

Update Vergaberecht

Kein öffentlicher Auftrag ohne Auswahlentscheidung

VK Bund, Beschluss vom 11.01.2023 – 1-109/22

Auftraggeberin A teilte mit einer EU-Bekanntmachung mit, „im Rahmen des Open-House-Verfahrens“ Verträge zur besonderen Versorgung nach § 140a SGB V zu schließen. Hierbei sollte mit allen Unternehmen, die die aufgestellten Eignungsanforderungen erfüllen, ein Vertrag geschlossen werden. Die Antragstellerin rügte erfolglos, dass sie an diesem Vertragssystem nicht teilnehmen könne. In ihrem Nachprüfungsantrag führte sie aus, es handele sich um einen „verdeckten“ öffentlichen Auftrag, da die Eignungskriterien faktisch dazu führten, dass nur ein Unternehmen an dem Verfahren teilnehmen könne.

Die VK Bund hat den Nachprüfungsantrag als unzulässig verworfen, da der Vergaberechtsweg nicht eröffnet sei. Denn Vergabekammern dürften nur die Vergabe öffentlicher Aufträge und von Konzessionen nachprüfen. Ein öffentlicher Auftrag setze voraus, dass der öffentliche Auftraggeber eine Auswahl unter den zulässigen Angeboten treffe, also einen Anbieter auswähle, an den ein Auftrag mit dem Ziel vergeben werden soll, den Bedarf des Auftraggebers ausschließlich zu decken. An einer solchen Auswahlentscheidung fehle es hier. Denn es handele sich um ein Vertragssystem, mittels dessen A Dienstleistungen auf dem Markt erwerben wolle und während der gesamten Laufzeit des Systems mit allen Marktteilnehmern einen Vertrag schließe, die sich verpflichten, die betreffenden Dienstleistungen zu im Vorhinein festgelegten Bedingungen zu erbringen, ohne eine Auswahl unter den zulässigen Angeboten zu treffen. Solche Vertragssysteme unterlägen nicht dem Vergaberecht, weil in diesem Fall kein Risiko bestehe, dass der Auftraggeber einzelne Wirtschaftsteilnehmer, die die Zulassungsvoraussetzungen erfüllen, zu Lasten und unter Ausschluss anderer bevorzugt. Der Schutzzweck des Vergaberechts sei nicht tangiert.

Bedeutung für die Praxis

Der Vergaberechtsweg ist nach der Entscheidung der VK Bund bei den sogenannten Open-House-Verfahren nicht eröffnet. Diese Auffassung entspricht der Rechtsprechung des EuGH (grundlegend: EuGH, 02.06.2016 - Rs. C-410/14) und deren Auslegung des Begriffs „öffentlicher Auftrag“ im Rahmen der EU-Vergaberichtlinie. Die Überprüfung der Rechtmäßigkeit der aufgestellten Eignungskriterien obliegt demnach - je nach Fallgestaltung - den Sozialgerichten oder den ordentlichen Gerichten. Sollte der Auftraggeber die Eignungskriterien unzulässigerweise auf ein bestimmtes Unternehmen zuschneiden, sodass andere Unternehmen diese nicht erfüllen, wie im vorliegenden Fall seitens der Antragstellerin behauptet wurde, ist allerdings fraglich, ob er auf dem Klageweg einen Vertragsschluss erwirken kann. Dies dürfte zwangsläufig zumindest dann ausgeschlossen sein, wenn das betroffene Open-House-Verfahren bereits abgeschlossen ist (so LG Bonn, 01.02.2023 - 1 O 99/22).