

Anmerkung zu:	Vergabekammer Darmstadt 1. Vergabekammer, Beschluss vom 04.03.2018 - 69d-VK-25/2017
Autoren:	Dr. Roland M. Stein, LL.M., RA, Dr. Christopher Wolters, RA
Erscheinungsdatum:	31.08.2018
Quelle:	JURIS
Normen:	§ 134 GWB, § 124 GWB, § 125 GWB, § 126 GWB
Fundstelle:	jurisPR-Compl 4/2018 Anm. 3
Herausgeber:	Prof. Dr. Norbert Nolte, RA
Zitiervorschlag:	Stein/Wolters, jurisPR-Compl 4/2018 Anm. 3

Verbotswidriger Nachunternehmereinsatz kann zum Ausschluss bei einem späteren Vergabeverfahren führen

Orientierungssätze zur Anmerkung

- 1. Der Nachunternehmereinsatz stellt eine wesentliche Anforderung i.S.d. § 124 Abs. 1 Nr. 7 GWB bei der Ausführung eines (früheren) Auftrags dar. Der Einsatz von Nachunternehmern ohne die erforderliche Zustimmung des Auftraggebers ist eine Fehlleistung i.S.d. § 124 Abs. 1 Nr. 7 GWB.**
- 2. § 124 Abs. 1 Nr. 7 GWB erfordert keine gerichtliche Bestätigung, dass die vom Auftraggeber getroffene Rechtsfolge aufgrund einer mangelhaften Leistung des Bieters berechtigt war. Es genügt, dass der Bieter diese klaglos hingenommen hat.**
- 3. Bei Vorliegen einer der in § 124 GWB normierten Ausschlussgründe ist ein Angebotsausschluss regelmäßig geeignet und erforderlich.**

A. Problemstellung

Hat ein Auftragnehmer in der Vergangenheit seine vertraglichen Pflichten im Rahmen der Auftragsdurchführung nicht oder nur schlecht erfüllt, kann der Auftraggeber ein legitimes Interesse daran haben, diesen Bieter im Rahmen eines späteren Vergabeverfahrens auszuschließen. Der ein solches Vorgehen ermöglichte § 124 Abs. 1 Nr. 7 GWB ist ein weiteres Beispiel für die Wichtigkeit effektiver Compliance-Systeme, um Regelverstöße und daraus resultierende negative (vergaberechtliche) Konsequenzen zu vermeiden. Denn wenn Unternehmen im Rahmen der Leistungserbringung die zugrunde liegenden Verträge nicht einhalten, drohen nicht nur Schadensersatzforderungen und Kündigung seitens des Vertragspartners, sondern sogar der Ausschluss bei künftigen Vergabeverfahren. Darüber hinaus kann ein funktionierendes Compliance-System auch für eine spätere Selbstreinigung relevant werden.

Die zuvor nur durch die Rechtsprechung geprägte Ausschlussmöglichkeit in Fällen der Schlechtleistung bei einem vorigen Auftrag wurde mit der Vergaberechtsnovelle 2016 kodifiziert und findet sich nunmehr als fakultativer Ausschlussgrund in § 124 Abs. 1 Nr. 7 GWB. Der Tatbestand enthält gleich eine ganze Reihe von ausfüllungsbedürftigen Rechtsbegriffen. So müssen für einen Ausschluss „wesentliche“ Anforderungen „erheblich“ mangelhaft erfüllt worden sein, und dies muss zu einer vorzeitigen Beendigung, zu Schadensersatz oder einer „vergleichbaren Rechtsfolge“ geführt haben. Die VK Darmstadt trägt mit ihrem hier besprochenen Beschluss vom 14.03.2018 nun zur Konkretisierung dieses Ausschlussgrundes bei.

B. Inhalt und Gegenstand der Entscheidung

Die Auftraggeberin schrieb die Vergabe des Auftrags von Rohbauarbeiten für den Neubau einer Schule europaweit aus. Die Auftragnehmerin gab hierfür ein Angebot ab. Daraufhin teilte ihr die Auftraggeberin mit, dass ihr Angebot ausgeschlossen würde. Die Auftraggeberin stützte den Ausschluss nach § 124 Abs. 1 Nr. 7 GWB darauf, dass die Auftragnehmerin bei Ausführung eines früheren Auftrags wesentliche Anforderungen nicht erfüllt habe und der Vertrag deshalb vorzeitig beendet worden sei. Dem lag der folgende Sachverhalt zugrunde: Bei der Durchführung des Auftrags zum Bau einer anderen Schule hatte die Auftragnehmerin unzulässigerweise Nachunternehmer eingesetzt. Das hatte die Auftraggeberin zum Anlass genommen, der Auftragnehmerin fristlos zu kündigen. Hiergegen ging die Auftragnehmerin nicht vor.

Die VK Darmstadt folgte im Ergebnis der Argumentation der Auftraggeberin und lehnte den Nachprüfungsantrag der Auftragnehmerin ab. Sie sah die Voraussetzungen des § 124 Abs. 1 Nr. 7 GWB als erfüllt an und bestätigte der Auftraggeberin auch die pflichtgemäße Ausübung ihres Ausschlussermessens. Denn bei dem Nachunternehmereinsatz habe es sich um eine wesentliche Anforderung bei der Ausführung des früheren Auftrags gehandelt. Dabei könne die Frage offenbleiben, ob das Verhalten der Auftragnehmerin als Verletzung der Hauptpflichten zu werten sei, die jedenfalls eine Verletzung einer wesentlichen Anforderung darstelle. Die Voraussetzung sei vorliegend nämlich schon deshalb erfüllt, weil die Vorgaben des Auftraggebers zum Umfang des erlaubten Nachunternehmereinsatzes bereits als solche wesentlich für die Auftragsvergabe und -durchführung seien. Denn Nachunternehmer spielen bei Bauleistungen eine zentrale Rolle und müssten überdies auch dieselben Eignungsanforderungen erfüllen wie der Hauptunternehmer.

Weiter sei auch das Erfordernis der vorzeitigen Beendigung des früheren Auftrags erfüllt. Denn unstreitig habe die Auftraggeberin das Vertragsverhältnis vor Ablauf der vertraglich vereinbarten Frist mit ihrer Kündigung aufgelöst. Eine gerichtliche Bestätigung der Rechtmäßigkeit der getroffenen Maßnahme (hier Kündigung) sei im Rahmen des § 124 Abs. 1 Nr. 7 GWB nicht erforderlich. Es genüge hierfür vielmehr – wie streitgegenständlich geschehen – ein klagloses Hinnehmen durch den Auftragnehmer.

Schließlich habe es sich beim Einsatz von Nachunternehmern auch um eine mangelhafte Erfüllung i.S.d. § 124 Abs. 1 Nr. 7 GWB gehandelt. Denn der Begriff des Mangels sei im Sinne von „nicht vertragsgerecht“ zu verstehen und umfasse somit auch den Verstoß gegen die vertragliche Vereinbarung, keine Nachunternehmer einzusetzen. Der Mangel sei erheblich und zumindest fortdauernd gewesen, da Nachunternehmer über mehrere Monate eingesetzt worden seien. Zwar hätte eine Zustimmung der Auftraggeberin die Vertragswidrigkeit entfallen lassen können. Diese sei hier aber weder angefragt noch ausdrücklich oder konkurrenzfrei erteilt worden. Daran ändere auch die tatsächliche oder potentielle Kenntnisnahme der Auftraggeberin nichts.

Die Auftraggeberin habe auch das ihr nach § 124 Abs. 1 Nr. 7 GWB zustehende Ausschlusserlassen pflichtgemäß ausgeübt. Denn bei Vorliegen einer der Ausschlussgründe sei ein Ausschluss regelmäßig geeignet und erforderlich. Anhaltspunkte für eine ausnahmsweise bestehende Unverhältnismäßigkeit der Entscheidung der Auftraggeberin seien nicht ersichtlich. Die in der Literatur umstrittene Frage, ob der Auftraggeber auch bei Vorliegen sämtlicher Tatbestandsmerkmale des § 124 Abs. 1 Nr. 7 GWB eine Prognose vornehmen muss, ob der Auftragnehmer womöglich den zu vergebenden Auftrag trotzdem ordnungsgemäß ausführen wird („Prognoseentscheidung“), konnte die VK Darmstadt offenlassen. Denn die Auftraggeberin habe die an eine solche Entscheidung gestellten Anforderungen jedenfalls erfüllt.

C. Kontext der Entscheidung

Zunehmend präzisiert die Rechtsprechung die Grundsätze, nach denen ein Auftraggeber einen Auftragnehmer wegen vertraglicher Compliance-Verstöße nach § 124 Abs. 1 Nr. 7 GWB ausschlie-

ßen kann. Dazu trägt nun auch die Entscheidung der VK Darmstadt bei. Zeitlich zuvor ist bereits eine Entscheidung des OLG Frankfurt im Rahmen eines Antrags der Auftraggeberin auf Gestattung des sofortigen Zuschlags ergangen (OLG Frankfurt, Beschl. v. 12.10.2017 - 11 Verg 13/17), in der ebenfalls einige entscheidende Aspekte thematisiert werden. Die Ausführungen der VK Darmstadt reihen sich im Wesentlichen in die bisherige Spruchpraxis ein:

Unter den Begriff einer „wesentlichen Anforderung“ bei der Auftragsausführung sind nach einheliger Auffassung jedenfalls Hauptpflichten und wesentliche vertragliche Pflichten zu fassen. Wesentlich stärker diskutiert wird deshalb die Frage, ob und wenn ja welche darüberhinausgehenden Pflichten hierunter zu zählen sind. Die Entscheidung der VK Darmstadt schließt sich der bereits vereinzelt anzutreffenden und bislang unwidersprochenen Auffassung an, dass hierunter auch das Verbot des Einsatzes von Nachunternehmern zu fassen ist. Dieselbe Frage lag bereits der VK Bund (BKartA, Beschl. v. 29.12.2017 - VK 1 - 145/17) in einem Fall zur Entscheidung vor. Allerdings vermied diese noch eine Auseinandersetzung mit dieser Frage. Sie ließ es zur Bejahung der Voraussetzung von § 134 Abs. 1 Nr. 7 GWB nämlich genügen, dass zugleich Leistungen in einem solchen Umfang nicht fristgerecht erbracht worden waren, dass der Fertigstellungstermin nicht eingehalten werden konnte. Die Entscheidung der VK Darmstadt stellt nun klar, dass der unzulässige Nachunternehmereinsatz ohne Hinzutreten weiterer Pflichtverletzungen bereits genügt, um einen Angebotsausschuss zu tragen (ebenso OLG Frankfurt, Beschl. v. 12.10.2017 - 11 Verg 13/17).

Hinsichtlich des Merkmals eines „erheblichen Mangels“ bei einer wesentlichen Anforderung weicht die VK Darmstadt in ihrem Maßstab von vorangehenden Entscheidungen ab. Nach ihrer Auffassung genügt ein unberechtigter Nachunternehmereinsatz über einen längeren Zeitraum bereits für sich genommen, um einen erheblichen Mangel zu begründen. Aufgrund des mehrmonatigen Einsatzes sei ohnehin zumindest das alternative Merkmal „fortdauernd“ erfüllt gewesen. Anders entschied die VK Weimar (Beschl. v. 12.07.2017 - 250-4003-5533/2017-E-016-EF). Zwar erkannte auch sie im unzulässigen Nachunternehmereinsatz eine Verletzung wesentlicher Anforderungen. Sie zeigte sich jedoch mit Blick auf das Tatbestandsmerkmal des „erheblichen“ Mangels strenger. Ihrer Ansicht nach sollte es sich bei einem Verstoß gegen eine entsprechende Abrede nur dann um einen erheblichen Mangel handeln, wenn der Nachunternehmereinsatz den Auftraggeber in tatsächlicher und finanzieller Hinsicht deutlich belastet. Auch die VK Bund (BKartA, Beschl. v. 29.12.2017 - VK 1 - 145/17) und das OLG Celle (Beschl. v. 09.01.2017 - 13 Verg 9/16) stellten bei der Prüfung der „Erheblichkeit“ auf die tatsächliche und finanzielle Belastung des Auftraggebers ab, behandelten dabei jedoch nicht den Einsatz von Nachunternehmern.

In Bezug auf die Frage, ob eine fristlose Kündigung gerechtfertigt war und damit eine „vorzeitige Beendigung“ vorlag, weicht die VK Darmstadt nicht erheblich von anderen Entscheidungen ab. Im Einzelnen unterscheiden sich die bislang aufgestellten Anforderungen allerdings: Die VK Lüneburg (Beschl. v. 14.11.2016 - VgK-44/2016) forderte etwa, dass die Kündigung nicht ohne konkret greifbaren Anlass oder rechtsmissbräuchlich erfolgen dürfe. Dem anschließend über den Sachverhalt entscheidenden OLG Celle (Beschl. v. 09.01.2017 - 13 Verg 9/16) genügte dies indes nicht. Vielmehr müsse der Auftraggeber Indiziatatsachen vorbringen, die von einigem Gewicht sind und auf gesicherten Erkenntnissen aus seriösen Quellen basieren und die seine Entscheidung zum Ausschluss des Bieters als nachvollziehbar erscheinen lassen. Die VK Ansbach (Beschl. v. 13.01.2017 - 21.VK-3194-38/16) ließ hingegen einen glaubhaften Vortrag zur Berechtigung der außerordentlichen Kündigung genügen. Die VK Weimar (Beschl. v. 12.07.2017 - 250-4003-5533/2017-E-016-EF) schließlich griff sämtliche vorgenannten Aspekte auf (konkret greifbarer Anlass, gewichtige Indiziatatsachen, glaubhafter Vortrag), ohne sich für ein einzelnes Kriterium zu ent-

scheiden. Die VK Darmstadt stellt sich nun scheinbar der bisherigen Praxis entgegen und stellt an die Überprüfung der Kündigung keine besonderen Anforderungen.

Der von der VK Darmstadt entschiedene Fall und die durch das OLG Celle und die anderen Vergabekammern entschiedenen Fälle unterscheiden sich jedoch in einem wesentlichen Aspekt: Während in dem Verfahren vor der VK Darmstadt die Auftragnehmerin die Kündigung klaglos hingenommen und zumindest als ordentliche Kündigung akzeptiert hatte, hatten in den anderen vorgenannten Verfahren die Auftragnehmer jeweils der Kündigung widersprochen. Alle bisher ergangenen Entscheidungen haben zudem gemeinsam, dass eine ausführliche inzidente Prüfung und Feststellung der Rechtmäßigkeit der Kündigung im Nachprüfungsverfahren nicht für notwendig gehalten wurde.

Auf Rechtsfolgenseite ist bislang vor allem in der Literatur umstritten, ob Auftraggeber eine Prognoseentscheidung treffen müssen, dass der Auftragnehmer womöglich den zu vergebenden Auftrag trotzdem ordnungsgemäß ausführen wird (dafür etwa Opitz in: Burgi/Dreher, § 124 GWB Rn. 95; dagegen Stolz in: Ziekow/Völlink, § 124 GWB Rn. 40). Nur wenn die Prognose negativ ausfällt, d.h. mit einer ordnungsgemäßen Ausführung nicht zu rechnen ist, soll ein Ausschluss möglich sein. Die VK Darmstadt hat davon abgesehen, sich diesbezüglich zu positionieren, weil die Voraussetzungen ohnehin vorgelegen hätten. Das OLG Frankfurt (Beschl. v. 12.10.2017 - 11 Verg 13/17) jedenfalls hielt für denselben Sachverhalt eine negative Prognoseentscheidung und deren Dokumentation für zwingend erforderlich. Auch das OLG Celle (Beschl. v. 09.01.2017 - 13 Verg 9/16) sowie die VK Bund (BKartA, Beschl. v. 29.12.2017 - VK 1 - 145/17) prüften in der Vergangenheit bereits das Vorliegen einer Prognoseentscheidung. In der Rechtsprechung zeichnet sich somit die Tendenz ab, Prognoseentscheidungen als Bestandteil der ordnungsgemäßen Ermessensausübung anzusehen.

D. Auswirkungen für die Praxis

Neben der Kernaussage, dass der unzulässige Einsatz von Nachunternehmern für den Ausschluss eines Bieters genügen kann, ruft die Entscheidung durch ihre mustergültige Prüfung der Voraussetzungen des § 124 Abs. 1 Nr. 7 GWB wichtige Grundsätze dieses Ausschlussgrundes in Erinnerung:

Auftraggeber sollten bei Unzufriedenheit mit einem Auftragnehmer daran denken, dessen Schlechtleistung nicht einfach hinzunehmen, sondern entsprechende Konsequenzen zu ziehen. Andernfalls ist der Auftraggeber nicht davor gefeit, dem Auftragnehmer in einer weiteren Ausschreibung ungewollt wieder zu begegnen und ihm unter Umständen den Zuschlag erteilen zu müssen. Aus diesem Grund muss der Auftraggeber bei Schlechtleistung kündigen, Schadenserstattung fordern oder eine vergleichbare Maßnahme ergreifen (wie z.B. eine erhebliche Rechnungskürzung). Nur auf diese Weise kann er sich überhaupt die Möglichkeit erhalten, den Bieter auszuschließen.

Es empfiehlt sich ferner, Protokoll über in der Vergangenheit negativ aufgefallene Bieter zu führen. Dazu muss unternehmensintern sichergestellt werden, dass die Vergabestelle von den für die Auftragsdurchführung zuständigen Stellen die entsprechenden Informationen erhält. Auf diese kann sie dann im Rahmen der Eignungsprüfung zurückgreifen. Durch derartige interne Regeln und Informationsaustausch (bestenfalls innerhalb des gesamten Konzerns/der gesamten Behörde) können Auftraggeber effektiv verhindern, dass sie ihre Aufträge an ein Unternehmen vergeben, das in der Vergangenheit bereits negativ durch die Verletzung vertraglicher Pflichten aufgefallen ist. Der frühere öffentliche Auftrag, in dem eine Schlechtleistung erfolgte, muss nämlich nicht von demselben Auftraggeber vergeben worden sein.

Solange noch nicht höchstrichterlich über das Erfordernis einer Prognoseentscheidung entschieden ist, empfiehlt es sich für Auftraggeber außerdem, eine solche stets vorzunehmen und zu dokumentieren. Der Auftraggeber sollte folglich im Vergabevermerk stets auch diejenigen Gründe festhalten, weshalb der Bieter wegen der Verletzung vertraglicher Pflichten in der Vergangenheit wahrscheinlich auch den zu vergebenden Auftrag ebenso wenig ordnungsgemäß durchführen wird.

Im Übrigen deutet die VK Darmstadt an, dass es einem Ausschluss entgegenstehen könnte, wenn nach der Schlechtleistung ein weiteres Vergabeverfahren mit Beteiligung des früheren Auftraggebers durchgeführt und dabei auf eine bestehende Ausschlussmöglichkeit verzichtet wurde. Hier sollten Auftraggeber folglich Vorsicht walten lassen, wenn sie sich zukünftig einen Ausschluss offenhalten wollen.

Die mit einer Beendigung oder vergleichbaren Maßnahme konfrontierten Auftragnehmer müssen sich demgegenüber verstärkt überlegen, ob sie ein Compliance-System einführen, um zu gewährleisten, dass Verstöße zukünftig verhindert oder bei internem Bekanntwerden unverzüglich an den Auftraggeber gemeldet werden. So lässt sich der Ermessensspielraum des öffentlichen Auftraggebers vermindern, ob er das Unternehmen von nachfolgenden Vergabeverfahren ausschließt.

Ferner sollten Auftragnehmer sich in Anbetracht der möglichen vergaberechtlichen Konsequenzen ernsthafte Gedanken darüber machen, ob sie gegen aus ihrer Sicht ungerechtfertigte Maßnahmen des Auftraggebers vorgehen. Eine falsche Zurückhaltung und klaglose Hinnahme eines Auftragnehmers gegen ungerechtfertigt ergriffene Rechtsmaßnahmen des Auftraggebers kann dazu führen, dass er bei späteren Verfahren womöglich ausgeschlossen wird. Beabsichtigte ein Auftragnehmer, abweichend von der vertraglichen Regelung Nachunternehmer einzusetzen, sollte er stets die ausdrückliche Zustimmung des Auftraggebers einholen. Denn nach der Entscheidung der VK Darmstadt genügt dessen bloße Kenntnis vom Nachunternehmereinsatz nicht, um aus seiner Nicht-Reaktion eine Zustimmung zu folgern.

Für bereits in der Vergangenheit ausgeschlossene Bieter, die weiterhin an Ausschreibungen ihres früheren Auftraggebers teilnehmen wollen, ist es ferner bedeutsam zu wissen, dass der Auftraggeber ein Unternehmen dann nicht ausschließen darf, wenn es hinreichende Selbstreinigungsmaßnahmen i.S.d. § 125 Abs. 1 GWB nachgewiesen hat. Bei der Ermessensentscheidung des Auftraggebers über einen Ausschluss dürfen diese Maßnahmen nicht unberücksichtigt bleiben. Hier zeigt sich ein weiterer Vorteil, den die Einführung eines Compliance-Systems bietet: Ein solches dient einerseits dazu, zukünftige Verstöße zu verhindern und andererseits dazu, vergangene Verstöße aufzudecken, und ist Voraussetzung für eine erfolgreiche Selbstreinigung. Aber auch dann, wenn keine Selbstreinigungsmaßnahmen ergriffen wurden, kann ein Ausschluss nur für einen Zeitraum von höchstens drei Jahren erfolgen (§ 126 Nr. 2 GWB).