

# VERGABERECHT

## Anforderungen an den Ausschluss vom Vergabeverfahren wegen vorangegangener Schlechtleistung (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 11.07.2018 – Verg 7 / 18)

Gemäß § 124 Abs. 1 Nr. 7 GWB kann ein öffentlicher Auftraggeber ein Unternehmen unter Berücksichtigung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit zu jedem Zeitpunkt von der Teilnahme an einem Vergabeverfahren ausschließen, wenn das Unternehmen eine wesentliche Anforderung bei der Ausführung eines früheren öffentlichen Auftrags oder Konzessionsvertrags erheblich oder fortdauernd mangelhaft erfüllt hat und dies zu einer vorzeitigen Beendigung, zu Schadensersatz oder zu einer vergleichbaren Rechtsfolge geführt hat. In der vergaberechtlichen Literatur wird der mit der Vergaberechtsnovelle 2016 eingeführte Tatbestand – zu Recht – als zu unbestimmt kritisiert. Die aktuelle Entscheidung des Vergabesenats des OLG Düsseldorf hilft nunmehr dabei, die rechtlichen Rahmenbedingungen für den Ausschluss eines Bieters aufgrund vorangegangener Schlechtleistung zu präzisieren.

### SACHVERHALT

Die Antragsgegnerin schrieb Sanierungsarbeiten an einem Erweiterungsbau eines Regierungsgebäudes in Berlin europaweit im offenen Verfahren aus. Die Antragstellerin des Nachprüfungsverfahrens gab das wirtschaftlich günstigste Angebot ab, wurde jedoch von der Antragsgegnerin vom Verfahren aufgrund vorangegangener Schlechtleistungen bei der Errichtung des Rohbaus gemäß § 124 Abs. 1 Nr. 7 GWB ausgeschlossen, worauf die Antragsgegnerin das Vergabeverfahren aufhob. In dem von der Antragstellerin zuvor errichteten Rohbau traten Risse auf, die zu Wassereintritten führten. Die Antragsgegnerin zeigte die Mängel an und kündigte – nachdem die Mängelbeseitigungsarbeiten nicht den gewünschten Erfolg erzielten – den Vertrag mit der Antragstellerin aus wichtigem Grund. Die Arbeiten an dem Rohbau sind Gegenstand eines im Jahr 2015 eingeleiteten, aber noch nicht abgeschlossenen, selbstständigen Beweisverfahrens vor dem Landgericht. Im Zuge des selbstständigen Beweisverfahrens liegen dem Landgericht zehn gutachterliche Stellungnahmen vor, die zu unterschiedlichen und sich widersprechenden Aussagen gelangen, ob die Antragstellerin für die Mängel an dem Rohbau verantwortlich ist.

Die Antragstellerin rügte den Ausschluss ihres Angebots sowie die Aufhebung des Vergabeverfahrens und stellte einen Nachprüfungsantrag, nachdem die Antragsgegnerin der Rüge nicht abhalf. Die Vergabekammer wies den Nachprüfungsantrag als

unbegründet ab, da es den Ausschluss vom Vergabeverfahren von § 124 Abs. 1 Nr. 7 GWB gedeckt sah. Hiergegen legte die Antragstellerin sofortige Beschwerde ein.

### ENTSCHEIDUNG

Der Vergabesenat des OLG Düsseldorf gab der sofortigen Beschwerde der Antragstellerin statt, hob die Aufhebung auf und versetzte das Vergabeverfahren in den Stand vor Ausschluss des Angebots der Antragstellerin zurück. Nach Auffassung des Senats hat die Antragsgegnerin nicht nachgewiesen, dass die Antragstellerin eine wesentliche Anforderung bei der Ausführung des Rohbauvertrags erheblich oder fortdauernd mangelhaft erfüllt hat.

Der Begriff der mangelhaften Erfüllung sei im Rahmen des § 124 Abs. 1 Nr. 7 GWB nicht streng zivilrechtlich, sondern umfassend im Sinne einer nicht vertragsgerechten Erfüllung zu interpretieren. Erfasst seien sowohl vertragliche Haupt- als auch Nebenpflichten. Die mangelhafte Erfüllung eines früheren Auftrags müsse überdies von beträchtlichem Gewicht sein, da eine erhebliche oder fortdauernde Vertragspflichtverletzung gefordert sei. Die Erheblichkeit beziehe sich auf den Umfang, die Intensität und den Grad der Vorwerfbarkeit der früheren Vertragsverletzung.

Die Risse im Rohbau, die zum Wassereintritt führten, stellen einen Mangel von beträchtlichem Gewicht dar. Allerdings ist nach Auffassung des Senats nicht der Nachweis erbracht, dass die Antragstellerin für den Mangel verantwortlich ist. Der Senat zieht hierzu die unterschiedlichen gutachterlichen Stellungnahmen aus dem selbstständigen Beweisverfahren heran, die keinen eindeutigen Befund ergaben. Eine eigene Beweisaufnahme hat der Senat nicht durchgeführt. Dies entspricht der Auffassung des OLG Celle (Beschluss vom 09.01.2017 – 13 Verg 9/16), wonach jedenfalls eine umfassende „Inzidentprüfung“ mit einer Beweis-

aufnahme über die zivilrechtliche Verursacherfrage nicht mit dem vergaberechtlichen Beschleunigungsgrundsatz vereinbar ist. Als Beweismaßstab tendiert der Senat allerdings – im Unterschied zum OLG Celle, welches nachvollziehbare Indiztatsachen durch den Auftraggeber genügen lässt – zu einem Vollbeweis gemäß § 287 ZPO, der „vernünftigen Zweifeln Schweigen gebietet“, wobei er die Frage im Ergebnis – mangels Entscheidungserheblichkeit – offen lässt.

#### FAZIT

Die Entscheidung trägt dazu bei, die Konturen des § 124 Abs. 1 Nr. 7 GWB klarer zu fassen. Allerdings ist das Ergebnis für den Auftraggeber unbefriedigend, da es die Handlungsoptionen für einen Ausschluss des mutmaßlich schlecht leistenden Bieters erheblich einschränkt. Der Vergabesenat hat zeitlich maßgeblich darauf abgestellt, welche Informationen dem öffentlichen Auftraggeber zum Zeitpunkt der Entscheidung über den Ausschluss vorgelegen haben. Diese waren widersprüchlich und genügten weder einer Glaubhaftmachung (OLG Celle), geschweige denn einem Vollbeweis (Tendenz des OLG Düsseldorf). Solange das parallele selbstständige Beweisverfahren nicht zu einem eindeutigen Ergebnis führt, dürfte sich die Beweislage für den Auftraggeber nicht verbessern und ein Ausschluss vom Vergabeverfahren auf der Grundlage des § 124 Abs. 1 Nr. 7 GWB nicht in Betracht kommen.

#### PRAXISTIPP

Öffentliche Auftraggeber müssen mit einem Ausschluss eines Bieters aufgrund vorangegangener Schlechtleistung vorsichtig sein. Ein Ausschluss ist dann rechtssicher möglich, wenn der Bieter bzw. frühere Auftragnehmer die Sanktion des Auftraggebers (Kündigung, Schadensersatz oder eine vergleichbare Sanktion) akzeptiert hat. Sollte die Verantwortung des Auftragnehmers für die Mängel jedoch streitig sein, muss der Auftraggeber dies nachweisen. Es bleibt spannend, ob das OLG Düsseldorf weiterhin auf die Perspektive des öffentlichen Auftraggebers zum Zeitpunkt der Entscheidung über den Ausschluss abstellt und (nur) die zu diesem Zeitpunkt vorliegenden Informationen über die Mängelverursachung heranzieht. Somit wäre zumindest eine „Überfrachtung“ des Nachprüfungsverfahrens mit Beweisfragen ausgeschlossen.



#### Sascha Opheys

Rechtsanwalt  
BEITEN BURKHARDT  
Rechtsanwalts-gesellschaft mbH  
Düsseldorf

## Fehlende Fabrikats-, Typen- und Herstellerangaben – Angebotsabschluss oder Nachforderung?

Insbesondere bei der Vergabe von Bauleistungen mit umfangreichen Leistungsverzeichnissen kommt es oftmals vor, dass Bieter in ihren Angeboten die durch den Auftraggeber geforderten Fabrikats-, Hersteller- oder Typbezeichnungen vollständig vergessen, nur unvollständig oder nicht eindeutig angeben. Nach wie vor ist nicht abschließend geklärt, ob derartige Angebotsmängel durch die Regeln über das Nachfordern fehlender Erklärungen und Nachweise gemäß § 16a EU VOB/A (§ 16a VOB/A) bzw. § 56 Abs. 2 VgV (§ 41 Abs. 2 UVgO) geheilt werden können oder zwingend ausgeschlossen werden müssen. Die Vergabekammer Sachsen-Anhalt hat sich in einer aktuellen Entscheidung (Beschluss vom 29.06.2018 – 3 VK LSA 36/18) erneut mit diesem Problemkreis befasst.

#### SACHVERHALT

Der Auftraggeber schrieb Bauleistungen für die Errichtung eines Schmutzwasserkanals nach den Vorschriften des ersten Abschnitts der VOB/A national aus. Die Bieter sollten zu verschiedenen Positionen des Leistungsverzeichnisses Hersteller, Typ und Fabrikate eintragen. Bei der Submission stellte der Auftraggeber bei einem der Angebote fest, dass dieses hinsichtlich einer Position nicht die geforderten Angaben zu „Hersteller/Typ/System“ enthielt und schloss das Angebot daraufhin vom Wettbewerb aus. Einer hiergegen erhobenen Rüge half der Auftraggeber nicht ab, sodass der Bieter Rechtsschutz vor der Vergabekammer Sachsen-Anhalt begehrte.

Die sachliche Zuständigkeit der Vergabekammer Sachsen-Anhalt folgt aus § 19 Abs. 3 des Landesvergabegesetzes, der für Bauvergaben ab einem Nettoauftragswert von EUR 150.000 eine landesspezifische Sonderregelung zum Primärrechtsschutz unterhalb der EU-Schwellenwerte vorsieht.

#### ENTSCHEIDUNG

Die Vergabekammer Sachsen-Anhalt gab dem Auftraggeber recht. Der Ausschluss des Angebots sei wegen Unvollständigkeit gemäß § 16 Abs. 1 Nr. 1 VOB/A zwingend. Insbesondere bestehe keine Pflicht des Auftraggebers, die fehlenden Angaben nach Maßgabe des § 16a VOB/A nachzufordern. Denn bei den fehlenden Hersteller- und Fabrikatsangaben handele es sich nicht um „Erklärungen oder Nachweise“ im Sinne des § 16a VOB/A, sondern vielmehr um integrale Angebotsbestandteile.

Mit den vom Auftraggeber im Leistungsverzeichnis geforderten Fabrikatsangaben lege der Bieter in seinem Angebot erstmalig eine vertragsgegenständliche Leistung fest, die bei Zuschlagserteilung zum Vertragsgegenstand werde. Die Angabe des Fabrikats sei erforderlich, um bei der technischen Prüfung beurteilen zu können, ob das vom Bieter angebotene Produkt den Anforderungen des Leistungsverzeichnisses entspreche. Das demzufolge unvollständige Angebot des Bieters sei letztlich wie ein Angebot zu behandeln, welches bei Ablauf der Angebotsfrist nicht vorgelegen habe und müsse daher gemäß § 16 Abs. 1 Nr. 1 VOB/A ausgeschlossen werden.

## EINORDNUNG DER ENTSCHEIDUNG

Die Vergabekammer hält damit an ihrer bereits in der Vergangenheit vertretenen restriktiven Spruchpraxis fest (vgl. u. a. Beschluss vom 19.10.2017 – 3 VK LSA 82/17; Beschluss vom 29.11.2016 – 3 VK LSA 45/16). Dabei vertritt sie diese Rechtsauffassung keinesfalls exklusiv. In der jüngeren Rechtsprechung erachten auch andere Kammern das Nachfordern nur hinsichtlich solcher Angaben für zulässig, die den Inhalt der angebotenen Leistung „belegen“, nicht aber – wie im Falle der nachträglichen Benennung eines Herstellers, Typs oder Fabrikats angenommen – erstmalig definieren (vgl. VK Westfalen, Beschluss vom 09.06.2017 – VK 1-12/17; VK Thüringen, Beschluss vom 27.07.2016 – 250-4002-5385/2016-N-007-IK).

Die Vergabekammer Sachsen-Anhalt weist in ihrer Entscheidung allerdings darauf hin, dass andere Nachprüfungsinstanzen eine weniger formale Betrachtungsweise vertreten (vgl. nur OLG Dresden, Beschluss vom 17.01.2014 – Verg 7/13; VK Südbayern, Beschluss vom 15.05.2015 – Z3-3-3194-1-05-01/15; VK Nordbayern, Beschluss vom 25.06.2014 – 21.VK-3194-15/14). Sie legen die Nachforderungsregeln – wohl mit Blick auf die Historie der Vorschriften – deutlich weiter aus. So sollten die Gesetzesregeln ursprünglich der früher sehr strengen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs entgegenwirken, wonach selbst geringfügige Formfehler zum zwingenden Angebotsausschluss führten (BGH, Urteil vom 18.02.2003 – X ZB 43/02). Es ging also vor allem um die Herstellung eines möglichst großen Wettbewerbs.

## PRAXISTIPP

Aufgrund der divergierenden Rechtsprechung und der damit verbundenen Rechtsunsicherheiten, sollten Bieter vor allem bei komplexen Leistungsverzeichnissen große Sorgfalt darauf verwenden, die vom Auftraggeber geforderten Fabrikats-, Hersteller- oder Typangaben vollständig und zweifelsfrei einzutragen. Keinesfalls sollte darauf spekuliert werden, dass der Auftraggeber eine fehlende Bezeichnung nachfordern wird. Dies gilt für Bauvergaben und erst recht für die Ausschreibung von Liefer- und Dienstleistungen, bei denen das Nachfordern von Unterlagen ohnehin gemäß § 56 Abs. 2 VgV bzw. § 41 Abs. 2 UVgO im Ermessen des Auftraggebers steht.

In einem echten Dilemma stecken hingegen Auftraggeber, jedenfalls bei Bauvergaben. Denn sie machen sich im Falle fehlender Fabrikats-, Hersteller- oder Typangaben angreifbar, egal wie sie sich entscheiden. Schließen sie das Angebot des Bieters aus, ohne nachzufordern, wird sich dieser unter Umständen mit den Argumenten der Vergabekammern Nord- und Südbayern sowie des OLG Dresden hiergegen zur Wehr setzen. Fordern sie die fehlende Angabe nach, wird sich möglicherweise ein konkurrierender Bieter auf die Rechtsprechung der Vergabekammern Sachsen-Anhalt, Westfalen und Thüringen berufen und den Ausschluss des Angebotes des Konkurrenten verlangen. Vermeiden können öffentliche Auftraggeber eine solch missliche Situation durch eine eindeutige und transparente Gestaltung der Vergabeunterlagen

und durch sorgfältige Prüfung des Einzelfalls mit entsprechend individuell begründeter Dokumentation des Vorgehens bei der Angebotswertung.



### Dr. Lars Hettich

Rechtsanwalt | Fachanwalt für Vergaberecht  
BEITEN BURKHARDT  
Rechtsanwaltsgesellschaft mbH  
Düsseldorf

## NEWSTICKER

### +++ Angebotswertung muss umfassend dokumentiert werden +++

Die VK Brandenburg unterstreicht in einem aktuellen Beschluss vom 22. Juni 2018 (VK 5/18) die Bedeutung einer sorgfältigen Dokumentation gemäß § 8 VgV und ihre negativen Konsequenzen im Falle der Nichtbeachtung. Danach hat der öffentliche Auftraggeber das gesamte Vergabeverfahren – auch in den Einzelheiten – von Beginn an fortlaufend zu dokumentieren. Formelhafte Begründungen für die Entscheidung des Auftraggebers reichen für eine ordnungsgemäße Begründung nicht aus. Die Pflicht zur Dokumentation umfasst gerade auch die Gründe für die Auswahl eines Bieters. Dokumentationsmängel führen dazu, dass das Vergabeverfahren ab dem Zeitpunkt, in dem die Dokumentation unzureichend ist, fehlerbehaftet und in diesem Umfang zu wiederholen ist.

### +++ Verweis in den Vergabeunterlagen: Eignungskriterien nicht wirksam gefordert! +++

Die VK Baden-Württemberg stellt in einem aktuellen Beschluss vom 27. August 2018 (1 VK 35/18) klar, dass bei einer EU-Vergabe die Ankreuzoption im Bekanntmachungsformular: „Eignungskriterien gemäß Auftragsunterlagen“ nicht den Anforderungen der §§ 122 Abs. 4 Satz 2 GWB, 48 Abs. 1 VgV genügen. Damit kehrt die seit der Vergaberechtsnovelle im Fluss befindliche Rechtsprechung zur Bekanntmachung von Eignungskriterien langsam wieder zur alten Rechtslage (vor 2016) zurück (so z. B. auch OLG Düsseldorf, Beschluss vom 11.07.2018 – Verg 24/18). Danach waren

Eignungskriterien und -nachweise zwingend bereits im Bekanntmachungstext aufzuführen und durften in den Vergabeunterlagen allenfalls ergänzt oder konkretisiert werden. Auftraggeber sind daher aus Gründen der Rechtssicherheit gut beraten, von der An-

kreuzfunktion im Bekanntmachungsformular keinen Gebrauch zu machen und der Rechtsprechung, die dies für zulässig erachtet (z. B. VK Südbayern, Beschluss vom 16.10.2017 – Z3-3-3194-1-30-06/17), nicht zu folgen.

## Impressum

### BEITEN BURKHARDT

Rechtsanwaltsgesellschaft mbH  
(Herausgeber)  
Ganghoferstraße 33 | D-80339 München  
AG München HR B 155350/USt.-Idnr: DE-811218811

Weitere Informationen (Impressumsangaben) unter:  
<https://www.beiten-burkhardt.com/de/hinweise/impressum>

### REDAKTION (VERANTWORTLICH)

Stephan Rechten | Rechtsanwalt

© BEITEN BURKHARDT Rechtsanwaltsgesellschaft mbH.  
Alle Rechte vorbehalten 2018.

### HINWEISE

Diese Veröffentlichung stellt keine Rechtsberatung dar.

Wenn Sie diesen Newsletter nicht mehr erhalten möchten, können Sie jederzeit per E-Mail (bitte E-Mail mit Betreff „Abbestellen“ an [newsletter@bblaw.com](mailto:newsletter@bblaw.com)) oder sonst gegenüber BEITEN BURKHARDT widersprechen.

### IHRE ANSPRECHPARTNER

#### BERLIN

Lützowplatz 10 | 10785 Berlin  
Tel.: +49 30 26471-219  
Frank Obermann | [Frank.Obermann@bblaw.com](mailto:Frank.Obermann@bblaw.com)  
Stephan Rechten | [Stephan.Rechten@bblaw.com](mailto:Stephan.Rechten@bblaw.com)

#### DÜSSELDORF

Cecilienallee 7 | 40474 Düsseldorf  
Tel.: +49 211 518989-0  
Dr. Lars Hettich | [Lars.Hettich@bblaw.com](mailto:Lars.Hettich@bblaw.com)  
Sascha Opheys | [Sascha.Opheys@bblaw.com](mailto:Sascha.Opheys@bblaw.com)

#### FRANKFURT AM MAIN

Mainzer Landstraße 36 | 60325 Frankfurt am Main  
Tel.: +49 756095-195  
Dr. Hans von Gehlen | [Hans.VonGehlen@bblaw.com](mailto:Hans.VonGehlen@bblaw.com)

#### HAMBURG

Neuer Wall 72 | 20354 Hamburg  
Tel.: +49 40 688745-145  
Jan Christian Eggers | [Jan.Eggers@bblaw.com](mailto:Jan.Eggers@bblaw.com)

#### MÜNCHEN

Ganghoferstraße 33 | 80339 München  
Tel.: +49 89 35065-1452  
Michael Brückner | [Michael.Brueckner@bblaw.com](mailto:Michael.Brueckner@bblaw.com)  
Hans Georg Neumeier | [HansGeorg.Neumeier@bblaw.com](mailto:HansGeorg.Neumeier@bblaw.com)