

Auftraggeber darf frühere Probleme mit dem Auftragnehmer und ein zerrüttetes Vertrauensverhältnis gewichten

Was bei Ausschluss berücksichtigt werden darf

Auftraggeber und Antragsteller des Nachprüfungsverfahrens kannten sich schon: Der Unternehmer hatte 2011 einen Auftrag über genau die Leistungen erhalten, um die es jetzt wieder ging. Leider hatte sich die Vertragsbeziehung nicht so entwickelt, wie der Auftraggeber sich das vorgestellt hatte. Es gab eine Bedenkenanmeldung des Auftragnehmers, die der Auftraggeber nicht teilte. Mehrere Baubesprechungen folgten, beide Seiten, Auftraggeber wie Auftragnehmer, beharrten auf ihrer Auffassung. Der vom OLG München geschilderte Sachverhalt legt nahe, dass die Situation weiter eskalierte. Am Ende kündigte der Auftraggeber den Vertrag aus wichtigem Grund wegen Leistungsverzug, vertragswidrigem Verhalten und Zerstörung des Vertrauensverhältnisses.

**Vertrag gekündigt,
Leistungen unvollendet**

Nun war zwar der Vertrag gekündigt, aber die Leistungen waren unvollendet. Also musste der Auftraggeber ein erneutes Vergabeverfahren beginnen. In diesem Verfahren bewarb sich auch der bisherige, gekündigte Auftragnehmer als Bieter. Der Auftraggeber wollte diesen Bieter als unzuverlässig ausschließen, der Bieter griff diesen Ausschluss in einem Nachprüfungsverfahren an. Der Auftraggeber sei nach seiner Auffassung an die 2011 getroffene, positive Entscheidung über die Eignung gebunden. Außerdem würden die vom Auftraggeber angeführten Kündigungsgründe gar nicht vorliegen.

Das Oberlandesgericht München musste jetzt entscheiden, ob



Wer für sein Bauvorhaben ein bestimmtes Unternehmen von der Vergabe ausschließen will, darf das durchaus tun, wenn er mit der betreffenden Firma schlechte Erfahrungen gemacht hat – so die Entscheidung des OLG München.

FOTO SCHWENFURTH

der Auftraggeber seinen früheren Auftragnehmer ausschließen durfte oder nicht. Das Kunststück bestand darin, nicht die gesamte Auseinandersetzung aufzurollen und in die Lage zu kommen, über die Wirksamkeit der außerordentlichen Kündigung zu entscheiden.

Grundsätzlich hat das OLG München Auftraggebern schon in früheren Urteilen erlaubt, die Erfahrungen mit einem Bieter zu berücksichtigen. Die Entscheidung, ob ein Bieter zuverlässig den Auftrag ausführen kann, ist eine Prognose-Entscheidung auf der Grundlage des vorhandenen Wis-

sens. Hierzu zählen auch Erfahrungen aus der Vergangenheit.

Ob die Kündigung aus wichtigem Grund wirksam war oder nicht, hat das OLG München ausdrücklich nicht entschieden. Den ordentlichen Gerichten will es nicht vorgreifen. Schlussendlich hat das OLG München ent-

scheidend darauf verwiesen, dass die Konflikte zwischen den zerrütteten Vertragspartnern das übliche Maß bei weitem überschreiten. Ein vertrauensvolles und gedeihliches Zusammenarbeiten sei daher nicht zu erwarten. Damit hat der Auftraggeber im Ergebnis richtig über den Aus-

schluss entschieden. Das OLG München verweist ausdrücklich auf die wirtschaftliche Dispositionsfreiheit des Auftraggebers. Der Auftraggeber dürfe nicht gezwungen werden, mit einem Unternehmen zusammenzuarbeiten, bei dem die Vertrauensgrundlage zerstört ist. > FV

Wenn bei einem Wechsel Risiken von Fehlfunktionen und Kompatibilitätsproblemen bestehen und hoher Umstellungsaufwand droht

Vorgabe einer bestimmten IT-Software ist erlaubt

Je nach persönlicher Risikofreude ist die Anschaffung oder Installation von neuer Software oder Updates dem einen eine Freude, dem anderen ein Grauel. Der öffentliche Auftraggeber steht vor der besonderen Herausforderung, losgelöst von diesem sehr subjektiven Faktor über die technische Fortentwicklung seiner IT zu entscheiden. Dennoch haben viele öffentliche Auftraggeber durchaus die Neigung, lieber bei altbewährten Systemen zu bleiben und Neuerungen mit möglicherweise ungewissem Ausgang zu meiden.

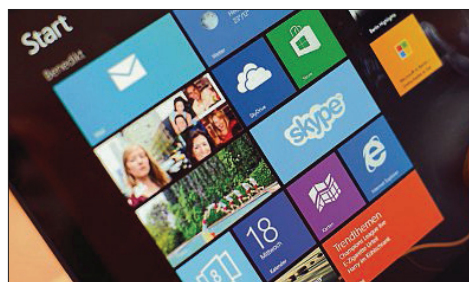
In dem vom OLG Düsseldorf entschiedenen Fall stand ein öf-

fentlicher Auftraggeber vor der Herausforderung, eine vorhandene Software durch eine neue Generation Software abzulösen. Der öffentliche Auftraggeber hatte sich entschieden, ein Upgrade für die vorhandene Software zu erwerben und hierfür ein Unternehmen, dessen Software er schon seit 25 Jahren nutzt, zu beauftragen. Die Erteilung dieses Auftrages veröffentlichte der Auftraggeber.

Daraufhin reichte ein Unternehmen einen Nachprüfungsantrag ein. Es ging bei dem Streit auch darum, ob der Auftraggeber überhaupt seine Entscheidung derart auf ein bestimmtes

Programm verengen durfte oder ob er nicht produktneutral jedes geeignete Programm hätte zulassen müssen. Dabei stellte sich das OLG Düsseldorf im Ergebnis an die Seite des Auftraggebers.

Ein Auftraggeber darf, so das OLG Düsseldorf, den Vertrag über die Nutzung einer von ihm vorgegebenen und bisher schon genutzten Software abschließen, wenn objektive schwerwiegende Gründe für seine Wahl sprechen. Solche Gründe können die bei einem Wechsel auftretenden Risiken von Fehlfunktionen, Kompatibilitätsproblemen und hohem Umstellungsaufwand sein. Es ist



Öffentliche Auftraggeber neigen dazu, lieber auf altbewährte IT-Systeme zu setzen, als dem technischen Fortschritt zu folgen.

FOTO DPA

hinzunehmen, wenn ein Auftraggeber sich diesen Risiken nicht aussetzen will, insbesondere, wenn es zwingend notwendig ist, dass die Software jederzeit störungsfrei funktioniert.

Grundlage dieser Entscheidung ist die dem Auftraggeber zustehende Bestimmungsfreiheit, was er beschaffen will. Hierzu hatte sich der Auftraggeber ausführlich Gedanken gemacht und dabei insbesondere die Vorteile eines Upgrades im Vergleich zu einer System-Umstellung ermittelt und dokumentiert. Auf diese Dokumentation konnte sich das OLG Düsseldorf bei seiner Entscheidung stützen. > FV

Bieter kann die Vorgaben nicht angreifen, wenn er die verlangten Produkte gar nicht liefern kann

Produktspezifische Beschreibung

In diesem Vergabeverfahren sah es eigentlich ganz gut aus für den Bieter, aber er hat dann doch einen entscheidenden Fehler begangen und sich dadurch aller Chancen auf den Auftrag beraubt.

Der Auftraggeber hatte in seiner Ausschreibung eine bestimmte Art von Dachabdichtungsbahnen vorgeschrieben, und zwar produktgenau. Zwar wurde der Name des Produkts nicht genannt, aber die Vorgaben des Auftraggebers passten nur bei diesem einen Produkt. Der Unternehmer, der das Nachprüfungsverfahren angestrengt hat, bot eine andere Art von Dachabdichtungsbahnen an. Allerdings war sein Angebot das preislich günstigste, und der Preis war das einzige Zuschlagskriterium. Der Auftraggeber schloss daher das Angebot des Unternehmens aus und erteilte den Zuschlag an ein anderes Unternehmen.

Der Zuschlag wurde erteilt, ohne dass der Unternehmer hie-



Welche Dachabdichtungsbahnen verwendet werden, kann im Rahmen einer Ausschreibung durchaus genau beschrieben werden.

FOTO BSZ

ber vorab informiert wurde. Daher wollte der Unternehmer erreichen, dass der Zuschlag für unwirksam erklärt wird. Außerdem wollte er erreichen, dass sein Angebot als das preislich beste für den Zuschlag berücksichtigt wird. Die Produktvorgabe des Auftrags-

gebers sei unzulässig, sein Produkt müsse akzeptiert werden.

Bis dahin hatte der Unternehmer eigentlich alles richtig gemacht. Das OLG Frankfurt sah in der fehlenden Bieterinformation einen Verstoß gegen die gesetzliche Vorschrift des § 101a GWB.

Auch sei die verdeckte Vorgabe eines Produkts durch den Auftraggeber unzulässig.

Dennoch sei das antragstellende Unternehmen nicht in seinen Rechten verletzt. Der Unternehmer hatte nämlich gesagt, dass er die Art der abgefragten Dachabdichtung gar nicht anbieten würde. Das OLG Frankfurt hat auf dieser Grundlage geprüft, was hypothetisch passiert, wenn der Auftraggeber die verdeckte und unzulässige Einengung auf ein Produkt aufgibt und nur die Art der Dachabdichtung beibehält – was eine zulässige Beschreibung der geplanten Ausführung ist, auch weil es mehrere Hersteller für diese Art der Dachabdichtung gibt. Würde sich der Auftraggeber also auf diese Weise rechtskonform verhalten, hätte der antragstellende Unternehmer immer noch keine Chance auf den Zuschlag, weil er diese Art Abdichtung gar nicht anbietet. > FV

Rückforderung von Zuwendungen

Harte Folgen von Vergabeverstößen

Wer projektbezogen öffentliche Mittel – oder Zuwendungen – erhält, muss nach den näheren Festlegungen der Förderbedingungen das Vergaberecht beachten. Dabei passieren auch Fehler. In diesem dem Bundesverwaltungsgericht (BVerwG) vorgelegten Fall hatte der Auftraggeber sich für ein falsches Vergabeverfahren entschieden, nämlich für eine Beschränkte Ausschreibung nach öffentlichem Teilnahmewettbewerb statt für eine öffentliche Ausschreibung. Ein Runderlass des Finanzministeriums NRW sieht vor, dass bei einem solchen Fehler eine Rückforderung der Zuwendung „in Betracht kommt“, denn ein solcher Verstoß sei als schwerwiegend anzusehen.

Der Zuwendungsgeber verlangte nun seine Zuwendung vollständig zurück, maßgeblich gestützt auf den Runderlass und den Feh-

ler des Zuwendungsempfängers. Der Zuwendungsempfänger wehrte sich gegen die Rückzahlung, das Verfahren ging bis hin zum BVerwG.

Das BVerwG hatte nun die Frage zu entscheiden, ob die Wahl des falschen Vergabeverfahrens tatsächlich ein schwerwiegender Verstoß war und ob dies im Regelfall die Rückforderung erlaubt. Dies hat das BVerwG im Ergebnis bejaht und von einer „Regelanahme“ gesprochen. Es ist also im Regelfall von einem schwerwiegenden Verstoß und damit von einer Rückforderung auszugehen. Eine Hintertür hat das Urteil jedoch auch gezeigt: Die Behörde kann sich nicht einfach auf den Erlass stützen, sondern muss in jedem Einzelfall die Umstände ermitteln und würdigen. Allerdings muss der Zuwendungsempfänger widerlegen, dass kein „Regelfall“ vorliegt. > FV