

Mängel bei früherem Auftrag können zum Ausschluss führen

Vergaberecht. Wenn ein Bieter einen früheren Auftrag nur mangelhaft erfüllt hat, kann der Auftraggeber ihn von einem neuen Vergabeverfahren ausschließen. Dies gilt auch, wenn bloß eine Nebenpflicht verletzt wurde.

OLG Düsseldorf, Beschluss vom 28. März 2018,
Az. VII-Verg 49/17

Rechtsanwalt
Dr. Elmar Loer
von Lenz und Johlen



Quelle: Lenz und Johlen

DER FALL

Im Rahmen einer Bauvergabe sollte die Elektroinstallation vergeben werden. Ein Unternehmen – der spätere Antragssteller – wurde als Bieter von dem Vergabeverfahren ausgeschlossen. Der Auftraggeber begründete das damit, dass gegen das Unternehmen bereits in zwei früheren Aufträgen eine Kündigung wegen Verzugs und Verletzung von Abhilfepflichten aus-

gesprochen werden musste. Hierdurch war ein hoher Schaden entstanden, denn im Rahmen der Ersatzvornahme musste mit einer anderen Firma weitergebaut werden. Gegen den Ausschluss wehrte sich das Unternehmen zunächst vor der Vergabekammer und später in der zweiten Instanz vor dem Vergabesenat des OLG Düsseldorf.

DIE FOLGEN

Beide Instanzen sahen den Ausschluss als rechtmäßig an. Nach der Rechtsprechung des OLG Düsseldorf kann jede nicht vertragsgerechte Erfüllung eines Auftrags eine „mangelhafte“ Erfüllung im Sinne von § 124 Abs. 1 Nr. 7 GWB darstellen und damit ein Grund für den Ausschluss von einem neuen Vergabeverfahren sein. Diese mangelhafte Erfüllung muss allerdings erheblich sein, das heißt sie muss den öffentlichen Auftraggeber in tatsächlicher und finanzieller Hinsicht deutlich

belasten. Zudem muss es sich um eine wesentliche Anforderung bei der Ausführung eines früheren Auftrags handeln, die das Unternehmen erheblich oder fortdauernd mangelhaft erfüllt hat und wegen der es beispielsweise zu einer vorzeitigen Beendigung des Vertrags gekommen ist. Dabei kann es für einen Ausschluss auch ausreichen, wenn eine Nebenpflicht verletzt worden ist, so das OLG. Es ist nicht notwendig, dass im klassischen Sinne ein Mangel, etwa an einem Bauteil, vorliegt.

WAS IST ZU TUN?

Die Entscheidung verdeutlicht, dass nach der Einführung des Ausschlussstatbestands des § 124 Abs. 1 Nr. 7 GWB die gemeinsame Vergangenheit des Bieters und des öffentlichen Auftraggebers in Form von Altaufträgen in der Praxis immer bedeutsamer wird. Bereits die Verletzung einer Nebenpflicht kann unter Umständen den Ausschluss von einem neuen Vergabeverfahren rechtfertigen. Dies kann auch auf Investorenauswahlverfahren übertragen werden. Projektentwickler, die in der Vergangenheit

dadurch aufgefallen sind, dass sie vertragliche Vereinbarungen verletzt haben, können demnach unter Umständen von attraktiven neuen Verfahren ausgeschlossen werden. Sowohl Auftragnehmer als auch Auftraggeber sind daher gut beraten, ihre früheren Vertragsbeziehungen ausreichend zu dokumentieren, denn vor Gericht kommt es auf die Beweisbarkeit an. Allein eine „schlechte Stimmung“ zwischen den beiden Parteien wird als Begründung für einen Ausschluss nicht ausreichen. **ahl**