



DStGB
Deutscher Städte-
und Gemeindebund

BONNER BÜRO

- Städte- und Gemeindebund
Nordrhein-Westfalen
- Bayerischer Gemeindetag
- Niedersächsischer
Städte- und Gemeindebund
- Städtetag Rheinland-Pfalz
- KUBUS GmbH, Herr Reimers
- Herrn Professor Dr. Steger
- Deutscher Städtetag (nachrichtlich)

DStGB
Bonner Büro

August-Bebel-Allee 6
53175 Bonn

Telefon: 0228-95962-0
Telefax: 0228-95962-22

E-Mail: dstgb_bonn@dstgb.de

Marienstraße 6
12207 Berlin

Telefon: 030-77307-0
Telefax: 030-77307-200

Internet: www.dstgb.de
E-Mail: dstgb@dstgb.de

Datum
21. Oktober 2011

Aktenzeichen
III/2 608-06 pz/wi

Bearbeiter/Durchwahl/E-Mail
/ - 20
norbert.portz@dstgb.de

Erste kurze rechtliche Bewertung des Gutachtens von CMS zur Zuverlässigkeit

Sehr geehrte Herren,

nachdem ich insbesondere das Gutachten von CMS zu den vergaberechtlichen Voraussetzungen für die Wiedererlangung der Zuverlässigkeit eines Bieters nach Begehung von Kartellverstößen **grob** gelesen habe, lässt sich meines Erachtens folgende erste rechtliche Kurzbewertung vornehmen.

Beurteilungsspielraum des Auftraggebers für die Eignungsprüfung

Die Eignungsprüfung des Auftraggebers auch im Hinblick auf die Zuverlässigkeit eines Bieters nach der Begehung von Kartellverstößen beinhaltet nach der gefestigten Rechtsprechung eine **Prognoseentscheidung** durch den Auftraggeber. Dabei hat der Auftraggeber in **zweifacher Hinsicht einen Beurteilungsspielraum**.

1. Festlegung der konkret abverlangten Eignungskriterien

Dieser Beurteilungsspielraum bezieht sich zum einen auf die Festlegung der vom Auftraggeber **konkret abverlangten** Eignungskriterien. Hierzu gibt es also **keinen zwingenden oder abschließenden Katalog**.

2. Einhaltung des vorgeschriebenen Verfahrens

Zum anderen ist die Eignungsprüfung des Auftraggebers durch die Nachprüfungsinstanzen (Vergabekammern und Vergabesenate) nur **eingeschränkt nachprüfbar**. Diese eingeschränkte Nachprüfung bezieht sich nur darauf, ob der Auftraggeber bei der Eignungsprüfung:

- das vorgeschriebene Verfahren eingehalten,
- einen vollständigen Sachverhalt zugrunde gelegt,
- keine sachwidrigen Erwägungen angestellt und
- den Beurteilungsmaßstab zutreffend angewandt hat.

(OLG Düsseldorf, NZBau 2007, 600 ff.)

3. Folgen für die „Ziegler-Prüfung“

Hieraus ergibt sich meines Erachtens, dass der Ansatz im Gutachten von CMS, wonach die Mitwirkung und Aufklärung bei der Schadensbeseitigung kein Teil der vom Auftraggeber in eigener Verantwortung vorgegebenen Kriterien (Eignungskriterien) zur Selbstreinigung „sein kann“, so nicht zutrifft. Insofern sind die ganz anders gearteten und von CMS angegebenen Entscheidungen des OLG Frankfurt, des OLG Brandenburg und des OLG Düsseldorf ohne Belang. In diesen Entscheidungen geht es zum einen nach erster Durchsicht gerade nicht um potenziell und massiv über acht Jahre entstandene Schäden zulasten der Auftraggeber, die ihrerseits wegen der beiderseitigen Monopolsituation gleichzeitig in aktuellen Vergabeverfahren wieder mit den Kartellanten konfrontiert sind und zusammenarbeiten müssen.

Zum anderen ist zu berücksichtigen, dass allein die rechtskräftige Entscheidung der Vergabekammer Niedersachsen, die sich mit der Thematik Feuerwehrbeschaffungskartell auseinandergesetzt hat und insofern ausdrücklich als Anforderung einer Selbstreinigung auch die Möglichkeit zur Wiedergutmachung des Schadens fordert.

Insoweit ist davon auszugehen, dass die Kommunen in laufenden Verfahren angesichts der negativen Erfahrungen mit den Kartellanten in der Vergangenheit (das Bundeskartellamt hat hier von einem „Hardcore-Fall“ gesprochen) berechtigterweise neben den personellen und strukturellen Selbstreinigungsmaßnahmen natürlich auch die **Aufklärung bei der Schadensbeseitigung als Teil der Wiederherstellung der Zuverlässigkeit** fordern können. Auch Ziegler darf daher nicht „mauern“, sondern muss sich als „gereinigt“ und kooperativ zu erkennen geben. Insofern geht hier auch das CMS-Gutachten von einer „Pflicht zur Aufklärung“ aus, subsummiert aber – zu Unrecht – die Mitwirkung bei der Schadensaufklärung hierunter nicht.

Problematisch dürfte allerdings sein, inwieweit die konkrete Mitwirkung bei der Gutachterbeauftragung (Lademann) und insbesondere die Mitfinanzierung dieses Gutachtens durch Ziegler als konkrete Maßnahme der Schadensaufklärung / Schadensbeseitigung von den Kommunen in laufenden Vergabeverfahren abverlangt werden darf. Insoweit wird man wohl Ziegler auch „anderer Alternativen“ zur Aufklärung und Beseitigung offenhalten müssen.

Eine Erklärung wie bei Nr. 5 unserer gemeinsamen Checkliste zur Selbstreinigung (Mitwirkung bei Schadensaufklärung) ist aber nach meiner Auffassung zulässig. Nicht in Frage kommt insoweit der von Ziegler (Kübler) gemachte Verweis, dass die Schadensaufklärung über eine Individualschadensersatzklage von Kommunen erreicht werden kann. Dies wäre in laufenden Vergabeverfahren schon wegen der Zeitdauer gar nicht möglich.

Letztlich werden wir Sicherheit in der Frage ohnehin erst durch rechtskräftig abgeschlossene Vergabenachprüfungsverfahren bekommen. Insoweit ist darauf hinzuweisen, dass ein solches bei der KUBUS GmbH (Herr Reimers) durch den dort vorgenommenen Ausschluss von Ziegler wohl kommen wird.

Mit freundlichen Grüßen,
In Vertretung

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Norbert Portz'. The script is cursive and fluid, with the first name 'Norbert' and the last name 'Portz' clearly distinguishable.

Norbert Portz