

Expertenbeitrag:  
Planerleistungen

# Wenn das Los über den Zuschlag entscheidet



**Holger Schröder,**  
Fachanwalt für Vergaberecht,  
Rödl und Partner, Nürnberg

Ein Vergabeverfahren, das nicht unmittelbar durch die Zuschlagskriterien entschieden werden kann? Den Fall gibt es, wenn mehrere Angebote vorliegen, die völlig gleichwertig sind und das Los entscheiden muss. Dafür müssen einige Grundsätze eingehalten werden.



Formal sieht ein Losentscheid bei Vergabeverfahren anders aus, das Zufallsprinzip ist jedoch wie bei jedem Loseziehen das gleiche. FOTO: DPA THEMENDIENST/ANDREA WARNECKE

**NÜRNBERG.** Bei der Vergabe von Architekten- und Ingenieurleistungen regelt Paragraph 75 Absatz 6 der Vergabeverordnung (VgV), wann ein Losentscheid zulässig ist. Dies ist dann der Fall, wenn mehrere Bewerber an einem Teilnahmewettbewerb mit festgelegter Höchstzahl gleichermaßen die Anforderungen erfüllen. Weitere Voraussetzung ist, dass die Bewerberzahl auch nach einer objektiven Auswahl entsprechend der Eignungskriterien zu hoch ist. Außerhalb dieses Sonderfalls schreibt das Vergaberecht aber nicht ausdrücklich vor, ob und wenn ja, das Los entscheiden darf.

## Vergaberecht steht Losentscheid nicht zwingend entgegen

Das Losverfahren ist zunächst kein objektives, auftragsbezogenes Kriterium. Vielmehr handelt es sich um eine Auswahl nach dem Zufallsprinzip. So urteilte die Vergabekammer Baden-Württemberg im Jahr 2019 (Beschluss vom 22. Juli 2019 – Aktenzeichen: 1 VK 31/19). Ein Losentscheid kann aber als „Ultima Ratio“

## Wie die Vergabestelle einen Losentscheid durchführen kann

Eine Vergabestelle, die alle Voraussetzungen für einen Losentscheid geprüft hat, kann diesen so gestalten: Liegen etwa zwei vollkommen gleichwertige Angebote vor, dann können sechs verschlossene Loszettel, jeweils drei mit den Namen des jeweiligen Bieters, in einen Losbehälter eingelegt werden. Dann werden von drei Mitarbeitern der Verga-

bestelle, die nicht mit dem Vergabeverfahren befasst sind, drei Loszettel gezogen. Erst nach der Ziehung dieser drei Loszettel werden sie geöffnet.

Dieses Losverfahren ist seinem Ablauf nach klar, überschaubar und nicht störanfällig, sodass die Gefahr von möglichen Manipulationen auf ein Minimum reduziert ist.

zulässig sein, wenn der öffentliche Auftraggeber unter den Bewerbungen oder Angeboten rein objektiv nach den vorgegebenen Kriterien nicht mehr nachvollziehbar entscheiden kann und die Bewerber oder Bieter gleichwertig sind. Diese Sicht geht auf einen Beschluss der Vergabekammer des Bundes zurück (Beschluss vom 25. Januar 2012 – Aktenzeichen: VK 1-174/11).

Zwingende vergaberechtliche Bestimmungen stehen einem Losentscheid nicht entgegen. Dass er generell möglich sein muss, folgt aus der Natur der Sache. Wenn zum Beispiel die vollständige Auswertung aller

Angebote anhand der vorgesehenen Kriterien dazu führt, dass zwei Angebote gleichwertig sind, gäbe es nur eine Alternative zu einem Losentscheid. In der Hoffnung, auf einen solchen verzichten zu können, müsste das Vergabeverfahren wiederholt werden.

Dies aber würde dem Sinn der Vergabevorschriften widersprechen, bei Einhaltung aller gesetzlichen Vorschriften in einem Verfahren zu einem Ergebnis zu gelangen. Sind für die Ermittlung des wirtschaftlichsten Angebots alle Vorkehrungen getroffen und beachtet worden, endet der unmittelbare Anwendungsbe-

reich des Vergaberechts. Erfüllen deshalb mehrere Angebote die Voraussetzungen des wirtschaftlichsten Angebots, weil sie völlig gleichwertig sind, kann die Auswahl unter ihnen naturgemäß nicht mehr nach den Vergabevorschriften erfolgen. Gemäß derer ist das wirtschaftlichste Angebot zu ermitteln.

Es muss daher ein weiteres, zusätzliches Auswahlkriterium herangezogen werden. Für dieses kommt mangels Alternativen nur ein Losentscheid in Betracht. Denn gerade ein solcher Losentscheid entspricht nach Auffassung des Oberlandesgerichts Hamburg (Beschluss vom 20. März 2020 – Aktenzeichen: 1 Verg 1/19) den Erwägungsgründen der EU-Vergaberichtlinie. Demnach muss die Vergabe im Einklang mit mehreren Grundsätzen erfolgen. Dazu gehören der freie Warenverkehr, die Niederlassungsfreiheit und Dienstleistungsfreiheit sowie die sich daraus ableitenden Grundsätze der Gleichbehandlung, Nichtdiskriminierung, Verhältnismäßigkeit und Transparenz.

Eine bestimmte Art der Durchführung des Losentscheids ist mit-

diesen Grundsätzen nicht verbunden. Es obliegt grundsätzlich der ausschreibenden Stelle, welche Form des Losentscheids sie wählt. Das Verfahren ist allerdings so festzulegen, dass tatsächlich ein nicht beeinflusstes Zufallsergebnis herbeigeführt wird.

## Losverfahren muss manipulationssicher sein

Für alle Teilnehmer am Losentscheid müssen also die gleichen Chancen bestehen. Ein hinreichender und angemessener Schutz vor Manipulationen ist notwendig. Um diese Ziele sicherzustellen, muss das Losverfahren so ausgestaltet sein, dass es zum einen nicht zu schlicht ist. Zum anderen hat es so übersichtlich zu sein, dass seine einzelnen Vorgänge ohne besonderen Aufwand erfassbar und überprüfbar sind.

Wie das Losverfahren genau durchgeführt werden soll, muss vor Beginn des Losentscheids sicher feststehen, um etwaigen Manipulationen vorzubeugen (siehe Infokasten).

## Aufhebung ist wirksam, war aber rechtswidrig

### VK Bund zu Bundeswehrhubschrauber-Verfahren

**BONN.** Die erste Vergabekammer des Bundes hat über das Vergabeverfahren der Bundeswehr zur Lieferung schwerer Transporthubschrauber entschieden. Das Verfahren war im September 2020 aufgehoben worden, weil die Angebotspreise der Bieter deutlich über den im Bundeshaushalt für die Beschaffung veranschlagten Kosten lagen. Als Bieter hatten sich lediglich die beiden US-amerikanischen Unternehmen Lockheed-Martin und Boeing beteiligt.

Lockheed-Martin wandte sich nach der Aufhebung mit einem Nachprüfungsantrag an die Vergabekammer des Bundes. Das Unternehmen beantragte, die Bundeswehr zur Fortsetzung des Vergabeverfahrens zu verpflichten oder zumindest hilfsweise auszusprechen, dass die Aufhebung des Vergabeverfahrens rechtswidrig war.

Der Rechtsstreit mit dem US-Rüstungskonzern ist nun beendet. Denn die Vergabekammer des Bundes hat in ihrem Beschluss bestätigt, dass die Aufhebungsentscheidung wirksam war. Damit muss das Vergabeverfahren nicht weitergeführt werden.

Andreas Mundt, Präsident des Bundeskartellamts, erläuterte: „Die

Entscheidung der Vergabekammer zeigt [...], dass öffentliche Auftraggeber nur in eng begrenzten Ausnahmefällen zur Fortsetzung eines aufgehobenen Vergabeverfahrens verpflichtet werden können. Ein solcher Fall lag hier nicht vor.“

Gleichzeitig stellte die Vergabekammer aber fest, dass die Aufhebungsentscheidung rechtswidrig war, so das Bundeskartellamt in seiner Mitteilung. Denn die von der Bundeswehr vorgenommene Schätzung der Beschaffungskosten für die Hubschrauber sei nicht nachvollziehbar, heißt es weiter. Diese Schätzung bildete jedoch die Grundlage für die Beantragung der Haushaltsmittel, und „Kostenschätzungen für öffentliche Beschaffungen“ sollten „stets nachvollziehbar dokumentiert werden“, sagt Mundt. Das Verteidigungsministerium hatte nach Angaben der „Welt“ mit höchstens 5,6 Milliarden Euro für 44 bis 60 Hubschrauber kalkuliert. Die Angebote seien aber ungefähr doppelt so hoch ausgefallen.

Gegen die Entscheidung der Vergabekammer kann innerhalb von zwei Wochen Beschwerde beim Oberlandesgericht Düsseldorf eingeleitet werden. (sta/raab)

## Ein Ausschlussgrund zählt nur, wenn er für Auftraggeber verhältnismäßig ist

### Früheres eingestelltes Verfahren muss neue Prognose nicht beeinflussen

**KARLSRUHE.** Öffentliche Auftraggeber prüfen stets die Eignung der Unternehmen, die sich an einem Vergabeverfahren beteiligen. Sie müssen fachkundig, leistungsfähig, seriös und zuverlässig sein. Liegt gegen einen Bieter ein fakultativer Ausschlussgrund nach Paragraph 124 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) vor, heißt das nicht, dass ihm der Zuschlag grundsätzlich verweigert werden muss.

So urteilte das Oberlandesgericht Karlsruhe in einem Fall, in dem es um eine strategische Kooperationspartnerschaft zur Bewerbung um das Stromnetz einer Stadt ging (OLG Karlsruhe, Beschluss vom 16. Dezember 2020 – Aktenzeichen: 15 Verg 4/20).

Gegen den Bieter beziehungsweise seine Muttergesellschaft hatte die Landesenergiekartellbehörde ein Verfahren geführt. Der Vorwurf: wettbewerbsbeschränkende Verträge mit Gemeinden, um Strom- und Gaskonzessionen zu erhalten. Das Verfahren wurde eingestellt, der Bieter wurde verpflichtet, die Verträge zu beenden und einen Betrag in Höhe des Vorteils an die Staatskasse zu zahlen. Diesen Vorgang sah nun ein unterlegener

Bieter als Ausschlussgrund für das aktuelle Vergabeverfahren an, forderte den Ausschluss und klagte vor dem OLG Karlsruhe.

Die Vergabestelle muss, so die Richter, objektiv prüfen, ob die Verfehlungen des Bieters so schwer sind, dass er von dem Vergabeverfahren unbedingt ausgeschlossen werden muss. Sie hat auch zu untersuchen, ob sie vom Ausschluss absehen kann, weil dies zulässig und begründbar ist. Dazu prüft die Vergabestelle den Einzelfall und wägt ab, ob ein Ausschluss gerechtfertigt sowie verhältnismäßig ist.



Unternehmen, die mit einer Kooperationspartnerschaft, etwa für den Betrieb eines Stromnetzes, beauftragt werden, müssen eine gute Prognose bieten. FOTO: DPA/FABIAN SOMMER

Nach Ansicht des OLG Karlsruhe hatte der öffentliche Auftraggeber noch einen Ermessensspielraum, da das kartellrechtliche Verfahren eingestellt worden war. Angeblich wettbewerbsbeschränkende Absprachen waren nicht im laufenden Verfahren getroffen worden, sondern lagen Jahre zurück. Der Auftraggeber habe nicht die Aufgabe, ein mögliches Fehlverhalten in der Vergangenheit zu sanktionieren. Er muss prognostizieren, ob der Bieter ein zuverlässiger und geeigneter Partner eines Kooperationsvertrags sein kann. (raab)

## EU: Geheime Absprachen effizient bekämpfen

**BRÜSSEL.** Die EU hat in ihrem Amtsblatt eine Bekanntmachung veröffentlicht, die über Instrumente informiert, mit denen geheime Absprachen bei der Vergabe öffentlicher Aufträge bekämpft werden können. Außerdem werden die Leitlinien aufgeführt, die für den entsprechenden Ausschlussgrund angewendet werden können.

„Im Interesse der Vollständigkeit und Nutzbarkeit solcher Leitlinien enthält diese Bekanntmachung im Anhang darüber hinaus einfache, prägnante Ratschläge, die sich in erster Linie an die für die Auftragsvergabe zuständigen Bediensteten richten, die Vergabeverfahren für öffentliche Auftraggeber vorbereiten und durchführen“, heißt es in dem Dokument hierzu. Die EU führt Maßnahmen und Warnsignale – „Red Flags“ – an einzelnen Beispielen aus der Praxis auf. (raab)

### MEHR ZUM THEMA

Die EU-Bekanntmachung (2021/C 91/01) finden Sie unter: <https://kurzlinks.de/EUBek>

## Kurz notiert

### Hessen will Auftragsvergabe unbürokratischer machen

**WIESBADEN.** Die hessische Landesregierung will, dass öffentliche Aufträge schneller und unbürokratischer vergeben werden, meldet die Süddeutsche Zeitung. Dafür soll in Hessen das Vergabe- und Tariftreugesetz novelliert werden. So soll zum Beispiel die Zahl der mindestens einzuholenden Angebote von fünf auf drei verringert werden. Bei Wohnungsbauleistungen bis zu einer Million Euro soll ohne Teilnahmewettbewerb ausgeschrieben werden, um das Schaffen von Wohnraum zu beschleunigen. (sta)



In Wiesbaden wird das Vergabegesetz novelliert. FOTO: DPA/FREDRIK VON ERICHSEN

### Raumfahrtunternehmen sieht Vergaberechtsverstöße

**BREMEN.** Das zuständige Gericht der EU hat eine Zusammenfassung der Klage des Raumfahrtunternehmens OHB aus Bremen gegen die EU veröffentlicht, so die Frankfurter Allgemeine Zeitung. OHB klagt wegen der verlorenen Ausschreibung für die zweite Generation des Navigationssystems Galileo und sieht unter anderem Hinweise auf wettbewerbswidrige Abrede. Ein leitender OHB-Angestellter mit Kenntnis des Angebots aus Bremen sei im laufenden Verfahren zu einem Mitbewerber gewechselt. (sta)

### Brandenburg will Mindestlohn erhöhen

**POTSDAM.** Die Landesregierung von Brandenburg will den Vergabe-Mindestlohn zum 1. Mai von 10,85 Euro auf 13 Euro anheben, meldet die Schweriner Volkszeitung. Zuletzt war der Vergabe-Mindestlohn am 1. Januar dieses Jahres um 17 Cent gestiegen. (sta)