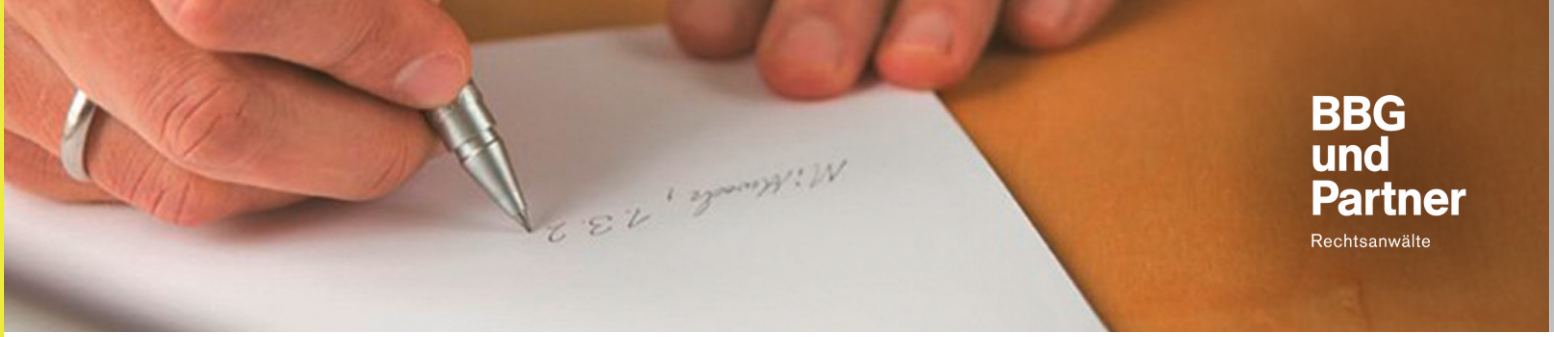

BBG und Partner
Rechtsanwälte

Update Vergaberecht

Zum Zeitpunkt der Erfüllung von Ausführungsbedingungen

VK Bund, Beschluss vom 14.12.2023 – VK 2-94/23

Auftraggeber A schrieb die Bewachung einer Liegenschaft aus. Der Bekanntmachung war zu entnehmen, dass für die am 31.08.2024 aufzunehmende Wachaufgabe eine Sicherheitsüberprüfung erforderlich sei, wobei es genüge, wenn die Sicherheitsbescheinigung bis zum 31.08.2024 erlangt werde. Der Vertrag, der den Vergabeunterlagen beigefügt war, gab vor, dass die Sicherheitsüberprüfung grundsätzlich vor Aufnahme der Tätigkeit abgeschlossen sein müsse, der Einsatz aber bei Vorliegen eines vorläufigen Ergebnisses möglich sei. Nachdem A den beabsichtigen Zuschlag an Bieter B mitgeteilt hatte, rügte Bieter C erfolglos, dass B die Anforderung weder zum Zeitpunkt der Angebotsabgabe erfüllt habe noch zum Inkrafttreten des Vertrages erfüllen werde. In seinem Nachprüfungsantrag führte C aus, B befinde sich nicht in der Geheimschutzbetreuung durch die zuständige Stelle und die Mitarbeiter seien nicht sicherheitsüberprüft. B könne die Anforderung aufgrund der Bearbeitungszeiten für die Prüfungen auch nicht bis zum 31.08.2024 erfüllen.

Ohne Erfolg! B müsse sich nicht bereits zum Zeitpunkt der Angebotsabgabe in der Geheimschutzbetreuung befinden. Die in der Bekanntmachung und im Vertrag bekanntgemachte Anforderung bestehe darin, dass die Sicherheitsüberprüfung vor Aufnahme der Tätigkeit am 31.08.2024 abgeschlossen sein müsse. Hierbei handele es sich um eine Auftragsausführungsbedingung gemäß § 128 Abs. 2 Satz 3 GWB. Diese diene hier dazu, den Sabotage- und Geheimschutz zu gewährleisten und nicht - wie bei einem Eignungskriterium - dazu, zu prüfen, ob das ausgewählte Unternehmen den Auftrag gemäß § 122 Abs. 2 GWB tatsächlich ausführen könne. Es handele sich bei der Sicherheitsüberprüfung lediglich um eine obligatorische Auflage des Auftraggebers, ohne die eine Vertragsdurchführung ausgeschlossen sei. Ohnehin könne die Sicherheitsüberprüfung gesetzlich erst nach dem Vertragsschluss eingeleitet werden. Es sei ferner nicht ausgeschlossen, dass B bis zum Vertragsbeginn sicherheitsgeprüftes Personal akquirieren könne.

Bedeutung für die Praxis

Die Entscheidung entspricht der etablierten Rechtsprechung, wonach es unzulässig ist, das Angebot eines Bieters abzulehnen, nur weil dieser zum Zeitpunkt der Angebotsabgabe nicht nachgewiesen hat, dass er eine Bedingung für die Ausführung des Auftrags erfüllt (EuGH, Urteil vom 08.07.2021 - Rs. C-295/20, Update 07/08 2021). Das Wettbewerberfeld wäre andernfalls von vornherein begrenzt, häufig auf den bisherigen Auftragnehmer. Auftraggeber können sich die Einhaltung der Ausführungsbedingungen allenfalls durch eine gesonderte Erklärung seitens des Bieters bei Angebotsabgabe zusichern lassen und das Angebot aus formellen Gründen ausschließen, wenn eine entsprechende Erklärung nicht vorgelegt wird. Für den Fall, dass sich nach Zuschlagserteilung Hinweise darauf ergeben, dass der erfolgreiche Bieter die Beachtung der Ausführungsbedingung nicht sicherstellt, sollte der Vertrag ein angemessenes Instrumentarium zur Sanktionierung vorsehen, wie z.B. Vertragsstrafen und Kündigungsrechte.