



VERGABERECHT

Ermessensentscheidung über Bieterausschluss wegen Kartellverstoß

Das Oberlandesgericht Karlsruhe (Beschluss vom 16. Dezember 2020, 15 Verg 4/20) hatte sich mit der Frage zu befassen, welche Anforderungen an die Ermessensentscheidung des öffentlichen Auftraggebers über den Ausschluss eines Bieters wegen eines fakultativen Ausschlussgrundes (§ 124 GWB) zu stellen sind, insbesondere wenn die dreijährige „Sperrfrist“ (§ 126 GWB) noch nicht abgelaufen ist. Die Frage stellt sich insbesondere im Zusammenhang mit dem Ausschluss von Bietern wegen früher begangener Kartellverstöße.

DER SACHVERHALT

In einem EU-weiten Vergabeverfahren einer Kommune ging es um die Suche nach einem Unternehmen als „strategischer Partner“ für die kommunale Stadtwerkegesellschaft zur gemeinsamen Bewerbung um eine Stromnetzkonzession im Stadtgebiet und zur nachgelagerten Erbringung von Betriebsdienstleistungen. Der Auftraggeber entschied sich für das Angebot eines Bieters und übermittelte dem unterlegenen Bieter eine Information über dessen Nichtberücksichtigung (§ 134 GWB). Der unterlegene Bieter rügte das Ergebnis der Angebotswertung und stellte einen Nachprüfungsantrag. Er machte zunächst geltend, der Auftraggeber habe die Vorzüge seines Angebotskonzepts verkannt und dieses daher fehlerhaft beurteilt.

Nachdem der Antragsteller vor der Vergabekammer unterlegen war, verfolgte er seinen Nachprüfungsantrag mit der sofortigen Beschwerde vor dem Oberlandesgericht weiter. Hier machte er zusätzlich geltend, das Angebot des zum Verfahren beigeladenen Ausschreibungsgewinners sei auszuschließen. Gegen den Beigeladenen bzw. dessen Muttergesellschaft habe die Landesenergiekartellbehörde ein Verfahren wegen wettbewerbsbeschränkender Verträge mit Gemeinden zur Erlangung von Strom- und Gasnetzkonzessionen geführt und das Verfahren erst eingestellt, als das Unternehmen sich verpflichtete, die Verträge zu beenden und EUR 4 Mio. an die Staatskasse zu zahlen. Aus Sicht des Antragstellers lagen damit hinreichende Anhaltspunkte dafür vor, dass die Muttergesellschaft des Ausschreibungsgewinners an einer wettbewerbsbeschränkenden Absprache beteiligt gewesen sei.

DIE ENTSCHEIDUNG

Das Oberlandesgericht verwirft zunächst die gegen die Angebotswertung gerichteten Angriffe. Die Angebotswertung hält sich im Rahmen des dem Auftraggeber zustehenden Beurteilungsspielraums.

Anschließend beschäftigt sich das Oberlandesgericht ausführlich mit der Handhabung der fakultativen Ausschlussgründe nach § 124 GWB. Im entschiedenen Fall ging es vorrangig um einen Ausschluss

- nach § 124 Abs. 1 Nr. 3 GWB, der voraussetzt, dass das Unternehmen im Rahmen der beruflichen Tätigkeit nachweislich eine schwere Verfehlung begangen hat, durch die die Integrität des Unternehmens infrage gestellt wird, und
- nach § 124 Abs. 1 Nr. 4 GWB, der voraussetzt, dass der öffentliche Auftraggeber über hinreichende Anhaltspunkte dafür verfügt, dass das Unternehmen mit anderen Unternehmen Vereinbarungen getroffen oder Verhaltensweisen aufeinander abgestimmt hat, die eine Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs bezwecken oder bewirken.

Im Fall eines Verstoßes eines Bieters gegen das Kartellverbot (§ 1 GWB) überschneiden sich beide Ausschlussgründe in der Regel inhaltlich.

Das Gericht erinnert zunächst daran, auf welche Weise der öffentliche Auftraggeber einen fakultativen Ausschlussgrund überprüft: Zunächst ist zu prüfen, ob der Auftraggeber den Ausschlussgrund als erfüllt ansieht. Ist der Ausschlussgrund erfüllt, muss der Auftraggeber eine pflichtgemäße Ermessensentscheidung treffen: Dazu prüft er unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls und im Rahmen einer Gesamtabwägung, ob ein Ausschluss des betreffenden Bieters eine sachlich gerechtfertigte und verhältnismäßige Reaktion auf das in Rede stehende „Fehlverhalten“ wäre. Die Ermessensentscheidung des Auftraggebers kann im Vergabenaachprüfungsverfahren nur daraufhin überprüft werden, ob der Auftraggeber auf unzutreffender Tatsachengrundlage entschieden hat, den Zweck der Ausschlussermächtigung verkannt hat oder bewusst aus willkürlichen Motiven gehandelt hat.

Im entschiedenen Fall billigt das Gericht die Entscheidung des Auftraggebers, den Beigeladenen nicht wegen wettbewerbsbeschränkender Absprachen auszuschließen.

Es billigt zunächst das Vorgehen des Auftraggebers, für die Zwecke der Ermessensentscheidung zu unterstellen, dass der Beigela-

dene tatsächlich an wettbewerbsbeschränkenden Absprachen beteiligt war und der Ausschlussgrund somit erfüllt ist. Tatsächlich hatte der vom Auftraggeber eingeholte Rechtsrat hieran sogar erhebliche Zweifel geäußert. Es ist aber zu berücksichtigen, dass die Fragen, ob „nachweislich eine schwere Verfehlung“ begangen wurde oder ob „hinreichende Anhaltspunkte“ für einen Kartellverstoß bestehen, sehr schwierig (und entsprechend streitanfällig) zu beantworten sein können. Führt die anschließende Ermessensentscheidung nicht zum Ausschluss, darf der Auftraggeber daher offenlassen, ob der Ausschlussgrund erfüllt ist oder nicht.

Auf dieser Grundlage hatte der Auftraggeber entschieden, an der Integrität und Eignung des Beigeladenen trotz des (unterstellten) Kartellverstoßes nicht zu zweifeln. Auch diese Entscheidung billigt das Oberlandesgericht: Der Auftraggeber hatte seine Entscheidung auf vollständiger Tatsachengrundlage getroffen, denn die mit der Entscheidung befassten Gemeinderäte verfügten über die relevanten Schriftsätze der Parteien mit ihrer jeweiligen rechtlichen Beurteilung, über eine Stellungnahme des Beigeladenen zum Verfahren der Landesenergiekartellbehörde sowie über die hinsichtlich des Tatvorwurfs relevanten Auszüge aus der Einstellungsverfügung der Landesenergiekartellbehörde. Daraus ergaben sich die wesentlichen Einzelheiten zum seinerzeit erhobenen kartellrechtlichen Vorwurf.

Das Oberlandesgericht stellt außerdem klar, dass eine positive Beurteilung der Bieterernennung trotz der (unterstellten) Erfüllung des Ausschlussgrundes auch schon vor Ablauf der gesetzlichen Frist möglich ist, nach deren Ende der Auftraggeber keinen Ausschluss mehr vornehmen darf. Diese „Sperrfrist“ beträgt im Fall der fakultativen Ausschlussgründe drei Jahre, beginnend mit dem Ereignis, das den Ausschlussgrund erfüllt (§ 126 Nr. 2 GWB). Diese „Sperrfrist“ kommt zum Tragen, wenn das betreffende Unternehmen keine oder keine ausreichenden Selbstreinigungsmaßnahmen ergriffen hat, um den Ausschlussgrund aktiv zu beseitigen (§ 125 GWB). Die gesetzliche Regelung schließt aber nicht aus, dass der Auftraggeber die Eignung eines Unternehmens schon vor Ablauf der „Sperrfrist“ im Rahmen einer ordnungsgemäßen Ermessensentscheidung positiv bewertet. Bei dieser Bewertung können alle Umstände des Einzelfalles eine Rolle spielen, auch die hier relevante Verpflichtung des Beigeladenen gegenüber der Landeskartellbehörde, die mutmaßlich kartellrechtswidrigen Verträge zu beenden und EUR 4 Mio. an die Staatskasse zu bezahlen. Ob eine hinreichende Selbstreinigung vorlag, war daher nicht entscheidend.

Schließlich sieht das Oberlandesgericht auch keine „Ermessensreduzierung auf null“ mit der Folge, dass der Auftraggeber den Beigeladenen hätte ausschließen müssen. Maßgeblich hierfür ist aus Sicht des Gerichts, dass die (unterstellten) kartellrechtswidrigen Absprachen nicht während des laufenden Vergabeverfahrens getroffen worden waren, sondern einige Jahre zuvor, und dass die Landesenergiekartellbehörde den (unterstellten) Verstoß als nicht besonders gravierend beurteilt hatte. Das Oberlandesgericht weist in diesem Zusammenhang zudem darauf hin, dass es bei der Ermessensentscheidung über einen fakultativen Ausschluss nicht Aufgabe des Auftraggebers ist, Fehlverhalten zu sanktionieren, sondern eine in die Zukunft gerichtete Eignungsprognose anzustellen.

BEWERTUNG UND PRAXISTIPP

Auf der Ebene der Prüfung, ob der Ausschlussgrund erfüllt ist, stellt die Rechtsprechung hohe Anforderungen an den für einen Angebotsausschluss erforderlichen Verdachtsgrad. Erforderlich sind zumindest objektive Tatsachen, die so konkret und aussagekräftig sind, dass ein Kartellverstoß „nahezu mit Gewissheit“ anzunehmen ist. Ein derartig dringender Tatverdacht setzt voraus, dass eine Gesamtschau aller Tatsachen eine überwiegende Wahrscheinlichkeit für einen Kartellverstoß begründet (OLG Düsseldorf, 17. Januar 2018, VII-Verg 39/17).

Bieter, die danach ein Ausschlussrisiko haben, zeigt die Entscheidung des Oberlandesgerichts Karlsruhe eine Chance, wie sie auch trotz eines (unterstellten) Kartellrechtsverstoßes weiter an der Angebotswertung teilnehmen können. Zugleich gibt die Entscheidung Auftraggebern ein Stück mehr Rechtssicherheit: Auch bei fehlenden Selbstreinigungsmaßnahmen und vor Ablauf der dreijährigen „Sperrfrist“ kann der Auftraggeber eine positive Beurteilung der Bieterernennung vornehmen, wenn die festgestellten Umstände des Einzelfalles eine solche Entscheidung tragen – wie im vorliegenden Fall.

Verlassen können betroffene Bieter sich auf einen für sie derartig günstigen Verlauf aber nicht: Eine Ermessensentscheidung hat meistens nicht nur ein einziges mögliches und „rechtlich richtiges“ Ergebnis. Notwendig, aber auch ausreichend ist, wie auch die Entscheidung des Oberlandesgerichts zeigt, eine umfassende Abwägung des Auftraggebers und die Herbeiführung einer angemessenen und verhältnismäßigen Ermessensentscheidung über einen Ausschluss. Die Entscheidung des Auftraggebers kann der betreffende Bieter nur schwer prognostizieren. Häufig werden Auftraggeber ihre Ermessensentscheidung davon abhängig machen, ob die Kartellabsprache das konkrete, aktuelle Vergabeverfahren betrifft oder einen anderen, früheren Sachverhalt. Im Fall einer Kartellabsprache zwischen Bieter im laufenden Vergabeverfahren spricht viel für eine „Ermessensreduzierung auf null“, sodass der Auftraggeber in der Regel zum Ausschluss des Bieters kommt. Anders kann dies in außergewöhnlichen Fallgestaltungen sein, in denen etwa eine Beschaffungsnotlage besteht und der Auftraggeber keine „unbelasteten“ Bieter zur Verfügung hat.

Der rechtssicherere Weg für Bieter zur Erhaltung der Teilnahmechancen in öffentlichen Ausschreibungen ist die Selbstreinigung, auch wenn diese nach der jüngeren Rechtsprechung – insbesondere zur Vorlage von ungeschwärzten Bußgeldbescheiden aus Kartellverfahren (EuGH, Urteil vom 24. Oktober 2018, C-124/17) – mit schmerzhaften Zugeständnissen verbunden sein kann, wie unser Kollege Christopher Theis in der Ausgabe dieses Newsletters vom [Dezember 2018](#) kritisch berichtet hat.



Jan Christian Eggers

Rechtsanwalt | LL.M.
BEITEN BURKHARDT
Rechtsanwaltsgesellschaft mbH
E-Mail: Jan.Eggers@bblaw.com

Neue Zuständigkeit für Autobahn-Nachprüfungsverfahren

Die Vergabekammer Rheinland-Pfalz hat in einer aktuellen Entscheidung auf den Wechsel der Zuständigkeit für Vergabenachprüfungsverfahren im Zusammenhang mit der Verwaltung der Bundesautobahnen hingewiesen (Beschluss vom 28. Januar 2021, VK 2-2/21).

DER SACHVERHALT

Das Land Rheinland-Pfalz schrieb durch seine Straßenbauverwaltung Instandsetzungsarbeiten an den Sandsteinbögen einer Bundesautobahnbrücke europaweit aus. Das Projekt war ein Teil des Ausbaus dieser Autobahn. Ein unterlegener Bieter machte geltend, die in der Angebotswertung vor ihm liegenden Angebote seien wegen unangemessen niedriger Preise von der Wertung auszuschließen und wandte sich im Januar 2021 nach erfolgloser Rüge an die Vergabekammer Rheinland-Pfalz.

DIE ENTSCHEIDUNG

Die Vergabekammer Rheinland-Pfalz erklärt sich für unzuständig und verweist die Sache auf Antrag des Antragstellers an die Vergabekammer des Bundes.

Zwar ist die Vergabekammer desjenigen Bundeslandes zuständig, das im Rahmen der Auftragsverwaltung für den Bund ein Vergabeverfahren durchführt (§ 159 Abs. 2 S. 1 GWB). Das hier streitgegenständliche Vergabeverfahren wird aber nicht mehr durch das Land Rheinland-Pfalz im Rahmen der Auftragsverwaltung für den Bund durchgeführt, denn mit Wirkung ab 1. Januar 2021 liegt die Ausführung von Aufgaben der Straßenbaulast nach § 3 Bundesfernstraßengesetz bei der Autobahn GmbH des Bundes. Die Autobahn GmbH ist eine Infrastrukturgesellschaft für Autobahnen und andere Bundesfernstraßen, der Planung, Bau, Betrieb, Erhaltung, Finanzierung und vermögensmäßige Verwaltung von Bundesautobahnen, soweit es sich um Aufgaben des Bundes handelt, übertragen sind. Sie ist zum 1. Januar 2021 im Rahmen der ihr zur Ausführung übertragenen Aufgabe in die Vergabe- und Gerichtsverfahren sowie sonstige Verfahren und Rechtspositionen eingetreten. Seither handelt es sich bei dem streitigen Vergabeverfahren um eines der Autobahn GmbH.

BEWERTUNG UND PRAXISTIPP

Die Errichtung der Autobahn GmbH und die Übertragung der Straßenbaulast für Autobahnen und Bundesfernstraßen auf diese Gesellschaft ist eine der größten Infrastruktur-reformen der Bundesrepublik. Im Hinblick auf die regelmäßig wiederkehrende Vergabe von Aufträgen über Bau, Ausbau, Erhaltung oder Sanierung von Autobahnen und Bundesfernstraßen spielt die Zuständigkeit für Vergabenaachprüfungsverfahren in diesem Bereich naturgemäß eine wichtige Rolle. Bieter sollten in solchen Verfahren die Zuständigkeit der Vergabekammer des Bundes berücksichtigen, denn eine Verweisung bei Anrufung der unzuständigen Vergabekammer ist zwar möglich, verursacht aber für alle Parteien einen Zeitverlust und für den Antragsteller, der sich an die unzuständige Vergabekammer wendet, eine entsprechende Kostenlast (§ 17b Abs. 2 S. 2 GVG).



Jan Christian Eggers

Rechtsanwalt | LL.M.
BEITEN BURKHARDT
Rechtsanwaltsgesellschaft mbH
E-Mail: Jan.Eggers@bblaw.com

NEWSTICKER

+++ Update: Vergabegesetznovelle Sachsen +++

In Sachsen gibt es weiterhin keinen Entwurf eines neuen Vergabegesetzes. Im Grundsatz ist die Vergabegesetznovelle seit 2019 in Planung. Einen Zeitpunkt für die Vorlage eines neuen Vergabegesetzesentwurfs konnte das Wirtschaftsministerium des Landes aber bislang nicht bekannt geben. Der Koalitionsvertrag, der der Bildung der sächsischen Regierungskoalition aus CDU, SPD und Grünen zugrunde liegt, sieht vor, dass ein vergabespezifischer Mindestlohn in der Höhe E1, Stufe 2 des Tarifvertrags für den Öffentlichen Dienst der Länder in das neue Vergabegesetz aufgenommen werden sollte. Der Fortgang des weiteren Verfahrens ist derzeit unklar.

+++ Vergabemindestlohn Brandenburg +++

Im Land Brandenburg gilt seit 1. Januar 2021 ein auf EUR 10,85/ Stunde erhöhter Vergabemindestlohn. Rechtsgrundlage hierfür ist die brandenburgische Vergabegesetz-Mindestentgeltverordnung vom 3. Dezember 2020. Voraussetzung für den Erhalt eines öffentlichen Auftrags vom Land Brandenburg ist daher künftig die Einhaltung dieser Vergütung durch die Bieter.

+++ Bundesweiter Mindestlohn +++

Unterdessen ist der bundesweit geltende Mindestlohn ab 1. Januar 2021 auf EUR 9,50 brutto/ Stunde angehoben worden. Er erhöht sich ab 1. Juli 2021 weiter auf EUR 9,60 brutto/ Stunde, ab 1. Januar 2022 auf EUR 9,82 brutto/ Stunde und ab 1. Juli 2022 auf EUR 10,45 brutto/ Stunde. Rechtsgrundlage hierfür ist die 3. Verordnung zur Anpassung des Mindestlohns vom 9. November 2020.

Impressum

BEITEN BURKHARDT

Rechtsanwaltsgesellschaft mbH
(Herausgeber)
Ganghoferstraße 33 | D-80339 München
AG München HR B 155350/USt.-Idnr: DE-811218811

Weitere Informationen (Impressumsangaben) unter:
<https://www.beiten-burkhardt.com/de/hinweise/impressum>

REDAKTION (VERANTWORTLICH)

Stephan Rechten | Rechtsanwalt

© BEITEN BURKHARDT Rechtsanwaltsgesellschaft mbH.
Alle Rechte vorbehalten 2021.

HINWEISE

Diese Veröffentlichung stellt keine Rechtsberatung dar.

Wenn Sie diesen Newsletter nicht mehr erhalten möchten, können Sie jederzeit per E-Mail (bitte E-Mail mit Betreff „Abbestellen“ an newsletter@bblaw.com) oder sonst gegenüber BEITEN BURKHARDT widersprechen.

IHRE ANSPRECHPARTNER

BERLIN

Lützowplatz 10 | 10785 Berlin
Tel.: +49 30 26471-219
Frank Obermann | Frank.Obermann@bblaw.com
Stephan Rechten | Stephan.Rechten@bblaw.com

DÜSSELDORF

Cecilienallee 7 | 40474 Düsseldorf
Tel.: +49 211 518989-131
Sascha Opheys | Sascha.Opheys@bblaw.com

FRANKFURT AM MAIN

Mainzer Landstraße 36 | 60325 Frankfurt am Main
Tel.: +49 756095-481
Christopher Theis | Christopher.Theis@bblaw.com

HAMBURG

Neuer Wall 72 | 20354 Hamburg
Tel.: +49 40 688745-173
Jan Christian Eggers | Jan.Eggers@bblaw.com

MÜNCHEN

Ganghoferstraße 33 | 80339 München
Tel.: +49 89 35065-1452
Michael Brückner | Michael.Brueckner@bblaw.com
Hans Georg Neumeier | HansGeorg.Neumeier@bblaw.com