

Anmerkung zu: VG Düsseldorf 20. Kammer, Urteil vom 24.03.2015 - 20 K 6764/13
Autor: Dr. Roland M. Stein, LL.M., RA
Erscheinungsdatum: 25.06.2015
Quelle: **JURIS**

Normen: § 94 GWB, Art 19 GG, § 35 VwVfG, § 267 StGB, § 298 StGB ... mehr
Fundstelle: jurisPR-Compl 2/2015 Anm. 2
Herausgeber: Prof. Dr. Norbert Nolte, RA
Zitiervorschlag: Stein, jurisPR-Compl 2/2015 Anm. 2

Keine Rechtsgrundlage zum Erlass einer Vergabesperre durch Verwaltungsakt

Orientierungssätze zur Anmerkung

- 1. Es existiert keine Rechtsgrundlage zum Erlass einer Vergabesperre durch Verwaltungsakt.**
- 2. Eine "schwere Verfehlung" i.S.v. § 16 Abs. 1 Nr. 2 lit. c VOB/A 2012 setzt schuldhaftes Verhalten eines gewissen Gewichts voraus.**

A. Problemstellung

Neben dem Ausschluss unzuverlässiger Bieter von einzelnen Vergabeverfahren erlassen Vergabestellen in der Praxis nicht selten Vergabesperren. Ein Bieter ist dann für einen bestimmten Zeitraum von der Teilnahme an sämtlichen Vergabeverfahren ausgeschlossen. Auf welcher Grundlage Vergabesperren erlassen werden dürfen, ist hingegen nicht abschließend geklärt. Das VG Düsseldorf befasst sich in seiner Entscheidung mit einer Vergabesperre durch Verwaltungsakt.

Materiell kann ein Ausschluss oder eine Vergabesperre aufgrund einer „schweren Verfehlung“ i.S.v. § 16 Abs. 1 Nr. 2 lit. c VOB/A 2012 gerechtfertigt sein. Die Auslegung dieses Merkmals bereitet jedoch häufig Schwierigkeiten. Außerdem steht einem Bieter anerkanntermaßen die Möglichkeit zur Selbstreinigung zu, um seine Zuverlässigkeit wiederherzustellen. Ergreift der Bieter entsprechende Maßnahmen, müssen diese im Rahmen der Zuverlässigskeitsprognose angemessen berücksichtigt werden.

B. Inhalt und Gegenstand der Entscheidung

Die Klägerin ist ein Bauunternehmen, das in den Jahren 2004/2005 im öffentlichen Auftrag an mehreren Straßen Baumaßnahmen durchführte. 2012 hat die Beklagte Straßenbauarbeiten (im sog. Unterschwellenbereich) ausgeschrieben und die Klägerin zur Abgabe eines Angebots aufgefordert.

Nachdem die Klägerin ein entsprechendes Angebot abgegeben hatte, wurde die Beklagte von der zuständigen Unteren Baubehörde darüber informiert, dass die Klägerin auf zwei der 2004/2005 bearbeiteten Baustellen nicht das laut Vergabeunterlagen geschuldete Brechsand-/Splittergemisch, sondern sog. Ascheschlacken in verschiedenen Mischkonzentrationen verbaut hatte. Die Beklagte forderte die Klägerin zunächst zu einer Stellungnahme auf, befand deren Erklärung allerdings für unzureichend. Daraufhin schloss die Beklagte die Klägerin vom Vergabeverfahren aus. Zusätzlich beschloss der zuständige Vergabeausschuss der Beklagten am 30.07.2013 den zeitweiligen Ausschluss der Klägerin von ihren Vergabeverfahren bis Ende 2015 wegen schwerer

Verfehlungen bzw. mangelnder Eignung der Klägerin. Am 01.08.2013 erließ die Beklagte einen gleichlautenden Bescheid.

Das VG Düsseldorf konstatiert, dass für eine Vergabesperre durch Verwaltungsakt keine Rechtsgrundlage vorhanden ist. Insbesondere die § 16 Abs. 1 Nr. 2 lit. c, Abs. 2 VOB/A 2012, § 94 Abs. 4 Satz 1 GWB enthielten keine Befugnis zum Erlass eines Verwaltungsakts. Mangels ausdrücklicher gesetzlicher Ermächtigung könne eine solche Befugnis grundsätzlich zwar durch Auslegung gewonnen werden. Das gelte jedoch nur, wenn sich aus dem zum Eingriff ermächtigenden Gesetz ein Über-/Unterordnungsverhältnis ergebe. Daran fehle es hier – die Vergabesperre sei vielmehr als „privatrechtliche Willensbekundung“ anzusehen. Angesichts des folglich bestehenden Verhältnisses der Gleichordnung komme die Annahme einer impliziten Befugnis zum Erlass eines Verwaltungsakts nicht in Betracht.

Im vorliegenden Fall kommt es hierauf jedoch letztlich nicht an, da nach Auffassung des VG Düsseldorf jedenfalls die Voraussetzungen eines solchen Verwaltungsakts weder nach § 16 Abs. 1 Nr. 2 lit. c VOB/A 2012 noch nach § 16 Abs. 2 VOB/A 2012 vorlagen.

Die Beklagte habe fälschlicherweise eine „schwere Verfehlung“ angenommen und die Prognose der Zuverlässigkeit der Klägerin nicht bzw. fehlerhaft angestellt. Eine „schwere Verfehlung“ i.S.v. § 16 Abs. 1 Nr. 2 lit. c VOB/A 2012 setze nämlich schuldhaftes Verhalten voraus. Das VG Düsseldorf ist nicht überzeugt, dass das Verhalten der Klägerin über eine bloß leichte Fahrlässigkeit hinausging. Insbesondere für eine positive Kenntnis der Klägerin von der Schadhaftigkeit des von ihr verwendeten Materials bestünden keine stichhaltigen Anhaltspunkte. Zudem sei eine prognostische Betrachtung zur Zuverlässigkeit des auszuschließenden Bieters erforderlich. Nach Ansicht des VG Düsseldorf hat die Beklagte ihren Beurteilungsspielraum hier überschritten, indem sie die Selbstreinigungsmaßnahmen der Klägerin unsachgemäß gewürdigt hat. So seien das Bemühen um Aufklärung und die ausdrückliche Versicherung, das Verhalten zu korrigieren, ebenso zu berücksichtigen wie das zeitliche Zurückliegen der Verfehlungen. Zudem sei eine Schadenswiedergutmachung nicht zu verlangen, ihr Versuch aber positiv anzurechnen. Personelle Konsequenzen seien mangels feststellbarer subjektiver Schuld nicht zu fordern.

Zudem könne der Versuch eines Bieters, Ansprüche gegen den Auftraggeber gerichtlich durchzusetzen, nicht als Rechtfertigung für die Annahme eines „zerrütteten Vertrauensverhältnisses“ dienen. Sonst würde die Rechtsschutzgarantie des Art. 19 Abs. 4 GG entwertet.

Im Ergebnis hob das VG Düsseldorf den Bescheid daher auf.

C. Kontext der Entscheidung

Mit diesem Urteil schließt sich das VG Düsseldorf der Auffassung des KG Berlin (Urt. v. 17.01.2011 - 2 U 4/06 Kart; Urt. v. 08.12.2011 - 2 U 11/11) an. Das Urteil begreift Vergabesperren als bloße Ankündigung eines bestimmten tatsächlichen Verhaltens, ohne Anspruch auf Rechtsgestaltung. Danach bedarf eine Vergabesperre als Ausdruck der Vertragsfreiheit grundsätzlich keiner expliziten gesetzlichen Ermächtigung (so auch Opitz in: Beck'scher Vergaberechtskomm., 2. Aufl. 2013, § 97 Abs. 4 GWB Rn. 61; Kreßner, Die Auftragssperre im Vergaberecht, 2005, S. 173). Im vorliegenden Fall handelte die Beklagte jedoch durch Verwaltungsakt, so dass § 35 VwVfG als Rechtmäßigkeitsmaßstab eine Rechtsgrundlage erforderlich machte. In Ermangelung einer tauglichen Rechtsgrundlage sperrte diese Vorschrift den Verwaltungsakt als Handlungsform im hier vorliegenden Gleichordnungsverhältnis.

Damit widerspricht das VG Düsseldorf der Auffassung, der VOB/A 2012 könne im Wege der Auslegung eine Rechtsgrundlage für Vergabesperren entnommen werden (so LG Berlin, Urt. v. 22.03.2006 - 23 O 118/04; LG Frankfurt a.M., Urt. v. 26.11.2003 - 2-06 O 345/03). Es befindet sich dabei im Einklang mit der Literatur (Fülling, Korruptionsregister, 2014, S. 17; Freund/Kallmey-

er/Kraft, Korruption und Kartelle bei Auftragsvergaben, 2008, S. 178; Fehling in: Plünder/Schellenberg, Vergaberecht Handkomm., 2. Aufl. 2015, § 97 Rn. 128; diff. Burgi, NZBau 2014, 595, 600).

Zu beachten ist, dass der vorliegende Fall lediglich den sog. Unterschwellenbereich betrifft. Das VG Düsseldorf lässt offen, ob diese Sichtweise auf den Bereich oberhalb der Schwellenwerte übertragbar ist. Außerdem trifft es keine Aussage darüber, ob zwischen „einfachen“ Vergabesperren, die sich nur auf einen Auftraggeber oder eine Vergabestelle beziehen, und umfassenderen „koordinierten“ Vergabesperren zu differenzieren ist (so Burgi, NZBau 2014, 595, 599).

Des Weiteren widmet sich das VG Düsseldorf in seinem Urteil der Auslegung des unbestimmten Rechtsbegriffs „schwere Verfehlung“. In Übereinstimmung mit der „Forposta“-Entscheidung des EuGH (Urt. v. 13.12.2012 - C-465/11, m. Anm. Prieß/Friton, NZBau 2013, 214) und nationaler Rechtsprechung (statt vieler LG Düsseldorf, Urt. v. 16.03.2005 - 12 O 225/04) erkennt es an, dass eine Nichteinhaltung vertraglicher Pflichten grundsätzlich eine solche Verfehlung darstellen kann (vgl. nunmehr auch ausdrücklich Art. 57 Abs. 4 lit. g RL 2014/24/EU sowie § 124 Nr. 7 des Referentenentwurfs eines Gesetzes zur Modernisierung des Vergaberechts v. 30.05.2015). Gleichzeitig hält das VG Düsseldorf fest, dass es sich jedoch um eine schuldhaft begangene Verfehlung einigen Gewichts handeln muss. Jedenfalls bei einem erstmaligen Verstoß reiche (bloß) leichte Fahrlässigkeit bzw. ein einfacher Verstoß gegen vergaberechtliche Anforderungen oder formelle Ordnungsvorschriften nicht aus. Umfangreich nimmt das VG Düsseldorf „eine konkrete und auf den Einzelfall bezogene Beurteilung der Verhaltensweise“ der Klägerin vor. Es sieht dabei eine „Verfehlung“ in der Herstellung und Verlegung nicht vertragsgemäßen Bettungsmaterials. Es verneint jedoch die erforderliche Schwere, zum Teil mangels – nachweislichen – Verschuldens. Zum anderen Teil erachtet es die Verfehlung als nicht schwerwiegend genug im Vergleich mit den „herkömmlich in diesem Zusammenhang bejahten Verfehlungen“ wie Verstößen gegen die §§ 267, 298 StGB, § 21 SchwarzArbG, § 18 MiArbG und § 21 AEntG.

Schließlich beschäftigt sich das VG Düsseldorf mit Selbstreinigungsmaßnahmen, die die Vergabestelle im Rahmen der Zuverlässigkeitssprognose berücksichtigen muss (vgl. OLG München, Beschl. v. 22.11.2012 - Verg 22/12; OLG Brandenburg, Beschl. v. 14.12.2007 - Verg W 21/07, m. Anm. Prieß/Stein, NZBau 2008, 230). Insbesondere sei eine Schadenswiedergutmachung für eine Selbstreinigung nicht zu verlangen. Diese vereinzelt vertretene Ansicht wird demnächst jedenfalls durch Art. 57 Abs. 6 Unterabs. 2 der RL 2014/24/EU obsolet (Prieß, P.P.L.R. 2014, 112, 121; vgl. bereits Stein/Friton, VergabeR 2010, 151, 158; a.A. Dreher/Hoffmann, NZBau 2014, 150, 154 f.). Lediglich Schäden, über die noch (gerichtlich) gestritten wird, muss der Bieter nicht ausgleichen (KG Berlin, Urt. v. 17.01.2011 - 2 U 4/06 Kart; Stein/Friton/Huttenlauch, WuW 2012, 38, 48).

D. Auswirkungen für die Praxis

Das VG Düsseldorf schafft einen Präzedenzfall zu Vergabesperren durch Verwaltungsakte. Nach seiner Ansicht fehlt es diesbezüglich an einer Rechtsgrundlage. Diese Entscheidung ist zu begrüßen, da eine Vergabesperre einen schwerwiegenden Eingriff in die Rechte des Bieters bedeutet. Ein solcher bedarf einer angemessenen Legitimation.

Die diesbezügliche Auswirkung der Entscheidung sollte jedoch nicht überschätzt werden. In der Praxis verhängen Vergabestellen Vergabesperren in der Regel durch schlicht tatsächliche Ankündigung und nicht durch Verwaltungsakt. Auch solche Vergabesperren sollten als gravierender Eingriff und ultima ratio richtigerweise auf einer Rechtsgrundlage beruhen. Das haben Vergabestellen und Rechtsprechung aber bisher leider anders gesehen.

Deutsche Gerichte haben seit jeher hohe Anforderungen an den vergaberechtlichen Begriff der „schweren Verfehlung“ gestellt. Diese Tradition setzt das VG Düsseldorf mit Blick auf die gravierenden Rechtsfolgen einer Vergabesperre richtigerweise fort. Bezüglich des Verschuldens ist nach

Auffassung des VG Düsseldorf jedenfalls bei einmaligen Verfehlungen mehr als bloß „leichte“ Fahrlässigkeit erforderlich. Zudem muss die Verfehlung in ihrem Gewicht mit einem Verstoß gegen Strafrecht, § 21 SchwarzArbG, § 18 MiArbG (vgl. jetzt § 21 MiLoG) oder § 21 AEntG vergleichbar sein. Sie darf sich nicht in einem erstmaligen Verstoß gegen bloße Ordnungsvorschriften erschöpfen. Diese Schwelle wird eine Verfehlung nicht ohne weiteres überschreiten.

In der Praxis ist die Selbstreinigung bei Vorliegen eines Ausschlussgrundes die einzige Möglichkeit, sich am Markt zu halten. Daher ist es zu begrüßen, dass das VG Düsseldorf eingehend prüft, ob die Beklagte die Selbstreinigungsbemühungen der Klägerin bei ihrer Zuverlässigskeitsprognose angemessen berücksichtigt hat. In diesem Rahmen wird die Schadenswiedergutmachung zukünftig (weiterhin) eine wichtige Rolle spielen. Unternehmen sollten daher grundsätzlich Wiedergutmachung leisten. Das gilt aber nur, wenn der fragliche Schaden unbestritten oder rechtskräftig festgestellt ist.

© juris GmbH