

Mit Open-House-Verträgen schnell beschaffen



Holger Schröder,
Rechtsanwalt und Partner,
Rödl und Partner, Nürnberg

Öffentliche Auftraggeber wollen nicht nur in Pandemie-Zeiten wie diesen häufig schnell und ohne vergaberechtliche Hürden Waren und Dienstleistungen beschaffen. Eine Möglichkeit dazu bietet der Abschluss von Open-House-Verträgen. Sie sind ein vergaberechtsfreies Beschaffungsinstrument.

NÜRNBERG. Eine der Besonderheiten von Open-House-Verfahren ist, dass sie weder im Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) noch in der Verordnung über die Vergabe öffentlicher Aufträge (VgV) ausdrücklich geregelt sind. Die Leitlinien dafür hat die europäische Rechtsprechung entwickelt.

Ein ausschreibungsfreies Open-House-Verfahren liegt dann vor, wenn ein öffentlicher Auftraggeber mit allen Unternehmen Verträge abschließen will, welche die nachgefragten Leistungen – zum Beispiel FFP3-Atemschutzmasken – zu den von ihm vorgegebenen Bedingungen anbieten.

Zulassungssysteme sind ausschreibungsfrei

Der Grund für die Vergabefreiheit liegt darin, dass kein Unternehmen ausgewählt wird, an das dann ausschließlich der Auftrag vergeben wird. Ein öffentlicher Auftrag im vergaberechtlichen Sinne liegt deshalb also nicht vor. Es geht in der Sache nicht um eine Vergabe, sondern es geht um eine allgemeine Zulassung.



Zu den derzeit im Open-House-Verfahren beschafften Waren gehören auch Schutzausrüstungen wie etwa Masken. FOTO: DPA/CHRISTOPH SCHMIDT

Schon die Erwägungsgründe der EU-Vergaberichtlinie 2014 umschreiben Open-House-Verträge: „Ebenso sollten Fälle, in denen alle Wirtschaftsteilnehmer, die bestimmte Voraussetzungen erfüllen, zur Wahrnehmung einer bestimmten Aufgabe – ohne irgendeine Selektivität – berechtigt sind, [...] nicht als Auftragsvergabe verstanden werden, sondern als einfache Zulassungssysteme“. Dazu zählen etwa Zulassungen für Arzneimittel oder ärztliche Dienstleistungen.

Die europäischen Richter haben erstmals 2016 („Falk Pharma“) fest-

gelegt, dass das Vergaberecht durch eine Auswahlentscheidung des öffentlichen Auftraggebers geprägt ist. Mit der Vergabeentscheidung wird ein einzelnes – oder im Fall einer Rahmenvereinbarung – mehrere Unternehmen ausschließlich beauftragt. Das ist Sinn und Zweck eines Vergabeverfahrens.

Die beiden Merkmale der Auswahl und Ausschließlichkeit fehlen aber, wenn ein öffentlicher Auftraggeber mit allen Unternehmen Liefer- oder Dienstleistungsverträge abschließen möchte, die die Waren oder Dienstleistungen zu den vorge-

schriebenen Bedingungen anbieten. Er vergleicht und ordnet in diesem Fall keine Angebote, wie der Europäische Gerichtshof 2018 („Tirkonen“) festgestellt hat.

Bekanntmachung bei Binnenmarktbezug

Eine weitere Voraussetzung ist, dass dem Open-House-System interessierte Unternehmen während seiner gesamten vertraglichen Laufzeit beitreten können. Das heißt, dass das Zulassungssystem durchgängig offenstehen muss. Der öffentliche Auftraggeber kann hierbei an die zuzulassenden Unternehmen auch Eignungsanforderungen aufstellen. Der Charakter eines vergaberechtsfreien Open-House-Vertrages geht damit nicht verloren.

Besteht an den zu beschaffenden Leistungen ein eindeutiges grenzüberschreitendes Interesse, gelten vor allem die primärrechtlichen Grundsätze der Nichtdiskriminierung, Gleichbehandlung und das Transparenzgebot. Letzteres verlangt vor allem, dass das Open-House-System angemessen be-

kanntgemacht wird. Nur dann können interessierte Unternehmen vom Ablauf und den wesentlichen Bedingungen des offenen Zulassungsverfahrens gebührend Kenntnis nehmen.

Jedes Unternehmen kann während der gesamten Laufzeit des Zulassungssystems den Antrag stellen, einem Open-House-Verfahren beitreten zu wollen. Dies erfolgt, indem es ein Angebot abgibt, das die Anforderungen an die Leistungsgegenstände und gegebenenfalls Eignungsanforderungen erfüllt. Außerdem muss das Unternehmen die vom öffentlichen Auftraggeber vorgegebenen Preise sowie Vertragsbedingungen – etwa den Lieferzeitpunkt – akzeptieren.

Deshalb werden bei Open-House-Systemen auch keine Vertragsverhandlungen zwischen Unternehmen und öffentlichen Auftraggeber geführt. Der Beitritt zum Open-House-Vertrag beziehungsweise der Vertragsabschluss erfolgt, wenn der öffentliche Auftraggeber das Unternehmensangebot annimmt.