



ENTSCHEIDUNG

In dem Nachprüfungsverfahren VPS 11/21

aufgrund der Beanstandung der XXX,

- Beschwerdeführerin –

gegenüber dem XXX,

- Auftraggeber –

betreffend das Vergabeverfahren „XXX. Erdarbeiten – Zeitvertrag XXX; Vergabenummer: XXX“

wird durch die Vergabepflichtstelle festgestellt:

1. Das Vergabeverfahren wird als rechtswidrig beanstandet.
2. Der Auftraggeber wird verpflichtet, das Vergabeverfahren aufzuheben und bei fortbestehender Beschaffungsabsicht unter Berücksichtigung der Rechtsauffassung der Vergabepflichtstelle beginnend mit der Bekanntmachung erneut durchzuführen.
3. Gebühren werden nicht erhoben.

Gründe

I.

Der Auftraggeber schrieb die Bauleistung „XXX. Erdarbeiten – XXX; Vergabenummer: XXX“ als Rahmenvereinbarung im Wege einer Öffentlichen Ausschreibung nach §§ 3 Nr. 1, 3a Abs. 1 S. 1 VOB/A 2019 (die in dieser Entscheidung genannten Vorschriften der Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen Teil A (VOB/A) beziehen sich auf die Ausgabe 2019, Bekanntmachung v. 31.01.2019) über die Vergabepattform „subreport“ aus.

Unter Buchstabe w) in der Bekanntmachung zur Ausschreibung vom 21.07.2021 wird zur Beurteilung der Eignung Folgendes festgelegt:

„Präqualifizierte Unternehmen führen den Nachweis der Eignung durch den Eintrag in die Liste des Vereins für die Präqualifikation von Bauunternehmen e.V. (Präqualifikationsverzeichnis). [...]

Nicht präqualifizierte Unternehmen haben als vorläufigen Nachweis der Eignung mit dem Angebot das ausgefüllte Formblatt "Eigenerklärung zur Eignung" vorzulegen. [...] Gelangt das Angebot in die engere Wahl, sind die Eigenerklärungen (auch die der Nachunternehmer) auf gesondertes Verlangen durch Vorlage der in der "Eigenerklärung zur Eignung" genannten Bescheinigungen zuständiger Stellen zu bestätigen.

Darüber hinaus hat der Bieter zum Nachweis seiner Fachkunde folgende Angaben gemäß § 6a Abs. 3 VOB/A zu machen:

DVGW-W3, Formblatt 125“

In dem Formblatt 125 hat der Bieter anzugeben, durch welche organisatorischen Maßnahmen die dauerhafte Bereitschaft zum Einsatz in Nachtzeiten, Wochenend- und Feiertagen und die Einhaltung der maximalen Reaktionszeiten sichergestellt werden soll.

In Buchstabe B) der Aufforderung zur Abgabe eines Angebots für eine Rahmenvereinbarung mittels Formblatt 611 BU (kurz: Angebotsaufforderung) vom 21.07.2021 findet sich der Hinweis, dass die „Weiteren besonderen Vertragsbedingungen“ (Formblatt

614) beim Bieter verbleiben und Vertragsbestandteil werden. Ziffer 5.1 verweist für die mit dem Angebot einzureichenden Unterlagen auf das Formblatt „Verzeichnis der im Vergabeverfahren vorzulegenden Unterlagen“. Nach Ziffer 5.3 werden fehlende Unterlagen, deren Vorlage mit dem Angebot gefordert war, nachgefordert.

Unter Ziffer 10.3.4 der „Weiteren besonderen Vertragsbedingungen“ heißt es zum Personal-/ Materialeinsatz:

„Mindestanforderung bei Angebotsabgabe für ein Los:

a) Nachweis der im eigenem Betrieb vollzeitbeschäftigten Arbeitnehmer:
Arbeitnehmer:

- mind. 1 Straßenbauermeister*
- mind. 2 gewerbliche Facharbeiter*
- mind. 1 sonstiger gewerblicher Mitarbeiter*

b) Nachweis der im eigenem Betrieb vorhandenen technischen Betriebsausstattung [...]“

Das Formblatt „Verzeichnis der im Vergabeverfahren vorzulegenden Unterlagen“ befand sich – entgegen der Angabe in der Angebotsaufforderung – nicht unter den Vergabeunterlagen.

Den Bietern wurde in den Vergabeunterlagen das Dokument „00 - Hinweis Zeitvertrag Erdarbeiten 2022.pdf“ zur Verfügung gestellt. Dort steht u.a.:

„Bitte beachten Sie die erforderlichen Nachweise und Angaben nach § 6 Abs. 3 Nr. 3 VOB/A, insbesondere aber auch die Vorgaben in den „Weiteren besonderen Vertragsbedingungen“ (Ziffer 10.3.4):

- [...]

- Die unter der Ziffer 10.3.4 genannten Mindestanforderungen hinsichtlich der vollzeitbeschäftigten Arbeitnehmer und der technischen Betriebsausstattung sind Mindestanforderungen für die Angebotsabgabe. Die Mindestanforderungen müssen zum Angebotszeitpunkt erfüllt sein, die entsprechenden Nachweise sind mit dem Angebot vorzulegen.“

Ausweislich der Vergabeunterlagen ist der Preis alleiniges Zuschlagskriterium.

Die Submission erfolgte am 20.08.2021. Es lagen zwei Angebote vor: neben dem der Beschwerdeführerin auch eines der Firma XXX. Das Angebot der Beschwerdeführerin war das günstigere Angebot.

Dem Angebot der Beschwerdeführerin war nebst anderen Unterlagen u.a. eine Personalaufstellung sowie eine Maschinenliste beigelegt. Von beiden Bietern forderte der Auftraggeber am 20.08.2021 mit Verweis auf die Anforderung in Ziffer 10.3.4. Personal- und Materialeinsatz der Weiteren besonderen Vertragsbedingungen und unter Fristsetzung zum 26.08.2021 Unterlagen nach. Die Beschwerdeführerin hatte demnach folgenden Nachweis vorzulegen: „Meistertitel eines im eigenen Betrieb vollzeitbeschäftigten Arbeitnehmers“, die Firma XXX den Nachweis: „Personal- / Materialeinsatz“.

Mit E-Mail vom 20.08.2021 reichte die Beschwerdeführerin erneut die Maschinenliste sowie die Personalaufstellung sowie darüber hinaus den Arbeitsvertrag eines Mitarbeiters und die Kopie des Diplom-Zeugnisses der Fachhochschule Koblenz nach, die diesem Mitarbeiter bescheinigt, dass er am 21.06.2001 die Abschlussprüfung in dem Studiengang Bauingenieurwesen bestanden habe und ihm der Diplomgrad Diplom-Ingenieur (FH) verliehen werde.

Mit Schreiben vom 23.08.2021 teilte der Auftraggeber der Beschwerdeführerin mit, dass ihr Angebot nicht berücksichtigt werde und beabsichtigt sei, den Zuschlag am 24.09.2021 auf das Angebot der Firma XXX zu erteilen. Unter Ziffer 1.1 Angebotsprüfung begründete der Auftraggeber die Nichtberücksichtigung damit, dass er das Angebot der Beschwerdeführerin von der Wertung ausgeschlossen habe, weil es „den Mindestanforderungen der vollzeitbeschäftigten Arbeitnehmer (Straßenbauermeister)“ nicht entspreche. Unter Ziffer 1.2 Eignungs- und Ausschlussprüfung gab er an, dass begründete Zweifel an der Eignung der Beschwerdeführerin im Hinblick auf die technische und berufliche Leistungsfähigkeit bestünden. Der Auftraggeber setzte der Beschwerdeführerin ferner eine Frist zum 06.09.2021 für den Fall einer Beanstandung.

Mit E-Mail vom 10.09.2021 an den Auftraggeber, der ein unterschriebenes, eingescanntes Schreiben der Beschwerdeführerin beigefügt war, beanstandete diese den Ausschluss als Vergaberechtsverstoß, da der geforderte Nachweis der im eigenen Betrieb vollzeitbeschäftigten Arbeitnehmer in vollem Umfang erbracht worden sei.

„Durch den beschäftigten Dipl.-Ing. (FH) haben wir auch die Eintragung in die Handwerksrolle erhalten, wozu ebenfalls ein Meister notwendig ist. Mit einem vollzeitbeschäftigten Dipl.-Ing. (FH) erfüllen wir somit den Stand eines Meisterbetriebes. Dies wurde uns zusätzlich durch die Handwerkskammer bestätigt. Der Abschluss als Dipl.-Ing. (FH) schließt die Qualifikation als Straßenbauermeister nicht nur ein, sondern geht sogar darüber hinaus. Mithin erfüllen wir nicht nur in vollem Umfang die Eignungskriterien, sondern übererfüllen diese sogar.“

Mit Schreiben vom 13.09.2021 informierte der Auftraggeber die Beschwerdeführerin, dass der Beanstandung nicht abgeholfen werde und setzte ihr für die Entscheidung über die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens eine Frist zum 17.09.2021.

Mit E-Mail vom 17.09.2021 wiederholte der Auftraggeber gegenüber der Beschwerdeführerin seine Nichtabhilfe und führte als Begründung an, dass in den Vergabeunterlagen ausdrücklich ein Straßenbauermeister gefordert worden sei, der eine besondere praktische Qualifikation mit sich bringe. Zudem forderte er die Beschwerdeführerin dazu auf, ihr bis zum 27.09.2021 schriftlich mitzuteilen, ob die Nachprüfung des Vergabeverfahrens eingeleitet werden solle.

Mit Schreiben vom 05.10.2021 wiederholte der Auftraggeber ein weiteres Mal die Nichtabhilfeentscheidung und verwies auf sein Schreiben vom 13.09.2021, das nicht zugestellt haben werden können, und seine E-Mail vom 17.09.2021. Ferner forderte er die Beschwerdeführerin unter Fristsetzung zum 13.10.2021 erneut zur Erklärung über die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens auf.

Mit E-Mail vom 13.10.2021 teilte die Beschwerdeführerin dem Auftraggeber mit, dass sie der Nachprüfung zustimme.

Mit Schreiben vom 14.10.2021 legte der Auftraggeber der Vergabepflichtstelle das Vergabeverfahren zur Nachprüfung vor. Seitens der Vergabepflichtstelle wurden in der Folge

fehlende Unterlagen nachgefordert und seitens des Auftraggebers nachgereicht. Die vollständigen Vergabeunterlagen lagen am 28.10.2021 vor.

Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf die Schreiben der Verfahrensbeteiligten und die Vergabeakte in Gestalt der bei der Vergabeprüfstelle vorliegenden Nachprüfungsakte verwiesen.

II.

1. Die Beanstandung ist zulässig.

Nach §§ 1, 2 der Landesverordnung über die Nachprüfung von Vergabeverfahren durch Vergabeprüfstellen (abgek. NachprV) vom 26. Februar 2021 (GVBl. S. 123) ist die Vergabeprüfstelle beim Ministerium für Wirtschaft, Verkehr, Landwirtschaft und Weinbau Rheinland-Pfalz für die Nachprüfung des vorliegenden Vergabeverfahrens zuständig.

Der Auftraggeber ist als juristische Person des öffentlichen Rechts gemäß § 2 Abs. 1 S. 1 NachprV verpflichtet, bei Vergabeverfahren die Bestimmungen der §§ 4 bis 11 NachprV einzuhalten. Der persönliche Anwendungsbereich der Landesverordnung ist damit eröffnet.

Der geschätzte Auftragswert überschreitet die hier gemäß § 2 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 NachprV für Bauleistungen maßgebliche Prüfungswertgrenze von 100.000 EUR. Ferner wird der maßgebliche EU-Schwellenwert von 5.350.000,00 EUR (§ 2 Abs. 2 NachprV i. V. m. § 106 Abs. 1 und 2 Nr. 1 GWB i. V. m. Art. 4 lit. a) RL 2014/24/EU in der seit dem 01.01.2020 geltenden Fassung) unterschritten.

Die Beschwerdeführerin hat die Nichteinhaltung von Vergabevorschriften im Sinne von § 5 Abs. 1 S. 1 NachprV mit Schreiben vom 10.09.2021 form- und fristgemäß gegenüber der Auftraggeberin beanstandet.

Zwar ging das Beanstandungsschreiben nach Ablauf der in der Vorabinformation genannten Wartefrist, dem 06.09.2021, ein. Dies ist allerdings unschädlich, da die Beanstandung vorliegend fristwährend bis zum 23.09.2021 eingereicht werden konnte.

Die Beanstandung muss dem Wortlaut des § 5 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 NachprV nach „vor Ablauf der nach § 4 Abs. 2 S. 1 NachprV bestimmten Frist“ (sog. Warte- oder Stillhaltefrist) erfolgen. Diese muss mindestens sieben Kalendertage betragen, sodass auch die Beanstandungsfrist mindestens sieben Kalendertage umfasst.

Es steht dem Auftraggeber aber frei, den Zuschlag erst später zu erteilen, denn eine Verpflichtung, wonach der Zuschlag unmittelbar nach Ablauf der Wartefrist zu erteilen ist, existiert nicht – wenn dies auch der Regelfall sein dürfte. Bei der Wartefrist des § 4 Abs. 2 NachprV handelt es sich – parallel zu § 134 Abs. 2 GWB – um eine Mindestwartefrist. Dies ergibt sich bereits aus dem Wortlaut „darf erst“. Der Auftraggeber hat insoweit ein Bestimmungsrecht.

Macht er von dieser Möglichkeit Gebrauch und bestimmt er als frühesten Zeitpunkt des Vertragsschlusses i.S.d. § 4 Abs. 1 NachprV einen späteren Zeitpunkt als den Tag nach Ablauf der Wartefrist, hat dies unmittelbaren Einfluss auf die Dauer der Beanstandungsfrist nach § 5 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 i.V.m. § 4 Abs. 2 NachprV. Diese „verlängert“ sich entsprechend. Durch Bestimmung des frühesten Zeitpunkts des Vertragsschlusses (§ 4 Abs. 1 NachprV) legt der Auftraggeber also zugleich den Ablauf der Beanstandungsfrist i.S.d. § 5 Abs. 1 Nr. 1 NachprV fest. Dies ergibt sich zum einen aus dem systematischen Zusammenhang der beiden Normen, denn § 5 Abs. 1 S. Nr. 1 NachprV verweist auf die durch den Auftraggeber „bestimmte Frist nach § 4 Abs. 2 S. 1“.

Zum anderen folgt dies aus Sinn und Zweck: Solange der Zuschlag noch nicht (wirksam) erteilt ist, kann ein Bieter vergaberechtlichen Primärrechtsschutz durch Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens erlangen. Dies gilt im Unterschwellenbereich wie im

Oberschwellenbereich. Eine Beanstandung i.S.d. § 5 NachprV muss daher so lange möglich sein, wie der Zuschlag noch nicht wirksam erteilt ist.

Die Angabe des vorgesehenen frühesten Zeitpunkts des Vertragsschlusses in der Vorabinformation dient dem effektiven Rechtsschutz des Bieters. Der Bieter soll wissen, bis wann es möglich ist, mit einem Nachprüfungsantrag den Zuschlag zu verhindern (Sommer in: Heiermann/Zeiss/Summa, jurisPK-Vergaberecht, 5. Aufl., § 134 GWB (Stand: 16.01.2018), Rn. 35).

Wenn der Auftraggeber als frühesten Zeitpunkt des Vertragsschlusses einen Zeitpunkt angibt, der nach Ablauf der gesetzlich vorgegebenen Mindestwartefrist liegt, ist er an diese längere Frist gebunden (vgl. Braun in: Ziekow/Völlink, 4. Aufl. 2020, GWB § 134 Rn. 102a, 107; Stickler in: Kapellmann/Messerschmidt, 7. Aufl. 2020, VOB/A § 19EU Rn. 15, 22). Durch die verpflichtende Angabe des vorgesehenen frühesten Zeitpunkts des Vertragsschlusses setzt er einen Rechtsschein, der ein schutzwürdiges Vertrauen der Bieter darauf, dass der Zuschlag nicht vorher erteilt wird, begründet. Damit einhergehend dürfen die Bieter darauf vertrauen, bis dahin durch Beanstandung eine Nachprüfung des Vergabeverfahrens einleiten zu können.

Dies gilt auch und insbesondere, wenn der Auftraggeber in der Vorabinformation – wie vorliegend unter Ziffer 2.2 – als Frist für die Beanstandung ein abweichendes Datum angibt. Maßgeblich ist, dass das Recht des Bieters auf effektiven Rechtsschutz nicht beeinträchtigt wird. Insoweit ist hier nicht der Ablauf der Wartefrist, sondern das spätere Datum des vorgesehenen Vertragsschlusses entscheidend.

Der Auftraggeber hat vorliegend entsprechend § 4 Abs. 1 S. 1 NachprV in der Vorabinformation über den frühesten Zeitpunkt des Vertragsschlusses informiert und insoweit den 24.09.2021 angegeben. Hintergrund für die Wahl dieses Datums war, dass in der Sitzung des Werksausschusses am 23.09.2021 über die Zuschlagserteilung Beschluss gefasst werden sollte.

Die Beschwerdeführerin durfte somit darauf vertrauen, dass vor dem 24.09.2021 der Zuschlag an die XXX nicht erteilt werden würde. Die Beanstandung konnte demnach –

entgegen der Angabe in Ziffer 2.2 der Vorabinformation – am 10.09.2021 noch fristgerecht erfolgen.

Die Übersendung des Beanstandungsschreibens per einfacher E-Mail genügt überdies den Formanforderungen des § 5 Abs. 1 S. 1 NachprV. Diese Vorschrift verlangt eine schriftliche Beanstandung nach § 126 BGB unter Angabe der Gründe gegenüber dem Auftraggeber. Schriftlichkeit i.S.d § 126 BGB erfordert u.a., dass das Beanstandungsschreiben durch den Beschwerdeführer – bzw. einen seiner Vertreter oder einen durch ihn Bevollmächtigten – in der Regel eigenhändig unterschrieben wird. Die Schriftform wird auch - wie in der Praxis üblich - durch ein unterschriebenes Telefax gewahrt. Eine Beanstandung per E-Mail gilt dagegen nur dann als schriftformwährend, wenn die Voraussetzungen der §§ 126 Abs. 3, 126a BGB (qualifizierte Signatur) vorliegen.

Vor dem Hintergrund des das Nachprüfungsverfahren beherrschenden Beschleunigungsgebots und der Entwicklung der Telekommunikationstechnik sieht die Vergabepflichtstelle die Wahrung der Schriftform bei Übersendung per einfacher E-Mail dann als gegeben an, wenn der Schriftsatz im Original unterzeichnet, eingescannt und im Anhang einer elektronischen Nachricht als PDF-Datei übermittelt wurde, wobei es nicht darauf ankommt, dass er ausgedruckt der Behörde vorliegt (einen Ausdruck verlangt BGH, Beschl. v. 08.05.2019 - XII ZB 8/19, juris Rn. 12 und VK Lüneburg, Beschl. v. 11.03.2021, VgK - 08 / 2021). Dem Sinn und Zweck des Schriftformerfordernisses, dem beanstandenden Bieter oder Bewerber deutlich zu machen, dass mit der Beanstandung ein amtliches Verfahren mit einem Kostenrisiko eingeleitet wird, wird insoweit hinreichend Rechnung getragen. Eines Ausdrucks bedarf es hierfür nicht. Ferner ist durch die vorgenannte Art und Weise der Einreichung der Beanstandung eindeutig und unmissverständlich erkennbar, dass das Schreiben von dem beanstandenden Unternehmen herrührt (Urheberschaft) und mit dessen Willen an den Auftraggeber gelangt ist (Verkehrswille).

Die Beanstandung der Beschwerdeführerin wurde im Original durch die Beschwerdeführerin unterzeichnet, eingescannt und im Anhang einer E-Mail am 10.09.2021 an die Auftraggeberin übermittelt. Sie war damit auch formgemäß.

Der Auftraggeber hat der Beanstandung mit Schreiben vom 13.09.2021, 17.09.2021 und 05.10.2021 nach § 5 Abs. 1 S. 1 NachprV nicht abgeholfen.

Die Beschwerdeführerin hat ferner ausdrücklich auf die Durchführung des Nachprüfungsverfahrens nicht verzichtet (§ 5 Abs. 1 S. 2 NachprV).

2. Die Beanstandung ist auch begründet, da der Ausschluss der Beschwerdeführerin unter Verstoß gegen geltende Vergabebestimmungen durchgeführt wurde. Die Beschwerdeführerin war weder gemäß § 16a Abs. 5 VOB/A (hier a) noch gemäß § 16b i.V.m § 2 Abs. 3 VOB/ A (hier b) auszuschließen.

§ 2 Abs. 3 VOB/A sieht vor, dass Bauleistungen nur an fachkundige, leistungsfähige und zuverlässige Unternehmen vergeben werden. Danach ist der Auftraggeber entsprechend § 16b Abs. 1 VOB/A verpflichtet, die Eignung der Bieter zu prüfen. Die Eignungsprüfung erfolgt in zwei Stufen und unterteilt sich in eine formelle und eine materielle Eignungsprüfung. Im Rahmen der formellen Eignungsprüfung prüft der öffentliche Auftraggeber das Vorliegen der Eignungsbelege. Gegenstand der materiellen Eignungsprüfung ist die inhaltliche Frage, ob der Bieter für den Auftrag geeignet ist (Gnittke/Hattig, in: Müller-Wrede: GWB-Kommentar, 1. Auflage, Datenbank VergabePortal, § 122 Eignung, Abschnitt G. I. Formelle und materielle Eignungsprüfung).

a. Gemäß § 16a Abs. 5 VOB/A ist ein Angebot zwingend auszuschließen, wenn der Bieter vom Auftraggeber zulässiger Weise geforderte Erklärungen, Nachweise oder Preisangaben nicht innerhalb der gem. § 16a Abs. 4 VOB/A gesetzten Frist vorlegt.

Der Auftraggeber ist verpflichtet Bieter, die für den Zuschlag in Betracht kommen, aufzufordern, fehlende oder unvollständige unternehmensbezogene oder leistungsbezogene Unterlagen, die bereits mit dem Angebot vorzulegen waren, nachzureichen oder zu vervollständigen (Nachforderung; § 16a Abs. 1 VOB/A).

Bei dem vorliegend mit Schreiben des Auftraggebers vom 20.08.2021 nachgeforderten Nachweis „Meistertitel eines im eigenen Betrieb vollzeitbeschäftigten Arbeitnehmers“ handelt es sich um eine unternehmensbezogene Unterlage im o.g. Sinne. Ausweislich des Dokuments „00 - Hinweis Zeitvertrag Erdarbeiten 2022“ war sie bereits mit Angebotsabgabe vorzulegen. Der Auftraggeber hat vorliegend auch nicht von seinem Recht aus § 16a Abs. 3 VOB/A Gebrauch gemacht und auf eine Nachforderung verzichtet.

Er hat die nachgeforderten Unterlagen aber nicht unmissverständlich und wirksam, mit hin nicht zulässiger Weise gefordert.

Der Auftraggeber kann nur solche fehlenden Erklärungen und Nachweise nachfordern, die er zuvor vom Bieter unmissverständlich und wirksam gefordert hat (vgl. Heuvels, in: Heuvels/Höß/Kuß/Wagner, Gesamtkommentar Vergaberecht, 2. Aufl. 2021, § 16a VOB/A, Rn. 17; Frister, in: Kapellmann/Messerschmidt, VOB-Kommentar, 7. Aufl. 2020, § 16a VOB/A, Rn. 6). Ferner muss er unmissverständlich zu verstehen geben, welche genau bezeichneten Unterlagen mit dem Angebot vorgelegt werden müssen.

Gemäß § 12 Abs. 1 Nr. 2 lit. w) VOB/A sollen Eignungsnachweise bereits in der Auftragsbekanntmachung enthalten sein. Die Auftragsbekanntmachung muss die vorzulegenden Unterlagen selbst bezeichnen und darf sich nicht damit begnügen, auf die Vergabeunterlagen zu verweisen; letztere können die Angaben in der Auftragsbekanntmachung lediglich in bestimmten Umfang konkretisieren (OLG Düsseldorf, Beschl. v. 06.02.2013 – VII-Verg 32/12, BeckRS 2013, 3174).

Bereits zum Zeitpunkt der Erstellung der Auftragsbekanntmachung muss der Auftraggeber sich somit darüber klar geworden sein, ob und welche Kriterien er für die Beurteilung der Eignung aufstellen, wie er diese gegebenenfalls gewichten und welche diesbezüglichen Nachweise er von den Bietern verlangen will (Frister, in: Kapellmann/Messerschmidt, VOB-Kommentar, 7. Aufl. 2020, § 16b VOB/A, Rn. 16). Sinn und Zweck dieser Vorschrift ist es, dass bereits die Bekanntmachung vollständig erkennen lassen muss, welche Nachweise gefordert werden, damit der Bieter prüfen kann, ob er die Eignungsanforderungen erfüllt, und sich darauf einrichten kann, welche konkreten

Nachweise er zunächst besorgen und dann vorlegen muss (vgl. Lausen in: Heiermann/Zeiss/Summa, jurisPK-Vergaberecht, 5. Aufl., § 12 VOB/A (Stand: 27.06.2019), Rn. 39; VK Nordbayern, Beschl. v. 20.11.2014 – 21.VK-3194-33/14, Rn. 116). Dadurch erhöhen sich die Transparenz des Vergabeverfahrens und die Chancengleichheit für die Bieter (Frister, in: Kapellmann/Messerschmidt, VOB-Kommentar, 7. Aufl. 2020, § 16b VOB/A, Rn. 16).

Unternehmensbezogene Nachweise in Bezug auf die Eignung sind daher nur dann wirksam gefordert, wenn sie bereits in der Auftragsbekanntmachung aufgeführt sind (Summa in: Heiermann/Zeiss/Summa, jurisPK-Vergaberecht, 5. Aufl., § 16a VOB/A 1. Überarbeitung (Stand: 13.07.2020), Rn. 21).

Nach § 6b Abs. 4 S. 1 VOB/A sind zudem in der Angebotsaufforderung die Nachweise zu bezeichnen, deren Vorlage mit dem Angebot verlangt oder deren spätere Anforderung vorbehalten wird.

Diese Anforderungen an eine vergabekonforme Bekanntmachung der Eignungsanforderungen und -nachweise ist der Auftraggeber vorliegend nicht nachgekommen.

In der Auftragsbekanntmachung befindet sich neben Angaben zur Nachweisführung hinsichtlich präqualifizierter und nicht präqualifizierter Unternehmen lediglich der Hinweis, dass der Bieter zum Nachweis seiner Fachkunde das Formblatt 125 auszufüllen hat. Der streitgegenständliche Nachweis der im eigenen Betrieb vollzeitbeschäftigten Arbeitnehmer und hier insbesondere über die Anforderung mindestens eines Straßenbauermeisters findet keine Erwähnung. Vielmehr durften die Bieter im vorliegenden Vergabeverfahren davon ausgehen, dass die Angaben unter Buchstabe w) der Bekanntmachung abschließend sind und sie durch Vorlage der Formblätter 125 und 124 bzw. Eintragung in das Präqualifikationsverzeichnis den Eignungsnachweis erbringen können.

Auch in der Angebotsaufforderung wird der streitgegenständliche Nachweis der im eigenen Betrieb vollzeitbeschäftigten Arbeitnehmer und hier insbesondere über die Anforderung mindestens eines Straßenbauermeisters weder beschrieben noch existiert in

den gesamten Vergabe-/Ausschreibungsunterlagen das in der Auftragsbekanntmachung angegebene Formblatt „Verzeichnis der im Vergabeverfahren vorzulegenden Unterlagen“, das möglicherweise die genannten Angaben enthalten hätte.

Die Angaben im Dokument „00 - Hinweis Zeitvertrag Erdarbeiten 2022“ und in Ziffer 10.3.4 der Weiteren besonderen Vertragsbedingungen genügen jedenfalls nicht. In den Weiteren besonderen Vertragsbedingungen hat ein Bieter solche Informationen nicht zu vermuten, denn es handelt sich hierbei bereits dem Wortlaut nach um Bedingungen betreffend die spätere Auftragsdurchführung, nicht aber um Bedingungen betreffend die Teilnahme am Vergabeverfahren. Letztere sind üblicherweise in einem gesonderten Formblatt (hier: FB 612 BU) enthalten, wobei auch hierin die o.g. Angaben keine Erwähnung finden. Es handelt sich insbesondere weder bei dem Hinweisdokument noch bei den Weiteren Besonderen Vertragsbedingungen um eine zentrale Stelle in den Vergabeunterlagen i.S.d. § 8 Abs. 2 Nr. 5 VOB/A.

Ist eine Erklärung oder ein Nachweis nicht wirksam und unmissverständlich gefordert und werden diese später mit dem Angebot nicht, nicht vollständig oder fehlerhaft vorgelegt, darf das Angebot nicht ausgeschlossen werden, da diese Unterlage fehlt (vgl. Sadoni, in: Pünder/Schellenberg, Vergaberecht, 3. Aufl. 2019, VOB/A § 16a Rn. 14).

Dass die Beschwerdeführerin hier tatsächlich eine Personalaufstellung und Maschinenliste mit Angebotsabgabe vorgelegt hat, führt zu keiner anderen Beurteilung. Der Auftraggeber durfte die seiner Auffassung nach unvollständigen Nachweise gleichwohl nicht gemäß § 16a VOB/A nachfordern. Infolgedessen durfte auch kein hierauf gestützter Ausschluss nach § 16a Abs. 5 VOB/A erfolgen.

b. Die Beschwerdeführerin durfte ferner nicht wegen begründeter Zweifel an ihrer Eignung in Hinblick auf ihre technische und berufliche Leistungsfähigkeit ausgeschlossen werden (§ 16b i.V.m § 2 Abs. 3 VOB/A).

Ein Auftraggeber hat entsprechend § 2 Abs. 3 VOB/A in der zweiten Wertungsstufe anhand der vorgelegten Eignungsnachweise in der Sache zu überprüfen, ob die Bieter die zur Erbringung der konkret nachgefragten Leistung erforderliche Fachkunde, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit aufweisen, sog. materielle Eignungsprüfung. Die Eignungsprüfung ist ein wertender Vorgang, in den zahlreiche Einzelumstände einfließen. Daher steht der Vergabestelle bei der Beurteilung der Eignung eines Bieters ein Beurteilungsspielraum zu, der nur einer eingeschränkten Kontrolle durch die Nachprüfungsinstanzen zugänglich ist.

Maßstab für die materielle Eignungsprüfung sind die vom Auftraggeber formulierten und den Bietern bekannt gegebenen Eignungskriterien. An diesen Katalog ist der Auftraggeber strikt gebunden (vgl. Heuvels, in: Heuvels/Höß/Kuß/Wagner, Gesamtkommentar Vergaberecht, 2. Aufl. 2021, § 16b VOB/A, Rn. 2). Nicht ordnungsgemäß geforderte Eignungsanforderungen und –nachweise dürfen bei der Eignungsprüfung keine Berücksichtigung finden. Sie sind vielmehr auszublenden (vgl. VK Sachsen, Beschl. v. 28.08.2015 – 1/SVK/020-15).

Da der Auftraggeber – wie oben ausgeführt – das Erfordernis eines Straßenbauermeisters sowie eines diesbezüglichen Nachweises vorliegend nicht wirksam bekanntgemacht, mithin nicht ordnungsgemäß gefordert hat, durfte er bei der Eignungsprüfung dieses Kriterium nicht berücksichtigen. Die Eignung durfte infolgedessen nicht mit der Begründung verneint werden, dass der Betrieb der Beschwerdeführerin nicht über einen Straßenbauermeister verfügt.

Der Ausschluss der Beschwerdeführerin – sowohl auf erster, als auch auf zweiter Wertungsstufe – erfolgte daher vergaberechtswidrig.

c. Die Beschwerdeführerin traf vorliegend auch keine Rügeobliegenheit nach § 10 Abs. 3 Nr. 2 oder 3 NachprV, da die o.g. Vergaberechtsverstöße weder aufgrund der Bekanntmachung noch aufgrund der Vergabeunterlagen, sondern vielmehr erst nach

ihrem Ausschluss erkennbar war. Sie konnte und musste diese daher nicht bis zum Ablauf der Angebotsfrist rügen.

3. Nach alledem hat die Beanstandung der Beschwerdeführerin Erfolg. Das streitbefangene Vergabeverfahren wird gemäß § 10 Abs. 1 NachprV durch die Vergabepflichtstelle als rechtswidrig beanstandet.

Zur Herstellung der Rechtmäßigkeit des Vergabeverfahrens ist das Vergabeverfahren aufzuheben. Sofern der Auftraggeber an der Beschaffungsabsicht festhält, wird er verpflichtet, das Vergabeverfahren unter Berücksichtigung der Rechtsauffassung der Vergabepflichtstelle beginnend mit der Bekanntmachung zu wiederholen.

Es wird insofern noch ergänzend darauf hingewiesen, dass auch die Mindestanforderungen an die technische Betriebsausstattung (Ziffer 10.3.4 der Weiteren Besonderen Vertragsbedingungen) nicht ordnungsgemäß bekanntgemacht worden sind.

Der Auftraggeber wird angehalten, die Vergabepflichtstelle über die Umsetzung der vorliegenden Entscheidung zu unterrichten und dies in geeigneter Form nachzuweisen.

III.

Die Gebührenentscheidung beruht auf § 11 Abs. 3 NachprV.

Ergibt die Nachprüfung, dass ein Bieter das Vergabeverfahren zu Recht beanstandet hat, sind keine Gebühren zu seinen Lasten zu erheben.

Für die Vergabepflichtstelle

Im Auftrag

XXX