



**SACHSEN-ANHALT**  
**LANDESV ERWALTUNGSAMT**

**2. Vergabekammer  
beim Landesverwaltungsamt**

**Beschluss**

**AZ: 2 VK LSA 42/12**

**Halle, 15.02.2013**

§ 107 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 GWB

§ 12 Abs. 2 Nr. 2 VOB/A A i.V.m. Ziffer III.2 des EU-Standardformulars für Bekanntmachungen (Anhang) II der Verordnung (EG) Nr. 1564/2005

§ 97 Abs. 1 GWB

- angemessener Zeitraum zwischen Rüge und Einleitung des Nachprüfungsverfahrens nicht zwingend erforderlich
- Inanspruchnahme von Leiharbeitnehmern stellt keine Nachunternehmerleistung dar
- Eignungsnachweise vergaberechtswidrig nicht bekannt gemacht
- Verstoß gegen Transparenzgebot

Es ist rechtlich nicht zwingend erforderlich, dass der Bieter nach Erhebung der Rüge einen angemessenen Zeitraum bis zur Einleitung des Nachprüfungsverfahrens abwartet. Dies ist nach dem Wortlaut der Vorschrift des § 107 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 GWB nicht vorgesehen. Der Auftraggeber ist auch bei nahezu gleichzeitiger Erhebung der Rüge und Einreichung des Nachprüfungsantrages nicht daran gehindert, den behaupteten Verstoß zu prüfen und den etwaigen Fehler zu beseitigen. Aus der vorgenannten Vorschrift ergibt sich nicht, dass dem Auftraggeber diese Möglichkeit ohne eigenes Kostenrisiko eingeräumt werden müsste.

Die Einstellung zusätzlicher Arbeitskräfte, eventuell auch Leiharbeitnehmer zu beschäftigen, stellt keine Nachunternehmerleistung dar.

Ein Bieter soll allein bereits aus der Bekanntmachung auf den ersten Blick erkennen können, ob er die Eignungsanforderungen erfüllen kann. Die Bieter konnten nur mit nicht unerheblichem, auch zeitlichem Aufwand, Zugriff auf das Formblatt 124 erlangen. Damit genügt die Bekanntmachung den Anforderungen nach § 12 Abs. 2 Nr. 2 VOB/A A i.V.m. Ziffer III.2 des EU-Standardformulars für Bekanntmachungen (Anhang) II der Verordnung (EG) Nr. 1564/2005 nicht.

Die Wertung des Antragsgegners verstößt auch in anderer Hinsicht gegen das Transparenzgebot im Sinne des § 97 Abs. 1 GWB. Er hat die zeitlichen Parameter des gewerkegerechten Ablaufplans den Bietern nicht bekannt gegeben; diese jedoch bei der Wertung des Angebotes der Antragstellerin herangezogen.

In dem Nachprüfungsverfahren der

.....

- Antragstellerin -

Verfahrensbevollmächtigte

.....

gegen den

.....

- Antragsgegner -

und die

.....

- Beigeladene -

wegen

der gerügten Vergabeverstöße in dem Offenen Verfahren bezüglich der Vergabe der Malerarbeiten für die Modernisierung des ..... hat die 2. Vergabekammer beim Landesverwaltungsamt durch den Vorsitzenden Oberregierungsrat ....., den hauptamtlichen Beisitzer Herrn ..... und die ehrenamtliche Beisitzerin Frau ..... nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung beschlossen:

Dem Antragsgegner wird untersagt, auf der Grundlage der bisherigen Angebotswertung einen Zuschlag zu erteilen.

Der Antragsgegner hat die Kosten des Verfahrens zu tragen.

Die Kosten werden auf ..... Euro zuzüglich ..... Euro für Auslagen festgesetzt.

Der Antragsgegner hat der Antragstellerin die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung notwendigen Aufwendungen zu erstatten.

Die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten war für die Antragstellerin notwendig.

## **Gründe**

### **I.**

Der Antragsgegner veranlasste im Offenen Verfahren die Ausschreibung der Vergabe der Malerarbeiten für die Modernisierung des ..... nach der Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen (VOB) Teil A.

Die streitgegenständliche Leistung wurde im Ausschreibungsanzeiger Sachsen-Anhalt am ..... veröffentlicht. Sie wurde am gleichen Tag im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften publiziert.

Unter I.1) ist vermerkt, dass die Ausschreibungsunterlagen und ergänzenden Unterlagen unter einem kostenlosen Download bei [www.evergabe-online.de](http://www.evergabe-online.de) oder in Papierform erhältlich sind.

Unter II.1.5) der Bekanntmachung hat der Antragsgegner beschrieben, dass es sich bei der hier streitgegenständlichen Leistung um die Malerarbeiten in mehreren vom ..... genutzten Gebäuden und Gebäudeteilen auf dem ..... in ..... handelt (Gebäude ..... Südflügel).

Unter II.2.1) wird als Gesamtmenge bzw. –umfang aufgeführt:

- ca. 39.000 m<sup>2</sup> Wandanstrich,
- ca. 10.000 m<sup>2</sup> Deckenanstrich,
- ca. 500 St. Stahlzargen
- ca. 2.000 m Heizleitungen
- ca. 90 Holztüren

Unter II.3) werden als Beginn der Vertragslaufzeit der 21.01.2013 und als Abschluss der 16.05.2014 angegeben.

Unter III.2.1) ist die Eignung durch Eintragung in die Liste des Vereins für Präqualifikation von Bauunternehmen e.V. nachzuweisen.

Nicht präqualifizierte Unternehmen haben zum Nachweis der Eignung das ausgefüllte Formblatt 124 „Eigenerklärung zur Eignung“ innerhalb von 6 Kalendertagen nach Aufforderung vorzulegen, soweit ihr Angebot in die engere Wahl gekommen ist. Diese Verfahrensweise gilt auch für andere Unternehmen, auf deren Fähigkeiten sich der Bieter beruft. Das Formblatt 124 liege bei.

Die technische Leistungsfähigkeit wird gem. III.2.3) wie unter III.2.1) bewertet.

Unter IV 2.1) wird als Zuschlagskriterium, „das wirtschaftlich günstigste Angebot in Bezug auf die Kriterien, die den Ausschreibungsunterlagen, der Aufforderung zur Angebotsabgabe oder zur Verhandlung bzw. Beschreibung zum wettbewerblichen Dialog aufgeführt sind“, angegeben.

Schlussstermin für den Eingang der Angebote ist gem. IV.3.4) der ....., 11.00 Uhr.

Die Aufforderung zur Abgabe eines Angebots benennt unter Pkt. 9 als einziges Zuschlagskriterium den Preis.

Sie enthält weiterhin die Vorgabe, dass die Formblätter 124, 235EG und 236EG in Abhängigkeit des Angebotes ausgefüllt zurückzugeben sind.

Die Eigenerklärung zur Eignung (Fbl. 124) verlangt die Angabe über den Umsatz in den letzten 3 abgeschlossenen Geschäftsjahren, soweit er Bauleistungen und andere Leistungen betrifft, die mit der zu vergebenden Leistung vergleichbar sind.

Falls sein Angebot in die engere Wahl kommt, ist der Bieter verpflichtet, eine Bestätigung eines vereidigten Wirtschaftsprüfers/Steuerberaters vorzulegen (testierte Jahresabschlüsse). Des Weiteren hat der Bieter zu erklären, dass er in den letzten 3 Geschäftsjahren vergleichbare Leistungen ausgeführt hat und für 3 Referenzen je eine Referenzbescheinigung mit speziellen Angaben vorzulegen. Darin soll eine stichwortartige Benennung des mit eigenem Personal ausgeführten Leistungsumfanges (Zahl der durchschnittlich hierfür eingesetzten AN).

Nachfolgend hat der Bieter anzugeben, dass ihm die für die Ausführung der Leistungen erforderlichen Arbeitskräfte zur Verfügung stehen.

Er hat auch die Zahl der in den letzten 3 abgeschlossenen Geschäftsjahren jahresdurchschnittlich beschäftigten Arbeitskräfte gegliedert nach Lohngruppen mit extra ausgewiesenen Leitungspersonal zu benennen.

In der Leistungsbeschreibung wird erläutert, dass die baulichen Maßnahmen primär in Zusammenhang mit den vorherrschenden Leistungen der Datentechnik/Klimatechnik und weiterer Modernisierungsmaßnahmen stehen.

Die geplante Modernisierung erfolge im laufenden Betrieb in 4 Bauabschnitten laut des beigefügten Bauablaufplanes.

Als Bauabschnitte sind vorgesehen:

1. Bauabschnitt: ..... Westflügel  
.....  
..... Südflügel
2. Bauabschnitt: ..... Südflügel
3. Bauabschnitt: ..... Nordflügel
4. Bauabschnitt: ..... Ostflügel

Es wird auch beschrieben, dass der jeweilige Bauabschnitt vom Nutzer freigezogen wird und eine Abschottung zum genutzten Bereich erfolgt. Die Einhaltung der Vertragstermine ist innerhalb der Regelarbeitszeit von 6 - 18 Uhr montags bis freitags zu sichern. Ausnahmen müssen vorab bei dem Auftraggeber beantragt werden.

Der Bauablauf könne zu organisatorisch bedingten Stillstandszeiten und Unterbrechungen der Bauausführung führen, deren Zeiten einzukalkulieren seien, da daraus keine Verlängerung der Bauzeit zu rechtfertigen wäre.

Das Leistungsverzeichnis für Teil 10 beinhaltet für die Maler- und Tapezierarbeiten auszugsweise im Wesentlichen folgende Arbeiten:

Tapezierarbeiten als Glasgewebewandbekleidungen und Papierwandbekleidungen inkl. zugehöriger Tapetenentfernungen, Flächenspachtelungen, Flächenarmierungen und Grundbeschichtungen.

Malerarbeiten als Erstbeschichtungen und Überholungsbeschichtungen mit Dispersionssilikatfarben für Decken, Innenwände Leibungen und Treppenuntersichten. Ebenso als Überholungsanstriche mit Alkydharzklarlack bzw. Alkydharzlasur für Türzargen, Stahlrohre, Stahltrittengeländer, Handläufe, Röhrenheizkörper, Brüstungsgeländer, Holztüren, Stahltüren, Stahlpfosten und Holzsockelleisten.

Überholungsanstriche mit EP-Lack für Zementestrichböden sowie Schadstellenbeseitigung mit dämmschichtbildendem Brandschutzsystem auf Stahlträger.

In der Ergänzung des Angebotsschreibens wird eingangs erläutert: „Eine Weitergabe von Bauleistungen ist zulässig, wenn dies im Angebotsschreiben EG 213EG Nr. 3 erklärt wurde und bei der Zuschlagserteilung hiergegen keine Einwände erhoben werden oder der Auftraggeber nachträglich die Zustimmung zur Übertragung von Leistungen an Unternehmer nach § 6a Abs. 10 VOB/A oder an Nachunternehmer nach § 4 Abs. 8 VOB/B erteilt.“

Mit Pkt. 1.1 hat sich der Bieter zu verpflichten, Nachunternehmer nur unter der Voraussetzung zu beauftragen, dass der NUN eine gleich lautende Erklärung abgibt (Erfüllung staatlicher Sicherheitsvorschriften, Entlohnung nicht unter den Mindestentgeltregelungen des Arbeitnehmer-Entsendegesetzes).

In der Ergänzung der weiteren besonderen Vertragsbedingungen (Pkt. 2) wird erläutert: „Bei der Weitergabe von Leistungen an Unternehmen nach § 6a Abs. 10 VOB/A oder an Nachunternehmer nach § 4 Abs. 8 VOB/B hat der Auftragnehmer die beigefügte Vereinbarung Tariftreue zwischen AN und NU 232 zum Vertragsgegenstand zu machen.“

Die Ergänzung der Zusätzlichen Vertragsbedingungen für die Abrechnung (Fbl. 244) enthält unter Pkt. 2.2 über die Verfahrensweise der Vereinbarung des Abrechnungsablaufes (z.B. den zeitlichen Ablauf der Abrechnung, die Aufteilung der Abrechnungsabschnitte) und den Hinweise, dass darüber vor Beginn der Abrechnungsarbeiten schriftliche Vereinbarungen (z.B. für einzelne Teilleistungen) zu treffen sind.

Der Antragsgegner stellte allen Bietern als Bestandteil der Ausschreibungsunterlagen einen Ablaufplan zur Verfügung (Datum: 14.12.2011). Dieser gibt im Wesentlichen den Rhythmus von Gebäudeteil-Freizügen, jeweils anschließender Bauzeit und den Wiederbezug vor. Die 4 Bauzyklen sind nicht nach Gewerken untergliedert. Insgesamt sind für die reine Bauausführung aller Gewerke im Zeitraum vom 14.01.2013 bis 16.05.2014 290 Arbeitstage eingeplant.

1. Bauabschnitt	..... Westflügel-Bauteil D:	
	.....	43 Bautage
	..... /3 Südflügel:	
2. Bauabschnitt	..... Südflügel-Bauteil A:	81 Bautage
3. Bauabschnitt	..... Nordflügel-Bauteil C:	63 Bautage
4. Bauabschnitt	..... Ostflügel-Bauteil B:	103 Bautage

Der Versand der Vergabeunterlagen an die Bieter erfolgte bis zum 17.10.2012.

An der Ausschreibung haben sich 13 Bieter, darunter die Antragstellerin und die Beigeladene durch Abgabe eines Angebots beteiligt.

Ausweislich der Niederschrift der Angebotseröffnung am 02.11.2012 hat die Antragstellerin preislich das günstigste Angebot abgegeben. Die Beigeladene hatte mit geringfügigem Abstand den drittniedrigsten Preis angeboten.

Die Antragstellerin hatte im Formblatt 124 (Eigenerklärung zur Eignung) erklärt, dass ihr die für die Ausführung der Leistungen erforderlichen Arbeitskräfte zur Verfügung stünden.

Nachdem die Antragstellerin in Ergebnis der Submission und der rechnerischen Prüfung als erstrangige Bieterin in die engere Wahl gekommen war, forderte der Antragsgegner sie am 07.11.2012 auf, weitere Nachweise als Eigenerklärung gemäß Formblatt 124 zu erbringen. Insbesondere wurden Angaben zu den Arbeitskräften und den Referenzobjekten abgefordert.

Diese Angaben hat die Antragstellerin am 08.11.2012 übergeben.

Sie hat erklärt, dass sie zu diesem Zeitpunkt 2 - 4 Arbeitskräfte beschäftige und für die Ausführung der streitgegenständlichen Leistungen 3 - 5 zusätzliche Arbeitskräfte einplane. Sie hat weiter ausgeführt, dass sie mit der Abwicklung von Bauvorhaben vergleichbarer Größe vertraut wäre.

Schließlich hat sie Angaben von 6 Referenzobjekten beigefügt. Dabei handelt es sich um Leistungen an Objekten, die wesentlich geringere Wertgrößen umfassen, als der streitgegenständliche Auftrag.

Der Vergabevermerk des Antragsgegners vom 20.11.2012 enthält unter Pkt. 3.1 Wertungsstufe 1 (Bietereignung) die Beurteilung, dass es sich um ein kleines Unternehmen handle, welches zur Abarbeitung des Leistungsumfanges in den vorgesehenen Zeitfenstern des Bauablaufplanes nicht in der Lage sei.

Nach Auffassung der prüfenden Planer müsse man für die Durchführung der Malerarbeiten von mindestens 10 Arbeitskräften ausgehen. Diese seien erforderlich, um den Leistungsumfang zügig und kontinuierlich abarbeiten zu können.

Die Planer errechneten im Vergabevermerk überschläglich pro Bauabschnitt hauptsächlich anhand der Flächen der Hauptleistung Wand- und Deckenanstriche und unter Ansatz einer Flächenleistung pro Arbeitskraft sowie eines eingeschätzten Zeitbedarfs innerhalb der Bauzeit gemäß Bauablaufplan den Arbeitskräftebedarf.

Für den 1. - 3. Bauabschnitt rechneten sie mit je 150 m<sup>2</sup> pro Tag und Arbeitskraft und für den 4. Bauabschnitt 50 m<sup>2</sup> pro Tag und Arbeitskraft.

Der 4. Bauabschnitt enthält den Vermerk: „u.a. ....saal und Beratungsräume“.

Sie schätzten folgende Ausführungszeiten für die Malerarbeiten untergliedert nach Bauabschnitten ein:

- |        |                          |
|--------|--------------------------|
| 1. BA: | 10 von 43 Tagen Bauzeit  |
| 2. BA: | 20 von 81 Tagen Bauzeit  |
| 3. BA: | 15 von 63 Tagen Bauzeit  |
| 4. BA: | 20 von 103 Tagen Bauzeit |

Es würden somit insgesamt: 65 von 290 Tagen Gesamtbauzeit für die Malerarbeiten zur Verfügung stehen.

Die Wertung schließt damit ab, dass die Antragstellerin gemäß der vorliegenden Nachweise zur Fachkunde und Zuverlässigkeit fachlich in der Lage sei, die ausgeschriebenen Leistungen zu erbringen. Auch könnten die Referenzen positiv bewertet werden. Personell sei sie jedoch nicht in der Lage, den ausgeschriebenen Leistungsumfang in den vorgegeben Zeiten zu erbringen. Die Vergabeempfehlung an den Antragsgegner fiel somit nicht zugunsten der Antragstellerin aus.

Ebenso wie die Antragstellerin wurde der zweitplatzierte Bieter, ein weiteres kleines Malerunternehmen, bewertet.

Nach der Aktenlage ging dieser Wertung eine andere Wertung durch die Planer voraus, die als offensichtlicher Entwurf ohne Datum den Auswertungsunterlagen beiliegt.

Für den 1. - 4. Bauabschnitt rechneten sie, abweichend von o.a. Wertung, mit einer Leistung von 200 m<sup>2</sup> pro Tag und Arbeitskraft. Sie merkten in diesem Zusammenhang an, dass es sich zu zwei Drittel nur um Überholungsanstriche handele.

Sie schätzten hier abweichend insgesamt 432 Tage für die Malerarbeiten ein:

Unter diesem Ansatz seien zur Abarbeitung des Leistungsumfanges 2 Arbeitskräfte ausreichend gewesen. Mehr als maximal 3 Arbeitskräfte seien im Bedarfsfall pro Bauabschnitt nicht erforderlich. Für mehr Personaleinsatz würde der Vorlauf durch die haustechnischen Gewerke nicht gegeben sein. Mehr Personal würde sich gegenseitig behindern.

Diese Wertung schließt auch hier damit ab, dass die Antragstellerin gemäß der vorliegenden Nachweise zur Fachkunde und Zuverlässigkeit fachlich, personell und wirtschaftlich in der Lage sei, die ausgeschriebenen Leistungen zu erbringen. Auch können alle Referenzen diesbezüglich „sehr positiv“ bewertet werden. Die Vergabeempfehlung an den Antragsgegner lautete hier zugunsten der Antragstellerin.

Diese Fassung der Berechnung des Arbeitskräftebedarfs enthält allerdings handschriftliche Änderungen, die die späteren Berechnungswerte vom 20.11.2012 wiedergeben.

Die Beigeladene hat mit einem erkennbaren, aber nicht großem Abstand den drittniedrigsten Preis angeboten.

Der Vergabevorschlag des beauftragten Planungsbüros fällt zugunsten der Beigeladenen aus. Dieses habe das wirtschaftlichste Angebot abgegeben, weil es „unter Berücksichtigung aller Gesichtspunkte gem. § 16 Nr. 6 (3) Satz 2 und 3 VOB/A z.B. bezüglich Qualität, Preis, technischer Wert, Rentabilität, Kundendienst und technische Hilfe oder Ausführungsfrist“ als das wirtschaftlichste erscheine.

Die Antragstellerin hat am 03.12.2012 vom Antragsgegner als Information nach § 101a GWB eine Absage bekommen. Ihr wurde mitgeteilt, dass ihr Angebot nicht berücksichtigt werden könne, weil begründete Zweifel an ihrer Eignung in Hinblick auf die Leistungsfähigkeit bestünden. Die Information enthält die Erläuterung: „Der angegebene Personalbestand von derzeit 3 Mitarbeitern reicht für die ausgeschriebenen Leistungen nicht aus, auch die in Aussicht gestellte Erweiterung durch Neueinstellung von 3 - 5 gewerblichen Mitarbeitern ist für den geforderten Leistungsumfang nicht auskömmlich“.

Am selben Tag rügte die Antragstellerin diese Absage.

Sie wies die angegebene Begründung des Zweifels an ihrer Leistungsfähigkeit zurück. Sie verwies darauf, dass sie 3 - 5 gewerbliche Mitarbeiter zusätzlich für die angebotenen Leistungen eingeplant habe, die sie zu jeder Zeit einstellen könne. Sie habe die von ihr mit 8 Arbeitskräften erbringbare monatliche Umsatzleistung angegeben und stellte dar, dass die sich daraus ergebende Leistungsfähigkeit ausreichend sei, um in der aus ihrer Sicht eingeplanten Bauzeit vom 21.01.2013 bis 16.05.2014 den Auftrag abzuarbeiten. Sie wäre auch in der Lage, bei entsprechender Notwendigkeit, auf der Grundlage vorliegender Bewerbungen, die Mitarbeiterzahl weiter aufzustocken. Auch seien im Umfeld Partnerbetriebe bereit, sie zu unterstützen.

Außerdem ergäbe sich noch die zusätzliche Möglichkeit, auf Leiharbeiter zurückzugreifen.

Sie teilte dem Antragsgegner mit, dass sie die Zurücknahme ihrer Ablehnung und die Beauftragung erwarte. Als Hauptkriterium für die Vergabe sei der Preis mit einhundertprozentiger Wichtung angegeben worden. Sie habe den günstigsten Preis angeboten. Der angegebene Ausschlussgrund mangelnder Leistungsfähigkeit sei nicht zutreffend.

Sie verwies auch auf ihr Schreiben vom 08.11.2012 an den Antragsgegner. Mit diesem Schreiben habe sie u.a. die geforderten Nachweise für Bieter, die in die engere Wahl gekommen seien, erbracht.

Sie habe darin erläutert, dass ihr Betrieb bereits seit 4 Jahren mit 2-4 Mitarbeitern zuverlässig bei der Erfüllung öffentlicher und privater Aufträge tätig gewesen sei. Es seien aktuell ein Techniker/Malermeister, ein Malermeister/Restaurator und ein Facharbeiter bei ihr beschäftigt. Aufgrund ihrer Erfahrungen bei der Abwicklung von Bauvorhaben in vergleichbarer Größe im Rahmen der bisherigen Tätigkeit könne sie die benötigte Leistungsfähigkeit und Termintreue zusichern.

Auch stünde die erforderliche technische Ausrüstung ausreichend zur Verfügung. Das Unternehmen würde Mindestlohn zahlen und sei gesund. Es sei bestrebt, sich zu vergrößern und gleichzeitig die „Frauenpower“ im Handwerk Sachsen-Anhalts zu verbessern. Insoweit wäre dieser Auftrag von besonderer Bedeutung für ihre Firmenentwicklung.

Ebenfalls am 03.12.2012 sendete die Antragstellerin einen Nachprüfungsantrag an die Vergabekammern beim Landesverwaltungsamt Halle.

Die Gleichzeitigkeit von Rüge und Nachprüfungsantrag begründete sie damit, dass sie aufgrund des kurzfristig angesetzten Vergabedatums am ..... zur sofortigen Reaktion gezwungen gewesen wäre.

Sie wies darauf hin, dass Sie der günstigste Bieter wäre. Ihre Kalkulation sei auch angemessen, da der preisliche Abstand zum nächstfolgenden Bieter nur sehr gering sei. Es dürften auch keine Bedenken daran bestehen, dass sie die Leistungen nicht fristgerecht und fachlich qualifiziert ausführen könne. Sie habe viele Bewerbungen von Mitarbeitern, die sie sofort einstellen könne. Die Absage sei unbegründet und würde gegen § 2 VOB/A verstoßen.

Der Nachprüfungsantrag wurde durch die Vergabekammer am 04.12.2012 dem Antragsgegner mit Aufforderung zur Stellungnahme übermittelt.

Auf die Stellungnahme des Antragsgegners vom 06.12.2012 und mit weiterem nachfolgenden Schriften reagierte die Antragstellerin, indem sie darauf verwies, dass sie in der Lage wäre, mit den von ihr vorgesehenen 8 Arbeitskräften die angebotene Leistung zu realisieren. Das Vorhaben sei großflächig und erlaube den Einsatz moderner Spritztechnik. Somit wären hohe Leistungsstunden erreichbar.

Es sei auch die Darstellung nicht richtig, dass sie vorhabe, 50 bis 60 % der Leistungen durch Fremdarbeit erbringen zu lassen. Vielmehr habe sie erklärt, dass sie nach Beauftragung 3 - 5 und wenn erforderlich auch weitere Arbeitskräfte als eigene Mitarbeiter einstellen wolle. Nur für die Absicherung von Auftragsspitzen habe sie Leiharbeiter eingeplant. Ihr lägen in ausreichendem Umfang Bewerbungen von Facharbeitern vor und sie habe auch entsprechende Zusagen von Leihfirmen. Gegen den Einsatz von Leiharbeitern sei grundsätzlich nichts einzuwenden, da diese, auch wenn es sich nicht um eigene Mitarbeiter handele, wie

eigene Mitarbeiter eingesetzt werden würden. Mit Leiharbeitereinsatz würden üblicherweise in allen Branchen Arbeitsspitzen abgedeckt werden. Diese seien nicht, wie es der Antragsgegner täte, als Fremdfirmen im Sinne von Subunternehmen auszulegen.

Sie räumte einen Schreib- bzw. Kommunikationsfehler bezüglich der anfänglichen Erwähnung des Einsatzes von „Partnerfirmen“ ein, statt wie von ihr gemeint: „Leihfirmen/Leiharbeitern“.

Sie wies die Meinung des Antragsgegners zurück, sie würde mangelnde Erfahrungen mit Aufträgen dieser Größenordnung haben. Sie erklärte, dass sie vor ihrer Firmengründung bereits eine 10-jährige Berufserfahrung in einem großen Malerunternehmen errungen habe. Dort habe sie u.a. als Abteilungsleiterin selbständig ähnlich große Bauvorhaben geleitet.

Ihre vom Antragsgegner kritisch beurteilten geringen Umsatzzahlen seit der Gründung im Jahr 2008 hätten den Grund in der hauptsächlichen Verwendung der vorhandenen Kapazitäten für den Bau eines inzwischen fertig gestellten Betriebsgebäudes. Sie bringt zum Ausdruck, dass nach ihrer Auffassung das Land als Auftraggeber hier die Förderung von kleinen und mittleren Unternehmen sowie die Frauenförderung im Bauhandwerk in diskriminierender Weise verweigere. Dies verstoße gegen § 2 Abs. 2 und 3 VOB/A.

Ihre Referenzobjekte würden sich nicht, wie behauptet, nur auf Autohäuser beschränken. Sie verwies auf eines ihrer Referenzobjekte, einem sozialen Hospiz, in dem sie mit nur 2 Mitarbeitern in 2 Monaten eine Leistung von ca. 44.000 Euro erbracht habe.

Der Antragsgegner habe es verabsäumt, vor seiner Absage ein Vergabegespräch durchzuführen, in dem es möglich geworden wäre, ihre Leistungsfähigkeit klar zu stellen.

Die Einschätzung des Antragsgegners, sie sei nicht in der Lage, die erforderlichen Materialkäufe vorzufinanzieren, lehnt sie ab.

Dieses begründe sich auch daraus, dass die Vergütung der Leistungen nicht erst, wie vom Antragsgegner dargestellt, nach erfolgter Abnahme, sondern auch als Abschlagszahlung für erbrachte Teilleistungen möglich sei. Nach § 16 VOB/B Abs. 1 seien Abschlagszahlungen auf Antrag und möglichst kurzen Zeitabständen oder zu vereinbarten Zeitpunkten in der Höhe der jeweils nachgewiesenen vertragsgemäßen Leistungen zu gewähren. Diese Abschlagszahlungen seien innerhalb von 18 Werktagen fällig.

Auch ermögliche § 16 Abs. 2 VOB/B die Vereinbarung von Vorauszahlungen.

Eine Abnahme sei erst nach Fertigstellung zur Schlussrechnung notwendig und gefordert. Andere Regelungen, wie gemäß Bürgerlichem Gesetzbuch, seien hier nicht anwendbar, da dieses nicht in der Ausschreibung vereinbart sei.

Entgegen der Darstellung des Antragsgegners sei aus keiner Unterlage, insbesondere nicht aus den Ausschreibungsunterlagen nachvollziehbar, dass für das Malergewerk am Beispiel des 1. Bauabschnittes nur 10 Arbeitstage vorgesehen seien.

Aufgrund dessen, dass der Antragsgegner in seinem in der Ausschreibungsunterlage enthaltenen Bauablaufplan keine Unterteilung in einzelne Gewerke vorgenommen hat, stünde die gesamte Bauzeit für die Bearbeitung der einzelnen Häuser zur Verfügung. Es sei praxisüblich, dass die Vorarbeiten für Anstriche und Tapezierarbeiten bereits bei Baubeginn bzw. vor den anderen Gewerken erbracht werden. Die Antragstellerin stellt auch die vom Antragsgegner angesetzte Tagesleistung von 150 m<sup>2</sup> Wand- und Deckenanstrich in Frage. Der Stand der Technik erlaube die doppelte Leistung. Sie schätzt ein, dass mit 8 Mitarbeitern in 10 Tagen 30.000 m<sup>2</sup> einmaligen Überholungsanstrich auf Decken und Wänden bei vorhandener Baufreiheit zu leisten wären. Ihre Leistungsfähigkeit wäre auch nach der Aufgliederung der kalkulierten Einheitspreise nachweisbar. Danach würde sie nachgewiesen haben, dass sie pro Mitarbeiter ca. 35 m<sup>2</sup> pro Stunde leisten müsse.

Sie meint weiterhin, dass unter Berücksichtigung des Zuschlagskriteriums Preis, mit einer Gewichtung von 100%, gem. Fbl 211EG, Pkt. 9 der Auftrag an sie als Submissionssiegerin zu vergeben sei.

Die Antragstellerin beantragt:

- dem Antragsgegner zu untersagen, auf der Grundlage der bisherigen Wertung einen Zuschlag zu erteilen.

Der Antragsgegner beantragt:

- den Nachprüfungsantrag vom 03.12.2012 zu verwerfen.

Der Antragsgegner erläuterte in seiner Stellungnahme vom 06.12.2012 zum Nachprüfungsantrag und in weiteren Schreiben, dass die Malerarbeiten erst nach dem oberflächenfertigen Verschluss aller Montageöffnungen in den Wänden und Decken erfolgen könnten. Sie dienten der Wiedererrichtung aller Räumlichkeiten nach den baulichen Hauptmaßnahmen der Daten- und Klimatechnik. Wegen der Durchführung der Modernisierung bei laufendem Dienstbetrieb sollten die vier Bauabschnitte nacheinander frei gezogen werden. Die Malerarbeiten wären gemäß Bekanntmachung und Bauablaufplan in der Zeit vom 21.01.2013 bis zum 16.05.2014 zu erbringen. Der Gesamtumfang des Loses Malerarbeiten sei in der Bekanntmachung beschrieben worden.

Die Antragstellerin habe in ihrem Angebot vom 30.10.2012 mit dem Fbl. 213EG erklärt, dass sie sämtliche Leistungen, welche nicht im Fbl. 235EG (Verzeichnis der Unternehmerleistungen) angegeben sind, im eigenen Betrieb ausführen würde. Dies wäre, wie sich zwischenzeitlich in der mündlichen Verhandlung vom 31.01.2012 herausgestellt habe, aus seiner Sicht mit nur 2 Festangestellten und einer Teilzeitkraft nicht möglich.

Das Auftragsvolumen der Referenzleistungen habe sich in einer deutlich geringeren Höhe als der zu vergebene Auftrag bewegt. Dabei habe es sich ausschließlich um die malerische Ertüchtigung von Autohäusern gehandelt. Die Antragstellerin habe damit keine vergleichbaren Referenzen vorgelegt. Auch lägen die angegebenen Jahresumsätze über die Jahre 2009 bis 2011 jeweils deutlich niedriger als die angebotenen Malerarbeiten für den .....

Die Prüfung und Wertung der Angebote durch das beauftragte Ingenieurbüro habe zu dem Ergebnis geführt, die Antragstellerin wäre mit ihren vorhandenen personellen und wirtschaftlichen Ressourcen nicht in der Lage, den Leistungsumfang in der vorgegebenen Zeit zu erbringen.

Der Antrag der Antragstellerin sei auch unzulässig, da sie mit der Gleichzeitigkeit von Rüge und Nachprüfungsantrag am selben Tag dem Antragsgegner keine Möglichkeit gegeben gewesen wäre, etwaige Vergabeverstöße frühzeitig auszuräumen.

Auch seien die Angaben der Antragstellerin zu monatlichen Umsatzleistungen widersprüchlich zu den angegebenen Jahresumsätzen seit 2009. Damit würde die Antragstellerin insbesondere wirtschaftlich nicht in der Lage sein, die Vorleistungen bei der Materialbeschaffung zu tätigen, da die Vergütung erst nach Abnahme der erbrachten Leistungen fällig würde. Sie könne unter diesen Umständen auch kaum Einkünfte aus parallelen anderen Aufträgen erlangen.

Für die Abläufe seien am Beispiel des 1. Bauabschnitts von den 43 Gesamtarbeitstagen 10 Tage für die Maler vorgesehen.

Allein für die Überholungsanstriche an Wänden und Decken würden bei einer angesetzten durchschnittlichen Leistung von 150 m<sup>2</sup> pro Ak und Tag mindestens 10 Arbeitskräfte erforderlich werden. Für die weiteren Leistungen im 1. BA (Überholungsanstriche für ca. 200 St. Türen und Zargen, 500 m Heizung, 200 m<sup>2</sup> Fußbodenbeschichtung) wären noch weitere zusätzliche Arbeitskräfte erforderlich, über die die Antragstellerin nicht verfüge. Selbst bei der angekündigten Einstellung von 3 - 5 Arbeitskräften sei die notwendige Leistungsfähigkeit nicht erreichbar. Es sei auch nicht sicher, ob die neu eingestellten Arbeitskräfte sofort die notwendige Qualität besäßen.

Die angegebene Absicht der Antragstellerin sich der Leistung von „Partnerbetrieben“ bedienen zu wollen, wertet der Antragsgegner als Grund, diese wegen falscher Angaben über die eigene wirtschaftliche und personelle Leistungsfähigkeit vom Vergabeverfahren zwingend auszuschließen. Es handele sich um eine möglicherweise nachträgliche Benennung von Subunternehmern, obwohl sie in ihrem Angebot erklärt hatte, den Auftrag allein auszuführen. Ihre wirtschaftliche und personelle Eignung müsse zweifelsfrei zum Zeitpunkt der Angebotsabgabe gegeben sein. Auch habe sie keine einschlägigen Erfahrungen bei Vorhaben der gleichen Art.

Der Antragsgegner stellt dar, dass die Antragstellerin mangels Erfahrung mit Aufträgen dieser Größenordnung einer erheblichen Fehleinschätzung unterliege. Sie würde in ihrem Bemühen um schrittweise Vergrößerung der Firma mehrere Schritte überspringen wollen und habe sich dieses Vorhaben als unpassendes „Übungsobjekt“ ausgesucht.

Es sei für ihn auch unerheblich, wo die Bieterin und ihr ..... in der Vergangenheit tätig gewesen seien und welche Leistungsfähigkeit diese Firma gehabt habe. Dies träfe auch auf die angegebenen Referenzen der anderen Firma zu. Allein zu bewerten seien die Referenzangaben im Rahmen der Angebotsabgabe.

Als problematisch erweise sich für den Antragsgegner, dass durch die Antragstellerin beabsichtigt sei, zwischen 50 bis 60 % der Arbeitsleistungen durch fremde Arbeitskräfte erbringen zu lassen. Dies wäre keine unwesentliche Hilfstätigkeit.

Aus seiner Sicht wären die durch Leihfirmen oder Leiharbeiter zur Erbringung vorgesehenen Leistungen eindeutige Nachunternehmerleistungen. Schließlich habe die Antragstellerin die Leihfirma für das Ausleihen von Arbeitskräften zu vergüten. Die Antragstellerin habe trotz Aufforderung keine Eignungsnachweise der vorgesehenen Leihfirmen vorgelegt. Der Antragsgegner habe aufgrund dessen keine Möglichkeit die Zuverlässigkeit dieser Personen oder Firmen zu prüfen. Das Angebot sei deshalb nach § 16 Abs. 1 Nr. 1g VOB/A bzw. hilfsweise nach § 16 Abs. 1 Nr. 3 VOB/A auszuschließen.

Bezüglich der Hinweise der Antragstellerin zu Abschlagszahlungen nach § 16 VOB/B kämen diese Verfahrensweise nur in Frage, wenn eine erfolgreiche Abnahme erfolgt ist. Es sei aber eine Abnahme von Teilleistungen gem. BGB und VOB/B nur möglich, wenn diese in sich geschlossen zu betrachten sind, also hier höchstens für einzelne Bauabschnitte. Beispielhaft am 1. Bauabschnitt betrachtet, der sich aus 3 Gebäuden zusammensetzt und für den eine Bauzeit von 43 Tagen geplant ist, überschreite dessen Leistungsgröße, entsprechend der kalkulierten Anteils der Antragstellerin, deren durchschnittlichen Jahresumsatz bezogen auf die angegebenen letzten 3 Jahre. Bereits unter dieser Teilbetrachtung sei begründet zu erkennen, dass die Leistungsfähigkeit der Antragstellerin zu bezweifeln sei.

Der Antragsgegner ergänzte seine obigen Ausführungen noch in technischer Hinsicht. Er wies auf die besonderen Bedingungen des Arbeitens bei laufendem Dienstbetrieb hin. Da nur ein Teil der Nutzer vorübergehend in einem anderen Gebäude untergebracht werden können, müssten ca. 135 Bedienstete der ..... in den Gebäuden am ..... verbleiben. Die Baufreiheit innerhalb der Gebäude würde durch entsprechende Umzüge gemäß Bauablaufplan hergestellt werden.

Dort wären 290 Arbeitstage vorgesehen. Eine gewerkeweise Aufgliederung sei, wie in der mündlichen Verhandlung beschrieben, durch Fortschreibung des Bauablaufplanes aus den Ausschreibungsunterlagen vorgenommen worden. Da die Malerarbeiten nur eines von 15 Losen sind, müssten sich diese in der Reihenfolge den wesentlichen Arbeiten der Modernisierung des Kältenetzes, der Datenverkabelung und den dann nachfolgenden Maurer-, Putz-, Trockenbau-, und Bodenbelagsarbeiten anschließen.

Bezüglich der zu bearbeitenden Flächen sei zu beachten, dass gemäß der Leistungsbeschreibung die Wand- und Deckenanstriche zum Teil als Erstbeschichtungen und als Überholungsbeschichtungen vorgesehen sind.

Bei den Erstbeschichtungen handele es sich um Grund-, Zwischen- und Schlussbeschichtungen, d. h. um dreimalige Bearbeitung dieser Flächen. Lediglich bei den Überholungsbe-

schichtungen erfolge eine einmalige Flächenbearbeitung. Auf der Grundlage von Erfahrungswerten und unter Berücksichtigung von Nebenleistungen sei der Leistungswert von ca. 150 m<sup>2</sup> Überholungsanstrich pro Arbeitskraft und Tag eingeschätzt und für die Arbeitskräftebedarfsermittlung verwendet worden.

Er bringt er weiter vor, dass die von der Antragstellerin angegebenen Jahresumsätze darauf hin deuteten, dass sie die streitgegenständliche Leistung nicht erbringen könne. Die Antragstellerin habe viel zu hohe Leistungsansätze ihrer Kalkulation zugrunde gelegt. Diese seien mit einer geringen Personalausstattung nicht ausreichend sicher zu gewährleisten. Sie sei außerstande, zwei bis vier neue Mitarbeiter angemessen zu entlohnen.

Die Beigeladene äußerte sich am 28.01.2013 zu dem ihr vorliegenden Schriftverkehr der Antragstellerin.

Sie zeigt sich verwundert darüber, dass sich diese als Firma mit knapp 3 Mitarbeitern an einer derartigen Ausschreibung beteiligt hat. Sie gab an, dass der streitgegenständliche Auftrag bereits für ihre Größe mit 60 Mitarbeitern eine Herausforderung darstelle.

Im Zusammenhang damit, dass die Antragstellerin vorgäbe, im Auftragsfall neue Mitarbeiter einzustellen, wies sie auf ein hohes damit verbundenes Risiko hin. Dieses Risiko bestünde darin, dass die Antragstellerin den Leistungsumfang nicht beherrschen würde und dadurch Zeitverschiebungen und Mehrkosten verbunden sein könnten.

Die Beigeladene stellte keinen Antrag.

Die Beteiligten haben ihr Vorbringen in der mündlichen Verhandlung vom 31.01.2013 ergänzt und vertieft. Wegen der Einzelheiten wird auf das Protokoll der Verhandlung verwiesen.

Die Vergabekammer hat dabei ihre vorläufige Auffassung zum Ausdruck gebracht, dass der Antragsgegner die geforderten Eignungsnachweise nicht ordnungsgemäß in der Vergabebekanntmachung benannt habe. Diese könnten bei der Wertung nicht herangezogen werden.

Dem ist der Antragsgegner schriftsätzlich im Nachgang zur mündlichen Verhandlung entgegengetreten.

Er verwies darauf, dass in der Bekanntmachung unter I.1) auf die Möglichkeit eines kostenlosen Download der Vergabeunterlagen unter [www.evergabe-online.de](http://www.evergabe-online.de) verwiesen wird. Die Antragstellerin habe vor Abgabe ihres Angebots die uneingeschränkte und kostenfreie Möglichkeit des Zugriffs auf Formblatt 124 und die gesamten Ausschreibungsunterlagen gehabt. Hieraus habe sich ergeben, welche Eignungsnachweise der Antragsgegner verlangt habe. Ein Verstoß gegen das Transparenzgebot sei dadurch nicht gegeben. Die Antragstellerin habe dieses auch nicht gerügt.

Die Antragstellerin hat sich schriftsätzlich der vorläufigen Auffassung der Vergabekammer angeschlossen.

Mit Beschluss vom 10.01.2013 wurde der Malerfachbetrieb ..... zum Verfahren beige-laden.

Schließlich hat der Vorsitzende die Entscheidungsfrist gemäß § 113 Abs. 1 Satz 2 GWB bis zum 19.02.2013 verlängert.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sachverhalts wird auf die eingereichten Schriftsätze sowie die Vergabeakte Bezug genommen.

## II.

Der Antrag ist zulässig.

### 1. Zulässigkeit

#### 1.1 Zuständigkeit

Gemäß § 104 Abs. 1 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) veröffentlicht im BGBl. I, 1998 S. 2568 ff., neugefasst durch Bekanntmachung vom 15.07.2005, BGBl. I, 2114, zuletzt geändert durch Gesetz vom 25.05.2009, BGBl. I, 1102, i.V.m. der Richtlinie über die Einrichtung von Vergabekammern in Sachsen-Anhalt (RdErl. des MW LSA vom 04.03.1999 – 63 - 32570/03, veröffentlicht im MBl. LSA Nr. 13/1999 S. 441 ff., zuletzt geändert durch RdErl. des MW vom 07.09.2009 – 53-873-10, veröffentlicht im MBl. LSA Nr. 33/2009 S. 691 ff.) ist die 2. Vergabekammer beim Landesverwaltungsamt Sachsen-Anhalt für die Nachprüfung des vorliegenden Vergabeverfahrens örtlich zuständig.

Die Antragsgegnerin ist öffentlicher Auftraggeber gem. § 98 Nr. 2 GWB.

Der maßgebliche Schwellenwert von 5 Mio Euro für die Vergabe von Bau- und Dienstleistungsaufträge gemäß des zum Zeitpunkt der Veröffentlichung der Ausschreibung geltenden § 100 Abs. 1 GWB i.V.m. § 2 Nr. 3 der Vergabeverordnung (VgV) in der Fassung der Bekanntmachung vom 11. Februar 2003 (BGBl I 2003, S. 169 ff.), zuletzt geändert durch Artikel 1 und 2 vom 12. Juli 2012 (BGBl 2012, Teil I Nr. 33, S. 1508), ist für die Baumaßnahme überschritten. Hierbei ist gemäß § 3 Abs. 1 Satz 1 VgV die Gesamtvergütung für die vorgesehene Leistung zugrunde zu legen.

#### 1.2 Antragsbefugnis

Die Antragstellerin ist antragsbefugt, da sie durch Teilnahme an dem von dem Antragsgegner durchgeführten Vergabeverfahren ein Interesse am betreffenden Auftrag bekundet hat. Sie hat weiterhin eine Rechtsverletzung in ihren Rechten durch Nichtbeachtung von Vergabevorschriften geltend macht (§ 107 Abs. 2, Satz 1 GWB) und hinreichend dargelegt, dass ihr durch Verletzung von Vergabevorschriften möglicherweise ein Schaden drohe (§ 107 Abs. 2, Satz 2 GWB).

Sie hat ausgeführt, dass der Antragsgegner zu Unrecht das Angebot der Beigeladenen für den Zuschlag vorgesehen habe. Hierdurch wären ihre Aussichten, den Zuschlag zu erhalten, beeinträchtigt.

#### 1.3 Rüge

Die Antragstellerin hat die von ihr behaupteten Vergabeverstöße rechtzeitig im Sinne des § 107 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 GWB gegenüber dem Antragsgegner gerügt.

Nach dieser Regelung ist ein Antrag unzulässig, soweit der Antragsteller den gerügten Verstoß gegen Vergabevorschriften im Vergabeverfahren erkannt und gegenüber dem Auftraggeber nicht unverzüglich gerügt hat.

Die Antragstellerin hat unmittelbar nach Erhalt des Absageschreibens am 03.12.2012 am gleichen Tag gegenüber dem Antragsgegner die entsprechende Rüge erhoben. Dies ist rechtzeitig.

Zwar weist der Antragsgegner im Übrigen zutreffend darauf hin, dass die Rüge nach dem Wortlaut der o.g. Vorschrift zeitlich vor der Einleitung des Nachprüfungsverfahrens erhoben werden muss. Hieran hat sich die Antragstellerin gehalten. Sie hat nach dem eigenen Vorbringen des Antragsgegners wenige Minuten vor Einreichung des Nachprüfungsantrages gegenüber dem Antragsgegner gerügt. Anders als dieser meint, ist es rechtlich nicht zwingend erforderlich, dass der Bieter nach Erhebung der Rüge einen angemessenen Zeitraum bis zur Einleitung des Nachprüfungsverfahrens abwartet. Dies ist nach dem Wortlaut der Vorschrift des § 107 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 GWB nicht vorgesehen. Etwas anderes

ergibt sich auch nicht bei einer Auslegung der Vorschrift nach ihrem Sinn und Zweck. Der Auftraggeber ist auch bei nahezu gleichzeitiger Erhebung der Rüge und Einreichung des Nachprüfungsantrages nicht daran gehindert, den behaupteten Verstoß zu prüfen und den etwaigen Fehler zu beseitigen. Aus der vorgenannten Vorschrift ergibt sich nicht, dass dem Auftraggeber diese Möglichkeit ohne eigenes Kostenrisiko eingeräumt werden müsste (siehe OLG Naumburg v. 14.12.2004, 1 Verg 17/04; OLG Naumburg v. 25.10.2005, 1 Verg 5/05; OLG Düsseldorf v. 09.04.2003, Verg 69/02, VII-Verg 69/02; 1. VK Bund v. 10.01.2007, VK 1-151/06; VK Hessen 2. VK v. 09.10.2009, 69d VK-36/2009; 1. VK des Landes Sachsen-Anhalt v. 18.11.2004, 1 VK LSA 62/04).

## **2. Begründetheit**

Der Antrag ist begründet.

Dem Antragsgegner ist zu untersagen, auf Grundlage der bisherigen Wertung der Beigeladenen den Zuschlag zu erteilen.

Der Antragsgegner hat im Lauf des Vergabeverfahrens in mehrfacher Hinsicht gegen das Transparenzgebot verstoßen. Weiterhin ist das Angebot der Antragstellerin weder nach § 16 Abs. 1 Nr. 1g VOB/A noch nach § 16 Abs. 1 Nr. 3 VOB/A auszuschließen.

### **Hierzu im Einzelnen:**

#### **a) kein Ausschluß wegen vorsätzlich unzutreffender Erklärungen der Antragstellerin**

Nach § 16 Abs. 1 Nr. 1g VOB/A sind Angebote von Bietern auszuschließen, die im Vergabeverfahren vorsätzlich unzutreffende Erklärungen in Bezug auf ihre Fachkunde, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit abgegeben haben.

Die Antragstellerin hat im Formblatt 124 erklärt, dass ihr die für die Ausführung der Leistung erforderlichen Arbeitskräfte zur Verfügung stehen. Gleichzeitig hat sie das Formblatt 235EG als Verzeichnis der Nachunternehmerleistungen EG ihrem Angebot nicht beigefügt. Diese Erklärungen sind nur so zu verstehen, dass sie keine Nachunternehmerleistungen in Anspruch nimmt.

Ein Ausschluss des Angebots der Antragstellerin nach der vorgenannten Vorschrift ist allerdings allein deshalb nicht geboten, da die geforderten Angaben zu Nachunternehmerleistungen für sich betrachtet überhaupt nicht die Eignung betreffen (vgl. OLG Düsseldorf v. 30.11.2009 VII-Verg 41/09 Rd. 13). Unabhängig hiervon waren die Erklärungen der Antragstellerin nicht unzutreffend.

Soweit sie beabsichtigt, neben der Einstellung zusätzlicher Arbeitskräfte, eventuell auch Leiharbeiter zu beschäftigen, stellt dies, anders als der Antragsgegner meint, keine Nachunternehmerleistung dar.

Der Nachunternehmer schuldet dem Bieter vertraglich eine Teilleistung, zu der sich dieser gegenüber dem Auftraggeber verpflichtet hat. Eine derartige vertragliche Beziehung besteht zwischen dem Leiharbeiter und dem Entleiher nicht. Eine Arbeitnehmerüberlassung liegt dann vor, wenn ein Verleiher einen Arbeitnehmer einstellt und zur vorübergehenden oder dauernden Arbeitsleistung dem Entleiher überlässt. Der Leiharbeiter steht dabei zu dem entleihenden Unternehmen in keiner Rechtsbeziehung. Vielmehr bleibt der Leiharbeiter auch während der Zeit der Entleihung Mitarbeiter des entsendenden Verleiherbetriebes. Dies ergibt sich aus § 14 Abs. 1 des Gesetzes zur Regelung der Arbeitnehmerüberlassung (vgl. VK Rheinland-Pfalz v. 31.10.2012 – VK 1-26/12).

Es besteht auch kein Nachunternehmerverhältnis zwischen dem entsprechendem Bieter und dem Verleiher. Die Verpflichtung des Verleihers beschränkt sich darauf, ihm Arbeitskräfte zu überlassen. Er ist aber nicht in die Erfüllung der zwischen dem Entleiher und der Vergabestelle vertraglich vereinbarten Leistungen eingeschaltet.

Selbst wenn man hierzu eine andere Auffassung vertritt, hätte die Antragstellerin vorsätzlich falsche Erklärungen im Sinne der vorgenannten Vorschrift abgeben müssen, um einen Ausschluss des Angebots zu rechtfertigen. Hierfür gibt es keine Anhaltspunkte. Es hat sich im Übrigen im Lauf des Nachprüfungsverfahrens geklärt, dass die Antragstellerin in ihren

Schriftsätzen den Begriff Partnerbetrieb missverständlich verwendet hatte. Sie meinte damit offensichtlich nach ihrem eigenen Bekunden Leiharbeitsfirmen.

## **b) Fehlerhafter Ausschluss des Angebots der Antragstellerin mangels Eignung**

Der Antragsgegner hat im Übrigen das Angebot der Antragstellerin zu Unrecht mangels Eignung ausgeschlossen. Dies gilt unabhängig von der Frage, ob die Antragstellerin geeignet wäre, den streitgegenständlichen Auftrag zu erfüllen. Der Antragsgegner hat sämtliche Eignungsunterlagen (wie Angaben zu Umsatzzahlen, Arbeitskräften sowie Referenzen, etc.), auf die er sich bei seiner Entscheidung stützt, nicht wirksam von den Bietern gefordert.

Die von dem Antragsgegner insoweit verlangten Eignungsnachweise waren von ihm vergaberechtswidrig nicht bekannt gemacht worden und können somit nicht zu Lasten der Antragstellerin herangezogen werden. Aus Gründen der Transparenz verlangt § 12a Abs. 2 Nr. 2 VOB/A i.V.m. Ziffer III.2 des EU-Standardformulars für Bekanntmachungen (Anhang) II der Verordnung (EG) Nr. 1564/2005, dass Vorgaben an die Eignung bereits in der Vergabebekanntmachung benannt werden. Ein Bieter soll allein bereits aus der Bekanntmachung auf den ersten Blick erkennen können, ob er die Eignungsanforderungen erfüllen kann. Diesen Anforderungen genügt die Bekanntmachung des Antragsgegners nicht. Es war dort lediglich ausgeführt, dass die Eignung entweder durch Eintragung in die Liste des Vereins für Präqualifikation von Bauunternehmen oder durch Eigenerklärungen gemäß Formblatt 124 (in dem die Eignungsanforderungen konkret erstmals benannt wurden) nachzuweisen sei. Gelange das Angebot eines nicht präqualifizierten Bieters in die engere Wahl, seien die im Formblatt 124 angegebenen Bescheinigungen innerhalb von 6 Kalendertagen vorzulegen. Das Formblatt liege bei.

Allein der Verweis auf das Formblatt 124 ist in diesem Zusammenhang nach den vorgenannten Ausführungen nicht ausreichend. Aus den vorgenannten Vorschriften ergibt sich vielmehr, dass die Eignungsanforderungen in concreto sich unmittelbar aus der Bekanntmachung selbst ergeben müssen (VK Bund v. 27.08.2012 VK 1-88/12, OLG Düsseldorf v. 23.06.2010 VII-Verg 18/10, OLG München v. 15.03.2012 Verg 2/12).

Anders als der Antragsgegner meint, ist der hier zu entscheidende Sachverhalt mit dem im Beschluss des OLG Düsseldorf v. 16.11.2011 VII-Verg 60/11 nicht vergleichbar. Es ist zwar zutreffend, dass vorliegend in der Vergabebekanntmachung darauf hingewiesen wurde, dass das Formblatt 124 beiliege (vgl. III.2.1 der Bekanntmachung). Dies konnte von einem verständigen Bieter nur so verstanden werden, dass dies Bestandteil der Verdingungsunterlagen ist. Der Antragsgegner weist auch richtigerweise darauf hin, dass die Bieter im Rahmen der Bekanntmachung die Möglichkeit hatten, die Verdingungsunterlagen elektronisch abzurufen (vgl. I.1 der Bekanntmachung).

Anders als in dem vorgenannten Beschluss des OLG Düsseldorf war es den Bietern jedoch nicht möglich, unkompliziert durch einfaches Aufrufen Kenntnis über den Inhalt des Formblattes 124 zu erlangen.

Um in dem vorliegenden Vergabeverfahren elektronisch Zugriff auf die Vergabeunterlagen zu erhalten, wird den Bietern zuerst abverlangt, sich unterstützt durch einen Angebotsassistenten bei einem Bestellsystem anzumelden und registrieren zu lassen, um auf diesem Weg und kostenpflichtig zuerst eine qualifizierte elektronische Signatur bzw. eine fortgeschrittene Signatur zu erlangen. Nach Ablauf einer Beantragungszeit von einigen Werktagen wird er erst in die Lage versetzt, mit Hilfe entsprechender Softwarekomponenten die Unterlagen und Formblätter der Vergabepattform des Bundes kostenfrei zu nutzen. Die Erlangung dieser Nutzungsvoraussetzungen fordert eine zeitgemäße Softwareausstattung eines entsprechenden Arbeitsplatzrechners sowie gewisse Kenntnisse im Umgang und Gebrauch internetgestützter Arbeit mit Vergabepattformen voraus. Dies hat die Vergabekammer durch ein Nachverfolgen des angegebenen Pfades in [www.evergabe-online.de](http://www.evergabe-online.de) ermittelt.

Bei den Bekanntmachungen anderer Vergaben lässt sich zum Teil erkennen, dass das Formblatt 124 durch einen aktiven Link z.B. auf [www.bbr.bund.de](http://www.bbr.bund.de) direkt und unkompliziert durch die Bieter aufgerufen werden kann (so wie wohl bei OLG Düsseldorf a.a.O).

Die Vorgehensweise des Antragsgegners erlaubte es dagegen den Bietern nur mit nicht unerheblichem, auch zeitlichem Aufwand, Zugriff auf das Formblatt 124 zu erlangen. Dies ist keinesfalls mit dem Fall gleichzusetzen, dass die Vorgaben an die Eignungsnachweise, wie nach § 12 Abs. 2 Nr. 2 VOB/A A i.V.m. Ziffer III.2 des EU-Standardformulars für Bekanntmachungen (Anhang) II der Verordnung (EG) Nr. 1564/2005 verlangt, bereits in der Vergabebekanntmachung benannt und für die Bieter ohne Weiteres ersichtlich sind.

Wie bereits erwähnt, hat der Antragsgegner die entsprechenden Eignungsunterlagen somit nicht wirksam gefordert. Es ist ihm deshalb verwehrt, die Antragstellerin auszuschließen, weil sie die geforderten Eignungsbelege nicht vorgelegt hat, noch weil sie nach seiner Auffassung die auf dieser Grundlage zu beurteilenden Anforderungen inhaltlich nicht erfüllt. Die Antragstellerin hätte die entsprechenden Nachweise nicht einmal vorlegen müssen.

Es kann vor diesem Hintergrund auf sich beruhen, ob die Antragstellerin die Angaben zu dem Arbeitskräfteeinsatz vollständig erbracht hat. Gleichfalls kann offen bleiben, ob die von der Antragstellerin eingereichten Referenzen mit der ausgeschriebenen Leistung vergleichbar sind. Es sei jedoch am Rande erwähnt, dass der Vergabevermerk hierzu Ausführungen vermissen lässt. Schließlich ist der Antragsgegner daran gehindert, die Angaben zu dem Umsatz und den Arbeitskräften bei der Wertung zu verwenden.

### **c) Weiterer Verstoß gegen das Transparenzgebot**

Darüber hinaus verstößt die Wertung des Antragsgegners auch in anderer Hinsicht gegen das Transparenzgebot im Sinne des § 97 Abs. 1 GWB. Er hat die zeitlichen Parameter des gewerkegerechten Ablaufplans den Bietern nicht bekannt gegeben; diese jedoch bei der Wertung des Angebotes der Antragstellerin herangezogen.

Er hat in den Ausschreibungsunterlagen lediglich den Gesamtbauzeitraum und in seinem Bauablaufplan die Bauzeit je Bauabschnitt über sämtliche Gewerke bekannt gegeben. Dies war zwar für die Grobablaufplanung des Antragsgegners ausreichend. Es konnte allerdings nicht ausgeschlossen werden, dass die Bieter bei den ihnen vorliegenden Angaben davon ausgingen, sich flexibel innerhalb der jeweiligen Gesamtbauzeit in die Abläufe einbinden zu können. Im entsprechenden Sinne haben sowohl die Antragstellerin als auch die Beigeladene die Ausschreibungsunterlagen verstanden. Dies haben sie in der mündlichen Verhandlung zum Ausdruck gebracht. Der Antragsgegner hat jedoch bei der Wertung der Eignung insbesondere hinsichtlich des Arbeitskräftebedarfs über die Angaben zum Gesamtbauzeitraum hinaus konkrete Ausführungsfristen für die Malerarbeiten zugrunde gelegt. Er wäre bei dieser Vorgehensweise gehalten gewesen, diese Angaben bereits in den Ausschreibungsunterlagen bekannt zu geben. Bei der Verfahrensweise des Antragsgegners war es insbesondere kleinen und mittleren Unternehmen nicht möglich, sich auf Grundlage der Kenntnis aller für die Ausführung des Auftrages erheblichen Umstände zu entscheiden, ob eine Bewerbung für sie überhaupt in Betracht kommt. Sie konnten sich auch nicht im vollem Umfang bei der Erstellung ihrer Angebote auf die diesbezüglichen Vorgaben des Antragsgegners einstellen. Die entsprechenden Angaben sind für die Bieter von Relevanz, um abschätzen zu können, wieviele Arbeitskräfte und welche technischen Kapazitäten sie für die Erbringung ihrer Leistungen benötigen. Dies ist auch für die Frage von Bedeutung, ob sie die anzubietenden Leistungen mit eigenem vorhandenem Personal erbringen können oder ob sie gegebenenfalls Nachunternehmer einschalten müssen bzw. mindestens zusätzliches Personal erforderlich wird.

### **d) Zu treffende Maßnahmen der Vergabekammer**

Bei dieser Sachlage obliegt es dem Antragsgegner zu entscheiden, wie er weiter verfährt. Die Vergabekammer darf insoweit nur anordnen, dass auf der Grundlage der bisherigen Wertungsentscheidung der Zuschlag nicht erteilt werden darf.

Der Antragsgegner hat zum einen die Möglichkeit, die Eignung der Bieter erneut zu beurteilen. Wie bereits erwähnt, ist es ihm dabei verwehrt, die von ihm nicht wirksam geforderten Eignungsnachweise zu berücksichtigen. Er darf außerdem dabei die zeitlichen

Parameter der von ihm vorgenommenen gewerkegerechten Ablaufplanung nicht heranziehen.

Soweit es dem Antragsgegner jedoch auf die Vorlage und Prüfung von Eignungsnachweisen ankommt, ist er gehalten, die Ausschreibung aufzuheben und eine neue Vergabebekanntmachung zu veranlassen.

Die Vergabekammer ist schließlich bei der gegebenen Sachlage befugt, die vorgenannten Verstöße gemäß § 114 Abs. 1 S. 2 GWB unabhängig von dem ursprünglichen Vorbringen der Antragstellerin aufzugreifen und entsprechend auf die Rechtmäßigkeit des Verfahrens einzuwirken. Die Antragstellerin wird durch die Verstöße gegen das Transparenzgebot schwerwiegend in ihren Rechten verletzt.

Diese sind auch nicht etwa präkludiert im Sinne des § 107 Abs. 3 Nr. 1 und Nr. 3 GWB. Die Tatsache, dass die betreffenden Eignungsanforderungen nicht wirksam gestellt wurden, da sie nicht bereits in der Vergabebekanntmachung benannt wurden, war weder für einen durchschnittlichen mit dem Vergabeverfahren vertrauten Bieter noch individuell für die hier betroffene Antragstellerin erkennbar. Der Vergaberechtsverstoß ergab sich nicht unmittelbar aus dem Normtext der VOB/A, sondern erst über einen Verweis in § 12a Abs. 2 Nr. 2 VOB/A auf das EU-Standardbekanntmachungformular. Erkennbar im Sinne der § 107 Abs. 3 Nr. 1 und Nr. 3 GWB sind jedoch nur solche Verstöße, die laienhaft und ohne juristische Kenntnisse sofort ins Auge fallen. Diesbezüglich dürfen an die Bieter, hier die Antragstellerin, keine überhöhten Anforderungen gestellt werden (Vergl. VK Bund a.a.O., OLG Düsseldorf v. 23.06.2010 Verg 18/10).

Auch die Tatsache, dass der Antragsgegner erst bei der Bewertung der Eignung der Antragstellerin konkrete Ausführungsfristen für die Erbringung der Malerarbeiten innerhalb seines Bauablaufes vorgesehen hatte, war für die Antragstellerin vor Einleitung des Nachprüfungsverganges nicht erkennbar. Ihr war der Wertungsvorgang nicht bekannt.

### III.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 128 Abs. 1 i.V.m. Abs. 3 Satz 1 GWB. Nach dieser Vorschrift hat ein Beteiligter die Kosten zu tragen, soweit er im Verfahren unterliegt, mithin der Antragsgegner. Er ist mit seinem Begehren nicht durchgedrungen. Es ist daher gerechtfertigt, dass er die Kosten zu tragen hat.

Der Antragsgegner ist auch nicht nach § 2 Abs. 1 Nr. 1 Verwaltungskostengesetz des Landes Sachsen-Anhalt (VwKostG LSA vom 27.06.1991) von der Entrichtung der Kosten befreit. Nach dieser Vorschrift werden Gebühren im Verwaltungsverfahren nicht erhoben für Amtshandlungen, zu denen eine Landes- oder gleichgestellte Behörde Anlass gegeben hat. Nach § 2 Abs. 3 Nr. 3 VwKostG LSA ist diese Regelung jedoch nicht anzuwenden bei Entscheidungen über förmliche Rechtsbehelfe, z. B. über einen Widerspruch. Das Vergabenaachprüfungsverfahren ist in diesem Zusammenhang mit einem Widerspruchsverfahren vergleichbar (vgl. OLG Naumburg v. 17.09.2002, Az.: 1 Verg 8/02; OLG Naumburg v. 20.09.2012, Az. 2 Verg 4/12).

Rechtsgrundlage für die Bemessung der Höhe der Gebühren ist § 128 Abs. 2 Satz 1 GWB. Die Höhe der Gebühren bestimmt sich nach dem personellen und sachlichen Aufwand der Vergabekammer unter Berücksichtigung der wirtschaftlichen Bedeutung des Gegenstands des Nachprüfungsverfahrens. Grundlage des wirtschaftlichen Wertes ist insoweit der Bruttoangebotspreis der Antragstellerin.

Nach der Gebührentabelle der Vergabekammer ergibt sich ein Richtwert von ..... Euro inklusive Auslagen. Es besteht keine Veranlassung, von diesem Richtwert abzuweichen.

Die Einzahlung des Betrages in Höhe von ..... **Euro** hat nach Eintritt der Bestandskraft des Beschlusses durch den Antragsgegner unter Verwendung des

Kassenzeichen ..... auf das Konto 810 015 00 bei der Landeshauptkasse Sachsen-Anhalt, Deutsche Bundesbank Magdeburg, BLZ 810 000 00 zu erfolgen.

Nach § 128 Abs. 4 Satz 1 GWB hat ein Beteiligter die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung und Rechtsverteidigung notwendigen Aufwendungen des jeweiligen Verfahrensgegners zu tragen, soweit er im Verfahren unterliegt. Der Antragsgegner ist hier als Unterliegender anzusehen und hat daher diese Aufwendungen der Antragstellerin zu tragen.

Angesichts der Schwierigkeiten des Nachprüfungsverfahrens war die Hinzuziehung eines bevollmächtigten Vertreters für die Antragstellerin notwendig (§ 128 Abs. 4 S. 4 GWB i.V.m. § 80 Abs. 2 VwVfG).

Der Antragstellerin wird der bereits geleistete Kostenvorschuss in Höhe von ..... **Euro** nach Eintritt der Bestandskraft des Beschlusses zurückerstattet. Dazu wird um Angabe der Bankverbindung gebeten.

Seine eigenen Aufwendungen für ihre Rechtsverfolgung und Rechtsverteidigung hat der Antragsgegner selbst zu tragen.

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

#### **Rechtsbehelfsbelehrung:**

Gegen diese Entscheidung kann das Oberlandesgericht Naumburg, Domplatz 10, 06618 Naumburg, innerhalb einer Frist von zwei Wochen, die mit der Zustellung dieser Entscheidung beginnt, schriftlich angerufen werden.

Die sofortige Beschwerde ist zugleich mit ihrer Einlegung zu begründen.

Die Beschwerde muss die Erklärung, inwieweit die Entscheidung der Vergabekammer angefochten und eine abweichende Entscheidung beantragt wird, sowie die Angabe der Tatsachen und Beweismittel, auf die sich die Beschwerde stützt, enthalten.

Die Beschwerdeschrift muss durch einen Rechtsanwalt unterzeichnet sein. Dies gilt nicht für Beschwerden von juristischen Personen des öffentlichen Rechts.

gez. ....

gez. ....