

OLG Jena

Beschluss

vom 02.10.2024

Verg 5/24

GWB § 124 Nr. 8

**1. Öffentliche Auftraggeber können unter Berücksichtigung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit ein Unternehmen zu jedem Zeitpunkt des Vergabeverfahrens von der Teilnahme an einem Vergabeverfahren ausschließen, wenn das Unternehmen in Bezug auf die Ausschlussgründe oder Eignungskriterien eine schwer wiegende Täuschung begangen hat.**

**2. Es spricht einiges dafür, dass § 124 Abs. 1 Nr. 8 GWB als Ausschlussgrund nur bei Falschangaben bzw. unvollständigen Angaben im laufenden Vergabeverfahren zur Anwendung kommt, nicht hingegen bei Falschangaben bzw. unvollständigen Angaben aus vorangegangenen Vergabeverfahren desselben Auftraggebers oder anderer öffentlicher Auftraggeber. Eine schwer wiegende Täuschung des öffentlichen Auftraggebers in einem früheren Vergabeverfahren kann unter dem Gesichtspunkt der nachweislich schweren Verfehlung in späteren Vergabeverfahren Berücksichtigung finden und einen fakultativen Ausschlussgrund darstellen.**

**3. Selbstreinigungsmaßnahmen können auch nach dem Zeitpunkt der Eignungsprüfung - noch im laufenden Nachprüfungsverfahren - zu berücksichtigen sein.**

**4. Der öffentliche Auftraggeber hat einen Beurteilungsspielraum bei der Frage, ob die Selbstreinigungsmaßnahmen des Unternehmens ausreichend sind. Dem Auftraggeber kommt auch bei dieser Prognose ein gerichtlich nur eingeschränkt überprüfbarer Beurteilungsspielraum zu.**

OLG Jena, Beschluss vom 02.10.2024 - Verg 5/24

*vorhergehend:*

*VK Thüringen, 25.06.2024 - 5090-250-4003/442*

*VK Thüringen, 21.02.2024 - 5090-250-4003/442*

*nachfolgend:*

*OLG Jena, Beschluss vom 03.12.2024 - Verg 5/24*

## Beschluss:

1. Auf die Beschwerde des Antragstellers und Beschwerdeführers wird der Beschluss der Vergabekammer Freistaat Thüringen vom \_ - Az. \_ - aufgehoben.

Die Entscheidung des Antragsgegners vom 26.09.2023 über den Ausschluss des Antragstellers von der Teilnahme am Vergabeverfahren "*Winterdienst und Störungsbeseitigung 20\_ - 20\_ auf Bundes- und Landesstraßen im U\_*" und über den Ausschluss des Angebotes des Antragstellers von der Wertung in diesem Vergabeverfahren wird aufgehoben. Der Antragsgegner wird bei Fortbestehen der Beschaffungsabsicht verpflichtet, das Vergabeverfahren unter Beteiligung des Antragstellers und unter Berücksichtigung seines Angebots fortzuführen.

2. Der Antragsgegner hat die Kosten des Verfahrens vor der Vergabekammer einschließlich der zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen des Antragstellers zu tragen. Die Hinzuziehung der Verfahrensbevollmächtigten des Antragstellers im Nachprüfungsverfahren wird für notwendig erklärt. Der Antragsgegner hat die Kosten des Beschwerdeverfahrens einschließlich der zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen außergerichtlichen Aufwendungen des Antragstellers zu tragen.

3. Der Streitwert für das Beschwerdeverfahren wird auf 446.363.- Euro festgesetzt.

## Gründe:

### I.

Der AG schrieb den in den Nrn. II.1.1), 1.4), 2.4) und 2.7) des Supplements zum Amtsblatt der EU vom \_ (Tag der Absendung der Bekanntmachung) näher bezeichneten und im Zeitraum vom 01.10.20\_bis 30.09.20\_ zu erbringenden "*Winterdienst und Störungsbeseitigung 20\_-20\_ auf Bundes- und Landesstraßen im Landkreis U\_*" im Rahmen eines offenen Verfahrens europaweit aus. Der AST beteiligte sich mit Angebotsabgabe vom \_ . Der AG teilte der zweitplatzierten T\_ mit Bieterinformation vom \_ mit, dass beabsichtigt sei, nach Ablauf der Informationsfrist, frühestens am \_, den Zuschlag auf das Angebot des AST zu erteilen; die T\_ habe nicht das wirtschaftlichste Angebot abgegeben.

Gegen die beabsichtigte Zuschlagserteilung reichte die T\_ am \_ einen Nachprüfungsantrag bei der Vergabekammer ein; das Nachprüfungsverfahren wird unter dem Az. \_ geführt und

ist bei der Vergabekammer Freistaat Thüringen weiterhin anhängig; der AST ist dort Beigeladener. Der AG teilte dem AST mit Anhörungsschreiben vom \_ mit, dass beabsichtigt sei, ihn nach § 124 Abs. 1 Nr. 8 Var. 1 GWB wegen einer schwerwiegenden Täuschung von der Teilnahme am Vergabeverfahren auszuschließen. Dem AG [Region Nord] sei bekannt geworden, dass der AST mit Schreiben vom 20.07.2023 des AG [Amtsbereich Mitte] unter anderem gemäß § 124 Abs. 1 Nr. 8 Var. 1 GWB von der Teilnahme an dem parallelen Vergabeverfahren "*Winterdienst und Störungsbeseitigung auf Bundes- und Landesstraßen 20\_-20\_ im Landkreis L*" wegen einer schwerwiegenden Täuschung ausgeschlossen worden sei. Mit seinem Angebot habe er zum Nachweis der geforderten Mindestsolelagerkapazität von 500 m<sup>3</sup> einen Bescheid der unteren Naturschutzbehörde der Stadt S\_ vom 21.06.2021 vorgelegt, der eine Gesamtlagermenge an Salzlake von 500 m<sup>3</sup> ausweise. Ein solcher Bescheid vom 21.06.2021 sei von der Stadt S\_ jedoch nicht erlassen worden.

Vielmehr weise der tatsächlich erlassene Bescheid der Stadt S\_ vom 21.06.2021 eine Gesamtlagermenge an Salzlake von lediglich 100 m<sup>3</sup> aus. Damit habe der AST den öffentlichen Auftraggeber darüber getäuscht, dass die Mindestsolelagerkapazität für die Lagerstätte am Standort S\_ in tatsächlicher Hinsicht nicht gegeben sei und insoweit eine Fehlvorstellung über einen erfolgreichen Nachweis der geforderten Mindestsolelagerkapazität hervorgerufen. Diese absichtliche Täuschung führe zu einem massiven Vertrauensverlust in den AST und zu erheblichen Zweifeln an einer ordnungsgemäßen und gesetzestreuen Ausführung der Leistung. Diese schwerwiegende Täuschung aus dem vorangegangenen Vergabeverfahren berechtige auch zu einem Ausschluss gemäß § 124 Nr. 8 Var.1 GWB im vorliegenden Vergabeverfahren.

Im Rahmen der Anhörung bat der AG um Mitteilung, ob und welche Selbstreinigungsmaßnahmen nach § 125 GWB ergriffen worden seien. Eine Stellungnahme des AST ging in der gesetzten Frist nicht beim AG ein.

Mit Schreiben vom 26.09.2023 schloss der AG den AST von der Teilnahme an dem Vergabeverfahren und sein Angebot gemäß § 42 Abs. 1 VgV i.V.m. § 124 Abs. 1 Nr. 8 Var. 1 GWB von der Wertung aus. Der hierauf bezogenen Rüge des AST vom 28.09.2023 half der AG nicht ab.

Den mit Schriftsatz vom 16.10.2023 bei der Vergabekammer Freistaat Thüringen gestellten Nachprüfungsantrag hat die Vergabekammer mit dem nunmehr beschwerdegegenständlichen Beschluss vom 25.06.2024 zurückgewiesen. Zur Begründung hat die Vergabekammer ausgeführt, der zulässige Nachprüfungsantrag sei unbegründet. Der AG habe seine Entscheidung im Vergabeverfahren zu Recht auf den fakultativen

gesetzlichen Ausschlussstatbestand des § 124 Abs. 1 Nr. 8 Var. 1 GWB gestützt. Der AG habe das Angebot des AST im vorliegenden Verfahren zu Recht nach § 42 Abs. 1 VgV i.V.m. § 124 Abs. 1 Nr. 8 Var. 1 GWB wegen einer schwerwiegenden Täuschung im parallelen Verfahren I\_ ausschließen können.

Die Voraussetzungen für einen fakultativen Ausschluss des Angebots des AST nach §§ 124 Abs. 1 Nr. 8, 125 GWB lägen vor, weil der AST im Vergabeverfahren in Bezug auf seine Eignung im parallelen Verfahren I\_ eine schwerwiegende Täuschung begangen und Selbstreinigungsmaßnahmen bis zum Abschluss des Ausschlussverfahrens nicht vorgetragen habe. Auch wenn die Täuschungshandlung im Parallelverfahren den I\_ betreffend begangen worden sei, so komme wegen dieser Täuschungshandlung auch ein Ausschluss im vorliegenden Verfahren in Betracht. Eine schwerwiegende Täuschungshandlung über bieterbezogene Eignungskriterien beschränke sich nicht auf das konkrete Vergabeverfahren, sondern schlage auch auf andere Verfahren durch. Die Ermessensausübung sei nicht zu beanstanden. Es wird ergänzend auf den den Beteiligten bekannten Beschluss der Vergabekammer Bezug genommen.

Gegen diesen, ihm am 27.06.2024 zugestellten Beschluss richtet sich die am 04.07.2024 bei Gericht eingegangene Beschwerde des AST.

Der Ast trägt mit seiner Beschwerde vor, die Tatbestandsvoraussetzungen von § 124 Abs. 1 Nr. 8 Var. 1 GWB lägen nicht vor. Jedenfalls sei der Ausschluss des Angebotes des Antragstellers ermessensfehlerhaft erfolgt. Darüber hinaus sei der Antragsteller auch nicht nach § 125 GWB auszuschließen, da er eine Selbstreinigung vorgenommen habe.

Die Voraussetzungen für einen Ausschluss des Angebots des Antragstellers nach § 124 Abs.1 Nr. 8 Var.1 GWB lägen nicht vor, weil der Antragsteller in Bezug auf Eignungskriterien keine im vorliegenden Verfahren zu berücksichtigende schwerwiegende Täuschung vorgenommen habe.

Es sei bereits strittig, ob Täuschungen aus vorangegangenen Vergabeverfahren herangezogen werden können; jedenfalls bei zeitlich nachgelagerten Vergabeverfahren sei dies nicht möglich. In diesem Zusammenhang sei auch zu berücksichtigen, dass bei normalem Lauf des Verfahrens der Antragsteller bereits seit fast zwei Jahren (seit dem \_) in der Leistungserbringung im U\_ tätig wäre. Eine nachträgliche Eignungsprüfung würde dann nur am Maßstab des § 133 GWB für eine Kündigung von öffentlichen Aufträgen in besonderen Fällen in Betracht gekommen.

Nur vorsätzliches Fehlverhalten könne einen Ausschlussgrund begründen. Vorsätzliches

Verhalten, das dem Antragsteller zuzurechnen sei, liege hier jedoch nicht vor. Wichtig sei in diesem Zusammenhang im Hinblick darauf, dass die Veränderungen am Bescheid der unteren Naturschutzbehörde der Stadt S\_ durch eine Mitarbeiterin vorgenommen worden seien, die Beschränkung der Haftung für Verrichtungsgehilfen, die sich auf das Auswahlverschulden beschränke (vgl. § 831 BGB). Ein Rechtsverstoß sei einem Unternehmen zuzurechnen, wenn die handelnde natürliche Person für die Leitung des Unternehmens verantwortlich gewesen sei. Hingegen sei die Zurechnung von Fehlverhalten eines sonstigen Mitarbeiters nicht möglich.

Bloßes Aufsichtsverschulden einer für das Unternehmen verantwortlich handelnden Person begründe demgegenüber keine Zurechnung des Verstoßes einer Nichtleitungsperson zum Unternehmen. Die Mitarbeiterin des Antragstellers, die die Unterlagen für die Angebotsabgabe zusammengestellt und auch die Änderungen im Bescheid vorgenommen habe, sei keine Person, die für die Leitung des Unternehmens verantwortlich sei. Die Herren W\_ hätten sich auf die ordnungsgemäße Zusammenstellung der Angebotsunterlagen durch die bis dahin äußerst zuverlässige Mitarbeiterin verlassen; Herr A\_ W\_ habe demzufolge das Angebot entsprechend unterschrieben. Allerdings habe er nicht wissentlich und willentlich einen fehlerhaften Bescheid eingereicht, sondern sich auf die Mitarbeiterin verlassen. Vor dem Hintergrund, dass der Antragsteller beabsichtigte, die Genehmigung der Gesamtlagermenge der Lagerstätte in S\_ auf 500 t zu erhöhen und dass die Eignung erst zum Zeitpunkt der Auftragsausführung vorliegen müsse, könne in der Entscheidung des Antragstellers, sich am zugrundeliegenden Vergabeverfahren zu beteiligen, nichts Verwerfliches gesehen werden. Der Bieter müsse grundsätzlich erst zum Zeitpunkt der Auftragsausführung und nicht bereits zum Zeitpunkt der Angebotsabgabe oder der Zuschlagserteilung über die erforderlichen Mittel und Kapazitäten für die Auftragsausführung verfügen. Für die Eignung des Bieters sei daher grundsätzlich nur erforderlich, dass belastbare Umstände vorlägen, die mit Blick auf den zukünftigen Zeitpunkt der Leistungserbringung die Annahme rechtfertigten, der Bieter sei in der Lage, die zur Auftragsausführung erforderlichen Mittel und Kapazitäten rechtzeitig zur Verfügung zu stellen.

Die Annahme der Vergabekammer, wonach eine Prognose, ob der von dem Ausschlussgrund betroffene Bewerber oder Bieter den konkreten Auftrag ordnungsgemäß ausführen werde, mithin ob eine Wiederholungsgefahr bestehe, nicht zu fordern sei, sei unzutreffend. Der Antragsgegner selbst sei davon ausgegangen, dass der Antragsteller eine sorgfältige, ordnungsgemäße und gesetzestreue Auftragsdurchführung gewährleisten werde, denn er habe den Antragsteller in anderen Vergabeverfahren als geeignet betrachtet. In dem Vergabeverfahren "*Winterdienst und Störungsbeseitigung 20\_-20\_ auf Bundes- und Landesstraßen im Landkreis U\_, Vergabe-Nr. \_*" habe der Antragsgegner im dortigen

Verfahren das Angebot des Antragstellers vom 18. Mai 2022 (dort Beigeladener) als vollständig, fehlerfrei und zuschlagsfähig bewertet und zudem als wirtschaftlichstes Angebot. Fehler im Angebot habe er nicht angenommen, insbesondere nicht hinsichtlich der geforderten Eignungsnachweise. Der Antragsgegner habe zudem den Antragsteller für die Störungsbeseitigung 2024 in den Landkreisen G\_ und L\_ zur Angebotsabgabe aufgefordert. Der Antragsgegner habe also auch in diesem Verfahren (und auch in anderen Verfahren) den Antragsteller als geeignet eingestuft. Die Auffassung des Antragsgegners, dass verschiedene Sachverhalte vorliegen würden, die einen Ausschluss des Antragstellers bei den anderen Vergabeverfahren nicht gerechtfertigt hätten, sei unzutreffend. Dabei übersehe der Antragsgegner, dass § 124 GWB Tatbestände zusammenfasse, die der Teilnahme eines Unternehmens am Vergabeverfahren generell, d.h. unabhängig von der Art oder dem Umfang des auszuführenden Auftrags, entgegenstehen könnten. Die Zuverlässigkeit sei eine Eigenschaft eines Unternehmens. Sie unterscheide sich von den Fähigkeiten des Unternehmens und damit von den in § 122 Abs. 2 GWB genannten Eignungskriterien der Fachkunde und Leistungsfähigkeit. Die Zuverlässigkeit eines Unternehmens komme in seinem Verhalten (Geschäftsgebaren) zum Ausdruck. Der Vorwurf mangelnder Zuverlässigkeit gründet regelmäßig auf einem Fehlverhalten in der Vergangenheit. Es handele sich um einen "*abstrakten Eignungsmangel*", der losgelöst von dem konkret zu vergebenden Auftrag bestehe und auch eine Auftragsperre, d.h. den Ausschluss von einer Mehrzahl von Vergabeverfahren innerhalb eines längeren Zeitraums, rechtfertige.

Habe also der Auftraggeber - wie hier - die Zuverlässigkeit eines Unternehmens angenommen, gelte diese Feststellung unabhängig von der Art oder dem Umfang des auszuführenden Auftrages. Insofern sei der Vortrag des Antragsgegners, warum er die Eignung des Antragstellers in den anderen genannten Vergabeverfahren für Störungsbeseitigung, Reinigung und Sofortreparatur angenommen habe, widersprüchlich. Aber auch wenn der Ansicht des Antragsgegners gefolgt und davon ausgegangen werden würde, dass die Zuverlässigkeit eines Bieters bei verschiedenen (fast zeitgleichen) Vergabeverfahren unterschiedlich bewertet werden könnte, wäre auch in diesem Fall die Begründung des Antragsgegners nicht nachvollziehbar. Hier gehe es nicht darum, dass dem Antragsteller die Zuverlässigkeit aberkannt werde, weil er bestimmte Leistungen nicht ordnungsgemäß erbracht oder abgerechnet habe. Im zugrundeliegenden Vergabeverfahren sei die Zuverlässigkeit des Antragstellers aus anderen Gründen verneint worden. Überwachungsmöglichkeiten bei der Leistungserbringung bzw. bei den Abrechnungen würden diesbezüglich also keine Abhilfe schaffen. Diese Begründung des Antragsgegners sei also nicht plausibel.

Der Antragsgegner habe die ergriffenen Maßnahmen des Antragstellers zur Selbstreinigung nach § 125 GWB ermessensfehlerhaft nicht berücksichtigt. Wenn der Auftraggeber für sich

in Anspruch nehme, nachträglich erlangte Erkenntnisse aus anderen Vergabeverfahren zu Lasten eines Bieters zu berücksichtigen, sei er umgekehrt auch verpflichtet, nachträglich erlangte - entlastende - Erkenntnisse (wie hier die erlangten Erkenntnisse über die Durchführung von Selbstreinigungsmaßnahmen) zu Gunsten des Bieters zu berücksichtigen. Die Eignung der Bieter werde zumindest im offenen Verfahren nicht bezogen auf den Zeitpunkt der Angebotsabgabe oder den Fristablauf für die Einreichung der Nachweise, sondern bezogen auf den Zeitpunkt der Wertung bzw. des Zuschlags geprüft. Die Durchführung der Selbstreinigung führe zum Verbot des Ausschlusses. Die Versäumung der Stellungnahmefrist und die Selbstreinigungsmaßnahmen seien erläutert worden. Der Antragsteller habe den Antragsgegner über den gesamten Vorfall und seine Hintergründe bereits im Rahmen seines Rügevorbringens aufgeklärt. Er habe das Fehlverhalten der ehemaligen Mitarbeiterin im Vergabeverfahren I\_ intern ermittelt. Die Person, die den Vorfall verursacht habe, ohne die Leitungsebene des Antragstellers darüber in Kenntnis zu setzen, habe das Unternehmen bereits zum \_\_\_ verlassen. Er habe den gesamten Vorgang gegenüber dem Antragsgegner eingeräumt und Erläuterungen und Nachweise beigebracht. Zudem habe er, als der Vorfall bekannt geworden sei, den Nachprüfungsantrag im tatsächlich betroffenen Verfahren zum I\_ direkt zurückgenommen.

Der Antragsteller habe organisatorische und personelle Maßnahmen zur Verhinderung eines vergleichbaren Vorfalls getroffen. Alle Mitarbeiter seien durch die neue Arbeitsanweisung sensibilisiert (bereits erstinstanzlich vorgelegt als Anlage ASt. 6), die allen Mitarbeitern, die mit den entsprechenden Tätigkeiten betraut seien, zur Kenntnis gegeben worden sei. Die Einübung und Einhaltung der Abläufe würden durch den Inhaber und den Prokuristen unmittelbar überwacht. Auch der Inhaber und der Prokurist selbst seien durch den Vorfall sensibilisiert und würden Angebotsunterlagen in Vergabeverfahren künftig einer noch kritischeren Prüfung unterziehen als bislang, ehe sie diese unterschreiben würden - hierfür sehe die besagte Arbeitsanweisung ausdrücklich einen zeitlichen Vorlauf bei der Vorbereitung der Unterlagen vor. Überdies würden (vgl. Schulungsnachweis, bereits erstinstanzlich vorgelegt als Anlage ASt. 12 sowie unter Ziff. 2.2) regelmäßig Mitarbeiterschulungen durchgeführt. Die mit der Angebotserstellung beschäftigten Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter sowie der Inhaber persönlich hätten am 24. November 2023 an einer Schulung zur Angebotserstellung bei öffentlichen Aufträgen teilgenommen.

Der Zeitpunkt des Vorliegens der Voraussetzungen des § 125 Abs. 1 GWB bzw. der Selbstreinigung sei von dem Zeitpunkt der Nachweisführung zu unterscheiden. Wenn der Auftraggeber erst nach der Feststellung der Eignung Kenntnis von Tatsachen erlangt habe, die einen Ausschlussgrund bei dem betroffenen Bewerber begründeten, sei jedenfalls für das Offene Verfahren anzunehmen, dass die Vergabestelle in diesem Fall zugunsten des Unternehmens auch nachträglich durchgeführte Selbstreinigungsmaßnahmen

berücksichtigen dürfe. Darüber hinaus gehe es hier auch nicht um eine Nachforderung von Unterlagen, sondern um die Fertigung einer Stellungnahme, ob und welche Selbstreinigungsmaßnahmen nach § 125 GWB ergriffen worden seien. Daher sei vorliegend der Anwendungsbereich von § 125 GWB eröffnet und nicht der von § 57 VgV. Etwas anderes würde nur gelten, wenn entsprechende Nachweise ausdrücklich bereits mit der Abgabe des Angebots gefordert worden wären und nicht wie hier der Auftraggeber erst nach der Feststellung der Eignung Kenntnis von Tatsachen erlangt habe, die einen Ausschlussgrund bei dem Antragsteller begründeten.

Zu berücksichtigen sei in diesem Zusammenhang auch, dass die Erweiterung tatsächlich vorgenommen worden sei (vgl. Änderungsbescheid vom 22. November 2023, bereits erstinstanzlich vorgelegt als Anlage ASt. 15). Bei der Beurteilung des Vorfalls sei weiterhin zu würdigen, dass der Vorfall mit der fehlerhaften Bescheinigung im Verfahren I\_ bzw. der Ausschluss im dortigen Verfahren bereits zwei Jahre zurückliege (20. Juli 2023, vgl. Anhörungsschreiben im zugrundeliegenden Vergabeverfahren vom 21. August, bereits erstinstanzlich vorgelegt als Anlage ASt. 1) und selbst der maximale Ausschlusszeitraum bei fakultativen Ausschlussgründen von drei Jahren (§ 126 Nr. 2 GWB) zu zwei Dritteln abgelaufen sei.

Es sei nicht zu erkennen, dass die Auswirkungen des Ausschlusses für das Unternehmen des Antragstellers in die Abwägung einbezogen worden wären. Da der Beschwerdeführer das wirtschaftlichste Angebot abgegeben habe, habe er gute Aussichten, den Auftrag zu erhalten, wenn er nicht vom Vergabeverfahren und der Wertung ausgeschlossen werde.

Der Antragsteller und Beschwerdeführer beantragt, soweit für die Beschwerdeentscheidung noch von Bedeutung:

1. Der Beschluss der Vergabekammer des Freistaates Thüringen - Az. \_- vom \_ wird aufgehoben.
2. Dem Antragsgegner wird untersagt, das Vergabeverfahren durch Zuschlagserteilung abzuschließen.
3. Dem Antragsgegner wird bei Fortbestehen der Beschaffungsabsicht aufgegeben, die Angebotswertung unter Berücksichtigung des Angebotes des Antragstellers nach Maßgabe der Rechtsauffassung des Vergabesenats fortzuführen.
4. Hilfsweise: Der Senat wirkt unabhängig auf die Rechtmäßigkeit des Vergabeverfahrens



hin (vgl. § 168 Abs. 1 S. 2 GWB).

5. Die Hinzuziehung eines Bevollmächtigten durch den Antragsteller im Nachprüfungsverfahren wird für notwendig erklärt.

6. Der Antragsgegner hat die Kosten des Verfahrens einschließlich der zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen des Antragstellers zu tragen.

Der Antragsgegner und Beschwerdegegner beantragt,

1. die sofortige Beschwerde des Antragstellers zurückzuweisen,
2. dem Antragsteller die Kosten des Beschwerdeverfahrens aufzuerlegen.

Der AG trägt vor:

Die zulässige Beschwerde sei unbegründet. Der zugrundeliegende Beschluss der Vergabekammer vom 25.06.2024 sei rechtlich nicht zu beanstanden. Der Antragsgegner habe das ihm obliegende Ermessen rechtsfehlerfrei ausgeübt und den Antragsteller gem. § 124 Abs. 1 Nr. 8 Var. 1 GWB vom weiteren Vergabeverfahren ausgeschlossen. Durch den Antragsteller durchgeführte Selbstreinigungsmassnahmen seien durch diesen nicht innerhalb der gesetzten Frist vorgetragen und nachgewiesen worden.

Bei dem manipulierten Bescheid im Parallelverfahren ("*Winterdienst und Störungsbeseitigung auf Bundes- und Landesstraßen 20\_-20\_ im Landkreis L*") handele es sich eindeutig um einen Nachweis zur Bestätigung der im Verfahren geforderten Eignung. Der Verfügbarkeitsnachweis über die Mindestsolelagerkapazität sei in der Bekanntmachung unter dem Punkt 111.1.3 "*zusätzliche, auftragsbezogene Eignungsanforderungen*" ordnungsgemäß veröffentlicht und somit wirksam gefordert worden. Die Manipulationen an dem als Eignungsnachweis vorgelegten Bescheid der Stadt S\_ vom \_ stellten auch eine schwerwiegende Täuschung im Sinne der Norm dar. Es seien an mehreren Stellen Änderungen vorgenommen worden. Die betroffenen Passagen fänden sich teilweise innerhalb eines Textabsatzes; es sei versucht worden, die Änderungen so einzufügen, dass diese bei einer augenscheinlichen Prüfung leicht zu übersehen seien. Damit scheidet Fahrlässigkeit aus. Die Umsetzung der Änderung habe nur in vollem Bewusstsein über eine vorsätzliche Manipulation erfolgen können. Ziel der Änderung sei eindeutig gewesen, den

Nachweis über die Erfüllung des Eignungskriteriums der Mindestsolelagerkapazität zu erbringen. Dies sei ein erheblicher Eingriff in das Vergabeverfahren, welcher mit den Grundsätzen Wettbewerb, Transparenz, Gleichbehandlung, Nichtdiskriminierung und Verhältnismäßigkeit nicht in Einklang zu bringen sei. Gemäß dem Vortrag des Antragstellers sei die Täuschungshandlung durch eine langjährige Mitarbeiterin vorgenommen worden. Dies sei dem Antragsteller gem. § 278 BGB zuzurechnen.

Die schwerwiegende Täuschung könne auch in dem vorliegenden Verfahren Berücksichtigung finden. Der Tatbestand müsse nach dem Wortlaut der Norm nicht im konkreten Vergabeverfahren erfüllt worden sein. Insgesamt sollten die Regelungen in den §§ 123 und 124 GWB sicherstellen, dass nur solche Unternehmen den Zuschlag erhielten, die Recht und Gesetz in der Vergangenheit eingehalten hätten und bei denen gesetzestreu Verhalten auch in Zukunft zu erwarten sei. Es sei darauf abzustellen, dass und inwieweit die Täuschungshandlung eine negative Prognose in Bezug auf das fragliche Unternehmen bezüglich des laufenden Vergabeverfahrens trage. Das hier gegenständliche Vergabeverfahren im U\_ (Tag der Absendung der Bekanntmachung: \_) sowie das parallele Vergabeverfahren im I\_ (Tag der Absendung der Bekanntmachung: \_), aus dem der Täuschungstatbestand übertragen worden sei, fielen zeitlich nicht auseinander. Gleichermäßen treffe dies auf das Vergabeverfahren im Landkreis G\_ (Tag der Absendung der Bekanntmachung \_) zu, in dem ebenfalls der veränderte Bescheid der Stadt S\_ als Nachweis der Eignung herangezogen worden sei. Leistungsbeginn sei jeweils der \_ gewesen. Dass das Fehlverhalten die Zuverlässigkeit des Antragstellers eindeutig in Frage stelle, werde durch den tatsächlich nachgelagerten Tatzeitpunkt (Abgabe der Eignungsnachweise mit dem Angebot im Vergabeverfahren Auftragsbekanntmachung zum Verfahren " *Winterdienst und Störungsbeseitigung 20\_-20\_ auf Bundes- und Landesstraßen im L\_*" am \_ und damit 11 Tage nach Angebotsabgabe in dem vorstehend streitigen Verfahren) bestätigt. Der Antragsteller verfüge gemäß dem tatsächlichen 1. Änderungsbescheid der Stadt S\_ vom \_ über eine genehmigte Anlage mit einem Lagervolumen für Salzlauge von 100 m<sup>3</sup>, die gemäß besagter Matrix mit Gefährdungsstufe A deklariert worden sei. Eine Erhöhung des Lagervolumens auf 500 m<sup>3</sup> führe zwangsläufig zu einer neuen Gefährdungseinstufung, die im vorliegenden Fall die Stufe B ergebe.

Gemäß § 41 AwSV verliere bspw. mit dem Wechsel der Gefährdungsstufe zu B die Anwendung des Ausnahmetatbestandes nach Absatz 2 Nummer 1 seine Wirkung, was im Ergebnis eine Eignungsfeststellung der Anlage nach § 63 Absatz 1 Wasserhaushaltsgesetz nach sich ziehe. Dies bedeute, dass der Antragsteller im vorliegenden Fall mit dieser Täuschung einen Wettbewerbsvorteil erlange, indem er einen finanziellen Vorteil aus den nicht vollzogenen, jedoch rechtlich erforderlichen Auflagen ziehe und ebenso Umweltschutz- und Sicherheitsaspekte missachte oder diese gefährde. Hier sei ebenso die

Möglichkeit in Betracht zu ziehen, dass der Antragsteller eine Kapazitätserhöhung ohne Beteiligung der zuständigen Behörde vornehme.

Der Antragsgegner habe das ihm obliegende Ermessen im Rahmen der Entscheidung über den Ausschluss des Antragstellers fehlerfrei ausgeübt. Die Vergabestelle habe die ergriffenen Maßnahmen unter Berücksichtigung der Schwere sowie der besonderen Umstände der Straftat oder des Fehlverhaltens zu berücksichtigen. Hinsichtlich der Schwere müsse das Vorliegen einer Straftat ebenso herangezogen werden, wie das Umgehen von Sicherheits- und Umweltschutzaspekten nach der Verordnung über Anlagen zum Umgang mit wassergefährdenden Stoffen (AwSV) und des daraus resultierenden Wettbewerbsvorteils.

Die durch den Antragsteller vorgetragene Maßnahmen zur Selbstreinigung seien erst nach Ablauf der durch den Antragsgegner gesetzten Frist und auch erst nach erfolgtem Ausschluss bekannt geworden und hätten daher keine Berücksichtigung finden können. Die Bieter bestätigten bereits mit Abgabe ihres Angebots ihre wirtschaftliche Integrität, sodass auch mögliche Maßnahmen der Selbstreinigung jedenfalls zu diesem Zeitpunkt bereits ergriffen oder abgeschlossen sein müssten. Da alle Bieter bereits mit Angebotsabgabe wahrheitsgemäße Angaben über das Vorliegen von Ausschlussgründen machen müssten, stelle bereits das Verschweigen eines selbst erkannten aber noch nicht sanktionierten Ausschlussgrundes eine zum Ausschluss berechtigende Verfehlung dar. Eine Berücksichtigung solcher Maßnahmen nach bereits getroffener Ausschlussentscheidung würde den Bietern einen Gestaltungsspielraum über den Verlauf des weiteren Verfahrens eröffnen, der mit den Grundsätzen der Transparenz, der Verhältnismäßigkeit und des Wettbewerbs nicht in Einklang zu bringen sei. Durch die Berücksichtigung später eintretender Umstände hätte es der Bieter in den Händen, über entsprechende Rügen und Nachprüfungsverfahren das Vergabeverfahren so weit zu verzögern, bis er die Voraussetzungen der Selbstreinigung erfüllt. Zur Frage, ob der Ausschluss nach Eingang der verspäteten Unterlagen zurückzunehmen gewesen sei, werde Bezug auf § 57 Abs. 1 VgV genommen. Die Belege zur vorgenommenen Selbstreinigung seien erforderlich, um die Eignung im Rahmen der Angebotsprüfung beurteilen zu können. Bereits in den veröffentlichten Vergabeunterlagen sei aufgeführt, dass Nachweise hinsichtlich einer eventuell durchgeführten Selbstreinigung auf Verlangen der Vergabestelle des Antragsgegners vorzulegen seien. Eine weitere Nachforderung sei nicht möglich gewesen. Insofern handle es sich hier auch tatsächlich nicht um nachgeforderte, sondern um geforderte Unterlagen gemäß § 57 Abs. 1 Nr. 2 Var. 2 VgV.

Der Vortrag des Antragstellers, die vorgetragene Selbstreinigungsmaßnahmen seien nicht erst im Nachprüfungsverfahren, sondern bereits zur Zeit der Anhörung ergriffen worden,

begegne hier zudem eindeutigen Zweifeln.

In anderen, späteren Vergabeverfahren habe die durchgeführte Selbstreinigung Berücksichtigung finden müssen, mit der Folge, dass der Antragsteller in anderen Vergabeverfahren wieder an den Wettbewerben beteiligt worden sei. Zudem verkenne der Antragsteller, dass es sich um verschiedene Sachverhalte handele. Im Falle von Vergabeverfahren für Störungsbeseitigung (vom Antragsteller benannt), Reinigung, Sofortreparatur usw. erfolgten seitens des Antragsgegners konkrete Teilbeauftragungen anhand der im Leistungsverzeichnis hinterlegten und vom Auftragnehmer bepreisten Leistungspositionen mit konkreten Mengenangaben mittels eines vorgegebenen Auftragsblattes. Diese würden durch den Auftraggeber mittels Aufmaß nach Leistungserbringung klar kontrollierbar und nachvollziehbar zur Abrechnung gebracht und vergütet. Ein Ausschluss vom Vergabeverfahren wäre im Rahmen der Ausübung des pflichtgemäßen Ermessens für diese Leistungen hinsichtlich Erforderlichkeit und Angemessenheit nicht zu bejahen, da die Überwachungsmöglichkeiten des Auftraggebers einem möglichen Missbrauch des gestörten Vertrauensverhältnisses entgegenstünden. Für die Ausschreibungen im Winterdienst liege die Leistungserbringung hinsichtlich Beauftragung und Abrechnung überwiegend in den Händen des Auftragnehmers, der dies nach eigenem Ermessen auf der Basis von Wetterdaten und Vorgaben nach erforderlichem Bedarf erbringe. Ferner gehe dies auf den Fahrer des Winterdienstfahrzeuges über, der im Rahmen einer Kontrollfahrt situationsbedingt festlegen könne, dass ein Streuen oder Räumen erforderlich sei. Der Auftraggeber muss darauf vertrauen, dass der Auftragnehmer im Rahmen einer ordnungsgemäßen Leistungserbringung darüber entscheide, ob ein Streuen tatsächlich erforderlich sei und dass die im System erfasste Streumenge tatsächlich gestreut worden sei.

Vor diesem Hintergrund sei für eine Winterdienstausschreibung im Rahmen der Ermessensausübung der Ausschluss auf Grund des vorliegenden gestörten Vertrauensverhältnisses ein geeignetes Mittel, nur dadurch könnten insbesondere die vorgenannten vergaberechtlichen Grundsätze eingehalten werden. Es stehe kein anderes, gleich geeignetes Mittel zur Verfügung. Der Ausschluss sei angemessen, da eine Abwägung zwischen den Auswirkungen des Ausschlusses für das Unternehmen und dem Interesse des Auftraggebers an einer vertrauensvollen, gesetzestreu und eigenverantwortlichen Ausführung der Leistung Winterdienst zu Gunsten der Interessen des öffentlichen Auftraggebers ausfalle.

Mit Beschluss vom 22.07.2024 hat der Senat auf den Antrag des AST vom 04.07.2024 die aufschiebende Wirkung der sofortigen Beschwerde gegen den beschwerdegegenständlichen Beschluss der Vergabekammer bis zur Entscheidung über

die sofortige Beschwerde verlängert.

Die Beteiligten haben auf die Durchführung einer mündlichen Verhandlung verzichtet. Da auch der Senat angesichts des Sach- und Streitstandes die Durchführung einer mündlichen Verhandlung nicht für erforderlich erachtet, ergeht die Beschwerdeentscheidung im Einverständnis der Beteiligten gemäß §§ 175 Abs. 2, 65 Abs. 1 GWB ohne mündliche Verhandlung auf Grund des Sachstands vom 19.09.2024, da die Beteiligten bis zu diesem Zeitpunkt Schriftsätze einreichen konnten.

## II.

Die Beschwerde des AST ist zulässig und begründet. Sie führt zur Aufhebung des angefochtenen Beschlusses der Vergabekammer und zur Aufhebung der Ausschlussentscheidung des Antragsgegners vom 26.09.2023 sowie dazu, den Antragsgegner bei Fortbestehen der Beschaffungsabsicht zu verpflichten, das Vergabeverfahren unter Beteiligung des Antragstellers und unter Berücksichtigung seines Angebots fortzuführen.

1. Die gemäß § 171 Abs. 1 GWB statthafte sofortige Beschwerde ist auch im Übrigen in zulässiger Weise eingelegt worden, insbesondere nach der am 27.06.2024 erfolgten Zustellung des angefochtenen Beschlusses innerhalb der Beschwerdefrist (§ 172 Abs. 1 GWB) formgerecht am 04.07.2024 bei Gericht eingegangen und begründet worden.

2. Der Nachprüfungsantrag ist zulässig. Zur Vermeidung von Wiederholungen wird auf die Ausführungen der Vergabekammer im Beschluss vom 25.06.2024, Ziffer II. 1., denen der Senat beitrifft, sowie ergänzend auf die den Beteiligten bekannten Ausführungen des Senats im Beschluss vom 07.05.2024 (Verg 3/24) Bezug genommen.

3. Der Nachprüfungsantrag ist begründet. Die Entscheidung des AG, den AST gemäß §§ 42 Abs. 1 VgV, 124 Abs. 1 Nr. 8 Var. 1 GWB von der Teilnahme am Vergabeverfahren und sein Angebot von der Wertung auszuschließen, ist im vorliegenden Falle ermessensfehlerhaft.

a) Nach § 122 Abs. 1 GWB werden öffentliche Aufträge an fachkundige und leistungsfähige (geeignete) Unternehmen vergeben, die nicht nach §§ 123 oder 124 GWB ausgeschlossen worden sind. Nach § 124 Abs. 1 Nr. 8 Var. 1 GWB können öffentliche Auftraggeber unter Berücksichtigung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit ein Unternehmen zu jedem Zeitpunkt des Vergabeverfahrens von der Teilnahme an einem Vergabeverfahren ausschließen, wenn das Unternehmen in Bezug auf die Ausschlussgründe oder

Eignungskriterien eine schwerwiegende Täuschung begangen hat.

b) Der AG ist öffentlicher Auftraggeber im Sinne des § 99 Nr. 1 GWB. Der Ausschluss ist - "zu jedem Zeitpunkt des Vergabeverfahrens" - grundsätzlich möglich, denn das Vergabeverfahren dauert noch an, weil der Zuschlag noch nicht erteilt worden ist (J. Ley in: Reidt/Stickler/Glahs, Vergaberecht, 4. A., § 124 GWB, Rn. 199). Der Begriff des "Unternehmens" ist im unionsrechtlich vorgegebenen Sinne des "Wirtschaftsteilnehmers" zu interpretieren (J. Ley in: Reidt/Stickler/Glahs, Vergaberecht, 4. Aufl. 2018, § 124 GWB, Rn. 14), den der AST als natürliche Person durch seine Teilnahme am Wirtschaftsgeschehen erfüllt.

c) Der Begriff der Täuschung ist zu verstehen als die Erregung oder Aufrechterhaltung eines Irrtums durch Vorspiegelung falscher oder durch Unterdrückung wahrer Tatsachen. Ob eine Täuschung als schwerwiegend anzusehen ist, bestimmt sich nach den Umständen des Einzelfalls; der Vergabestelle steht insoweit ein Beurteilungsspielraum zu (J. Ley in: Reidt/Stickler/Glahs, Vergaberecht, 4. Aufl. 2018, § 124 GWB, Rn. 13; 169, 171). Insbesondere bei der "schwerwiegenden Täuschung" des öffentlichen Auftraggebers in Var. 1 handelt es sich zudem um einen gewichtigen Verstoß, dessen Vorliegen Rückschlüsse auf die Integrität des Unternehmens über das einzelne Vergabeverfahren hinaus zulässt (BeckOK VergabeR/Friton, 32. Ed. 1.5.2023, GWB § 124 Rn. 73). Ein Ausschluss nach dieser Vorschrift kommt nur in Betracht, wenn sich die Täuschung oder die Zurückhaltung von Auskünften bzw. die nicht übermittelbaren Nachweise auf die Ausschlussgründe nach §§ 123, 124 GWB oder die Eignungskriterien nach § 122 GWB beziehen. Anderweitige Täuschungen, Auskunftsdefizite oder Unterlagen werden hiervon nicht erfasst (Ziekow/Völlink/Stolz, Vergaberecht, 5. Aufl. 2024, GWB § 124 Rn. 42).

aa) Umstritten ist, ob, weil es sich um eine schwerwiegende Täuschung handeln muss, in der Regel ein vorsätzliches Verhalten erforderlich ist (vgl. Summa in: Heiermann/Zeiss/Summa, PK-Vergaberecht, 6. Aufl., § 124 GWB (Stand: 13.02.2023), Rn. 158; Ziekow/Völlink/Stolz, aaO, GWB § 124 Rn. 43), oder Fahrlässigkeit einer gewissen Schwere genügt (BeckOK VergabeR/Friton, 32. Ed. 1.5.2023, GWB § 124 Rn. 74).

Nach den nicht angegriffenen Feststellungen der Vergabekammer erfolgte durch eine damalige Angestellte des AST im Vergabeverfahren "*Winterdienst und Störungsbeseitigung auf Bundes- und Landesstraßen 20\_ - 20\_ im Landkreis L*" eine vorsätzliche Täuschung, die sich auf ein in jenem Verfahren abgerufenes Eignungskriterium bezog, nämlich den Nachweis einer Mindestsolelagerkapazität von 500 m<sup>3</sup>. Die in dem angefochtenen Beschluss konkret beschriebene Art und Weise der Manipulation des in jenem Verfahren zum Eignungsnachweis vorgelegten Bescheides der unteren Naturschutzbehörde (vgl.

Ziffer II. 2. a), Seite 13, 14) tragen insoweit den Schluss auf das vorsätzliche Handeln der Angestellten und auf das schwerwiegende Gewicht der Täuschungshandlung.

bb) Umstritten ist weiter, ob der Ausschlussgrund nur dann Anwendung findet, wenn die Täuschung im laufenden Vergabeverfahren begangen wurde, oder ob dem Unternehmen entsprechende Pflichtenverstöße aus früheren oder "*überholenden*" später begonnenen (vgl. die generelle Bezugnahme auf "*andere*" Vergabeverfahren bei Burgi/Dreher/Opitz/Opitz, 4. Aufl. 2022, GWB § 124 Rn. 106) Verfahren entgegenhalten werden können.

Nach einer Auffassung spricht für letzteres Verständnis der Wortlaut der Norm, der, im Gegensatz zu den Abs. 1 Nrn. 5 und 6, nicht auf "*das*" Vergabeverfahren hinweist (BeckOK VergabeR/Friton, 32. Ed. 1.5.2023, GWB § 124 Rn. 73; Ziekow/Völlink/Stolz, 5. Aufl. 2024, GWB § 124 Rn. 46; Kaufmann, in: Pünder/Schellenberg, Vergaberecht, 3. Auflage 2019, § 124 GWB Rn. 86). Nach anderer Auffassung kommt 124 Abs. 1 Nr. 8 GWB als Ausschlussgrund nur zur Anwendung bei Falschangaben bzw. unvollständigen Angaben im laufenden Vergabeverfahren, nicht hingegen bei Falschangaben bzw. unvollständigen Angaben aus vorangegangenen Vergabeverfahren desselben Auftraggebers oder anderer öffentlicher Auftraggeber, wohingegen eine schwerwiegende Täuschung des öffentlichen Auftraggebers in einem früheren Vergabeverfahren unter dem Gesichtspunkt der nachweislich schweren Verfehlung in späteren Vergabeverfahren Berücksichtigung finden und einen fakultativen Ausschlussgrund darstellen kann (J. Ley in: Reidt/Stickler/Glahs, Vergaberecht, 4. Aufl. 2018, § 124 GWB, Rn. 167; Summa in: Heiermann/Zeiss/Summa, PK-Vergaberecht, 6. Aufl., § 124 GWB (Stand: 13.02.2023), Rn. 152).

Die Regelungen in den §§ 123 und 124 GWB sollen sicherstellen, dass nur solche Unternehmen den Zuschlag erhalten, die Recht und Gesetz in der Vergangenheit eingehalten haben und bei denen gesetzestreu Verhalten auch in Zukunft zu erwarten ist (J. Ley in: Reidt/Stickler/Glahs, Vergaberecht, 4. Aufl. 2018, § 124 GWB, Rn. 2). Soweit es um ein schwerwiegendes berufliches Fehlverhalten geht, das die Integrität des Unternehmens in Frage stellt, ist auf der Grundlage einer Prognose zu entscheiden, ob das Fehlverhalten die erforderliche Zuverlässigkeit des Unternehmens in Frage stellt (vgl. BT-Drs. 18/6281, Seite 107).

(1) Auf Grundlage der Interpretation, dass sich § 124 Abs. 1 Nr. 8 GWB nur auf Verstöße im laufenden Vergabeverfahren beziehe, fehlt es vorliegend bereits an den tatbestandlichen Grundlagen für einen Ausschluss, so dass dieser bereits deshalb vergaberechtswidrig wäre.

(2) Der Senat neigt jedoch der Gegenauffassung zu, wonach von § 124 Abs. 1 Nr. 8 GWB

erfasste Verstöße in früheren Vergabeverfahren Berücksichtigung finden können. Zudem sprechen Sinn und Zweck der Norm dafür, auch nach Beginn des Vergabeverfahrens in anderen Vergabeverfahren erfolgte Verstöße zu berücksichtigen, die vor dem Abschluss des ersteren publik werden. Andernfalls wäre ein öffentlicher Auftraggeber gezwungen, sehenden Auges ein als unzuverlässig erkanntes Unternehmen zu beauftragen und die damit einhergehenden Risiken für die Auftragsdurchführung einzugehen. Gerade hiervoor soll § 124 Abs. 1 Nr. 8 GWB aber schützen.

Dies zugrunde gelegt, begegnet die Entscheidung über den Ausschluss des AG unter dem Gesichtspunkt Bedenken, dass der AG dem AST trotz nach Überzeugung des Senats unveränderter Sachlage, was die Frage der Zuverlässigkeit des AST mit Blick auf die Täuschungshandlung angeht, schon am \_ für die Reinigung von Bundes- und Landstraßen 20\_/20\_ im Landkreis H\_ und S\_, im Landkreis S\_ und im Landkreis W\_ Zuschläge erteilte (Beschluss Vergabekammer vom \_, Seite 9). Der AST trägt zudem unwidersprochen vor, dass in dem Vergabeverfahren "*Winterdienst und Störungsbeseitigung 20\_-20\_ auf Bundes- und Landesstraßen im Landkreis U\_, Vergabe-Nr. \_*" der AG das Angebot des AST vom \_ als vollständig, fehlerfrei und zuschlagsfähig bewertet und zudem den AST für die Störungsbeseitigung 20\_ in den Landkreisen G\_ und L\_ zur Angebotsabgabe aufgefordert habe.

Angesichts dieses Verhaltens des AG gegenüber dem AST in weiteren Vergabeverfahren ist der Ausschluss nur in dem hier gegenständlichen Vergabeverfahren willkürlich und damit jedenfalls ermessensfehlerhaft. Es ist kein Grund dafür ersichtlich, dass der AST bei gegenständlich vergleichbaren Ausschreibungen mehrfach und mit unterschiedlichem zeitlichem Bezug zur unstreitig erfolgten Täuschungshandlung als zuverlässig und punktuell (hier) als unzuverlässig durch den AG angesehen wurde. Willkürlichem Verhalten der öffentlichen Gewalt steht jedoch das Rechtsstaatsprinzip als eine der zentralen verfassungsrechtlichen Anforderungen entgegen. Dieses erfordert, dass staatliche Entscheidungen uneingeschränkt nachvollziehbar sind. Hieran fehlt es vorliegend. Überdies folgt aus dem ebenfalls verfassungsrechtlich verankerten Gebot der Selbstbindung, dass Verwaltungsbehörden - und damit auch öffentliche Auftraggeber - nicht ohne sachliche Gründe abweichend von früheren Entscheidungen in vergleichbaren Sachlagen entscheiden dürfen. Zwar geht damit kein "*Zwang zur gleichartigen Rechtswidrigkeit*" einher, so dass eine korrigierende inhaltliche Abweichung von einer als rechtswidrig erkannten früheren bei einer nachfolgenden Entscheidung möglich und in der Sache auch geboten ist. Für eine derartige Situation liegen hier jedoch keine Anhaltspunkte vor. Vielmehr hätte der AG auch noch im vorliegenden Nachprüfungsverfahren Gelegenheit gehabt, seine in anderen Vergabeverfahren manifestierte Überzeugung von der Zuverlässigkeit der AST trotz der vormaligen Täuschungshandlung in dieses Vergabeverfahren zu transferieren.



cc) Nach § 125 Abs. 1 GWB schließen öffentliche Auftraggeber ein Unternehmen, bei dem ein Ausschlussgrund nach § 124 GWB vorliegt, zudem nicht von der Teilnahme am Vergabeverfahren aus, wenn das Unternehmen dem öffentlichen Auftraggeber bestimmte Maßnahmen der Selbstreinigung nachgewiesen hat.

(1) Unter Selbstreinigung im Sinne von § 125 GWB sind Maßnahmen zu verstehen, die ein Unternehmen ergreift, um seine Integrität wiederherzustellen und eine Begehung von Straftaten oder schweres Fehlverhalten in der Zukunft zu verhindern. Ziel der Selbstreinigung ist die Wiederherstellung der Zuverlässigkeit eines Unternehmens. § 125 GWB ist im Lichte des europarechtlichen Verhältnismäßigkeitsprinzips und des auf nationaler Ebene nunmehr auch vergaberechtlich in § 97 Abs. 1 Satz 2 Alt. 2 GWB ausdrücklich verankerten Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes zu sehen. Der Ausschluss eines Unternehmens, das ausreichende Maßnahmen zur Selbstreinigung getroffen und damit seine Integrität wieder hergestellt hat, trägt nicht dazu bei, die Funktionsfähigkeit der Verwaltung und der öffentlichen Haushalte sowie den fairen Wettbewerb zu schützen oder Wirtschaftskriminalität zu bekämpfen. Der Ausschluss eines solchen Unternehmens wäre mit Blick auf die Zielsetzungen der Ausschlussgründe ungeeignet und daher unverhältnismäßig. Wirksame Selbstreinigungsmaßnahmen eines Unternehmens sind aus diesem Grund zwingend vom Auftraggeber zu berücksichtigen (J. Ley in: Reidt/Stickler/Glahs, Vergaberecht, 4. Aufl. 2018, § 125 GWB, Rn. 1, 9 m.w.N.).

(2) Der AST hat zwar nicht innerhalb der durch den AG gesetzten Anhörungsfrist, aber im Rügeschreiben vom 28.09.2023 und im Rahmen des Nachprüfungsverfahrens Maßnahmen der Selbstreinigung vorgetragen, die keinen Eingang in die Ermessensausübung fanden, weil sich AG und Vergabekammer auf den Standpunkt gestellt haben, dass nur solche Maßnahmen zu berücksichtigen seien, die rechtzeitig bis zum Beschluss über den Ausschluss dargestellt worden seien.

Es ist streitig, ob Maßnahmen der Selbstreinigung zu berücksichtigen sind, die nach der Entscheidung über den Ausschluss vorgenommen werden. Nach einer Auffassung sind bei der nach § 125 Abs. 2 Satz 1 GWB vorzunehmenden Bewertung einer Selbstreinigungsmaßnahme durch den öffentlichen Auftraggeber alle während des laufenden Vergabeverfahrens und auch des Vergabenachprüfungsverfahrens durchgeführten Selbstreinigungsmaßnahmen zu berücksichtigen (J. Ley in: Reidt/Stickler/Glahs, Vergaberecht, 4. Aufl. 2018, § 124 GWB, Rn. 202). Eine Selbstreinigung kann deshalb auch noch nach dem Zeitpunkt der Eignungsprüfung im Vergabeverfahren zu berücksichtigen sein (J. Ley in: Reidt/Stickler/Glahs, Vergaberecht, 4. Aufl. 2018, § 125 GWB, Rn. 96). Der letztmögliche ausschlaggebende Zeitpunkt für die

Prognoseentscheidung der Vergabestelle ist damit die letzte mündliche Verhandlung in einem Nachprüfungsverfahren (OLG München, Beschluss vom 22. November 2012 - Verg 22/12 -). Nach anderer Auffassung können später eintretende Umstände nicht mehr berücksichtigt werden, weil der Bieter es sonst in der Hand hätte, über entsprechende Rügen und Nachprüfungsverfahren das Vergabeverfahren so weit zu verzögern, bis er die Voraussetzungen der Selbstreinigung erfüllt hat (Ziekow/Völlink/Stolz, 5. Aufl. 2024, GWB § 125 Rn. 14).

Im vorliegenden Falle ist jedoch zu berücksichtigen, dass nach dem unwidersprochenen Vortrag des AST die vorgetragene Selbstreinigungsmaßnahme nicht erst im Nachprüfungsverfahren ergriffen wurden, sondern zur Zeit der Anhörung bereits eingeleitet waren und es an ihrer Kommunikation fehlte, die aber im Nachgang erfolgte. Es ist jedoch nicht die Zielrichtung von § 125 GWB, die Zahl der in den Vergabewettbewerb einzubeziehenden Unternehmen zu beschränken; vielmehr dient die Vorschrift gerade dazu, den - nicht als Sanktionsnormen ausgestalteten (Burgi/Dreher/Opitz/Opitz, 4. Aufl. 2022, GWB § 125 Rn. 6) - Ausschlussgründen durch Maßnahmen zur Wiedererlangung der Zuverlässigkeit (MüKoEuWettbR/Jaeger, 4. Aufl. 2022, GWB § 125 Rn. 1 f.) entgegenzuwirken und dadurch neben der Wahrung der Verhältnismäßigkeit (Burgi/Dreher/Opitz/Opitz, 4. Aufl. 2022, GWB § 125 Rn. 4) auch zur Verwirklichung des Wettbewerbsgebots, § 97 Abs. 1 GWB, beizutragen (EuGH, Urte. v. 14.1.2021 - C-387/19, Rn. 29). Grundrechtlich geschützte Positionen des Bieters treten hinzu (vgl. Kaufmann, in: Pünder/Schellenberg, Vergaberecht, 3. Auflage 2019, § 125 GWB Rn 54). Korrespondierend damit ist die Regelung als zwingende Vorschrift ausgestaltet, vermittelt also gerade kein Ermessen (BT-Drs. 18/6281, 107). Zwar ist es dem öffentlichen Auftraggeber - ebenso wie dem nationalen Gesetzgeber - im Hinblick auf die Verfahrenseffizienz unbenommen, einen Zeitpunkt für den Nachweis von Selbstreinigungsmaßnahmen vorzugeben und an dessen Missachtung die Ausschlussfolge zu knüpfen (EuGH, Urte. v. 14.1.2021 - C-387/19, Rn. 27 ff.; siehe auch Ziekow/Völlink/Stolz, 5. Aufl. 2024, GWB § 125 Rn. 15). Letztere kann jedoch nach Sinn und Zweck der Norm dann nicht eintreten, wenn der öffentliche Auftraggeber gleichwohl positive Kenntnis von den Selbstreinigungsmaßnahmen erlangt und dies in zeitlicher Hinsicht derart erfolgt, dass ein ordnungsgemäßer Verfahrensgang nicht in Frage gestellt wird. Das OLG Brandenburg (Beschluss vom 14.12.2007 - Verg W 21/07) hat hierzu (noch auf Grundlage des früheren Rechts) zutreffend ausgeführt:

*"Die Eignung der Bieter wird - anders als die Vollständigkeit der Angebote und der geforderten Eignungsnachweise - in Offenen Verfahren nicht bezogen auf den Zeitpunkt der Angebotsabgabe oder den Fristablauf für die Einreichung der Nachweise, sondern bezogen auf den Zeitpunkt der Wertung bzw. des Zuschlags geprüft. Würde man bei der Prüfung auf den Zeitpunkt der Angebotsabgabe allein abstellen, könnte nicht berücksichtigt werden,*

*dass die Eignung zu diesem Zeitpunkt vorliegen, durch die weitere Entwicklung des Vergabeverfahrens jedoch entfallen sein kann. Der Auftraggeber kann jedoch nach dem gesamten Sinn und Zweck des Vergabeverfahrens - nämlich das wirtschaftlichste Angebot zu ermitteln - nicht dazu gezwungen werden, einem bei Angebotsabgabe zunächst geeigneten Bieter einen Auftrag zu erteilen, dessen Eignung und Zuverlässigkeit nach während des Vergabeverfahrens gewonnenen Erkenntnissen im Zeitpunkt der Wertung oder des Zuschlags nicht mehr gegeben ist. Im Umkehrschluss ergibt sich hieraus, dass der Auftraggeber, auch wenn die Eignung im Zeitpunkt der Angebotsabgabe zweifelhaft oder nicht vorhanden ist, bei der Wertung berücksichtigen kann, dass die Eignung durch während des Vergabeverfahrens eingetretene Umstände hergestellt worden ist. Das muss auch dann gelten, wenn die Eignung eines Bieters wie im vorliegenden Fall wegen schwerer Verfehlungen zunächst zweifelhaft, wegen ergriffener 'Selbstreinigungsmaßnahmen' aber als wiederhergestellt angesehen werden muss."*

An dieser Einschätzung hat die gesetzliche Auskoppelung der Ausschlussgründe aus der Eignungsprüfung nichts geändert (vgl. auch BeckOK VergabeR/Friton, 33. Ed. 1.8.2023, GWB § 125 Rn. 59 ff.); vielmehr können auch von § 123 f. GWB erfasste Konstellationen während eines laufenden Vergabeverfahrens auftreten und in deren Folge Selbstreinigungsmaßnahmen ergriffen werden. Dementsprechend kann "*[d]er Anspruch auf Zulassung oder Wiedezulassung zum Wettbewerb ... - wie die Ausschlussgründe - zu jedem Zeitpunkt des Vergabeverfahrens geltend gemacht werden*" (Burgi/Dreher/Opitz/Opitz, 4. Aufl. 2022, GWB § 125 Rn. 10). Die Nichtanerkennung der Selbstreinigungsmaßnahmen durch die AG im vorliegenden Fall wegen des nicht innerhalb der gesetzten Frist erfolgten Nachweises ist unverhältnismäßig und widerspricht der Zielsetzung des § 125 GWB. Dies gilt umso mehr, wenn ein Vergabeverfahren über lange Zeit nicht zum Abschluss gebracht werden kann, was bei ungehindertem Fortgang zum Entfall der Berücksichtigungsfähigkeit der Ausschlussgründe nach § 126 GWB führt. Auch insoweit ist daher ein Ermessensfehler gegeben.

(3) Der AST hat die ergriffenen Maßnahmen der Selbstreinigung im Einzelnen konkret vorgetragen und näher belegt. Der AG hat die Art und die Durchführung der Maßnahmen im vorliegenden Nachprüfungsverfahren inhaltlich auch nicht in Zweifel gezogen. Aus dem Schreiben des AG an die Vergabekammer vom \_ ergibt sich vielmehr, dass der AG die Erklärungen und Unterlagen in den anderen genannten Vergabeverfahren für nachvollziehbar und glaubhaft erachtete.

Die Zweifel des AG daran, ob die vom AST vorgetragenen Selbstreinigungsmaßnahmen nicht erst im Nachprüfungsverfahren, sondern bereits zur Zeit der Anhörung ergriffen wurden, teilt der Senat nicht. Die Gründe für die Verspätung der Mitteilung der

Selbstreinigungsmaßnahmen hat der AST im Einzelnen konkret dargelegt und mit der Vorlage des Schreibens des Rechtsanwaltes \_ vom 18.09.2023 sowie der eingehenden Darlegung der weiteren rechtlichen Bearbeitung durch die im Weiteren beauftragten Verfahrensbevollmächtigten überzeugend untersetzt.

Der AST ermittelte demnach intern die Umstände, die zur Einreichung des verfälschten Bescheides der unteren Naturschutzbehörde der Stadt S\_ vom \_ im Vergabeverfahren I\_ führten und stellte eine Verfehlung einer Mitarbeiterin fest, die das Unternehmen des AST bereits zum \_ verließ. Der AST trieb das Vorhaben der Erweiterung der Gesamtlagermenge auf 500 m<sup>3</sup> Salzlauge am Standort in S\_ voran, wozu Vertreter des AST mit dem von dem AST beauftragten Rechtsanwalt K\_ und Vertretern des Umwelt- und Bauaufsichtsamtes am \_ an einem Vor-Ort-Termin in der Lagerstätte teilnahmen und Rechtsanwalt K\_ im Auftrag des AST mit Schreiben vom \_ weitere Unterlagen an die Behörde übersandte. Der AST erließ am 2\_ die in Anlage AST 6 zum Nachprüfungsantrag vorgelegte Arbeitsanweisung, die die Bestellung von Vergabeunterlagen und die Abgabe von Angeboten durch geschultes Personal und deren Kontrolle im Vier-Augen-Prinzip sicherstellen soll. Der AST stellte den ermittelten Sachverhalt mit Schreiben vom \_ gegenüber dem AG dar.

Zeitlich später - im November \_ - nahmen die mit Angebotserstellungen beschäftigten Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter des AST an einer von den Rechtsanwälten \_ - u.a. Fachanwalt und Fachanwältin im Vergaberecht - durchgeführten Schulung zur Angebotserstellung bei öffentlichen Aufträgen teil. Des Weiteren wurden mit Bescheid der Stadt S\_ vom \_ Anlage AST 15) am Standort S\_ fünf Lagerbehälter für Salzlauge mit einer Fassung von insgesamt 425 m<sup>3</sup> unter Gefährdungsstufe B genehmigt.

4. Auf die sofortige Beschwerde des AST ist daher die angefochtene Entscheidung der Vergabekammer, den Nachprüfungsantrag zurückzuweisen, aufzuheben und die Ausschlussentscheidung des Antragsgegners vom \_ aufzuheben sowie der Antragsgegner bei Fortbestehen der Beschaffungsabsicht zu verpflichten, das Vergabeverfahren unter Beteiligung des Antragstellers und unter Berücksichtigung seines Angebots fortzuführen.

a) Im Rahmen des § 124 GWB kommt dem Auftraggeber bei Vorliegen der Tatbestandsvoraussetzungen ein Ermessenspielraum bei der Entscheidung über den Ausschluss des Bieters zu. Der Auftraggeber hat eine Prognoseentscheidung dahingehend zu treffen, ob von dem Unternehmen trotz des Vorliegens der Tatbestandsvoraussetzungen eines fakultativen Ausschlussgrundes zu erwarten ist, dass es den öffentlichen Auftrag gesetzestreu, ordnungsgemäß und sorgfältig ausführt. Dabei ist insbesondere der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu beachten (Ziekow/Völlink/Stolz, 5. Aufl. 2024, GWB § 124 Rn. 2, beck-online). Auch bei der Bewertung und Entscheidung über die Selbstreinigung

(§ 125 GWB) ist eine Prognose erforderlich.

Der öffentliche Auftraggeber hat einen Beurteilungsspielraum bei der Frage, ob die Selbstreinigungsmaßnahmen des Unternehmens ausreichend sind. Dem Auftraggeber kommt auch bei dieser Prognose ein gerichtlich nur eingeschränkt überprüfbarer Beurteilungsspielraum zu (Burgi/Dreher/Opitz/Opitz, 4. Aufl. 2022, GWB § 125 Rn. 10, 38, beck-online). Es richtet sich nach den Umständen des Einzelfalls, insbesondere auch nach dem in Frage stehenden Ausschlussgrund, ob die ergriffenen Selbstreinigungsmaßnahmen als ausreichend angesehen werden können, um die Integrität des Unternehmens wiederherzustellen und ausreichende Garantien zu bieten, dass von ihm in Zukunft höchstwahrscheinlich keine Gefahr der Begehung von Straftaten oder eines Fehlverhaltens mehr ausgeht (Ziekow/Völlink/Stolz, 5. Aufl. 2024, GWB § 125 Rn. 16, beck-online).

b) Angesichts der - zu berücksichtigenden, s.o. - Selbstreinigungsmaßnahmen und angesichts dessen, dass auch der AG den AST in den obengenannten weiteren Vergabeverfahren bei gleich gelagertem Sachverhalt unter Berücksichtigung dieser auch im vorliegenden Verfahren vorgetragenen Selbstreinigungsmaßnahmen als geeignet und zuverlässig einschätzte, ist auch im vorliegenden Verfahren nur diese Entscheidung ermessensfehlerfrei und geboten.

5. Da der Antragsgegner im vorliegenden Nachprüfungsverfahren vor der Vergabekammer wie auch im Beschwerdeverfahren unterliegt, entspricht es der Billigkeit, ihm die Kosten des Nachprüfungsverfahrens vor der Vergabekammer wie auch die Kosten des Beschwerdeverfahrens einschließlich des Ersatzes der zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen außergerichtlichen Aufwendungen des Antragstellers aufzuerlegen, §§ 182 Abs. 3 Satz 1, Abs. 4 Satz 1 GWB bzw. § 175 Abs. 2, 71 Satz 1 GWB.

Die Hinzuziehung der Verfahrensbevollmächtigten im Verfahren vor der Vergabekammer war gemäß § 182 Abs. 4 Satz 4 GWB für notwendig zu erklären, da im vorliegenden Fall zu den auftragsbezogenen Sach- und Rechtsfragen weitere Rechtsprobleme des vergaberechtlichen Nachprüfungsverfahrens hinzu kamen, wie die rechtliche Problematik der Willkürfreiheit und Gleichbehandlung im Rahmen der Ermessensausübung und der Berücksichtigung von Selbstreinigungsmaßnahmen (vgl. Beckscher Vergaberechtskommentar - Krohn, 4. Aufl. 2022, GWB § 182 Rn. 64). Es ist nicht erforderlich, dass für das Beschwerdeverfahren gesondert die Notwendigkeit der Hinzuziehung eines Rechtsanwalts festgestellt wird, da § 80 Abs. 2 VwVfG über § 182 Abs. 4 S. 2 GWB nur für das Verfahren vor der Vergabekammer gilt (Beckscher Vergaberechtskommentar - Willner, 4. Aufl. 2022, GWB § 175 Rn. 14).

6. Die Festsetzung des Streitwertes für das Beschwerdeverfahren beruht auf § 50 Abs. 2 GKG. Wie die Vergabekammer festgestellt hat (vgl. Seite 13 des angefochtenen Beschlusses), hat das - maßgebliche (Willenbruch - Schneevogl, Vergaberecht, 5. A., § 182 GWB, Rn. 96) - Angebot des Beschwerdeführers einen Bruttoauftragswert von 8.927.260,05 Euro.

Zitiervorschlag:

OLG Jena Urt. v. 2.10.2024 – Verg 5/24, IBRRS 2025, 0086

© Verlag C.H.Beck GmbH & Co. KG 2025