



SACHSEN-ANHALT
LANDESV ERWALTUNGSAMT

3. Vergabekammer
des Landes Sachsen-Anhalt

Beschluss

AZ: 3 VK LSA 11/17

Halle, 02.05.2017

§ 7 Abs. 1 LVG LSA, §§ 2 Abs. 1 Nr. 1 und 16 b Abs. 1 VOB/A, § 19 Abs. 2 Satz 4 LVG LSA

- Beurteilung der Zuverlässigkeit des Bieters nicht dokumentiert, keine Prognose
- Dokumentation auch insgesamt mangelhaft

Der öffentliche Auftraggeber hat in transparenten Verfahren gemäß § 7 Abs. 1 LVG LSA i.V.m. § 2 Abs. 1 Nr.1 VOB/A bei der Vergabe von Bauleistungen nur Bieter zu berücksichtigen, die die erforderliche Eignung hinsichtlich Fachkunde, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit besitzen.

Danach ist der Auftraggeber entsprechend § 16 b Abs. 1 VOB/A verpflichtet, die Eignung der Bieter zu prüfen. Anhand der vorgelegten Nachweise sind die Angebote der Bieter auszuwählen, deren Eignung die für die Erfüllung der vertraglichen Verpflichtungen notwendigen Sicherheiten bietet.

Maßgeblich ist für die Bewertung der Zuverlässigkeit eines Bieters im Vergabeverfahren, inwieweit die Umstände des einzelnen Falles die Aussage rechtfertigen, er werde die von ihm angebotenen Leistungen, die Gegenstand des Vergabeverfahrens sind, vertragsgerecht erbringen. Die Beurteilung der Zuverlässigkeit ist eine Prognoseentscheidung, die auch aufgrund des in der Vergangenheit liegenden Geschäftsgebarens eines Bewerbers erfolgt.

In dem Nachprüfungsverfahren der

.....
.....

Antragstellerin

gegen die

.....
.....

Antragsgegnerin

wegen

des gerügten Vergabeverstößes in der Öffentlichen Ausschreibung der,
Regionalbereich zur Vergabe von Bauleistungen im Rahmen eines Jahresvertrages
2017/18 für die Markierung von Bundes-, Landes- und Kreisstraßen im Bereich,
Vergabe-Nummer, hat die 3. Vergabekammer unter Mitwirkung des Vorsitzenden
Oberregierungsrat, der hauptamtlichen Beisitzerin Regierungsamtfrau und
dem ehrenamtlichen Beisitzer Herrn beschlossen:

1. Die Antragsgegnerin wird angewiesen, 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 01. Februar 2017 unter evergabe-online schrieb die Antragsgegnerin im Wege der Öffentlichen Ausschreibung auf der Grundlage der Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen (VOB/A) das Bauvorhaben Jahresvertrag Markierung2017-18 Bundes-, Landes- und Kreisstraßen in, Vergabe-Nummer, aus.

Die Angebotseröffnung war auf den 23. Februar 2017, 13:00 Uhr festgelegt worden.

Unter Buchstabe u) der Veröffentlichung und in Ziffer 8.1 der Bewerbungsbedingungen hat die Antragsgegnerin die Nachweise zur Eignung der Bieter bekanntgegeben.

Danach führen präqualifizierte Unternehmen den Nachweis der Eignung durch den Eintrag in die Liste des Vereins für die Präqualifikation von Bauunternehmen e.V. (Präqualifikationsverzeichnis). Bei Einsatz von Nachunternehmen ist auf gesondertes Verlangen nachzuweisen, dass diese präqualifiziert sind oder die Voraussetzung für die Präqualifikation erfüllen. Nicht präqualifizierte Unternehmen haben als vorläufigen 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. Sind die Nachunternehmen präqualifiziert, reicht die Angabe der Nummer, unter der die Nachunternehmen in der Liste des Vereins für Präqualifikation von Bauunternehmen e.V. (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.

Folgende Nachweise sind der Vergabestelle mit dem Angebot vorzulegen: - Die Erklärungen gemäß LVG LSA; - diverse Prüfzeugnisse, Prüfberichte und Qualifikationsnachweise; Unbedenklichkeitsbescheinigungen der Krankenkasse, der Berufsgenossenschaft und des Finanzamtes; - Bielereintragen in Geräteverzeichnis und Baustoffverzeichnis; - Referenzen über drei Maßnahmen mit etwa gleichen oder größeren Leistungsumfang.

Unter Buchstabe w) der Veröffentlichung ist als Nachprüfungsstelle gemäß § 21 VOB/A die Landesstraßenbaubehörde angegeben.

Im Formblatt - Aufforderung zur Abgabe eines Angebotes - sind unter Buchstabe C) die Anlagen aufgeführt, die soweit erforderlich, ausgefüllt mit dem Angebot einzureichen sind. Diese waren das Angebotsschreiben, die Leistungsbeschreibung, die Eigenerklärung zur Eignung, die Nachunternehmerleistungen, die Erklärung Bieter-Arbeitsgemeinschaft, das

Angebots-LV auf CD, das Baustoffverzeichnis, das Geräteverzeichnis, die Erklärung zur Tariftreue und Entgeltgleichheit, die Erklärung zum Nachunternehmereinsatz und die Erklärung zur Beachtung der Kernarbeitsnormen.

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

Als Kriterium für die Wertung der Hauptangebote gemäß § 16 d Abs. 1 Nr. 3 VOB/A ist von der Antragsgegnerin unter Ziffer 6 der -Aufforderung zur Abgabe eines Angebotes- der Preis als alleiniges Wertungskriterium benannt.

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

Die Antragsgegnerin hat die formelle, rechnerische, preisliche 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 in den Vergabeunterlagen geforderten Nachweise wurden von der Antragstellerin eingereicht. Für die Beurteilung der Eignung verweist die Antragstellerin auf die Eintragung in das Präqualifikationsverzeichnis unter der PQ-Nummer 010.069740.

Bei der Eignungsprüfung (Fachkunde, Leistungsfähigkeit, Zuverlässigkeit) stellte die Antragsgegnerin zunächst fest, dass die von der Antragstellerin angegebene PQ- Nummer für die ausgeschriebene Bauleistung einschlägig sei (es sind alle Leistungsbereiche abgedeckt, die die Antragstellerin im eigenen Betrieb erbringen will und die hinterlegten Referenzen entsprechen nach Art und Umfang der ausgeschriebenen Bauleistung). Ob die Antragstellerin die zusätzlich geforderten Einzelnachweise zur Beurteilung der Eignung eindeutig und vollständig vorgelegt hat, ist nicht dokumentiert. Abschließend stellt die Antragsgegnerin gemäß Vordruck HVA B-StB 04-16 Eignungsprüfung fest, dass der Bieter wegen fehlender Eignung nicht berücksichtigt wird. Eine Begründung ist nicht aufgeführt. Auch der Vergabevermerk (ohne Datum) enthält keine Begründung für den Ausschluss der Antragstellerin.

Mit Schreiben vom 27. März 2017 teilte die Antragsgegnerin der Antragstellerin gemäß § 19 Abs. 1 LVG LSA mit, dass ihr Angebot nicht berücksichtigt werden könne, weil begründete Zweifel an ihrer Eignung im Hinblick auf Fachkunde, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit bestehen würden. Zur Begründung führte die Antragsgegnerin auf, dass die Markierungsarbeiten im Zuge von Jahresausschreibungen ein hohes Maß an Zuverlässigkeit und Leistungsfähigkeit der Firmen erfordern würden und die Antragstellerin diese Voraussetzungen zum gegenwärtigen Zeitpunkt nicht erfülle. Die Prüfung hätte ergeben, dass aufgrund der bisherigen Leistungserbringung erhebliche Pflichtverletzungen wie Schlechtleistungen, Verletzung von Verkehrssicherungspflichten, fehlerhafte Abrechnungen, Nichtleistung trotz mehrfacher Aufforderung sowie Verletzungen von vertraglichen Pflichten bei der Erfüllung vorangegangener Aufträge festgestellt worden seien. Auch sei nicht erkennbar, dass die Antragstellerin Maßnahmen in organisatorischer, personeller und technischer Hinsicht eingeleitet hätte, welche künftig vergleichbare Vertragsverletzungen ausschließen würden.

Mit Schreiben vom 29. März 2017 rügte die Antragstellerin gegenüber der Antragsgegnerin die Nichtberücksichtigung ihres Angebotes aufgrund der vorgebrachten Zweifel an der Fachkunde, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit. Die Antragstellerin sei der wirtschaftlichste Bieter und hätte alle von der Antragsgegnerin in der Veröffentlichung geforderten Eignungsnachweise erbracht. Ihr Unternehmen sei präqualifiziert und lt. ZTV-M 2013 zertifiziert. Auch seien alle geforderten BAST-Prüfberichte, 5x Zeugnis geprüfte Fahrbahnmarkierer, Baustoffverzeichnis, Nachunternehmerverzeichnis, EFB-Preisblätter und

Überwachungsvertrag mit Angebotsabgabe eingereicht worden. Von der Antragsgegnerin sei auch nicht beachtet worden, dass die Antragstellerin maschinentechnisch und personell weiter aufgestockt habe. Zum Nachweis listete sie den Zugang an Technik auf. Sie habe auch nachweislich bei der Auftraggeberin Verträge (Fahrbahnmarkierung auf Bundesstraßen 2015-2016) in vollem Umfang zu Ende geführt. Das Angebot wäre nicht vorurteilsfrei geprüft worden.

Die Antragstellerin beantragt,

den Zuschlag auf ihr Angebot zu erteilen.

Die Antragsgegnerin beantragt,

den Antrag der Antragstellerin zurückzuweisen.

Die Antragsgegnerin hat die Vergabeakten mit Schreiben vom 04. April 2017 der 3. Vergabekammer des Landes Sachsen-Anhalt übergeben. Ein Antwortschreiben der Antragsgegnerin an die Antragstellerin zu ihrer Beanstandung lag der Vergabeakte nicht bei und wurde der Vergabekammer auch nicht auf Anforderung nachgereicht.

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.

Die Antragsgegnerin 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. Der Ausschluss des Angebotes unter dem Gesichtspunkt mangelnder Eignung ist nicht gerechtfertigt.

Das streitbefangene Wertungsergebnis ist rechtswidrig, da das Vergabeverfahren Verstöße gegen § 7 Abs. 1 LVG LSA sowie §§ 2 Abs. 1 Nr. 1 und 16 b Abs. 1 VOB/A aufweist.

Der öffentliche Auftraggeber hat in transparenten Verfahren gemäß § 7 Abs. 1 LVG LSA i.V.m. § 2 Abs. 1 Nr.1 VOB/A bei der Vergabe von Bauleistungen nur Bieter zu berücksichtigen, die die erforderliche Eignung hinsichtlich Fachkunde, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit besitzen.

Danach ist der Auftraggeber entsprechend § 16 b Abs. 1 VOB/A verpflichtet, die Eignung der Bieter zu prüfen. Anhand der vorgelegten Nachweise sind die Angebote der Bieter auszuwählen, deren Eignung die für die Erfüllung der vertraglichen Verpflichtungen notwendigen Sicherheiten bietet.

Bei der Beurteilung der unbestimmten Rechtsbegriffe - Fachkunde, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit - 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).

Fachkunde, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit sind bei Öffentlicher Ausschreibung im Rahmen der Wertung der Angebote durch den Nachweis der Präqualifikation oder der Eigenerklärungen sowie der weiteren vom Auftraggeber geforderten Nachweise zu bewerten. Diesen Anforderungen der Antragsgegnerin ist die Antragstellerin in ihrem Angebot gerecht geworden.

Die Antragstellerin ist unter der PQ-Nummer 010.069740 in das Präqualifikationsverzeichnis eingetragen. Sie hat mit dem Angebot auch die zusätzlich von der Antragsgegnerin geforderte Nachweise, Zertifikate und Qualifikationen vorgelegt. Sie verfügt damit über die fachliche Eignung für die ausgeschriebene Bauleistung. Weshalb die Antragsgegnerin im Formblatt der Eignungsprüfung die Eignung der Antragstellerin erst mit „ja“ und dann mit „nein“ beantwortet, erschließt sich der Vergabekammer nicht. Das Formblatt Eignungsprüfung lässt auch keinen Rückschluss darauf zu, wie und ob die Antragsgegnerin die Leistungsfähigkeit der Antragstellerin, also das für die fach- und fristgerechte Ausführung notwendige Personal und Gerät, geprüft hat. Der Auftraggeber muss alle Umstände, die für die Bewertung der Eignung von Bedeutung sind, aufklären.

Maßgeblich ist für die Bewertung der Zuverlässigkeit eines Bieters im Vergabeverfahren, inwieweit die Umstände des einzelnen Falles die Aussage rechtfertigen, er werde die von ihm angebotenen Leistungen, die Gegenstand des Vergabeverfahrens sind, vertragsgerecht erbringen. Die Beurteilung der Zuverlässigkeit ist eine Prognoseentscheidung, die auch aufgrund des in der Vergangenheit liegenden Geschäftsgebarens eines Bewerbers erfolgt. Die mangelnde Sorgfalt bei der Ausführung früherer Arbeiten ist hierbei durchaus ein Kriterium, das zur Unzuverlässigkeit eines Bewerbers führt. Hierfür ist es erforderlich, dass durch den Auftraggeber eine umfassende Abwägung aller in Betracht kommenden Gesichtspunkte unter angemessener Berücksichtigung des Umfangs, der Identität des Ausmaßes und des Grades der Vorwurfbarkeit der Pflichtverletzungen stattfindet (OLG Düsseldorf, Beschluss v. 28.08.2001, Verg 27/01).

Vorliegend hat die Antragsgegnerin versäumt, die Gründe für die Unzuverlässigkeit der Antragstellerin im Rahmen ihrer durchzuführenden Prognoseentscheidung transparent darzustellen. Bei der Beurteilung der Zuverlässigkeit ist ausschlaggebend, ob bei einer Gesamtabwägung die positiven oder die negativen Erfahrungen mit der Antragstellerin objektiv größeres Gewicht haben. Zum Ausschluss der Antragstellerin wegen Unzuverlässigkeit bedarf es einer dokumentierten negativen Prognose, wonach die in der Vergangenheit festgestellte mangelhafte Leistung für den zu vergebenden Auftrag erhebliche Zweifel an der Zuverlässigkeit der Antragstellerin begründen. Diese Feststellungen müssen bereits in der Dokumentation gemäß § 20 VOB/A enthalten sein. Aus der Vergabeakte ist für die Kammer nicht ersichtlich, dass die Antragsgegnerin diesen Abwägungsprozess überhaupt vorgenommen hat. Sowohl das Formblatt Eignungsprüfung als auch der Vergabevermerk (ohne Datum) beinhalten lediglich die Aussage, die Antragstellerin im Rahmen der Eignungsprüfung gemäß § 16 VOB/A auszuschließen. Belastbare Nachweise für gravierende Fehler des Antragstellers, wie etwa das Ergebnis eines Gerichtsverfahrens, die Kündigung bzw. Teilkündigung eines Vertrages, selbstverschuldeter Bauverzug oder andere schwere Verfehlungen, sind nicht weiter vorgetragen worden.

Die Antragsgegnerin hat in den Vergabeunterlagen weder begründet noch dokumentiert, weshalb die Antragstellerin für die Ausführung der ausgeschriebenen Leistungen 2017-2018 ungeeignet ist.

Im Informationsschreiben gemäß § 19 LVG LSA gibt die Antragsgegnerin Gründe für die Nichtberücksichtigung der Antragstellerin an. Die Entscheidung der Antragsgegnerin, dass begründete Zweifel an der Zuverlässigkeit und Leistungsfähigkeit der Antragstellerin bestünden, die konkret ausgeschriebene Leistung zu erbringen, ist von einem nicht ermittelten Sachverhalt ausgegangen.

Die Antragsgegnerin hat nicht dargelegt, dass die bisherigen schlechten Erfahrungen mit der Antragstellerin bei der aktuellen Ausschreibung erneut auftreten würden und der Antragstellerin angelastet werden können. Für die Feststellung mangelnder Zuverlässigkeit liegen keine nachvollziehbar sachlichen Gründe vor. Die Eignungsprüfung ist daher zu beanstanden.

Bei der Neubewertung der Eignung der Antragstellerin wird die Antragsgegnerin im Rahmen ihrer Prognoseentscheidung ermitteln müssen, ob und inwieweit eigene Bestrebungen der Antragstellerin zur Verbesserung der Ausführung der Aufträge vorliegen.

Im Ergebnis war festzuhalten, dass das Angebot der Antragstellerin zu Unrecht wegen mangelnder Eignung aus dem aktuellen Vergabeverfahren ausgeschlossen wurde. Daher wird die Antragsgegnerin im Rahmen des § 19 Abs. 2 Satz 4 LVG LSA angewiesen, erneut in die Angebotsbewertung einzutreten und diese unter Einbeziehung des Angebotes der Antragstellerin durchzuführen.

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.

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.

.....

.....