

(BS/Ute Jasper/Lars Hettich*) Wenn ein öffentlicher Auftraggeber ein technisch schwieriges Projekt umsetzen will, muss er bereits im Planungsstadium die Unterstützung externer Unternehmen in Anspruch nehmen. Mit der Auswahl dieses so genannten Projektanten trifft er eine wichtige Entscheidung für die spätere Auftragsvergabe. Denn das planende Unternehmen erhält in dieser Phase oft wichtige Informationen über das Projekt und dessen wirtschaftliche Hintergründe und ist damit gegenüber seinen Konkurrenten privilegiert. Wird das Vorhaben anschließend ausgeschrieben, darf der Projektant – wenn er einen Wissensvorsprung hat – nicht am Vergabeverfahren beteiligt werden.

Der öffentliche Auftraggeber darf nicht "sehenden Auges" einen Bieter begünstigen. Im Gegenteil: Er muss aktiv Vorsorge gegen Interessenkonflikte treffen und auf einen transparenten und neutralen Ablauf des Vergabeverfahrens achten. Praktisch ist es jedoch schwierig festzustellen, wann ein Bieter als Projektant vom Wettbewerb auszuschließen ist.

Unklare Rechtslage

Der Gesetzgeber gibt dem öffentlichen Auftraggeber keine klaren Leitlinien an die Hand, um dieses Problem zu lösen. Die Verdingungsordnungen enthalten in § 7 Nr. 1 VOB/A, § 6 Nr. 3 VOL/A und § 6 Abs. 2 VOF nur die wenig aussagekräftige Regelung, dass Sachverständige weder unmittelbar noch mittelbar an der betreffenden Auftragsvergabe beteiligt sein dürfen. Lediglich für Bauvorhaben des Bundes regelt das Vergabehandbuch in Nr. 1.3 zu § 8 VOB/A, dass Unternehmen, die mit der Planung oder Ausarbeitung der Vergabeunterlagen beauftragt waren, grundsätzlich nicht an der Ausschreibung teilnehmen dürfen.

Auch die Rechtsprechung hat bisher keine einheitlichen Grundsätze aufgestellt, die den öffentlichen Auftraggebern den rechtssicheren Umgang mit Projektanten im Vergabeverfahren ermöglichen. So verlangt das Oberlandesgericht Jena, dass die Vergabestelle einen an der Planung Beteiligten in keinem Fall beauftragen darf, um dadurch bereits die abstrakte Möglichkeit einer Wettbewerbsverzerrung zu unterbinden. Realisiere sich das Risiko einer Wettbewerbsverzerrung bei der späteren Vergabe tatsächlich nicht, dann sei dies nur als vom Bieter zu beweisender Ausnahmetatbestand beachtlich (Beschluss vom 8.04.2003, Az: 6 Verg 9/02).

Wettbewerbsverzerrung?

Dieser "Automatismus" führt jedoch beispielsweise bei IT- oder bei Bauaufträgen zu unpraktikablen Ergebnissen. Denn hier ist die Beteiligung von Projektanten am Vergabeverfahren oftmals zweckmäßig oder sogar notwendig. Das kann beispielsweise der Fall sein bei komplexen Bauvorhaben mit umfangreichen betriebstechnischen Anlagen (zum Beispiel einem Krankenhausbau oder bei neuen Softwarelösungen), da hier die größeren Ausführungsfirmen, die meist eigene Planungsabteilungen unterhalten, gegenüber reinen Fachplanern oftmals einen Entwicklungsvorsprung haben. Solche Unternehmen sind häufig nicht bereit, die

Planungsarbeiten zu übernehmen, wenn sie sich nicht an der Vergabe der Bauleistung beteiligen dürfen.

Aus diesem Grund ist der Rechtsprechung zu folgen, die sich – wie ein Großteil der Rechtslehre – gegen einen pauschalen Ausschluss aller Projektanten vom Wettbewerb wendet und statt dessen nach der Schwere der Wettbewerbsverzerrung differenziert, die sich bei der Berücksichtigung des Projektanten im Vergabeverfahren tatsächlich verwirklicht haben muss (VK Lüneburg, Beschluss vom 17.10.2003, Az: 203-VgK-23/2003 und Beschluss vom 14.01.2002, Az: 203-VgK-22/2001; VK Stuttgart, Beschluss vom 29.11.2002, Az: 1 VK 62/02 und Beschluss vom 3.06.2002, Az: 1 VK 20/02). Entscheidender Maßstab ist der Gleichbehandlungsgrundsatz, also die Frage, ob der Projektant einen wesentlichen Wettbewerbsvorsprung hat.

Besondere Umstände

Die Schwere der Wettbewerbsverzerrung bemisst sich nach Art und Umfang der konkreten Tätigkeit, die der Projektant im Vorfeld der Vergabe für den Auftraggeber ausgeübt hat. Entscheidend ist, ob sich der Projektant lediglich an den Entwurfs- und Planungsarbeiten des Auftraggebers beteiligt hat oder ob unmittelbar an den Vorarbeiten für die Ausschreibung, insbesondere bei der Erstellung des Leistungsverzeichnisses, mitgewirkt worden ist. Eine alleinige Ausgestaltung der Verdingungsunter-

lagen führt noch nicht zu einer einseitigen Bevorzugung des Projektanten. Auch reine Planertätigkeiten reichen nicht aus, um eine Wettbewerbsverzerrung zu begründen.

Vielmehr müssen für die Annahme einer Wettbewerbsverzerrung besondere Umstände hinzukommen, zum Beispiel, dass die Leistungsbeschreibung auf die spezifischen Interessen des Projektanten zugeschnitten sind. Richtigerweise ist der Ausschluss eines Projektanten vom Wettbewerb nur dann gerechtfertigt, wenn deutliche Hinweise auf Wettbewerbsvorteile vorliegen, die sich nicht aus besserer Eignung, größerer Zuverlässigkeit und höherer Leistungsfähigkeit, sondern allein aus dem Zufall der Vorbefassung mit dem Auftrag der Vergabestelle ergeben.

Vorsprung ausgleichen

Wenn der Auftraggeber den Projektanten in den Wettbewerb einbeziehen will, so kann und muss er alles unternehmen, um einen Informationsvorsprung des Projektanten gegenüber den anderen Bietern zu kompensieren und so dem Gleichbehandlungsgrundsatz Rechnung zu tragen. Das kann beispielsweise dadurch geschehen, dass die Informationen, die der Auftraggeber dem Projektanten zugänglich gemacht hat, auch allen Bietern zur Verfügung gestellt werden. Ferner müssen die vom Projektanten im Vorfeld der Vergabe erstellten Entwürfe, Grobstudien und sonstigen Dokumente in die Vergabeunterlagen aufgenommen und dadurch jedem Bieter für die eigene Kalkulation zur Verfügung gestellt werden.

Die Zeit für die Kalkulation darf nicht so knapp bemessen werden, dass nur der vorinformierte Projektant ohne Termindruck ein Angebot erstellen kann. Der Auftraggeber muss das vom Projektanten eingehende Angebot besonders im Hinblick auf den Preis untersuchen und mit den Angeboten der übrigen Bieter vergleichen, um so gegebenenfalls Anhaltspunkte für ungerechtfertigte Kalkulationsvorteile zu erkennen.

Schließlich muss die Vergabestelle im Interesse eines geordneten Wettbewerbs darauf achten, dass der betreffende Projektant nicht die übrigen Bieter auswählt, die Angebote entgegennimmt und verwahrt oder die Angebotsprüfung und -wertung vornimmt.

(Zwischenzeilen durch die Redaktion)

*Dr. Ute Jasper und Lars Hettich sind Rechtsanwälte der Sozietät Heuking Kühne Lüer Wojtek, Düsseldorf

Das neue EU-Vergaberecht



Der durch die neuen EU-Richtlinien ermöglichte wettbewerbliche Dialog soll auch zur Lösung der Projektanten-Problematik beitragen. Eine kritische Würdigung dieser Verfahrensart durch Dr. Ute Jasper und D. Schwarz findet sich in: Behörden Spiegel 05/04 S. 20.