



SACHSEN-ANHALT

Vergabekammer  
beim Regierungspräsidium Halle

Beschluss

AZ: VK Hal 02/00

Halle, 2000-02-24

§ 97 Abs. 3 GWB  
-Teillosvergabe

In dem Nachprüfungsverfahren der

Firma ..... GmbH

Verfahrensbevollmächtigte

RAe v. ....

Antragstellerin

gegen

den Landkreis .....

Antragsgegnerin

unter Beiladung

der Bieterin ..... GmbH & Co.oHG,

der Bieterin .....

der Bieterin ..... GmbH

der Bieterin .....GmbH

wegen

der Vergabe des Auftrages für die Lieferung und den Einbau von Ausstattungsgegenständen für das Berufsschulzentrum ..... - Los 613, hat die Vergabekammer beim Regierungspräsidium Halle nach mündlichen Verhandlung am 11. Februar 2000 durch den Vorsitzenden Regierungsrat Herrn Walther, der beamteten Beisitzerin Regierungsamtfrau Katzsch und dem ehrenamtlichen Beisitzer Herrn Dolge beschlossen:

1. Die Anträge der Antragstellerin werden zurückgewiesen.
2. Die Teillose 1 und 2 des Loses 613 werden freigegeben.
3. Die Antragstellerin hat die Kosten (Gebühren und Auslagen) des Verfahrens zu tragen.
4. Die Gebühr wird auf ..... DM festgesetzt.

## Gründe

### I.

Die Antragsgegnerin hat am 17.11.1999 im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften und am 19.11.1999 im Ausschreibungsanzeiger des Landes Sachsen-Anhalt die Lieferung und den Einbau von Ausstattungsgegenständen für das Berufsschulzentrum ..... im Rahmen eines Offenen Verfahrens nach § 101 Abs. 1 und 2 GWB, § 3a Nr. 1 Buchst. a) und § 17a Nr. 2 VOB/A bekannt gegeben. Mit der Bekanntmachung hat die Antragsgegnerin bekundet, dass das Los 613 in drei Teillosten (Holzbearbeitung, Metallbearbeitung und Baustoffprüfung) abgewickelt wird. Vom 22.11. bis 20.12.1999 konnten die Vergabeunterlagen angefordert werden. Das Ende der Angebotsfrist wurde auf den 12.01.2000, das der Zuschlags- und Bindefrist auf den 28.02.2000 gelegt.

Der Antragstellerin wurden nach Eingang ihrer Anforderung die Vergabeunterlagen am 01.12.1999 zugesandt. Am 03.12.1999 erhielt sie nachträglich wegen eines Kopierfehlers eine LV-Seite per Fax, deren Zugang sie am 06.12.1999 bestätigte. Bei der Antragstellerin handelt es sich um ein Unternehmen, das sich ausschließlich mit der Herstellung und dem Vertrieb von Baustoffprüfgeräten befasst.

Die den Bewerbern zugesandten Vergabeunterlagen enthalten im Formblatt EVM (B) A EG – Aufforderung zur Abgabe eines Angebotes unter Pkt. 5.2 gleichlautend wie in der Bekanntmachung ein Vorbehaltsvermerk bezüglich einer losweisen Vergabe, wonach Angebote für ein Los, mehrere Lose oder alle Lose abgegeben werden können. Das Los 613 ist in drei Teillose aufgliedert. Hierbei handelt es sich um folgende Losbezeichnungen:

”Los 3            Baustoffprüfung

Titel 3.1	A.4/ +1 / 67 Baustoffprüfung Holz/Farbe 1
Titel 3.2	A.4/ +1 / 84 Baustoffprüfung Holz/Farbe 2
Titel 3.3	A.4/ +1/ 83 V/S Baustoffprüfung 1 / 2
Titel 3.4	Wartung/Service
Titel 3.5	Stundenlohnarbeiten”

Das Teillos 3 enthält außer Ausrüstungsgegenständen für chemisch-technologische und einfache physikalische Untersuchungen an Rohstoffen und Hilfsstoffen sowie für Fertigerzeugnisse der Bauindustrie unter anderem Spritzpistolen für Lackierarbeiten, einen Schraubenkompressor und eine Spritzkabine als Lackier- und Trockenkabine mit Zu- und Abluft.

Ferner wird die zu erbringende Leistung (hier beispielgebend) in den Leistungspositionen wie folgt beschrieben:

### 3.1.3 **Druck-Biege-Prüfmaschine mit Unterbau**

- nach DIN 51 220
- Klasse +/-1% nach ISO 4012
- Dehnzylinderausführung
- Servobelastungsregelung
- mit Manometer
- Farbe Sikkens Nr. 10.50 nach Wahl der Architekten

#### **Technische Daten:**

Prüfkraft Druck	100 - 600 kN
Prüfkraft Biege	10 – 30 kN

#### **einschließlich Unterbau**

Material: Edelstahl matt, Korn 240

Fabrikat z.B. FORM+TEST Prüfsysteme Universal-Prüfmaschine  
TYP 112/200/10 oder gleichwertiger Art

Angebotenes Fabrikat:

.....

Ausführung entsprechend ZTV einschließlich Farb- / Materialkonzept

### 3.1.3 **Rütteltisch -Hochfrequenz-**

Vibriertisch

zur Verdichtung von Zementmörtel und anderen Bindemitteln

- für 2 Dreifachformen
- mit Magnetvibrator
- Schwingungsbreitenregler und Zeitschaltgerät

#### **Technische Daten:**

Tischplatte	500 x 500 mm
Schwingungen	3000/min
Arbeitshöhe	880 mm
Gesamthöhe	1000 mm
max. Auflast	40 kg
Motor	220 V, 50 Hz
Gewicht	155 kg

#### **Zubehör:**

Feuchtelagerungskasten

- aus Edelstahl
- mit Deckel und gelochtem Einsatz
- technische Daten:

Nutzhöhe	60 mm
Abmessungen	500 x 200 x 90 mm

Gewicht 3,6 kg

Fabrikat z.B. FORM + TEST Prüfsystem oder gleichwertiger Art

Angebotenes Fabrikat:

.....

Ausführung entsprechend ZTV einschließlich Farb-/Materialkonzept

### 3.1.3

#### **Ausbreittisch**

- nach DIN 1048
- mit verzinkter Tischplatte
- mit Stampfholz
- mit Setztrichter

#### **Technische Daten:**

Abmessungen Tischplatte	1 x 1200 x 700 mm
Hubhöhe	40 mm
Setztrichter	
Durchmesser	130/200mm
Höhe	200 mm
Gewicht	24 kg

#### **Zubehör:**

- Konsistenzmessgerät
- Gewicht 96 Kg
- Beton-Penetrometer
- Typ CT 421

Fabrikat z.B. FORM+TEST Prüfsystem oder gleichwertiger Art

Angebotenes Fabrikat:

.....

Ausführung entsprechend ZTV einschließlich Farb-/Materialkonzept"

Unter Bezugnahme auf die Verdingungsunterlagen haben die Verfahrensbevollmächtigten der Antragstellerin mit Schreiben vom 23.12.1999, eingegangen am 24.12.1999, gegenüber der Antragsgegnerin gerügt, dass das Los 613 nicht sauber nach Gewerken getrennt und die Teillose entsprechend aufgeteilt seien. Hierin läge ein Verstoß gegen

§ 97 Abs. 3 und 4 GWB i.V.m. §§ 2 Nr. 2 und 4 Nr. 2 und 3 VOB/A. Zusätzlich sei ein Verstoß gegen § 9 Nr. 1 und 2 VOB/A gegeben. Die Antragsgegnerin reagierte auf die Rüge lediglich mit einer Eingangsanzeige am 30.12.1999 eingegangen in der Kanzlei am 03.01.2000.

Mit Schreiben vom 03.02.2000 eingegangen per Fax am gleichen Tag, stellte die Antragstellerin klar, dass sie nur die Lose 3 – Baustoffprüfung und Los 1 – Holzbearbeitung angreife. Für diese beiden Lose läge ein berechtigtes Interesse ihrerseits vor. Güter, die eigentlich unter diese beiden Lose gehören, seien Sachfremd dem Los 2 (Hobelmaschine) und Los 6 (Prüfgerät für Scher- und Zugfestigkeitsversuche) zugeordnet.

Zum Ablauf der Angebotsfrist am 12.01.2000 hatten vier Unternehmen insgesamt fünfzehn Angebote einschließlich Nebenangebote zu den Teillosen abgegeben. Davon entfallen sieben Angebote auf zwei mittelständische Unternehmen. Die Antragstellerin hat kein Angebot abgegeben.

Mit ihrem Nachprüfungsantrag vom 14.01.2000, der bei der Vergabekammer am 17.01.2000 eingegangen ist, und dem Schreiben vom 03.02.2000 beantragt die Antragstellerin zunächst,

1. die Ausschreibung aufzuheben und
2. dass bei der erneuten Ausschreibung konsequent nach Gewerken getrennt wird.

In der mündlichen Verhandlung reduziert der Verfahrensbevollmächtigte unter Bezugnahme auf den Schriftsatz vom 14.01.2000 seinen Antrag dahingehend, dass sich sein Nachprüfungsantrag nunmehr nur auf das Teillos 3 beziehe.

Im Einzelnen trägt die Antragstellerin vor:

Die Antragstellerin befasst sich mit der Herstellung und dem Vertrieb von Baustoffprüfgeräten. Sie ist eine reine Geräteausstatterin und hat demzufolge nichts zu tun mit Verdrahten, Legen von Elektro-, Wasser- und Druckluftleitungen und ebenso nicht mit der Installation von Zu- und Abluftkanälen. Nach ihrer Auffassung müsse eine Trennung zwischen Geräte-/Laborausstattung und bauseitig durchzuführenden Arbeiten durchgeführt und durchgehalten werden.

In den einzelnen Teillosen werde nicht sauber nach den jeweilig erforderlichen Geräten getrennt, sondern Geräte und Maschinen unterschiedlicher Ausbildungsbereiche willkürlich gemischt. Dadurch würde es der Antragstellerin, die ein mittelständischer Betrieb ist, erheblich erschwert, auch nur für ein Los ein Angebot abzugeben.

Als Beispiel werden nachstehende Leistungspositionen aufgezeigt: Im Los 1 – Holzbearbeitung - erscheint unter 1.3.3 eine Handhebelschere, die eindeutig zur Blechbearbeitung gehöre, die Pos. 1.3.7 bis 1.3.10 gehören zur Metallbearbeitung und die Pos. 1.4.2, 1.4.5 bis 7 zur Baustoffprüfung.

Im Teillos 3, welches mit "Baustoffprüfung" bezeichnet ist, solle auch eine Farbkabine mit entsprechender Ablufttechnik geliefert werden. Hierin sieht die Antragstellerin, die auf Baustoffprüfgeräte spezialisiert ist, eine Diskriminierung. Ein Unterkapitel "Holz und Farbe" habe nach ihren Darlegungen nichts bei der Baustoffprüfung zu suchen.

Die Antragsgegnerin lasse darüber hinaus den spezialisierten Fachunternehmen keine Möglichkeit, ein fachlich überzeugendes Angebot abgeben zu können. Sie schaffe durch die willkürliche Vermischung von einzelnen Gewerken, innerhalb der einzelnen Lose, wesentlich bessere Chancen auf Zuschlagserteilung für Großanbieter. Selbst bei einer Kooperation mit einem anderen Lieferanten für Metallbearbeitungsgeräte, die gelegentlich praktiziert wird, sei es nicht möglich, die ausgeschriebenen Lose schnell, kostendeckend und praxisorientiert anzubieten. Durch die Art der Vergabe würde es ihr unmöglich gemacht, sich an den Ausschreibungsthemen, in welchen sie tätig ist, zu beteiligen.

Dem Grundsatz, dass Ausschreibungen so zu gestalten sind, dass nicht zu große Blöcke gebildet werden, käme die Antragsgegnerin nicht nach. Es sei vielmehr spezialisierten kleineren Unternehmen die Möglichkeit einzuräumen, ihre Leistungen auf spezialisierten Einzelgebieten sinnvoll anzubieten.

Die Antragstellerin hält daher die gesamte Ausschreibung in der bisherigen Form für nicht tragbar.

Ein zusätzlicher Verstoß wird darin gesehen, dass die Ausschreibung nicht den Anforderungen des § 9 Nr. 1 und 2 VOB/A genügen. Es sei sachlich falsch, eine Druck-Biegemaschine mit Manometer und Servoregelung auszuschreiben. Dies sei nur mit Digitalanzeige möglich (vgl. Pos. 3.1.3). Des Weiteren seien ein Feuchtlagerungskasten (vgl. Pos. 3.1.4) oder Konsistenzmessgeräte und Beton-Penetrometer kein Zubehör.

Mit Verfügung der Vergabekammer vom 18.01.2000 wurde die Antragsgegnerin über den Inhalt der Beschwerde informiert und über die Unzulässigkeit einer Zuschlagserteilung gem. § 115 Abs. 1 GWB belehrt.

In ihren Schriftsätzen vom 20.01.2000 und 31.01.2000, eingegangen am gleichen Tag bzw. am 03.02.2000, an die Vergabekammer tritt die Antragsgegnerin dem Nachprüfungsantrag entgegen und beantragt ihrerseits

die Anträge abzulehnen.

Zur Begründung führt sie im Einzelnen aus:

Die Ausschreibung des Loses 613 sei in 3 Teillöse unterteilt und auch als Vergabe nach Teillösen beabsichtigt. Die 3 Teillöse untergliedern sich fachspezifisch in Holzbearbeitung, Metallbearbeitung und Baustoffprüfung und seien somit VOB-gerecht gegliedert und ausgeschrieben.

Im Übrigen können die Bedenken der Antragstellerin dahinstehen, weil es von dem Gebot, in der Regel nach Fachgebieten oder Gewerbebranchen getrennt zu vergeben, zulässige Ausnahmen gäbe. Sie verweist auf den Handkommentar Ingenstau – Korbion, 12. Auflage, § 4 VOB/A, RdNr. 13f. Im Weiteren fügt sie eine Stellungnahme ihres Erfüllungsgehilfen, der Scholl Architekten GmbH, bei.

Darin heißt es:

Sämtliche von der Antragstellerin als wettbewerbsbeschränkend oder diskriminierend dargestellten Umstände seien reine Behauptungen der Antragstellerin, da die Antragstellerin nicht einmal den Versuch unternommen habe, vom Bauherrn – auf dem direkten oder indirekten Wege – den Zuschlag für ein Los zu erhalten. Sie habe lediglich die Eingangsbestätigung zur fehlenden LV-Seite zurückgesandt, darüber hinausgehende Kontaktaufnahme mit uns oder dem Bauherrn zur evtl. Klärung formaler oder inhaltlicher Fragen des Verfahrens fanden nicht statt.

Es entspräche den üblichen und naheliegenden Gepflogenheiten, dass für Leistungen, die nach VOB ausgeschrieben würden, neben der reinen Lieferung alle peripheren Maßnahmen als Bestandteil dieser Leistung auszuschreiben (und anzubieten) seien.

Die bezogene Ausschreibung sei in Abstimmung mit der VOB-Stelle Dessau nicht nach der VOL sondern nach der VOB erfolgt, weswegen die gewünschten Leistungen aus Gewährleistungs- und Verfahrensgründen sämtlich als Komplettleistung, d.h. Lieferung einschließlich Aufstellen/Montieren, Inbetriebnahme und Wartung, ausgeschrieben sei.

Das Weglassen der über die reine Lieferleistung hinausgehenden Leistungen hätte ggf. zur Folge, dass andere Bieter, die ihr Produkt als Komplettleistung anbieten wollen (oder ggf. notwendigerweise müssen), im wesentlichen schlechter korrigierbare Nachteile hätten.

Bei den über die reine Lieferung hinausgehenden Leistungen handele es sich i.d.R. um Montage-, Verdrahtungs- etc. und andere Leistungen, welche in unmittelbarem ( und z.T. untrennbarem!) Zusammenhang mit dem gewünschtem Gerät stünden. So könne z.B. die Leistung "Druckluftanlage" (Schraubenkompressor mit Ringleitung) ohne die Montage von Druckluftleitungen etc. gar nicht erbracht werden. Eine Druckluftanlage bestehe nicht nur aus dem Kompressor sondern aus div. Reglern, Ventilen, Entnahmestellen uvm., welche nur in unmittelbarer Verbindung mit einer fest installierten Druckluftleitung DIN-gerecht funktionstüchtig sei.

Es läge teilweise eine fachorientierte Kombination von Geräten vor, eine willkürliche und diskriminierende Vermischung der Geräte innerhalb eines Teillostes sei nicht erfolgt. Die einzelnen Lose trennen i.d.R. durchaus sauber nach denjenigen Leistungen, wie sie nach Einschätzung des Fachpersonals zur Ausstattung des jeweiligen Ausbildungszweiges erforderlich seien, die unterstellte willkürliche Mischung liege nicht vor. Kleinsttitel (mit sehr geringem zu erwartendem Auftragsvolumen) würden ggf. teilweise innerhalb eines Loses zusammengefasst und mitgeführt, eigene Lose würden hierfür in solchen Fällen aufgrund des geringen Umfangs (z.T. unter 7 TDM) nicht ausgeschrieben, eine freihändige Vergabe wäre die konsequente Folge.

Darüber hinaus sei nicht nachvollziehbar, weshalb die Antragsstellerin, welche sich nach eigenem Bekunden mit der Herstellung und dem Vertrieb von Baustoffprüfgeräten (Los 3) befasse, angeblich falsche Zuordnungen von Fachbereichen/Gerätschaften innerhalb des Loses 1 beklage. Davon sei das Spezialgebiet der Antragsgegnerin in keiner Weise tangiert.

Der Vorwurf der Diskriminierung aufgrund unsachgemäßer Geräte-/ Anlagenkombinationen sei nicht haltbar, da nach den Vorgaben des Fachpersonals, also derjenigen Personen, die gegenüber einer Vielzahl von Auszubildenden ein fachliches und pädagogisches Konzept zu vertreten hätten, die bezeichnete Spritzkabine integraler Bestandteil des betreffenden Ausbildungszweiges sein solle.

Jeder Bieter hätte ohne unzumutbare Schwierigkeiten oder Risiken ein günstiges Angebot abgeben können, auch wenn nicht jeder jedes verlangte Gerät in seinem eigenen, speziellen und damit stark beschränkten Liefer-/Herstellungsprogramm vorfände.

Die Unterstellung der *Willkürlichen Vermischung* wird entschieden zurückgewiesen. Sowohl die bisherigen Erfahrungen rund um die Ausschreibungen zum BSZ-..... als auch die dazugehörige Statistik widerlegen den Vorwurf, dass nur ein Großanbieter eine Chance auf Zuschlagserteilung habe; vielmehr stelle sich dar, dass der weitaus größte Teil der bisher vergebenen Leistungen zum BSZ aufgrund entsprechender Angebote an kleine und mittlere Unternehmen vergeben wurden, das LV 613 mache diesbezüglich keinen Unterschied. Die vorliegenden und ggf. wertbaren Angebote zum bezogenen Leistungsverzeichnis seien Beleg dafür, dass – entgegen der Behauptung der Antragsstellerin – unter Berücksichtigung aller Umstände die Abgabe eines günstigen Angebotes möglich gewesen wäre.

Aus diesen Gründen sei der Antrag auf Aufhebung der Ausschreibung zurückzuweisen.

Die Vergabekammer hat die Bieter ..... Ost GmbH & Co.oHG, ..... GmbH, ..... u. Werkzeugmaschinen GmbH mit Verfügung vom 02.02.2000 gem. § 109 GWB beigeladen, da ihre Interessen durch die Entscheidung in diesem Verfahren schwerwiegend berührt werden könnten. Der Einladung folgte die Beigeladene ..... GmbH. Sie wurde über den Sinn und Zweck der Beiladung informiert. Insbesondere wurde sie darauf hingewiesen, dass, wenn das Verfahren hier abgeschlossen ist, sie sich in gleicher Sache nicht noch einmal beschweren könne. Ihr wurde dargelegt, dass sie die Möglichkeit habe, sich hier zur Sache zu äußern und damit Einfluss auf das Verfahren nehmen könne.

Die im Termin nicht vertretene Bieterin ..... hat sich mit Schreiben vom 02.02.2000, eingegangen am 08.02.2000, zur Verfahrenssache geäußert. In ihrer Stellungnahme, welche vom Vorsitzenden verlesen wurde, bringt sie zum Ausdruck, dass sie die Auffassung des Beschwerdeführers nicht nachvollziehen könne.

Sie selbst sei Inhaber eines kleinen Werkzeug- und Maschinenfachhandels mit 5 Beschäftigten. Ihre Firma habe allein im Jahr 1999 über 2 Mio. DM Umsatz mit der Ausstattung von Berufsschulzentren, Behindertenwerkstätten u.ä. realisiert. Die Angebotssumme der Ausschreibungen an denen sie sich beteiligt habe, beträgt ein Mehrfaches. All diese Ausschreibungen ähnelten in Gliederung und Leistungsumfang den Losen des Berufsschulzentrums ..... Es seien stets Komplettleistungen, teilweise mit Montage ausgeschrieben und von ihr angeboten worden. Bei speziellen Ausrüstungen in diesen Losen arbeite sie mit den Herstellern, oftmals kleine Firmen, die nur ein kleines spezielles Sortiment haben, zusammen.

Kleine Ausschreibungslose würden für sie auch uninteressant, weil sich die Kosten z.B. für Ausschreibungsunterlagen, Submissionsteilnahme, Bietergespräch, Vergabegespräch, Terminabsprachen, Montagen, Anlieferungen und Übergabe zwischen einem 10 TDM- und 100 TDM Auftrag nur geringfügig unterscheiden.

Sie hält daher die Auffassung der Antragstellerin für falsch, dass große Unternehmen bevorzugt wären. Der Erfolg ihrer Firma beweise das Gegenteil.

Im übrigen wird auf die eingereichten Schriftsätze, das Protokoll zur mündlichen Verhandlung und die Vergabeakten Bezug genommen.

## II.

Die Vorschriften des § 97 ff. GWB sind anwendbar, da der maßgebliche Schwellenwert für die Vergabe von Bauleistungen gem. § 100 Abs. 1 GWB i.V.m. § 3 Abs. 1 der Vergabeverordnung (VgV) vom 22.02.1994 (BGBl. I S. 321), ergänzt durch die Erste Verordnung zur Änderung der Vergabeverordnung vom 29.09.1997 (BGBl. I S. 2384) und § 1a VOB/A, mit einem geschätzten Gesamtauftragswert von ca. 60 Mio. DM überschritten ist.

Eine nach § 127 Nr. 1 GWB zur Umsetzung der Schwellenwerte vorgesehene Richtlinie ist zwar noch nicht ergangen, die zitierte Vergabeverordnung ist aber trotz Aufhebung der Ermächtigungsgrundlage, § 57 a Haushaltsgrundsätzegesetz (HGrG), weiterhin in Kraft. Für die Rechtswirksamkeit einer Verordnung reicht es aus, wenn die Ermächtigungsgrundlage im Zeitpunkt des Inkrafttretens vorhanden ist (vgl. BVerfG 3, 255, 260). Aus Art. 3 Nr. 1 des

Vergaberechtsänderungsgesetzes vom 26.08.1998 (BGBl. I S. 2512), mit welchem lediglich die §§ 57 a bis 57 c HGrG sowie die Nachprüfungsverordnung vom 22.02.1994 aufgehoben wurden, ist der Wille des Gesetzgebers dahingehend auszulegen, dass die Vergabeverordnung weiterhin gilt.

Die Zuständigkeit zur Überprüfung der Vergabebeschwerde durch die Vergabekammer beim Regierungspräsidium Halle ist in § 104 Abs. 1 GWB i.V.m. dem Runderlass des Ministeriums für Wirtschaft und Technologie – Richtlinie über die Einrichtung von Vergabekammern in Sachsen-Anhalt – vom 04.03.1999-63-32570/03, Abschnitt II Abs. 1 und 2 geregelt.

Die Antragstellerin ist nach § 107 Abs. 2 GWB befugt, einen Antrag zu stellen. Ihre Anträge sind nach § 107 Abs. 3 GWB auch zulässig.

Die Antragstellerin hat ihre Rechte zur Stellung eines Antrages nicht schon deshalb verwirkt, weil sie kein Angebot auf das Los 613 oder Teile desselben zum Submissionstermin am 12.01.2000 abgegeben hat. Als antragsbefugt ist auch derjenige anzusehen, der wegen der rechtswidrigen Ausgestaltung des Vergabeverfahrens, hier Zusammenstellung der Teillose, an der Angebotsabgabe gehindert wird, sofern er im behaupteten rechtmäßigen Verfahren ein Angebot abgegeben hätte. Für die Kammer steht, dass die Antragstellerin grundsätzlich als Auftragnehmerin für das Teillos 3 in Betracht kommt.

Das Erfordernis der vorherigen Rüge gegenüber der Antragsgegnerin gemäß § 107 Abs. 3 GWB ist erfüllt. Die Antragstellerin hat den Vergabeverstöß gegenüber der Antragsgegnerin bereits vor Submission gerügt, indem sie darauf hingewiesen hat, dass sie als mittelständisches Unternehmen durch die Art der Aufteilung des Loses 613 am Wettbewerb gehindert sei. In ihrem verspätet eingereichten Stellungnahme vertritt die Antragsgegnerin die Auffassung, dass der Antrag nicht zulässig sei, da die Antragstellerin ihrer unverzüglichen Rügeobliegenheit nicht gehörig nachgekommen sei. Sie hätte bereits in der Veröffentlichung die Verstöße erkennen können. Eine nähere Begründung liegt der Kammer nicht vor.

Die Kammer ist zunächst davon überzeugt, dass erst anhand der Vergabeunterlagen erkennbar war, welche Leistungen im Einzelnen in den Teillosen geordert werden. Nach dem in den Vergabeakten sich befindenden "Bieterverzeichnis Gewerk 613 / Ausstatter 2.2 – Schule bewegl." hat die Antragsgegnerin auf dem Postweg die Verdingungsunterlagen am 01.12.1999 der Antragstellerin zugesandt. Die Antragstellerin konnte demnach nicht vor dem 02.12.1999 die gerügten Verstöße in vollem Umfang erkennen.

Es muss ihr zugebilligt werden, dass sie sich zunächst selbst intensiv mit den Verdingungsunterlagen vertraut macht. Darüber hinaus muss sie angesichts der komplizierten und zum 01.01.1999 geänderten vergaberechtlichen Vorschriften die Möglichkeit haben, den Rat eines Fachanwaltes zum weiteren Vorgehen einzuholen. Hierfür ist in diesem Fall ein Zeitraum von zwei Wochen unter Berücksichtigung des Zuganges der Verdingungsunterlagen, welcher nicht vor dem 03.12.1999 liegen kann, angemessen.

Nach Ansicht der Kammer ist es deshalb unerheblich, ob die Antragstellerin die behaupteten Verstöße tatsächlich erst, wie vorgetragen, am 20.12.1999 erkannt hat. Selbst wenn die Antragstellerin die behaupteten Fehler bereits am 03.12.1999 erkannt hätte, wäre eine Rüge mit Schreiben vom 23.12.1999, eingegangen am 24.12.1999, jedenfalls noch unverzüglich. Die von der Antragsgegnerin gesetzte Angebotsfrist hätte es dieser noch erlaubt, die am 24.12.1999 gerügten Fehler bis zum Ablauf der Angebotsfrist zu korrigieren. (vgl. Beschluss VK 1 – 19/99 des Bundes)

Erfüllt ist ebenfalls das Erfordernis der Begründung gemäß § 108 Abs. 1 GWB.  
Die Antragstellerin hat die Beschreibung der behaupteten Rechtsverletzung mit Sachverhaltsdarstellung und die Bezeichnung der verfügbaren Beweismittel explizit dargelegt.

Die Anträge sind unbegründet.

Es liegen keine Verstöße gegen Vergabevorschriften vor, die die Antragstellerin in ihren subjektiven Rechten gemäß § 97 Abs. 7 GWB verletzen.

Soweit der Antrag auf Aufhebung der Ausschreibung gem. § 26 VOB/A gerichtet ist, ist die Tatsache, dass die Ausschreibung nach den Vergabevorschriften der Verdingungsordnung für Bauleistungen erfolgte, nicht von Bedeutung.

Zwar hat der Auftraggeber bevor er die zu vergebende Leistung bekannt gibt, sich damit auseinander zusetzen, in welchen Geltungsbereich seine Leistung fällt, wählt er jedoch nicht die zutreffende Vorschrift, führt dies nicht zur Rechtswidrigkeit des Verfahrens, da die VOL/A und die VOB/A in ihren Grundzügen weitgehend übereinstimmen.

Es sei hier nochmals dargestellt, Bauleistungen sind Arbeiten jeder Art, durch die eine bauliche Anlage hergestellt, instand gehalten, geändert oder beseitigt wird. Darunter fallen auch alle zur Herstellung, Instandhaltung oder Änderung einer baulichen Anlage zu montierenden Bauteile, insbesondere die Lieferung und Montage maschineller und elektronischer Einrichtungen. Einrichtungen, die jedoch von der baulichen Anlage ohne Beeinträchtigung der Vollständigkeit oder Benutzbarkeit abgetrennt werden können und einem selbständigen Nutzungszweck dienen, fallen unter die Vorschriften der VOL (vgl. Handkommentar zur VOL, Daub/ Eberstein, 4.Aufl., § 1 Erläuterungen)

Im vorliegenden Ausschreibungsverfahren werden Ausstattungsgegenstände und vereinzelt deren Montage/Installation ausgeschrieben. Hierzu regelt § 1a Nr. 2 VOB/A, dass *„Die Bestimmungen der a-Paragraphen auch anzuwenden sind, wenn eine Baumaßnahme aus nur einem Bauauftrag mit einem Auftragswert von mindestens 200.000 ECU ohne Umsatzsteuer besteht, bei dem die Lieferung so überwiegt, dass das Verlegen und Anbringen lediglich eine Nebenarbeit darstellt.“*

Dies bedeutet, dass es sich hierbei um nur einen Auftrag handeln darf, um in den Geltungsbereich der VOB zu gelangen.

Im vorliegenden Fall beabsichtigt der Auftraggeber eine Teillosvergabe. Damit sind die Voraussetzungen, da es sich um mehrere Verträge handelt, des § 1 a Nr. 2 VOB/A nicht gegeben. Betrachtet man dagegen jedes einzelne Teillos, so erreichen diese den Wert von 200.000 ECU nicht.

Die Vergabe des Loses 613 -Ausstattung für das BSZ - hätte nach der VOL erfolgen müssen.

Eine Aufhebung einer Ausschreibung ist nur statthaft , wenn Tatbestände nach § 26 VOB/A vorliegen. Es besteht grundsätzlich kein Rechtsanspruch auf Aufhebung, da § 26 VOB/A eine "Kann-Vorschrift" ist. Es kann die Ausschreibung also auch dann noch aufrechterhalten werden, wenn Gründe gegen deren Fortdauer gegeben sind.

Eine Aufhebung kann erfolgen, wenn

- ⇒ keine Angebote eingegangen sind, die den Ausschreibungsbedingungen entsprechen,
- ⇒ die Verdingungsunterlagen grundlegend geändert werden müssen  
oder
- ⇒ andere schwerwiegende Gründe bestehen.

Bei Anwendung des Tatbestandes – grundlegende Änderungen der Verdingungsunterlagen – müssen Gründe vorliegen, die zu einer Aufhebung der Ausschreibung zwingend führen müssen. Dabei kann es sich nur um solche Gründe handeln, die zum einen erst nach erfolgter Ausschreibung aufgetreten sind und zum anderen eine wesentliche Änderung der Verhältnisse, auf denen die Ausschreibung basiert, darstellen. Dies ist hier nicht der Fall.

Schwerwiegende Gründe im Sinne von § 26 VOB/A sind weder im Angebot selbst noch in der Veränderung der Ausschreibungsunterlagen zu suchen. Die häufigsten Ursachen aus anderen schwerwiegenden Gründen aufzuheben, ergeben sich aus der Ausschreibung, wenn z.B. kein Angebot einen angemessenen Preis aufweist, keiner der Bieter, deren Angebot gewertet werden könnte, die nötige Fachkunde und Leistungsfähigkeit besitzt oder das niedrigste Angebot höher liegt als die verfügbaren Mittel.

Andere schwerwiegende Gründe zur Aufhebung können auch in Betracht kommen, wenn eine Reihe von Einzelgesichtspunkten vorliegt, die jeder für sich noch nicht schwerwiegend wären, sich dies aber aus dem gegebenen Zusammenhang im Rahmen einer Gesamtbeurteilung ergibt. Es liegen keine Verstöße gegen § 97 Abs. 3 und 4 GWB i.V.m. §§ 2 Nr. 2 und 4 Nr. 2 und 3 VOB/A sowie § 9 Nr. 1 und 2 VOB/A vor.

§ 97 Abs. 3 GWB manifestiert nunmehr auf der gesetzlichen Grundlage das Regel-Ausnahme-Verhältnis des § 4 VOB/A bzw. § 5 VOL/A, wonach grundsätzlich eine Teilung der Aufträge in Fach- und Teillose vorzunehmen ist. Im übrigen verpflichtet § 97 Abs. 3 GWB die öffentliche Auftraggeber zusätzlich zur Berücksichtigung mittelständischer Interessen.

Diese Regelung ist auf die Antragstellerin grundsätzlich anwendbar. Als kleine und mittlere Unternehmen gelten:

- a) Handwerksunternehmen und Industrieunternehmen mit einem Jahresumsatz bis zu 10 Mio. DM oder bis zu 65 Beschäftigten
- b) Einzelunternehmen mit einem Jahresumsatz bis zu 15 Mio. DM,
- c) sonstige Gewerbe mit einem Jahresumsatz bis zu 1 Mio. DM,
- d) Freie Berufe mit einem Jahresumsatz bis zu 1 Mio. DM,
- e) Kooperationen in handwerklichen oder anderen Arbeits- und Liefergemeinschaften, die ausschließlich Unternehmen wie zu Buchstabe a) bis c) umfassen. (Handkommentar zur VOL Daub/Eberstein, 4. Aufl., § 5 RdNr. 1).

In Auslegung dieses Maßstabes fällt die Antragstellerin mit 7 Beschäftigten und einem Jahresumsatz von 4,5 Mio. DM unter den Begriff des Mittelstandes und kann sich auf die Sonderregelungen des § 97 Abs. 3 GWB berufen.

Aus dieser gesetzlichen Regelung folgt, dass die unmittelbare Vergabe von Auftraggebern an mittelständische Unternehmen im Vordergrund stehen muss. Dieser Grundsatz gilt aber im Rahmen des § 97 Abs. 3 GWB auch nur insoweit, als die Aufteilung in Teil- oder Fachlose von der Sache her vertretbar ist.

§ 4 VOB/A befasst sich in der Grundlage mit dem Umfang der jeweiligen Bauvergabe, d.h. hier geht es um die Forderung nach einheitlicher Ausführung mit einer zweifelsfrei umfassenden Gewährleistung, um die Teil- und Fachlosvergabe. Welche Aufteilung erfolgen soll, hat der Auftraggeber vor der Ausschreibung zu entscheiden und festzulegen.

Eine Aufteilung in Teillose bedeutet eine mengenmäßige oder räumliche Unterteilung der Gesamtleistung. Im Grundsatz wird hier eine zu einem bestimmten Handwerks- oder Gewerbebereich gehörende Gesamtleistung in sich und nach äußeren Gesichtspunkten, wie z.B. Einzelhäuser, Einzelbauten sonstiger Art, abgeschlossenen Teilen am gleichen Objekt, auf-

geteilt und zum Gegenstand besonderer Vertragsverhandlungen und regelmäßig voneinander getrennten Bauverträgen gemacht. Wann im Einzelfall eine Aufteilung in Teillose erfolgen kann oder soll, hängt von der Zweckmäßigkeit ab. Einen Leitpunkt hierfür gibt Nr. 2 indem dort von umfangreichen Bauarbeiten gesprochen wird, die nach Teillosen vergeben werden sollen. Regelfall der Aufteilung in Teillose werden daher nur größere Einzel- oder Gesamtprojekte sein können. Eine Teilung kann aber nur in Erwägung gezogen werden, wenn die räumliche Teilung in der Weise möglich ist, dass eine klare Trennung der einzelnen Aufgabengebiete sowohl in der Auftragsvergabe als insbesondere in der praktischen Bauausführung eindeutig möglich ist. Gerade die Möglichkeit der eindeutigen Abgrenzung der Teilleistungen voneinander ist wesentliche Voraussetzung für Klarheit, Vollständigkeit und alle wichtigen Gesichtspunkte umfassende Vertragsverhandlungen. Eine Missachtung dieses Gebotes würde den Keim späterer Streitigkeiten in sich tragen, da Meinungsverschiedenheiten im Bauvertragswesen in großem Maße dort zu finden sind, wo es um Umfang und Grenzen von Vertragspflichten geht (Ingenstau/Korbion, 13. Aufl., A § 4 Rdn. 7)

Gerade diesen Grundsätzen ist die Antragsgegnerin nachgekommen. Die Kammer ist davon überzeugt, dass die Antragstellerin sich vor der Vergabe der Leistung "Ausstattungsgegenstände für das Bildungszentrum" damit auseinandergesetzt hat, wie sie die Forderungen des § 97 Nr. 3 GWB regelgerecht umsetzen kann.

Die Antragsgegnerin legte mit ihren Schriftsätzen und in der mündlichen Verhandlung für die Kammer plausibel ihre Beweggründe zur Losteilung dar. Die gesamte Ausstattung ist in acht Teillose untergliedert. Ausschlaggebend für die Bildung der Teillose waren zum einen fachtechnische und pädagogische Erfordernisse und zum anderen orientierte sich der Auftraggeber an der Zweckmäßigkeit, hier die räumliche Aufgliederung der Ausbildungsrichtungen sowie eine wirtschaftlich sinnvolle Teilung für die Bewerber.

Im Berufsschulzentrum ..... sollen unter anderem Berufsvorbereitungsjahre und Weiterbildungsmaßnahmen durchgeführt werden. Unter diesen Gesichtspunkten und in Anbetracht der berufspädagogischen Einheiten ist es für die Kammer erklärlich, dass für die Ausbildungsrichtung der technischen Betriebswirte die Stoffprüfer und die Farb- und Lacktechniker zusammengefasst wurden.

Die aufgeführten Argumente der Antragsgegner und die der Beigeladenen konnten die Kammer davon überzeugen, dass die erfolgte Ausschreibung nicht den Regelungen des § 97 Nr. 3 GWB i.V.m. § 4 Nr. 2 VOB/A entgegenstehen. Die Kopplung der Ausbildungsbereiche stellt keine Diskriminierung von mittelständischen Unternehmen dar. Diese Auffassung wurde in der mündlichen Verhandlung durch die Beigeladenen zum einen mit dem eingereichten Schriftsatz und zum anderen durch die mündlichen Darlegungen erhärtet. Den Handelsunternehmen ist demnach zuzumuten, dass sie die zu liefernden Ausstattungsgegenstände, auch wenn sie nicht ihrem Sortiment entsprechen, auch installieren. Daraus, dass andere Bieter, darunter auch mittelständische Unternehmen, für die komplette Leistung ein Angebot abgegeben haben, folgert die Kammer, dass es auch der Antragstellerin möglich gewesen war, die Farbkabine mit Montageleistung anzubieten. Sofern sie dazu nicht in der Lage war, hatte sie im übrigen ausreichend Zeit, sich einen Erfüllungsgehilfen zu suchen und diesen zu beauftragen. Soweit die Antragstellerin nach eigenen Angaben erst am 20.12.1999 die Ausschreibungsunterlagen geprüft hat, ist ihr der Zeitverlust hinsichtlich der Bindung eines Subunternehmens selbst zuzurechnen.

Die Antragstellerin hat sich weder in der mündlichen Verhandlung noch in ihren Schriftsätzen dazu geäußert, weshalb sie nicht in der Lage ist, die komplette Leistung anzubieten. Von der Antragstellerin wurde verkannt, dass es sich hierbei nicht um eine Vergabe im Sinne von § 4 Nr. 3 VOB, also um eine Aufteilung nach Fachgebieten oder Gewerbebezügen handelt, sondern um eine Vergabe nach Teillosen im Sinne von § 4 Nr. 2 VOB/A.

Für die Kammer sind keine Argumente erkennbar, die die Rechtsansicht der Antragstellerin in diesem Falle stützen.

Es liegt somit auch keine Verletzung des Grundsatzes, dass die Unterlagen bei einer Öffentlichen Ausschreibung an alle Bewerber abzugeben sind, die sich gewerbsmäßig mit der Ausführung von Leistungen der ausgeschriebenen Art befassen (§ 8 Nr. 2 Abs. 1 VOB/A), vor. Der Ausschreibung liegt folglich auch ein ausreichender Wettbewerb zugrunde (§ 2 Nr. 1 Satz 2 und 3 VOB/A).

Ausschlaggebend für die Frage, ob es hier zu einer Aufhebung der Ausschreibung kommen muss, könnte das Leistungsverzeichnis sein.

In § 9 Nr. 1 und 2 VOB/A sind die allgemeinen Grundsätze enthalten, die für alle Arten der Leistungsbeschreibung gelten. So ist der Auftraggeber verpflichtet, 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. Gleichzeitig darf den Bewerbern kein ungewöhnliches Wagnis für Umstände und Ereignisse aufgebürdet werden, auf die sie keinen Einfluss haben und deren Entwicklung auf die Preise und Fristen sie nicht im voraus einschätzen können.

Dies bedeutet erstens, dass die Leistungsbeschreibung klar und unmissverständlich und zweitens, dass sie gründlich und vollständig abgefasst sein muss. Diese Anforderungen sind dann nicht erfüllt, wenn die Leistungsbeschreibung Angaben lediglich allgemeiner Natur enthält oder verschiedene Auslegungsmöglichkeiten zulässt. Die Vorstellungen des Auftraggebers von der gewünschten Leistung müssen in ihrer Beschreibung zum Ausdruck kommen. Für den vorliegenden Fall wären dies technische Merkmale oder Funktion, Menge und Qualität und evtl. besondere Eigenschaften.

Die Pflicht, alle Umstände zu benennen, ist hingegen weit auszulegen. Hier wird nicht differenziert zwischen wesentlichen und unwesentlichen Umständen. D. h. den Bewerbern ist nach umfangreicher Prüfung alles mitzuteilen, was auf die Preise Auswirkungen haben könnte, so z.B. Beschreibung der Umgebung, in der das zu beschaffende System oder Gerät eingesetzt werden soll, Beschreibung der Schnittstellen ect.

Wünscht der Auftraggeber zusätzliche Ausrüstungsteile für Geräte und hat er diese im Leistungsverzeichnis ordnungsgemäß beschrieben, so kann dies nicht als ein Verstoß gegen § 9 VOB/A gewertet werden.

Bezüglich der monierten Position 3.1.3 – Druck-Biegeprüfmaschine, kann die Kammer dem schriftlichen Vortrag der Antragstellerin nicht folgen. Im LV wird zwar eine Ausstattung mit Manometer und Servolenkung gefordert, jedoch ist nicht festgeschrieben, ob es sich hierbei um ein analoges oder digitales Manometer handelt. Diese Unklarheit hätte der Bewerber vor Abgabe eines Angebotes mit dem Auftraggeber klären können. In der mündlichen Verhandlung konnte die Antragstellerin dem nichts durchgreifendes entgegensetzen, so dass eine Aufhebung wegen grundlegenden Änderungen an den Verdingungsunterlagen nicht in Betracht kommen kann.

## Kosten

Die Kostenentscheidung beruht auf § 128 Abs. 3 Satz GWB. Die Antragsgegnerin hat daher die Kosten in voller Höhe zu tragen.

Die Höhe der Kosten beläuft sich hier auf DM, § 128 Abs. 1 Satz 1 GWB. Die Kosten gliedern sich auf in Gebühren in Höhe von DM (§128 Abs. 2 Satz 2 GWB) und Auslagen in Höhe von DM (§ 128 GWB i.V.m. § 10 Abs. 1 VwKostG).

Zur Kostenentscheidung hatte die Vergabekammer die Grundtabelle zur gemeinsamen Geschäftsordnung der Vergabekammern des Landes Sachsen-Anhalts zu berücksichtigen.

Danach wäre eine Grundgebühr von 5.000,00 DM fällig gewesen, wenn die Antragstellerin ihre Beschwerde über die Lose 1 und 2 erstreckt hätte und eine diesbezüglich abweisende Entscheidung der Kammer getroffen worden wäre.

Hier war zu berücksichtigen, dass die Antragstellerin bezüglich des Teilloses 1 des Loses 613 die Beschwerde zurückgezogen hat. Würde man die Grundgebühr von 5.000,00 DM die mit 2.500,00 DM den Teillosen 1 und 3 zuzurechnen, so wäre der Zurechnungsteil zum Teillos 1 zu halbieren, da die Antragstellerin die dahingehende Beschwerde zurückgenommen hat ( § 128 Abs. III Satz 2 GWB).

Insofern wären für diesen gedanklichen Teil nur                    DM zuzüglich des gedanklichen Teils für das Teillos 3 von                    DM anzusetzen.

Insgesamt war aus Billigkeitsgründen die Grundgebühr von 5.000,- DM ( § 128 Abs. 2 Satz 2 GWB) auf                    DM zu reduzieren.

Der Antragstellerin sind ..... DM nach Ablauf von zwei Wochen, gerechnet ab Zustellung des Beschlusses, zurück zuerstaten, da der geleistete Vorschuss in Höhe von 5.000,00 DM nicht ausgeschöpft wurde.

### **Rechtsbehelfsbelehrung**

Gegen den Beschluss der Vergabekammer ist die sofortige Beschwerde zulässig, § 116 Abs. 1 GWB. Sie ist schriftlich innerhalb einer Frist von zwei Wochen, die mit der Zustellung des Beschlusses beginnt, beim Oberlandesgericht Naumburg, Domplatz 10 in 06618 Naumburg, einzulegen, § 117 Abs. 1 GWB.

Die sofortige Beschwerde ist zugleich mit ihrer Einlegung zu begründen. Die Beschwerdebeurteilung muss die Erklärung enthalten, inwieweit der Beschluss der Vergabekammer angefochten und eine abweichende Entscheidung beantragt wird sowie die Tatsachen und Beweismittel bezeichnen, auf die sich die Beschwerde stützt, § 117 Abs. 2 GWB.

Die Beschwerde muss durch einen bei einem deutschen Gericht zugelassenen Rechtsanwalt unterschrieben sein. Dies gilt nicht für Beschwerden von juristischen Personen des öffentlichen Rechts, § 120 Abs. 1 GWB.

Die sofortige Beschwerde hat aufschiebende Wirkung. Die aufschiebende Wirkung entfällt zwei Wochen nach Ablauf der Beschwerdefrist, § 118 GWB.

gez. Walther

gez. Katzsch

gez. Dolge