

Im Zusammenhang mit Krankentransporten wird man näher auf Erwägungsgrund 28 der RL 2014/24/EU abstellen müssen. Danach soll die Richtlinie nicht für bestimmte von gemeinnützigen Organisationen oder Vereinigungen erbrachte Notfalldienste gelten, da der spezielle Charakter dieser Organisationen nur schwer gewahrt werden könnte, wenn die Dienstleistungserbringer nach den in dieser Richtlinie festgelegten Verfahren ausgewählt werden müssten.

Diese Ausnahme sollte allerdings nicht über das notwendigste Maß hinaus ausgeweitet werden. Es sollte daher ausdrücklich festgelegt werden, dass der Einsatz von Krankenwagen zur Patientenbeförderung nicht ausgenommen sein sollte.

In diesem Zusammenhang muss im Übrigen deutlich gemacht werden, dass die Gruppe 601 des Common Procurement Vocabulary (CPV) „Landverkehr“ nicht den Einsatz von Krankenwagen beinhaltet, der unter die CPV-Klasse 8514 fällt. Es sollte daher klargestellt werden, dass für unter den CPV-Code 8514 30 00-3 fallende Dienstleistungen, die ausschließlich im Einsatz von Krankenwagen zur Patientenbeförderung bestehen, die Sonderregelung gelten soll.

Folglich würden auch gemischte Aufträge für Dienste von Krankenwagen generell unter die Sonderregelung fallen, falls der Wert des Einsatzes von Krankenwagen zur Patientenbeförderung höher wäre als der Wert anderer Rettungsdienste.

Eine Erleichterung ergibt sich auch bei Inhouse-Vergaben (siehe hierzu „Die kodifizierte Kooperation“, in diesem Heft, Seite 5), die nunmehr in Art. 12 der RL 2014/24 erfasst sind. Danach ist ein „Fremdumsatz“ von 20 % außerhalb des öffentlichen Sektors nunmehr unschädlich.

Fazit

Wie gezeigt, wird von der Rechtsprechung eine Vorwirkung der neuen Vergaberichtlinien angenommen. Dies steht im Einklang mit der Rechtsprechung des EuGH. In der praktischen Konsequenz kann bereits auf Definitionen der Richtlinien zur Anwendung bisher streitiger Fragen, etwa zur Berechnung der Schwellenwerte oder zur Definition der vergaberechtsfreien Inhouse-Vergabe zurückgegriffen werden.

Die mitverarbeitete Bausubstanz

Zur richtigen Ermittlung des Honorars nach der HOAI



Dipl.-Ing. Ulrich Welter, ö.b.u.v. Sachverständiger für Ingenieurhonorare nach HOAI, Ingside, Büsum

Die mitverarbeitete Bausubstanz ist ein ungeliebtes Thema. Nach Ansicht mancher Auftraggeber von Planungsleistungen führt sie zu ungerechtfertigtem

Honorar. Nach Ansicht vieler Planer ist sie kaum durchsetzbar. Und nach Ansicht des Bundeswirtschaftsministers führt das Thema häufig zu Streitigkeiten. Tatsächlich ist die mitverarbeitete Bausubstanz nicht einfach zu bestimmen. Aber alles wird einfacher, wenn man sich damit einmal befasst.

Die Vorschrift in der HOAI 2013

Die Regelungen zur mitverarbeiteten Bausubstanz ergeben sich in der Honorarordnung für Architekten und Ingenieure (HOAI) 2013 aus § 2 Abs. 7 und § 4 Abs. 3. Dort heißt es wörtlich:

„§ 2 Begriffsbestimmungen

(7) *Mitzuverarbeitende Bausubstanz ist der Teil des zu planenden Objekts, der bereits durch Bauleistungen hergestellt ist und durch Planungs- oder Überwachungsleistungen technisch oder gestalterisch mitverarbeitet wird.*“

„§ 4 Anrechenbare Kosten

(3) *Der Umfang der mitzuverarbeitenden Bausubstanz im Sinne des § 2 Absatz 7 ist bei den anrechenbaren Kosten angemessen zu berücksichtigen. Umfang und Wert der mitzuverarbeitenden Bausubstanz sind zum Zeitpunkt der Kostenberechnung oder, sofern keine Kostenberechnung vorliegt, zum Zeitpunkt der Kostenschätzung objektbezogen zu ermitteln und schriftlich zu vereinbaren.*“

In der amtlichen Begründung zur HOAI 2013 heißt es:

„D. Haushaltsausgaben ohne Erfüllungsaufwand

Kosten aus der Neuregelung zur angemessenen Berücksichtigung des Umfangs der mitzuverarbeitenden Bausubstanz gemäß § 4 Absatz 3 sind einzelfallbezogen zu ermitteln. Die Höhe der Kosten kann erheblich variieren, je nachdem, wie sich Auftraggeber und Auftragneh-

mer zum Umfang der mitzuverarbeitenden Bausubstanz einigen. Allgemein ist Folgendes zu beachten. Im Gegenzug zur wieder eingeführten mitzuverarbeitenden Bausubstanz (§§ 2 Absatz 7, 4 Absatz 3) wurde die prozentuale Höhe des Umbauszuschlags von bis zu 80 % des Honorars gemäß § 35 Absatz 1 Satz 1 der HOAI 2009 auf höchstens 50 % im Rahmen der aktuellen Novellierung verringert. Zugleich setzen nunmehr Umbauten gemäß § 2 Absatz 5 der HOAI tatbestandlich voraus, dass es sich um Umgestaltungen mit wesentlichen Eingriffen in Konstruktion oder Bestand handelt. Es ist daher allgemein davon auszugehen, dass die Neuregelung zur Honorierung von Planungsleistungen beim Bauen im Bestand gegenüber der Rechtslage nach der HOAI 2009 im Ergebnis kostenneutral bleibt.“

Damit ist eindeutig geregelt, dass mitverarbeitete Bausubstanz bei den anrechenbaren Kosten berücksichtigt werden muss. Die einzige Einschränkung besteht darin, dass dies in „angemessener“ Höhe stattzufinden hat.

Mindestsatzschutz

Wie oben bereits zitiert, steht in § 4 Abs. 2 Satz 2, dass Umfang und Wert der mitzuverarbeitenden Bausubstanz schriftlich zu vereinbaren sind. Darauf aber kommt es nicht an. Hierzu hat der Bundesgerichtshof (BGH) bereits mit Urteil vom 27.02.2003 (VII ZR 11/02) wie folgt entschieden (Leitsätze):



„a) Vorhandene Bausubstanz, die technisch oder gestalterisch mitverarbeitet wird, ist bei den anrechenbaren Kosten gemäß § 10 Abs. 3a HOAI, § 62 Abs. 3 HOAI angemessen zu berücksichtigen. Dabei kommt es insbesondere auf die Leistung des Architekten oder Ingenieurs für die Mitverarbeitung an.

b) Hat der Architekt oder Ingenieur bei den Grundleistungen einzelner Leistungsphasen vorhandene Bausubstanz nicht technisch oder gestalterisch mitverarbeitet, ist es nicht angemessen, diese Bausubstanz insoweit bei den anrechenbaren Kosten zu berücksichtigen. Das Prinzip der aufwandsneutralen Anrechenbarkeit von Kosten ist insoweit von der HOAI aufgegeben.

c) Das Schriftformerfordernis in § 10 Abs. 3a HOAI ist keine Anspruchsvoraussetzung. Der Architekt oder Ingenieur kann unter den Voraussetzungen des § 10 Abs. 3a, 1. Halbsatz HOAI auch dann, wenn eine schriftliche Vereinbarung scheitert, sein Honorar nach anrechenbaren Kosten berechnen, bei denen die vorhandene Bausubstanz angemessen berücksichtigt ist. Im Streitfall muss das Gericht darüber entscheiden, in welchem Umfang die Berücksichtigung stattfindet.“

In § 4 Abs. 3 HOAI ist auch geregelt, dass die Berücksichtigung bei den anrechenbaren Kosten „objektbezogen“ zu erfolgen hat, also für jedes Objekt getrennt. D.h., es ist nicht möglich, vorhandene Bausubstanz als einen einzigen Wert objektübergreifend zu bestimmen.

Führt also das Nichtvereinbaren oder eine falsche Vereinbarung vorhandener, mitverarbeiteter Bausubstanz zur Unterschreitung der Mindestsätze der HOAI, dann ist die Vereinbarung gem. § 7 Abs. 1 unwirksam, mit der Folge, dass das Honorar gem. § 7 Abs. 5 HOAI nach den Mindestsätzen, also unter Berücksichtigung der mitverarbeiteten Bausubstanz, zu berechnen ist.

HOAI 1996 – 2009 – 2013

Die Regelung, dass mitverarbeitete Bausubstanz bei den anrechenbaren Kosten angemessen zu berücksichtigen ist, trat erstmals mit der 3. Änderungsverordnung am 01.04.1988 (HOAI 1988) in Kraft. Diese Regelung blieb bis zum Inkrafttreten der HOAI 2009 erhalten. Sie war auch noch in der HOAI 1996 (2002) im § 10 Abs. 3a enthalten.

Diese Vorschrift des Abs. 3a ging zurück auf die Entscheidung des BGH vom 19.06.1986 (VII ZR 260/84).

Der BGH hatte geurteilt, dass ein Architekt, der vorhandene Bausubstanz erhält

und bei seiner Planung mitverarbeitet, bei den anrechenbaren Kosten gegenüber demjenigen Architekten, der einen kompletten Neubau plant, nicht benachteiligt werden darf. Denn, die Menge der zu planenden Bausubstanz ist in beiden Fällen gleich. Aus diesem Grund seit für das Mitverarbeiten der vorhandenen Bausubstanz ein Ausgleich bei den anrechenbaren Kosten zu gewähren.

Der Verordnungsgeber schrieb damals in der amtlichen Begründung zur HOAI 1988:

„Der ... neue Absatz 3a stellt klar, dass die vorhandene Bausubstanz, die technisch oder gestalterisch mitverarbeitet wird, grundsätzlich zu den anrechenbaren Kosten gerechnet wird. Der Umfang der Anrechnung hängt insbesondere von der Leistung des Auftragnehmers ab.“

Diese Regelung wurde dann in der HOAI 2009 gestrichen, und zwar mit folgender Begründung:

„Die Regelung des bisherigen § 10 Absatz 3a hat in der Vergangenheit vielfach zu Rechtsstreitigkeiten geführt. Es wurde daher eine Zusammenführung der bisherigen Regelungen vorgenommen. Um auch Änderungen an der vorhandenen Bausubstanz in der Regelung zum Umbauschlag mit zu erfassen, wurde zum einen die Definition der Umbauten in § 2 Nummer 6 weiter gefasst und die Marge, in der ein Zuschlag vereinbart werden kann, auf 20 bis 80 %, statt bisher 20 bis 33 %, erweitert.“

In § 2 Nr. 6. HOAI 2009 war für die Definition des „Umbaus“ das Kriterium „wesentlicher“ Eingriff weggefallen. Es reichte ein „einfacher“ Eingriff aus, um einen Umbau zu begründen.

In der Praxis wurden im Geltungsbereich der HOAI 2009 trotz vorliegender Anspruchsvoraussetzungen in der Hälfte aller Fälle ein Umbauschlag nicht vereinbart und damit auch keinerlei Ausgleich bei den anrechenbaren Kosten wegen mitverarbeiteter Bausubstanz geschaffen. In ein Viertel aller Fälle wurde der Mindestsatz für den Umbauschlag, nämlich 20 %, vereinbart und damit ergab sich auch bei diesen Fällen kein Ausgleich bei den anrechenbaren Kosten wegen mitverarbeiteter Bausubstanz.

Nur bei dem verbleibenden Viertel aller Fälle wurden Umbauschläge oberhalb des ehemaligen Höchstsatzes i.H. von 33% (HOAI 1996) vereinbart und damit ein Ausgleich bei den anrechenbaren Kosten wegen mitverarbeiteter Bausubstanz geschaffen. Insgesamt also erreichte die Neuerung in der HOAI 2009 nicht das erklärte Ziel.

Wohl auch aus diesem Grund hat der Verordnungsgeber in der HOAI 2013 nun wieder die alte Regelung des § 10 Abs. 3a aus der HOAI 1996 aufgenommen. Er begründet dies lediglich mit dem Hinweis auf die Gutachter in ihrem Abschlussbericht zur Novellierung 2013.

Tatsächlich entspricht die seit 2013 geltende Regelung mit einer Ausnahme vollständig derjenigen aus 1996. Die Ausnahme besteht darin, dass für den Umbauschlag nun kein Mindestsatz mehr verordnet ist.

Die Regelung zur mitverarbeiteten Bausubstanz ist also nicht neu und die Entscheidung des BGH aus dem Jahr 1986 hat bis heute Gültigkeit und ist in der Sache nachvollziehbar.

Die Ermittlung der mitverarbeiteten Bausubstanz

In seiner Entscheidung aus 2003 (s.o.) hatte der BGH begründet, dass neben der Ermittlung des Umfangs der mitverarbeiteten Bausubstanz ein sog. Wertfaktor und ein sog. Leistungsfaktor zu bestimmen ist. Beim Leistungsfaktor bezog er sich auf die amtliche Begründung in der es hieß:

„... kommt es insbesondere auf die Leistung des Architekten oder Ingenieurs an.“

Dies hatte er auch in einen der Leitsätze zum Urteil aufgenommen (s.o.).

Der Hinweis auf die Leistung fehlt in der amtlichen Begründung zur HOAI 2013. Es ist also fraglich, ob der BGH bei neuerlicher Entscheidung dies aufrechterhalten würde. Zunächst ist aber hiervon auszugehen.

Unter dieser Voraussetzung und nach der Vorschrift in § 4 Abs. 3 HOAI selbst, ergeben sich folgende zwingenden Handlungsschritte:

1. Bestimmung des Umfangs,
2. Bestimmung des Wertes,
3. Bestimmung der Leistung,
4. Vereinbarung.

Grundsätzlich lässt sich sagen:

Jegliche Bausubstanz, die der Bauherr in Verbindung mit der Baumaßnahme nicht neu errichten lassen muss sondern beibehalten kann, stellt mitverarbeitete Bausubstanz dar.

Der Vorteil mitverarbeiteter Bausubstanz liegt stets auf Seiten des Bauherrn (Einsparungen). Der Planer hat Anspruch auf einen Ausgleich bei den anrechenbaren Kosten, wenn er vor-

handene Bausubstanz bei seiner Planung mitverarbeitet.

Bestimmung des Umfangs

Vorhandene Bausubstanz, die nicht bei der Planung mitverarbeitet wird, ist bei den anrechenbaren Kosten auch nicht zu berücksichtigen. Zur Bestimmung des Umfangs reicht es aus, die Planung anzuschauen. Daraus muss sich der mitverarbeitete Umfang ergeben. Es reicht allerdings nicht aus, nur den „Bestand“ zeichnerisch darzustellen. Vier Beispiele hierzu:

1. neuer Hubschrauberlandeplatz auf dem Dach eines Krankenhauses

Hier muss der Objektplaner die oberste Geschossdecke in seine Planung einbeziehen. Hingegen muss der Tragwerksplaner das gesamte Gebäude in seiner Planung nachweisen.

2. Betonsanierung einer Stützmauer

Der Objektplaner muss den vorhandenen, maroden Beton in seine Planung einbeziehen. Aber nicht die gesamte Wanddicke (z.B. 50 cm) sondern ggf. „nur“ 15 cm.

3. Kanalsanierung mit Inliner

Der vorhandene Kanal ist für den Inliner als Stützgerüst erforderlich. Er stellt vollständig mitverarbeitete Bausubstanz dar.

4. Erneuerung einer Fahrbahndeckenschicht

Die Trag- und Binderschichten stellen mitverarbeitete Bausubstanz dar. Auch wenn aus dem Bundesverkehrsministerium hierzu anderslautende Meinungen vorliegen, muss der Planer diese Schichten bei seiner Planung mitverarbeiten. Die Kriterien des § 2 Abs. 7 HOAI sind erfüllt.

Konkrete Maße/Abmessungen können sich stets nur aus dem Einzelfall ergeben.

Der Wertfaktor

Ist der Umfang ermittelt, ist der Wert dieses Umfangs zu bestimmen. Dazu gibt es drei Möglichkeiten.

- a) Neuwert – Zeitwert – Gebrauchswert

Zunächst ist der Neuwert zu bestimmen, der dann auf den Zeitwert (entsprechend der verbleibenden Nutzungsdauer) zu reduzieren ist. Dabei spielen weder Buchwerte noch Abschreibungsmodelle eine Rolle. Der so gefundene Wert ist am Erhaltungszustand zu kontrollieren und ggf. anzupassen, sodass der tatsächliche Gebrauchswert, auf den es letztlich ankommt, gefunden wird.

- b) Zeitwert abzgl. Sanierungsaufwand
Zunächst ist der Neuwert zu bestimmen, der dann auf den Zeitwert (entsprechend der verbleibenden Nutzungsdauer) zu reduzieren ist. Davon ist der Sanierungsaufwand, also die Kosten für die gerade geplante Maßnahme, abzuziehen. Es verbleibt der Gebrauchswert.

- c) nach AHO

Der AHO (www.aho.de) hat in dem neuen Heft 1 vom Oktober 2014 seiner Schriftenreihe eine Methode vorgestellt, wie die mitverarbeitete Bausubstanz angemessen bestimmt werden kann. Diese Methode ist zwar nachvollziehbar, aber sie berücksichtigt die Umstände des Einzelfalls nicht.

Für welche der aufgezeigten Methoden sich die Parteien entscheiden ist nicht erheblich. Wichtig ist allein, dass es zu einer „angemessenen“ Berücksichtigung bei den anrechenbaren Kosten kommt.

Der Leistungsfaktor

Wie bereits ausgeführt, kommt es nach der Rechtsprechung des BGH auf die Leistung des Planers an. Aus dem Verordnungstext ergibt sich dies indes nicht. Darin ist lediglich von „Umfang“ und „Wert“ die Rede.

Hinter dem Leistungsgedanken steht die Idee, dass der Planer möglicherweise nicht in allen Leistungsphasen gleichermaßen mit der vorhandenen Bausubstanz befasst ist. So gibt es Stimmen die sagen, dass der Planer in der Leistungsphase 7 die vorhandene Bausubstanz gar nicht mitverarbeiten muss und in der Leistungsphase 6 nur eingeschränkt usw. Ich habe insoweit erhebliche Zweifel und wende mich gegen solche Auffassungen, die z.B. in dem bereits zitierten Heft 1 des AHO aufgenommen sind und zurückgehen auf das Gutachten zur HOAI 2013.

Ich bin davon überzeugt, auch und gerade aus eigener Erfahrung, dass der Planer immer die vorhandene Bausubstanz bzgl. der von ihm zu erbringenden Leistung voll mitverarbeiten muss.

Er muss z.B. in der Leistungsphase 6 streng darauf achten, dass er ein Leistungsverzeichnis aufstellt, in dem die vorh. Substanz ausreichend geschützt wird, es zu keinen Materialunverträglichkeiten kommt u.v.m. In der Leistungsphase 7 muss er neben der rechnerischen

Prüfung der eingegangenen Angebote diese auch werten. Dabei hat er auch zu prüfen, ob der Bieter für den Umgang mit der vorhandenen Bausubstanz ausreichend gerüstet ist. Man denke z.B. an denkmalgeschützte Bauwerke. Letztlich ist dies aber bei allen Bauwerken so. Der Planer muss die gewonnenen Erkenntnisse in seinen Vergabevorschlag einfließen lassen. Er haftet dafür auch.

Feste Werte, wie der AHO sie unterstützt, lassen die Anwendung einfach erscheinen, aber dieser Ansatz wird dieser Thematik letztlich nicht gerecht. Nicht umsonst hat der Verordnungsgeber eben nicht starre Werte verordnet sondern die Parteien aufgefordert, eine „angemessene“ Berücksichtigung zu vereinbaren. Dies kann sich immer nur auf den Einzelfall beziehen.

Was bedeutet „mitverarbeitet“?

Wie oben bereits ausgeführt reicht es nicht aus, den Bestand in die Planung zu übernehmen und nachrichtlich darzustellen. Es muss zu einem tatsächlichen Mitverarbeiten kommen. Dies kann konstruktiv oder gestalterisch, beim Material, bei dem System erfolgen. In jedem Fall muss sich aus der Planung ergeben, was der Planer getan hat und was er empfiehlt oder wie er ggf. auftauchende Konflikte gelöst hat.

Der Zeitpunkt der Vereinbarung

In § 4 Abs. 3 HOAI ist geregelt, dass die mitverarbeitete Bausubstanz zum Zeitpunkt der Kostenberechnung zu vereinbaren ist. Dahinter steckt der richtige Ansatz, dass Planer und Bauherr erst zu diesem Zeitpunkt tatsächlich wissen, welche voraussichtliche Bausubstanz tatsächlich mitverarbeitet – weil weiter genutzt werden soll – und deshalb erst zu diesem Zeitpunkt die Kosten dafür seriös zu ermitteln sind.

Allerdings ist diese Vorschrift, zumindest bei öffentlichen Auftraggebern, praxisfern. Wichtig bleibt deshalb allein, dass es zu einer „angemessenen“ Vereinbarung kommt. Der Zeitpunkt ist im Streitfall bedeutsam, in allen anderen Fällen eher nicht.

Verhältnis zum Umbauszuschlag

„Im Gegensatz zum Umbauszuschlag gem. § 24 soll mit Abs. 3a aber kein Mehrhonorar für erhöhte Schwierigkeiten gewährt werden. Zweck der Vorschrift ist vielmehr ein Ausgleich bei den anrechenbaren Kosten dafür, dass vorhandene Bausubstanz Bestandteil des Planungskonzepts ist, daraus aber keine

anrechenbaren Kosten aus unternehmerischen Leistungen entstehen, weil solche Bausubstanz bereits vorhanden ist und insofern nicht erst neu hergestellt werden muss.“

(Korbion/Mantscheff/Vygen, HOAI, Beck'scher Kurz-Kommentar, 7. Auflage 2009, § 10 Rdn. 34).

So hatte der BGH entschieden (s.o. Nr. 3). Besser kann man es nicht ausdrücken.

Es ist also klar, dass die Berücksichtigung der mitverarbeiteten Bausubstanz die anrechenbaren Kosten erhöht und der Umbauzuschlag direkt das Honorar erhöht. Beides gilt nebeneinander, also additiv. Es ist sogar in der Regel so und liegt in der Natur der Sache, dass bei einem Umbau bzw. einer Modernisierung immer auch vorhandene Bausubstanz mitverarbeitet werden muss. Das gilt für Handwerker und Bauunternehmer und gleichermaßen auch für Ingenieure und Architekten.

Fazit

- Vorhandene Bausubstanz, die bei der Planung mitverarbeitet wird, muss bei den anrechenbaren Kosten zu einem Ausgleich führen. Andernfalls wäre derjenige Planer, der zum Vorteil des Bauherrn vorhandene Bausubstanz erhält und mitverarbeitet gegenüber demjenigen Planer, bei dem dies nicht der Fall ist und deshalb höhere Anrechenbare Kosten hat, unangemessen benachteiligt.
- Für die angemessene Berücksichtigung sind in folgender Reihenfolge zunächst der Umfang, dann der Wert und dann der Leistungsfaktor zu bestimmen.
- Beim Wert kommt es nicht auf den Zeitwert sondern den tatsächlichen Gebrauchswert an.
- Die Mitverarbeitung vorhandener Bausubstanz muss sich aus der Planung ergeben.
- Umbau-/Modernisierungszuschlag und mitverarbeitete Bausubstanz stehen nebeneinander und sind additiv anzuwenden.
- Eine schriftliche Vereinbarung der mitverarbeiteten Bausubstanz ist nicht anspruchsvoraussetzend.
- Die Nicht- oder die Falschberücksichtigung mitverarbeiteter Bausubstanz führt zur Unterschreitung der Mindestsätze.

■ Rechtsanwalt Dr. Martin Büdenbender, Leinemann & Partner Rechtsanwälte mbB, Köln

Belastbare Prognose erforderlich

OLG Koblenz: Ablehnung der Eignung muss tragfähig begründet werden

Ein öffentlicher Auftraggeber kann eine negative Eignungsprognose nicht mit einer vermeintlich mangelhaften Ausführung früherer Aufträge begründen, wenn der Bieter nicht gegen die damalige Leistungsbeschreibung verstoßen hat. Stützt der Auftraggeber die Ablehnung der Eignung eines Bieters auf mehrere Umstände und erweist sich einer dieser Umstände in einem Nachprüfungsverfahren als nicht tragfähig, muss der Auftraggeber eine neue Eignungsprüfung durchführen. Das hat das Oberlandesgericht (OLG) Koblenz mit Beschluss vom 25.02.2015 (Verg 5/14) entschieden.

Der Sachverhalt

Im Zuge der Erweiterung einer Fachhochschule sollen zu einer früheren Kammgarnspinnerei gehörende Gebäude teilweise abgerissen werden. Der Auftraggeber schrieb die Leistungen im offenen Verfahren aus. Einziges Zuschlagskriterium war der Preis.

Ein Bieter, die spätere Antragstellerin, gab das Angebot mit dem niedrigsten Preis ab. Der Auftraggeber entschied jedoch, einen Wettbewerber, die spätere Beigeladene, mit den Abbruchleistungen zu beauftragen.

Der Auftraggeber hielt die Antragstellerin für ungeeignet. Dabei stützte er seine Auffassung auf die angeblich mangelhafte Erfüllung zweier Aufträge aus jüngerer Zeit (Bauvorhaben Fachhochschule Kaiserslautern (Verfüllung der Baugrube X) und Bauvorhaben US-Liegenschaft S. (Gebäude 29) sowie auf Unregelmäßigkeiten bei der Abrechnung eines der Aufträge nach erheblich verzögerter Fertigstellung.

Er verdächtigte die Antragstellerin, sie gehe mit unseriös kalkulierten Preisen in den Wettbewerb und versuche nach Auftragserteilung, durch Schlechterfüllung, überhöhte Rechnungen und/oder unbegründete Nachtragsforderungen auf ihre Kosten zu kommen.

Angesichts der Aktualität dieser Umstände könne trotz der von dem Unterneh-

men behaupteten Maßnahmen zur „Selbstreinigung“ – wie dem Austausch von Bauleitern und der Benennung eines Ansprechpartners bei Problemen – nicht von einer Wende zum Besseren ausgegangen werden.

Die Antragstellerin stellte einen Nachprüfungsantrag, den die Vergabekammer als unbegründet zurückwies. Hiergegen wandte sich die Antragstellerin mit der sofortigen Beschwerde.

Die Entscheidung

Die sofortige Beschwerde hat Erfolg. Die Vergabekammer hätte den Nachprüfungsantrag der Antragstellerin nicht zurückweisen dürfen.

Einem öffentlichen Auftraggeber ist es nach derzeitiger Rechtslage nicht verwehrt, seine für einen Bieter negative Eignungsprognose auf Mängel bei der Ausführung eines oder mehrerer früherer Aufträge zu stützen. Dabei ist es im Ergebnis von untergeordneter Bedeutung, ob dem betroffenen Unternehmen damit die Zuverlässigkeit oder die technische Leistungsfähigkeit abgesprochen wird.

Im konkreten Fall erweist sich jedoch der Vorwurf des Auftraggebers, die Antragstellerin habe bei der Verfüllung der Baugrube X beim Bauvorhaben Fachhochschule Kaiserslautern ungeeignetes Material verwendet, in einem wesentlichen Punkt als nicht tragfähig.