

Leitsätze:

1. Nach § 107 Abs. 3 Nr. 4 GWB a.F. ist ein Antrag unzulässig, wenn mehr als 15 Kalendertage nach Eingang der Mitteilung des Auftraggebers, einer Rüge nicht abhelfen zu wollen, vergangen sind. Eine Präklusion tritt nur ein, wenn die Bieter in der Bekanntmachung über die Antragsfrist belehrt wurden.
2. Die Prüfung der Eignung eines Unternehmens ist ein wertender Vorgang, in den zahlreiche Einzelumstände einfließen, die einem Öffentlichen Auftraggeber einen Bewertungsspielraum einräumen, der nur einer eingeschränkten Kontrolle durch die Nachprüfungsinstanzen zugänglich ist. Die Entscheidung des Auftraggebers ist nur insoweit überprüfbar, als sie ermessensfehlerfrei ergangen ist. Das bedeutet, dass sie willkürfrei, im Rahmen der vorgegebenen Regelungen und auf der Basis eines hinreichend ermittelten Sachverhalts ergehen muss.
3. Die Präqualifikation in der VOB soll das Basisgeschehen am Bau abdecken. Spezielle Bauleistungen (hier: Aluminium-Pfosten-Riegel-Fassadenkonstruktion) sind nicht grundsätzlich durch den Leistungsbereich Metallbauarbeiten abgedeckt.

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

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

**Bauvorhaben:** **Generalsanierung .....**

**Fachlos:** **Fassadenarbeiten**

**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 am 13.09.2016 durch die Vorsitzende ....., den hauptamtlichen Beisitzer ..... und den ehrenamtlichen Beisitzer ..... folgenden

**Beschluss:**

1. Der Antrag wird abgelehnt.
2. Die Antragstellerin trägt die Kosten des Verfahrens und die zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung notwendigen Aufwendungen der Vergabestelle.
3. Die Hinzuziehung eines Bevollmächtigten durch die Vergabestelle war notwendig.
4. Die Gebühr für dieses Verfahren beträgt x.xxx,- €. Auslagen sind nicht angefallen.

**Sachverhalt:**

**1.**

Die VSt schrieb Metallbauarbeiten für die Generalsanierung ..... im offenen Verfahren aus. Das Verfahren wurde im Supplement zum Amtsblatt der EU am xx.xx.xxxx veröffentlicht.

Zuschlagskriterium war laut Vergabeunterlagen der niedrigste Preis.

In Ziffer II.1.5 der Bekanntmachung ist der Auftrag beschrieben:

„Metallbauarbeiten:

- ca. 450 m<sup>2</sup> verglaste Aluminium-Pfosten-Riegel-Konstruktionen für Fassaden mit Einsatztüren und -fenstern, insgesamt 71 Einzelkonstruktionen;
- ca. 300 m<sup>2</sup> Sonnenschutzbehang als Lamellenraffstore einschl. Motore und Steuerung vor vorstehende Fassadenelemente, insgesamt ca. 53 Einzelanlagen;
- ca. 17 m<sup>2</sup> verglaste Brandschutzkonstruktionen F90 für Fassaden als Türkonstruktion oder feststehende Elemente, insgesamt 3 Einzelkonstruktionen;
- ca. 6 m<sup>2</sup> verglaste Brandschutzkonstruktion T30 als Türelemente, insgesamt 1 Einzelkonstruktion;
- ca. 75 m<sup>2</sup> verglaste Aluminium-Rohrrahmelemente als 1- und 2-flügelige Türkonstruktionen T30 und/oder RS, insgesamt 9 Einzelkonstruktionen;
- ca. 6 Stück 1-flügelige Brandschutztürelemente T30 aus Stahlblech in Umfangszarge.“

Unter III.2 der Bekanntmachung sind folgende Angaben zur Überprüfung der Eignung festgelegt:

*Gem. § 6, Nr. 3 Abs. 2 VOB/A Nachweise zur Eignung:*

*Der Nachweis der Eignung kann durch Eigenerklärung gem. Formblatt Eigenerklärung zur Eignung – 124 (VHB) zzgl. Referenzen erbracht werden.*

## **2.**

Unter VI.4.2) „Einlegung von Rechtsbehelfen“ in der Bekanntmachung vom xx.xx.xxxx findet sich kein Hinweis auf eine Ausschlussfrist für die Unzulässigkeit eines Nachprüfungsantrags nach § 107 Abs. 3 Nr. 4 GWB a.F..

Ziffer 8.1 der Bewerbungsbedingungen (Formblatt 212 EU) gestattet präqualifizierten Unternehmen

*den Nachweis der Eignung durch den Eintrag in die Liste des Vereins für die Präqualifikation von Bauunternehmen (Präqualifikationsverzeichnis) und ggf. ergänzt durch geforderte auftragsspezifische Einzelnachweise*

zu führen.

## **3.**

Zur Submission am xx.xx.xxxx hat lediglich die ASt ein Angebot abgegeben. Die Angebotssumme lautet xxx.xxx,xx € brutto.

In ihrem Angebot hat die ASt ein Zertifikat, ausgestellt am xx.xx.xxxx von xxxxx, über die Präqualifikation nach § 6 VOB/A beigefügt. Darin wird der ASt bestätigt, dass sie unter der Registernummer xxx.xxxxx für die Einzelleistungen 112-16 Metallbauarbeiten und 113-02 Brandschutzsysteme präqualifiziert sei. Auf die im PQ-verzeichnis hinterlegten drei Referenzen zu 112-16 Metallbauarbeiten wird verwiesen.

Die ASt erklärt in ihrem Angebot, dass sie mit Ausnahme des Sonnenschutzes (OZ/Leistungsbereich 01.03) die Leistungen im eigenen Betrieb ausführen werde.

## **4.**

Mit Informationsschreiben nach § 101 a GWB vom 29.03.2016 teilte die VSt der ASt mit, dass ihr Angebot den Zuschlag nicht erhalten werde, weil begründete Zweifel an der Eignung im Hinblick auf die Fachkunde, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit der ASt bestehen würden.

**5.**

Mit Schreiben vom 01.04.2016 rügte die ASt den Ausschluss ihres Angebots. Sie habe mit dem Angebot ihre Eignung durch Vorlage der geforderten Unterlagen vollständig und fristgerecht nachgewiesen.

**6.**

Die Rüge hat die VSt am 06.04.2016 zurückgewiesen.

Zwar sei die ASt präqualifiziert, jedoch seien die vorgelegten Referenzen nicht vergleichbar hinsichtlich komplexer Fassaden.

Dem ausschreibenden Büro sei die ASt aus den Bauvorhaben „Fassadensanierung .....“ sowie „.....“ in den Jahren 2015 und 2016 bekannt. In beiden Bauvorhaben seien von der ASt Ausführungstermine nicht eingehalten worden. Zudem sei es zu erheblichen Problemen bei der technischen Bearbeitung der Werkstattzeichnungen durch die ASt gekommen, sodass die Ausführung vor Ort nicht der Werkstatt- und Montageplanung entsprochen habe. Zudem sei die ASt den Aufforderungen des Auftraggebers zur Mängelbeseitigung nicht nachgekommen, was zu einer Teilkündigung hinsichtlich der Restleistungen und Mängelbeseitigung geführt habe.

Bei der ..... hätten Qualitätsprobleme dazu geführt, dass Teilleistungen mehrfach von der ASt ausgeführt werden mussten.

Die VSt halte an der Nichtberücksichtigung der ASt fest.

**7.**

Mit Telefax vom 02.05.2016 stellte die ASt Antrag auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens gem. § 107 GWB und beantragte:

1. Die VSt ist zu verpflichten, die Rechtmäßigkeit des Verfahrens unter Beachtung der Rechtsauffassung der Kammer wiederherzustellen.
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.

Der Antrag sei zulässig und begründet.

Die ASt sei präqualifiziert. Im Präqualifikationsverzeichnis seien Referenzen bis einschließlich 2014 hinterlegt. Ausweislich der Bekanntmachung seien an die Referenzen keine erhöhten Anforderungen gestellt worden. Es seien keine Angaben gemacht worden, die einen nachträglichen Ausschluss der eingereichten Referenzen rechtfertigen. Die ASt habe ausreichende Erfahrung bei der Errichtung von Fassaden.

Hinsichtlich Bauvorhaben „Fassadensanierung .....“ sowie „.....“ sei die subjektive Meinung des Planungsbüros nicht geeignet, die Eignung der ASt in Frage zu stellen.

**8.**

Die Vergabekammer Nordbayern hat den Nachprüfungsantrag am 02.05.2016 der VSt übermittelt und um Zusendung der Vergabeakten und Äußerung gebeten.

**9.**

Mit Schreiben vom 13.05.2016 beantragt die VSt:

1. Der Nachprüfungsantrag vom 02.05.2016 wird zurückgewiesen.
2. Die ASt trägt die Kosten des Verfahrens.
3. Es wird festgestellt, dass die Hinzuziehung der Bevollmächtigten der VSt notwendig war.

Der Nachprüfungsantrag sei unzulässig, weil er nicht innerhalb der 15-Tagesfrist des § 107 Abs. 3 Satz 1 Nr. 4 GWB gestellt worden sei. Mit Schreiben vom 06.04.2016, versandt mit E-Mail vom gleichen Tage, habe die VSt die Rüge zurückgewiesen, daher sei der Antrag vom 02.05.2016 verfristet.

Der Nachprüfungsantrag sei auch unbegründet.

Die ASt habe mit dem Präqualifikationsverzeichnis Referenzen hinterlegt. Allerdings handele es sich dabei um „Lochfassaden“, wofür die ASt Fenster und Türen geliefert habe. Referenzen für komplexe Vorhangfassadensysteme, wie im vorliegenden Bauauftrag verlangt seien, habe die ASt auch nach Aufforderung nicht vorgelegt.

Die ASt habe keine ausreichenden Kenntnisse mit der Errichtung von komplexen Fassaden. So habe die ASt beim Bauvorhaben „.....“ selbst für einfache Arbeiten eine Drittfirma benötigt. Bei den Bauvorhaben „Fassadensanierung .....“ sowie „Erweiterung .....“ sei es zu massiven Schwierigkeiten gekommen, die die ASt zu verantworten habe. Die VSt führt in ihrer Antragserwiderung weitere Beispiele auf, die eine Nicht-Eignung der ASt belegen sollen.

**10.**

Mit Schreiben vom 25.05.2016 nimmt die ASt zur Antragserwiderung Stellung.

Der Nachprüfungsantrag sei zulässig. Die Frist des § 107 Abs. 3 Satz 1 Nr. 4 GWB sei nicht verletzt. Die VSt habe in der Vergabebekanntmachung nicht auf § 107 Abs. 3 Satz 1 Nr. 4 GWB und die 15 Tages-Frist hingewiesen.

Die ASt sei als präqualifiziertes Unternehmen, das im Präqualifikationsverzeichnis geführt werde, für die Ausführung der Leistung geeignet. Besondere Anforderungen bezüglich der Eignung seien in den Ausschreibungsunterlagen nicht gefordert gewesen. Die Eignung der ASt könne weder formal, aufgrund der Vorgaben in der Bekanntmachung, noch inhaltlich aufgrund vorgetragener behaupteter Verstöße abgesprochen werden. Der Ausschluss des Angebotes der ASt wegen fehlender Eignung sei vergaberechtlich fehlerhaft.

**11.**

Die Fünf-Wochen-Frist des § 113 Abs. 1 Satz 1 GWB a.F. hat die Vorsitzende zuletzt bis einschließlich 23.09.2016 verlängert.

**12.**

Mit Schreiben vom 06.06.2016 lässt die VSt vortragen.

Es gebe keine gesetzliche Grundlage dafür, dass die VSt auf die Frist des § 107 Abs. 3 Nr. 4 GWB hinweisen müsse. Die ASt habe die 15-Tage-Frist des § 107 Abs. 3 Satz 1 Nr. 4 GWB nicht eingehalten. Der Nachprüfungsantrag sei somit unzulässig.

Der Ausschluss der ASt wegen fehlender Eignung sei berechtigt.

Es seien hinreichend konkrete, schriftlich belegte Anhaltspunkte aus zwei verschiedenen Bauvorhaben, die geeignet seien, die Ausschlussentscheidung zu rechtfertigen. Auf die vorgetragenen Einzelheiten im Schriftsatz wird verwiesen.

**13.**

Dem Vortrag der VSt tritt die ASt entgegen. Auf die Details im Schriftsatz vom 20.06.2016 wird verwiesen.

**14.**

Am 01.07.2016 lässt die VSt die erhobenen Vorwürfe zu den Bauvorhaben „Fassaden-sanierung .....“ und „Erweiterung .....“ weiter vertiefen.

**15.**

In der mündlichen Verhandlung am 13.09.2016 hatten die Verfahrensbeteiligten Gelegenheit, sich zur Sache zu äußern. Auf das diesbezügliche Protokoll wird verwiesen.

Die ASt bekräftigt ihre Anträge vom 02.05.2016.

Die VSt stellt ihre Anträge vom 13.05.2016.

**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. 5 GWB a.F..
- d) Die Gesamtprojektkosten für ..... übersteigen den Schwellenwert von 5,225 Mio. € nach § 2 Abs. 1 VgV a.F..

Die hier streitgegenständlichen Fassadenarbeiten 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.). Dementsprechend hat sie die Arbeiten als Offenes Verfahren ausgeschrieben. Damit ist der rechtliche Rahmen für eine Nachprüfung nach §§ 102 ff GWB a.F. festgelegt.

- e) Ein Zuschlag 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 01.04.2016 ihre Nichtberücksichtigung unverzüglich gerügt, nachdem ihr am 29.03.2016 Zweifel an ihrer Eignung mitgeteilt worden waren.
- h) Nach § 107 Abs. 3 Nr. 4 GWB a.F. ist ein Antrag unzulässig, wenn mehr als 15 Kalendertage nach Eingang der Mitteilung des Auftraggebers, einer Rüge nicht abhelfen zu wollen, vergangen sind. Zwar hat die ASt am 02.05.2016 den Nachprüfungsantrag nicht innerhalb von 15 Kalendertagen nach der Rügerückweisung vom 06.04.2016 gestellt. Dennoch ist eine Präklusion nicht gegeben, da diese nur eintritt, wenn die Bieter in der Bekanntmachung über die Antragsfrist belehrt wurden (Summa in juris PK-VergR, Heiermann/Zeiss, 4. Auflage, Rdnr. 293 § 107 GWB).

Die Vorschrift ist vorliegend nicht anwendbar, weil die Bekanntmachung keinen Hinweis auf die Geltung dieser Frist enthielt. Nach § 12 EG Abs. 2 Nr. 2 VOB/A

a.F. muss die Bekanntmachung die in Anhang II der Verordnung (EG) Nr. 842/2011 geforderten Informationen enthalten. Ziffer VI. 4.2 des Anhangs II der Verordnung enthält ein Feld für die Angabe von Rechtsbehelfsfristen. Nach Anhang VII der Vergabekoordinierungsrichtlinie 2004/18/EG muss die Bekanntmachung eines öffentlichen Auftrags zwingend Hinweise "in Bezug auf die Fristen für die Einlegung von Rechtsbehelfen" enthalten. Rechtsbehelfsfristen sind daher in Ziffer VI. 4.2. der Bekanntmachung anzugeben. Fehlt dieser Hinweis, beginnt die 15-Tage-Frist des § 107 Abs. 3 Satz 1 GWB a.F. nicht zu laufen.

## **2.**

Der Antrag ist unbegründet.

Die Nichtberücksichtigung der ASt ist nicht zu beanstanden, da die Referenzen der ASt eine Fachkunde für die ausgeschriebenen Fassadenarbeiten nicht belegen. Die ASt hat ihre Eignung nicht nachgewiesen, ihr Angebot muss nach § 16 EG Abs. 2 Nr. 1 VOB/A a.F. unberücksichtigt bleiben.

Aufträge dürfen nur an fachkundige, leistungsfähige und zuverlässige Unternehmen vergeben werden. Die Auftraggeber haben zu prüfen, ob die Unternehmen die Gewähr für eine fachgerechte und reibungslose Abwicklung des Auftrages bieten und ob man sich auf sie verlassen kann.

- a)** Die von der ASt im Präqualifikationsverzeichnis hinterlegten Referenzen belegen nicht die notwendigen Fachkenntnisse für die Ausführung der ausgeschriebenen Fassadenarbeiten. Diese Bewertung der VSt hält einer Überprüfung stand.

Die Prüfung der Eignung eines Unternehmens ist ein wertender Vorgang, in den zahlreiche Einzelumstände einfließen, die einem Öffentlichen Auftraggeber einen Bewertungsspielraum einräumen, der nur einer eingeschränkten Kontrolle durch die Nachprüfungsinstanzen zugänglich ist. Die Entscheidung des Auftraggebers ist nur insoweit überprüfbar, als sie ermessensfehlerfrei ergangen ist. Das bedeutet, dass sie willkürfrei, im Rahmen der vorgegebenen Regelungen und auf der Basis eines hinreichend ermittelten Sachverhalts ergehen muss. Eine inhaltliche Bewertung entzieht sich der Überprüfung durch die Vergabekammer.

- aa)** Eine Präqualifikation der ASt für den Leistungsbereich Metallbauarbeiten reicht als Eignungsnachweis für die ausgeschriebene Aluminium-Pfosten-Riegel-Fassadenkonstruktion nicht. Die Präqualifikation in der VOB soll das Basisge-

schehen am Bau abdecken. Spezielle Bauleistungen, wie hier z.B. eine Aluminium-Pfosten-Riegel-Fassadenkonstruktion, sind nicht grundsätzlich durch den Leistungsbereich Metallbauarbeiten abgedeckt. Die Eignung insbesondere die Fachkunde erfordern spezifische Nachweise.

**bb)** Die Heranziehung von Referenzen ist das übliche Mittel zur Eignungsprüfung. Die VSt hat auch hinreichend darauf hingewiesen, dass sie zur Eignungsprüfung Referenzen heranziehen werde. In der Bekanntmachung finden sich unter Ziffer III.2 und in Ziffer 8.1 der Bewerbungsbedingungen entsprechende Hinweise.

Die Referenzen müssen vergleichbare Leistungen zum Gegenstand haben. Vergleichbar heißt zwar nicht identisch, jedoch ist die Art der Leistung der wesentliche Parameter. Nach Ziffer II.1.5) der Bekanntmachung fordert die Ausschreibung unter anderem ca. 450 m<sup>2</sup> Aluminium-Pfosten-Riegel-Konstruktionen für Fassaden mit insgesamt 71 Einzelkonstruktionen.

**cc)** In den im Präqualifikationsverzeichnis hinterlegten Referenzen hat die ASt bisher ausschließlich als Metallbauarbeiten das Liefern und das Montieren von Aluminiumtüren und -fenstern erfolgreich durchgeführt. Die Montage von Aluminiumtüren und -fenstern ist mit den ausgeschriebenen Fassadenarbeiten nicht vergleichbar. Die geforderte Leistung einer Aluminium-Pfosten-Riegel-Fassadenkonstruktion ist in den hinterlegten Referenzen nicht angeführt, ein entsprechender Nachweis der ASt ist nicht erbracht. Der daraus erfolgte Rückschluss, dass die ASt mangels entsprechender Referenzen für die Ausführung der ausgeschriebenen Leistung über die notwendigen Kenntnisse nicht verfügt, ist von der VSt nachvollziehbar getroffen worden.

**b)** Da aus den o.g. Gründen die VSt die Fachkunde der ASt zu Recht verneint hat, kann dahinstehen, ob wegen den Vorwürfen bei den Bauvorhaben „Fassadensanierung .....“ und „Erweiterung .....“ weitere Gründe für eine Nichtberücksichtigung der ASt vorliegen.

### **3.**

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

- a) Die ASt hat die Kosten des Verfahrens einschließlich der zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung notwendigen Aufwendungen der VSt zu tragen, weil sie unterlegen ist ( § 128 Abs. 3 Satz 1 GWB a.F.).
- b) Die Kostenerstattungspflicht gegenüber der VSt ergibt sich aus § 128 Abs. 4 Satz 1 GWB a.F..
- c) Die Zuziehung eines Rechtsanwaltes war für die VSt notwendig gem. § 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 der VSt nicht zuzumuten war, das Verfahren vor der Vergabekammer selbst zu führen. Darüber hinaus war die ASt anwaltlich vertreten, so dass auch die VSt anwaltliche Vertretung in Anspruch nehmen durfte, um angemessen auf den Antrag reagieren zu können.
- d) Die Gebühr war nach § 128 Abs. 2 und 3 GWB a.F. festzusetzen. Im Hinblick auf die Bruttoangebotssumme der ASt für die strittige Maßnahme von xxx.xxx,xx € und unter Zugrundelegung eines durchschnittlichen personellen und sachlichen Aufwands der Vergabekammer errechnet sich entsprechend der Tabelle des Bundeskartellamts eine Gebühr in Höhe von x.xxx,- €  
Da nicht beigeladen werden musste, wird die Gebühr um xxx,- € auf x.xxx,- € reduziert.  
Diese Gebühr ist durch die Vorschusszahlung in Höhe von 2.500,- € abgegolten. Der übersteigende Betrag von xxx,- € wird nach Bestandskraft dieses Beschlusses an die ASt zurücküberwiesen.

**Rechtsmittelbelehrung:**

.....

.....

.....