

Expertenbeitrag:  
Ausschlussgründe

# Staatsanwaltschaftliche Ermittlungen reichen nicht



**Holger Schröder**  
Fachanwalt für Vergaberecht  
Rödl und Partner, Nürnberg

Berufsbezogene Verfehlungen von Unternehmen können zum Ausschluss aus einem Vergabeverfahren führen. Eine schwere berufliche Verfehlung eines Bewerbers müssen öffentliche Auftraggeber aber nachweisen können. Die Anforderungen dafür sind hoch.

**NÜRNBERG.** Der Ausschlussgrund der schweren Verfehlung setzt europäisches Recht um. Dabei stellt die schwere Verfehlung des Unternehmens oder einer für das Unternehmen beruflich handelnden Person auch die Integrität des Unternehmens infrage. Nach dem Europäischen Gerichtshof erfasst der Begriff der berufsbezogenen Verfehlung jedes fehlerhafte Verhalten, „das Einfluss auf die berufliche Glaubwürdigkeit des betreffenden Wirtschaftsteilnehmers hat“. Bei der schweren Verfehlung handelt es sich um einen unbestimmten Rechtsbegriff, bei dessen Auslegung dem öffentlichen Auftraggeber ein Beurteilungsspielraum zukommt.

## Zweifel an der Integrität des Unternehmens

Eine schwere Verfehlung kommt bei der Verletzung gesetzlicher oder vertraglicher Verpflichtungen in Betracht, die eine solche Intensität und Schwere aufweisen, dass der öffentliche Auftraggeber berechtigterweise an der Integrität des Unternehmens zweifeln darf. Das kann sich auf die Verletzung von Ausführungsbedingungen bei früheren öffentlichen Aufträgen beziehen. Regelmäßig dürften auch Verletzungen der

## Rückschlag bei Verstaatlichung des Stromnetzes

**BERLIN.** Im Streit um eine Rückverstaatlichung des Stromnetzes hat die Berliner Landesregierung eine Niederlage vor dem Landgericht Berlin erlitten. Die Infrastruktur bleibt damit vorerst im Besitz einer Vattenfall-Tochter.

Die rot-rot-grüne Landesregierung entschied im Frühjahr, dass die Konzession für den Netzbetrieb für 20 Jahre an den Landesbetrieb Berlin Energie gehen soll. Doch der Vattenfall-Konzern zog vor Gericht, weil er sich durch die Vergabekriterien der Finanzverwaltung benachteiligt sah.

Der Vorwurf: Die Anforderungen an den neuen Stromnetzbetreiber seien so weit gefasst, dass sich auch Unternehmen bewerben könnten, denen es am nötigen Know-how fehle, um ein so großes Stromnetz zu betreiben.

Die Richter gaben den Bedenken von Vattenfall statt. Das Land habe nicht ausreichend dargelegt, dass es als Netzbetreiber technisch und personell dazu in der Lage sei, heißt es in der Urteilsbegründung. Dabei gehe es nicht um die derzeitigen, sondern um die künftigen Kapazitäten. (sta)



Unternehmen können von Vergaben ausgeschlossen werden, wenn sie im Rahmen der beruflichen Tätigkeit nachweislich schwere Verfehlungen begangen haben. FOTO: DPA/ARNE DEBETZ

## Wettbewerbsrecht regelt Ausschluss eines Bewerbers

Das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (Paragraf 124 Absatz 1 Nummer 3) regelt, dass öffentliche Auftraggeber unter Berücksichtigung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit ein Unternehmen zu jedem Zeitpunkt des Vergabeverfahrens von der Teilnahme an

einem Vergabeverfahren ausschließen können. Voraussetzung dafür ist, dass das Unternehmen im Rahmen der beruflichen Tätigkeit nachweislich eine schwere Verfehlung begangen hat, durch die die Integrität des Unternehmens infrage gestellt wird.

Verpflichtungen zu Vertraulichkeit und Sicherheit eine schwere, die Unternehmensintegrität gefährdende Verfehlung darstellen.

Insbesondere kann ein Ausschluss in Betracht kommen, wenn eine Straftat vorliegt, die zu keinem zwingenden Ausschluss nach Paragraf 123 Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen führt, weil die Verurteilung noch nicht rechtskräftig ist. Ebenso können Straftaten mit einem Ausschluss sanktioniert werden, die nicht im zwingenden Ausschlusskatalog gelistet sind, aber gleichwohl die Integrität des Unternehmens infrage stellen.

Die schwere berufliche Verfehlung muss nachweislich sein. Die Anforderungen an die Nachweislichkeit einer schweren Verfehlung

sind hoch. Die Darlegungs- und Beweislast hierfür trägt der öffentliche Auftraggeber.

Erstreckt sich der Vorwurf einer schweren Verfehlung auf eine Straftat, ist der Nachweis jedenfalls dann geführt, wenn ein rechtskräftiges Urteil vorliegt. Ein rechtskräftiges Urteil ist aber nicht nötig. Auch die strafrechtliche Unschuldsvermutung steht einem möglichen Angebotsausschluss nicht entgegen. Der öffentliche Auftraggeber darf sich aber nicht auf ungeprüfte Gerüchte und Informationen Dritter verlassen. Bloße Vermutungen, Behauptungen oder vage Verdachtsmomente genügen für einen Ausschluss nicht.

Die Einleitung eines staatsanwaltschaftlichen Ermittlungsver-

fahrens wegen des (Anfangs-)Verdachts einer Straftat oder auch Hausdurchsuchungen reichen für sich genommen ebenfalls nicht. Es bedarf insoweit objektiver Anhaltspunkte.

## Beurteilung der Nachweisbarkeit einer schweren Verfehlung

So ist etwa der Umstand, dass ein unabhängiges Gericht bei der Prüfung eines Haftbefehls den dringenden Tatverdacht bejaht hat, bei der Beurteilung der Nachweisbarkeit einer schweren Verfehlung von Bedeutung. Dringender Tatverdacht ist gegeben, wenn nach den gewonnenen Ermittlungsergebnissen eine hohe Wahrscheinlichkeit vorliegt, dass der Beschuldigte eine Straftat begangen hat. Ein dringender Tatverdacht wird deshalb häufig als ausreichender Nachweis der Verfehlung angesehen.

Ob dagegen schon ein hinreichender Tatverdacht einen Ausschluss wegen schwerer Verfehlung rechtfertigen kann, also eine Anklageerhebung durch die Staatsanwaltschaft oder die Beantragung eines Strafbefehls vorliegt, scheint in der Rechtsprechung unterschiedlich

beurteilt zu werden. Jedenfalls ist im Falle der Einstellung eines staatsanwaltschaftlichen Ermittlungsverfahrens mangels hinreichenden Tatverdachts und auch bei einer Einstellung unter Auflagen und Weisungen der öffentliche Auftraggeber laut Oberlandesgericht Celle nicht gehindert, die möglichen Verfehlungen als nicht „schwer“ zu bewerten.

Denn auch die Möglichkeit, ein staatsanwaltschaftliches Ermittlungsverfahren einzustellen, setzt voraus, dass das öffentliche Interesse an der Strafverfolgung durch die Erteilung von Auflagen und Weisungen beseitigt werden konnte und die Schwere der Schuld nicht entgegenstand.

Liegt der fakultative Ausschlussgrund tatbestandlich vor, so kommt dem öffentlichen Auftraggeber auf der Rechtsfolgenseite ein – durch den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit begrenztes – Ermessen zu. Er muss prognostizieren, ob von dem Unternehmen trotz des fakultativen Ausschlussgrunds zukünftig eine sorgfältige, ordnungsgemäße und gesetzes-treue Auftragsdurchführung zu erwarten ist.

# Vergabekammer: Auftraggeber muss Gleichwertigkeit einer alternativen Lösung nachvollziehbar überprüfen

Zuschlagserteilung wird wegen fehlender Begründung rückgängig gemacht

**STUTTGART.** Wenn Auftraggeber bei Ausschreibungen alternative Lösungen zulassen, ist Vorsicht geboten: Unter den vergaberechtlichen Grundsätzen von „Wettbewerb, Gleichbehandlung, Transparenz“ reicht es nicht, eine Gleichwertigkeit der ausgeschriebenen Anforderungen nur positiv festzustellen. Eine Gleichwertigkeit muss eingehend geprüft und dokumentiert werden. Das zeigt ein Fall vor der Vergabekammer des Bundes.

Ausgeschrieben waren für einen Neubau eines Gebäudes die Herstellung, Lieferung und der Einbau von Sanitärzellen in einem EU-weiten Verfahren. Einziges Zuschlagskriterium war der Preis.

## Auftraggeber hat gleichwertige Lösungen zugelassen

In dem Fall hatte der Auftraggeber die Lieferung von Fertignasszellen in Leichtbetonweise ausgeschrieben und gleichwertige Lösungen zugelassen. Ins Spiel kam daher das Angebot eines Bieters B, der Nasszellen aus Stahlblech angeboten

hatte. Das Angebot des Bieters B war das preisgünstigste.

Das vom Auftraggeber beauftragte Ingenieurbüro hatte laut Protokoll „keine technischen Bedenken“. Weitere Angaben zur technischen und fachlichen Tauglichkeit der von dem Bieter angebotenen Nasszelle waren dem Protokoll nicht zu entnehmen. Die technische Prüfung des Angebots durch das Ingenieurbüro ergab, dass die Leistungen gleichwertig angeboten wurden.

Der preislich an zweiter Stelle liegende Antragsteller A rügte, dass das für den Zuschlag vorgesehene Angebot auszuschließen sei, da B keine Fertignasszellen in Leichtbetonbauweise angeboten hatte. Der Auftraggeber half der Rüge nicht ab. Daraufhin strengte A ein Nachprüfungsverfahren an.

Teils mit Erfolg. Die Vergabekammer untersagte die Zuschlagserteilung. Sie befand zwar, dass das Angebot des B nicht auszuschließen sei, weil die von ihm angebotenen Nasszellen nicht aus Leichtbeton seien. Die Vorgaben im Leistungsverzeichnis (LV) seien eindeutig so



Auftraggeber müssen vor der Zuschlagserteilung die Gleichwertigkeit eines Angebots nachvollziehbar überprüfen und dokumentieren. FOTO: LEIA

zu verstehen, dass nicht nur Lösungen in Leichtbetonbauweise zugelassen seien, sondern auch andere, sofern diese gleichwertig seien.

Allerdings müsse der Auftraggeber vor der Zuschlagserteilung die Gleichwertigkeit eines Angebots nachvollziehbar überprüfen und

dokumentieren. So habe der Auftraggeber im LV ausdrücklich festgelegt, dass ein Angebot, das andere Materialien als den vom Auftraggeber beispielhaft genannten Leichtbeton beinhalten, nur dann zuschlagsfähig seien, wenn das betreffende Material „gleichwertig“ zu

## Kurz notiert

### Flughafen Wien-Schwechat: Streit um Bodenabfertigung

**WIEN.** Auch der Schweizer Flughafendienstleister Swissport hat beim österreichischen Verkehrsministerium Beschwerde gegen die Lizenzerteilung für die Bodenabfertigung am Flughafen Schwechat eingereicht. Die Firma Celebi hatte vorige Woche angekündigt, die Entscheidung anzufechten. Celebi verliert die Lizenz an die Schweizer Firma AAS. Wie Celebi argumentiert auch Swissport, dass AAS nicht zum Verfahren hätte zugelassen werden dürfen. (sta)

### Rot-Rot-Grün einigt sich auf S-Bahn-Ausschreibung

**BERLIN.** SPD, Linke und Grüne haben sich darauf geeinigt, wie zwei große Teilnetze der Berliner S-Bahn ausgeschrieben werden – die Stadtbahn und die Nord-Süd-Bahn. Das Auftragspaket hat ein Volumen von sechs Milliarden Euro. Es geht um zwei Drittel des gesamten S-Bahnnetzes. Firmen können sich für die Bereitstellung der Fahrzeuge oder nur für den Betrieb der Strecken bewerben, oder für beides zusammen. Es dürfen auch getrennte Angebote für die Stadtbahn und die Nord-Süd-Bahn abgegeben werden. (sta)

### Firma verlangt hohen Preis für Lift und lässt Stadt warten

**BITBURG.** Drei Mal hat der Bauausschuss der Stadt Bitburg den Bau eines neuen Aufzugs im Rathaus ausgeschrieben. Zwei Mal wurde die Ausschreibung aufgehoben, weil der Preis den Gemeinderäten zu hoch erschien. Im Sommer wurde der Auftrag vergeben – für 132 000 Euro, fast doppelt so viel wie ursprünglich veranschlagt. Mit der Umsetzung muss sich die Stadt aber noch gedulden. Aufgrund der hohen Auslastung wurde sie von der Firma auf Januar/Februar 2020 vertröstet. (sta)

### AOK schreibt Verträge für künstliche Hüftgelenke aus

**STUTTGART.** Als erste Kasse im Land hat die AOK Baden-Württemberg eigenen Angaben zufolge Qualitätsverträge zur Optimierung der Hüft-Endoprothetikversorgung in Kliniken ausgeschrieben – und zwar im Rahmen eines Open-House-Verfahrens. Grundlage des Vertrags ist ein Behandlungskonzept, das die AOK unter Einbeziehung externer Fachexperten entwickelt hat. (sta)

Leichtbeton sei. Der Kammer zufolge ist damit die Gleichwertigkeit anhand der ausgeschriebenen Anforderungen zu prüfen.

### Auftraggeber muss Gleichwertigkeitsprüfung nachholen

Die Vergabeakte enthalte jedoch lediglich die Feststellung, dass das betreffende Angebot gleichwertig sei. Weitere Begründungen, enthalte sie nicht. Auch im Nachprüfungsverfahren habe der Auftraggeber und das von ihm beauftragte Ingenieurbüro die Gleichwertigkeit lediglich behauptet, ohne sich mit den einzelnen Anforderungen des LV nachvollziehbar auseinanderzusetzen. Bei fortbestehender Beschaffungsabsicht müsse der Auftraggeber daher die Gleichwertigkeitsprüfung nachholen und ausreichend dokumentieren. (leja)

**MEHR ZUM THEMA**  
VK Bund, Beschluss vom 19. August 2019 (Aktenzeichen: VK 1-55/19) unter: [www.kurzelinks.de/gleichwertigkeit](http://www.kurzelinks.de/gleichwertigkeit)