

Leistungsfähigkeit kann ohne Kenntnis vom Umsatz nicht beurteilt werden!

1. Das Transparenzgebot erfordert Angaben zu Eignungskriterien, die unter Berücksichtigung des Beurteilungsspielraums der Vergabestelle anzuwenden sind.
2. Die Vergabestelle überschreitet diesen, wenn sie ohne Kenntnis der Umsatzzahlen die wirtschaftliche und finanzielle Leistungsfähigkeit beurteilt.
3. Die Möglichkeit zur Nachforderung von bieterbezogenen Unterlagen, die Aspekte der Eignung betreffen, besteht nur bis zum Abschluss des Teilnahmewettbewerbs. Nur wenn neue Erkenntnisse vorliegen, darf der Auftraggeber nochmals in die Eignungsprüfung eintreten.*)

VK Nordbayern, Beschluss vom 22.10.2020 – RMF-SG 21-3194-5-33, Volltext: IBRRS 2020, 3569

VgV § 42 Abs. 2, § 47

Problem/Sachverhalt

Der antragstellende Bieter wandte sich gegen eine beabsichtigte Zuschlagsentscheidung unter Berufung auf eine fehlende wirtschaftliche, finanzielle und technische/berufliche Leistungsfähigkeit des für den Zuschlag vorgesehenen Bieters. Dieser könne als Newcomer keinen Umsatz der vergangenen drei Geschäftsjahre nachgewiesen haben und verfüge nicht über die geforderte Erfahrung. Eine vollständige Eignungsleihe sei nicht möglich.

Entscheidung

Nach Auffassung der Vergabekammer war der Bieter mangels Eignung nach dem Teilnahmewettbewerb vom Verfahren auszuschließen: Im Verhandlungsverfahren sei eine **Eignungsprüfung zwingend erforderlich**, die am Maßstab der in der Vergabebekanntmachung veröffentlichten Kriterien zu erfolgen habe. Dabei hat die Vergabestelle (VSt) alle Kriterien anzuwenden, die in der Bekanntmachung angegeben wurden. Der Beurteilungsspielraum der VSt sei zwar nur eingeschränkt prüfbar, jedoch hier überschritten: Die VSt habe im Vergabevermerk nicht dokumentiert, warum sie auf den **Nachweis von Umsätzen zur Prüfung der wirtschaftlichen und finanziellen Leistungsfähigkeit** des Bieters verzichtet habe; Umsatzangaben von Dritten seien ebenfalls nicht geprüft worden. Soweit im Nachprüfungsverfahren der Umsatz eines Dritten nachgewiesen worden sei, könnten diese Zahlen nach Abschluss des Teilnahmewettbewerbs keine Berücksichtigung mehr finden, da eine Nachforderung bieterbezogener Unterlagen zur Eignung nur bis zum Abschluss des Teilnahmewettbe-

werbs zulässig sei (§ 42 Abs. 2 VgV). Im Teilnahmewettbewerb habe eine abschließende Prüfung der Eignung zu erfolgen, weshalb eine **Nachforderung von Erklärungen zur Eignung im nachgelagerten Verhandlungsverfahren unzulässig** sei. Ein Wiedereintritt in die Prüfung sei lediglich nach Maßgabe des § 56 VgV bei Vorliegen neuer Erkenntnisse möglich; diese Konstellation lag hier nicht vor. Gleiches gelte hinsichtlich der technischen Eignung im Wege der Eignungsleihe; insoweit habe die Vorlage eigener Referenzen gefehlt.

Praxishinweis

Bei zweistufigen Verfahren ist der Auftraggeber gehalten, auf jeder Stufe sorgfältig zu prüfen, ob Unterlagen nachzufordern sind; eine Heilung von Verfahrensfehlern im nachgelagerten Verfahrensteil ist in der Regel nicht mehr möglich. Sollen Newcomer zugelassen werden, ist schon bei der Festlegung von Eignungskriterien sorgfältig die Formulierung zu treffender Vorgaben abzuwägen (vgl. VK Sachsen, Beschluss vom 20.01.2017 – 1/SVK/030-16, IBRRS 2017, 3721).

RAin Julia Zerwell, Frankfurt a.M.

ibr-online-Links:

IBR 2015, 447: VK Nordbayern – Markteintrittshürde für Newcomer ist unbedenklich!

IBR 2013, 1111 (nur online): VK Baden-Württemberg – Müssen auch „Newcomer“ anbieten können?

IBR 2012, 96: OLG Düsseldorf – Umsatzangaben für drei Geschäftsjahre gefordert: Newcomer sind ausgeschlossen!

Fehlende Angaben im Bauablaufplan sind nachzufordern!

1. Fehlen Angaben im Bauablaufplan eines Bieters, ist das Angebot dieses Bieters wegen einer Änderung an den Vergabeunterlagen vom Vergabeverfahren nur auszuschließen, wenn der Bauablaufplan Vertragsbestandteil wird.
2. Die Nachforderung von Unterlagen setzt voraus, dass diese nicht wertungsrelevant sind.

VK Sachsen-Anhalt, Beschluss vom 23.06.2020 – 3 VK LSA 24/20, Volltext: IBRRS 2020, 3345

VOB/A 2019 § 16 Abs. 1 Nr. 2, § 16a Abs. 1

Problem/Sachverhalt

Der Auftraggeber (AG) schrieb die Ausführung von Bauleistungen an der Bundesstraße 81 öffentlich aus. Als einziges Zuschlagskriterium war der Preis vorgesehen. Nach dem Leistungsverzeichnis sollte sich die Bauleistung in zwei Bauabschnitte unterteilen. Teilabschnitte waren nicht vorgesehen. In der Aufforderung zur Angebotsabgabe war hingegen die Einreichung eines Bauablaufplans mit der Angabe von Teilabschnitten gefordert. Dieser Plan war dabei nicht in der Auflistung der Unterlagen genannt, die Vertragsbestandteil werden sollten. Der erstplatzierte Bieter B reichte einen Bauablaufplan mit Bauabschnitten ohne Teilabschnitte ein. Der AG schloss dieses Angebot vom Vergabeverfahren wegen Änderung an den Vergabeunterlagen aus, da der Bauablaufplan nicht wie gefordert die Bildung von Teilabschnitten vorsehe. B beantragt Nachprüfung.

Entscheidung

Mit Erfolg! Der Ausschluss war rechtswidrig. Nach § 16 Abs. 1 Nr. 2 VOB/A 2019 i.V.m. § 13 Abs. 1 Nr. 5 VOB/A 2019 sind Angebote vom Vergabeverfahren auszuschließen, die Änderungen an den Vergabeunterlagen enthalten. Eine solche Änderung liegt jedoch nicht vor. Mit dem Bauablaufplan hat B den vorgesehenen Bauablauf nicht abgeändert. Der Bauablaufplan wird nicht Vertragsbestandteil. Denn er ist in der Aufforderung zur Angebotsabgabe **nicht unter den Unterlagen geführt, die Vertragsbestandteil werden**. Die im Bauablaufplan enthaltenen Fristen dienen lediglich der Erläuterung des Vertragsinhalts. Der AG musste die Angaben zu den Teilabschnitten gem. § 16a Abs. 1 VOB/A 2019 vielmehr nachfordern. Nach dieser Regelung muss der AG diejenigen Bieter, die für den Zuschlag in Betracht kommen, unter Einhaltung der Grundsätze der Transpa-

renz und der Gleichbehandlung auffordern, **fehlende oder unvollständige leistungsbezogene Unterlagen**, insbesondere Erklärungen oder Nachweise, **nachzureichen oder zu vervollständigen**. Die Angabe der Teilabschnitte ist eine solche im Bauablauf fehlende Erklärung. Die Nachforderung dieser Erklärung ist auch nicht wegen Wertungsrelevanz ausgeschlossen. Der Bauablaufplan ist nicht als Zuschlagskriterium vorgesehen. Eine Besserstellung des Angebots bei der Wertung kann durch die Nachforderung daher nicht eintreten.

Praxishinweis

Auftraggebern ist es zu empfehlen, das Vorliegen einer Änderung an den Vergabeunterlagen sehr sorgfältig zu prüfen. Eine solche Änderung kommt nach der Entscheidung nur in Betracht, wenn die Erklärungen des Bieters vertragsrelevant sind. Die Vergabeunterlagen müssen in den betroffenen Stellen zudem eindeutig sein (vgl. zuletzt VK Sachsen, IBR 2021, 40). Weiterhin haben Auftraggeber zu prüfen, ob das Angebot nach der Rechtsprechung des BGH (IBR 2019, 571) aufgeklärt werden muss. Ist eine geforderte Erklärung im Angebot lediglich nicht enthalten, entspricht das Angebot zwar auch insoweit nicht den Vergabeunterlagen. In solchen Fällen ist die fehlende Erklärung nach § 16a VOB/A 2019 jedoch grundsätzlich nachzufordern. Nach der Entscheidung kommt dies – obgleich es in der VOB/A an einer entsprechenden Regelung zu § 56 Abs. 3 Satz 1 VgV fehlt – allerdings nicht infrage, wenn diese Erklärung wertungsrelevant ist. Wird der Bauablaufplan daher als Zuschlagskriterium vorgesehen (vgl. VK Bund, IBR 2018, 698), kann eine Nachforderung von fehlenden Angaben in diesem Fall ausgeschlossen sein.

RA Frederic Delcuvé, Berlin