

Beschluss

dazu OLG-Entscheidung 1 Verg 14/01 vom 30.05.2002

AZ: VK Hal 08/00 F

Halle, 22.10.2001

- Rechtzeitigkeit der Rüge
- Zulässigkeit des Feststellungsantrages
- fehlerhafter Eröffnungstermin
- Beginn des Nachprüfungsverfahrens
- fehlerhafte Wertung, Verstoß gegen Wettbewerbsprinzip und Chancengleichheit
- § 9 VwVfG LSA
- §§ 97, 107 Abs. 3, 113, 114 Abs. 2 GWB
- §§ 22, 25 Nr. 1 i.v.m. 21 Abs. 1 VOB/A
- OLG Naumburg Beschluss: 1 Verg 14/01

In dem Feststellungsverfahren der

Firma GmbH

Verfahrensbevollmächtigte

Antragstellerin

gegen

die mbH

Verfahrensbevollmächtigte mbH

Antragsgegnerin

wegen

gerügtem Vergabeverstoß zur Vergabe von Grundwassersanierungsarbeiten im 2. Bauabschnitt auf der ehemaligen Liegenschaft der städtebaulichen Entwicklungsmaßnahme in hat die Vergabekammer aufgrund der mündlichen Verhandlung am 06.09.2001 unter Mitwirkung des Vorsitzenden Oberregierungsrat Thomas, der beamteten Beisitzerin Regierungsamtsrätin Katzsch und des ehrenamtlichen Beisitzers Herrn Dolge beschlossen:

1. Es wird festgestellt, dass die Zuschlagserteilung für die Lose 1, 2, 3, 4-1 und 4-2 rechtswidrig war und auf das Hauptangebot der Antragstellerin der Zuschlag für alle Lose hätte erteilt werden müssen.
2. Die Antragsgegnerin trägt die Kosten des Verfahrens.
3. Die Gesamtkosten werden auf DM festgesetzt.

Gründe

I.

Mit Veröffentlichung im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften, abgesandt zur Veröffentlichung am, hat die mbH im Treuhandauftrag der im Offenen Verfahren die Grundwassersanierungsarbeiten im 2. Bauabschnitt auf der ehemaligen -Liegenschaft der städtebaulichen Entwicklungsmaßnahme ausgeschrieben. Die Maßnahme beinhaltet, aufgeteilt in fünf Lose, die Sanierung von kontaminiertem Grundwasser auf vier voneinander unabhängigen Teilflächen. Die Sanierungsmaßnahme soll einen Zeitraum bis zu sechs Jahren beanspruchen. Gemäß der Vergabebekanntmachung waren Angebote für die Gesamtmaßnahme einzureichen, jedoch behielt sich die Antragsgegnerin eine Vergabe einzelner Lose vor.

Nebenangebote und Änderungsvorschläge waren nach der Bekanntmachung ausdrücklich zugelassen. Hierzu enthalten die Allgemeinen Vertragsbedingungen unter Punkt 4 - Abweichungen von der Leistungsbeschreibung- nachfolgende Forderungen:

- 4.1 Der Bieter ist berechtigt, Sondervorschläge zu unterbreiten. Sofern die Sondervorschläge nicht pauschal angeboten werden, muss eine klare Überprüfung der Einzelposition möglich sein.
Zusätzliche Genehmigungen, Änderungen in der Tragwerksplanung, Änderungen in der Planung, Detailplanung etc. durch die Sondervorschläge gehen zu Lasten des Bieters/Auftragnehmers.
- 4.2 Nebenangebote oder Änderungsvorschläge für besondere Verfahren, Fabrikate und Bauweisen sind zulässig. Diese sind neben dem Hauptangebot einzureichen. Die Kostensumme ist wie im Hauptangebot abzugeben, nach Einzelpositionen aufzugliedern und mit einer Zusammenstellung der Endbeträge so kenntlich zu machen, dass ein einwandfreier Vergleich mit dem Hauptangebot möglich ist. Die Nebenangebote sowie Änderungsvorschläge müssen eine Erklärung über die Verbindlichkeit der Massenangaben enthalten und sind vom Bieter zu unterschreiben. Nebenangebote und Änderungsvorschläge, die den vorgenannten Anforderungen nicht entsprechen, werden von der Bewertung ausgeschlossen.

Weiterhin war nach der Leistungsbeschreibung (vgl. Seite 61) dem Angebot eine technische Beschreibung einschließlich eines Machbarkeitsnachweises beizufügen.

Kriterien für die Zuschlagserteilung hatte die Antragsgegnerin in der Vergabebekanntmachung nicht benannt. Lediglich nach den Allgemeinen Vertragsbedingungen waren der Vergabe die „Allgemeinen Bestimmungen für die Vergabe von Bauleistungen,, DIN 1960 (Teil A der VOB) zu Grunde zu legen.

Hinsichtlich des Leistungsverzeichnisses stellte die Antragsgegnerin unter Punkt 3 der Allgemeinen Vertragsbedingungen folgende Forderungen und Vorbehalte auf:

- ◆ In Eventualpositionen sind Leistungen ausgeschrieben, die ohne Anspruch auf Ersatz ganz oder teilweise entfallen können, da der Bedarf erst während der Bauphase festgestellt werden kann. Der Einheits- und Gesamtpreis ist einzutragen und mit der Gesamtsumme auszuweisen.
- ◆ In Alternativpositionen sind Leistungen ausgeschrieben, die als Ersatz für vorangehende Positionen angewandt werden können. Es ist nur der Einheitspreis einzusetzen. In der Angebotssumme bleiben diese Positionen unberücksichtigt.
- ◆ Die mbH behält sich vor, die Auftragssumme unter Berücksichtigung der Alternativposition zu ermitteln und vergleichend auszuwerten.

Das herausgegebene Leistungsverzeichnis enthält u.a. nachstehende Positionsbeschreibungen:

Los 1

Pos. 4.4: 1 Monat	Betrieb/Wartung der Grundwasserbehandlungsanlage weiterer Betrieb/Wartung wie Pos. 4.2 + 4.3	EP	
-------------------	--	----	--

Los 1 - 4.2

Pos. 2.3: 200, 300 bzw. 500 m Bauzaun	Lieferung und Montage eines Bauzaunes (Höhe mind. 2m) zur Umzäunung des gesamten Schwarzbereiches, einschl. entspr. Beschilderung u. Demontage/Abtransport nach Bauende	EP	GP
---------------------------------------	---	----	----

Pos. 3.3: 150, 100 (gilt nicht für Los 4-2) bzw. 200 lfd. m Errichtung Horizontaldrainage DN 100 (Alternativpos. zu 3.2) -wie Pos.5.2, jedoch durch Herstellg. eines Rohrgrabens (...), Kosten einschl. erford. Wasserhaltung und-reinigung (Abreinigung über Aktivkohlefilter)	EP	GP
---	----	----

Pos. 4.1.2: 1 Stck.	Grundwasserbehandlungsanlage für biologische in-situ-Sanierung (Alternativposition zu Pos. 4.1.1) -einschl. Dosierungstechnik und sonst. Einrichtungen	EP	GP
---------------------	--	----	----

Nach der vorgelegten Niederschrift über den Eröffnungstermin am 11.10.1999, 14:00 Uhr beteiligten sich am Verfahren 10 Bieter mit nachstehend aufgeführten Gesamtangeboten:

Nr. d. Angeb.	Name des Bieters	Angebotssumme in DM	andere den Preis betreff. Angaben
1	B	13.443.692,98	5% R.
2	W	6.425.122,81	2% R., 1 NA
3	I	14.423.718,40	3% R., Urkalkulation
4	B	4.048.342,14	3% R., Kurz LV, 5 Sondervorschläge
5	S	7.992.649,40	1 NA
6	S	14.349.076,45	2 NA
7	A	12.943.500,40	1 NA, Urkalkulation
8	L	12.442.823,52	7 NA, Urkalkulation
9	E	5.347.173,12	4 NA, Urkalkulation, nur Lose 1 – 4-1
10	I	-	nur Spezialleistungsangebot

Im Auftrag der Auftraggeberin führte die GmbH-Niederlassung die fachtechnische und rechnerische Prüfung und Auswertung der Angebote durch. Aus der Auswertung geht hervor, dass nur das Angebot des Ingenieurbüros den formellen Anforderungen nicht entspreche. Alle anderen Hauptangebote bezog sie in die rechnerische Prüfung ein.

Bei der Wertung der anderen Angebote wurden zur Ermittlung der Preisvergleiche die Kosten für die Einleitung des gereinigten Grundwassers nicht berücksichtigt, um nach Darstellung des Prüfers einen realistischen Vergleich der Angebote zu erhalten (Position 4.6). Bei der Nichtberücksichtigung der Entsorgungskosten für gereinigtes Grundwasser stützt sich die GmbH auf einen Schriftsatz des Umweltamtes der und vertritt die Auffassung, dass darin eine kostenlose Re-Infiltration und die kostenlose Einleitung in den Vorfluter bestätigt sei.

Als wirtschaftlich annehmbarstes Angebot ermittelte die Antragsgegnerin unter Einbeziehung der eingereichten Nebenangebote 1, 2, 3 und 5 für die Lose 1, 2, 3 und 4-2 die Bietergemeinschaft GmbH mit einer Bruttogesamtsumme von 2.096.593,80 DM. Für das Los 4-1 ermittelte die Antragsgegnerin als Mindestbieterin, unter Einbeziehung der Fördermittel des Landes Sachsen-Anhalt, die Fa. GmbH mit einer Bruttogesamtsumme von 375.877,70 DM.

Die Antragstellerin beantragte bei der Antragsgegnerin mit Fax-Schreiben vom 05.11.1999, dass ihr mindestens 10 Tage vor der beabsichtigten Zuschlagserteilung mitzuteilen sei, wer den Zuschlag erhalten soll und aus welchen Gründen ihr Angebot abgelehnt werden würde. Diese beantragte Vorinformation erfolgte seitens der Antragsgegnerin nicht.

Die Antragsgegnerin bat mit Schreiben vom 23.12.1999 für die Ausschreibung um eine Verlängerung der Zuschlags- und Bindefrist bis zum 29.02.2000. Alle Bieter stimmten der Verlängerung zu.

Mit Fax-Schreiben vom 22.02.2000, eingegangen am 23.02.2000 teilte die Antragsgegnerin der Antragstellerin mit, dass sie *beabsichtige*, der Bietergemeinschaft den Zuschlag zu erteilen.

Die Antragstellerin rügte mit Schreiben vom 25.02.2000 gegenüber der Antragsgegnerin den beabsichtigten Vergabeverstoß, da sie ausweislich des Eröffnungsprotokolls mit ihrem Angebot in Höhe von 3.489.950,12 DM an erster Stelle läge.

Parallel zur Rüge legte die Antragstellerin Beschwerde bei der Vergabekammer Halle, Eingang per Fax am Freitag den 25.02.2000, ein. Diese wurde der Antragsgegnerin am Montag, den 28.02.2000 zugestellt und über die Unzulässigkeit einer Zuschlagserteilung mit Zugang dieses Schreibens gemäß § 115 Absatz 1 Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) belehrt.

Nach Bekanntwerden der Zuschlagserteilung an die Bietergemeinschaft für die Lose 1, 2, 3 und 4-2 sowie an die Fa. GmbH für das Los 4-1 wandelte die Antragstellerin mit Schriftsatz vom 10.04.2000, eingegangen am 11.04.2000, den Nachprüfungsantrag in einen Feststellungsantrag gemäß § 114 Abs. 2 Satz 2 GWB um.

Anhand der abgeforderten Unterlagen stellte die Kammer fest, dass im abgegebenen Hauptangebot der Fa. GmbH in den Losen 3, 4-1, 4-2 im Titel 4 der Leistungsposition 4.1 -Lieferung / Montage Anlagentechnik- die Angabe des geforderten Preises fehlt.

Das Hauptangebot der Fa. GmbH bezieht sich nicht auf die vorgegebenen 5 Lose, sondern nur auf die Lose 1, 2, 3, 4-1. Das Los 4-2 fehlt im Angebot.

Des Weiteren wurden im Titel 5 der Lose 2 und 3, in den Leistungspositionen 5.3.3 und 5.5.3 durch den Bieter Änderungen am vorgegebenen Leistungsverzeichnis hinsichtlich der Mengenzahl vollzogen.

Die Bietergemeinschaft GmbH, GmbH, hat im Hauptangebot zum einen in den Losen 3, 4-1, 4-2, Titel 4, Leistungsposition 4.1 die Angabe des geforderten Preises nicht angeboten und zum anderen wurde in der Leistungsposition 4.6.1 im Los 4-1 durch den Bieter eine Änderung des von ihm eingetragenen Einheitspreises vorgenommen. Die genaue Angabe des Preises ist nicht zweifelsfrei erkennbar.

Im Angebot der Fa. KG fehlt im Los 1, Titel 3 in der Leistungsposition 3.5 die geforderte Angabe des Preises sowie in der Leistungsposition 4.1.2 jegliche Preisangabe, also auch der Einheitspreis als Alternativposition zu 4.1.1.

Im Angebot der Fa. fehlen in allen Losen in der Position 4.1.2 die Angabe des geforderten Einheitspreises. Des Weiteren wurden im Los 4-1 umfangreiche Korrekturen am Einheits- und Gesamtpreis mit einem Blanco-Fluid durchgeführt.

Im Hauptangebot der Bieterin Aktiengesellschaft wurden am Einheitspreis im Los 3 der Leistungspositionen 4.3, 5.3.9 und im Los 4-2 der Positionen 3.6 und 4.6.1 Korrekturen durch den Bieter vorgenommen.

Die Bieterin Fa. GmbH hat ebenfalls im Hauptangebot im Los 2, Leistungsposition 2.4 und Position 4.6.1 Preisangaben überweist. Des Weiteren wurden im Los 4-2 in der Position 4.6 am vorgegebenen Leistungsverzeichnis und in der Position 5.1 an den Mengenangaben Änderungen durchgeführt.

Die Antragstellerin reichte mit ihrem Angebot die geforderte technische Dokumentation ein. Dem gekennzeichneten Angebot der Bietergemeinschaft lag keine technische Dokumentation (technische Beschreibung einschließlich Machbarkeitsnachweis) bei. Die mit dem Hauptangebot in den Losen 1, 2, 3 und 4-2 bezuschlagten Nebenangebote 1, 2, 3 und 5 der Bietergemeinschaft / hatten folgenden Inhalt (beispielgebend Los 1):

1. Nebenangebot:

Los 1 – Teilfläche A (M 24)

Unter Anerkennung der Ausschreibungsunterlagen und des Leistungsverzeichnisses zum oben genannten Projekt der Grundwassersanierung in der ehemaligen Liegenschaft möchten wir Ihnen folgendes Nebenangebot zum Los 1 unter Beibehaltung aller nicht genannten Positionen des Hauptangebotes unterbreiten:

Die Förderung des kontaminierten Grundwassers zur hydraulischen Sanierung erfolgt ausschließlich durch die vorhandenen und neu zu errichtende Brunnen DN 300 und einer in Pos. 3.3 enthaltenen Horizontaldrainage.

Die Ableitung des gereinigten Grundwassers erfolgt nur über Infiltration in Brunnen und Drainagesystem. Damit entfallen die Einleitung in den Kanal und den damit verbundenen Einleitgebühren aus Pos. 4.6.2.

Weiterhin ist es nicht notwendig nach ZH 1/183 den gesamten Grundwasserschadensbereich mit Bauzaun einzugrenzen. Wir schlagen vor, nur den Bereich der - Sanierungsanlage entsprechend einzuzäunen, da nur dort der mögliche Kontakt mit den Schadstoffen im Grundwasser stattfinden kann.

Pos.	Leistung	Menge	EP (DM)	GP (DM)
2.3	Bauzaun Errichtung um den S/W-Bereich und Demontage nach Bauende. Benötigt werden noch ca. 42 m Bauzaun	-458,00 m		20,00-9.160,00
3.2	Errichtung Horizontaldrainage mittels Horizontalbohrung Diese Position entfällt durch Verwendung der Pos. 3.3	150,00 m		253,00-37.950,00
3.3	Errichtung Horizontaldrainage DN 100 mittels Tiefbautechnik	150,00 m	40,20	6.030,00
4.6.2	Einleitgebühren in Kanalisation 55.000,00 m³/a	5 Jahre	196.350,00	981.750,00
<u>Einsparung Gesamtsumme netto</u>				<u>-1.022.830,00</u>

Angebotssumme des Hauptangebotes Los 1 netto 1.494.552,00 DM
 Reduzierung durch 1. Nebenangebot Los 1 um netto 1.022.830,00 DM

Gesamtsumme Los 1 netto 471.722,00 DM
 Unter Berücksichtigung der Reduzierung!

Ausweislich der vorgelegten Unterlagen führte die Antragsgegnerin u.a. am 20.10.1999, 14 Uhr mit der Bietergemeinschaft / ein Bietergespräch zur Aufklärung des Angebotsinhaltes nach § 24 VOB/A durch. Zu Beginn des Gespräches übergab die Bietergemeinschaft der Antragsgegnerin die technische Dokumentation des vorgeschlagenen Verfahrens.

In der Niederschrift wurde unter Punkt 2 festgehalten, dass die in den Ausschreibungsunterlagen angegebenen Sanierungszielwerte nur für die Einleitung des gereinigten Grundwassers in den Anstrom gelten sollen. Für eine Einleitung in den Abstrom und Vorfluter würden vom Umweltamt der noch Einleitwerte festgelegt. Weiterhin wurde im Punkt 3 dargelegt, dass als Sanierungsverfahren generell das Stripping-Verfahren mit einer bzw. zwei hintereinander geschalteten Anlagen verwendet werden würde (Beschreibung des Sanierungsverfahrens).

Hinsichtlich der erfolgten Zuschlagserteilungen hat sich aufgrund von nachgeforderten Unterlagen durch die Vergabekammer ergeben, dass das Zuschlagsschreiben vom 17.02.2000 für die Lose 1, 2, 3 und 4-2 laut dem Eingangsstempel nachweislich erst am 28.02.2000 bei der Bietergemeinschaft / eingegangen ist. Das Zuschlagsschreiben wurde unter dem Vorbehalt „...gilt nur im Zusammenhang mit der rechtsgültigen unterschriebenen Bietererklärung.“ der Bietergemeinschaft zugesandt. Der Kammer wurde diesbezüglich nur eine Kopie der geforderten Bietererklärung ohne Datum vorgelegt. Sie enthält Faxzeilen, woraus sich ergibt, dass diese zwischen den Mitgliedern der Bietergemeinschaft wechselseitig zugefaxt worden ist. Sinngemäß umfasst diese Erklärung Aussagen zum Baubeginn nach Zuschlagserteilung und Forderungen der (Schreiben vom 29.11.1999) ohne Mehrkosten, insbesondere das sämtliches gereinigtes bzw. behandeltes Grundwasser ausschließlich in den Anstrom der Grundwassersanierungsstellen reinfiltriert wird. Die Annahmeerklärung des Auftrages erfolgte durch die Bietergemeinschaft am 22.03.2000. Durch die Fa. GmbH wurde zum 04.12.1999 der Empfang des Auftrages für das Los 4-1 bestätigt.

Zur Begründung des Antrages der Antragstellerin auf Einleitung eines Feststellungsverfahrens trägt diese vor, dass die durchgeführte Zuschlagserteilung rechtswidrig erfolgt sei, da ausweislich des Submissionsergebnisses die Bietergemeinschaft / mit ihrem Angebot in Höhe von 10.726.572,00 DM (netto) lediglich an vierter und die Antragstellerin mit einem Angebot in Höhe von 3.489.950,12 DM (netto) an erster Stelle läge. Der Zuschlag sei damit nicht auf das wirtschaftlichste Angebot erteilt worden, da auch das Angebot der Antragstellerin in der Wertung verblieb.

Im Übrigen habe es Ungereimtheiten im zeitlichen Ablauf des Vergabeverfahrens gegeben, ebenso sei die Identität des Bietergemeinschaftspartners Fa. nicht hinreichend aufgeklärt.

Auch nach Recherchen bei mehreren Wirtschaftsinformationsdiensten könne die Antragstellerin eine Firma nicht ausfinden machen. Es existiere lediglich eine GmbH & Co. KG in, die in eine Zweigniederlassung unterhalte.

Die Antragstellerin beantragt festzustellen, dass

die Zuschlagserteilung der Lose 1, 2, 3, 4-1 und 4-2 rechtsfehlerhaft erfolgte und die Zuschlagserteilung zu Gunsten der Antragstellerin hätte erfolgen müssen.

Die Antragsgegnerin beantragt,

1. den Antrag der Antragstellerin zurückzuweisen,
2. die Hinzuziehung eines Rechtsbeistandes für notwendig zu erklären und
3. die Kosten und Auslagen der Antragstellerin aufzuerlegen.

Sie vertritt die Auffassung, die Beschwerde sei schon deshalb unzulässig, weil der Zuschlag für die Lose 1, 2, 3 und 4-2 mit Schreiben vom 17.02.2000 (Eingang am 25.02.2000) an die Bietergemeinschaft / und für das Los 4-1 mit Schreiben vom 10.11.1999 (Eingang am 10.11.1999) an die Fa. GmbH erteilt worden sei. Demzufolge erfolgte die

Beschwerdeeinlegung zu spät, weil der Zuschlag vor Einleitung des Nachprüfungsverfahrens erteilt worden sei.

Die Antragstellerin könne daher ihre Anträge nicht auf ein Feststellungsbegehren gemäß § 114 Abs. 2 GWB umstellen. Diese Vorschrift setze nämlich voraus, dass sich das Nachprüfungsverfahren nach Einleitung durch Zuschlagserteilung erledigt habe. Hierfür reiche es nicht aus, dass der Nachprüfungsantrag der Vergabekammer vor Zuschlagserteilung zugegangen sei; vielmehr sei zusätzlich eine Einleitung des Nachprüfungsverfahrens durch ein Tätigwerden der Vergabekammer nach außen (entsprechend § 9 Verwaltungsverfahrensgesetz des Landes Sachsen-Anhalt), in Form der Zustellung an den Auftraggeber erforderlich. Die Vergabekammer sei erstmals am 28.02.2000 gegenüber der Antragsgegnerin tätig geworden.

Außerdem sei die Beschwerde ferner deshalb unzulässig, weil die Antragstellerin ihrer Rügeobliegenheit nicht innerhalb der gesetzlich vorgeschriebenen Frist nachgekommen sei. Hinsichtlich des Teilloses 4-1 sei der Zuschlag bereits mit Schreiben vom 10.11.1999 erteilt, die Rüge aber stamme aus dem Februar 2000 und sei somit in einem erheblichen zeitlichen Abstand nach Zuschlagserteilung erhoben.

Hinsichtlich der bezuschlagten Lose 1, 2, 3 und 4-2 trägt die Antragsgegnerin weiterhin vor, dass die Reduzierung des Bauzaunes von 500, 300 bzw. 200 m auf ca. 42 m möglich sei, da es auf der Grundlage der Berufsgenossenschaftlichen Regeln für Sicherheit und Gesundheit bei der Arbeit -BGR- für kontaminierte Bereiche (aufgenommen in das „Berufsgenossenschaftliche Vorschriften- und Regelwerk für Sicherheit und Gesundheit bei der Arbeit“ unter Nr. 128, die die „Richtlinien für Arbeiten in kontaminierten Bereichen“ -ZH 1/183- vom April 1992 ersetzen) nicht notwendig sei, den gesamten Grundwasserschadensbereich mit einem Bauzaun einzugrenzen. Da das Erdreich von der Oberfläche bis zum Grundwasserleiter (ca. 2,0 m bis 5,0 m) nicht kontaminiert sei, reiche eine Umzäunung des Bereiches der Grundwassersanierungsanlage aus, weil nur dort der mögliche Kontakt mit den Schadstoffen im Grundwasser stattfinden könne.

Die Beteiligten hatten in der mündlichen Verhandlung Gelegenheit, ihren Vortrag zum Sachverhalt und zur rechtlichen Würdigung zu ergänzen.

Die Antragstellerin hat mit Schreiben vom 10.04.2000 Akteneinsicht gemäß § 111 GWB beantragt, die mit Beschluss, unter Ausnahme der Einsichtnahme in die Angebote der Mitbieter, gewährt wurde.

Hinsichtlich der weiteren Einzelheiten zum Sachverhalt und zum Vortrag der Beteiligten wird auf deren Schriftsätze, auf das Protokoll der mündlichen Verhandlung sowie auf die vorgelegten Vergabeakten Bezug genommen.

II.

Der Antrag der Antragstellerin ist zulässig.

1. Die sachliche Zuständigkeit der Vergabekammer folgt aus § 100 GWB bzw. Abschnitt II Abs. 1 – Einrichtung und Zuständigkeit der Vergabekammer – des Runderlasses des Ministeriums für Wirtschaft und Technologie – Richtlinie über die Einrichtung von Vergabekammern in Sachsen-Anhalt – vom 04.03.1999-63-32570/03. Die Beschwerde 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 - Grundwassersanierung im 2. Bauabschnitt auf der ehemaligen Liegenschaft der Entwicklungsmaßnahme in handelt es sich um eine Bauleistung im Sinne § 1a VOB/A Fassung 1993. Da der Gesamtauftragswert der Grundwassersanierung die 5 Millionen Europäische Währungseinheiten (Millionen DM) überschreitet sind die Bestimmungen der a-Paragrafen zusätzlich zu den Basisparagrafen anzuwenden.

Die Vergabekammer beim Regierungspräsidium Halle ist nach Abschnitt II Abs. 1 und 2 der vorbezeichneten Richtlinie auch örtlich zuständig, da die Antragsgegnerin ihren Sitz innerhalb der Grenzen des Regierungspräsidiums Halle hat.

2. Die Antragsgegnerin ist öffentliche Auftraggeberin gemäß § 98 Nr. 2 GWB.
3. Entgegen der Auffassung der Antragsgegnerin ist das Erfordernis der rechtzeitigen Rüge mit dem 25.02.2000 erfüllt.
Gemäß § 107 Abs. 3 GWB hat die Antragstellerin nach Erkennen des Vergabeverstößes diesen unverzüglich bei der Vergabestelle zu rügen.
 - 3.1 Dem Erfordernis der rechtzeitigen Rüge ist die Antragstellerin hinsichtlich der einzelnen Leistungsabschnitte, die mit Los 1, 2, 3 und 4-2 umschrieben sind, durch die Zusendung des Schreibens an die Antragsgegnerin vom 25.02.2000 ausreichend nachgekommen. Nach den schriftlichen Äußerungen der Antragsgegnerin vom 22.02.2000, mit der Information der beabsichtigten Zuschlagserteilung an die Bietergemeinschaft / und der ablaufenden Zuschlags- und Bindefrist zum 29.02.2000, stand die Zuschlagserteilung unmittelbar bevor. In diesem Stadium des Vergabeverfahrens konnte von der Antragstellerin nicht verlangt werden, dass diese nach Versenden der Rüge zunächst abwartet, ob die Vergabestelle auf ihr Vorbringen reagiert, um dann zu entscheiden, inwieweit die Beantragung eines Nachprüfungsverfahrens vor der Vergabekammer erforderlich ist. Da mit Erteilung des Zuschlags der Primärrechtsschutz für die Antragstellerin verloren ginge, würde ihr daraus ein Nachteil erwachsen.
 - 3.2 Ebenso verhält es sich mit dem Leistungsabschnitt, der mit Los 4-1 umschrieben ist. Auch hier ist entgegen der immer wieder geäußerten Auffassung der Antragsgegnerin das Erfordernis der rechtzeitigen Rüge erfüllt. Denn nach § 107 Abs. 3 GWB führt ein Antrag nur dann zur Unzulässigkeit, wenn die Antragstellerin den gerügten Verstoß gegen Vergabevorschriften im Vergabeverfahren erkannt und nicht unverzüglich gerügt hat.
Im vorliegenden Fall wurde die Antragstellerin erst durch das Schreiben der Antragsgegnerin vom 22.02.2000 davon in Kenntnis gesetzt, dass sie beabsichtige, den Zuschlag für die Gesamtmaßnahme an die Bietergemeinschaft / zu erteilen. Sie konnte also zu keinem früheren Zeitpunkt von einem vergabewidrigen Verhalten der Antragsgegnerin ausgehen, so dass die Einlegung der Rüge generell als rechtzeitig anzusehen ist.
4. Der Feststellungsantrag gilt auch im Hinblick auf § 114 Abs. 2 S. 2 GWB, wonach einem Antrag auf Feststellung stets ein Nachprüfungsverfahren vorausgehen muss, welches durch Zuschlagserteilung, durch Aufhebung oder durch Einstellung des Vergabeverfahrens oder in sonstiger Weise seine Erledigung gefunden hat, als rechtzeitig eingereicht.
Für die Frage der Rechtzeitigkeit der Beschwerdeinlegung ist demnach sowohl der Zeitpunkt der Zuschlagserteilung als auch der Zeitpunkt von Bedeutung, zudem das Nachprüfungsverfahren als eingeleitet gilt.
 - 4.1 Soweit die Antragsgegnerin hinsichtlich der Leistungsabschnitte, die mit Los 1, 2, 3 und 4-2 umschrieben sind, die Auffassung vertritt, dass ihrerseits zum 25.02.2000 die Zuschlagserteilung vollzogen worden sei, vermag sie nicht durchzudringen. Das von ihr auf den 17.02.2000 datierte Schriftstück ist nicht als Zuschlagsschreiben zu werten.

Da es sich bei einem Zuschlagsschreiben um eine empfangsbedürftige Willenserklärung handelt, ist für den Zeitpunkt des Zustandekommens der vertraglichen Bindung ausschließlich der Zugang des Zuschlagsschreibens beim Anbieter von Bedeutung. Das fragliche Schriftstück trägt den Eingangsstempel der Zuschlagsempfängerin vom 28.02.2000, der von der Antragsgegnerin behauptete Zugang kann daher bereits nach

Aktenlage nicht zum 25.02.2000 gegenüber der bezuschlagten Bietergemeinschaft erfolgt sein.

Ungeachtet dessen kann diesem Schreiben nach Auffassung der erkennenden Kammer ohnehin keine statusändernde Bedeutung auf einen Vertragsschluss hin zukommen, da es gemäß den auch im Vergaberecht geltenden Grundsätzen des Vertragsrechtes an der Deckungsgleichheit von Angebot und Annahme mangelt. Die Antragsgegnerin hat ihr auf den 17.02.2000 datiertes Schreiben unter den Vorbehalt der Vorlage einer rechtsgültig unterschriebenen Bietererklärung gestellt. Diese war teilweise zwar ursprünglicher Bestandteil des Anforderungsprofils gegenüber den Bietern, sie enthält jedoch Forderungen, die in Gänze nicht vom eingereichten Angebot der Bietergemeinschaft umfasst sind, so dass im fraglichen Schreiben eine Modifizierung und somit ein neues Angebot, nunmehr seitens der Antragsgegnerin gegenüber der später bezuschlagten Bietergemeinschaft, zu sehen ist.

Erst der Zeitpunkt des Eingangs der Bietererklärung bei der Antragsgegnerin könnte als Datum des Vertragsschlusses in Betracht kommen.

Trotz mehrfacher Aufforderung wurde der Zeitpunkt des Eingangs dieser Bietererklärung seitens der Antragsgegnerin nicht offengelegt, so dass ein Zustandekommen des Vertrages allenfalls mit der Aufnahme der Arbeiten am 26.04.2000 als gesichert gelten kann.

Weitere Aufklärungen durch die Kammer waren hier entbehrlich, da für die Kammer nunmehr feststeht, dass der Vertragsschluss erst nach der Antragstellung gegenüber der Kammer erfolgte.

- 4.2 Im Ergebnis gilt dies ebenso für den Leistungsabschnitt, der mit Los 4-1 umschrieben wird. Zwar verhält es sich hier so, dass der Zuschlag für diesen Abschnitt unstrittig vor dem 25.02.2000 und somit vor Eingang der Beschwerde bei der Vergabekammer liegt. Diesem Umstand kommt im vorliegenden Fall ausnahmsweise keine rechtliche Relevanz zu.

Die Antragsgegnerin hat sich selbst aufgrund der durchgeführten Submission und des sich daran anschließenden Wertungsverhaltens der Möglichkeit einer losweisen Vergabe begeben. Abweichend von dem im Rahmen der Bekanntmachung veröffentlichten grundsätzlichen Vorbehalt einer losweisen Vergabe wurde die Submission analog einer Gesamtvergabe durchgeführt.

§ 22 Nr. 3 Abs. 2 VOB/A legt fest, dass die Angebote nach Öffnung und Kennzeichnung in ihren Endbeträgen oder ihren einzelnen Abschnitten zu verlesen sind. Der Begriff des Abschnittes ist hier dem des Loses gleichbedeutend. Eine mit den Bestimmungen des § 22 Nr. 3 Abs. 2 VOB/A konforme Submission hätte hier neben der Verlesung der Preise für die Gesamtmaßnahme auch die Verlesung der Preise der einzelnen Lose beinhalten müssen. Nur so wird man dem Spannungsfeld zwischen Vertraulichkeit und Transparenz der Angebote gerecht, da der einzelne Bieter nur in dieser Weise die Möglichkeit erhält, möglichst frühzeitig seine Erfolgsaussichten realitätsnah einzuschätzen und seine künftige Unternehmensplanung darauf einzurichten - so auch der vom anwaltlichen Vertreter der Antragsgegnerin viel zitierte Handkommentar Motzke/Pietzcker/Prieß, VOB/A, § 22 Rdn. 33. D.h., die Bedeutung des § 22 VOB/A darf demnach nicht unterschätzt werden, da bereits dort die Weichen für die Wertung abschließend gestellt werden.

Wollte die Auftraggeberin von ihrem Vorbehalt dennoch Gebrauch machen, so hätte sie durch ihren eingesetzten Verhandlungsleiter vor Abschluss der Wertung allen Anbietern schriftlich die Information zukommen lassen müssen, zu welchen Lospreisen jeder einzelne konkurrierende Bieter angeboten hat. Dies hat sie verabsäumt und sich somit selbst an eine Gesamtvergabe gebunden.

An diesem Ergebnis hatte sich demzufolge die Wertung zu orientieren, die jedoch fälschlicherweise letztlich zu einer aufgesplitteten Vergabe führte.

Zusammenfassend kann hier daher festgestellt werden, dass auch mit der Zuschlagserteilung auf den Leistungsabschnitt 4-1 kein Vertragsschluss im Hinblick auf die ausgeschriebene Maßnahme im Sinne des § 114 Abs. 2

Satz 2 GWB erfolgt ist. Die Antragstellerin war aus dieser Erwägung somit nicht gehindert einen Antrag auf Nachprüfung auch zu diesem Leistungsabschnitt zu stellen. Der Hinweis auf den Beschluss des Bundesgerichtshofes vom 19.12.2000 - XZB 14/00 (abgedruckt in ZIP 11/2001, S. 479 ff) durch die Antragsgegnerin muss daher ins Leere gehen, da abweichend dazu zum Zeitpunkt der Einlegung der Beschwerde vor der Vergabekammer die ausgeschriebene Maßnahme in Gänze noch nicht bezuschlagt war.

Die Antragsgegnerin vermag in diesem Zusammenhang auch nicht mit dem anwaltlichen Vortrag durchzudringen, dass der bloße Eingang der Beschwerde bei der Vergabekammer im Hinblick auf die Rechtzeitigkeit der Antragstellung ohne Bedeutung sei und es ausschließlich entsprechend § 9 Verwaltungsverfahrensgesetz des Landes Sachsen-Anhalt (VwVfG-LSA) auf den Zeitpunkt des ersten Tätigwerdens der Vergabekammer, demnach also der Zustellung der Beschwerde gegenüber der Antragsgegnerin am 28.02.2000, ankäme.

Zunächst sei darauf hingewiesen, dass das VwVfG-LSA ohnehin nur in den Fällen zur Anwendung kommen kann, wenn der Bundesgesetzgeber im GWB keine anderslautende Regelung getroffen hat. Genau dies ist hier der Fall.

Hierbei sei auf § 107 Abs. 1 GWB Bezug genommen, wonach die Vergabekammer das Nachprüfungsverfahren auf Antrag einleitet. Es wird zwar zunächst ein die Auffassung der Antragsgegnerseite stützender Eindruck erweckt, dass die Kammer über den bloßen Eingang der Beschwerde hinaus zur Einleitung des Nachprüfungsverfahrens eine weitere Tätigkeit entfalten müsse. § 113 Abs. 1 S.1 GWB markiert jedoch als Beginn des Nachprüfungsverfahrens den Eingang des Antrages bei der Vergabekammer. Mit diesem Eingang wird – vom Ausnahmefall einer Fristverlängerung abgesehen – die Fünf-Wochenfrist ausgelöst, innerhalb derer die Vergabekammer ihre Entscheidung zu treffen hat. Wird die Frist des § 113 GWB nicht eingehalten, so gilt der Antrag als abgelehnt.

Im Ergebnis kann § 107 Abs. 1 GWB wegen des eindeutigen Wortlautes des § 113 Abs. 1 S. 1 GWB nur dahingehend ausgelegt werden, dass es für den Beginn des Nachprüfungsverfahrens über den bei der Vergabekammer zugegangenen Nachprüfungsantrag hinaus keiner weiteren Entschließung, also keiner weiteren Maßnahme der Einleitung auf Seiten der Vergabekammer, bedarf (s. a. OLG Düsseldorf in BauR 1999, 751, 758).

Soweit sich der anwaltliche Vertreter der Antragsgegnerin in seiner Argumentation auf § 9 VwVfG-LSA zu stützen sucht, sei abschließend der Hinweis erlaubt, dass bereits das VwVfG-LSA eine den angeführten § 9 modifizierende Vorschrift in Form des § 22 VwVfG-LSA bereithält. Danach gilt im Falle des Tätigwerdens der Behörde auf Antrag, der Eingang desselben als Beginn des Verfahrens.

5. Die Antragstellerin hat den Nachprüfungsantrag formgerecht und rechtzeitig gestellt und geltend gemacht, dass ihre Rechte nach § 97 Abs. 7 GWB durch eine mögliche rechtswidrige Zuschlagserteilung in dem Vergabeverfahren verletzt seien (vgl. § 107 Abs. 1, 2, § 108 GWB).

Der Antrag ist auch begründet.

Die Auftraggeberin hat bei der Bewertung der Angebote gegen die Grundsätze des Wettbewerbsprinzips und der Chancengleichheit (§ 97 Abs. 1 und 2 GWB) sowie gegen § 97 Abs. 7 GWB in Verbindung mit § 25 a VOB/A verstoßen und somit die eigentlich zu bezuschlagenden Antragstellerin ungerechtfertigt benachteiligt.

Die gegenüber der Bietergemeinschaft / und der GmbH erteilten Zuschläge hätten bei Einhaltung der vergaberechtlichen Bestimmungen nicht erfolgen dürfen.

Ein Verstoß gegen das Wettbewerbsprinzip und die Chancengleichheit liegt immer dann vor, wenn die Auftraggeberin sich an ein von ihr selbst vorgegebenes Teilnahmekriterium im Nachhinein nicht mehr gebunden fühlt (OLG Dresden, Beschluss Verg 0001/00 v. 14.04.2000, VK Sachsen Beschluss 1/SVK/4-00 vom 22.02.2000, BayObLG Beschluss Verg 8/99 v. 20.12.2000), bei der Wertung von einem fehlerhaften Sachverhalt ausgeht oder diesen rechtlich fehlerhaft einordnet. Genau dies ist hier der Fall.

Im Rahmen einer ordnungsgemäß durchgeführten Wertung sind Bauleistungen unter Beachtung des Wettbewerbsprinzips an fachkundige, leistungsfähige und zuverlässige Bewerber zu angemessenen Preisen zu vergeben (§ 2 Nr. 1 VOB/A). Gemäß § 25a VOB/A sowie auf der Grundlage der in dieser Vorschrift benannten Kriterien prüft und entscheidet die Vergabestelle, auf welches der eingegangenen Angebote der Zuschlag zu erteilen ist. Dabei vollzieht sich die Wertung in vier Wertungsphasen (vgl. Heiermann/Riedl/Rusam VOB/A § 25 Rdn. 1):

- ◆ In der ersten Phase sind die auszuschließenden bzw. ausschließbaren Angebote zu ermitteln, die inhaltliche oder formelle Mängel aufweisen (§ 25 Nr. 1 VOB/A).
- ◆ In der zweiten Phase ist die Eignung der verbliebenen Bieter im Hinblick auf die erforderliche Fachkunde, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit für die Erfüllung der vertraglichen Verpflichtungen zu prüfen (§ 25 Nr. 2 Abs. 1 VOB/A).
- ◆ Die dritte Phase betrifft die inhaltliche Prüfung der verbliebenen Angebote, insbesondere die Angemessenheit der Preise (§ 25 Nr. 3 Abs. 1, 2 und 3 Satz 1 VOB/A).
- ◆ In der vierten Phase wird schließlich die Auswahl des unter Berücksichtigung aller Umstände wirtschaftlichsten Angebots getroffen (§ 25 Nr. 3 Abs. 3 Satz 2 und 3 VOB/A).

Dabei ist darauf zu achten, dass diese Wertungsphasen im Interesse von Objektivität und Überprüfbarkeit mit größter Sorgfalt und streng getrennt voneinander zu betrachten sind (vgl. BGH v. 09.08.98, WuW/E Verg 148 ff – „Klärwerkerweiterung“). Die Vergabestelle hat im vorliegenden Fall diese Kriterien bei ihrer Vergabeentscheidung nicht hinreichend beachtet, so dass die Entscheidung rechtsfehlerhaft zustande gekommen ist.

6. Auf der Grundlage der unter I. getroffenen Feststellungen genügen die Hauptangebote der Bieter GmbH, KG, GmbH, Fa., Bietergemeinschaft GmbH/..... GmbH/..... und der sowie die als Nebenangebote bezeichneten Angebote der Bietergemeinschaft /..... den Anforderungen des § 21 Nr. 1 Abs.1 VOB/A. So fehlen geforderte Preisangaben, wie z.B. in den Losen 3, 4-1 und 4-2 des Titels 4 die Leistungsposition 4.1 sowie die Leistungsposition 3.5 im Los 1, Titel 3. Gleichfalls wurden Änderungen mittels Blanco-Fluid in einzelnen Angeboten bzw. Änderungen an den Eintragungen vorgenommen, die nicht zweifelsfrei sind und bezüglich der „Nebenangebote“ mangelt es u. a. an der geforderten technischen Beschreibung einschließlich eines Machbarkeitsnachweises zum Zeitpunkt der Angebotsabgabe .

6.1 Nach § 21 Nr. 1 Abs. 1 VOB/A sollen die Angebote nur die Preise und die in den Ausschreibungsunterlagen geforderten Erklärungen enthalten, ferner müssen sie rechtsverbindlich unterschrieben sein. Hieraus folgt im Umkehrschluss, dass die Angebote die Preise und geforderten Erklärungen enthalten müssen (Heiermann/Riedl/Rusam, Handkommentar zur VOB, 7. Auflagen 1994, A § 21 Pkt. 1 Rdn. 4; Ingenstau/ Korbion, A § 21, 1 Rdn. 4). Angebote, die diesen Anforderungen nicht entsprechen, sind unvollständig und müssen deshalb nach § 25 Nr. 1 Abs. 1 Buchst. b) VOB/A von der Wertung ausgeschlossen werden.

Ein nachträgliches Einholen fehlender Preise ist nicht statthaft, da dieses Vorgehen einen Verstoß gegen § 24 Nr. 3 VOB/A darstellen würde. Das Verbot der Verhandlung über das Angebot bzw. die Preise beinhaltet das Verbot des nachträglichen Verschaffens fehlender Preise (Ingenstau/Korbion, aaO, A § 25, 3 Rdn. 19).

Erst durch diese Vorschriften wird die Vergleichbarkeit der Angebote gewährleistet, sie bilden damit die Grundlage eines ordnungsgemäßen Vergabewettbewerbs (Ingenstau/Korbion, Vor A §§ 21 ff. Rdn. 2). Angebote sind deshalb so abzufassen, dass sie nachträglich nicht mehr verändert werden können. Sie müssen die geforderten Preise und Erklärungen in eindeutiger und zweifelsfreier Weise enthalten. Ob dies der Fall ist, ist nicht nach wirtschaftlichen, sondern nach rechtlichen Gesichtspunkten zu beurteilen (Ingenstau/Korbion Vor A §§ 21 ff. Rdn. 3). Ein Angebot, in dem geforderte Preisangaben fehlen, ist grundsätzlich auszuschließen.

Sind die Verstöße aber so gering, dass das allgemein Gewollte nicht gefährdet, der Wettbewerb weitreichend gewahrt wird und die Eindeutigkeit des Angebotsinhaltes erhalten bleibt, besteht kein Anlass zum Angebotsausschluss. Ein solches Angebot kann im Einzelfall als Nebenangebot gewertet werden, sofern diese nicht ausgeschlossen waren.

Zwingende Voraussetzung hierfür ist jedoch, dass nur Preise von im Vergleich zur Gesamtleistung untergeordneter Positionen fehlen, die angebotene Leistung aber auch ohne diese Positionen als in sich abgeschlossen gelten kann, mit anderen Worten, dass es möglich ist, die fehlenden Positionen ohne Schwierigkeit später gesondert in Auftrag zu geben (vgl. OLG Oldenburg, Az: 8 U 248/95). Von dieser Ausnahmeregelung konnte die Auftraggeberin keinen Gebrauch machen, da es sich hier um Leistungspositionen handelt, die für die Leistungserbringung der streitbefangenen Maßnahme nach den anerkannten Regeln der Technik von unverzichtbarer Bedeutung sind.

Die Kammer musste im Hinblick auf die vorgelegten Angebote der Bieter GmbH, KG, , und der Bietergemeinschaft GmbH/..... /..... zum Schluss kommen, dass diese einer weiteren Wertung nicht zugänglich sind, da sie zwingend nach § 25 Nr.1 Abs.1b) VOB/A auszuschließen waren.

- 6.2 Des Weiteren enthalten die Angebote der Firmen und GmbH umfangreiche Korrekturen mittels Blanco-Fluid und das Angebot der Firma nicht eindeutige Änderungen an verschiedenen Einheitspreisen, was ebenso gemäß § 25 Nr.1 Abs. 1b), 21 Nr.1 Abs.1 VOB/A zu einem Ausschluss aus der Wertung hätte führen müssen.

Generell dürfen Bieter zwar an ihren eigenen Eintragungen in den Angebotsunterlagen Änderungen vornehmen, jedoch muss nach § 21 Nr. 1 Abs. 1 Satz 3 VOB/A zweifelsfrei erkennbar sein, was gemeint ist. Angebote mit zweifelhaften Änderungen dürfen in die Wertung nicht einbezogen, sondern müssen nach § 25 Nr. 1 Abs. 1 Buchst. b) VOB/A ausgeschlossen werden (Heiermann/ Riedl/ Russam, Handkommentar zur VOB, 7. Aufl. 1994, A § 25 .6 Rdn. 130). Nach Auffassung der Kammer müssen solche Änderungen zumindest mit einem Signum versehen sein. Dies ist hier jedoch nicht der Fall.

- 6.3 Die Angebote der Bieter GmbH und GmbH hätten aufgrund von Veränderungen an den von der Auftraggeberin herausgegebenen Verdingungsunterlagen auch gemäß § 25 Nr. 1 Abs. 1b) VOB/A in Verbindung mit § 21 Nr. 1 Abs. 2 VOB/A aus der weiteren Wertung ausgeschlossen werden müssen.

Gemäß § 21 Nr. 1 Abs. 2 VOB/A sind Änderungen an den Verdingungsunterlagen durch den Bieter unzulässig. Sie haben nach § 25 Nr. 1 Abs. 1b) VOB/A zur Folge, dass das Angebot, welches nicht der Leistungsbeschreibung der Auftraggeberin entspricht, von der Wertung ausgeschlossen werden muss. Dabei spielt es keine Rolle, ob die vom Bieter vorgenommenen Änderungen zentrale und wichtige oder eher unwe-

sentliche Leistungspositionen betreffen. Es kommt auch nicht darauf an, ob die Abweichungen letztlich irgendeinen Einfluss auf das Wettbewerbsergebnis haben können. Dafür spricht schon der Wortlaut der genannten Vorschriften. Weder § 21 Nr.1 Abs. 2 VOB/A noch § 25 Nr. 1 Abs. 1b) VOB/A ist eine Beschränkung auf sachlich oder betragsmäßig ins Gewicht fallende Leistungspositionen zu entnehmen. § 21 Nr. 1 Abs. 2 VOB/A untersagt, jedwede Abänderung der Verdingungsunterlagen und § 25 Nr. 1 Abs. 1b) VOB/A ordnet den Angebotsausschluss zwingend für jeden Fall einer unzulässigen Änderung der Verdingungsunterlagen ohne Rücksicht auf die Bedeutung der betroffenen Leistungspositionen und die wirtschaftlichen Auswirkungen der vorgenommenen Änderungen an. Nur so kann dem Normzweck entsprochen werden, durchsichtige in den ausgewiesenen Leistungspositionen identische und miteinander ohne weiteres vergleichbare Vertragsangebote zu gewährleisten, um so einen echten, fairen Wettbewerb unter den Bietern sicherzustellen. Auch der Bundesgerichtshof geht mit Rücksicht auf dieses Regelungsziel davon aus, dass jede Änderung an den Verdingungsunterlagen zwingend den Angebotsausschluss nach sich zieht (BGH, BauR 1998, 1249, 1251). Die Angebote der vorgenannten Bieter waren demnach einer weiteren Prüfung nach § 23 ff. VOB/A nicht zugänglich.

- 6.4 Die Zuschlagserteilung auf das Hauptangebot unter Einbeziehung der fälschlicherweise von der Auftraggeberin als Nebenangebote qualifizierten Angebote 1, 2, 3 und 5 erfolgte gegenüber der Bietergemeinschaft /..... nicht entsprechend den geltenden Vergabevorschriften. In dieser Zuschlagserteilung liegt ein Verstoß gegen § 25 Nr. 3 VOB/A begründet.

Die mit Ziffer 1, 2, 3 und 5 bezeichneten Angebote der Bietergemeinschaft waren nicht vollständig und daher auch nicht zuschlagsfähig, da weder die explizit abgeforderten technischen Beschreibungen noch die vom Auftraggeber für erforderlich gehaltenen Machbarkeitsnachweise den Angeboten beigelegt waren sowie die darüber hinaus nach Überzeugung der Kammer hier notwendigen Gleichwertigkeitsnachweise durch die Bietergemeinschaft ebenfalls zum Zeitpunkt der Submission nicht vorgelegt wurden.

Der durch die Bietergemeinschaft zu erbringende Gleichwertigkeitsnachweis ist insoweit unerlässlich, als es sich hier, abweichend von der fehlerhaften Qualifizierung durch die Auftraggeberin, tatsächlich nicht um Nebenangebote handelt, sondern um Änderungsvorschläge seitens der Bietergemeinschaft. Nebenangebote liegen nur dann vor, wenn es sich um die Änderung entweder des gesamten vorgesehenen Leistungsinhaltes oder jedenfalls ganzer Abschnitte handelt. Hier liegen jedoch nur Änderungen einzelner Leistungsteile vor, so dass richtigerweise die als Nebenangebote qualifizierten Angebote als Änderungsvorschläge hätten bezeichnet und mit der entsprechenden Rechtsfolge eingeordnet werden müssen (vgl. Ingenstau/Korbion A § 10 Nr. 5, Rdn. 77).

Trotz der ausdrücklichen Anforderungen (vgl. Punkt 4 der Allgemeinen Vertragsbedingungen) wurden durch die Bietergemeinschaft mit ihren als Nebenangeboten eingereichten Änderungsvorschlägen keine Angaben im Hinblick auf die geforderten technischen Beschreibungen sowie keine Nachweise bezüglich der Durchführbarkeit des angebotenen Verfahrens vorgelegt. Die Änderungsvorschläge enthalten lediglich Hinweise darauf, dass die Förderung des kontaminierten Grundwassers ausschließlich durch die vorhandenen und neu zu errichteten Brunnen sowie durch die enthaltene Horizontaldrainage erfolgen solle. Hinsichtlich des zu sichernden sogenannten Schwarz-Weiß-Bereiches bietet sie eine Bauzaunreduzierung von 500, 300 und 200 m auf ca. 42 m an. Diese Angaben entsprechen nicht dem von der Auftraggeberin vorgegebenem Leistungsprofil und hätten somit weiterer Erläuterungen bedurft. Diese erfolgten weder im Rahmen der Angebotsabgabe selbst noch auf mehrfache schriftliche Aufforderung der Kammer bzw. im Laufe der mündlichen Verhandlung.

Entsprechend den Verdingungsunterlagen war es den Bietern gestattet, Änderungsvorschläge, Nebenangebote sowie eigene Sanierungsverfahren anzubieten. Jedoch hatten die Bieter hierbei zu beachten, dass Änderungsvorschläge so gestaltet sein müssen, dass der Auftraggeber in die Lage versetzt wird, diese zu prüfen und zu werten, um dabei festzustellen, ob diese gleichwertig, etwa auch rechtlich zulässig oder für sie zweckdienlich sind. Sie müssen daher eindeutig und erschöpfend sein (vgl. Heiermann/Ried/Rusam, § 25 VOB/A Rn. 87) Gleichfalls müssen sie den unter I. Ziffer 4.1 und 4.2 dieses Beschlusses dargelegten Anforderungen genügen.

Neben den technischen Beschreibungen sowie den Machbarkeitsnachweisen mussten außerdem die Massenangaben genau bezeichnet sein. Diesen Anforderungen genügen die mit Nebenangebot bezeichneten Vorschläge der Bietergemeinschaft

/..... generell nicht. Vielmehr lassen die etwas vage gefassten Formulierungen die Möglichkeit offen, jede beliebige Verfahrensweise zur Beseitigung des kontaminierten Grundwasser zu wählen.

Soweit die Antragsgegnerin mit der zum Bietergespräch eingeladenen Bietergemeinschaft bei den Verhandlungen am 20.10.1999 vereinbart hat, dass das Grundwasser in Stripplanlagen mit nachgeschalteten Wasseraktivkohlefiltern gereinigt werden soll, ist dies das Ergebnis einer unstatthaften Nachverhandlung, § 24 Nr. 3 VOB/A. Es handelt sich nämlich nicht um eine nach § 24 Nr. 1 Abs. 1 VOB/A zulässige Unterrichtung über die geplante Art der Durchführung im Sinne einer Konkretisierung der angebotenen Leistung. Eine solche würde voraussetzen, dass die Angaben der Bietergemeinschaft zu den Positionen 3.2, 3.3 und 4.6.2 hinreichend bestimmte Rückschlüsse auf das anzuwendende System zulassen würden. Dies ist jedoch nicht der Fall. Bei der Verhandlung am 20.10.1999 wurde somit keine Konkretisierung vorgenommen, sondern erstmalig qualifiziert und hinreichend bestimmt seitens der Bietergemeinschaft auf die Anforderungen der Auftraggeberin zu den oben aufgeführten Leistungspositionen reagiert.

Im Übrigen müssen Änderungsvorschläge qualitativ gleichwertig sein. Dies ist nicht der Fall, wenn sie nur einen gegenüber dem Hauptangebot reduzierten Leistungsumfang aufweisen. So liegt es hier. Die Bietergemeinschaft beschränkt sich darauf, den Mengensatz des Leistungsverzeichnisses für Bauzäune auf ca. 42 m zu reduzieren. Der Nachweis der Gleichwertigkeit ist stets durch den jeweiligen Anbieter zu erbringen, was jedoch unterblieb.

Nach § 21 Nr. 2 VOB/A ist es dem Bieter zwar gestattet, eine Leistung anzubieten, die von den in der Leistungsbeschreibung vorgegebenen technischen Spezifikationen abweicht.

Jedoch ist Voraussetzung dafür, dass diese Leistung mit dem geforderten Schutzniveau in Bezug auf Sicherheit, Gesundheit und Gebrauchstauglichkeit gleichwertig ist. Der entsprechende Nachweis muss vom Bieter zusammen mit dem Angebot dem Auftraggeber vorgelegt werden. Außerdem muss in diesen Angeboten genau bezeichnet sein, inwieweit von den vorgesehenen Spezifikationen abgewichen wird. Die eindeutige Bezeichnung der Abweichung und ein zweifelsfreier Nachweis der Gleichwertigkeit hinsichtlich der genannten Kriterien sind Grundbedingungen für die weitere Prüfung des Angebotes.

Zu eigenen Nachforschungen über die Gleichwertigkeit bei Fehlen des Nachweises ist der Auftraggeber nicht nur nicht verpflichtet, sondern auch nicht berechtigt. Da gemäß Punkt 4 der Allgemeinen Vertragsbedingungen ebenso wie die Leistungsbeschreibung zum Bestandteil der Ausschreibungsunterlagen gemacht worden sind, ist die Auftraggeberin abweichend von § 24 Nr. 1 Abs. 1 VOB/A generell nicht zur Entscheidung berufen, ob eine Nachverhandlung den Wettbewerb beeinflussen würde oder nicht. Die Antragsgegnerin geht somit in ihrer Ansicht fehl, dass sie im Rahmen ihrer Ermessensausübung berechtigt gewesen sei, geforderte Dokumentationen, die nach Submission (hier zum Zeitpunkt des Bietergesprächs) eingereicht wurden, bei der Wertung zu berücksichtigen hatte. In dem sie die Änderungsvorschläge der Bietergemein-

schaft bei der Ermittlung des wirtschaftlich annehmbarsten Angebotes einbezogen hat, verhielt sie sich demnach nicht richtlinienkonform. Den Nachweis der Gleichwertigkeit dieser Angebote im Hinblick auf die Bauzaunreduzierung konnte die Bietergemeinschaft demnach auch nicht im Rahmen der Darlegungen in der mündlichen Verhandlung nachschieben.

Ungeachtet dessen hätte ein derartiger Vorschlag ohnehin nur dann in die Wertung einbezogen werden dürfen, wenn eine Wettbewerbsverzerrung mit Sicherheit hätte ausgeschlossen werden können (vgl. Heiermann/Riedl/ Rusam § 25 VOB/A Rdn. 96). Hintergrund dieser Verfahrensweise ist, dass zum Schutz der konkurrierenden Bieter generell das im Leistungsverzeichnis abgeforderte Leistungsprofil als zur Durchführung der streitbefangenen Maßnahme erforderlich zu gelten hat. Es muss verhindert werden, dass ein Anbieter im Rahmen von Änderungsvorschlägen von einer Ungenauigkeit der Abforderungen im Rahmen einer Leistungsposition durch den Auftraggeber wettbewerbsschädigend seine Vorteile zieht.

Zusammenfassend ist festzustellen, dass alle Hauptangebote der vorgenannten 7 Bieter und die Nebenangebote der Bietergemeinschaft/..... nicht den formellen Anforderungen entsprechen und daher im Rahmen der Wertung von jeder weiteren Berücksichtigung zwingend auszuschließen waren, so dass lediglich die Hauptangebote der Antragstellerin und der Bietergemeinschaft /..... in die weitere Wertung hätten einbezogen werden dürfen.

7. In Umsetzung des § 23 Nr. 2 und 3 VOB/A waren auf der Grundlage der in der Wertung verbliebenen Angebote die tatsächlichen Angebotsgesamtsummen zu ermitteln. Hierbei steht es der Auftraggeberin nicht frei, vorgegebene und von den verbliebenen Anbietern verpreiste Leistungspositionen entfallen zu lassen. Die Auftraggeberin irrt, wenn sie annimmt, dass der Gleichbehandlungsgrundsatz dadurch gewahrt wird, dass in jedem Angebot die gleichen Positionen entfallen. Generell steht bereits mit der Herausgabe der Verdingungsunterlagen, spätestens jedoch zum Zeitpunkt der Submission der endgültig zu bezuschlagende Leistungsumfang fest.

Streicht der Auftraggeber nachträglich von ihm geforderte Leistungspositionen, so greift er unzulässigerweise in die Kalkulation der Bieter ein. Hätte der Auftraggeber sich bei der Wertung an diesen Vorschriften orientiert, so wäre er zu dem Ergebnis gekommen, dass das Angebot der Bietergemeinschaft mit einer Summe von 10.517.264,50 DM (hier: Hauptangebot unter Beachtung der Alternativpositionen) und der Antragstellerin mit einer Summe von 3.794.145,85 DM (hier: Hauptangebot unter Beachtung der Alternativpositionen) abschließt.

Die Vergabekammer hatte hier auf der Grundlage der tatsächlichen Gegebenheiten, wie im Rahmen der Zulässigkeit unter Ziffer 4.2 bereits dargelegt, zu entscheiden, d.h., die Angebote durften aufgrund der Art und Weise der durchgeführten Submission nur in ihrer Gesamtheit betrachtet werden.

Es kann daher festgestellt werden, dass die Einstufung des Angebotes der Antragstellerin als nicht das Wirtschaftlichste rechtsfehlerhaft war. Der Zuschlag ist demnach pflichtwidrig nicht auf das wirtschaftlich günstigste Angebot erteilt worden. Tatsächlich hätte die Antragstellerin den Zuschlag für die gesamte ausgeschriebene Maßnahme erhalten müssen. Es liegt somit ein Verstoß gegen § 97 Abs. 5 GWB vor.

Im Übrigen weist die erkennende Kammer darauf hin, dass die Aufnahme der Gesellschaft für mbH in das Submissionsprotokoll, obwohl diese kein Angebot abgegeben hat, gegen § 22 VOB/A verstößt und damit pflichtwidrig erfolgte.

In der Sache konnte daher keine andere Entscheidung ergehen.

Kosten

Die Kostenentscheidung beruht auf § 128 Abs. 3 GWB. Die Antragsgegnerin hat daher die Kosten in voller Höhe zu tragen. Der geleistete Vorschuss wird der Antragstellerin zurückerstattet.

§ 128 Abs. 3 GWB orientiert sich demnach am allgemeinen zivilrechtlichen Grundsatz, dass ein Beteiligter, der im Verfahren unterliegt, die Kosten zu tragen hat. Unterlegener im Sinne dieser Vorschrift ist jeder, der als Beteiligter im Verfahren keinen Erfolg vor der Vergabekammer gehabt hat.

Die Höhe der Kosten beläuft sich hier auf

..... **DM**
(nachrichtlich Euro)

§ 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 VwKostG LSA).

Die Höhe der Gebühren rechtfertigt sich durch die besondere Schwierigkeit des Falles, insbesondere dem Erfordernis der nochmaligen Wertung der Angebote durch die Kammer.

Der Betrag ist fällig mit Eintritt der Rechtskraft des Beschlusses. Die Zahlung hat auf das Konto bei der Landeszentralbank - LZB-Dessau -, BLZ unter Verwendung des Kassenzeichens zu erfolgen.

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 Beschwerdebegründung 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. Katzsch

gez. Dolge