

Vergaberecht – Angebotsausschluss wegen fehlender Zuverlässigkeit bei früheren Aufträgen

Wann droht einem Bieter bei einer Teilnahme an einer öffentlichen Ausschreibung der Ausschluss wegen fehlender Zuverlässigkeit? Hat sich der dazu 2016 mit § 124 Abs. 1 Nr. 7 GWB eingeführte fakultative Ausschlussgrund in der Praxis bewährt? Was gilt bei nationalen Vergaben?

Ein aktueller Beschluss des Oberlandesgerichtes Koblenz (OLG Koblenz, Beschluss vom 16.12.2021, 12 U 1143/21, NZBau 2022, 486) gibt Anlass, vergaberechtlich der Frage nachzugehen, unter welchen Voraussetzungen ein öffentlicher Auftraggeber einen Bieter wegen fehlender Fachkunde, Leistungsfähigkeit oder Zuverlässigkeit ausschließen kann. Begründet eine Vergabestelle den Ausschluss eines Bieters mit fehlender Zuverlässigkeit, führt dies aufgrund naturgemäß in vielen Fällen unterschiedlicher Auffassung über die Verantwortlichkeit für Leistungsstörungen und/oder Bauzeitüberschreitungen bei vorangegangenen Aufträgen zum Streit zwischen ausschreibender Stelle und ausgeschlossenen Bieter. Auf Primärrechtsschutzebene führt dies bei Überschreitung des Schwellenwertes zu Nachprüfungsverfahren. Unabhängig vom Schwellenwert steht einem ausgeschlossenen Bieter im Falle eines unrechtmäßigen Ausschlusses der Weg zu den Zivilgerichten zwecks Geltendmachung eines Schadensersatzanspruches gegen die ausschreibende Stelle wegen eines Vergaberechtsverstößes offen. Anspruchsgrundlage für den bei dem ausgeschlossenen Bieter entstandenen Vertrauensschaden sind nach gefestigter Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes die §§ 280 I, 241 II, 311 II Nr. 1 BGB, vgl. etwa BGH, Urteil vom 27.11.2007 – X ZR 18/07; BGH, Urteil vom 17.09.2019 – X ZR 124/18.

1 Sachverhalt

Das OLG Koblenz hatte sich in einem Berufungsverfahren mit einer Schadensersatzforderung eines in einem Vergabeverfahren ausgeschlossenen Bieters zu befassen. Dieser hatte die ausschreibende Stelle aufgrund des aus seiner Sicht vergaberechtswidrigen Ausschlusses von einem Vergabeverfahren wegen angeblich fehlender Zuverlässigkeit auf Schadensersatz in Anspruch genommen. Es entspricht gesicherter Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes, dass ein Marktteilnehmer,

dessen subjektive Rechte durch den Vergaberechtsverstoß einer ausschreibenden Stelle verletzt worden sind, Anspruch auf Ersatz des Vertrauensschadens haben kann, vgl. BGH a. a. O.. Der wegen angeblich fehlender Zuverlässigkeit von dem Vergabeverfahren ausgeschlossene Bieter forderte von der ausschreibenden Stelle auf dieser Grundlage Schadensersatz in Höhe von 25.000,00 €. Die ausschreibende Stelle hält den Ausschluss des Bieters wegen fehlender Zuverlässigkeit für vergaberechtlich. Sie hat den Ausschluss des Bieters auf negative Vorerfahrungen bei vorangegangenen Aufträgen sowie Dokumentationen zu anderen von diesem Bieter ausgeführten Arbeiten begründet, bei denen es zu zahlreichen Mängelrügen und erheblichen Diskussionen unter anderem wegen Bauzeitverzögerungen gekommen sei.

2 Der Beschluss des OLG Koblenz

Das OLG Koblenz hatte sich mit der Berufung des Bieters gegen ein klageabweisendes Urteil des Landgerichtes zu befassen. Im Ergebnis hielt der Berufungssenat die klageabweisende Entscheidung des Landgerichtes für zutreffend, da das beklagte Land die klagende Bieterin zulässigerweise vom Vergabeverfahren wegen Zweifeln an der Eignung ausgeschlossen hatte, § 16b Abs. 1 VOB/A.

Gemäß § 16a Abs. 1 VOB/A sei bei jeder öffentlichen Ausschreibung die Eignung des Bieters zu prüfen. Dabei sind anhand der vorgelegten Nachweise die Angebote der Bieter auszuwählen, deren Eignung die für die Erfüllung der vertraglichen Verpflichtungen notwendigen Sicherheiten bieten. Dies bedeutet, dass der jeweilige Bieter die erforderliche Fachkunde, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit besitzen und über ausreichende technische und wirtschaftliche Mittel verfügen müsse. Erfülle ein Bieter diese Voraussetzungen nicht, sei er mit seinem

Angebot von dem Vergabeverfahren auszuschließen.

Ob ein Bieter die erforderliche Fachkunde, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit im Sinne von § 16 a VOB/A besitze, sei das Ergebnis einer fachlich-tatsächlichen Prognose, die die Vergabestelle im Rahmen eines gerichtlich nur eingeschränkt nur überprüfbaren Beurteilungsspielraums treffe. Das Oberlandesgericht hat in Einklang mit der herrschenden Meinung und obergerichtlichen Rechtsprechung festgestellt, dass der Vergabestelle im Zusammenhang mit einem möglichen Angebotsausschluss dabei ein erheblicher Ermessensspielraum zugestanden werden müsse, vgl. OLG Koblenz, Beschluss vom 16. Dezember 2021 – 12 U 1143/21 –; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 4. Februar 2009 – Verg 65/08 –; OLG Brandenburg, Beschluss vom 14. September 2010, Verg W 8/10; Ingenstau/Korbion/von Wietersheim, VOB, 21. Auflage, § 16 b VOB/A Rn. 8.

Dieser Beurteilungsspielraum sei von der Vergabestelle eingehalten, wenn sie eine nachvollziehbare Prognoseentscheidung treffe, die auf belastbaren Informationen beruhe. Sachgerecht und zulässig sei es hierbei insbesondere, wenn die Vergabestelle in ihre Wertung Erfahrungen mit einbeziehe, die sie mit einem bestimmten Bieter in der Vergangenheit gemacht habe, vgl. OLG München, Beschluss vom 5. Oktober 2012, Verg 15/12. Auch sei es der Vergabe-

■ Verfasser

Volker Römer
roemer@ahlers-vogel.de

Rechtsanwalt
Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht
Fachanwalt für Vergaberecht

Ahlers & Vogel Rechtsanwälte PartG mbB
Schaarsteinwegsbrücke 2
20459 Hamburg

stelle nicht verwehrt, die Erfahrungen anderer Vergabestellen mit dem betreffenden Bieter in ihre Erwägungen im Zusammenhang mit der zutreffenden Zuschlagsentscheidung einzubeziehen, vgl. OLG Koblenz, a. a. O., OLG Düsseldorf, a. a. O.

Im Berufungsverfahren wurde zwischen der Bieterin und ausschreibenden Stelle auch – und im Ergebnis ohne Entscheidungserheblichkeit – darüber gestritten, ob die ausschreibende Stelle Erkundigungen über die Zuverlässigkeit der Bieterin bei anderen Dienststellen zeitlich vor Versendung des Ausschlusschreibens an die Bieterin eingeholt hatte. Der Senat bejahte dies.

In materieller Hinsicht geht das Oberlandesgericht von einer nachvollziehbaren Prognoseentscheidung des beklagten Landes dahingehend aus, dass es die klagende Bieterin als nicht zuverlässig und nicht leistungsfähig angesehen habe. Das beklagte Land bezog sich auf eigene Erfahrungen im Zusammenhang mit konkret bezeichneten Baumaßnahmen sowie anderer Dienststellen im Geschäftsbereich weiterer Landesbehörden. Im Ergebnis kommt das Oberlandesgericht zu der Überzeugung, dass auf Seiten des beklagten Landes berechtigterweise Zweifel an der Eignung der klagenden Bieterin im Hinblick auf die Leistungsfähigkeit vorlagen, die einer Zuschlags-/Auftragserteilung entgegenstanden. So sei es im Zusammenhang mit den von der klagenden Bieterin durchgeführten Baumaßnahmen wiederholt zu Bauverzögerungen, dem Auftreten von Baumängeln und zeitlichen Verzögerungen im Zusammenhang mit der Beseitigung dieser Mängel gekommen, dies bis hin zur Androhung der Ersatzvornahme.

Der Senat hatte sich auch mit dem Einwand der klagenden Bieterin zu befassen, wonach die aufgeführten vertraglichen Verfehlungen und Schwierigkeiten dergestalt zu relativieren seien, dass sich die von dem beklagten Land getroffene Prognoseentscheidung als nicht mehr vertretbar darstelle bzw. dass von einer Ermessensüberschreitung des beklagten Landes auszugehen sei. Dazu wies das Oberlandesgericht wiederum in Übereinstimmung mit der herrschenden Meinung darauf hin, dass die Entscheidung des öffentlichen Auftraggebers über die Eignung eines Bieters bereits dann hinzunehmen sei, wenn sie unter Berücksichtigung der schon bei Aufstellung der Prognose aufgrund zumutbarer Aufklärung gewonnene Erkenntnisse (noch) vertretbar erscheine, vgl. etwa Kapellmann/Messerschmidt/Frister, VOB, 7.

Auflage, § 16 b VOB/A Rn. 18 ff.

Soweit die klagende Bieterin in der Berufungsinstanz die Auffassung vertreten hat, dass das beklagte Land vor der Ausschlussentscheidung, jedenfalls der Berufungsinstanz die zum Ausschluss führenden Umstände durch Einholung von Sachverständigengutachten habe aufklären müssen, wird dies verneint. Die Anforderungen an den Grad der Erkenntnissicherheit seien nicht nur an den vergaberechtlichen Grundsätzen der Transparenz und Diskriminierungsfreiheit zu messen, sondern auch gerade am Interesse des öffentlichen Auftraggebers an einer zügigen Umsetzung von Beschaffungsabsicht und einem raschen Abschluss von Vergabeverfahren, vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 2. Dezember 2009 - Verg 39/09 -. Eine ausführliche Beweiserhebung insbesondere in Gestalt der Einholung von Sachverständigengutachten sei mit diesen Grundsätzen nicht vereinbar.

Soweit die klagende Bieterin eingewandt hat, dass keine einzige von ihr durchgeführte Baumaßnahme von Seiten des beklagten Landes vorzeitig beendet bzw. gekündigt worden sei, steht dies nach Auffassung des Oberlandesgerichtes ebenfalls einem Ausschluss nicht entgegen. Dem beklagten Land sei nicht anzulasten, dass es sich statt einer mit erheblichen zeitlichen Verzögerungen verbundenen Kündigung für den Weg entschieden habe, die entsprechenden Baumaßnahmen von der klagenden Bieterin zu Ende führen zu lassen, auch wenn dies mit den aufgezeigten Beschwerlichkeiten verbunden gewesen sei. Abschließend hatte die klagende Bieterin noch eingewandt, dass das beklagte Land die für den Ausschluss herangezogenen Baumaßnahmen letztendlich rechtsgeschäftlich abgenommen habe. Nach Überzeugung des OLG Koblenz kann die Abnahme allerdings nicht unabhängig von „dem Weg“ gesehen werden, der beschritten werden musste (Bauzeitüberschreitung, Mängel), um die Abnahmereife letztendlich herbeizuführen.

3 Rechtslage

Die vorgenannte Entscheidung gilt nur für nationale Vergaben. Für europaweite Ausschreibungen oberhalb des Schwellenwertes regelt für derartige Sachverhaltskonstellationen § 124 Abs. 1 Nr. 7 GWB den Ausschluss eines Bieters in engeren Grenzen. Dieser mit der Vergaberechtsreform im Jahre 2016 eingeführte fakultative Ausschluss-

grund war bereits mehrfach Gegenstand der einschlägigen Rechtsprechung. Der Ausschluss eines Bieters wegen Schlechtleistung in einem früheren öffentlichen Auftrag eines anderen öffentlichen Auftraggebers setzt gemäß § 124 Abs. 1 Nr. 7 GWB voraus, dass der Auftraggeber, der das Angebot ausschließen will, darlegen kann, dass der andere öffentliche Auftraggeber den Bieter wegen dieser Schlechtleistung rechtmäßig gekündigt hat bzw. rechtmäßig vergleichbare Rechtsfolgen, wie etwa Schadensersatz, herbeigeführt hat, vgl. OLG Celle, IBR 2017, 332; VK Südbayern, Beschluss vom 8. April 2019 - Z 3-3-3194-1-46-12/18 -. Einigkeit besteht in der einschlägigen obergerichtlichen Rechtsprechung, dass die zum Ausschluss führenden Tatsachen, auf die die Entscheidung nach § 124 Abs. 1 Nr. 7 GWB gestützt wird, weder unstreitig noch rechtskräftig festgestellt sein müssen, vgl. OLG München, IBR 2012, 726; OLG Koblenz, IBR 2015, 270; OLG Celle, IBR 2017, 332.

4 Ausblick

Öffentliche Auftraggeber sind gut beraten, vor einem Ausschluss eines Bieters wegen fehlender Zuverlässigkeit Auskünfte anderer Dienststellen einzuholen, wenn sie diese Erfahrung zur Grundlage einer eigenen Ausschlussentscheidung machen möchten. Die Feststellung, ob ein Bieter die erforderliche Fachkunde, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit besitzt, ist immer das Ergebnis einer fachlich-tatsächlichen Prognose, die die Vergabestelle im Rahmen eines gerichtlich nur eingeschränkt überprüfaren Beurteilungsspielraums trifft. Dabei ist es der Vergabestelle nicht verwehrt, die Erfahrung anderer Vergabestellen mit dem betreffenden Bieter in ihre Erwägungen im Zusammenhang mit der zu treffenden Zuschlagsentscheidung einzubeziehen. Ein Bieter kann dann wegen fehlender Zuverlässigkeit von einem Vergabeverfahren ausgeschlossen werden, wenn aus Dokumentationen zu anderen von diesem Bieter ausgeführten Arbeiten hervorgeht, dass es zu zahlreichen Mängelrügen und erheblichen Diskussionen, wie etwa Bauzeitverzögerungen gekommen ist. Dabei hat die ausschreibende Stelle jeweils zu berücksichtigen, dass vorstehende Grundsätze auf nationaler Ebene gelten und bei europaweiten Ausschreibungen oberhalb des Schwellenwertes die restriktive Regelung des § 124 Abs. 1 Nr. 7 GWB zu beachten ist. ■