

## UPDATE VERGABERECHT

### **VORBEFASSUNG EINES BIETERS IST FUNKTIONAL ZU BEWERTEN**

#### **VK Bund, Beschluss vom 21.09.2021 – VK 2-87/21**

A schrieb die Begleitung eines „systeminternen Strategieprozesses“ für verschiedene gesetzliche Krankenkassen aus. Die maßgeblichen Systemziele wurden zuvor mit Bieterin B erarbeitet und beschlossen. Diese Ziele sollen im Rahmen des aktuellen Auftrags weiter konkretisiert und umgesetzt werden. Auf eine Bieterfrage zum Inhalt der Systemziele teilte A mit, dass eine Veröffentlichung aus unternehmenspolitischen Gründen nicht möglich sei. Nach Abschluss der Wertung wurde Bieterin C mitgeteilt, dass ihr Angebot nicht berücksichtigt werden solle, da es qualitativ hinter dem Angebot der B zurückstehe, u.a. da ihr Konzept die bereits beschlossenen Systemziele in Frage stellen würde. Hiergegen wendet C sich mit ihrem Nachprüfungsantrag. Nach Akteneinsicht beanstandet sie einen wettbewerbsverzerrenden Informationsvorsprung der B.

Die Vergabekammer gab dem Antrag statt und führte aus, A habe es versäumt, einen wettbewerbsverzerrenden Wissensvorsprung der B auszugleichen. Eine Pflicht zum Ausgleich ergebe sich aus der Vorbefassung der B. Der Beantwortung der Frage, ob ein Unternehmen im Sinne des § 7 Abs. 1 VgV vorbefasst ist, sei keine formelle, sondern eine funktionale Betrachtungsweise zugrunde zu legen. Es handele sich bei dem ersten Auftrag nicht um einen vom streitgegenständlichen Auftrag losgelösten Vorauftrag, sondern bei einer gebotenen materiellen Betrachtung um eine Vorbereitung des zweiten Auftrags. Die Kenntnis der Systemziele stelle einen relevanten Wettbewerbsvorteil dar und sei geeignet, den Wettbewerb zu verzerren. Dies sei selbst dann der Fall, wenn die Aufgabenstellung abstrakt gehalten sei. Denn ein Konzept könne zielgerichteter auf die Vorstellungen des Auftraggebers zugeschnitten werden, wenn die Ziele bekannt sind.

#### **Bedeutung für die Praxis**

Die Entscheidung enthält einige wertvolle Hinweise zum Umgang mit der sogenannten Projektanten-Thematik gemäß § 7 VgV. Danach sollten Auftraggeber stets gründlich prüfen, ob eine Vorbefassung eines Bieters vorliegt. Hierbei dürfen sie nicht an einer formellen Betrachtung verhaften, sondern müssen eine materielle Betrachtungsweise zugrunde legen. Ist eine Vorbefassung gegeben, muss der daraus folgende Wettbewerbsvorteil ausgeglichen werden, etwa durch eine Offenlegung bestimmter Informationen. Im Einzelfall kann auch ein Ausschluss des vorbefassten Bieters in Betracht kommen.