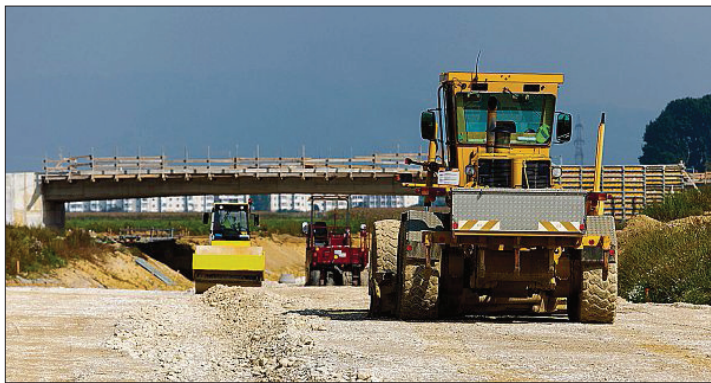


Vergabekammer Rheinland-Pfalz lässt willkürfreie Verfahrensaufhebung genügen

Aufhebung ohne Grund nach VOB/A möglich

Ein öffentlicher Auftraggeber hat Erd- und Straßenbauarbeiten im offenen Verfahren europaweit ausgeschrieben. Die dabei aufgrund von zwei Nachprüfungsverfahren wiederholt durchgeführte Angebotswertung der Vergabestelle wurde von den Nachprüfungsinstanzen als jeweils rechtswidrig verworfen. Im Anschluss hieran hob der öffentliche Auftraggeber das Vergabeverfahren schließlich auf. Er begründete seine Aufhebungsentscheidung im Wesentlichen damit, dass zwischenzeitlich erhebliche Zweifel an der Vergaberechtskonformität der von ihm zugrundegelegten Wertungskriterien bestünden. Weiter sollte die Leistungsbeschreibung hinsichtlich der Bauzeit angepasst und im technischen Inhalt modifiziert werden. Zudem seien aufgrund der Aufhebung und der veränderten Ausschreibungsbedingungen im Rahmen einer Neuausschreibung spürbare Preisvorteile zu erwarten. Gegen die Aufhebungsentscheidung der Vergabestelle ersuchte ein Bauunternehmer erneut um Nachprüfung. Ohne Erfolg.

Die zuständige Vergabekammer Rheinland-Pfalz (6.2.2013 - Az.: VK 1-35/12) sah die Aufhebung



Bei einem europaweit ausgeschriebenem Straßenbauprojekt wurde die Angebotswertung als rechtswidrig verworfen. FOTO: BILDERBOX

zwar nicht aus schwerwiegenden Gründen gemäß § 17 Absatz 1 Nummer 3 VOB/A-EG als gerechtfertigt an. Danach liegt ein Aufhebungsgrund nur vor, wenn einerseits der Fehler von so großem Gewicht ist, dass ein Festhalten des öffentlichen Auftraggebers an dem fehlerhaften Verfahren mit Gesetz

und Recht schlechterdings nicht zu vereinbaren ist und andererseits von den Bietern, insbesondere mit Blick auf die Schwere des Fehlers, erwartet werden kann, dass sie auf die Bindung des Ausschreibenden an Recht und Gesetz Rücksicht nehmen. Ein solcher Grund lag in dem vorliegenden Sachverhalt

nicht vor, die Aufhebung war damit durch keinen Rechtfertigungsgrund nach § 17 VOB/A-EG gedeckt. Allerdings kann auch unterhalb der Schwelle der gesetzlich normierten Aufhebungsgründe eine Aufhebung des Vergabeverfahrens bei fortbestehender Beschaffungsabsicht des öffentlichen

Auftraggebers vergaberechtlich Bestand haben, so die rheinland-pfälzische Vergabekammer in ihrem nicht rechtskräftigen Beschluss. Das grundsätzliche Bestimmungsrecht der Vergabestelle über das „Ob“ der Beschaffung und den Beschaffungsgegenstand sei trotz des Fehlens eines Aufhebungsgrundes nach § 17 VOB/A-EG zu respektieren. Nach Auffassung der Vergabekammer Rheinland-Pfalz besteht für den öffentlichen Auftraggeber in materiell-rechtlicher Hinsicht keine Verpflichtung, das Vergabeverfahren zu Ende zu führen. Ein faktischer Kontrahierungszwang sei unionsrechtlich gerade nicht gefordert. Bietern könnten demnach aufgrund der einem öffentlichen Auftraggeber zuzuerkennenden Vertragsfreiheit grundsätzlich keine Auftragsvergabe erzwungen.

Ausgehend davon, so die rheinland-pfälzische Vergabekammer, stehe die Entscheidung zur Aufhebung des Verfahrens lediglich unter dem Vorbehalt des Willkürverbots. Willkür sei nur ausnahmsweise in den Fällen festzustellen, in denen der öffentliche Auftraggeber für die Aufhebung der Ausschreibung keinen der Sache nach rechtfertigenden Grund angebe

oder die Aufhebung nur zu dem Zweck erfolge, Bietern zu diskriminieren. Dies sei insbesondere dann der Fall, wenn die Aufhebung aus sachwidrigen Gründen erfolge, etwa um im Verhandlungsverfahren einem bestimmten Unternehmen den Auftrag zukommen zu lassen, wenn also eine Scheinaufhebung vorliege.

„Sachlich“ sei demgegenüber jeder erhebliche und vernünftige Grund, selbst wenn dieser objektiv vorhersehbar war und aus der Risikosphäre der Vergabestelle stammt. Im vorliegenden Fall hat die Vergabekammer Rheinland-Pfalz keinen Verstoß gegen das Willkürverbot und mithin keine Diskriminierung des rechtsschutzsuchenden Bauunternehmers festgestellt. Die Entscheidung ist nicht rechtskräftig, sodass abzuwarten bleibt, ob die Entscheidung vor dem Oberlandesgericht Koblenz Bestand hat. Denn an der Rechtfertigung einer Verfahrensaufhebung bei fortbestehender Beschaffungsabsicht ohne Vorliegen eines Rechtsgrundes nach der VOB/A-EG bestehen berechtigte Zweifel. > HOLGER SCHRÖDER

Der Autor ist Rechtsanwalt bei Rödl & Partner in Nürnberg.

OLG Schleswig zur Manipulationsgefahr bei der Angebotsöffnung

Angebotslochung kann nachgeholt werden

Im Rahmen einer deutschlandweiten Ausschreibung von Sanierungsarbeiten für ein Freibad hat ein Bauunternehmer ein Haupt- und mehrere Nebenangebote bei der Vergabestelle eingereicht. Mit Ausnahme dieser Nebenangebote, die zunächst ohne Lochung von der Vergabestelle „zur Akte genommen“ wurden, sind sämtliche Angebote im Eröffnungstermin durch Lochung gekennzeichnet worden. Der Eröffnungstermin wurde von drei Bediensteten der Vergabestelle durchgeführt, die später erklärt haben, dass die während des Eröffnungstermins unterbliebene Kennzeichnung der Nebenangebote nach Ende des Termins „sofort“ mittels Lochstempel nachgeholt wurde. Hiergegen hat ein konkurrierender Bieter den Erlass einer einstweiligen Verfügung bei Gericht

beantragt, um die Erteilung des Zuschlages auf ein nicht im Eröffnungstermin gelochtes Nebenangebot zu untersagen.

Das mit dem Fall zuletzt befasste Schleswig-Holsteinische Oberlandesgericht (8.1.2013 - Az.: 1 W 51/12) hat das Rechtsschutzsuchen des Konkurrenten abgelehnt. Zwar kann auch bei einer Unterschwellenvergabe ein sogenannter primärer Rechtsschutz im Wege des Erlasses einer einstweiligen Verfügung erlangt werden, wenn in einem nach der VOB/A durchgeführten Vergabeverfahren gegen bieterschützende, den transparenten und chancengleichen Wettbewerb betreffende Bestimmungen verstoßen wird. Allerdings konnte im vorliegenden Sachverhalt eine Verletzung von bieterschützenden Vorschriften nicht glaubhaft gemacht werden.

Gemäß § 14 Absatz 3 Nummer 2 VOB/A werden im Eröffnungstermin die Angebote geöffnet und in allen wesentlichen Teilen gekennzeichnet. Weiter wird bekanntgegeben, ob und von wem und in welcher Zahl Nebenangebote eingereicht wurden. Die genannten Anforderungen dienen der Sicherung vor möglichen Manipulationen. Werden sie missachtet, führt dies selbst noch nicht zu Folgerungen für die Wettbewerbsteilnehmer bzw. die eingereichten Haupt- und Nebenangebote. So ist für unverschlossen eingereichte Angebote in der Rechtsprechung anerkannt, dass diese gleichwohl zur Wertung zugelassen werden können, wenn nachträgliche Manipulationen aufgrund der Umstände ohne vernünftige Zweifel ausgeschlossen werden können. Entsprechendes

gilt auch für eine unterbliebene oder unvollständige Kennzeichnung von Angeboten oder wesentlichen Teile derselben sowie für die unterbliebene Bekanntgabe aller vorliegenden Nebenangebote, so die Schleswiger Richter. Die Kennzeichnungs- und Bekanntgabepflichten in § 14 Absatz 3 VOB/A gewinnen erst im Zusammenhang mit der Prüfung von Ausschlussgründen nach § 16 Absatz 1 Nummer 1 VOB/A eine bieterschützende Bedeutung, weil die Ausschreibungsteilnehmer beanspruchen können, dass nur vollständige und fristgerechte Angebote bzw. zugelassene Nebenangebote an der weiteren Prüfung und Wertung teilnehmen. Eine unterbliebene oder unvollständige Kennzeichnung oder Bekanntgabe kann in diesem Zusammenhang die Feststellung der

entscheidungsrelevanten Tatsachen beeinflussen. Insbesondere das Submissionsprotokoll erleichtert den Beweis darüber, was zu diesem Zeitpunkt in das Vergabeverfahren „eingebracht“ worden ist.

Nach Überzeugung des schleswig-holsteinischen Oberlandesgerichtes lagen in dem vorgenannten Fall jedoch keine konkreten Anhaltspunkte für eine nachträgliche Manipulation vor. Die in einem verschlossenen Umschlag enthaltenen Nebenangebote des Bauunternehmers wurden von der Vergabestelle „zur Akte genommen“. Hierauf hatte der Bauunternehmer keinen Zugriff mehr. Wie der Bauunternehmer die Nebenangebote nachträglich hätte austauschen oder abändern können, war für die Richter nicht nachvollziehbar.

Die Sorge des klagenden Konkurrenten wäre unter diesen Umständen nur aufrechtzuerhalten, wenn von unwahren oder unvollständigen Angaben der Vergabestelle auszugehen wäre, was auch im Hinblick auf straf-, dienst- und vergaberechtliche Folgen im vorliegenden Verfahren nicht angenommen werden konnte, weil die Bediensteten zur Überzeugung des Gerichtes erklärt haben, die Lochung der Nebenangebote sofort nach dem Submissionstermin nachgeholt zu haben. Nach Ansicht der Schleswiger Richter bleibt danach nur eine theoretische Möglichkeit von gegebenenfalls strafbaren Manipulationen, was für den Erlass einer einstweiligen Verfügung aber nicht genügt.

> HOLGER SCHRÖDER

3 auf einen Klick

DIE NEUEN ANGEBOTE DER www.Staatsanzeiger-eServices.de

eVergabe

ÜBER 1800 VERGABESTELLEN

eFormulare

AUF IHRER HOMEPAGE FÜR IHRE BÜRGER

Kommunaldruck

DIE SPEZIAL-DRUCKEREI FÜR IHRE KOMMUNE

Formular
Server24

Kommunal
druck24

Staatsanzeiger ONLINE LOGISTIK GmbH
Prager Straße 1, 82008 Unterhaching
Tel: (+49) 89/69 39 07-0
E-Mail: vertrieb@staatsanzeiger-eservices.de
Web: www.staatsanzeiger-eservices.de



Staatsanzeiger
eServices

EIN UNTERNEHMEN DER BAYERISCHEN STAATSZEITUNG