

Stiftsstraße 9  
55116 Mainz  
Telefon 06131 16-0  
Telefax 06131 16-2100  
poststelle@mwvlw.rlp.de  
www.mwvlw.rlp.de

Vergabepfurstelle

3. Januar 2022

## ENTSCHEIDUNG

In dem Nachprüfungsverfahren VPS 15/21  
aufgrund der Beanstandung der XXX,

|

- Beschwerdeführerin -

Verfahrensbevollmächtigte: XXX,

gegenüber der XXX,

- Auftraggeberin -

betreffend das Vergabeverfahren „Neubau Kita XXX, Schadstoffsanierung und Rückbau; Vergabenummer: XXX“

wird durch die Vergabepfurstelle festgestellt:

1. Das Vergabeverfahren wird als rechtswidrig beanstandet.

2. Der Auftraggeber wird verpflichtet, das Vergabeverfahren in den Stand der Prüfung und Wertung der Angebote zurückzusetzen und die Prüfung und Wertung der Angebote erneut unter Berücksichtigung der Rechtsauffassung der Vergabeprüfstelle durchzuführen.
3. Gebühren werden nicht erhoben.

## **Gründe**

### **I.**

Die Auftraggeberin schrieb die Baumaßnahme „Neubau Kita XXX, Schadstoffsanierung und Rückbau; Vergabenummer: XXX“ auf der Vergabepattform <https://www.subreport.de> im Wege einer Öffentlichen Ausschreibung nach §§ 3 Nr. 1, 3a Abs. 1 S. 1 VOB/A 2019 (die in dieser Entscheidung genannten Vorschriften der Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen Teil A (VOB/A) beziehen sich auf die Ausgabe 2019, Bekanntmachung v. 31.01.2019) aus.

Ausweislich der Vergabeunterlagen, u. a. der Aufforderung zur Abgabe eines Angebots (kurz: Angebotsaufforderung) vom 26.10.2021, sind soweit erforderlich mit Angebotsabgabe folgende Unterlagen einzureichen: *Angebotsschreiben (Formblatt 213), Teile der Leistungsbeschreibung: Leistungsverzeichnis/Leistungsprogramm, Eigeneklärung zur Eignung (Formblatt 124), Angaben zur Preisermittlung (Formblatt 221 oder 222), Nachunternehmerleistungen (Formblatt 233), Erklärung Bieter-/Arbeitsgemeinschaft (Formblatt 234), Erklärung LTTG, Erklärung zur Vermeidung des Erwerbs von Produkten aus ausbeuterischer Kinderarbeit, Weitere besondere Vertragsbedingungen (Formblatt 214), Liste aller Nachunternehmer, Nennung Aufsichtsführenden bei der Schadstoffsanierung, Nachweis einer Haftpflichtversicherung (inkl. Asbestrisiko), Zulassung*

*nach GefStoffV, Unbedenklichkeitsnachweis Berufsgenossenschaft und Krankenkasse, Bescheinigung in Steuersachen, Angabe von 3 vergleichbaren Referenzprojekten des Nachunternehmers.*

Das Leistungsverzeichnis enthält auf Seite 16 den Hinweis, dass die dort unter Buchstabe g) mit (\*) gekennzeichnete Unterlagen mit dem Angebot einzureichen sind und im Falle des Einsatzes von Nachunternehmern ebenfalls von diesen vorzulegen sind.

Die Vergabeunterlagen bestimmen weiterhin, dass fehlende Unterlagen, deren Vorlage mit Angebotsabgabe gefordert war, nachgefordert werden. Der Preis ist alleiniges Zuschlagskriterium.

Die Beschwerdeführerin gab in ihrem Angebot an, im Hessischen Präqualifikationsregister (HPQR), unter der Nummer XXX eingetragen zu sein. Ferner benannte sie im Formblatt 233 die Firma XXX als Nachunternehmen.

Bis zum Ablauf der Angebotsfrist waren sechs Angebote eingegangen. Die Submission erfolgte am 11.11.2021 um 9 Uhr. Hiernach belegte die Beschwerdeführerin preislich den ersten Rang. Die Firma XXX belegte preislich den zweiten Rang.

Mit E-Mail vom 19.11.2021 forderte das von der Auftraggeberin mit der Prüfung und Wertung der Angebote beauftragte Ingenieurbüro XXX (im Folgenden: Ingenieurbüro) von der Beschwerdeführerin mit Frist bis zum 24.11.2021 folgende Unterlagen nach:

*Bei Ihrem Angebot fehlen die folgenden Unterlagen:*

- *Eigenerklärung zur Eignung des geplanten Nachunternehmers*
- *Verpflichtungserklärung des Nachunternehmers*
- *Erklärungen LTTG, Muster 1 und 3 des Nachunternehmers*
- *Erklärung zur Vermeidung des Erwerbs von Produkten aus ausbeuterischer Kinderarbeit des Nachunternehmers*
- *Nennung des Aufsichtsführenden bei der Schadstoffsanierung des Nachunternehmers*
- *Nachweis der Haftpflichtversicherung inkl. Asbestrisiko des Nachunternehmers*
- *Zulassung nach GefStoffV des Nachunternehmers*

- *Unbedenklichkeitsbescheinigungen BG und Krankenkassen des Nachunternehmers*
- *Bescheinigung in Steuersachen des Nachunternehmers*
- *Angabe von 3 vergleichbaren Referenzprojekten des Nachunternehmers*

Mit E-Mail vom 22.11.2021 übersandte die Beschwerdeführerin die nachgeforderten Unterlagen und teilte dem Ingenieurbüro – auch telefonisch – mit, dass ihr Auszubildender versehentlich einen falschen Nachunternehmer für die Schadstoffsanierung eingetragen habe; daher werde das Formblatt 233 nochmal korrigiert übersandt.

Hierin wie auch in der Verpflichtungserklärung (Formblatt 236) war nunmehr die Firma XXX als Nachunternehmer aufgeführt. Alle nachgereichten Unterlagen, wie beispielsweise die Zulassung nach Anhang I Nr. 2.4.2 Abs. 4 Gefahrstoffverordnung vom 06.04.2021 waren ebenfalls auf die Firma XXX ausgestellt.

Mit E-Mail vom 29.11.2021 übersandte das Ingenieurbüro der Auftraggeberin ihr Ergebnis zur Angebotsprüfung. Im Hinblick auf das Angebot der Beschwerdeführerin führte es aus, dass dieses wegen der Änderung des Nachunternehmens auszuschließen sei.

Mit Schreiben vom 03.12.2021 informierte die Auftraggeberin die Beschwerdeführerin darüber, dass beabsichtigt sei, den Zuschlag am 13.12.2021 auf das Angebot der Firma XXX zu erteilen. Als Grund für die Nichtberücksichtigung des Angebots der Beschwerdeführerin führte die Auftraggeberin aus, dass unzulässigerweise nachträglich ein neuer Nachunternehmer benannt worden sei. Bei Angebotsabgabe sei bereits ein Nachunternehmer benannt worden, der im Nachgang nicht geändert werden könne. Dies stelle einen zwingenden Ausschlussgrund dar.

Mit E-Mail vom 03.12.2021 teilte die Beschwerdeführerin der Auftraggeberin mit, dass sie mit der Entscheidung nicht einverstanden sei. Nach Rücksprache mit dem Ingenieurbüro im Hinblick auf die falsche Benennung des Nachunternehmers habe man den richtigen Nachunternehmer eingetragen sowie die entsprechenden Nachweise innerhalb der gesetzten Frist eingereicht.

Mit Schreiben vom 06.12.2021 begründete die Auftraggeberin gegenüber der Beschwerdeführerin ihre Nichtabhilfe:

*„Als Nachunternehmer hatten Sie im entsprechenden Formular 233, welches Bestandteil der Angebotsunterlagen war, die Fa. XXX eingetragen.*

*Bei der Anforderung der Unterlagen des Nachunternehmers zu dessen Eignungsprüfung gaben Sie an, dass nicht die Fa. XXX Nachunternehmer sei, sondern die Fa. XXX. In der entsprechenden Email an das Planungsbüro XXX fügten Sie dementsprechend ein neues Formular 233 bei.*

*Dieser Wechsel eines bereits benannten Nachunternehmers stellt eine unzulässige Änderung des Angebotes dar, denn das Nachunternehmerverzeichnis ist Bestandteil des Angebotes und kann nach der Submission nicht mehr abgeändert werden.*

*Diese unzulässige Änderung an den Vergabeunterlagen führt gern. § 16 Abs. 1 Nr. 2 VOB/A zum Ausschluss des Angebotes.*

*Demgemäß musste Ihr Angebot ausgeschlossen werden.“*

Mit Schreiben vom 09.12.2021 erklärte die Verfahrensbevollmächtigte der Beschwerdeführerin gegenüber der Auftraggeberin, dass die Nachbenennung des richtigen Nachunternehmers, einschließlich der fristgemäßen Vorlage entsprechender Nachweise zur Eignung, zulässig sei und nicht den Ausschluss des Angebotes nach § 16 Abs. 1 Nr. 2 VOB/A zur Folge habe. Prüfe ein öffentlicher Auftraggeber im Rahmen der Eignungsprüfung bei der Eignungsleihe ein Drittunternehmen, auf dessen Eignung sich der Bieter berufe, und ergebe diese Prüfung, dass Gründe für einen zwingenden Ausschluss dieses Unternehmens vorlägen, müsse der Auftraggeber die Ersetzung dieses Drittunternehmens verlangen. Wenn die Ersetzung eines Drittunternehmers sogar für den Fall des Vorliegens zwingender Ausschlussgründe zulässig sei, könne für den Austausch des vom Bieter versehentlich falsch bezeichneten Drittunternehmers nichts anderes gelten. Die Verfahrensbevollmächtigte forderte die Auftraggeberin für den Fall, dass diese bei ihrer Entscheidung bliebe, dazu auf, das Verfahren zur Nachprüfung an die Vergabeprüfstelle weiterzuleiten.

Am 10.12.2021 legte die Auftraggeberin der Vergabeprüfstelle das Vergabeverfahren zur Nachprüfung vor. Seitens der Vergabeprüfstelle wurden in der Folge fehlende Unterlagen nachgefordert. Die vollständigen Vergabeunterlagen lagen am 13.12.2021 vor.

Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf die Schreiben der Verfahrensbeteiligten und die Vergabeakte in Gestalt der bei der Vergabeprüfstelle vorliegenden Nachprüfungsakte verwiesen.

## II.

Die Beanstandung der Beschwerdeführerin ist zulässig und begründet.

1. Die Beanstandung ist zulässig.

Nach §§ 1, 2 der Landesverordnung über die Nachprüfung von Vergabeverfahren durch Vergabeprüfstellen (abgek. NachprV) vom 26. Februar 2021 (GVBl. S. 123) ist die Vergabeprüfstelle beim Ministerium für Wirtschaft, Verkehr, Landwirtschaft und Weinbau Rheinland-Pfalz für die Nachprüfung des vorliegenden Vergabeverfahrens zuständig.

Die Auftraggeberin ist als kommunale Gebietskörperschaft nach § 2 Abs. 1 S. 1 NachprV verpflichtet, bei Vergabeverfahren die Bestimmungen der §§ 4 bis 11 NachprV einzuhalten. Der persönliche Anwendungsbereich der Landesverordnung ist damit eröffnet.

Der geschätzte Auftragswert überschreitet die hier gemäß § 2 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 NachprV für Bauleistungen maßgebliche Prüfungswertgrenze von 100.000 EUR. Ferner wird der maßgebliche EU-Schwellenwert von 5.350.000,00 EUR (§ 2 Abs. 2 NachprV i. V. m.

§ 106 Abs. 1 und 2 Nr. 1 GWB i. V. m. Art. 4 lit. a) RL 2014/24/EU in der seit dem 01.01.2020 geltenden Fassung) unterschritten.

Die Beschwerdeführerin hat die Nichteinhaltung von Vergabevorschriften im Sinne von § 5 Abs. 1 S. 1 NachprV form- und fristgemäß beanstandet. Die einfache E-Mail der Beschwerdeführerin vom 03.12.2021 erfüllt die Formanforderungen des § 126 BGB nicht. Die Beanstandungsfrist wurde gleichwohl durch das Schreiben der Verfahrensbevollmächtigten vom 09.12.2021, das der Auftraggeberin am 09.12.2021 per E-Mail und am 10.12.2021 per Telefax zugeht, gewahrt. Dieses ist als Beanstandungsschreiben anzusehen.

Die Auftraggeberin hat der nicht formgerechten Beanstandung der Beschwerdeführerin vom 03.12.2021 mit Schreiben vom 06.12.2021 nach § 5 Abs. 1 S. 1 NachprV nicht abgeholfen. Dass sie von dieser Auffassung nach Kenntnisnahme des Schreibens der Verfahrensbevollmächtigten der Beschwerdeführerin nicht abzuweichen beabsichtigte, hat sie durch Vorlage des streitbehafteten Vergabeverfahrens an die Vergabepflichtstelle hinreichend zum Ausdruck gebracht. Einer erneuten Nichtabhilfe auf die formgerechte Beanstandung vom 09.12.2021 hin bedurfte es insofern nicht.

Die Beschwerdeführerin hat ferner durch Schreiben ihrer Verfahrensbevollmächtigten ausdrücklich verlangt, der Vergabepflichtstelle das Verfahren zwecks Durchführung des Nachprüfungsverfahrens vorzulegen, mithin nicht darauf verzichtet (§ 5 Abs. 1 S. 2 NachprV).

2. Die Beanstandung der Beschwerdeführerin ist auch begründet. Sie hätte nicht von der Wertung ausgeschlossen werden dürfen.

a. Die Auftraggeberin hätte die Beschwerdeführerin nicht – auf der ersten Wertungsstufe – wegen Änderung der Vergabeunterlagen nach § 16 Abs. 1 Nr. 2 i.V.m. § 13 Abs. 1 Nr. 5 S. 1 VOB/A ausschließen dürfen.

Nach § 13 Abs. 1 Nr. 5 S. 1 VOB/A sind Änderungen an den Vergabeunterlagen durch den Bieter unzulässig. Ein derartiges Angebot muss unberücksichtigt bleiben, weil es wegen der sich nicht deckenden Willenserklärungen von Auftraggeber und Bieter nicht zu dem beabsichtigten Vertragsabschluss führen kann. Die Regelung stellt sicher, dass nur Angebote gewertet werden, die den ausgeschriebenen Leistungen und den sonstigen Vergabeunterlagen entsprechen (Koenigsmann-Hölken, in: Heuvels/Höß/Kuß/Wagner, Vergaberecht, 2. Aufl. 2021, § 13 Rn. 23). Weicht der Bieter mit seinem Angebot von den Vorgaben des Auftraggebers ab, so ist der hierauf erteilte Zuschlag als Ablehnung dieses Angebotes und Angebot eines Vertrages zu den vom Auftraggeber vorgesehenen Bedingungen anzusehen (von Wietersheim, in: Ingenstau/Korbion/Leupertz/von Wietersheim, VOB Kommentar, 21. Aufl. 2020, § 16 VOB/A, Rn. 11).

Änderungen nach § 13 Abs. 1 Nr. 5 S. 1 VOB/A können in Ergänzungen und Streichungen bestehen sowie durch Entfernen von Teilen der Vergabeunterlagen erfolgen. Eine Änderung der Vergabeunterlagen liegt regelmäßig vor, wenn der Bieter die zu erbringende Leistung inhaltlich abändert und eine andere als die ausgeschriebene Leistung anbietet, die angebotene Leistung mithin infolge der Veränderungen nicht mehr der Leistungsbeschreibung des öffentlichen Auftraggebers entspricht, oder die Leistung unter Bedingungen stellt (Koenigsmann-Hölken, in: Heuvels/Höß/Kuß/Wagner, Vergaberecht, 2. Aufl. 2021, § 13 Rn. 25).

Was unter den Begriff „Vergabeunterlagen“ zu verstehen ist, ergibt sich aus § 8 VOB/A. Die Vergabeunterlagen umfassen zum einen die Leistungsbeschreibung und die Vertragsbedingungen, zum anderen die Aufforderung zur Angebotsabgabe und die Teilnahmebedingungen.

Eine solche Änderung an den Vergabeunterlagen i.S.d. § 13 Abs. 1 Nr. 5 S. 1 VOB/A durch Änderung des benannten Nachunternehmers ist vorliegend nicht gegeben.



b. Die Beschwerdeführerin darf ferner nicht unter Außerbetrachtung der Firma XXX als eignungsleihendes Unternehmen wegen fehlender Eignung – auf der zweiten Wertungsstufe – ausgeschlossen werden (§ 16b Abs. 1 i.V.m § 2 Abs. 3 VOB/A).

§ 2 Abs. 3 VOB/A sieht vor, dass Bauleistungen nur an fachkundige, leistungsfähige und zuverlässige Unternehmen vergeben werden. Danach ist der Auftraggeber entsprechend § 16b Abs. 1 VOB/A verpflichtet, die Eignung der Bieter zu prüfen. Anhand der vorgelegten Eignungsnachweise, u. a. der Angaben in der Präqualifikationsliste oder der Eigenerklärungen gemäß Formblatt 124 sowie ggf. der weiteren geforderten Nachweise, sind die Angebote derjenigen Bieter auszuwählen, die auf Grund ihrer Fachkunde, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit sowie ihrer technischen und wirtschaftlichen Mittel die für die Erfüllung der vertraglichen Verpflichtungen notwendige Gewähr bieten. Im Umkehrschluss bedeutet dies, dass die Angebote solcher Bieter, die nicht die erforderliche Zuverlässigkeit und Fachkunde besitzen oder die zur Erbringung der ausgeschriebenen Leistungen (ganz oder teilweise) außer Stande sind, von der Wertung ausgeschlossen werden müssen (vgl. OLG Düsseldorf, Beschl. v. 05.05.2004 – VII-Verg 10/04). Es handelt sich hierbei um einen zwingenden Ausschlussgrund.

Die Beschwerdeführerin ist für einen Teil der hier ausgeschriebenen Leistungen präqualifiziert und im Präqualifikationsverzeichnis, dem Hessischen Präqualifikationsregister (HPQR), unter der Nummer XXX eingetragen.

c. Sie ist jedoch außer Stande, die ausgeschriebenen Sanierungsarbeiten im eigenen Betrieb auszuführen, weil ihr hierzu die erforderliche Zulassung nach Anhang I Nr. 2.4.2 Abs. 4 der Verordnung zum Schutz vor Gefahrstoffen (Gefahrstoffverordnung – GefStoffV) fehlt. Sie kann für ihren Betrieb den Nachweis dieser Zulassung nach Anhang I Nr. 2.4.2 Abs. 4 GefStoffV nicht erbringen. Aus diesem Grund hat sie in ihrem Angebot, im Formblatt 233, für diese Arbeiten (zunächst) die XXX als Nachunternehmer benannt.

Dies stellt einen Fall der Eignungsleihe dar. Zwar ist diese anders als in § 6d EU VOB/A nicht ausdrücklich in der VOB/A 1. Abschnitt geregelt. Die Berechtigung zum Rückgriff

auf die Kapazitäten von Dritten zum Zwecke des Nachweises der Eignung ist nach allgemeiner Auffassung aber auch unterhalb der Schwellenwerte zulässig – vgl. § 34 UVgO für die Vergabe von Liefer- und Dienstleistungen. Dies ergibt sich auch aus dem Diskriminierungsverbot (vgl. Zeiss, Sichere Vergabe unterhalb der Schwellenwerte, 3. Aufl. 2016, Kapitel 14, I. Rechtliche Anforderungen mit Verweis auf EuGH, Urt. v. 18.3.2004 - C-314/01 - Siemens AG Österreich, ARGE Telekom & Partner - Rn. 42). Die Möglichkeit, sich auf Nachunternehmer für die Leistungsausführung auch zum Nachweis der geforderten Eignung berufen zu können, verschafft den Bietern mehr Flexibilität bei der Ressourcenplanung. Zudem könnten insbesondere kleinere und mittlere Unternehmen ohne den Einsatz von Nachunternehmern viele Aufträge nicht bewältigen (Kirch/Haverland, in: Leinemann/Leinemann/Kirch: Die Vergabe öffentlicher Aufträge, 7. Aufl. 2021, Datenbank VergabePortal, Rn. 545).

d. Die Leistungsfähigkeit der Beschwerdeführerin in Bezug auf die ausgeschriebenen Sanierungsarbeiten beurteilt sich demnach danach, ob die XXX ihr diese als eignungsleihendes Nachunternehmen vermitteln kann, d.h. zum einen selbst über die Elemente der Leistungsfähigkeit verfügt, die sich die Beschwerdeführerin ausleihen will, und keine Ausschlussgründe vorliegen sowie zum anderen, ob gewährleistet ist, dass sie für diese Arbeiten dann zur Verfügung steht, wenn sie im Zuge der Auftragsausführung gebraucht wird.

Ob dies der Fall ist, kann vorliegend dahinstehen, denn die Beschwerdeführerin wollte und will dieses Unternehmen zu keinem Zeitpunkt als Drittunternehmen einsetzen. Nach eigenen Angaben handelt es sich hierbei um einen Fehler, der dem Auszubildenden der Beschwerdeführerin bei der Ausfüllung der Angebotsunterlagen unterlaufen ist. Es ist davon auszugehen, dass die XXX auch keinerlei Kenntnis von ihrer Eintragung als Nachunternehmer in dem vorliegenden Vergabeverfahren hat. Ein öffentlicher Auftraggeber muss sich auch nicht auf das Risiko einlassen, ob der Bieter rechtzeitig zur vorgesehenen Auftragsdurchführung die Leistungsbereitschaft des von ihm benannten Nachunternehmers herbeiführen kann (OLG Düsseldorf, Beschl. v. 05.05.2004 – VII-Verg 10/04). Eine Eignungsleihe durch die XXX scheidet damit aus. Insoweit ist die

Leistungsfähigkeit der Beschwerdeführerin im Hinblick auf die ausgeschriebenen Sanierungsarbeiten zu verneinen.

e. Die Beschwerdeführerin darf zum Nachweis ihrer Eignung jedoch auf die Firma XXX als eignungsleihendes Drittunternehmen zurückgreifen. Die Auftraggeberin hätte jenes Unternehmen bei der Eignungsprüfung der Beschwerdeführerin berücksichtigen müssen.

Die Beschwerdeführerin durfte im Rahmen der Nachforderung durch das Ingenieurbüro ihre Angaben zu dem vorgesehenen Eignungsverleiher korrigieren und statt der XXX die Firma XXX eintragen.

Gemäß § 16a Abs. 1 VOB/A hat der Auftraggeber, Bieter, die für den Zuschlag in Betracht kommen, aufzufordern, fehlende oder unvollständige unternehmensbezogene oder leistungsbezogene Unterlagen, die bereits mit dem Angebot vorzulegen waren, nachzureichen oder zu vervollständigen.

Bei den vorliegend nachgeforderten Unterlagen im Hinblick auf das eignungsleihende Drittunternehmen handelt es sich sämtlich um unternehmensbezogene Unterlagen im o. g. Sinne.

Sie waren bereits mit Angebotsabgabe vorzulegen. Wenn sich ein Bieter zum Nachweis der Eignung auf Dritte beruft, hat er eine mehrfache Erklärungs- und Nachweispflicht im Vergabeverfahren zu beachten. Stützt sich ein Bieter im Hinblick auf die vom Auftraggeber verlangten Eignungsnachweise auf die Fähigkeiten eines anderen Unternehmens, ist nicht nur erforderlich, dass dieser Dritte bereits mit dem Angebot bzw. dem Teilnahmeantrag namentlich benannt wird. Da die Eignungsprüfung personen- bzw. unternehmensbezogen erfolgt, ist ohne Angabe, wer dem Bewerber zur Erfüllung der Eignungsanforderungen zur Seite stehen soll, eine Eignungsprüfung von vornherein nicht möglich (Kirch/Haverland, in: Leinemann/Leinemann/Kirch: Die Vergabe öffentlicher Aufträge, 7. Aufl. 2021, Datenbank VergabePortal, Rn. 547, 549.).

Da es darauf ankommt, ob die aus dem Bieter und dem Dritten bestehende Kombination geeignet ist, muss der Bieter, der sich auf fremde Kapazitäten beruft, dies nicht nur offenlegen, sondern die geliehene Eignung zu demselben Zeitpunkt und auf dieselbe Weise nachweisen wie vom Auftraggeber für den Wettbewerbsteilnehmer selbst gefordert (vgl. Summa, in: Heiermann/Zeiss/Summa, jurisPK-Vergaberecht, 5. Aufl., § 47 VgV (Stand: 16.07.2019), Rn. 23; von Wietersheim, in: Ingenstau/Korbion/Leupertz/von Wietersheim, VOB Kommentar, 21. Aufl. 2020, § 16 b VOB/A, Rn. 7) und entsprechende Eignungsnachweise zu den Drittunternehmen vorlegen.

Demnach hätte die Beschwerdeführerin bereits mit Angebotsabgabe die u. a. in der Angebotsaufforderung aufgeführten Unterlagen für das eignungsleihende Drittunternehmen zum Nachweis ihrer Eignung einreichen müssen. Fehlende Unterlagen konnten daher gemäß § 16a Abs. 1 VOB/A nachgefordert werden; die Auftraggeberin hat insofern nicht von ihrem Recht aus § 16a Abs. 3 VOB/A Gebrauch gemacht und vorab auf eine Nachforderung verzichtet.

In diesem Zusammenhang durfte die Beschwerdeführerin auch den zunächst fehlerhaft benannten Nachunternehmer durch die Firma XXX ersetzen.

Zwar ist ein Bieter grundsätzlich an die Angaben in seinem Angebot gebunden (§ 145 BGB). Mit Ablauf der Angebotsfrist kann es weder vom Bieter inhaltlich abgeändert oder ergänzt werden noch darf der Auftraggeber eine solche Angebotsänderung gestatten (vgl. §§ 10 Abs. 2, 15 Abs. 1, 3 VOB/A). Daher wird auch eine Änderung des genannten Nachunternehmers teilweise für unzulässig erachtet (vgl. OLG Düsseldorf, Beschl. v. 05.05.2004 – Verg 10/04).

Diese streng formale Auffassung ist in Anbetracht der aktuellen Rechtslage aus Sicht der Vergabeprüfstelle jedoch als überholt anzusehen.

Mit Inkrafttreten der Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen Ausgabe 2009 am 11. Juni 2010 haben wesentliche Neuerungen in die VOB/A 1. und 2. Abschnitt Eingang gefunden. Sinn und Zweck dieser liberalisierenden Novellierung der Vergaberegulungen war, im Interesse eines umfassenden Wettbewerbs den Ausschluss von

Angeboten aus vielfach nur formalen Gründen zu verhindern und die Anzahl der am Wettbewerb teilnehmenden Angebote nicht unnötig zu reduzieren. Nach den Neuregelungen sind Angebote zuzulassen, die lediglich formale oder unwesentliche Mängel beinhalten. Ferner wurden aufgrund von Erfahrungswerten aus der Praxis, Regelungen aufgenommen, nach denen fehlende Erklärungen und Nachweise nachgereicht werden können (vgl. die Eingangshinweise des Vergabe- und Vertragsausschusses für Bauleistungen, BAnz 155a vom 15.10.2009 und Einführungserlass des BMVBS vom 10.06.2010 - B 15 - 8163.6/1 S. 7).

Hiermit ist auch die gesetzliche Grundlage für die zu älteren Ausgaben der VOB/A ergangene, vom Gedanken formaler Ordnung geprägte strenge Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs namentlich zur Handhabung der Angebotsausschlussgründe entfallen (BGH, Urt. v. 19.06.2018 – X ZR 100/16, Urt. v. 18.06.2019 – X ZR 86/17).

Mit der Novellierung des Vergaberechts im Jahr 2016 wurden in der VOB/A 2. Abschnitt mit § 6d EU Abs. 1 S. 5-6 VOB/A und der Vergabeverordnung mit § 47 Abs. 2 S. 3-4 VgV weitere liberalisierende Regelungen aufgenommen. Diese eröffnen die Möglichkeit der Ersetzung eines eignungsleihenden Drittunternehmens auf Verlangen des Auftraggebers, wenn dieses die erhoffte Eignung nicht mitbringt. Auch die UVgO sieht eine entsprechende Vorschrift vor (§ 34 Abs. 2 S. 2 i.V.m. § 26 Abs. 5 UVgO). Sinn und Zweck der Ersetzung des eignungsleihenden Drittunternehmens ist die Vermeidung unnötiger Ausschlüsse (vgl. Goldbrunner, in Ziekow/Völlink, Vergaberecht, 4. Aufl. 2020, § 47 VgV Rn. 12). Die o. g. Vorschriften statuieren eine Ersetzungspflicht von Drittunternehmen, wenn diese die Eignungsanforderungen nicht erfüllen oder zwingende Ausschlussgründe verwirklicht haben sowie ein Ersetzungsrecht bei Verwirklichung fakultativer Ausschlussgründe.

Damit ist auch eine nachträgliche Änderung eines Angebots hinsichtlich eines zum Nachweis der Eignung benannten Dritten möglich (geworden). Dies liegt auf derselben Linie wie auch die oben beschriebenen Nachbesserungsmöglichkeiten bei den formalen Inhalten der Angebote, § 16a Abs. 1 VOB/A, § 16a EU Abs. 1 VOB/A oder § 56 Abs.

2 VgV (vgl. Kirch/Haverland, in: Leinemann/Leinemann/Kirch: Die Vergabe öffentlicher Aufträge, 7. Aufl. 2021, Datenbank VergabePortal, Rn. 550).

Dies stellt eine ausnahmsweise Durchbrechung des sogenannten Nachverhandlungsverbots dar und führt zu einer Bevorteilung von Bietern, die sich der Eignungsleihe bedienen, die jedoch vom europäischen und nationalen Gesetzgeber ausdrücklich so normiert wurde (vgl. Hausmann/Kern, in: Röwekamp/ Kus/Marx/Portz/Prieß, 2. Aufl. 2022, § 47 VgV Rn.10).

Wenn die Ersetzung des eignungsleihenden Drittunternehmens von Gesetzes wegen sogar für den Fall des Vorliegens zwingender Ausschlussgründe zulässig ist, muss dies für den Austausch des vom Bieter versehentlich falsch bezeichneten Drittunternehmens ebenfalls gelten. Letztgenannte Bieter dürfen nicht schlechter gestellt sein als solche, die einen Dritten benennen, der zwingend auszuschließen ist.

Es widerspräche zudem der Intention der reformierten VOB/A Angebotsausschlüsse aus lediglich formalen Gründen nach Möglichkeit zu vermeiden, einen an sich potenziell geeigneten Bieter auszuschließen, nur weil er versehentlich einen falschen Nachunternehmer benannt hat. Hierbei ist auch zu berücksichtigen, dass sich Bieter bei der Vorbereitung und Erstellung der Angebote einem hohen Zeitdruck ausgesetzt sehen und das Hauptaugenmerk zu dieser Zeit erfahrungsgemäß darauf gerichtet ist, ein möglichst wirtschaftliches Angebot auszuarbeiten (vgl. OLG Düsseldorf, Beschl. v. 21.10.2015 – VII Verg 365/15, Rn. 29 juris).

Die ausnahmsweise Durchbrechung des Prinzips, dass benannte Nachunternehmen nach Ablauf der Angebotsfrist nicht mehr ausgetauscht werden können, ist als Ausnahmenvorschrift eng auszulegen und die – ausnahmsweise erlaubten – nachträglichen Änderungen am Angebot so auf ein notwendiges Minimum zu beschränken. Die Gesetzesbegründung zu § 47 VgV (BT-Drucksache 87/16, S. 266) legt dar, dass „weder durch die Eignungsleihe noch durch das unter Umständen erforderliche Ersetzen eines in Anspruch genommenen anderen Unternehmens durch den Bieter oder Bewerber das Angebot an sich verändert werden [darf], da die Eignungsleihe nur die Frage der Eignung des Bewerbers oder Bieters betrifft“. Dieser Grundsatz gilt auch für die Eignungsleihe

nach § 6d EU VOB/A (vgl. VK München, Beschl. v. 06.09.2018 – Z3-3-3194-1-24-07/18, Rn. 99, juris). Ersetzt ein Bewerber oder Bieter einen benannten Dritten, so darf also das Angebot an sich im Übrigen nicht verändert werden. Die Eignungsleihe betrifft nur die Frage der Eignung des Bewerbers oder Bieters, so dass etwa ein Austausch keinesfalls zu neuen Preisen führen kann (Kirch/Haverland, in: Leinemann/Leinemann/Kirch: Die Vergabe öffentlicher Aufträge, 7. Aufl. 2021, Datenbank VergabePortal, Rn. 550).

Wenngleich die VOB/A 1. Abschnitt keine ausdrückliche Regelung zur Ersetzung des eignungsleihenden Drittunternehmens statuiert, gelten die gemachten Ausführungen in deren Anwendungsbereich gleichermaßen. Denn auch in der VOB/A 1. Abschnitt hat die Intention des Vergabe- und Vertragsausschusses für Bauleistungen, Angebotsausschlüsse aus lediglich formalen Gründen nach Möglichkeit zu vermeiden, Eingang gefunden, nicht zuletzt in § 16a Abs. 1 VOB/A.

§ 16a Abs. 1 VOB/A erlaubt sogar ausdrücklich die Korrektur fehlerhafter unternehmensbezogener Unterlagen. Hierbei sind die Grundätze der Gleichbehandlung aller Wettbewerbsteilnehmer und der Transparenz des Vergabeverfahrens zu beachten. Diese werden im vorliegenden Fall jedoch nicht beeinträchtigt. Die Beschwerdeführerin hat durch den Austausch des benannten Eignungsverleihers insbesondere keinen ungerechtfertigten Wettbewerbsvorteil erlangt. Die übrigen Bieter stehen hierdurch nicht schlechter als im Falle, dass ein Bieter bei Angebotsabgabe auf die Benennung des Dritten gänzlich verzichtet – und lediglich Art und Umfang der Leistungen angibt, die durch ein Drittunternehmen ausgeführt werden sollen – und im Rahmen der Nachforderung nach § 16a Abs. 1 VOB/A Erklärungen und Nachweise zu diesem Unternehmen nachreicht. Im Ergebnis kann eine vollumfängliche Eignungsprüfung erst erfolgen, wenn alle angeforderten (und nachgeforderten) Unterlagen vorliegen.

Die nachträgliche Korrektur hat vorliegend auch keinen Einfluss auf das Wettbewerbsergebnis, denn das Angebot wird nicht insoweit geändert, als dass sich dadurch eine Änderung auf der vierten Wertungsstufe ergibt.

Die Leistungsfähigkeit der Beschwerdeführerin in Bezug auf die ausgeschriebenen Sanierungsarbeiten beurteilt sich folglich danach, ob die Firma XXX ihr diese als eignungsleihendes Nachunternehmen vermitteln kann, d.h. zum einen selbst über die Elemente der Leistungsfähigkeit verfügt, die sich die Beschwerdeführerin ausleihen will, und keine Ausschlussgründe vorliegen sowie zum anderen, ob gewährleistet ist, dass sie für diese Arbeiten dann zur Verfügung steht, wenn sie im Zuge der Auftragsausführung gebraucht wird.

Ob dies vorliegend der Fall ist, vermag die Vergabeprüfstelle nicht abschließend zu entscheiden. Die Eignungsprüfung ist ein wertender Vorgang, in den zahlreiche Einzelumstände einfließen. Hierbei steht dem öffentlichen Auftraggeber ein Beurteilungsspielraum zu. Vorliegend hat die Auftraggeberin keine Feststellungen im Hinblick auf die Eignungsleihe durch die Firma XXX, insbesondere zu deren Eignung und das Vorliegen von Ausschlussgründen, getroffen, da sie davon ausging, dass diese nicht zu berücksichtigen sei.

3. Nach alledem war der Ausschluss des Angebots der Beschwerdeführerin vergaberechtswidrig. Gemäß § 10 Abs. 1 NachprV wird das streitbefangene Vergabeverfahren durch die Vergabeprüfstelle als rechtswidrig beanstandet. Zur Herstellung der Rechtmäßigkeit des Vergabeverfahrens wird das Vergabeverfahren in den Stand der Prüfung und Wertung zurückversetzt.

Insofern wird die Auftraggeberin verpflichtet, die Prüfung und Wertung der eingegangenen Angebote, insbesondere die Eignungsprüfung der Beschwerdeführerin unter Berücksichtigung der Firma XXX als eignungsleihendes Drittunternehmen, zu wiederholen. Hierbei hat sie die Rechtsauffassung der Vergabeprüfstelle zu beachten.

Nach erneuter Prüfung und Wertung der Angebote ist, unabhängig vom Ergebnis, eine erneute Information an die Bieter gemäß § 4 Abs. 1 NachprV vorzunehmen.



Der Auftraggeber wird angehalten, die Vergabepflichtstelle über die Umsetzung der vorliegenden Entscheidung zu unterrichten und dies in geeigneter Form nachzuweisen.

### III.

Die Gebührenentscheidung beruht auf § 11 Abs. 3 NachprV.

Ergibt die Nachprüfung, dass ein Bieter das Vergabeverfahren zu Recht beanstandet hat, sind keine Gebühren zu seinen Lasten zu erheben.

Für die Vergabepflichtstelle  
Im Auftrag

XXX