

Leitsätze:

1. Gem. § 160 Abs. 2 GWB ist nur ein Unternehmen antragsbefugt, das ein Interesse am Auftrag hat und eine Verletzung in seinen Rechten nach § 97 Abs. 7 GWB durch Nichtbeachtung von Vergabevorschriften geltend macht. Dabei ist darzulegen dass dem Unternehmen durch die behauptete Verletzung der Vergabevorschriften ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht. Ein Schaden droht einem Antragsteller dann nicht, wenn er ohnehin keine Aussicht auf Erteilung eines Zuschlags hat, weil sein Angebot unabhängig von den geltend gemachten Vergabeverstößen nicht zum Zuge kommen kann.
2. Gem. § 6 e EU Abs. 6 Nr. 7 VOB/A kann die VSt ein Unternehmen vom Verfahren ausschließen, das eine wesentliche Anforderung bei der Ausführung eines früheren öffentlichen Auftrags erheblich oder fortdauernd mangelhaft erfüllt hat, und dies zur vorzeitigen Beendigung geführt hat. Erforderlich ist hier eine Prognoseentscheidung dahingehend, ob von dem Unternehmer trotz der festgestellten früheren Schlechtleistung im Hinblick auf die Zukunft zu erwarten ist, dass es den nunmehr zu vergebenden öffentlichen Auftrag gesetzestreu, ordnungsgemäß und sorgfältig ausführt.  
Eine solche Prognoseentscheidung trifft die VSt im Rahmen eines gerichtlich nur eingeschränkt überprüfbaren Beurteilungsspielraumes. Der Beurteilungsspielraum ist nur dann überschritten, wenn das vorgeschriebene Verfahren nicht eingehalten ist, von einem unzutreffenden bzw. nicht richtig hinreichend überprüfem Sachverhalt ausgegangen worden ist, sachwidrige Erwägungen für die Entscheidung verantwortlich waren oder der Beurteilungsmaßstab nicht zutreffend angewandt wurde. Grundlage müssen gesicherte Erkenntnisse des Auftraggebers sein. Dies bedeutet jedoch nicht, dass die VSt ihre Einschätzung ausschließlich Aspekte zugrunde legen darf, die der Bieter, dessen Ausschluss in Frage steht, vorbehaltlos zugesteht oder die sie im Nachprüfungsverfahren zur Überzeugung des Gerichts beweisen kann.
3. Bei der Prognose darf die VSt die Erfahrungen miteinbeziehen, die sie mit der ASt in der Vergangenheit gemacht hat, insbesondere wenn es sich um die Vergabe eines Vorhabens handelt, dem eine Kündigung der ASt durch die VSt vorausgeht.

**Nachprüfungsantrag:** .....  
**Bevollmächtigte:**  
.....  
**( Antragstellerin - ASt )**

**Vergabestelle:** .....  
**Bevollmächtigte:**  
.....  
**( Vergabestelle - VSt )**

**Bauvorhaben:** **Baumaßnahme ..... – Neubau .....**

**Fachlos:** **Rohbauarbeiten**

**Vergabeverfahren:** **Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb nach  
§§ 3 EU Nr. 3, 3a Abs. 3 VOB/A**

Die Vergabekammer Nordbayern bei der Regierung von Mittelfranken erlässt auf die mündliche Verhandlung vom 13.01.2017 durch die Vorsitzende ....., den hauptamtlichen Beisitzer ..... und den ehrenamtlichen Beisitzer ..... folgenden

**B e s c h l u s s :**

1. Der Antrag wird abgelehnt.
2. Die Antragstellerin trägt die Kosten des Verfahrens und die zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung notwendigen Aufwendungen der Vergabestelle.
3. Die Hinzuziehung eines Bevollmächtigten durch die Vergabestelle war notwendig.
4. Die Gebühr für dieses Verfahren beträgt x.xxx,-- EUR.  
Auslagen sind nicht angefallen.

**S a c h v e r h a l t :**

**1.**

Die VSt schrieb erstmals am xx.xx.xxxx im Supplement zum Amtsblatt der EU die Baumaßnahme ..... – Neubau ....., hier das Fachlos Rohbauarbeiten, im Offenen Verfahren aus.

Die ASt erhielt am xx.xx.xxxx den Zuschlag für diese Maßnahme und wurde später am xx.xx.xxxx gekündigt.

Daraufhin hat die VSt am xx.xx.xxxx die Maßnahme im Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb ausgeschrieben.

Dabei hat sie Bieter zum Angebot aufgefordert, die im vorherigen Verfahren bereits teilgenommen haben. Die ASt wurde nicht zum Angebot aufgefordert.

**2.**

Mit Schreiben vom 30.09.2016 rügte die ASt die Wahl des Vergabeverfahrens in Form eines Verhandlungsverfahrens ohne Teilnahmewettbewerb.

**3.**

Zum Eröffnungstermin am xx.xx.xxxx haben diverse Bieter Angebote eingereicht.

Eine abschließende Wertung der Angebote ist bisher nicht erfolgt.

**4.**

Mit Schreiben vom 05.10.2016 teilte die VSt mit, dass sie der Vergaberüge nicht abhelfe.

**5.**

Mit Schutzschrift vom 05.10.2016 teilte die VSt mit, dass ein Nachprüfungsantrag der ASt bereits unzulässig sei, da die ASt nicht auf die ausgeschriebenen Arbeiten eingerichtet sei. Dies habe sie mit Schreiben vom 14.07.2016 mitgeteilt. Die jetzige Ausschreibung habe die gleichen Anforderungen an die Eignung wie die vorherige Ausschreibung. Zudem sei das damalige Angebot der ASt incl. Nachtrag weitaus höher gewesen als die jetzigen Angebote.

**6.**

Am 07.10.2016 beantragte die ASt die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens und beantragt:

der VSt zu untersagen, im Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb betreffend die Baumaßnahme ....., Rohbauarbeiten, den Zuschlag zu erteilen.

Durch die gewählte Verfahrensart drohe der ASt, die ein Interesse am Auftrag habe, ein Schaden, da ihr durch das Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb, an dem sie nicht beteiligt wurde, die Chance genommen werde, eine erfolgreiche Bewerbung bzw. ein erfolgreiches Angebot abzugeben.

**7.**

Mit Schreiben vom 07.10.2016 übermittelte die VK den Nachprüfungsantrag an die VSt.

**8.**

Mit Schreiben vom 13.10.2016 teilte die ASt mit, dass sie eine Antragsbefugnis habe. Der Umstand, dass diese sich bereits am vorangegangenen offenen Verfahren mit einem Angebot beteiligt hat, belege das Interesse am Auftrag. Es reiche aus, dass die Verletzung der Rechte der ASt möglich erscheine. Vorliegend sei der ASt die Chance genommen worden, sich überhaupt um den neu ausgeschriebenen Auftrag zu bewerben. Durch die Rüge der Verfahrensart und den Nachprüfungsantrag mache die ASt ausreichend deutlich, dass sie ein Interesse am Auftrag habe.

Auch sei es der ASt möglich, die benötigte Leistung aus dem streitigen Auftrag zu erbringen. Auf ein früheres Schreiben der ASt vom 14.07.2016 zum alten Auftrag käme es nicht an. Während die VSt bei der erstmaligen Ausschreibung des Auftrags einen Arbeitssicherheitsplan erst nach Vertragsabschluss an die ASt übergeben habe, habe sie diesmal den Arbeitssicherheitsplan bereits den Vergabeunterlagen beigelegt.

Die sich nun aus dem Arbeitssicherheitsplan ergebenden besonderen Leistungen können nun von der ASt bei der Angebotsbearbeitung preislich und hinsichtlich der Ausführung berücksichtigt werden. Für nun bekannte Leistungen im Zusammenhang mit dem kontaminierten Erdreich, deren Durchführung die im ASI-Plan beschriebenen Arbeitsschutzmaßnahmen erfordern, könne sich die ASt ggf. eines Nachunternehmers bedienen.

Auch ließe eine frühere Kündigung das Rechtsschutzbedürfnis für den Nachprüfungsantrag nicht entfallen.

Die VSt habe im vorherigen Verfahren den ASI-Plan und die daraus erforderlichen besonderen Schutz- und Sicherheitsmaßnahmen nicht offen gelegt. Dieses Defizit habe die VSt behoben.

Nach der TRGS (Technische Regeln für Gefahrstoffe) müsse die VSt in der Ausschreibung angeben, dass über eine unbedenkliche Grundbelastung hinaus eine Verunreinigung des Bodens mit Gefahrenstoffen bestehe, die auch gesundheitlich bedenklich sei und deswegen besondere Arbeitsschutzmaßnahmen erfordere. Die bloße Angabe, dass Erdmaterial besonders entsorgt werden müsse, reiche nicht aus. Es müsse entweder ein ASI-Plan beigelegt sein oder das LV müsse Positionen hierzu enthalten. Die VSt habe jedoch im ersten Verfahren keine besonderen Leistungen definiert oder ausgeschrieben. Die Kündigung im Vorverfahren sei nicht rechtmäßig erfolgt.

Auch sei aus der Summe des Angebots der ASt im Vorverfahren kein Rückschluss auf das jetzige Verfahren möglich.

Es genüge vorliegend die Möglichkeit einer Verschlechterung der Chancen der ASt, um einen Nachprüfungsantrag zu stellen.

## **9.**

Am 03.11.2016 beantragte die VSt,

dass die Hinzuziehung eines Prozessbevollmächtigten auf Seiten des Antragsgegners zur Rechtsverfolgung notwendig war und die Antragstellerin die Kosten des Verfahrens zu übernehmen hat.

Das Verhandlungsverfahren sei berechtigt durchgeführt.

Zudem sei eine außerordentliche Kündigung des ursprünglichen Auftrags gerechtfertigt gewesen. Die ASt habe nicht die beauftragten Leistungen erbracht.

Hierdurch sei der VSt bereits ein zeitlicher Verzug von 4 Monaten entstanden.

Eine weitere Vergabe im offenen Verfahren bzw. im nichtoffenen Verfahren hätte eine weitere Verzögerung von mindestens 10 Wochen zur Folge gehabt. Es könne so kein Baubeginn vor der Winterperiode 2016/2017 mehr erfolgen. Das Gebäude sei somit auch im Winter 2017/2018 mangels geschlossener Gebäudehülle nicht zum Ausbau bereit. Nur so könne jedoch der Betrieb zum ..... erfolgen.

Eine spätere Inbetriebnahme habe große organisatorische, zeitliche und finanzielle Nachteile. Die IT Struktur und Netzstruktur entspreche nicht dem heutigen Stand der Technik, so dass die ..... nicht mehr wettbewerbsfähig sei.

Die ASt habe jedenfalls keine Antragbefugnis.

Sie habe keine Aussicht auf die Erteilung des Auftrags. Zum einen sei ihr ursprünglicher Angebotspreis inkl. Nachtrag weit über dem jetzigen Angebot des günstigsten Bieters.

Zum anderen sei die ASt unzuverlässig. Die VSt habe der ASt den erstmaligen Auftrag in dieser Sache rechtmäßig gekündigt, weil diese trotz mehrfacher Fristsetzung (hier vom xx.xx.xxxx und vom xx.xx.xxxx) nicht auf der Baustelle erschienen sei, um die anstehenden Arbeiten durchzuführen.

Diese Ermessensentscheidung sei durch die Vergabekammer lediglich daraufhin zu überprüfen, ob diese auf sachbezogenen und auftragsbezogenen Gründen beruhe.

Insbesondere sei es nicht erforderlich, dass im Nachprüfungsverfahren die Rechtmäßigkeit der außerordentlichen Kündigung positiv festgestellt werde oder dies bereits zivilrechtlich entschieden sei. Es sei zulässig, dass die VSt in die Prognoseentscheidung über die Eignung des Bieters Erfahrungen miteinbeziehe, die sie selbst mit einem bestimmten Bieter in der Vergangenheit gemacht habe.

Im Ergebnis habe die ASt keine Aussicht, den Auftrag zu erhalten, auch nicht in einem künftigen Verfahren. Die ASt habe kein rechtliches Interesse.

Im Übrigen sei die Ausschreibung nicht durch den später bekannt gegebenen ASI-Plan geändert worden. Alle Informationen seien bereits in der Ausschreibung enthalten gewesen, so dass die außerordentliche Kündigung rechtmäßig erfolgt sei.

## **10.**

Mit Stellungnahme der VSt vom 11.11.2016 trägt diese vor, dass eine Wertung im derzeitigen Verfahren noch nicht erfolgt sei.

## **11.**

Mit Stellungnahme der ASt vom 15.11.2016 trägt diese vor, dass eine Dringlichkeit nicht vorliege und daher ein Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb nicht gerechtfertigt sei.

Zudem sei es nicht gerechtfertigt, dass der ASt die Antragsbefugnis abgesprochen werde wegen einer fristlosen Kündigung aus einem vorangehenden Bauvertrag. Die VSt dürfe die zivilrechtliche Entscheidung über eine „Unzuverlässigkeit“ der ASt nicht vorwegnehmen.

Ein Ausschlussgrund nach § 124 Abs. 1 Nr. 7 GWB liege gerade nicht vor. Eine mangelhafte Leistung werde der ASt gerade nicht vorgeworfen.

Zudem gehe die VSt bei der Anwendung dieser Norm von einem unzutreffenden und unvollständigen Sachverhalt aus. Zum einen habe die ASt mit der Leistung begonnen, zum anderen sei auf der Baustelle ab xx.xx.xxxx kein weiteres Arbeiten mehr möglich gewesen. Es seien weder Lagerflächen noch Kranstellplätze zur Verfügung gestanden. Die Baustelle sei durch Vorwerke besetzt gewesen. Ein Abtransport und eine Entsorgung des Bohrguts sei unmittelbar nach Bestätigung des Entsorgungskonzepts durch die VSt erfolgt. Die zeitlichen Vorgaben der VSt aus dem Schreiben vom 07.07.2016 seien unberechtigte Zwischentermine. Die VSt habe erst am 19.07.2016 eine Schwarz-Weiß-Anlage aufgestellt. Vor Bekanntgabe des ASI-Plans zum 26.06.2016 habe die ASt nicht die notwendigen Schutzmaßnahmen für die Mitarbeiter treffen können. Die VSt habe insbesondere nicht die Leistung verweigert.

Die Kündigung sei auch aufgrund falscher Abwägung erfolgt.

Die ASt habe bereits mehrere Aufträge zur Zufriedenheit des Auftraggebers ..... erbracht. Auch sei sie bereit gewesen, die Meinungsverschiedenheiten zu lösen. Eine Meinungsverschiedenheit aus einem vorherigen Vorhaben sei zudem nicht auf spätere Vorhaben übertragbar.

## **12.**

Die Vorsitzende hat die 5-Wochen-Frist des § 167 Abs. 1 GWB aufgrund besonderer rechtlicher und tatsächlicher Schwierigkeiten zuletzt bis einschließlich 24.01.2017 verlängert.

## **13.**

Mit Schreiben vom 21.12.2016 betont die ASt, dass Sie antragsbefugt sei. Die VSt könne zudem keine Entscheidung über einen fakultativen Ausschlussgrund treffen, wenn überhaupt keine Teilnahme des Bieters am Verfahren erfolgt sei.

Der Vorwurf in der Kündigung sei nicht haltbar. Die ASt habe keine relevanten Fristen versäumt. Zum einen habe die VSt in den Vergabeunterlagen lediglich die Gesamtfertigstellung bis xx.xx.xxxx verbindlich vorgegeben. Fristen für Teilleistungen seien nicht rechtmäßig gesetzt worden. Zum anderen sei die ASt von Anfang an durch fehlende Vorleistungen, fehlende Baufreiheit aber auch durch fehlende planerische Zuarbeit an

der Ausführung der Arbeiten behindert worden. Die ASt habe bis zum Zeitpunkt der Kündigung sämtliche Behinderungen durch Behinderungsanzeigen (u.a. vom 5.7.2016, vom 07.07.2016, vom 08.07.2016, vom 14.07.2016, vom 24.08.2016, vom 30.08.2016) korrekt angezeigt. Zuletzt sei am 02.09.2016 Behinderungsanzeige wegen fehlender Ankergenehmigung erfolgt. Die ASt habe sich zu keinem Zeitpunkt vertragswidrig verhalten und sei daher nicht unzuverlässig. Auch die Dringlichkeit im Sinne des § 3 a EU Abs. 3 Nr. 4 VOB/A sei nicht gegeben vorliegend. Auf den Schriftsatz wird im Übrigen verwiesen.

#### **14.**

Mit Schreiben vom 30.12.2016 und 10.01.2017 teilte die VSt mit, dass eine Behinderungsanzeige nicht automatisch zu einer Fristverlängerung führe.

Den Behinderungsanzeigen sei jeweils abgeholfen worden (z.B. Abhilfe vom 01.07.2016) bzw. diese seien zurückgewiesen worden (z.B. Zurückweisung vom 07.07.2016).

Der ASt sei möglich gewesen, bestimmte Arbeiten zu erledigen (ab 06.07.2016 Vorleistung für provisorische Leitungsverlegung an Knoten Medienkanal, ab 28.07.2016 Abbruch Oberflächen Hof vor Gebäude ....., Erdaushub Medienkanal neu und Abbruch Knoten Bestand, ab 08.08.2016 Erdarbeiten für Pfahlrost ..... Achse 1 und 2).

Eine angeblich fehlende Vorleistung und fehlende planerische Zusammenarbeit werde bestritten. Das Aufstellen der Schwarz-Weiß- Anlage sei erst kurzfristig am 19.07.2016 festgelegt worden und könne daher keine Behinderung ausgelöst haben.

Die Gefährdungsbeurteilung obliege dem Auftragnehmer. Er habe entsprechende notwendige Schutzmaßnahmen festzulegen. Die entsprechenden Informationen hierzu seien im Leistungsverzeichnis bzw. den geotechnischen Berichten gestanden. Auf den Arbeitssicherheitsplan käme es hier nicht an. Das Leistungsverzeichnis gebe an, dass Altlastenverdacht bestehe und es sich um Schwermetalle und PAK handle.

Bei der Auswahl der Bewerber in einem Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb dürfe die VSt nur solche Unternehmen auffordern, die fachkundig, leistungsfähig und zuverlässig sind. Die Auswahl der Bewerber sei daher korrekt erfolgt.

Die ASt würde auch in jedem anderen Verfahren diesen Auftrag nicht erhalten können aufgrund der Erfahrungen der VSt mit der ASt bei der Erstvergabe des Auftrags.

#### **15.**

Mit Schreiben vom 12.01.2017 wiederholte die ASt ihr vorheriges Vorbringen.

Die ASt sei gerade nicht untätig gewesen vor der Kündigung. Die ASt habe sich bemüht, aus dem spät ausgereichten ASI-Plan die Maßnahmen des Arbeitsschutzes zu eruieren.

Es sei zunächst der Arbeitsschutz für die Mitarbeiter zu klären gewesen.

Die VSt habe gerade nicht rechtzeitig die Grundlagen geliefert, damit die ASt ihre Gefährdungsbeurteilung frühzeitig erstellen konnte.

Eine Behinderung habe aber auch ungeachtet der Arbeiten im kontaminierten Bereich bestanden und wurde entsprechend angezeigt (Behinderung vom 16.06.2016 – 03.08.2016). Die von der ASt genannten Termine seien unberechtigte einseitige Terminvorgaben, die nicht vertraglich vereinbart gewesen seien. Beispielsweise habe die Vorleistung für die provisorische Leitungsverlegung nicht ab dem 06.07.2016 erbracht werden können, da zunächst die Freigabe der Ausführungsplanung erfolgen musste nachdem der Ausführungsplan erst am 29.6.2016 und 05.07.2016 einging.

Auf den Schriftsatz wird verwiesen.

## **16.**

Die Beteiligten hatten in der mündlichen Verhandlung am 13.01.2017 Gelegenheit, sich zur Sache zu äußern. Auf das diesbezügliche Protokoll wird verwiesen.

Die ASt verweist auf ihre Anträge aus dem Nachprüfungsantrag vom 07.10.2016 und ergänzt diese wie folgt:

- der VSt zu untersagen, im streitgegenständlichen Vergabeverfahren betreffend die Baumaßnahme „....., Rohbauarbeiten“ ohne Auftragsbekanntmachung und ohne Teilnahmewettbewerb den Zuschlag zu erteilen, und – soweit die Beschaffungabsicht fortbesteht – die VSt zu verpflichten, die Leistung in einem geregelten Verfahren neu auszuschreiben,
- der VSt die Kosten des Verfahrens aufzuerlegen,
- die Hinzuziehung eines Bevollmächtigten durch die ASt für notwendig zu erklären.

Die VSt beantragt,

- die Anträge der ASt zurückzuweisen,
- der ASt die Kosten des Verfahrens aufzuerlegen, sowie
- die Hinzuziehung eines Bevollmächtigten durch die VSt für notwendig zu erklären.

Im Übrigen verweist die VSt auf ihre schriftsätzlichen Anträge.



**Begründung:**

1.

Der Nachprüfungsantrag ist zulässig.

- a) Die Vergabekammer Nordbayern ist für das Nachprüfverfahren nach § 1 Abs. 2 und § 2 Abs. 2 Satz 2 BayNpV sachlich und örtlich zuständig.
- b) Bei dem ausgeschriebenen Vertrag handelt es sich um einen öffentlichen Bauauftrag im Sinne von § 103 Abs. 3 GWB.
- c) Die VSt ist öffentlicher Auftraggeber nach § 99 Nr. 1 GWB .
- d) Die Kosten für die Baumaßnahme ..... übersteigen den Schwellenwert von 5,225 Mio. € (§ 3 Abs. 1 VgV). Das Fachlos Rohbauarbeiten unterfällt mit einem Auftragswert von weit über einer Million Euro für sich jedenfalls den Normen zur europaweiten Ausschreibung (§ 3 Abs. 9 VgV).
- e) Der Zuschlag wurde noch nicht erteilt (§ 168 Abs. 2 GWB).
- f) Die ASt hat als beteiligte Bieterin ein Interesse am Auftrag und schlüssig dargelegt, dass ihr durch die behauptete Rechtsverletzung ein Schaden entstanden ist bzw. zu entstehen droht (§ 160 GWB). Im Rahmen der Zulässigkeit dürfen an diese Voraussetzungen keine allzu hohen Anforderungen gestellt werden. Es genügt, dass durch die beabsichtigte Zuschlagserteilung an ein anderes Unternehmen grundsätzlich die Entstehung eines Schadens in Form eines Auftragsentgangs droht (Weyand, ibr-online-Kommentar Vergaberecht, Stand 14.09.2015, § 107, Rn 42).
- g) Eine Rügepräklusion liegt nicht vor. Die ASt hat mit Schreiben vom 30.09.2016 ihre Nichtbeteiligung am Vergabeverfahren und die Art der Ausschreibung gerügt. Die VSt hat am 20.09.2016 die ursprünglichen Beteiligten, nicht jedoch die ASt, zur Angebotsabgabe aufgefordert. Mangels europaweiter Bekanntmachung und Ausreichung der Vergabeunterlagen ist § 160 Abs. 3 GWB nicht einschlägig, so dass eine Präklusion der Rüge jedenfalls ausscheidet.

**2.**

Der Nachprüfungsnachtrag der ASt ist jedoch unbegründet.

Die ASt wird durch die fehlende Beteiligung am Vergabeverfahren nicht in ihren Rechten nach § 97 Abs. 6 GWB verletzt.

**a)**

Die ASt hat keine Antragsbefugnis. Sie hat keine Aussicht auf Erteilung des Zuschlags im strittigen Vergabeverfahren. Die VSt war jedenfalls berechtigt im Rahmen ihrer Prognoseentscheidung die ASt von vornherein aus dem Vergabeverfahren auszuschließen.

**aa)** Gem. § 160 Abs. 2 GWB ist nur ein Unternehmen antragsbefugt, das ein Interesse am Auftrag hat und eine Verletzung in seinen Rechten nach § 97 Abs. 7 GWB durch Nichtbeachtung von Vergabevorschriften geltend macht. Dabei ist darzulegen dass dem Unternehmen durch die behauptete Verletzung der Vergabevorschriften ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht. Ein Schaden droht einem Antragsteller dann nicht, wenn er ohnehin keine Aussicht auf Erteilung eines Zuschlags hat, weil sein Angebot unabhängig von den geltend gemachten Vergabeverstößen nicht zum Zuge kommen kann. An der Überprüfung dieser Vergabeverstöße fehlt das Rechtsschutzinteresse (BayObLG v. 18.09.2001 Verg 10(01 und 29.07.2003 Verg 8/03, VK Nordbayern v. 14.01.2010 – 21.VK-3194-64/09).

Vorliegend hat die VSt vorgetragen, dass sie ein Angebot der ASt in vorliegendem Verfahren ausgeschlossen hätte, wegen der Erfahrungen mit der ASt aus vorangegangenen Aufträgen. Ihre Prognoseentscheidung habe zu einer Feststellung der Unzuverlässigkeit der ASt geführt.

**bb)** Die Prognoseentscheidung der VSt ist nicht zu beanstanden. Ein Angebot der ASt wäre im Falle einer Beteiligung der ASt am Vergabeverfahren berechtigt ausgeschlossen worden.

**aaa)** Der öffentliche Auftraggeber hat nach § 6 EU Abs. 1 VOB/A den öffentlichen Auftrag an fachkundige und leistungsfähige (geeignete) Unternehmer zu vergeben.

Gem. § 6 e EU Abs. 6 Nr. 7 VOB/A kann die VSt ein Unternehmen vom Verfahren ausschließen, das eine wesentliche Anforderung bei der Ausführung eines früheren öffentlichen Auftrags erheblich oder fortdauernd mangelhaft erfüllt hat, und dies zur vorzeitigen Beendigung geführt hat.

Erforderlich ist hier – ebenso wie bei anderen fakultativen Ausschlussgründen - eine Prognoseentscheidung dahingehend, ob von dem Unternehmer trotz der festgestellten früheren Schlechtleistung im Hinblick auf die Zukunft zu erwarten ist, dass es den nunmehr zu vergebenden öffentlichen Auftrag gesetzestreu, ordnungsgemäß und sorgfältig

ausführt (Begründung zum Gesetzesentwurf der Bundesregierung – VergRModG – Deutscher Bundestag – 18. Wahlperiode – 55- Drucksache 18/6281).

Eine solche Prognoseentscheidung trifft die VSt im Rahmen eines gerichtlich nur eingeschränkt überprüfbaren Beurteilungsspielraumes. Der Beurteilungsspielraum ist nur dann überschritten, wenn das vorgeschriebene Verfahren nicht eingehalten ist, von einem unzutreffenden bzw. nicht richtig hinreichend überprüfem Sachverhalt ausgegangen worden ist, sachwidrige Erwägungen für die Entscheidung verantwortlich waren oder der Beurteilungsmaßstab nicht zutreffend angewandt wurde (OLG München, Beschluss vom 05.10.2012 – Verg 15/12).

Grundlage müssen gesicherte Erkenntnisse des Auftraggebers sein. Dies bedeutet jedoch nicht, dass die VSt ihre Einschätzung ausschließlich Aspekte zugrunde legen darf, die der Bieter, dessen Ausschluss in Frage steht, vorbehaltlos zugesteht oder die sie im Nachprüfungsverfahren zur Überzeugung des Gerichts beweisen kann. Der Auftraggeber kann und muss kein gerichtsähnliches Verfahren zur Eignungsprüfung durchführen (OLG München a.a.O.)

Bei der Prognose darf die VSt die Erfahrungen miteinbeziehen, die sie mit der ASt in der Vergangenheit gemacht hat. Insbesondere wenn es sich um die Vergabe eines Vorhabens handelt, dem eine Kündigung der ASt durch die VSt vorausgeht (OLG München Beschluss v. 01.07.2013 – Verg 8/13).

**bbb)** Vorliegend hat die VSt der ASt gerade den Auftrag gekündigt, der nun wiederum streitgegenständlich ist. Es ist umstritten, ob für die von der VSt ausgesprochene fristlose Kündigung wichtige Gründe vorlagen.

In einem Nachprüfungsverfahren muss jedoch nicht geklärt werden, ob eine außerordentliche Vertragsbeendigung durch die VSt berechtigt war oder nicht. Dies obliegt den Zivilgerichten, die auch über mögliche Sekundäransprüche zu entscheiden haben.

Demgegenüber unterliegt das Ausschreibungs- und Nachprüfungsverfahren dem Beschleunigungsgrundsatz. Dem öffentlichen Auftraggeber kann es nicht verwehrt sein, ein in die Krise geratenes Bauvorhaben bis zur endgültigen Klärung der Rechtmäßigkeit der Kündigung anderweitig fertigstellen zu lassen. Der Bieter ist durch zivilrechtliche Schadensersatzansprüche hinreichend geschützt (OLG München, a.a.O.).

Vergaberechtlich überprüfbar ist allein, ob der Auftraggeber die Eignungsprognose zutreffend getroffen hat, wobei der ihm zustehende Beurteilungsspielraum zu beachten ist (OLG München a.a.O.).

**ccc)** Die Prognoseentscheidung der VSt ist nicht zu beanstanden. Der fakultative Ausschlussgrund des § 6 e EU Abs. 6 Nr. 7 VOB/A ist nach den genannten Maßgaben erfüllt. Der § 6 e EU Abs. 6 Nr. 7 VOB/A verlangt im Rahmen der Prognoseentscheidung, dass eine wesentliche Anforderung bei der Ausführung eines früheren öffentlichen Auf-

trags erheblich oder fortdauernd mangelhaft erfüllt hat und dies zu einer vorzeitigen Beendigung oder zu Schadensersatz geführt hat.

Hierunter fällt auch ein Leistungsausfall oder erhebliche Defizite der Dienstleistung (Begründung zum Gesetzesentwurf der Bundesregierung – VergRModG – Deutscher Bundestag – 18. Wahlperiode – 55- Drucksache 18/6281).

Die VSt hat mit der ASt in dem streitgegenständlichen Projekt diverse Meinungsverschiedenheiten gehabt. Sie wirft der ASt vor, die geschuldete Leistung nicht vertragsgemäß durchgeführt zu haben. Die ASt habe trotz mehrmaliger Aufforderung nach Erledigung geringfügiger Anfangsarbeiten bis zur Kündigung am 05.09.2016 keine weiteren Arbeiten mehr erbracht. Behinderungsanzeigen seien jeweils abgeholfen worden oder diese seien als unberechtigt zurückgewiesen worden. Insbesondere seien in den Ausschreibungsunterlagen die gesundheitsgefährdenden Stoffe im Boden ausreichend beschrieben. Aus dem nachgereichten ASI-Plan ergebe sich dementsprechend keine Rechtfertigung für die Nichterbringung der Arbeiten. Es handle sich vorliegend um einen Leistungsausfall, der die termingerechte Fertigstellung des Gesamtprojekts gefährde.

Mit Schreiben vom 07.07.2016 forderte die VSt die ASt auf, ausstehenden Arbeiten bis 11.07.2016 zu beginnen. Auch mit Schreiben vom 02.08.2016 erhielt die VSt die Aufforderung aufrecht. Sie wies entsprechende Einwände und Behinderungsanzeigen hierzu zurück.

Die ASt hingegen sieht die Verantwortung für die verzögerten Arbeiten allein bei der VSt. Diese habe im Leistungsverzeichnis nicht bekannt gegeben, dass es sich um gesundheitsgefährdende Altlasten handle bzw. welche Gesundheitsschutzmaßnahmen die Bieter zu treffen haben. Hierdurch und auch aus anderen fehlenden Freigaben (z.B. von Ausführungsplänen) seien keine weiteren Arbeiten auf der Baustelle mehr möglich gewesen. Es handle sich daher nicht um einen Leistungsausfall.

Die VSt hat vor der Vergabekammer den Leistungsausfall i.S.d. § 6 e EU Abs. 6 Nr. 7 VOB/A jedoch weder zur Überzeugung der Kammer abschließend zu beweisen, noch bedarf sie eines vorbehaltloses Zugeständnisses des Auftragnehmers (vgl. unter aaa)).

Die Klärung der Rechtmäßigkeit der außerordentlichen Kündigungsgründe erfolgt vor dem Zivilgericht (vgl. unter bbb)). Die ASt ist bei einer ungerechtfertigten Kündigung hinreichend durch zivilrechtliche Schadensersatzansprüche geschützt.

Im Nachprüfungsverfahren genügt der glaubhafte Vortrag der VSt, dass ein Leistungsausfall i.S.d. § 6 e EU Abs. 6 Nr. 7 VOB/A vorliegt. Die VSt hat vorliegend glaubhaft vortragen, dass die ASt im Erstverfahren wesentliche Anforderungen bei der Ausführung des Erstauftrags erheblich und fortdauernd mangelhaft erfüllt habe, da unberechtigt keine weiteren Leistungen mehr erbracht worden seien.

Die zivilrechtliche Überprüfung des Leistungsausfalls, der erheblichen mangelhaften Erfüllung des Erstauftrags, bleibt den Zivilgerichten vorbehalten.

Da die VSt den Erstvertrag aufgrund des vorgetragenen Leistungsausfalls vorzeitig beendet hat, kann sie ihre Prognoseentscheidung zur Eignung der ASt vorliegend hierauf stützen.

Die VSt hat ihren bestehenden Beurteilungsspielraum hierbei nicht überschritten. Ihre Prognoseentscheidung basiert auf einem hinreichend überprüften Sachverhalt und enthält keine sachfremden Kriterien.

Aus den bestehenden tiefgreifenden Meinungsverschiedenheiten wird deutlich, dass ein weiteres vertrauliches und gedeihliches Zusammenarbeiten jedenfalls bei diesem Auftrag nicht möglich ist. Ein Ausschluss wäre daher auch nicht unverhältnismäßig. Die Prognoseentscheidung der VSt ist daher nicht zu beanstanden.

**ddd)** Darüber hinaus ist voraussichtlich auch der fakultative Ausschlussgrund des § 6 e EU Abs. 6 Nr. 8 VOB/A vorliegend erfüllt. Die VSt kann ein Unternehmen ausschließen, das in Bezug auf Ausschlussgründe oder Eignungskriterien eine schwerwiegende Täuschung begangen hat, Auskünfte zurück gehalten hat oder nicht in der Lage ist, die erforderlichen Nachweise zu übermitteln.

Vorliegend ist davon auszugehen, dass die ASt im Erstverfahren über ihre Eignung als Zertifizierter Entsorgungsfachbetrieb für Entsorgung anfallender Abfälle nach § 56 und 57 KrWG getäuscht hat.

Die Bekanntmachung vom xx.xx.xxxx stellt diese Voraussetzung der Zertifizierung unter III.2.3). In der mündlichen Verhandlung bestätigt die ASt, dass sie selbst nicht zertifiziert sei als Entsorgungsfachbetrieb. Dem damaligen Angebot liegt eine solche Zertifizierung ebenso nicht bei. Auf Nachforderung der VSt vom 22.04.2016 übersendet die ASt mit Schreiben vom 26.04.2016 das Formblatt 235 zur Benennung der Nachunternehmerleistungen. Eine Eignungsleihe bzgl. eines zertifizierten Entsorgungsfachbetriebs für Entsorgung der anfallenden Abfälle nach § 56 und 57 KrWG wird hierin nicht benannt.

Die ASt gibt somit zu diesem Zeitpunkt vor, die Leistungen des Entsorgungsfachbetriebes selbst zu erbringen. Da sie jedoch eine entsprechende Zertifizierung nicht hat, hat sie die VSt in dieser Hinsicht schwerwiegend hinsichtlich ihrer Eignung getäuscht.

Dies kann im Ergebnis vorliegend offen bleiben, da die Nichtbeteiligung der ASt am streitigen Verfahren bereits aus anderen Gründen als rechtmäßig erachtet wird.

**b)**

Zwar ist die Dokumentation der VSt zur Prognoseentscheidung über die Ausschlussgründe der ASt äußerst rudimentär und lässt eine umfassende Abwägungsentscheidung

nicht erkennen. Die VSt hat jedoch im Nachprüfungsverfahren die Hintergründe der Kündigung weiter beschrieben und ihre Prognose genauer ausgeführt.

Eine mangelhafte Dokumentation führt jedoch dann nicht zu einer Wiederholung des Verfahrens, wenn es sich bei der Nachholung der Dokumentation um eine reine Förmelerei handelt. Wird die Prognoseentscheidung im Nachprüfungsverfahren ausreichend deutlich dargestellt, so hätte eine Wiederholung des Verfahrens wegen Dokumentationsfehlern lediglich eine zeitliche Verzögerung der Bauleistung zur Folge, führt jedoch nicht zu einer anderen Wertungsentscheidung.

**c)**

Es kommt mangels Antragsbefugnis der ASt nicht mehr drauf an, ob die Entscheidung der VSt gegen ein offenes oder nicht offenes mit Teilnahmewettbewerb Verfahren rechtswidrig ist.

Die ASt hat auch in einem solchen Verfahren keine Aussicht, den Auftrag zu erhalten.

**3.**

Die Kostenentscheidung beruht auf § 182 GWB.

- a)** Die ASt trägt die Kosten des Verfahrens, weil sie unterlegen ist (§ 182 Abs. 3 Satz 1, 3 u. 5 GWB).
- b)** Die Kostenerstattungspflicht gegenüber der VSt ergibt sich aus § 182 Abs. 4 Satz 1 GWB.
- c)** Die Hinzuziehung eines Rechtsanwaltes war für die VSt notwendig (§ 182 Abs. 4 Satz 4 GWB i.V.m. Art. 80 Abs. 2 Satz 3 BayVwVfG entspr.).

Es handelt sich um einen in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht nicht einfach gelagerten Fall, so dass es der VSt nicht zuzumuten war, das Verfahren vor der Vergabekammer selbst zu führen. Da die ASt rechtsanwaltlich durch eine auf das Vergaberecht spezialisierte Anwaltskanzlei vertreten war, ist es im Sinne einer Gleichstellung auch sachgerecht, dass sich die VSt von einer auf das Vergaberecht spezialisierte Anwaltskanzlei vertreten ließ.

- d)** Die Gebühr war nach § 182 Abs. 2 GWB festzusetzen.

Im Hinblick auf die Bruttoangebotssumme der ASt aus dem Angebot des Erstverfahrens und unter Zugrundelegung eines durchschnittlichen personellen und

sachlichen Aufwands der Vergabekammer errechnet sich entsprechend der Tabelle des Bundeskartellamtes eine Gebühr in Höhe von x.xxx,- €.

Da eine Beiladung nicht erfolgt ist, wurde dieser Betrag auf x.xxx,- € reduziert.

- e) Die von der ASt zu tragende Gebühr in Höhe von x.xxx,- € wird mit dem von ihr geleisteten Kostenvorschuss von x.xxx,- € verrechnet.  
Für den übersteigende Betrag von x.xxx,- € erhält die ASt eine Kostenrechnung.

**Rechtsmittelbelehrung:**

.....

xxxxx ist verhindert  
zu unterschreiben

xxxxx

xxxxx