

VOF: Vorbefasster Bewerber muss ausgeschlossen werden!

1. Ein Architekt der für die Vergabestelle im Vorfeld der Ausschreibung von Architektenleistungen Vorleistungen im Umfang der Leistungsphasen 1 und 2 im Sinne der HOAI erbringt, ist als Bewerber auszuschließen.
2. Das die Person des Architekten betreffende Wettbewerbsverbot erstreckt sich auch auf die als Bewerber auftretende ARGE, deren Gesellschafter (i.S. einer GbR) der Architekt ist.
3. Es ist offen, ob das Wettbewerbsverbot ausnahmslos gilt oder nicht eingreift, wenn die Vorbefassung den Wettbewerb nicht beeinträchtigt. Die Darlegungs- und Beweislast läge aber bei dem vorbereiteten Bewerber.

OLG Jena, Beschluss vom 08.04.2003 - 6 Verg 9/02; Volltext: www.ibronline.de

GWB § 97 Abs. 2, 5, § 107 Abs. 2; VOF §§ 4, 6 Abs. 2; VOL/A § 6 Nr. 3

Problem/Sachverhalt

Die Vergabestelle (Vst) lässt zur Vorbereitung der Gesamtsanierung eines historischen Theaters honorierte Planungsleistungen im Umfang der „Leistungsphasen 1 und 2 HOAI“ von einem Architekten erbringen. Im anschließenden europaweiten Vergabeverfahren nach VOF für alle Objekt- und Fachplanungsleistungen beteiligt sich der Architekt als Mitglied einer ARGE. Die von ihm federführend erstellten umfangreichen Projektunterlagen sollen ausdrücklich Bestandteil des abzuschließenden Vertrages werden. In der Bewerbung der ARGE weist diese ausdrücklich auf ihre Vertrautheit mit dem Objekt hin. Die Vst fordert die ARGE zu Vertragsverhandlungen auf, ändert aber im Rahmen der Wertung der Angebote die Gewichtung innerhalb der bekannt gegebenen Bewertungsmatrix. Diesen Verfahrensfehler rügt die ARGE im Rahmen eines Nachprüfungsverfahrens und obsiegt vor der Vergabekammer. Die für den Auftrag vorgesehenen Architekten und die Vst legen gegen die Entscheidung sofortige Beschwerde ein.

Entscheidung

Mit Erfolg. Der Senat verneint das Rechtsschutzbedürfnis der ARGE für das Nachprüfungsverfahren wegen fehlender Zuschlagschance. Es liegt ein zwingender Ausschlussgrund für das Angebot der ARGE vor. Die Vorbefassung des Architekten begründet ein Wettbewerbsverbot auch für die ARGE. Dies ergibt sich aus § 6 Abs. 2 VOF, dessen Zielrichtung gerade

die Vermeidung eines Wettbewerbsvorteils aufgrund der Vorbefassung ist. § 6 Abs. 2 VOF betreffe damit nicht das Mitwirkungsverbot an im Vergabeverfahren zu treffenden Entscheidungen. Diese Mitwirkung ist durch § 6 Abs. 1 VOF gerade gestattet. Das Thüringer OLG geht überdies davon aus, dass das Wettbewerbsverbot generell gilt, lässt die Frage aber offen, da die ARGE einer einschränkenden Auslegung bezüglich der fehlenden Wettbewerbswirksamkeit der Vorbefassung beweibelastet wäre und diesbezüglich nichts vorgetragen hat.

Praxishinweis

Die Entscheidung zeigt, dass wettbewerbswirksame Wissensvorsprünge im Vergabeverfahren zum Ausschluss des Bieters führen müssen, wenn sie nicht kompensiert werden können. Die Auslegung des § 6 Abs. 2 VOF als ein Wettbewerbsverbot ist neu und begegnet Bedenken. Die VK Sachsen (IBR 2002, 513) sieht die Zielrichtung der Norm eher im Sinne des § 4 Nr. 1 VOF als Mitwirkungsverbot bei Auswahlentscheidungen. Dieser Auslegung muss wohl der Vorrang eingeräumt werden. Die untersagte Beteiligung des Sachverständigen ist, wie § 6 Nr. 3 Satz 2 VOL/A zeigt, nicht die Teilnahme am Verfahren. Als Ausschlussgrund wäre § 97 Abs. 2 GWB i.V.m. § 4 Nr. 2 und 3 VOF heranzuziehen, da durch den Wissensvorsprung eine Gleichbehandlung aller Bieter nicht gewährleistet werden konnte.

RA Andreas Voigt, Leipzig