



SACHSEN-ANHALT

Vergabekammer  
beim Regierungspräsidium Halle

Beschluss

AZ: VK Hal 13/01

Halle, 27.08.2001

§ 107 Abs. 2 GWB  
§ 21 Nr. 2 VOB/A  
- mangelnde Antragsbefugnis  
- Nachweis der Gleichwertigkeit

In dem Nachprüfungsverfahren der

Bietergemeinschaft

Firma ..... GmbH

Firma ..... GmbH

Verfahrensbevollmächtigte:

RAe .....,

Antragstellerin

gegen

das .....

Antragsgegner

unter Beiladung der

Firma .....

..... GmbH & Co KG

Verfahrensbevollmächtigte:

RAe .....

Beigeladene

wegen

gerügtem Vergabeverstoß zur Vergabe von Bauleistungen im Offenen Verfahren "....." hat die Vergabekammer beim Regierungspräsidium Halle nach mündlicher Verhandlung am 14.08.2001 unter Mitwirkung des Oberregierungsrates Thomas, des Regierungsrates Walther und Herrn Neumann beschlossen:

1. Der Antrag wird zurückgewiesen.
2. Die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten durch die Beigeladene war notwendig.
3. Die Antragstellerin hat die Kosten zu tragen.
4. Die zu zahlenden Gesamtkosten werden auf ..... DM festgesetzt.

## Gründe

### I.

Mit Veröffentlichung im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften, abgesandt zur Veröffentlichung am ....., hat der Antragsgegner im Offenen Verfahren die Baumaßnahme "....." ausgeschrieben. Diese Baumaßnahme umfasst im Wesentlichen den Abbruch der vorhandenen Fahrbahnbefestigungen, Rekultivierung der rückgebauten Straßenflächen, Neubau der Richtungsfahrbahnen der ..... von Betriebskilometer ..... bis ..... einschließlich des kompletten Umbaus der Anschlussstelle ....., Neubau des Brückenbauwerkes ..... sowie der Versickerungs-, Regenrückhalte- und Regenklärbecken und den Abbau der Schutzeinrichtungen für die provisorische Verkehrsführung.

Gemäß dem Formblatt -Aufforderung zur Angebotsabgabe- sollten die Nebenangebote als Kriterium für die Angebotswertung und Auftragserteilung mit der geforderten Leistung mindestens gleichwertig sein.

In der Baubeschreibung wurden zusätzlich zu Ziffer 4 der Bewerbungsbedingungen für die Vergabe von Bauleistungen im Straßen- und Brückenbau Anforderungen an Nebenangebote gestellt. Mit dem Angebot waren bei der Abgabe von Nebenangeboten, den Bauwerksplänen vergleichbare Pläne vorzulegen. Darüber hinaus sollten Nebenangebote ausführliche Angaben über die vorgesehene Art der Ausführung (Zeichnungen, Beschreibungen, Massennachweise, Geräteeinsatz, Bauablauf usw.) enthalten. Des Weiteren waren die verkehrstechnischen Erfordernisse entsprechend dem Ausschreibungsentwurf einzuhalten (vgl. Pkt. 6 Baubeschreibung).

Ausweislich der Anlage zu den Besonderen Vertragsbedingungen und dem Punkt 3.2 der Baubeschreibung war für die Baumaßnahme ein konkreter Bauablauf, gegliedert in vier Phasen, vorgegeben. Dieser Bauablauf war folgendermaßen beschrieben:

Bauphase 1: Bau der provisorischen Verbreiterung zur Aufnahme des 4/0- Verkehrs der Richtungsfahrbahn -RF- ..... sowie ggf. Bau der RF ..... von Betriebskilometer ..... bis .....  
Baubeginn: 13.08.2001  
Bauende: 18.01.2002

Bauphase 2: Bau der RF ..... von Betriebskilometer ..... bis .....  
einschließlich der ersten Hälfte des Brückenbauwerkes ....  
Baubeginn: 01.02.2002  
Bauende: 31.07.2002  
Als Zwangspunkt im Bauablauf wurde für die Bauphase 2 der Baubeginn zum  
31.01.2002 festgelegt.

Bauphase 3: Bau der RF ..... von Betriebskilometer ..... bis .....  
einschließlich der zweiten Hälfte des Brückenbauwerkes .... sowie der  
AS .....  
Baubeginn: (13.08.2001) 12.08.2002  
Bauende: 17.05.2003

Bauphase 4: Bau der RF ..... von Betriebskilometer ..... bis .....  
einschließlich der AS .....  
Baubeginn: 01.06.2003  
Bauende: 20.12.2003.

Zum Eröffnungstermin am 25.04.2001, 13:00 Uhr lagen dem Antragsgegner sieben Hauptangebote und insgesamt 61 Nebenangebote sowie Nachlassgebote vor. Darunter waren auch die streitbefangenen Nebenangebote Nr. 1.4 für das Los 1 und Nr. 2.2 für das Los 2 der Antragstellerin, in dem sie durch Phasenverschiebungen im Zusammenhang mit dem Bauablauf am ..... unter der Überschrift "Bauzeitenverkürzung" eine nach ihrer Auffassung technologisch bedingte Bauzeitenverkürzung um zwei Monate bis zum 31.10.2003 für die Gesamtbaumaßnahme anbot.

Folgende Phasenverschiebungen wurden angeführt:

Phase 1: provisorische Verbreiterung der RF ..... (bis 11/01)  
Phase 2: Neubau RF ..... gesamte Baulänge (bis 10/02)  
Phase 3: Neubau RF ..... gesamte Baulänge (bis 10/03)

Aus dem vorgelegten Vergabevermerk des Antragsgegners geht hervor, dass alle Hauptangebote den formellen Anforderungen entsprächen und in die rechnerische Prüfung einbezogen wurden. Bei Wertung der Nebenangebote wurden unter anderem die Nebenangebote Nr.1.4 und Nr. 2.2 der Antragstellerin nicht gewertet. Als wirtschaftlich annehmbarstes Angebot ermittelte der Antragsgegner unter Einbeziehung der eingereichten Nebenangebote das der Beigeladenen.

Mit Schreiben vom 12.07.2001 teilte der Antragsgegner allen Bietern mit, dass nach Überprüfung, Nachrechnung und Wertung der Nebenangebote die Beigeladene das wirtschaftlichste Angebot abgegeben habe und den Zuschlag erhalten werde.

Die Nichtberücksichtigung der zwei Nebenangebote rügte die Antragstellerin erstmals mit Schreiben vom 17.06.2001 und nochmals am 18.07.2001. Der Antragsgegner half dieser Rüge nicht ab.

Daraufhin legte die Antragstellerin mittels Fax-Schreiben am 24.07.2001 Beschwerde bei der Vergabekammer Halle ein. Diese wurde dem Antragsgegner am 25.07.2001 mit der Aufforderung zur Stellungnahme zugestellt.

Die Durchsicht der vom Antragsgegner abgeforderten Unterlagen ergab, dass die streitbefangenen Nebenangebote der Antragstellerin weder einen Baubeginn für die Erbringung der Leistung der abweichend vom Leistungsverzeichnis angebotenen drei Phasen noch den Zeitpunkt zur Realisierung der Anschlussstelle ..... und des Brückenbauwerkes ..... beinhalten.

Laut Ziffer 2 der Anlage zur Baubeschreibung Punkt 5 "Zusätzliche Technische Vorschriften" sind alle Allgemeinen Rundschreiben des Bundesministeriums für Verkehr in der jeweils gültigen Fassung Bestandteil der Ausschreibungsunterlagen.

Zur Begründung des Antrages der Antragstellerin auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens trägt diese vor, dass die Vergabestelle beabsichtige die eingereichten Nebenangebote Nr. 1.4 und Nr. 2.2 der Antragstellerin bei der Wertung nicht zu berücksichtigen. Es handele sich hierbei um Nebenangebote, die mit Bauzeitverkürzung überschrieben seien. Tatsächlich biete die Antragstellerin jedoch keine reine Bauzeitverkürzung bei gleichbleibender oder gar erhöhter Vergütung an, sondern ein preislich günstigeres Angebot, das auf einen optimierten Bauablauf zurückzuführen sei. Die Bauzeit solle sich um zwei Monate verkürzen, d.h. die Baumaßnahme solle somit bis zum 31.10.2003 fertiggestellt werden. Dies könne in Übereinstimmung mit dem Bauablauf am ..... durch Phasenverschiebungen erreicht werden. Bei Annahme der Nebenangebote entstünde ein wirtschaftlicher Vorteil, der als Nachlass auf die Baustelleneinrichtung mit einem pauschalen Nachlass von ..... DM weitergegeben werden könne.

Die Antragstellerin beantragt,

1. die Vergabestelle zu verpflichten, die beabsichtigte Zuschlagserteilung an den Mitbewerber Fa..... zu unterlassen und das Vergabeverfahren unter Berücksichtigung der Rechtsauffassung der Vergabekammer unter Wertung der streitbefangenen Nebenangebote 1.4 und 2.2 ordnungsgemäß fortzuführen,
2. dem Antragsgegner die Kosten des Verfahrens aufzuerlegen,
3. die Hinzuziehung eines Rechtsbeistandes durch die Antragstellerin für notwendig zu erklären.

Der Antragsgegner beantragt,

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

Der Antragsgegner vertritt die Auffassung, dass die beiden streitbefangenen Nebenangebote gegen § 25 Nr.1 Abs. 1d) VOB/A verstießen und dementsprechend von der Wertung auszuschließen seien.

Die Nebenangebote 1.4 und 2.2 "Bauzeitverkürzung" seien vom ..... weder als Alternativangebot mit festgelegten kürzeren Fristen ausgeschrieben, noch als Nebenangebote gewünscht. Entsprechend dem Allgemeinen Rundschreiben Straßenbau (ARS) Nr. 3/1995 des Bundesministeriums für Verkehr (BMV) in Verbindung mit dem ARS 7/1990 seien Nebenangebote mit Bauzeitverkürzungen aus Wettbewerbsgründen bei der Wertung nicht zu berücksichtigen.

Die entsprechende rechtzeitige Bekanntgabe, dass bestimmte Änderungsvorschläge und Nebenangebote nicht erwünscht seien, sei Voraussetzung für den wirksamen Ausschluss nach § 25 Nr. 1 Abs. 1d) VOB / A. Diese Voraussetzung sei durch den Hinweis auf die ARS in den Ausschreibungsunterlagen gegeben. Die Beschwerdeführerin führe nunmehr aus, dass zwar die Nebenangebote mit der Überschrift "Bauzeitverkürzung" versehen seien, inhaltlich solle es sich aber um einen technologischen Vorteil handeln, der eine Nachlassgewährung ermögliche. Der veränderte bzw. optimierte Bauablauf sei nicht näher erläutert.

Maßgeblich seien jedoch nicht die nachträglichen Erläuterungen im Nachprüfungsverfahren, sondern der Inhalt der im Vergabeverfahren tatsächlich vorgelegten Nebenangebote, mit denen die Beschwerdeführerin eine Bauzeitverkürzung anstrebt.

Die Beigeladene beantragt,

1. die Beschwerde zurückzuweisen und
2. die Hinzuziehung eines Rechtsbeistandes für notwendig zu erklären.

Die Beigeladene vertritt die Auffassung, dass sie bei Wertung der Nebenangebote 1.4 und 2.2 der Beschwerdeführerin in ihren Rechten verletzt würde. Die Nebenangebote bestünden ausschließlich in einer Bauzeitverkürzung, ein veränderter Bauablauf mit technologischen Vorteilen sei aus ihrer Sicht nicht erkennbar. Auch im Verlaufe des Vergabeverfahrens lasse sich nicht ersehen, wodurch der Bauablauf tatsächlich verändert werden würde und welche technologischen Vorteile die Antragstellerin anbiete.

Es sei unzulässig, die Nebenangebote der Beschwerdeführerin zu werten. Andernfalls stünde es im Belieben der Beschwerdeführerin, eine Bauzeitverkürzung anzubieten oder nicht. Ihr stünde z.B. auch die Möglichkeit offen, ihr Nebenangebot als tatsächlich angebotene Bauzeitverkürzung mit der Folge zu deuten, dass es nicht gewertet würde. Eine Auslegungsmöglichkeit von Angeboten wirkt sich jedoch in unzulässiger Form auf den Wettbewerb im Vergabeverfahren aus.

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

Durch Beschluss vom 31.07.2001 ist die Bieterin ....., Niederlassung der ..... GmbH & Co KG zum Verfahren beigeladen worden.

Die Beigeladene hat mit Fax-Schreiben vom 06.08.2001 Akteneinsicht gemäß § 111 Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) beantragt, die mit Beschluss vom 07.08.2001, unter Ausnahme der Einsichtnahme in die Angebote und Nebenangebote der Mitbieter sowie in das Protokoll der rechnerischen Prüfung, 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 unzulässig.

Die angerufene Vergabekammer beim Regierungspräsidium Halle ist für die Entscheidung in dieser Angelegenheit zuständig, da der strittige Auftrag als Gegenstand der Bundesauftragsverwaltung dem Land Sachsen-Anhalt (LSA) zuzurechnen ist und der Auftraggeber seinen Sitz innerhalb der Grenzen des Regierungsbezirkes Halle hat, § 104 Abs. 1 GWB i.V.m. dem Runderlass des Ministeriums für Wirtschaft und Technologie – Richtlinie über die Einrichtung von Vergabekammern in Sachsen-Anhalt – vom 04.03.1999-63-32570/03-, Abschnitt II Abs. 1 und 2.

Das streitbefangene Verfahren bezieht sich auf eine Baumaßnahme, deren Gesamtauftragswert den maßgeblichen Schwellenwert von 9.779.150 DM überschreitet.

Der Antragsgegner ist öffentlicher Auftraggeber im Sinne von § 98 Abs. 1 GWB.

Der Antragstellerin fehlt es hinsichtlich der streitbefangenen Nebenangebote 1.4 und 2.2. an der nach § 107 Abs. 2 GWB erforderlichen Antragsbefugnis. 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.

Es kann dahinstehen, ob seitens der Antragstellerin ein Interesse am Auftrag gegeben und eine Verletzung ihrer Rechte vorgetragen ist, da es hier an einem bereits eingetretenen oder drohenden Schaden mangelt.

Ein drohender Schaden liegt jedenfalls dann nicht vor, wenn der antragstellende Bieter selbst dann evident keine Aussicht auf Erteilung des Zuschlages hat, wenn die geltend gemachten Vergabeverstöße ausgeräumt würden (vgl. OLG Naumburg Beschluss vom 01.11.2000 Verg 7/00 m.w.N.). Dies ist hier gegeben.

Lässt man den von der Antragstellerin gerügten Vergabeverstoß einer eventuellen unrechtmäßigen Nichtwertung der Nebenangebote der Antragstellerin außer Acht, so käme dennoch eine Zuschlagserteilung zu ihren Gunsten aus zwingenden anderen Gründen nicht in Betracht. Denn auch ohne diese gerügten Verstöße, ist die Zuschlagsfähigkeit beider Nebenangebote nicht gegeben, da der geforderte Nachweis der Gleichwertigkeit nach § 21 Nr. 2 VOB/A durch die Antragstellerin nicht erbracht wurde.

Durch den Antragsgegner wurden in der Baubeschreibung zusätzlich zu Ziffer 4 der Bewerbungsbedingungen für die Vergabe von Bauleistungen im Straßen- und Brückenbau Anforderungen an Nebenangebote gestellt. Trotz dieser Anforderungen hat die Antragstellerin mit ihren streitbefangenen Nebenangeboten keine Angaben über die vorgesehene Art der Ausführung in Form von Zeichnungen, Beschreibungen, Massennachweisen, Geräteinsatz und insbesondere zum geänderten Bauablauf eingereicht und die verkehrstechnischen Erfordernisse entsprechend dem Ausschreibungsentwurf nicht eingehalten. Die eingereichten Nebenangebote enthalten lediglich eine in drei Phasen gegliederte pauschale Terminauflistung mit der jeweiligen Angabe des Bauphasenendes. Diese Angaben passen nicht in den durch den Auftraggeber vorgegebenen bautechnologischen undverkehrsorganisatorischen Bauablauf, der konkret mit Baubeginn und Bauende einschließlich der Errichtung des Brückenbauwerkes ..... und dem Umbau der Anschlussstelle ..... in vier Phasen gegliedert wurde.

Im Formblatt – Aufforderung zur Angebotsabgabe – legte der Antragsgegner maßgebliche Kriterien für die Angebotswertung und Auftragserteilung fest. Ein maßgebliches Kriterium ist, dass die Bieter bei Abgabe von Nebenangeboten zusätzlich mindestens die Gleichwertigkeit mit der geforderten Leistung nachweisen müssen.

Nach § 21 Nr. 2 VOB/A ist es dem Bieter gestattet, eine Leistung anzubieten, die von den in der Leistungsbeschreibung vorgegebenen technischen Spezifikationen abweicht. Voraussetzung dafür ist, 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 im Nebenangebot 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 gemäß Ziffer 2.4 – Prüfung und Wertung der Angebote Nr. 39 des Vergabehandbuchs – Straßen- und Brückenbau – (verbindlich eingeführt für alle Straßenbauämter und das Autobahnamt des LSA mit Schreiben des Ministeriums für Wirtschaft, Technologie und Verkehr des LSA vom 11.03.1993) auch nicht berechtigt. Da gemäß Ziffer 2 der Anlage zur Baubeschreibung Punkt 5 “Zusätzliche Technische Vorschriften “ alle Rundschreiben des Bundesministeriums für Verkehr in der jeweils gültigen Fassung zum Bestandteil der Ausschreibungsunterlagen gemacht worden sind, ist das ..... abweichend von § 24 Nr.1 Abs. 1 VOB/A generell zur Entscheidung nicht befugt, ob eine Nachverhandlung den Wettbewerb beeinflussen würde.

Der Vertreter der Antragstellerin geht somit in seiner Ansicht fehl, dass der Auftraggeber im Rahmen einer Ermessensreduzierung auf Null gleichsam zu einem Aufklärungsgespräch verpflichtet sei. Der Auftraggeber hat sich demnach richtlinienkonform verhalten, als er seine Aufklärungsgespräche hinsichtlich der seitens der Antragstellerin abgegebenen Nebenangebote nicht auf die Prüfung der Gleichwertigkeit erstreckte.

Den Nachweis der Gleichwertigkeit der streitbefangenen Nebenangebote hinsichtlich des veränderten Bauablaufes durch Phasenverschiebungen mit dem festgeschriebenen Bauablauf des Auftraggebers, der bautechnologisch und verkehrsorganisatorisch notwendig ist, konnte die Antragstellerin daher auch nicht im Rahmen der Darlegungen in der mündlichen Verhandlung nachschieben.

Das Fehlen der abgeforderten Unterlagen zur Gewährleistung der Prüfung der Gleichwertigkeit muss daher für die streitbefangenen Nebenangebote zur Unzulässigkeit der Beschwerde führen, da die Zuschlagsfähigkeit in beiden Fällen nicht gegeben ist.

Entsprechend der oben näher bezeichneten Spruchpraxis des Oberlandesgerichtes Naumburg musste sich der Mangel der Überprüfbarkeit der Gleichwertigkeit bereits auf die Zulässigkeit der Beschwerde auswirken. Es ist kein Gesichtspunkt erkennbar, der es rechtfertigen würde, an § 21 Nr. 1 und Nr. 2 VOB/A eine formell unterschiedliche Prüfweise anzulegen. Soweit die Feststellung der Gleichwertigkeit aufgrund fehlender abgeforderter Unterlagen unmöglich erscheint, ist es vielmehr einzig sachgerecht, diesen Gesichtspunkt entsprechend der formellen Vollständigkeit nach § 21 Nr. 1 VOB/A zu behandeln. Diese Rechtsauffassung steht im Einklang mit der Spruchpraxis des Oberlandesgerichtes Naumburg.

## **Kosten**

Die Kostenentscheidung beruht auf § 128 Abs. 3 GWB. Die Antragstellerin hat die Kosten für das Verfahren zu tragen.

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

§ 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 Gesamtkosten beläuft sich hier auf ..... DM (§ 128 Abs. 1 Satz 1 GWB). Die Kosten gliedern sich entsprechend der im Land Sachsen-Anhalt anzuwendenden Gebührentabelle 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) auf.

Der Betrag unter Abzug des geleisteten Vorschusses in Höhe von ..... **DM** (nachrichtlich ..... Euro) 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, 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. Walther

gez. Neumann