

Update Vergaberecht

Wirksamkeit eines Zuschlagsvorbehalts auf Erstangebote

VK Sachsen, Beschluss vom 22.06.2023 – 1/SVK/014-23

Die AG schrieben SPNV-Leistungen zunächst in einem offenen Verfahren aus, hoben dieses jedoch mangels wirtschaftlichen Ergebnisses auf und führten mit den Bietern, die im offenen Verfahren form- und fristgerechte Angebote abgaben, ein Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb (VV ohne TNW) durch. In der Folge korrigierten die AG die ursprüngliche Vorinformation nach Art. 7 Abs. 2 VO (EG) Nr. 1370/2007 wegen der dort als Pflichtangabe genannten geplanten Verfahrensart. In der Aufforderung zur Angebotsabgabe (AzA) zum VV ohne TNW behielten sich die AG vor, den Zuschlag auf Grundlage der Erstangebote zu vergeben, ohne in Verhandlungen mit den Bietern einzutreten. Bieter B wurde darüber informiert, dass das Erstangebot eines Konkurrenten den Zuschlag erhalten soll. Dies rügte B. Der Verzicht auf Verhandlungen verletze ihn in seinen Rechten. Die AG hätten sich nicht (form-)wirksam vorbehalten, den Zuschlag auf Erstangebote zu erteilen. Zudem verletze der Verhandlungsverzicht den Wirtschaftlichkeitsgrundsatz.

Dem folgte die VK Sachsen nicht. Der Wortlaut von § 17 Abs. 11 VgV erfasse nicht, inwieweit eine Pflicht zur Durchführung von Verhandlungen besteht, wenn der Auftrag im Wege eines VV ohne TNW vergeben werden soll. In diesem Fall sei es aus Sicht der VK zulässig, auf Verhandlungen zu verzichten, sofern ein entsprechender Vorbehalt - wie hier - der AzA bzw. den Vergabeunterlagen entnommen werden kann. Dem stehe nicht entgegen, dass die AG in der Korrektur der Vorinformation den Zuschlagsvorbehalt nicht aufführten. Denn eine Vorinformation nach der VO (EG) Nr. 1370/2007 sei keine Auftragsbekanntmachung oder Aufforderung zur Interessenbestätigung i.S.d. § 17 Abs. 11 VgV. Der Vorbehalt in der AzA wahre das Transparenzgebot, da für die Bieter deutlich werde, dass sie ggf. nur eine Chance für ihre Angebotsabgabe haben. Würde man im VV ohne TNW generell den Vorbehalt eines Zuschlags auf Erstangebote verneinen, wären dringliche Beschaffungen wegen der dann immer erforderlichen ersten Verhandlungsrunde ggf. nicht zeitnah abschließbar. Die Anwendung des Zuschlagsvorbehalts in § 17 Abs. 11 VgV sei auch nicht rechtfertigungsbedürftig. Der Gesetzgeber habe eine solche Begründungspflicht nicht vorgesehen. Auch aus dem Wirtschaftlichkeitsgrundsatz lasse sich in einem VV ohne TNW keine Pflicht zur Durchführung mindestens einer Verhandlungsrunde ableiten.

Bedeutung für die Praxis

Die Entscheidung überzeugt. § 17 Abs. 11 VgV setzt nach seinem Wortlaut einen Vorbehalt in der Auftragsbekanntmachung oder in der Aufforderung zur Interessensbestätigung voraus. Diese gibt es bei einem VV ohne TNW nicht. Es entspricht daher auch der herrschenden Ansicht in der Literatur, dass im VV ohne TNW auf Verhandlungen verzichtet werden kann, sofern ein entsprechender Vorbehalt der AzA bzw. den Vergabeunterlagen entnommen werden kann. Art. 29 Abs. 4 RL 2014/24/EU, umgesetzt in § 17 Abs. 11 VgV, soll insoweit analog gelten. Auftraggebern ist zu raten, eindeutig festzulegen, ob ein Erstangebot verbindlich sein muss, d.h. mit dem Zuschlag versehen werden kann.