der Verteidigungs- und Sicherheitswirtschaft bei der rechtssicheren Teilnahme an Vergabeverfahren 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. Dr. Soudry bloggt laufend zum VS-Vergaberecht unter [www.VSVgV.de](http://www.VSVgV.de)