

Leitsätze:

1. Weist ein Unternehmen seine auftragsunabhängige Eignung mittels eines Verweises auf die Eintragung in die Liste präqualifizierter Unternehmen nach, so sind mit dieser Eintragung die rechtliche Zuverlässigkeit, die Leistungsfähigkeit und Fachkunde (§ 6 EG Abs. 3 Nr. 2 Buchst. a) bis c) VOB/A a.F.) bezogen auf die präqualifizierten Leistungsbereiche nachgewiesen. Ist die Präqualifikation des Bieters durch den aktuell gültigen Eintrag in die Liste präqualifizierter Unternehmen bestätigt; hat er damit den Nachweis für seine Leistungsfähigkeit, Fachkunde, Zuverlässigkeit und Gesetzestreue erbracht.
2. Es liegt nicht im Aufgabenbereich des Bieters, die Gültigkeit der Eintragung zu gewährleisten. Vielmehr hat die Präqualifizierungsstelle Sorge für die Aktualität der Liste präqualifizierter Unternehmen zu tragen.

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

Vergabestelle: ...
Bevollmächtigte:
...
(**Vergabestelle - VSt**)

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

Auftragsbezeichnung: **Neubau ...**

Fachlos: **Bodenbelagsarbeiten**

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

Die Vergabekammer Nordbayern bei der Regierung von Mittelfranken erlässt auf die mündliche Verhandlung vom 21.06.2016 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.

Sachverhalt:

1.

Die VSt schrieb Bodenbelagsarbeiten (Linoleum ca. 10.450 m², Parkett ca. 250 m²) 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%.

Bedingungen für den Auftrag oder Teilnahmebedingungen sind in der Bekanntmachung nicht angegeben. Der Beginn der Arbeiten ist mit xx.xx.xxxx, der Abschluss ist mit xx.xx.xxxx angegeben (Ziffer II.3 der Bekanntmachung).

Den Vergabeunterlagen lagen die Bewerbungsbedingungen nach Formblatt 212 EU zu Grunde. Dort heißt zur Eignung in Ziffer 8:1:

„ *Präqualifizierte Unternehmen führen den Nachweis der Eignung durch den Eintrag in die Liste des Vereins für die Präqualifikation von Bauunternehmen e.V. (Präqualifikationsverzeichnis) und ggf. ergänzt durch geforderte auftragsspezifische Einzelnachweise.* “

2.

Zum Eröffnungstermin am xx.xx.xxxx lagen 10 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.

Unter Ziffer 6 des Angebotsschreibens gibt die ASt an, dass sie für die zu vergebende Bauleistung präqualifiziert und im Präqualifikationsverzeichnis unter der Nummer xxx.xxxxx eingetragen ist. Unter Ziffer 7 erklärt die ASt, dass sie alle Leistungen im eigenen Betrieb ausführen werde.

3.

Mit Schreiben vom 07.03.2016 teilte die VSt der ASt mit, dass ihr Angebot ausgeschlossen worden sei. Es sei beabsichtigt, den Zuschlag am 18.03.2016 auf das Angebot der BGI zu erteilen.

4.

Die ASt rügte am 07.03.2016 ihre Nichtberücksichtigung.

Sie habe ihre Eignung für die ausgeschriebene Leistung durch Präqualifizierung nachgewiesen, zudem habe sie vergleichbare Referenzen eingereicht. Im Geschäftsjahr 2016 beschäftige sie über 40 eigene Mitarbeiter. Die ausgeschriebenen Arbeiten von 300 m²/Woche ließen sich mit 2 - 3 Mitarbeiter abwickeln.

5.

Am 09.03.2016 teilte die VSt mit, dass sie der Rüge nicht abhelfen werde.

Die im Präqualifikationsverzeichnis hinterlegten Referenzen seien für eine Eignungsprüfung unzureichend gewesen. Die von der ASt nachgereichten Referenzen würden den Anforderungen an Referenznachweise nicht entsprechen, weil sie statt im eigenen Betrieb in großen Teilen von Nachunternehmern erbracht worden seien.

Entsprechend den Anforderungen des Formblattes 124 seien drei Referenzen über vergleichbare Leistungen aus den letzten drei abgeschlossenen Geschäftsjahren vorzulegen gewesen. Die von der ASt mit Schreiben vom 01.03.2016 vorgelegten Referenzen hätten diesen Nachweis nicht geführt.

6.

Mit Telefax vom 14.03.2016 stellt die ASt Antrag auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens und beantragt:

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.

In der EU-Bekanntmachung seien keine Anforderungen hinsichtlich des Nachweises der Eignung gestellt. Nach der Aufforderung zur Angebotsabgabe könne die Eignung durch einen Eintrag in die Liste des Vereins für Präqualifikation nachgewiesen werden. Die ASt sei präqualifiziert und habe dies bei ihrer Angebotsabgabe mitgeteilt. Damit sei ihre Eignung mittels Präqualifikationsnummer nachgewiesen, weitere Nachforderungen seien unzulässig.

Auf die weiteren Ausführungen in der Antragschrift wird verwiesen.

7.

Die Vergabekammer Nordbayern hat den Nachprüfungsantrag am 15.03.2016 der VSt zugestellt und um Zusendung der Vergabeakten und Äußerung gebeten.

8.

Am 22.03.2016 beantragt die VSt

1. Die wird beigeladen.
2. Der Vergabenachprüfungsantrag wird zurückgewiesen.
3. Es wird festgestellt, dass die Hinzuziehung eines Rechtsanwalts durch die VSt notwendig war.
4. Die ASt trägt die Kosten des Verfahrens.
5. Der ASt wird die Akteneinsicht versagt, soweit die Vergabeakte Geschäfts- oder Betriebsgeheimnisse der VSt oder anderer Bieter enthält.

Die VSt habe Referenzen und Umsätze von der ASt nachgefordert, weil diese im PQ – Verzeichnis nicht mehr aktuell gewesen seien.

Die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit sei nach § 6 EG Abs. 3 Nr. 2 Buchst. a) VOB/A a.F. anhand der Umsätze der letzten drei abgeschlossenen Geschäftsjahre nachzuweisen, also den Umsätzen aus den Jahren 2015, 2014 und 2013. Trotz Aufforderung vom 18.02.2016 habe ASt ihre Umsatzzahlen 2014 und 2015 nicht vorgelegt.

Die ASt habe ihre fachliche Leistungsfähigkeit gem. § 6 EG Abs. 3 Nr. 2 Buchst. b) VOB/A a.F. durch Referenzen nicht belegen können. Ausgeschrieben seien Verlegearbeiten von 10.700 m². Diese zu verlegende Menge würde bei keiner Referenz annähernd erreicht werden.

Die ASt sei auch wegen mangelnder Zuverlässigkeit auszuschließen. Dies zeige ihr bisheriges Verhalten im vorliegenden und bei anderen öffentlichen Aufträgen. Bei der Überprüfung der nachgereichten Referenzen sei festgestellt worden, dass die ASt überwiegend Nachunternehmer eingesetzt habe, obwohl sie die Ausführung im eigenen Betrieb zugesichert habe. Deswegen sei es zu erheblichen Schwierigkeiten im Bauablauf gekommen, insbesondere seien geschuldete Termine meist nicht eingehalten worden. Aufgrund dieses Verhaltens gehe die VSt davon aus, dass die ASt im streitgegenständlichen Gewerk auch wieder überwiegend Nachunternehmer einsetzen werde.

9.

Mit Schriftsatz vom 07.04.2016 trägt die ASt vor.

Die ASt sei präqualifiziert. Dies habe sie, wie in den Vergabeunterlagen verlangt, nachgewiesen. Die VSt sei nicht berechtigt gewesen, weitergehende Unterlagen zu fordern.

Die im PQ-Verzeichnis erkennbaren Bauvorhaben seien auch mit den ausgeschriebenen Arbeiten vergleichbar. Dabei komme es nicht allein auf den Umfang der Arbeiten, sondern auf die Arbeitsleistung an. Die ASt habe nachgewiesen, dass die ausgeschriebenen 10.000 m² mit einer Verlegeleistung von 300 m²/Woche von 3 Mann ausgeführt werden können. Die ASt verfüge über 40 eigene Mitarbeiter, so dass der Auftrag problemlos durch eigenes Personal ausgeführt werden könne.

Unrichtig sei die Behauptung, die ASt sei bei den Referenzen für Verzögerungen verantwortlich. Vielmehr seien bauseitige Verzögerungen durch die Koordination des dafür verantwortlichen Architekturbüros verursacht.

10.

Am 11.04.2016 wurde die Firma zum Verfahren beigelegt.

11.

Mit Schriftsatz vom 18.04.2016 bekräftigt die VSt ihr bisheriges Vorbringen. Die ASt habe den geforderten Umsatznachweis nicht geführt, sie habe keine vergleichbaren Referenzen vorgelegt und sie sei für die ausgeschriebenen Arbeiten unzuverlässig.

12.

Auf die weiteren Schriftsätze der ASt vom 02.05.16 und 10.05.2016 sowie der VSt vom 03.05.2016 wird verwiesen.

13.

Die Vorsitzende hat zuletzt am 24.05.2016 die Fünf-Wochen-Frist des § 113 Abs. 1 Satz 1 GWB a.F. bis einschließlich 30.06.2016 verlängert.

14.

Die VSt hat am 15.06.2016 und die ASt am 17.06.2016 abschließend Stellung genommen.

15.

In der mündlichen Verhandlung am 21.06.2016 hatten die Beteiligten Gelegenheit, sich zur Sache zu äußern.

Auf das Protokoll wird verwiesen.

Die ASt und die VSt bekräftigen ihre Anträge aus den Schriftsätzen vom 14.03.2016 und 22.03.2016.

Die BGI stellt keine Anträge.

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 a.F..
- c)** Die VSt ist öffentlicher Auftraggeber nach § 98 Nr. 2 GWB a.F..
- d)** Die Gesamtprojektkosten für den Neubau übersteigen den Schwellenwert von 5,225 Mio. € nach § 2 Abs. 1 VgV a.F..
Die hier streitgegenständlichen Bodenbelagsarbeiten mit einem geschätzten Auftragswert von unter 1 Mio. € sind ein Fachlos dieser Gesamtmaßnahme. Die VSt ordnet das Los dem 80 %-Kontingent zu (§ 3 Abs. 7 VgV a.F.). Dementspre-

chend hat sie die Arbeiten als Offenes Verfahren ausgeschrieben. Damit ist der rechtliche Rahmen für eine Nachprüfung nach §§ 102 ff GWB a.F. festgelegt.

- e)** Der Zuschlag an die BGI wurde noch nicht erteilt (§ 114 Abs. 2 Satz 1 GWB a.F.).
- 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 a.F.).
- g)** Die ASt hat am 07.03.2016 die beabsichtigte Zuschlagserteilung an die BGI unverzüglich gerügt, nachdem sie am 07.03.2016 die Information über ihren Ausschluss erhalten hatte.
- h)** Die ASt hat den Nachprüfungsantrag am 14.03.2016 innerhalb von 15 Kalendertagen nach der Rügerückweisung vom 09.03.2016 gestellt (§ 107 Abs. 3 Nr. 4 GWB a.F.).

2.

Der Antrag ist begründet.

Die ASt ist in ihren Rechten nach § 97 Abs. 7 GWB a.F. verletzt. Die VSt ist deshalb zu verpflichten, erneut in die Angebotswertung einzutreten und diese unter Berücksichtigung des Angebotes der ASt zu wiederholen.

Zum Nachweis der Eignung ist die Fachkunde, Leistungsfähigkeit sowie Gesetzestreue und Zuverlässigkeit der Bieter zu prüfen. Dieser Nachweis kann mit der vom Auftraggeber direkt abrufbaren Eintragung in die allgemein zugängliche Liste des Vereins für Präqualifikation von Bauunternehmen e.V. (Präqualifikationsverzeichnis) erfolgen (§ 6 EG Abs. 3 Nr. 1 u. 2 VOB/A a.F.). Weitergehende, auf den konkreten Auftrag bezogene Angaben zur Eignung waren im strittigen Verfahren nicht verlangt.

Gründe für einen Ausschluss der ASt wegen Nichteignung liegen nicht vor.

- a)** Die ASt hat mit ihrem Angebot den verlangten Eignungsnachweis erbracht, indem sie ihre Präqualifikationsnummer xxx.xxxxxx mit dem Angebot angegeben hat. Darin wird der ASt bescheinigt, für den Bereich Bodenbelagsarbeiten präqualifiziert zu sein. Damit ist die Vorgabe nach Ziffer 8.1 der Bewerbungsbedingungen erfüllt,

wonach präqualifizierte Unternehmen den Nachweis der Eignung durch einen Eintrag in die Liste des Vereins für die Präqualifikation von Bauunternehmen führen können.

- b)** Die ASt hat sich zu Recht auf das Präqualifikationsverzeichnis berufen, da sie dort gelistet ist. Weist ein Unternehmen seine auftragsunabhängige Eignung mittels eines Verweises auf die Eintragung in die Liste präqualifizierter Unternehmen nach, so sind mit dieser Eintragung die rechtliche Zuverlässigkeit, die Leistungsfähigkeit und Fachkunde (§ 6 EG Abs. 3 Nr. 2 Buchst. a) bis c) VOB/A a.F.) bezogen auf die präqualifizierten Leistungsbereiche nachgewiesen (Bauer in Heiermann Riedl Rusam, Handkommentar zur VOB, 13. Auflage, VOB/A § 6 EG Rdn. 57 ff). Die Präqualifikation der ASt ist durch den aktuell gültigen Eintrag in die Liste präqualifizierter Unternehmen bestätigt; damit hat die ASt den Nachweis für ihre Leistungsfähigkeit, Fachkunde, Zuverlässigkeit und Gesetzestreue erbracht.
- c)** Es liegt nicht im Aufgabebereich der ASt, die Gültigkeit der Eintragung zu gewährleisten. Vielmehr hat die Präqualifizierungsstelle - im strittigen Fall der Verein für die Präqualifikation von Bauunternehmen - Sorge für die Aktualität der Liste präqualifizierter Unternehmen zu tragen. Eine Präqualifikation-VOB ist durch den aktuell gültigen Eintrag in die einheitliche Liste präqualifizierter Unternehmer bestätigt (Ziffer 2 Abs. 1 der Leitlinie des Bundesministeriums für Umwelt, Naturschutz, Bau und Reaktorsicherheit für die Durchführung eines Präqualifizierungsverfahrens). Nach Ziffer 9.1 ff dieser Richtlinie ergibt sich die Gültigkeit der Präqualifikation aus dem aktuellen Internetauszug. Die Präqualifikation ist aufrecht zu halten, solange die erforderlichen Unterlagen vorliegen. Nach Ablauf der Gültigkeitsdauer der Unterlagen hat die Präqualifikationsstelle die Präqualifikation zu streichen und die Eintragung des Unternehmens aus der Liste zu entfernen.
- d)** Auch kann die VSt die ASt nicht wegen mangelnder technischer Leistungsfähigkeit ausschließen.
- Die im PQ-Verzeichnis hinterlegten Referenzen weisen hinsichtlich der Quantität und der Qualität vergleichbare Leistungen mit den ausgeschriebenen Bodenbelagsarbeiten aus, die die ASt auftragsgemäß durchgeführt hat. Beim Vergleich kommt es nicht darauf an, ob ein Bewerber Leistungen bestimmter Art oder bestimmten Umfangs bereits abgewickelt hat. Entscheidend ist, dass die für die Ausführung der ausgeschriebenen Leistung erforderlichen Kenntnisse und Erfahrun-

gen sowie die notwendigen technischen, wirtschaftlichen und finanziellen Mittel vorhanden sind. Vergleichbar bedeutet also, dass Leistungen im technischen und organisatorischen Bereich ausgeführt wurden, die einen gleich hohen oder höheren Schwierigkeitsgrad hatten (OLG Frankfurt v. 24.10.2006 - 11 Verg 008/06). Einen darüber hinausgehenden Referenznachweis kann die VSt von der ASt nicht fordern.

- e) Die Befürchtung der VSt, die ASt werde entgegen ihrer Erklärung im Angebotschreiben die Leistung mit Nachunternehmen durchführen, trägt den Ausschluss nicht. Die VSt trifft die Pflicht substantiiert darzulegen, warum sie von einer Leistungserbringung durch eine Drittfirma ausgeht. Einen belastbaren Beweis hierfür bleibt die VSt schuldig. Die Vergabekammer ist auch von diesem Vorbringen nicht überzeugt, weil in diesem Verfahren eine angezeigte Fremdleistungserbringung keinerlei Auswirkung auf die Angebotswertung gehabt hätte. Ein Bieter kann sich zur Erfüllung eines Auftrags der Fähigkeiten anderer Unternehmen bedienen (§ 6 EG Abs. 8 VOB/A a.F.).
- f) Zur Vorlage weiterer Nachweise war die ASt nicht verpflichtet. Insbesondere kann von der ASt nicht verlangt werden, nachträglich zusätzliche auftragsabhängige Eignungsnachweise vorzulegen. Zwar können die Auftraggeber von den Bietern nach § 6 EG Abs. 3 Nr. 3 VOB/A a.F. auf den konkreten Auftrag bezogene zusätzliche, insbesondere für die Prüfung der Fachkunde geeignete Angaben fordern. Dies setzt jedoch voraus, dass diese Nachweise bereits in der EU-Bekanntmachung angekündigt worden sind (OLG München v. 15.03.2012 - Verg 2/12). Die Bekanntmachungen müssen die in Anhang II der Verordnung (EU) Nummer 842/2011 geforderten Informationen enthalten (§ 12 EG Abs. 2 Nr. 2 VOB/A a.F.), also auch die Teilnahmebedingungen für den Wettbewerb nach Ziffer III.2 der Bekanntmachung.
- Vorliegend hat die VSt auftragsbezogene Eignungsnachweise weder in der EU-Bekanntmachung noch an einer anderen Stelle in den Vergabeunterlagen erhoben. Die nachträgliche Forderung von auftragsabhängigen Eignungsnachweisen ist deshalb unzulässig und für die ASt unbeachtlich.

2.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 128 GWB a.F..

- a) Die VSt hat die Kosten des Verfahrens einschließlich der zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen der ASt zu tragen, weil sie unterlegen ist (§ 128 Abs. 3 Satz 1 GWB a.F.).
- b) Die Kostenerstattungspflicht gegenüber der ASt ergibt sich aus § 128 Abs. 4 Satz 1 GWB a.F..
- c) Die Hinzuziehung eines Rechtsanwaltes war für die ASt notwendig (§ 128 Abs. 4 Satz 4 GWB a.F. i.V.m. Art. 80 Abs. 2 Satz 3 BayVwVfG 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.
- d) Die BGI trägt ihre Aufwendungen selbst. Sie hat keinen Antrag gestellt und damit auch kein Kostenrisiko übernommen. Sie bekommt jedoch gleichermaßen auch keine Aufwendungen erstattet.
- e) Die Gebühr war nach § 128 Abs. 2 GWB a.F. festzusetzen.
Im Hinblick auf die Bruttoangebotssumme der ASt von xxx.xxx,xx € und unter Zugrundelegung eines durchschnittlichen personellen und sachlichen Aufwands der Vergabekammer errechnet sich entsprechend der Tabelle des Bundeskartellamtes eine Gebühr in Höhe von x.xxx,- €
- f) Der geleistete Kostenvorschuss von 2.500,- € wird nach Bestandskraft dieses Beschlusses an die ASt zurücküberwiesen.
Die VSt erhält eine Kostenrechnung über x.xxx,- €

Rechtsmittelbelehrung:

.....

.....

.....