



UPDATE VERGABERECHT

AUSSCHLUSS WEGEN UNGENEHMIGTEM NACHUNTERNEHMEREINSATZ IM VORPROJEKT – PROGNOSE ÜBER KÜNFTIGE AUSFÜHRUNG NÖTIG

OLG Frankfurt, Beschluss vom 03.05.2018 – 11 Verg 5/18

Im Verfahren zur Beauftragung eines Schulneubaus schloss Auftraggeber A den Bieter B nach § 124 Abs. 1 Nr. 7 GWB wegen ungenehmigtem Nachunternehmereinsatz in einem Vorprojekt aus. Zwar ist zwischen A und B streitig, ob die im Vorprojekt aus diesem Grund erfolgte außerordentliche Kündigung rechtmäßig war. Das Vertragsverhältnis wurde jedenfalls hieraufhin beendet. Nach erfolglosem Nachprüfungsantrag legt B sofortige Beschwerde ein und beantragt die Verlängerung der aufschiebenden Wirkung der sofortigen Beschwerde.

Ohne Erfolg! Das OLG kommt nach summarischer Prüfung zu dem Ergebnis, dass der entgegen § 4 Abs. 8 Nr. 1 VOB/B erfolgte Einsatz von Nachunternehmern eine erhebliche und fort-dauernde mangelhafte Erfüllung einer wesentlichen Ausführungsanforderung darstellen kann. Vorliegend habe unstreitig keine schriftliche Zustimmung des A vorgelegen. Zudem konnte B kein Verhalten des A darlegen, wonach aus objektiver Empfängersicht vom Einverständnis des A ausgegangen werden durfte. A habe die im Zuge der Entscheidung über den Ausschluss gebotene Prognose darüber, dass B unter Berücksichtigung der früheren Schlechtleistung auch zukünftig keine ordnungsgemäße Ausführung erwarten ließ, ermessensfehlerfrei getroffen und dokumentiert. Dabei durfte A auch berücksichtigen, dass B im Schriftwechsel zum Vorprojekt den Einsatz von Nachunternehmern als grundsätzlich nicht immer vermeidbar beschrieb und hieraus den Rückschluss auf entsprechendes künftiges Verhalten ziehen.

Bedeutung für die Praxis

Das OLG Frankfurt betont das Erfordernis einer im Rahmen der Ermessensausübung über den Ausschluss eines Bieters nach § 124 Abs. 1 Nr. 7 GWB zu treffenden Prognose über die zukünftige Auftragsausführung, die hinreichend zu dokumentieren sei. Im Beschluss vom 28.03.2018 - Verg 49/17 (vgl. Vergabe Update August 2018) hatte das OLG Düsseldorf diese Frage offen gelassen. Das OLG Frankfurt räumt im Rahmen der gebotenen Prognoseentscheidung zwar einen weiten Ermessensspielraum ein. Entscheidend war vorliegend jedoch wohl auch die vorhandene Dokumentationstiefe der getroffenen Prognose. Es kann daher weiterhin nur empfohlen werden, die zu treffende Prognoseentscheidung über künftige Ausführungen umfassend im Vergabevermerk zu dokumentieren. Hinsichtlich des an die Erfüllung der Tatbestandsvoraussetzungen des § 124 Abs. 1 Nr. 7 GWB anzulegenden Beweismaßstabs sei an dieser Stelle darauf hingewiesen, dass das OLG Düsseldorf im Nachgang zu der vorstehend zitierten Entscheidung seine Tendenz dahingehend, dass das Vorliegen eines Vollbeweises zu fordern sei, in seinem Beschluss vom 11.07.2018 – Verg 7/18 nochmals bekräftigt hat.