



**SACHSEN-ANHALT**  
**LANDESV ERWALTUNG SAMT**

**3. Vergabekammer**  
**des Landes Sachsen-Anhalt**

**Beschluss**

**AZ: 3 VK LSA 48/18**

**Halle, 14.08.2018**

§ 19 Abs. 1 und 2 LVG LSA, § 7 Abs. 1 LVG LSA, § 2 Abs. 1 Nr. 1 VOB/A, § 16b Abs. 1 VOB/A, § 134 BGB

- begründeter Nachprüfungsantrag
- ungerechtfertigter Ausschluss aufgrund mangelnder Eignung
- rechtswidriges Vergabeverfahren, somit nichtiger Vertragsabschluss

Die Auftraggeberin prüft vor Erteilung des Zuschlages, ob die Bieter die für die Erfüllung der vertraglichen Verpflichtungen erforderliche Fachkunde, Leistungsfähigkeit, Zuverlässigkeit und Eignung besitzen. Vorliegend ist die Antragsgegnerin mit ihrer Entscheidung, dass begründete Zweifel an der Eignung der Antragstellerin bestünden, die konkret ausgeschriebene Leistung zu erbringen, von einem zum Teil nicht ausreichend ermittelten Sachverhalt ausgegangen. Die Eignungsprüfung ist daher zu beanstanden. Die Zuschlagserteilung darf frühestens unter Einhaltung einer Frist von 7 Kalendertagen nach der Information der unterlegenen Bieter erfolgen. Entgegen der Vorschriften des § 19 Abs. 1 LVG LSA hielt die Antragsgegnerin diese Frist nicht ein. Ein Rechtsgeschäft, das gegen ein gesetzliches Verbot verstößt, ist gemäß § 134 BGB nichtig, somit ist der Vertrag mit der Firma, die den Zuschlag erhalten hat, nicht rechtswirksam zustande gekommen.

In dem Nachprüfungsverfahren der

...

Antragstellerin

gegen die

...

Antragsgegnerin

wegen

des gerügten Vergabeverstoßes in der Öffentlichen Ausschreibung der Stadt ... zum Bauvorhaben Umbau und Erweiterung ..., Vergabe-Nummer ..., hat die 3. Vergabekammer unter Mitwirkung des Vorsitzenden Oberregierungsrat ..., der hauptamtlichen Beisitzerin Regierungsamtfrau ... und des ehrenamtlichen Beisitzers Herrn ... beschlossen:

1. Es wird festgestellt, dass der mit der Firma ... geschlossene Vertrag nichtig ist.
2. Die Antragsgegnerin wird angewiesen, erneut in die Angebotswertung einzutreten und diese unter Berücksichtigung des Angebotes der Antragstellerin und der Rechtsauffassung der Vergabekammer durchzuführen.
3. Kosten werden nicht erhoben.

## **Gründe**

### **I.**

Mit der Veröffentlichung am 25. Mai 2018 im Ausschreibungsblatt Sachsen-Anhalt schrieb die Antragsgegnerin im Wege der Öffentlichen Ausschreibung auf der Grundlage der Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen (VOB/A) das Bauvorhaben Umbau und Erweiterung ..., aus.

Die Angebotseröffnung war auf den 11. Juni 2018, 13:30 Uhr festgelegt worden.

Unter Buchstabe u) der Veröffentlichung und in Ziffer 8.1 der Teilnahmebedingungen gab die Antragsgegnerin die Nachweise zur Eignung der Bieter bekannt.

Danach führen präqualifizierte Unternehmen den Nachweis der Eignung durch den Eintrag in die Liste des Vereins für die Präqualifikation von Bauunternehmen e.V. (Präqualifikationsverzeichnis). Bei Einsatz von Nachunternehmen ist auf gesondertes Verlangen nachzuweisen, dass diese präqualifiziert sind oder die Voraussetzung für die Präqualifikation erfüllen. Nicht präqualifizierte Unternehmen haben als vorläufigen Nachweis der Eignung mit dem Angebot das ausgefüllte Formblatt „Eigenerklärung zur Eignung“ vorzulegen. Bei Einsatz von Nachunternehmen sind auf gesondertes Verlangen die Eigenerklärungen auch für diese abzugeben. Sind die Nachunternehmen präqualifiziert, reicht die Angabe der Nummer, unter der die Nachunternehmen in der Liste des Vereins für Präqualifikation von Bauunternehmen e.V. (Präqualifikationsverzeichnis) geführt werden. Gelangt das Angebot in die engere Wahl, sind die Eigenerklärungen (auch die der Nachunternehmen) auf gesondertes Verlangen durch Vorlage der in der Eigenerklärung zur Eignung genannten Bescheinigungen zuständigen Stellen zu bestätigen.

Im Formblatt 211 - Aufforderung zur Abgabe eines Angebotes - sind unter Buchstabe C) die Anlagen aufgeführt, die, soweit erforderlich, ausgefüllt mit dem Angebot einzureichen sind. Diese waren das Angebotsschreiben, die Leistungsbeschreibung, die Eigenerklärung zur

Eignung, die Nachunternehmerleistungen, die Bewerbererklärung gem. RdErl. MW 21.11.2008-41-3257/03 und die Erklärungen gemäß LVG LSA.

Als Kriterium für die Wertung der Hauptangebote war der Preis als alleiniges Wertungskriterium genannt.

Zum Eröffnungstermin lagen zwei Hauptangebote vor. Das Angebot der Antragstellerin belegte preislich den ersten Platz.

Das Angebot der Antragstellerin enthielt alle in den Vergabeunterlagen aufgeführten Unterlagen. Für die Beurteilung der Eignung hatte die Antragstellerin für das Vergabeverfahren das Formblatt 124 - Eigenerklärung zur Eignung - eingereicht.

Mit Schreiben vom 27. Juni 2018 teilte die Antragsgegnerin der Antragstellerin gemäß § 19 Abs. 1 LVG LSA mit, dass ihr Angebot nicht berücksichtigt werden soll. Als Gründe der vorgesehenen Nichtberücksichtigung führte die Antragsgegnerin auf, die Antragstellerin sei ein unzuverlässiges Unternehmen. Aus eigenen Baustellen sei erkenntlich, dass bauliche Schlechtleistungen in Bezug auf Qualität und Quantität sowie Terminabstimmung abgeliefert wurden.

Mit Schreiben vom 3. Juli 2018 rügte die Antragstellerin gegenüber der Antragsgegnerin die Nichtberücksichtigung ihres Angebotes aufgrund der vorgebrachten Zweifel an der Fachkunde, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit. Die Antragstellerin sei der wirtschaftlichste Bieter und zudem aktiver Gewerbesteuerzahler bei der Antragsgegnerin. Außerdem sei die Antragstellerin seit ihrer Gründung zu keinem Zeitpunkt für die Antragsgegnerin tätig gewesen. Die Feststellung der Nichteignung der Antragstellerin im strittigen Vergabeverfahren stehe auch im Widerspruch zur Auftragsvergabe eines Bauvorhabens durch die ..., einer 100 %-igen Tochter der Antragsgegnerin, an die Antragstellerin im Mai dieses Jahres. Zum Nachweis ihrer Eignung fügte die Antragstellerin dem Schreiben eine Liste mit Referenzobjekten bei.

Die Antragstellerin beantragt,

ihren den Zuschlag auf ihr Angebot zu erteilen.

Die Antragsgegnerin beantragt,

den Antrag der Antragstellerin zurückzuweisen.

Das Angebot der Antragstellerin sei im Ergebnis der fachlichen Prüfung ausgeschlossen worden. Es lägen sachliche Gründe vor, nach deren Erkenntnis die Antragsgegnerin davon ausgehen müsse, dass die Antragstellerin nicht in der Lage sei, die ausgeschriebene Leistung mit der geforderten Fachkunde, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit zu erfüllen. Zur Beurteilung könne sie eigene Erfahrungen oder Fremdauskünfte aus eingereichten Fremdobjekten verwenden. Die Gründe seien in den Vergabeunterlagen dokumentiert und die Antragsgegnerin sei nicht gehalten, diese der Antragstellerin mitzuteilen. Aus dem von der ... erteilten Auftrag sei nicht auf die Zuverlässigkeit und Leistungsfähigkeit der Antragstellerin zu schließen, da die ... eine eigene Vergabestelle habe und ihre eigenen Vergabeentscheidungen treffe.

Da die Antragsgegnerin der Beanstandung der Antragstellerin nicht abgeholfen hat, übergab sie der 3. Vergabekammer auf deren Anforderung die Vergabeunterlagen zur Nachprüfung. Den Vergabeunterlagen ist zu entnehmen, dass die Antragsgegnerin die Nichteignung der Antragstellerin mit notwendig gewordenen Nachbesserungsarbeiten zu einer Baumaßnahme im Grundstücksbereich der ... (Tochtergesellschaft der Antragsgegnerin) begründet.

## 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. November 2012) ist die 3. Vergabekammer des Landes Sachsen-Anhalt für die Nachprüfung des vorliegenden Vergabeverfahrens örtlich und sachlich 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 beanstandet.

Der Nachprüfungsantrag der Antragstellerin ist begründet, da sie eine Verletzung ihrer Rechte im Sinne von § 19 Abs. 2 Satz 4 LVG LSA geltend machen kann. Der Ausschluss des Angebotes unter dem Gesichtspunkt mangelnder Eignung ist nicht gerechtfertigt.

Das streitbefangene Wertungsergebnis ist rechtswidrig, da das Vergabeverfahren Verstöße gegen § 7 Abs. 1 LVG LSA sowie §§ 2 Abs. 1 Nr. 1 und 16 b Abs. 1 VOB/A aufweist.

Der öffentliche Auftraggeber hat in transparenten Verfahren gemäß § 7 Abs. 1 LVG LSA i.V.m. § 2 Abs. 1 Nr.1 VOB/A bei der Vergabe von Bauleistungen nur Bieter zu berücksichtigen, die die erforderliche Eignung hinsichtlich Fachkunde, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit besitzen.

Danach ist der Auftraggeber entsprechend § 16 b Abs. 1 VOB/A verpflichtet, die Eignung der Bieter zu prüfen. Anhand der vorgelegten Nachweise sind die Angebote der Bieter auszuwählen, deren Eignung die für die Erfüllung der vertraglichen Verpflichtungen notwendigen Sicherheiten bietet.

Fachkundig ist der Bieter, der über die für die Vorbereitung und Ausführung der jeweiligen Leistung notwendigen technischen Kenntnisse verfügt. Leistungsfähig ist der Bieter, der über das für die fach- und fristgerechte Ausführung notwendige Personal und Gerät verfügt und die Erfüllung seiner Verbindlichkeiten erwarten lässt. Zuverlässig ist ein Bieter, der seinen gesetzlichen Verpflichtungen - auch zur Entrichtung von Steuern und sonstigen Abgaben - nachgekommen ist und der aufgrund der Erfüllung früherer Verträge eine einwandfreie Ausführung einschließlich Erfüllung der Mängelansprüche erwarten lässt.

Bei der Beurteilung dieser unbestimmten Rechtsbegriffe handelt es sich um eine Prognoseentscheidung, ob vom künftigen Auftragnehmer die ordnungsgemäße Erfüllung der vertraglichen Verpflichtungen erwartet werden kann und inwieweit er den konkret ausgeschriebenen Auftrag ausführen kann. Hierbei steht dem öffentlichen Auftraggeber ein Beurteilungsspielraum zu, der von den Nachprüfungsinstanzen nur einer eingeschränkten Kontrolle zugänglich ist. Dieser Beurteilungsspielraum kann nur daraufhin überprüft werden, ob das vorgeschriebene Verfahren eingehalten worden ist, ob der Auftraggeber die von ihm selbst aufgestellten Bewertungsvorgaben beachtet hat, der zugrunde gelegte Sachverhalt vollständig und zutreffend ermittelt worden ist, keine sachwidrigen Erwägungen angestellt worden sind und nicht gegen allgemeine Bewertungsgrundsätze verstoßen worden ist (Handkommentar zur VOB/A, Kulartz/Marx/Portz/Prieß, §16, Rn 195).

Fachkunde, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit sind bei Öffentlicher Ausschreibung im Rahmen der Wertung der Angebote anhand der Angaben in der Präqualifikationsliste oder der Eigenerklärungen gemäß Formblatt 124 sowie der weiteren vom Auftraggeber geforderten Nachweise zu bewerten. Diesen Anforderungen der Antragsgegnerin ist die Antragstellerin in ihrem Angebot gerecht geworden.

Die Antragstellerin hat die Eignungserklärung ausgefüllt sowie alle weiteren geforderten Erklärungen und Nachweise mit ihrem Angebot vollständig eingereicht. Einen

Eignungsnachweis hat sie damit erbracht. Weitere Anforderungen an die Eignung hat die Antragsgegnerin nicht gestellt.

Es ist hierbei grundsätzlich nicht zu beanstanden, wenn ein Auftraggeber bei der Prüfung der Fachkunde, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit eines Bieters auch auf eigene Erfahrungen mit diesem aus früheren abgeschlossenen Vertragsverhältnissen zurückgreift (OLG Düsseldorf, B. v. 25.07.2012 – Az.: VII Verg 25/12).

Da aber in einem Vergabeverfahren die Eignung für den aktuell ausgeschriebenen Auftrag zu beurteilen ist, kommt es bei der Einbeziehung bisheriger Erfahrungen mit einem Bieter jedoch entscheidend darauf an, ob das Verhalten des betreffenden Bieters in der Vergangenheit hinreichend gesicherte Erkenntnisse darauf zulässt, dieser werde sich beim vorliegenden Auftrag wieder nicht anforderungsgerecht verhalten.

Die Antragsgegnerin hat den Ausschluss des Angebotes der Antragstellerin auf den Vorwurf gestützt, sie habe den in der Vergangenheit ausgeführten Bauauftrag im Grundstücksbereich der ... mit erheblichen Mängeln ausgeführt.

Dabei hat es die Antragsgegnerin im Rahmen ihrer durchzuführenden Prognoseentscheidung versäumt, die nachvollziehbaren Gründe darzustellen, weshalb die Antragstellerin für die ausgeschriebene Bauleistung eine einwandfreie und vertragsgemäße Leistung nicht erwarten lässt. Für den Ausschluss der Antragstellerin wegen erheblicher Mängel im Zusammenhang mit einem früheren Vergabeverfahren bedarf es deshalb einer dokumentierten, negativen Prognose für das aktuell zu beurteilende Verfahren. Hierzu müssen die früheren Verfehlungen für den nunmehr zur Vergabe stehenden Auftrag erhebliche Zweifel an der Eignung des Bieters begründen. An dieser Dokumentation fehlt es hier. Aus den Vergabeunterlagen zur Beurteilung der Eignung ergibt sich nicht, welche Gesichtspunkte die Antragsgegnerin bei ihrer Prognoseentscheidung über die Eignung der Antragstellerin zugrunde gelegt und welches Gewicht sie dem jeweiligen Umstand beigemessen hat.

Vorliegend ist die Antragsgegnerin mit ihrer Entscheidung, dass begründete Zweifel an der Eignung der Antragstellerin bestünden, die konkret ausgeschriebene Leistung zu erbringen, von einem zum Teil nicht ausreichend ermittelten Sachverhalt ausgegangen.

Die Antragsgegnerin konnte sich bei der Eignungsprüfung auf keine eigenen Erfahrungen mit der Antragstellerin beziehen. Es ist daher nichts dagegen einzuwenden, dass sie sich auf Erfahrungen anderer Auftraggeber mit der Antragstellerin bezieht. Dabei ist es aber nicht ausreichend, nur ein Bauvorhaben – hier eine vermutliche Schlechtleistung – zur Beurteilung heranzuziehen. Zum Ausschluss der Antragstellerin wegen mangelnder Eignung bedarf es einer dokumentierten negativen Prognose, wonach die in der Vergangenheit festgestellte mangelhafte Leistung für den zu vergebenden Auftrag erhebliche Zweifel an der Eignung der Antragstellerin begründet. Diese Feststellungen müssen bereits in der Dokumentation gemäß § 20 VOB/A enthalten sein. Aus der Vergabeakte ist für die Kammer nicht ersichtlich, dass die Antragsgegnerin diesen Abwägungsprozess überhaupt vorgenommen hat. Die Antragstellerin hat ausreichend Referenzobjekte angegeben, die in eine Eignungsprüfung hätten einbezogen werden müssen. Auch war es für die Antragsgegnerin zumutbar, Auskünfte zum Stand bzw. zur Ausführung des Bauvorhabens bei der ... einzuholen. Belastbare Nachweise für gravierende Fehler der Antragstellerin, wie etwa das Ergebnis eines Gerichtsverfahrens, die Kündigung bzw. Teilkündigung eines Vertrages, selbstverschuldeter Bauverzug oder andere schwere Verfehlungen, sind nicht weiter vorgetragen worden.

Die Antragsgegnerin hat nicht dargelegt, dass die schlechte Erfahrung eines anderen Auftraggebers mit der Antragstellerin bei der aktuellen Ausschreibung erneut ein Problem darstellen und der Antragstellerin angelastet werden könnte. Für die Feststellung mangelnder Eignung liegen keine sachlichen Gründe vor. Der Vortrag der Antragsgegnerin ist nicht ausreichend, um Zweifel an der Eignung der Antragstellerin zu begründen. Der Sachverhalt wurde nicht ausreichend ermittelt. Die Eignungsprüfung ist daher zu beanstanden.

Das Vergabeverfahren ist auch wegen Verstoßes gegen § 19 Abs. 1 und 2 LVG LSA rechtswidrig.

Sofern der Vertrag zwischen der Antragsgegnerin und der ... bereits geschlossen wurde, ist er unter Verstoß gegen § 19 Abs. 1 und Abs. 2 LVG LSA zustande gekommen und gemäß § 134 BGB nichtig.

Unterhalb der Schwellenwerte nach § 100 GWB informiert der öffentliche Auftraggeber gemäß § 19 Abs. 1 LVG LSA die Bieter, deren Angebote nicht berücksichtigt werden sollen, über den Namen des Bieters, dessen Angebot angenommen werden soll, und über die Gründe der vorgesehenen Nichtberücksichtigung ihres Angebotes. Er gibt die Information schriftlich, spätestens sieben Kalendertage vor dem Vertragsabschluss, ab. Die Zuschlagserteilung ist nur zulässig, sofern innerhalb der 7 Kalendertage kein Bieter beanstandet bzw. bei Beanstandung des Vergabeverfahrens die Nachprüfungsbehörde nicht innerhalb von vier Wochen das Vergabeverfahren beanstandet (§ 19 Abs. 2 Satz 2 LVG LSA). Die Antragsgegnerin durfte damit den Zuschlag an die ... nicht erteilen, da sie die Frist nach § 19 Abs. 1 LVG LSA nicht eingehalten hat.

Ein Rechtsgeschäft, das gegen ein gesetzliches Verbot verstößt, ist gemäß § 134 BGB nichtig, wenn sich nicht aus dem Gesetz ein anderes ergibt.

Der mit der ... geschlossene Vertrag ist somit unter vergaberechtlichen Gesichtspunkten nicht rechtswirksam zustande gekommen.

Im Ergebnis ist festzuhalten, dass das Angebot der Antragstellerin zu Unrecht wegen mangelnder Eignung aus dem aktuellen Vergabeverfahren ausgeschlossen wurde. Daher wird die Antragsgegnerin im Rahmen des § 19 Abs. 2 Satz 4 LVG LSA angewiesen, erneut in die Angebotswertung einzutreten und diese unter Einbeziehung des Angebotes der Antragstellerin durchzuführen.

### **III.**

#### **Kosten**

Die Kostenentscheidung beruht auf § 19 Abs. 5 Satz 4 LVG LSA. Danach sind keine Kosten zu Lasten eines Bieters zu erheben, wenn die Nachprüfung ergibt, dass ein Bieter zu Recht das Vergabeverfahren beanstandet hat.

### **IV.**

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