



UPDATE VERGABERECHT

ZURÜCKVERSETZUNG BEI WIDERSPRÜCHLICHEN UNTERLAGEN NUR EINGESCHRÄNKT MÖGLICH?

OLG Celle, Beschluss vom 12.09.2019 – 13 U 41/19 (Kart)

In einem Verfahren zur Vergabe eines Wegenutzungsvertrages nach §§ 46 f. EnWG beabsichtigte die Kommune nach der Öffnung der Angebote die Zurückversetzung in den Stand vor Angebotsabgabe. Dies begründete sie damit, dass die Vergabeunterlagen mit Blick darauf, ob die Bieter Kündigungsrechte anbieten durften, unklar gewesen seien. Eine Aufklärung hatte insofern ergeben, dass dies von den beiden Bietern unterschiedlich bewertet worden war. Bieter B, der Kündigungsrechte angeboten hatte, wendet sich gegen die Zurückversetzung.

Das OLG gibt B Recht. Die für das Kartellvergaberecht herausgearbeiteten Grundsätze über die Zulässigkeit einer Zurückversetzung des Verfahrens zur Fehlerkorrektur seien entsprechend auf das Auswahlverfahren nach §§ 46 ff EnWG zu übertragen. Hieran ändere sich auch nichts dadurch, dass nach § 46 Abs. 1 EnWG ein Kontrahierungszwang bestehe, während nach dem Kartellvergaberecht der Auftraggeber seine Beschaffungsabsicht grundsätzlich aufgeben dürfe. Nach diesen Grundsätzen sei eine Zurückversetzung des Verfahrens zur Fehlerkorrektur grundsätzlich zulässig, wenn ein öffentlicher Auftraggeber vor Zuschlagserteilung einen erheblichen Fehler in den Vergabeunterlagen feststelle. Ein solcher erheblicher Fehler könne auch in unklaren Vergabeunterlagen liegen. Unklare Unterlagen führten aber nicht zu einem erheblichen Fehler, wenn der Widerspruch in den Unterlagen für alle Bieter auf der Hand lag und die Bewerber die Möglichkeit zur Rüge der Unklarheit nicht in Anspruch genommen haben. Vor diesem Hintergrund bestehe hier kein billigerweise zu berücksichtigendes Interesse der Kommune, das Verfahren nicht auf der Grundlage der eingegangenen Angebote abzuschließen.

Bedeutung für die Praxis

Es ist zunächst zu begrüßen, dass das OLG die Zulässigkeit einer Zurückversetzung in Verfahren nach §§ 46 f. EnWG anerkennt und dabei das Kartellvergaberecht entsprechend anwendet. Dies sorgt für weitere Rechtssicherheit für das in §§ 46 f. EnWG nur rudimentär geregelte Verfahren. Nicht gänzlich überzeugend ist der auch auf das Kartellvergaberecht bezogene Ansatz des OLG, dass ein Widerspruch in den Unterlagen nicht erheblich ist, wenn dieser erkennbar war und der Bieter die rechtzeitige Rüge versäumt hat. Das Kartellvergaberecht (hier § 63 VgV) kennt ein solches subjektives Merkmal nicht. Stattdessen wird dort auf das rein objektiv zu verstehende Merkmal „schwerwiegender Grund“ abgestellt. Das OLG hat hier offensichtlich vor der Prüfung zurückgeschaut, ob die Zurückversetzung allein dem Zweck diene, dem bevorzugten Bieter eine erneute Chance auf den Zuschlag zu eröffnen.