

Nachprüfungsantrag:
(Antragstellerin - ASt)

Vergabestelle:
(Vergabestelle - VSt)

Beigeladene:
(Beigeladene BGI)

Vergabeverfahren: Bauauftrag,
.....
.....

Vergabeverfahren: Offenes Verfahren nach § 15 VgV, § 3 EU Nr.1 VOB/A

Die Vergabekammer Nordbayern bei der Regierung von Mittelfranken erlässt auf die mündliche Verhandlung vom 27.09.2024 durch den Vorsitzenden, den hauptamtlichen Beisitzer und die ehrenamtliche Beisitzerin am 23.10 2024 folgenden

B e s c h l u s s :

1. Es wird festgestellt, dass die Antragstellerin in ihren Rechten verletzt ist.
Bei fortbestehender Vergabeabsicht hat die Vergabestelle das Vergabeverfahren unter Beachtung der Rechtsauffassung der Vergabekammer fortzuführen.
2. Die Vergabestelle trägt die Kosten des Verfahrens einschließlich der zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen der Antragstellerin.
3. Die BGI trägt ihre Aufwendungen selbst.
4. Die Gebühr für dieses Verfahren beträgt x.xxx,- €.
Auslagen sind nicht angefallen.
Die Vergabestelle ist von der Zahlung der Gebühr befreit.

Sachverhalt:

1.

Die VSt schrieb europaweit die Behelfsabdichtung eines Daches aus. Im Amtsblatt der Europäischen Union wurde der Auftrag am xx.xx.xxxxx unter Veröffentlichungsnummer xxxxx veröffentlicht. Alleiniges Zuschlagskriterium war der Preis.

Zum Submissionstermin reichten neben der ASt und der BGI weitere Wirtschaftsteilnehmer fristgerecht ein Angebot ein. Die ASt gab das preislich günstigste Angebot ab, gefolgt von der BGI.

2.

Im Rahmen der Eignungsprüfung teilte dasamt der VSt mit, dass der ASt infolge von Ausführungsfehlern, verschleppter und unzureichender Mängelbeseitigung in einem Teilleistungsbereich sowie der Nichterbringung von Teilleistungen im Rahmen eines weiteren Leistungsbereiches ein Vertrag über die Dacheindeckung bei der Generalsanierung X gekündigt worden sei.

Am 24.07.2024 bat die VSt die ASt deshalb wie folgt um Aufklärung:

Sehr geehrte Damen und Herren,

uns ist zur Kenntnis gelangt, dass unseramt den zwischen Ihnen und bestehenden Vertrag über "Dacheindeckung - Spenglerarbeiten" mit Schreiben vom xx.xx.2024 teilkündigt hat und diese gekündigten Leistungen nun im Rahmen einer Ersatzvornahme durch Dritte ausgeführt werden müssen.

Hierdurch sind bei uns erhebliche Zweifel an Ihrer Eignung entstanden, die zu einem Ausschluss Ihres Unternehmens von der Teilnahme am Vergabeverfahren nach § 6e EU Abs. 6 Nr. 7 VOB/A führen können, weil Sie eine wesentliche Anforderung bei der Ausführung eines früheren öffentlichen Auftrags erheblich oder fortdauernd mangelhaft erfüllt haben und dies zu einer vorzeitigen Beendigung, zu Schadensersatz oder zu einer vergleichbaren Rechtsfolge (hier: Ersatzvornahme) geführt hat.

Nach unserer Kenntnis haben Sie auf das Kündigungsschreiben bislang nicht reagiert. Bitte weisen Sie uns bis spätestens 31.07.2024 hier eingehend nach, welche Maßnahmen der Selbstreinigung i.S.d. § 6f EU Abs. 1 S. 1 Nrn. 1-3 VOB/A Sie bereits wirksam umgesetzt haben und im Besonderen welche geeigneten konkreten technischen, organisatorischen und personellen Maßnahmen Sie ergriffen haben, um weiteres Fehlverhalten zu vermeiden.

Legen Sie uns keine Nachweise innerhalb der oben benannten Frist vor, wird Ihr Angebot ausgeschlossen. Im Übrigen verweisen wir auf § 6f EU Abs. 2 und 3 VOB/A.

3.

Mit Schreiben vom 31.07.2024 teilte die ASt der VSt mit, dass die Kündigung aufgrund unterschiedlicher Auffassung, inwieweit die von der ASt zur Verfügung gestellten Planung für die Erstellung der Verkleidung ausreichend sei, erfolgt sei. Die Mängelbeseitigung sei vollständig durchgeführt worden. Die ASt betont, dass sie die Arbeiten auch gerne zu Ende geführt hätte. Sie sei mit der Ausführungsplanung der Wandverkleidung nicht zurechtgekommen. Sie hätten sich mittlerweile auch personell verstärkt.

4.

Nach der Anhörung der ASt bewertete die VSt (.....) die Teilkündigung des-Amtes am 07.08.2024 wie folgt:

....Aus Sicht von ist ... das Unternehmen selbst gem. § 6e EU Abs. 6 Nr. 7 VOB/A auszuschließen, weil es beim BV „.....“ eine wesentliche Anforderung bei der Ausführung eines früheren öffentlichen Auftrags erheblich oder fortdauernd mangelhaft erfüllt hat und dies zu einer vorzeitigen Beendigung des Vertragsverhältnisses einschließlich der Durchführung einer Ersatzmaßnahme geführt hat. Die verfahrensgegenständlichen Maßnahmen an sind termin- und kostenkritisch. Alleine für die Einrüstung des Gebäudes (.....) fallen erhebliche Kosten an. Um den Ablauf des eng getakteten Bauvorhabens nicht zu gefährden ist die Leistungserbringung durch einen zuverlässigen und fachkundigen AN erforderlich, da andernfalls mit erheblichen Mehrkosten und Verzögerungen auch zu Lasten eines unterbrechungsfreien Betriebs des zu rechnen ist. Ein solches Risiko ist der Auftraggeberin nicht zuzumuten. Ebenso nicht ist der Auftraggeberin das erhöhte Risiko einer technisch mangelhaften Ausführung zuzumuten, da etwaige Undichtigkeiten der Abdichtung erhebliche Auswirkungen auf die weiteren Bauarbeiten in der und deren künftigen Betrieb haben. sind erhebliche und begründete Zweifel vorgetragen worden, dass durch den Bieter die zu vergebenden Leistungen einwandfrei und ordnungsgemäß ausgeführt werden. Der Ausschluss eines Bieters aufgrund § 6e EU Abs. 6 Nr. 7 VOB/A ist fakultativ. Die Vergabestelle hat daher das Ermessen auszuüben, ob sie von ihrer Befugnis Gebrauch macht, den Bieter auszuschließen. Nach Abwägung der des von dem am 17.07.2024 vorgetragenen und von bestätigten Sachverhalts beim BV „.....“ mit den technischen, terminlichen und wirtschaftlichen Folgen einer unzuverlässigen Leistungserbringung am BV erachtet die Vergabestelle die mit einer unzuverlässigen und technisch mangelhaften Leistungserbringung verbundenen Risiken für so erheblich, dass eine Beauftragung des Bieters nicht zumutbar ist, weil sie

prognostisch geeignet ist, die berechtigten Interessen der Auftraggeberin sehr erheblich zu gefährden.

Auch unter Einbeziehung der Antworten des Bieters in Bezug auf eine Selbstreinigung nach § 6f EU VOB/A ist aus Sicht das Ermessen dahingehend auszuüben, dass der Bieter..... gem. § 6e EU Abs. 6 Nr. 7 VOB/A aus dem Verfahren auszuschließen ist, weil die mit einer unzuverlässigen und technisch mangelhaften Leistungserbringung verbundenen Risiken erheblich sind. Im Besonderen die unzureichenden Einlassungen des Bieters bezüglich seiner Selbstreinigung räumen die erheblichen Zweifel an der Eignung des Bieters und damit eine ernsthaft zu besorgende Gefährdung der berechtigten Interessen der Auftraggeberin nicht aus. Der Bieter ist daher aus dem Verfahren auszuschließen gem. § 6e EU Abs. 6 Nr. 7 VOB/A i.V.m. § 6f EU VOB/A

5.

Mit Bieterinformationsschreiben vom 21.08.2024 gemäß § 134 GWB teilte die VSt der ASt mit, dass beabsichtigt sei, den Zuschlag am 02.09.2024 auf das Angebot der BGIn zu erteilen. Das Angebot der ASt werde von der Wertung ausgeschlossen mit folgender Begründung:

Hierzu teilen wir Ihnen gem. § 6f EU Abs. 2 S. 2 VOB/A mit:

Sie haben am 31.07.2024 um 13:24:28 fristgerecht über die Bieterkommunikation auf unsere Nachricht vom 24.07.2024 geantwortet und haben in Ihrer Antwort die Teilkündigung durch dasamt bestätigt. In Ihrer Antwort gehen Sie dabei nur auf die „Fassadenbekleidung aus Metall“, nicht jedoch auf die weiteren Kündigungsgründe, die dem Kündigungsschreiben desamtes zu entnehmen sind, ein.

Zusätzlich legten Sie weitere Referenzen vor. Nachgereichte Referenzen zur Aufbesserung der Eignung sind vergaberechtlich nicht wertbar und können nicht berücksichtigt werden. Sie sind auch in Bezug auf einen Nachweis zur Selbstreinigung nach § 6f EU VOB/A unbeachtlich, insofern sie aus dem August bzw. Dezember 2023 stammen und damit aus einer Zeit vor der Kündigung durch dasamt.

Relevant für eine Selbstreinigung sind Maßnahmen, die nach der Kündigung ergriffen worden sind. Als solche ist Ihrem Schreiben allgemein eine „Verbesserung der Personalsituation“ zu entnehmen. Es seien zwei weitere Bauleiter sowie weitere Montagetrupps eingestellt worden. Hierzu legen Sie eine Übersicht des Personals mit Stand 01.07.2024 vor.

Sie machen keine Angaben, ob Sie sich zur Zahlung eines Ausgleichs für den entstandenen Schaden verpflichtet haben oder solche Zahlungen schon geleistet haben; § 6f EU Abs. 1 S. 1 Nr. 1 VOB/A.

Angaben im Sinne des § 6f EU Abs. 1 S. 1 Nr. 2 VOB/A machen Sie dahingehend, dass Sie demamt mittlerweile geantwortet hätten und „hier auf eine für den Auftraggeber gute Lösung“ hoffen. Die in § 6f EU Abs. 1 S. 1 Nr. 2 VOB/A geforderte aktive Zusammenarbeit und umfassende Klärung mit dem öffentlichen Auftraggeber ist hieraus u.E. nicht erkennbar. Die bloße Bekundung einer Hoffnung ist nicht ausreichend.

Schließlich machen Sie über die bloße Erhöhung Ihrer personellen Kapazitäten hinaus keine Angaben zu den in § 6f EU Abs. 1 S. 1 Nr. 3 VOB/A geforderten konkreten technischen, organisatorischen und personellen Maßnahmen, die geeignet sind, (...) weiteres Fehlverhalten zu vermeiden. Im Besonderen liegen keine Aussagen zur Qualifikation des zusätzlich eingestellten Personals vor. Maßnahmen, die einer Qualitätssicherung dienen könnten (z.B. Vorbesprechungen, Kontrollen, Überwachungen, Schulungen etc.) werden ebenfalls nicht vorgetragen.

Ihr Vortrag ist kein überzeugender Nachweis einer Selbstreinigung i.S.d. § 6f EU VOB/A. Weder sind Sie auf alle Kündigungsgründe desamtes eingegangen, noch haben Sie einen nachvollziehbaren und ausreichenden Nachweis der Selbstreinigung i.S.d. § 6f EU Abs. 1 S. 1 Nr. 1-3 VOB/A vorgelegt. Im Besonderen ist ein bloßes Mehr an Personal ohne jegliche qualitativen Aussagen hierzu und ohne Angabe technischer oder organisatorischer Maßnahmen nicht geeignet, Zweifel an Ihrer Eignung zu entkräften.

Unter Einbeziehung Ihrer Antworten in Bezug auf eine Selbstreinigung nach § 6f EU VOB/A üben wir das Ermessen dahingehend aus, dass Sie gem. § 6e EU Abs. 6 Nr. 7 VOB/A aus dem Verfahren auszuschließen sind, weil die mit einer unzuverlässigen und technisch mangelhaften Leistungserbringung verbundenen Risiken die berechtigten Interessen der Auftraggeberin in unzumutbarer Weise gefährden.

6.

Mit Schreiben vom 21.08.2024 und ergänzend bzw. vertiefend am 27.08.2024 rügte die ASt ihren Ausschluss als vergabefehlerhaft. Die geforderte Mängelbeseitigung sei erledigt.

Das Bauvorhaben am sei noch gar nicht abgeschlossen und kein Schaden bisher festgestellt worden. Die Teilkündigung sei zu Unrecht erfolgt, weil die Arbeiten ohne Ausführungsplanung für die Wandverkleidung durch die ASt nicht durchgeführt werden konnte und dies durch eine entsprechende Behinderungsanzeige bei der VSt angezeigt worden

sei. Zudem könne eine Selbstreinigung erst dann durchgeführt werden, wenn eine grobe Verfehlung festgestellt worden sei.

7.

Am 26.08.2024 wies die VSt die Rüge zurück.

8.

Mit Telefax vom 29.08.2024 stellte die ASt einen Antrag auf Nachprüfung. Unter Bezugnahme auf ihre Rüge beanstandete sie sinngemäß ihren Ausschluss.

9.

Mit Schriftsatz vom 09.09.2024 beantragte die VSt:

- I. Der Nachprüfungsantrag wird abgelehnt.
- II. Die Antragstellerin trägt die Kosten des Verfahrens.

Der Nachprüfungsantrag sei unbegründet. Die Teilkündigung desamtes stütze sich auf ausstehende Restleistungen sowie nicht beseitigte Mängel. Entgegen der Behauptung der ASt sei die Mängelbeseitigung nicht abschließend durchgeführt worden. Auch die Behinderungsanzeige der ASt vom 19.06.2024 sei vomamt am 20.06.2024 zurückgewiesen worden. Die von der ASt behaupteten fehlenden Pläne seien ihr bereits im Frühjahr 2024 übermittelt worden. Bei den unterbliebenen Arbeiten der ASt habe es sich um eine wesentliche Anforderung der Auftragsdurchführung gehandelt. Die ASt sei deshalb der Erfüllung einer vertraglichen Hauptleistungspflicht nicht nachgekommen. Deshalb sei dasamt nun gezwungen, die ausstehenden Arbeiten sowie die Mängelbeseitigung durch ein anderes Unternehmen ausführen zu lassen. Auch wenn derzeit die Kosten einer Ersatzvornahme bzw. ein Schadensersatzanspruch noch nicht konkret beziffert werden können, liege das Merkmal der „Beendigung“ vor, was für einen Ausschluss ausreichend sei. Vor dem Ausschluss sei der ASt Gelegenheit zur Äußerung eingeräumt worden. Die VSt habe ihre Ermessenserwägungen zum Ausschluss im Bieterinformationsschreiben der ASt mitgeteilt. Im Rahmen dieser Ermessensentscheidung seien auch etwaige Selbstreinigungsmaßnahmen geprüft worden. Diese würden aber nach Auffassung der VSt nicht vorliegen. Die ASt habe zwar erklärt, dass sie im Falle einer Schadensersatzpflicht Schaden ausgleichen würde. Allerdings habe sie eine Schadensersatzleistung dem Grunde nach nicht bindend anerkannt. Auch habe sich die ASt nicht ernsthaft mit ihrem Fehlverhalten, das zur Kündigung führte, auseinandergesetzt. Es reiche nicht, auf eine „gute Lösung“ zu hoffen. Zudem habe die ASt ihre technischen, organisatorischen und perso-

nellen Maßnahmen, die zur Vermeidung weiteren Fehlverhaltens beitragen sollen, nicht hinreichend dargelegt. Allein die personelle Verstärkung verhindere nicht eine zukünftige Schlechtleistung. Es bleibe unklar, wie sich durch die neuen Mitarbeiter die Betriebsabläufe ändern oder die anfallende Arbeit aufgeteilt werde.

Die VSt sei zum Ergebnis gekommen, dass eine Selbstreinigung nicht erfolgt sei. Daher habe sie ihr Ermessen dahingehend ausgeübt, die ASt vom Vergabeverfahren auszuschließen. Das Risiko einer erneuten unzureichenden Leistungserbringung wog für die VSt schwerer, als das Interesse der ASt, weiterhin am Vergabeverfahren teilnehmen zu können. Der Nachprüfungsantrag sei daher abzuweisen.

10.

Am 11.09.2024 wurde die Fa. zum Verfahren beigegeben.

11.

Mit Schriftsatz vom 16.09.2024 betonte die ASt, dass sie - entgegen der Behauptung der VSt - alle angezeigten Mängel behoben habe. Insbesondere seien die bemängelten Kunststoffdübel durch die zugelassenen Befestiger ersetzt worden. Dies sei auch durch das Baubesprechungsprotokoll Nummer 58 vom 11.06.2024 belegt. Ein schriftliches Konzept zur Mängelbeseitigung, wie dasamt es gefordert habe, sei nicht notwendig. Es liege in der Verantwortung des Auftragnehmers, ein mangelfreies Werk zu liefern.

Der von der VSt am 18.03.2024 übersandte Plan enthalte nicht die notwendigen Angaben, um die Wandverkleidung auszuführen. Zumindest hätte die Ansicht der zu verkleideten Wand ersichtlich sein müssen, die Aufteilung der einzelnen Blechteile sowie alle notwendigen Maße in einem brauchbaren Maßstab. Diese Angaben seien in dem Plan vom 18.03.2024 nicht enthalten. Am 11.06.2024 habe zur weiteren Vorgehensweise nochmals ein Termin vor Ort stattgefunden. Bei diesem Termin habe ein Mitarbeiter der ASt nochmals auf die fehlenden Ausführungspläne hingewiesen. Nachdem die ASt die Ausführungspläne erneut nicht erhalten habe, sei sie gezwungen gewesen, am 19.06.2024 eine Behinderungsanzeige zu stellen.

Die VSt stütze ihren Ausschluss auf umstrittene und nicht abschließend geklärte Vermutungen/Ansichten. Die Ausführungsplanung habe der ASt zu keinem Zeitpunkt zur Verfügung gestanden. Die VSt müsse die Voraussetzungen des § 124 Abs. 1 Nr. 7 GWB beweisen. Es genüge nicht, dass der Auftraggeber gekündigt habe. Es müsse mit hinreichender Sicherheit feststehen, dass die Kündigung auch zu Recht erfolgt sei. Die Voraussetzungen der erheblichen oder fortdauernden mangelhaften Erfüllung würden aufgrund der vorgetragenen Behinderungen nicht vorliegen. Ein wichtiger Kündigungsgrund hätte nicht vorgelegen. Somit liege schlicht eine freie Kündigung vor. Aus diesem Grund hätte die ASt auch keine Selbstreinigungsmaßnahmen ergreifen müssen.

Die angesprochene Leistungsfähigkeit der ASt sei gegeben. Sie habe Referenzen vorgelegt und die seien auch nicht beanstandet worden.

12.

Mit Schriftsatz vom 24.09.2024 trug die VSt vor, dass die von der VSt zur Verfügung gestellten Pläne brauchbar gewesen seien und die Behauptung der ASt unzutreffend sei, dass die Wandverkleidung nur deshalb nicht fertiggestellt werden konnte, weil die VSt keine Pläne zur Verfügung gestellt habe.

Weiterhin seien im Rahmen der Ersatzvornahme weitere Mängel festgestellt worden. Gemäß Position 01.02.60 des Leistungsverzeichnisses seien Schubleche für Sandwichpaneelelemente aus Edelstahl geschuldet. Diese seien falsch montiert worden. Bei der Ersatzvornahme sei nun zudem festgestellt worden, dass die Materialstärke (nur 2 mm statt 4 mm) nicht der vorgegebenen Statik entspreche.

Hinsichtlich der Dachbefestigung sei es zwar richtig, dass die ASt eine Mangelbeseitigung durchgeführt habe, allerdings seien die längeren erforderlichen Schrauben durch kürzere, die irreführend auf Silikon montiert wurden, ausgetauscht worden. Auch dies sei im Rahmen der stattfindenden Ersatzvornahme zufällig entdeckt worden. Auch sei der im Rahmen der Kündigung vom 25. Juni genannte Mangel an den Attikablechen nach Aussage desamtes nicht behoben worden.

13.

In der mündlichen Verhandlung vom 27.09.2024 hatten die Parteien Gelegenheit zur Stellungnahme. Die ASt begehrt die Rücknahme ihres Ausschlusses. Die VSt bleibt bei ihrem Antrag, den Nachprüfungsantrag abzulehnen. Die BGI stellt keinen Antrag.

14.

Im Übrigen wird hinsichtlich der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstands auf die Verfahrensakte der Vergabekammer, das Protokoll der mündlichen Verhandlung und die Vergabeakten, soweit sie der Vergabekammer vorgelegt wurden, Bezug genommen.

Begründung:

Der Nachprüfungsantrag ist zulässig und begründet.

1.

Der Nachprüfungsantrag ist zulässig.

a)

Die Vergabekammer Nordbayern ist für das Nachprüfungsverfahren nach § 1 Abs. 2 und § 2 Abs. 2 Satz 2 BayNpV sachlich und örtlich zuständig.

b)

Die VSt ist öffentlicher Auftraggeber nach § 99 Nr. 1 GWB.

c)

Bei dem ausgeschriebenen Bauauftrag handelt es sich um einen öffentlichen Auftrag im Sinne von § 103 Abs. 3 GWB.

d)

Der maßgebliche Schwellenwert nach § 106 Abs. 2 Nr. 1 GWB ist überschritten.

e)

Die ASt ist antragsbefugt. Antragsbefugt ist nach § 160 Abs. 2 GWB jedes Unternehmen, das ein Interesse an dem öffentlichen Auftrag hat, eine Verletzung in eigenen, bieterschützenden Rechten nach § 97 Abs. 6 GWB geltend macht und einen dadurch entstandenen oder drohenden Schaden darlegt.

f)

Die ASt hat ihrer Rügeobliegenheit nach § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 GWB genügt. Mit Schreiben vom 21.08.2024 und ergänzend bzw. vertiefend am 27.08.2024 rügte die ASt ihren Ausschluss.

g)

Zum Zeitpunkt der Stellung des Nachprüfungsantrags am 29.08.2024 war die 15-Tages-Frist gemäß § 160 Abs. 3 S. 1 Nr. 4 GWB nicht abgelaufen, die der ASt nach der Rügezurückweisung vom 26.08.2024 zur Verfügung stand.

h)

Der Zuschlag wurde noch nicht erteilt, § 168 Abs. 2 Satz 1 GWB.

2.

Der Nachprüfungsantrag ist begründet. Die Ausschlussentscheidung ist, so wie sie vorgenommen wurde, vergaberechtlich nicht haltbar.

a)

Bereits die Prüfung der tatbestandlichen Voraussetzungen des § 124 Abs. 1 Nr. 7 GWB durch die VSt stellen sich als beurteilungsfehlerhaft dar.

Voraussetzung für einen Ausschluss gem. § 124 Abs. 1 Nr. 7 GWB sind auf Tatbestandsebene eine erhebliche oder fortdauernde mangelhafte Erfüllung einer wesentlichen Anforderung bei der Ausführung eines früheren öffentlichen Auftrags, die zu einer vorzeitigen Beendigung, zu Schadensersatz oder zu einer vergleichbaren Rechtsfolge geführt hat. Nach dem Wortlaut der Norm genügt es nicht, dass der Auftraggeber gekündigt, einen Schadensersatzanspruch geltend gemacht oder eine Maßnahme ergriffen hat, die eine vergleichbare Rechtsfolge nach sich zieht. Die Konsequenzen müssen auch zu Recht gezogen worden sein (VK Berlin, Beschluss vom 09.10.2023 - VK B2-24/23). Da es sich dabei um eine Tatbestandsvoraussetzung handelt, müssen Auftraggeber eine entsprechende Rechtsprüfung (eingehend) dokumentieren, wozu neben der rechtlichen Würdigung auch der zu Grunde gelegte Sachverhalt gehört (VK Berlin, Beschluss vom 19.07.2024 - VK B 1-19/23)

Hieran fehlt es, weil die VSt ausweislich ihres Schreibens vom 24.07.2024 davon ausgegangen ist, dass der Tatbestand des § 124 Abs. 1 Nr. 7 GWB bereits deshalb vorliegen würde, weil die ASt auf ihre Kündigung nicht reagiert habe. Die VSt hätte im Rahmen der Prüfung, ob die Tatbestandsvoraussetzungen vorliegen, umfassend und konkret darlegen müssen, dass die ASt bei der Ausführung des Auftrages „Dacheindeckung - Spenglerarbeiten“

..... eine wesentliche Anforderung erheblich oder fortdauernd mangelhaft erfüllt hat. Es genügt nicht, ohne jede Subsumtion, formelhaft den Gesetzeswortlaut wiederzugeben und darauf zu verweisen, dass die ASt der Kündigung nicht widersprochen habe.

Zudem hat die VSt keine umfassenden Ermessenserwägungen angestellt und Belange der ASt, die gegen einen Ausschluss sprechen könnten, überhaupt nicht berücksichtigt. Z.B. hätte die VSt in ihren Ermessenserwägungen berücksichtigen sollen, welchen Umfang die Mängel in Bezug auf den Gesamtauftrag hatten. Im Rahmen eines Bauauftrages ist es nicht unwahrscheinlich, dass der Bauherr Mängel in der Ausführung beanstandet. Im Rahmen einer umfassenden Ermessensausübung und Eignungsprognose müssen auch Gesichtspunkte, die zugunsten des Bieters sprechen könnten, berücksichtigt und abgewogen werden. Hätte die VSt eine offene Anhörung durchgeführt und dem Bieter die Möglichkeit gegeben, sich auch zu den Tatbestandsvoraussetzungen des § 124 Abs. 1 Nr. 7 GWB zu äußern (siehe dazu auch nachfolgend b), können auch erst Gesichtspunkte auftauchen, die zugunsten des Bieters zu berücksichtigen sind.

b)

Zudem ist die Ausschlussentscheidung auch deshalb vergaberechtswidrig, weil die VSt die grundsätzlich erforderliche Anhörung der ASt fehlerhaft durchgeführt hat.

Vor einer Ausschlussentscheidung nach § 124 Abs. 1 Nr. 7 GWB bedarf es einer vorherigen Anhörung des betroffenen Bieters. Zwar hat die VSt die ASt mit Schreiben vom 24.07.2024 angehört. Allerdings bezog sich die Anhörung ausschließlich darauf, ob die ASt bereits Selbstreinigungsmaßnahmen getroffen habe. Diese Einschränkung, dass sich der Bieter nicht zu den Tatbestandsvoraussetzungen und zur Verhältnismäßigkeit des Ausschlusses äußern kann, sondern nur seine Selbstreinigungsmaßnahmen darstellen soll, stellt einen Verstoß gegen das Anhörungsgebot dar.

c)

Nach Auffassung der Vergabekammer ist die VSt bei ihrer Ausschlussentscheidung auch von einem unzureichend ermittelten Sachverhalt ausgegangen. Im Rahmen der mündlichen Verhandlung bei der Vergabekammer am 27.09.2024 konnten die Vertreter der VSt den Vortrag der ASt nicht widerlegen, dass die ASt bei der Ausführung der Wandverkleidung doch behindert war, weil die VSt der ASt nicht konkret mitgeteilt habe, wie die Wandverkleidung konkret ausgeführt werden soll. Die VSt hat mit Schriftsatz vom 24.09.2024 lediglich einen Plan vorgelegt, der die Betriebsabläufe für die Lüftung und Kühlung des darstellt. Die ASt hat unwidersprochen in der mündlichen Verhandlung

vorgetragen, dass ihr kein Plan der VSt bekannt sei, der vorgibt, wie die Wandverkleidung ausgestaltet sein soll. Ähnlich wie bei einer Tapete hätte die VSt konkret vorgeben müssen, wie die Wandverkleidung gestaltet sein soll.

Zudem hat die VSt nach Auffassung der Vergabekammer auch nicht ausreichend ermittelt, welche Mängel zum Zeitpunkt der Kündigung von der ASt trotz Aufforderung nicht beseitigt waren. In ihrem Schriftsatz vom 24.09.2024 hat die VSt vorgetragen, dass ein Kündigungsgrund gewesen sei, dass das mangelhafte Attikablech im Bereich der Überschneidung vom Aufgangsbauwerk und Brückenkappe trotz Aufforderung nicht ausgetauscht wurde. In der mündlichen Verhandlung hat die ASt ohne substantiierten Widerspruch der VSt vorgetragen, dass dies nicht richtig sei. Vielmehr habe sie diesen Mangel vor der Kündigung beseitigt, weil nach der Kündigung sei ihr sofort der Zutritt zur Baustelle verwehrt worden.

Somit bestehen erhebliche Zweifel, dass die VSt bei ihrer Entscheidung über den Ausschluss nach § 124 Abs. 1 Nr. 7 GWB von einem zutreffenden Sachverhalt ausgegangen ist und bei der Kündigung selbst zutreffende Kündigungsgründe aufgeführt wurden.

d)

Im Rahmen der Überprüfung der Rechtmäßigkeit der Ausschlussentscheidung können solche Umstände nicht mehr berücksichtigt werden, die der VSt erst nach der getroffenen Ausschlussentscheidung bekannt werden. Eine nachträgliche Rechtfertigung der Ausschlussentscheidung mit Argumenten, die bei der Entscheidung über den Ausschluss noch gar nicht bekannt waren, ist nicht möglich.

Nach der Gesetzesbegründung BT-Drs 18/6281, Seite 107, kann auch die Ersatzvornahme oder das Verlangen nach umfangreichen Nachbesserungen eine „vergleichbare Rechtsfolge“ i.S. von § 124 Abs. 1 Nr. 7 GWB sein. Inwieweit die VSt die im Schriftsatz vom 24.09.2024 vorgetragenen und in der mündlichen Verhandlung erörterten Mängel, die erst im Rahmen der Ersatzvornahme festgestellt wurden, als Ausschlussgrund heranziehen möchte, bleibt ihr als Herrin des Vergabeverfahrens überlassen.

Bei der verfahrensgegenständlichen Ausschlussentscheidung müssen diese nachgeschobenen Erwägungen unberücksichtigt bleiben.

Die am 07.08.2024 getroffene Ausschlussentscheidung, die der ASt im Rahmen des Bieterinformationsschreibens vom 21.08.2024 mitgeteilt wurde, ist aus o.g. Gründen vergaberechtswidrig. Ob die VSt ggf. erneut gegenüber der ASt den Ausschluss nach § 124

Abs. 1 Nr. 7 GWB überprüfen möchte, bleibt ihr überlassen. Bei fortbestehender Beschaffungsabsicht ist das Vergabeverfahren unter Berücksichtigung entsprechend fortzuführen.

3.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 182 GWB.

- a) Die VSt hat die Verfahrenskosten zu tragen, weil sie mit ihren Anträgen unterlegen ist, § 182 Abs. 3 Satz 1 GWB.
- b) Die Kostenerstattungspflicht gegenüber der ASt ergibt sich aus § 182 Abs. 4 Satz 1 GWB.
- c) Die BGI hat sich am Verfahren nicht in Schriftform beteiligt und keine Anträge gestellt. Sie hat daher das Risiko des Unterliegens nicht getragen und bekommt im Umkehrschluss dazu auch keine Aufwendungen erstattet.
- d) Die Hinzuziehung eines anwaltlichen Bevollmächtigten war für die ASt notwendig (§ 182 Abs. 4 Satz 4 GWB 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, sodass es der ASt nicht zuzumuten war, das Verfahren vor der Vergabekammer selbst zu führen.
- e) Die Gebühr war nach § 182 Abs. 2 und Abs. 3 GWB festzusetzen. Im Hinblick auf die Bruttoangebotssumme der ASt 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,-- €. Die VSt ist gemäß § 182 Abs. 1 GWB i.V.m. § 8 Abs. 1 Nr. 3 VwKostG von der Zahlung der Gebühr befreit.
- f) Der geleistete Kostenvorschuss von 2.500,- € wird nach Bestandskraft dieses Beschlusses an die ASt zurücküberwiesen.

Rechtsmittelbelehrung:

.....

.....

.....

.....