

Update Vergaberecht

Vorinformation nach § 134 GWB schafft Vertrauenstatbestand

VK Niedersachsen, Beschluss vom 08.05.2023 - VgK-08/2023

Der öffentliche Auftraggeber A schrieb Bewachungsdienstleistungen im Offenen Verfahren aus. Es beteiligte sich unter anderem Bieter B durch Abgabe eines Angebots. Mit Schreiben vom 03.02.2023 informierte A den B gemäß § 134 GWB, dass er beabsichtige, den Zuschlag am 31.03.2023 auf das Angebot des Mitbewerbers C zu vergeben. B rügte die Vergabeentscheidung. Er meint, dass C bei der Kalkulation Vorgaben eines Tarifvertrags nicht berücksichtig habe. Noch vor dem angekündigten Zeitpunkt erteilte A den Zuschlag an C. Daraufhin stellte B einen Nachprüfungsantrag.

Soweit der Nachprüfungsantrag sich gegen die vorzeitige Zuschlagserteilung richtet, hat er Erfolg. Die Vergabekammer stellt fest, dass der Vertrag unwirksam sei. Einem unterliegenden Bieter müsse der früheste Zeitpunkt, ab dem er mit dem Vertragsschluss rechnen müsse, genannt werden. Da es sich bei der in § 134 Abs. 2 Satz 1 GWB geregelten Frist lediglich um eine Mindestwartefrist handele, könne der öffentliche Auftraggeber die Frist bewusst verlängern. Wenn der Auftraggeber dem unterlegenen Bieter allerdings einen späteren Zeitpunkt für den frühestmöglichen Vertragsschluss nenne, als sich aus der gesetzlich zwingenden Stillhaltefrist ergibt, sei er an den von ihm genannten Zeitpunkt gebunden. In diesem Fall schaffe er einen Vertrauenstatbestand. Im Übrigen blieb der Nachprüfungsantrag ohne Erfolg. Die Wertung der Angebote selbst sei nicht zu beanstanden. Insbesondere habe es keine Verpflichtung gegeben, Tarifverträge bei der Kalkulation zu berücksichtigen. Für die ausgeschriebenen Leistungen gebe es in Niedersachsen keinen für allgemeinverbindlich erklärten Tarifvertrag. Daher reichte die nach § 4 NTVergG erforderliche Einhaltung der Vorgaben zum Mindestlohn.

Bedeutung für die Praxis

Gerade beim Verfassen der Vorinformationsschreiben ist eine besondere Sorgfalt geboten. In vielen Fällen ist der Auftraggeber in der Lage, erkannte Vergabefehler selbständig zu korrigieren (beispielsweise durch Wiederholung von Ermessenentscheidungen oder gar eine Zurückversetzung des Verfahrens). Ein versehentlich falsch eingetragenes Datum kann, wie die Entscheidung deutlich macht, zur (schwebenden) Unwirksamkeit eines geschlossen Vertrags führen, die nach der Regelung des § 135 Abs. 1 GWB eintritt, wenn sie "in einem Nachprüfungsverfahren" festgestellt wird. Ein Auftraggeber ist also nicht mehr selbständig in der Lage, einen solchen Fehler zu korrigieren (unterstellt, dass keine anderweitigen Anfechtungsmöglichkeiten nach §§ 119 ff. BGB bestehen).