

Leitsätze:

1. Der Nachweis der Eignung eines Bieters wird durch Vorlage eines Präqualifikationszertifikats erbracht, wenn keine Anhaltspunkte ersichtlich sind, die Zweifel am Präqualifizierungsverfahren begründen.
2. Die Gewährung von Akteneinsicht im Nachprüfungsverfahren richtet sich danach, ob und inwieweit die Akteneinsicht gerade für das Nachprüfungsverfahren relevant ist. Soweit diese Relevanz nicht gegeben ist, ist die Akteneinsicht zu versagen.

**1. Vergabekammer
des Landes Hessen**
bei dem Regierungspräsidium Darmstadt
69 d · VK - 21/2012



Beschluss

In dem Nachprüfungsverfahren

w e g e n der Vergabe von Bauleistungen nach der VOB/A (Rohbauarbeiten, Baustelleneinrichtung, Abbruch) im Rahmen der Gesamtanierung der

hat die 1. Vergabekammer des Landes Hessen beim Regierungspräsidium Darmstadt durch den Vorsitzenden RD Uwe Harnisch, den hauptamtlichen Beisitzer ROR Markus Schwarz sowie die ehrenamtliche Beisitzerin TAR´in Claudia Denz- Kinzel aufgrund der mündlichen Verhandlung am 21. Juni 2012

am 27. Juni 2012 beschlossen:

- I. Der Nachprüfungsantrag wird zurückgewiesen.
- II. Der Antragsgegnerin wird gestattet, der Beigeladenen den Zuschlag nach Ablauf von zwei Wochen seit Bekanntgabe dieser Entscheidung zu erteilen.
- III. Der Beigeladenen wird die Akteneinsicht versagt.
- IV. Die Kosten des Verfahrens einschließlich der zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung der Antragsgegnerin und der Beigeladenen notwendigen Aufwendungen trägt die Antragstellerin.
- V. Für das Verfahren vor der Vergabekammer wird eine Gebühr von 2.650,-- € festgesetzt.
- VI. Die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten durch die Beigeladene wird für notwendig erklärt.

Gründe:

Teil I.

Die Antragsgegnerin und Vergabestelle schrieb im offenen Verfahren nach der VOB/A die Baustelleneinrichtung, Abbruch- und Rohbauarbeiten für die Innensanierung der in aus. Gemäß Ziffer III.2.1 der Bekanntmachung der Ausschreibung - Persönliche Lage des Wirtschaftsteilnehmers sowie Auflagen

hinsichtlich der Eintragung in einem Berufs- oder Handelsregister - war die Eignung durch die Eintragung in die Liste des „Vereins für Präqualifikation von Bauunternehmen e.V.“ (Präqualifikationsverzeichnis) oder durch eine Eigenerklärung gemäß Formblatt 124 (Eigenerklärung zur Eignung) nachzuweisen. Im Formblatt 124 ist u.a. eine Erklärung über den Umsatz des Unternehmens in den letzten drei abgeschlossenen Geschäftsjahren - soweit er Bauleistungen und andere Leistungen betrifft, die mit der zu vergebenden Leistung vergleichbar sind - abzugeben.

An der Ausschreibung beteiligten sich u.a. die Antragstellerin und die Beigeladene. Die Beigeladene legte ein am 8. Februar 2012 ausgestelltes HPQR-Zertifikat bei, in dem bestätigt wird, dass diese im Hessischen Präqualifikationsregister eingetragen ist. Entsprechend wird im Angebotsschreiben auf die Eintragung der Beigeladenen unter der Nr. 2666 HPQR verwiesen. Außerdem fügte die Beigeladenen ihrem Angebot eine Erklärung über die Mitarbeiterzahlen sowie die Umsätze in den Jahren 2009 bis 2011 bei, wobei sie angab, im Jahr 2009 weder Mitarbeiter beschäftigt noch Umsätze generiert zu haben.

Mit Schreiben vom 24. Mai 2012 teilte die Antragsgegnerin den übrigen Bietern gemäß § 101a GWB mit, dass sie beabsichtige, den Zuschlag auf das Angebot der Beigeladenen zu erteilen.

Mit Schreiben vom 29. Mai 2012 rügte die Antragstellerin die beabsichtigte Vergabe an die Beigeladene. Aus einer Auskunft der Wirtschaftsauskunftei
- im Folgenden: **A** - vom 25. Mai 2012 ergebe sich, dass die Beigeladene nicht über die von der Antragsgegnerin geforderten drei Jahresumsätze verfüge.

Diese sei somit ungeeignet und dürfe den Zuschlag nicht erhalten. Sofern Umsätze auch für das Jahr 2009 angegeben worden seien, sei dies falsch, was ebenfalls zu einem zwingenden Ausschluss der Beigeladenen führen müsse. Die fehlende Eignung der Beigeladenen werde auch durch den von ihr veröffentlichten Jahresabschluss bestätigt. Darin seien sowohl das Anlagevermögen der Beigeladenen als auch deren Vorräte mit Null angegeben.

Mit Schreiben vom 31. Mai 2012 wies die Antragsgegnerin die Rüge der Antragstellerin zurück. Die Eignung der Bieter sei nicht davon abhängig gemacht worden, dass in den letzten drei abgeschlossenen Geschäftsjahren bestimmte Mindestumsätze erzielt wurden. Die Beigeladene habe zutreffend angegeben, im Jahr 2009 keine Umsätze gemacht zu haben. Zweifel an der Eignung der Beigeladenen ergäben sich auch nicht aus der vorgelegten Auskunft der **A**. Insbesondere sei die Beigeladene präqualifiziert, was gemäß der Bekanntmachung der Ausschreibung zum Nachweis der Eignung ausreiche.

Die Antragstellerin stellte daraufhin den vorliegenden Nachprüfungsantrag. Zur Begründung verweist sie im Wesentlichen auf ihr Rügeschreiben vom 29. Mai 2012. Sie beantragt,

der Antragsgegnerin zu untersagen, den Zuschlag auf das Angebot der Beigeladenen zu erteilen.

Die Antragsgegnerin beantragt,

1. den Nachprüfungsantrag zurückzuweisen,
2. der Antragsgegnerin gemäß § 115 Abs. 2 GWB zu gestatten, den Zuschlag nach Ablauf von zwei Wochen seit Bekanntgabe dieser Entscheidung der Vergabekammer zu erteilen.

Auch die Antragsgegnerin wiederholt im Wesentlichen ihr Vorbringen in der Rügeerwiderung vom 31. Mai 2012. Dem Antrag zu 2.) sei stattzugeben, da die Antragsgegnerin darauf angewiesen sei, dass der hier verfahrensgegenständliche Auftrag so weit wie möglich noch während der diesjährigen hessischen Sommerferien abgeschlossen werde. Die ausgeschriebenen Rohbauarbeiten sowie die anschließende Betonsanierung seien einerseits äußerst lärmintensiv, andererseits Grundlage für alle weiteren Arbeiten im Rahmen der Innensanierung. Die Sanierung finde im laufenden Betrieb statt. Bei lärm- und staubträchtigen Arbeiten außerhalb der Ferien bestehe die Gefahr, dass Arbeiten nur in den Randstunden (ab 15:00 Uhr) angeordnet werden müssten, was die beabsichtigte Sanierung erheblich verteuern könne.

Die Beigeladenen beantragt ebenfalls,

den Nachprüfungsantrag zurückzuweisen.

Sie meint, die Antragstellerin sei nicht berechtigt gewesen, sich eine Auskunft der **A** über sie - die Beigeladene - zu beschaffen. Nach den strafrechtlichen Grundsätzen über die Verwertung unrechtmäßig erlangter Beweismittel („Frucht vom verbotenen Baum“) dürfte diese im vorliegenden Verfahren nicht berücksichtigt werden.

Die Antragstellerin nahm am 13. Juni 2012 Akteneinsicht.

Am 21. Juni 2012 fand die mündliche Verhandlung statt, in der die Sach- und Rechtslage ausführlich mit den Beteiligten erörtert wurde. Während der Verhandlung überreichte die Beigeladene der Vergabekammer eine Kopie des Schreibens der **A** vom 20. Juni 2012, die zur Verfahrensakte genommen wurde; die übrigen Beteiligten erhielten ebenfalls eine Kopie dieses Schreibens.

Mit Schreiben vom 26. Juni 2012 hat die Beigeladene im Nachprüfungsverfahren beantragt,

ihr Akteneinsicht zu gewähren.

Sie hat dies im Wesentlichen mit Äußerungen des _____ begründet, die er für die Antragstellerin in der mündlichen Verhandlung machte. Sie sei an deren Entkräftung interessiert, „so dass die Akten in einem künftigen Strafverfahren nach § 406e StPO (ihr) zur Einsicht zu überlassen wären“.

Teil II.

Der Nachprüfungsantrag ist zulässig (dazu A.), aber unbegründet (dazu B.). Der Antragsgegnerin und Vergabestelle wird der sofortige Zuschlag nach Ablauf von zwei Wochen nach Zustellung dieser Entscheidung gestattet (dazu C.).

- A. Der Nachprüfungsantrag ist zulässig. Die Antragstellerin hat ihrer Rügeobliegenheit genügt (dazu I.). Sie ist außerdem antragsbefugt (dazu II.).
- I. Die Antragstellerin hat die nach ihrer Auffassung fehlende Eignung der Beigeladenen gemäß § 107 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 GWB unverzüglich und damit rechtzeitig gerügt. Die Rüge erfolgte am dritten Werktag nach dem Zugang der Mitteilung der Antragstellerin nach § 101a GWB. Der 28. Mai 2012 war Pfingstmontag und damit ein gesetzlicher Feiertag. Im Hinblick auf die Tatsache, dass die Antragstellerin zunächst Recherchen bezüglich der Beigeladenen einholen musste, bestehen keinerlei Anhaltspunkte für ein schuldhaftes Zögern im Sinne des § 121 Abs. 1 Satz 1 BGB.
- II. Die Antragstellerin ist auch antragsbefugt im Sinne des § 107 Abs. 2 GWB. Durch die Abgabe eines Angebotes hat sie ihr Interesse an dem ausgeschriebenen Auftrag bekundet. Nach ihrem Vortrag ist es nicht von vornherein auszuschließen, dass sie (durch die beabsichtigte Zuschlagserteilung auf das Angebot eines nicht geeigneten Bieters) in ihren subjektiven Rechten aus § 97 Abs. 7 GWB verletzt ist und sie dadurch einen möglichen Schaden erleidet.
- B. Der Nachprüfungsantrag ist jedoch unbegründet. Die erkennende Kammer hat keinerlei Anhaltspunkte dafür, dass die Antragsgegnerin mit der beabsichtigten Erteilung des Zuschlags auf das Angebot der Beigeladenen gegen § 97 Abs. 4 Satz 1 GWB i.V.m. § 16 Abs. 2 VOB/A verstößt. Bei der Prüfung, ob ein Bieter im Sinne dieser Vorschriften geeignet ist, handelt es sich um eine Prognoseentscheidung (dazu I.). Da diese Prognoseentscheidung auf einer Beurteilung der Vergabestelle basiert, unterliegt sie nach allgemeinen Grundsätzen einer nur eingeschränkten Überprüfbarkeit durch die Nachprüfungsinstan-

zen. Vor diesem Hintergrund ist die Bejahung der Eignung der Beigeladenen durch die Antragsgegnerin und Vergabestelle nicht zu beanstanden (dazu II.).

- I. Bei der Eignungsprüfung geht es darum zu ermitteln, ob Bieter diejenige Eignung besitzen, die für die künftige Erfüllung der vertraglichen Verpflichtungen die notwendigen Sicherheiten bietet, § 16 Abs. 2 Nr. 1 VOB/A. Die Vergabestelle hat anhand der geforderten Erklärungen und Nachweise sowie ggf. weiterer Ermittlungen zu beurteilen, ob die Fachkunde, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit eines Bieters darauf schließen lassen, dass dieser die ausgeschriebene Leistung vertragsgemäß erfüllen wird. Fachkunde, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit sind keine messbaren Größen. Abgesehen von den in § 16 Abs. 1 VOB/A genannten Gründen, die in der Regel zu einer Verneinung der Eignung eines Bieters führen müssen, besteht keine scharfe, objektiv bestimmbare Trennlinie zwischen der Eignung und der Nicht-Eignung eines Bieters. Die Vergabestelle hat daher einen Beurteilungsspielraum. Sie hat die Eignung eines Bieters anhand eigener Kenntnisse und Erfahrungen subjektiv zu bewerten.
- II. Diese (exekutive) Beurteilung der Eignung eines Bieters durch die Vergabestelle ist in den (judikativen) Nachprüfungsinstanzen nur daraufhin zu überprüfen, ob das vorgeschriebene Verfahren eingehalten (dazu 1.), der Sachverhalt vollständig und zutreffend ermittelt (dazu 2.), die selbst aufgestellten Vorgaben beachtet (dazu 3.) und keine sachwidrigen oder gegen allgemeine Bewertungsgrundsätze verstoßenden Erwägungen angestellt wurden (KG Berlin, Beschluss vom 27. November 2008 - 2 Verg 4/08 - RdNr. 3, m.w.N.) (dazu 4.).
 1. Verfahrensverstöße seitens der Antragsgegnerin und Vergabestelle sind nicht ersichtlich. Insbesondere hat die Beigeladene ihre Eignung bereits mit der Vorlage eines Zertifikats über ihre Präqualifikation vollständig erbracht. Zusätzlich hat die Antragsgegnerin zwei der von der Beigeladenen für die letzten drei Jahre vorgelegten Referenzen durch Rücksprache mit den dortigen Auftraggebern überprüft und sich von der vertragsgemäßen Leistungserbringung überzeugt.
 2. Vor diesem Hintergrund bestand für die Antragsgegnerin und Vergabestelle auch keine Veranlassung, im Hinblick auf die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit der Beigeladenen weitere Sachverhaltsermittlungen durchzuführen. Insbesondere brauchte sich die Antragsgegnerin nicht - wie von der Antragstellerin gefordert - die Umsätze der Beigeladenen durch eine entsprechende Erklärung eines Steuerberaters bestätigen zu lassen.

Der Nachweis der Eignung eines Bieters sowie deren Überprüfung durch die Vergabestellen sollten mit der Neufassung des § 6 Abs. 3 Nr. 2 VOB/A wesentlich vereinfacht werden. Mit der Möglichkeit, die Eignung der Bieter durch eine Präqualifikation durch den „Verein für Präqualifikation von Bauunternehmen

e.V.“ zu überprüfen, sind die Vergabestellen nicht mehr darauf angewiesen, von den Bietern eine Vielzahl von Einzelnachweisen zu fordern, deren Vorliegen mit Angebotsabgabe zu überprüfen, ggf. fehlende Nachweise und Erklärungen nachzufordern und diese auszuwerten. Soweit durch den Gegenstand der Vergabe nicht besondere (zusätzliche) Anforderungen an die Eignung eines Bieters gerechtfertigt sind, wird die Prüfung der Fachkunde, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit abstrakt-generell von der Vergabestelle auf die Präqualifizierungsstellen delegiert. Damit unvereinbar wäre es, wenn jedes Bestreiten der Eignung eines Bieters durch einen Konkurrenten dazu führen würde, dass die Vergabestelle in eine detaillierte Prüfung einsteigen müsste. Es kann hier dahingestellt bleiben, in welcher Form ein „qualifiziertes Bestreiten“ der Eignung eines Bieters durch einen Konkurrenten zu erfolgen hat, damit dies die Erforderlichkeit weiterer Sachverhaltsaufklärung nach sich zieht. Vorliegend begegnet die Einschätzung der Antragsgegnerin keinen Bedenken, dass die vorgelegte Auskunft der A sowie die von der Beigeladenen veröffentlichten Jahresabschlüsse nicht geeignet sind, Zweifel an der durch das Zertifikat der Präqualifikation, Eigenerklärungen und die bestätigte vertragsgemäße Leistungserbringung bei zwei Referenzobjekten nachgewiesenen Eignung zu begründen.

3. Die Antragsgegnerin und Vergabestelle hat auch zutreffend darauf hingewiesen, dass sie keinerlei Mindestanforderungen an die Leistungsfähigkeit der Bieter gestellt hat. Die geforderte Eigenerklärung über den Umsatz in den letzten drei abgeschlossenen Geschäftsjahren bedeutet nicht, dass die ausgeschriebene Leistung es erfordert, dass Bieter bereits seit drei Jahren auf dem Markt tätig sind. Die Forderung einer Erklärung über die Umsätze gerade der letzten drei Jahre beinhaltet lediglich die Forderung einer Erklärung über aktuelle, d.h. nicht mehr als drei Jahre zurückliegende Umsätze. Selbst wenn die Beigeladene vorliegend nicht präqualifiziert wäre, hätte sie ihre Eignung durch Abgabe einer Eigenerklärung über die Umsätze der letzten drei Jahre nachgewiesen. Auch die Erklärung, dass 2009 keine Umsätze generiert worden sind, stellt eine entsprechende Erklärung dar.
4. Es ist auch nicht ersichtlich, dass sich die Antragsgegnerin und Vergabestelle bei der Prüfung der Eignung der Beigeladenen von sachfremden Erwägungen hätte leiten lassen. Insbesondere begegnet es keinerlei Bedenken, grundsätzlich davon auszugehen, dass das Zertifikat über die Präqualifikation des „Vereins für Präqualifikation von Bauunternehmen e.V.“ entsprechend dem vorgesehenen Verfahren durchgeführt und die Angaben des betreffenden Bieters überprüft wurden. Das Präqualifikationsverfahren richtet sich nach der Leitlinie des Bundesministeriums für Verkehr, Bau und Stadtentwicklung für die Durchführung eines Präqualifizierungsverfahrens vom 25. April 2005, in der Fassung vom 7. April 2011. In Ziffer 5.3 - Aufklärung - dieser Leitlinie heißt es: „Gibt es konkrete An-

haltspunkte für Widersprüche oder Unklarheiten in den Angaben / Nachweisen des Antragstellers / der Antragstellerin, so fordern die Präqualifizierungsstellen unverzüglich Aufklärung.“

Das nach der Prüfung der Vollständigkeit des Präqualifizierungsantrags und der Überprüfung der vorgelegten Nachweise / Erklärungen durchzuführende Prüfungsverfahren erfolgt nach dem Vier-Augen-Prinzip. In Ziffer 6.1 der Leitlinie heißt es dazu: „Ein Mitarbeiter / eine Mitarbeiterin der Präqualifizierungsstelle stellt die aktuelle Übereinstimmung des vollständigen und zweifelsfreien Antrags mit den Kriterien in Anlage 1 (vgl. Nr.13.1) fest. Die Prüfung mündet in einer Entscheidungsempfehlung. Diese Empfehlung wird von einem vom bisherigen Prüfungsprozess unabhängigen Verantwortlichen der Präqualifizierungsstelle geprüft und entschieden (Vier-Augen-Prinzip). Ähnliche oder zusammenhängende Informationen in verschiedenen Nachweisen sind dabei auf Plausibilität zu überprüfen.“ Schließlich sieht Ziffer 3.1.10 der Leitlinie vor, dass die Präqualifizierungsstellen vom „Verein für die Präqualifikation von Bauunternehmen e.V.“ im Einvernehmen mit dem Bundesinstitut für Bau-, Stadt- und Raumordnung überwacht und auf die Einhaltung des bundesweit einheitlichen Verfahrens kontrolliert werden. Anhaltspunkte für ein Abweichen von diesen Regelungen in der Leitlinie sind nicht erkennbar.

- C. Die Antragsgegnerin und Vergabestelle hat deutlich gemacht, dass ein erhebliches öffentliches Interesse an der sofortigen Erteilung des Zuschlags besteht. Die Durchführung der hier ausgeschriebenen Rohbauarbeiten sowie die anschließende - teilweise parallel laufende - Betonsanierung außerhalb der hessischen Sommerferien sind mit erheblichen Komplikationen und einer möglichen Verteuerung der Maßnahme durch die Anordnung von Arbeiten in den Randstunden verbunden. Entgegen der Planung würden lärm- und staubintensive Arbeiten nicht an einem aus Sicht des Schulbetriebs relativ ruhigen Schuljahresende, sondern am Schuljahresbeginn durchgeführt werden müssen. Zudem ist zu berücksichtigen, dass der Nachprüfungsantrag der Antragstellerin nach Auffassung der erkennenden Vergabekammer unbegründet ist. Die der Entscheidung zugrundegelegten Rechtssätze - insbesondere zum Beurteilungsspielraum der Vergabestelle bei der Eignungsprüfung und der daraus resultierenden eingeschränkten Prüfungscompetenz der Nachprüfungsinstanzen - sind ständige obergerichtliche Rechtsprechung. Da der vorliegende Nachprüfungsantrag auch in tatsächlicher Hinsicht zu keiner Beanstandung des Vergabeverfahrens geführt hat, sprechen auch die nur geringen Erfolgsaussichten einer sofortigen Beschwerde für die Zulassung des sofortigen Zuschlags.
- D. Dem Antrag der Beigeladenen auf Akteneinsicht war nicht stattzugeben, da die Akteneinsicht nicht der Wahrnehmung von Rechten im vorliegenden Nachprüfungsverfahren dienen soll.

Ein Recht auf Akteneinsicht ist nur in dem Umfang gegeben, in dem diese zur Durchsetzung subjektiver Rechte (§ 97 Abs. 7 GWB) des um Akteneinsicht nachsuchenden Verfahrensbeteiligten erforderlich ist (Ziekow/Völlink-Dicks, Vergaberecht, 1. Aufl. 2011, § 111 GWB Rn. 4 m.w.N.). Dabei ist als Kriterium auf die Entscheidungsrelevanz der Akteneinsicht für die zu klärenden Fragen im Nachprüfungsverfahren abzustellen (Kulartz/Kus/Portz-Kus, GWB-Vergaberecht, 2. Aufl. 2009, § 111 GWB Rn. 16 m.w.N.). Demnach kommt es darauf an, ob und inwieweit die Akteneinsicht gerade für das Nachprüfungsverfahren relevant ist.

Dies ist der Begründung der Beigeladenen zu ihrem Antrag auf Akteneinsicht nicht zu entnehmen. Soweit sie sich dabei auf die Auskünfte der **A** bezieht, sind diese ihr bereits mit Verfügung der Vergabekammer vom 11. Juni 2012 zugeleitet worden, da sie als Anlage der Antragschrift beigefügt waren; diesen Auskünften ist sie bereits mit ihrem Schriftsatz vom 15. Juni 2012 entgegen getreten. Zudem sind sie nach den vorstehenden Ausführungen zu den Gründen für die vorliegende Entscheidung nicht relevant. Soweit sie ein „zukünftiges Strafverfahren“ angibt, ist anzunehmen, dass die Akteneinsicht für dieses Nachprüfungsverfahren nicht relevant sein soll. Dafür spricht auch der Umstand, dass der Antrag auf Akteneinsicht erst nach der mündlichen Verhandlung gestellt wurde – gleichwohl es der Beigeladenen möglich war, diesen vorher zu stellen.

- E. Die Kostenentscheidung ist wie folgt zu begründen:
- I. Die Gebühr für das Verfahren vor der Vergabekammer ist gemäß § 128 Abs. 3 Satz 3 GWB von der Antragstellerin zu tragen. Gemäß § 128 Abs. 1 GWB werden für Amtshandlungen der Vergabekammer Gebühren erhoben. Die Festsetzung der Gebühr bestimmt sich nach dem personellen und sachlichen Aufwand der Vergabekammer unter Berücksichtigung der wirtschaftlichen Bedeutung des Gegenstands des Verfahrens. Aufgrund des von der Antragstellerin angebotenen Preises ergibt sich unter Anwendung der von der Vergabekammer des Bundes erarbeiteten Gebührentabelle, die auch die erkennende Vergabekammer zu Grunde legt, eine Gebühr von 2.650,-- €.
 - II. Die Antragstellerin hat die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Auslagen der Antragsgegnerin und der Beigeladenen zu tragen, § 128 Abs. 4 Satz 2 GWB. Die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten auf Seiten der Beigeladenen war angesichts der Schwierigkeit des Vergaberechts und der Vielzahl zu klärender Rechtsfragen notwendig, § 128 Abs. 4 Satz 2 GWB, § 80 HVwVfG.