

An dieser Stelle informiert Rechtsanwalt Dr. Daniel Soudry künftig über aktuelle Entscheidungen und Gesetzesvorhaben zur Vergabe verteidigungs- und sicherheitsrelevanter Aufträge.

## Mangelhafte Leistungen und ihre Folgen für künftige Auftragsvergaben

**Mit dem Zuschlag endet das Vergabeverfahren und es beginnt die Ausführungsphase. Dann gilt nicht mehr das Vergaberecht, sondern Zivilrecht. Mängel in der Leistungsphase können allerdings Rückwirkungen auf künftige Ausschreibungen haben. Denn nach neuem Recht darf der öffentliche Auftraggeber einen Bieter von der Vergabe ausschließen, wenn er in der Vergangenheit schlecht geleistet hat.**

Mit der Vergaberechtsreform 2016 wurde erstmals der Ausschluss wegen früherer Schlechtleistung gesetzlich geregelt. Nach § 124 Abs. 1 Nr. 7 GWB dürfen öffentliche Auftraggeber ein Unternehmen von Vergabeverfahren ausschließen, wenn es eine wesentliche Anforderung bei der Ausführung eines früheren öffentlichen Auftrags erheblich oder fortdauernd mangelhaft erfüllt hat und dies zu einer vorzeitigen Beendigung, zu Schadensersatz oder zu einer vergleichbaren Rechtsfolge geführt hat. Der frühere Auftrag muss mit dem zu vergebenden Auftrag inhaltlich, örtlich und zeitlich vergleichbar sein, um eine mangelnde Eignung für die laufende Vergabe zu begründen. Allerdings muss es sich nicht zwingend um einen Auftrag desselben Auftraggebers handeln. Außerdem ist ein Ausschluss nur möglich, wenn zwischen dem schlecht leistenden und dem auszuschließenden Unternehmen Identität besteht. Bei Rechtsformwechseln kann das problematisch sein, ebenso bei schlecht leistenden Bietergemeinschaften, wenn sich ein einzelnes Mitglied an einem späteren Vergabeverfahren beteiligt. Ist eine Schlechtleistung dagegen auf einen Unterauftragnehmer zurückzuführen, wird sie dem Auftragnehmer zugerechnet. Anders kann das aber sein, wenn der Unterauftragnehmer in einem wettbewerblichen Verfahren ermittelt wurde (§§ 9 Abs. 3, 38-41 VSVgV), da der Auftragnehmer hier nur begrenzten Einfluss auf dessen Auswahl hatte.

### Erhebliche oder fortdauernde mangelhafte Erfüllung

Zentrale Bedingung ist, dass das Unternehmen eine wesentliche Anforderung erheblich oder fortdauernd mangelhaft erfüllt hat. Das OLG Celle nimmt dies an, wenn die mangelhafte Leistung den öffentlichen Auftraggeber in tatsächlicher und finanzieller Hinsicht deutlich belastet. Als Beispiele werden Lieferungs- oder Leistungsausfall oder erhebliche Defizite der gelieferten Waren oder Dienstleistungen genannt. Der Mangel muss aber nicht unbedingt eine Hauptpflicht betreffen. Auch Nebenpflichten wie die vertragliche Rücksichtnahmepflicht oder Hinweis- und Kooperationspflichten können wesentliche Anforderungen sein. Kleinere Mängel können ebenfalls einen Ausschluss rechtfertigen, wenn sie fortauern. Das sind etwa ständige Verspätungen oder laufende Fristversäumnisse. Bloße Meinungsverschiedenheiten, das Führen eines Vergütungsprozesses oder die Androhung zulässiger rechtlicher Schritte genügen jedoch grundsätzlich nicht für einen Ausschluss.

Schließlich muss die mangelhafte Erfüllung zu einer vorzeitigen Beendigung, Schadensersatz oder einer vergleichbaren Rechtsfolge geführt haben. Dazu zählen auch die Kündigung, der Rücktritt vom Vertrag oder eine Anfechtung. Zweifelhaft ist, ob auch eine einvernehmliche Vertragsaufhebung im Wege eines Vergleichs genügt. Denn darunter wird ein Vertrag verstanden, durch den ein Streit oder Ungewissheit der Parteien über ein Rechtsverhältnis im Wege gegenseitigen Nachgebens beseitigt wird. Das deutet darauf hin, dass die Rechtslage nicht eindeutig ist.

Unschärf bleibt, wann eine Rechtsfolge „vergleichbar“ ist. Als Beispiele werden die Ersatzvornahme oder das Verlangen umfassender Nachbesserungen genannt. Die Nichtzahlung bzw. Kürzung von Rechnungen soll nach der VK Bund ebenso genügen. Auch eine Minderung der Vergütung wird grundsätzlich ausreichen. Bei Verträgen mit Malus-Regelungen ist die Sache dagegen nicht so klar. Denn die Möglichkeit von Vergütungsabzügen wurde hier von Beginn an bewusst und gewollt vereinbart. Ob auch die Nichtausübung einer vertraglichen Verlängerungsoption eine vergleichbare Rechtsfolge sein kann, ist noch nicht geklärt.

Eine Besonderheit besteht schließlich bei der Vergabe von VS-Aufträgen unter 443.000 Euro: § 31 Abs. 2 S. 5 UVgO ordnet hier an, dass § 124 Abs. 1 Nr. 7 GWB mit der Maßgabe gilt, dass die mangelhafte Erfüllung keine Sanktion nach sich gezogen haben muss.

### Beweislast beim Auftraggeber

Generell gilt: Der öffentliche Auftraggeber muss den Ausschlussgrund im Zweifel beweisen.

Die betreffenden Tatsachen müssen aber nicht unstreitig oder gerichtlich festgestellt sein, da dies nicht mit dem Beschleunigungsgrundsatz in Vergabeverfahren vereinbar wäre. Das für Vergaben des Bundes zuständige OLG Düsseldorf fordert, dass der öffentliche Auftraggeber eine Gewissheit erlangt bzw. eine Überzeugung gewonnen haben muss, die vernünftigen Zweifeln Schweigen gebietet.

Das Vergaberecht kennt aber keinen „Ausschluss auf Ewigkeit“. Ein Bieter darf wegen früherer Schlechtleistungen höchstens für drei Jahre von Auftragsvergaben ausgeschlossen werden. Bei einer erfolgreichen Selbstreinigung kann der Zeitraum für einen Ausschluss auch deutlich kürzer als drei Jahre sein. Die Eintragung in das neue Wettbewerbsregister müssen betroffene Unternehmen dagegen nicht fürchten. Ausschlüsse wegen Schlechtleistungen sind nämlich nicht eintragungsrelevant.

### Fazit: Ein schneidiges Schwert, aber...

Die neue Regelung gibt öffentlichen Auftraggebern ein schneidiges Schwert an die Hand: Unternehmen, die mangelhaft leisten, droht ein Ausschluss von Vergaben für bis zu Jahre. Dennoch hat die Vorschrift ihre Tücken, viele Einzelfälle sind noch ungeklärt. Wegen der weitreichenden Folgen sollten Bieter einen Ausschluss keinesfalls vorschnell akzeptieren



► **Dr. Daniel Soudry, LL.M.** ist Fachanwalt für Vergaberecht und Partner der Sozietät SOUDRY & SOUDRY Rechtsanwälte, Berlin. Er berät Unternehmen der Verteidigungs- und Sicherheitswirtschaft bei der rechtssicheren Teilnahme an Vergabeverfahren und in Nachprüfungsverfahren. Herr Dr. Soudry tritt regelmäßig als Referent auf und publiziert laufend zu vergaberechtlichen Themen. SOUDRY & SOUDRY Rechtsanwälte werden von Who's Who Legal und JUVE als Kanzlei für Vergaberecht empfohlen. Dr. Soudry bloggt laufend zum VS-Vergaberecht unter [www.VSVgV.de](http://www.VSVgV.de)