



SACHSEN-ANHALT
LANDESV ERWALTUNGSAMT

**3. Vergabekammer
beim Landesverwaltungsamt**

Beschluss

AZ: 3 VK LSA 33/16

Halle, 26.10.2016

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

- Fachkunde eines Bieters
- Ausschluss des Angebotes wegen mangelnder Eignung

Die Eignung der Antragstellerin ist durch die Antragsgegnerin entsprechend der Vergabedokumentation auf Grund ihrer Erfahrungen der vorangegangenen Bauvorhaben, das letzte aus dem Jahr 2014/2015, negativ beurteilt worden.

Die mangelnde Sorgfalt bei der Ausführung früherer Arbeiten ist hierbei durchaus ein geeignetes Kriterium, das zur Unzuverlässigkeit eines Bewerbers führt.

Die Antragsgegnerin stützt ihre Entscheidung nachvollziehbar auf vergangene Erfahrungen aus vier Bauvorhaben, von denen drei gekündigt wurden, auf den Ausgang eines Gerichtsverfahrens im Rahmen der Vertragsabwicklung kommt es hier nicht an. Die Gründe, die zu dieser negativen Prognoseentscheidung geführt haben, sind ermessensfehlerfrei dargelegt und von der Vergabekammer nicht zu beanstanden.

In dem Nachprüfungsverfahren der

...

Antragstellerin

gegen

...

Antragsgegnerin

wegen

der gerügten Vergabeverstöße zur Öffentlichen Ausschreibung der Baumaßnahme ..., Los 5 Elektroinstallation, Vergabe-Nr. ..., hat die 3. Vergabekammer beim Landesverwaltungsamt durch den Vorsitzenden Oberregierungsrat ..., die hauptamtliche Beisitzerin Regierungsamtfrau ... und dem ehrenamtlichen Beisitzer ... beschlossen:

1. Der Nachprüfungsantrag wird zurückgewiesen.
2. Die Antragstellerin trägt die Kosten des Verfahrens.
3. Die Verfahrenskosten (Gebühren und Auslagen) beziffern sich ... Euro.

Gründe

I.

Die Antragsgegnerin veröffentlichte am ... unter evergabe-online in Form einer Öffentlichen Ausschreibung die Vergabe der Baumaßnahme ..., Los 5 Elektroinstallation, Vergabe-Nr.

Gemäß Buchstabe u) „Nachweise zur Eignung“ war ausgeführt: Präqualifizierte Unternehmen führen den Nachweis der Eignung durch den Eintrag in die Liste des Vereins für Präqualifikation von Bauunternehmen. Bei Einsatz von Nachunternehmen ist auf Verlangen nachzuweisen, dass die vorgesehenen Nachunternehmen präqualifiziert sind oder die Voraussetzungen für die Präqualifikation erfüllen. Nicht präqualifizierte Unternehmen haben als vorläufigen Nachweis der Eignung mit dem Angebot das ausgefüllte Formblatt 124 „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 sie in der Liste des Präqualifikationsverzeichnis geführt werden. Gelangt das Angebot in die engere Wahl, sind die Eigenerklärungen (auch für die Nachunternehmen) auf gesondertes Verlangen durch Vorlage der in der Eigenerklärung zur Eignung genannten Bescheinigungen zuständiger Stellen zu bestätigen. Das Formblatt „Eigenerklärung zur Eignung“ ist erhältlich und Bestandteil der Unterlagen.

Darüber hinaus hat der Bieter zum Nachweis seiner Fachkunde gemäß § 6a Abs. 2 VOB/A folgende Angaben zu machen:

Auf gesondertes Verlangen der Vergabestelle:

- Nachweis über bestehende Haftpflichtversicherung
- Alle Erklärungen / Nachweise nach Formblatt 124

Zur Berücksichtigung zusätzlicher sozialer Belange waren die Formblätter nach dem Landesvergabegesetz vorzulegen.

Zum Submissionstermin am 14. Juli 2016 lagen drei Hauptangebote vor.

Die Antragstellerin legte zum Submissionstermin mit dem Hauptangebot in Höhe von ... Euro brutto das günstigste Angebot bei der Antragsgegnerin vor. Sie ist nicht präqualifiziert.

Das von der Antragsgegnerin beauftragte Planungsbüro erstellte am 19. Juli 2016 einen Vergabevermerk. Die Antragsgegnerin verfasste am 28. Juli 2016 einen eigenen Vergabevermerk und schließt darin die Antragstellerin von der Wertung wegen mangelnder Leistungsfähigkeit und Fachkunde aus, weil die Antragsgegnerin bei drei vorangegangenen

Bauvorhaben, in denen der Antragstellerin der Zuschlag erteilt worden sei, die Verträge gekündigt habe, da grobe Fehler bei der Installation sowie nicht zufriedenstellende Mängelbeseitigung zu beklagen gewesen seien. Teilweise hätten diese Mängel sicherheitsrelevante Anlagenteile betroffen.

Mit Schreiben vom 1. August 2016 unterrichtete die Antragsgegnerin die Antragstellerin darüber, dass sie nach § 16. Abs. 2 Nr. 3 VOB/A von der Wertung ausgeschlossen werde.

Am 3. August 2016 rügte die Antragstellerin gegenüber der Antragsgegnerin die Vergabeentscheidung und führt aus, dass die Antragsgegnerin ihr gegenüber voreingenommen sei und nicht nachgewiesen habe, dass sie eine schwere Verfehlung begangen habe. Insoweit sei eine Klage gegen die Antragsgegnerin anhängig. Inzwischen seien mehrere Angebote durch die Antragsgegnerin abgelehnt worden, dies würde sie nicht mehr akzeptieren.

Mit Schreiben vom 9. August 2016 ergänzt die Antragsgegnerin die Absage nach § 19 Abs. LVG LSA dahingehend, dass es sich bei der schweren Verfehlung um die jeweilige Kündigung des Auftrages aus den drei vorangegangenen Bauvorhaben handele, hieraus resultiere die mangelnde Eignung wegen der groben Mängel bezüglich der Auftragsabwicklung, Termine Kosten, Qualität und zum Teil sicherheitsrelevanter Mängel.

Die Antragstellerin beantragt

ihre Angebot zu werten,

Die Antragsgegnerin beantragt,

den Antrag der Antragstellerin zurückzuweisen.

Die Antragsgegnerin half der Beanstandung der Antragstellerin nicht ab und legte der 3. Vergabekammer am 29. August 2016 die Unterlagen vor. Fehlende Unterlagen wurden am 20. September 2016 nachgereicht.

Die Antragsgegnerin legt nochmals dar, dass die Bewertung der Fachkunde, Eignung und Leistungsfähigkeit infolge verschiedener Bauvorhaben, die durch unterschiedliche Sachbearbeiter der Antragsgegnerin betreut worden seien, beurteilt worden sei. Wesentliche Grundlagen der Entscheidung der Antragsgegnerin seien die Erfahrungen in den Bauvorhaben ..., ... sowie Hier sei jeweils nach Abwägung aller Umstände die Kündigung des Auftrages aus wichtigem Grund ausgesprochen worden. Die Gründe seien aus dem der Vergabeakte beigefügten Schriftverkehr der vergangenen Bauvorhaben ersichtlich. Weiterhin seien im Nachhinein bei einem vierten Bauvorhaben sicherheitsrelevante Mängel festgestellt worden. Mit Schreiben vom 23. September 2016 ist die Antragstellerin durch die Vergabekammer zum Sachverhalt angehört worden. Ihr wurde die Möglichkeit gegeben, hierzu schriftlich Stellung zu nehmen.

Die Antragstellerin hält mit Schreiben vom 26. September 2016 ihren Nachprüfungsantrag aufrecht und legt dar, dass keine schwere Verfehlung nachgewiesen worden sei. Seit 2013 verweigere die Antragsgegnerin ihr die Teilnahme an Ausschreibungen. Sie habe sich auch bereits beim Oberbürgermeister beschwert, der jedoch ein Einschreiten wegen der laufenden Gerichtsverfahren ablehne. Das Gerichtsverfahren sei anhängig wegen Zahlungsverzug der Antragsgegnerin aus den drei gekündigten Bauaufträgen. Es seien sämtliche Abnahmen durch TÜV und DEKRA erfolgt und die Mängel termingerecht abgearbeitet worden. Weitere Aufträge seien durch freihändige Vergabe vergeben worden, während die Antragstellerin noch tätig gewesen sei, hierdurch sei es zu Nachträgen gekommen wegen eindeutiger Planungsfehler. Ohne Gerichtsurteil dürfe die Antragsgegnerin ihr Angebot jedoch nicht ausschließen.

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.

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 jedoch unbegründet, da die Antragstellerin keine Verletzung ihrer Rechte im Sinne von § 19 Abs. 2 LVG LSA geltend machen kann. Die durch die Antragsgegnerin getroffene Entscheidung zum Ausschluss des Angebotes ist nicht zu beanstanden.

Das Angebot war wegen mangelnder Eignung nach § 16 b) Abs. 1 VOB/A auszuschließen. Die Antragsgegnerin hat diese Entscheidung nicht ermessensfehlerhaft getroffen.

Die Eignung der Antragstellerin ist durch die Antragsgegnerin entsprechend der Vergabedokumentation auf Grund ihrer Erfahrungen der vorangegangenen Bauvorhaben, das letzte aus dem Jahr 2014/2015, negativ beurteilt worden. Die Kündigungen der benannten Aufträge wurden durch die Antragsgegnerin mit Datum vom 11. März 2013, 1. Oktober 2014 und 25. November 2014 vorgenommen.

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.

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.

Danach ist der Auftraggeber entsprechend § 16 b Abs. 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.

Bei der Ausfüllung der Eignungskriterien steht dem öffentlichen Auftraggeber auch ein Beurteilungsspielraum zu, in welcher Weise er sich Kenntnis von der Eignung des Bewerbers verschafft. Seine Entscheidung ist einer Kontrolle im Nachprüfungsverfahren nur daraufhin zugänglich, ob die Grenzen des Beurteilungsspielraumes überschritten sind, d.h. der öffentliche Auftraggeber das vorgeschriebene Verfahren eingehalten hat, er von einem zutreffend und vollständig ermittelten Sachverhalt ausgegangen ist, er sachwidrige Erwägungen in die Wertung einbezogen hat oder er den sich im Rahmen der Beurteilungsermächtigung haltenden Beurteilungsmaßstab zutreffend angewendet hat.

Fachkunde, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit sind bei Öffentlicher Ausschreibung im Rahmen der Wertung der Angebote anhand der Angaben in der Präqualifikationsliste oder der Eigenerklärungen sowie der weiteren geforderten Nachweise zu bewerten. Diesen Anforderungen der Antragsgegnerin ist die Antragstellerin in ihrem Angebot zwar gerecht geworden. Für die Bewertung der Zuverlässigkeit eines Bieters im Vergabeverfahren ist jedoch maßgebend, 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 geeignetes Kriterium, das zur Unzuverlässigkeit eines Bewerbers führt.

Die Eignung eines Bieters kann nur im Rahmen einer Prognoseentscheidung beurteilt werden, für die der Vergabestelle ein Beurteilungsspielraum zuzubilligen ist, der von den Nachprüfungsinstanzen nur begrenzt überprüft werden kann. Hierbei folgt bereits aus dem Charakter der Prognose, dass die Umstände, die auf eine fehlende persönliche und fachliche Eignung schließen lassen, nicht mit dem für prozessuale Tatsachenfeststellungen geltenden Maß an Gewissheit (§ 286 ZPO) feststehen müssen. Vielmehr reicht es aus, wenn die Umstände auf gesicherten Erkenntnissen der Vergabestelle beruhen. Auch Verdachtsmomente, die für eine Unzuverlässigkeit des Bieters sprechen, können den Ausschluss der Eignung tragen, wenn die den Verdacht begründenden Informationen aus einer sicheren Quelle stammen und eine gewisse Erhärtung erfahren haben (Weyand, *ibr-online-Kommentar Vergaberecht*, Stand 14.09.2015, § 97 GWB i.V.m. § 16 b VOB/A, Rdn. 928).

Es ist sachgerecht und zulässig, wenn der Auftraggeber in seine Wertung Erfahrungen mit einbezieht, die er mit einem bestimmten Bieter in der Vergangenheit gemacht hat. Die Vergabestelle kann bei der Eignungsprüfung eine Prognoseentscheidung darüber treffen, ob vom Bieter unter allen heranzuziehenden Gesichtspunkten eine einwandfreie und vertragsgemäße Auftragsdurchführung zu erwarten ist. Grundsätzlich kann sich die Vergabestelle bei der Prognoseentscheidung auch auf negative Erfahrungen bei einer vorangegangenen Maßnahme berufen. Hierbei reicht es aus, wenn die Vergabestelle bei nur einem von mehreren Verträgen schlechte Erfahrungen mit dem Bieter gesammelt hat. Würde die Vergabestelle diese Erfahrungen unberücksichtigt lassen, würde dies einen Vergabefehler darstellen (LG Bremen, Urteil vom 04.05.2016 - 1 O 610/14).

Die Antragsgegnerin stützt ihre Entscheidung nachvollziehbar auf vergangene Erfahrungen aus vier Bauvorhaben, von denen drei gekündigt wurden, auf den Ausgang eines Gerichtsverfahrens im Rahmen der Vertragsabwicklung kommt es hier nicht an. Die Gründe, die zu dieser negativen Prognoseentscheidung geführt haben, sind ermessensfehlerfrei dargelegt und von der Vergabekammer nicht zu beanstanden.

Der Nachprüfungsantrag war nach all dem zurückzuweisen.

III.

Kosten

Die Kostenentscheidung beruht auf § 19 Abs. 5 Satz 1 – 3 LVG LSA. Die Antragstellerin hat die Kosten des Verfahrens zu tragen, da die Nachprüfung keinen Erfolg i.S.v. § 19 Abs. 5 Satz 4 LVG LSA hatte, und die Antragstellerin zu der Amtshandlung Anlass gegeben hat (§ 1 Abs. 1 Nr. 2 VwKostG LSA).

Kostenfestsetzung

Die Höhe der Gebühren bestimmt sich nach dem personellen und sachlichen Aufwand der 3. Vergabekammer i.V.m. § 19 Abs. 5 Satz 2 LVG LSA i.V.m. § 3 Abs. 1 lfd. Nr. 3 und 4 AllGO LSA und berücksichtigt dabei die wirtschaftliche Bedeutung des Gegenstandes der Vergabeprüfung. Die Gebühr beträgt mindestens 100,00 Euro, soll aber den Betrag von 1.000,00 Euro nicht überschreiten (§ 19, Abs. 5 Satz 3 LVG LSA i.V.m. § 10 Abs. 1 und 2 VwKostG LSA).

Die Gesamtkosten gliedern sich auf in Gebühren in Höhe von ... Euro (§19 Abs. 5 S. 3 LVG LSA) und Auslagen in Höhe von ... Euro (§14 Abs. 1 VwKostG LSA).

Die Antragstellerin hat den Betrag in Höhe von ... Euro bis zum ... unter Verwendung des Kassenzeichens ... auf das Konto bei der Landeshauptkasse Sachsen-Anhalt, Deutsche Bundesbank Magdeburg, IBAN: DE2181000000081001500, einzuzahlen.

...

...

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