

## Update Vergaberecht

### **Absenkung von Eignungsvorgaben nach Submission?**

#### **VK Bund, Beschluss vom 25.03.2022 – VK 2-10/22 (nicht bestandskräftig)**

A schrieb Nassbaggerarbeiten aus, die schiffsbasierte Spezialbaugeräte erforderten. Die Vergabeunterlagen sahen den durchgängigen Einsatz eines Geräts vor; zudem würden temporär mehrwöchige Kampagnen abgerufen, in denen zeitgleich ein zweites Gerät einzusetzen sei. Als Eignungsnachweis verlangte A u.a. formblattmäßige Erklärungen zu den Geräten der Bieter; auch waren mit dem Angebot Bildaufnahmen und bestimmte Schiffsdokumente vorzulegen. Die Verfügbarkeit war für 2 betriebsbereite Geräte nachzuweisen. Bieter B reichte für das Zweitgerät Erklärungen und Dokumente für ein bei Angebotsabgabe noch umzubauendes Schiff ein. Nach Aufklärung gelangte A zu der Ansicht, dass das Zweitgerät zum Vertragsbeginn verfügbar und einsatzbereit sei und sah B für den Zuschlag vor. Nach erfolgloser Rüge beantragte Konkurrent K Nachprüfung u.a. mit der Begründung, dass B mangels genügendem Eignungsnachweis auszuschließen sei. A und B meinten, der Verfügbarkeitsnachweis des Zweitgeräts sei erst zu Leistungsstart gefordert gewesen.

Die VK untersagt die Zuschlagserteilung, weist aber das Begehren von K nach Ausschluss des B zurück. Stattdessen sei das Verfahren in den Stand vor Angebotsabgabe zurückzusetzen. Die Vergabeunterlagen seien zwar so zu verstehen gewesen, dass A für die Eignungsprüfung auch beim Zweitgerät ausnahmslos nur bereits zur Angebotsabgabe existente Geräte zugrunde legen wollte. Dass A die Nachweise für ein noch in Fertigstellung befindliches Gerät akzeptiert habe, sei aber faktisch als Absenkung der Eignungsvoraussetzungen und insoweit als Teilaufhebung des Verfahrens durch Zurücksetzung zu werten. Eine solche sei bei Vorliegen eines sachlichen Grundes und bei nicht diskriminierender Durchführung auch nach Submission möglich, etwa bei als für den Wettbewerb unzumutbar oder gar unzulässig erkannten Eignungsvorgaben. Hier liege ein sachlicher Grund vor. A sei bekannt gewesen, dass nur sehr wenige der erforderlichen Geräte existierten und daher kaum Bieter ad hoc über 2 Geräte verfügten, so dass A für das nur für spätere Kampagnen benötigte Gerät von vornherein sachgerechtere Regelungen hätte aufstellen sollen/können. Die wirksame Teilaufhebung sei zwar rechtswidrig und mangels transparenter Mitteilung gleichheitswidrig erfolgt (letzteres sei durch förmliche Änderungsbeachtlichmachung zu beheben), verletze K aber nur insoweit in eigenen Rechten; der Nichtausschluss von B stelle keinen Vergabefehler und daher keine Beschwerde des K dar.

#### **Bedeutung für die Praxis**

Die VK scheint mit ihrer Entscheidung auf dem ihr als „eng“ bekannten Markt für die betroffenen Leistungen eine höhere Wettbewerbsbreite herbeiführen zu wollen. Die rechtliche Begründung dürfte indes zweifelhaft sein, etwa weil sie dem A eine tatsächlich nicht vorgenommene Zurücksetzung „in den Mund legt“ und zudem auch fraglich ist, ob im konkreten Fall nicht unter Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot zurückversetzt wurde.