

Aufhebungsgrund erst im Laufe eines Nachprüfungsverfahrens vor der Vergabekammer zu konkretisieren, ist in Ordnung

Bieter muss nicht vollständig informiert werden

In der Entscheidung des Oberlandesgerichts Düsseldorf (Verg 22/20 vom 10. Februar 2021) ging es um die Rechtmäßigkeit der coronabedingten Aufhebung einer Ausschreibung. Die Auftraggeberin schrieb EU-weit am 21. Januar 2020 den Abschluss eines Rahmenvertrags über eine Maßnahme zur Heranführung und Begleitung einer Umschulung für 60 Teilnehmende in der Zeit vom 4. Mai 2020 bis 3. Januar 2023 im offenen Verfahren aus. Die Maßnahme wurde für ein Jobcenter (Bedarfs-träger) beschafft, das die Teilnehmer auswählen und finanzieren sollte. Zur Deckung des Fachkräftebedarfs sollten potenzielle Bewerber (erwerbsfähige Leistungsberechtigte ohne Berufsabschluss) für eine berufliche Umschulung identifiziert, motiviert und in eine betriebliche Umschulung vermittelt werden. Die Teilnahme sollte mindestens drei Monate dauern (Feststellungsphase) und in eine anschließende Umschulung münden (Förderphase). Während der Förderphase war für die Teilnehmer grundsätzlich eine tägliche Anwesenheitspflicht in den Schulungsräumen vorgesehen.

Veränderter Bedarf

Mit Blick auf die pandemische Entwicklung des Coronavirus hielt die Auftraggeberin intern in einem Vermerk vom 19. März 2020 ihre Überlegungen zur Weiterführung ihrer Ende 2019 geplanten Arbeitsmarktmaßnahmen angesichts eines eventuell veränderten Bedarfs beim Bedarfsträger und der nicht möglichen Zuweisung von Teilnehmern in laufende Maßnahmen in Präsenzpfllicht fest. Mit Blick auf Online-Kurse bestünden technische und rechtliche Fragen. Auch sei nicht jede Maßnahme online durchführbar. Darum solle vor jedem Zuschlag beim Bedarfsträger nachgefragt werden, ob der Zuschlag erteilt werden soll. Auf die Nachfrage der Auftraggeberin beim Bedarfsträger bat dieser um Aufhebung der Ausschreibung, da bereits absehbar sei, dass die Maßnahme nicht durchgeführt werden könne.

Mit Schreiben vom 23. März 2020 unterrichtete die Auftraggeberin die Antragstellerin über die Aufhebung des Vergabeverfahrens, weil sich die Grundlage des Vergabeverfahrens wesentlich geändert habe. Die epidemische Ausbreitung des Coronavirus sei ein nicht vorhersehbares Ereignis, das die Bedingungen am Arbeitsmarkt erheblich verändern werde. Ob die ausgeschriebene Leistung später überhaupt noch benötigt werde, sei derzeit nicht planbar. Die Gründe für die Aufhebungs-



Über eine Maßnahme zur Heranführung und Begleitung einer Umschulung gab es Streit.

FOTO: DPA/JAN-PETER KASPER

entscheidung hatte die Auftraggeberin zuvor in einem internen Vermerk vom 20. März 2020 dokumentiert. Nachdem die Antragstellerin die Aufhebung des Vergabeverfahrens vergeblich als vergaberechtsfehlerhaft gerügt hatte, beantragte sie die Nachprüfung.

Im Nachprüfungsverfahren trug die Auftraggeberin vor, dass die ausgeschriebene Maßnahme seinerzeit nicht durchführbar gewesen sei, weil der in der Feststellungsphase vorgesehene Präsenzunterricht nicht erlaubt gewesen sei. Ohne die Feststellungsphase könne die Förderphase der betrieblichen Umschulung, deren Beginn am 3. August 2020 vorgesehen war, nicht starten. Hinzu kämen Probleme bei der Kontaktaufnahme mit potenziellen Teilnehmern. Es sei auch ungewiss, ob angesichts der wirtschaftlichen Situation der Unternehmen Ausbildungsmöglichkeiten für die Teilnehmer der Maßnahme gefunden werden könnten. Der Start der Maßnahme könne auch nicht verschoben werden, weil dies eine vergaberechtswidrige wesentliche Vertragsänderung sei. Der Beginn der betrieblichen Schulungsmaßnahme sei nur jeweils im Februar und August möglich.

Nachdem die Vergabekammer den Nachprüfungsantrag zurückgewiesen hatte, legte die Antragstellerin sofortige Beschwerde ein, die das OLG Düsseldorf als unbegründet zurückwies. Ein Anspruch auf Aufhebung der Aufhebung und Fortführung des Vergabeverfahrens bestehe nicht.

Aus § 63 Abs. 1 Satz 2 VgV folge, dass ein öffentlicher Auftraggeber grundsätzlich nicht zur Zuschlagserteilung verpflichtet sei. Er könne jederzeit eine Ausschreibung aufheben, unabhängig davon, ob die gesetzlich normierten Aufhebungsgründe erfüllt seien. Nur in Ausnahmefällen bestehe ein Anspruch auf Fortsetzung des

Vergabeverfahrens, insbesondere wenn der Auftraggeber für die Aufhebung der Ausschreibung keinen sachlich gerechtfertigten Grund angegeben habe und sie deshalb willkürlich sei oder die Aufhebung bei fortbestehender Beschaffungsabsicht nur zu dem Zweck erfolge, Bieter zu diskriminieren.

Ein solcher Ausnahmefall liege nicht vor. Die Aufhebung sei weder willkürlich noch diskriminierend. Dass die Auftraggeberin das Vergabeverfahren nur aufgehoben habe, um eine Auftragsvergabe an die Antragstellerin zugunsten eines Wettbewerbers zu vermeiden, sei nicht ersichtlich. Die Aufgabe ihrer Beschaffungsabsicht resultiere vielmehr aus der Bitte des Bedarfsträgers um Aufhebung des Vergabeverfahrens. Dies sei nicht willkürlich. Die Auftraggeberin habe ihre Entscheidung zudem nachvollziehbar damit begründet, dass der Bedarfsträger den Bedarf für diese Maßnahme und deren arbeitsmarktpolitische Erfolgsaussicht angesichts der Corona-Pandemie nicht bestätigen könne. Dies sei vor dem Hintergrund der sich verändernden Situation am Arbeitsmarkt keinesfalls unverträglich.

Rechtmäßige Aufhebung

Die Aufhebungsentscheidung der Auftraggeberin hält das OLG für rechtmäßig. Der öffentliche Auftraggeber könne gemäß § 63 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 VgV ein Vergabeverfahren ganz oder teilweise aufheben, wenn sich die Grundlagen des Vergabeverfahrens wesentlich geändert hätten. Die Entscheidung liege im Ermessen des öffentlichen Auftraggebers. Die Auftraggeberin habe ihre Aufhebungsentscheidung verfahrensfehlerfrei getroffen, ohne diese auf

Dritte zu delegieren. Nach § 63 Abs. 1 VgV müsse der öffentliche Auftraggeber über die Aufhebung des Vergabeverfahrens selbst entscheiden. Die Auftraggeberin habe hier die Letztentscheidung über die Aufhebung des Vergabeverfahrens selbst getroffen und diese sowohl gegenüber der Antragstellerin als auch gegenüber dem Bedarfsträger verantwortet. Die Rücksprache der Auftraggeberin mit dem Bedarfsträger hinsichtlich der Aufhebungsentscheidung sei keine Übertragung der Entscheidung auf den Bedarfsträger. Die Auftraggeberin habe der Antragstellerin auch unverzüglich die Gründe für die Aufhebung in Textform gemäß § 63 Abs. 2 VgV mitgeteilt. Sie sei hingegen nicht verpflichtet, bereits im Mitteilungsschreiben alle Aufhebungsgründe vollständig und erschöpfend mitzuteilen. Die Auftraggeberin sei auch gemäß § 63 Abs. 1 Nr. 2 VgV zur Aufhebung berechtigt gewesen, weil sich die Grundlage des Vergabeverfahrens durch die pandemische Verbreitung des Coronavirus wesentlich geändert habe. Wesentlich seien Änderungen, wenn die weitere Durchführung des Verfahrens auf Basis der bisherigen Vergabebedingungen unter den veränderten Umständen nicht mehr möglich und erschöpfend für den Auftraggeber oder die Bieter nicht mehr zumutbar sei. Die Änderungen dürften bis zur Einleitung des Vergabeverfahrens nicht vorhersehbar gewesen sein.

Dies sei vorliegend der Fall. Die Auftraggeberin habe nicht absehen können, ob die ausgeschriebene Leistung bei den sich verändernden Bedingungen am Arbeitsmarkt noch benötigt werde. Ihr sei nicht zumutbar gewesen, eine Maßnahme zur Ausbildung und Eingliederung durchzuführen, wenn sich für deren Teilnehmer infolge der Corona-Pandemie voraussichtlich keine Umschulungsmöglichkeiten

ergeben würden. Da die Zielgruppe der ausgeschriebenen Eingliederungsmaßnahme durch fehlende oder allenfalls geringe berufliche Qualifikation und Motivation auf dem Ausbildungs- und Arbeitsmarkt schwer vermittelbar sei, sei damit zu rechnen gewesen, dass Unternehmen in einer wirtschaftlich schwierigen Lage die bestehenden Beschäftigungsverhältnisse erhalten und keine zusätzlichen Umschulungsmöglichkeiten für diesen Personenkreis schaffen würden.

Kein Mangel

Dass die Auftraggeberin den Aufhebungsgrund erst im Laufe des Nachprüfungsverfahrens konkretisiert habe, begründe keinen Begründungs- oder Dokumentationsmangel. Zwar seien die Aufhebungsgründe im Vergabevermerk einzelfallbezogen zu dokumentieren. Dies habe die Auftraggeberin insofern versäumt, als sie in Bezug auf die zweifelhafte Durchführbarkeit der Maßnahme wegen der Vermittlungsprobleme des Personenkreises in ihren Vergabevermerken weder auf die spezifischen Verhältnisse beim Bedarfsträger noch auf die Auswirkungen der Pandemie auf die konkret ausgeschriebene Maßnahme abgestellt habe.

Eine nachträgliche Heilung sei jedoch möglich, wenn die Vergabestelle ihre Erwägungen im Laufe des Nachprüfungsverfahrens lediglich ergänze und präzisiere. Dies sei hier der Fall. Die Auftraggeberin habe bereits im Vermerk vom 19. März 2020 einen womöglich veränderten Beschaffungsbedarf des Bedarfsträgers als Aufhebungsgrund erwogen und im Vermerk vom 20. März 2020 einen solchen Grund dokumentiert. Soweit die Auftraggeberin im Nachprüfungsverfahren zu den Proble-

men der Durchführbarkeit der Maßnahme im Hinblick auf den Teilnehmerkreis und die Gestaltung der Umschulung vorträgt, habe sie ihre bereits tragfähige Begründung ergänzt und präzisiert. Die Pandemie und ihre Auswirkungen seien im maßgeblichen Zeitpunkt der Einleitung des Vergabeverfahrens am 21. Januar 2020 für die Auftraggeberin auch nicht vorhersehbar gewesen. Die Grundlage des Vergabeverfahrens habe sich zudem dadurch geändert, dass wegen der beschlossenen Corona-Schutzmaßnahmen die Zuweisung von Teilnehmern in Förderungen mit physischer Anwesenheit nicht mehr möglich gewesen sei (Vergabevermerk vom 19. März 2020). Auch dieser Grund sei im Zeitpunkt der Einleitung des Vergabeverfahrens nicht vorhersehbar gewesen.

Präsenzpfllicht

Der Betrieb außerschulischer Bildungseinrichtungen sei nach § 3 Abs. 1 Nr. 5 CoronaSchVO NRW vom 22. März 2020 untersagt gewesen. Hiervon sei auch der anzuhaltende Unterricht erfasst gewesen. Zum Zeitpunkt der Aufhebungsentscheidung am 23. März 2020 sei außerdem nicht absehbar gewesen, ob die ausgeschriebene Maßnahme von weiteren rechtlichen Anordnungen zum Schutz vor Neuinfektionen mit dem neuartigen Coronavirus erfasst werden würde. Die Feststellungsphase sei als Präsenzveranstaltung ausgeschlossen worden. Die Präsenzpfllicht als wesentlicher Leistungsbestandteil habe durch Online-Angebote nicht ersetzt werden können.

Zwar habe die Auftraggeberin erst im Nachprüfungsverfahren die Gründe dokumentiert, warum Online-Unterricht in der konkreten Maßnahme nicht in Betracht komme. Sie habe ausgeführt, dass während der Feststellungsphase potenzielle Bewerber für eine berufliche Umschulung identifiziert werden müssten und die Kontaktaufnahme während der laufenden Kontaktsperre allenfalls erschwert möglich sei. Insofern handle es sich jedoch lediglich um eine Ergänzung der bereits in der Vergabedokumentation enthaltenen Begründung, dass „aktuell keine Zuweisung von Teilnehmern in laufende Maßnahmen mit physischer Anwesenheitspflicht möglich“ sei.

Die Entscheidung der Auftraggeberin sei ermessensfehlerfrei. Die Auftraggeberin habe sich mit der Möglichkeit einer Verschiebung des Maßnahmetermins auseinandergesetzt, diese jedoch vergaberechtsfehlerfrei verworfen. > FV

Ausschreibungen für Bayern

Auftrag **online** finden:
Einfach. Schnell. Effizient.

- ✓ Benachrichtigungen per E-Mail
- ✓ Vergabeunterlagen online
- ✓ Viele weitere Vorteile finden Sie unter www.bs2.de/business

Webbasiert inkl.
GAEB online

Aktuelle
Ausschreibungen
warten auf Ihren Abruf