

Update Vergaberecht

Zur Eindeutigkeit von Vergabeunterlagen

OLG Schleswig, Beschluss vom 28.03.2022 – 54 Verg 11/21

Auftraggeberin A schrieb Sicherheitsdienstleistungen in einer Unterkunft für wohnungslose und geflüchtete Personen aus. Das betroffene Objekt wurde zum Zeitpunkt der Ausschreibung als Flüchtlingsunterkunft genutzt. Laut der Auftragsbekanntmachung sollte im Angebot angegeben werden, nach welchem Tarifvertrag entlohnt werden würde. Auf eine Bieterfrage zum Tarifvertrag antwortete A, dass jeder Bieter sich nach dem bei ihm geltenden Tarifvertrag richten müsse. Später nahm A Änderungen an den Vergabeunterlagen vor. Angaben zu einem Tarifvertrag waren nun nicht mehr gefordert. Bieterin B legte ihrem Angebot im Gegensatz zu Bieterinnen C und D einen Tarifvertrag zugrunde. B rügte, dass A die günstigeren Angebote von C und D daher hätte ausschließen müssen. Rüge und Nachprüfungsantrag blieben erfolglos. B legt sofortige Beschwerde ein und beantragte die Verlängerung deren aufschiebender Wirkung.

Mit Erfolg! Laut OLG Schleswig liegt hier nach summarischer Prüfung ein Verstoß gegen den Transparenzgrundsatz nahe. Den Auftraggeber treffe die Pflicht, die Vergabeunterlagen klar und eindeutig zu formulieren und Widersprüchlichkeiten zu vermeiden. Nicht mehr eindeutig seien Vergabeunterlagen, wenn fachkundigen Unternehmen auch nach Auslegungsbemühungen mehrere Auslegungsmöglichkeiten verbleiben. Dies sei hier der Fall. Die Auftragsbekanntmachung und die Bieterinformation hätten bei den Bietern die Vorstellung wecken können, sie hätten den Tariflohn für Sicherheitsmitarbeiter zum Schutz von Flüchtlingsunterkünften anzubieten. Diese Intransparenz sei durch die spätere Änderung nicht hinreichend beseitigt worden. A hätte die betreffende Bieterinformation ausdrücklich für gegenstandslos erklären müssen.

Bedeutung für die Praxis

Die Entscheidung stellt sehr hohe Anforderungen an die Einhaltung des Transparenzgebots und vermag daher nicht vollständig zu überzeugen. Auftraggeber müssen sich demnach von einmal aufgestellten Vorgaben ausdrücklich distanzieren, unabhängig davon, woraus sich diese ergeben. Dies soll auch dann gelten, wenn neue Vergabeunterlagen veröffentlicht werden, die diese Vorgaben nicht mehr enthalten. Warum eine solche Überarbeitung der Vergabeunterlagen zur Klarstellung missverständlicher Kriterien jedoch nicht ausreichen soll, erörtert das OLG nicht näher. Richtigerweise hätte insoweit darauf abgestellt werden müssen, welcher Inhalt der Vergabeunterlagen sich für einen objektiven Empfänger nach den §§ 133, 157 BGB ergibt. Gleichwohl besteht das Risiko, dass andere Gerichte und Vergabekammern sich dieser Entscheidung anschließen. Daher sollten bei Änderungen der Vergabeunterlagen gegenläufige Bieterinformationen auch ausdrücklich für gegenstandslos erklärt werden.