

## Update Vergaberecht

### Auftragswert in einer Ex-ante-Transparenzbekanntmachung

#### VK Südbayern, Beschluss vom 29.06.2023 – 3194.Z3-3\_01-23-3

Auftraggeber A gab mit freiwilliger Ex-ante-Transparenzbekanntmachung die beabsichtigte Vergabe eines Software-Lieferauftrags im Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb an Unternehmen B bekannt. Zur Begründung der Verfahrensart erklärte A, eine europaweite Markterkundung habe ergeben, dass nur B alle Anforderungen an die Software erfüllen könne, so dass aus technischen Gründen kein Wettbewerb bestehe. Als Gesamtwert des Auftrags war in der Bekanntmachung ein Betrag von „1,00 Euro“ aufgeführt. In der folgenden Vergabebekanntmachung im EU-Amtsblatt war der tatsächliche Auftragswert angegeben. Software-Anbieterin C rügte die Vergabe ohne wettbewerbliches Verfahren und stellte Nachprüfungsantrag.

Mit Erfolg! Nach Auffassung der VK Südbayern bestand keine gesetzliche Grundlage für eine direkte Auftragsvergabe an B. Die entsprechenden Vorschriften seien als Ausnahmetatbestände eng auszulegen und anzuwenden. Aufgrund der negativen Auswirkungen auf den Wettbewerb sollten Verhandlungsverfahren ohne vorherige Veröffentlichung einer Auftragsbekanntmachung nur unter sehr außergewöhnlichen Umständen zur Anwendung kommen. Die Begründung des A werde diesen Anforderungen jedoch nicht gerecht. Dementsprechend sei die Ansicht der A, die Voraussetzungen einer Direktvergabe seien gegeben, nicht vertretbar, so dass die Voraussetzungen des Ausnahmetatbestands § 135 Abs. 3 GWB bereits aus diesem Grund nicht vorlägen. Hinsichtlich der Voraussetzungen dieser Norm stellt die Vergabekammer darüber hinaus die Überlegung an, ob die Transparenzbekanntmachung der A überhaupt den nach § 135 Abs. 3 Satz 2 GWB vorgeschriebenen Mindestinhalt aufweise, da sie einen unzutreffenden Gesamtwert des Auftrags nenne. Denn es sei der „Vertragsgegenstand“ zu beschreiben und dieser umfasse in synallagmatischen Verträgen sowohl Leistung als auch Gegenleistung, so dass eine Pflicht zur Nennung des konkreten Auftragswerts bestehen könne.

#### Bedeutung für die Praxis

Soweit die Vergabekammer die Überlegung anstellt, es könne eine Pflicht bestehen, in der Ex-ante-Transparenzbekanntmachung den konkreten Auftragswert anzugeben, sollten Auftraggeber diese Anforderung berücksichtigen, um die Annahme der Unwirksamkeit eines im Wege der Direktvergabe abgeschlossenen Vertrags im Rahmen eines Nachprüfungsverfahrens zu vermeiden. Ob sich eine solche Pflicht zur Benennung des konkreten Auftragswerts jedoch tatsächlich aus § 135 Abs. 3 GWB ergibt, ist nicht ohne Zweifel. Denn der Begriff „Vertragsgegenstand“ kann sich sowohl auf die Kombination von Leistung und Gegenleistung beziehen als auch nur auf die Leistung. Die Nennung des Vertragsgegenstands soll einem nicht berücksichtigten Unternehmen ermöglichen zu erkennen, ob es für den Auftrag ebenfalls in Betracht gekommen wäre. Hierfür ist die Nennung der zu erbringenden Leistung, nicht jedoch der Gegenleistung erforderlich. Es bleibt daher abzuwarten, ob die Auffassung der VK Südbayern sich in anderen Entscheidungen bestätigen wird.