

Schwere Verfehlungen

1. Die Vorschrift des § 11 lit. c VOF enthält jedenfalls in ihrem wortsinngemäßen Anwendungsbereich, der eine einzelne Verfehlung des Bewerbers zum Gegenstand hat, eine abschließende Regelung.

2. Der Vorschlag eines Bieters, die Vergabekammer nicht einzuschalten, sofern der Auftraggeber bereit ist, den Bieter im weiteren Verfahren zu beteiligen, stellt keine schwere Verfehlung im Sinne von § 11 lit. c VOF dar, wenn es zu Recht gerügte Verfahrensfehler gibt, die sich nur dadurch beseitigen lassen, dass der Auftraggeber von sich aus oder nach Anweisung durch die Vergabekammer den Bieter am weiteren Vergabeverfahren beteiligt.

3. Der Vorschlag eines Bieters, die Vergabekammer nicht einzuschalten, sofern der Auftraggeber bereit ist, dem Bieter sonstige Aufträge zu erteilen, stellt keine nachweisbare schwere Verfehlung im Sinne von § 11 lit. c VOF dar, wenn es nach Auffassung des Bieters darum geht, in einen Pool von Bietern zu gelangen, an die z.B. Planungsaufträge üblicherweise und rechtmäßig freihändig vergeben werden.

OLG Düsseldorf, Beschluss vom 07.12.2005 - Verg 68/05

In dem Vergabenachprüfungsverfahren

pp.

hat der Vergabesenat des Oberlandesgerichts Düsseldorf durch den Vorsitzenden Richter am Oberlandesgericht D., den Richter am Oberlandesgericht W. und die Richterin am Oberlandesgericht D.-B.

auf die mündliche Verhandlung vom 23. November 2005

b e s c h l o s s e n :

Die sofortige Beschwerde des Antragsgegners gegen den Beschluss der 3. Vergabekammer des Bundes vom 13. September 2005 (Az. VK 3 - 82/05) wird zurückgewiesen.

Der Antragsgegner hat die Kosten des Beschwerdeverfahrens und die in diesem Verfahren entstandenen notwendigen Auslagen der Antragstellerin zu tragen.

Wert des Beschwerdeverfahrens: 540.000,- €

G r ü n d e :

I.

Der Antragsgegner schrieb die Vergabe von Kanalmanagement- und Projektsteuerungsleistungen für die Bestands- und Zustandserfassung von Regen- und Schmutzwasserkanälen sowie Abwasseranlagen europaweit im Verhandlungsverfahren mit vorgeschaltetem Teilnahmewettbewerb nach VOF aus.

Die Antragstellerin gab fristgerecht einen Teilnahmeantrag ab. Nachdem ihr mitgeteilt

worden war, dass sie nicht zu den ausgewählten Bewerbern gehörte, rügte sie mit Schreiben vom 2.6. und 14.6.2005 die Bewertung des Antragsgegners. Am 22.6.2005 erhielt sie vertreten durch ihren Geschäftsführer in den Räumen des Antragsgegners Einsicht in die sie betreffenden Bewertungsunterlagen. Anschließend spezifizierte sie mit Schreiben vom 24.6.2005 ihre Rügen, denen der Antragsgegner nicht abhalf.

Mit dem angefochtenen Beschluss hat die Vergabekammer dem Nachprüfungsantrag der Antragstellerin entsprochen und angeordnet, die Wertung des Teilnahmeantrags der Antragstellerin und der sieben weiteren zu Verhandlungen aufgeforderten Bewerber zu wiederholen. Zur Begründung hat sie ausgeführt, dass der Antragsgegner die von ihm aufgestellten Eignungskriterien „Gesamtumsatz der letzten drei Jahre“, „Umsatz bei vergleichbaren Leistungen der letzten drei Jahre“, „Organisation und technische Leitung“ sowie „beabsichtigter Auftragsanteil für Weitervergabe“ fehlerhaft gewertet habe.

Mit der dagegen erhobenen sofortigen Beschwerde macht der Antragsgegner (ausschließlich) geltend, dass die Antragstellerin wegen einer schweren Verfehlung auszuschließen sei. Der Geschäftsführer der Antragstellerin habe im Termin zur Akteneinsicht am 22.6.2005 den anwesenden Vertretern des Antragsgegners bzw. des Steuerbüros, den Zeugen B. und C., angeboten, von einem Nachprüfungsverfahren abzusehen, wenn die Antragstellerin anderweitige Aufträge erhalte.

Der Antragsgegner beantragt,

den angefochtenen Beschluss aufzuheben und den Nachprüfungsantrag zurückzuweisen.

Die Antragstellerin beantragt,

die sofortige Beschwerde zurückzuweisen.

Sie weist die Vorwürfe des Antragsgegners zurück.

Wegen der Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf die Schriftsätze und die mit diesen überreichten Anlagen verwiesen.

Der Senat hat Beweis erhoben durch Vernehmung von Zeugen.

II.

Die zulässige sofortige Beschwerde des Antragsgegners ist unbegründet.

Gemäß § 4 Abs. 1 VOF sind Aufträge nur an zuverlässige Bewerber zu vergeben. Für die Zuverlässigkeit eines Bewerbers ist entscheidend, inwieweit die umfassend zu prüfenden und abzuwägenden Umstände des Einzelfalls die Prognose erlauben, dass der Bieter die ausgeschriebenen und von ihm angebotenen Leistungen vertragsgerecht erbringen wird. Nach § 11 lit. c VOF können wegen erheblicher Zweifel an der Zuverlässigkeit zur Übernahme des öffentlichen Auftrags von der Teilnahme am Vergabeverfahren Bewerber ausgeschlossen werden, die im Rahmen

ihrer beruflichen Tätigkeit eine schwere Verfehlung begangen haben, die vom Auftraggeber nachweislich festgestellt worden ist. Die Vorschrift des § 11 lit. c VOF enthält jedenfalls in ihrem wortsinnngemäßen Anwendungsbereich, der eine einzelne Verfehlung des Bewerbers zum Gegenstand hat, eine abschließende Regelung (vgl. Müller-Wrede, VOF, 2. Aufl., § 11 Rn. 2 a.E.; Voppel, VOF, § 11 Rn. 4, jeweils m.w.N.). Den danach für einen Bewerberausschluss erforderlichen Nachweis einer „schweren Verfehlung“ hat der Antragsgegner im Streitfall nicht geführt.

Soweit in dem von den Zeugen B. und C. verfassten Gesprächsvermerk ausgeführt ist, der Geschäftsführer der Antragstellerin habe ihnen anlässlich der Akteneinsicht am 22.6.2005 vorgeschlagen, die Vergabekammer nicht einzuschalten, sofern der Antragsgegner bereit wäre, die Antragstellerin im weiteren Verfahren zu beteiligen, stellte dies schon im Ansatz keine Verfehlung im Sinne von § 11 lit. c VOF dar. Wie in zweiter Instanz außer Streit steht, waren dem Antragsgegner mehrere, von der Antragstellerin zu Recht gerügte Wertungsfehler unterlaufen, die sich nur dadurch beseitigen ließen, dass der Antragsgegner von sich aus oder nach Anweisung durch die Vergabekammer die Antragstellerin an dem weiteren Vergabeverfahren durch erneute Wertung ihres Teilnahmeantrags beteiligte. Gerade die weitere Teilnahme der Antragstellerin war Gegenstand und Ziel des Vorschlags ihres Geschäftsführers.

Aber auch im Übrigen kann eine der Antragstellerin anzulastende schwere Verfehlung im Sinne des § 11 lit. c VOF anlässlich des Termins zur Akteneinsicht am 22.6.2005 nicht festgestellt werden.

Die Akteneinsicht fand statt in den Räumen des Antragsgegners in Gegenwart der Zeugen B. und C. sowie des Geschäftsführers der Antragstellerin. Der Senat hat über den Hergang der Akteneinsicht Beweis erhoben durch Vernehmung der beiden Zeugen. Sodann hat er den Geschäftsführer der Antragstellerin analog § 141 ZPO angehört, um der Antragstellerin, die für das Gespräch keine eigenen Zeugen im verfahrensrechtlichen Sinne zur Verfügung hat, Gelegenheit zu geben, ihre Darstellung vom Verlauf persönlich in den Prozess einzubringen (vgl. zu dieser Verfahrensweise BGH, Urteil vom 27.9.2005, XI ZR 216/04 und WM 2003, 1740, 1741 ff m.w.N.).

Die Zeugen B. und C. haben in ihrem Gesprächsvermerk niedergelegt, der Geschäftsführer der Antragstellerin habe (alternativ) auch vorgeschlagen, die Vergabekammer nicht einzuschalten, sofern der Antragsgegner bereit wäre, der Antragstellerin „anderweitig entgegenkommen“, und er habe dabei in erster Linie an die Vergabe von Planungsleistungen im Zusammenhang mit dem Kanalmanagement gedacht. Eine solche Äußerung ließe sich in der Tat als rechtswidrige Aufforderung an den Antragsgegner verstehen, der Antragstellerin ungerechtfertigt Aufträge zuzuspielen, und wäre daher geeignet, die Zuverlässigkeit der Antragstellerin in Zweifel zu ziehen. Indes steht zur Überzeugung des Senats nicht fest, dass der Geschäftsführer der Antragstellerin jene Äußerung mit diesem Wort- und Sinngehalt tatsächlich getätigt hat.

Der Geschäftsführer der Antragstellerin hat sich gegenüber dem Senat dahin eingelassen, er habe mit seiner Äußerung nur die im Anschluss an die Vergabe anfallenden, freihändig zu vergebenden Folgeaufträge gemeint. Derartige, unterhalb der vergaberechtlichen Schwellenwerte liegende Aufträge würden vom Antragsgegner üblicherweise freihändig an einen bestimmten Pool von Unternehmen

vergeben. Er habe wenigstens erreichen wollen, dass die Antragstellerin in diesen Pool gelange, um in die Nähe einer Auftragschance zu kommen. An eine bestimmte Auftragsvergabe habe er nicht gedacht, erst Recht nicht an eine solche, die gegen Rechtsvorschriften verstieße.

Diese Darstellung des Geschäftsführers der Antragstellerin ist unwiderlegt geblieben. Weder der Zeuge B. noch der Zeuge C. konnten sich an den genauen Wortlaut der inkriminierten Äußerung des Geschäftsführers der Antragstellerin erinnern. Zwar waren beide Zeugen nach ihrem subjektiven Empfinden davon überzeugt, dass der Geschäftsführer der Antragstellerin ihnen ein rechtlich unzulässiges Verhalten angesonnen hatte. Auch fanden sie es wert, den Vorgang noch am selben Tag in einem Aktenvermerk festzuhalten. Allein der von den Zeugen gewonnene subjektive Eindruck vom Sinngehalt der Äußerung reicht für den erforderlichen Nachweis einer schweren Verfehlung jedoch nicht aus. Zu berücksichtigen ist, dass die Akteneinsicht in einer angespannten Atmosphäre verlief. Der Geschäftsführer der Antragstellerin verlangte wiederholt und mit Nachdruck und nach Ansicht beider Zeugen zu Unrecht Einblick in weitere Vergabeunterlagen, weshalb sie sich mehrfach verlasst sahen, ihren Standpunkt zu verteidigen und das Verlangen des Geschäftsführers der Antragstellerin mit deutlichen Worten zurückzuweisen. Der Geschäftsführer beharrte hingegen auf seinem Begehren und warf ihnen unrechtmäßiges Handeln vor. Unter dem Eindruck dieser spannungsbesetzten Situation ist nicht auszuschließen, dass die Zeugen die Äußerungen des Geschäftsführers der Antragstellerin am Ende des Termins in einer bestimmten negativen Richtung interpretierten, obwohl sie objektiv auch anders hätten gedeutet werden können. Sie haben jedenfalls nicht nachgefragt, was der Geschäftsführer der Antragstellerin mit seinem Vorschlag im Einzelnen meinte und ihn insoweit auf einen bestimmten Inhalt festgelegt; vielmehr beendete der Zeuge B. an dieser Stelle das Gespräch. Legt man indes das Verständnis zu Grunde, welches der Geschäftsführer der Antragstellerin seinen Äußerungen beigemessen haben will, so kann von einer schweren Verfehlung im Sinne des § 11 lit. c VOF nicht gesprochen werden. Nach seiner Auffassung war die Aufnahme in den Pool potentieller Auftragnehmer freihändiger Vergaben aufgrund der persönlichen und fachlichen Eignung der Antragstellerin ohne Weiteres sachlich gerechtfertigt und damit ermessensfehlerfrei. Ob und welche internen Richtlinien für die freihändigen Vergaben und den Zugang zum Bewerberpool des Antragsgegners einzuhalten waren, konnte und musste der Geschäftsführer der Antragstellerin zum Zeitpunkt seiner Äußerungen nicht wissen. Allein die Verknüpfung des Verzichts der Antragstellerin auf ein Nachprüfungsverfahren mit der (vertretbaren) Aufnahme der Antragstellerin in den Bewerberpool reicht für den Vorwurf einer schweren Verfehlung im Sinne des § 11 lit. c VOF nicht aus.

III.

Die Kostenentscheidung folgt aus § 97 Abs. 1 ZPO (analog).