

## GPA-Mitteilung Bau 4/2008

Az. 600.532

30.12.2008

### **Ausschluss eines Bieters wegen Vertragspflichtenverletzungen bei früheren Aufträgen (mangelnde Zuverlässigkeit)**

#### **1 Einleitung**

Bauleistungen sind an fachkundige, leistungsfähige und **zuverlässige Unternehmer** zu vergeben (§ 97 Abs. 4 GWB, § 2 Nr. 1 VOB/A). Dieser **Vergabegrundsatz** gilt für alle Vergabearten.

Die Vergabestellen werden insbesondere bei **Öffentlichen Ausschreibungen** wiederholt mit der Frage konfrontiert, ob und ggf. unter welchen Voraussetzungen Bieter wegen **mangelnder Zuverlässigkeit** ausgeschlossen werden können, wenn sie bei früheren Aufträgen ihre Vertragspflichten verletzt haben.

Die GPA gibt dazu die folgenden Hinweise unter Bezugnahme auf Rechtsprechung oder Entscheidungen der Vergabekammern (in der **Anlage 3** chronologisch zusammengefasst).

#### **2 Bestimmungen der VOB/A Ausgabe 2006<sup>1</sup>**

**Von der Teilnahme am Wettbewerb dürfen Unternehmer ausgeschlossen werden,**

...

**c) die nachweislich eine schwere Verfehlung begangen haben, die ihre Zuverlässigkeit als Bewerber in Frage stellt (§ 8 Nr. 5 VOB/A).**

<sup>1</sup> Die genannten Bestimmungen gelten auch bei EG-Ausschreibungen; in solchen Fällen gilt ergänzend § 8a VOB/A (wird nachfolgend nicht zitiert).

**Außerdem können Angebote von Bietern nach § 8 Nr. 5 VOB/A ausgeschlossen werden (§ 25 Nr. 1 Abs. 2 VOB/A).**

**Bei Öffentlicher Ausschreibung ist zunächst die Eignung der Bieter zu prüfen. Dabei sind anhand der vorgelegten Nachweise die Angebote der Bieter auszuwählen, deren Eignung die für die Erfüllung der vertraglichen Verpflichtungen notwendigen Sicherheiten bietet; dies bedeutet, dass sie die erforderliche Fachkunde, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit besitzen und über ausreichende technische und wirtschaftliche Mittel verfügen (§ 25 Nr. 2 Abs. 1 VOB/A).**

Nach den Bestimmungen des § 8 Nr. 5 VOB/A kann die Ausgabe der Vergabeunterlagen an Bewerber verweigert werden (**Wettbewerbsausschluss**<sup>1</sup>).

Nach § 25 Nr. 1 Abs. 2 und Nr. 2 Abs. 1 VOB/A kann ein Bieter im Rahmen der Angebotswertung bei nachgewiesener mangelnder Zuverlässigkeit ausgeschlossen werden (**Angebotsausschluss**)<sup>2</sup>.

**Zuverlässig** ist ein Bieter, der seinen gesetzlichen Verpflichtungen nachgekommen ist und der aufgrund der Erfüllung früherer Verträge eine einwandfreie Ausführung einschließlich Erfüllung der Mängelansprüche erwarten lässt (**Allgemeindefinition**).

**Schwere Verfehlungen**, die nach der VOB/A zum Angebotsausschluss führen können, sind beispielsweise nachgewiesene **Korruptionshandlungen** oder unzulässige Preisabsprachen (vgl. ergänzend zur VOB/A die VwV Korruptionsverhütung und -bekämpfung des IM vom 28.12.2005, GABl. 2006, 125; ferner OLG Brandenburg, Beschl. v. 14.12.2007). Bestimmte **Ordnungswidrigkeiten und Straftaten**, die im Zusammenhang mit der **Gewerbeausübung** begangen worden sind, führen nach bundesgesetzlichen Vorschriften zum Angebotsausschluss (s. § 6 Arbeitnehmerentendegesetz oder § 21 Schwarzarbeitsbekämpfungsgesetz)<sup>3</sup>.

Schwere Verfehlungen sind begrifflich aber auch **Vertragspflichtenverletzungen**, die von einem Unternehmen bei früheren (zwischenzeitlich abgewickelten oder noch laufenden) Aufträgen begangen worden sind (s. nachfolgend **Abschnitt 3**).

---

<sup>1</sup> Der § 8 Nr. 5 VOB/A ist auch die Rechtsgrundlage für Vergabesperrn.

<sup>2</sup> Die nachfolgenden Ausführungen befassen sich nur mit dem Angebotsausschluss.

<sup>3</sup> Solche Verfehlungen sind nicht Gegenstand dieser Mitteilung.

Nach den Bestimmungen der §§ 8 Nr. 5 VOB/A, 25 Nr. 1 Abs. 2 VOB/A und 25 Nr. 2 Abs. 2 VOB/A entscheiden die Vergabestellen nach **pflichtgemäßem Ermessen**<sup>1</sup> (vgl. u.a. OLG Saarbrücken, Beschl. v. 08.07.2003 oder OLG Frankfurt, Beschl. v. 30.03.2004 in **Anlage 3**).

Die Bestimmungen der VOB/A dienen dem **Schutz der öffentlichen Auftraggeber**, die zu wirtschaftlichem Umgang mit öffentlichen Mitteln verpflichtet sind.

Bei Vergabeentscheidungen ist der Grundsatz der **Verhältnismäßigkeit** zu beachten. Auf einen angemessenen Ausgleich zwischen den Unternehmergrundrechten und der gebotenen Sicherstellung des Wettbewerbs ist zu achten.

### **3 Angebotsausschluss wegen Vertragspflichtenverletzungen bei früheren Aufträgen**

#### **3.1 Allgemeines**

Eine **Vertragspflichtenverletzung** ist beispielsweise gegeben, wenn ein Bieter bei früheren Aufträgen die ihm nach der VOB/B oder VOB/C obliegenden Vertragspflichten - schuldhaft -<sup>2</sup> nicht erfüllt hat (s. dazu die beispielhafte Aufzählung in der **Anlage 1**).

Die **Prüfung der Zuverlässigkeit** erfolgt im Wesentlichen auf der Grundlage einer Analyse des in der Vergangenheit liegenden Geschäftsgebarens des Bieters.

**Rechtsgrundlagen** für einen Angebotsausschluss wegen früherer Vertragspflichtenverletzungen bzw. mangelnder Zuverlässigkeit sind die in **Abschnitt 2** genannten Vergabebestimmungen.

Eine frühere Vertragspflichtenverletzung (z.B. Unternehmerverzug um mehrere Monate) kann ursächlich auch auf **mangelnde Leistungsfähigkeit** zurückzuführen gewesen sein (z.B. fehlende Gerätschaften). Bei einer anstehenden Vergabe kann deshalb erneut man-

---

<sup>1</sup> Unternehmer „können“ bzw. „dürfen“ ausgeschlossen werden; das Ermessen kann sich aber je nach Art und Schwere einer Verfehlung bis auf Null reduzieren; bei EG-Ausschreibungen regelt der § 8a Nr. 1 VOB/A besondere zwingende Ausschlussgründe.

<sup>2</sup> Hinweis: Mängelansprüche des Auftraggebers nach §§ 4 Nr. 7, 13 VOB/B setzen kein Verschulden des Auftragnehmers im Rechtssinne (§ 276 BGB) voraus, nur objektiv eine vom Auftragnehmer zu verantwortende mangelhafte Bauleistung.

gelnde Leistungsfähigkeit - neben der mangelnden Zuverlässigkeit - ein Ausschlussgrund nach § 25 Nr. 2 Abs. 1 VOB/A sein (vgl. OLG Karlsruhe, Urt. v. 25.06.2001 in **Anlage 3**).

Bei Öffentlichen Ausschreibungen ist den Vergabestellen ein Angebotsausschluss nach § 25 VOB/A grundsätzlich nicht deshalb verwehrt, weil sie nach der Vergabebekanntmachung Vergabeunterlagen **an die betreffenden Bieter herausgegeben** hatten.

Ein Angebotsausschluss ist grundsätzlich nicht gerechtfertigt, wenn die Vertragspflichtenverletzungen längere Zeit zurückliegen, einem Bieter von der Vergabestelle **zwischenzeitlich wieder Aufträge** erteilt und diese von ihm ordnungsgemäß erfüllt worden sind.

## **3.2 Voraussetzungen für einen Angebotsausschluss<sup>1</sup>**

### **3.2.1 Schwere einer Vertragspflichtenverletzung**

Nach § 8 Nr. 5c i.V.m. § 25 Nr. 1 Abs. 2 VOB/A setzt ein Angebotsausschluss eine **schwerwiegende Vertragspflichtenverletzung** (Verfehlung) voraus. Sie muss eine erhebliche **Störung des Vertrauensverhältnisses** zwischen Auftraggeber und Unternehmer begründen.

Entscheidend ist, dass dem Auftraggeber angesichts des früheren Verhaltens des Unternehmers **nicht zugemutet** werden kann, mit dem Unternehmer erneut in vertragliche Beziehungen zu treten (VK Düsseldorf, Beschl. v. 31.10.2005 in **Anlage 3**).

Die in der **Anlage 1** beispielhaft aufgezählten Vertragspflichtenverletzungen können schwerwiegend sein. Vertragspflichtenverletzungen sind umso schwerwiegender einzustufen, wenn sie in der Vergangenheit bei verschiedenen Aufträgen **wiederholt** oder bei einem Auftrag **mehrfach** begangen worden sind.

### **3.2.2 Auswirkungen einer Vertragspflichtenverletzung**

Allein die Qualifizierung einer Vertragspflichtenverletzung als schwerwiegend (z.B. nach der **Anlage 1**) reicht grundsätzlich noch nicht aus, einen Angebotsausschluss nach § 25 VOB/A zu begründen. Sie muss zugleich auch **Auswirkungen** gehabt haben.

---

<sup>1</sup> Vgl. dazu auch das Schrifttum, u.a. auch die Ausführungen von Freund in BauR 2a/2007, 311 oder Prieß/Stein in NZBau 2008, 230.

Nach der Rechtsprechung oder den Entscheidungen der Vergabekammern in Anlage 3 muss eine Vertragspflichtenverletzung zu **Belastungen oder Nachteilen** für den Auftraggeber (oder für Dritte) in finanzieller oder tatsächlicher Hinsicht geführt haben (vgl. u.a. OLG Stuttgart, Urt. v. 29.04.2003, IBR 2003, 496, VK Brandenburg, Beschl. v. 11.07.2007, VK Nordbayern, Beschl. v. 18.12.2007 in Anlage 3).

Unter dem Begriff „Belastungen/Nachteile“ sind aber nicht nur konkrete finanzielle Schäden bzw. Vermögensnachteile zu verstehen, sondern allgemein **nachteilige Auswirkungen**, auch solche, die nicht merkantil beziffert werden können.

**Beispiele:**

- Beim **Bauen unter Aufrechterhaltung des Betriebs** (z.B. in Schulen, Krankenhäusern oder Pflegeheimen) kann länger anhaltender Unternehmerverzug zu erheblichen Nachteilen bzw. Belästigungen für die **Nutzer** führen. Solche Auswirkungen können ausreichen, um die Schwere einer Vertragspflichtenverletzung zu begründen.
- Beim **Straßenbau** mit halb- oder vollseitiger Sperrung kann länger anhaltender Unternehmerverzug zu erheblichen Nachteilen bzw. Belästigungen für die **Anlieger** führen. Auch solche Auswirkungen können ausreichen, um die Schwere einer Vertragspflichtenverletzung zu begründen.

Auf das weitere Beispiel in der **Anlage 2** wird verwiesen.

### **3.2.3 Seinerzeitige Geltendmachung vertraglicher Ansprüche als Voraussetzung für einen Angebotsausschluss?**

Für einen Angebotsausschluss ist **nicht zwingend Voraussetzung**, dass der Auftraggeber wegen Vertragspflichtenverletzungen seinerzeit **vertragliche Ansprüche nach VOB/B** (z.B. Kündigungs-, Schadensersatz-, Mängel- oder Vertragsstrafenansprüche) **oder gesetzliche Ansprüche nach BGB** (z.B. Rückforderungsansprüche nach §§ 812 ff. BGB oder Schadensersatzansprüche wegen unerlaubter Handlungen nach § 823 BGB) geltend gemacht hatte. Die Geltendmachung solcher Ansprüche indiziert aber ebenfalls die Schwere einer Vertragspflichtenverletzung bzw. erleichtert deren Begründung (vgl. dazu u.a. VK Nordbayern, Beschl. v. 18.12.2007 oder OLG Düsseldorf, Urt. v. 13.03.1990 in Anlage 3).

### **3.2.4 Kein Angebotsausschluss bei bloßen Meinungsverschiedenheiten oder Rechtsstreitigkeiten**

**Bloße Meinungsverschiedenheiten** oder Streitigkeiten, die hinsichtlich einer ordnungsgemäßen Vertragserfüllung bestehen, mögen sie auch Gegenstand eines **Rechtsstreits** oder

eines **selbständigen Beweisverfahrens** sein, sind noch nicht als eine schwere Verfehlung zu werten (vgl. u.a. OLG Celle, Urt. v. 26.06.1998, VK Düsseldorf, Beschl. v. 31.10.2005 oder VK Leipzig, Beschl. v. 17.07.2007 in Anlage 3). Ein Angebot kann allein deswegen nicht ausgeschlossen werden, nur weil ein Bieter angeblich ein „**Prozesshansel**“ ist (BGH, Urt. v. 26.10.1999 in **Anlage 3**).

### **3.2.5 Nachweis einer schweren Verfehlung**

Ein Angebotsausschluss nach § 25 Nr. 1 Abs. 2 i.V.m. § 8 Nr. 5c VOB/A setzt voraus, dass die Vergabestelle eine schwere Vertragspflichtenverletzung darlegen und ggf. beweisen kann<sup>1</sup>. Die Vergabestelle hat insbesondere **schuldhaftes Verhalten** des Bieters bei früheren Aufträgen darzulegen, oder zumindest darzulegen, dass eine Vertragspflichtenverletzung allein dem Verantwortungsbereich des Unternehmens zuzurechnen war.

Eine Vertragspflichtenverletzung ist nachweislich dann gegeben, wenn die dem Vorwurf zugrunde liegenden Tatsachen **objektiv unstreitig** sind. Die Vergabestellen können bei Vergabeentscheidungen ausschließlich auch auf **Aussagen anderer Vergabestellen** zurückgreifen. Die Vergabestelle darf dann aber nur solche Umstände berücksichtigen, die auf gesicherten Erkenntnissen beruhen. Bloße Gerüchte oder vage Verdachtsmomente sind für einen Angebotsausschluss grundsätzlich nicht ausreichend (s. noch Abschnitt 3.4).

### **3.2.6 Infragestellung der Zuverlässigkeit des Bieters, Prognoseentscheidung, sog. Selbstreinigung des Bieters**

Der Nachweis einer schweren Vertragspflichtenverletzung reicht für die Begründung eines Angebotsausschlusses noch nicht endgültig aus. Vielmehr muss die Vertragspflichtenverletzung die **Zuverlässigkeit** des Bieters **in Frage stellen** (s. § 8 Nr. 5c VOB/A, 2. Halbsatz). Die Zuverlässigkeit ist dann in Frage gestellt, wenn das Unternehmen aufgrund seines Verhaltens nicht die **Gewähr** dafür bietet, die verlangte Leistung in der geforderten Weise zu erbringen.

Erforderlich ist somit eine **Prognose-/Ermessensentscheidung** der Vergabestelle im Rahmen der Angebotswertung. Die Vergabestelle muss unter Würdigung aller bekannten Tatsachenumstände für die Zukunft bzw. die anstehende Bauausführung prognostizieren, ob die Zuverlässigkeit des Bewerbers weiterhin ungewiss erscheint (VK Nordbayern, Beschl. v.

---

<sup>1</sup> Der Vergabestelle obliegt die Darlegungs-/Beweislast.

24.01.2008). Hat ein Bieter bei früheren Aufträgen eine schwerwiegende Vertragspflichtenverletzung begangen, rechtfertigt dies also **nicht automatisch** auch den **Rückschluss**, dass sich im Falle einer erneuten Auftragserteilung Ähnliches wiederholen wird.

Gleichwohl gesteht die Rechtsprechung den Vergabestellen diesbezüglich erhebliche **Ermessensspielräume** und Erleichterungen zu. Je nach Schwere einer früher begangenen Vertragspflichtenverletzung kann eine „vereinfachte“ Prognoseentscheidung ausreichend sein (OLG Düsseldorf, Urt. v. 10.12.2001 in **Anlage 3**) oder eine Prognoseentscheidung ggf. auch gänzlich unterbleiben (s. das Beispiel in **Anlage 2**). Prognosefehler sind nur bei willkürlichen oder sachwidrigen Erwägungen anzunehmen (OLG Frankfurt, Beschl. v. 30.03.2004 in **Anlage 3**). Eine negative Prognoseentscheidung kann auch durch eine **Gesamtschau mehrerer Umstände** gerechtfertigt sein (BayrOblG, Beschl. v. 01.10.2001 in **Anlage 3**).

Eine Prognoseentscheidung kann ggf. beeinflusst werden, wenn ein Bieter zwischenzeitlich geeignete Maßnahmen getroffen hat, die eine Verhinderung von Verfehlungen nachhaltig sicherstellen und eine Wiederherstellung der Zuverlässigkeit des Unternehmens somit dauerhaft gewährleisten (**sog. Selbstreinigung**). Nach Rechtsprechung<sup>1</sup> und Schrifttum<sup>2</sup> setzt eine Selbstreinigung beispielsweise bei begangenen **Korruptionshandlungen** im Wesentlichen voraus, dass der betroffene Bieter den Sachverhalt umfassend aufklärt, mit den Ermittlungsbehörden und der Vergabestelle zusammenarbeitet, einen evtl. entstandenen **Schaden wieder gutmacht** (z.B. eine Verpflichtung zur Zahlung eines Schadensersatzes anerkennt) und ggf. bereits **personelle oder organisatorische Maßnahmen** getroffen hat (z.B. sich vollständig von betroffenen Gesellschaftern, Organen oder Mitarbeitern getrennt hat, die für die schwere Vertragspflichtenverletzung verantwortlich waren). Im Rahmen von Aufklärungsgesprächen muss diesbezüglich aber der betroffene Bieter (nicht die Vergabestelle) aktiv werden. Wird ein Bieter nicht aktiv oder kann er keine Umstände aufzeigen, die die Gefahr einer Wiederholung ausschließen, darf die Vergabestelle ggf. zu Recht davon ausgehen, dass der Bieter bei dem anstehenden Auftrag nicht die Gewähr für eine vertragsgerechte Durchführung bietet (OLG Düsseldorf, Beschl. v. 10.12.2001 in **Anlage 3**).

Die sog. Selbstreinigung spielt bei einem beabsichtigten Angebotsausschluss wegen früheren **Vertragspflichtenverletzungen** nicht in dem Maße eine entscheidende Rolle, wie beispielsweise bei begangenen Korruptionshandlungen. Gleichwohl muss eine vom Bieter ernst- und glaubhaft vorgetragene Selbstreinigungsmaßnahme (z.B. Entlassung eines Fir-

<sup>1</sup> Vgl. z.B. OLG Brandenburg, Beschl. v. 14.12.2007 in Anlage 3.

<sup>2</sup> Vgl. z.B. Prieß/Stein in NZBau 2008, 230; ferner z.B. die Ausführungen unter Nr. 3.3.3 der VwV Korruptionsverhütung und -bekämpfung des IM v. 28.12.2005, GABl. 2006, 125.

menbauleiters, der bei früheren Aufträgen für Baumängel verantwortlich war) zumindest zum Anlass genommen werden, einen beabsichtigten Angebotsausschluss nochmals zu überdenken.

### 3.2.7 Aufklärungsgespräche

Die VOB/A regelt im Falle eines beabsichtigten Angebotsausschlusses keine **Pflicht zur Anhörung** des betroffenen Bieters<sup>1</sup>.

Grundsätzlich wird den Vergabestellen aber empfohlen, einen betroffenen Bieter vor Angebotsausschluss zu hören (**Aufklärungsgespräch nach § 24 VOB/A**)<sup>2</sup>, es sei denn, dem Auftraggeber (oder den beauftragten Architekten/Ingenieuren) ist es aufgrund der Vorkommnisse in der Vergangenheit **nicht zuzumuten**, solche Gespräche zu führen (s. auch das **Beispiel** in der **Anlage 2**).

Bei Aufklärungsgesprächen soll betroffenen Bietern Gelegenheit gegeben werden, sich zu den Vorwürfen zu äußern. Gleichzeitig wird ihnen die Chance eröffnet, sich darüber zu äußern, welche personellen und organisatorischen Maßnahmen (z.B. Entlassung von Mitarbeitern, betriebliche Umstellungen) zwischenzeitlich eingeleitet worden sind, damit sich Vorfälle - wie bei früheren Aufträgen - nicht wiederholen können (s. bereits Abschnitt 3.2.6).

### 3.3 Vergabevermerk

Aufgrund der vorstehenden Ausführungen hat die Vergabestelle im **Vergabevermerk** (§§ 30, 30a VOB/A) die Schwere einer Vertragspflichtenverletzung und die Ergebnisse etwaiger Aufklärungsgespräche darzulegen, außerdem ggf. zu begründen, weshalb aufgrund der Vorfälle bei vergangenen Bauaufträgen auf eine Unzuverlässigkeit für den anstehenden Auftrag gefolgert werden kann (VK BW, Beschl. v. 08.08.2001 in **Anlage 3**).

---

<sup>1</sup> Eine gesetzliche Anhörungspflicht besteht dagegen nach § 6 Arbeitnehmerentsendegesetz und § 21 Schwarzarbeitsbekämpfungsgesetz.

<sup>2</sup> Insbesondere wenn ein Angebotsausschluss nur auf Fremdauskünfte gestützt werden kann (s. dazu Abschnitt 3.4).



### 3.4 Eigene Erfahrungen der Vergabestelle, Fremdauskünfte

#### Eigene Erfahrungen

Ein Nachweis im eigentlichen Sinne erübrigt sich dann, wenn die Vergabestelle mit einem Bieter aufgrund früherer Aufträge selbst Erfahrungen gemacht hat. Sie kann dann auf Vergabe-/Bauausführungsakten (z.B. Schriftverkehr, Bautagesberichte, Baufristenpläne und dergleichen) zurückgreifen.

#### Fremdauskünfte

Ungleich schwieriger ist es für eine Vergabestelle, Nachweise für die Schwere einer Vertragspflichtenverletzung zu führen und einen Angebotsausschluss zu begründen, wenn sie sich nur auf sog. Fremdauskünfte stützen kann.

Nach § 8 Nr. 3b VOB/A dürfen von den Bewerbern oder Bietern zum Nachweis ihrer Eignung (Fachkunde, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit) u.a. Angaben verlangt werden über die Ausführungen von Leistungen in den letzten drei abgeschlossenen Geschäftsjahren, die mit der zu vergebenden Leistung vergleichbar sind (**Referenzen**). Die in der Vergabebekanntmachung sowie in den Vergabeunterlagen geforderten Referenzen (§ 10 Nr. 5 Abs. 2 I VOB/A, § 17 Nr. 1 Abs. 2s VOB/A) ermöglichen die Einholung von Auskünften beispielsweise bei anderen öffentlichen Auftraggebern (BayrObIG, Beschl. v. 01.10.2001 in **Anlage 3**). Bei den Auskünften Dritter muss es sich aber um objektivierbare Fakten aus **verlässlichen Quellen** handeln (vgl. OLG Saarbrücken, Beschl. v. 08.07.2003 oder OLG Frankfurt, Beschl. v. 30.03.2004 in **Anlage 3**).

Werden Angebotsausschlüsse wegen Vertragspflichtenverletzungen ausschließlich auf Fremdauskünfte gestützt, ist grundsätzlich darauf zu achten, dass die von Dritten gemachten Angaben **fundiert und zutreffend** sind. Vergabeentscheidungen des Auftraggebers müssen auf der Grundlage **gesicherter Erkenntnisse** erfolgen (vgl. u.a. BGH, Urt. v. 26.10.1999, VK Südbayern, Beschl. v. 19.01.2001 oder VK BW, Beschl. v. 08.08.2001 in **Anlage 3**). Nur allgemeine **Behauptungen** reichen für einen Angebotsausschluss nicht aus (VK Sachsen, Beschl. v. 30.10.2001, IBR 2002, 275). Allein auf **Gerüchte** oder **Mutmaßungen** darf sich die Vergabestelle nicht stützen (VK Südbayern, Beschl. v. 12.03.2002 in **Anlage 3**).

Grundsätzlich wird empfohlen, Ausschlussgründe nicht allein auf Telefonate zu stützen, sondern mit den Verantwortlichen bei anderen Vergabestellen **Gespräche** zu führen, um detaillierte Fakten hinsichtlich der Schwere von Vertragspflichtenverletzungen und deren nachteilige Auswirkungen zu erhalten. Im Übrigen können solche Gespräche auch genutzt

werden, um evtl. weitere Ausschlussgründe in Erfahrung zu bringen (z.B. mangelnde Leistungsfähigkeit des Bieters).

Vergabestellen dürfen sich grundsätzlich auf die Richtigkeit erteilter Auskünfte anderer Vergabestellen verlassen. Es ist nicht erforderlich, dass sich eine Vergabestelle den Wahrheitsgehalt erteilter Auskünfte noch besonders nachweisen lässt. Zitate aus OLG Düsseldorf, Beschl. v. 24.05.2007, vgl. ähnlich auch VK Südbayern, Beschl. v. 12.03.2002 in

**Anlage 3:**

**„Die Angabe von Referenzen soll den Auftraggeber nur in die Lage versetzen, die Einschätzungen der in der Referenzliste genannten (anderen) Auftraggeber in Erfahrung zu bringen. Eine Vergabestelle ist nicht verpflichtet, durch eigene Ermittlungen diese Einschätzungen auf ihren objektiven Gehalt hin zu überprüfen. Eine Vergabestelle darf sich auf die Auskünfte anderer (öffentlicher) Auftraggeber grundsätzlich verlassen“.**

### **3.5 Keine Verpflichtung der Vergabestelle zur Mitteilung ihrer Auskunftsquellen**

Die Vergabestelle ist nicht verpflichtet, einem Bieter mitzuteilen, welche Stelle bzw. welche Person ihr negative Auskünfte erteilt hat. Ein Bieter hat auch kein Recht auf Akteneinsicht (OLG Karlsruhe, Urt. v. 02.12.1993 in **Anlage 3**).

## **4 Sonstige Hinweise**

- Bei **Beschränkten Ausschreibungen mit Öffentlichem Teilnahmewettbewerb** (§ 3 Nr. 3 Abs. 2 VOB/A) gelten für den Ausschluss eines Bewerbers bzw. Teilnahmeantrags in der ersten Vergabestufe die vorstehenden Ausführungen entsprechend.
- Bei direkten **Beschränkten Ausschreibungen oder Freihändigen Vergaben** gilt § 8 Nr. 4 VOB/A (Prüfung der Eignung der Bewerber vor Herausgabe der Vergabeunterlagen). Nach Herausgabe der Vergabeunterlagen lässt sich ein Angebotsausschluss wegen früherer Vertragspflichtenverletzungen kaum noch begründen (§ 25 Nr. 2 Abs. 2 VOB/A).
- Übergangene erstplatzierte Bieter können bei Vorliegen bestimmter Voraussetzungen **Schadensersatzansprüche** aus culpa in contrahendo (§§ 280, 311 ff. BGB) in Höhe der Angebotsbearbeitungskosten oder ggf. des entgangenen Gewinns geltend machen. Werden erstplatzierte Bieter ausgeschlossen und kann mangelnde Zuverlässigkeit nicht



begründet werden, besteht somit die Gefahr, auf Schadensersatz in Anspruch genommen zu werden (s. OLG Stuttgart, Urt. v. 29.04.2003 in **Anlage 3**; zum Schadensersatz allgemein vgl. GPA-Mitteilung Bau 2/2008). Bei EG-Ausschreibungen besteht außerdem die Gefahr, dass Vergabekammern Vergabeentscheidungen des Auftraggebers nicht akzeptieren bzw. wiederholen lassen. Angebotsausschlüsse wegen mangelnder Zuverlässigkeit sind deshalb mit besonderer Sorgfalt vorzubereiten und zu begründen.

- Werden nicht berücksichtigte Bewerber oder Bieter wegen mangelnder Zuverlässigkeit ausgeschlossen, wird empfohlen, bei **Abfassung der Absageschreiben** (Mitteilungen) i.S. § 27 VOB/A oder bei **Informationen** i.S. § 13 VgV bzw. 27a VOB/A (betr. EG-Ausschreibungen) sich strikt an den Wortlaut der hierfür zur Verfügung stehenden „Kommunalen Vordrucke“ (s. KVHB-Bau) zu halten. Die Begründung eines Ausschlusses einer Bewerbung oder eines Angebots wegen mangelnder Eignung ist eine sensible Angelegenheit. In Absageschreiben sollten jedenfalls geschäftsschädigende Äußerungen vermieden werden.

## Anlage 1

### Beispiele für schwere Vertragspflichtenverletzungen (mögliche Gründe für einen Angebotsausschluss wegen mangelnder Zuverlässigkeit bei einer anstehenden Vergabe)

#### Bauausführung

- **Eigenmächtige Änderungen** in der Bauausführung (§§ 2 Nr. 8, 4 Nr. 7 VOB/B), z.B. Einbau geringerer Schichtdicken oder Verwendung anderer, minderwertiger Materialien.
- **Nichterfüllung behördlicher, gesetzlicher oder berufsgenossenschaftlicher Verpflichtungen oder anerkannter Regeln der Technik** (§ 4 Nr. 2 VOB/B, VOB/C), z.B. vorsätzliche oder grob fahrlässige Nichteinhaltung einschlägiger Unfallverhütungsvorschriften trotz Aufforderung durch die Bauleitung bzw. des SiGeKo.
- Vorsätzliche oder grob fahrlässige **Unterlassung von Bedenkenanmeldungen** (§ 4 Nr. 3 VOB/B), insbesondere bei Unfällen.
- **Unterlassene Schutzmaßnahmen** (§ 4 Nr. 5 VOB/B), insbesondere bei eingetretenen Folgeschäden (z.B. Wasserschäden).
- **Mangelhafte Bauausführung** vor der Abnahme (§ 4 Nr. 7), insbesondere bei unterlassener Nachbesserung oder schleppender Nachbesserung, verbunden mit erheblichen Bauzeitverzögerungen und ggf. Entschädigungen für Nachfolgeunternehmer.
- **Ungenehmigter Nachunternehmereinsatz** (§ 4 Nr. 8 VOB/B), insbesondere in Wiederholungsfällen.
- **Ständige (wiederholte) Nichteinhaltung von Vertragsfristen oder Baufristenpläne** (§ 5 VOB/B) aus Gründen, die dem Verantwortungsbereich des Auftragnehmers zuzurechnen sind.
- **Wiederholte Arbeitseinstellungen** oder ständige Androhungen ohne sachlichen Grund (zu § 16 Nr. 5 VOB/B bzw. § 18 Nr. 5 VOB/B), z.B. verbunden mit **ständigen** – objektiv – unberechtigten **Nachtragsforderungen**, bei denen es der Bieter in der Vergangenheit nur darauf angelegt hat, sich vermeintliche „Schwachstellen in der Leistungsbeschreibung“ nach § 2 Nr. 5 oder Nr. 6 VOB/B zusätzlich vergüten zu lassen (vgl. dazu auch OLG Celle, Beschl. v. 08.11.2001, VergabeR 2002, 176 = BauR 2002, 683).
- **Wiederholte Beschädigungen von Sachen Dritter oder Verletzung von Verkehrssicherungspflichten** (§ 10 VOB/B; zu § 823 BGB)
- **Unterlassene rechtzeitige Anzeigen oder Mitteilungen gemäß der VOB/C**, z.B. bei Baugrundereignissen, ggf. verbunden mit schwerwiegenden Nachteilen für den Auftraggeber, insbesondere wenn dem Auftraggeber wegen der nicht rechtzeitigen Anzeige

erhebliche Mehrkosten entstehen, die bei rechtzeitiger Anzeige hätten vermieden oder minimiert werden können.

### **Bauabrechnung**

- **Nicht prüfbare Abrechnung der Bauleistungen** (§ 14 VOB/B), insbesondere bei **gravierenden Abrechnungsmängeln**, z.B. bei Nichterstellung von Aufmaßen, bei Verweigerung der Übergabe von Abrechnungsunterlagen (z.B. Stundenlohnzettel, Entsorgungsnachweise, Wiegescheine), bei Unterlassung bzw. Behinderung gemeinsamer Feststellungen i.S. § 14 Nr. 2 VOB/B oder bei unterlassener Stellung einer Schlussrechnung (weil Abschlagszahlungen bereits überzahlt worden sind).
- **Verdacht auf Abrechnungsbetrug (Verdacht auf vorsätzliche Falschabrechnung)**, z.B. wenn nachträglich durch **Kernbohrungen** festgestellt wird, dass der Auftragnehmer wesentlich weniger eingebaut als abgerechnet oder andere Materialien eingebaut als abgerechnet hat (betr. z.B. **Schichtdicken oder Materialien im Straßenbau**) oder wenn bei Abrechnung nach Gewicht in **Wiegescheinen** Unregelmäßigkeiten festgestellt werden (z.B. falsche Angaben zum Leergewicht)

### **Mängelbetreuung ab der Abnahme**

- Unterlassene oder wiederholt schleppende **Mängelbeseitigungen** durch den Auftragnehmer trotz Aufforderung durch den Auftraggeber (§ 13 VOB/B), in gravierenden und eindeutigen Fällen (evtl. verbunden mit Ersatzvornahmen und wegen der unterlassenen Mängelbeseitigung mit eingetretenen Folgeschäden).

**Anlage 2**

**Anlage 2, Deckblatt**

**Angebotsausschluss wegen mangelnder Zuverlässigkeit bzw. schwerer Vertragspflichtenverletzungen bei früheren Aufträgen nach §§ 8, 25 VOB/A**

**- Vergabevermerk (§§ 30, 30 a VOB/A) -**

**(Beispiel ständiger Verzug bei Fassadenarbeiten)**

<b>Baumaßnahme:</b>	<i>II. Bauabschnitt Schule</i>
<b>in:</b>	<i>Stadt A</i>
<b>Anstehende Vergabe / Angebot für (...arbeiten):</b>	<i>Fassadenarbeiten</i>
<b>Vergabeart:</b>	<i>Öffentliche Ausschreibung <sup>1</sup></i>
<b>Bieter:</b>	<i>Bieter A</i>
<b>Auftragswert / Angebotssumme:</b>	<i>300.000 EUR</i>

---

<sup>1</sup> Die Durchführung einer Beschränkten Ausschreibung mit Öffentlichem Teilnahmewettbewerb nach § 3 Nr. 3 Abs. 2 VOB/A wäre evtl. möglich gewesen.

**Anlage 2, Blatt 2 a (ggf. weitere Blätter 2 b usw. einlegen)**

**A. Schwere Vertragspflichtenverletzung(en)**

**1. Nachweise, Quellen**

**a) Eigene Erfahrungen**

**Auftrag / Aufträge (Referenzobjekt) vom** Fassadenarbeiten, I. Bauabschnitt  
**/ betr.... / Auftragswert / Abrechnungssumme:** Verwaltungsgebäude, Auftrag 2008,  
ca. 210.000 EUR

**b) Fremdauskünfte**

**Auftraggeber (öffentlich, privat,):** Keine  
**Auskünfte (Tel., schriftlich, Fax, E – Mail,**  
**von Amt, Sachbearbeiter):** ...  
**Auftrag / Aufträge (Referenzobjekte) vom** ...  
**/ betr. / Auftragswert / Abrechnungssumme:** ...

**2. Art der Vertragspflichtenverletzung(en) / Verschulden des Auftragnehmers:**

*Ständiger Verzug des Auftragnehmers. 1. Verzug: Nichtbaubeginn nach Gerüsterstellung, 2. Verzug: Baustopp nach Anlieferung der Fassadenplatten auf der Baustelle, 3. Verzug: Weitere Unterbrechung nach etwa hälftiger Durchführung der Bauarbeiten auf der ...seite des Gebäudes wegen Eintritt in Frostperiode (Folge des 1. und 2. Verzugs). Ergebnis: Insgesamt 8 Monate Bauzeitverzögerungen, die dem Auftragnehmer anzulasten sind.*

- Nach eigenen Kenntnissen**  
 **Nach erteilten Auskünften**  
**ist Fremdverschulden/-einwirkung**  
**(z.B. durch Auftraggeber, Planungsbeteiligte, Drittunternehmer, äußere Umstände)**  
 *ausgeschlossen.*  
 ...

**3. Beweise/ Dokumentationen:**

- Bauakten/Schriftverkehr:** *Unzähliger Schriftverkehr in den Bauakten, ständige Abmahnungen durch den Auftraggeber*  
 **Auskünfte** *Keine*  
 **Bautagesberichte** *Das Bautagebuch des Planers liegt lückenlos vor.*  
 **Baufristenpläne:** *Wiederholte Anpassung des Baufristenplans war erforderlich.*  
 \_\_\_\_\_

**(ggf. weitere Beweise/Dokumentationen je nach Art der Vertragspflichtenverletzung <sup>1</sup>, z.B. Gutachten, Kernbohrungen, Aufmaße, Unfallberichte und dergl.)**

<sup>1</sup> Z.B. bei erheblichen Bau- oder Abrechnungsmängeln.

**Anlage 2, Fortsetzung Blatt 2 a (ggf. weitere Blätter 2 b usw. einlegen)**

**4. Bekannte (mögliche, vermutete) Ursachen für die Vertragspflichtenverletzungen:**

*1. Verzug:* Dem Vernehmen nach hat der Auftragnehmer die Natursteinplatten bei seinem Lieferanten falsch bestellt (Angabe falscher Maße, offensichtlich nicht genau die Pläne gelesen). Der Auftragnehmer hatte damit möglicherweise ein Verlustgeschäft; evtl. Hauptgrund für die Verzögerungen.

*2. Verzug:* Offensichtlich wurden zwischenzeitlich andere (gewinnträchtigere) Aufträge vorgezogen.

*3. Verzug:* Eintritt in Frostperiode als Folge des 1. und 2. Verzugs (die Plattenverankerungen konnten bei Frost nicht ausgeführt werden)



**Anlage 2, Blatt 3 a (ggf. weitere Blätter 3 b usw. einlegen)**

**B. Darlegungen zur Schwere der Vertragspflichtenverletzung(en)  
- Auswirkungen, Folgen -**

**1. Schäden, Vermögensnachteile, Mehraufwendungen, sonstige Nachteile, Probleme, Unannehmlichkeiten, Belästigungen (z.B. für den Auftraggeber, die Nutzer, die Anlieger, die Planungsbeteiligten, Drittunternehmer oder sonstige Personen <sup>1)</sup> <sup>2)</sup>**

*Monatelange erhebliche Beeinträchtigung der Gebäudenutzer (z.B. schlechte Belichtung durch ständige Gerüstvorhaltung).*

*Erhebliche Mehraufwendungen der Verwaltung und der Planungsbeteiligten (Mehrere Ordner allein für Schriftwechsel, zig Abmahnungen); dem Objektplaner wurde wegen erheblicher Mehraufwendungen der Honorarsatz von Mitte auf Höchst freiwillig angehoben. Weiter Beeinträchtigungen der Nutzer (z.B. die PKW-Stellplätze waren durch die angelieferten Baumaterialien und durch den Nichtbeginn der Bauausführung über Monate blockiert. Nicht mehr reparable Beschädigungen an den Grünflächen durch gelagerte Baumaterialien. Erhebliche Energieverluste nach Demontage der alten Platten und durch die Nichtweiterführung der Bauarbeiten(ca ½ Jahr)*

*Weitere Folgeschäden (z.B. Nässe im Gebäude) wurden nicht bekannt, waren aber nicht ausgeschlossen.*

**2. Vertragsrechtliche Konsequenzen durch den Auftraggeber oder Dritte <sup>3)</sup>  
(z.B. Vertragsstrafen-, Kündigungs-, Schadensersatz-, Haftungs- oder Mängelansprüche, Vergütungsminderung)**

*Vertragsrechtliche Ansprüche wurden nicht geltend gemacht. Eine Kündigung nach §§ 5, 8 VOB/B wäre möglich gewesen, aber auch problematisch, nachdem die Fassadenplatten angeliefert worden sind. Die Platten waren speziell bemaßt bzw. zugeschnitten. Eine Rückgabe der Platten an den Auftragnehmer nach erfolgter Kündigung wäre rechtlich problematisch gewesen (Prozessrisiko).*

*Eine Vertragsstrafe war vereinbart. Sie wurde auch geltend gemacht (Teilbetrag im Wege des Vergleichs zur Vermeidung gerichtlicher Auseinandersetzungen). Die längere Gerüstvorhaltung wurde selbstverständlich nicht vergütet. Weitergehende Schadensersatzansprüche waren nicht durchsetzbar (Schäden bzw. Nachteile waren nicht bezifferbar.)*

---

<sup>1)</sup> Z.B. bei Verletzung von Verkehrssicherungspflichten außenstehende Personen oder bei Bauunfällen Beschäftigte eines Unternehmers.

<sup>2)</sup> Es ist für einen Angebotsausschluss nicht Voraussetzung, dass die Auswirkungen bzw. Nachteile merkantil beziffert werden können.

<sup>3)</sup> Dritte: Z.B. im Wege der sog. Drittschadensliquidation bei Beschädigung einer Unternehmerleistung durch einen anderen Unternehmer vor der Abnahme.

**Anlage 2, Blatt 4 a (ggf. weitere Blätter 4 b usw. einlegen)**

**C. Aufklärungsgespräch(e)**

**1. Gespräche**

wurden nicht geführt, weil für den AG unzumutbar

*Aufklärungsgespräche wurden nicht geführt. Solche Gespräche wären für den Auftraggeber und für den Planer unzumutbar gewesen, weil bei dem früheren Auftrag der Auftragnehmer nur ständig Ausreden vorgebracht hatte. Das gesamte Auftragsverhältnis war geprägt von ständigen unberechtigten Schuldzuweisungen des Auftragnehmers an den Planer (nach den Behauptungen des Auftragnehmers wären u.a. die Fassadenvermessungspläne nicht stimmig gewesen, was aber widerlegt wurde).*

*Insgesamt war das damalige Verhalten des Auftragnehmers für einen Vertragspartner unwürdig (wiederholt fielen auch Äußerungen unter der Gürtellinie). Zeugen: ...usw.*

wurden geführt am ...

wurden vom Bieter verweigert <sup>1</sup>.

**2. Vom Bieter verlangte (weitere) Eignungsnachweise <sup>2</sup>:**

Weitere Referenzen

Detaillierte Personallisten (Führungskräfte, Stammkräfte, Leiharbeiter)

Gerätelisten

*entfällt*

**3. Erklärungen des Bieters zu den früheren Vertragspflichtenverletzungen (Vorwürfe des Auftraggebers), ggf. zu etwaigen zwischenzeitlich durchgeführten Selbstreinigungsmaßnahmen <sup>3</sup>**

*entfällt*

---

<sup>1</sup> Ggf. für sich allein schon ein Ausschlussgrund nach § 24 Nr. 2 VOB/A.

<sup>2</sup> Z.B. Vorlage weiterer Eignungsnachweise zum Aufklärungsgespräch zwecks der nochmaligen Prüfung auch der Leistungsfähigkeit.

<sup>3</sup> Z.B. zwischenzeitlich eingeleitete bzw. abgeschlossene personelle und organisatorische Maßnahmen, die eine Wiederholung ähnlicher Vorfälle ausschließen sollen.

**Anlage 2, Blatt 5 a (ggf. weitere Blätter 5 b usw. einlegen)**

**D. Prognose der Vergabestelle/Ergebnis des Aufklärungsgesprächs/  
Vergabevorschlag**

**Ausschluss wegen mangelnder Zuverlässigkeit:**

- Prognose/Wiederholungen (ähnliche unzureichende Bauabläufe wie auch in der Vergangenheit) sind auch nach dem Aufklärungsgespräch nicht auszuschließen** (ggf. kurze Angabe der Gründe/Wiedergabe der im Gespräch gewonnenen Eindrücke)

*Keine besondere Prognoseentscheidung erforderlich. Eine erneute Beauftragung ist nach den Vorfällen bei dem früheren Auftrag für die Verwaltung und Planungsbeteiligten schlicht und einfach unzumutbar.*

**Vorschlag**

- Einmaliger Ausschluss**  
 **Vorschlag: Vergabesperre für die Dauer** \_\_\_\_\_:

*Zumindest einmaliger Ausschluss bei der nunmehr anstehenden Vergabe „Fassadenarbeiten Schule“*

- Ausschluss wegen mangelnder Leistungsfähigkeit (aufgrund der im Aufklärungsgespräch gewonnenen neuen Erkenntnisse).** Ggf. kurze Angabe der Gründe (z.B. unzureichende Personal- und Geräteausstattung im Auftragsfalle)

*Entfällt*

- Auftragserteilung an Bieter (aufgrund der im Aufklärungsgespräch gewonnenen neuen Erkenntnisse).** Ggf. kurze Angabe der Gründe, weshalb die Bedenken wegen mangelnder Zuverlässigkeit zurückgestellt werden können.

*Entfällt*

.....  
(gez. Datum, Unterschrift)

### Anlage 3

## Rechtsprechung, Entscheidungen der Vergabekammern und -senate (Auszüge, Leitsätze)

### Entscheidung 1 - Kündigung bei drei vorangegangenen Aufträgen

**Sachverhalt:** Bei drei vorangegangenen Aufträgen wurde einem Bieter zu Recht gekündigt, weswegen noch Prozesse laufen. **Entscheidung:** Der Ausschluss erfolgte zu Recht. Der Auftraggeber darf solche Vorgänge bei der Prüfung der Zuverlässigkeit berücksichtigen. **Schadensersatzansprüche** des ausgeschlossenen erstplatzierten Bieters sind nicht gegeben.

**OLG Düsseldorf, Urf. v. 13.03.1990, Sch.-F.-H. Nr. 5 zu § 25 VOB/A**

### Entscheidung 2 - Auskunftspflicht der Vergabestelle gegenüber einem ausgeschlossenen Bieter?

**Sachverhalt:** Eine Gemeinde hatte einen erstplatzierten Bieter nach Rückfrage bei anderen Gemeinden wegen mangelnder Zuverlässigkeit ausgeschlossen. Der ausgeschlossene Bieter wollte von der Gemeinde wissen, von welcher Stelle sie Informationen bezüglich der „mangelnden Zuverlässigkeit“ bekam. Die Gemeinde verweigerte dem Bieter die Auskünfte. **Entscheidung:** Der übergangene Bieter hat gegenüber der Gemeinde **keinen Auskunftsanspruch** nach § 242 BGB, auch **keinen Anspruch auf Akteneinsicht** nach § 810 BGB. Die Gemeinde ist nicht verpflichtet, dem Bieter mitzuteilen, wen sie im Zuge der Vergabe in Bezug auf die Zuverlässigkeit angesprochen hat und was die Angesprochenen im Einzelnen ausgesagt haben. Wenn der übergangene Bieter Schadensersatzansprüche aus „culpa in contrahendo“ geltend machen will, dann muss er die Voraussetzungen für den Schadensersatzanspruch selbst darlegen. Er kann aber nicht vom Antragsgegner Auskünfte verlangen, um danach seine Klage aufzubauen. Die Gemeinde ist nach § 27 VOB/A nur verpflichtet, die Gründe mitzuteilen. Sie genügt ihrer Pflicht, wenn sie die in § 25 VOB/A aufgeführten **abstrakten** Tatbestände mitteilt. Sie muss nicht konkret begründen, weshalb „mangelnde Zuverlässigkeit“ gegeben ist.

**OLG Karlsruhe, Urf. vom 02.12.1993 Az. 4 U 103/93 (nicht veröffentlicht).**

### Entscheidung 3 - Kein Ausschlussgrund allein wegen eines laufenden Rechtsstreits

Ein **laufender** ziviler **Rechtsstreit** aus einem früheren Auftrag über zwei Leistungspositionen mit einer Größenordnung von 27.000 DM berechtigt den Auftraggeber grundsätzlich nicht, einen Bieter bei einem zu vergebenden Volumen von mehr als 500.000 DM auszuschließen.

**OLG Celle, Urf. v. 26.06.1998, BauR 2000, 1326 = IBR 2000, 306**

**Anmerkungen:** Der Auftraggeber hatte einen **unbefristeten Angebotsausschluss** verfügt, was unter dem Gesichtspunkt der Verhältnismäßigkeit sicher nicht zu rechtfertigen war.

### Entscheidung 4 - Eignungsprüfung nur auf Grundlage gesicherter Erkenntnisse

Bei der Bewertung der Eignung der Bieter ist die Berücksichtigung von Umständen ausgeschlossen, die nicht auf einer **gesicherten Erkenntnis** des Ausschreibenden beruhen (z.B. kann ein Bieter nicht deswegen ausgeschlossen werden, weil der Auftraggeber von einem Dritten erfährt, dass der Bieter sich angeblich in wirtschaftlichen Schwierigkeiten befindet). Ein Angebot kann allein auch deswegen nicht ausgeschlossen werden, nur weil ein Bieter **angeblich** ein „Prozesshansel“ ist.

**BGH, Urt. v. 26.10.1999, BauR 2000, 254 = ZfBR 2000, 113**

#### **Entscheidung 5 - Eignungsprüfung nur auf Grundlage gesicherter Erkenntnisse**

**Sachverhalt:** Bei dem Gewerk „Raumlufftechnik“ sollte der erstplatzierte Bieter von der Stadt ausgeschlossen werden, weil nach Mitteilung eines anderen öffentlichen Auftraggebers (hier: Staatliches Hochbauamt) dem Bieter bei Ausführung einer vergleichbaren Leistung gekündigt werden musste. Der Bieter hatte seinerzeit angeblich mit den Arbeiten nicht pünktlich begonnen. Eine Rückfrage der Vergabekammer bei dem Hochbauamt ergab jedoch ein anderes Bild. Der Bieter konnte seinerzeit nur deshalb nicht rechtzeitig beginnen, weil die notwendigen Vorarbeiten (z.B. Planungen) noch nicht abgeschlossen waren. Der Bieter war seinerzeit nicht in Verzug. **Entscheidung:** Der Angebotsausschluss ist rechtswidrig. Weder die Kündigung noch die **Gerüchte** über finanzielle Schwierigkeiten reichen aus, um die Eignung eines Bieters zu verneinen. Eine Vergabestelle darf nur solche Umstände berücksichtigen, die auf **gesicherten Erkenntnissen** beruhen.

**VK Südbayern, Beschl. v. 19.01.2001, IBR 2001, 446**

**Anmerkungen:** Die Stadt hatte vorliegend offenbar versäumt, genau zu recherchieren und mit dem betroffenen Bieter ein umfassendes Aufklärungsgespräch zu führen. Bei solchen Fehlentscheidungen sind Schadensersatzansprüche Übergangener Bieter, gerichtet auf entgangenen Gewinn, nicht ausgeschlossen.

#### **Entscheidung 6 - Fehlende Leistungsfähigkeit bei fehlenden Gerätschaften**

Einem Bieter fehlt es bei Straßenbauarbeiten an der erforderlichen **Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit**, wenn er nicht über die notwendigen Gerätschaften verfügt (z.B. Grader, Fertiger), wenn bei einem früheren Auftrag die fehlenden Gerätschaften und der dadurch erforderliche Nachunternehmereinsatz der Grund war, für eine um vier Monate verspätete Baufertigstellung und wenn bei der jetzigen (vom Auftragsvolumen her gesehen wesentlich größeren) Maßnahme wieder ähnliche Koordinierungsschwierigkeiten zu erwarten sind.

**OLG Karlsruhe, Urt. v. 25.06.2001, ZfBR 2001, 476 = NZBau 2002, 109**

#### **Entscheidung 7 - Eignungsprüfung nur auf Grundlage gesicherter Erkenntnisse**

**Sachverhalt:** Das preisgünstigste Angebot wurde wegen **mangelnder Zuverlässigkeit** nicht berücksichtigt. Der Auftraggeber berief sich auf negative Auskünfte der eigenen Verwaltung über zwei frühere Vorhaben und auf Referenzauskünfte anderer öffentlicher Auftraggeber. Danach soll der Bieter seinen vertraglichen Verpflichtungen in Bezug auf Umfang und Art und Weise des Nachunternehmereinsatzes nicht nachgekommen sein (trotz Selbstaussührungspflicht wurden Nachunternehmer beauftragt). Der Austausch von Stammpersonal soll nicht ordnungsgemäß mitgeteilt worden sein. Illegale Nachunternehmer sollen beschäftigt worden sein. Der Bieter wandte sich an die Vergabekammer. **Ent-**

**scheidung:** Die Eignungsprüfung gemäß § 25 Nr. 2 Abs. 1 VOB/A ist zu wiederholen. Der Ausschluss des Bieters muss auf **gesicherten Erkenntnissen** beruhen. Die Erkenntnisse sind ausreichend und nachvollziehbar zu dokumentieren (aktenkundig zu machen). Nur **formelhafte Feststellungen** des Auftraggebers genügen nicht. Es wurde auch nicht dargelegt, inwieweit aus der Abwicklung der vergangenen Bauvorhaben eine Unzuverlässigkeit für den anstehenden Auftrag gefolgert werden kann.

**VK BW, Beschl. v. 08.08.2001, IBR 2001, 562**

**Anmerkungen:** Danach stellte die VK recht hohe Anforderungen an die AG, insbesondere hinsichtlich der Darlegung der Prognoseentscheidung (s. oben letzter Satz).

### **Entscheidung 8 - Angebotsausschluss wegen früherem Fehlverhalten eines Bieters**

**Leitsätze:** Zweifel an der Zuverlässigkeit eines Bieters und damit eine **negative Prognoseentscheidung** sind bei einer **Gesamtschau** durch folgende Umstände gerechtfertigt: Ein anderer öffentlicher Auftraggeber hat dem Bieter einen gleichartigen Auftrag vorzeitig entzogen. Wichtige Zulieferer des Bieters beliefern diesen wegen dessen Zahlungsverzugs nur noch gegen Vorkasse. Mehrere Wirtschaftsauskünfte über den Bieter lauten übereinstimmend auf schleppende Zahlungsweise und lassen den Schluss auf dessen wirtschaftlich beengte Lage zu. Bei einem früheren gleichartigen Auftrag des Auftraggebers kam es zu Terminüberschreitungen. In der vom Bieter vorgelegten Referenzliste sind mehrere Aufträge enthalten, zu denen Nachfragen bei den Betroffenen ergeben haben, dass die Auftragsdurchführung nicht zufrieden stellend abgewickelt wurde.

**Bayr. ObIG, Beschl. v. 01.10.2001, Vergaberechts-Report 12/2001, 2 = VergabeR 2002, 64**

### **Entscheidung 9 - Kein Ausschlussgrund bei leichten Zweifeln**

**Leitsätze:** Leichte Zweifel an der Fachkunde eines Bieters sind kein hinreichend geeignetes Kriterium, um diesen vom Wettbewerb auszuschließen, solange die fehlende Eignung nicht abschließend festgestellt ist. Leichtere Probleme bei einem früheren Auftrag (z.B. Terminverzögerungen), die überdies nicht ausschließlich dem Bieter anzulasten waren, rechtfertigen noch keinen Ausschlussgrund. **Allgemeine Behauptungen** wie „mangelhafte und unpünktliche Arbeit“ bei einem früheren Auftrag reichen ohnehin nicht aus.

**VK Sachsen, Beschl. v. 30.10.2001, IBR 2002, 275**

### **Entscheidung 10 - Angebotsausschluss wegen früherem Fehlverhalten eines Bieters**

**Sachverhalt:** Ein Bieter wurde 2001 wegen Unzuverlässigkeit von der Vergabe ausgeschlossen, weil er bei einem Auftrag, der 1999 zur Ausführung gelangt war, entgegen der vertraglich übernommenen Verpflichtung zur Selbstauführung einen Subunternehmer eingesetzt und davon seinerzeit – auch nach Abmahnung durch den Auftraggeber – nicht Abstand genommen hatte. Auf der Baustelle wurden nur **Arbeitskräfte des Subunternehmers** angetroffen. **Entscheidung:** Der Angebotsausschluss ist nach Sachlage berechtigt. Es liegt auf der Hand, dass ernsthaft zu befürchten ist, der Bieter werde im Falle einer Beauftragung auch bei den neu zu vergebenden Arbeiten wieder unzulässigerweise einen Nachunternehmer einsetzen. Weil der Bieter irgendwelche Umstände, die die **Gefahr einer Wiederholung** ausschließen oder auch nur in Zweifel ziehen könnten, nicht aufgezeigt hat, hat der Auftraggeber zu Recht angenommen, dass der Bieter nicht die Gewähr für eine ver-

tragsgerechte Durchführung des ausgeschriebenen Auftrags bietet.  
**OLG Düsseldorf, Beschl. v. 10.12.2001, IBR 2002, 210 = VergabeR 2002, 278**

### **Entscheidung 11 - Referenzabfragen, Telefonische Auskünfte von Dritten**

**Sachverhalt:** Verlangt und auch vorgelegt wurden Referenzen. Das von der Vergabestelle beauftragte Architekturbüro prüfte durch telefonische Nachfragen die von dem erstplatzierten Bieter angegebenen Referenzen. Bei den abgefragten 5 Objekten wurden dabei durchweg schlechte Erfahrungen von insgesamt 8 Auskunftspersonen protokolliert. Der Auftraggeber beabsichtigte, dem Zweitplatzierten den Zuschlag zu erteilen. Der übergangene erstplatzierte Bieter wandte ein, dass die Referenzabfragen bzw. erteilten Auskünfte unzutreffend seien. **Entscheidung:** Der Auftraggeber hat die Angebotswertung nach § 25 Nr. 2 Abs. 1 VOB/A rechtsfehlerfrei durchgeführt. Allein auf Mutmaßungen oder Gerüchte darf sich der Auftraggeber nicht stützen. Aufgrund des dem Vergabeverfahren innewohnenden Beschleunigungsgrundsatzes ist es andererseits aber grundsätzlich **nicht angezeigt**, im Einzelnen **Beweis darüber zu erheben**, ob ein durch bestimmte Tatsache belegter Vorwurf gegen einen Bieter zutrifft. Es genügt, wenn eine Vergabestelle oder das beauftragte Architekturbüro die vom Bieter angegebenen Referenzen sorgfältig prüft und die eingeholten Auskünfte „nach bestem Wissen und Gewissen“ protokolliert. Auf dieser Basis muss die Entscheidung der Vergabestelle sodann nachvollziehbar sein. Es ist nicht Aufgabe der VK, die Referenzen dahingehend zu prüfen, ob die über den Bieter gegebenen Auskünfte auch inhaltlich zutreffend sind.

**VK Südbayern, Beschl. v. 12.03.2002, IBR 2002, 379**

**Anmerkungen:** Die Entscheidung sollte nicht verallgemeinert werden. Sie liegt in etwa aber auf der Linie der Entscheidung des OLG Düsseldorf (siehe Entscheidung 17).

### **Entscheidung 12 - Angebotsausschluss nur bei schweren Vertragspflichtenverletzungen**

**Sachverhalt:** Ein erstplatzierter Bieter, der wegen mangelnder Zuverlässigkeit ausgeschlossen wurde, klagte auf Schadensersatz. **Entscheidung:** Mit Erfolg. Die vom Auftraggeber behaupteten **Vertragspflichtenverletzungen** bei einem früheren Auftrag sind im Blick auf die konkrete Art und den Umfang des Auftrags als derart **geringfügig** einzustufen, dass sie nicht den Schluss auf die Unzuverlässigkeit des Klägers zulassen. Das Unterbleiben der Mitteilung des Betriebsurlaubs ist keine Pflichtverletzung. Die Mangelhaftigkeit von zwei von insgesamt 50 Straßeneinläufen durfte bei der Vergabeentscheidung nicht berücksichtigt werden. Die Tatsache, dass der Auftragnehmer seinerzeit zwei Restschutthaufen nicht unverzüglich beseitigte, ist als absolute Bagatelle zu werten. Pflasterbänder wurden unstreitig mangelhaft ausgeführt. Eine **mangelhafte Leistung** lässt jedoch nicht ohne Weiteres den Schluss auf die Unzuverlässigkeit des Unternehmers zu. Es entspricht der Lebenserfahrung, dass jedenfalls bei umfangreichen Vorhaben selbst einem äußerst sorgfältigen Unternehmer Mängel unterlaufen können. Aus der Tatsache einer mangelhaften Leistung kann daher nur dann der Rückschluss auf eine Unzuverlässigkeit des Unternehmers gezogen werden, wenn der Mangel gravierend ist, d.h. zu einer deutlichen Belastung des Auftraggebers geführt hat. Dies ist vorliegend nicht der Fall. Die Befahr- und Begehrbarkeit der Straße waren durch das Überstehen der Bänder um wenige Zentimeter nicht eingeschränkt. Außerdem erforderte die durch den Auftragnehmer durchgeführte Mängelbeseitigung tatsächlich nur wenige Stunden.

**OLG Stuttgart, Urt. v. 29.04.2003, IBR 2003, 496**

### **Entscheidung 13 - Prognoseentscheidungen auf Grundlage gesicherter Erkenntnisse**

**Leitsätze:** Die Eignung eines Bieters kann nur im Rahmen einer **Prognoseentscheidung** beurteilt werden, für die der Vergabestelle ein Beurteilungsspielraum zuzubilligen ist, der von den Nachprüfungsinstanzen nur begrenzt überprüft werden kann. Hierbei folgt bereits aus dem Charakter der Prognose, dass die Umstände, die auf eine fehlende persönliche und fachliche Eignung schließen lassen, nicht mit einer der prozessualen Tatsachenfeststellungen Genüge leistenden Gewissheit feststehen müssen. Vielmehr reicht es aus, wenn die Umstände auf einer **gesicherten Erkenntnis** der Vergabestellen beruhen. Auch Verdachtsmomente, die für eine Unzuverlässigkeit des Bieters sprechen, können den Ausschluss tragen, wenn die den **Verdacht** begründenden Informationen aus einer sicheren Quelle stammen und eine gewisse Erhärtung erfahren haben. Demgemäß ist die Grenze erst dann überschritten, wenn sich die Vergabestelle auf ungeprüfte Gerüchte verlässt und eventuelle Informationen von Seiten Dritter nicht selbst verfolgt.

**OLG Saarbrücken, Beschl. v. 08.07.2003, IBR 2003, 626**

### **Entscheidung 14 - Prognoseentscheidung auf möglichst breiten Tatsachengrundlagen**

**Leitsätze:** Bei einer **Prognoseentscheidung** nach § 25 Nr. 2 Abs. 1 VOL/A hat der öffentliche Auftraggeber einen **weiten Beurteilungsspielraum**, der nur eingeschränkter Nachprüfbarkeit durch die Vergabeprüfungsorgane unterliegt. Eine Verletzung dieses Beurteilungsspielraums liegt nur dann vor, wenn die von der Vergabestelle getroffenen Sachverhaltsermittlungen und -feststellungen oder die Anwendung vergaberechtlicher Rechtsbegriffe auf willkürlichen und sachwidrigen Erwägungen beruhen. Um Prognosefehler zu vermeiden, ist der öffentliche Auftraggeber gehalten, seine Entscheidung auf einer möglichst breiten Tatsachengrundlage zu treffen. Deshalb ist es für ihn geboten, auch die ihm bekannt gewordenen Informationen aus zeitnahen vorangegangenen Ausschreibungen zu verwenden, wenn diese Tatsachen offenbaren, die für die Eignungsprüfung des Bieters von Bedeutung sind. Dass es sich nicht um eigene Vergabeverfahren handelt, spielt dabei keine Rolle.

**OLG Frankfurt, Beschl. v. 30.03.2004, IBR 2004, 452**

### **Entscheidung 15 - Angebotsausschluss nur wegen früherer Meinungsverschiedenheiten?**

**Leitsätze:** Die bewusste Nichterfüllung einer vertraglichen Verpflichtung kann eine Unzuverlässigkeit darstellen, wenn die Vertragsverletzung aufgrund einseitigen Verschuldens des Auftragnehmers eingetreten ist und der Auftragnehmer durch sein Verhalten das erneute Eingehen einer Vertragsbeziehung für die Vergabestelle **unzumutbar** gemacht hat. Dies muss die Vergabestelle auch nachweisen. Gab es früher nur Meinungsverschiedenheit, die eine im Geschäftsverkehr durchaus übliche Auseinandersetzung darstellt, reicht dies nicht für einen Angebotsausschluss. Die Bieter sind vor Angebotsausschluss auch grundsätzlich **anzuhören**.

**VK Düsseldorf, Beschl. v. 31.10.2005, IBR 2006, 1324**

### **Entscheidung 16 - Unzuverlässigkeit wegen Vertragspflichtenverletzungen**

**Sachverhalt:** Ein Bieter erbrachte seit vielen Jahren Bauleistungen für einen öffentlichen Auftraggeber. Nach den Angaben des Auftraggebers befand sich der Bieter bei drei laufenden Bauvorhaben in Verzug. Der Auftraggeber schloss deshalb den Bieter in einem



neuen Vergabeverfahren wegen Unzuverlässigkeit aus. **Entscheidung:** Die VK gibt dem ausgeschlossenen Bieter Recht. Zwar kann eine mangelnde Sorgfalt bei der Ausführung früherer Arbeiten die Prognose der Unzuverlässigkeit rechtfertigen, jedoch muss die Vergabestelle eine Abwägung aller in Betracht kommenden Umstände rechtfertigen. Nicht jede Vertragspflichtenverletzung ist relevant. Es muss eine gewisse **Schwere** hinzukommen, die zu einer deutlichen Belastung des Auftraggebers geführt hat.

**VK Brandenburg, Beschl. v. 11.07.2007, IBR 2007, 583**

**Anmerkungen:** Vorliegend sind nähere Einzelheiten nicht bekannt. Natürlich ist ein Bieter, der bei früheren Aufträgen in Verzug war (= schuldhafte Überschreitung der Vertragsfristen), nicht gleich unzuverlässig. Es muss schon eine gewisse Schwere hinzukommen. Die Vergabestelle hatte es hier offensichtlich versäumt, die Auswirkungen des Verzugs hinreichend darzulegen (vgl. dagegen das Muster in der **Anlage 2**).

### **Entscheidung 17 - Muss eine Vergabestelle Referenzen inhaltlich prüfen**

**Sachverhalt:** Gefordert wurden Eignungsnachweise, u.a. auch Referenzen. Die Referenzen eines Bieters reichten von gut bis mangelhaft (Auskünfte). Die der mangelhaften Referenz zugrunde liegenden Arbeiten waren noch Gegenstand eines gerichtlichen Verfahrens. Der Auftraggeber schloss den Bieter aus. **Entscheidung:** Der Ausschluss ist nicht zu beanstanden. Die Angabe von Referenzen soll den Auftraggeber in die Lage versetzen, die Einschätzungen der in der Referenzliste genannten Auftraggeber in Erfahrung zu bringen. Die Vergabestelle ist aber nicht verpflichtet, durch eigene Ermittlungen diese Einschätzungen auf ihren objektiven Gehalt (**Wahrheitsgehalt**) zu überprüfen. Schon der Umstand, dass ein als Referenz angegebener Auftraggeber aus bestimmten Gründen unzufrieden ist und dass seine Zusammenarbeit mit dem Unternehmer zu einem Gerichtsverfahren geführt hat, darf der zu treffenden Prognoseentscheidung zugrunde gelegt werden. Eine allgemeine Pflicht zur Aufklärung des sachlichen Gehalts der Einschätzungen entspricht nicht dem Sinn und Zweck der Angabe von Referenzen.

**OLG Düsseldorf, Beschl. v. 24.05.2007, IBR 2007, 703 = Vergaberechts-Report 10/2007, 39**

**Anmerkungen:** Diese aktuelle Entscheidung überrascht. Sie räumt den Vergabestellen Erleichterungen hinsichtlich der Beweisführung ein. Gleichwohl kann ein Angebotsausschluss i.d.R. nur dann zum Erfolg führen, wenn die von Dritten gemachten Angaben fundiert sind. Nähere Einzelheiten zur Entscheidung sind nicht bekannt.

### **Entscheidung 18 - Kein Angebotsausschluss allein wegen eines Rechtsstreits**

**Leitsätze:** Eine schwere Verfehlung i.S. § 8 Nr. 5 Abs. 1c VOB/A kann auch in einem früheren vertragswidrigen Verhalten des Bieters, namentlich in vorwerfbaren Lieferverzögerungen sowie in Schlechtleistungen liegen. **Bloße Meinungsverschiedenheiten**, mögen sie auch Gegenstand eines Rechtsstreits oder eines selbständigen Beweisverfahrens sein, sind jedoch noch nicht als eine solche schwere Verfehlung zu werten.

**VK Leipzig, Beschl. v. 17.07.2007, NZBau 2008, 80**

### **Entscheidung 19 - Wiederherstellung der Eignung durch Selbstreinigungsmaßnahmen**

**Sachverhalt:** Im Rahmen einer EG-Ausschreibung wandte sich ein Bieter gegen die beabsichtigte Vergabe an eine Bietergemeinschaft X, Y und Z mit der Begründung, gegen Z würden in anderen Bundesländern Korruptionsvorwürfe erhoben. In einem Aufklärungsge-

sprach hatte Z erklärt, dass Strafbefehle gegen vier zwischenzeitlich ausgeschiedene Verantwortliche wegen Bestechung und Beihilfe zur Untreue vorliegen. Z hatte auch darauf verwiesen, dass zwischenzeitlich ernsthaft und konsequent **Selbstreinigungsmaßnahmen** eingeleitet und abgeschlossen worden sind. Der Auftraggeber sah nach dem Gespräch keine Veranlassung mehr, die Bietergemeinschaft auszuschließen. **Entscheidung:** Der klagende Bieter hatte keinen Erfolg. Der Auftraggeber kann, auch wenn die Eignung im Zeitpunkt der Angebotsabgabe zweifelhaft oder nicht vorhanden war, bei der Wertung berücksichtigen, dass die Eignung durch Selbstreinigungsmaßnahmen als wiederhergestellt anzusehen ist.

**OLG Brandenburg, Beschl. v. 14.12.2007, IBR 2008, 109**

#### **Entscheidung 20 - Hohe Hürden für einen Ausschluss wegen Unzuverlässigkeit**

**Sachverhalt:** Eine Kommune schrieb Betonwerksteinarbeiten aus. Der Mindestbieter wurde wegen mangelnder Zuverlässigkeit ausgeschlossen. Begründung: Verspätete Fertigstellung und verzögerte Mängelbeseitigung (Dauer über ein Jahr) bei zwei vorangegangenen Maßnahmen. **Entscheidung:** Das Angebot darf nicht ausgeschlossen werden. Bei der ersten Maßnahme verzögerte sich der Ausführungsbeginn um mehrere Monate (Fliesenmuster wurden erst sehr spät freigegeben; kein Verschulden des AN). Doch selbst wenn der Auftragnehmer die Verzögerungen zu verantworten hätte, folgt daraus noch nicht zwingend dessen Unzuverlässigkeit. Es müssen deutliche **Belastungen** des Auftraggebers damit verbunden gewesen sein. Daran fehlt es hier, da die Einweihungs- und Umzugstermine eingehalten werden konnten. Der Auftraggeber hatte auch **keine vertraglichen Konsequenzen** (z.B. Ersatzvornahme, Vertragsstrafe) gezogen, was dafür spricht, dass die Probleme nicht gravierend waren. Bei der zweiten Maßnahme war eine ausbleibende Materiallieferung Hauptursache für den Verzug.

**VK Nordbayern, Beschl. v. 18.12.2007, IBR 2007, 176**