



SACHSEN-ANHALT
LANDESV ERWALTUNGSAMT

1. Vergabekammer
beim Landesverwaltungsamt

Beschluss

dazu Randnotiz im Erledigungsbeschluss des OLG Naumburg
1 Verg 5/07 vom 17.08.2007

AZ: 1 VK LVwA 03/07

Halle, 16.03.2007

§ 25 Nr. 1 Abs. 1 b) VOB/A i.V.m. § 21 Nr. 1 Abs. 1 Satz 3 VOB/A
- Wertung der Angebote

In den § 97 ff. GWB ist keine Fristenregelung für die Stellung des Nachprüfungsantrages enthalten.

Fordert der Auftraggeber die Dokumentenechtheit aller vorzunehmenden Eintragungen als Steigerung zum bloßen Schriftlichkeitserfordernis, so ist das Angebot mit den lediglich in Kopie enthaltenen Formblättern hinsichtlich der Verpflichtungserklärungen der NAN, des EFB-Preisblattes 5 und des „Verzeichnisses der Leistungen anderer Unternehmer“ auszu-schließen.

In dem Nachprüfungsverfahren der

.....Deutschland AG
.....

Verfahrensbevollmächtigte
Rechtsanwälte
..... Partnerschaft
.....

gegen

Antragstellerin

den
Niederlassung ...
.....

Antragsgegner

unter Beiladung der

..... AG
Direktion, Bereich,
.....

Beigeladene

wegen

des gerügten Vergabeverstoßes im Offenen Verfahren zum Bauvorhaben B (n),
3. Bauabschnitt, Ortsumfahrung, B-B, Brückenbauwerk (BW) über die
hat die 1. Vergabekammer beim Landesverwaltungsamt aufgrund der mündlichen Verhandlung
am 09.03.2007 unter Mitwirkung des Vorsitzenden Regierungsdirektor Thomas, der hauptamtli-
chen Beisitzerin Bauamtsrätin Pönitz und des ehrenamtlichen Beisitzers Herrn Foerster be-
schlossen:

1. Dem Antragsgegner wird untersagt, den Zuschlag auf das Angebot der Beigeladenen zu erteilen.
2. Dem Antragsgegner wird aufgegeben, entsprechend der Rechtsauffassung der erkennenden Kammer neu zu werten.
3. Die Kosten des Verfahrens trägt der Antragsgegner.
4. Die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten seitens der Antragstellerin wird für notwendig erklärt.
5. Die Verfahrenskosten beziffern sich auf insgesamt EUR.

Gründe

I.

Mit Veröffentlichung im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Union am2006
schrieb der Antragsgegner im Wege eines Offenen Verfahrens auf der Grundlage der Ver-
gabe- und Vertragsordnung im Rahmen des Neubaus der B (n), Ortsumgehung,
die Errichtung des BWüber die sowie die B aus.

Entsprechend Ziffer 5.2 des mit den Vergabeunterlagen herausgegebenen Formblattes „Auf-
forderung zur Angebotsabgabe“ waren durch die Bieter u. a. mit dem Angebot vorzulegen:

- das beigefügte Formblatt „Verzeichnis der Leistungen anderer Unternehmer“ (HVA B-StB-EG-Unternehmerleistungen 03/06), mindestens hinsichtlich der Ausführungsplaner, der Stahlbauer und der Betonbauer mit OZ-Nummer, unter Beschreibung der Leistung und Angabe des Unternehmens
- sowie die EFB-Preisblätter 1, 2 und 5.

In diesem Zusammenhang weist der Auftraggeber ausdrücklich darauf hin, dass bei Nicht-
abgabe das Angebot von der Wertung ausgeschlossen wird.

Im Formblatt der Unternehmerleistungen ist unter der Spalte Namen der Unternehmer ver-
merkt, dass die ebenfalls als Formblatt beigelegte

- Verpflichtungserklärung der Nachunternehmer

beizufügen ist. Dieses Formblatt verweist auf den Punkt 7 der Bewerbungsbedingungen, die
ausweislich Nr. 7 des Aufforderungsschreibens durch die Bieter zu beachten sind. Demnach
sind diese Verpflichtungserklärungen ebenfalls mit dem Angebot einzureichen.

Außerdem forderte der Auftraggeber unter Ziffer 6 zu den in Punkt 12 des Aufforderungsschreibens angekreuzten Wertungskriterien

- Angaben jeweils zu den Leistungen Brückenbau, Oberbau und sonstigen Gewerken,
- zu den gewählten Bauverfahren,
- den Maßnahmen zur Sicherung der Qualität,
- den Maßnahmen zur Sicherung des Einhaltens der Einzelfristen und des Fertigstellungstermins
- sowie der Art und der Anzahl der verwendeten Baugeräte.

Diese Angaben sollten auf gesonderter Anlage dem Angebot ebenfalls beigelegt werden.

In den Bewerbungsbedingungen (vgl. Nr. 3.3) wurde auf das Erfordernis der Vollständigkeit des Angebotsinhaltes Bezug genommen. Der Auftraggeber bestimmte darin, dass das Angebot

- die Preise und die in den Verdingungsunterlagen geforderten Erklärungen und Angaben enthalten solle sowie
- die Dokumentenechtheit aller Eintragungen gewährleistet sein müsse.

Zudem waren Nebenangebote gemäß Punkt 11.1 ausdrücklich zugelassen. Hinsichtlich der Mindestanforderungen für Nebenangebote wird auf die Baubeschreibung, Abschnitt 1.5 verwiesen. Diesem Abschnitt sind u.a. folgende Anforderungen zu entnehmen:

- Weicht die Gründung nach Art, Abmessung und Lage vom Ausschreibungsentwurf ab, so hat der Bieter seinem Nebenangebot eine Stellungnahme des Gutachters beizufügen, der die geotechnische Stellungnahme des Auftraggebers für das Bauwerk erstellt hat.
- Die Forderung des Gutachters nach zusätzlichen Aufschlüssen ist zu erfüllen.
- Die Ausführbarkeit ist durch ein Baugrund- und Gründungsgutachten, das mit dem Angebot einzureichen ist, zu belegen.
- Alle technisch und preislich bedeutsamen Abmessungen und Baustoffmengen müssen für das Bauwerk festgelegt sein. Im Nebenangebot ist vollständig zu beschreiben und zeichnerisch zu belegen, was sich gegenüber dem Verwaltungsentwurf ändert.

Den Ausschreibungsunterlagen liegen Bauwerkspläne sowie ein Baugrundgutachten des Ingenieurbüros GmbH vom 16.09.2005 bei. Den Bauwerksplänen der Unterlage 8 sind die Anzahl, die Lage sowie die Absatzkoten der Bohrpfähle zu entnehmen. Zusätzlich finden sich in den Leistungspositionen des Leistungsverzeichnisses 01.07.0012 und 01.07.0014 Angaben zur Anzahl der Bohrpfähle.

Maßgebende Kriterien für die Angebotsbewertung der Haupt- und Nebenangebote sind nach Ziffer 12.1 der Aufforderung zur Angebotsabgabe der Preis sowie der technische Wert. Letzterer untergliedert sich in die Unterkriterien Bauverfahren, Bauablauf, Qualitätssicherung sowie Geräteinsatz.

Zum Eröffnungstermin am 07.11.2006 lagen 12 Hauptangebote, 17 Nebenangebote und ein Nachlassgebot vor.

Im Ergebnis der Wertung teilte der Auftraggeber der Antragstellerin mittels Informationsschreiben gemäß § 13 der Vergabeverordnung (VgV) vom 23.01.2007 mit, aus welchen Gründen ihre Nebenangebote nicht gewertet worden seien und eine Zuschlagserteilung zugunsten des Angebotes der Beigeladenen angestrebt werde.

Daraufhin widersprach die Antragstellerin mit Faxschreiben vom 30.01.2007 der Nichtwertung des Nebenangebotes 3. Zur Begründung führte sie aus, dass nach der Baubeschreibung lediglich eine Stellungnahme des Gutachters beizufügen sei, wenn die Gründung nach Art, Abmessung und Lage vom Ausschreibungsentwurf abweiche. Im Nebenangebot sei die Antragstellerin weder hinsichtlich des Durchmessers, noch hinsichtlich der Länge oder Lage vom Amtsentwurf abgewichen, so dass eine Stellungnahme des Gutachters nicht notwendig gewesen sei. Insbesondere halte sich der im Nebenangebot angebotene Bohrpfahldurchmesser von 1,30 m an die ausgeschriebene Durchmesserspanne von 1,10 - 1,40 m. Darüber hinaus sei die Anzahl der Bohrpfähle im Leistungsverzeichnis nicht vorgegeben. Aus den Zeichnungen ergebe sich lediglich, dass die endgültige Abmessung nach statischen Erfordernissen erfolge. Zudem habe die Antragstellerin gemäß der Information nach § 13 VgV das wirtschaftlichste Angebot abgegeben und müsse somit den Zuschlag erhalten.

Da der Antragsgegner dem Begehren der Antragstellerin nicht abhalf, hat der Verfahrensbevollmächtigte mit Fax-Schreiben vom 05.02.2007 die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens beantragt.

Der Nachprüfungsantrag ist dem Antragsgegner mit Verfügung der Vergabekammer am selbigen Tag zugestellt worden. Über die Unzulässigkeit einer Zuschlagserteilung gemäß § 115 Abs. 1 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) wurde mit Zustellung des Nachprüfungsantrages belehrt. Gleichzeitig erfolgte die Aufforderung, die entsprechenden Unterlagen und eine Stellungnahme zum Nachprüfungsantrag vorzulegen.

Aus den vorgelegten Auswertungsunterlagen bzw. dem Vergabevermerk geht hervor, dass kein Angebot aus formellen Gründen ausgeschlossen wurde. Im Rahmen der Auswertung der Nebenangebote erfolgte durch den Antragsgegner die Feststellung, dass die abgegebenen Nebenangebote 1 und 3 der Antragstellerin nicht gewertet werden könnten. Hinsichtlich des streitbefangenen Nebenangebotes 3 führte der Antragsgegner ergänzend aus, dass die Antragstellerin keine Stellungnahme des Baugrundgutachters zur geänderten Gründung abgegeben habe und das Nebenangebot somit unvollständig sei. Eine Wertung des Nebenangebotes komme daher nicht in Betracht, da der Antragsgegner entsprechend den Mindestanforderungen der Baubeschreibung, Ziffer 1.5, bei Änderungen der Gründung eine Stellungnahme des Baugrundgutachters gefordert habe.

Des Weiteren ist aus dem Vergabevermerk zu entnehmen, dass der Antragsgegner die Bewertung des Unterkriteriums technischer Wert im Rahmen der 4. Wertungsstufe auf der Grundlage einer Punktespanne von 1 bis 3 Punkten vornahm. Diesbezüglich erhielt die Antragstellerin hinsichtlich der geforderten Angaben zum Bauverfahren 2 Punkte, zur Qualitätssicherung 1 Punkt und zur Einhaltung der Fristen ebenfalls 2 Punkte. Zur Begründung wurde ausgeführt, dass das Bauverfahren nur grob beschrieben worden sei und bezüglich der Maßnahmen zur Qualitätssicherung den Unterlagen nichts beiliege. Eine Punktereduzierung im Unterkriterium Einhaltung der Fristen begründete der Auftraggeber mit dem durch die Antragstellerin eingereichten nur groben Bauablaufplan.

Die kammerseitig erfolgte Durchsicht der vom Antragsgegner vorgelegten Angebotsunterlagen ergab hinsichtlich des Hauptangebotes der Antragstellerin, dass das Formblatt „Verzeichnis der Leistungen anderer Unternehmer sowie das EFB-Preisblatt 5 lediglich in Kopie vorgelegt wurden. Die Nachunternehmerleistungen beziehen sich dabei auf Stahl- und Betonarbeiten sowie die Ausführungsplanung. Während im Bereich Stahlarbeiten zwei Nachunternehmer benannt wurden, sollen die Ausführungsplanung und die Betonarbeiten jeweils nur durch einen Nachunternehmer ausgeführt werden. Bis auf eine Verpflichtungserklärung

eines Nachunternehmers im Bereich Stahl liegen die übrigen Verpflichtungserklärungen der benannten Nachunternehmer lediglich in Kopie vor. Darüber hinaus fehlen Angaben bezüglich der Maßnahmen zur Sicherung der Qualität. Hinsichtlich der Maßnahmen zur Sicherung des Einhaltens der Einzelfristen und des Fertigstellungstermins liegt dem Angebot ein nur grober Bauablaufplan bei.

Den Angeboten der Beigeladenen und aller übrigen Bietern sind die abgeforderten Verpflichtungserklärungen für die Bereiche Stahl- und/oder Betonbau sowie der Ausführungsplanung ebenfalls nur in Kopie beigelegt.

Die Antragstellerin vertritt die Auffassung, dass der Nachprüfungsantrag zulässig und begründet sei.

Zum einen erreichte das Informationsschreiben die Antragstellerin erst am 26.01.2007; die Rüge vom 30.01.2007 erfolgte somit unverzüglich im Sinne des § 107 Abs. 3 GWB.

Zum anderen verstoße die Nichtwertung des Nebenangebotes 3 gegen geltendes Vergaberecht und verletze die Antragstellerin somit in ihren Rechten.

Das Nebenangebot 3 modifiziere die Lagerung der Brückenpfeiler im Vergleich zum Amtsentwurf. Darüber hinaus umfasse es zwar eine Veränderung der Gründung, die jedoch nicht zum Erfordernis der Vorlage einer Stellungnahme des Baugrundgutachters führe, da hier weder Art, Lage noch Abmessung der Gründung im Vergleich zum Amtsentwurf verändert worden seien. Die Art der Gründung werde durch das streitbefangene Nebenangebot schon deshalb nicht verändert, da es sich auch hier um eine Bohrpfahlgründung handele. Da die Bohrpfahlgründung an der gleichen Stelle wie im Amtsentwurf erfolge, habe sich auch die Lage derselben nicht verändert. Gleiches gelte auch hinsichtlich der Stützweiten sowie der Baugrundaufschlüsse. Der Feststellung der fehlenden Gleichwertigkeit stehe zudem auch der angebotene Durchmesser der Pfähle entgegen, der sich innerhalb des im Leistungsverzeichnis angegebenen Spektrums halte und die Länge sowie die Anzahl der Pfähle gemäß der Forderung im Entwurfsplan nach statischen, konstruktiven und wirtschaftlichen Erfordernissen erst noch berechnet werden müssten. Denn eine endgültige statische Berechnung einschließlich erforderlicher Prüfung sei für den Amtsentwurf noch nicht durchgeführt worden.

Unterstützung finde die Auffassung von der Gleichwertigkeit des Nebenangebotes 3 zum Amtsentwurf durch eine seitens der Antragstellerin am 07.03.2007 der Vergabekammer vorgelegte Stellungnahme eines bisher mit dem Vergabeverfahren nicht betrauten Ingenieurbüros.

Die Antragstellerin beantragt,

1. dem Antragsgegner zu untersagen, den Zuschlag an die Beigeladene zu erteilen,
2. den Antragsgegner anzuweisen, erneut in die Angebotswertung einzutreten und diese nach Maßgabe der Rechtsauffassung der Vergabekammer zu wiederholen,
3. hilfsweise den Antragsgegner anzuweisen, die Ausschreibung aufzuheben,
4. die Hinzuziehung der Verfahrensbevollmächtigten der Antragstellerin für notwendig zu erklären und
5. dem Antragsgegner die Kosten des Verfahrens einschließlich der zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Auslagen der Antragstellerin aufzuerlegen.

Der Antragsgegner beantragt,

1. die Anträge der Antragstellerin zurückzuweisen und
2. der Antragstellerin die Kosten des Verfahrens aufzuerlegen.

Zur Begründung führt er aus,

dass das streitbefangene Nebenangebot nicht den Mindestanforderungen entspreche und daher von der Wertung zu Recht ausgeschlossen worden sei. So seien für die Berechnung eines Bohrpfahles seine Abmessung in der Länge und sein Durchmesser maßgebend. Der Unterlage 8, Blatt 1 des Bauwerksplanes sei als Bestandteil der Ausschreibungsunterlage die Anzahl der Ortbetonpfähle von 60 sowie deren Durchmesser und Längen zu entnehmen. Die Antragstellerin habe den Pfahldurchmesser von 1,20 m auf 1,30 m vergrößert und gleichzeitig die Anzahl der Pfähle in den Pfeiler- und Widerlagerachsen reduziert. Ausweislich des dem Nebenangebot beigefügten Erläuterungsberichtes würden die zahlenmäßig reduzierten Pfähle tiefer in den tragfähigen, hohlraumfreien Boden einbinden. Darüber hinaus seien die neuen Absetzkoten im Nebenangebot nicht explizit angegeben. Aus einer Skizze zur Statik werde erkennbar, dass ebenfalls die Geometrie der Pfahlkopfplatten der Pfeiler geändert worden sei. Zusätzlich habe die Antragstellerin die Breite des Steges zwischen den Pfahlkopfplatten in der Skizze nicht bezeichnet. So fehle auch die Vorbemessung der H-förmig ausgebildeten Pfahlkopfplatte einschließlich der angeschlossenen Pfähle. Ausweislich des durch den Auftraggeber in Punkt 1.5 formulierten Anforderungen an Nebenangebote mangle es dem Angebot der Antragstellerin somit aufgrund der Änderung der Abmessungen, der Lage sowie der Einbindetiefe der Bohrpfähle zum einen an der Stellungnahme des Bodengutachters, zum anderen fehle es an einer zeichnerischen Unterlage, aus der die wesentlichen Änderungen zum Amtsentwurf, wie die Lage, Anzahl und Absetzkoten der neuen Bohrpfähle erkennbar sind, einschließlich der dazu gehörigen ausführlichen und eindeutigen Beschreibungen. Eine Beurteilung des Baugrundrisikos sei somit infolge der fehlenden Umsetzung der Forderungen durch den Auftraggeber nicht möglich. Abschließend sei festzustellen, dass die Antragstellerin mit ihrem Hauptangebot und der Wertung des Nebenangebotes 2 nicht das wirtschaftlichste Angebot abgegeben habe und daher nicht für den Zuschlag berücksichtigt werden könne.

Die Beigeladene vertritt die Auffassung, dass der Nachprüfungsantrag unzulässig und unbegründet sei.

Unzulässig sei der Antrag bereits deshalb, da er am 05.02.2007 zu spät gestellt worden sei. Mit Schreiben vom 23.01.2007 habe der Antragsgegner die Bieter über die beabsichtigte Zuschlagserteilung informiert. Die Rüge sei seitens der Antragstellerin gegenüber dem Antragsgegner aber erst am 30.01.2007 und damit verspätet erfolgt.

Hinsichtlich der Bewertung des Nebenangebotes 3 schließt man sich den Ausführungen des Antragsgegners vollumfänglich an, da die Antragstellerin keinen Anspruch auf die Wertung des Nebenangebotes habe. Das Nebenangebot entspreche offensichtlich nicht den in den Ausschreibungsunterlagen definierten Mindestanforderungen und könne daher nicht als gleichwertig bezeichnet werden.

Im Gegensatz zum Vorbringen der Antragstellerin sei die Abmessung der Gründung durch die Angabe des Durchmessers der Pfähle von 1,10 m bis 1,40 m sehr wohl näher bestimmt. In der Baubeschreibung auf Seite 10 unter Punkt 1.1.2.3 habe der Antragsgegner ausdrücklich den Durchmesser der Ortbetonbohrpfähle mit 1,20 m vorgeschrieben, so dass die Änderung des Durchmessers auf 1,30 m in die Abmessung der Gründung eingreife. Ebenso ändere sich durch die Reduzierung der Pfähle auch die Anordnung in den Pfeilerachsen und somit die Lage der Gründung. Auch seien die Anzahl der Pfähle in den Plänen und der Baubeschreibung eindeutig festgelegt. Zudem bestimme die Baubeschreibung auf Seite 11 genau die Gründungskoten der Bohrpfähle, den lichten Abstand zwischen den Pfählen und der Außenkante der Pfahlkopfplatten sowie die Abmessungen der Pfahlkopfplatten für Widerlager und Pfeiler. Aus den vorgenannten Gründen weiche das Nebenangebot hinsichtlich Art, Ab-

messung und Lage der Gründung vom Ausschreibungsentwurf ab und hätte zur Bewertung der verbindlich vorgeschriebenen Stellungnahme des Baugrundgutachters bedurft. Der Antragsgegner habe somit die Gleichwertigkeit des Nebenangebotes nicht prüfen können. Aus der Baubeschreibung Punkt 1.5 ergebe sich ein weiterer Ausschlussgrund. Danach seien Optimierungen von Bauteilabmessungen, wie hier die Änderungen der Pfahlkopfplatten in den Pfeilerachsen, als Mengenminderungen zu werten und daher von der Wertung auszuschießen.

Den Beteiligten wurde in der mündlichen Verhandlung die Gelegenheit gegeben, ihren Vortrag zum Sachverhalt und zur rechtlichen Würdigung zu vertiefen bzw. zu ergänzen.

Die Kammer hat der Antragstellerin mit Beschluss vom 26.02.2007 und der mittels Kammerentscheid vom 27.02.2007 beigeladenen mit Beschluss vom 07.03.2007 Einsicht in die Akten gewährt, jedoch nicht in die Unterlagen der Mitbieter bzw. in die Unterlagen, die Informationen über diese enthalten.

Hinsichtlich der weiteren Einzelheiten zum Sachverhalt wird neben den ausgetauschten Schriftsätzen auf das Protokoll zur mündlichen Verhandlung, die Verfahrensakte der Vergabekammer sowie die Vergabeakten ergänzend Bezug genommen.

II.

Der Nachprüfungsantrag der Antragstellerin ist zulässig.

Die sachliche Zuständigkeit der Vergabekammer richtet sich nach § 100 GWB bzw. Abschnitt II Abs.1 - Einrichtung und Zuständigkeit der Vergabekammer - des Runderlasses des Ministeriums für Wirtschaft und Technologie (MW) – Richtlinie über die Einrichtung von Vergabekammern in Sachsen-Anhalt – vom 04.03.1999, Aktz.: 63-32570/03, geändert durch Runderlass des MW vom 08.12.2003, Aktz.: 42-32570/03. Der Nachprüfungsantrag wird im Rahmen eines Vergabeverfahrens erhoben, welches einen Bauauftrag i. S. von § 99 Abs. 1 und 3 GWB zum Gegenstand hat.

Bei der ausgeschriebenen Leistung - Neubau der B (n), Ortsumgehung, Errichtung des BW 6A über die sowie die B - handelt es sich um eine Bauleistung im Sinne § 1a VOB/A, Fassung 2002. Da der Gesamtauftragswert der Maßnahme die 5 Millionen Europäische Währungseinheiten überschreitet, sind die Bestimmungen der a-Paragrafen zusätzlich zu den Basisparagrafen anzuwenden.

Der Anwendungsbereich des 4. Teiles des GWB (§§ 97 ff.) ist eröffnet. Die 1. Vergabekammer beim Landesverwaltungsamt ist nach Abschnitt I Abs. 2 der gemeinsamen Geschäftsordnung der Vergabekammern (vgl. Bek. des MW vom 22.01.2004 - 42-32570-17, MBI. LSA Nr. 8/2004 v. 23.02.2004, geänd. d. Bek. des MW vom 12.01.2007 - 42-32570-17, MBI. LSA Nr. 6/2007 v. 05.02. 2007) örtlich zuständig, da der Antragsgegner seinen Sitz innerhalb der Grenzen der Stadt Halle hat.

Der Antragsgegner ist öffentlicher Auftraggeber gemäß § 98 Nr. 1 GWB.

Die Antragstellerin ist nach § 107 Abs. 2 GWB antragsbefugt. Nach dieser Vorschrift ist jedes Unternehmen antragsbefugt, das ein Interesse am Auftrag hat und eine Verletzung in seinen Rechten nach § 97 Abs. 7 GWB durch Nichtbeachtung von Vergabevorschriften geltend macht. Dabei ist darzulegen, dass dem Unternehmen durch die

behauptete Verletzung der Vergabevorschriften ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht.

Die Antragstellerin trägt vor, durch die behauptete unsachgemäße Nichtwertung des Nebenangebotes 3 in ihren Rechten nach § 97 Abs. 7 GWB verletzt zu sein. Die Antragstellerin geht davon aus, dass sie bei rechtskonformer Berücksichtigung des Nebenangebotes das preisgünstigste Angebot abgegeben habe. Dieser Vortrag ist für die Feststellung des Vorliegens der Antragsbefugnis ausreichend, s. a. Bundesgerichtshof, Beschluss v. 26.09.2006, X ZB 14/06).

Ebenso hat sie den Anforderungen des § 108 GWB genügt.

Die Antragstellerin hat auch dem Erfordernis des § 107 Abs. 3 S. 1 GWB i. V. m. § 121 Abs. 1 des Bürgerlichen Gesetzbuches (BGB) entsprochen. Entgegen der Auffassung der Beigeladenen wurde gegenüber dem Antragsgegner unverzüglich und damit rechtzeitig gerügt.

Ausschlaggebend für die Beurteilung der Rechtzeitigkeit des Rügevortrages ist hier der Eingang des Informationsschreibens gemäß § 13 VgV bei der Antragstellerin. Der diesbezügliche schriftsätzliche Vortrag der Antragstellerseite, diese habe das Informationsschreiben per Post erst am 26.01.2007 erhalten, blieb ebenso unwidersprochen wie der modifizierende anwaltliche Hinweis in der mündlichen Verhandlung, dass das Informationsschreiben einen Eingangsstempel vom 29.01.2007 aufweise.

Zu welchem dieser beiden Zeitpunkte das Informationsschreiben die Antragstellerin tatsächlich erreichte kann hier dahingestellt bleiben. Auch bei einem Zugang des Schreibens am Freitag, den 26.01.2007 hat die Antragstellerin ihre Pflicht zur unverzüglichen Rüge mittels Fax-Schreiben vom 30.01.2007 und damit rechtzeitig erfüllt. Ausweislich der Rechtsprechung des OLG Naumburg sowie der Spruchpraxis der erkennenden Kammer trifft den Rügeverpflichteten im Regelfall die Obliegenheit, innerhalb von drei bis fünf Tagen gegenüber der Auftraggeberseite zu rügen. Diesem Erfordernis wurde hier entsprochen. Anhaltspunkte für eine Verkürzung der Rügepflicht liegen weder vor noch wurden diese vorgetragen.

Soweit die Beigeladene die Ansicht vertritt, dass die Antragstellerin den am 05.02.2007 eingereichten Nachprüfungsantrag zu spät gestellt habe, vermag die erkennende Kammer dem nicht zu folgen. Zum einen ist den §§ 97 ff GWB keine Fristenregelung hinsichtlich des Nachprüfungsantrages selbst zu entnehmen und zum anderen sind keine Gesichtspunkte erkennbar, die die Prüfung einer eventuellen Verwirkung auch nur im Ansatz rechtfertigen könnten.

Der Nachprüfungsantrag der Antragstellerin ist auch begründet.

Der Antragsgegner hat bei der Wertung der Angebote gegen §§ 25 Nr. 1 Abs. 1b), 21 Nr. 1 Abs. 1 Satz 3 VOB/A und damit gegen bindendes Vergaberecht verstoßen, auf deren Einhaltung die Antragstellerin unter dem Gesichtspunkt der Gleichbehandlung einen Anspruch gemäß § 97 Abs. 2 GWB hat.

Ungeachtet der auch durch die erkennende Kammer geteilten Rechtsauffassung des Antragsgegners zur fehlenden Feststellbarkeit der Gleichwertigkeit des streitbefangenen Nebenangebotes 3 der Antragstellerin, verstößt die geplante Zuschlagserteilung zugunsten der Beigeladenen gegen das durch den Auftraggeber selbst gestaltete Anforderungsprofil an die formelle Vollständigkeit der einzureichenden Angebote.

Denn bei ordnungsgemäßer Durchsicht der Bieterunterlagen hätte dem Auftraggeber nicht entgehen dürfen, dass sowohl das Angebot der Antragstellerin als auch das der Beigeladenen sowie die der übrigen konkurrierenden Bieter aus einem oder mehreren Gesichtspunkten dem hier relevanten Anforderungsprofil nicht genügen und somit allesamt einer Zuschlagserteilung nicht zugänglich sind.

So finden sich in den Angebotsunterlagen der Antragstellerin zwar die geforderten Verpflichtungserklärungen der Nachauftragnehmer hinsichtlich der Ausführungsplaner, der Stahlbauer und der Betonbauer, jedoch liegen diese nicht im Original vor. Ebenso wurden die Formblätter „Verzeichnis der Leistungen anderer Unternehmer“ sowie das EFB-Preisblatt 5 lediglich in Kopie eingereicht. Ein Nachreichen der Originalunterlagen erfolgte nicht, hätte jedoch ohnehin zu keiner anderen Bewertung der Rechtslage geführt, da der Vorlagezeitpunkt auftraggeberseitig mit dem Zeitpunkt der Angebotsabgabe gleichgesetzt wurde.

Die Angebotsunterlagen der Antragstellerin widersprechen somit dem durch den Antragsgegner im Einklang mit den geltenden Regeln des Vergabewesens unter Ausübung seines Ermessens ausweislich Ziffer 3.3 der Bewerbungsbedingungen geforderten erhöhten Anforderungsprofil an die einzureichenden Unterlagen, welches durch das Erfordernis der Dokumentenechtheit aller vorzunehmenden Eintragungen eine Steigerung zum bloßen Schriftlichkeitserfordernis darstellt.

Da es sich bei den Verpflichtungserklärungen der Nachunternehmer, dem Verzeichnis der Leistungen anderer Unternehmen sowie beim EFB-Preisblatt 5 um Erklärungen im Sinne des § 21 Nr. 1 Abs. 1 Satz 3 VOB/A handelt, ist der Ausschluss der Antragstellerin gemäß § 25 Nr. 1 Abs. 1 b) VOB/A i.V.m. § 21 Nr. 1 Abs. 1 Satz 3 VOB/A zwingend. Es liegt eben nicht im Ermessen des Auftraggebers, festzustellen, ob ein solches Angebot ausnahmsweise in der Wertung zu bleiben vermag. In diesem Zusammenhang hat der BGH (Beschluss vom 18.02.2003, X ZB 43/02) im Rahmen der Zurückweisung des Antrages auf Divergenzbeschluss festgestellt, dass § 25 Nr. 1 VOB/A dem öffentlichen Auftraggeber kein Recht zu einer wie auch immer gearteten großzügigen Handhabung ermöglicht, sondern er vielmehr gezwungen ist, unvollständige Angebote aus der Wertung zu nehmen (s. a. BGH, Urteil vom 24.05.2005 – X ZR 243/02).

Während diese Fallkonstellation in der Vergangenheit zu einem Scheitern des auf Untersagung der Zuschlagserteilung gegenüber der Beigeladenen gerichteten Nachprüfungsantrages geführt hätte, hat der BGH in einer durch die erkennende Kammer ausdrücklich begrüßten Entscheidung nunmehr deutlich gemacht, dass unabhängig von der Zuschlagsfähigkeit des Angebotes der Antragstellerseite unter bestimmten Voraussetzungen dennoch ein Anspruch auf Untersagung der Bezuschlagung eines konkurrierenden Angebotes bestehen kann, BGH, Beschluss v. 26.09.2006, X ZB 14/06.

Dies ist immer dann der Fall, wenn - wie im vorliegenden Fall - die übrigen Angebote ebenfalls keiner Zuschlagserteilung zugänglich sind. Ob der Mangel an Zuschlagsfähigkeit immer aus einer verwandten oder gar gleichen Ursache herrühren muss, kann hier dahingestellt bleiben, da alle abgegebenen Angebote im Rahmen der Anwendung der §§ 25 Nr. 1 Abs. 1 b), 21 Nr. 1 Abs. 1 Satz 3 VOB/A zumindest auch aufgrund der nur in Kopie beiliegenden Verpflichtungserklärungen der Nachunternehmer in mindestens einem der drei geforderten Bereiche aus der weiteren Wertung herausfallen.

Dennoch möchte die erkennende Kammer nicht verhehlen, dass sie das Gebot der Gleichbehandlung unter dem Gesichtspunkt der Gleichwertigkeit aller auftraggeberseitig formulierten Anforderungen an die abzugebenden Angebote nicht erst dann als verletzt ansieht, wenn der Auftraggeber die im Wettbewerb stehenden Bieter im Rahmen der Subsumtion eines bestimmten Merkmals unterschiedlich behandelt.

Denn es geht nicht an, dass der Auftraggeber es in der Hand haben soll, abweichend von seinen eigenen Festlegungen mehr oder weniger zielgerichtet durch die nachträgliche vergaberechtswidrige besondere Betonung oder auch Entwertung grundsätzlich aber gleichwertiger Anforderungen an die bereits abgegebenen Angebote zum gewünschten Auswertungsergebnis zu gelangen.

Aus diesem Blickwinkel heraus erweist es sich als geradezu zwingend, dass es grundsätzlich rechtlich unbeachtlich sein muss, ob die Auftraggeberseite sich beim Ausschluss des streitbefangenen Nebenangebotes auf den hier relevanten Ausschlussgrund stützt oder nicht.

Unter Beachtung des Gleichbehandlungsgrundsatzes und des Gebotes der Transparenz sah sich die Kammer zur Gewährleistung des freien Wettbewerbes und zur Herstellung der Rechtmäßigkeit der Vergabe befugt, den Antragsgegner zur Neuwertung zu verpflichten. Die Anweisung zur Neuwertung ist im Zusammenhang mit der Pflicht der Öffentlichen Hand zu

gesetzeskonformem Verhalten im Zusammenhang mit den Darlegungen in diesem Beschluss ein ausreichendes Mittel, die festgestellten Rechtsverletzungen zu beseitigen und eine weitere Schädigung der betroffenen Interessen zu verhindern.

III.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 128 Abs. 3 GWB. Der Antragsgegner hat die Kosten des Verfahrens zu tragen.

Die Hinzuziehung eines Bevollmächtigten durch die Antragstellerin war angesichts der sachlichen und rechtlichen Schwierigkeiten des Falles notwendig, § 128 Abs. 4 Satz 3 GWB in Verbindung mit § 80 Abs. 2 Verwaltungsverfahrensgesetz (VwVfG).

Gemäß § 128 Abs. 3 GWB sind die Kosten des Nachprüfungsverfahrens vor der Vergabekammer von demjenigen bzw. denjenigen zu tragen, die im Verfahren unterliegen. Für die Beurteilung des Obsiegens bzw. Unterliegens eines Beteiligten ist allein der Ausgang des Nachprüfungsverfahrens im Verhältnis zu dem von ihm gestellten Antrag in diesem Verfahren maßgeblich. In diesem Nachprüfungsverfahren wird dem Antrag der Antragstellerin entsprochen. Somit kommt es zum Unterliegen des Antragsgegners, so dass dieser die Kosten des Verfahrens zu tragen hat.

Die Höhe der Kosten bestimmt sich nach dem personellen und sachlichen Verwaltungsaufwand, welchen der Antrag bei der Kammer verursacht hat, und der wirtschaftlichen Bedeutung des Gegenstandes des Nachprüfungsverfahrens.

Die Höhe der Gebühren (§ 128 Abs. 2 Satz 2 GWB) beträgt aufgrund der geprüften Bruttoangebotssumme abzüglich des Nachlasses der Antragstellerin und des Nebenangebotes 2 (..... EUR) Euro.

Zu den fälligen Gebühren addieren sich Auslagen (§ 128 GWB i. V. m. § 10 Verwaltungskostengesetz des Landes Sachsen-Anhalt) in Höhe von Euro.

Die Höhe der Gesamtkosten für das Verfahren beläuft sich demnach auf

..... €

§ 128 Abs. 1 Satz 1 GWB.

Die Einzahlung des Betrages in Höhe von € hat nach Eintritt der Bestandskraft des Beschlusses durch den Antragsgegner unter Verwendung des Kassenzeichens 3300-..... auf das Konto 810 015 00 bei der Landeshauptkasse Dessau, Deutsche Bundesbank Magdeburg, BLZ 810 000 00 zu erfolgen.

Die Antragstellerin erhält den geleisteten Vorschuss nach Eintritt der Bestandskraft des Beschlusses zurückerstattet.

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 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 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. Thomas

gez. Pönitz

gez. Foerster