



Expertenbeitrag:
Wettbewerbsregister

Konkurrent kann unterlassene Abfrage nicht rügen



Holger Schröder,
Rechtsanwalt, Fachanwalt für
Vergaberecht, Partner
Rödl & Partner, Nürnberg

Vor der Erteilung des Zuschlags müssen öffentliche Auftraggeber beim Wettbewerbsregister abfragen, ob dort Eintragungen für den wirtschaftlichsten Bieter vorliegen. Das soll klären, ob ein Unternehmen wegen begangener Wirtschaftsdelikte von dem Vergabeverfahren auszuschließen ist. Dennoch führt ein Eintrag im Wettbewerbsregister nicht automatisch zum Ausschluss des betreffenden Unternehmens.

NÜRNBERG. Seit Juni 2022 sind öffentliche Auftraggeber verpflichtet, vor der Erteilung des Zuschlags beim Wettbewerbsregister abzufragen, ob dort Eintragungen für den wirtschaftlichsten Bieter vorliegen. Das ist im Wettbewerbsregistergesetz festgelegt (Paragraf 6 Absatz 1 Satz 1 WRRegG). Die Abfragepflicht bei öffentlichen Aufträgen betrifft sowohl Vergabeverfahren oberhalb als auch unterhalb der EU-Schwellenwerte.

Abfragepflicht ab Wertgrenze von 30 000 Euro/netto

Um den Aufwand sowohl für die öffentlichen Auftraggeber als auch für die Registerbehörde in einem vertretbaren Rahmen zu halten, hat der Gesetzgeber eine Wertgrenze von 30 000 Euro/netto für die Abfragepflicht festgelegt. Dies entspricht den bislang geltenden Wertgrenzen für verpflichtende Abfragen des Gewerbezentralregisters, etwa nach



Bevor öffentliche Auftraggeber einen Zuschlag erteilen, müssen sie beim Wettbewerbsregister abfragen, ob dort eine Eintragung für den Bieter vorliegt. FOTO: DPA/SHOTSHOP MONKEY BUSINESS

Auftraggeber entscheidet über Ausschluss

Die Vergabekammer Bund (Beschluss vom 12. Oktober 2020 - VK 2 - 77/20) urteilte: „Das Wettbewerbsregistergesetz (WRRegG) regelt [...] rein formal die Voraussetzungen der Eintragung, trifft aber keine Aussage zu materiellen Eintragungsfällen.“

Im Gegenteil stellt auch das WRRegG [...] klar, dass der Auftraggeber in eigener Verantwortung über den Ausschluss eines Unternehmens von der Teilnahme am Vergabeverfahren entscheidet, und zwar [...] nach Maßgabe der vergaberechtlichen Vorschriften.“

Paragraf 19 Mindestlohngesetz. Die Abfragepflicht gilt für alle öffentlichen Auftraggeber im Sinne von Paragraf 99 Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB), also insbesondere für Städte und Gemeinden. Für Sektorenauftraggeber und Konzessionsgeber sind besondere Regeln zu beachten.

Keine Verpflichtung zur Abfrage besteht bei Sachverhalten, für die das Vergaberecht Ausnahmen

vorsieht. Wichtige Anwendungsfälle sind Inhouse-Geschäfte und die interkommunale Zusammenarbeit. Auf eine erneute Abfrage kann der öffentliche Auftraggeber auch dann verzichten, wenn er innerhalb der letzten zwei Monate für das betreffende Unternehmen bereits eine Auskunft aus dem Wettbewerbsregister erhalten hat.

Nach Paragraf 97 Absatz 6 GWB haben Unternehmen Anspruch da-

rauf, dass die Bestimmungen über das Vergabeverfahren eingehalten werden. Zu diesen Vorschriften zählen beispielsweise die zwingenden Ausschlussgründe im Sinne von Paragraf 123 Absatz 1 GWB. Sie sind unter anderem auch in das Wettbewerbsregister einzutragen.

Dennoch führt ein Eintrag in das Wettbewerbsregister nicht automatisch zum Ausschluss des betreffenden Unternehmens. Der Verfahrensausschluss setzt nach Paragraf 6 Absatz 5 Satz 1 WRRegG eine eigenständige Einzelfallprüfung durch den öffentlichen Auftraggeber voraus.

Allerdings verlangt auch der Gesetzgeber, dass der öffentliche Auftraggeber bei der Eintragung eines zwingenden Ausschlussgrunds faktisch in aller Regel eine Ausschlussentscheidung treffen muss. Zugleich ist es der erklärte Wille des Gesetz-

gebers, dass die Abfragepflicht des Auftraggebers als solche nicht bieterschützend ist (Bundestags-Drucksache 18/12051, 31). Eine unterlassene Abfragepflicht der Vergabestelle kann vom konkurrierenden Bieter somit nicht im Nachprüfungsverfahren geltend gemacht werden.

Hat ein öffentlicher Auftraggeber das Wettbewerbsregister nicht abgefragt und seine Zuschlagsentscheidung zugunsten eines beispielsweise rechtskräftig verurteilten Unternehmens (Paragraf 123 Absatz 1 GWB) getroffen, kann er die Eintragung zwar nicht, ein konkurrierender Bieter verliert dadurch aber seine Zuschlagschance.

Dieses Ergebnis klingt einerseits erstaunlich, weil die Abfragepflicht unter anderem mit den zwingenden Ausschlussgründen in einem engen Zusammenhang steht, die bieterschützend sind. Andererseits beinhaltet das Wettbewerbsregistergesetz keine originären Vorschriften über das Vergabeverfahren, wie etwa das GWB.

Abfrage hat nicht den Schutz des Bieters zum Ziel

Rechtsverstöße, die außerhalb des Vergabeverfahrens und des Anwendungsbereiches vergaberechtlicher Vorschriften liegen, können nur ausnahmsweise zum Gegenstand eines Nachprüfungsverfahrens gemacht werden, wenn es eine vergaberechtliche Anknüpfungsnorm gibt, die im Nachprüfungsverfahren entscheidungsrelevant ist. Dies hat das Oberlandesgericht Düsseldorf so entschieden (Beschluss vom 21. April 2021 - Verg 1/20).

Eine solche Anknüpfungsnorm fehlt hier. Insoweit hilft auch Paragraf 122 Absatz 1 GWB nicht weiter, wonach öffentliche Aufträge nur an Unternehmen erteilt werden dürfen, die nicht nach den Paragrafen 123 oder 124 GWB ausgeschlossen werden. Denn die Pflicht zur Abfrage des Wettbewerbsregisters stellt wegen der eigenständigen Entscheidung des öffentlichen Auftraggebers über den Ausschluss nur eine Ordnungsvorschrift dar. Eine solche Regel löst aber keinen Anspruch auf Einhaltung aus, weil sie den Bieterschutz gerade nicht zum Ziel hat.

Kurz notiert

450 Stellungnahmen zum Vergabetransformationspaket

BERLIN. Die Bundesregierung will Vergabeverfahren vereinfachen, digitalisieren und beschleunigen. Zudem soll die öffentliche Beschaffung eine Vorbildfunktion für eine sozial-ökologische und digitale Transformation der Wirtschaft erfüllen. Dafür hat sie ein Vergabetransformationspaket vorgelegt. Dazu sind knapp 450 Stellungnahmen von öffentlichen Auftraggebern, Verbänden, Unternehmen sowie Einzelpersonen eingegangen. Aus Baden-Württemberg haben sich 23 Städte, Landkreise, Institutionen und Ministerien zu Wort gemeldet. (dis)

Höherer Fördersatz für Innovationsausschreibungen

BONN. Die Bundesnetzagentur in Bonn hat die Höchstgebotswerte für Innovationsausschreibungen angehoben. Dabei handelt es sich um Ausschreibungen etwa zum Ausbau der Solarenergie kombiniert mit Speichermöglichkeiten. Der Höchstgebotswert liegt jetzt bei 9,18 Cent pro Kilowattstunde - 25 Prozent mehr als bei der letzten Ausschreibungsrunde im Dezember. (dis)

Schleswig-Holstein schreibt Finanzierungsleasing aus

KIEL. Die Landesregierung von Schleswig-Holstein hat das Finanzierungsleasing von Schienenfahrzeugen europaweit ausgeschlossen. Es geht dabei um die Finanzierung, den Kauf und das Vorhalten von elektrisch angetriebenen Fahrzeugen. Der Auftragnehmer vermietet die Fahrzeuge an die Betreiber der Strecken weiter. Letztere müssen in einer weiteren Ausschreibung noch gefunden werden. (dis)

Barrierefreier Umbau von Haltestellen soll weitergehen

LAUPHEIM. Geschätzt 234 000 Euro umfasst das Auftragsvolumen einer Ausschreibung zum barrierefreien Umbau von Bushaltestellen in der Stadt Laupheim. Zwei Drittel davon übernimmt das Land Baden-Württemberg. Insgesamt geht es um vier Haltepunkte, die in diesem Sommer und Herbst umgebaut werden sollen. Eine weitere Bushaltestelle soll im kommenden Jahr folgen. (dis)

Linke fordern soziale und nachhaltige Aspekte

Landtagsmehrheit in Sachsen lehnt dies ab

DRESDEN. Der Landtag in Sachsen hat mit den Stimmen der Regierungskoalition aus CDU, Grünen und SPD einen Gesetzentwurf der Linken zur „Weiterentwicklung des Vergaberechts“ in Sachsen abgelehnt. Auch die AfD stimmte dagegen.

Die Linke fordert darin Regelungen, die es schon in anderen Bundesländern gibt. Es geht dabei um soziale und nachhaltige Aspekte. So sollen öffentliche Aufträge lediglich an Unternehmen vergeben werden, die sich verpflichten, die Beschäftigten gemäß den geltenden Tarifen zu bezahlen. Außerdem soll die losweise Vergabe eine größere Rolle spielen, um die Chancen für den Zuschlag an kleinere und mittlere Unternehmen zu erhöhen.

Grüne und SPD teilten zwar einige der Anliegen der Linken, hielten sie aber für zu weitgehend. Die drei Regierungsfractionen hatten in ihrem Koalitionsvertrag festgehalten, dass sie in dieser Legislaturperiode ein Vergabegesetz vorlegen wollen. In der Debatte räumten Vertreter der Fraktionen jedoch ein, noch nicht so weit zu sein.

Die größten Differenzen mit Blick auf Vergaberegeln haben Linke und CDU. In der Debatte sagte Nico Brünler (Linke), man müsse bei der öffentlichen Vergabe verstehen, dass Qualität nicht nur ihren Preis, sondern auch einen Wert habe. Es gehe dabei nicht nur um Tarife, sondern um die Nachhaltigkeit einer Ausschreibung. Jan Hippold von der CDU nannte den Entwurf „bürokratisch aufgebläht“. Vieles, was von den Linken gefordert werde, könne im Rahmen des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen umgesetzt werden.

Aus seiner Sicht reiche ein aktualisierter Leitfadens, um sich als Vergabestelle inspirieren zu lassen. Kontrollen, ob ein Mindestlohn eingehalten werde, erteile er angesichts der Vielzahl von Vergaben eine Absage. Die Linke warf der CDU vor, gar kein Interesse daran zu haben, die Regeln zu ändern. Dann bleibe es dabei, dass ein „Wettbewerb nach unten“ stattfinde. Wer niedrige Löhne zahle, wer sich nicht an soziale Standards halte und damit weniger Kosten habe, der gewinne die Ausschreibung. (dis)

Land Niedersachsen drängt Bieter ungerechtfertigt zu einer Vertragsunterschrift

Ein Unternehmen moniert Unterschiede zwischen der Leistungsbeschreibung und den Vertragsinhalten

CELLE. Ein Bieter, der den Zuschlag für einen öffentlichen Auftrag erhalten hat, kann zu Recht die Unterschrift unter den Vertrag verweigern, wenn bestimmte Inhalte zuvor nicht Bestandteil der Vergabeunterlagen waren. Das geht aus einem Urteil des Oberlandesgerichts (OLG) Celle hervor (Aktenzeichen 13 U 3/22).

Der Auftraggeber darf den siegreichen Bieter auch nicht unter Druck setzen, den Vertrag unverzüglich zu unterzeichnen. Im vorliegenden Fall ging es um Sicherheitsdienste im Flugverkehr. Das Zuschlagsschreiben war dem Unternehmen per Fax zugegangen und zu diesem Zeitpunkt war auch der Vertrag übermittelt worden.

Bestimmungen standen nicht in der Leistungsbeschreibung

Das Unternehmen stellte dann fest, dass Bestimmungen in den Vertrag aufgenommen wurden, die zuvor nicht Teil der Leistungsbeschreibung gewesen waren. Etwa, dass der Auftragnehmer innerhalb von 30 Minuten einsatzbereit sein müsse und



Bieter müssen keinen Vertrag unterzeichnen, der nicht den Vorgaben in der Ausschreibung entspricht. FOTO: DPA/WESTEND61/EVA BLANCO

dazu verpflichtet werde, bestimmte Dienstleistungen einzuhalten. Als das Unternehmen die Unterschrift verweigerte, setzte das Land Niedersachsen als Auftraggeber knappe Fristen und verwies auf eine Ersatz-ausschreibung, die dann notwendig werde - verbunden mit Mehrkosten. Als das Unternehmen dieser Aufforderung nicht nachkam und feststellte, ein Zuschlag ohne Unterzeichnung des Papiers sei noch kein

Zustandekommen eines Vertrags, klagte das Bundesland auf Schadenersatz. Der Auftraggeber war außerdem davon ausgegangen, dass der Vertrag aufgrund des Zuschlags gar nicht mehr vom siegreichen Bieter gegengezeichnet werden müsse.

In der zweiten Instanz vor dem OLG Celle verlor das Bundesland jedoch. Die Richter kamen zu dem Schluss, dass ein Unternehmen keinen Vertrag unterzeichnen müsse,

der nicht den Vorgaben in der Ausschreibung entspreche. Das Gericht unterstellte dem Land Niedersachsen die Absicht, dass das „Nachschieben“ des Vertrags zum Ziel hatte, bestimmte vertragliche Inhalte zu vereinbaren, die das Unternehmen sonst schon während des laufenden Verfahrens moniert hätte.

Unternehmen hatte eigenen Vertragsentwurf beigelegt

In einem weiteren Aspekt sahen die Richter die Klage des Landes als unbegründet. Ein Auftraggeber dürfe nicht von einer vorbehaltlosen Annahme des Vertrags ausgehen, nur weil er dem Empfänger zugestellt werde. Parallel hatte das Unternehmen auf die Unterschiede zwischen Ausschreibung und Vertrag hingewiesen und einen eigenen Vertragsentwurf in der Antwort beigelegt. Dies hätte der Auftraggeber als neues Angebot werten müssen. (dis)

MEHR ZUM THEMA
Verfahren des OLG Celle unter:
<https://kurzelinks.de/celle>