



UPDATE VERGABERECHT

ÄNDERUNG DER VERGABEUNTERLAGEN VOR ZUSCHLAGSERTEILUNG

OLG Celle, Beschluss vom 24.10.2019 – 13 Verg 9/19

Ein Auftraggeber (AG) schrieb Rettungsdienstleistungen aus. Die Vergabeunterlagen sahen vor, dass die Bieter die Rettungsdienstleistungen von einem geeigneten Standort aus erbringen müssen, der sich innerhalb eines näher beschriebenen Gebietes befinden musste. Bieter B wies den AG darauf hin, dass es ihm trotz größter Bemühungen nicht gelang, einen geeigneten Standort im vorgegebenen Gebiet anzubieten. Er könne jedoch einen Standort anbieten, der etwa 150 Meter außerhalb des vorgegebenen Gebiets liege und eine verkehrsgünstige Lage aufweise. Nach Prüfung dieses Standorts durch den AG teilte dieser B - jedoch nicht den weiteren Bietern - mit, dass der alternative Standort zugelassen werde. Nachdem B den Zuschlag erhielt, erfuhr Bieter A, der sich ebenfalls am Verfahren beteiligte und einen Standort im vorgegebenen Gebiet anbot, dass B einen Standort außerhalb des vorgegebenen Gebiets plane. Nach erfolgloser Rüge beantragt A Nachprüfung mit dem Antrag festzustellen, dass der zwischen dem AG und B geschlossene Vertrag unwirksam sei.

Ohne Erfolg! Der Zuschlag sei nicht nach § 135 Abs. 1 Nr. 2 GWB unwirksam, weil wesentliche Änderungen ein neues Vergabeverfahren erfordert hätten. § 132 GWB sei auf Änderungen von Vergabebedingungen vor Zuschlagserteilung nicht analog anwendbar. Es fehle an einer vergleichbaren Interessenlage. Denn § 168 Abs. 2 Satz 1 GWB zeige, dass der Gesetzgeber das Vertrauen der Parteien in den Bestand abgeschlossener Verträge regelmäßig höher bewerte als das Interesse unterlegener Bieter an der Beendigung eines vergaberechtswidrig abgeschlossenen Vertrags. Schließlich sei der Vertrag auch nicht nach § 138 BGB unwirksam. Denn ein dafür erforderlicher grober Vergaberechtsverstoß durch gezielte Benachteiligung des A – z.B. durch kollusives Zusammenwirken zwischen dem AG und B – sei nicht feststellbar.

Bedeutung für die Praxis

Die Entscheidung überzeugt. Die Anknüpfung an den Vertragsschluss lässt eine Rechtssicherheit bietende Differenzierung zwischen dem Stadium des laufenden Vergabeverfahrens, in dem betroffene Bieter Primärrechtsschutz erlangen können und dem Stadium der Vertragsdurchführung zu, in dem sie regelmäßig auf Sekundäransprüche beschränkt sind. Da die analoge Anwendung von § 132 GWB auf Änderungen von Vergabebedingungen vor Zuschlagserteilung jedoch teilweise bejaht wird, bleibt insoweit die weitere Rechtsprechung abzuwarten.