

OLG Koblenz, Beschluss vom 19.01.2015, Verg 6 / 14

Normen:

§ 16 EG Abs. 2 Buchst. d) VOB/A; § 16 EG Abs. 6 VOB/A; § 6 EG Abs. 3 Nr. 2 Buchst. h) VOB/A; § 16 EG Abs. 1 Nr. 3 VOB/A

Vorangegangene Entscheidung:

VK Rheinland-Pfalz, Urteil vom 18.07.2014, VK 2 - 10 / 14

Stichworte:

Unbedenklichkeitsbescheinigung, Nachweis, Nachforderung, Preisblätter

Leitsatz (amtlich):

1. Für eine ordnungsgemäße Bekanntmachung der vorzulegenden Eignungsnachweise reicht es nicht aus, wenn lediglich auf ein später in den Vergabeunterlagen vorzufindendes Formblatt verwiesen wird.
2. Für die Forderung nach Vorlage einer Unbedenklichkeitsbescheinigung einer tariflichen Sozialkasse gibt es keine Rechtsgrundlage; die §§ 6 EG Abs. 3 Nr. 2 lit. h), § 16 EG Abs. 2 lit. d) VOB/A erfassen nur die Zahlungen von Beiträgen zur gesetzlichen Sozialversicherung.
3. Die Freistellungsbescheinigung nach § 48b EStG ist kein Eignungsnachweis, sondern soll lediglich die Zahlungsabwicklung nach Auftragsvergabe vereinfachen. Mangels vergaberechtlicher Relevanz gibt es für die Forderung nach ihrer Vorlage keine Rechtsgrundlage.
4. Der zum Zwecke seiner Vermeidung zeitlich verzögert eintretende Ausschlussgrund des § 16 EG Abs. 1 Nr. 3 VOB/A ist nur auf Nachweise und Erklärungen anwendbar, die innerhalb der Angebotsfrist (§ 10 EG Abs. 1 Nr. 7 VOB/A) vorzulegen sind.
5. Das geltende Recht kennt keinen Ausschlussstatbestand für den Fall, dass Unterlagen, die der Auftraggeber erstmals nach Ablauf der Angebotsfrist anfordert, nicht oder nicht rechtzeitig vorgelegt werden.
6. Bei inhaltlichen Unzulänglichkeiten vorgelegter Unterlagen, die für Wertungsstufen von Bedeutung sind, die der formalen Angebotsprüfung auf Vollständigkeit nachfolgen, kommt mangels eines normierten Ausschlussgrundes ein Angebotsausschluss nicht in Betracht. Die Mängel sind vielmehr auf der materiellen Prüfungsebene angemessen zu berücksichtigen.
7. Die Angaben in den Formblättern 221 – 223 VHB sind ein Instrument zur Preisprüfung nach § 16 EG Abs. 6 VOB/A; mit Abschluss der Angebotswertung werden sie bedeutungslos.
8. Jedenfalls dann, wenn die Preisblätter nicht bereits (vorsorglich) mit dem Angebot vorzulegen sind, darf der Auftraggeber diese nicht allein deshalb nachfordern, weil er sich dies vorbehalten hat (oder dies in einem Vergabehandbuch oder einer Dienstanweisung so geschrieben steht). Vielmehr braucht er dafür einen Anlass im Sinne des § 16 EG Abs. 6 VOB/A.
9. Besteht kein Grund für die Annahme, der Angebotspreis sei unangemessen niedrig, kann der Ausschluss eines Angebots nicht auf eine unzureichende Mitwirkung des Bieters bei der überflüssigen Aufklärung gestützt werden.

In dem Nachprüfungsverfahren

Ausdruck für die vertragsgemäße Nutzung durch h.stenzel@forum-vergabe.de.

© 2014 Bundesanzeiger Verlag GmbH und forum vergabe e.V.

Die Vervielfältigung und Verbreitung ist ohne die Zustimmung des Verlags untersagt und wird entsprechend verfolgt.

betreffend die Vergabe des Auftrags „Fachhochschule Kaiserslautern II, Bauteil H, Neubau (Los Rückbau/Entsorgung/Verwertung der Halle 36 und 37)

Verfahrensbeteiligte:

...

hat der Vergabesenat des Oberlandesgerichts Koblenz durch XXX in der mündlichen Verhandlung vom 19. Januar 2015 beschlossen:

1. Auf die sofortigen Beschwerden des Auftraggebers und der Beigeladenen wird der Beschluss der Vergabekammer Rheinland-Pfalz vom 18. Juli 2014 aufgehoben, soweit dem Auftraggeber aufgegeben wurde, das Angebot der Beigeladenen auszuschließen.
2. Die Beschwerdegegnerin trägt die Kosten des Beschwerdeverfahrens und die notwendigen Auslagen der übrigen Verfahrensbeteiligten. Sie trägt weiterhin die Hälfte der Gebühren und Auslagen der Vergabekammer sowie die Hälfte der dort entstandenen notwendigen Auslagen der Beschwerdeführerin zu 1.
3. Der Beschwerdewert wird auf bis zu 90.000 € festgesetzt.

Gründe:

I.

1. Im Zuge der Erweiterung der Fachhochschule Kaiserslautern sollen zu einer früheren Kammgarnspinnerei gehörende Gebäude (teilweise) abgerissen werden. Für die Vergabe dieser Teilarbeiten, die die Entsorgung des Abbruchmaterials einschließen, hat der vom Landesbetrieb Liegenschaft- und Baubetreuung (Niederlassung Kaiserslautern) als Vergabestelle vertretene Auftraggeber ein offenes Verfahren eingeleitet. Einziges Zuschlagskriterium ist der Preis.
2. Ausweislich der Bekanntmachung vom 11. Januar 2013 müssen Bieter, die nicht in der Liste des Vereins für Präqualifikation von Bauunternehmen e.V. (Präqualifikationsverzeichnis) aufgeführt sind, „Eigenerklärungen gemäß Formblatt 124 (Eigenerklärungen zur Eignung)“ mit dem Angebot vorlegen. Weiter heißt es in der Bekanntmachung:

„Gelangt das Angebot eines nicht präqualifizierten Bieters in die engere Wahl, sind die im Formblatt 124 angegebenen Bescheinigungen innerhalb von 6 Kalendertagen nach Aufforderung vorzulegen.“

...

Das Formblatt 124 (Eigenerklärung zur Eignung) wird mit den Vergabeunterlagen bereitgestellt.“

Irgendwelche Angaben zum Inhalt des Formblatts 124 enthält die Bekanntmachung nicht.

Weiterhin sollten die Bieter zum (weiteren) Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit einen Sachkundenachweis gemäß TRGS 521 für lungengängige künstliche Mineralfasern (oder alternativ den übergeordneten Sachkundenachweis TRGS 519), einen Sachkundenachweis gem. TRGS 524/BGR 128 für das Arbeiten in kontaminierten Bereichen sowie den Nachweis der Transportgenehmigung für gefährliche Stoffe dem Angebot beifügen.

3. In dem den Interessenten mit den Vergabeunterlagen überlassenen und einem Vergabehandbuch des Landes entnommenen Formblatt 124 sind verschiedene Eigenerklärungen vorformuliert, die weitgehend mit den in § 6 EG Abs. 3 Nr. 2 VOB/A aufgeführten Angaben korrespondieren. U.a. heißt es darin:

„Ich erkläre/Wir erklären, dass ich/wir meine/unsere Verpflichtung zur Zahlung von Steuern und

Ausdruck für die vertragsgemäße Nutzung durch h.stenzel@forum-vergabe.de.

© 2014 Bundesanzeiger Verlag GmbH und forum vergabe e.V.

Die Vervielfältigung und Verbreitung ist ohne die Zustimmung des Verlags untersagt und wird entsprechend verfolgt.

Abgaben sowie der Beiträge zur gesetzlichen Sozialversicherung, soweit sie der Pflicht zur Beitragzahlung unterfallen, ordnungsgemäß erfüllt habe/haben.

Falls mein/unser Angebot/Teilnahmeantrag in die engere Wahl kommt, werde ich/werden wir eine Unbedenklichkeitsbescheinigung der tariflichen Sozialkasse, eine Unbedenklichkeitsbescheinigung des Finanzamtes sowie eine Freistellungsbescheinigung nach § 48b EStG vorlegen.“

Am Ende des Formblatts heißt es:

„Mir/Uns ist bekannt, dass die jeweils genannten Bestätigungen der Eigenerklärungen innerhalb von 6 Kalendertagen nach Aufforderung durch die Vergabestelle vorgelegt werden müssen.“

Ebenfalls in den Vergabeunterlagen findet sich ein „Hinweis zum Gesetz zur Eindämmung illegaler Betätigung im Baugewerbe im Bereich Landeshochbau“, der neben einer Erläuterung von Sinn und Zweck des § 48 EStG Folgendes enthält:

„Wir bitten Sie auch in Ihrem Interesse um die rechtzeitige Vorlage einer Freistellungsbescheinigung Ihres Finanzamtes. Damit können Sie zusätzliche Verwaltungsarbeit und einen Steuerabzug vermeiden. ...

Wenn bei der Auszahlung eines Rechnungsbetrages keine Freistellungsbescheinigung vorliegt, werden von der an Sie zu leistenden Zahlung 15% abgezogen und an das für Ihr Unternehmen zuständige Finanzamt abgeführt. ...“

4. In der Aufforderung zur Angebotsabgabe heißt es unter Nr. 4 (Vorlage von Nachweisen/Angaben):

„Sobald Abfälle deponiert und nicht verwertet werden, gelten die Festlegungen des Formblatts 241 (Abfall). Die entsprechenden Nachweise sind auf Anforderung vorzulegen.“

In dem Formblatt 241 (Abfall) ist u.a. zu lesen:

„ 1.2 Soweit in den Vergabeunterlagen gefordert, hat der Bieter zu dem von der Vergabestelle benannten Zeitpunkt die Verwertungs- bzw. Beseitigungsträger sowie die für die jeweiligen Belastungsarten und Belastungsgrade die Verwertungs- und Beseitigungsanlage zu benennen und nachzuweisen, dass

- die Verwertungs- bzw. Beseitigungsträger zur Aufnahme des Bau- und Abbruchabfalls berechtigt sind und erklären, die Bau- und Abbruchabfälle abzunehmen;
- die Verwertungs- bzw. Beseitigungsträger sich damit einverstanden erklären, dass die Abfallwirtschaftsbehörde dem Auftraggeber Auskunft über ihre Eignung zur Durchführung eines ordnungsgemäßen Abfallentsorgung erteilt;
- die erforderlichen Transportgenehmigungen (§ 49 Abs. 1 Nr. 2 KrW-/AbfG) vorliegen.“

In der Leistungsbeschreibung (ab S. 314) wird zwischen (gefährlichen) Abbruchabfällen zur Beseitigung (S. 314 - 317) und (nicht gefährlichen) Abbruchabfällen zur Verwertung (S. 318 - 324) unterscheiden. Unter OZ 4.1.10 bis 4.1.170 sind die Abbruchabfälle aufgeführt, die deponiert werden sollen; sie fallen unter die AVV-Abfallschlüsselnummern 130101, 160215, 160209, 170204, 170303, 170503, 170603, 170605 und 170802.

5. Unter Nr. 5 der Aufforderung zur Angebotsabgabe werden die Bieter darauf hingewiesen, dass sie auf Verlangen der Vergabestelle binnen 6 Kalendertagen abhängig von ihrer Kalkulationsmethode entweder das Formblatt 221 (Zuschlagskalkulation) oder das Formblatt 222 (Endsummenkalkulation) sowie das Formblatt 223 (Aufgliederung der Einheitspreise) nachreichen müssen.

6. Soweit die Vergabestelle eine nachträgliche Anforderung von Unterlagen und/oder Erklärungen

Ausdruck für die vertragsgemäße Nutzung durch h.stenzel@forum-vergabe.de.

© 2014 Bundesanzeiger Verlag GmbH und forum vergabe e.V.

Die Vervielfältigung und Verbreitung ist ohne die Zustimmung des Verlags untersagt und wird entsprechend verfolgt.

angekündigt bzw. sich vorbehalten hat, enthalten die Vergabeunterlagen keinen Hinweis auf mögliche Konsequenzen für den Fall, dass diese Unterlagen und/oder Erklärungen nicht oder nicht fristgerecht vorgelegt werden.

II.

1. Weil alle zunächst eingegangenen Angebote nach Ansicht der Vergabestelle aus formalen Gründen nicht wertbar waren, wurde das Vergabeverfahren in den Stand vor Angebotsabgabe zurückversetzt und ein neuer Submissionstermin auf den 1. Oktober 2013 festgelegt. Fristgerecht gingen vier Angebote ein, von denen eines zwischenzeitlich aus formalen Gründen ausgeschlossen wurde, ohne dass der betroffene Bieter etwas gegen den Ausschluss unternommen hat. Ein weiteres Angebot ist nach Ansicht der Vergabestelle noch unvollständig; weil es aber preislich an letzter Stelle liegt, wurde bisher von einer Nachforderung nach § 16 EG Abs. 1 Nr. 3 VOB/A abgesehen. Der Beschwerdegegnerin hat die Vergabestelle die Eignung abgesprochen; gegen den dies billigenden Beschluss der Vergabekammer Rheinland-Pfalz vom 18. Juli 2014 hat das Unternehmen sofortige Beschwerde eingelegt, über die in einem abgetrennten Verfahren entschieden wird.

Das Angebot der Beschwerdeführerin zu 2 war vollständig; sowohl die Eigenerklärungen als auch die bereits mit dem Angebots vorzulegenden Nachweise (einschließlich der vom Landesamt für Umweltschutz in Saarbrücken am 26. Januar 2005 erteilten unbefristeten Transportgenehmigung) waren beigelegt. Zudem hatte die Beschwerdeführerin, was von der Vergabestelle und der Vergabekammer in der Folgezeit übersehen wurde, bereits ihrem Angebot die im Formblatt 241 unter 1.2 aufgeführten Erklärungen und Nachweise für alle zu deponierenden Abbruchabfälle beigelegt.

Mit ihrem Angebotspreis von rund 1, X Mio € brutto liegt die Beschwerdeführerin zu 2 an dritter Stelle, aber immer noch deutlich unter der Kostenschätzung des Auftraggebers. Der Abstand zum Mindestfordernden beträgt mehr als 10%.

2. Mit Schreiben vom 18. Februar 2014 forderte die Vergabestelle die Beschwerdeführerin zu 2 auf, verschiedene Unterlagen bis zum 27. Februar 2014 vorzulegen, darunter

- Formblatt 223
- Formblatt 221 oder 222 (Preisermittlung),
- die im Formblatt 241 unter 1.2 aufgeführten Erklärungen und Nachweise
- eine Unbedenklichkeitsbescheinigung der tariflichen Sozialkasse,
- eine Freistellungsbescheinigung nach § 48b EStG.

Unter den Unterlagen, die die Beschwerdeführerin zu 2 fristgerecht vorlegte, befinden sich – neben zahlreichen (nicht geforderten) Unbedenklichkeitsbescheinigungen von Krankenkassen – Erklärungen/Nachweise von Entsorgungsunternehmen, die die im Leistungsverzeichnis unter OZ 4.1.10 bis 4.1.170 angegebenen AVV-Abfallschlüsselnummern mit Ausnahme der Nr. 170204 abdecken.

Die Freistellungsbescheinigung nach § 48b EStG fehlte.

Eine Unbedenklichkeitsbescheinigung der tariflichen Sozialkasse konnte die Beschwerdeführerin zu 2 nicht vorlegen, weil sie keiner tarifvertraglichen Beitragspflicht unterliegt.

Das Formblatt 222 hatte die Beschwerdeführerin zu 2 nahezu vollständig ausgefüllt, allerdings fehlte auf Seite 2 unter 2.4 die Erläuterung der Position „Sonstige Kosten“.

In dem Formblatt 223 hatte sie zu zwei Teilleistungen (Gerüstbau und Kanalanschluss), mit denen

Ausdruck für die vertragsgemäße Nutzung durch h.stenzel@forum-vergabe.de.

© 2014 Bundesanzeiger Verlag GmbH und forum vergabe e.V.

Die Vervielfältigung und Verbreitung ist ohne die Zustimmung des Verlags untersagt und wird entsprechend verfolgt.

sie Nachunternehmer beauftragen will und die insgesamt knapp 1% des Gesamtangebotspreises ausmachen, zwar wie verlangt die Einheitspreise eingetragen, in die Spalten für die einzelnen Kostenfaktoren (Lohnkosten, Gerätekosten usw.) aber jeweils „0“ eingesetzt.

3. Mit Schreiben vom 17. März 2014 wies die Vergabestelle die Beschwerdeführerin zu 2 auf das Fehlen der Freistellungsbescheinigung und der Unbedenklichkeitsbescheinigung der tariflichen Sozialkasse hin, bat um Erläuterung der „sonstigen Kosten“ und setzte eine Nachfrist bis zum 24. März 2014. In dem Schreiben heißt es:

„Sollten Sie nicht der Beitragspflicht einer tariflichen Sozialkasse unterliegen, entfällt die Pflicht zur Vorlage. An ihrer Stelle ist eine gesonderte Eigenerklärung über die Befreiung von der Beitragspflicht einzureichen. Die Unbedenklichkeitsbescheinigung der tariflichen Sozialkasse ist nicht gleichbedeutend mit der Unbedenklichkeitsbescheinigung der Krankenkasse und kann durch diese nicht ersetzt werden.“

Ausweislich eines handschriftlichen Vermerks in den Vergabeakten (S. 921 unten) gab die Beschwerdeführerin zu 2 am 24. März 2014 neben der Freistellungsbescheinigung nach § 48b EStG eine Eigenerklärung sowie eine schriftliche Bestätigung ab, wonach sie als Mitglied im Deutschen Abbruchverband keine Beiträge für die Sozialkassen der Bauwirtschaft (Soka-Bau) zahlen muss. Zu den sonstigen Kosten teilte sie mit, es handele sich um Mietkosten für Geräte, Verbrauchsmaterialien und Entsorgungsgebühren.

4. Mit Schreiben vom 3. April 2014 forderte die Vergabestelle von der Beschwerdeführerin zu 2 die Nachreichung von Erklärungen und Nachweise „gemäß Ziffer 1.2 des Formblatts 241 (Abfall)“ zu den AVV-Abfallschlüsseln 160216, 170204, 170201, 170401, 170402, 170403, 170404 und 170406 bis zum 9. April 2014. Erstmals drohte die Vergabestelle den Ausschluss für den Fall an, dass die geforderten Unterlagen nicht fristgerecht eingehen.

Von den 8 aufgeführten AVV-Abfallschlüsseln gehört nur die Nr. 170204 zu denjenigen, die im Leistungsverzeichnis den zu deponierenden Abbruchabfällen zugeordnet sind. Die übrigen Abfälle finden sich in dem Abschnitt mit der Überschrift „Abfälle zur Verwertung“.

Fristgerecht (und überflüssigerweise) legte die Beschwerdeführerin zu 2 eine weitere Erklärung des Entsorgungsunternehmens J. B. Entsorgungs-GmbH vor, die wiederum auch die Nr. 170204 umfasst.

III.

1. Am 22. April 2014 teilte die Vergabestelle der Beschwerdegegnerin mit, dass sie mangels Eignung nicht als Auftragnehmerin in Frage komme und der Zuschlag auf das Angebot der Beschwerdeführerin zu 2 erteilt werden solle. Diese Entscheidung wurde von der Beschwerdegegnerin mit einem Nachprüfungsantrag angegriffen. Im Verlauf des Nachprüfungsverfahrens stellte die Beschwerdegegnerin zudem die beabsichtigte Auftragsvergabe an die Beschwerdeführerin zu 2 in Frage, zweifelte deren Eignung an (Stichwort: zu klein) und äußerte die – nach dem Kenntnisstand des Senats unzutreffende – Vermutung, die Beschwerdegegnerin habe in ihrer Eigenerklärung falsche Angaben zu ihren Umsätzen gemacht.

Die Vergabekammer befasste sich nicht mit diesem Einwand, sondern kam auf Grund eigener Nachforschungen zu dem Ergebnis, dass das Angebot der Beschwerdeführerin zu 2 wegen Unvollständigkeit auszuschließen sei und teilte dies den Beteiligten in der mündlichen Verhandlung mit.

Mit Beschluss vom 18. Juli 2014 hat die Vergabekammer die Entscheidung der Vergabestelle, der Beschwerdegegnerin die Eignung abzusprechen, bestätigt – über die hiergegen gerichtete Beschwerde wird in einem abgetrennten Verfahren entschieden – und zugleich dem Auftraggeber aufgegeben, das Angebot der Beschwerdeführerin zu 2 wegen Unvollständigkeit auszuschließen.

Ausdruck für die vertragsgemäße Nutzung durch h.stenzel@forum-vergabe.de.

© 2014 Bundesanzeiger Verlag GmbH und forum vergabe e.V.

Die Vervielfältigung und Verbreitung ist ohne die Zustimmung des Verlags untersagt und wird entsprechend verfolgt.

Die Antragsbefugnis der Beschwerdegegnerin hat die Vergabekammer mit der Begründung bejaht, es sei möglich, dass auch das Angebot des viertplatzierten Bieters nicht wertungsfähig werde, sondern wegen Unvollständigkeit ausgeschlossen werden müsse. Bei fortbestehendem Beschaffungsbedarf habe dann auch die Beschwerdegegnerin eine neue Chance.

Zur Begründung des Ausschlusses des Angebots der Beschwerdeführerin zu 2 hat die Vergabekammer ausgeführt:

„Der Antragsgegner hat in rechtlich nicht zulässiger Weise durch mehrfaches Nachfordern von fehlenden Unterlagen darauf hingewirkt, dass das zunächst unvollständige Angebot der Beigeladenen schließlich am 9. April 2014 vollständig vorlag. ...

Nach § 13 Abs. 1 Nr. 4 EG VOB/A müssen Angebote die vom Auftraggeber geforderten Erklärungen und Nachweise enthalten, wobei der Auftraggeber bei unvollständigen Angeboten, die nicht nach § 16 Abs. 1 Nummern 1 oder 2 EG VOB/A ausgeschlossen werden, fehlende Erklärungen und Nachweise gemäß § 16 Abs. 1 Nr. 3 EG VOB/A nachfordert. Alle Bieter haben dieselben formalen und inhaltlichen Anforderungen zu erfüllen, damit ihre Angebote im Rahmen der anschließenden Wertung verglichen werden können. Bei der Ausübung seines Ermessens, fehlende Erklärungen und Nachweise nachzufordern, hat der Auftraggeber die Bieter eines Verfahrens gleich und fair zu behandeln. Am Ende eines Verfahrens darf nicht der Eindruck entstehen, dass das Nachfordern von Unterlagen und Angaben einzelne Bieter ungerechtfertigt begünstigt oder benachteiligt hat (EuGH, Urt. V. 10.10.2013 – C-336/12 – VergabeR 2014, Rn. 37 ff.; OLG Celle, Beschluss vom 14.01.2014 – 13 Verg 11/13). Werden die fehlenden Unterlagen nicht spätestens innerhalb von sechs Kalendertagen nach Aufforderung vorgelegt, ist das Angebot auszuschließen. Mit dieser Regelung sollen Angebotsausschlüsse wegen Unvollständigkeit verhindert werden, sie eröffnet aber nicht den Raum für beliebige Nachforderungen. Vielmehr ist ein Angebot, das nach Fristablauf noch unvollständig ist, auszuschließen.

Im verfahrensgegenständlichen Fall hat die Beigeladene mehrere Unterlagen nicht innerhalb der Sechs-Tages-Frist, sondern erst nach nochmaliger Aufforderung durch den Antragsgegner vorgelegt, so dass ihr Angebot nach § 16 Abs. 1 Nr. 3 Satz 4 EG VOB/A zwingend von der Wertung auszuschließen ist. Im Einzelnen handelt es sich hierbei insbesondere um die Unbedenklichkeitsbescheinigung der tariflichen Sozialkasse bzw. die an ihrer Stelle erforderliche Eigenerklärung über die Befreiung von der Beitragspflicht, die Freistellungsbescheinigung nach § 48b EStG sowie vollständige Angaben in den Formblättern 241 (Abfall) und 223 (Aufgliederung der Einheitspreise). ...“

IV.

1. Vorab ist feststellen, dass der Senat keine Veranlassung sieht, die Entscheidung des Auftraggebers, der Beschwerdeführerin zu 2 die Eignung zuzusprechen, in Frage zu stellen. Die Beurteilung der Eignung obliegt allein dem Auftraggeber. Ein Eingreifen der Nachprüfungsinstanzen ist nur dann angezeigt, wenn die Entscheidung des Auftraggebers keine hinreichende Tatsachengrundlage hat oder sich außerhalb des ihm im Einzelfall zustehenden Beurteilungsspielraums bewegt. Da der Auftraggeber vorliegend insbesondere keine Mindestanforderungen an die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit aufgestellt, sich also den Beurteilungsspielraum nicht von vornherein eingeengt hat, ist der Senat nicht gehalten, die Entscheidung des Auftraggebers mit Blick auf den nach Ansicht der Beschwerdegegnerin relativ niedrigen Umsatz der Beschwerdeführerin zu 2 zu hinterfragen. Nur der Vollständigkeit halber sei angemerkt, dass die Aussagekraft des Umsatzes allein ohnehin sehr begrenzt ist (wie etwa die Probleme des sicherlich nicht umsatzschwachen Baukonzerns Alpine Bau zeigen).

2. Die gegen die von der Vergabekammer ausgesprochene Anordnung des Ausschlusses des Angebots der Beschwerdeführerin zu 2 gerichteten, form- und fristgerecht eingerichteten sofortigen Beschwerden des Auftraggebers und des betroffenen Unternehmens haben Erfolg, weil kein Ausschlussgrund vorliegt.

Ausdruck für die vertragsgemäße Nutzung durch h.stenzel@forum-vergabe.de.

© 2014 Bundesanzeiger Verlag GmbH und forum vergabe e.V.

Die Vervielfältigung und Verbreitung ist ohne die Zustimmung des Verlags untersagt und wird entsprechend verfolgt.

Deshalb kann dahinstehen, ob der Einwand der Beschwerdeführer, die Vergabekammer habe fehlerhaft die Antragsbefugnis der Beschwerdegegnerin unter dem Gesichtspunkt „zweite Chance“ bejaht, durchgreift.

Ebenso kann dahinstehen, ob § 12 EG Abs. 2 Nr. 2 VOB/A (in Verbindung mit dem Standardformular 2) hinsichtlich der Eignungsnachweise richtig angewendet wurde. Der Senat teilt zwar nicht die Auffassung, dass es dafür ausreicht, wenn die – wann auch immer vorzulegenden – Eignungsnachweise nicht in der Bekanntmachung bezeichnet sind, sondern lediglich auf ein später in den Vergabeunterlagen vorzufindendes Formblatt verwiesen wird (so aber mit kaum tragfähiger Begründung OLG Dresden v. 17.01.2014 - Verg 7/13; a.A. VK Südbayern v. 10.09.2013 - Z3-3-3194-1-22-08/13; wohl auch OLG Celle v. 24.04.2014 -13 Verg 2/14 - VergabeR 2014, 582; OLG Düsseldorf v. 22.01.2014 -VII-Verg 26/13 - NZBau 2014, 371) – wobei hier noch hinzukommt, dass die Bekanntmachung offen lässt, ob das Formblatt 124 aus dem Vergabehandbuch des Bundes oder das aus dem landeseigenen Vergabehandbuch gemeint ist. Es bedarf insoweit aber keiner Vorlage zum Bundesgerichtshof gemäß § 124 Abs. 2 GWB, weil diese Frage im Ergebnis nicht von Relevanz ist.

a) Die vom Auftraggeber geforderten Erklärungen zu den zu deponierenden Abbruchabfällen hatte die Beschwerdeführerin zu 2 bereits dem Angebot beigelegt. Dass dies verfrüht war, steht der Berücksichtigung dieser Unterlagen bei der Angebotsprüfung nicht entgegen.

b) Der Ausschluss des Angebots der Beschwerdeführerin zu 2 kann nicht damit begründet werden, sie habe die (Eigen-)Erklärung, wonach sie nicht zur Zahlung von Beiträgen in eine tarifliche Sozialkasse verpflichtet ist, verspätet vorgelegt. Es war ihr mangels einer Beitragspflicht objektiv unmöglich, die im Formblatt 124 angesprochene und mit Schreiben der Vergabestelle vom 18. Februar 2014 geforderte Unbedenklichkeitsbescheinigung einer tariflichen Sozialkasse vorzulegen. Sie konnte allerdings auch weder der Bekanntmachung noch den Vergabeunterlagen noch jenem Schreiben mit der für einen Ausschluss wegen Unvollständigkeit notwendigen Deutlichkeit entnehmen, dass sie stattdessen erklären muss, keiner Beitragspflicht zu unterliegen. Dies wurde ihr erstmals mit Schreiben vom 17. März 2014 mitgeteilt. Darauf legte sie die von der Vergabestelle für notwendig erachteten Unterlagen fristgerecht vor.

Der Vollständigkeit halber sei darauf hingewiesen, dass es für die Forderung des Auftraggebers keine Rechtsgrundlage gibt. Nach § 16 EG Abs. 2 lit. d) VOB/A können Bieter ausgeschlossen werden, die ihre Verpflichtung zur Zahlung der Beiträge zur gesetzlichen Sozialversicherung nicht ordnungsgemäß erfüllt haben. Dementsprechend darf der Auftraggeber gemäß § 6 EG Abs. 3 Nr. 2 lit. h) VOB/A von Unternehmen den Nachweis verlangen, dass die Beiträge zur gesetzlichen Sozialversicherung regelmäßig gezahlt wurden. Die Erstreckung des Ausschlussgrundes auf sozialen Zwecken dienende Abgaben, die eine (tarif-)vertragliche Grundlage haben, ist vom eindeutigen Wortlaut der Regelung nicht gedeckt.

c) Auch hinsichtlich der Forderung nach Vorlage einer Freistellungsbescheinigung nach § 48b EStG fehlt es an einer Rechtsgrundlage. Dass ein Bieter seine Steuern ordnungsgemäß zahlt, also der Ausschlussgrund des § 16 EG Abs. 2 lit. d) VOB/A nicht vorliegt, belegt er mit der – hier geforderten und rechtzeitig vorgelegten – Unbedenklichkeitsbescheinigung der zuständigen Finanzbehörde(n). Die Freistellungsbescheinigung hat – wie vom Auftraggeber selbst in den Vergabeunterlagen dargelegt – lediglich den Zweck, die Bezahlung erbrachter Leistungen zu vereinfachen; sie ist weder für die wirtschaftliche noch für die technische Leistungsfähigkeit von Bedeutung.

Unabhängig von der Rechtsgrundlage fehlt es aber an einer eindeutigen, den Ausschluss wegen Unvollständigkeit rechtfertigenden Forderung des Auftraggebers. Die Vergabestelle hat vielmehr durch das Einarbeiten des „Hinweis(es) zum Gesetz zur Eindämmung illegaler Betätigung im Baugewerbe im Bereich Landeshochbau“ in die Vergabeunterlagen den Eindruck erweckt, die Vorlage der Freistellungsbescheinigung sei zwar für beide Seiten nützlich, aber nicht unbedingt

Ausdruck für die vertragsgemäße Nutzung durch h.stenzel@forum-vergabe.de.

© 2014 Bundesanzeiger Verlag GmbH und forum vergabe e.V.

Die Vervielfältigung und Verbreitung ist ohne die Zustimmung des Verlags untersagt und wird entsprechend verfolgt.

erforderlich.

d) Der Ausschluss kann schließlich nicht auf Unzulänglichkeiten im Zusammenhang mit den Formblättern 221, 223 gestützt werden.

aa) Der Senat ist der Auffassung, dass der – zum Zwecke seiner Vermeidung zeitlich verzögert eintretende – Ausschlussgrund des § 16 EG Abs. 1 Nr. 3 VOB/A nur auf Nachweise und Erklärungen anwendbar ist, die innerhalb der Angebotsfrist (§ 10 EG Abs. 1 Nr. 7 VOB/A) vorzulegen waren (OLG Naumburg v. 23.02.2012 - 2 Verg 15/11 - VergabeR 2012, 732; siehe auch den sprachlich besser gelungenen § 19 EG Abs. 2 Satz 1 VOL/A) und dass schon mangels einer planwidrigen Regelungslücke eine analoge Anwendung auf Unterlagen, die erst im Nachhinein vom Auftraggeber erstmals angefordert werden, nicht in Betracht kommt (a.A., allerdings nicht tragend im Sinne des § 124 Abs. 2 GWB, OLG Frankfurt v. 21.02.2012 - 11 Verg 11/11 und – möglicherweise unbewusst – OLG Celle v. 16.06.2011 - 13 Verg 3/11 - VergabeR 2012, 237). Dann fehlt aber im geltenden Recht für den Fall, dass Unterlagen, die erstmals nach Ablauf der Angebotsfrist angefordert worden waren, aber nicht oder nicht rechtzeitig vorgelegt wurden, eine Norm, die den Angebotsausschluss vorsieht. Deshalb liegt die Annahme nicht fern, dass es im Ermessen des Auftraggebers liegt, wie er – unter Beachtung vergaberechtlicher Grundprinzipien – weiter verfährt, jedenfalls dann, wenn die Anforderung (noch) nicht mit einer Ausschlussandrohung verbunden war (siehe auch EuGH v. 10.10.2013 - C-336/12). Aber auch dies kann im vorliegenden Verfahren offen bleiben.

bb) Es besteht inzwischen weitgehende Einigkeit darüber, dass die vergaberechtlichen Regelungen, die eine Nachforderung ermöglichen oder gar den Auftraggeber zur Nachforderung verpflichten, nur dann gelten, wenn vorzulegende Erklärungen/Nachweise entweder gar nicht eingereicht wurden oder wenn sie formale Mängel aufweisen. Bei körperlich vorhandenen Erklärungen oder Nachweisen besteht eine Nachforderungsmöglichkeit somit nur dann, wenn sie in formaler Hinsicht von den Anforderungen abweichen, nicht aber, wenn erst eine inhaltliche Prüfung ergibt, dass sie unzulänglich sind (OLG Celle v. 24.04.2014 - 13 Verg 2/14 - VergabeR 2014, 582; OLG Düsseldorf v. 17.12.2012 - VII-Verg 47/12 - VergabeR 2013, 550) – mag auch die Abgrenzung im Einzelfall problematisch sein. Dies müsste konsequenterweise auch dann gelten, wenn man § 16 EG Abs. 1 Nr. 3 GWB analog auf Unterlagen anwendet, die nach Angebotsabgabe erstmals angefordert werden.

Die Beschwerdeführerin zu 2 hatte aber die Formblätter 221 und 223 ausgefüllt vorgelegt; die Unzulänglichkeiten betrafen auch nicht die Form, sondern den Inhalt. Bei inhaltlichen Unzulänglichkeiten vorgelegter Unterlagen, die für Wertungsstufen von Bedeutung sind, die der formalen Angebotsprüfung auf Vollständigkeit nachfolgen, kommt mangels eines normierten Ausschlussgrundes ein Angebotsausschluss nicht in Betracht. Vielmehr verlagert sich das Problem auf die materielle Prüfungsebene (Beispiel: Hat ein Bieter Referenzschreiben in der geforderten Anzahl vorgelegt, enthalten diese aber nicht alle Informationen, die der Auftraggeber benötigt, um ein „Der kann’s“ zu rechtfertigen, wird das Angebot dieses Bieters nicht aus formalen Gründen ausgeschlossen. Vielmehr kommt dieser Bieter nicht als Auftragnehmer in Betracht, weil es an einer hinreichenden Grundlage für die Bejahung seiner Eignung fehlt.).

cc) Die Eintragungen in diesen Formblättern sind keine Preisangaben im Sinne des § 13 EG Abs. 1 Nr. 3 VOB/A, so dass § 16 EG Abs. 1 lit. c) VOB/A nicht einschlägig ist. Sie werden noch nicht einmal Vertragsbestandteil, weil im Vertrag nur die (Einheits-)Preise, nicht aber deren einzelne Elemente oder die Art ihres Zustandekommens vereinbart werden.

dd) Die Angaben in den Formblättern sind vielmehr ein Instrument zur Preisprüfung nach § 16 EG Abs. 6 VOB/A. Sie haben somit ausschließlich den Zweck, dem Auftraggeber zu ermöglichen, auffällig erscheinende Angebotspreise auf Angemessenheit einer ersten Prüfung zu unterziehen und, falls erforderlich, eine gezielte Aufklärung vorzunehmen. Demgegenüber ist für die Berechnung von Nachträgen (oder einer Mehrvergütung wegen verzögerter Vergabe) die

Ausdruck für die vertragsgemäße Nutzung durch h.stenzel@forum-vergabe.de.

© 2014 Bundesanzeiger Verlag GmbH und forum vergabe e.V.

Die Vervielfältigung und Verbreitung ist ohne die Zustimmung des Verlags untersagt und wird entsprechend verfolgt.

Urkalkulation als bis zum Bedarfsfall geheim zu haltende Preisermittlung von Bedeutung; die Formblätter 221 - 223 werden mit Abschluss der Angebotswertung bedeutungslos (Wanninger: „Unternehmerische Kalkulation und Einheitsformblätter - auf ewig unvereinbar?“, Schriftenreihe des IBB Braunschweig 2011, Heft 51 S. 1-20; siehe auch OLG Düsseldorf v. 25.10.2013 - 22 U 21/13 - BauR 2014, 700; OLG Celle v. 25.05.2011 - 14 U 62/08 - VergabeR 2011, 788).

Jedenfalls dann, wenn wie hier die Preisblätter nicht bereits (vorsorglich) mit dem Angebot vorzulegen sind, darf der Auftraggeber diese nicht allein deshalb nachfordern, weil er sich dies vorbehalten hat (oder dies in einem Vergabehandbuch oder einer Dienstanweisung so geschrieben steht). Vielmehr braucht er dafür einen Grund im Sinne des § 16 EG Abs. 6 VOB/A, an dem es hier aber fehlt. Wie die Vertreter des Auftraggebers in der mündlichen Verhandlung bestätigten, war der Angebotspreis der Beschwerdeführerin zu 2 völlig unauffällig. Besteht aber kein Anlass für die Annahme, der Angebotspreis sei unangemessen niedrig, kann der Ausschluss eines Angebots nicht auf eine unzureichende Mitwirkung des Bieters bei der überflüssigen Aufklärung gestützt werden (OLG Karlsruhe v. 06.08.2014 - 15 Verg 7/14 - VergabeR 2014, 822).

V.

Die Kostenentscheidung beruht auf §§ 78, 128 GWB. Der Senat hat die Kosten des Verfahrens vor der Vergabekammer geteilt, weil im jetzigen abgetrennten Verfahren nur über einen von zwei Streitpunkten entschieden wurde. Die im Verfahren vor der Vergabekammer passiv gebliebene Beigeladene blieb insoweit unberücksichtigt.

Da weder ersichtlich noch vorgetragen ist, dass der Auftraggeber im Verfahren vor der Vergabekammer nicht in der Lage wäre, sich durch eigenes qualifiziertes Personal wie etwa den Leiter der Stabstelle Interne Revision/Recht und Verträge vertreten zu lassen, besteht keine Veranlassung, die Hinzuziehung eines Bevollmächtigten für notwendig zu erklären.

Der Streitwert für das vorliegende Beschwerdeverfahren wird gemäß § 50 Abs. 2 GKG auf bis zu 90.000 € festgesetzt.

XXX

Ausdruck für die vertragsgemäße Nutzung durch h.stenzel@forum-vergabe.de.

© 2014 Bundesanzeiger Verlag GmbH und forum vergabe e.V.

Die Vervielfältigung und Verbreitung ist ohne die Zustimmung des Verlags untersagt und wird entsprechend verfolgt.
