

Mario Mathias Ohle/Julie von dem Bussche

Der Projektant als Bieter in komplexen IT/TK-Ausschreibungen

Über das Risiko eines Ausschlusses von der öffentlichen Vergabe und geeignete Gegenmaßnahmen für Auftraggeber und Auftragnehmer

Der Beitrag beschäftigt sich mit der häufig vorkommenden Problematik, dass Unternehmen bei der Vorbereitung einer öffentlichen Ausschreibung notwendige Vorleistungen für die öffentliche Hand erbringen; sie auf Grund dieser Vorleistungen jedoch Gefahr laufen, zur Wahrung der Chancengleichheit von der Ausschreibung als Bieter ausgeschlossen zu werden. Diese auch als „Projektantenproblematik“ bezeichnete Situation ist bei komplexen IT- bzw. TK-Projekten bisweilen eher die Regel denn die Ausnahme. Nach einer Einführung in die Projektantenproblematik am Beispiel aktueller staatlicher IT-/TK-Beschaffungsvorhaben (Ziff. I) geht der Beitrag auf die vergaberechtliche Bewertung dieser Problematik durch Gesetz und Rechtsprechung (Ziff. II) und deren Auswirkungen in der Praxis (Ziff. III) ein. Darauf aufbauend werden mögliche Gegenmaßnahmen, insbesondere des öffentlichen Auftraggebers, diskutiert, durch die ein Ausschluss des Projektanten als Bieter verhindert werden kann (Ziff. IV).

I. Die Projektantenproblematik

1. Abgrenzung zur Interessenkollision

Die Projektantenproblematik behandelt ausschließlich die Zulässigkeit einer Teilnahme von vorleistenden Unternehmen als Bieter an Ausschreibungen der öffentlichen Hand, welche – und sei es auch nur zum Teil – auf diesen Vorleistungen basieren. Nicht gemeint ist das Problem der Mitwirkung an der Vergabeentscheidung beim öffentlichen Auftraggeber durch eine Person, die einem als Bieter beteiligten Unternehmen nahe steht. Letzteres Problem der Interessenkollision ist ausschließlich an den öffentlichen Auftraggeber und seine Pflicht zur Neutralität adressiert und wurde – anders als die Projektantenproblematik – durch § 16 Vergabeverordnung (VgV) gesetzlich geregelt und mit einem Verbot belegt. In Rechtsprechung und Literatur werden diese beiden Problemkreise mehrheitlich nicht systematisch voneinander abgegrenzt und infolgedessen unsachgemäß

den gleichen Regeln unterworfen.¹ Die Verfasser dieses Beitrages sind der Ansicht, dass für die vergaberechtliche Bewertung dieser beiden Problemkreise unterschiedliche Maßstäbe anzusetzen sind. Anders formuliert: § 16 VgV und seine Rechtsfolgen haben mit der Projektantenproblematik schlicht nichts zu tun.

2. Interessen der Beteiligten

Die öffentliche Hand plant in zunehmendem Maße Beschaffungsvorhaben, die nicht nur in ihrem finanziellen Umfang und ihrer Komplexität alles zuvor Gekannte in den Schatten stellen. Gerade im Bereich der Informationstechnologie und Telekommunikation betritt die öffentliche Hand mit aktuellen Projekten nicht selten technisches Neuland. Projekte wie die Einführung der Maut,² BOS-Digitalfunk,³ die elektronische Gesundheitskarte⁴ und die Einrichtung von biometrischen Grenzkontrollen⁵ haben IT-/TK-Aufgaben zum Leistungsgegenstand, die zum Teil selbst noch in der Entwicklungsphase stecken. Die sich daraus ergebenden technischen und organisatorischen Anforderungen verlangen einen erheblichen Umfang an Vorarbeiten, bis das Stadium einer erfolgsversprechenden Ausschreibung der tatsächlichen Umsetzung des Beschaffungsprojektes (dem „Roll Out“) erreicht ist. Die vorerst gescheiterte Einführung der Maut zeigt, welche Probleme – und damit einhergehende Verluste in Milliardenhöhe – eintreten können, wenn der öffentliche Auftraggeber die Entwicklung der zwingend notwendigen technischen Voraussetzungen über eine früh angesetzte Ausschreibung des gesamten Beschaffungsvorhabens auf den Bieter überwälzt.⁶

Das Desaster der Mautvergabe im Nacken, ist die öffentliche Hand zusehends bemüht, die Vorbereitung und Entwicklung des jeweiligen Beschaffungsvorhabens bis zur Ausarbeitung einer konkreten Lösungsarchitektur selbst durchzuführen. Innerhalb der öffentlichen Vergabestellen werden z.B. Projektgruppen eingerichtet, die einen möglichst weit reichenden Fahrplan für die Ausarbeitung und Durchführung des Ausschreibungsverfahrens erstellen sollen.⁷

Bereits in dieser Vorbereitungsphase ist jedoch ein hohes Maß an organisatorischer Flexibilität und technischen Know-hows auf dem Gebiet der Informationstechnologie erforderlich, über die der öffentliche Auftraggeber in der Regel nicht selbst verfügt. Anders als bei den „klassischen“ Beschaffungsvorhaben (wie insbesondere bei Bau- und Infrastrukturprojekten), kann die öffentliche Hand auf dem Gebiet der Anschaffung von Informationstechnologie auf keinen großen Erfahrungsschatz zurückgreifen. Aus diesem Grund ist sie besonders im IT-/TK-Bereich gehalten, sich bei der Vorbereitung der eigentlichen Ausschreibung an Unternehmen zu wenden, die auf dem jeweilig relevanten Markt aktiv sind. So haben auch für Projekte wie BOS-Digitalfunk, biometrische Grenzkontrollen und die elektronische Gesundheitskarte die zuständigen öffentlichen Stellen (und teil-

▷ Dr. Mario Mathias Ohle ist Partner der Anwaltssozietät Taylor Wessing in Berlin. Julie Freiin von dem Bussche, LL.M., ist bei Taylor Wessing, Berlin, als Associate tätig.

1 OLG Hamburg v. 4.11.2002 – 1 Verg 3/02, OLGReport Hamburg 2003, 129; OLG Koblenz, Beschl. v. 5.9.2002 – 1 Verg. 2/02; VK Niedersachsen, Beschl. v. 21.1.2003 – 203 VgK. 30/2002; *Kulartz/Niebuhr*, NZBau 2000, 6 (12); *Kullak*, Dt. Baublatt Nr. 306, Mai/Juni 2004, S. 20 f.

2 Als Überblick zur Einführung der Maut siehe: http://de.wikipedia.org/wiki/LKW_Maut_in_Deutschland.

3 Siehe Sachstandsberichte der Projektgruppe BOS-Digitalfunk: www3.bundesrat.de.

4 Umfassende Informationen zur Einführung der elektronischen Gesundheitskarte unter: www.dimdi.de.

5 Überblick: www.aufenthaltstitel.de/stichwort/biometrie.

6 In diesem Zusammenhang ist auch zu berücksichtigen, dass eine Übertragung der Entwicklungsleistungen auf den Auftragnehmer nur begrenzt zulässig ist. Gem. §§ 8 ff. VOL/A bzw. § 8 VOF ist die eigentliche Projektklärung Aufgabe des Auftraggebers und darf nicht auf die Bieter ebene verlagert werden (*Ohle/Sebastiani*, CR 2003, 510 [513]; *Heckmann*, CR 2004, 401 [403]).

7 Siehe z.B. die Projektgruppe BOS-Digitalfunk www.bmi.bund.de/hintergrundabteilung_bos_digitalfunk.html.

weise nicht nur diese⁸) im Vorfeld durch entsprechend spezialisierte Unternehmen Gutachten erstellen lassen und mit ihrer Hilfe Pilotprojekte durchgeführt.⁹ Genau diese Unternehmen kommen auf Grund ihrer Spezialisierung auf der anderen Seite auch für die geplante Ausschreibung des Roll Out als Bieter in Frage. Die mögliche Teilnahme als Bieter wird für viele Unternehmen gerade der Anreiz sein, im Vorfeld auf Auftraggeberseite bereits mitzuwirken: das Unternehmen erhält so die Möglichkeit, bei dem späteren Auftraggeber bereits vorstellig zu werden und kann darüber hinaus für die Ausschreibung relevante Details der Leistungsanforderungen erhalten und/oder sogar beeinflussen. Genau diese angestrebten Wettbewerbsvorteile können jedoch dazu führen, dass das Unternehmen von der Teilnahme an der Ausschreibung des Roll Out als Bieter auszuschließen ist.

II. Projektanten als Bieter

Die Problematik eines möglichen Ausschlusses des mit Vorleistungen zu der Ausschreibung beauftragten Bieters ist gesetzlich nur für den Sonderfall des Sachverständigen geregelt (Ziffer II 1). Im Übrigen wird die (Un-)Zulässigkeit der Teilnahme des insoweit bereits eingebundenen Bieters am Vergabeverfahren an dem Gleichbehandlungsgebot im Vergaberecht gemessen (Ziffer II 2). Der Bieter wird in diesem Kontext von Rechtsprechung und Literatur in der Regel als „Projektant“ bezeichnet.¹⁰

1. Ausdrückliche gesetzliche Regelungen

a) Ausschluss von Sachverständigen

Der für IT- und TK-Leistungen relevante § 6 Nr. 3 S. 1 VOL/A und der insoweit wortgleiche § 6 Nr. 2 VOF sehen vor, dass Sachverständige, die auf Seiten des Auftraggebers zur Mitwirkung herangezogen werden, „weder unmittelbar noch mittelbar an der betreffenden Vergabe beteiligt sein oder beteiligt werden“ dürfen. Für den hier behandelten Fall des Projektanten als Bieter werden diese Vorschriften jedoch selten einschlägig sein. Zwar ist nach herrschender Ansicht der Begriff des Sachverständigen weit und funktional auszulegen.¹¹ Ein Sachverständiger i.S.d. §§ 6 VOL/A, 6 VOF ist jedoch nur eine Person, die gegenüber dem Auftraggeber eine neutrale Stellung einnimmt und aus dieser Position heraus für den Auftraggeber tätig wird.¹² Ein auf der Seite des Auftraggebers für die Vorarbeiten einbezogenes Unternehmen ist hingegen regelmäßig nicht neutral, sondern an die Weisungen des Auftraggebers gebunden.¹³

b) Mitwirkungsverbot gemäß § 16 VgV

Entgegen einer verbreiteten Ansicht in Literatur¹⁴ und Rechtsprechung¹⁵ kann § 16 VgV u.E. nicht als gesetzliche Grundlage für den Ausschluss des Projektanten als Bieter herangezogen werden. Diese Vorschrift passt weder tatbestandlich noch hinsichtlich ihrer gebotenen Rechtsfolge. § 16 VgV regelt ein Mitwirkungsverbot von „natürlichen Personen“ „bei Entscheidungen in einem Vergabeverfahren für einen Auftraggeber“. Unter bestimmten Voraussetzungen verboten ist gemäß § 16 VgV somit die Mitwirkung von (Einzel-)Personen an Entscheidungen im Vergabeverfahren auf Auftraggeberseite. Diese Vorschrift befasst sich jedoch gerade nicht mit der Zulässigkeit der Teilnahme einer (natürlichen oder juristischen) Person als Bieter eines Vergabeverfahrens. Folglich kommt es bei der hier behandelten Proble-

matik des Bieterausschlusses für eine Anwendbarkeit des § 16 VgV auch nicht darauf an, ob das Vergabeverfahren bereits eingeleitet ist¹⁶ oder ob zum Zeitpunkt der fraglichen Vergabeentscheidung bereits Bieter vorhanden waren.¹⁷

Rechtsfolge eines Verstoßes gegen § 16 VgV ist die Fehlerhaftigkeit des Vergabeverfahrens. Der Fehler liegt in der Entscheidung im Vergabeverfahren, die unter Mitwirkung der von § 16 VgV beschriebenen Person zu Stande gekommen ist.¹⁸ Dieser Verfahrensmangel ist nicht durch den Ausschluss des betroffenen Unternehmens auf Bieterseite behebbar. Sein Ausschluss macht die fehlerhaft zu Stande gekommene Entscheidung nicht rückgängig.¹⁹ Der so entstandene Vergabefehler kann allenfalls durch die Aufhebung und ggf. Neuvornahme der betroffenen Vergabeentscheidung geheilt werden.²⁰ Hatte die Entscheidung Einfluss auf den Fortgang des Vergabeverfahrens, ist das Verfahren in die Lage zurückzusetzen, in der es sich vor der Mitwirkung der auszuschließenden Person befand.²¹

2. Projektanten im Ausschreibungsverfahren

Mangels ausdrücklicher gesetzlicher Regelung wird die (Un-)Zulässigkeit der Teilnahme eines Projektanten an der durch ihn mittelbar oder unmittelbar mit vorbereiteten Ausschreibung an dem vergaberechtlichen Gleichbehandlungsgebot gemessen.²²

8 Bei Einführung der elektronischen Gesundheitskarte hat z.B. sowohl der Bund im Rahmen des Projektes bIT4health die Erstellung der Rahmenarchitektur übernommen (www.dimdi.de); als auch Bundesländer wie Bayern und Schleswig-Holstein bereits diverse Feldversuche und Pilotprojekte durchgeführt (www.stmas.bayern.de; www.gesundheitskarte-sh.de), obwohl für das Roll Out gemäß § 291a SGB V n.F. vorerst die Selbstverwaltungen im Gesundheitswesen für die Einführung zuständig sind.

9 Siehe z.B. für BOS-Digitalfunk: www.pilotprojekt-digitalfunk-aachen.de; für biometrische Grenzkontrollen: Presseerklärung des Bundesministeriums des Innern vom 12.2.2004 bzgl. des Pilotprojektes am Flughafen Frankfurt a.M.

10 Danach ist Projektant „ein Unternehmen, das mit Entwurfs- und Planungsarbeiten für die Vergabe eines Auftrages betraut wurde“, Prieß, EuZW 2001, 365 (369). Dabei ist u.E. für die Bezeichnung nicht erforderlich, dass das Unternehmen mit den Vorbereitungsarbeiten von der letztlich für das Roll Out als Auftraggeber auftretenden öffentlichen Stelle betraut wurde (a.A. wohl *Kulart/Niebuhr*, NZBau 2000, 6 [11]).

11 VK Bund, Beschl. v. 16.9.2003 – VK 2 70/02; OLG Jena, Beschl. v. 8.4.2003 – 6 Verg 9/02; *Weyand*, *ibr-online-Kommentar Vergaberecht*, Stand 28.06.2004, § 6 VOL/A, Ziffer 163.6.

12 *Müller-Wrede*, VOF-Kommentar, 2. Aufl. 2003, § 6 VOF Rn. 2; *Weyand*, *ibr-online-Kommentar Vergaberecht*, § 6 VOL/A, Ziffer 163.4.2.

13 OLG Celle, Beschl. v. 18.12.2003 – 13 Verg 22/03, OLGReport Celle 2004, 357; *Kullak*, Deutsches Baublatt Nr. 306, Mai/Juni 2004, S. 20; a.A. wohl OLG Jena, Beschl. v. 8.4.2003 – 6 Verg 9/02.

14 *Kullak*, Deutsches Baublatt Nr. 306, Mai/Juni 2004, S. 20; *Kulart/Niebuhr*, NZBau 2000, 6 (12).

15 OLG Hamburg v. 4.11.2002 – 1 Verg 3/02, OLGReport Hamburg 2003, 129; OLG Koblenz, Beschl. v. 5.9.2002 – 1 Verg. 2/02; VK Niedersachsen, Beschl. v. 21.1.2003 – 203 VgK. 30/2002.

16 OLG Koblenz, Beschl. v. 5.9.2002 – 1 Verg. 2/02.

17 OLG Jena, Beschl. v. 8.4.2003 – 6 Verg. 9/02.

18 OLG Jena, Beschl. v. 8.4.2003 – 6 Verg. 9/02; Mitteilung des Ministeriums des Inneren des Landes Brandenburg vom 25.1.2001, *GeschZ II* 4.3-09001-VgV2000, veröffentlicht unter www.mibrandenburg.de.

19 Führt z.B. die Mitwirkung des Projektanten zur Ausrichtung der Bewertungsmatrix auf einen bestimmten technischen Lösungsansatz, ist diese Auswirkung durch den Ausschluss des Angebotes des Projektanten nicht behoben.

20 VK Rheinland-Pfalz, Beschl. v. 30.4.2002 – VK 6/02; OLG Brandenburg, Beschl. v. 3.8.1999 – 6 Verg. 1/99.

21 *Hölzl*, *VergR* 2002, I f.

22 Teilweise wird dabei ergänzend der Rechtsgedanke der §§ 6 VOL/A, 6 VOF herangezogen, vgl. *Weyand*, *ibr-online-Kommentar Vergaberecht*, 2004, Ziffer 163.8.

a) Gleichbehandlungsgebot

Die Durchführung eines Vergabeverfahrens unterliegt dem Gebot der Gleichbehandlung. Eine generelle Bestimmung zum Gleichbehandlungsgrundsatz findet sich in § 97 Abs. 2 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB), die in den verschiedenen Verdingungsordnungen konkretisiert wird (z.B. § 4 Abs. 2 VOF, § 2 Abs. 2 Nr. 2 VOL A). Das Gebot ist in allen Phasen des Vergabeverfahrens zu beachten und dient dazu, die Vergabeentscheidung im Interesse eines funktionierenden Wettbewerbs auf willkürfreie, sachliche Erwägungen zu stützen.²³ Der Auftraggeber ist dadurch verpflichtet, alle Wettbewerbssteilnehmer bei der Durchführung des Vergabeverfahrens gleich zu behandeln. Die Bieter sollen sich auch im Rahmen öffentlicher Beschaffungsvorhaben so weit wie möglich im freien Wettbewerb chancengleich um den Auftrag bewerben können.²⁴

b) Möglicher Wettbewerbsvorteil des Projektanten

Ein solche Chancengleichheit der potentiellen Bieter könnte dadurch beeinträchtigt werden, dass ein oder einige Bieter durch den Auftraggeber mit der Vorbereitung des Ausschreibungsverfahrens betraut wurden. In der Vorbereitung könnten die Unternehmen für die Ausschreibung selbst relevante und anderen Bieter nicht zur Verfügung stehende Kenntnisse erlangen und/oder die Leistungsbeschreibung bzw. -bewertung in den Verdingungsunterlagen beeinflussen.²⁵ Der Kenntnisvorsprung kann dazu führen, dass der Projektant sein Angebot den tatsächlichen Wünschen des Auftraggebers besser anpassen kann und somit eine bessere Chance hat, den Zuschlag zu erhalten. Einflussmöglichkeiten bei insbesondere technischen Vorentscheidungen des Auftraggebers können sogar dazu führen, dass im weiteren Markt konkurrierende Unternehmen als Bieter gänzlich nicht mehr in Frage kommen.

c) Wettbewerbsverzerrung durch Projektanten

23 OLG Saarbrücken v. 29.5.2002 – 5 Verg 1/01, OLGReport Saarbrücken 2002, 372.

24 Dreher in Immenga/Mestmäcker, GWB, 3. Aufl. 2001, Vorb. § 97 GWB ff. Rz. 2; § 97 GWB Rz. 46.

25 Prieß, EuZW 2001, 365 (369).

26 OLG Düsseldorf, Beschl. v. 16.10.2003 – VII Verg. 57/03; OLG Jena, Beschl. v. 8.4.2003 – 6 Verg. 9/02. Bei dem in diesem Zusammenhang viel zitierten Beschluss des OLG Brandenburg (OLG Brandenburg, Beschl. vom 3.8.1999 – Verg. 237 F – „Flughafen Schönefeld“) ist hingegen zu beachten, dass zentraler Prüfungsgegenstand die Mitwirkung auf Auftraggeberseite war. Das Gericht ordnete folgerichtig auch nicht den Ausschluss des betroffenen Bieters, sondern die Aufhebung der Vergabeentscheidungen des Auftraggebers an, an denen die doppelmandatierten Personen beteiligt waren.

27 Dau/Eberstein, VOL/A, 5. Aufl. 2000, § 8 VOL/A Rz. 27.

28 OLG Brandenburg, Beschl. vom 3.8.1999 – Verg. 237 F – „Flughafen Schönefeld“; OLG Düsseldorf, Beschl. v. 16.10.2003 – VII Verg 57/03.

29 VK Baden-Württemberg, Beschl. v. 10.2.2003 – 1 VK 72/02; v. 31.1.2003 – 1 VK 70/02; VK Niedersachsen, Beschl. v. 21.1.2003 – 203 VGK 30/2002; Immenga/Mestmäcker, GWB-Kommentar, 3. Aufl. 2001, § 97 GWB Rz. 50.

30 VK Baden-Württemberg, Beschl. v. 23.1.2003 – 1 VK 70/02.

31 VK Baden-Württemberg, Beschl. v. 23.1.2003 – 1 VK 70/02.

32 Prieß, EuZW 2001, 365 (370).

33 Koppl/Ramsauer, VwVfG, 8. Aufl. 2003, § 20 VwVfG Rz. 6.

34 OLG Stuttgart, Beschl. v. 24.3.2000 – 2 Verg 2/99, OLGReport Stuttgart 2000, 272.

35 Marx in Motzke/Pietzcker/Prieß, VOB Teil A, 1. Aufl. 2001, § 97 VOB/A Rz. 16–19.

In der Rechtsprechung unstreitig ist, dass die Mitwirkung eines Unternehmens bei der Vorbereitung einer öffentlichen Ausschreibung die Gefahr einer Wettbewerbsverzerrung und damit eines Verstoßes gegen das Gleichbehandlungsgebot in sich birgt. Unter welchen Voraussetzungen die Mitwirkung des Projektanten jedoch zu einem Ausschluss des Unternehmens führen muss, wird durch die Rechtsprechung nicht einheitlich beurteilt.

aa) Bei abstrakter Gefahr

Teilweise wird vertreten, dass ein an der Vorbereitung des Ausschreibungsverfahrens beteiligtes Unternehmen in jedem Fall von der Teilnahme an der anschließenden Ausschreibung auszuschließen sei.²⁶ Bereits die abstrakte Gefahr einer Wettbewerbsverzerrung stelle einen Verstoß gegen die vergaberechtlichen Vorschriften dar.²⁷ Begründet wird diese Ansicht damit, dass die öffentliche Hand analog der Bestimmung in § 20 VwVfG bereits den bösen Schein der Befangenheit zu vermeiden habe.²⁸

bb) Erst bei konkreten besonderen Umständen

Die herrschende Meinung geht hingegen davon aus, dass der bloße Anschein einer Wettbewerbsverzerrung zu Gunsten eines oder einiger Bieter im Rahmen eines Vergabeverfahrens nicht ausreicht, um den Ausschluss des Projektanten als Bieter zu rechtfertigen.²⁹ Es müssten vielmehr besondere Umstände hinzukommen, die im konkreten Fall für eine solche Ungleichbehandlung der Bieter durch den Auftraggeber sprechen. Besondere Umstände liegen z.B. dann vor, wenn die Leistungsbeschreibungen auf die spezifischen Interessen des Projektanten zugeschnitten sind, oder die Formulierung im Leistungsverzeichnis nur von dem Projektanten richtig verstanden werden kann.³⁰ Um einen Ausschluss annehmen zu können, muss die Chancengleichheit der Bewerber dermaßen gefährdet sein, dass ein objektives Verfahren nicht mehr garantiert werden kann. Es müssen sich deutliche Hinweise auf rechtswidrige Vorteile zeigen, die aus der Beziehung zwischen dem Projektanten und der Vergabestelle resultieren.³¹

Dem ist zuzustimmen. Gegen einen Ausschluss des Projektanten allein auf Grund des „bösen Scheins“ spricht bereits, dass § 20 VwVfG für den Ausschluss auf Bieterseite nicht (ebenso wenig wie § 16 VgV, der als Konkretisierung des § 20 VwVfG³² ebenfalls ausschließlich an den Staat adressiert ist) herangezogen werden kann. Ziel des § 20 VwVfG ist, die unparteiliche Rolle des Staates zu bekräftigen und jegliche Schlüsse auf eine mögliche Voreingenommenheit zu beseitigen.³³ Die Durchführung eines Vergabeverfahrens unterfällt in der Bietersphäre primär dem Rechtsgedanken des freien Wettbewerbs.³⁴ Die Beurteilung, ob diese Teilnahme zu einer unzulässigen Bevorzugung durch den Auftraggeber führt, ist den gesteigerten Neutralitätsanforderungen des § 20 VwVfG nicht unterworfen. Letztlich stellt die insoweit unzutreffende Heranziehung des Gedankens der staatlichen Neutralitätspflicht die Fortsetzung der Fehlanwendung des § 16 VgV auf die Projektantenproblematik dar.

Damit ist das Gleichbehandlungsgebot gemäß § 97 Abs. 2 GWB in seinem Zusammenspiel mit dem Wettbewerbs- und Transparenzgebot gemäß § 97 Abs. 1 GWB³⁵ alleiniger Maßstab für die Feststellung einer vergaberechtswidrigen Teilnahme des Projektanten. Für einen Verstoß gegen den Grundsatz der Gleichbehandlung ist nach einhelliger Auffassung die Feststellung einer tat-

sächlichen Diskriminierung im Einzelfall erforderlich.³⁶ Somit bedarf es für die Unzulässigkeit einer Teilnahme des Projektanten an der Vergabe ebenfalls einer tatsächlichen Diskriminierung anderer Mitbieter im Einzelfall.

d) Kriterien zur Bestimmung eines wettbewerbswidrigen Vorteils

Eine unzulässige Wettbewerbsverzerrung zu Gunsten des Projektanten ist dann gegeben, wenn sich der Vorteil nicht aus besserer Eignung, größerer Zuverlässigkeit oder höherer Leistungsfähigkeit, sondern allein aus dem „Zufall“ der Vorbefassung mit dem Auftrag der Vergabestelle ergibt.³⁷

Die herrschende Rechtsprechung trennt bei der Ermittlung eines konkreten wettbewerbswidrigen Vorteils im Grundsatz wie folgt: Hat der Projektant lediglich an vorbereitenden Entwurfs- und Planungsarbeiten mitgewirkt, die selbst nicht Gegenstand der Leistungsbeschreibung oder der Bewertungsmatrix geworden sind, liegt grundsätzlich kein schwerwiegender Fall der Wettbewerbsverzerrung vor. Diese Annahme kann jedoch im Einzelfall anhand konkreter Anhaltspunkte widerlegt werden.³⁸ Hat sich der Bieter direkt an der Erstellung der Ausschreibungsunterlagen oder an der Prüfung und Bewertung von Angeboten beteiligt, ist grundsätzlich von einem schwerwiegenden Fall auszugehen.³⁹ Eine solche Mitwirkung ist dagegen im Einzelfall zulässig, wenn nachgewiesen werden kann, dass es zu einer ihn begünstigenden Wettbewerbsverzerrung im konkreten Fall nicht gekommen ist.⁴⁰ Wird der Bieter dann vom Auftraggeber gleichwohl ausgeschlossen, ist er seinerseits in seinem Recht auf Gleichbehandlung verletzt.⁴¹

Die Trennung nach dem Grad der Mitwirkung des Projektanten hat vor allem Konsequenzen für die Beweispflicht der Parteien in einem Nachprüfungsverfahren.⁴² Je unmittelbarer der Projektant an der Erstellung der Ausschreibungsunterlagen mitgewirkt hat, desto umfangreicher trifft den öffentlichen Auftraggeber (bzw. den Projektanten als Beigeladenen) die Beweislast dafür, dass der Projektant durch seine Mitwirkung kein Insiderwissen erlangt hat und auch die Leistungsbeschreibung oder die Bewertungsmaßstäbe für das Ausschreibungsverfahren im konkreten Fall nicht zu seinem Vorteil beeinflussen konnte.

3. Rechtsfolge rechtswidriger Wettbewerbsverzerrung

Ist der Fall einer konkreten Wettbewerbsverzerrung zu Gunsten eines Projektanten tatsächlich eingetreten, oder sprechen zumindest „schwerwiegende Gründe“ für die Annahme eines solchen rechtswidrigen Wettbewerbsvorteils, muss der Auftraggeber das Angebot des Projektanten im Vergabeverfahren ausschließen.⁴³ Anderenfalls kann er eine chancengleiche Durchführung des Ausschreibungsverfahrens nicht gewährleisten. Schließt der öffentliche Auftraggeber das Angebot des Projektanten nicht aus, ist das Verfahren vergaberechtswidrig.

III. Auswirkungen in der Praxis

Ein vergaberechtswidriges Verfahren ist weder für den Auftraggeber noch für die potentiellen Bieter wünschenswert. Wie unter Ziffer I.2. dargelegt, ist die öffentliche Hand für die Vorbereitung technisch und organisatorisch aufwendiger IT-/TK-Beschaffungsvorhaben auf die Unterstützung fachlich versierter Unternehmen an-

gewiesen. Dies gilt sowohl für die Vorbereitung der Ausschreibung im weiteren Sinne als auch für die Ausarbeitung einer konkreten Lösungsarchitektur.

Die Rechtsprechung liefert zwar Richtlinien für die rechtliche Beurteilung einer zulässigen Mitarbeit. Die damit aufgestellten Bewertungskriterien sind jedoch fließend und im Einzelfall nicht unbedingt vorhersehbar.

Will der Auftraggeber jegliche Gefahr einer unzulässigen Doppeltätigkeit vermeiden, wäre er gezwungen, Unternehmen, die auf Grund ihrer Beteiligung bei der Vorbereitung mit der Materie vertraut sind und ihre technische Leistungsfähigkeit unter Beweis gestellt haben, gerade wegen dieser Qualitäten von der Vergabe auszuschließen. Potenzielle Bieter müssten sich entweder für eine Mitwirkung in der Vorbereitung oder die Teilnahme an der Vergabe entscheiden.

Zwar wird der öffentliche Auftraggeber in den seltensten Fällen selbst den Ausschluss des Projektanten betreiben wollen. Es ist jedoch nahe liegend, dass ein nicht in gleicher Weise an der Vorbereitung beteiligtes Unternehmen die Teilnahme des vorleistenden Bieters als Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot rügen und den Ausschluss verlangen wird.

IV. Mögliche Gegenmaßnahmen

Insbesondere der öffentliche Auftraggeber hat die Möglichkeit, eine unzulässige Besserstellung des Projektanten zu verhindern bzw. nachträglich zu beseitigen. Nach Maßgabe des Gleichbehandlungsgebotes kann der Auftraggeber sogar verpflichtet sein, zum Schutze des Projektanten entsprechende Maßnahmen zu treffen.

1. Mitwirkungspflichten des Auftraggebers

Das Gleichbehandlungsgebot verpflichtet den öffentlichen Auftraggeber nicht nur dazu, (passiv) die Bevorzugung eines oder einiger Bieter zu unterlassen. Der Auftraggeber hat darüber hinaus in seinem Wirkungskreis die Pflicht, für alle potentiellen Bieter aktiv die gleichen Voraussetzungen zu schaffen.⁴⁴ Dies gilt insbesondere dann, wenn er die wettbewerbsverzerrenden Bedingungen selbst geschaffen hat.⁴⁵

2. Einzelne Maßnahmen

a) Vorgeschaltete Vergabeverfahren

Aufträge zur Vorbereitung der Ausschreibung des Roll Out können selbst in vorgeschalteten Vergabeverfahren

36 Dreher in Immenga/Mestmäcker, *GWB*, § 97 *GWB* Rz. 44–48.

37 OLG Jena, *Beschl. v. 8.4.2003 – 6 Verg. 9/02*.

38 VK Baden-Württemberg, *Beschl. v. 23.1.2003 – 1 VK 70/02; v. 3.6.2002 – 1 VK 20/02*.

39 VK Baden-Württemberg, *Beschl. v. 23.1.2003 – 1 VK 70/02; v. 3.6.2002 – 1 VK 20/02*.

40 Dreher in Immenga/Mestmäcker, *GWB*, § 97 *GWB* Rz. 44 ff.

41 VK Baden-Württemberg, *Beschl. v. 10.2.2003 – 1-VK 72/02*.

42 Der in § 110 *GWB* normierte Amtsermittlungsgrundsatz im Nachprüfungsverfahren gilt nach einhelliger Auffassung nur mit Einschränkungen, die sich insbesondere auch aus den in § 113 Absatz 2 *GWB* festgelegten Mitwirkungspflichten der Parteien des Nachprüfungsverfahrens ergeben. Danach kann die Vergabekammer den Parteien z.B. auferlegen, in einer bestimmten Frist Beweismittel zu beizubringen und bei fruchtlosem Ablauf ohne ihre Berücksichtigung zu entscheiden (*Marx in Motke/Pietcker/Prieß*, *VOB* Teil A, 1. Aufl. 2001, § 113 *VOB/A* Rz. 9 f.).

43 VK Niedersachsen, *Beschl. v. 13.10.2000 – 203-VgK – 11/2000*; VK Baden-Württemberg, *Beschl. v. 3.6.2002 – 1-VK 20/02*.

44 VK Bund, *Beschl. v. 16.9.2003 – VK 2-70/03*.

45 VK Baden-Württemberg, *Beschl. v. 29.11.2002 – 1-VK 62/02*.

vergeben werden. Überschreiten diese Aufträge die in § 2 VgV festgelegten Schwellenwerte, ist der öffentliche Auftraggeber i.d.R. sogar zur Ausschreibung verpflichtet.⁴⁶ Durch eine vorgeschaltete Vergabe kann der öffentliche Auftraggeber zudem verhindern, dass bereits der Akt der Beauftragung eines Unternehmens mit den Vorleistungen einen Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot begründet. Die Durchführung eines gesonderten Vergabeverfahrens ist insbesondere für klar abgrenzbare Vorbereitungsprojekte wie Pilotprojekte⁴⁷ geeignet.

Allerdings führt jede zusätzliche Ausschreibung zu einer weiteren Verzögerung der Vorbereitung. Deshalb sollte eine vorgeschaltete Ausschreibung, soweit sie nicht zwingend durchzuführen ist, nur für Vorbereitungsprojekte von einer gewissen Größenordnung durchgeführt werden.

b) Funktionale Leistungsbeschreibung

Hat der Projektant im Vorfeld bereits eine konkrete technische Leistungsbeschreibung erarbeitet, kann der Gefahr eines Ausschlusses auch dadurch entgegengetreten werden, dass der Auftraggeber eine funktionale Leistungsbeschreibung gem. § 8 Nr. 2 Abs. 1a VOL/A wählt, bei der Ungenauigkeiten typisch und gewollt sind.⁴⁸ Kann der Auftraggeber im Rahmen einer funktionalen Leistungsbeschreibung die gleiche Transparenz und Wirtschaftlichkeit des Ausschreibungsverfahrens erreichen, könnte er aus den oben genannten Erwägungen sogar verpflichtet sein, zur Einhaltung des Gleichbehandlungsgebotes auf diese Verfahrensart zurückzugreifen.

Solange für die Vorbereitung der Ausschreibung aus technischen oder organisatorischen Gründen die „probeweise“ Erstellung einer Leistungsbeschreibung nicht erforderlich war, werden jedoch gerade Gründe der Wirtschaftlichkeit gegen die Wahl der funktionalen Leistungsbeschreibung sprechen.⁴⁹

c) Publizität

Die Neutralisierung eines gegebenen Wettbewerbsvorteils kann der Auftraggeber des weiteren dadurch erreichen, dass er sämtliche Ergebnisse aus der Beteiligung des potentiellen Bieters offen legt, so dass auch die anderen Bieter die Möglichkeit haben, diese Informationen

zu erhalten. Ein zunächst möglicherweise unzulässiger Wettbewerbsvorsprung des Projektanten wäre damit nach Ansicht der Rechtsprechung erledigt.⁵⁰

aa) Konkrete Beschreibung in den Ausschreibungsunterlagen

Die Offenlegung der im Vorfeld durch Projektanten erlangten Informationen kann der Auftraggeber z.B. durch die Einbindung der Projektergebnisse in die Leistungsbeschreibung erreichen.⁵¹ Eine umfassende Erläuterung in den Verdingungsunterlagen bedeutet jedoch einen erheblichen Mehraufwand bei ihrer Erstellung. Auch werden Gründe der Übersichtlichkeit gegen zu ausführliche Darstellungen in der Leistungsbeschreibung sprechen.

bb) Sonstige Möglichkeiten der Offenlegung

Nach Maßgabe der herrschenden Rechtsprechung genügt der Auftraggeber bereits dann seiner Offenlegungspflicht, wenn er allen Bietern ausdrücklich anbietet, sich vor Ort oder durch sonstige Möglichkeiten über die Ergebnisse der bisherigen Planung zu informieren.⁵² Als ein besonders effizientes Mittel hat sich dabei die umfassende Veröffentlichung der Projektergebnisse im Internet erwiesen.⁵³ Jedes interessierte Unternehmen kann so die Informationen seiner Wahl jederzeit abrufen.

d) Breite Einbindung potentieller Bieter

Nicht alle durch die Einsetzung von Projektanten entstehenden Wettbewerbsverzerrungen sind durch die Offenlegung der erzielten Ergebnisse heilbar. Führt die Mitwirkung eines Unternehmens z.B. zu einer technischen Vorentscheidung des Auftraggebers, durch die für das Roll Out zunächst in Frage gekommene Unternehmen bereits als ungeeignet ausscheiden müssen, ist diesen Unternehmen durch eine ausführliche Darlegung der Projektergebnisse nicht geholfen. Zwar wird jede Konkretisierung der Leistung zwangsläufig zum Ausschluss einzelner Unternehmen führen. Der Auftraggeber hat jedoch darauf zu achten, dass der Ausschluss nicht das Ergebnis einseitiger Beeinflussung eines Konkurrenzunternehmens ist. Der öffentliche Auftraggeber sollte deshalb dafür sorgen, dass er bei der Aufgabenverteilung nicht nur ein Unternehmen anspricht, sondern eine Vielzahl von Unternehmen in die Vorbereitungsphase einbezieht.

aa) Kommentierungsphase

Eine Mitwirkungsmöglichkeit für sämtliche interessierte Unternehmen kann durch die Einrichtung einer öffentlichen Kommentierungsphase bei der Erarbeitung der Projektergebnisse geschaffen werden.⁵⁴ Die Bereitstellung einer solchen Diskussionsplattform hat den Vorteil, dass der Auftraggeber sich nur mit wenigen Projektmitgliedern als direkte Auftragnehmer auseinandersetzen muss. Die Ergebnisse aus dem Projekt berücksichtigen jedoch ein breites Spektrum technischer oder auch organisatorischer Vorschläge, Bedenken und sonstiger Beiträge weiterer Unternehmen.

bb) Im Wettbewerb stehende Beiträge

Auch sonstige aus Beiträgen von Unternehmen resultierende Ergebnisse sollten durch den Auftraggeber im Wettbewerb abgerufen werden. Insbesondere bei gutachterlichen Stellungnahmen, für die wegen ihres geringeren Umfangs eine vorgeschaltete Ausschreibung in der Regel nicht sachdienlich ist, sollte darauf geachtet werden, dass nicht nur ein Unternehmen mit der Anfertigung beauftragt wird. Neben einer Begünstigung eines

⁴⁶ Selbst bei Vorbereitungsprojekten mit einem Auftragsvolumen oberhalb der Schwellenwerte ist jedoch eine gesonderte Ausschreibung nicht immer erforderlich. Führt der Auftraggeber das Teilprojekt im Rahmen eines Entwicklungs- und Forschungsprojektes durch, kann es gemäß § 100 Abs. 2 n) GWB außerhalb der Anwendbarkeit des GWB liegen. § 100 Abs. 2 f) GWB ist jedoch nicht anwendbar, wenn die Ergebnisse allein Eigentum des Auftraggebers werden und die Dienstleistung nicht vollständig vom Auftraggeber vergütet wird. Darüber hinaus wird die Ausnahmevorschrift restriktiv ausgelegt (OLG München, Beschl. v. 27.2.2003 – Verg. 25/02).

⁴⁷ Vgl. Fn.10.

⁴⁸ *Ohle/Sebastiani*, CR 2003, 510 (513).

⁴⁹ Zudem sind der Wahl einer funktionalen Leistungsbeschreibung durch die aus § 8 VOL/A, § 8 VOF hervorgehende Projektklärungspflicht Grenzen gesetzt (vgl. Fn. 6).

⁵⁰ VK Bund, Beschl. v. 26.7.2000 – VK-2/16/00

⁵¹ VK Niedersachsen, Beschl. v. 13.10.2000 – 203-VgK – 11/2000; VK Baden-Württemberg, Beschl. v. 10.2.2003 – 1-VK 72/02.

⁵² VK Niedersachsen, Beschl. v. 13.10.2000 – 203-VgK – 11/2000.

⁵³ Als gutes Beispiel kann für die Einführung der elektronischen Gesundheitskarte auf die Website des Deutschen Instituts für Medizinische Dokumentation und Information verwiesen werden: www.dimdi.de.

⁵⁴ Als Beispiel kann auch hier die Einführung der elektronischen Gesundheitskarte, namentlich des vom Bund initiierte Projekt „BIT4health“, genannt werden.

Unternehmens wird dadurch auch vermieden, dass dem Auftraggeber lediglich eine einseitige, im Zweifel zu Gunsten des Erstellers ausfallende Analyse zur Verfügung steht.

e) Einrichtung einer Koordinationsstelle

Trotz der oben ausgeführten möglichen Gegenmaßnahmen kann nicht verhindert werden, dass eine zu konkrete Beteiligung des Projektanten an der Erstellung der Leistungsbeschreibung zu der Annahme einer unzulässigen Besserstellung des Projektanten führt.⁵⁵

Um einen Ausschluss von der Vergabe zu vermeiden, werden die Projektanten gehalten sein, durch ihre Beiträge keine konkreten Entscheidungen für die Leistungsbeschreibung zu liefern.⁵⁶ Wie bereits dargelegt, ist der Auftraggeber in der Regel jedoch darauf angewiesen, dass fachlich kompetente Personen die öffentliche Hand auch bei der Aus- und Bewertung der Ergebnisse der Projekte und deren Umsetzung in der Leistungsbeschreibung unterstützen.

Für diese Aufgabe sollte der Auftraggeber eine Koordinationsstelle (ggf. auch dies im Wege einer vorgeschalteten Ausschreibung) einrichten, die von einem Unternehmen oder von Personen besetzt wird, die zwar fachlich entsprechend qualifiziert sind, jedoch – z.B. auf Grund ihrer Größe – als Bieter für das Roll Out ohnehin nicht in Frage kommen.

3. Rolle des Projektanten

Der Projektant hat selbst keine weit reichenden Möglichkeiten, etwaige Wettbewerbsverzerrungen aus der Vorbereitungsphase zu verhindern bzw. auszugleichen. Sowohl die Wahl der Projektanten als auch die Veröffentlichung von Projektergebnissen liegen in der Hand

des Auftraggebers. Der Projektant sollte aber seine eigene Beteiligung fortlaufend überprüfen und insbesondere darauf achten, dass seine Beiträge nicht direkt Gegenstand der Leistungsbeschreibung werden können. Technische Vorentscheidungen (insbesondere solche mit subjektivem Einschlag) sollten nur dann als Lösung angeboten werden, wenn gesichert ist, dass auch Vorschläge anderer Unternehmen berücksichtigt werden.

Soweit möglich, ist der Auftraggeber auf die Projektantenproblematik und die möglichen Gegenmaßnahmen hinzuweisen.

V. Zusammenfassung

Nach herrschender Ansicht führt eine Mitwirkung von Unternehmen bei der Vorbereitung einer Ausschreibung nicht automatisch zum Verbot seiner Teilnahme als Bieter in derselben Ausschreibung. Je stärker der Projektant jedoch in die konkrete Ausarbeitung der Ausschreibungsunterlagen eingebunden ist, desto wahrscheinlicher ist eine vergaberechtswidrige Wettbewerbsverzerrung zu seinen Gunsten. Der öffentliche Auftraggeber verfügt aber über verschiedene Möglichkeiten, etwaige Wettbewerbsverzerrungen zu verhindern bzw. zu beseitigen. Dies führt im Vorfeld einer Ausschreibung zwar zu einem gewissen organisatorischen Mehraufwand. Der Auftraggeber sichert sich dadurch aber die Möglichkeit, Unternehmen bei der Vorbereitung einbinden zu können, ohne auf ihre Beteiligung als Bieter für das Roll Out verzichten zu müssen. Im Idealfall steht dem Auftraggeber dadurch im Ergebnis eine Vielzahl fachlich geeigneter, einschlägig informierter und gut vorbereiteter Unternehmen für das Roll Out zur Verfügung.

⁵⁵ Vgl. Ziffer II

⁵⁶ *BorchersSchulzki-Haddouti*, c't-Magazin 2004, 94 (96).