

Vergabekammer Sachsen-Anhalt zur Eignungsprüfung

IHK-Mitglied darf nicht ausgeschlossen werden

Ein Auftraggeber schrieb Erdarbeiten für Versorgungsleitungen öffentlich nach der VOB/A aus. In der Bekanntmachung war zum Nachweis der Eignung verlangt, dass präqualifizierte Unternehmen ihren Nachweis der Eignung durch den Eintrag in die PQ-Liste führen konnten. Darüber hinaus waren den Vergabeunterlagen zum Nachweis der Fachkunde unter anderem noch mehrere Formblätter und Anlagen beigelegt. Dabei befand sich eine „Erklärung zur Handwerksrolleneintragung im Sinne der Handwerksordnung Anlage A“.

Wegen fehlender Handwerksrolleneintragung ausgeschlossen

Der bestbietende Bauunternehmer gab die Erklärung zur Handwerksrolleneintragung nicht ab, sondern erklärte wahrheitsgemäß als industrieller Betrieb Mitglied der Industrie- und Handelskammer (IHK) zu sein. Der zweitplatzierte Bieter monierte hingegen, dass der für den Zuschlag vorgesehene Bauunternehmer wegen fehlender Handwerksrolleneintragung ausgeschlossen werden müsse und beantragte erfolglos die (in Sachsen-Anhalt im Unterschwellenbereich) mögliche Nachprüfung des Vergabeverfahrens.

Eine Eintragung in die Handwerksrolle als zwingendes Eignungskriterium war im zugrundeliegenden Sachverhalt weder in der Bekanntmachung noch in den Vergabeunterlagen gefordert, so die Vergabekammer Sachsen-Anhalt (Beschluss vom 27. Februar 2017 – 3 VK LSA 1/17). Nach § 6a Abs. 2 Nr. 4 VOB/A ist zum Nachweis der Fachkunde, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit der Bieter unter anderem die Eintra-



Um die Ausschreibung von Erdarbeiten gab es Streit.

FOTO BILDERBOX

gung in das Berufsregister ihres Sitzes oder Wohnsitzes zu prüfen. Als für das Berufsregister zuständige Stellen kommt die Handwerkskammer oder die IHK in Betracht.

Der Bestbieter hat zutreffend erklärt, dass er als Industriebetrieb Mitglied der IHK ist. Hieraus schließen zu wollen, dass die wahrheitsgemäße Erklärung in Verbindung mit der fehlenden Er-

klärung zur Handwerksrolleneintragung zum Ausschluss des Angebotes führt, würde zu einer Verletzung des Gleichheitsgebotes führen, meint die Hallenser Vergabekammer. Denn die Erklärung

zur Handwerksrolleneintragung wiederholt lediglich gesetzliche Regelungen, wonach ein Bieter nur eintragungspflichtige Arbeiten entsprechend der Anlage A zur Handwerksordnung (HwO) aus-

führen darf, wenn er für diese in der Handwerksrolle eingetragen ist. Er ist jedoch nach § 1 HwO nur eintragungspflichtig, wenn er den selbstständigen Betrieb eines zulassungspflichtigen Handwerks als stehendes Gewerbe handwerksmäßig betreibt. Ein Gewerbebetrieb in diesem Sinne ist der Betrieb eines zulassungspflichtigen Handwerks, wenn er handwerksmäßig betrieben wird. Als bei der IHK registriertes Industrieunternehmen, bestand für den Bestbieter auch nach Auskunft der dort zuständigen Handwerkskammer keine Eintragungspflicht in die Handwerksrolle.

Bauunternehmen hat seine Eignung nachgewiesen

Wenn ein Betrieb jedoch nicht in die Handwerksrolle eintragungspflichtig ist, weil es die ausgeschriebenen Leistungen industriell ausführt, dann ist die Eintragung in das Berufsregister durch die Zugehörigkeit zur IHK nachgewiesen. Aus diesem Grund ist die mit der Erklärung zur Handwerksrolleneintragung einhergehende Klarstellung des bestbietenden Unternehmens zur Zugehörigkeit zur IHK für die Wertung der Erklärung unschädlich. Das für den Zuschlag vorgesehene Bauunternehmen hat seine Eignung nachgewiesen, weil die Ausführung der ausgeschriebenen Leistungen sowohl handwerklich als auch industriell möglich ist. Eine andere Wertung würde zur Ungleichbehandlung von Bietern führen, die als Industriebetrieb nur bei der IHK registriert sind.

> HOLGER SCHRÖDER

Der Autor ist Fachanwalt für Vergaberecht bei Rödl & Partner in Nürnberg.

Informations- und Wartepflicht auch für Aufträge unterhalb der EU-Schwellenwerte

Absageschreiben versenden

Ein Sturm zieht auf! Üblicherweise berichten wir nicht von Gerichtsentscheidungen; es gibt zu viele davon. Die jetzt veröffentlichte Entscheidung des OLG Düsseldorf von kurz vor dem Jahreswechsel ist allerdings etwas Besonderes. Sie kündigt einen grundlegenden Wandel an: Zukünftig wird eine Informations- und Wartepflicht auch für Aufträge unterhalb der EU-Schwellenwerte zu fordern sein.

Das sogenannte „Absageschreiben“, die Vorabinformation der Bieter nach § 134 GWB (ex §

101a), gibt es bisher nur für EU-weite Vergaben. Darin sind die erfolglosen Bieter über die Gründe für die Nichtberücksichtigung ihrer Angebote zu informieren. Anschließend gilt eine Wartefrist von zehn beziehungsweise 15 Tagen, bevor der Zuschlag erteilt werden darf. Diese Informations- und Wartepflicht des Auftraggebers vor Zuschlagserteilung ist eine Grundvoraussetzung für den effektiven Rechtsschutz vor der Vergabekammer. Im Unterschwellenbereich gibt es das bisher nicht (s. § 46 UVgO, § 19

VOB/A). Bei nationalen Vergaben konnte der Zuschlag stets ohne Weiteres erteilt werden. Hatten die erfolglosen Bieter bis zum Ablauf der Zuschlags- und Bindefrist nichts gehört, war ihr Angebot abgelehnt. Eine Begründung konnten die erfolglosen Bieter nur im Nachhinein verlangen. Das ist einer der Hauptgründe für die eher spärlichen Gerichtsverfahren und -entscheidungen im Unterschwellenbereich. Wer kämpft schon gern um einen unwiederbringlich vergebenen Auftrag?!

Das wird sich jetzt womöglich ändern. Mit seiner Entscheidung vom 13. Dezember 2017 zum Aktenzeichen – 27 U 25/17 – hat das OLG Düsseldorf die Grundlage für einen vergleichbaren Rechtsschutz der Bieter im Unterschwellenbereich geschaffen. Das OLG Düsseldorf lässt deutlich erkennen (auch wenn es darauf nicht ankam), dass es eine Informations- und Wartepflicht des Auftraggebers vor der Zuschlagserteilung (!) auch im Unterschwellenbereich für erforderlich hält. Der verfassungsrechtlich und men-

schenrechtlich verbürgte Schutz vor Willkür erfordert einen effektiven Rechtsschutz, der auf andere Weise nicht zu gewährleisten ist. Aufträge, die ohne eine vorherige Information der erfolglosen Bieter und eine angemessene Wartezeit erteilt werden, wären demnach wegen eines Verstoßes gegen ein ungeschriebenes Gesetz null und nichtig (§ 134 BGB).

Was das in der Praxis konkret bedeutet, wird sich zeigen müssen. Schon jetzt ist klar, dass es leichtsinnig wäre, im Unterschwellenbereich noch Aufträge

ohne eine vorherige Bieterinformation und Wartefrist zu erteilen, will man eine (drohende) Nichtigkeit des Vertrages vermeiden. Welchen Inhalt die Information haben muss und wie lang die Wartefrist dauern soll, sagt das OLG Düsseldorf nicht. Einstweilen wäre es nicht falsch, sich an den Regeln für EU-weite Vergaben im Oberschwellenbereich zu orientieren. > JOHN RICHARD EYDNER

Der Autor ist Fachanwalt für Vergaberecht bei der Langwieser Rechtsanwälte Partnerschaft mbB in München

Ausschreibungen für Bayern

Auftrag online finden: Einfach. Schnell. Effizient.

- ✓ Benachrichtigungen per E-Mail
- ✓ Vergabeunterlagen online
- ✓ Viele weitere Vorteile finden Sie unter

www.bsz.de/business

