

<b>Anmerkung zu:</b>	BayObLG München Vergabesenat, Beschluss vom 29.05.2024 - Verg 17/23 e
<b>Autor:</b>	Dr. Christopher Wolters, RA
<b>Erscheinungsdatum:</b>	25.10.2024
<b>Quelle:</b>	
<b>Normen:</b>	§ 123 GWB, § 124 GWB, EGRL 18/2004
<b>Fundstelle:</b>	jurisPR-Compl 5/2024 Anm. 4
<b>Herausgeber:</b>	Prof. Dr. Norbert Nolte, RA
<b>Zitievorschlag:</b>	Wolters, jurisPR-Compl 5/2024 Anm. 4

### **Ausschluss vom Vergabeverfahren aufgrund vertraglicher Pflichtverletzungen nach § 124 Abs. 1 Nr. 3 GWB**

#### **Orientierungssatz zur Anmerkung**

**Auch die Verletzung vertraglicher Verpflichtungen kann eine schwere Verfehlung i.S.v. § 124 Abs. 1 Nr. 3 GWB darstellen, sofern diese eine solche Intensität und Schwere aufweist, dass der öffentliche Auftraggeber berechtigterweise an der Integrität des Unternehmens zweifeln darf.**

#### **A. Problemstellung**

Im vorliegenden Beschluss hat der Vergabesenat des Bayerischen Obersten Landesgerichts die Möglichkeit eines Ausschlusses nach § 124 Abs. 1 Nr. 3 GWB aufgrund von Vertragsverletzungen anerkannt und damit einer weit verbreiteten Literaturmeinung widersprochen. Dennoch hat das BayObLG im konkreten Fall das Vorliegen der einzelnen Tatbestandsmerkmale verneint und den Ausschlusstatbestand restriktiv ausgelegt. Der Beschluss konkretisiert insbesondere die Anwendung des Merkmals der „schweren Verfehlung“ und grenzt die Ausschlussgründe § 124 Abs. 1 Nr. 3 und Nr. 7 GWB voneinander ab. Im Folgenden werden die Handhabung des Ausschlusstatbestandes in diesem Fall und die praktischen Auswirkungen des Beschlusses erörtert.

#### **B. Inhalt und Gegenstand der Entscheidung**

Der öffentliche Auftraggeber und Antragsgegner schrieb mit EU-Bekanntmachung vom 05.07.2022 einen Lieferauftrag über Catering-Leistungen im offenen Verfahren aus. Gegenstand der zu erbringenden Leistungen sollte das Catering in Form einer vollwertigen Speisen- und Getränkeversorgung der in der Dependance untergebrachten Asylbewerbenden sein. Die Antragstellerin und die Beigeladene reichten fristgerecht Angebote ein, wobei das Angebot der Beigeladenen preisgünstiger als das der Antragstellerin war. Mit Schreiben vom 29.09.2022 informierte der Antragsgegner die Antragstellerin, dass ihr Angebot nicht berücksichtigt werden könne, da es nicht das wirtschaftlichste sei und der Zuschlag an die Beigeladene erteilt werde.

Daraufhin beantragte die Antragstellerin in einem Nachprüfungsantrag die Wiederholung der Angebotswertung unter Berücksichtigung der Rechtsauffassung der Vergabekammer. Die Antragstellerin machte dabei geltend, dass das Konzept „Fahrzeit gleich Garzeit“ der Beigeladenen nicht zugelassen sowie nicht geeignet sei, die hygienischen, lebensmittelrechtlichen, arbeitsrechtlichen und sonstigen, in Gesetzen, Verordnungen und DIN-Normen geregelten Anforderungen zu erfüllen. Zudem sei die Beigeladene wegen zahlreicher erheblicher, von der Antragstellerin recher-

chierter und damit nachweislicher Verstöße gegen vertragliche Vorgaben und Normen bei der Durchführung von früheren Aufträgen nach § 124 Abs. 1 Nr. 3 GWB auszuschließen. Danach habe die Beigeladene unter anderem vorgeschriebene Warmhaltezeiten nicht eingehalten, Personal ohne Schulung eingesetzt und Bewohner\*innen der Unterkunft ohne Arbeitserlaubnis beschäftigt. Die genannten Verstöße seien von durch die Antragstellerin beauftragten Detektiven beobachtet und von ehemaligen Mitarbeitenden der Beigeladenen geschildert worden. Danach habe die Beigeladene gegen eine Vielzahl gesetzlicher Verbote und vertraglicher Vorgaben verstoßen. Die Verstöße seien bereits jeder für sich, jedenfalls aber in der Summe als schwere Verfehlungen zu qualifizieren.

Nach Ansicht der Vergabekammer (Vergabekammer Südbayern, Beschl. v. 04.09.2023 - 3194.Z3-3\_01-2256) sei der Antrag unbegründet. Die Vergabekammer habe keinen Zweifel daran, dass das Konzept bei ordnungsgemäßer Handhabung im Einklang mit den zwingenden Vorschriften des öffentlichen Rechts durchgeführt werden könne. Zudem habe der Antragsgegner die Beigeladene nicht nach § 124 Abs. 1 Nr. 3 GWB ausschließen müssen. Es sei bereits zweifelhaft, ob der Tatbestand erfüllt sei. Jedenfalls fehle es an einer Ermessensreduzierung auf null, so dass die Ermessensentscheidung des Antragsgegners vertretbar gewesen sei. Gegen den Beschluss der Vergabekammer wendet sich die Antragstellerin mit sofortiger Beschwerde.

Der Vergabesrat des BayObLG hält das Rechtsmittel der Antragstellerin für zulässig, aber unbegründet.

Es hätten sich keine hinreichenden Anhaltspunkte dafür ergeben, dass das Konzept „Fahrzeit gleich Garzeit“, wie es die Beigeladene durchführen wollte, gegen eindeutige und zwingende Vorgaben der Vergabeunterlagen verstoße. Darüber hinaus bestätigt das BayObLG, dass die Voraussetzungen des Ausschlusses nach § 124 Abs. 1 Nr. 3 GWB nicht erfüllt seien und die Beigeladene daher nicht zwingend auszuschließen sei. Soweit überhaupt Verfehlungen der Beigeladenen nachweislich seien, sei die Einschätzung des Antragsgegners, es handle sich weder einzeln noch in der Summe um schwere Verfehlungen, die die Integrität des Unternehmens in Frage stellten, und es könne eine positive Prognose für eine ordnungsgemäße Erfüllung der ausgeschriebenen Verträge getroffen werden, nicht zu beanstanden. In diesem Zusammenhang ordnet das BayObLG das Merkmal „schwere Verfehlung“ näher ein und setzt den Ausschluss nach § 124 Abs. 1 Nr. 3 GWB in Beziehung zu § 124 Abs. 1 Nr. 7 GWB.

Zur Definition der „schweren Verfehlungen“ i.S.d. § 123 Abs. 1 Nr. 3 GWB paraphrasiert der Vergabesrat zunächst den Wortlaut der Vorschrift. Danach sind schwere Verfehlungen im Sinne der Vorschrift erhebliche Rechtsverstöße, die geeignet sind, die Zuverlässigkeit eines Bewerbers grundlegend in Frage zu stellen. Dabei stellt das BayObLG klar, dass auch die Verletzung vertraglicher Verpflichtungen eine schwere Verfehlung darstellen könne, sofern diese eine solche Intensität und Schwere aufweise, dass der öffentliche Auftraggeber berechtigterweise an der Integrität des Unternehmens zweifeln dürfe. Hierfür spreche bereits der Wortlaut des § 124 Abs. 1 Nr. 3 GWB, da sich Vertragsverstöße ohne Weiteres als „Verfehlung“ „im Rahmen der beruflichen Tätigkeit“ qualifizieren ließen. Ferner gehe die Gesetzesbegründung (BT-Drs. 18/6281, S. 105) explizit davon aus, dass eine schwere Verfehlung auch bei der Verletzung vertraglicher Verpflichtungen in Betracht komme, sofern die Verfehlung eine solche Intensität und Schwere aufweise, dass der öffentliche Auftraggeber berechtigterweise an der Integrität des Unternehmens zweifeln dürfe. Dies gelte auch bei der Verletzung von Ausführungsbedingungen in früheren Aufträgen. Im Widerspruch zu einer in der Literatur verbreiteten Meinung ergebe sich aus der Zusammenschaup mit § 124 Abs. 1 Nr. 7 GWB nichts anderes. Schon der Systematik des Gesetzes lasse sich nicht entnehmen, dass § 124 Abs. 1 Nr. 7 GWB gegenüber § 124 Abs. 1 Nr. 3 GWB die speziellere Regelung sei. Auch führe die Anwendung von § 124 Abs. 1 Nr. 3 GWB auf vertragliche Ver-

stöße nicht zu Wertungswidersprüchen. Zwar sei es zutreffend, dass § 124 Abs. 1 Nr. 7 GWB für den Ausschluss neben der Vertragsverletzung voraussetze, dass diese zu einer vorzeitigen Beendigung, zu Schadensersatz oder einer vergleichbaren Rechtsfolge geführt habe und § 124 Abs. 1 Nr. 3 GWB eine solche Folge nicht erfordere. Anders als im Rahmen des § 124 Abs. 1 Nr. 7 GWB komme ein Ausschluss aber nur in Betracht, wenn die Verfehlung von einer Intensität und Schwere sei, die die Integrität des Unternehmens in Frage stelle. Dies zeige, dass beide Tatbestände unterschiedliche Anwendungsvoraussetzungen und Zielrichtungen hätten. Damit sei auch nicht zu befürchten, dass durch die Anwendung von § 124 Abs. 1 Nr. 3 GWB auf vertragliche Verfehlungen die Voraussetzungen des § 124 Abs. 1 Nr. 7 GWB umgangen oder ausgehöhlt würden.

Dabei liege nicht in jeder nicht ordnungsgemäßen, ungenauen oder mangelhaften Erfüllung eines Vertrags eine schwere Verfehlung. Im vorliegenden Fall erkennt der Vergabesenat an, dass es sich um eine Vielzahl von Verstößen im Rahmen unterschiedlicher Aufträge und zum Teil auch über einen längeren Zeitraum gehandelt hat. Hier müsse auch der Umfang der Aufträge beachtet werden. Es handle sich um eine große Anzahl von Aufträgen, die von der Beigeladenen zum Teil über mehrere Jahre ausgeführt worden waren. Dabei waren täglich Hunderte Portionen pro Mahlzeit zu liefern und verschiedenste überaus detaillierte Anforderungen an die Speisen zu berücksichtigen. Dies habe des Weiteren den Einsatz einer ganz erheblichen Anzahl von Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern jeweils vor Ort bedingt. Angesichts dessen seien vereinzelte jedenfalls kleinere Verstöße bei der Vertragsdurchführung mit zumutbarem Aufwand nicht vollständig vermeidbar. Nicht jede ungenaue oder mangelhafte Vertragserfüllung begründe aber schon eine schwere Verfehlung und stelle die Zuverlässigkeit des Bieters grundlegend in Frage. Schließlich müssten die Verstöße nach Schwere und Intensität geeignet sein, gerade die Integrität der Beigeladenen in Zweifel zu ziehen. Dies habe der Antragsgegner nachvollziehbar und vertretbar verneint. Kleine, alltägliche Verstöße, wozu die Mehrzahl der nachweislichen Verfehlungen gehört hätten, seien dazu angesichts der Vielzahl und des Umfangs der durchgeführten Aufträge weder allein noch in der Summe geeignet. Zudem müssten diese nachweislich und schulhaft begangen worden sein und erhebliche Auswirkungen haben. Sofern unter Berücksichtigung der dem Auftraggeber zumutbaren Aufklärungen Zweifel am Vorliegen einer schweren Verfehlung blieben, käme ein Ausschluss nach § 124 Abs. 1 Nr. 3 GWB nicht in Betracht.

Der Vergabesenat stellt zusammenfassend fest, dass die Beurteilung des Antragsgegners, die nachweislichen Verfehlungen der Beigeladenen erreichten weder allein noch in der Summe eine Intensität und Schwere, die die Integrität der Beigeladenen in Frage stellten, und es sei eine ordnungsgemäße Vertragserfüllung in Zukunft zu erwarten, nicht zu beanstanden sei. Insoweit handele es sich um eine Bewertung mit prognostischem Charakter, bei der dem Auftraggeber ein Beurteilungsspielraum zukomme. Damit fehle es am Vorliegen eines Ausschlusstatbestandes nach § 124 Abs. 1 Nr. 3 GWB.

## **C. Kontext der Entscheidung**

Die Entscheidung des BayObLG fügt sich konsequent in die bisherige Entscheidungspraxis des Vergabesenats ein (BayObLG, Beschl. v. 09.04.2021 - Verg 3/21 und BayObLG, Beschl. v. 13.06.2022 - Verg 6/22) und konkretisiert das Merkmal der „schweren Verfehlung“ aus § 124 Abs. 1 Nr. 3 GWB.

### **I. Vertragsverstöße als „schwere Verfehlung“**

In seinem Beschluss stellt das BayObLG fest, dass eine Verletzung vertraglicher Pflichten als „schwere Verfehlung“ i.S.d. § 124 Abs. 1 Nr. 3 GWB zu werten ist. Damit schließt sich das Gericht der „Forposta“-Entscheidung des EuGH aus dem Jahr 2012 (EuGH, Urt. v. 13.12.2012 - C-465/11) an, der zufolge die Nichterfüllung vertraglicher Pflichten durch einen Wirtschaftsteilnehmer grundsätzlich als eine Verfehlung im Rahmen der beruflichen Tätigkeit angesehen werden

kann. Allerdings wurde diese Entscheidung unter der Geltung der alten Vergaberichtlinie 2004/18/EG gefällt, welche noch keine eigenständige Regelung zum Ausschluss wegen Vertragsverletzung, wie sie in § 124 Abs. 1 Nr. 7 GWB zu finden ist, enthielt (Opitz in: Burgi/Dreher/Opitz, Vergaberecht, 4. Aufl. 2022, § 124 GWB Rn. 23).

Die Subsumtion von Vertragspflichtverletzungen unter das Tatbestandsmerkmal der „schweren Verfehlung“ aus § 124 Abs. 1 Nr. 3 GWB wird in der Literatur kontrovers diskutiert. Hier wird die Auffassung vertreten, dass es sich bei § 124 Abs. 1 Nr. 3 GWB um einen Auffangtatbestand handle und daher die spezielleren Ausschlussgründe in Nr. 1, 4, 7, 8 und 9 vorrangig anzuwenden seien. Ein Ausschluss nach § 124 Abs. 1 Nr. 3 GWB sei somit nur zulässig, wenn die Voraussetzungen der spezielleren Ausschlusstatbestände nicht erfüllt seien, um eine Aushöhlung dieser Regelungen zu vermeiden (Stolz in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, 5. Aufl. 2024, § 124 GWB Rn. 19). Damit werde eine Entwertung der neuen Ausschlussgründe sowie die Umgehung der hier gesondert geregelten Voraussetzungen verhindert. Dies gelte insbesondere für den Fall der Verletzung von Auftragsausführungsbedingungen bei früheren öffentlichen Aufträgen, der von § 124 Abs. 1 Nr. 7 GWB abschließend geregelt werde (Pünder/Schellenberg, Vergaberecht, § 124 GWB Rn. 46; Stolz in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, § 124 GWB Rn. 19).

Andere Stimmen warnen jedoch davor, dass eine Nichtanwendung des § 124 Abs. 1 Nr. 3 GWB zu Wertungswidersprüchen führen könnte, da der Anwendungsbereich der Vorschrift unnötig eingeschränkt würde. Dies wäre besonders dann problematisch, wenn ein schwerwiegender Vertragsverstoß, der die Integrität des Bieters in Frage stellt, nicht zu den spezifischen Rechtsfolgen des § 124 Abs. 1 Nr. 7 GWB führt (Friton in: BeckOK VergabeR, 32. Ed. 01.05.2023, § 124 GWB Rn. 31a). Neben dem BayObLG hat auch das OLG Celle unter Berufung auf die Gesetzesbegründung festgestellt, dass Vertragsverstöße weiterhin unter Absatz 1 Nr. 3 fallen können und dieser damit als Auffangtatbestand zu werten sei (OLG Celle, Beschl. v. 09.01.2017 - 13 Verg 9/16 - ZfBR 2017, 407, 408). Es bleibt abzuwarten, welche Positionen andere Gerichte in dieser Frage einnehmen und wie sich dies auf die künftige Rechtsprechung im Vergaberecht auswirken wird.

## **II. Restriktive Handhabung**

Der Vergabesrat ordnet den Ausschlussgrund des § 124 Abs. 1 Nr. 3 GWB als Auffangtatbestand ein (vgl. auch BT-Drs. 18/6281, S. 105; OLG Düsseldorf, Beschl. v. 22.06.2022 - Verg 36/21) und legt den Begriff der „schweren Verfehlung“ dementsprechend restriktiv aus. Damit folgt er der allgemeinen Rechtsprechung zu § 124 Abs. 1 Nr. 3 GWB (vgl. OLG München, Beschl. v. 21.04.2017 - Verg 2/17; OLG Celle, Beschl. v. 13.05.2019 - 13 Verg 2/19; OLG Düsseldorf, Beschl. v. 22.06.2022 - Verg 36/21) und legt einen erhöhten Maßstab an die Schwere und Intensität der Vertragsverletzungen an. „Schwere Verfehlungen“ im Sinne dieser Norm seien erhebliche Rechtsverstöße, die die Zuverlässigkeit eines Bewerbers grundlegend infrage stellen. Der Begriff „Verfehlung im Rahmen der beruflichen Tätigkeit“ umfasse jedes fehlerhafte Verhalten, das die berufliche Vertrauenswürdigkeit des Unternehmens beeinträchtigen könne, nicht nur Verstöße gegen berufsethische Regelungen. Entscheidend sei, dass die Verfehlung so schwerwiegender sei, dass berechtigte Zweifel an der Integrität des Unternehmens bestünden. Diese Bewertung obliege dem Auftraggeber und erfordere eine Prognoseentscheidung. Die Verfehlung müsse schuldhaft begangen worden sein und erhebliche Auswirkungen haben. Kleinere Unregelmäßigkeiten oder einmalige Verstöße würden daher nicht automatisch zum Ausschluss des Bieters führen. Mit dieser Einschränkung trägt das BayObLG der Kritik Rechnung, dass die Anwendung des § 124 Abs. 1 Nr. 3 GWB auf Vertragspflichtverletzungen den Anwendungsbereich des § 124 Abs. 1 Nr. 7 GWB entwerte und damit zu Wertungswidersprüchen führen könne. Dies steht auch im Einklang mit der Rechtsprechung des EuGH, der in seiner „Forposta“-Entscheidung ein Verschulden ver-

langt, das auf „Vorsatz oder Fahrlässigkeit von einer gewissen Schwere“ beruht (EuGH, Urt. v. 13.12.2012 - C-465/11).

#### **D. Auswirkungen für die Praxis**

Für Vergabestellen ist insbesondere die Erkenntnis wichtig, dass Vertragspflichtverletzungen im Rahmen von früheren Aufträgen einen Ausschluss auch gemäß § 124 Abs. 1 Nr. 3 GWB begründen können. Im Vergleich zu einem Ausschluss gemäß § 124 Abs. 1 Nr. 7 GWB ist zwar nicht notwendig, dass die vertragliche Pflichtverletzung im Rahmen eines öffentlichen Auftrags erfolgte und der Auftraggeber daraus eine bestimmte Rechtsfolge gezogen hat. Dafür müssen die vertraglichen Pflichtverletzungen im Rahmen von § 124 Abs. 1 Nr. 3 GWB allerdings von einem Gewicht und gewisser Schwere sein, damit der Auffangtatbestand greifen kann.

Um für die Praxis Rechtssicherheit zu schaffen, werden vergaberechtlichen Entscheidungen notwendig sein, die weiter erhellen, in welchen Fallgruppen die erforderliche Schwere der Verfehlung gegeben ist. So lange wird es für öffentliche Auftraggeber und Bieter schwer zu beurteilen, ob ein konkreter Verstoß tatsächlich einen Ausschluss gemäß § 124 Abs. 1 Nr. 3 GWB rechtfertigt oder – wie im zu entscheidenden Fall vom Antragsteller angestrebt – erforderlich macht. In jedem Fall ist die grundlegende Klarstellung des BayObLG begrüßenswert und die Erkenntnis richtig, dass eine besondere Schwere nicht in jedem Fall eines vertraglichen Verstoßes vorliegt.

© juris GmbH