

Nur stichhaltige Gründe legitimieren eine unzulässige Vergabe

Vergaberecht. Eine nachträgliche Veröffentlichung kann eine unzulässige Vergabe wirksam machen. Das gilt nicht, wenn der Auftraggeber dafür eine praxisferne Begründung liefert.

VK München, Beschluss vom 29. Juni 2023,
Az. 3194.Z3-3_01-23-3

Rechtsanwalt
Dr. Martin Schellenberg
von Heuking Kühn Lüer
Wojtek



Quelle: HKLW

DER FALL

Eine bayerische Gemeinde vergab einen eigentlich EU-weit auszuschreibenden Auftrag für ein IT-System direkt an einen Dienstleister. Sie rechtfertigte dies damit, dass EU-weit nur dieses Unternehmen in der Lage sei, einen datenschutzkonformen Rechenzentrumsbetrieb sicherzustellen; es sei nur ein Dienstleister mit

eigenem Rechenzentrum akzeptabel. Dessen Betrieb durch einen Nachunternehmer berge ein zu großes Schnittstellenrisiko. Ihre Entscheidung veröffentlichte die Gemeinde nachträglich im EU-Amtsblatt. Ein Wettbewerber ging gegen die Vergabe vor.

DIE FOLGEN

Er erhielt Recht. Die Vergabekammer ließ das Argument der Gemeinde nicht gelten, der Antrag scheitere bereits an der Verfristung. Dazu wies die Kommune auf ihre Veröffentlichung im EU-Amtsblatt hin. Das Gesetz sieht zwar vor, dass Vergabefehler zehn Tage nach Veröffentlichung eines direkt vergebenen Auftrags nicht mehr angegriffen werden können (§ 135 Abs. 3 GWB). Darauf kommt es hier, so die VK, jedoch nicht an. Um die Frist in Gang zu setzen, müsste der Auftraggeber seine Gutgläubigkeit bei einer Direktvergabe

nachweisen. Dies sei weder erfolgt noch möglich. Es sei offensichtlich unrichtig, dass europaweit nur ein Dienstleister einen datenschutzkonformen Rechenzentrumsbetrieb anbiete. Ein Alleinstellungsmerkmal liege eindeutig nicht vor. Daher habe der Auftraggeber seine Gutgläubigkeit nicht nachgewiesen und könne sich deshalb auch nicht auf die Zehntagesfrist berufen. Der Vertrag sei also unwirksam geschlossen und auch nicht durch die Veröffentlichung geheilt.

WAS IST ZU TUN?

Gelegentlich versuchen öffentliche Auftraggeber, ihren Wunschauftragnehmer ohne Ausschreibung zu beauftragen und die unzulässige Vergabe später durch eine EU-Veröffentlichung zu legitimieren. Das Gesetz lässt dies zwar grundsätzlich zu. Die VK München stellt jedoch klar, dass die Legitimationsmöglichkeit voraussetzt, dass die Gründe einer rechtlichen Überprüfung standhalten. Zumindest müssen sie vergaberechtlich vertretbar sein. In diesem Fall traf dies nicht zu; die Forderung eines eigenen Rechenzentrums war

vergaberechtswidrig und vollständig praxisfern. Auftraggeber können sich des Tricks der nachträglichen Veröffentlichung durchaus bedienen. Sie müssen aber rechtlich belastbare Gründe nennen. Marktteilnehmer müssen die EU-Ausschreibungsdatenbank im Auge behalten, um rechtzeitig von der unzulässigen Direktvergabe zu erfahren. Nehmen sie erst nach mehr als sechs Monaten Kenntnis, so können sie nicht mehr dagegen vorgehen. Die Unwirksamkeit ist geheilt.
(redigiert von Monika Hillemacher)