



VERGABERECHT

Schadensersatz wegen nicht erfolgter Bekanntmachung von Eignungskriterien

Das Vergabeverfahren begründet ein vorvertragliches Schuldverhältnis zwischen dem Auftraggeber und den Bietern mit gegenseitigen Rücksichtnahmepflichten i.S.d. §§ 311 Abs. 2 Nr. 1, 241 Abs. 2 BGB. Für den Auftraggeber sind diese Rücksichtnahmepflichten durch die Bestimmungen des Vergaberechts konkretisiert. Bei Verstößen gegen derartige Bestimmungen kann sich der Auftraggeber mithin schadensersatzpflichtig machen. Die Schadensersatzpflicht kann unter bestimmten Umständen auch über den Ersatz des reinen Vertrauensschadens hinausgehen und das positive Interesse, also den aufgrund des Vergaberechtsverstoßes entgangenen Gewinn, erfassen. Dies gilt sowohl für das oberschwellige EU-Vergaberecht als auch für das unterschwellige Haushaltsvergaberecht.

Mit der Frage, ob die fehlende Bekanntmachung eines Eignungskriteriums, konkret einer vorausgesetzten Personalausstattung, einen Verstoß gegen Rücksichtnahmepflichten im Rahmen eines Vergabeverfahrens darstellt, musste sich der Bundesgerichtshof (BGH) in der vorliegenden Entscheidung befassen (Urteil vom 6. Oktober 2020 – XIII ZR 21/19).

SACHVERHALT

Der beklagte Landkreis schrieb Anfang 2016 unterschwellig heizungstechnische Sanierungsarbeiten in einem Kreisklinikum öffentlich aus. Auf das Vergabeverfahren war noch das „alte“ Vergaberecht vor der Vergaberechtsreform 2016 anwendbar; die Ausschreibung erfolgte auf der Grundlage der VOB/A 2012. In der Auftragsbekanntmachung war keine Mindestanforderung an die Personalausstattung der Bieterunternehmen als Eignungskriterium enthalten. Die Klägerin gab daraufhin das günstigste Angebot ab.

In einem Bietergespräch am 1. März 2016 teilte der beklagte Landkreis der Klägerin mit, dass für einzelne Arbeitsabschnitte die parallele Tätigkeit von mindestens vier Gruppen mit je zwei Monteuren erforderlich sei. Die Klägerin ihrerseits wollte das Vorhaben allerdings mit lediglich zwei eigenen Monteuren ausführen und im Übrigen auf Leiharbeiter zurückgreifen, sofern dies erforderlich sein sollte.

Mit Schreiben vom 17. März 2016 setzte der Beklagte die Klägerin darüber in Kenntnis, dass ihr Betrieb wegen unzureichender Personalausstattung für das Bauvorhaben nicht geeignet sei und deshalb vom Bieterwettbewerb ausgeschlossen werde und der Auftrag einem anderen Bieter erteilt werden sollte.

Die Klägerin wendet dagegen ein, dass sie den Auftrag hätte erhalten müssen und macht im Klageweg einen Teilbetrag von EUR 70.000 zuzüglich Zinsen von einem insgesamt entgangenen Gewinn in Höhe von EUR 90.765,30 geltend.

Das Landgericht Offenburg wies die Klage mit Urteil vom 24. Mai 2017 (6 O 131/16) ab. Die Berufung der Klägerin wurde durch Beschluss gemäß § 522 Abs. 2 ZPO zurückgewiesen. Das Berufungsgericht nahm dabei an, dass das Vergabeverfahren des Beklagten zwar fehlerhaft gewesen sei, weil sich die von ihm als Eignungskriterium angewendete Mindestanforderung zur Personalausstattung der Bieter nicht bereits aus der Auftragsbekanntmachung ergeben habe. Die Klägerin habe jedoch nicht beweisen können, dass sie den Zuschlag in einem fehlerfreien Vergabeverfahren erhalten hätte, weil der Beklagte im Rahmen der nach § 16 Abs. 2 VOB/A 2012 gebotenen Eignungsprüfung hätte festlegen dürfen, dass das Bauvorhaben von mindestens vier Arbeitsgruppen mit je zwei Monteuren durchzuführen sei. Die Klägerin habe in diesem Kontext nicht ausreichend dargelegt, dass sie diese Anforderungen durch Beiziehung von Leiharbeitern habe erfüllen können. Mithin stehe ihr kein entgangener Gewinn zu.

Die Klägerin verfolgte ihren Zahlungsanspruch im Wege der Revision vor dem BGH weiter.

ENTSCHEIDUNG

Die Revision war erfolgreich.

Nach dem BGH sei das Berufungsgericht zunächst zutreffend davon ausgegangen, dass der Beklagte bestimmte Mindestanforderungen an die Personalausstattung der Bieter nicht nachträglich als Eignungskriterium einführen dürfe. Denn aus den Vergabeunterlagen müsse für die Bieter eindeutig und unmissverständlich hervorgehen, welche Voraussetzungen sie zu erfüllen haben, um den Auftrag erhalten zu können, und welche Erklärungen und Nachweise hierzu von ihnen verlangt werden. Die Vergabestelle treffe mithin die Verpflichtung, die Vergabeunterlagen klar und eindeutig zu formulieren, so dass Widersprüche vermieden werden.

Nach § 6 Abs. 3 Nr. 1 VOB/A 2012 seien zum Nachweis für die Eignung eines Bieters die Fachkunde, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit zu prüfen (*heute § 6a Abs. 1 Satz 1 VOB/A 2019*). Dazu

könne der Auftraggeber auch zusätzliche, auf den konkreten Auftrag bezogene Angaben verlangen. Die geforderten Nachweise seien in der Aufforderung zur Angebotsabgabe zu bezeichnen (*heute § 6a Abs. 4 Satz 1 VOB/A 2019*) und bekanntzumachen (*heute § 12 Abs. 1 Nr. 2 Buchst. w VOB/A 2019*). Hierdurch werde gewährleistet, dass mit der Bekanntmachung für jeden (potenziellen) Bieter feststeht, welche Anforderungen er erfüllen müsse, um den Auftrag erhalten und ausführen zu können. Demgemäß sei auch die Überprüfung der Eignung anhand der verlangten und in Übereinstimmung mit der Aufforderung zur Angebotsabgabe vorgelegten Nachweise durchzuführen. Nur so könne erreicht werden, dass in einem fairen wettbewerblichen Verfahren das günstigste Angebot eines geeigneten Bieters bezuschlagt werde.

Da nach den Feststellungen des Berufungsgerichts die Auftragsbekanntmachung keine Anforderungen an die Personalausstattung der Bieter stellte, dürfe der Auftraggeber mithin nicht nachträglich eine personelle Ausstattung, die die parallele Tätigkeit von vier Gruppen mit je zwei Monteuren voraussetze, als Kriterium der Eignung eines Bieters anwenden.

Ein Schadensersatzanspruch beschränke sich laut BGH aber grundsätzlich nur auf den Ersatz des Vertrauensschadens. Entgangener Gewinn könne nur dann geltend gemacht werden, wenn der übergangene Bieter bei ordnungsgemäßer Durchführung des Vergabeverfahrens den Zuschlag hätte erhalten müssen und ein Zuschlag tatsächlich erteilt worden ist. Die zuerst genannte Voraussetzung verlange, dass dem klagenden Bieter bei objektiv richtiger Anwendung der bekanntgemachten Vergabekriterien unter Beachtung des der Vergabestelle gegebenenfalls zukommenden Wertungsspielraumes der Zuschlag hätte erteilt werden müssen.

Zwar sei ein Zuschlag vorliegend tatsächlich erteilt worden. Das Berufungsgericht habe jedoch mit unzutreffender Begründung verneint, dass die Klägerin den Zuschlag hätte erhalten müssen. Es habe angenommen, dass der Zuschlag auch bei ordnungsgemäßem Ablauf des Vergabeverfahrens nicht der Klägerin habe erteilt werden müssen, weil diese nicht darlegte, dass sie die (Eignungs-)Anforderungen hätte erfüllen können. Zwar spreche der Umstand, dass ihre eigene Leistungsfähigkeit nicht ausreiche, um die Anforderungen zu erfüllen, noch nicht gegen ihre Eignung. Sie hätte jedoch das von ihr benannte Leiharbeiterunternehmen in die Eignung mit einbeziehen und dabei nachweisen müssen, dass die Leiharbeiter nach Erteilung des Zuschlags tatsächlich zur Verfügung gestanden hätten.

Laut BGH habe das Berufungsgericht damit jedoch einen fehlerhaften Maßstab angelegt. Es habe nämlich nicht geprüft, ob der Klägerin bei ordnungsgemäßem Ablauf des Vergabeverfahrens der Zuschlag hätte erteilt werden müssen, sondern vielmehr, ob die Klägerin in einem neuen – hypothetischen – Vergabeverfahren, in welchem der Beklagte andere Eignungskriterien formuliert hätte, in der Lage gewesen wäre, diese Eignungsvoraussetzungen zu erfüllen. Der vom Berufungsgericht angelegte Prüfungsmaßstab sei schon deswegen falsch, weil es eine theoretische Aufhebung des Vergabeverfahrens impliziere, für die es vorliegend an einem Aufhebungsgrund fehle.

Für die Prüfung eines auf das positive Interesse gerichteten Schadensersatzanspruchs komme es vielmehr allein auf die Beurteilung der Angebote anhand der in der Bekanntmachung geforderten Eignungsnachweise und der mitgeteilten Vergabekriterien an, wobei gegebenenfalls ein der Vergabestelle zukommender Wertungsspielraum zu berücksichtigen sei.

Laut BGH sei zu prüfen, ob die Klägerin nach erfolgter Eignungsprüfung hätte ausgeschlossen werden müssen. Im Rahmen dieser Prüfung dürfe die Eignung nur an denjenigen Kriterien gemessen werden, die der Auftraggeber in den Vergabeunterlagen genannt habe.

PRAXISTIPP

Die Entscheidung des BGH verdeutlicht nochmals eindringlich, wie wichtig es für den Auftraggeber ist, sich auch im Unterschwellenbereich vor der Bekanntmachung eines Vergabeverfahrens intensiv mit der Auswahl der Eignungskriterien und -nachweise zu beschäftigen. Dabei muss er bei der Festlegung der geforderten Eignungskriterien genau abwägen, welche (Mindest-)Anforderungen er an die Eignung der Bieter stellen möchte. Besonderen Wert sollte der Auftraggeber dabei auch auf die korrekte Erstellung der Auftragsbekanntmachung legen. Dies gilt bisher oft als Formalität; allerdings ist die Auftragsbekanntmachung das rechtlich maßgebende Dokument. Dies gilt ganz besonders auch für etwaige Mindestanforderungen an die Eignung (im EU-Bekanntmachungsformular „Mindeststandards“ genannt) sowie nach neuester Rechtsprechung auch für die Abschichtungskriterien zwecks Reduzierung des Teilnehmerfelds nach dem Teilnahmewettbewerb (vgl. VK Nordbayern, Beschluss vom 22. Oktober 2020 – RMF-SG 21-3194-5-33).

Ein Ausschluss eines Bieters ist – wie die BGH-Entscheidung zeigt – nur bei einem fehlenden Nachweis über *tatsächlich bekanntgemachte* Eignungskriterien möglich. Sonst kann sich die Frage der Schadensersatzpflicht stellen, die unter Umständen auch den entgangenen Gewinn umfassen kann und daher unbegrenzt ist. Einem Schadensersatzanspruch steht es jedenfalls nicht entgegen, dass der Auftraggeber die Eignungskriterien bei hypothetischer Betrachtung hätte wählen dürfen, wenn er dies anfangs in der Auftragsbekanntmachung kommuniziert hätte. Im Nachhinein, d.h. ohne die vorherige Festlegung auf bestimmte Eignungskriterien, kann der Auftraggeber einem Bieter grundsätzlich nicht – jedenfalls nicht folgenlos – die Eignung absprechen, selbst wenn die entsprechenden Eignungskriterien ursprünglich ihre Berechtigung gehabt hätten. Entscheidend ist nur das, was tatsächlich in der Auftragsbekanntmachung steht. Ist das Kind erstmal in den Brunnen gefallen, bleibt dem Auftraggeber regelmäßig nur die Möglichkeit, sich bestimmter Vertragsinstrumente wie einer Kündigung zu bedienen, wenn der bezuschlagte Bieter nicht in der Lage ist, den Auftrag ordnungsgemäß und anforderungsgerecht zu erfüllen.



Christopher Theis

Rechtsanwalt | Fachanwalt für Vergaberecht
BEITEN BURKHARDT
Rechtsanwalts-gesellschaft mbH
E-Mail: Christopher.Theis@bblaw.com

Auch Unterkriterien einer vorgesehenen Qualitätsbewertung sind transparent bekanntzumachen

Wie die obige Entscheidung (BGH, Urteil vom 6. Oktober 2020 – XIII ZR 21/19) zeigt, führt die fehlende Bekanntmachung von Eignungskriterien und deren damit verbundene nachträgliche Einführung in die Prüfungsmatrix zu einem Verstoß gegen geltendes Vergaberecht und mithin unter Umständen auch zu etwaigen Schadensersatzansprüchen eines benachteiligten Bieters. Nach einer aktuellen Entscheidung des OLG Frankfurt am Main (Beschluss vom 22. September 2020 – 11 Verg 7/20) gilt dies nicht nur für Eignungskriterien, sondern auch für nicht bekanntgemachte Unterkriterien der Zuschlagskriterien – hier bei der Qualitätsbewertung.

Mit seiner Entscheidung beleuchtet das OLG Frankfurt am Main den sehr praxisrelevanten Sachverhalt von internen Handreichungen der Auftraggeber für die Angebotsbewertung (**Checklisten**).

SACHVERHALT

Die Auftraggeberin schrieb EU-weit einen Dienstleistungsauftrag gemäß § 16 Abs. 2 SGB II i. V. m. § 45 SGB III aus. Konkret ging es um Coachingprogramme für Sozialhilfeempfänger. Durch diese Programme sollten das Sozialverhalten, das Arbeitsverhalten und die Arbeitsmotivation von Sozialhilfeempfängern gestärkt werden, so dass sie am Arbeitsmarkt besser vermittelbar werden.

Die Bieter sollten hierfür ein Dienstleistungskonzept entwerfen und einreichen. In die Gesamtbewertung der Angebote sollten der Preis mit 30 Prozent und die Qualität des Dienstleistungskonzepts mit 70 Prozent einfließen.

Antragsteller im Nachprüfungsverfahren war der Insolvenzverwalter über das Vermögen der vormaligen Bieterin (Insolvenzschuldnerin).

Die drei im Vergabeverfahren eingegangenen Angebote wurden so bewertet, dass die Beigeladene den ersten Platz belegte, eine weitere Bieterin den zweiten Platz und die Insolvenzschuldnerin mit dem teuersten Angebot, das vom Preis her auch über der Auftragswertschätzung lag, den dritten Platz. Die Auftraggeberin erteilte daraufhin der Beigeladenen den Zuschlag. Hierüber informierte die Auftraggeberin die Insolvenzschuldnerin jedoch erst knapp zwei Wochen nach dem Vertragsschluss mit der Beigeladenen.

Die Insolvenzschuldnerin stellte daraufhin einen Nachprüfungsantrag, in dem sie unter anderem die Angebotsbewertung, konkret die Qualitätsbewertung, rügte. Zudem berief sie sich auf einen Verstoß gegen § 134 GWB, weil ihr erst zwei Wochen *nach* Vertragsschluss mitgeteilt worden war, dass ihr Angebot nicht das wirtschaftlichste gewesen sei und die Auftraggeberin dadurch die Vorabinformations- und Wartepflicht verletzt hatte.

Inhaltlich warf die Insolvenzschuldnerin der Auftraggeberin vor, sie habe bei der Bewertung der Angebote mit **Checklisten** gearbeitet, die echte **Unterkriterien** enthielten, wie beispielsweise ein „simuliertes Fallbeispiel“ oder „Gender Mainstreaming“, die sich aus den Ausschreibungsunterlagen nicht ergeben hätten. Bei einer so starken Gewichtung (70 Prozent) der Qualität müsse die Bewertung zudem entsprechend tiefgründig sein, was nicht der Fall gewesen sei.

Die Vergabekammer Hessen gab dem Antrag mit der Begründung statt, dass aus ihrer Sicht das Angebot der Bestplatzierten gemäß § 57 Abs. 1 Nr. 2 VgV auszuschließen gewesen sei, weil in der Papier-Vergabeakte das Angebotskonzept der Bestplatzierten fehlte. Darüber hinaus liege im Verfahren auch ein Verstoß gegen § 134 GWB vor, weil die Auftraggeberin gegen ihre Vorabinformations- und Wartepflicht verstoßen habe. Die Zuschlagserteilung sei mithin unwirksam und die Angebote seien aufzuklären.

Gegen diese Entscheidung legten die Auftraggeberin und die Beigeladene sofortige Beschwerde ein. Während des Verfahrens vor dem Oberlandesgericht wurde die Bieterin insolvent, weshalb der Insolvenzverwalter den Rechtsstreit fortführte.

Nach Aufklärung der Angebote, ob und wie bei einer Beauftragung die Insolvenzschuldnerin den Vertrag hätte erfüllen können, schloss die Auftraggeberin die Insolvenzschuldnerin aus, was diese hinnahm. Weil sie aber zum Zeitpunkt der Angebotsabgabe noch vollumfänglich geeignet gewesen sei, treffe sie an der Erledigung des Nachprüfungsverfahrens keine Schuld, weshalb der Insolvenzverwalter nun die Feststellung der Rechtswidrigkeit des Vergabeverfahrens beantragte, um spätere Schadensersatzforderungen gegen die Auftraggeberin vorzubereiten.

ENTSCHEIDUNG

Mit Erfolg!

In seiner Entscheidung setzt sich das OLG Frankfurt am Main mit zwei Problemen des Vergabeverfahrens intensiv auseinander:

1. PROBLEM: DIE CHECKLISTE

Nach Auffassung des OLG seien in den bei der qualitativen Bewertung der Angebote verwendeten Checklisten echte **Unterkriterien** enthalten, die die unterlegene Bieterin weder aus der Bekanntmachung noch den Bewerbungsbedingungen noch aus der Leistungsbeschreibung habe ersehen können. Unterkriterien seien solche Kriterien, die der Ausfüllung und näheren Bestimmung eines Hauptkriteriums zu dienen bestimmt seien und präziser darstellen, worauf es dem Auftraggeber ankomme. Sie seien mithin an den allgemeinen vergaberechtlichen Grundsätzen aus § 97 Abs. 1 und 2 GWB zu messen und könnten mithin nur in die Bewertung einfließen, wenn sie dem Bieter vorher bekanntgemacht

worden seien (vgl. § 58 Abs. 3 VgV). Sofern dies unterbleibe, sei eine rechtmäßige Zuschlagserteilung – auf Basis dieser Bewertung – nicht möglich.

Weder in der Bekanntmachung noch in der Leistungsbeschreibung oder den Bewerbungsbedingungen waren alle Punkte der Checkliste enthalten. § 58 Abs. 3 VgV verlange jedoch, dass alle Zuschlagskriterien angegeben werden, so dass der Bieter sein Angebot diesen Kriterien entsprechend ausgestalten könne. Dies gelte insoweit auch für etwaige Unterkriterien.

Das OLG prüfte daraufhin die Checkliste von Grund auf. So befände sich beispielsweise das Unterkriterium „Darstellung Netzwerk“ weder in den Bewerbungsbedingungen noch in der Leistungsbeschreibung. Zwar könne das Unterkriterium „simuliertes Fallbeispiel für einen idealtypischen Verlauf“ aus der Leistungsbeschreibung herausgelesen werden, da der Auftraggeber – wenn auch versteckt – die Erwartung geäußert habe, dass der Auftragnehmer ein solches Fallbeispiel aus seiner Sicht beschreiben sollte. Es fehle jedoch etwa das Unterkriterium „Gender Mainstreaming einhalten“, da es weder in den Bewerbungsbedingungen aufgeführt sei noch sich aus der Leistungsbeschreibung ergebe.

2. PROBLEM: DIE DOKUMENTATION

Entgegen der Auffassung der Vorinstanz war das Verfahren aus Sicht des OLG Frankfurt am Main nicht schon deshalb fehlerhaft dokumentiert, weil die Papier-Vergabeakte das Konzept der Bestplatzierten nicht enthielt. Dieses war nämlich in der elektronischen Akte enthalten. Insoweit sei das Auseinanderfallen zwar „außerordentlich misslich“, ausschlaggebend und damit ausreichend sei jedoch die Dokumentation in der elektronischen Akte.

Der Gesetzgeber verlange von öffentlichen Auftraggebern, das Vergabeverfahren fortlaufend in Textform nach § 126b BGB zu dokumentieren, wozu auch die Kommunikation mit den Unternehmen gehöre. Für die Kommunikation sowie für die Speicherung von Daten in einem Vergabeverfahren seien jedoch grundsätzlich *elektronische* Mittel zu verwenden, so dass die Antragsgegnerin der Entscheidung der Vergabekammer erfolgreich entgegenzusetzen könne, dass sie die Vergabeakte gesetzeskonform elektronisch geführt habe.

Inhaltlich reklamiere der Antragsteller jedoch zu Recht eine nicht ausreichende Dokumentation der Angebotswertung. Aufgrund des erheblichen Auftragswertes und des umfangreichen Kriterienkataloges sei es erforderlich, dass der Auftraggeber alle für die Zuschlagserteilung maßgeblichen Erwägungen so eingehend dokumentiere, dass die konkreten qualitativen Eigenschaften der Angebote mit ihrem Gewicht für die Benotung klar erkennbar seien, weil sonst die jeweiligen Noten nicht für einen Dritten nachvollziehbar seien.

Im Ergebnis des Verfahrens dürfte sich aus Sicht des OLG ein Schadensersatzanspruch der Insolvenzschuldnerin allerdings auf das negative Interesse beschränken, da nicht zuverlässig abgeschätzt werden könne, dass die Insolvenzschuldnerin bei richtiger Wertung den Zuschlag hätte erhalten müssen.

PRAXISTIPP

Für **Auftraggeber** bedeutet dies, bereits bei der Vorbereitung des Verfahrens die ins Auge gefassten Wertungskriterien genau ausdifferenzieren und dabei nicht nur die Hauptkriterien und deren Gewichtung konkret abzufassen und bekanntzumachen, sondern auch etwaige Unterkriterien und deren Gewichtung. Fordert der Auftraggeber Bieterkonzepte, sollte er sich bereits bei der Vorbereitung des Verfahrens fragen, was er in diesem Konzept vom Bieter erfahren will und wie dieses am Ende bewertet werden soll.

Sofern sich der Auftraggeber für die Angebotswertung **Checklisten** bedienen möchte, ist darauf zu achten, dass diese keine Unterkriterien enthalten, die vorher nicht auch bekanntgemacht wurden, und zwar auch mit ihrer Gewichtung. Die Bekanntmachung sollte vorzugsweise bereits in der Auftragsbekanntmachung, zumindest jedoch in den Vergabeunterlagen erfolgen.

Darüber hinaus sollten Auftraggeber die ordnungsgemäße Dokumentation der Angebotswertung sicherstellen. Insbesondere bei komplexen und umfangreichen Verfahren mit ausdifferenzierten Qualitätskriterien und zugehörigen Unterkriterien ist eine umfassende und gut begründete Dokumentation bei der anschließenden Wertung von erheblicher Bedeutung. Liegt eine fehlerhafte Dokumentation vor, muss das Vergabeverfahren ab dem Zeitpunkt, in dem die Dokumentation fehlerhaft wurde, wiederholt werden, was für alle Beteiligten, aber vor allem für den Auftraggeber, aufwändig und zeitraubend ist.

Zudem sollten öffentliche Auftraggeber im Blick haben, dass auch die Insolvenz eines Bieters etwaigen Schadensersatzansprüchen nicht entgegensteht. Die Geltendmachung durch einen bestellten Insolvenzverwalter bleibt möglich, jedenfalls dann, wenn der Bieter zum Zeitpunkt der Angebotswertung noch geeignet für die Zuschlagserteilung war.

In Ansehung des o.g. Urteils des BGH (XIII ZR 21/19) sei jedoch darauf hingewiesen, dass es Sache des Bieters ist, glaubhaft und substantiiert darzulegen, dass er bei ordnungsgemäßem Ablauf des Vergabeverfahrens den Zuschlag tatsächlich erhalten hätte.

Auf **Bieterseite** kann – bei umfangreichen Anforderungen des Auftraggebers, die komplexe Konzepte erfordern – ein Bieter gut beraten sein, im Falle von Unklarheiten bei Wertungskriterien eine Bieterfrage zu stellen, um so Klarheit zu schaffen.



Dr. Tanja Johannsen

Rechtsanwältin
BEITEN BURKHARDT
Rechtsanwaltsgesellschaft mbH
E-Mail: Tanja.Johannsen@bblaw.com

Ausblick auf das Wettbewerbsregister

In jedem Vergabeverfahren hat der öffentliche Auftraggeber gemäß § 122 Abs. 1 GWB die Pflicht zu prüfen, ob bei den Bietern Ausschlussgründe nach §§ 123, 124 GWB vorliegen. In der Praxis wird dieser Pflicht zum einen durch die Vorlage von Eigenerklärungen über das Nichtvorliegen der Ausschlussgründe und zum anderen – vor der Zuschlagserteilung an den Bestbieter – durch die verpflichtende Abfrage beim Gewerbezentralregister sowie in einigen Bundesländern auch bei bestimmten Landesregistern genüge getan.

Das Wettbewerbsregister soll als bundesweite Datenbank nach seiner für Anfang 2021 geplanten Inbetriebnahme als zentrales Register dienen und eine schnellere Kenntnisnahme über begangene Straftaten und Ordnungswidrigkeiten ermöglichen. Eine Abfrage beim Wettbewerbsregister soll zukünftig die Abfragepflichten beim Gewerbezentralregister und bei den Landesregistern ersetzen. Eingetragen werden dort alle zwingenden und bestimmte fakultative Ausschlussgründe. Darunter fallen etwa Korruptionsstraftaten oder Steuerhinterziehungstatbestände. Aber auch Verurteilungen zu einer Geldbuße ab EUR 2.500 können Grund für eine Eintragung sein, genauso wie Verstöße gegen das Schwarzarbeitsbekämpfungsgesetz oder das Mindestlohngesetz. Außerdem sind Einträge bei Verstößen gegen umwelt-, sozial- und arbeitsrechtliche Verpflichtungen möglich.

VERFAHREN

Für den Aufbau und die Verwaltung des Wettbewerbsregisters ist das Bundeskartellamt in Bonn als „Registerbehörde“ zuständig. Staatsanwaltschaften, Finanzbehörden und Ordnungswidrigkeitsbehörden müssen relevante Verstöße übermitteln, die sodann in das Register eingepflegt werden. Wenn eine Entscheidung eine natürliche Person betrifft, untersucht die mitteilende Behörde zuvor, ob diese Person dem Unternehmen zuzurechnen ist (vgl. § 123 Abs. 3 GWB). Die Registerbehörde prüft die Meldung nur noch auf offensichtliche Fehler und informiert das betroffene Unternehmen, bevor sie einen Eintrag vornimmt. Vor Eintragung erhält das betroffene Unternehmen eine zweiwöchige Stellungnahmefrist.

Ab einem Auftragswert von EUR 30.000 werden öffentliche Auftraggeber vor Zuschlagserteilung verpflichtet sein, hinsichtlich des/der Bestbieter/s eine Abfrage beim Bundeskartellamt durchzuführen.

Bei Verfahren mit einem vorgeschalteten Teilnahmewettbewerb ist der öffentliche Auftraggeber überdies auch schon vor Angebotsaufforderung berechtigt, eine Abfrage durchzuführen. Diese muss dann aber – das gebietet der Gleichbehandlungsgrundsatz – für *alle* zum Angebot aufzufordernden Teilnehmer veranlasst werden.

LÖSCHUNG AUS DEM REGISTER

Eingetragene Verstöße werden im Regelfall nach Fristablauf von drei bzw. fünf Jahren automatisch gelöscht. Unternehmen haben die Möglichkeit, einen Antrag auf vorzeitige Löschung zu stellen, wenn sie Selbstreinigungsmaßnahmen ergriffen und deren Erfolg

nachgewiesen haben. Das kann beispielsweise die Einrichtung einer Compliance-Abteilung, die Abmahnung von Personal oder die Zahlung von Schadensausgleich sein. Gelöschte Verstöße dürfen vom öffentlichen Auftraggeber im Vergabeverfahren nicht berücksichtigt werden. Die Entscheidung der Registerbehörde über die Löschung ist für den öffentlichen Auftraggeber bindend. Der abfragende Auftraggeber erfährt in diesem Fall nicht, dass vormalig eine Eintragung bestanden hat.

Ist dagegen auf Antrag keine Löschung erfolgt, kann das Unternehmen die Selbstreinigung nach wie vor gegenüber dem öffentlichen Auftraggeber nachweisen, welcher in eigener Verantwortung darüber entscheidet, ob das betroffene Unternehmen ausgeschlossen werden kann/ausgeschlossen wird oder nicht. Die Ausübung dieses Ermessens ist in der Vergabeakte zu dokumentieren. Die Entscheidung der Registerbehörde, einen Eintrag *nicht* zu löschen, ist insoweit nicht bindend.

RECHTSSCHUTZ

Gegen Entscheidungen der Registerbehörde ist die Beschwerde des betroffenen Unternehmens beim Vergabesenat des OLG Düsseldorf statthaft. Rechtsschutz eines Mitbewerbers gegen die Löschung eines Konkurrenten aus dem Register, weil dieser Selbstreinigungsmaßnahmen durchgeführt hat, dürfte nicht bestehen. Ein „vorläufiger Rechtsschutz“ für das Unternehmen, das einen Antrag auf Löschung gestellt hat, bis der Antrag verbeschieden wurde, ist nicht vorgesehen. Daher dürfte es insbesondere nicht möglich sein, im Wettbewerbsregister einen „Sperrvermerk“ eintragen zu lassen. Über Art und Umfang der einzelnen Rechtsschutzmöglichkeiten werden die Gerichte zu entscheiden haben.

Ob für das eigene Unternehmen eine Eintragung vorliegt, wird sich durch einen Antrag auf Selbstauskunft gegen eine Gebühr in Höhe von EUR 20 in Erfahrung bringen lassen.

WIE GEHT ES WEITER?

Voraussetzung für die Inbetriebnahme des Wettbewerbsregisters ist der Erlass der Rechtsverordnung über den Betrieb des Registers zum Schutz des Wettbewerbs um öffentliche Aufträge und Konzessionen (WRegVO). Ein entsprechender Referentenentwurf des Bundesministeriums für Wirtschaft und Energie (BMWi) ist bereits veröffentlicht, das BMWi hat am 13. November 2020 die Länder- und Verbändebeiträge eingeleitet. Stellungnahmen waren bis zum 2. Dezember 2020 möglich.

Die WRegVO konkretisiert die Regelungen des WRegG insbesondere im Hinblick auf folgende Bereiche:

- Einzelheiten der elektronischen Kommunikation zwischen der Registerbehörde und den Nutzern des Registers (mitteilungspflichtige Behörden, Auftraggeber und Unternehmen) einschließlich der Registrierung;
- Voraussetzungen der Datenspeicherung, einschließlich Inhalt und Umfang der mitzuteilenden Daten sowie datenschutzrechtlicher Vorgaben;

- Einführung einer Gebühr in Höhe von EUR 20 für die Erteilung der Selbstauskunft;
- Anforderungen an Anträge und Nachweise der Unternehmen zur vorzeitigen Löschung von Eintragungen wegen durchgeführter Compliance-Maßnahmen (vergaberechtliche Selbstreinigung).



Christopher Theis

Rechtsanwalt | Fachanwalt für Vergaberecht
BEITEN BURKHARDT
Rechtsanwaltsgesellschaft mbH
E-Mail: Christopher.Theis@bblaw.com

aus der EU fiele das Vereinigte Königreich nicht länger in den Geltungsbereich des GPA.

Mit Wirkung zum 31. Dezember 2020 wird das Vereinigte Königreich nun eigenständig dem GPA beitreten. Nähere Informationen hierzu und zu dem elektronischen Auftrags-Benachrichtigungsdienst „Find a tender“ finden sich auf der Seite der britischen Regierung unter: <https://www.gov.uk/guidance/bidding-for-overseas-procurement-opportunities-what-to-expect-from-1-january-2021>.

NEWSTICKER

+++ Bayern: BayObLG wird Beschwerdegericht +++

Ab dem 1. Januar 2021 sind Beschwerden gegen Entscheidungen der bayerischen Vergabekammern nach § 171 Abs. 1, 2 GWB an das Bayerische Oberste Landesgericht zu richten. Dies ergibt sich aus der Neufassung des § 33 Abs. 3 der „Verordnung zur Änderung der Gerichtlichen Zuständigkeitsverordnung Justiz“ vom 24. November 2020, GZVJu, BayRS 300-3-1-J. Ziel ist es, eine landesweit einheitliche Rechtsprechung durch Spezialisierung der damit betrauten Richterinnen und Richter zu erreichen.

Zu diesem Zeitpunkt bereits anhängige Verfahren führt das Oberlandesgericht München zu Ende.

+++ Beitritt des Vereinigten Königreiches zum WTO-Abkommen +++

Das Übereinkommen über das öffentliche Beschaffungswesen (Government Procurement Agreement, GPA) ist ein internationales Abkommen der WTO und enthält bilateral ausgehandelte Verpflichtungen der Vertragsstaaten im Hinblick auf den Zugang zu ihren öffentlichen Beschaffungsmärkten (Coverage). Es dient der Gewährleistung fairer und transparenter Vergabeverfahren. Das Abkommen ist nur für die Mitgliedstaaten verbindlich, die es auch ratifiziert haben. Hierzu gehört die Europäische Union. Mit Austritt

+++ Die Dokumentation ist kein Selbstzweck +++

Dies entschied die Vergabekammer Hessen mit Beschluss vom 14. Mai 2020 (69 d – VK 2 – 20/2020) und lehnte unter anderem aus diesem Grund den Nachprüfungsantrag einer unterlegenen Bieterin ab.

Diese hatte sich im Rahmen der Ausschreibung auf alle Lose eines Auftrags mit einem übergreifenden Konzept beworben. Für sämtliche Lose galt die gleiche Wertungsmatrix. Die Bewertung ihres Konzepts mit unterschiedlichen Punktzahlen in den verschiedenen Losen war für die Bieterin nicht nachvollziehbar, weshalb sie eine Dokumentationspflichtverletzung seitens der Auftraggeberin bemängelte.

Ohne Erfolg. Die Dokumentationspflicht folge aus dem Transparenzgebot (§ 97 Abs. 1 GWB) und diene dazu, Entscheidungen für alle Beteiligten transparent nachvollziehbar auszuführen. Die Vergabekammer betonte die Wichtigkeit dieser Pflicht, insbesondere im Hinblick auf die Überprüfbarkeit von Entscheidungen mit großem Beurteilungsspielraum, wie dies bei einer Angebotsbewertung der Fall ist. Laut der Vergabekammer Hessen könne sich ein Bieter auf Fehler der Dokumentation jedoch nur dann stützen, wenn diese auch einen Nachteil für ihn im Vergabeverfahren begründen.

Im vorliegenden Fall änderte sich durch die unterschiedliche Bewertung jedoch die Rangfolge innerhalb der Lose nicht. Darüber hinaus sei auch die schriftlich niedergelegte Wertungsentscheidung ausreichend und der Dokumentationspflicht genügend, da die Auftraggeberin über reine stichwortartige Behauptungen hinaus Erläuterungshinweise in der Vergabeakte vermerkte. Die Entscheidung sei am jeweiligen Standort auch durch die jeweils fachlich verantwortliche Person erfolgt und durch die zentrale Projektverantwortliche geprüft worden.

+++ Nichteinhaltung der Regelungen zu Vergabeverfahren kann zur Entfernung aus dem Beamtenverhältnis führen +++

Dies entschied das Verwaltungsgericht Regensburg in seinem Urteil vom 19. Oktober 2020 (RB 10A DK 19.32). Im Streitgegenständlichen Verfahren beehrte der Kläger die Entfernung des Beklagten aus dem Beamtenverhältnis, nachdem dieser als Bürgermeister einer Gemeinde trotz der Verpflichtung aus einem Bewilligungsbescheid, die vergaberechtlichen Vorgaben einzuhalten, in manipulativer Art und Weise u. a. durch Preisabsprachen auf das Vergabeverfahren einwirkte.

Die Handlungen des Bürgermeisters führten zu einem Schaden von EUR 50.000 und zu einer Verurteilung wegen Untreue zu einer Freiheitsstrafe von 11 Monaten auf Bewährung sowie einer

Gesamtgeldstrafe von 270 Tagessätzen zu je EUR 60 wegen wettbewerbsbeschränkender Absprachen. Nach § 14 Abs. 2 Satz 1 BayDG sind Beamte darüber hinaus aus dem Dienstverhältnis zu entfernen, wenn sie durch ein schweres Dienstvergehen das Vertrauen des Dienstherrn oder der Allgemeinheit endgültig verloren haben.

Das Verwaltungsgericht Regensburg nahm vorliegend einen solchen Vertrauensverlust an, weil zumindest der Anschein bestehe, dass es bei der Vergabeentscheidung zu einer Vermengung kommunaler und privater Interessen kam und deswegen der Korruptionsverdacht im Raum stehe.

Für die Praxis bedeutet dies, dass sämtliche (Amts-)Personen, die mit öffentlichen Vergabeverfahren befasst sind, die damit einhergehenden Pflichten strikt beachten sollten, um dienst- und arbeitsrechtliche Konsequenzen zu vermeiden.

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 2021.

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) oder sonst gegenüber BEITEN BURKHARDT widersprechen.

IHRE ANSPRECHPARTNER

BERLIN

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

DÜSSELDORF

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

FRANKFURT AM MAIN

Mainzer Landstraße 36 | 60325 Frankfurt am Main
Tel.: +49 756095-195
Christopher Theis | Christopher.Theis@bblaw.com

HAMBURG

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

MÜNCHEN

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