



Stiftsstraße 9
55116 Mainz
Telefon 06131 16-0
Telefax 06131 16-2100
poststelle@mwvlw.rlp.de
www.mwvlw.rlp.de

Vergabeprüfstelle

5. Oktober 2021

ENTSCHEIDUNG

In dem Nachprüfungsverfahren VPS 3/21

aufgrund der Beanstandung der XXX

- Beschwerdeführerin -

gegenüber dem XXX

- Auftraggeber -

betreffend das Vergabeverfahren „Fernwirk- und Prozessleittechnik, XXX: Erneuerung Fernwirk- und Automatisierungstechnik, 2. BA; Vergabenummer: XXX“

wird durch die Vergabeprüfstelle festgestellt:

1. Die Beanstandung der Beschwerdeführerin wird zurückgewiesen.
2. Die Beschwerdeführerin hat die Gebühren des Nachprüfungsverfahrens zu tragen.

Gründe

I.

Der Auftraggeber schrieb mit Veröffentlichung vom 26.05.2021 auf der Vergabeplattform <https://www.subreport-elvis.de> die Baumaßnahme „Fernwirk- und Prozessleittechnik, XXX: Erneuerung Fernwirk- und Automatisierungstechnik, 2. BA; Vergabenummer: XXX“ 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) aus.

Es handelt sich hierbei um das dritte Vergabeverfahren im Rahmen der Erneuerung der fernwirktechnischen Anlagen der Trinkwasserversorgung im Verbandsgebiet des Auftraggebers. Gegenstand des ersten Vergabeverfahrens war die Erneuerung des Prozessleitsystems und des Betriebsdatenmanagements. Das zweite Vergabeverfahren hatte den ersten Bauabschnitt der Erneuerung der fernwirktechnischen Anlagen zum Gegenstand. Die diesem Nachprüfungsverfahren zugrundeliegende Ausschreibung betrifft den zweiten Bauabschnitt. Der zu vergebene Auftrag umfasst u.a. die Erneuerung der Hard- und Software der Automatisierungsgeräte von 33 Fernwirkunterstationen einschließlich Bedienpanels, die Teilerneuerung der Stromversorgung der Unterstationen, die Teilerneuerung der elektrotechnischen Installationen, die Konfiguration des Netzwerkes sowie die Herstellung der Kommunikation zur Zentrale und zum Prozessleitsystem.

In der Baubeschreibung, die als Teil der Leistungsbeschreibung Vertragsbestandteil wird, wird unter Ziffer 1 darauf hingewiesen, dass die Arbeiten im laufenden Betrieb erfolgen und die größtmögliche Vermeidung von Betriebseinschränkungen sowie von Behinderungen der Trinkwasserversorgung Priorität haben. Den gleichen Hinweis enthielt auch die Baubeschreibung zum ersten Bauabschnitt. Die Baubeschreibung – so

wohl des ersten als auch des zweiten Bauabschnitts – enthält ferner einen Bauzeitenplan (Ziffer 3). Dieser sieht für die hier streitgegenständliche Ausschreibung eine Ausführungszeit von etwa acht Monaten vor. Für den ersten Bauabschnitt war nach dem entsprechenden Bauzeitenplan eine Dauer von sieben Monaten vorgesehen.

In beiden vorangegangenen Vergabeverfahren hat die Beschwerdeführerin den Zuschlag erhalten. Die Ausführung der Leistungen aus diesen beiden Aufträgen war zum Zeitpunkt der Einleitung des hier streitgegenständlichen Vergabeverfahrens noch nicht abgeschlossen.

Ausweislich der Vergabeunterlagen war der Preis einziges Zuschlagskriterium.

Innerhalb der Angebotsfrist wurden zwei Angebote eingereicht: eins der Beschwerdeführerin sowie eins der Firma XXX. Die Beschwerdeführerin gab das Angebot als Bietergemeinschaft ab, wobei eine der beiden Mitglieder, XXX, bevollmächtigt wurde, die Bietergemeinschaft im Rahmen des Vergabeverfahrens zu vertreten.

Die Submission erfolgte am 29.06.2021 um 11:00 Uhr. Das Angebot der Beschwerdeführerin belegte preislich den ersten Rang.

Am 21.07.2021 fand ein Aufklärungsgespräch zum Angebot der Beschwerdeführerin statt, an dem für den Auftraggeber Herr XXX, Herr XXX, Herr XXX vom Ingenieurbüro XXX und Herr XXX vom Rechtsanwaltsbüro XXX sowie für die Beschwerdeführerin Herr XXX, Frau XXX und Herr XXX (online zugeschaltet durch Herrn XXX) teilgenommen haben.

Im Vergabevermerk (VHB-Formblatt 315) hat der Auftraggeber im Feld „Sonstige Auffälligkeiten“ zum Angebot der Beschwerdeführerin folgende Eintragung vorgenommen:

„Der Bieter ist bereits Auftragnehmer im Los 2. Die im Los 2 an den Bieter beauftragten Leistungen sind von diesem mangelhaft und nicht fristgerecht ausgeführt

worden. Es bestehen erhebliche Zweifel an der Leistungsfähigkeit des Bieters, welche dieser im Aufklärungsgespräch am 21.07.2021 nicht ausräumen konnte. Auf das Protokoll zum Aufklärungsgespräch vom 21.07.2021 und die Vorabinformation vom 30.07.2021 wird verwiesen.“

Eine darüberhinausgehende Dokumentation der Eignungsprüfung ist nicht vorhanden.

Mit Schreiben vom 30.07.2021 informierte der Auftraggeber die Beschwerdeführerin darüber, dass ihr Angebot ausgeschlossen worden sei, weil begründete Zweifel an ihrer Eignung im Hinblick auf ihre technische und berufliche Leistungsfähigkeit (§ 2 Abs. 3 VOB/A) bestünden, die diese im Aufklärungsgespräch nicht haben ausräumen können. Zur Begründung führte er aus, dass aufgrund der Erfahrungen im ersten Bauabschnitt und dem Umstand, dass nur eine zusätzliche Arbeitskraft für die Ausführung der Leistungen im zweiten Bauabschnitt vorgesehen sei, eine fristgerechte Fertigstellung nicht zu erwarten sei. Ferner hätten die Leistungen im ersten Bauabschnitt zahlreiche wesentliche Mängel aufgewiesen, die – wenngleich teilweise beseitigt – zu dem erheblichen Zeitverzug bei der Leistungsausführung im ersten Bauabschnitt beigetragen hätten. Der Auftraggeber beabsichtige daher, den Zuschlag am 07.08.2021 auf das Angebot der Firma XXX zu erteilen. Das Vorabinformationsschreiben enthielt zudem einen Hinweis über das weitere Verfahren im Falle einer Beanstandung, einschließlich der Gebühren eines möglichen Nachprüfungsverfahrens.

Mit Schreiben vom 03.08.2021 beanstandete die Beschwerdeführerin die beabsichtigte Zuschlagserteilung an die Firma XXX. Der Ausschlussgrund der fehlenden technischen und beruflichen Leistungsfähigkeit liege nicht vor. Zur Begründung führte sie aus, dass für den ersten Bauabschnitt von 33 Monaten Ausführungsdauer insgesamt 23 Monate für ihr nicht zurechenbare Verzögerungen in Abzug zu bringen seien. Der Auftraggeber habe die Stromlaufpläne und PLS-Bilder nur schleppend bzw. gar nicht freigegeben. Es seien diverse vertraglich nicht vereinbarte Zusatzleistungen übernommen worden, die mit zusätzlichem Zeitaufwand einhergegangen seien. Ein Vergleich des zweiten mit dem ersten Bauabschnitt, wie ihn der Auftraggeber anstelle, sei ferner nicht möglich:

die ausgeschriebenen Leistungen seien weniger umfangreich. Zudem habe es Zeiträume gegeben, in denen sie fünf bis sieben Stationen in einer Woche umgebaut und in Betrieb genommen habe.

Der Auftraggeber teilte der Beschwerdeführerin mit Schreiben vom 19.08.2021 mit, der Beanstandung nicht abzuhelfen. Selbst wenn man zugunsten der Beschwerdeführerin im ersten Bauabschnitt eine Verzögerung von zehn Monaten unberücksichtigt ließe, verbliebe gleichwohl eine tatsächliche Ausführungsdauer von 23 Monaten. Auch diese überschreite die vorgesehene Ausführungsdauer in erheblichem Maße. Die Freigabe der Stromlaufpläne und PLS-Bilder habe aufgrund deren Mangelhaftigkeit zunächst nicht erfolgen können, weshalb die durch mehrfache Überarbeitung verursachten Verzögerungen der Beschwerdeführerin zuzurechnen seien. Es sei ferner nicht zutreffend, dass der zweite Bauabschnitt weniger aufwändig sei als der erste.

Zugleich setzte er der Beschwerdeführerin eine Frist zum 24.08.2021 zur Äußerung, ob auf die Durchführung eines Nachprüfungsverfahrens durch die Vergabeprüfstelle verzichtet werde.

Mit Schreiben vom 25.08.2021 erklärte die Beschwerdeführerin, dass das Nachprüfungsverfahren durchgeführt werden soll. Zudem nahm sie zu den Ausführungen des Auftraggebers im Nichtabhilfes Schreiben Stellung.

Am 06.08.2021 legte der Auftraggeber der Vergabeprüfstelle das Vergabeverfahren zur Nachprüfung vor. Seitens der Vergabeprüfstelle wurden in der Folge fehlende Unterlagen nachgefordert und seitens des Auftraggebers nachgereicht.

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

II.

Der Geltungsbereich der Landesverordnung über die Nachprüfung von Vergabeverfahren durch Vergabeprüfstellen (abgek. NachprV) vom 26. Februar 2021 (GVBl. S. 123) ist für das streitgegenständliche Vergabeverfahren in zeitlicher Hinsicht eröffnet, da sie für Vergabeverfahren gilt, die ab dem 01.06.2021 bezuschlagt werden (vgl. § 13 NachprV und Rundschreiben des Ministeriums für Wirtschaft, Verkehr, Landwirtschaft und Weinbau Rheinland-Pfalz vom 31.03.2021).

1. Die Beanstandung der Beschwerdeführerin ist zulässig.

Gemäß §§ 1, 2 NachprV 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 03.08.2021 form- und fristgemäß gegenüber dem Auftraggeber beanstandet. Wenngleich die Beanstandung nicht ausdrücklich im Namen der Bietergemeinschaft erhoben wurde, ist sie dieser nach dem objektiven Empfängerhorizont zuzurechnen. Dies folgt zum einen daraus, dass das Beanstandungsschreiben im Briefkopf den Namen der Bietergemeinschaft als Absender trägt, zum an-

deren daraus, dass die Beschwerdeführerin im VHB-Formblatt 234 die Erklärung abgegeben hat, dass die ABB AG die Bietergemeinschaftsmitglieder gegenüber dem Auftraggeber rechtsverbindlich vertritt. Dies gilt auch für das Nachprüfungsverfahren (vgl. VK Nordbayern, Beschl. v. 12.10.2006, 21. VK - 3194 - 25 / 06).

Der Auftraggeber hat der Beanstandung im Schreiben vom 19.08.2021 gemäß § 5 Abs. 1 S. 1 NachprV nicht abgeholfen.

Die Beschwerdeführerin hat mit Schreiben vom 25.08.2021 ausdrücklich die Durchführung des Nachprüfungsverfahrens gefordert (§ 5 Abs. 1 S. 2 NachprV).

2. Die Beanstandung ist jedoch unbegründet.

Der Ausschluss des Angebots der Beschwerdeführerin ist vergaberechtlich nicht zu beanstanden, weil er im Rahmen der vom Auftraggeber vorzunehmenden Prognose ausreichend begründet werden kann. Die Entscheidung des Auftraggebers bewegt sich innerhalb der Grenzen des ihm bei der Eignungsprognose eröffneten Beurteilungsspielraums.

a. Gemäß § 2 Abs. 3 VOB/A werden Bauleistungen nur an fachkundige, leistungsfähige und zuverlässige Unternehmen vergeben. Danach ist der Auftraggeber entsprechend § 16b Abs. 1 VOB/A verpflichtet, die Eignung der Bieter zu prüfen.

Fachkundig ist der Bieter, der über die für die Vorbereitung und Ausführung der jeweiligen Leistung notwendigen technischen Kenntnisse verfügt. Leistungsfähig ist der Bieter, der über das für die fach- und fristgerechte Ausführung notwendige Personal und Gerät verfügt und die Erfüllung seiner Verbindlichkeiten erwarten lässt. Zuverlässig ist ein Bieter, der seinen gesetzlichen Verpflichtungen nachgekommen ist und der aufgrund der Erfüllung früherer Verträge eine einwandfreie Ausführung einschließlich Erfüllung der Mängelansprüche erwarten lässt.

Bei der Beurteilung dieser unbestimmten Rechtsbegriffe handelt es sich um eine Prognoseentscheidung, ob vom künftigen Auftragnehmer die ordnungsgemäße Erfüllung der vertraglichen Verpflichtungen erwartet werden kann und inwieweit er den konkret ausgeschriebenen Auftrag ausführen kann. Hierbei steht dem öffentlichen Auftraggeber ein Beurteilungsspielraum zu, der von den Nachprüfungsinstanzen nur einer eingeschränkten Kontrolle zugänglich ist. Dieser Beurteilungsspielraum kann nur daraufhin überprüft werden, ob die Entscheidung über die Eignung innerhalb der zulässigen Grenzen des Beurteilungsspielraumes getroffen wurde (VK Rheinland-Pfalz, Beschl. v. 18.07.2014 – VK 2 -10/14, juris Rn. 61).

Dabei ist zu beachten, dass die Prüfung der Eignung nicht den Nachprüfungsinstanzen, sondern dem Auftraggeber obliegt. Er alleine hat darüber zu befinden, ob er einem Bieter eine fachgerechte und reibungslose Vertragserfüllung zutraut. Die Feststellung, ob ein Bieter die erforderliche Fachkunde, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit besitzt, um einen Auftrag zufriedenstellend auszuführen, ist das Ergebnis einer fachlich-tatsächlichen Prognose des Auftraggebers (vgl. OLG München, Beschl. v. 05.10.2012 – Verg 15/12, juris Rn. 73).

Der Beurteilungsspielraum ist nur dann überschritten, wenn das vorgeschriebene Verfahren nicht eingehalten wurde, der Sachverhalt unvollständig bzw. nicht zutreffend ermittelt wurde, die selbst aufgestellten Vorgaben nicht beachtet und sachwidrige oder gegen allgemeine Bewertungsgrundsätze verstoßende Erwägungen angestellt wurden (vgl. VK Rheinland-Pfalz, Beschl. v. 23.05.2012, VK 2 11/12; OLG Koblenz, Beschl. v. 30.04.2009, 1 Verg 3/09 und 15.10.2009, 1 Verg 9/09, OLG München a.a.O.).

Grundsätzlich darf eine Vergabestelle bei der Eignungsprüfung Erfahrungen miteinbeziehen, die sie bereits mit einem Bieter gemacht hat. Dabei kann ein früheres Verhalten eines Bieters, das die Besorgnis rechtfertigt, eine reibungslose Durchführung des zu vergebenen Vertrags sei nicht zu erwarten, den Auftraggeber veranlassen, das Angebot dieses Bieters auszuschließen (VK Rheinland-Pfalz, Beschl. v. 18.07.2014 – VK 2 -10/14, juris Rn. 61). Wenn der öffentliche Auftraggeber bei der Beurteilung der Eignung

auf Erfahrungen zurückgreift, die er mit dem betreffenden Unternehmen bei der Abwicklung eines früheren Auftrags gemacht hat, stellt dies keine sachfremde Erwägung dar (OLG Düsseldorf, Beschl. v. 04.02.2009 – VII-Verg 65/08, juris Rn. 23). Für die Berechtigung der Annahme, ein Bieter sei unzuverlässig, ist keine erhebliche Vertragsverletzung erforderlich, die den Auftraggeber zur fristlosen Kündigung berechtigt. Es genügen solche Umstände des Einzelfalls und gesicherte Erkenntnisse des Auftraggebers, die die Prognose, eine ungestörte Auftragsabwicklung sei nicht zu erwarten, rechtfertigen (vgl. OLG München, a.a.O.).

Da aber in einem Vergabeverfahren die Eignung für den aktuell ausgeschriebenen Auftrag zu beurteilen ist, kommt es bei der Einbeziehung bisheriger Erfahrungen mit einem Bieter jedoch entscheidend darauf an, ob das Verhalten des betreffenden Bieters in der Vergangenheit hinreichend gesicherte Erkenntnisse darauf zulässt, dieser werde sich beim vorliegenden Auftrag wieder nicht anforderungsgerecht verhalten.

Vorangegangene schlechte Erfahrungen mit einem sich erneut beteiligenden Bieter berechtigen keinesfalls zu einer stereotypen, nicht substantiell begründeten Ablehnung. Vielmehr ist immer eine Einzelfallprüfung vorzunehmen, weil der Unternehmer Anspruch auf eine ordnungsgemäße Prüfung seiner Eignung hat (OLG Frankfurt, Beschl. v. 24.02.2009 - 11 Verg 19/08 - VergabeR 2009, 629). Eine negative Eignungsentscheidung ist hinzunehmen, wenn sie methodisch vertretbar gewonnen worden ist, sich auf eine befriedigende, gesicherte Erkenntnislage stützt und die Prognose unter Berücksichtigung der durch zumutbare Aufklärung gewonnenen Erkenntnisse (noch) vertretbar erscheint (OLG Düsseldorf, Beschl. v. 09.11.2011, VII-Verg 35/11).

Vorliegend ist die Prognoseentscheidung des Auftraggebers vergaberechtlich nicht zu beanstanden.

Er stützt seine Bedenken auf die bisherige konfliktreiche Leistungsausführung in den beiden vorangegangenen Aufträgen (sogenanntes Los 1 und Los 2). Hierbei sei es zu erheblichen, der Beschwerdeführerin zurechenbaren Zeitverzögerungen gekommen sei, weil die Leistungen zum einen teilweise mit erheblichen Mängeln behaftet gewesen

seien und nachgebessert haben werden müssen und zum anderen nicht ausreichend Personal eingesetzt worden sei.

Demgegenüber sieht die Beschwerdeführerin die Verantwortlichkeit für die Verzögerung der Bauarbeiten beim Auftraggeber. Er habe die notwendigen Ausführungsunterlagen nicht rechtzeitig vorgelegt und die Werkplanung nur verzögert freigegeben. Zudem habe sie zusätzliche, vertraglich nicht vereinbarte Leistungen übernommen, ihre Leistungen seien überdies mangelfrei gewesen.

Aus dem Vortrag der Verfahrensbeteiligten wird deutlich, dass die Abwicklungsschwierigkeiten in den vorangegangenen Aufträgen, insbesondere die Verzögerungen nicht in allen Fällen mit hinreichender Sicherheit der Sphäre des Auftraggebers bzw. der Beschwerdeführerin zugeordnet werden können.

In der Zusammenschau zeichnet sich gleichwohl ein Sachverhalt ab, der nach Überzeugung der Vergabepflichtstelle die negative Eignungsprognose des Auftraggebers im konkreten Fall trägt. Dieser musste im Rahmen seiner Eignungsprognose kein gerichtsähnliches Verfahren zur Feststellung bestimmten Fehlverhaltens der Beschwerdeführerin durchzuführen, sondern er konnte sich auf die von seinen Bediensteten bzw. dem beauftragten Ingenieurbüro dokumentierten Angaben und Erfahrungen verlassen. Es ist auch nicht Aufgabe der Nachprüfungsstelle aufzuklären, ob im Einzelfall tatsächliche Schlechtleistungen zugrunde lagen und die Beanstandungen zu Recht erfolgten. Die Klärung des der etwaigen Schlechtleistung zugrunde liegenden Sachverhalts und die rechtliche Bewertung etwaiger Vertragsverletzungen obliegen den Zivilgerichten (vgl. OLG Brandenburg, Beschl. v. 14.09.2012 – Verg W 8/10). Für die Berechtigung der Annahme, ein Bieter sei unzuverlässig, ist zudem keine Rechtsfolge wie Kündigung oder Schadensersatz erforderlich (vgl. VK Sachsen-Anhalt, IBR 2019, 154).

Der Auftraggeber hat hier wiederholt Ausführungsmängel unterschiedlicher Art angezeigt und die Beschwerdeführerin abgemahnt (vgl. Mängelanzeigen vom 26.04.2019 bezüglich der Pflichtenhefte, vom 13.07.2020 bezüglich des Ausfalls eines Servers und

vom 03.09.2020 bezüglich Funktionsstörungen am Prozessleitsystem). Er hat die Beschwerdeführerin mehrfach in Verzug gesetzt und ihr Konsequenzen einschließlich der Kündigung angedroht (vgl. Schreiben vom 05.07.2019 und Vermerk Jour fixe 11 vom 12.11.2019). Zudem haben während der gesamten Ausführungsdauer immer wieder Krisengespräche stattgefunden, in denen Defizite bei der Ausführung analysiert und die weitere Vorgehensweise festgelegt wurden. Unstreitig war der 31.03.2019 als Fertigstellungstermin für den zweiten Bauabschnitt vorgesehen und bei Einleitung des hiesigen Vergabeverfahrens erheblich, um etwa 14 Monate überschritten. Insgesamt ist aus den Vergabeunterlagen und den Schriftsätzen der Beteiligten ersichtlich, dass die Baumaßnahme von erheblichen Auseinandersetzungen über die Einhaltung von Fristen, Erfüllung von Ausführungspflichten und Behinderungen bei der Abwicklung begleitet war.

Der öffentliche Auftraggeber muss eine Abwägung aller Umstände vornehmen, die für und gegen den Bieter sprechen. Daher darf er nicht nur isoliert auf die schlechten Vorerfahrungen mit dem Bieter abstellen. Vielmehr ist zugunsten des Bieters auch zu berücksichtigen, wenn dieser Veränderungen vorträgt, die in der Zukunft die Wiederholung der Verfehlung ausschließen (vgl. Zeiss in: Zeiss, Sichere Vergabe unterhalb der Schwellenwerte, 3. Aufl. 2016, V. Zuverlässigkeit). Der Auftraggeber muss in seiner Prognoseentscheidung prüfen, inwiefern sich die festgestellten Schlechtleistungen auch weiterhin manifestieren werden. So kann der Bieter etwa durch Austausch des Personals, eine Optimierung seiner Organisation oder ein besseres Qualitätsmanagement u.U. die Fehler der Vergangenheit im Wege einer „Selbstreinigung“ zu beseitigen versucht haben (vgl. OLG Düsseldorf, Beschl. v. 09.04.2003, VII-Verg 66/02). Würde der Auftraggeber in einem derartigen Fall dennoch allein auf die aufgetretenen Mängel der Vergangenheit abstellen, würde seine Beurteilung auf eine unzureichende Tatsachengrundlage stellen, da der Bieter u.U. gerade eine andere Konzeption anbietet als diejenige, die zu der Schlechtleistung geführt hat (vgl. VK Bund, Beschl. v. 15.07.2011 – VK 2 - 70/11, juris Rn. 91).

Hier hat der Auftraggeber der Beschwerdeführerin im Aufklärungsgespräch am 21.07.2021 Gelegenheit gegeben, seine Zweifel an der Leistungsfähigkeit bzw. Zuverlässigkeit auszuräumen und die seitens der Beschwerdeführerin vorgetragene organisatorische Veränderung, nämlich der Einsatz einer weiteren Arbeitskraft, in seine Prognoseentscheidung mit einbezogen. Dass er gleichwohl zu dem Schluss gekommen ist, dass diese organisatorische Veränderung im Ergebnis nicht zu einer positiven Eignungsprognose führt, hält sich in den Grenzen des ihm zustehenden Beurteilungsspielraums. Seine Erwägungen hat er insoweit umfassend dargelegt: nämlich, dass er den Einsatz einer zusätzlichen Arbeitskraft, die wie die andere Arbeitskraft, nur mit einem Arbeitszeitanteil von 50 % für das hiesige Projekt vorgesehen ist, im Hinblick auf die größere Anzahl der in diesem Bauabschnitt auszuführenden Stationen und der kürzeren Ausführungsdauer nicht für ausreichend ansieht. Dies ist auch aus Sicht der Vergabeprüfstelle nachvollziehbar.

Im Übrigen begegnet der angestellte Vergleich des zweiten mit dem ersten Bauabschnitt keinen methodischen Bedenken. Dem Einwand der Beschwerdeführerin, der Aufwand im zweiten Bauabschnitt sei geringer, weil es sich um kleinere, weniger umfangreiche Stationen handele, ist der Auftraggeber – für die Vergabeprüfstelle nachvollziehbar – entgegengetreten, dass die nun auszuführenden Anlagen steuerungstechnisch mit den großen Pumpwerken XXX und XXX vergleichbar seien und das weniger umfangreiche Datenmodell durch die größere Anlagenzahl kompensiert werde.

Da die Eignung für den aktuell ausgeschriebenen Auftrag zu beurteilen ist, kommt es – wie oben ausgeführt – bei der Einbeziehung bisheriger Erfahrungen mit einem Bieter entscheidend darauf an, ob das Verhalten des betreffenden Bieters in der Vergangenheit hinreichend gesicherte Erkenntnisse darauf zulässt, dieser werde sich beim vorliegenden Auftrag wieder nicht anforderungsgerecht verhalten. Hier hat der Auftraggeber nachvollziehbar dargelegt, dass die schlechten Erfahrungen aus der Vergangenheit bei der aktuellen Ausschreibung erneut ein Problem darstellen könnten. Es handelt sich bei der aktuellen Ausschreibung im Wesentlichen um den gleichen Leistungsinhalt wie bei der vorangegangenen Ausschreibung. Ein wesentlicher Unterschied besteht darin,

dass nunmehr im zweiten Bauabschnitt bei kürzerer Ausführungsdauer mehr Stationen ausgeführt werden müssen (33 Stationen innerhalb von acht Monaten, während es im ersten Bauabschnitt nur 22 Stationen waren und die vorgesehene Ausführungsdauer sieben Monate betrug). Hierfür plant die Beschwerdeführerin (lediglich) eine zusätzliche Arbeitskraft einzusetzen, die jedoch – wie die andere Arbeitskraft auch – nur mit einem Arbeitszeitanteil von 50 % für das hiesige Projekt vorgesehen ist. Aus diesen Umständen schließt der Auftraggeber für die aktuelle Ausschreibung darauf, dass eine fristgerechte Fertigstellung im zweiten Bauabschnitt nicht zu erwarten ist. Bei der Eignungsbeurteilung nimmt er also – unter Einbeziehung bisheriger Erfahrungen und Berücksichtigung organisatorischer Veränderungen – den aktuell ausgeschriebenen Auftrag in den Blick.

Letztlich bewegt sich die Entscheidung des Auftraggebers innerhalb der Grenzen des ihm bei der Eignungsprognose eröffneten Beurteilungsspielraums.

b. Zwar hat der Auftraggeber die Eignungsprüfung nicht hinreichend dokumentiert.

Gemäß § 20 Abs. 1 VOB/A ist die Vergabestelle verpflichtet, einen Vergabevermerk anzulegen. Er muss die einzelnen Stufen des Verfahrens, die einzelnen Maßnahmen, die maßgebenden Feststellungen sowie die Begründung der einzelnen Entscheidungen in Textform festhalten. Die hier unter Ziffer 15 „Sonstige Auffälligkeiten“ seitens des Auftraggebers vorgenommene Eintragung im VHB-Formblatt 315 genügt den genannten Dokumentationsanforderungen nicht. Sie ist schlicht zu knapp. Auch der Verweis auf das Protokoll zum Aufklärungsgespräch und das Vorabinformationsschreiben ändert hieran nichts. Das Protokoll selbst gibt nur den Inhalt des Aufklärungsgesprächs wieder. Welche Schlüsse der Auftraggeber hieraus für die Beurteilung der Eignung gezogen hat, ergibt sich hieraus nicht. Die Eignungsprüfung hat ferner zeitlich vor der Vorabinformation zu erfolgen, weshalb auch der Verweis hierauf grundsätzlich nicht den Anforderungen an eine ordnungsgemäße Dokumentation der Eignungsprüfung genügen kann.

Wurde gegen das Dokumentationsgebot verstoßen, können die Dokumentationsmängel grundsätzlich nicht dadurch behoben werden, dass die Vergabestelle die entsprechenden Angaben im Nachprüfungsverfahren schriftsätzlich oder durch mündlichen Sachvortrag wiederholt. Es handelt sich hierbei um einen schweren Verstoß gegen den Transparenzgrundsatz (§ 2 Abs. 1 VOB/A).

Sollte sich der mangelhaft dokumentierte Sachverhalt aber ausnahmsweise im Nachhinein ggf. durch das Nachschieben von Gründen plausibel und einwandfrei rekapitulieren lassen, wäre es „bloße Förmerei“, das Vergabeverfahren in einen früheren Stand zurückzusetzen bzw. aufzuheben und die Vergabestelle zu verpflichten, die jeweilige Entscheidung oder Wertung im Vergabevermerk zu dokumentieren. Dementsprechend ist eine nachträgliche Heilung von Dokumentationsmängeln dort angezeigt, wo die getroffene Entscheidung der Vergabestelle inhaltlich richtig ist und sie die nicht zu beanstandenden Ermessens- oder Gestaltungserwägungen im Laufe des Nachprüfungsverfahrens lediglich ergänzt oder präzisiert (Dippel in: Heiermann/Zeiss/Summa, jurisPK-Vergaberecht, 5. Aufl., § 20 VOB/A (Stand: 25.08.2020), Rn. 31; OLG Düsseldorf, Beschl. v. 23.03.2011, VII-Verg 63/10; VK Bund, Beschl. v. 10.06.2015, VK 2 – 41/15; VK Rheinland-Pfalz, Beschl. v. 23.05.2012 – VK 2-11/12).

So liegt der Fall hier: der Auftraggeber hat seine ursprünglich unzulänglichen Ausführungen in der Vergabeakte im Vorabinformationsschreiben sowie im weiteren Abhilfe- und Nachprüfungsverfahren ergänzt. Dies ergänzenden Ausführungen lassen erkennen, wie der Auftraggeber im Rahmen der materiellen Eignungsprüfung zu dem Ergebnis gekommen ist, dass die Beschwerdeführerin für die Erbringung des verfahrensgegenständlichen Auftrags nicht geeignet ist. Im Ergebnis hat er hiermit den Anforderungen an eine vergaberechtskonforme Dokumentation genüge getan und die an sich nicht zu beanstandende Entscheidung über die Eignung präzisiert.

Nach alledem ist die Beanstandung der Beschwerdeführerin unbegründet.

3. Es wird darauf hingewiesen, dass die Vergabeprüfstelle keine eigene Eignungsprüfung vorgenommen und demnach keine eigene Entscheidung über die Eignung der Beschwerdeführerin getroffen hat. Dies obliegt allein dem Auftraggeber, dem hier ein Beurteilungsspielraum zusteht.

Ferner wird darauf hingewiesen, dass sich die negative Eignungsprognose des Auftraggebers auf das hier streitgegenständliche Vergabeverfahren bezieht. Bereits aus dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit folgt, dass ein als unzuverlässig ausgeschlossener Bieter für künftige Vergabeverfahren die Chance haben muss, Fehler oder Umstände, die zur Feststellung der mangelnden Zuverlässigkeit geführt haben, im Wege einer Selbstreinigung zu beheben und eine Fortwirkung der festgestellten Unzuverlässigkeit für künftige Vergabeverfahren zu verhindern (VK Rheinland-Pfalz, Beschl. v. 18.07.2014 – VK 2 -10/14, juris Rn. 79).

III.

Die Gebührenentscheidung beruht auf § 11 NachprV. Die Beschwerdeführerin hat die Gebühren des Nachprüfungsverfahrens zu tragen, da die Beanstandung keinen Erfolg hatte.

Über die Gebühren ergeht ein gesonderter Bescheid.

Für die Vergabeprüfstelle
Im Auftrag

XXX