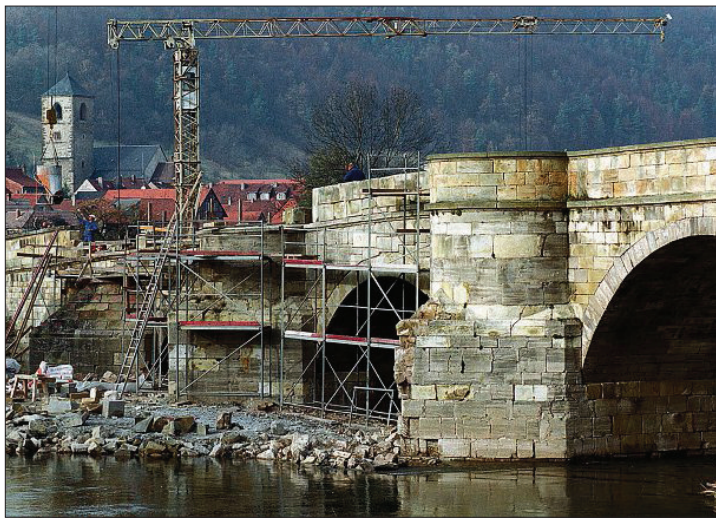


OLG München zur Eignungsprüfung und Eignungsprognose

Kündigung darf berücksichtigt werden

Eine Vergabestelle hat im Nichtoffenen Verfahren einen von insgesamt vier Bauabschnitten der Instandsetzung einer historischen Natursteingewölbebrücke europaweit ausgeschrieben. Den Zuschlag für den ersten Bauabschnitt erhielt ein Bauunternehmer. Während der Bauarbeiten kam es zu erheblichen Differenzen zwischen der Vergabestelle und dem Bauunternehmer. Aufgrund von Bedenkenanmeldungen des Bauunternehmers im Hinblick auf dStatik, Steine und Mörtel, drohte die Vergabestelle die Kündigung an, weil sie die Fertigstellung gefährdet sah. Der Bauunternehmer monierte daraufhin die problematische planerische und bauseitige Abwicklung des Bauvorhabens, weil die ursprüngliche Planung in großen Teilen abgeändert und Bedenkenanmeldungen verspätet beantwortet worden seien. Die Vergabestelle reagierte hierauf mit einer weiteren Kündigungsandrohung unter Fristsetzung zur Vorlage eines Bauzeitenplans und einer Nachfristsetzung für die Bauleistung. Wegen unsicherer Witterungsbedingungen hat sich der Bauunternehmer allerdings nicht verbindlich auf einen Fertigstellungstermin festgelegt. Schließlich kündigte die Vergabestelle den geschlossenen Vertrag nach § 8 Absatz 3 i.V.m. § 5 Absatz 4 VOB/B fristlos.

Für die Restarbeiten des ersten Bauabschnitts wurden von der Vergabestelle fünf Unternehmen des vorangegangenen Nichtoffenen Verfahrens zur Angebotsabgabe aufgefordert. Der gekündigte



Bei der Sanierung einer Natursteinbrücke kam es zu Differenzen (Die im Bild dargestellte Brücke ist nicht Gegenstand der gerichtlichen Auseinandersetzung im hier beschriebenen Fall).

FOTO DPA

Bauunternehmer wurde wegen seiner „konfliktreichen und unbefriedigenden Arbeitsweise“ hingegen nicht aufgefordert. Gegen seine Nichtberücksichtigung im Rahmen der Angebotsaufforderung wandte sich der gekündigte Bauunternehmer mit einem Nachprüfungsantrag.

Das Oberlandesgericht München (1. Juli 2013 – Az.: Verg 8/13) hat dem Nachprüfungsan-

trag im Rahmen eines vergaberechtlichen Eilverfahrens keine Erfolgsaussicht beigemessen. Der bayerische Vergabesenat hat ausgeführt, dass bei der materiellen Eignungsprüfung des öffentlichen Auftraggebers überprüft wird, ob der Bieter persönlich und fachlich für den konkret ausgeschriebenen Auftrag geeignet ist. Die Eignungsprüfung ist eine unternehmensbezogene Untersuchung, ob

ein Unternehmen nach seiner personellen, finanziellen und technischen Ausstattung in der Lage sein wird, den ausgeschriebenen Auftrag auszuführen. Der öffentliche Auftraggeber überprüft die Eignung des Bieters mittels einer Prognoseentscheidung. Die Prognose betrifft die Frage, ob der Bieter über die erforderliche Fachkunde, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit verfügt, um den

konkret ausgeschriebenen Auftrag ordnungsgemäß ausführen zu können. Wie bei jeder Prognoseentscheidung steht dem öffentlichen Auftraggeber ein Beurteilungsspielraum zu, der von den Nachprüfungsinstanzen nur eingeschränkt überprüfbar ist. Der Beurteilungsspielraum ist nur dann überschritten, wenn das vorgeschriebene Verfahren nicht eingehalten, von einem unzutreffenden bzw. nicht hinreichend ermittelten oder überprüften Sachverhalt ausgegangen worden ist, sachwidrige Erwägungen für die Entscheidung verantwortlich waren oder ein Beurteilungsspielraum nicht zutreffend angewandt wurde, so die Münchner Richter. Überprüft werden kann aber in vollem Umfang, ob die Tatsachen ordnungsgemäß festgestellt worden sind, wobei dem öffentlichen Auftraggeber gesicherte Erkenntnisse vorliegen müssen.

Diese Überlegungen gelten auch für den Fall, dass der öffentliche Auftraggeber das Vertragsverhältnis mit einem Unternehmen gekündigt und nun die Restarbeiten neu ausschreibt. In der Prognoseentscheidung, ob ein Bieter die Eignung für den konkret ausgeschriebenen Auftrag aufweist, darf die Vergabestelle Erfahrungen mit einbeziehen, die er selbst mit einem bestimmten Bieter in der Vergangenheit gemacht hat. Wurde gegenüber einem Bieter das Vertragsverhältnis aus wichtigem Grund außerordentlich oder fristgemäß gekündigt, kann diese Tatsache bei der Prognoseentscheidung des erneut ausgeschriebenen Auftrags berücksichtigt werden. Der Bieter

ist jedoch aus diesem Grund nicht von vornherein von einer Angebotsabgabe ausgeschlossen. Vergaberechtlich überprüfbar ist allein, ob der öffentliche Auftraggeber die Eignungsprognose zutreffend getroffen hat, wobei der ihm zustehende Beurteilungsspielraum zu beachten ist. Ausreichend für die Berechtigung der Annahme, der Bewerber sei unzuverlässig, sind nicht nur auf der Hand liegende Vertragsverletzungen, sondern auch solche Umstände des Einzelfalls, welche die Besorgnis rechtfertigen, die reibungslose Durchführung des Auftrages sei nicht mehr zu erwarten, so das Oberlandesgericht München. Selbst wenn für die Vergabestelle kein Grund zur außerordentlichen Kündigung vorliegen sollte oder der öffentliche Auftraggeber die Gründe für und gegen eine außerordentliche Kündigung nicht ausreichend abgewogen haben sollte, ist seine Eignungsprognose hier nicht zu beanstanden. Vergaberechtlich ist allein die Frage ausschlaggebend, ob sich die Eignungsprognose innerhalb des ihm zustehenden Beurteilungsspielraums bewegt. Zwar erkennt der bayerische Vergabesenat in diesem Zusammenhang die Gefahr, dass öffentliche Auftraggeber durch ungerechtfertigte Kündigungen sich missliebige Unternehmen entledigen könnten. Doch hat die Rechtmäßigkeit einer Kündigung letztlich das Zivilgericht und nicht die Vergabekammer oder der Vergabesenat zu klären.

> HOLGER SCHRÖDER

Der Autor ist Rechtsanwalt bei Rödl & Partner in Nürnberg.

OLG Dresden zu Leistungsanpassungen nach Submission

Nicht einfach ändern

Eine Vergabestelle hat die infrastrukturelle Erschließung eines Industriestandorts europaweit ausgeschrieben. In dem Leistungsverzeichnis (LV) war u. a. gefordert: „Verbau bis 3/5/8 Meter tief. Senkrechter Verbau nach DIN 18300 oder gleichwertig für die Rohrgräben und Schachtbauarbeiten (Erdbauarbeiten). Angebotene Verbauart: ...“ Als Zuschlagskriterium war der niedrigste Preis angegeben. Im Submissionstermin war der spätere Antragsteller erstplatziert. Er hatte den Einbau eines Linearverbau angeboten. In der Folgezeit änderte die Vergabestelle das LV in zahlreichen Positionen und forderte von den Bietern die Anpassung ihres eingereichten Angebots in den geänderten Positionen, wobei es nunmehr zu berücksichtigten galt: „Spundwandverbau bis 8 Meter tief. In dieser Position ist zwingend Spundwandverbau zu kalkulieren.“ Das bislang erstplatzierte Unternehmen rügte die Vorgehensweise der Vergabestelle als rechtswidrig, da nach Submission eine Angebotsanpassung nicht mehr möglich sei. Die Vergabestelle half der Verfahrensrüge nicht ab, weil sie die Ansicht vertrat, dass bereits das ursprüngliche LV keine andere Verbauart als den Spundwandverbau vorgesehen habe, weshalb das Angebot zwingend nach § 16 Absatz 1 Nummer 1 Buchstabe b VOB/A-EG auszuschließen sei. Das bestbietende Unternehmen hat daraufhin ein Nachprüfungsverfahren (Oberlandesgericht Dresden, 23. Juli 2013 – Az.: Verg 2/13) eingeleitet. Mit Erfolg.

Das Angebot der bestbietenden Baufirma war nicht auszuschließen. Denn die Vergabestelle hat sich nicht von vornherein auf eine bestimmte Art des Verbau festgelegt, etwa mittels Spundwänden. Dies findet in der Formulierung seinen Ausdruck, es möge die angebotene Verbauart benannt werden. Diese vermeintliche Offenheit erlaubt es nicht, ein außerhalb der Vorstellungen der Vergabestelle liegendes, aber nicht vom Wortlaut der Ausschreibung gedecktes Angebot auszuschließen. Denn die Rechtsfolge eines Angebotsausschlusses ist nur dort ge-

verbau angeboten hat. Zudem sieht die VOB/A-EG grundsätzlich keine Änderung des Ausschreibungsinhalts nach einer erfolgten Submission vor. Jedenfalls dürfte nach Ansicht des Oberlandesgerichtes Dresden eine Änderung nicht ausnahmsweise in der Weise vorgenommen werden, dass eine Neubeisprechung lediglich der von den Änderungen unmittelbar betroffenen Positionen ermöglicht wird. Solange das Preisgefüge der Angebote nicht nachhaltig davon berührt sei, mag dies noch statthaft sein. Allerdings ist eine einwandfreie Preisermittlung, wie sie

ANZEIGE



VOF

Wir führen für öffentliche Auftraggeber VOF-Verfahren durch.

RAe Prof. Dr. Rauch & Partner, Regensburg
www.prof-rauch-baurecht.de

rechtfertigt, wo sich, und sei es auch nur im Ergebnis einer Auslegung, ein letztlich eindeutiger und deshalb für die Bieter auch als solcher erkennbarer Ausschreibungswille ermitteln lässt, von dem sich das Angebot des betroffenen Bieters entfernt hat, so der sächsische Vergabesenat. Demzufolge hat der Antragsteller nicht gegen die Ausschreibungsvorgaben verstoßen, als er einen Linear-

den Bietern nach § 7 Absatz 1 Nummer 1 VOB/A-EG zu ermöglichen ist, dann nicht mehr gewährleistet, wenn die von der Änderung betroffenen Positionen die Preisstruktur der Angebote insgesamt mitbestimmen können. So lag der Fall in dem vom sächsischen Vergabesenat entschiedenen Sachverhalt mit nicht weniger als zirka 15 Prozent der Angebotssumme. > HOLGER SCHRÖDER

QUALIFIKATIONSASPEKTE RECHTENS

Die Siebte Verordnung zur Änderung der Verordnung über die Vergabe öffentlicher Aufträge ist zum 25. Oktober 2013 in Kraft getreten. Seitdem enthalten die Zuschlagskriterien nun auch Qualifikationsaspekte und damit ist die Trennung von Eignungs- und Zuschlagskrite-

rien nicht mehr ganz so streng. Des Weiteren gilt eine dynamische Vergewertung auf die EU-Schwellenwerte, die zum 1. Januar 2014 anzuwenden werden: Liefer- und Dienstleistungsaufträge staatlicher Vergabestellen: 134 000 Euro;

Liefer- und Dienstleistungsaufträge sonstiger Vergabestellen: 207 000 Euro; Liefer- und Dienstleistungsaufträge von Sektorenauftraggebern und für Aufträge im Bereich Verteidigung und Sicherheit: 414 000 Euro; Bauaufträge: 5 186 000 Euro.

Rödl & Partner



11. Nürnberger Vergaberechtstag am 5. Dezember 2013 in Nürnberg

Der Nürnberger Vergaberechtstag hat sich als „der Treff“ für Beschaffer und Vergabepraktiker in Bayern etabliert. Nutzen auch Sie die Gelegenheit zu aktuellen Vergabethemen mit Entscheidungsträgern aus Politik, Wirtschaft und Verwaltung sowie renommierten Top-Vergabexperten zu diskutieren.

Diese Themen erwarten Sie:

- > Verhandlungsverfahren oder Wettbewerblcher Dialog bei Öffentlich-Privaten Partnerschaften
- > Vergaberechtliche Fallstricke bei der Erstellung der Leistungsbeschreibung nach VOB/A
- > Erfahrungsbericht E-Vergabe: Die elektronische Vergabe öffentlicher Bauaufträge im Freistaat Bayern
- > Die Beschränkte Ausschreibung nach VOB/A
- > Compliance bei der Vergabe öffentlicher Aufträge

Termin:

Donnerstag, 05. Dezember 2013
8:30 – 15:30 Uhr

Veranstaltungsort:

NH Hotel Nürnberg City
Bahnhofstraße 17–19 | 90402 Nürnberg

Tagungsgebühr:

180,- Euro zzgl. MwSt. Die Mitarbeiter der öffentlichen Hand erhalten 50 Prozent Nachlass.

Weitere Informationen finden Sie unter www.roedl.de/seminare.

Ihre Ansprechpartnerin:

Rödl & Partner GbR
Frau Peggy Kretschmer
Äußere Sultzbacher Straße 100 | 90491 Nürnberg

Tel.: +49 (9 11) 91 93-35 02
E-Mail: peggy.kretschmer@roedl.de

BSZ Bayerische Staatszeitung
und Bayerischer Rundfunk
Mediapartner: