



# SACHSEN-ANHALT

## LANDESV ERWALTUNGSAMT

### 3. Vergabekammer des Landes Sachsen-Anhalt

#### Beschluss

**Az: 3 VK LSA 69/15**

**Halle, 26.10.2015**

§ 19 Abs. 2 Satz 4 LVG LSA, § 16 Abs. 1 Nr. 1 d) VOB/A

- keine geeignete Überprüfung eines möglichen Verstoßes gegen den Geheimwettbewerb
- wettbewerbsbeschränkende Abrede

Eine oberflächliche Prüfung anhand der Angebotsunterlagen, aus denen eine mögliche Verbundenheit von Unternehmen ohnehin nicht hervorging, reicht für die Überprüfung des Geheimwettbewerbes nicht aus.

Wesentliches und unverzichtbares Merkmal einer Auftragsvergabe im Wettbewerb ist die Gewährleistung eines Geheimwettbewerbes zwischen den an der Ausschreibung teilnehmenden Bietern. Die Antragsgegnerin trifft insofern die Pflicht zur Prüfung des Sachverhaltes, sobald sie von der möglichen Verbundenheit mehrerer Bieter Kenntnis erlangt hat.

In dem Nachprüfungsverfahren der

.....  
.....

Antragstellerin

gegen die

.....  
.....

Antragsgegnerin

wegen

des gerügten Vergabeverstoßes in der Öffentlichen Ausschreibung - Rahmenvertrag zur Beseitigung witterungs- und unfallbedingter Schadensereignisse ....., hat die 3. Vergabekammer unter Mitwirkung des Vorsitzenden Oberregierungsrat ....., der hauptamtlichen Beisitzerin Regierungsdirektorin ....., und des ehrenamtlichen Beisitzers Herrn ..... beschlossen:

1. Die Antragsgegnerin wird verpflichtet, die Prüfung und Wertung der Angebote unter Beachtung der Rechtsauffassung der Vergabekammer zu wiederholen.
2. Kosten werden nicht erhoben.

## Gründe

### I.

Mit Veröffentlichung im Vergabeportal evergabe-online am 18. August 2015 schrieb die Antragsgegnerin im Wege der öffentlichen Ausschreibung auf der Grundlage der Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen (VOB/A) einen Rahmenvertrag zur Beseitigung witterungs- und unfallbedingter Schadensereignisse ....., Vergabenummer ....., aus.

Ausgeschrieben waren folgende Leistungen:

- ca. 10000 m<sup>2</sup> Asphalt fräsen
- ca. 33000 m Rissbehandlung in Asphaltdeckschicht durchführen
- ca. 10000 m<sup>2</sup> Unterlage reinigen
- ca. 2300 m<sup>2</sup> DSH-V 5 herstellen
- ca. 7700 m Asphaltdeckschicht herstellen
- ca. 1100 m<sup>2</sup> Asphaltbinderschicht herstellen
- ca. 10000 m<sup>2</sup> Abstumpfungsmaßnahme durchführen
- ca. 10000 m<sup>2</sup> Verkehrsfläche kehren
- ca. 1500 m Naht o. Anschluss zur Fuge aufweiten
- ca. 1500 m Fugenfüllung herstellen

Nebenangebote waren nicht zugelassen.

Zur Angebotseröffnung am 10. September 2015, 10:00 Uhr waren 5 Hauptangebote eingegangen.

Die Antragstellerin hat ein Angebot in Höhe von ..... Euro abgegeben und lag damit auf Rang 3. Die Bieterin ..... hat ein Angebot in Höhe von ..... Euro und damit das günstigste Angebot abgegeben. An zweiter Stelle lag das Angebot der Bieterin .....

Im Absageschreiben vom 22.09.2015 teilt die Antragsgegnerin der Antragstellerin mit, dass auf ihr Angebot kein Zuschlag erteilt werden könne, weil sie nicht das wirtschaftlichste Angebot abgegeben habe.

Gegen dieses Schreiben wendet sich die Antragstellerin mit Schreiben vom 24. September 2015 und beanstandet die beabsichtigte Zuschlagserteilung an die .....

Zur Begründung führt sie aus, dass die beiden günstigsten Bieter offenbar verbundene Unternehmen seien und sie davon ausgehen müsse, dass der Geheimwettbewerb zwischen diesen Bietern nicht gewahrt sei und vor diesem Hintergrund beide Angebote von der Wertung auszuschließen seien. Denn mit dem vergaberechtlichen Wettbewerbsprinzip würde als unvereinbar angesehen werden, wenn ein Bieter an der Ausschreibung teilnehme, dem ganz oder auch nur teilweise das Angebot oder zumindest die Angebotsgrundlagen eines Mitbewerbers bekannt seien, was hier der Fall sein dürfte. Zwischen den beiden Unternehmen gäbe es enge gesellschaftsrechtliche Verbindungen. Die Alleingesellschafterin der ..... sei früher auch die Geschäftsführerin des Unternehmens gewesen und könne als Alleingesellschafterin umfassend Einfluss auf die aktive Geschäftstätigkeit nehmen. Gleichzeitig sei sie aber auch Alleingesellschafterin sowie Geschäftsführerin der Komplementär ..... der ..... sowie Kommanditistin der ....., so dass sie auch hier umfassend entscheidungsbefugt sei.

Die Antragstellerin beantragt,

den Ausschluss der Angebote der ..... und der .....

Die Antragsgegnerin beantragt,

den Antrag der Antragstellerin als unbegründet zurückzuweisen.

Die Antragsgegnerin legt mit Schreiben vom 28. September 2015 dar, dass es keine Anhaltspunkte gäbe, die auf eine gegenseitige Kenntnis der Angebotsgrundlagen schließen lassen.

Mit Schreiben vom 28.09.2015, eingegangen am 01.10.2015, stellte die Antragsgegnerin die Vergabeakten der 3. Vergabekammer des Landes Sachsen-Anhalt zu und verwies darauf, dass sie der Beanstandung der Antragstellerin nicht abhelfen werde.

## II.

Der Nachprüfungsantrag der Antragstellerin ist zulässig.

Gemäß § 19 Abs. 3 des Gesetzes über die Vergabe öffentlicher Aufträge in Sachsen-Anhalt (Landesvergabegesetz – LVG LSA vom 19. November 2012 veröffentlicht im GVBl. LSA Nr. 23/2012) - ausgegeben am 30.11.2012 - ist die 3. Vergabekammer des Landes Sachsen-Anhalt für die Nachprüfung des vorliegenden Vergabeverfahrens örtlich und sachlich zuständig.

Entscheidend für die Feststellung der Zuständigkeit ist hier die Beurteilung des Auftragswertes der Bauleistung. Unter Zugrundelegung der Höhe der abgegebenen Angebotspreise liegen diese unterhalb der in § 100 GWB i.V.m. § 2 VgV geregelten Schwellenwerte.

Damit ist die 3. Vergabekammer des Landes Sachsen-Anhalt nach Ziffer 3 der gemeinsamen Geschäftsordnung der Vergabekammern (Bek. des MW vom 17.04.2013, MBL LSA Nr. 14/2013) zuständig.

Die Antragsgegnerin ist öffentlicher Auftraggeber gemäß § 2 Abs. 1 LVG LSA. Der maßgebliche Gesamtauftragswert von 150.000 Euro bei Bauleistungen gemäß § 19 Abs. 4 LVG LSA ist überschritten.

Die Antragstellerin ist auch antragsbefugt. Sie hat durch die Abgabe eines Angebotes ihr Interesse am betreffenden Auftrag hinreichend bekundet.

Die Antragstellerin hat die von ihr behaupteten Verstöße gegen die Vergabevorschriften im Sinne von § 19 Abs. 1 und 2 LVG LSA gerügt.

Der Nachprüfungsantrag der Antragstellerin ist teilweise begründet, da sie eine Verletzung ihrer Rechte im Sinne von § 19 Abs. 2 Satz 4 LVG LSA geltend machen kann.

Die Antragsgegnerin hat es versäumt, einen möglichen Verstoß gegen den Geheimwettbewerb in geeigneter Weise zu überprüfen. Eine oberflächliche Prüfung anhand der Angebotsunterlagen, aus denen eine mögliche Verbundenheit von Unternehmen ohnehin nicht hervorging, reicht dafür nicht aus.

§ 16 Abs. 1 Nr. 1 d) VOB/A sind Angebote von Bietern auszuschließen, die in Bezug auf die Ausschreibung eine Abrede getroffen haben, die eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung darstellt.

Der Begriff der wettbewerbsbeschränkenden Abrede ist mit Blick auf den das gesamte Vergabeverfahren beherrschenden Wettbewerbsgrundsatz weit auszulegen. Er ist nicht auf gesetzeswidriges Verhalten beschränkt, sondern umfasst auch alle sonstigen Absprachen und Verhaltensweisen eines Bieters, die mit dem vergaberechtlichen Wettbewerbsgebot unvereinbar sind (OLG Düsseldorf, 13.4.2011, Verg 4/11). Wesentliches und unverzichtbares Merkmal einer Auftragsvergabe im Wettbewerb ist die Gewährleistung eines Geheimwettbewerbs zwischen den an der Ausschreibung teilnehmenden Bietern.

Die Tatsache, dass die beiden betroffenen Bieter über die Alleingesellschafterin gesellschaftsrechtlich miteinander verknüpft sind, bedeutet jedoch noch nicht, dass hieraus wettbewerbsbeschränkende Abreden folgen. Im vorliegenden Fall waren die gesellschaftsrechtlichen Hintergründe aus den Angebots- und Eignungsunterlagen nicht erkennbar. Insbesondere wurden die Angebote von verschiedenen Personen erstellt und unterschrieben, auch werden die Unternehmen von verschiedenen Geschäftsführern geleitet. Ein Vergleich der Einzelpreise sämtlicher Unternehmen lässt diesen Schluss auch nicht ohne weiteres zu.

Andererseits ist die Alleingesellschafterin der ....., die gleichzeitig Geschäftsführerin der ..... ist, als Gesellschafterin auch gegenüber dem Geschäftsführer der ..... weisungsbefugt, so dass eine gegenseitige Kenntnisnahme der Angebotsgrundlagen auch nicht automatisch ausgeschlossen werden kann.

Ob derartige Verflechtungen im Einzelfall existieren, kann die Antragsgegnerin, die im Regelfall keine spezifischen Kenntnisse über Unternehmensinterna hat, weder anhand des Inhalts der Angebote noch sonstiger allgemein zugänglicher Informationen erkennen und beurteilen. Insofern stellt sich die Frage, ob die beiden Unternehmen strukturell so organisiert und aufgestellt sind, dass eine wechselseitige Kenntnis und Einflussnahme auf die Angebotsinhalte ausgeschlossen werden kann. Die Darstellung derjenigen strukturellen Umstände, die einen Wettbewerbsverstoß bereits im Ansatz effektiv verhindern, obliegt dabei den Bietern (OLG Düsseldorf, B. v. 19.09.2011 - Az.: VII-Verg 63/11; B. v. 13.04.2011 - Az.: VII-Verg 4/11).

Die Antragsgegnerin trifft insofern die Pflicht zur Prüfung des Sachverhaltes, sobald sie von der möglichen Verbundenheit mehrerer Bieter Kenntnis erlangt hat.

Für die Überzeugungsbildung des Auftraggebers, dass kein Verstoß gegen den Geheimwettbewerb vorliegt, ist zwar nicht erforderlich, dass der öffentliche Auftraggeber sämtliche in Betracht kommenden Erkenntnisquellen ausschöpft, um die gemachten Angaben zu verifizieren. Vielmehr darf er seine Entscheidung auf eine methodisch vertretbar erarbeitete, befriedigende Erkenntnislage stützen und von einer Überprüfung von Eigenerklärungen absehen, soweit diese konkrete, plausible und nachvollziehbare Darlegungen, wie die Vertraulichkeit und Unabhängigkeit der Angebotserstellung effektiv gewährleistet wird, enthalten (OLG Düsseldorf, B. v. 19.09.2011 - Az.: VII-Verg 63/11; B. v. 13.04.2011 - Az.: VII-Verg 4/11; VK Nordbayern, B. v. 09.02.2012 - Az.: 21.VK - 3194 - 43/11).

Aus der Vergabedokumentation ist jedoch eine Prüfung des Sachverhalts unter Einbeziehung der entsprechend erforderlichen Darlegungen der betroffenen Bieter nicht erkennbar. Vielmehr bezieht sich die Antragsgegnerin lediglich auf die vorliegenden Angebotsunterlagen, aus denen hierüber aber keine Rückschlüsse gezogen werden können. Die Antragsgegnerin hätte daher diesen Sachverhalt ab Kenntnisnahme, d.h. mit Vorliegen der Rüge, aufklären müssen. Es ist nicht Aufgabe der Vergabekammer, diese Prüfung im Nachprüfungsverfahren vorzunehmen.

Grundsätzlich ist das Vergabeverfahren ab dem Zeitpunkt zu wiederholen, ab dem es fehlerhaft ist. Um den Vergabeverstoß zu beseitigen, hat die Vergabekammer hierzu

geeignete Maßnahmen zu treffen. Es ist daher geboten, dass die Antragsgegnerin die Prüfung und Wertung der Angebote wiederholt und dabei die Angebote der Bieter ..... und ..... auf die Unabhängigkeit bei der Angebotserstellung entsprechend überprüft und zwar unter Beachtung der Darlegungs- und Beweislast der betroffenen Unternehmen.

Ein Ausschluss der beiden Angebote ist allerdings aus den genannten Gründen nicht ohne weitere Prüfungen durch die Antragsgegnerin zulässig, so dass dem Antrag der Antragstellerin nur teilweise entsprochen werden kann.

### **III. Kosten**

Die Kostenentscheidung beruht auf § 19 Abs. 5 Satz 4 LVG LSA. Danach sind keine Kosten zu Lasten des Bieters zu erheben, wenn dieser das Vergabeverfahren zu Recht beanstandet hat.

Das Nachprüfungsverfahren hat ergeben, dass die Beanstandungen der Antragstellerin gerechtfertigt waren und somit keine Kosten für sie entstehen.

### **IV.**

Der ehrenamtliche Beisitzer, Herr ....., hat den Vorsitzenden und den hauptamtlichen Beisitzer der Vergabekammer ermächtigt, den Beschluss allein zu unterzeichnen. Ihm lag dieser Beschluss hierzu vor.

.....

.....