

## UPDATE VERGABERECHT

### VERHANDLUNG OHNE WETTBEWERB NUR IM AUSNAHMEFALL

#### OLG Celle, Beschluss vom 09.11.2021 – 13 Verg 9/21

A, ein Verkehrsverbund für den öffentlichen Personennahverkehr, schloss mit B eine „vereinbarung über Systemsponsoring“, laut der B gegen Zahlung eines Geldbetrags ein Fahrradverleihsystem mit ca. 1.000 Fahrrädern betreiben und Werbeflächen zur Verfügung stellen sollte. Hierbei sollte Kunden, die über ein Abo von A verfügen, Fahrräder für 30 Minuten je Mietvorgang kostenlos zur Verfügung gestellt werden. Zuvor hatte A im Amtsblatt der EU eine freiwillige Ex-Ante-Transparenzbekanntmachung veröffentlicht, nach der wegen nicht vorhandenen Wettbewerbs aus technischen Gründen die Leistung nur von B ausgeführt werden könne. C betreibt in größeren Städten Fahrradverleihsysteme. Sie rügte den Vertragsschluss zwischen A und B erfolglos als vergaberechtswidrig und stellte daraufhin Nachprüfungsantrag. Diesem entsprach die Vergabekammer. Gegen den Beschluss wenden sich A und B mit sofortiger Beschwerde.

Ohne Erfolg! Das OLG Celle bestätigt, dass der zwischen A und B geschlossene Vertrag von Anfang an unwirksam ist. Für die Durchführung eines Verhandlungsverfahrens ohne Teilnahmewettbewerb müsse der öffentliche Auftraggeber das objektive Fehlen von Wettbewerb darlegen und ggf. beweisen. § 14 Abs. 4 Nr. 2 b) VgV, nach dem ein Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb möglich ist, wenn aus technischen Gründen kein Wettbewerb vorhanden ist, sei als Ausnahmetatbestand eng auszulegen. Eine Anwendung komme aufgrund der negativen Auswirkungen auf den Wettbewerb nur unter sehr außergewöhnlichen Umständen in Betracht. Zweckmäßigkeitserlegungen oder rein wirtschaftliche Vorteile reichten nicht aus. Zudem sei § 14 Abs. 6 VgV zu beachten, wonach die beschriebene Ausnahme nur dann greift, wenn es keine vernünftige Alternative oder Ersatzlösung gibt und der mangelnde Wettbewerb nicht das Ergebnis einer künstlichen Einschränkung der Auftragsparameter ist. Es müsse insbesondere auch ausgeschlossen sein, dass für die Auftragsdurchführung weitere Unternehmen in Frage kommen, die die für den Auftrag notwendigen Fähigkeiten und Ausstattungen rechtzeitig erwerben können.

#### Bedeutung für die Praxis

Die Entscheidung verdeutlicht, dass hohe Anforderungen an das Vorliegen eines fehlenden Wettbewerbs gestellt werden. Ein Auftraggeber muss ernsthafte Nachforschungen anstellen, um Unternehmen zu ermitteln, die zur Erbringung der Leistung in der Lage sind bzw. sein könnten. Diese Markterkundung ist zudem zu dokumentieren. Eine Unaufklärbarkeit geht hierbei zu Lasten des Auftraggebers, da ihn die Beweislast für das tatsächliche Vorliegen des für ihn positiven Ausnahmetatbestands trifft.