

UPDATE VERGABERECHT

LOSENTSCHEID BEI WERTUNGSGLEICHHEIT?

OLG Hamburg, Beschluss vom 20.03.2020, 1 Verg 1/19

Die Vergabestelle V schrieb die Lieferung von Streusalz aus und legte den Preis sowie bestimmte Qualitätsmerkmale als Wertungskriterien fest. Zudem behielt sich V vor, „bei wertungsgleichen Angeboten das Los entscheiden zu lassen“. Bei der Wertung erhielten A und B dieselbe Punktzahl. V führte einen Losentscheid mittels dreier nicht mit dem Verfahren befasster Mitarbeiter durch. Diese zogen jeweils aus einem Behälter, in dem sich drei mit dem Namen von A bzw. B versehene Loszettel befanden, einen Zettel, wobei die verschlossenen Zettel erst nach Ziehung aller Zettel geöffnet wurden. Zwei der Zettel fielen auf B. Gegen die beabsichtigte Erteilung des Zuschlags an B beehrte A Nachprüfung und beanstandete den Losentscheid unter mehreren Aspekten als vergaberechtswidrig. Die Vergabekammer ordnete die Zurückversetzung des Verfahrens an; V hätte die Wertungsmatrix durch weitere Kriterien so gestalten können, dass die Gefahr einer Wertungsgleichheit deutlich hätte verringert werden können. V und B erhoben sofortige Beschwerde.

Mit Erfolg! Das OLG hält den Nachprüfungsantrag bereits für unzulässig, soweit er sich gegen die Ausgestaltung der Wertungskriterien und generell den Vorbehalt eines Entscheids durch Los richtet. Insoweit sei B präkludiert, da er Vergabeverstöße vortrage, die im Falle ihres Vorliegens bereits anhand der Vergabeunterlagen erkennbar gewesen und daher vor Ablauf der Angebotsfrist zu rügen gewesen wären. Bezüglich der konkreten Entscheidungsdurchführung und deren Dokumentation sei der Antrag unbegründet. Bei Durchführung eines Losentscheids sei allen Teilnehmern über ein unbeeinflusstes Zufallsergebnis die gleichen Chancen einzuräumen und ein hinreichender Schutz vor Manipulationen vorzusehen. Dies gewährleiste das von V gewählte Verfahren, wobei V jedenfalls im Nachprüfungsverfahren auch unstreitig dargelegt habe, dass sie die Art und Weise des Losentscheids auch bereits vor dessen Durchführung festgelegt hatte; dass dies nicht ausdrücklich im Vergabevermerk dokumentiert war, schade daher nicht.

Bedeutung für die Praxis

Trotz fehlender Entscheidungserheblichkeit hat das OLG die Zulässigkeit eines Losentscheids bejaht, welcher bei wirtschaftlicher Gleichwertigkeit mangels Alternative sogar – so das OLG – allein in Betracht komme. Ob letzteres zwingend ist, erscheint fraglich; andere Rechtsprechung (z. B. die VK Baden-Württemberg) hatte sich bisher eher skeptisch zum Losentscheid gezeigt. Zudem erachten einzelne Landesgesetze in solchen Fällen ausdrücklich bestimmte „soziale“ Kriterien als maßgeblich. Die Anwendung anderweitiger „Hilfskriterien“ dürfte insoweit nicht denkbare Alternative sein.