

UPDATE VERGABERECHT

„VERGABESPERREN“ OHNE EINZELFALLPRÜFUNG SIND UNZULÄSSIG

KG Berlin, Urteil vom 28.06.2019, 9 U 55/18 (nicht rechtskräftig)

Der Beklagte (B), eine Berliner Senatsverwaltung, vergibt regelmäßig Forschungsaufträge für wissenschaftliche Studien. Unter anderem wurde auch der Kläger (K), eine Forschungseinrichtung, in der Vergangenheit mit der Durchführung derartiger Leistungen beauftragt. Ein Mitarbeiter des K ist mit der Senatorin der Berliner Senatsverwaltung verheiratet. Ein Staatssekretär informierte die leitenden Beamten darüber, dass eine Beauftragung des K zur Vermeidung eines Interessenkonflikts nicht mehr möglich sei. Zugleich gab er die Anweisung, Angebote des K generell als „ungeeignet“ auszuschließen. Auf die Klage des K verurteilte das Landgericht Berlin B die Vergabesperre aufzuheben und die Abteilungsleiter anzuweisen, K künftig wie jeden anderen Bieter zu berücksichtigen. Dagegen legte B Berufung zum Kammergericht ein.

Zwar hebt das KG die Entscheidung des LG auf und weist die Klage ab, weil hier lediglich eine „interne Weisung“ vorlag, nicht aber ein formaler Rechtsakt, gegen den einem Betroffenen ein Abwehranspruch zustehen könnte. Gleichwohl stellt das KG sehr deutlich klar, dass die „Vergabesperre“ durchgehend vergaberechtswidrig sei. Ein Ausschluss nach § 124 Abs. 1 Nr. 5 GWB könne nur im Einzelfall gerechtfertigt sein, wenn es keine „milderen Mittel“ gäbe. Durch den pauschalen Ausschluss entziehe sich B jedoch dieser notwendigen Einzelfallprüfung. Auch wenn im Unterschwellenbereich kein „Regelungssystem mit gleicher Dichte“ existiere, bedürfe es auch hier einer einzelfallbezogenen Prüfung des Ausschlussgrundes. Andernfalls könne im Hinblick auf eine konkrete Ausschreibung eine Verletzung von (vor)vertraglichen Pflichten vorliegen.

Bedeutung für die Praxis

Um eine „Vergabesperre“ gerichtlich überprüfen zu lassen, bedarf es eines konkreten, nach außen wirkenden Rechtsaktes. Im Oberschwellenbereich können Bieter im konkreten Vergabeverfahren Rechtsschutz nach § 155 ff. GWB in Anspruch nehmen. Anders sieht es hingegen im Unterschwellenbereich aus. Hier haben Bieter in der Regel keine Möglichkeit effektiven Rechtsschutz zu erlangen (es sei denn ein solcher ist im Landesrecht explizit vorgesehen). Grundsätzlich kann die Ehe zwischen einer Mitarbeiterin der Vergabestelle und einem Bieter zu einem Interessenkonflikt i.S.d. § 6 Abs. 2 VgV führen. Dies hat aber nicht den Ausschluss des Bieters, sondern ein Mitwirkungsverbot der Mitarbeiterin der Vergabestelle zur Folge. Das KG verwies vorliegend folgerichtig darauf, dass die Senatorin die Durchführung der Vergabeverfahren im Wege der Vertretung auf ihre Staatssekretäre delegieren könne.