



SACHSEN-ANHALT

Vergabekammer
beim Regierungspräsidium Halle

Beschluss

AZ: VK Hal 06/00F

Halle, 30.04.2001

§ 8 Nr. 2 VOB/A
§ 25 Nr. 2 Abs. 1 VOB/A
- Beteiligung am Wettbewerb
- Eignung

In dem Feststellungsverfahren der

Firma GmbH

Antragstellerin

gegen

den Landkreis,

Antragsgegnerin

wegen

gerügtem Vergabeverstöß im Offenen Verfahren zur Baumaßnahme "....." hat die Vergabekammer beim Regierungspräsidium Halle aufgrund der mündlichen Verhandlung am 03.04.2001 unter Mitwirkung des Vorsitzenden Oberregierungsrat Thomas, der beamteten Beisitzerin Regierungsamtfrau Katzsch und dem ehrenamtlichen Beisitzer Hoppe beschlossen:

1. Die Beschwerde wird zurückgewiesen.
2. Die Antragstellerin hat die Kosten des Verfahrens zu tragen.
3. Die von der Antragsstellerin zu zahlenden Gesamtkosten werden auf DM festgesetzt.

Gründe

I.

Mit Veröffentlichung im Supplement zum Amtsblatt der EG vom 25. November 1999 hat der Antragsgegner im Offenen Verfahren für das vorbezeichnete Bauvorhaben die ausgeschrieben. Diese Arbeiten umfassen die verschiedener Größen.

Laut Bekanntmachung hat der Bieter zum Nachweis seiner Fachkunde, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit Angaben gemäß § 8 Nr. 3 Abs. 1 Buchst. a) bis f) VOB/A zu machen. Im Einzelnen wurde hierzu ausdrücklich gefordert:

- ◆ die Eintragung in die Handwerksrolle und das Berufsregister,
- ◆ Auszug aus dem Gewerbezentralregister,
- ◆ Referenzliste über Auftragsvolumen in vergleichbarer Größenordnung,
- ◆ Nachweis des Umsatzes im Bereich auftragsgleicher Leistungen in den letzten drei Jahren (Nachweis durch Jahresabschluss),
- ◆ durchschnittlich beschäftigte Arbeitskräfte in den letzten drei Jahren,
- ◆ technische Ausrüstung und
- ◆ Nennung des vorgesehenen technischen Personals.

Als Zuschlagskriterien für das annehmbarste Angebot wurden in dieser Reihenfolge die Kriterien Preis, Qualität und Wirtschaftlichkeit genannt.

Zum Eröffnungstermin am 11.01.2000, 11:00 lagen dem Antragsgegner 12 Angebote vor. Die Wertung der Angebote erfolgte durch das beauftragte Büro in drei Wertungsschritten. Zunächst wurde die Vollständigkeit der eingereichten Unterlagen überprüft und die Rechtsverbindlichkeit der Unterschrift kontrolliert. Im zweiten Schritt erfolgte die rechnerische Prüfung und danach die Bewertung der einzelnen Angebote. In der preislichen Reihenfolge nahm das Angebot der Antragstellerin den forderen Platz ein. Ihren Angebotsunterlagen waren jedoch die geforderten Erklärungen nicht beigelegt. Daraufhin wurde die Antragstellerin aufgefordert, die fehlenden Eignungsnachweise nachzureichen. Dem kam sie mit den Schriftsätzen vom 17.01.2000 teilweise nach. Nachweise zum Beispiel zur technische Ausrüstung, zum vorgesehenen technischen Personal und zu den durchschnittlich beschäftigten Arbeitskräften legte sie nicht vor.

Der Antragsgegner führte am 01.02.2000 mit der Antragstellerin ein Aufklärungsgespräch. Über das Gespräch wurde in einem Protokoll des Antragsgegners festgehalten, dass das Unternehmen keine ausreichenden Nachweise zur Eignung vorlegte.

Der mit dem Vergabevorschlag betraute Architekt stellte bei der abschließenden Wertung der Angebote fest, dass auch die nachgereichten Unterlagen nicht den geforderten Mindestbedingungen entsprechen. Nach dem vorgelegten Handelsregisterauszug ist das Unternehmen als Handelsunternehmen für Bauelemente und Baustoffe aller Art sowie für Baucontrolling und Vermittlung von Bauaufträgen eingetragen. Im Ergebnis schlägt der Architekt vor, den Zuschlag auf das Angebot der Bieterin zu erteilen. Der Antragsgegner schloss sich der Auffassung des Büros an.

Mit Fax-Schreiben vom 07.02.2000 beanstandete die Antragstellerin gegenüber dem Antragsgegner, dass die Nichtberücksichtigung ihres Angebotes wegen mangelnder Eignung rechtswidrig sei. Sie vertritt die Auffassung, dass sie in dem geführten Gespräch und mit den nachgereichten Unterlagen die vorgebrachten Zweifel ausräumen konnte und ihre Eignung gegeben sei.

Der Antragsgegner teilte der Antragstellerin mit Fax-Schreiben vom 09.02.2000 mit, dass die Mitglieder des Bau- und Vergabeausschusses des Kreistages sich gegen eine Beauftragung

ihres Unternehmens ausgesprochen haben, da die Mindestanforderungen der Ausschreibung (hier: Pkt. 11 der Bekanntmachung) nicht erfüllt seien und auch das Aufklärungsgespräch keine andere Sichtweise rechtfertige. Dies führe nach § 8 Nr. 5 VOB/A zwangsläufig zum Ausschluss ihres Angebotes.

Mit Schreiben vom 07.02.2000 beantragt die Antragstellerin die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens. Dieser Antrag wurde dem Antragsgegner am gleichen Tag zugestellt. Trotz Hinweis auf § 115 Abs. 1 GWB schloss der Antragsgegner am 16.02.2000 den Bauvertrag. Daraufhin stellte die Antragstellerin einen Antrag auf Feststellung einer Rechtsverletzung.

Zur Begründung trägt sie vor, dass sie das günstigste Angebot abgegeben habe. In dem am 01.02.00 geführten Bietergespräch habe man den Eindruck gewonnen, dass sämtliche Zweifel ausgeräumt seien. Auch der ihrerseits eingeschaltete Anwalt habe in einem Telefonat mit dem Bauherrenbeauftragten diesen Eindruck gewonnen. Es sei für sie nunmehr unverständlich, dass obwohl sie das günstigste Angebot abgegeben habe, sie den Zuschlag nicht erhielt.

Die Antragstellerin beantragt festzustellen,

dass der Zuschlag zugunsten der Antragstellerin hätte erteilt werden müssen.

Der Antragsgegner beantragt

die Beschwerde zurückzuweisen.

Der Antragsgegner vertritt sinngemäß die Auffassung, dass das Angebot nach § 8 Nr. 5 VOB/A auszuschließen sei, da die Antragstellerin nicht im Berufsregister für die ausgeschriebene Art der Arbeiten eingetragen sei. Sie sei ein Handelsunternehmen und gehöre nicht der entsprechenden Berufsgenossenschaft für die ausgeschriebene Leistung an. Damit unterläge sie nicht der Überwachung der Einhaltung der Unfallvorschriften durch die Berufsgenossenschaft. Bei Beauftragung von Bauleistungen könne das ein Risiko für den Auftraggeber darstellen, da evtl. von ihm zusätzliche Versicherungsbeiträge abverlangt werden könnten.

Die Beteiligten hatten in der mündlichen Verhandlung Gelegenheit, ihren Vortrag zum Sachverhalt und zur rechtlichen Würdigung zu ergänzen.

Hinsichtlich der weiteren Einzelheiten zum Vortrag der Beteiligten wird auf deren Schriftsätze Bezug genommen und auf das Protokoll der mündlichen Verhandlung verwiesen.

II.

Es bestehen bereits Zweifel an der Zulässigkeit des Antrages, diese können jedoch dahingestellt bleiben, da der Antrag unbegründet ist.

Die Zuständigkeit zur Überprüfung der Vergabebeschwerde durch die Vergabekammer beim Regierungspräsidium Halle ist in § 104 Abs. 1 GWB i.V.m. dem Runderlass des Ministeriums für Wirtschaft und Technologie – Richtlinie über die Einrichtung von Vergabekammern in Sachsen-Anhalt – vom 04.03.1999-63-32570/03-, Abschnitt II Abs. 1 und 2 geregelt.

Der Antragsgegner ist öffentlicher Auftraggeber im Sinne von § 98 Ziffer 1 GWB.

Die Vorschriften des § 97 ff. GWB sind anwendbar.

Gemäß §§ 100 Abs. 1, 107 ff GWB gelten die Nachprüfungsvorschriften des GWB für Aufträge, bei denen die durch Rechtsverordnung nach § 127 GWB festgelegten Schwellenwerte erreicht oder überschritten sind. Die nach § 127 Nr. 1 GWB vorgesehene Vergabeverordnung ist am 01.02.2001 ergangen. Da das Vergabeverfahren jedoch vor Inkrafttreten dieser Verordnung begonnen hat und der maßgebliche Schwellenwert für die Gesamtmaßnahme mit einem geschätzten Gesamtauftragswert von insgesamt ca. 42 Mio. DM überschritten ist, finden die Regelungen gem. § 100 Abs. 1 GWB i.V.m. § 3 Abs. 1 der Vergabeverordnung vom 22.02.1994 (BGBl. I S. 321), zuletzt geändert durch Verordnung vom 29.09.1997 (BGBl. I S. 2384) und § 1a VOB/A auch nach Aufhebung der Ermächtigungsgrundlage des § 57a Haushaltsgrundsätzegesetz (HGrG) Anwendung.

Die Antragstellerin ist nach § 107 Abs. 2 GWB befugt einen Antrag zu stellen. Sie hat mit der Einreichung der Ausschreibungsunterlagen zum von der Antragsgegnerin durchgeführten Offenen Verfahrens ein offensichtliches Interesse am betreffenden Auftrag bekundet und eine mögliche Verletzung in ihren Rechten nach § 97 Abs. 7 GWB durch Nichtbeachtung von Vergabevorschriften geltend gemacht, da durch den Ausschluss wegen mangelnder Eignung ihr eingereichtes Angebot einer Zuschlagserteilung entzogen wurde. Zwar fehlen in der Antragschrift hierzu konkrete Ausführungen, doch reicht es aus, wenn die Möglichkeit eines Schadens aus dem Vortrag der Antragstellerin logisch folgt. Befürchtet die Antragstellerin, dass sie aufgrund der Verletzung von Vergabevorschriften von der Möglichkeit ausgeschlossen wird, den Auftrag zu erhalten, ergibt sich hieraus in aller Regel zugleich die Möglichkeit des Schadeneintritts (VK Bund, Beschluss v. 26.8.1999, VK 2-22/99).

Im vorliegenden Fall bestehen allerdings Zweifel hinsichtlich der Rechtzeitigkeit der Beschwerdeerhebung vor der Vergabekammer.

§ 114 Abs. 2 Satz 2 GWB bestimmt unter anderem, dass die Vergabebeschwerde bei der zuständigen Vergabekammer vor Erteilung des Zuschlages eingehen muss. Fraglich ist hier der Zeitpunkt des Zustandekommens eines verbindlichen Vertragsschlusses. Die Antragsgegnerin vertritt die Auffassung, dass mit der Unterzeichnung des Protokolls - Auftragsverhandlung – am 07.02.2000 und nicht erst mit der Annahme des Bauvertrages am 16.02.2000 zum Vertragsschluss kam. Ob der Vertrag am 07.02. oder am 16.02.2000 geschlossen wurde, bedarf hier letztlich nicht der Klärung, da die Beschwerde ohnehin unbegründet ist.

Der Antragsgegner hat die Wertung der Angebote nach § 25 VOB/A rechtsfehlerfrei durchgeführt. Die Antragstellerin ist von dem Antragsgegner bei der Wertung der Angebote nicht diskriminiert worden.

Nach § 25 Nr. 2 Abs. 1 VOB/A ist im Rahmen der Angebotswertung bei öffentlichen Ausschreibungen zunächst 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 bieten. Die Anbieter müssen fachkundig, leistungsfähig und zuverlässig sein und über ausreichende technische und wirt-

schaftliche Mittel verfügen. Fachkundig ist der Bieter, der über die speziellen objektbezogene Sachkenntnisse verfügt, die erforderlich sind, um eine Leistung fachgerecht ausführen zu können. 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.

Dabei ist zu beachten, dass Bauleistungen nur von Unternehmen ausgeführt werden dürfen, die hierzu nach den gewerberechtlichen Bestimmungen berechtigt sind.

Unternehmen müssen somit die zwingende Voraussetzung erfüllen, dass sie nachweislich "gewerbsmäßig" Bauleistungen ausführen, d.h. sich mit Bauleistungen im Sinne der VOB/A (§1) und im Sinne einer gewerbsmäßigen Betätigung befassen. Es besteht zwar grundsätzlich Gewerbefreiheit, diese ist jedoch durch öffentlich-rechtliche Bestimmungen wie die Gewerbeordnung und die Handwerksordnung eingeschränkt. Im Baubereich darf nur derjenige Unternehmer tätig werden, der bezüglich der auszuführenden Leistungen entweder in der Handwerksrolle eingetragen ist oder der Industrie und Handelskammer angehört.

Nach § 18 Abs. 2 des Gesetzes zur Ordnung des Handwerks (HwO) ist ein handwerksähnliches Gewerbe im Sinne dieses Gesetzes, wenn es in einer handwerksähnlichen Betriebsform betrieben wird und in der Anlage B zu diesem Gesetz geführt wird. Der Einbau von genormten Baufertigteilen ist in der Anlage B in der Gruppe III – Gruppe der Holzgewerbe – unter Nr. 24 aufgeführt. Demnach besteht für den, der den selbständigen Betrieb eines handwerksähnlichen Gewerbes als stehendes Gewerbe beginnt oder beendet, die Verpflichtung, dies unverzüglich der zuständigen Handwerkskammer anzuzeigen (vgl. § 18 Abs. 1 HwO). Die Anzeigepflicht ergibt sich gleichfalls aus § 14 der Gewerbeordnung (GewO). Teilen für die Prüfung der gewerblichen Voraussetzungen zuständige Behörden (hier: Handwerkskammer und Gewerbeamt) mit, dass die Bieterin sich gewerbsmäßig nicht mit dem Einbau von genormten Baufertigteilen befasst, sondern als Handelsunternehmen geführt bzw. angemeldet ist, so erfüllt dieses nicht die Voraussetzungen zur Teilnahme am Wettbewerb (vgl. § 8 Nr. 2 VOB/A). Auch kann die Kammer den Darlegungen der Antragstellerin in der mündlichen Verhandlung nicht folgen, dass die gewerbliche Voraussetzung durch den Einsatz etwaiger Leiharbeiter aus der Firma des Herrn nachgewiesen sei.

Soweit die Antragstellerin vorträgt, dass sie im Bietergespräch alle Unklarheiten ausgeräumt hätte, kann dem nicht gefolgt werden. Bereits in der Ausschreibung verlangte die Antragsgegnerin von den Bietern Angaben bezüglich ihrer Eignung.

So sollten die Bieter insbesondere angeben, welche vergleichbaren Aufträge von ihnen in den letzten drei Jahren ausgeführt worden waren und welche Umsätze mit ihnen erzielt wurden. Außerdem sollten die Bieter Angaben zu ihrer personellen und technischen Ausstattung machen.

Diese Forderungen sind zulässig und durchaus geeignet, damit der Auftraggeber sich einen Überblick über die Leistungsfähigkeit der Bieter in den letzten Jahren verschaffen kann. Diese Nachweise hat die Antragstellerin, wie im Sachverhalt dargelegt, trotz wiederholter Aufforderung seitens des Antragsgegners nicht, jedenfalls nicht in zufriedenstellender Weise erbracht.

Die erste Referenzliste, die die Antragsstellerin am 17.01.2000 vorgelegte, ist kein Nachweis dafür, dass sie bereits vergleichbare Leistungen erbracht hat. Im Gegenteil, die benannten Objekte beziehen sich auf Zeiträume, die vor dem Gründungsdatum ihres Unternehmens liegen. Alle benannten Leistungen wurden von anderen Auftragnehmern erbracht. Eine Geschäftsübernahme liegt auch nicht vor. Damit hat der Antragsgegner zu Recht die vorgelegte Referenzliste nicht als Nachweis für Eignung und Fachkunde der Antragstellerin zur Bewältigung der zu erbringenden Leistung anerkannt.

Im Übrigen kann auch dahingestellt bleiben, ob der Auftraggeber die nach dem Aufklärungsgespräch weiteren eingereichten Referenzobjekte anerkennt. Denn auch mit den nachgereichten Informationen in ihrer Gesamtschau erfüllt die Antragstellerin nicht die geforderten Mindesterklärunen. Weder war eine Beurteilung der Leistungsfähigkeit noch der Fachkunde möglich, da diesbezüglich keine der geforderten Nachweise, wie Benennung der durchschnittlich beschäftigten Arbeitskräfte, der technischen Ausrüstung und Nennung des vorgesehenen technischen Personals vorlagen.

Kosten

Die Kostenentscheidung beruht auf § 128 Abs. 3 GWB. Die Antragstellerin hat die Kosten abzüglich des geleisteten Vorschusses für das Verfahren zu tragen.

Die Höhe der Gesamtkosten beläuft sich hier auf DM (§ 128 Abs. 1 Satz 1 GWB).

Die Kosten entsprechend der im Land Sachsen-Anhalt anzuwendenden Gebührentabelle gliedern sich auf in Gebühren in Höhe von DM (§ 128 Abs. 2 Satz 2 GWB) und Auslagen in Höhe von DM (§ 128 GWB i. V. m. § 10 VwKostG LSA).

Der noch zu zahlende Betrag in Höhe von DM ist fällig mit Eintritt der Rechtskraft des Beschlusses. Die Zahlung hat auf das Konto bei der Landeszentralbank - LZB-Dessau -, BLZ unter Verwendung des Kassenzeichens zu erfolgen.

Rechtsbehelfsbelehrung

Gegen den Beschluss der Vergabekammer ist die sofortige Beschwerde zulässig, § 116 Abs. 1 GWB . Sie ist schriftlich innerhalb einer Frist von zwei Wochen, die mit Zustellung des Beschlusses beginnt, beim Oberlandesgericht Naumburg, Domplatz 10 in 06618 Naumburg, einzulegen, § 117 Abs. 1 GWB.

Die sofortige Beschwerde ist zugleich mit ihrer Einlegung zu begründen. Die Beschwerdebeurteilung muss die Erklärung enthalten, inwieweit der Beschluss der Vergabekammer angefochten und eine abweichende Entscheidung beantragt wird sowie die Tatsachen und Beweismittel bezeichnen, auf die sich die Beschwerde stützt, § 117 Abs. 2 GWB.

Die Beschwerde muss durch einen bei einem Gericht zugelassenen Rechtsanwalt unterschrieben sein. Dies gilt nicht für Beschwerden von juristischen Personen des öffentlichen Rechts, § 120 Abs. 1 GWB.

Die sofortige Beschwerde hat aufschiebende Wirkung. Die aufschiebende Wirkung entfällt zwei Wochen nach Ablauf der Beschwerdefrist, § 118 GWB.

gez. Thomas

gez. Katzsch

gez. Hoppe