

Thüringer Landesverwaltungsamt · Postfach 22 49 · 99403 Weimar

Geschäftsstelle:

Telefon 0361 37-737254
Telefax 0361 37-739354

nachpruefungsstelle@
tivwa.thueringen.de

Ihr Zeichen:

Ihre Nachricht vom:

Unser Zeichen:

250-4002-1768/2015-003-J

Vergabeverfahren der Stadt XXXXX zum Vorhaben "Konservierung und Restaurierung des Burschenschaftsdenkmals in XXXXX"

hier: Beschwerde der XXXXX vom 11.03.2015

In der oben bezeichneten Angelegenheit ergeht durch das Thüringer Landesverwaltungsamt nachfolgender

Weimar
23.04.2015

Bescheid:

- 1. Das Vergabeverfahren zum Vorhaben „Konservierung und Restaurierung des Burschenschaftsdenkmals in XXXXX“, im Ergebnis dokumentiert durch den Vergabevorschlag des Planungsbüros XXXXX vom 05.03./10.03.2015, wird als rechtswidrig beanstandet.**
- 2. Der Auftraggeber wird verpflichtet, im Falle des Fortbestehens der Vergabeabsicht das Vergabeverfahren unter Beachtung der Rechtsauffassung des Thüringer Landesverwaltungsamtes, beginnend mit der Eignungsprüfung vor der Aufforderung zur Angebotsabgabe, zu wiederholen.**

Das Thüringer Landesverwaltungsamt ist bis zum 14.05.2015 über die Umsetzung der vorliegenden Entscheidung zu unterrichten.

- 3. Dieser Bescheid ergeht kostenfrei.**

Thüringer
Landesverwaltungsamt
Weimarplatz 4
99423 Weimar

www.thueringen.de

Geschäftszeiten:

Montag-Donnerstag: 08:30-12:00 Uhr
13:30-15:30 Uhr
Freitag: 08:00-12:00 Uhr

Bankverbindung:

Landesbank
Hessen-Thüringen (HELABA)

IBAN: DE80820500003004444117
SWIFT-Adresse (BIC): HELADEF820

Begründung:

I.

Für die Vergabe der Leistungen zum Vorhaben "Konservierung und Restaurierung des Burschenschaftsdenkmals in XXXXX" wurde eine Beschränkte Ausschreibung durchgeführt. Hierzu wurden am 16.02.2015 unter dem Betreff „Aktualisierte Ausschreibungsunterlagen“ Vergabeunterlagen – auch an XXXXX- übersandt. Diese beinhalteten neben der Aufforderung zur Abgabe eines Angebots (Eröffnungs-/ Einreichungstermin: Datum 04.03.2015 Uhrzeit 14:30 Uhr) u. a. Bewerbungsbedingungen (Formblatt 212), Besondere Vertragsbedingungen (Formblatt 214), Zusätzliche Vertragsbedingungen (Formblatt 215), ..., das Formblatt 124 VHB Bund „Eigenerklärung zur Eignung“, ein Leistungsverzeichnis sowie eine Kartierung des Burschenschaftsdenkmals hinsichtlich der geplanten konservatorischen und restauratorischen Maßnahmen.

In den Bewerbungsbedingungen sind u. a. folgende Festlegungen enthalten:

„Bewerbungsbedingungen für die Vergabe von Bauleistungen

1 Mitteilung von Unklarheiten in den Vergabeunterlagen

Enthalten die Vergabeunterlagen nach Auffassung des Bewerbers Unklarheiten, so hat er unverzüglich die Vergabestelle vor Angebotsabgabe in Textform darauf hinzuweisen.“

In den Vorbemerkungen des Leistungsverzeichnisses wird u. a. Folgendes mitgeteilt:

„Die Bearbeitung des Denkmals ist ausschließlich Restauratoren mit umfangreichen praktischen Erfahrungen im Bereich Natursteinrestaurierung - speziell Marmorrestaurierung – vorbehalten. Die Vorlage und Wertung geeigneter vergleichbarer Referenzen, welche stichhaltig nachzuweisen sind, ist ein entscheidendes Vergabekriterium.

Erforderliche Qualifikation: Diplomrestaurator bzw. Restaurator im VdR.“

Außerdem :

„Viele Leistungspositionen sind als Pauschalpositionen angegeben. Zur Kalkulation ist deshalb eine Begutachtung vor Ort unerlässlich. Leistungen sind teilweise in Form der Beschreibung des Leistungszieles formuliert, auf detaillierte Beschreibung von Technologien kann nicht in jedem Fall eingegangen werden. Hier wird die notwendige praktische Erfahrung des bearbeitenden Restaurators vorausgesetzt.“

Laut der Niederschrift über die Öffnung der Angebote haben 7 Unternehmen ein Angebot abgegeben, darunter auch die XXXXX (Beschwerdeführerin).

Mit Schreiben vom 11.03.2015 wandte sich die Beschwerdeführerin an das Thüringer Landesverwaltungsamt und trug vor, sie habe sich bereits am 23.01.2015 mit Bieteranfragen an die Vergabestelle gewandt und mitgeteilt, dass anhand der vorliegenden Leistungsbeschreibung keine einwandfreie

Preisermittlung möglich sei und ohne Vorarbeiten nicht berechnet werden könne. Die Bieteranfragen seien nicht im Detail beantwortet worden.

Sie habe diesbezüglich am 19.02.2015 von der Vergabestelle eine überarbeitete Ausschreibung erhalten. Einzelne Positionen der Ausschreibungen seien vervollständigt und überarbeitet worden. Es sei aber nicht allumfänglich auf ihre Bieteranfragen eingegangen worden, sodass weiterhin Pauschalpositionen ausgeschrieben wurden, über deren Umfang sich nur spekulieren lasse. In der Beschreibung auf Seite 2 sei zwar darauf verwiesen, dass für die Kalkulation eine „Begutachtung vor Ort“ unerlässlich sei, jedoch verbleibe auch dabei ein sehr großer Interpretationsspielraum. Darüber hinaus werde dieser Verweis ähnlich der zahlreichen Pauschalpositionen gesehen. Hiermit werde den Bietern auferlegt, wesentliche für die Kalkulation erforderliche Informationen selbst zu ermitteln und darüber hinaus das Risiko zu tragen. Als Beispiele wurden die Positionen 02.4 Lokale Befestigungen, 02.5 bis 02.7 und die Pos. 02.9 Formergänzungen aufgeführt und in Pos. 02.11 die Ausschreibung als Bedarfsposition bemängelt.

Diesem Schreiben hatte die Beschwerdeführerin ihr Schreiben vom 23.01.2015 an die Vergabestelle beigefügt, worin sie sich unter Bezugnahme auf die „Beschränkte Ausschreibung Konservierung und Restaurierung des Burschenschaftsdenkmals in XXXXX – Bieterfragen zum Leistungsverzeichnis“ an den Auftraggeber gewandt und vorgetragen hatte, auf Seite 1 des Leistungsverzeichnisses sei als Art der Ausschreibung „Beschränkte Ausschreibung“ angegeben; fast 90% der Leistungen seien nicht kalkulierbar, da keine der VOB-entsprechende Preisermittlung möglich sei und von den Bewerbern ohne umfangreiche Vorarbeiten nicht berechnet werden könne. Sodann hatte sie zu 29 Positionen, davon allein zu 13 Positionen des Titels 2 „Skulptur“, Bieterfragen, und zwar überwiegend wegen der Mitteilung von Maßen, Umfängen oder Mengen der Positionen, gestellt.

Mit Schreiben vom 23.03.2015 nahm der Auftraggeber zum Vorbringen der Beschwerdeführerin Stellung.

Es wurde ausführlich vorgetragen, warum sich die Restaurierung plastischer Bildwerke im Rahmen von Leistungstexten nicht annähernd so erschöpfend beschreiben lasse, wie beispielsweise baugebundene restauratorische Maßnahmen und hierbei auf die Anforderung spezieller Fachkenntnis des Restaurators und dessen Fähigkeit, den notwendigen ästhetischen Anforderungen gerecht zu werden, verwiesen.

Es sei kaum möglich, an Skulpturen Mengenermittlungen nach Fläche vorzunehmen - und es sei auch wenig hilfreich. Formergänzungen im bildhauerischen Bereich erforderten beispielsweise bei gleicher Größe aufgrund unterschiedlich auszubildender Oberfläche einen sehr verschieden hohen Aufwand. Eine Kalkulation rein nach z. B. abgestuften Größenklassen der Ergänzungen sei daher nicht einfacher als eine Kalkulation des Gesamtaufwandes nach Ortsbesichtigung und unter Zuhilfenahme der Kartierung.

Die Bieter seien im Rahmen einer Angebotseinholung für eine Freihändige Vergabe angeschrieben worden, welche dann aufgehoben worden sei und eine Beschränkte Ausschreibung erarbeitet wurde. Bereits nach dem Erhalt des Leistungsverzeichnisses für die Freihändige Vergabe habe die Beschwerdeführerin gegenüber der Vergabestelle Mängel der Leistungsbeschreibung vorgetragen. Obwohl die Bemängelung als nicht begründet angesehen wurde, sei für die Beschränkte Ausschreibung eine Überarbeitung bestimmter Leistungspositionen im Hinblick auf genauere Mengenangaben erfolgt. Bezüglich der die Skulptur betreffenden Leistungspositionen hätten dagegen Änderungen aus den o. g. Gründen nicht erfolgen können.

Im Einzelnen wird auf die Vergabeakte in Gestalt der im Thüringer Landesverwaltungsamt vorliegenden Nachprüfungsakte Bezug genommen.

II.

Das Thüringer Landesverwaltungsamt ist gemäß § 118 Abs. 2 Thüringer Kommunalordnung (ThürKO) die zuständige Rechtsaufsichtsbehörde für den der kreisfreien Stadt XXXXX zuzurechnenden Eigenbetrieb XXXXX als verfahrensbeteiligtem Auftraggeber und ist somit als Nachprüfungsstelle i.S.v. § 21 VOB/A sachlich und örtlich für die Entscheidung im vorliegenden Nachprüfungsverfahren zuständig.

Der Auftraggeber, die kreisfreie Stadt XXXXX – Eigenbetrieb XXXXX - unterliegt gemäß § 52a Sätze 2 und 3 ThürKO i.V.m. § 24 Abs. 2 Thüringer Gemeindehaushaltsverordnung-Doppik (ThürGemHV-Doppik) der Verpflichtung, bei der Vergabe von Bauaufträgen die Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen (VOB/A) anzuwenden.

Das Vergabeverfahren der Beschränkten Ausschreibung zum Vorhaben „Konservierung und Restaurierung des Burschenschaftsdenkmals in XXXXX“ ist rechtswidrig.

1.) Der Auftraggeber hat seine sich aus § 7 Abs. 1 Nr. 1 VOB/A ergebende Verpflichtung verletzt, die Leistung eindeutig und erschöpfend zu beschreiben, indem er in der Leistungsbeschreibung verschiedene Leistungspositionen mengenmäßig unbestimmt gelassen hat und damit die geforderten Leistungen nicht eindeutig und erschöpfend beschrieben hat.

Gemäß § 7 Abs. 1 Nr. 1 VOB/A ist die Leistung eindeutig und so erschöpfend zu beschreiben, dass alle Bewerber die Beschreibung im gleichen Sinne verstehen müssen und ihre Preise sicher und ohne umfangreiche Vorarbeiten berechnen können.

Um eine einwandfreie Preisermittlung zu ermöglichen, sind alle sie beeinflussenden Umstände festzustellen und in den Vergabeunterlagen anzugeben (§ 7 Abs. 1 Nr. 2 VOB/A).

Das Gebot der eindeutigen und erschöpfenden Leistungsbeschreibung bezweckt, die Vorstellungen des Auftraggebers von der gewünschten Leistung in Bezug auf technische Merkmale oder Funktionen, Menge und Qualität für den Auftragnehmer so deutlich werden zu lassen, dass dieser Gegenstand, Art und Umfang der Leistung zweifelsfrei erkennen kann. Dieses Gebot hat sich an der Durchführbarkeit der Leistung zu orientieren und soll die exakte Preisermittlung sowie die Vergleichbarkeit der Angebote gewährleisten.

Die Vorschrift zielt darauf ab, den Bietern eine klare Kalkulationsgrundlage zu liefern. Zugleich - und damit korrespondierend - hat sie den Zweck, die Vergleichbarkeit der Angebote zu sichern, was wiederum unabdingbare Voraussetzung für eine faire und transparente Entscheidung über den Zuschlag ist.

Die vorliegende Leistungsbeschreibung erfüllt diese Anforderungen nicht, da Mengenangaben bei verschiedenen Positionen, insbesondere des Titels „02. Skulptur“, der Leistungsbeschreibung völlig fehlen.

Hiervon betroffene Positionen der Leistungsbeschreibung sind beispielsweise:

- Pos. 02.1 Sicherungsfestigung und –klebung

„Vor der Nachreinigung sind stark abgriesende Bereiche mit einem Acrylat-esterpolymerisat vorzufestigen. Der Auftrag erfolgt mittels Pinseltränkung. Fragile Rissnetzbereiche sind ebenfalls zu sichern ...

Sicherungsfestigungen und –klebungen im erforderlichen Umfang an gesamter Skulptur: 1 Psch“

Es gibt in dieser Position keinerlei Angaben über die Menge oder den Umfang der vorzufestigenden Bereiche bzw. die „fragilen Rissnetzbereiche“ z. B. nach m² bzw. laufenden Metern.

- Pos. 02.4 Lokale Festigungen:

„Am Marmor der Skulptur sind lokale Festigungen abgriesender Oberflächenbereiche im Sinne einer Konsolidierung über die gesamte Skulptur verteilt erforderlich ...

Summe sämtlicher Festigungen an der Skulptur: 1 Psch“

Es gibt hier keinerlei Mengenvorgabe hinsichtlich der m² der betroffenen Oberfläche oder zu den Größenbereichen und der Anzahl der betroffenen Bereiche.

- Pos. 02.5 Klebungen statisch wirksamer Risse

„Statisch relevante Risse werden mit einem höchstlichtechtem Epoxidharz geklebt. Die Klebung erfolgt aufbauend in Konzentrationen von 30 – 100% Harzanteil.

Auch bei Einsatz eines hochstabilen Epoxidharzes besteht über längere Zeiträume die Gefahr einer Vergilbung. Deshalb ist die punktuelle Klebung des Risses sehr

vorsichtig auszuführen... In Bereichen größerer Rissbreiten ist das Harz mit einem Füllstoff zu versehen.

Statisch relevante Risse sind beispielsweise der große diagonal verlaufende Riss in der Fahne ...

Klebung von statisch relevanten Rissen an der gesamten Skulptur: 1 Psch“

Es gibt hier keinerlei Mengenvorgabe, z. B. nach laufenden Metern.

- Pos. 02.6 Klebungen oberflächiger Risse und Fissuren

„Oberflächige Risse und, Fissuren und die umfangreichen Rissnetzsysteme an der Skulptur werden mittels eines Acrylatester-Polymerisates geklebt. ...

Klebung von Rissen, Fissuren und Rissnetzsystemen an der gesamten Skulptur: 1 Psch“

Es gibt hier keinerlei Mengenvorgabe, z. B. nach laufenden Metern.

- Pos. 02.7 Verschluss von Rissen und Klebefugen

„Die geklebten Risse werden mit einem Restauriermörtel verschlossen. Gleichzeitig werden damit alle rissartigen Auswitterungen und Fissuren verschlossen. ...

Als unbedingt einzuhaltende Vorlage hinsichtlich der Ausführungsqualität sind die an der Skulptur angelegten Musterflächen festgelegt. Musterflächen sind in relevanten Bereichen trotzdem zuvor anzulegen. ...

Es werden an der Skulptur sämtliche Risse, Fissuren und Rissnetzbereiche sowie die Vierungsfugen oberflächenbündig verschlossen!

Summe aller zu schließenden Risse, Fissuren, Rissnetze und Klebefugen an der Skulptur: 1 Psch“

Es gibt auch hier keinerlei Vorgaben, weder zur Menge (Anzahl) der trotzdem anzulegenden Musterflächen bzw. zu den „relevanten Bereichen“, noch irgendeine mengenmäßige Angabe zur „Summe aller zu verschließenden Risse, Fissuren, Rissnetze und Klebefugen“, z. B. nach laufenden Metern.

- Pos. 02.9 Formergänzungen mit Restauriermörtel

„Formergänzungen sind zur Rekonstruktion verlorener Formen und damit der Wiederherstellung der künstlerischen Aussage des Objektes erforderlich. ...

Als unbedingt einzuhaltende Vorlage hinsichtlich der Ausführungsqualität sind die an der Skulptur angelegten Musterflächen festgelegt. Musterflächen sind in relevanten Bereichen trotzdem zuvor anzulegen. ...

Es ist von einer Ergänzung sämtlicher Formverluste an der Skulptur auszugehen.

Summe aller Ergänzungen an der Skulptur: 1 Psch“

Es gibt hier keinerlei Vorgaben, weder zur Menge (Anzahl) der „trotzdem zuvor anzulegenden Musterflächen“ bzw. zu den „relevanten Bereichen“, noch zur Anzahl der zu ergänzenden „Formverluste“, zu deren Ausdehnung, oder überhaupt ein Anhaltspunkt für Menge oder Umfang der Formergänzungen.

Die Mengenansätze in den einzelnen Positionen des Leistungsverzeichnisses sind grundsätzlich Umstände, die Auswirkungen auf die Preise haben. Eine Leistungsbeschreibung verstößt gegen § 7 Abs. 1 VOB/A, wenn der Auftraggeber es unterlassen hat, die zu erwartenden Mengen der einzelnen Positionen zu schätzen und anzugeben, obwohl ihm dies möglich und zumutbar gewesen wäre. Eine entsprechende Angabe ist vergaberechtlich zwingend erforderlich, um die Vergleichbarkeit der Angebote zu sichern, unabhängig von der Frage, ob der einzelne Bieter die Angabe für seine Kalkulation benötigt oder nicht. Verbleibt die Mengenschätzung bei dem Bieter, muss der Auftraggeber davon ausgehen, dass jeder von anderen Mengengerüsten ausgeht und es dabei zu gravierenden Fehlern kommt (vgl. VK Sachsen-Anhalt, Beschluss vom 18.12.2014, 3 VK LSA 100/14 zur VOL/A, aus: vpr-online unter Hinw. auf VK Arnsberg, B. v. 15.01.2009 - Az.: VK 31/08; B. v. 15.01.2009 - Az.:VK 30/08).

Dem Auftraggeber ist zwar zuzugeben, dass die Oberfläche der Skulptur aufgrund ihrer Struktur möglicherweise nicht bis ins kleinste Detail für eine Mengenermittlung vermessen- oder berechenbar ist und dass somit - diese Positionen betreffend - eine in allen Punkten eindeutige Leistungsbeschreibung möglicherweise nur mit unverhältnismäßigem Kostenaufwand möglich ist.

Auch ist allein deswegen, weil an Mengenangaben in einer Leistungsbeschreibung Risikozuschläge anzubringen sind und diese von Angebot zu Angebot unterschiedlich ausfallen können, eine Vergleichbarkeit der Angebote nicht zu verneinen.

Dem Auftraggeber ist es hier jedoch mindestens zuzumuten, dass er für die von ihm genannten Positionen zumindest eine ungefähre, angenäherte Größenordnung der geforderten Leistungen als kalkulationsrelevante Grundlage ermittelt und angibt.

Dass in den oben beispielhaft aufgeführten Positionen des Titels „02. Skulptur“ (aber auch beispielsweise in den Positionen 03.1, 03.2 und 03.3 des Titels „03. Postament“) nicht einmal ungefähre, angenäherte, sondern überhaupt keine Mengenangaben enthalten sind, die für alle Angebote als gleiche Kalkulationsgrundlage dienen können, ist vorliegend nicht nachvollziehbar und verstößt gegen das Gebot der eindeutigen und erschöpfenden Leistungsbeschreibung. Dies bürdet dem Bieter unzulässigerweise ein ungewöhnliches Wagnis im Sinne von § 7 Abs. 1 Nr. 3 VOB/A auf für Umstände und Ereignisse, auf die er keinen Einfluss hat und deren Einwirkung auf die Preise und Fristen er nicht im Voraus schätzen kann.

Darauf, ob bzw. dass der Auftraggeber eine Kalkulation des Gesamtaufwandes nach Ortsbesichtigung und unter Zuhilfenahme der Kartierung für hilfreicher hält – anstatt eine Kalkulation rein nach z.B. abgestuften Größenklassen der Ergänzungen oder aber aufgrund Angabe der Menge bzw. des Umfanges der auszuführenden Leistungen im Leistungsverzeichnis -, kommt es unter dem Gesichtspunkt der Verpflichtung des Auftraggebers zur eindeutigen und erschöpfenden Leistungsbeschreibung nicht an.

Zudem ist nach unserer Auffassung bereits die in den Vorbemerkungen zur Leistungsbeschreibung erhobene Forderung nach einer „Begutachtung vor Ort“ vergaberechteswidrig.

Denn die Ortsbesichtigung behebt das Problem der mangelhaften Vorgabe der Kalkulationsgrundlagen durch den Auftraggeber gegenüber den Bewerbern/ potentiellen Bieter nicht, da die Bewerber/Bieter damit wesentliche Grundlagen der Kalkulation selbst ermitteln müssen und hierbei ein großer Interpretationsspielraum verbleibt.

Die Bewerber haben jedoch – wie oben bereits ausgeführt - Anspruch darauf, dass ihnen sämtliche das Vorhaben betreffende Informationen, insbesondere alle eine einwandfreie Preisermittlung beeinflussenden Umstände (§ 7 Abs. 1 Nr. 2 VOB/A) in den Vergabeunterlagen mitgeteilt werden und die Angebotsbearbeitung auf der Grundlage der von der Vergabestelle übermittelten Angaben "ohne umfangreiche Vorarbeiten" möglich sein muss (§ 7 Abs. 1 Nr. 1 VOB/A) und es deshalb der Notwendigkeit einer Vor-Ort-Besichtigung der Baustelle nicht bedarf.

Die Forderung nach einer „Begutachtung vor Ort“ führt auch zu einer nicht gerechtfertigten Benachteiligung von ortsfernen Bewerbern gegenüber ortsansässigen bzw. ortsnahen Bewerbern.

Auch die Zuhilfenahme der den Vergabeunterlagen beigefügten Kartierung stellt keine ausreichende Kalkulationsgrundlage für die Bewerber/Bieter dar.

Denn die Kartierung dient - laut einem darauf angebrachten Vermerk des Auftraggebers - nur zur Orientierung bezüglich des voraussichtlichen Umfangs an konservatorischen und restauratorischen Maßnahmen am Denkmal. Bereiche kleinerer zu bearbeitender Flächen (bis ca. 5 cm bzw. 25 cm²) sind in der Kartierung nicht dargestellt. Zudem ist auf dieser Kartierung - obwohl zumutbar - für die darauf befindlichen Abbildungen nicht einmal ein Maßstab angegeben.

Auch aus dieser Kartierung lassen sich für die geforderten Leistungen somit keine vollständigen bzw. ausreichenden Anhaltspunkte zur Örtlichkeit bzw. zur Ausdehnung, ja nicht einmal zur Anzahl der betroffenen Bereiche je Leistungsposition entnehmen.

Damit kommt der Auftraggeber auch hier seinen sich aus § 7 Abs. 1 Nr. 1 und 2 VOB/A ergebenden Verpflichtungen nicht nach und wälzt diese zudem unzulässigerweise auf die Bewerber/Bieter ab, was durch die Ausführungen des Auftraggebers in seiner Stellungnahme vom 23.03.2015 bestätigt wird (beispielsweise zu Pos. „02.4 Lokale Befestigungen“: „Es handelt sich hier um Bereiche stark aufgerauter Oberflächenstruktur, die als solche eindeutig erkennbar sind.“ oder aber: „Musterflächen für Festigungen wurden an der Skulptur angelegt und als solche gekennzeichnet, sodass für den Bieter eine entsprechende Kalkulation hinsichtlich des Umfangs und des Konservierungszieles ohne weiteres möglich war.“).

Auch der Vortrag des Auftraggebers, ein erfahrener Restaurator müsse in der Lage sein, eine Kalkulation des Gesamtaufwandes vornehmen zu können ohne unkalkulierbare Risiken auf sich nehmen zu müssen, bzw. dass der Auftraggeber

sogar die „notwendige Qualifikation und Fachkenntnis“ bei allen Bietern voraussetzt, steht der Verpflichtung des Auftraggebers entgegen, Leistungen erschöpfend und kalkulierbar zu beschreiben und Risiken nicht auf die Bieter zu verlagern.

Diesem Vortrag des Auftraggebers steht im Übrigen auch die Streubreite der Höhe der Angebotspreise der 7 eingegangenen Angebote (von 2x.xxx,xx € bis 6x.xxx,xx €) entgegen.

Zwar hat der Bieter nach allgemeiner Rechtsauffassung gewisse Mitwirkungspflichten. Er muss, wenn er während des Vergabeverfahrens feststellt, dass die Vergabeunterlagen unklar, lückenhaft oder sonst fehlerhaft sind, die Vergabestelle unverzüglich darauf hinweisen; er hat Erkundigungen einzuholen und ggf. den öffentlichen Auftraggeber aufzufordern, notwendige Konkretisierungen vorzunehmen.

Diesen Pflichten ist die Beschwerdeführerin hier auch nachgekommen. Die Erkundigungslast der Bieter gilt allerdings nicht unbegrenzt. Das folgt bereits aus der allgemeinen Anforderung in § 7 Abs. 1 Nr. 1 VOB/A, wonach die Angebotsbearbeitung auf der Grundlage der von der Vergabestelle übermittelten Angaben "ohne umfangreiche Vorarbeiten" möglich sein muss.

Auch die Vorgabe in den Vergabeunterlagen, dass der Bieter auf Unklarheiten in den Vergabeunterlagen hinzuweisen habe, befreit den Auftraggeber nicht von seiner Pflicht eine eindeutige und erschöpfende Leistungsbeschreibung zu verfassen (vgl. VK Sachsen, Beschluss vom 27.09.2013 - 1/SVK/027-13)

Fehlerberichtigungen sind in jedem Stadium des Vergabeverfahrens zugelassen. Der Fehler darf allerdings nur in einem transparenten und diskriminierungsfreien Verfahren behoben werden.

2.) Die Voraussetzungen für die Verwendung von Pauschalpreispositionen liegen im Übrigen nicht vor.

Allein in Titel 02. Skulptur der Leistungsbeschreibung wurde bei 13 von 16 darin aufgeführten Positionen die Angabe eines Pauschalpreises je Position verlangt.

Die Argumentation des Auftraggebers begründet jedoch gerade die Unzulässigkeit der Verwendung dieser Pauschalpreispositionen.

Denn eine Pauschalpreisvereinbarung kommt nur in bestimmten Fällen in Betracht. So sind gemäß § 4 Abs. 1 VOB/A Bauleistungen so zu vergeben, dass die Vergütung nach Leistung bemessen wird, und zwar in der Regel zu Einheitspreisen (Einheitspreisvertrag gem. § 4 Abs. 1 Nr. 1 VOB/A) bzw. „in geeigneten Fällen für eine Pauschalsumme, wenn die Leistung nach Ausführungsart und Umfang genau bestimmt ist und mit einer Änderung bei der Ausführung nicht zu rechnen ist (Pauschalvertrag)“ gem. § 4 Abs. 1 Nr. 2 VOB/A.

Eine Pauschalierung des Entgelts für eine Bauleistung beinhaltet für den Auftraggeber, dass er trotz des Auftretens von Mindermengen bestimmter Leistungen den zuvor vereinbarten Preis unverändert zahlen muss.

Gerade im vorliegenden Fall hat der Auftraggeber jedoch selbst vorgetragen, dass die Eigenart der Restaurierung plastischer Bildwerke keine annähernd

erschöpfende Leistungsbeschreibung zulasse, dass Mengenermittlungen bei Skulpturen praktisch kaum möglich seien, dass Formergänzungen im bildhauerischen Bereich beispielsweise bei gleicher Größe aufgrund unterschiedlich auszubildender Oberfläche einen sehr verschieden hohen Aufwand erforderten. Er hat damit dargetan, dass diese Leistungen nach ihrem Umfang gerade nicht genau bestimmbar sind und folglich sehr wohl mit Änderungen in Mengen und Umfang zu rechnen ist. Auch in einigen Pauschalpreis-Positionen selbst ist der Umfang der geforderten Leistung nicht genau determiniert - beispielsweise in Pos. 02.4 Lokale Festigungen: „... Es ist von 1 – 3 Festigungszyklen - entsprechend der Entfestigung des Gefüges – auszugehen...“.

Dies hat Auswirkungen auf die auszuführenden Leistungen bzw. Mengenabweichungen zur Folge, so dass die nach § 4 Abs. 1 Nr. 2 VOB/A vorgesehenen Voraussetzungen für den Abschluss eines Pauschalpreisvertrages – nämlich in Fällen, in denen die Leistung nach Ausführungsart und Umfang genau bestimmt ist und mit einer Änderung bei der Ausführung nicht zu rechnen ist – vorliegend gerade nicht erfüllt sind.

3.) Die Angabe der Position „02.11 Prüfen von Vierungen auf Festsitz“ als Bedarfsposition, wobei hier nur der Einheitspreis, nicht aber der Gesamtpreis anzugeben war, steht im Widerspruch zur Forderung des § 7 Abs. 1 Nr. 4 VOB/A, wonach Bedarfspositionen grundsätzlich nicht in die Leistungsbeschreibung aufzunehmen sind.

Selbst wenn man diese Bedarfsposition im vorliegenden Fall ausnahmsweise für zulässig erachten würde, ist festzustellen, dass in den vorgelegten Vergabeunterlagen - entgegen den Dokumentationspflichten des § 20 Abs. 1 VOB/A – hierfür vom Auftraggeber auch keinerlei vergaberechtlich tragfähigen Gründe dokumentiert sind, weshalb diese Bedarfsposition in das Leistungsverzeichnis aufgenommen wurde und wann diese in Position in Anspruch genommen wird.

Da diese Bedarfsposition zudem ohne Informationen an die Bieter bezüglich ihrer Wertung und ohne Gesamtpreis abgefordert wurden, entspricht das im Übrigen einer unzulässigen Preisabfrage (Verstoß gegen § 2 Abs. 4 VOB/A).

4.) In den zu diesem Vergabeverfahren übergebenen Unterlagen ist keine Begründung für die vorgenommene Bewerberauswahl gemäß den Anforderungen des § 6 Abs. 3 Nr. 1 und Nr. 6 VOB/A dokumentiert.

Danach ist zum Nachweis ihrer Eignung die Fachkunde, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit der Bewerber oder Bieter zu prüfen (§ 6 Abs. 3 Nr. 1 VOB/A).

Bei Beschränkter Ausschreibung ist **vor** der Aufforderung zur Angebotsabgabe die Eignung der Bewerber zu prüfen. Dabei sind die Bewerber auszuwählen, deren Eignung die für die Erfüllung der vertraglichen Verpflichtungen notwendige Sicherheit bietet; dies bedeutet, dass sie die erforderliche Fachkunde, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit besitzen und über ausreichende technische und wirtschaftliche Mittel verfügen (§ 6 Abs. 3 Nr. 6 VOB/A).

Vorliegend fehlt nicht nur ein Vermerk in der Vergabedokumentation über die hierfür seitens des Auftraggebers für maßgeblich gehaltenen Eignungskriterien zur Prüfung der Fachkunde, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit der Bewerber, sondern auch eine Feststellung darüber, welche Firmen diese Kriterien erfüllt haben und deshalb ausgewählt wurden, zur Angebotsabgabe aufgefordert zu werden (Bewerberauswahl).

Die Forderung nach der Qualifikation des Restaurators ist in den Vorbemerkungen zum Leistungsverzeichnis daher verspätet. Auch die darin enthaltene Angabe, dass Vorlage und Wertung geeigneter vergleichbarer Referenzen, welche stichhaltig nachzuweisen seien, ein entscheidendes Vergabekriterium sei, verlagert die im vorliegenden Vergabeverfahren vor der Aufforderung zur Angebotsabgabe zu prüfenden Eignungskriterien (betreffend die Eignung der Bewerber/potentiellen Bieter) unzulässigerweise in eine spätere Verfahrensstufe.

In der Aufforderung zur Angebotsabgabe wurde die Vorlage des Formblattes 124 „Eigenerklärung zur Eignung“ mit dem Angebot verlangt. Sofern eine solche Aufklärung zur Eignung der Unternehmen erforderlich ist, hat diese ebenfalls vor der Aufforderung zur Angebotsabgabe zu erfolgen. Aus diesem Grund ist Anforderung des Formblattes 124 mit dem Angebot, die Forderung nach „Vorlage vergleichbarer Referenzen“ in den Vorbemerkungen des übersandten Leistungsverzeichnisses bzw. die Forderung von Eignungsnachweisen „zur Vorlage beim Bietergespräch“ (lt. Vergabeempfehlung des Herrn Dipl.-Ing. XXXXX vom 05.03.2015) hier nicht (mehr) zulässig.

Der Auftraggeber muss im Falle einer Beschränkten Ausschreibung die Vorlage entsprechender Nachweise vor der Zusendung der Vergabeunterlagen einfordern, wenn ihm die Eignung nicht bekannt ist oder zweifelhaft erscheint.

Die in der Vergabeempfehlung des Herrn Dipl.-Ing. XXXXX vom 05.03.2015 dokumentierte „Prüfung der persönlichen und sachlichen Eignung der Bieter (gem. § 16 Abs. 1 Nr. 1 g VOB/A)“ ist nicht nachvollziehbar, da darin nur vermerkt wurde, ob dem Angebot bestimmte Eignungsnachweise beigelegt waren. Vielmehr spricht der Inhalt dieses in der Überschrift mit „3. Prüfung der Angebote“ überschriebenen und für jeden „Bieter“ ausgefüllten Blattes, welches als erstes den Punkt „Prüfung auf Vollständigkeit der Angebote“ beinhaltet dafür, dass es erst auf der Grundlage der bereits eingereichten Angebote der Bieter ausgefüllt wurde.

5.) weitere Hinweise ohne Anspruch auf Vollständigkeit:

Die Aussage in der Vergabeempfehlung des Herrn Dipl.-Ing. XXXXX vom 05.03.2015, dass der der Bieter mit dem preislich niedrigsten Angebot die abgeforderten Angaben zu Produkten / Materialien nicht beigebracht habe, ist aufgrund von dessen eingereichtem Angebot nicht nachvollziehbar. Die bei den Positionen 3.11, 4.13 und 5.2 des Leistungsverzeichnisses zu den beschriebenen Materialien geforderten Bieterangaben zum angebotenen Material

wurden erkennbar gemacht, die 2 hierzu ergänzend im Leistungsverzeichnis geforderten Datenblätter wurden mit dem Angebot vorgelegt.

Eine Nachforderung oder das „Aufklären“ geforderter, aber im Angebot tatsächlich fehlender Produktangaben wäre vorliegend zudem unzulässig.

Denn die Nachforderung von geforderten, aber im Angebot fehlenden Fabrikats-, Erzeugnis- und Typangaben fällt nicht unter den § 16 Abs. 1 Nr. 3 VOB/A, der die Vergabestelle zur Nachforderung fehlender Erklärungen und Nachweise verpflichtet. Geforderte Fabrikats-, Erzeugnis- und Typangaben sind integraler Angebotsbestandteil und deshalb nicht nachzufordern. Das Fehlen solcher Angaben ist nicht heilbar und führt zum Angebotsausschluss. (Vergabekammer Thüringen, B. v. 12.04.2013 Az. 250-4002-2400/2013-E-008-SOK).

Nach § 20 Abs. 1 VOB/A ist das Vergabeverfahren zeitnah so zu dokumentieren, dass die einzelnen Stufen des Verfahrens, die einzelnen Maßnahmen, die maßgebenden Feststellungen sowie die Begründung der einzelnen Entscheidungen in Textform festgehalten werden. Der dort aufgeführte Mindestinhalt der Dokumentation verlangt im Falle einer Beschränkten Ausschreibung auch die Angabe der Gründe für die Wahl des Vergabeverfahrens.

Grundsätzlich ist die Vergabestelle verpflichtet, alle relevanten Entscheidungen des Vergabeverfahrens in der Vergabeakte zu dokumentieren. Insbesondere ist die Entscheidung über den Ausschluss eines Bieters und die Zuschlagserteilung sorgfältig in der Akte zu begründen.

Auch muss aus der Dokumentation erkennbar sein, dass die einzelnen Entscheidungen allein auf den Auftraggeber zurückgehen und nicht etwa durch dessen Bevollmächtigte getroffen wurden. Hat der Auftraggeber die Wertungsentscheidung(en) nicht selbst getroffen, sondern sie maßgeblich oder gar vollständig einem von ihm eingeschalteten Dritten überlassen, liegt hierin ein Vergabeverstoß.

Im Ergebnis des rechtsaufsichtlichen Nachprüfungsverfahrens war der Auftraggeber gemäß § 120 Abs. 1 ThürKO deshalb zu verpflichten, bei Weiterbestehen der Vergabeabsicht das Vergabeverfahren unter Beachtung der Rechtsauffassung des Thüringer Landesverwaltungsamtes, beginnend mit der Eignungsprüfung vor der Aufforderung zur Angebotsabgabe und Überarbeitung der Vergabeunterlagen, zu wiederholen.

Das Thüringer Landesverwaltungsamt ist bis zum 14.05.2015 über die Umsetzung der vorliegenden Entscheidung zu unterrichten.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 3 Abs. 1 Nr. 3 Thüringer Verwaltungskostengesetz (ThürVwKostG).

Rechtsbehelfsbelehrung

Gegen diesen Bescheid kann innerhalb eines Monats nach seiner Bekanntgabe
Klage beim

Verwaltungsgericht Gera
Rudolf-Diener-Straße 1
07545 Gera

erhoben werden.

Die Klage muss den Kläger, den Beklagten und den Gegenstand des
Klagebegehrens bezeichnen und soll einen bestimmten Antrag enthalten.
Die zur Begründung dienenden Tatsachen und Beweismittel sollen
angegeben und die angefochtene Verfügung sollen in Urschrift oder
Abschrift beigefügt werden.

Im Auftrag

Scheid