

Leitsätze:

1. Steht der VSt bei der Entscheidung über den Ausschluss eines Angebots ein Beurteilungsspielraum zu und hat sie in Ausübung dieses Spielraums die Zuverlässigkeit, fachliche Eignung oder Leistungsfähigkeit des Bieters bejaht, ist sie daran grundsätzlich gebunden. Sie ist nach Treu und Glauben im allgemeinen gehindert, im weiteren Verlauf des Vergabeverfahrens von ihrer ursprünglichen Beurteilung abzurücken und bei unveränderter Sachlage die Zuverlässigkeit, fachliche Eignung oder Leistungsfähigkeit des Bieters nunmehr zu verneinen. Die Bindung an eine einmal getroffene Ermessensentscheidung besteht selbst dann, wenn der Auftraggeber im Rahmen der Eignungsprüfung verfahrensfehlerhaft nicht alle zu berücksichtigenden Umstände gewürdigt haben sollte. Allerdings kann es im Einzelfall zulässig und sogar geboten sein, eine Eignungsprüfung nachträglich zu korrigieren, wenn sich zwischenzeitlich aufgrund neuer Erkenntnisse herausgestellt haben sollte, dass die ursprüngliche Eignungsprüfung auf falschen Tatsachen beruhte.
2. Für die Bewertung der Zuverlässigkeit eines Bieters im Vergabeverfahren ist 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 regelmäßig aufgrund des in der Vergangenheit liegenden Geschäftsgebarens des Bewerbers erfolgt. Zu den typischen Fällen von Unzuverlässigkeit eines Bewerbers gehört grundsätzlich auch mangelnde Sorgfalt bei der Ausführung früherer Arbeiten, die zu Nachforderungen des Auftraggebers oder zu Gewährleistungsansprüchen geführt hat. Erforderlich ist eine umfassende Abwägung aller in Betracht kommenden Gesichtspunkte unter angemessener Berücksichtigung des Umfangs, der Intensität, des Ausmaßes und des Grades der Vorwerfbarkeit der Pflichtverletzungen. Aus der Tatsache einer Vertragsverletzung oder einer mangelhaften Leistung kann daher nur dann der Rückschluss auf eine Unzuverlässigkeit des Unternehmers gezogen werden, wenn der Mangel gravierend ist, d.h. zu einer deutlichen Belastung des Auftraggebers, sei es in tatsächlicher oder finanzieller Hinsicht, geführt hat.
3. Ein Ausschluss eines Unternehmens von der Vergabe öffentlicher Aufträge wegen Unzuverlässigkeit kann schwerwiegende Folgen für das Unternehmen haben. Deshalb sind die Hürden für einen derartigen Ausschluss relativ hoch. Insbesondere muss es sich um gravierende und vor allem um nachgewiesene Verfehlungen handeln.

Nachprüfungsantrag: ...
Bevollmächtigte:
...
(**Antragstellerin - ASt**)

Vergabestelle: ...
(**Vergabestelle – VSt**)

Beigeladene: ...
(**Beigeladene - BGI**)

Auftragsbezeichnung: ...
Fachlos: **Parkett- und Bodenbelagsarbeiten ...**

Vergabeverfahren: **Offenes Verfahren nach § 3a Abs. 1 Nr. 1 VOB/A**

Die Vergabekammer Nordbayern bei der Regierung von Mittelfranken erlässt auf die mündliche Verhandlung vom 12.06.2012 durch die Vorsitzende ..., den hauptamtlichen Beisitzer ... und den ehrenamtlichen Beisitzer ... folgenden

B e s c h l u s s :

1. Es wird festgestellt, dass die Durchführung des Vergabeverfahrens die Antragstellerin in ihren Rechten verletzt.
Die Vergabestelle wird verpflichtet, erneut in die Angebotswertung einzutreten und diese unter Berücksichtigung des Angebotes der Antragstellerin und der Rechtsauffassung der Vergabekammer durchzuführen.
2. Die Vergabestelle trägt die Kosten des Verfahrens und die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen der Antragstellerin.
3. Die Hinzuziehung eines Bevollmächtigten durch die Antragstellerin war notwendig.
4. Die Beigeladene trägt ihre Aufwendungen selbst.
5. Die Gebühr für dieses Verfahren beträgt x.xxx,- €
Auslagen sind nicht angefallen.
Die Vergabestelle ist von der Zahlung der Gebühr befreit.

S a c h v e r h a l t :

1.
Die VSt schrieb Parkett- und Bodenbelagsarbeiten für im Offenen Verfahren aus.
Das Verfahren wurde im Supplement zum Amtsblatt der EU am xx.xx.xxxx veröffentlicht.
Zuschlagskriterium war der Preis mit 100%.
2.
Zum Eröffnungstermin am xx.xx.xxxx lagen 16 Angebote vor.

Nach rechnerischer Prüfung hat die ASt das günstigste Angebot mit xxx.xxx,xx € brutto abgegeben. Die BGI liegt mit xxx.xxx,xx € brutto auf Platz 2.

3.

Mit Schreiben vom 20.04.2012 teilte die VSt der ASt die Absicht mit, ihr nach Ablauf der Informationsfrist gemäß § 101 a GWB den Zuschlag für den Fall zu erteilen,

" dass bis dahin kein Nachprüfungsverfahren eingeleitet worden ist und nicht andere unvorhersehbare entscheidungsrelevante Gründe eingetreten sind. "

Am 03.05.2012 revidierte die VSt ihre Zuschlagsentscheidung. Der ASt wurde mitgeteilt, dass beabsichtigt sei, frühestens am 14.05.2012 den Zuschlag auf das Angebot der BGI zu erteilen. Das Angebot der ASt sei ausgeschlossen worden.

Im Absageschreiben erläuterte die VSt den Ausschluss der ASt:

" Aufgrund äußerst schlechter Erfahrungen unseres Hauses in der Auftragabwicklung des Projektes, Vergabe in Bezug auf die Zuverlässigkeit Ihres Unternehmens wird Ihr Angebot gem. VOB/A § 16 Abs. 2 Nr.1 ausgeschlossen. "

4.

Die ASt rügte am 03.05.2012 den Ausschluss.

Der Ausschluss sei für die ASt nicht nachvollziehbar, weil sie das Projekt auftragsgemäß durchgeführt habe.

5.

Am 07.05.2012 teilte die VSt mit, dass sie der Rüge nicht abhelfen werde.

Zur Begründung benannte die VSt Schwierigkeiten mit der ASt bei den Aufträgen:

- xxxxx - Bodenbelagsarbeiten für in wegen der Weitervergabe der Leistung an eine Fremdfirma.
- yyyyy - Bodenbelagsarbeiten für in wegen mangelhafter Leistungserbringung und mangelnder Termintreue durch die ASt.

6.

Mit Telefax vom Freitag, 11.05.2012 stellte die ASt Antrag auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens und beantragte:

1. die VSt zu verpflichten, das laufende Vergabeverfahren nicht weiterzuführen und die Rechtmäßigkeit des Verfahrens unter Beachtung der Rechtsauffassung der Kammer wieder herzustellen,

2. der ASt Einsicht in die Vergabeakte der VSt zu gewähren,
3. der VSt die Kosten des Verfahrens einschließlich der zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Auslagen aufzuerlegen,
4. festzustellen, dass die Hinzuziehung der Bevollmächtigten der ASt notwendig war.

Ein Ausschluss gemäß § 16 Nr. 2 Abs. 1 VOB/A sei nicht gerechtfertigt.

- xxxxx - Bodenbelagsarbeiten für in: Auf Anfrage habe die VSt einer Weitervergabe der Arbeiten zugestimmt, deswegen könne eine Unzuverlässigkeit der ASt mit Weitervergabe nicht begründet werden.
- yyyyy - Bodenbelagsarbeiten für in: Die Bauzeitverzögerung könne der ASt nicht angelastet werden. Die ASt sei in der Ausführung ihrer Arbeiten behindert gewesen, was mehrere Behinderungsanzeigen zeigen würden.

Zu zeitlichen Verzögerungen sei es gekommen, weil Zusatzarbeiten zur Sanierung der Altuntergründe erst nach einem Gutachten von der VSt beauftragt worden seien. Das 4. und 5. Obergeschoss sei nicht geräumt gewesen und zudem seien andere Gewerke in diesem Bereich tätig gewesen, so dass die ASt ihre Arbeiten nicht ausführen konnte.

Die ASt habe versucht, durch eine längere tägliche Arbeitszeit und Wochenendarbeiten den Projekterfolg zu gewährleisten. Dies habe zu Mehrforderungen der ASt geführt.

Es sei der Vorwurf falsch, dass die ASt zugesagte Termine bzw. Bauzeitpläne unberechtigt ignoriert habe.

7.

Die Vergabekammer Nordbayern hat den Nachprüfungsantrag am 14.05.2012 der VSt zugestellt und um Zusendung der Vergabeakten und Äußerung gebeten.

8.

Die VSt legte am 16.05.2012 die Vergabeakten vor und beantragte, den Antrag zurückzuweisen.

Das Angebot der ASt sei zurecht ausgeschlossen worden, da der ASt die erforderliche Zuverlässigkeit abgesprochen werde. Es sei eine einwandfreie und vertragsgemäße Auftragsdurchführung nicht zu erwarten. Grund hierfür seien erhebliche negative Erfahrungen mit der ASt bei laufenden Aufträgen im eigenen Haus. Diese seien wegen der Zweihäusigkeit der VSt erst kurz vor der Vergabe offenkundig geworden. Deshalb habe die VSt ihre Entscheidung zugunsten der ASt vom 20.04.2012 nach einer nochmaligen

Prüfung des Sachverhaltes geändert und die ASt (mitgeteilt am 03.05.2012) ausgeschlossen.

Zur Begründung für die Ausschlussentscheidung führte die VSt folgende Aufträge an:

- xxxxx - Bodenbelagsarbeiten für in:
Die ASt habe bei der Vertragsanbahnung großes Interesse an der Ausführung der Leistungen bekundet, eine Rüge der ASt führte zum Ausschluss der auf Rang 1 liegenden Fa. XY. Nach Auftragserteilung habe die ASt mitgeteilt, dass sie eine ARGE mit der Fa. XY zur Abwicklung des Auftrages gründen wolle. Die VSt habe dem zugestimmt, zweifle aber wegen dieses Geschäftsgebarens an der Zuverlässigkeit der ASt.

- yyyyy - Bodenbelagsarbeiten für in:
Die ASt habe sich geweigert, Mängel ihrer Leistung zu beheben. Die Mängel seien bei der Abnahme am 07.12.2011 festgestellt und von der ASt trotz Mängelanzeige vom 13.01.2012 und Beseitigungsaufforderung vom 16.01.2012 und 20.02.2012 nicht behoben worden. Die VSt habe mittlerweile eine Drittfirma mit den Abschlussarbeiten beauftragt.

9.

Mit Schriftsatz vom 24.05.2012 äußerte sich die ASt zur Antragsrüge.

Die VSt habe zunächst der ASt nach durchgeführter Eignungsprüfung den Auftrag erteilen wollen. Dies bedeute, dass die VSt im Rahmen ihres Beurteilungsspielraumes die Eignung der ASt bejaht habe. An diese Entscheidung sei die VSt grundsätzlich gebunden und könne diese bei unveränderter Sachlage nicht ändern. Die zum Ausschluss der ASt führenden Bauvorhaben seien beide von der VSt betreut worden. Ein Wiedereintritt in die Eignungsprüfung könne nicht mit internen Informationsdefiziten der VSt, die durch ihre Zweihäusigkeit bedingt seien, begründet werden.

Zu den Bodenbelagsarbeiten für in trug die ASt vor, die Arbeiten seien vollständig abgenommen worden. Dies zeige, dass keine wesentlichen Mängel vorgelegen hätten. Die Abnahme habe ohne Beteiligung der ASt stattgefunden, das Abnahmeprotokoll sei der ASt erst zu einem späteren Zeitpunkt zugegangen. Die Aufforderungen zur Mängelbeseitigung vom 13.01.2012 und 16.01.2012 seien der ASt nicht bekannt. Die Mängel, angezeigt am 20.02.2012, habe die ASt beseitigt, soweit diese in ihren Verantwortungsbereich fallen würden. In Teilbereichen sei eine Ausführung nicht möglich gewe-

sen, weil Vorleistungen gefehlt hätten bzw. mangelhaft gewesen seien. Arbeiten eines Drittunternehmens seien der ASt nicht bekannt.

10.

Am 30.05.2012 legte die VSt ein Auftragsentzugsschreiben vom 04.10.2011 vor. Hierin wurde der ASt der Auftrag zzzzz, Bodenbelagsarbeiten für, entzogen, weil die ASt Mängelbeseitigungsarbeiten zwar begonnen, jedoch nicht abgeschlossen habe.

11.

Am 31.05.2012 wurde die Firma zum Verfahren beigelegt.
Die BGI hat sich im Verfahren nicht geäußert.

12.

Zum Vorwurf des Entzug des Auftrag zzzzz äußerte sich die ASt am 08.06.2012.
Bei den entzogenen Restarbeiten handele es sich um Stippnahtbildungen, die wegen nicht konstanter Temperierung des Gebäudes verursacht worden seien. Die ASt habe die Mängel, soweit sie sie als gewährleistetspflichtig ansah, beseitigt. Von der Schlussrechnung in Höhe von xx.xxx,- € habe die VSt für die Mängelbeseitigungen xxx,xx € einbehalten. Den Einbehalt sehe die ASt als unberechtigt an.

13.

In der mündlichen Verhandlung am 12.06.2012 hatten die Beteiligten Gelegenheit, sich zur Sache zu äußern.
Auf das Protokoll wird verwiesen.
Die ASt und die VSt bleiben bei ihren Anträgen.
Die BGI ist zur Verhandlung nicht erschienen.

Begründung:

1.

Der Nachprüfungsantrag ist zulässig.

- a)** Die Vergabekammer Nordbayern ist für das Nachprüfverfahren nach § 1 Abs. 2 und § 2 Abs. 2 Satz 2 BayNpV sachlich und örtlich zuständig.
- b)** Bei dem ausgeschriebenen Vertrag handelt es sich um einen öffentlichen Bauauftrag im Sinne von § 99 Abs. 3 GWB.

- c) Die VSt ist Auftraggeber nach § 98 Nr. 1 GWB.
- d) Die Kosten für die Errichtung des übersteigen den Schwellenwert von 5,0 Mio. € nach § 2 Nr. 3 VgV.
Die hier streitgegenständlichen Parkett- und Bodenbelagsarbeiten mit einem Auftragswert von rund xxx.000,- € sind ein Fachlos dieser Gesamtmaßnahme. Die VSt ordnet das Los dem 80 %-Kontingent zu (§ 2 Nr. 6 VgV). Dementsprechend hat sie die Ausschreibung als Offenes Verfahren im Amtsblatt der EU bekannt gemacht. Damit ist der rechtliche Rahmen für eine Nachprüfung nach §§ 102 ff GWB festgelegt.
- e) Der Zuschlag an die BGI wurde noch nicht erteilt (§ 114 Abs. 2 Satz 1 GWB).
- f) Die ASt ist antragsbefugt. Sie hat als beteiligte Bieterin ein Interesse am Auftrag und schlüssig dargetan, dass ihr durch die behauptete Rechtsverletzung ein Schaden entsteht bzw. zu entstehen droht (§ 107 Abs. 2 GWB).
- g) Die ASt hat den Ausschluss ihres Angebots am 03.05.2012 unverzüglich gerügt, nachdem ihr mit Schreiben vom 03.05.2012 der Ausschluss mitgeteilt worden war.

2.

Der Antrag ist begründet. Die ASt wird in ihren Rechten nach § 97 Abs. 7 GWB verletzt. Das Angebot der ASt ist zu Unrecht von der Wertung ausgeschlossen worden.

2.1

Die VSt ist an ihre einmal getroffene, für die ASt positive Wertungsentscheidung gebunden und kann diese nicht mehr nachträglich revidieren.

a)

Steht der Vergabestelle bei der Entscheidung über den Ausschluss eines Angebots ein Beurteilungsspielraum zu und hat sie in Ausübung dieses Spielraums die Zuverlässigkeit, fachliche Eignung oder Leistungsfähigkeit des Bieters bejaht, ist sie daran grundsätzlich gebunden. Sie ist nach Treu und Glauben im allgemeinen gehindert, im weiteren Verlauf des Vergabeverfahrens von ihrer ursprünglichen Beurteilung abzurücken und bei unveränderter Sachlage die Zuverlässigkeit, fachliche Eignung oder Leistungsfähigkeit

des Bieters nunmehr zu verneinen (OLG Düsseldorf, B. v. 16.11.2011 - Az.: VII-Verg 60/11).

Die Bindung an eine einmal getroffene Ermessensentscheidung besteht selbst dann, wenn der Auftraggeber im Rahmen der Eignungsprüfung verfahrensfehlerhaft nicht alle zu berücksichtigenden Umstände gewürdigt haben sollte (OLG Frankfurt, B. v. 24.02.2009 - Az.: 11 Verg 19/08).

Allerdings kann es im Einzelfall zulässig und sogar geboten sein, eine Eignungsprüfung nachträglich zu korrigieren, wenn sich zwischenzeitlich aufgrund neuer Erkenntnisse herausgestellt haben sollte, dass die ursprüngliche Eignungsprüfung auf falschen Tatsachen beruhte.

b)

Im vorliegenden Fall hatte die VSt zunächst eine positive Eignungsprognose getroffen und infolge dessen der ASt mit Schreiben vom 20.04.2012 in Aussicht gestellt, sie werde dieser nach Ablauf der Informationsfrist gemäß § 101 a GWB den Zuschlag erteilen. Die Auftragserteilung stand lediglich unter dem Vorbehalt, dass bis dahin kein Nachprüfungsverfahren eingeleitet und keine anderen unvorhersehbaren entscheidungsrelevanten Gründe eintreten würden.

Zu diesem Zeitpunkt lagen der VSt alle entscheidungsrelevanten Informationen vor. Dazu gehören auch die von der VSt nachträglich angeführten Erfahrungen mit der ASt aus drei vorher abgewickelten Projekten.

Grundsätzlich ist es nicht zu beanstanden, wenn ein Auftraggeber bei der Prüfung der Fachkunde, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit eines Bieters auch auf eigene Erfahrungen aus früheren, abgeschlossenen Vertragsverhältnissen zurückgreift.

Im Schreiben vom 03.05.2012, in dem die VSt die ASt vom Ausschluss ihres Angebotes wegen fehlender Zuverlässigkeit informierte, erläuterte sie diese Entscheidung mit schlechten Erfahrungen bei der Auftragsabwicklung des Projektes (yyyyy). In der Rügeantwort vom 05.05.2012 ergänzte sie dies mit mangelhafter Leistungserbringung und mangelnder Termintreue durch die ASt. Zusätzlich machte sie Probleme beim Neubau des in (xxxxx) wegen der Weitervergabe der Leistung seitens der ASt an eine Fremdfirma geltend. Im Nachprüfungsverfahren legte die VSt dann noch ein Auftragsentzugsschreiben vom 04.10.2011 vor. Hierin wurde der ASt der Auftrag im Rah-

men von (zzzzz) entzogen, weil die ASt Mängelbeseitigungsarbeiten zwar begonnen, jedoch nicht abgeschlossen habe.

Wenn die VSt nun geltend macht, dies wären neue Erkenntnisse gewesen, die ihr erst nach dem Zusageschreiben vom 20.04.2012 bekannt geworden waren, so kann sie damit nicht durchdringen. Die eigenen Probleme der VSt mit der ASt aus früheren Aufträgen waren der VSt bekannt. Es mag sein, dass es wegen der "Zweihäusigkeit" der VSt zu Kommunikationsproblemen zwischen den beiden Dienstsitzen kam. Allerdings wurde – lt. Vorbringen der VSt im Gedächtnisprotokoll, datiert auf 03.05.2012 - im Rahmen von internen Nachforschungen sowohl von "DG AAAAA – Liegenschaftsabteilung" (zur Vergabe yyyyy) als auch von "DG BBBBB – Liegenschaftsabteilung" (zur Vergabe xxxxx) über negative Erfahrungen mit der ASt berichtet. Eventuelle interne Kommunikationsprobleme dürfen nicht zu Lasten der ASt gehen.

Durch die Zusage vom 20.04.2012 konnte die ASt davon ausgehen, dass die Meinungsbildung innerhalb der VSt abgeschlossen war und eventuelle Unstimmigkeiten aus früheren Projekten eingeflossen waren, sich aber nicht negativ für die ASt ausgewirkt hatten.

Jedenfalls ist die VSt als eine einheitliche Behörde anzusehen; als solche ist sie auch aufgetreten. Sowohl das Zusageschreiben vom 20.04.2012 als auch das Absageschreiben vom 03.05.2012 weisen als Absender das "..... – Vergabestelle" mit der AAAAA Adresse aus.

c)

Somit liegt kein Ausnahmefall in Form von nachträglichen neuen Erkenntnissen vor. Damit bleibt es beim Grundsatz, wonach die VSt an ihre einmal getroffene, für die ASt positive Wertungsentscheidung gebunden ist und diese nicht mehr nachträglich revidieren kann.

2.2

Unabhängig davon ist ein Ausschluss des Angebotes der ASt unter dem Gesichtspunkt mangelnder Eignung im Hinblick auf deren Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit nicht gerechtfertigt.

a)

Gemäß § 16 Abs. 2 Nr. 1 VOB/A sind bei der Auswahl der Angebote, die für den Zuschlag in Betracht kommen, nur Bieter zu berücksichtigen, die für die Erfüllung der ver-

traglichen Verpflichtungen die erforderliche Fachkunde, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit besitzen.

Für die Bewertung der Zuverlässigkeit eines Bieters im Vergabeverfahren ist 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 regelmäßig aufgrund des in der Vergangenheit liegenden Geschäftsgeschehens des Bewerbers erfolgt. Zu den typische Fällen von Unzuverlässigkeit eines Bewerbers gehört grundsätzlich auch mangelnde Sorgfalt bei der Ausführung früherer Arbeiten, die zu Nachforderungen des Auftraggebers oder zu Gewährleistungsansprüchen geführt hat (Boesen, Vergaberecht, GWB § 97 Rz. 83 f.). Erforderlich ist eine umfassende Abwägung aller in Betracht kommenden Gesichtspunkte unter angemessener Berücksichtigung des Umfangs, der Intensität, des Ausmaßes und des Grades der Vorwerfbarkeit der Pflichtverletzungen (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 28.08.2001 - Verg 27/01). Aus der Tatsache einer Vertragsverletzung oder einer mangelhaften Leistung kann daher nur dann der Rückschluss auf eine Unzuverlässigkeit des Unternehmers gezogen werden, wenn der Mangel gravierend ist, d.h. zu einer deutlichen Belastung des Auftraggebers, sei es in tatsächlicher oder finanzieller Hinsicht, geführt hat (OLG Stuttgart, Urteil vom 29.04.2003 - 1 U 130/02, IBR 2003, 496; VK Nordbayern, B. v. 18.12.2007 - Az.: 21.VK - 3194 - 47/07).

b)

Vorliegend ist die VSt den Nachweis der Unzuverlässigkeit der ASt schuldig geblieben.

aa)

Den Ausschluss der ASt wegen deren Unzuverlässigkeit stützt die VSt auf schlechte Erfahrungen mit der ASt aus drei vorausgegangenen Vergabeverfahren.

Grundsätzlich ist es nicht zu beanstanden, wenn ein Auftraggeber bei der Prüfung der Fachkunde, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit eines Bieters auf eigene, auch schlechte, Erfahrungen aus früheren, abgeschlossenen Vertragsverhältnissen zurückgreift.

Bei der Beurteilung der Zuverlässigkeit kommt es auch darauf an, ob bei einer Gesamt abwägung die positiven oder die negativen Erkenntnisse über einen Bieter objektiv größeres Gewicht haben.

bb)

Zwar ist es bei den drei angeführten Projekten offensichtlich zwischen der ASt und der VSt zu Kommunikationsproblemen und Meinungsverschiedenheiten gekommen. Belast-

bare Nachweise für gravierende Fehler der ASt, wie sie etwa das Ergebnis eines Gerichtsverfahrens oder eines Verfahrens nach § 18 Abs. 2 VOB/B möglicherweise hätte erbringen können, gibt es aber nicht.

Die Vergabekammer hat sich aufgrund der überlassenen Unterlagen und der Einlassungen in der mündlichen Verhandlung ein Bild von den Vorkommnissen um die drei genannten vorangegangenen Projekte gemacht.

- Beim Projekt in (xxxxx) wurde der ASt vorgeworfen, dass sie nach Auftragserteilung mitgeteilt hatte, sie wolle mit einer weiteren Firma eine ARGE zur Abwicklung des Auftrages gründen. Da die VSt dem zugestimmt hatte, kann sie mit diesem Vorgang nicht die Unzuverlässigkeit der ASt belegen.
- Beim Projekt (yyyyy) wurde der ASt wegen der zweifellos nicht fristgerechten Ausführung mangelnde Termintreue vorgeworfen. Hier ist aber auch die Ursache für die nicht vertragsgerechte Durchführung in die Betrachtung einzubeziehen. Unstreitig ist ein großer Teil der Verzögerungen auf die Notwendigkeit zweier Fachgutachten zurück zu führen. Zudem hat die ASt vorgebracht, sie sei durch andere Handwerker und ungünstige Zeitabläufe behindert worden.

Zudem bestreitet die ASt, dass die Festlegung neuer Fertigstellungstermine – wie seitens der VSt vorgetragen - einvernehmlich erfolgt sei. Tatsächlich sind die hierzu von der VSt vorgelegten Nachtragsschreiben nicht von der ASt unterzeichnet. Im Ergebnis kann aus der teilweise durch besondere Umstände verursachten Nichteinhaltung der Fertigstellungstermine nicht ohne weiteres darauf geschlossen werden, dass auch die ordnungsgemäße Vertragsabwicklung des anstehenden Auftrags in Frage gestellt wäre.

Die Qualität der Ausführung als solche hat die VSt der ASt nicht abgesprochen. Sie hat zwar eine Mängelliste erstellt, die Maßnahme aber (in Abwesenheit der ASt) abgenommen. Dass die Mängelbeseitigung ebenfalls nicht termingerecht abgeschlossen wurde, begründete die ASt damit, sie habe lediglich die von ihr zu vertretenden Mängel beseitigt, andere aber nicht.

Im Ergebnis und unter Würdigung der Schilderungen der unterschiedlichen Standpunkte der Parteien ist die Vergabekammer zu der Überzeugung gelangt, dass ein einseitiges, vorwerfbares Verschulden der ASt an den terminlichen Verzögerungen nicht feststellbar ist. Damit bietet das Verhalten der ASt keine ausreichenden Anhaltspunkte für das Fehlen ihrer Zuverlässigkeit.

- Beim Projekt (zzzzz) wurde der ASt der Auftrag für die Restarbeiten entzogen, weil die ASt Mängelbeseitigungsarbeiten zwar begonnen, jedoch nicht abgeschlossen habe. Diese Vertragsverletzungen, die die VSt erst im Rahmen des Nachprüfungsverfahrens zur Begründung herangezogen hat, sind jedenfalls nicht derart gravierend, als dass sie geeignet wären, die Unzuverlässigkeit der ASt im Hinblick auf die jetzt ausgeschriebenen Bodenbelagsarbeiten zu begründen.

cc)

Die VSt hat ausdrücklich betont, nicht die Schwere der einzelnen Mängel, sondern deren Summe und Häufung hätten ihre Überzeugung von der Unzuverlässigkeit der ASt begründet. In diesem Zusammenhang ist aber auch zu berücksichtigen, dass ein Ausschluss eines Unternehmens von der Vergabe öffentlicher Aufträge wegen Unzuverlässigkeit schwerwiegende Folgen für das Unternehmen haben kann (VK Nordbayern, B. v. 18.12.2007 - Az.: 21.VK - 3194 - 47/07). Deshalb sind die Hürden für einen derartigen Ausschluss relativ hoch. Insbesondere muss es sich um gravierende und vor allem um nachgewiesene Verfehlungen handeln.

dd)

Die VSt hat insbesondere in der mündlichen Verhandlung ihre Verärgerung über die bisherige Zusammenarbeit mit der ASt und ihre daraus resultierende Überzeugung von deren Unzuverlässigkeit deutlich gemacht. Jedoch darf der Ausschluss eines Bieters vom Vergabeverfahren keine Sanktion für Probleme in der Vertragsabwicklung in vorangegangenen Vergabeverfahren sein (VK Brandenburg, Beschluss vom 11.07.2007 – 1 VK 23/07).

Zweifellos gab und gibt es Meinungsverschiedenheiten zwischen der ASt und der VSt über die Ursachen von Termin- und Kostenüberschreitungen, den Umfang der von der ASt zu erbringenden Mängelbeseitigung, Kommunikationsprobleme und nachvollziehbare Zweifel der VSt an einer künftigen gedeihlichen Zusammenarbeit.

Die Klärung dieser Differenzen ist aber nicht Aufgabe der Vergabekammer im Rahmen der Nachprüfung eines anderen öffentlichen Auftrags. Bloße Meinungsverschiedenheiten, die hinsichtlich einer ordnungsgemäßen Vertragserfüllung bestehen, sind nicht geeignet, einen Ausschluss wegen Unzuverlässigkeit zu begründen (OLG Brandenburg, B. v. 14.09.2010 - Az.: Verg W 8/10).

c)

Bei einer zusammenfassenden Würdigung ist danach festzustellen, dass die von der VSt sowohl aus vorangegangenen Ausschreibungsverfahren gewonnenen Erfahrungen als auch die im streitgegenständlichen Verfahren getroffenen Feststellungen nicht ausreichend sind, Zweifel an der Leistungsfähigkeit oder Zuverlässigkeit der ASt zu begründen. Die VSt hat deshalb in ihrer Prognoseentscheidung zu Unrecht die Zuverlässigkeit der ASt verneint.

3.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 128 GWB.

3.1

Die VSt hat die Kosten des Verfahrens und die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen der ASt zu tragen, weil sie unterlegen ist (§ 128 Abs. 3 Satz 1 GWB).

Die Kostenerstattungspflicht gegenüber der ASt ergibt sich aus § 128 Abs. 4 Satz 1 GWB.

3.2

Die Hinzuziehung eines Bevollmächtigten war für die ASt notwendig gem. § 128 Abs. 4 Satz 4 GWB i.V.m. Art. 80 Abs. 2 Satz 3 Bayer. Verwaltungsverfahrensgesetz entspr. Es handelt sich um einen in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht nicht einfach gelagerten Fall, so dass es der ASt nicht zuzumuten war, das Verfahren vor der Vergabekammer selbst zu führen.

3.3

Die BGI trägt ihre Aufwendungen selbst. Die BGI hat sich am Verfahren nicht beteiligt und ist zur Verhandlung nicht erschienen. Insoweit hat sie auch kein Kostenrisiko auf sich genommen und konnte deshalb nicht an den Verfahrenskosten beteiligt werden. Eine Kostenerstattung durch andere Beteiligte kommt daher im Umkehrschluss ebenfalls nicht in Betracht.

3.4

Im Hinblick auf die streitgegenständliche Auftragssumme von xxx.xxx,xx € brutto und bei Zugrundelegung eines durchschnittlichen personellen und sachlichen Aufwands der Vergabekammer errechnet sich nach der entsprechend angewandten Gebührentabelle des Bundeskartellamts eine Gebühr in Höhe von x.xxx,- €.

Die VSt ist nach § 8 Abs. 1 Nr. 3 VwKostG entspr. von der Zahlung der Gebühr befreit.

Der geleistete Kostenvorschuss in Höhe von 2.500,- € wird nach Bestandskraft dieses Beschlusses an die ASt zurücküberwiesen.

Rechtsmittelbelehrung:

.....

.....

.....