



SACHSEN-ANHALT  
LANDESV ERWALTUNGSAMT

1. Vergabekammer  
beim Landesverwaltungsamt

Beschluss

**AZ: 1 VK LVwA 08/06**

**Halle, 25.04.2006**

§ 97 Abs. 7 GWB

§ 25 a VOB/A

§ 30 VOB/A

§ 114 Abs. 1 GWB

- Wertung der Angebote

- Auswahlermessen

- Vergabevermerk

Der Antragsgegner hat sein Auswahlermessen im Widerspruch zu § 25 a VOB/A nicht an den Kriterien ausgerichtet, die er selbst in der Bekanntmachung bzw. in den Vergabeunterlagen benannt hat.

Dem Erfordernis der hinreichenden Transparenz wird nicht bereits dadurch genügt, dass der Vergabevermerk die Entscheidungen der formellen und wirtschaftlichen Prüfung wiedergibt, dabei jedoch die Betrachtung anhand der veröffentlichten Zuschlagskriterien gänzlich unerwähnt lässt.

Es ist festzustellen, dass das Vergabeverfahren ab dem Zeitpunkt, ab dem die Wirtschaftlichkeitsuntersuchung beginnt und die Dokumentation unzureichend wird, zu wiederholen ist.

In dem Nachprüfungsverfahren der

Bietergemeinschaft

..... Bau GmbH / .

..... Baugesellschaft mbH & Co KG / GmbH

.....

Verfahrensbevollmächtigte

Rechtsanwälte .....

.....

Antragstellerin

gegen

den.....

.....

Niederlassung .....

.....

Antragsgegner

unter Beiladung der Bieterin

Bau- und Haustechnik  
.....GmbH  
.....

Beigeladene

wegen

des gerügten Vergabeverstoßes im Offenen Verfahren zum Ausbau der ..... zwischen .....1. PA West und BW ... und BW ... Vergabepaket 1 hat die 1. Vergabekammer beim Landesverwaltungsamt aufgrund der mündlichen Verhandlung am 04.04.2006 unter Mitwirkung des Vorsitzenden Regierungsdirektor Thomas, der hauptamtlichen Beisitzerin Regierungsamtsrätin Katzsch und des ehrenamtlichen Beisitzers Herrn Foerster beschlossen:

1. Dem Antragsgegner wird aufgegeben, die Bewertung der abgegebenen Angebote entsprechend der Rechtsauffassung der erkennenden Kammer zu wiederholen.
2. Die Kosten des Verfahrens werden dem Antragsgegner auferlegt.
3. Die anwaltliche Vertretung der Antragstellerin wird für notwendig erklärt.
4. Die Kosten (Gebühren und Auslagen) des Nachprüfungsverfahrens beziffern sich auf insgesamt ..... **Euro**.

## Gründe

### I.

Mit Veröffentlichung im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Union, abgesandt zur Bekanntmachung am .....2005, schrieb der Antragsgegner auf der Grundlage der Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen (VOB) den Ausbau der Richtungsfahrbahn ..... West als zukünftige 4-spurige Fahrbahn, die Errichtung von BW ..... und BW .....West einschließlich Stützmauer am BW ..... sowie die temporäre Anbindung vorhandener Wege im Baubereich und Überfahrt bei km 1+300 aus. Der Antragsgegner gab bekannt, dass er den Zuschlag auf das wirtschaftlich günstigste Angebot unter Beachtung der in den Verdingungsunterlagen genannten Kriterien erteilen wolle. Ausweislich Pkt. 9 des mit den Vergabeunterlagen herausgegebenen Formblattes HVA B-StB-Aufforderung 2 (10/03) richte sich die Angebotswertung an den Kriterien des § 25 Nr. 3 Abs. 3 VOB/A aus. Unter dem ersten Anstrich werden diesbezüglich der Preis, Betriebs- und Folgekosten, technischer Wert und die Gestaltung aufgezählt. Alle anderen Anstriche enthalten Anforderungen, die die Bieter bei der Angebotserstellung bzw. -abgabe zu beachten haben. In Ergänzung dieser Unterlagen teilte der Antragsgegner den Bewerbern mit, dass im Interesse eines fairen und transparenten Wettbewerbs das Allgemeine Rundschreiben Straßenbau (ARS) Nr. 25/2004 i. V. m. den Regelungen des Abschnittes 2.4 des Handbuchs für Vergabe und Ausführung von Bauleistungen im Straßen- und Brückenbau (HVA B-StB) „Prüfung und Wertung hinsichtlich Spekulation“ weiterhin verbindliche Wertungsgrundlagen seien. Zur Vervollständigung seiner Wertungskriterien stellte er das ARS im Originalwortlaut jedem Bewerber zur Verfügung.

Zur Submission am 10.01.2006 lagen 11 Hauptangebote, 11 Nebenangebote und drei Nachlassgebote vor.

Aus den vorgelegten Auswertungsunterlagen bzw. dem Vergabevermerk geht hervor, dass kein Angebot aus formellen Gründen ausgeschlossen wurde.

Im Rahmen der rechnerischen Prüfung wurde durch den Antragsgegner festgestellt, dass das Angebot der Antragstellerin in seinen Einheitspreisen (EP) gegenüber den Preisen der anderen Bieter erheblich abweiche. Daraufhin veranlasste er eine schriftliche Aufklärung zur Preisbildung zu 76 Positionen und führte ein Aufklärungsgespräch. Weiterhin wurden zwei Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen gem. dem HVA B-StB Teil 2 Pkt. 2.4 Nr. (46) bis (48) durchgeführt. Im Ergebnis dessen änderte der Antragsgegner die Bieterreihenfolge und führte nunmehr das Angebot der Beigeladenen als das preisgünstigste Angebot. Bezüglich des Angebotes der Antragstellerin stellte er, ohne nähere Begründung fest, dass neben der Bruttopreiserhöhung auch mit erheblichen Folgekosten durch überdurchschnittliche Kontrollprüfungsuntersuchungen, zeitlichen Verschiebungen durch eventuelle Streitigkeiten sowie zusätzlichen Kosten für Zwischenlager und deren Vorhaltung zu rechnen sei.

Mit Schreiben vom 28.02.2006 teilte der Antragsgegner der Antragstellerin mit, dass er beabsichtige den Zuschlag auf das Angebot der Beigeladenen mit einer Wertungssumme von ..... € zu erteilen. Ihr Angebot sei mit ..... € nicht das wirtschaftlichste Angebot gem. § 25 Nr. 3 Abs. 3 Satz 2 VOB/A. Die Nebenangebote seien wegen nicht nachgewiesener Gleichwertigkeit nicht gewertet werden.

Auf der Grundlage des Absageschreibens ließ die Antragstellerin mit anwaltlichem Schriftsatz vom 01.03.2006 ihre Nichtberücksichtigung gegenüber der Vergabestelle rügen. Die Antragstellerin vertritt rügeseitig die Auffassung, dass die Begründung, sie habe nicht das wirtschaftlichste Angebot abgegeben, nicht nachvollziehbar sei, da ihr Angebot um rund ..... € günstiger sei, als das von dem Antragsgegner favorisierte Angebot.

Da der Antragsgegner dem Begehren der Antragstellerin nicht abhalf, beantragte diese mit Fax-Schreiben vom 13.03.2006 die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens.

Der Nachprüfungsantrag ist dem Antragsgegner mit Verfügung der Vergabekammer vom 13.03.2006 zugestellt worden.

Über die Unzulässigkeit einer Zuschlagserteilung gemäß § 115 Abs. 1 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) wurde er mit Zustellung des Nachprüfungsantrages belehrt. Gleichzeitig wurde er aufgefordert, die entsprechenden Unterlagen und eine Stellungnahme zum Nachprüfungsantrag vorzulegen.

Die Durchsicht der vom Antragsgegner vorgelegten Unterlagen ergab, dass dieser in Ergänzung einer Beantwortung einer Anfrage zur Rüge einer Mitbewerberin im Vergabeverfahren seitens des Landesbaubetriebes - Hauptniederlassung - ausdrücklich auf einen Beitrag zur Besprechung des Formblattes 2 vom Juni 2005 hingewiesen wurde. Dieser Beitrag befasst sich unter anderem mit Spekulationsangeboten als Sonderform einer Mischkalkulation. Hierin heißt es sinngemäß: „Werden überhöhte oder untersetzte EP festgestellt, sind diese schriftlich aufzuklären. Der Bieter hat dabei zweifelsfrei darzulegen, dass seine EP vollständig und zutreffend sind. Wenn dies nicht gegeben ist, ist das Angebot auszuschließen. Wenn Fehler (insbesondere der Mengenermittlung) auszuschließen sind und ein Angebot mit auffälligen (spekulativen) Preisen an erster Stelle ist, sind die finanziellen Risiken zu ermitteln. In einem früheren Entwurf des ARS sollten dabei die den auffälligen Preisen zugehörigen Mengen um bis zu 10 % erhöht oder vermindert werden - entsprechend den EP - und dann eine erneute Berechnung der Bieterreihenfolge vorgenommen werden.“

Bezüglich der Vorbereitung zum durchzuführenden Bietergespräch findet sich in den übergebenen Unterlagen ein Schreiben des Antragsgegners vom 25.01.2006 an die Antragstellerin, worin Letztere aufgefordert wird, Erläuterungen zur Preisbildung schriftlich zum 01.02.2006 vorzulegen. Ein Hinweis, dass es sich hierbei zum größten Teil um Preise handeln solle, die erhebliche Auffälligkeiten (sehr niedrig bzw. überdurchschnittlich hohe Einheitspreise) aufweisen, findet sich hingegen nicht. Es wurde nur angegeben, dass eine Darstellung der einzelnen Kostenanteile (u.a. Einzelansätze für Lohn, Material, Leistungsansätze sowie jeweilige Zuschläge) entsprechend der Urkalkulation erwartet wird. Insbesondere verwies er darauf, dass seinerseits keine Verpflichtung bestehe, über die Preiserläuterungen hinaus, weitere Ermittlungen anzustellen.

Ausweislich der Dokumentation des durchgeführten Bietergespräches wurden auch die Preise der Zulagepositionen für „Boden lösen“ des Verwertungsbereiches Z 2 und „Oberboden abtragen“ mit Vermischungen mit Trümmerschutt diskutiert. Nach den Aufzeichnungen des Antragsgegners begründete die Antragstellerin das Zustandekommen der Preise mit Kosten für Zwischenlagertransport, Deponiekosten und Analysekosten. Für die ausgeschriebenen Mengen sind nach Meinung der Antragstellerin die kalkulierten Preise realistisch und sie stehe zu ihren Preiserläuterungen. Davon abweichend findet sich in den Aufzeichnungen des Antragsgegners die nicht näher untersetzte Schlussfolgerung, dass die dargestellte Preiserläuterung nicht schlüssig sei. Eine weitere Aufklärung erfolgte nicht.

Im Ergebnis dessen folgt aus den Unterlagen, dass der Antragsgegner gestützt auf das Vergabehandbuch (HVA B-StB Pkt. 2.4) eine weitere Wertung durchführte. In der maßgeblichen Textpassage heißt es: „Können dagegen Mängel in den Ausschreibungsunterlagen (z.B. Fehler in der Mengenermittlung) nicht ausgeschlossen werden und liegt nach der bisherigen Prüfung und Wertung ein Angebot mit spekulativen Einheitspreisen preislich an erster Stelle, sind die aus dem Mangel in der Leistungsbeschreibung resultierenden wirtschaftlichen Auswirkungen für den Auftraggeber abzuschätzen.

Dazu werden zum Abschluss der Wertung die Angebote der engeren Wahl mit den korrigierten Mengen und den Angebotspreisen neu berechnet. Ergibt sich dabei ein Wechsel des Mindestbietenden, ist zu prüfen, ob die Ausschreibung gem. § 26 Nr. 1b) oder c) VOB/A aufzuheben ist. Wird die Ausschreibung nicht aufgehoben, ist der Zuschlag auf das mit den ausgeschriebenen Mengen wirtschaftlichste Angebot zu erteilen.“

Der Antragsgegner stellte zunächst eine Erhöhung des Bruttopreises in Höhe von ..... € beim Angebot der Antragstellerin und von ..... € beim Angebot der Beigeladenen fest. Das Zustandekommen begründet er wie folgt: Zum einen führt er aus, dass sich infolge eines Fehlers in der Mengenermittlung die Positionen 3.1.2 und 3.2.2 reduzieren, sich jedoch bei Berücksichtigung der korrigierten Mengen die Bieterreihenfolge nicht ändere. Zum anderen schließt er nicht aus, dass es zu einer Mengenabweichung des verwertbaren Bodens und Oberbodens bis zu 10 % kommen kann. Aufgrund der beträchtlichen Abweichungen in den Zulagepositionen im Vergleich zu den niedrigen Hauptpositionen wurden die in den Losen 2 und 3 unter den Positionen 00.00.0020 und 00.07.0003 angegebenen Mengenansätze neu ermittelt. In Ansatz gebracht wurden hierbei die errechneten Mengenreduzierungen in Höhe von 10 % aus den dazugehörigen Hauptpositionen. Im Ergebnis erhöhte er die ursprüngliche Menge der Pos. 00.00.0020 der Lose 2 und 3 von insgesamt 200 t auf 1.624,5 t und der Pos. 00.07.0003 von insgesamt 30 m<sup>3</sup> auf 450,5 m<sup>3</sup>.

Betrachtungen zu eventuell weiteren überhöhten oder untersetzten Positionen sowie zur möglichen Notwendigkeit einer Aufhebung der Ausschreibung weisen die Unterlagen nicht aus. Auch findet sich keine Bewertung der Angebote anhand der veröffentlichten weiteren Zuschlagskriterien.

Die Antragstellerin vertritt die Auffassung, dass der Antragsgegner der im Rahmen der Wertung der Angebote einzuhaltenden Wertungsfolge nicht entsprochen habe. Er habe sich nicht an die Vorgaben der für die Wertung maßgeblichen Bestimmungen der VOB/A § 25 gehalten. Es sei nach wie vor nicht nachvollziehbar, wie sich der Antragsgegner unter dem Gesichtspunkt des hohen wirtschaftlichen Risikos gegen die Antragstellerin hat entscheiden können. Als Begründung hierfür werde suggeriert, dass es im Rahmen üblicher Mengenänderungen mit 10 % zu einer Verschie-

bung der Bieterreihenfolge komme. Eine nähere Spezifizierung, anhand welcher Positionen der Antragsgegner glaube, überhaupt derartige Verschiebungen nach Ausschreibung und Submission vornehmen zu können, lasse er dabei offen. Die Wertung der Angebote habe nach den in der Ausschreibung angeführten Wertungskriterien zu erfolgen. Der Antragsgegner habe vorliegend keine spezifizierten Wertungskriterien und auch keine hierfür eventuell entscheidungsrelevante Reihenfolge angegeben. Folglich verbleibe es bei den Wertungskriterien nach § 25 Nr. 3 Abs. 3 VOB/A.

Eine hypothetische Massenentwicklung im Rahmen ausgeschriebener Massenvordersätze sei dem Antragsgegner nicht zugänglich. Die Wertung der Angebote habe so zu erfolgen, dass die jeweils ausgeschriebenen Massen zur Grundlage der Wertung gemacht werden müssten.

Mit Nichtwissen werde bestritten, dass zum einen die von dem Antragsgegner lediglich pauschal suggerierten Berechnungen der Sache nach überhaupt zutreffen. Ferner sei nicht auszuschließen, dass nicht auch in anderen Positionen, in denen die Antragstellerin günstigere Einheitspreise als der konkurrierende Bieter angeboten habe, nicht ebenfalls auch entsprechende Massenverschiebungen auftreten könnten. Diese müssten bei stringenter Fortführung der gedanklichen Ansätze des Antragsgegners ebenfalls berücksichtigt werden. Folge man in der Konsequenz unter dem Aspekt folgerichtigen Handelns der Argumentation des Antragsgegners, würde jeder Vergabestelle durch die entsprechende Zulässigkeit derartiger Rechenoperationen eine freie Handhabe eingeräumt, unter dem Aspekt möglicher Massenverschiebungen einen gewünschten Bieter auf die jeweils erforderliche Rangposition der Bieterreihenfolge „hinzurechnen“. Derartige Argumentationen verbieten sich unter dem Aspekt der Transparenz wie auch unter dem Aspekt der Wettbewerbsgleichheit im Rahmen einer öffentlichen Ausschreibung. Vor allem aber verstoße ein derartiges hypothetisches Wertungsverhalten gegen die Grundsätze der Chancengleichheit und der Gleichbehandlung im Vergabeverfahren.

Schließlich seien die Ausführungen im Informationsschreiben, die Antragstellerin habe Spekulationspreise angeboten, ebenfalls nicht nachvollziehbar. Dies werde ohne jegliche inhaltliche Begründung behauptet. Der Antragsgegner versuche hier den Eindruck zu erwecken, die Antragstellerin habe keine akzeptablen Preise unter Zugrundelegung einer dem Antragsgegner nicht angenehmen Auftragsstrategie abgegeben. Dies sei zum einen nicht belegt und zum anderen auch nicht nachvollziehbar. Im Aufklärungsgespräch habe die Antragstellerin verschiedene Preise erläutert und belegt. Zu diesem Zeitpunkt sei nicht einmal der Vorhalt eines Spekulationspreises erhoben worden. Sämtliche erläuterten Preise seien nachvollziehbar und ausreichend belegt worden. Einwendungen oder gar weitere Nachfragen habe es hierzu nicht gegeben. Ebenfalls sei über das Aufklärungsgespräch kein Protokoll geführt worden, dass der Antragstellerin im Nachgang hierzu - wie sonst üblich - übergeben wurde.

Die Antragstellerin beantragt,

1. dem Antragsgegner zu untersagen, den Zuschlag ohne erneute Durchführung des Wertungsvorganges zu erteilen,
2. dem Antragsgegner die Kosten des Verfahrens aufzuerlegen,
3. die anwaltliche Vertretung der Antragstellerin gem. § 128 Abs. 4 GWB für notwendig zu erklären und
4. hilfsweise und vorsorglich, nach § 114 Abs. 2 GWB festzustellen, dass die Antragstellerin in ihren Bieterrechten nach § 97 Abs. 7 GWB verletzt wurde.

Der Antragsgegner beantragt,

die Anträge der Antragstellerin kostenpflichtig abzuweisen.

Er vertritt die Auffassung, dass § 25 Nr. 3 Abs. 3 VOB/A nicht vorsehe, den Zuschlag auf das preislich günstigste Angebot zu erteilen.

Der für den Zuschlag vorgesehene Bieter liege nach der rechnerischen Prüfung zwar auf Platz 2 der Bieterreihenfolge, der Antragsgegner habe jedoch im Sinne der Ziffer 2.4 des Vergabehandbuches eine weitere Prüfung vorgenommen. Im Ergebnis der rechnerischen Prüfung sei an Hand des Preisspiegels zu erkennen gewesen, dass das Angebot der Antragstellerin erhebliche Auffälligkeiten der Einheitspreise ausweise. Daraufhin veranlasste der Antragsgegner die schriftliche Aufklärung zur Preisbildung. Der Sachverhalt zur Preisbildung sei im Rahmen des Aufklärungsgespräches hinterfragt worden. Die Antragstellerin erläuterte zwar die sehr hohen Preise der Zulagepositionen im Erdbau, diese stellten sich jedoch für die Vergabestelle als nicht schlüssig dar. Im Ergebnis der Analyse des Preisspiegels und der Darstellung der kalkulierten Grundlagen habe sich die Vergabestelle zur Durchführung von zwei Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen entschlossen. Dabei sei festgestellt worden, dass das Leistungsverzeichnis in den Positionen „bewehrter Beton“ und „Betonstahl“ bezüglich der ausgeschriebenen Mengen fehlerhaft sei. Das Nachrechnen mit den korrigierten Mengen habe keine Änderung der Bieterreihenfolge ergeben, so dass gem. Nr. 48, Teil 2 Abschnitt 4 des Vergabehandbuches keine Konsequenzen für das weitere Vergabeverfahren zu ziehen waren. Im Falle der Leistungen „Boden lösen und verwerten“ als auch „Oberboden abtragen“ sowie der damit verbundenen Zulagepositionen für die Beseitigung von belasteten Materialien habe man ebenfalls besonders auffällige Preise beim Angebot der Antragstellerin festgestellt.

Die ausgeschriebenen Mengen zu diesen Positionen seien zwar mit der gebotenen Sorgfalt von der ausschreibenden Stelle ermittelt worden, jedoch sei nicht auszuschließen, dass es zu erheblichen Mengenverschiebungen bei den miteinander verbundenen Bodenmassen kommen könne. Daher sei gem. Nr. 47 Teil 2 Abschnitt 4 des Vergabehandbuches eine Untersuchung der wirtschaftlichen Risiken geboten gewesen. Wegen des hohen wirtschaftlichen Risikos sei gem. § 25 Nr. 3 Abs. 3 VOB/A entschieden worden, den Zuschlag auf das für den Auftraggeber wirtschaftlichste Angebot zu erteilen.

Den Beteiligten ist in der mündlichen Verhandlung Gelegenheit gegeben worden, ihren Vortrag zum Sachverhalt und zur rechtlichen Würdigung zu ergänzen.

Mit Beschluss vom 21.03.2006 hat die Kammer der Antragstellerin Akteneinsicht in die Verfahrensakten des Antragsgegners gewährt.

Die erkennende Kammer hat die Bieterin ..... GmbH mit Beschluss vom 24.03.2006 beigeladen.

Hinsichtlich der weiteren Einzelheiten zum Sachverhalt wird auf die ausgetauschten Schriftsätze, das Protokoll zur mündlichen Verhandlung, die Verfahrensakte der Vergabekammer sowie die Vergabeakten, soweit sie der Vergabekammer vorgelegen haben, ergänzend Bezug genommen.

## II.

Der Nachprüfungsantrag der Antragstellerin ist zulässig und begründet.

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 - Ausbau der Richtungsfahrbahn .... West als zukünftige 4-spurige Fahrbahn, Errichtung von BW ..... und BW ..... West einschließlich Stützmauer am BW ..... sowie der temporären Anbindung vorhandener Wege im Baubereich und der Überfahrt bei km 1+300 - handelt es sich um Bauleistungen im Sinne von § 1a VOB/A Fassung 2002. Da der Gesamtauftragswert der Maßnahme 5 Millionen Euro überschreitet, sind die Bestimmungen des Abschnittes 2 der VOB/A 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, MBl. LSA Nr. 8/2004 v. 23.02.2004) örtlich zuständig, da der Antragsgegner seinen Sitz innerhalb der Grenzen der Stadt Dessau 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 unsachgemäße Bewertung ihres Angebotes in ihren Rechten nach § 97 Abs. 7 GWB verletzt zu sein. Die Antragstellerin geht davon aus, dass sie das annehmbarste Angebot abgegeben habe.

Es wurde sowohl dem Erfordernis der rechtzeitigen Rüge als auch dem Formerfordernis des § 108 GWB entsprochen.

Der Antrag ist begründet. Der Antragsgegner hat bei der Wertung der Angebote die Bestimmungen über das Vergabeverfahren nicht eingehalten, auf deren Einhaltung die Antragstellerin einen Anspruch gemäß § 97 Abs. 7 GWB hat.

a) Ein Verstoß gegen bindendes Vergaberecht liegt hier bereits darin, dass der Antragsgegner sein Auswahlermessen im Widerspruch zu § 25 a VOB/A nicht an den Kriterien ausgerichtet hat, die er selbst in der Bekanntmachung bzw. in den Vergabeunterlagen benannt hat.

Nach § 25 a VOB/A dürfen bei der Wertung der Angebote nur solche Kriterien berücksichtigt werden, die in der Bekanntmachung oder in den Verdingungsunterlagen genannt wurden. Kehrseite des Verbotes der Berücksichtigung ungenannter Kriterien ist die Verpflichtung, sämtliche benannten Kriterien auch tatsächlich in die Auswahlentscheidung einfließen zu lassen.

Hier hat sich der Auftraggeber verpflichtet, den Zuschlag auf das wirtschaftlich günstigste Angebot unter Berücksichtigung der Preise, der Betriebs- und Folgekosten, der technischen Werte sowie der Gestaltung zu erteilen. Dabei sollte die Wertung der Angebote ausdrücklich entsprechend den Vorgaben des Vergabehandbuches bei Vorlage von spekulativen Preisen erfolgen.

Der Antragsgegner beruft sich im Zusammenhang mit der Ermittlung des wirtschaftlich günstigsten Angebotes im Rahmen der Bewertung der Positionen 00.00.0020 und 00.07.0003 zu den Losen 2 und 3 auf Nr. 47 des Vergabehandbuches HVA B-StB Teil 2 Pkt. 2.4. Unter der Voraussetzung, dass Mängel an den Vergabeunterlagen auszuschließen sind, kann danach ausnahmsweise ein preislich teureres Angebot als das wirtschaft-

lichste Angebot bezeichnet werden, wenn anderenfalls ein Angebot mit spekulativen Einheitspreisen an erster Stelle stünde und damit für den Auftraggeber ein hohes wirtschaftliches Risiko verbunden wäre.

Die Anwendung der Nr. 47 scheidet nach Ansicht der erkennenden Kammer im Hinblick auf das Merkmal des auszuschließenden Mangels der Vergabeunterlagen bereits dann aus, wenn nicht als gesichert gelten kann, dass es tatsächlich zu keiner Mengenänderung von mehr als 10% kommen könnte. Die Kammer beruft sich diesbezüglich auf die Grundentscheidung des Verordnungsgebers, wonach eine 10%-ige Abweichung der Mengen es für die Vertragspartner noch nicht unzumutbar macht, an den angebotenen und bezuschlagten Einheitspreisen festzuhalten. Anders sieht das der Verordnungsgeber, wenn die Mengenänderung die 10%-Grenze überschreitet, § 2 Nr. 3 Abs. 1 u. 2 VOB/B. Genau dies ist jedoch ausweislich der Berechnungen des Antragsgegners der Fall.

Aus dem Umstand heraus, dass der Antragsgegner seiner wirtschaftlichen Betrachtung ausdrücklich eine Erhöhung der oben näher bezeichneten Positionen um ..... Euro zu Grunde legt, wird deutlich, dass dort von einer erheblichen Mengenänderung ausgegangen wird, die die Schwelle von 10% bei weitem überschreitet.

Die tatsächlich durch den Antragsgegner betrachteten Mengen weichen von den ausgeschriebenen und ausgepreisten Mengen um ca. 812 % bzw. 1500 % ab.

Nach den Berechnungen der Kammer hätte eine 10%-ige Erhöhung dieser Positionen maximal eine Verteuerung um ..... Euro zur Folge haben können. Die erkennende Kammer hält damit die Vorschriften des HVA B-StB Pkt. 2.4 Nr. 47 in diesem Falle für nicht anwendbar.

Ist - wie hier - eine höhere Mengenabweichung zu erwarten, so hätte sich die Auftraggeberseite stattdessen an Nr. 48 des Vergabehandbuches HVA B-StB Pkt. 2.4 orientieren müssen. Danach hätten Überlegungen bezüglich einer möglichen Aufhebung der Ausschreibung auf der Grundlage der zu erwartenden wirtschaftlichen Auswirkungen der Auspreisung mit spekulativen Einheitspreisen angestellt werden müssen. Auf keinen Fall hätten diese Betrachtungen zu einer Verschiebung der Rang- und Reihenfolge der Angebote führen können. Entscheidet sich der Auftraggeber gegen die Aufhebung, so gilt das Angebot als das wirtschaftlich günstigste Angebot, welches diese Position auf der Grundlage der ausgeschriebenen Mengenansätze innehat.

In diesem Zusammenhang bedarf weiterhin der Erwähnung, dass es für die Kammer nicht nachvollziehbar erscheint, weshalb in die Betrachtung des finanziellen Risikos nur die genannten Positionen einbezogen wurden, obwohl festgestellt wurde, dass das Angebot der Antragstellerin in mind. 53 Positionen stark von den übrigen Anbietern abweicht. Ebenso ist den Unterlagen nicht zu entnehmen, dass die Antragstellerin über die Überlegungen des Antragsgegners hinsichtlich der Kostenrisiken informiert bzw. dazu angehört wurde.

- b) Neben dem Verstoß gegen § 25 a VOB/A liegt weiterhin ein Verstoß gegen die Verpflichtung zum Erstellen eines ordnungsgemäßen Vergabevermerkes gemäß § 30 VOB/A vor. Es gehört zum Gebot der Transparenz des Vergabeverfahrens, dass der öffentliche Auftraggeber den Gang, vor allem aber die wesentlichen Entscheidungsabläufe des Vergabeverfahrens in den Vergabeakten dokumentiert. Diese Dokumentation dient dabei dem Ziel, die Entscheidung der Vergabestelle sowohl für die Nachprüfungsinstanzen als auch für die Bieter überprüfbar zu machen. Es muss so detailliert vorgegangen werden, dass die das gesamte Vergabeverfahren tragenden Aspekte für einen mit der Sachlage des jeweiligen Vergabeverfahrens vertrauten Leser nachvollziehbar sind (OLG-Düsseldorf, Verg 4/01, Verg 46/03; BayObLG, VergabeR 2002, 63, 69; VergabeR 2001, 65, 68; Brandenburgisches OLG, NZBau 2000, 44f; Müller-Wrede, Verdingungsordnung für Leistungen, 1. Aufl., § 30 Rn. 12).

Daran fehlt es hier. Dem Erfordernis der hinreichenden Transparenz wird nicht bereits dadurch genügt, dass der Vergabevermerk die Entscheidungen der formellen und wirtschaftlichen Prüfung wiedergibt, dabei jedoch die Betrachtung anhand der veröffentlichten Zuschlagskriterien gänzlich unerwähnt lässt. So finden die seitens des Auftraggebers zur Gewährleistung des Wettbewerbs für erforderlich gehaltenen Zuschlagskriterien, wie Be-

triebs- und Folgekosten, technischer Wert und Gestaltung, in dem Vergabevermerk keine Erwähnung.

Eine derart lückenhafte Dokumentation verschleiert mehr als sie preisgibt und ist daher als gravierender Verstoß gegen geltendes Vergaberecht zu bewerten.

Da ein nachträgliches Ergänzen des Vergabevermerkes bereits deshalb ausgeschlossen ist, da es dem Auftraggeber verwehrt sein muss, zu einem späteren Zeitpunkt ergebnisorientiert sein Ermessen nachzuschieben, führt auch dieser Gesichtspunkt zwingend zum Erfordernis der erneuten Durchführung der Wertung, diesmal jedoch unter ordnungsgemäßer Dokumentation der entscheidungsrelevanten inneren Prozesse des Auftraggebers durch den Auftraggeber.

Zusammenfassend ist daher festzustellen, dass das Vergabeverfahren ab dem Zeitpunkt, ab dem die Wirtschaftlichkeitsuntersuchung beginnt und die Dokumentation unzureichend wird, zu wiederholen ist. Eine Wiederholung der Auswertung der Angebote war somit gemäß § 114 Abs. 1 GWB anzuordnen.

### 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 Gesamtkosten für das Verfahren beläuft sich hier auf

..... **Euro,**

§ 128 Abs. 1 Satz 1 GWB. Die Kosten gliedern sich auf in Gebühren in Höhe von ..... Euro (§ 128 Abs. 2 Satz 2 GWB) und Auslagen in Höhe von ..... Euro (§ 128 GWB i.V.m. § 10 VwKostG LSA).

Die Einzahlung des Betrages in Höhe von .... **Euro** hat nach Eintritt der Bestandskraft des Beschlusses durch den Antragsgegner unter Verwendung des Kassenzzeichens 3300-..... auf das Konto ..... bei der Landeshauptkasse Dessau, Deutsche Bundesbank Magdeburg, BLZ ..... 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 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. Katzsch

gez. Foerster