

Beitrag (IBR 2007, 507)

Verhandlungsverfahren ohne Bekanntmachung - welche Bieter sind zu beteiligen?

Nach dem Gebot der gemeinschaftsrechtskonformen Auslegung inländischen Rechts muss die Vorschrift des § 3a Nr. 5 a VOB/A a.F. dahingehend ausgelegt werden, dass in ein Verhandlungsverfahren im Anschluss an ein vorhergehendes - aufgehobenes - Vergabeverfahren ohne öffentliche Bekanntmachung nur die Bieter einbezogen werden dürfen, die geeignet sind und die in dem vorangegangenen Verfahren Angebote abgegeben haben, die nicht aus formalen Gründen ausgeschlossen worden sind.

OLG Bremen, Beschluss vom 03.04.2007 - **Verg 2/07** (VergabeR 2007, 517)

EG-Vertrag Art. **10, 249** Abs. 3; Richtlinie 2004/18/EG Art. **30** Abs. 1 a Unterabs. 2; VOB/A a.F. § 3a Nr. 5 a; VOB/A n.F. § 3a Nr. 6 a

Problem/Sachverhalt

Der Auftraggeber (AG) schrieb Stahl- und Metallbauarbeiten im Wege des Nichtoffenen Verfahrens nach VOB/A aus. Einem Unternehmen wurde wegen Versäumung der Bewerbungsfrist eine Absage erteilt. Der AG hob die Ausschreibung auf, weil alle eingegangenen Angebote über Kostenschätzung und Finanzmitteln lagen. Im danach eingeleiteten Verhandlungsverfahren ohne öffentliche Bekanntmachung wurde auch das wegen Versäumung der Bewerbungsfrist im aufgehobenen Verfahren nicht berücksichtigte Unternehmen beteiligt. Die Entscheidung des AG, die Zuschlagserteilung auf das Angebot dieses Unternehmens zu beabsichtigen, rügt ein Konkurrent. Die VK weist den Nachprüfungsantrag des Konkurrenten zurück, weil im Verhandlungsverfahren auch "neue" Bieter berücksichtigt werden könnten. Hiergegen richtet sich die Beschwerde des Konkurrenten.

Entscheidung

Mit Erfolg! Das OLG hebt die Entscheidung der VK auf und verpflichtet den AG zur Neuwertung unter Ausschluss des Angebots des für den Zuschlag vorgesehenen Unternehmens. Bei richtlinienkonformer Auslegung nationalen Rechts muss die Vorschrift des § **3a** Nr. 5 a VOB/A a.F. (VOB/A n.F. § **3a** Nr. 6 a) dahingehend ausgelegt werden, dass bei einem **Verhandlungsverfahren ohne öffentliche Bekanntmachung** nur die Bieter einbezogen werden dürfen, die geeignet sind und die **im vorangegangenen aufgehobenen Verfahren Angebote abgegeben** haben, die **nicht aus formalen Gründen ausgeschlossen** worden sind. Danach war das für den Zuschlag vorgesehene Unternehmen auszuschließen, weil es wegen Versäumung der Bewerbungsfrist im aufgehobenen Nichtoffenen Verfahren ausgeschlossen wurde und kein ordnungsgemäßes Angebot abgegeben hatte.

Praxishinweis

Eine Entscheidung von aktueller Relevanz. Die Entscheidung bringt eine mangelhafte Richtlinienumsetzung im nationalen Recht ans Licht. Die richtlinienkonforme Auslegung nationalen Rechts kann erhebliche Folgen für die am Vergabeverfahren Beteiligten haben: Im vorliegenden Fall zum einen die Nichtberücksichtigung des ursprünglich für den Zuschlag vorgesehenen Unternehmens. Zum anderen können sich Auftraggeber erheblichen Risiken aussetzen. So ist nicht ausgeschlossen, dass dem hier für den Zuschlag vorgesehenen Unternehmen Schadensersatzansprüche gegen den Auftraggeber zustehen, weil dieser es rechtswidrig zur Angebotsabgabe im Verhandlungsverfahren aufgefordert hat. Die unmittelbare Anwendung von Richtlinienbestimmungen bzw. die richtlinienkonforme Auslegung wird die am Vergabeverfahren Beteiligten auch künftig beschäftigen. Das Europäische Parlament hat jüngst die Entwürfe zur Reform der Rechtsmittelrichtlinien gebilligt.

RA Prof. Horst Franke, Frankfurt a.M. 

© id Verlag