



SACHSEN-ANHALT
LANDESV ERWALTUNGSA MT

3. Vergabekammer
des Landes Sachsen-Anhalt

Beschluss

AZ: 3 VK LSA 09/20

Halle (Saale) 21.04.2020

LVG LSA § 7 Abs. 1, § 19 Abs. 2; VOB/A 2019 § 2 Abs. 3, § 12 Abs. 1 Nr. 2 lit. w), § 16b Abs. 1

- begründeter Nachprüfungsantrag
- Forderung von Referenzen zu vergleichbaren Leistungen nicht wirksam bekannt gemacht
- unrechtmäßiger Angebotsausschluss

Aus Gründen der Transparenz und Gleichbehandlung soll die Auftragsbekanntmachung die für die Beurteilung der Eignung der Bieter verlangten Nachweise enthalten. Sinn und Zweck dieser Regelung ist es, dass für jeden potentiellen Bieter bereits aus der Auftragsbekanntmachung zweifelsfrei klar sein muss, welche Eignungsnachweise der Auftraggeber von ihm verlangt. Ein Bieter soll so bereits auf den ersten Blick erkennen können, ob er die festgelegten Eignungsanforderungen erfüllen kann.

Dem Auftraggeber ist es verwehrt, das Angebot eines Bieters auszuschließen, weil dieser von der Auftragsbekanntmachung abweichend geforderte Eignungsnachweise – hier über die Eintragung in das Präqualifikationsverzeichnis hinausgehend – nicht vorgelegt hat. Die nachträgliche Forderung von nicht wirksam bekannt gemachten Eignungsnachweisen ist rechtswidrig.

Für den Ausschluss eines Angebots wegen erheblicher Mängel im Zusammenhang mit einem früheren Vergabeverfahren bedarf es einer umfangreich dokumentierten negativen Prognose - erhebliche Zweifel an der Eignung des Bieters - im Hinblick auf den aktuell zur Vergabe stehenden Auftrag.

In dem Nachprüfungsverfahren der

.....
.....

Antragstellerin

gegen den

.....
.....

Antragsgegner

wegen

der Beanstandung der Nichteinhaltung der Vergabevorschriften in der Öffentlichen Ausschreibung des zum Bauvorhaben, hat die 3. Vergabekammer unter Mitwirkung des Vorsitzenden Herrn Leitender Regierungsdirektor, der hauptamtlichen Beisitzerin Frau und des ehrenamtlichen Beisitzers Herr beschlossen:

1. Der Antragsgegner wird bei fortbestehender Beschaffungsabsicht angewiesen, das Verfahren mindestens in den Stand der Angebotswertung zurückzusetzen und diese Wertung unter Berücksichtigung des Angebots der Antragstellerin und der Rechtsauffassung der Vergabekammer zu wiederholen.
2. Kosten werden nicht erhoben.

Gründe

I.

Mit Auftragsbekanntmachung vom auf der Plattform www.evergabe-online.de schrieb der Antragsgegner im Wege der Öffentlichen Ausschreibung auf der Grundlage der Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen (VOB/A 2019) das Bauvorhaben, Vergabe-Nr., aus.

Gemäß Buchstabe f) der Auftragsbekanntmachung waren Art und Umfang der Leistung wie folgt beschrieben: „*Baustelleneinrichtung, Rodungsarbeiten, Abbrucharbeiten: ca. 200 m³ Trockenmauer aus Natursteinen mit Betonverguß, Erdarbeiten: Baugrubenaushub und Entsorgung ca. 950 m³, Betonarbeiten: Stahlbetoneinbau C35/45 ca. 450 m³, Maurerarbeiten: Natursteinverblendung ca. 300 m², Natursteinabdeckplatten ca. 165 m, Landschaftsbauarbeiten*“.

Unter Buchstabe w) der Auftragsbekanntmachung forderte der Antragsgegner als Nachweis zur Beurteilung der Eignung der Bieter u. a. Folgendes: „*Präqualifizierte Unternehmen führen den Nachweis der Eignung durch den Eintrag in die Liste des Vereins für die Präqualifikation von Bauunternehmen e.V. (Präqualifikationsverzeichnis). ... Nicht präqualifizierte Unternehmen haben zum Nachweis der Eignung mit dem Angebot das ausgefüllte Formblatt „Eigenerklärung zur Eignung“ vorzulegen. ...*“

Alleiniges Zuschlagskriterium war der Preis.

Zum Eröffnungstermin am 06.02.2020 lagen vier Angebote vor. Das Angebot der Antragstellerin war mit einer Angebotsendsumme i. H. v. Euro das preisgünstigste Angebot.

Unter Nr. 6 ihres Angebotsschreibens erklärte die Antragstellerin, dass sie für die zu vergebende Bauleistung präqualifiziert und im Präqualifikationsverzeichnis der Auftragsberatungsstelle Sachsen-Anhalt (ABST) unter der Nummer eingetragen sei.

Im Rahmen der Eignungsprüfung wurde die Antragstellerin mit Schreiben vom 07.02.2020 vom Antragsgegner u. a. aufgefordert, drei Referenzen zu vergleichbaren Leistungen insbesondere zum Stahlbeton vorzulegen.

Mit Schreiben vom 10.02.2020 legte die Antragstellerin eine Referenzliste vor. Der Referenzliste seien von ihr durchgeführte Beton-Stahlbeton-Maßnahmen zu entnehmen, welche sie farblich markiert hatte. Des Weiteren führte sie explizit sechs Maßnahmen auf, welche teils Bestandteil der Referenzliste waren. Bei einem dieser Bauvorhaben - - war der Antragsgegner selbst Auftraggeber.

Die Prüfung der Fachkunde wurde von dem vom Antragsgegner beauftragten Ingenieurbüro durchgeführt. Dieses weist darauf hin, dass für die Errichtung der geplanten Ufermauern spezielle Erfahrungen mit vergleichbaren Objekten erforderlich seien. Die Antragstellerin sei bei der ABST für verschiedene Gewerke präqualifiziert. Hieraus könne allerdings noch nicht auf die Leistungsfähigkeit der Antragstellerin für die konkrete Bauaufgabe geschlossen werden. Diesbezüglich sei die bei der ABST hinterlegte Referenzliste ausgewertet worden.

Die Prüfung habe ergeben, dass bei den von der Antragstellerin explizit angegebenen Referenzen fünf nicht mit der ausgeschriebenen Leistung vergleichbar seien. Die Referenz - – sei von dem Antragsgegner selbst zu bewerten, da er hier als Auftraggeber tätig gewesen sei.

Im Ergebnis seien die geprüften Referenzen bezüglich des monolithischen Beton- und Stahlbetonbaus nicht aussagefähig und somit eine Bewertung der diesbezüglichen Leistungsfähigkeit der Antragstellerin und ein Nachweis ihrer Eignung für die zu vergebende Leistung seitens des Ingenieurbüros nicht möglich.

Dem Wertungsergebnis des Ingenieurbüros schloss sich der Antragsgegner an. Hinsichtlich der mit der ausgeschriebenen Leistung vergleichbaren Referenz - – sei durch die Mitarbeiter des Antragsgegners eine mangelhafte Ausführung bescheinigt worden. Ein diesbezüglicher Vermerk ist Bestandteil der Vergabeakte.

Im Ergebnis der Eignungsprüfung informierte der Antragsgegner mit Absageschreiben vom 20.02.2020 die Antragstellerin, dass ihr Angebot nicht berücksichtigt werde. Es bestünden begründete Zweifel an der Eignung im Hinblick auf die Fachkunde. Er erläuterte die Nichtberücksichtigung dahingehend, dass ein wesentlicher Inhalt der ausgeschriebenen Leistungen Arbeiten im konstruktiven Ortbetonbau (monolithische Stahlbetonmauer) seien. Bei den benannten Referenzen seien Betonfertigteile verbaut oder Betonausbesserungsarbeiten durchgeführt worden, die mit den ausgeschriebenen Leistungen zur Errichtung einer Stahlbetonmauer nicht vergleichbar seien. Damit habe die Antragstellerin die erforderliche Fachkunde nicht nachgewiesen.

Mit Schreiben vom 24.02.2020 beanstandete die Antragstellerin die Vergabeentscheidung. Sie sei erstaunt, dass der Antragsgegner Zweifel an ihrer Fachkunde habe. Sie habe nicht nur Referenzen zu „*konstruktivem Ortbeton*“ ausgeführt, sondern auch weitere Bauvorhaben in denen der Antragsgegner selbst Auftraggeber war. In der Angebotsaufforderung sei als einziges Zuschlagskriterium der Preis genannt worden. Die nachgeforderten Unterlagen seien nicht Bestandteil der Ausschreibung gewesen. Zudem sei ihre „erforderliche Fachkunde“ in der Handwerksordnung geregelt und die entsprechenden Gewerke (CPV-Code) seien im Präqualifizierungsnachweis der ABST genannt.

Mit Schreiben vom 04.03.2020 teilte der Antragsgegner der Antragstellerin mit, dass er die Angaben der Antragstellerin geprüft habe. Die Antragstellerin sei u. a. für den Leistungsbereich des CPV-Codes 45223000 präqualifiziert, welcher neben Stahlbetonkonstruktionen (45223500) auch andere Leistungen, wie z. B. Fertigkonstruktionen (45223800), abdecke. Der Referenzliste zur Präqualifikation sei jedoch nicht zu entnehmen, ob die genannten Referenzen wie in der zu vergebenden Leistung im Betonbau - monolithischer Ortsbetonbau - oder als Fertigbaubeton erbracht worden seien. Die Prüfung der nachgeforderten Referenzen habe ergeben, dass dort überwiegend Stahl-Beton-Fertigteile verbaut und keine vergleichbaren Ortbetonleistungen erbracht worden seien. Des Weiteren sei die von der Antragstellerin angegebene Referenz - – durch Mitarbeiter des Antragsgegners als mangelhaft bewertet worden (mehrfache Inverzugsetzung, schlechte Ausführqualität). Das Angebot der Antragstellerin sei rechtmäßig ausgeschlossen worden, da sie ihre Eignung für die ausgeschriebene Leistung nicht nachgewiesen habe. Der Beanstandung könne somit nicht abgeholfen werden.

Da der Beanstandung nicht abgeholfen wurde, hat der Antragsgegner die Vergabeakte am 05.03.2020 und weitere Unterlagen am 12.03.2020 der 3. Vergabekammer des Landes Sachsen-Anhalt zur Nachprüfung übergeben.

Die Antragstellerin beantragt

die Nachprüfung des Vergabeverfahrens.

Der Antragsgegner beantragt,

den Antrag der Antragstellerin zurückzuweisen.

Aus Sicht des Antragsgegners sei die Prüfung und Wertung des Angebots ordnungsgemäß durchgeführt worden.

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 (GVBl. LSA Nr. 23/2012), zuletzt geändert durch Gesetz vom 27. Oktober 2015 (GVBl. LSA Nr. 27/2015), ist die 3. Vergabekammer beim Landesverwaltungsamt Sachsen-Anhalt für die Nachprüfung des vorliegenden Vergabeverfahrens örtlich und sachlich zuständig.

Sinn und Zweck des Landesvergabegesetzes nach § 19 LVG LSA ist es, dass auch im Unterschwellenbereich die Unternehmen entsprechend § 97 Abs. 6 GWB einen Anspruch darauf haben, dass der Auftraggeber die Bestimmungen über das Vergabeverfahren einhält.

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

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

Die Antragstellerin hat die Nichteinhaltung der Vergabevorschriften im Sinne von § 19 Abs. 1 und 2 LVG LSA beanstandet.

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

Das streitbefangene Wertungsergebnis ist rechtswidrig, da das Vergabeverfahren Verstöße gegen § 7 Abs. 1 LVG LSA sowie § 2 Abs. 3 VOB/A und § 16b Abs. 1 VOB/A aufweist. Die Forderung von Referenzen zu vergleichbaren Leistungen ist nicht wirksam bekannt gemacht worden und kann somit keinen Ausschluss des Angebots der Antragstellerin rechtfertigen.

Gemäß § 2 Abs. 3 VOB/A werden Bauleistungen an fachkundige, leistungsfähige und zuverlässige Unternehmen zu angemessenen Preisen in transparenten Vergabeverfahren vergeben.

Nach § 7 Abs. 1 LVG LSA i. V. m. § 16b Abs. 1 VOB/A ist der öffentliche 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; dies bedeutet, dass sie die erforderliche Fachkunde, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit besitzen und über ausreichende technische und wirtschaftliche Mittel verfügen.

Aus Gründen der Transparenz und Gleichbehandlung soll gemäß § 12 Abs. 1 Nr. 2 lit. w) VOB/A die Auftragsbekanntmachung die für die Beurteilung der Eignung der Bieter verlangten Nachweise enthalten. Sinn und Zweck dieser Regelung ist es, dass für jeden potentiellen Bieter bereits aus der Auftragsbekanntmachung zweifelsfrei klar sein muss, welche Eignungsnachweise der Auftraggeber von ihm verlangt. Ein Bieter soll so bereits auf den ersten Blick erkennen können, ob er die festgelegten Eignungsanforderungen erfüllen kann.

Der Antragsgegner hat vorliegend in der Auftragsbekanntmachung als Nachweis zur Beurteilung der Eignung lediglich die Eintragung in ein Präqualifikationsverzeichnis oder die Eigenerklärung (VHB – Formblatt 124) gefordert. Andere auf den konkreten Auftrag bezogene zusätzliche, insbesondere für die Prüfung der Fachkunde geeignete Nachweise, hier inhaltlich und umfänglich vergleichbare Referenzen, hatte der Antragsgegner nicht gefordert.

In Sachsen-Anhalt ist die Auftragsberatungsstelle Sachsen-Anhalt gemäß RdErl. des MW vom 21.11.2008 (Az. 41-32570/3) als anerkannte Präqualifizierungsstelle zugelassen. Von dieser wird ein regionales Unternehmer- und Lieferantenverzeichnis (ULV) geführt. Sind die Bieter hier eingetragen gelten die unternehmensbezogene Fachkunde, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit als erbracht und die Vergabestellen in Sachsen-Anhalt haben die Zertifizierung im VOL/A-Bereich anzuerkennen. Im VOB/A-Bereich liegt die Anerkennung im Ermessen des Auftraggebers. Der Antragsgegner hat entsprechend der Auflistung der ABST eine Vereinbarung über die Anerkennung im VOB/A-Bereich geschlossen.

Auch wenn der Antragsgegner nicht explizit das ULV als Eignungsnachweis in der Auftragsbekanntmachung benannt hat, konnte die Antragstellerin hier nach Auffassung der Vergabekammer aus den o. g. Gründen den vom Antragsgegner geforderten Nachweis der Eignung hinreichend durch die Eintragung in das ULV führen.

Die Antragstellerin hat mit gültigen Zertifikat nachgewiesen, dass sie mit Eintragung in das ULV der ABST für die zu vergebende Bauleistung präqualifiziert ist. Somit hat sie den von dem Antragsgegner geforderten Nachweis zur Beurteilung der Eignung erbracht.

Der Antragsgegner kann daher den Ausschluss des Angebots der Antragstellerin nicht damit begründen, sie habe ihre Eignung nicht nachgewiesen, da die von ihr vorgelegten Referenzen nicht mit ausgeschriebenen Leistung vergleichbar seien. Zur Vorlage weiterer Eignungsnachweise war die Antragstellerin nicht verpflichtet.

Soweit der Antragsgegner zur Prüfung der Eignung der Bieter die Vorlage von Referenzen, welche über den Inhalt der Präqualifikation hinausgehen, für notwendig befand, hätte er dies in der Auftragsbekanntmachung, ausdrücklich verlangen müssen. Auf die vorgebrachten Gründe des Antragsgegners, die vorgelegten Referenzen der Antragstellerin seien nicht mit der ausgeschriebenen Leistung vergleichbar oder in Folge mangelnder Ausführung nicht heranziehbar, kommt es entscheidungserheblich nicht an. Der Antragsgegner hat rechtswidrig von der Antragstellerin die Vorlage von Referenzen zu vergleichbaren Leistungen verlangt.

Werden die Voraussetzungen einer ordnungsgemäßen Auftragsbekanntmachung – in diesem Fall hinsichtlich der entsprechenden Eignungsnachweise – nicht erfüllt, hat der Auftraggeber die Nachweise nicht wirksam gefordert. Es ist ihm deshalb verwehrt, das Angebot eines Bieters auszuschließen, weil dieser von der Auftragsbekanntmachung abweichend geforderte Eignungsnachweise nicht vorgelegt hat (VK Sachsen-Anhalt, Beschluss vom 21.11.2019, 3 VK LSA 40/19). Die nachträgliche Forderung von nicht wirksam bekannt gemachten Eignungsnachweisen ist rechtswidrig.

Aufgrund der vorstehenden Ausführungen wurde das Angebot der Antragstellerin wegen mangelnder Fachkunde vergaberechtswidrig ausgeschlossen.

Zur Herstellung der Rechtmäßigkeit des Vergabeverfahrens im Sinne des § 19 Abs. 2 LVG LSA ist es erforderlich, das Vergabeverfahren bei Fortbestehen der Beschaffungsabsicht mindestens in den Stand der Wertung der Angebote zurückzusetzen und diese Wertung unter Berücksichtigung des Angebots der Antragstellerin und der Rechtsauffassung der Vergabekammer zu wiederholen.

Falls der Antragsgegner im Rahmen der Eignungsprüfung zu der Auffassung gelangt, nicht auf auftragsspezifische Eignungsnachweise verzichten zu können, so ist eine erneute Auftragsbekanntmachung – unter Beachtung der Rechtsauffassung der Vergabekammer – unentbehrlich.

Abschließend weist die Kammer den Antragsgegner darauf hin, dass für einen Ausschluss des Angebots der Antragstellerin wegen möglicher Schlechtleistungen eine umfangreiche Dokumentation notwendig ist. Für den Ausschluss wegen erheblicher Mängel im Zusammenhang mit einem früheren Vergabeverfahren oder aufgrund von Erfahrungen anderer Auftraggeber, bedarf es einer dokumentierten negativen Prognose im Hinblick auf das aktuell zu beurteilende Verfahren. Hierzu müssten die früheren Verfehlungen für den nunmehr zur Vergabe stehenden Auftrag jedoch erhebliche Zweifel an der Eignung der Antragstellerin begründen (VK Sachsen-Anhalt, Beschluss vom 14.08.2018, 3 VK LSA 48/18). Wenn es im vorliegenden Fall darauf ankäme, wäre die diesbezüglich der Vergabekammer vorliegende Dokumentation insoweit jedenfalls unzureichend.

III. Kosten

Die Kostenentscheidung beruht auf § 19 Abs. 5 Satz 4 LVG LSA.

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

IV.

Der ehrenamtliche Beisitzer, Herr, hat den Vorsitzenden und die hauptamtliche Beisitzerin der Vergabekammer ermächtigt, den Beschluss allein zu unterzeichnen. Ihm lag dieser Beschluss hierzu vor.

.....

.....