



UPDATE VERGABERECHT

AUSSCHLUSS WEGEN MANGELHAFTER ERFÜLLUNG FRÜHERER AUFTRÄGE

OLG Düsseldorf, Beschluss vom 28.03.2018 – Verg 49/17

Auftraggeber A teilte Bieter B mit, dass dessen Angebot wegen erheblich mangelhafter Erfüllung einer wesentlichen Anforderung eines früheren Auftrags, die zu einer vorzeitigen Beendigung dieses früheren Auftrags geführt hat, ausgeschlossen werde. Hiergegen stellte B einen Nachprüfungsantrag, mit dem er geltend machte, A sei nicht berechtigt gewesen, sein Angebot auszuschließen, da A nicht nachweisen könne, dass die Kündigung des früheren Auftrags aufgrund erheblicher Verzögerungen im Bauablauf mehr als überwiegend wahrscheinlich berechtigt gewesen sei. Die Vergabekammer wies den Nachprüfungsantrag zurück. Hiergegen legte B sofortige Beschwerde ein.

Ohne Erfolg! Nach Ansicht des OLG hat A seiner Darlegungs- und Beweislast für die Voraussetzungen eines Ausschlusses des B nach § 124 Abs. 1 Nr. 7 GWB genügt. Hierbei lässt das OLG die Frage offen, ob als Beweismaßstab der Vollbeweis vom Auftraggeber zu fordern ist, oder ob – so das OLG Celle (13 Verg 9/16) – das Beweismaß unter dem Vollbeweis, aber über einer überwiegenden Wahrscheinlichkeit liegt und es ausreicht, wenn Indizien von einigem Gewicht vorgetragen werden, die auf gesicherten Erkenntnissen beruhen und die Entscheidung des Auftraggebers nachvollziehbar erscheinen lassen. Denn vorliegend seien sogar die Voraussetzungen eines Vollbeweises der Tatbestandsmerkmale des § 124 Abs. 1 Nr. 7 GWB gegeben. Das OLG tendiert jedoch dazu, das Vorliegen eines solchen Vollbeweises zu fordern, wenn es ausführt, dass der Auftraggeber über die Schlechterfüllung Gewissheit, also eine Überzeugung gewonnen haben müsse, die „vernünftigen Zweifeln Schweigen gebietet“. Das OLG hat zudem offen gelassen, ob im Rahmen der Ermessensausübung über den Angebotsausschluss eine Prognoseentscheidung darüber zu treffen sei, ob vom Bieter künftig trotz Vorliegens eines fakultativen Ausschlussgrundes eine ordnungsgemäße Auftragsdurchführung zu erwarten sei.

Bedeutung für die Praxis

Das OLG Düsseldorf scheint einen strengeren Beweismaßstab an das Vorliegen der Voraussetzungen des § 124 Abs. 1 Nr. 7 GWB anzulegen als das OLG Celle. Die weitere Entwicklung bleibt hier abzuwarten. Um Rechtsunsicherheiten zu vermeiden, ist Auftraggebern zu empfehlen, im Rahmen der Ermessensausübung über den Ausschluss eines Unternehmens eine Prognoseentscheidung über die künftige Auftragsdurchführung zu treffen und entsprechend im Vergabevermerk zu dokumentieren.