

BRANDI Rechtsanwälte Partnerschaft mbB • Rathenaustraße 96 • 33102 Paderborn

Dr. Christoph Worms

Rechtsanwalt

Fachanwalt für Verwaltungsrecht

MeierGuss Sales & Logistics GmbH & Co. KG
Auf der Welle 5-7
32369 Rahden

Rathenaustraße 96
33102 Paderborn

T +49 5251 7735-32

F +49 5251 7735-99

E christoph.worms@brandi.net

Sekr.: Frau Brandenburg

Unser Zeichen/Our Ref.:
1060/22WO-br

(D18/390-22 Kö-nie)
D28/148-22

www.brandi.net

Paderborn, 31.08.2022

Gutachterliche Stellungnahme zu produktbezogenen Änderungen nach Abschluss eines Vergabeverfahrens

Sehr geehrter Herr Kintzel,
sehr geehrter Herr Blanck,

in der oben genannten Angelegenheit legen Sie uns zur gutachterlichen Stellungnahme folgende Frage vor:

Stellt sich nach Abschluss eines Vergabeverfahrens zur Beschaffung von Schachtabdeckungen und Aufsätzen heraus, dass angeforderte technische Maßgaben und vorgegebene technische Normen durch den Auftragnehmer nicht eingehalten worden sind: Welche vergaberechtlichen Konsequenzen ergeben sich für Auftraggeber und Auftragnehmer bzw. für Dritte daraus?

Gerne beantworten wir Ihnen die Frage anhand nachfolgender gutachterlicher Stellungnahme spezifisch für die Vorgaben der Maßnorm DIN 19584.



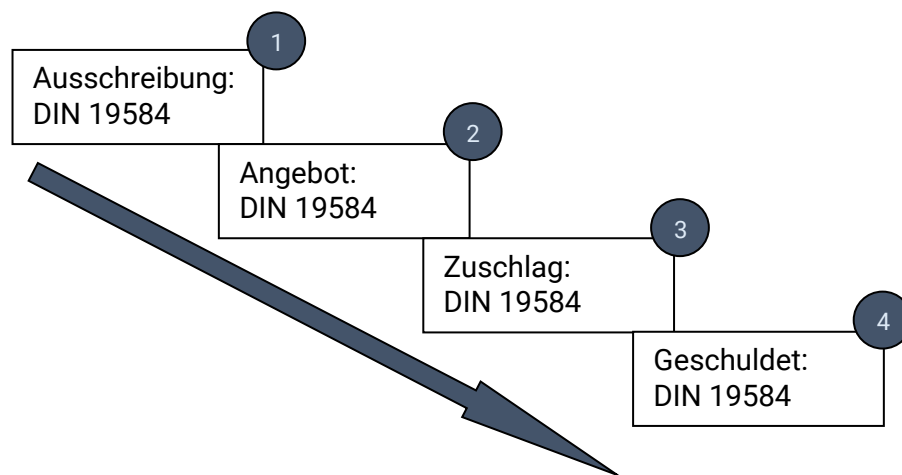
Zusammenfassung

A. Sachverhalt

In einem Ausschreibungsverfahren zu Schachtabdeckungen wird vom Auftraggeber u.a. die Erfüllung der DIN 19584 verlangt. Ein Bieter bietet entsprechende Schachtabdeckungen an und erhält den Zuschlag. Tatsächlich liefert er minderwertige Schachtabdeckungen, welche die DIN 19584 nicht erfüllen. Der Auftraggeber stellt nach dem Einbau diesen Mangel fest.

B. Stellungnahme

Mit dem Zuschlag kommt der Vertrag mit dem Inhalt zustande, dass der Auftragnehmer Schachtabdeckungen mit der Qualität DIN 19584 zu liefern hat.



Wenn der Auftragnehmer mit den von ihm gelieferten und eingebauten Produkten von der vereinbarten Beschaffenheit abweicht, kann der Auftraggeber vergaberechtlich diese Mängellieferung weder als vergabekonform anerkennen noch auf Abhilfe verzichten (§ 132 GWB).

Die Schachtabdeckungen sind auszutauschen. Ein Verzicht dürfte

- vergaberechtlich,
- beihilferechtlich,
- haushaltsrechtlich und
- kommunalrechtlich

nicht ohne Weiteres zulässig sein. Auch haftungsrechtlich drohen Risiken bei Verzicht auf den Einbau vertragsgemäßer Schachtabdeckungen.

C. Risiken

Für die Betroffenen ergeben sich unterschiedliche rechtliche Risiken in einer solchen Konstellation:

Auftraggeber	Auftragnehmer	Dritte in der Lieferkette
<ul style="list-style-type: none"> • Verstoß gegen Vergaberecht • Beteiligung an Straf- oder Ordnungswidrigkeiten • Verstöße gegen Beihilfe-, Europa-, Kommunalrecht 	<ul style="list-style-type: none"> • Betrugsstraftaten • Ausschluss aus kommenden Vergabeverfahren (§§ 122 ff. GWB) 	<ul style="list-style-type: none"> • Beteiligung an Straf- und Ordnungswidrigkeiten • Ausschluss aus kommenden Vergabeverfahren (§§ 122 ff. GWB)

D. Handlungsempfehlungen

Daraus leiten sich spezifisch folgende Empfehlungen ab:

Auftraggeber	Auftragnehmer	Dritte in der Lieferkette
<ul style="list-style-type: none"> • Abgleichen • Aufklären • Austauschen 	<ul style="list-style-type: none"> • Vertragstreu verhalten • Mängel beseitigen 	<ul style="list-style-type: none"> • Anforderungen prüfen • Ggfls. nachfragen

Gutachterliche Stellungnahme

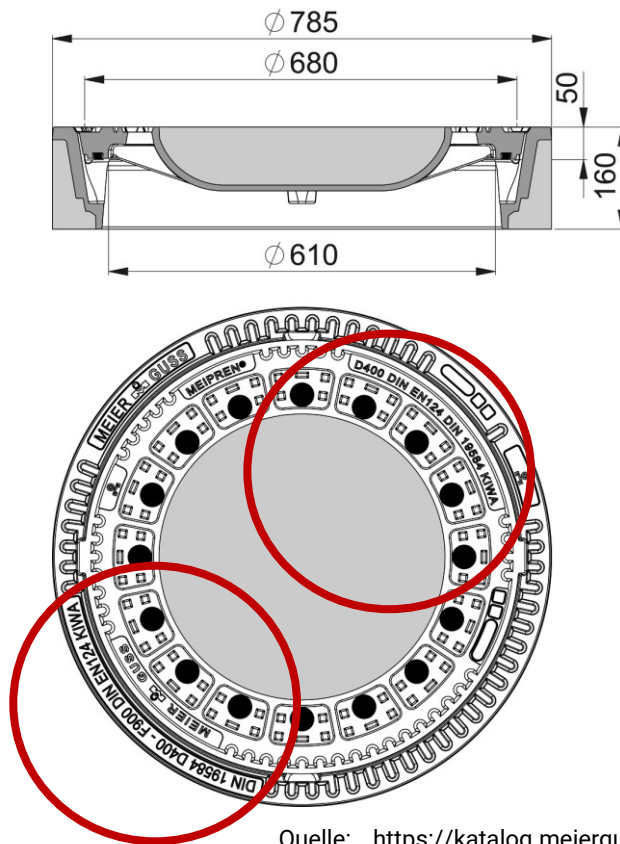
A. Sachverhalt

Die von Ihnen vorgelegte Frage stellt sich im Zusammenhang mit der Feststellung, dass in der Vergangenheit häufiger im Rahmen der Ausschreibung zur Beschaffung von Schachtabdeckungen, die bestimmte technische Voraussetzungen zu erfüllen haben, Schachtabdeckungen angeboten wurden, die diese Leistungskriterien nicht erfüllen (im Folgenden auch: „minderwertige Schachtabdeckungen“) bzw. derartige Schachtabdeckungen später geliefert und eingebaut werden.

Im Einzelnen wird von den öffentlichen Auftraggebern, hier regelmäßig den Städten und Gemeinden, die Beschaffung (Lieferung und Einbau) von Schachtabdeckungen der Klasse D 400 ausgeschrieben, welche die Vorgaben der technischen Regelwerke DIN EN 124, DIN 1229 und DIN 19584 zu erfüllen haben.

Aus unterschiedlichen Gründen ist es in der Vergangenheit mehrfach dazu gekommen, dass ein Bieter in einem solchen Verfahren deshalb bezuschlagt worden ist, weil er für Lieferung und Einbau der Schachtabdeckungen den günstigsten Preis anbieten konnte. Wobei der günstigste Preis möglicherweise nur deshalb angeboten werden konnte, weil die tatsächlich gelieferte Ware nicht der vorgegebenen DIN entsprochen hatte. Die verbauten Schachtabdeckungen waren in dieser Hinsicht minderwertig, weil sie zwar der DIN EN 124 und der DIN 1229 entsprochen haben, nicht hingegen den Vorgaben der DIN 19584.

Optisch unterscheiden sich die Schachtabdeckungen zwar auf den ersten Blick kaum. Allerdings ist festzustellen, dass die erfüllten technischen Normen auf den Schachtabdeckungen sowohl auf den Rahmen als auch auf den Deckeln ablesbar eingeprägt bzw. -eingegossen sind, wodurch auch für Laien ersichtlich ist, welchen Qualitätsnormen die Schachtabdeckungen entsprechen.



Quelle: <https://katalog.meierguss.de/alt/files/104031.jpg>

Die Schachtabdeckungen, die zusätzlich die Anforderungen der DIN 19584 erfüllen, müssen entsprechend den Vorgaben der Maßnorm DIN 19584 gefertigt werden. Ein unter anderem fest vorgegebener Gussanteil, eine definierte Betongüte, genaue Abmessungen, Bearbeitungen und Kennzeichnungen sind die Basis, um die DIN 19584 zu erfüllen und so, unabhängig vom Hersteller, eine gleichbleibende und vergleichbare Qualität für Auftraggeber zu gewährleisten.

Die Ersparnis bei der Verwendung von Gusseisen führt zu Kostenvorteilen, sodass die Schachtabdeckungen, die die Qualitätsvorschriften der DIN 19584 nicht erfüllen, günstiger angeboten werden können.

Da es bei den Ausschreibungsverfahren um die Lieferung und den Einbau von Schachtabdeckungen geht, spielt der Einkaufspreis für die Schachtabdeckungen

für die Bestimmung des günstigsten Angebots im Vergabeverfahren die entscheidende Rolle.

B. Fragestellung

In der folgenden Stellungnahme soll es ausdrücklich nicht um die Frage gehen, ob in einem Vergabeverfahren im Einzelnen für den Auftraggeber erkennbar gewesen ist, dass geringwertigere Schachtabdeckungen angeboten worden sind oder nicht, um daraus Rückschlüsse auf ein Fehlverhalten öffentlicher Auftraggeber ableiten zu können oder zu müssen. Diese Frage spielt lediglich eine Rolle für die vergaberechtliche Beurteilung, ob bereits zum Zeitpunkt der laufenden Ausschreibung ggf. Änderungen an den Ausschreibungsunterlagen in Übereinstimmung mit dem Auftraggeber vorgenommen worden sind.

Zu unterstellen ist dabei zum Zwecke der gutachterlichen Stellungnahme, dass kein Fehlverhalten der öffentlichen Auftraggeber festzustellen ist. Die folgende Stellungnahme geht insofern davon aus, dass die öffentlichen Auftraggeber im laufenden Ausschreibungsverfahren nicht erkannt haben oder erkennen konnten, dass von einem Bieter minderwertige Schachtabdeckungen angeboten worden sind.

Hätte der öffentliche Auftraggeber erkannt, dass minderwertige Schachtabdeckungen von einem Bieter angeboten worden sind, so hätte der öffentliche Auftraggeber den Bieter mit seinem Angebot schließlich nach § 57 Abs. 1 Nr. 4 VgV vom Verfahren ausschließen müssen. Erfolgt trotz Kenntnis des öffentlichen Auftraggebers von einer Änderung der Vergabeunterlagen durch das Angebot des Bieters ein Ausschluss nicht, stellt dies eine Verletzung bieterschützender Vorschriften des § 57 Abs. 1 Nr. 4 VgV dar, weshalb die Vergabeentscheidung zugunsten des auszuschließenden Bieters rechtswidrig und von den unterlegenen Bietern angreifbar gewesen wäre.

Scharf, in: Dieckmann/Scharf/Wagner-Cardenal, VgV, § 57, Rn. 72 mit weiteren Nachweisen.

Da nicht davon auszugehen ist, dass der öffentliche Auftraggeber bewusst und in Kenntnis der Umstände bieterschützende Vorschriften verletzen wollte und insofern bewusst ein den Vergabeanforderungen nicht entsprechendes Angebot bezuschlagt hat, beschäftigt sich die gutachterliche Stellungnahme im Folgenden mit dem Szenario, dass im Laufe des Bieterverfahrens für den Auftraggeber nicht erkennbar gewesen ist, dass ein Bieter ein minderwertiges Produkt angeboten hat und sich erst im Nachhinein herausstellt, dass die tatsächlich verbauten Schachtabdeckungen der Klasse D400 den Maßgaben der DIN 19584 nicht entsprechen.

C. Gutachterliche Stellungnahme

Stellt sich im Nachhinein heraus, dass minderwertige Schachtabdeckungen geliefert und verbaut worden sind, die den Anforderungen der Ausschreibung nicht entsprochen haben, so stellt sich die Frage, welche rechtlichen Folgerungen dies für die Beteiligten des Bieterverfahrens und ggfs. auch für Dritte im Einzelnen hat. Zu unterscheiden ist dabei die Perspektive des öffentlichen Auftraggebers von der Perspektive des Auftragnehmers sowie ggf. von in der Kette beteiligten Dritten.

I. Lieferung minderwertiger Schachtabdeckungen als Auftragsänderung?

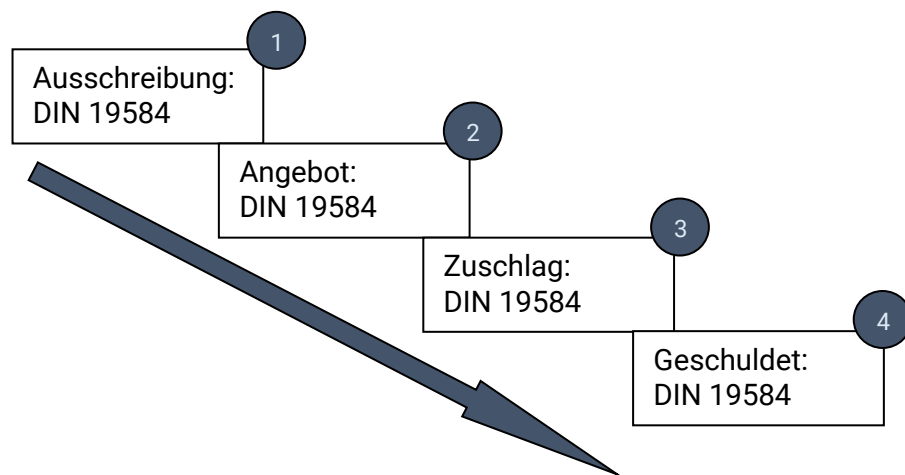
Zunächst könnte sich die Frage stellen, ob der öffentliche Auftraggeber die Lieferung minderwertiger Schachtabdeckungen zu einem ggf. vergleichsweise günstigeren Preis akzeptieren könnte und insofern nichts weiter veranlassen müsste. Das wäre allerdings nur dann der Fall, wenn die damit verbundene Änderung der Vergabeunterlagen bzw. des abgeschlossenen Vertrags nach den vergaberechtlichen Grundsätzen zulässig wäre.

Dabei ist zunächst festzuhalten: Mit Erteilung des Zuschlags kommt der Vertrag mit dem Auftragnehmer unmittelbar zu den Bedingungen zustande, wie sie Gegenstand des Auftrags während der Ausschreibung gewesen sind.

Statt Vieler *Hertwig*, Praxis des Vergaberechts, Rn. 295, beck-online,
mit weiteren Nachweisen

Das bedeutet, dass direkt mit der Zuschlagserteilung die Bedingungen für die Erfüllung des Auftrages durch das Vergabeverfahren selbst mit all seinen Bestandteilen festgelegt worden sind.

Unterstellt man vor dem Hintergrund des dargelegten Sachverhalts, dass im Laufe des Vergabeverfahrens von dem öffentlichen Auftraggeber Schachtabdeckungen der Klasse D 400 mit den technischen Anforderungen unter anderem der DIN 19584 ausgeschrieben und von dem Bieter angeboten worden sind, so kommt zu diesen Bedingungen der Vertrag mit Zuschlagserteilung zustande. Der Auftragnehmer ist dann also verpflichtet, diese Schachtabdeckungen zu liefern.



Kommt er dieser Verpflichtung nicht nach und liefert minderwertige Schachtabdeckungen und wäre der öffentliche Auftraggeber bereit, diese abweichende Lieferung schlicht zu akzeptieren, so würde dies eine Änderung des Vertrages und der ursprünglichen Auftragsbedingungen bedeuten. Ob eine solche Änderung zulässig ist, richtet sich im Wesentlichen nach § 132 GWB.

Gem. § 132 GWB sind wesentliche Änderungen eines öffentlichen Auftrags grundsätzlich nicht zulässig, sondern erfordern ein neues Vergabeverfahren. Wesentlich sind gem. § 132 Abs. 1 Satz 2 GWB dabei alle Änderungen, die dazu führen, dass sich der tatsächliche Auftrag erheblich von dem ursprünglich vergebenen öffentlichen Auftrag unterscheidet. § 132 Abs. 1 Satz 3 GWB enthält dann

eine Reihe von Kriterien, nach denen sich bemessen soll, ob eine Änderung wesentlich ist oder nicht. Dies soll unter anderem bspw. gelten, wenn die Änderung dazu führt, dass gem. § 132 Abs. 1 Nr. 1 a) GWB andere Bieter oder Bewerber an dem Vergabeverfahren möglicherweise teilgenommen oder bestehende Bieter anders angeboten hätten (§ 132 Abs. 1 Nr. 1 b) GWB), wenn schon von Beginn an das zutreffende Produkt ausgeschrieben worden wäre. Gem. § 132 Abs. 1 Nr. 1 c) GWB gilt Gleiches, wenn andere Teilnehmer an dem Vergabeverfahren interessiert gewesen wären, wenn das zutreffende Produkt ausgeschrieben worden wäre.

Eine wesentliche Änderung liegt nach § 132 Abs. 1 Nr. 2 auch dann vor, wenn das wirtschaftliche Gleichgewicht des öffentlichen Auftrags zugunsten des Auftragnehmers verschoben wird und dies nicht im ursprünglichen Vertrag angelegt war.

Vor diesem Hintergrund dürfte ersichtlich sein, dass die Abweichung von der vorgegebenen DIN 19584 eine wesentliche Änderung der Vergabeunterlagen und damit des Vertrages darstellt. Wäre von Anfang eine Schachtabdeckung der Klasse D 400 ohne die Maßgaben der DIN 19584 ausgeschrieben worden, so hätten die übrigen Bieter im Verfahren günstigere Angebote abgeben können. Es spricht alles dafür, dass sich der Wettbewerb zulasten des obsiegenden Bieters verschoben hätte. Möglicherweise wären auch neue Anbieter hinzugetreten, welche die Schachtabdeckungen der Klasse D 400 mit der DIN 19584 nicht haben anbieten wollen oder können, minderwertige Schachtabdeckungen aber sehr wohl anbieten wollen und können.

Nach unserer Auffassung ist es dafür auch nicht relevant, ob die Qualität des ausgeschriebenen Produkts vor dem Hintergrund der Abweichungen in Bezug speziell auf die DIN 19584 bei einer wertenden Betrachtung „ins Gewicht“ fallen oder nicht. Erstens scheint eine solche Bewertung willkürlich zu sein. Zweitens ist es so, dass der öffentliche Auftraggeber bewusst die Anforderung der DIN 19584 festgelegt hat und im Rahmen seiner Befugnis zur Festlegung des Leistungsgegenstandes die Erfüllung dieser Normen verlangt hat. Die Bieter hatten sich auf diese Wünsche und Vorgaben einzustellen und ihr Angebot entsprechend zu konzipieren.

Es kommt also allein darauf an, ob sich unter wettbewerblichen Gesichtspunkten die Maßgaben geändert hätten und die Siegchancen und Beteiligungsmöglichkeiten einzelner Bieter anders gewesen wären, wenn der öffentliche Auftraggeber von vornherein das minderwertige Produkt ausgeschrieben hätte. Das ist eindeutig der Fall, weil die Bemessung der Wirtschaftlichkeit eines Angebots bei der Lieferung und dem Einbau von Schachtabdeckungen nahezu ausschließlich über den Preis der gelieferten Schachtabdeckung bestimmt wird. Ersparnisse also bei dem zu liefernden Produkt wirken sich erheblich auf das abzugebende Angebot aus. Da es auch nicht erforderlich ist, im Rahmen einer Prognoseentscheidung sicher nachzuweisen, dass beteiligte Bieter oder Dritte ein anderes und günstigeres Angebot abgegeben hätten, sondern es ausreicht, dass die plausible Möglichkeit besteht, dass andere Bieter angeboten hätten oder günstiger hätten anbieten können, ist von einer wesentlichen Änderung hier auszugehen.

Vgl. Beck VergabeR/Hüttinger, 4. Aufl. 2022, GWB § 132 Rn. 39

Insofern ergibt sich aus diesen Umständen eindeutig, dass es sich bei der Veränderung dieser Rahmenbedingungen um eine wesentliche Auftragsänderung i. S. v. § 132 Abs. 1 GWB handelt.

Fraglich könnte sein, ob die Änderung des öffentlichen Auftrags ohne neues Vergabeverfahren gem. § 132 Abs. 2 und 3 GWB möglich wäre. Auf ein neues Ausschreibungsverfahren kann hiernach verzichtet werden, wenn sich der Gesamtcharakter des Auftrags nicht ändert und der Wert der Änderung die Schwellenwerte nach § 106 GWB nicht übersteigt und außerdem die Abweichung nicht mehr als 10% bei Liefer- und Dienstleistungsaufträgen oder bei Bauaufträgen 15 % des ursprünglichen Auftragswerts beträgt. Diese Vorschrift ist ersichtlich aber dafür gedacht, dass eine Erweiterung eines Auftrages erfolgt und damit der Auftragnehmer ein höheres Honorarvolumen generiert. Die qualitative Änderung eines zu liefernden Produkts ist von dieser Vorschrift aber von vornherein nicht erfasst.

Beck VergabeR/Hüttinger, 4. Aufl. 2022, GWB § 132 Rn. 74

Insofern gehen wir davon aus, dass gem. § 132 GWB eine Auftragsänderung vorliegt, die zum einen wesentlich ist und zum anderen nicht dazu berechtigt, auf ein neues Ausschreibungsverfahren zu verzichten.

Daraus wiederum folgt, dass der öffentliche Auftraggeber nicht die Möglichkeit hat, die minderwertige Schachtabdeckung als Auftrags Erfüllung anzuerkennen und eine unschädliche Auftragsänderung gem. § 132 GWB anzunehmen.

Der öffentliche Auftraggeber hat, wollte er auch die minderwertigen Schachtabdeckungen als Auftragsgegenstand akzeptieren, trotzdem diese Schachtabdeckungen ausbauen zu lassen und ein neues Vergabeverfahren durchzuführen. Der öffentliche Auftraggeber hat dann erst die Möglichkeit, im Rahmen eines neuen Ausschreibungsverfahrens auch die minderwertige Variante der Schachtabdeckungen einzukaufen. In keinem Fall aber kann der bestehende Zustand als vertragskonformer Zustand im Rahmen einer Auftragsänderung rechtskonform umgesetzt werden.

II. Mangelhafte Leistung – Verzicht auf Mängelbeseitigung?

Ist also davon auszugehen, dass gem. § 132 GWB eine Auftragsänderung nicht ohne die Durchführung eines neuen Vergabeverfahrens möglich ist, so handelt es sich bei der Lieferung minderwertiger Schachtabdeckungen zwingend um eine mangelhafte, nicht vertragskonforme Werkerfüllung. Die Gewährleistungsansprüche des Käufers ergeben sich dann aus dem Gewährleistungsrecht des BGB.

Gewährleistungsansprüche bedeuten: Anspruch auf Ersatzlieferung, Übernahme der Ein- und Ausbaurkosten (ohne dass es auf Verschulden ankommt) und gegebenenfalls Schadenersatz. Diese Ansprüche können in der Lieferkette an jeden Lieferanten weitergereicht werden, der seinerseits mangelhaft geliefert hat.

1. Nacherfüllung, eventuell Schadenersatzansprüche

Wenn der Lieferant bzw. Werkunternehmer gewusst hat, dass die Qualität der gelieferten Produkte die in der Ausschreibung verlangte Qualität nicht erfüllte, hat er

arglistig gehandelt. Dann verlängert sich die Gewährleistungsfrist über die normalen 5 Jahre des § 634 a Abs. 1 Nr. 2 BGB hinaus auf eine Zeit von 3 Jahren, die erst beginnen in dem Augenblick, in dem der Auftraggeber von diesem Mangel erfährt, § 634 a Abs. 3 i. V. m. § 195, 199 Abs. 1 Nr. 2 BGB. Schadenersatzansprüche verjähren allerdings spätestens 10 Jahre nach ihrer Entstehung, also nach Lieferung und Einbau.

Der Geltendmachung etwaiger Mängelansprüche könnte nun entgegengehalten werden, sie sei angesichts des damit verbundenen Aufwandes unverhältnismäßig. Ein solches Argument begegnet aber gleich aus mehreren Gründen rechtlichen Bedenken:

2. Haushaltsrecht

Zunächst ist es schon aus haushaltsrechtlichen Gründen die Aufgabe des öffentlichen Auftraggebers, dafür Sorge zu tragen, dass er seine Finanzmittel nicht unsachgemäß verauslagt (bspw. § 7 LHO NRW - Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit). Wenn davon auszugehen ist, dass der öffentliche Auftraggeber einen Anspruch hat auf den Einbau höherwertiger Schachtabdeckungen für den gleichen Preis, so würde es möglicherweise gegen haushaltsrechtliche Grundsätze verstoßen, wenn er auf einen solchen Anspruch einfach verzichtet. Das gilt insbesondere dann, wenn und weil der Auftragnehmer auf eigene Kosten verpflichtet wäre, die Mängelbeseitigung durchzuführen. Für den öffentlichen Auftraggeber wäre also das Bestehen auf der Erfüllung der Mängelansprüche voraussichtlich nicht mit einem monetären Nachteil verbunden. Die entsprechenden Kosten und auch die Folgekosten wären von dem Auftragnehmer zu tragen.

3. Vergaberecht und Europarecht

Auch die oben dargestellten **vergaberechtlichen** Aspekte sprechen aus wettbewerblichen Gründen dafür, dass die Kommune gehalten ist, die Mängelansprüche auch geltend zu machen. Ansonsten würde durch die Hintertür des Mängelrechts möglicherweise ein vergaberechtswidriger Zustand perpetuiert. Der sich ersichtlich rechtswidrig verhaltende Bieter würde mit seinem Verhalten also

durchkommen, würde der öffentliche Auftraggeber die Schlechtleistung als Vertragserfüllung akzeptieren. Das würde einer unzulässigen Auftragsänderung gem. § 132 GWB letztlich entsprechen.

Da die wettbewerblichen Vorschriften des GWB **europarechtlich** konnotiert sind und insofern auch europarechtlich zu kontrollieren sind, wäre es ein unzulässiger Verstoß der Gemeinde, wenn diese zugunsten des Auftragnehmers auf jede Form der Mängelgewährleistung verzichten würde.

Ein solcher Verzicht wäre im Übrigen ggf. eine **verdeckte** und damit unzulässige öffentliche **Beihilfe** zugunsten des Auftragnehmers. Der Auftragnehmer liefert eine minderwertige Sache und wird von Konsequenzen verschont. Das bedeutet für den Auftragnehmer einen wettbewerblichen, wirtschaftlichen Vorteil. Dieser Vorteil ist, weil ihm keine Gegenleistung gegenübersteht i. S. v. Art. 107 AEUV ggfls. eine Beihilfe. Diese Beihilfe ist nicht notifiziert worden. Im Übrigen verstößt sie gegen die Grundsätze des Haushaltsrechts, des Beihilferechts und der Gemeindeordnung gem. bspw. § 87 der Gemeindeordnung des Landes NRW (GO NRW).

Sowohl aus zivilrechtlichen als auch aus vergaberechtlichen, kommunalrechtlichen und beihilferechtlichen Gründen dürfte die Kommune insofern gehalten sein, den Vergaberechtsverstoß nicht zu akzeptieren und auf Mängelgewährleistungsansprüchen zu bestehen. Der Austausch der minderwertigen Schachtabdeckungen dürfte die notwendige Folge in diesem Zusammenhang sein.

4. Weitere Hinweise

Im Übrigen sei darauf hingewiesen, dass möglicherweise aus gutem Grunde Schachtabdeckungen ausgeschrieben worden sind, welche die DIN 19584 erfüllen. Die öffentlichen Auftraggeber erfüllen in diesem Zusammenhang regelmäßig **Verkehrssicherungspflichten** öffentlich-rechtlicher Natur. Sollte es aus irgendwelchen Gründen zu Gefahren oder sogar zu Schäden an geschützten Rechtsgütern Dritter kommen, so würde möglicherweise im Rahmen von **Amtshaftungsverfahren** nach § 839 BGB i. V. m. Art. 34 GG die Haftung der handelnden Personen für entsprechende Schäden drohen. Das Verschulden würde sich hier daraus

ergeben, dass der öffentliche Auftraggeber trotz Kenntnis der Mangelhaftigkeit der Schachtabdeckungen auf den Austausch verzichtet hat. Dies begründet nicht nur eine Pflichtverletzung, sondern indiziert auch das Verschulden, da die Geringswertigkeit der Schachtabdeckungen dem öffentlichen Auftraggeber bekannt gewesen ist.

III. Zwischenergebnis

Aus diesen Überlegungen folgt aus unserer Sicht, dass die öffentlichen Auftraggeber verpflichtet sind, Sorge dafür zu tragen, dass die minderwertigen Schachtabdeckungen ausgetauscht werden und die entsprechenden Mängel beseitigt werden. Die tatenlose Hinnahme und Akzeptanz eines gleich in mehrfacher Hinsicht rechtswidrigen Zustands ist unter den genannten beihilferechtlichen, kommunalrechtlichen, haushaltsrechtlichen und vergaberechtlichen Gesichtspunkten keine Handlungsalternative.

IV. Rechtliche Bewertung des Verhaltens des Auftragnehmers und Dritter

Für die Auftragnehmer ergeben sich eine ganze Reihe unterschiedlicher rechtlicher Risiken, je nach Kenntnis und Verhalten der Bieter bzw. Auftragnehmer im Verfahren.

Unterstellt man, dass ein Bieter bzw. Auftragnehmer bewusst zulasten des öffentlichen Auftraggebers und anderer Bieter im Verfahren ein minderwertiges Produkt einbauen wollte und den Auftraggeber darüber im Unklaren gelassen hat, dass er ein minderwertiges Produkt einbauen würde, ist dieses Verhalten möglicherweise ein Betrug i. S. v. § 263 StGB.

Jenseits der Kosten im Rahmen der Mängelbeseitigung, die im Nachhinein auf den Bieter bzw. Auftragnehmer zukommen könnten, drohen also auch potentiell strafrechtliche Konsequenzen für den Bieter bzw. Auftragnehmer.

Für den Bieter bzw. Auftragnehmer droht bei entsprechenden Verstößen auch der **Ausschluss aus künftigen Vergabeverfahren** nach den §§ 123, 124 GWB. Der

Bieter muss also damit rechnen, in zukünftigen Vergabeverfahren nicht mehr auftreten zu dürfen bzw. ihm droht der Ausschluss aus entsprechenden Vergabeverfahren, wenn er nachweislich bewusst in Schädigungsabsicht minderwertige Schachtabdeckungen verbaut.

Wer sich an entsprechenden Verfahren durch eigenes Verhalten beteiligt, kann sich ebenso als Beihelfer oder Mittäter strafbar machen. Auch insofern drohen allen Beteiligten in der Kette auch Ausschlüsse aus Vergabeverfahren. Insofern kommt es nur zweitrangig auf die Frage an, an welcher Stelle in dem jeweiligen Ablauf ein Fehlverhalten festzustellen ist.

D. Handlungsempfehlungen

Aus diesen Umständen leiten sich Handlungsempfehlungen für die Beteiligten ab:

I. Öffentlicher Auftraggeber

Den öffentlichen Auftraggebern ist dringend zu empfehlen, genau zu **prüfen**, ob die angebotene Schachtabdeckung den Maßgaben der ausgeschriebenen Leistung entsprechen. Insbesondere ist **Sensibilität** dafür geboten, ob die angebotenen Schachtabdeckungen tatsächlich auch die DIN 19584 erfüllen.

Es dürfte den öffentlichen Auftraggebern auch zuzumuten sein, im Einzelnen zu kontrollieren, ob die korrekten Schachtabdeckungen mit den entsprechenden Anforderungen auch geliefert und eingebaut worden sind. Durch entsprechende Kennzeichnungen an den Schachtabdeckungen ist sofort ersichtlich, ob diese Schachtabdeckungen den Vorschriften der DIN 19584 entsprechen oder nicht. Es ist also für die öffentlichen Auftraggeber kein unzumutbarer Aufwand, jedenfalls eine stichprobenhafte Überprüfung der gelieferten Schachtabdeckungen durchzuführen. Geboten ist hier also vor allen Dingen Aufmerksamkeit und Sensibilität auf Seiten der öffentlichen Auftraggeber, da es in der Vergangenheit schon häufiger vorgekommen ist, dass minderwertige Schachtabdeckungen geliefert und eingebaut worden sind.

II. Bieter bzw. Auftragnehmer

Die Bieter und Auftragnehmer sehen sich einem hohen strafrechtlichen Risiko ausgesetzt, wenn sie in Verschleierungsabsicht minderwertige Schachtabdeckungen liefern und einbauen und die öffentlichen Auftraggeber in dem Bewusstsein und Glauben lassen, höherwertige Schachtabdeckungen tatsächlich geliefert und eingebaut zu haben. Entsprechende Straftaten ziehen massive Konsequenzen für die Bieter nach sich, da auch zukünftig der Ausschluss aus Vergabeverfahren nach den §§ 123, 124 GWB zu befürchten ist.

Damit kann hier nur davon abgeraten werden, diese Risiken einzugehen.

III. Sonstige Beteiligte auf Bieterseite

Etwaige Zwischenhändler, Lieferanten usw., die in der Kette zur Auftragsabwicklung beteiligt sind, sollten im eigenem Interesse **sensibel** sein hinsichtlich der Qualität der gelieferten Produkte. Haben Sie Kenntnis von der ausgeschriebenen Leistung, so müssen sie ggf. **misstrauisch** werden, wenn sie erfahren, dass der Bieter tatsächlich eine minderwertige Schachtabdeckung einbauen wird oder will.

Verschließt ein Beteiligter seine Augen vor ersichtlichen Umständen, so läuft er Gefahr, sich ebenso im Rahmen der Beteiligung strafbar zu machen. Auch ihm drohen Sanktionskonsequenzen in strafrechtlicher Hinsicht sowie möglicherweise der Ausschluss aus künftigen Vergabeverfahren.

E. Ergebnis

Insgesamt ist bei den Auftraggebern, dem im Vergabeverfahren Anbietenden und in den Lieferketten also Sensibilität gefordert. Es dürfte allen Beteiligten zumutbar sein, besonders aufmerksam dafür zu sein, ob falsche Lieferungen und Einbauten von Schachtabdeckungen vorkommen, welche die angeforderten technischen Maßgaben und vorgegebenen technischen Normen nicht einhalten. Das ist relativ einfach dadurch sicherzustellen, dass ein deziderierter Abgleich der Angebote der Bieter mit der ausgeschriebenen Leistung stattfindet und im Nachhinein

auch kontrolliert wird, welche Schachtabdeckungen tatsächlich geliefert worden sind. Erfolgt dies sorgsam, laufen die Beteiligten nicht Gefahr, sich strafbar zu machen oder sonst in einer Weise rechtswidrig zu verhalten, die massive Konsequenzen nach sich zieht.

Mit freundlichen Grüßen

Dr. Worms
Rechtsanwalt