



SACHSEN-ANHALT
LANDESV ERWALTUNGSAMT

3. Vergabekammer
des Landes Sachsen-Anhalt

Beschluss

AZ: 3 VK LSA 04/16

Halle, 18.04.2016

§ 7 Abs. 1 LVG LSA, § 2 Abs. 1 Nr. 1, § 16 Abs. 2 Nr. 1 VOB/A

- Eignungsprüfung
- Wertungsergebnis rechtswidrig
- Fehlende Transparenz bei der Prognoseentscheidung

Entsprechend § 16 Abs. 2 Nr. 1 VOB/A ist der Auftraggeber verpflichtet, 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.

Hierbei steht dem öffentlichen Auftraggeber ein Beurteilungsspielraum zu, der von den Nachprüfungsinstanzen nur einer eingeschränkten Kontrolle zugänglich ist. Dieser Beurteilungsspielraum kann nur daraufhin überprüft werden, ob das vorgeschriebene Verfahren eingehalten worden ist, ob der Auftraggeber die von ihm selbst aufgestellten Bewertungsvorgaben beachtet hat, der zugrunde gelegte Sachverhalt vollständig und zutreffend ermittelt worden ist, keine sachwidrigen Erwägungen angestellt worden sind und nicht gegen allgemeine Bewertungsgrundsätze verstoßen worden ist

Im Rahmen ihrer durchzuführenden Prognoseentscheidung hat es die Antragsgegnerin versäumt, transparent darzustellen, weshalb die Antragstellerin für die ausgeschriebene Leistung eine einwandfreie und vertragsgemäße Auftragsdurchführung nicht erwarten lässt. Für den Ausschluss der Antragstellerin wegen erheblicher Mängel im Zusammenhang mit einem früheren Vergabeverfahren bedarf es deshalb einer dokumentierten, negativen Prognose für das aktuell zu beurteilende Verfahren. Aus der Dokumentation der Antragsgegnerin ergibt sich nicht, welche Gesichtspunkte sie bei ihrer Prognoseentscheidung über die Zuverlässigkeit und Leistungsfähigkeit der Antragstellerin zugrunde gelegt und welches Gewicht sie dem jeweiligen Umstand beigemessen hat.

In dem Nachprüfungsverfahren der
...

Antragstellerin

Verfahrensbevollmächtigte
...

gegen die

...

Antragsgegnerin

wegen

des gerügten Vergabeverstoßes in der Öffentlichen Ausschreibung der ... zur Vergabe von Bauleistungen für die Erhaltung L-Straßen 2016 (OB-eA, DSK, Patchmatik), ..., hat die 3. Vergabekammer unter Mitwirkung des Vorsitzenden Regierungsdirektor ..., des hauptamtlichen Beisitzers Regierungsamtmann ... und der ehrenamtlichen Beisitzerin ... beschlossen:

1. Der Antragsgegnerin wird aufgegeben, erneut in die Angebotswertung einzutreten und diese unter Berücksichtigung des Angebotes der Antragstellerin und der Rechtsauffassung der Vergabekammer durchzuführen.
2. Kosten werden nicht erhoben.

Gründe

I.

Mit der Veröffentlichung am 10. Dezember 2015 im Ausschreibungsblatt für Sachsen-Anhalt schrieb die Antragsgegnerin im Wege der Öffentlichen Ausschreibung auf der Grundlage der Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen (VOB/A) das Bauvorhaben Erhaltung L-Straßen 2016, ..., aus.

Die Nachweise zur Eignung der Bieter hat die Antragsgegnerin unter Buchstabe u) der Veröffentlichung und in Ziffer 8.1 der Bewerbungsbedingungen bekanntgegeben. Danach haben präqualifizierte Unternehmen den Nachweis der Eignung durch den Eintrag in die Liste des Vereins für die Präqualifikation von Bauunternehmen (Präqualifikationsverzeichnis) zu führen.

Bei Einsatz von Nachunternehmen ist auf Verlangen nachzuweisen, dass die vorgesehenen Nachunternehmen präqualifiziert sind oder die Voraussetzung für die Präqualifikation erfüllen. Nicht präqualifizierte Unternehmen haben zum Nachweis der Eignung mit dem Angebot das ausgefüllte Formblatt „Eigenerklärung zur Eignung“ vorzulegen. Bei Einsatz von Nachunternehmen sind auf gesondertes Verlangen die Eigenerklärungen auch für diese abzugeben, es sei denn, die Nachunternehmen sind präqualifiziert. In diesem Fall reicht die Angabe der Nummer, unter der die Nachunternehmen in der Liste des Vereins für Präqualifikation von Bauunternehmen (Präqualifikationsverzeichnis) geführt werden.

Gelangt das Angebot in die engere Wahl, sind die Eigenerklärungen (auch die der Nachunternehmen) auf gesondertes Verlangen durch Vorlage der in der Eigenerklärung zur Eignung genannten Bescheinigungen zuständiger Stellen zu bestätigen.

Im Formblatt - Aufforderung zur Abgabe eines Angebotes - sind unter Buchstabe C) die Anlagen aufgeführt, die so weit erforderlich, ausgefüllt mit dem Angebot einzureichen sind. Diese waren das Angebotsschreiben, die Leistungsbeschreibung, Eigenerklärung zur Eignung, Nachunternehmerleistungen, Erklärung Bieter-Arbeitsgemeinschaft, EFB-Preis-Formblätter 1,2 und 5, Erklärung zur Tariftreue und Entgeltgleichheit, Erklärung zum Nachunternehmereinsatz, Erklärung zur Beachtung der Kernarbeitsnormen.

Als Kriterium für die Wertung der Hauptangebote gemäß § 16 Abs. 6 Nr. 3 VOB/A ist von der Antragsgegnerin unter Ziffer 6 der -Aufforderung zur Abgabe eines Angebotes- der Preis als alleiniges Wertungskriterium benannt.

Nebenangebote hat die Antragsgegnerin ausweislich Buchstabe j) der Bekanntmachung als auch Ziffer 5 der -Aufforderung zur Abgabe eines Angebotes- nicht zugelassen.

Entsprechend den Besonderen Vertragsbedingungen hat die Antragsgegnerin als Beginn der Ausführung spätestens den 30.05.2016 und als Fertigstellungstermin der Leistungen spätestens den 15.07.2016 festgelegt.

Zum Submissionstermin am 03. Februar 2016, 10:00 Uhr, lagen 6 Hauptangebote vor.

Die Antragstellerin legte zum Submissionstermin ein Hauptangebot in Höhe von ... bei der Antragsgegnerin vor und belegte damit nach rechnerischer Prüfung der Angebote preislich den ersten Platz.

Entsprechend den Angaben in Ziffer 6 des Angebotsschreibens ist die Antragstellerin unter der PQ-Nummer ... präqualifiziert.

Mit Schreiben vom 09. Februar 2016 wurde die Antragstellerin zur Durchführung eines Aufklärungsgesprächs zur Vergabe der ausgeschriebenen Baumaßnahme gemäß § 15 Abs. 1 VOB/A zum 12. Februar 2016, 08:00 Uhr eingeladen. Hierzu ist die Antragstellerin aufgefordert worden noch weitere Unterlagen, so den Nachweis der „Güteüberwachten Produktionseinheiten für die Ausführung von Oberflächenbehandlungen“ nach TL G Asphalt-OB-StB 04, Auszug Gewerbezentralregister, Namen der Nachunternehmer, Benennung des Verantwortlichen für Sicherungsarbeiten und dessen Qualifikation sowie die Urkalkulation vorzulegen.

Im Rahmen dieses Gesprächs ist die Antragsgegnerin auf die Ausschreibung „OB-eA herstellen 2015 im ...“ eingegangen, für die die Antragstellerin den Zuschlag erhalten hatte. Bei den von den Straßenmeistereien gemeldeten Strecken zur Ausschreibung 2015 bedürfte es einer Feinfräsung und einer erneuten Oberflächenbehandlung.

Die Antragstellerin erklärt zudem, dass sie bei den durch die Straßenmeistereien gemeldeten Problemstrecken innerhalb von zwei Tagen ein Nachfegen durchführen werde. Insofern werde am 23.02.2016 eine gemeinsame Streckenbefahrung veranlasst und danach entsprechende Festlegungen zur weiteren Verfahrensweise unter Einbeziehung eines Gutachters getroffen. Sollten sich beide Seiten nicht auf einen Gutachter einigen, werde die für den Regionalbereich Nord zuständige Prüfstelle eingeschaltet, deren Festlegungen dann beiderseitig anerkannt werden.

Die Antragsgegnerin stellt infolge dieser Festlegungen zur Ausschreibung 2015 der Antragstellerin anheim, von der Ausschreibung „Erhaltung L-Straßen 2016 (OB-eA, DSK, Patchmatik)“ aus kapazitiven Gründen zurückzutreten. Eine Entscheidung hierfür erwarte die Antragsgegnerin bis zum 17.02.2016.

Mit Schreiben vom 16.02.2016 teilt die Antragstellerin der Antragsgegnerin mit, dass ein Rücktritt von der Ausschreibung 2016 nicht erfolgen werde. Weiterhin werde sie für die schadhafte Streckenabschnitte, bei denen eine Feinfräsung nicht erforderlich ist, ein Sanierungskonzept erarbeiten. In einer abschließenden Begutachtung werde dann über die Umsetzung entschieden. Hinsichtlich der Einschaltung einer unabhängigen Prüfstelle meldet

die Antragsgegnerin Vorbehalte an, da durch die zuständige Prüfstelle für den Regionalbereich Nord bereits die Untersuchung der von der Antragstellerin verbauten Baustoffe erfolgt sei. Am 23.02.2016 ist vorerst die Begutachtung der Straßenabschnitte im Bereich der Straßenmeistereien ... und ... erfolgt. Dem hierzu erstellten Begutachtungsprotokoll vom 29.02.2016 kann entnommen werden, dass die Antragsgegnerin bei zwei Streckenabschnitten Sofortmaßnahmen für erforderlich hält. Bei weiteren drei Streckenabschnitten sei eine Feinfräsung durchzuführen. Generell werden die übrigen Strecken weiter beobachtet. Für alle begutachteten Streckenabschnitte sei durch die Antragstellerin bis zum 15.04.2016 ein Sanierungskonzept zu erarbeiten. Des Weiteren müsse ein Fegen der Strecken aller drei Tage erfolgen. Die Antragsgegnerin erachtet generell die Beauftragung eines Experten für notwendig.

Hierzu äußerte sich die Antragsgegnerin mit Schreiben vom 03.03.2016. Darin verweist sie, dass entsprechend den Festlegungen aus dem Bietergespräch vom 12.02.2016 ein Nachfegen der Strecken aller zwei Tage nach Kontaktierung durch die Straßenmeisterei erfolge. Sofortmaßnahmen bei den zwei benannten Strecken seien nicht erforderlich. Die Feinfräsung der Streckenabschnitte werde in der 11. bzw. 12. Kalenderwoche erfolgen. Zum jetzigen Zeitpunkt werde die Beauftragung eines Experten bzw. einer externen Prüfstelle nicht für erforderlich gehalten und werde deshalb abgelehnt. Vielmehr sei man bestrebt eine für beide Seiten vernünftige und wirtschaftliche Lösung zu finden und diese kurzfristig umzusetzen.

Für die Ausschreibung 2016 hat die Antragsgegnerin vom 18.02.2016 bis 25.02.2016 die formelle, rechnerische, preisliche (überhöhte bzw. untersetzte Einheitspreise) und technische Prüfung des Angebots der Antragstellerin durchgeführt. Hierbei hat sie die Feststellungen getroffen, dass das Angebot der Antragstellerin formell vollständig ist, keine preislichen Unzulänglichkeiten aufweist und technisch den Ausschreibungsunterlagen entspricht. Die Antragsgegnerin kommt zu dem Schluss, dass das Angebot der Antragstellerin derzeit für eine Auftragserteilung in Betracht kommt und ein Ausschluss in dieser Wertungsstufe nicht gegeben sei.

Die sich anschließende Eignungsprüfung (Fachkunde, Leistungsfähigkeit, Zuverlässigkeit) hat die Antragsgegnerin am 01.03.2016 durchgeführt. Zunächst ergeht die Feststellung, dass die von der Antragstellerin angegebene PQ-Nummer für die ausgeschriebene Bauleistung einschlägig sei und alle Leistungsbereiche abdecke, die die Antragstellerin selbst erbringen wolle. Die hinterlegten Referenzen entsprächen nach Art und Umfang der ausgeschriebenen Bauleistung. Die Antragstellerin habe die nachgeforderten Einzelnachweise zur Beurteilung der Eignung gemäß § 16 Abs. 1 Nr. 3 VOB/A eindeutig und vollständig vorgelegt.

Im Rahmen der materiellen Eignungsprüfung bewertet die Antragsgegnerin die Antragstellerin jedoch als ungeeignet. Insbesondere wird hierbei im Vermerk zur Eignungsprüfung auf eine mangelnde Leistungsfähigkeit und Unzuverlässigkeit bei der Ausführung der Leistungen in den Vorjahren, so speziell die schwerwiegenden Mängel aus dem Jahr 2015, die 2016 mit großem Aufwand noch zu beseitigen seien, hingewiesen. Eine ordnungsgemäße und termintreue Leistungserbringung sei damit nicht zu erwarten. Deswegen seien berechtigte Zweifel an der qualitätsgerechten und terminlichen Ausführung der zu vergebenden Leistung angezeigt. Weitere Ausführungen, wie sich die Feststellungen zur Ausführung aus der Ausschreibung 2015 auf den ausgeschriebenen Auftrag auswirken, enthält das Formblatt der Eignungsprüfung nicht.

Mit Schreiben vom 2. März 2016 informierte die Antragsgegnerin auf der Grundlage des § 19 Abs. 1 LVG LSA die Antragstellerin darüber, dass auf ihr Angebot kein Zuschlag erteilt werden könne. Die Gründe der Nichtberücksichtigung resultieren aus dem Protokoll der Beratung Erhaltung L- Straßen 2015 und der Vergabe der Baumaßnahme Erhaltung L-Straßen 2016 vom 12.02.2016 sowie den Feststellungen und Festlegungen des Begutachtungsprotokolls

OB Strecken 2015 vom 29.02.2016. Es sei beabsichtigt, den Zuschlag auf das Angebot des Bieters ... zu erteilen.

Mit Schreiben vom 03. März 2016 beanstandet die Antragstellerin gegenüber der Antragsgegnerin die Nichteinhaltung der Vergabevorschriften. Die Nichtberücksichtigung ihres Angebotes sei nicht gerechtfertigt.

Hierzu trägt die Verfahrensbevollmächtigte der Antragstellerin mit Schreiben vom 08. März 2016 vor, dass es sich bei der Feststellung einer fehlenden Eignung um eine Prognoseentscheidung handele, bei der eine Reihe von Gesichtspunkten hinsichtlich der Pflichtverletzung zu berücksichtigen seien. Unter dieser Betrachtungsweise könne die Baumaßnahme „OB-eA herstellen 2015“ den Ausschluss der Antragstellerin nicht rechtfertigen. Die Ursache der von der Antragsgegnerin geltend gemachten Mängel sei bisher nicht abschließend festgestellt. Gleichwohl bemühen sich beide Seiten um die Herstellung des geschuldeten Zustandes, weshalb am 29.02.2016 eine gemeinsame Überprüfung stattfand und im Ergebnis dessen ein Sanierungskonzept vorgelegt werde. Die von der Antragsgegnerin aufgeführten Ausführungen seien somit nicht dienlich, Zweifel an der Zuverlässigkeit der Antragstellerin für den zu vergebenden Auftrag zu hegen.

Die Antragstellerin beantragt

ihr Angebot weiter in der Wertung zu belassen,

Die Antragsgegnerin beantragt sinngemäß,

den Antrag der Antragstellerin zurückzuweisen.

Im Schreiben vom 23.03.2016 wird dazu näher dargelegt, dass Grundlage des Ausschlusses in Bezug auf die Eignung die Prüfung und Wertung nach § 16 Abs. 2 Satz 1 VOB/A bilde. Dabei gelte es zu beurteilen, ob der Bieter die für die Erfüllung der vertraglichen Verpflichtungen notwendigen Sicherheiten biete. Neben der Prüfung der technischen und wirtschaftlichen Mittel, müsse ein Bieter auch die erforderliche Fachkunde, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit besitzen.

Bei der Beurteilung der Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit der Antragstellerin konnten die schwerwiegenden Mängel aus der Ausführung der Arbeiten im Jahr 2015, die noch immer vorliegen und zu erheblichen Beeinträchtigungen des Straßenverkehrs geführt haben, durch die Antragsgegnerin nicht unberücksichtigt bleiben.

Da der Beanstandung der Antragstellerin nicht abgeholfen wurde, hat die Antragsgegnerin die Vergabeakten mit Schreiben vom 17.03.2016 der 3. Vergabekammer des Landes Sachsen-Anhalt übergeben. Die vollständigen Unterlagen lagen am 29.03.2016 vor.

II.

Der Nachprüfungsantrag der Antragstellerin ist zulässig.

Gemäß § 19 Abs. 3 des Gesetzes über die Vergabe öffentlicher Aufträge in Sachsen-Anhalt (Landesvergabegesetz – LVG LSA vom 19. November 2012, veröffentlicht im GVBl. LSA Nr. 23/2012, ausgegeben am 30. November 2012) ist die 3. Vergabekammer des Landes Sachsen-Anhalt für die Nachprüfung des vorliegenden Vergabeverfahrens örtlich und sachlich zuständig.

Entscheidend für die Feststellung der Zuständigkeit ist hier die Beurteilung der übergebenen Kostenschätzung für die Bauleistung. Diese liegt unterhalb der in § 100 GWB i.V.m. § 2 VgV geregelten Schwellenwerte.

Damit ist die 3. Vergabekammer des Landes Sachsen-Anhalt nach Ziffer 3 der Gemeinsamen Geschäftsordnung der Vergabekammern (Bek. des MW vom 17.04.2013, MBL LSA Nr. 14/2013) zuständig.

Der Antragsgegner ist öffentlicher Auftraggeber gemäß § 2 Abs. 1 LVG LSA. Der maßgebliche Gesamtauftragswert von 150.000 Euro bei Bauleistungen gemäß § 19 Abs. 4 LVG LSA ist überschritten.

Die Antragstellerin ist auch antragsbefugt. Sie hat durch die Abgabe eines Angebotes ihr Interesse am betreffenden Auftrag hinreichend bekundet.

Die Antragstellerin hat die von ihr behaupteten Verstöße gegen die Vergabevorschriften im Sinne von § 19 Abs. 1 und 2 LVG LSA beanstandet.

Der Nachprüfungsantrag der Antragstellerin ist begründet, da sie eine Verletzung ihrer Rechte im Sinne von § 19 Abs. 2 Satz 4 LVG LSA geltend machen kann.

Das streitbefangene Wertungsergebnis ist rechtswidrig, da das Vergabeverfahren Verstöße gegen § 7 Abs. 1 LVG LSA sowie §§ 2, Abs. 1 Nr. 1 und 16 Abs. 2 Nr. 1 VOB/A aufweist. Gemäß § 7 Abs. 1 LVG LSA hat der öffentliche Auftraggeber vor Erteilung des Zuschlags zu prüfen, ob die Bieter die für die Erfüllung der vertraglichen Verpflichtungen erforderliche Fachkunde, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit besitzen. Entsprechend § 2 Abs. 1 Nr. 1 VOB/A werden Bauleistungen an fachkundige, leistungsfähige und zuverlässige Unternehmen zu angemessenen Preisen in transparenten Vergabeverfahren vergeben.

Danach ist der Auftraggeber entsprechend § 16 Abs. 2 Nr. 1 VOB/A verpflichtet, 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.

Fachkundig ist der Bieter, der über die für die Vorbereitung und Ausführung der jeweiligen Leistung notwendigen technischen Kenntnisse verfügt. Leistungsfähig ist der Bieter, der über das für die fach- und fristgerechte Ausführung notwendige Personal und Gerät verfügt und die Erfüllung seiner Verbindlichkeiten erwarten lässt.

Zuverlässig ist ein Bieter, der seinen gesetzlichen Verpflichtungen - auch zur Entrichtung von Steuern und sonstigen Abgaben - nachgekommen ist und der aufgrund der Erfüllung früherer Verträge eine einwandfreie Ausführung einschließlich Erfüllung der Mängelansprüche erwarten lässt.

Bei der Beurteilung dieser unbestimmten Rechtsbegriffe handelt es sich um eine Prognoseentscheidung, ob vom künftigen Auftragnehmer die ordnungsgemäße Erfüllung der vertraglichen Verpflichtungen erwartet werden kann und inwieweit er den konkret ausgeschriebenen Auftrag ausführen kann.

Hierbei steht dem öffentlichen Auftraggeber ein Beurteilungsspielraum zu, der von den Nachprüfungsinstanzen nur einer eingeschränkten Kontrolle zugänglich ist. Dieser Beurteilungsspielraum kann nur daraufhin überprüft werden, ob das vorgeschriebene Verfahren eingehalten worden ist, ob der Auftraggeber die von ihm selbst aufgestellten Bewertungsvorgaben beachtet hat, der zugrunde gelegte Sachverhalt vollständig und zutreffend ermittelt worden ist, keine sachwidrigen Erwägungen angestellt worden sind und nicht gegen allgemeine Bewertungsgrundsätze verstoßen worden ist (Handkommentar zur VOB/A, Kulartz/Marx/Portz/Prieß, §16, Rn 195).

Es ist hierbei grundsätzlich nicht zu beanstanden, wenn ein Auftraggeber bei der Prüfung der Fachkunde, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit eines Bieters auch auf eigene Erfahrungen aus früheren abgeschlossenen Vertragsverhältnissen zurückgreift (OLG Düsseldorf, B. v. 25.07.2012 – Az.: VII Verg 25/12). Dies gilt besonders dann, wenn es sich um Erfahrungen des Auftraggebers mit dem Bewerber wegen derselben oder fast derselben Leistung handelt. Da aber in einem Vergabeverfahren die Eignung für den aktuell ausgeschriebenen Auftrag zu beurteilen ist, kommt es bei der Einbeziehung bisheriger Erfahrungen mit einem Bieter jedoch entscheidend darauf an, ob das Verhalten des betreffenden Bieters in der Vergangenheit hinreichend gesicherte Erkenntnisse darauf zulässt, dieser werde sich beim vorliegenden Auftrag wieder nicht rechtskonform verhalten.

Die Antragsgegnerin hat den Ausschluss des Angebotes der Antragstellerin auf den Vorwurf gestützt, sie habe den in der Vergangenheit ausgeführten Auftrag „Erhaltung L-Straßen 2015“ mit erheblichen Mängeln ausgeführt, die teilweise bis zum heutigen Zeitpunkt nicht abgestellt sind.

Es ist jedoch durch die Antragsgegnerin im Rahmen ihrer durchzuführenden Prognoseentscheidung versäumt worden transparent darzustellen, weshalb die Antragstellerin für die ausgeschriebene Leistung eine einwandfreie und vertragsgemäße Auftragsdurchführung nicht erwarten lässt. Für den Ausschluss der Antragstellerin wegen erheblicher Mängel im Zusammenhang mit einem früheren Vergabeverfahren bedarf es deshalb einer dokumentierten, negativen Prognose für das aktuell zu beurteilende Verfahren. Hierzu müssen die früheren Verfehlungen für den nunmehr zur Vergabe stehenden Auftrag erhebliche Zweifel an der Zuverlässigkeit des Bieters begründen. An dieser Dokumentation fehlt es hier. Aus den Vergabeunterlagen zur Beurteilung der Eignung ergibt sich nicht, welche Gesichtspunkte die Antragsgegnerin bei ihrer Prognoseentscheidung über die Zuverlässigkeit und Leistungsfähigkeit der Antragstellerin zugrunde gelegt und welches Gewicht sie dem jeweiligen Umstand beigemessen hat.

Die Antragsgegnerin hat weder in ihrem Formblatt zur Eignungsprüfung noch in ihrem Informationsschreiben nach § 19 Abs. 1 LVG LSA näher begründet, weshalb die Antragstellerin für die Ausführung der Leistungen für die Ausschreibung 2016 ungeeignet sei. Nur auf den Inhalt der Protokolle vom 12.02.2016 und 29.02.2016 zu verweisen, beweist noch nicht, dass die Antragstellerin für die ausgeschriebene Bauleistung nicht geeignet sein soll. Vorliegend ist die Entscheidung der Antragsgegnerin, dass begründete Zweifel an der Zuverlässigkeit und Leistungsfähigkeit der Antragstellerin bestünden, die konkret ausgeschriebene Leistung zu erbringen, von einem zum Teil nicht ausreichend ermittelten Sachverhalt ausgegangen.

Es ist nicht dargelegt worden, dass die bisherigen Beanstandungen nunmehr bei der aktuellen Ausschreibung erneut auftreten würden und der Antragstellerin angelastet werden können. Die Eignungsprüfung ist deshalb in diesem Punkt zu wiederholen.

Grundlage der Prognose einer Unzuverlässigkeit müssen gesicherte Erkenntnisse sein, die einer schweren Verfehlung zugrunde liegen, um die Zuverlässigkeit eines Bieters verneinen zu können. Hier erfordert § 6 Nr. 3 Abs. 2 g) VOB/A eine Prüfung der Angaben, ob nachweislich eine schwere Verfehlung vorliegt, die die Zuverlässigkeit als Bewerber in Frage stellt. Während es sich bei der schweren Verfehlung grundsätzlich um einen Sachverhalt aus der Vergangenheit handelt, bedarf es für die Beurteilung der fehlenden Zuverlässigkeit der Prognose für die Zukunft, weil sie sich auf den erst noch zu vergebenden Auftrag beziehen muss. Schwer ist eine Verfehlung dann, wenn sie schuldhaft begangen wurde und erhebliche Auswirkungen hat. Bloße Vertragsverletzungen oder sachliche Meinungsverschiedenheiten aber auch Streitigkeiten über Gewährleistungs- oder Abrechnungsfragen stellen keine schweren Verfehlungen dar. Dagegen zählen Vertragskündigungen, bereits anerkannte Schadensersatzforderungen wegen nicht erbrachter oder schlechter Leistung als auch andere schwere Verfehlungen, wie die in der Eigenerklärung zur Eignung aufgeführten Tatbestände,

durchaus dazu. Für die Feststellung mangelnder Zuverlässigkeit müssen deshalb nachvollziehbare sachliche Gründe vorliegen, dass aufgrund der nachweislichen schweren Verfehlung in der Vergangenheit auch für den zu vergebenden Auftrag schwere Zweifel an der Zuverlässigkeit des Bewerbers bestehen.

Die Begründung, mit der die Antragsgegnerin die Antragstellerin aus dem weiteren Verfahren ausschließen will, folgt aus dem Protokoll der Eignungsprüfung vom 01.03.2016 und der Bezugnahme auf den Inhalt des Protokolls vom 12.02.2016 sowie den Feststellungen und Festlegungen des Begutachtungsprotokolls vom 29.02.2016/18.03.2016. Darin wird im Wesentlichen abgestellt auf eine nicht termingerechte und mangelnde Leistungserbringung. Diese Protokolle befinden sich in einem Aktenordner, den die Antragsgegnerin unkommentiert mit den Schriftsätzen vom 17.03.2016 zur Verfahrensakte gereicht hat. Zwar war die Vergabekammer nicht gehindert, den Inhalt des Aktenordners, auch soweit er schriftsätzlich in keiner Weise aufbereitet wurde, zur Kenntnis zu nehmen. Die darin gerügten Mängel in der Leistungserbringung stellen jedoch keine schwere Verfehlung dar, die einen Ausschluss nach § 16 Abs. 1 Nr. 2c) VOB/A beweisen können. Vielmehr wird dort aufgezeigt, dass es bei der Auftragsausführung „Erhaltung L-Straßen 2015“ zu Mängeln gekommen ist, dessen Ursache bisher jedoch noch ungeklärt ist. Offensichtlich habe nach der Ausführung der Bauleistung der gebundene Splitt scheinbar keine ausreichende Haftung mit der Emulsion gebildet. Um die Mängel zu beheben, wurde, auch nach bereits vorliegenden Gewährleistungsansprüchen, eine Begutachtung der Straßenabschnitte durchgeführt und hierzu entsprechende Sanierungsvorschläge unterbreitet.

Mit dem Aktenordner wurden zwar das Protokoll vom 12.02.2016 (Aufklärungsgespräch) und das Begutachtungsprotokoll vom 29.02.2016 vorgelegt, eine Auswertung dieser dort enthaltenen Informationen erfolgte aber nicht. Welche Auswirkungen diese auf die Eignung zur Ausschreibung 2016 haben soll und unter welchen Gesichtspunkten diese bei der Prüfung der Eignung Berücksichtigung finden, ist nicht dokumentiert. Die Antragsgegnerin ist hier angehalten, den Sachverhalt vollständig zu ermitteln.

Selbst wenn vorliegend eine schwere Verfehlung der Antragstellerin vorliegen würde, folgt daraus aber immer noch nicht deren Unzuverlässigkeit.

Dazu hätten immer noch Feststellungen getroffen werden müssen, ob nachvollziehbare sachliche Gründe dafür vorliegen, dass aufgrund der nachweislichen schweren Verfehlung in der Vergangenheit auch für den zu vergebenden Auftrag, also zukünftig, schwere Zweifel an der Zuverlässigkeit des Bewerbers bestehen. Dass bei der Ausschlussentscheidung eine solche Prognoseentscheidung getroffen wurde, ist den Vergabeakten nicht zu entnehmen. Selbst dann, wenn infolge einer nachweislich schweren Verfehlung die Zuverlässigkeit in Frage gestellt ist, ist entsprechend der „kann“- Bestimmung in § 16 Abs. 1 Nr. 2 c) VOB/A immer noch eine gesonderte Ermessensentscheidung zu treffen, ob trotz Vorliegens eines Ausschlussstatbestandes die Eignung des Bewerbers doch angenommen werden kann. Auch eine solche Abwägung ist durch die Antragsgegnerin nicht dokumentiert.

Die Antragsgegnerin wird bei ihrer Neu Beurteilung ermitteln müssen, weshalb die bisherige Auftragsdurchführung nicht den geltenden Regeln der Technik entsprochen hat.

Es entbindet der Antragsgegnerin nicht davon genau zu ermitteln, weswegen es bei der bisherigen Leistungserbringung zu besonderen Schwierigkeiten in der Ausführung gekommen ist.

Zu vertiefen hat die Antragsgegnerin bei ihrer Prognoseentscheidung auch, ob es der Antragstellerin trotz der vorgeworfenen mangelhaften Ausführung wenigstens gelungen ist, diese ansatzweise zu beheben oder inwieweit eigene Bestrebungen hierfür vorliegen.

Weiter muss auch abgeglichen werden, ob unter den Bedingungen des jetzigen Nachprüfungsverfahrens die im aktuellen Vergabeverfahren festgesetzten Ausführungsfristen eingehalten werden können und die Antragstellerin deshalb keine oder nur so viel

Parallelaufträge angenommen hat, dass sie die Termine der Ausschreibung für 2016 zuverlässig einhalten wird.

Im Ergebnis war festzuhalten, dass das Angebot der Antragstellerin zu Unrecht wegen mangelnder Eignung aus dem Vergabeverfahren ausgeschlossen wurde.

Als Maßnahme hatte die Vergabekammer im Rahmen des § 19 Abs. 2 Satz 4 LVG LSA die Antragsgegnerin anzuweisen, das Angebot wieder in den Wertungsvorgang einzubeziehen und das Vergabeverfahren beginnend mit der zweiten Wertungsstufe (Eignungsprüfung) fortzusetzen.

III.

Kosten

Die Kostenentscheidung beruht auf § 19 Abs. 5 Satz 4 LVG LSA. Danach sind keine Kosten zu Lasten eines Bieters zu erheben, wenn die Nachprüfung ergibt, dass ein Bieter zu Recht das Vergabeverfahren beanstandet hat.

IV.

Die ehrenamtliche Beisitzerin, ..., hat den Vorsitzenden und den hauptamtlichen Beisitzer der Vergabekammer ermächtigt, den Beschluss allein zu unterzeichnen. Ihr lag dieser Beschluss hierzu vor.

...

...