



SACHSEN-ANHALT
LANDESV ERWALTUNGSAMT

**1. Vergabekammer
beim Landesverwaltungsamt**

Beschluss

AZ: 1 VK LVwA 17/05

Halle, 21.04.2005

- formale Vollständigkeit des Angebotes
- fehlende Erklärungen
- unklare bzw. widersprüchliche Angaben zum Nachunternehmereinsatz
- Wertung

§§ 21 Nr. 1 Abs. 1 S. 3, 25 Nr. 1 Abs. 1b) VOB/A

Die Bewerbererklärung ist eine Erklärung, die der Auftraggeber im Sinne des § 21 Nr. 1 Abs. 1 Satz 3 VOL/A mit Abgabe der Angebotsunterlagen forderte. Fehlt bei der Angebotseröffnung diese kalkulationserhebliche Bewerbererklärung, welche bestimmte Verpflichtungen enthält, muss das Angebot ausgeschlossen werden.

In dem Nachprüfungsverfahren der

..... mbH
.....
Verfahrensbevollmächtigte
Rechtsanwälte

Antragstellerin

gegen

die GmbH
.....

Antragsgegnerin

unter Beiladung der Bieterin

..... GmbH
.....

wegen

des gerügten Vergabeverstößes im Offenen Verfahren zur Umverlegung der abwassertechnischen Anlagen der Komplexbaumaßnahme Gleisschleife, Lose 1 und 2 hat die Vergabekammer beim Landesverwaltungsamt aufgrund der mündlichen Verhandlung am 15.04.2005 unter Mitwirkung des Vorsitzenden Oberregierungsrat Thomas, der beamteten Beisitzerin Bauamtfrau Pönitz und des ehrenamtlichen Beisitzers Herrn Dolge beschlossen:

1. Der Nachprüfungsantrag wird zurückgewiesen.
2. Der Antrag der Beigeladenen wird zurückgewiesen.
3. Die Hinzuziehung der anwaltlichen Vertretung für die Antragstellerin wird für notwendig erklärt.
4. Die Beteiligten tragen die Kosten zu je einem Drittel.
5. Die Kosten (Gebühren und Auslagen) des Nachprüfungsverfahrens beziffern sich auf insgesamt **Euro**.

Gründe

I.

Mit Veröffentlichung im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaft am 18.11.2004, schrieb die Antragsgegnerin im Wege eines Offenen Verfahrens auf der Grundlage der Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen (VOB/A) die Umverlegung der abwassertechnischen Anlagen der Komplexmaßnahme Lückenschluss, Gleisschleife, in zwei Losen aus.

Das Los 1 beinhaltet die Entwässerungsarbeiten und die Trinkwasserleitung und das Los 2 die Errichtung von zwei Abwassertrogkanälen, den Straßenbau sowie die Verkehrsführung während der Bauzeit. Angebote waren nur für beide Lose zugelassen.

Gemäß des Aufforderungsschreibens zur Abgabe eines Angebotes hatten die Bieter entsprechend Ziffer 3.1 mit dem Angebot Unbedenklichkeitsbescheinigungen des Finanzamtes, der Krankenkasse, der Berufsgenossenschaft, der Betriebshaftpflichtversicherung, eine Eintragung im Handelsregister sowie einen Gewerbezentralregisterauszug, nicht älter als drei Monate, vorzulegen.

Weiterhin forderte die Antragsgegnerin von den Bietern mit dem Aufforderungsschreiben zur Abgabe eines Angebotes unter anderem auch die Abgabe der ausgefüllten Vordrucke - EFB-NU Nachunternehmerverzeichnis sowie die Bewerbererklärung gem. des MBI. des LSA Nr. 16/2003 vom 14.04.2003. In der Bewerbererklärung selbst weist der Auftraggeber ausdrücklich darauf hin, dass diese sowohl vom Hauptunternehmer als auch von allen Nachunternehmern abzugeben war. Ausweislich des Nachunternehmerverzeichnisses waren durch die Bieter die Nachunternehmer einschließlich der Ordnungszahlen des Leistungsverzeichnisses und der entsprechenden Teilleistung aufzuführen.

Mit einem separaten Blatt in den Verdingungsunterlagen kündigt der Auftraggeber an, dass die Angebote, die innerhalb der Angebotsfrist die Art und den Umfang der beabsichtigten Nachunternehmerleistungen nicht enthalten, zwingend auszuschließen sind. Ergänzend dazu enthielten die Bewerbungsbedingungen unter Pkt. 6 den Hinweis, dass bei beabsichtigter Weitergabe von Leistungen an Nachunternehmer der Bieter in seinem Angebot Art und Umfang angeben und auf Verlangen die vorgesehenen Nachunternehmer benennen müsse.

In den Bewerbungsbedingungen (vgl. Nr. 3.3) wurde ausdrücklich auf das Erfordernis der Vollständigkeit des Angebotsinhaltes und der -bearbeitung durch die Bieter Bezug genommen. Zudem mussten alle Eintragungen dokumentenecht sein. Insbesondere erfolgte ein Hinweis in den Bewerbungsbedingungen sowie zusätzlich auf einem extra Blatt, dass die Angebote die Preise und die in den Verdingungsunterlagen geforderten Erklärungen und Angaben enthalten müssen, ansonsten müsse das Angebot ausgeschlossen werden. Dazu gehört auch die geforderte Gültigkeit von Nachweisen, Qualifizierungen und Zertifikaten deren Bescheinigungsdatum abgelaufen ist. Darüber hinaus wies die Antragsgegnerin gemäß Nr. 3.2 der Bewerbungsbedingungen ebenfalls darauf hin, dass für das Angebot die vom Auftraggeber übersandten Vordrucke zu verwenden seien.

Zum Eröffnungstermin am 24.01.2005 gingen bei der Antragsgegnerin 17 Angebote mit insgesamt 29 Nebenangeboten ein.

Aus der übergebenen Angebotsauswertung geht hervor, dass sieben Angebote nach Auffassung der Antragsgegnerin, darunter auch das der Antragstellerin, den formellen Anforderungen nicht genügten. Als wirtschaftlich annehmbarstes Angebot ermittelte die Antragsgegnerin das der Beigeladenen.

Die Antragsgegnerin informierte gemäß § 13 der Vergabeverordnung (VgV) mittels Fax-Schreiben vom 25.02.2005 die Antragstellerin, dass ihr Angebot ausgeschlossen werde, da sie mit dem Angebot keine Bewerbererklärung vorgelegt habe. Gleichfalls teilte der Auftraggeber mit, dass er beabsichtige, den Zuschlag auf das Angebot der Beigeladenen zu erteilen.

Daraufhin hat die Antragstellerin den Ausschluss ihres Angebotes mittels Schreiben vom 01.03.2005, eingegangen bei der Antragsgegnerin am 02.03.2005, gerügt. Die Antragsgegnerin reagierte mittels Schreiben vom 03.03.2005 auf die Rüge der Antragstellerin, half dieser jedoch nicht ab. Stattdessen erweitert sie ihre Ablehnungsgründe dahingehend, dass die Antragstellerin die Ordnungszahlen der Leistungspositionen im Nachunternehmerverzeichnis nicht eingetragen habe, so dass eine eindeutige Zuordnung nicht erfolgen könne. Dies rechtfertige gleichfalls einen Ausschluss des Angebotes. Auch sei die DVGW-Zulassung am 23.02.2005 abgelaufen.

In Folge dessen hat die Antragstellerin mittels Schriftsatz vom 10.03.2005 per Fax am 11.03.2005 einen Nachprüfungsantrag bei der 1. Vergabekammer gestellt. Dieser ist der Antragsgegnerin am selben Tag mit der Aufforderung zur Stellungnahme und Übergabe der Vergabeunterlagen zugestellt worden.

Die Durchsicht der von der Antragsgegnerin vorgelegten Unterlagen ergab, dass im Angebot der Antragstellerin keine Bewerbererklärung enthalten ist. Mit Schreiben vom 18.02.2005 reichte die Antragstellerin die Bewerbererklärung bei der Antragsgegnerin nach. Außerdem enthält das Formblatt „EFB-NU Nachunternehmerverzeichnis“ in der Spalte - Ordnungszahl - keine Eintragung. Aus den im Angebot beigefügten Preisermittlungen geht hervor, dass innerhalb des Loses 1 - Euro und innerhalb des Loses 2 - Euro für Nachunternehmerleistungen einkalkuliert wurden. Auf Nachfrage der Vergabekammer reichte die Antragstellerin die Positionsnummern nach. Bei Addition dieser Positionen ergibt sich für Los 1 ein Betrag von Euro und für das Los 2 ein Betrag von Euro an Nachunternehmerleistungen.

Das seitens der Beigeladenen übergebene Angebot enthält einen Gewerbezentralregisterauszug vom 22.09.2004. Zudem beinhaltet das Angebot der Beigeladenen im Formblatt „EFB-NU Nachunternehmerleistungen“ in der Spalte - Ordnungszahl - nicht die Positionen des Leistungsverzeichnisses, sondern lediglich den Begriff „diverse“.

Im Gegensatz dazu ergab die stichprobenartige Prüfung, dass z.B. die Angebote der Bieter GmbH & Co Bauunternehmung KG sowie der GmbH formell vollständig sind.

In der mündlichen Verhandlung hält die Antragstellerin ausdrücklich ihre bisher vertretene Auffassung aufrecht, dass der Ausschluss der Antragstellerin vom Vergabeverfahren rechtswidrig sei und die Antragstellerin in ihren Rechten verletze, da diese der Antragsgegnerin ein zuschlagsfähiges Angebot unterbreitet habe.

Gemäß des Formblattes der Angebotsaufforderung habe die Antragsgegnerin mit Einreichung des Angebotes lediglich die Vorlage eines Gewerbezentralregisterauszuges, einer Unbedenklichkeitsbescheinigungen des Finanzamtes, der Krankenkasse, der Berufsgenossenschaft und der Betriebshaftpflichtversicherung sowie die Eintragung in das Handelsregister verlangt. Kein Bestandteil dieser Abforderung zum Zeitpunkt der Angebotsabgabe sei die Bewerbererklärung gewesen. In Übereinstimmung damit habe die Antragstellerin der Antragsgegnerin die Bewerbererklärung nachgereicht.

Im Übrigen sehe der Runderlass des Ministeriums für Wirtschaft und Arbeit des Landes über die Anforderungen von Bewerbererklärungen vom 14.04.2003 vor, dass bei Nichtvorlage der Erklärung mit dem Angebot, der Auftraggeber diese nachzufordern habe. Daraus folge nicht nur die Fehlerhaftigkeit des Ausschlusses des Angebotes der Antragstellerin, sondern ebenso, dass sich die Antragsgegnerin durch ein Unterlassen dieser Nachforderung nicht vergaberechtskonform verhalten habe. Ungeachtet dessen würde ein Fehlen der Bewerbererklärung einen Ausschluss der Antragstellerin vom Vergabeverfahren nicht rechtfertigen, da die Ausgestaltung des § 21 Ziffer 1 Satz 3 VOB/A als Soll-Vorschrift einen zwingenden Ausschluss nicht vorgebe. Immer wenn das Fehlen der geforderten Erklärungen keinen Einfluss auf den Wettbewerb und die Eindeutigkeit des Angebotsinhaltes habe, bestehe kein Anlass, das Angebot von vorn herein nicht weiter zu berücksichtigen. So verhalte es sich hier, denn das Fehlen der Bewerbererklärung tangiere weder die Bietereigenschaft noch die Preise und damit das Wettbewerbsergebnis. Erklärungen, die mit der Kalkulation des Angebotspreises nichts zu tun haben, könnten grundsätzlich keinen Anlass zur Manipulation geben.

Des Weiteren sei der Ausschluss des Angebotes auch nicht dadurch gerechtfertigt, dass in dem vorgelegten Nachunternehmerverzeichnis keine Benennung der dazugehörigen Ordnungszahlen erfolgte. Im Rahmen der Aufforderung zur Abgabe eines Angebotes sei lediglich das Verzeichnis der Nachunternehmer als Anlage beigefügt worden. Eine Aufforderung zur Angabe der Leistungen mit dem Angebot, die an die Nachunternehmer vergeben werden sollen und die Benennung derselben, sei ausweislich des Aufforderungsschreibens nicht erfolgt. Nach § 10 Nr. 5 Abs. 3 VOB/A könne der Auftraggeber zwar die Bieter auffordern, in ihrem Angebot die Leistungen anzugeben, die sie an Nachunternehmer zu vergeben beabsichtigen, von diesem Ermessen habe die Antragsgegnerin jedoch keinen Gebrauch gemacht. Lediglich die Vorlage des Verzeichnisses der Nachunternehmer sei zum Bestandteil des Anforderungsprofils gemacht worden.

Ebenso rechtfertige der Umstand keinen Ausschluss, dass dem Angebot eine DVGW-Zulassung beigefügt wurde, deren Gültigkeit bereits am 23.02.2005 abgelaufen war. Ausweislich des Aufforderungsschreibens habe der Auftraggeber sich vorbehalten, die Erteilung des Auftrages u.a. von diesem Nachweis nach § 8 Nr. 3 Abs. 1 VOB/A abhängig zu machen. Daher sei dieser Nachweis nicht mit dem Angebot abzugeben gewesen, sondern der Auftraggeber hätte die Bieter zur Ergänzung des Angebotes auffordern müssen.

Darüber hinaus habe die Antragsgegnerin das Gleichbehandlungsgebot aller Bieter gemäß § 97 Abs. 2 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) nicht beachtet. Im Gegensatz zur Antragstellerin seien durch die Antragsgegnerin einige Bieter aufgefordert worden, entsprechende Unterlagen nachzureichen. So habe die Antragsgegnerin Bieter nicht ausgeschlossen, obwohl auch in diesen Angeboten Unterlagen fehlten.

Wegen dieser aufgezeigten Vergaberechtsverstöße sei die Ausschreibung insgesamt aufzuheben.

Die Antragstellerin beantragt daher,

1. der Antragsgegnerin zu untersagen, den Zuschlag der Beigeladenen zu erteilen,
2. die Antragsgegnerin anzuweisen, das Vergabeverfahren aufzuheben und
3. die anwaltliche Vertretung für notwendig zu erklären.

Die Antragsgegnerin beantragt,

die Anträge der Antragstellerin zurückzuweisen.

Zur Begründung führt sie aus,

dass das Fehlen der Bewerbererklärung bei Angebotsabgabe nach § 25 Nr. 1 VOB/A ein zwingender Ausschlussgrund sei. Die Antragstellerin habe mit dem Angebotsschreiben EVM (B) Ang 213 unter Punkt 1 die Abgabe der Bewerbererklärung mit dem Angebot für verbindlich erklärt bzw. keine Erklärung zur Nichtabgabe in einem gesonderten Angebotsschreiben angemeldet. Die Verbindlichkeit der im Angebotsschreiben aufgeführten Angebotsbestandteile habe von der Antragsgegnerin zu keiner Zeit des Vergabeverfahrens angezweifelt werden können. Das bedeute, dass bei Nichtabgabe einzelner Angebotsteile entsprechend der aktuellen Rechtsprechung ein solches Angebot unvollständig und daher von der weiteren Wertung zwingend auszuschließen sei. Bei der Prüfung der Angebote stelle die Bewerbererklärung LSA einen verlangten Nachweis für die Beurteilung der Eignung des Bieters entsprechend § 17 Nr. 1 Abs. 2 VOB/A dar und sei mit dem Angebot abzugeben. Zusätzlich habe die Antragsgegnerin die am Wettbewerb beteiligten Unternehmen mit einer gesonderten Vorankündigung in den Ausschreibungsunterlagen darauf hingewiesen, dass Angebote, die die geforderten Erklärungen nicht enthalten, von der Wertung auszuschließen seien. Unter Wahrung der Gleichbehandlung aller Bieter habe der Auftraggeber kein Recht zu einer wie auch immer gearteten großzügigen Handhabung, sondern müsse das betreffende Angebot ausschließen. Daran ändere auch das Nachreichen der Bewerberklärung VOB/A Nachweis und die fehlenden Ordnungszahlen im Nachunternehmerverzeichnis seien nicht in die Wertung einbezogen worden, die Bezugnahme habe einen rein informellen Charakter.

Der Vertreter der Beigeladenen beantragt,

die Antragstellerin auszuschließen.

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

Mit Beschluss vom 07.04.2005 hat die Kammer der Antragstellerin Akteneinsicht in die Verfahrensakten der Antragsgegnerin gewährt, jedoch nicht in Unterlagen, die Rückschlüsse auf angebotene Preise von Mitbieterinnen zulassen.

Durch Beschluss vom 11.04.2005 ist die Bieterin GmbH zum Verfahren beige-laden worden, da ihre Interessen durch die Entscheidung in diesem Verfahren schwerwie-gend berührt werden könnten.

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

II.

1. Der Antrag der Antragstellerin auf Nachprüfung ist zulässig, aber unbegründet.

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 04.03.1999-63-32570/03, geändert durch Runderlass des MW vom 08.12.2003 -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 - Umverlegung der abwassertechnischen Anlagen - handelt es sich um eine Bauleistung im Sinne § 1a VOB/A Fassung 2002. Da der Gesamtauftragswert der Maßnahme 5 Millionen Euro überschreitet, sind die Bestimmungen der a-Paragraphen zusätzlich zu den Basisparagraphen anzuwenden.

Der Anwendungsbereich des 4. Teiles des GWB (§§ 97 ff) ist eröffnet. Die 1. Vergabekammer beim Landesverwaltungsamt ist nach Abschnitt I, § 2 Abs. 1 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 Stadt Halle hat.

Der Antragsgegner ist Auftraggeber gemäß § 98 Nr. 2 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 den Ausschluss aus der Wertung in ihren Rechten nach § 97 Abs. 7 GWB verletzt zu sein. Sie geht davon aus, dass ein Ausschluss des Angebotes wegen des Fehlens der Bewerbererklärung sowie der Ordnungszahlen im Nachunternehmerverzeichnis sowie des Ablaufs des DVGW-Nachweises nicht gerechtfertigt sei. Darüber hinaus leide das Vergabeverfahren an Vergaberechtsverstößen, die eine Aufhebung rechtfertigten. Dieser Vortrag ist für die Feststellung des Vorliegens der Antragsbefugnis ausreichend.

Auch hat die Antragstellerin den Ausschluss vom Vergabeverfahren gegenüber der Antragsgegnerin mit Schreiben vom 01.03.2005, Eingang am 02.03.2005, im Sinne des § 107 Abs. 3 S. 1 GWB unverzüglich gerügt.

Die Kenntnis der vermeintlichen Rechtswidrigkeit des Handelns der Antragsgegnerin erlangte die Antragstellerin ausweislich ihres Vortrages in der mündlichen Verhandlung am 01.03.2005 mit dem Lesen des Informationsschreibens des Auftraggebers. Das Informationsschreiben erreichte die Antragstellerin zwar am Freitag, den 25.02.2005 gegen 18.21 Uhr. Nach dem Vorbringen der Antragstellerin enden die regulären Geschäftszeiten jedoch um 16.15 Uhr, so dass der Inhalt des Faxes am Tag seines Einganges nicht zur Kenntnis genommen werden konnte. Am darauffolgenden Montag, den 28.02.2005, will der Geschäftsführer der Antragstellerin nicht in seinem Büro gewesen sein, so dass aufgrund der zeitgleichen Abwesenheit seines Vertreters der Inhalt des Faxes erst am

01.03.2005 zur Kenntnis genommen worden sei. Obwohl die diesbezüglich seitens der Antragstellerin vorgetragene Umstände durch die erkennende Kammer als zumindest außergewöhnlich bewertet werden mussten, konnte von einer weiteren Sachverhaltsaufklärung abgesehen werden, da das Rügeschreiben auch bei einer erstmaligen Kenntnisnahme des Inhaltes des fraglichen Faxes bereits am 28.02.2005 den Auftraggeber binnen zwei Tagen und damit unverzüglich im Sinne des § 107 Abs. 3 Satz 1 GWB erreichte. Die erkennende Kammer geht davon aus, dass bei sehr einfach gelagerten Fällen eine Verpflichtung zur Rüge binnen drei Tagen besteht und die Kenntnis von der behaupteten Unvollständigkeit des Angebotes mit dem Erkennen der vermeintlichen Vergaberechtswidrigkeit einhergeht. Um einen derartigen Fall handelt es sich hier.

Erfüllt ist ebenfalls das Erfordernis der ausreichenden Begründung des Antrages gemäß § 108 GWB.

Der Nachprüfungsantrag der Antragstellerin ist unbegründet.

1.1 Die Antragstellerin konnte mit dem Antrag auf Untersagung der Zuschlagserteilung zu Gunsten der Beigeladenen nicht durchdringen.

Eine Zuschlagserteilung auf das Angebot der Beigeladenen verletzt die Antragstellerin unter keinem in Betracht kommenden Gesichtspunkt in ihren durch § 97 Abs. 7 GWB geschützten Rechtspositionen.

Zum einen steht der Antragstellerin selbst kein Recht auf Zuschlagserteilung in diesem Vergabeverfahren zu, welches durch eine Beauftragung der Beigeladenen vereitelt werden könnte. Denn das Angebot der Antragstellerin erfüllt nicht das Erfordernis der formalen Vollständigkeit und wurde wegen fehlender geforderter Erklärungen sowie wegen unklarer und widersprüchlicher Angaben zum Nachunternehmereinsatz zu Recht durch die Antragsgegnerin gemäß §§ 21 Nr. 1 Abs. 1 S. 3, 25 Nr. 1 Abs. 1b) VOB/A ausgeschlossen.

a) Entgegen der Auffassung der Antragstellerseite gehörte die Vorlage der Bewerbererklärung mit dem Angebot zum durch den Auftraggeber festgelegten Anforderungsprofil. Diesem hat die Antragstellerin nicht genügt, da sie ihrem Angebot ausschließlich die abgeforderte Bewerbererklärung für die einzusetzenden Nachunternehmer beigelegt hat.

Der Auftraggeber teilte den Bietern ausweislich des Aufforderungsschreibens HVM (B) A EG-Angebotsanforderung mit, dass den einzureichenden Angeboten u.a. die Anlagen Vordruck "Verzeichnis der Nachunternehmerleistungen" und Vordruck "Bewerbererklärung LSA" beizufügen sind. Bereits hier wurde für alle künftigen Bieter unmissverständlich der Wille des Auftraggebers zur Vorlage des Angebotes inklusive einer anliegenden, d.h. sich in körperlicher Verbundenheit befindlichen Bewerbererklärung deutlich.

Unterstützt wird diese Sichtweise durch die konkrete Abfassung des vom Auftraggeber vorgegebenen und vom Bieter zu unterschreibenden Angebotsblattes, aus dem folgt, dass das jeweilige Angebot u.a. die Bewerbererklärung umfasse.

Da die Bewerbererklärung erst Klarheit darüber schaffen soll, ob die Leistung gegebenenfalls im eigenen Betrieb oder teilweise durch Nachunternehmer erbracht werden soll, ergibt sich auch daraus zwingend die Verpflichtung zur Vorlage mit dem Angebot.

Etwas anders folgt auch nicht aus dem Hinweis der Antragstellerseite auf den beigelegten Runderlass des Ministeriums für Wirtschaft und Arbeit des Landes vom 05.03.2003 -Anforderungen von Bewerberklärungen-.

Der Runderlass schränkt das Ermessen des Öffentlichen Auftraggebers im Hinblick auf den Verzicht zur Abforderung einer Bewerbererklärung ein. Er trifft jedoch keine Regelung hinsichtlich der Festlegung des Auftraggebers, bis zu welchem Zeitpunkt die Bewerberklärung im Rahmen des Vergabeverfahrens durch die Bieter vorzule-

gen ist. Der Auftraggeber ist frei, die Bewerbererklärung gleichzeitig mit der Abgabe des Angebotes zu fordern. Von diesem ihm zustehenden Ermessen hat die Antragsgegnerin hier Gebrauch gemacht. Dies war auch für die Bieter erkennbar. Wenn die Antragsgegnerseite dies bestreitet, handelt es sich nach Auffassung der erkennenden Kammer um eine Schutzbehauptung, die einer objektiven Überprüfung nicht standhalten kann. In diesem Zusammenhang sei darauf hingewiesen, dass die Antragstellerin auch in der mündlichen Verhandlung nicht hat erklären können, weshalb die Bewerbererklärungen zu den vorgesehenen Nachunternehmern sehr wohl den Angebotsunterlagen beigelegt haben.

Die Bewerbererklärung ist eine Erklärung, die der Auftraggeber im Sinne des § 21 Nr. 1 Abs. 1 Satz 1 VOL/A fordert. Fehlt bei der Angebotseröffnung eine kalkulationserhebliche Bewerbererklärung, welche bestimmte Verpflichtungen enthält, muss das Angebot ausgeschlossen werden.

- b) Des Weiteren ist die Antragstellerin ihrer Verpflichtung zur genauen Bezeichnung der Leistungen, die sie durch Nachunternehmer ausführen zu lassen gedenkt, nicht nachgekommen. Die Antragsgegnerin hat dem Grundsatz des § 10 Nr. 5 Abs. 3 VOB/A folgend, entsprechend Punkt 6 der Bewerbungsbedingungen festgelegt, dass ein Bieter im Falle der beabsichtigten Weitergabe von Teilleistungen an Nachunternehmer, Art und Umfang dieser Leistungen in seinem Angebot angeben und auf Verlangen die vorgesehenen Nachunternehmer benennen muss.
- Die Antragstellerin hat den Vordruck „NU-Nachunternehmerleistungen“ zwar eingereicht, die Verpflichtung zu eindeutigen und klaren Angaben über den Nachunternehmereinsatz dennoch missachtet. Der von der Antragstellerin ihrem Angebot beigefügte Vordruck mit der Überschrift „Verzeichnis der Nachunternehmerleistungen“ enthält unter der Bezeichnung „OZ“ keine Angaben. Die Eintragungen der Antragstellerin zur Beschreibung der relevanten Teilleistungen lautet: „Verkehrssicherung, Lastplattendruckversuche und Rammsondierungen (Kontrollprüfungen), Kunstbauten aus Beton und Stahlbeton (Betonarbeiten), Asphalt- und Bitumenarbeiten, Verbau und grabenlose Verlegung, Dichtheitsprüfung und Kamerabefahrung sowie Bestandsunterlagen“. Diese Angaben enthalten keine ausreichend konkreten Festlegungen zum tatsächlichen Umfang der durch Nachunternehmer auszuführenden Leistungen, wie sie nach den Bewerbungsbedingungen und Verdingungsunterlagen auf der Grundlage von § 10 Nr. 5 Abs. 3 VOB/A gefordert waren. Aus den im Angebot beigefügten Preisermittlungen geht hervor, dass innerhalb des Loses 1 ein Betrag von Euro und innerhalb des Loses 2 ein Betrag von Euro für Nachunternehmerleistungen einkalkuliert wurde. Auf Nachfrage der Vergabekammer reichte die Antragstellerin die Positionsnummern nach. Bei Addition dieser ergibt sich für Los 1 ein Umfang an Nachunternehmerleistungen in Höhe von Euro und für das Los 2 in Höhe von Euro. Die vorgefundenen Eintragungen im Vordruck „Nachunternehmerverzeichnis“ entsprechen somit nicht den an die Klarheit der geforderten Angaben zu stellenden Anforderungen. Da es grundsätzlich einer Vergabestelle nicht zugemutet werden kann, erst nach langwieriger Durchsicht aller möglicherweise in Betracht kommenden Unterlagen und arbeitsintensiven Berechnungen letztendlich hinreichend sichere Erkenntnisse darüber zu gewinnen, welche Nachunternehmerleistungen tatsächlich weitergegeben werden sollen, ist das entsprechende Angebot auch unter diesem Gesichtspunkt gemäß §§ 21 Nr. 1 Abs. 1 S. 3, 25 Nr. 1 Abs. 1b) VOB/A von der weiteren Wertung auszuschließen. Trifft den Bieter aufgrund der Festlegungen des Auftraggebers die Verpflichtung zur eindeutigen Angabe der für den Nachunternehmereinsatz vorgesehenen Leistungen, so ist dieses Anforderungsprofil für Bieter und Auftraggeber gleichermaßen bindend.

Abweichend von der Auffassung der Antragstellerseite kommt der Antragsgegnerin hier kein Ermessen zu. Durch die Formulierung ihres Anforderungsprofils hat sie die für alle Beteiligten am Vergabeverfahren bindende Regelungen aufgestellt.

Zwar soll ein Angebot gemäß § 21 Nr. 1 Abs. 1 Satz 3 VOB/A nur die Preise und die in der Bekanntmachung und den Ausschreibungsunterlagen geforderten Erklärungen enthalten. Daraus folgt nach auch von der erkennenden Kammer vertretenen Meinung, dass im Umkehrschluss gefordert werden muss, dass ein Angebot die Preise und die abgeforderten Erklärungen auch tatsächlich enthalten muss (Heiermann/Riedl/Rusam, Handkommentar zur VOB, 10. Auflage 2003, A § 21 Rdn. 7; Ingenstau/Korbion, 14. Auflage 2001, A § 21, Rdn. 6b). Ist dies wie hier nicht der Fall, so hat der Auftraggeber das Angebot eines Bieters nach § 25 Nr. 1 Abs. 1b) VOB/A von der Wertung auszuschließen.

Auch der BGH (Beschluss vom 18.02.2003, X ZB 43/02) hat im Rahmen der Zurückweisung des Antrages auf Divergenzbeschluss festgestellt, dass § 25 Nr. 1 VOB/A dem öffentlichen Auftraggeber kein Recht zu einer wie auch immer gearteten großzügigen Handhabung ermöglicht, sondern er vielmehr gezwungen sei, unvollständige Angebote aus der Wertung zu nehmen. Der Ausschlussstatbestand sei nicht erst dann gegeben, wenn das betreffende Angebot im Ergebnis nicht mit den anderen Angeboten verglichen werden könne. Ein transparentes auf die Gleichbehandlung aller Bieter gerichtetes Vergabeverfahren sei nur zu erreichen, wenn lediglich in jeder sich aus den Verdingungsunterlagen ergebenden Hinsicht vergleichbare Angebote gewertet werden können.

Trotz des Fehlens des Anspruches auf Zuschlagserteilung auf das Angebot der Antragstellerin hätte diese dennoch ein schützenswertes Interesse auf Untersagung der Zuschlagserteilung zu Gunsten der Beigeladenen, wenn darin ein Verstoß gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz liegen würde.

Dies ist nach herrschender Rechtsprechung nur dann der Fall, wenn die Angebote der konkurrierender Bieter allesamt an dem selben oder zumindest gleichartigen Fehler leiden würden. Dies ist hier jedoch nicht der Fall, da eine stichprobenartige Überprüfung ergeben hat, dass die Angebote der Bieter GmbH & Co Bauunternehmung KG sowie der GmbH formell vollständig sind. Die Beendigung des Vergabeverfahrens durch Zuschlagserteilung ist somit nicht aufgrund fehlender formeller Vollständigkeit aller abgegebenen Angebote ausgeschlossen.

1.2 Ebenso unbegründet ist der Antrag der Antragstellerin auf Aufhebung des Vergabeverfahrens.

Entgegen der Auffassung der Antragstellerin ist eine Aufhebung der Ausschreibung durch die Vergabekammer nicht geboten. Eine Aufhebung wäre keine geeignete Maßnahme im Sinne des § 114 Abs. 1 GWB um die Rechtmäßigkeit der Vergabe sicherzustellen, da keine Gesichtspunkte erkennbar sind, die einer Zuschlagserteilung zu Gunsten vorhandener formell vollständiger Angebote entgegenstehen würden.

Bei dieser Entscheidung orientiert sich die erkennend Kammer an § 26 VOB/A. Eine Anordnung der Aufhebung durch die Vergabenachprüfungsinstanz kommt demnach nur im Ausnahmefall in Betracht und zwar dann, wenn das Ermessen der Vergabestelle auf Null reduziert wäre. Diese Ausnahmesituation greift im vorliegenden Fall jedoch nicht, denn die nachfolgenden Voraussetzungen für eine Aufhebung der Ausschreibung liegen hier nicht vor.

Gemäß § 26 VOB/A kann eine Ausschreibung aufgehoben werden,

- a) wenn kein Angebot eingegangen ist, das den Ausschreibungsbedingungen entspricht,
- b) wenn die Verdingungsunterlagen grundlegend geändert werden müssen oder
- c) wenn andere schwerwiegende Gründe bestehen.

- a) Ausweislich der obigen Ausführungen hat die hier ausreichende stichprobenartig vorgenommene Überprüfung durch die erkennende Kammer ergeben, dass die Angebote der Bieter GmbH & Co Bauunternehmung KG sowie GmbH formell vollständig sind. Es gingen demnach mehrere Angebote ein, die den Ausschreibungsbedingungen entsprechen.
- b) Das Tatbestandsmerkmal des § 26 Nr. 1b) VOB/A kann nicht einmal im Ansatz in Betracht gezogen werden, denn die Verdingungsunterlagen wurden nicht geändert.
- c) Ebenso scheidet eine Verpflichtung zur Aufhebung des Vergabeverfahrens gemäß § 26 Nr. 1c) VOB/A aus. Soweit die Antragstellerin von einer Pflicht der Antragsgegnerin zur Nachforderung der nicht vorgelegten Bewerbererklärung spricht, wird auf die Ausführungen in diesem Beschluss unter Ziffer 1 a) verwiesen. Eine Verpflichtung zur Nachforderung bestand demnach nicht, vielmehr läge in der Nachforderung der Bewerbererklärung ein Verstoß gegen bindendes Vergaberecht. Ohne jede Aussicht auf Erfolg ist im Zusammenhang mit dem geäußerten Aufhebungsbegehren auch der Hinweis auf eine durch das seitens der Antragsgegnerin beauftragte Ingenieurbüro erfolgte Nachforderung gegenüber bestimmten Bietern und deren zumindest teilweisen Belassens in der Wertung. In diesem Zusammenhang ist festzustellen, dass die Nachforderung wettbewerbsrelevanter Erklärungen und Nachweise hier tatsächlich im Widerspruch zu den vergaberechtlichen Regelungen erfolgte. Darauf hat die erkennende Kammer in der mündlichen Verhandlung ausdrücklich hingewiesen. Die vergaberechtlich notwendige und ausreichende Maßnahme liegt hier in der Wiederholung der Wertung. Dabei hat die Antragsgegnerin nur die Nachweise und Erklärungen zu werten, die zum abgeforderten Zeitpunkt auch tatsächlich vorlagen.

2. Auch die Beigeladene vermochte mit ihrem Antrag auf Ausschluss der Antragstellerin von der Wertung nicht durchzudringen.

Obwohl die Antragstellerin ausweislich der Feststellungen der erkennenden Kammer zu Recht aus der Wertung ausgeschlossen wurde, das Antragsziel der Beigeladenen demnach erreicht ist, mangelt es der Beigeladenen selbst an der für einen begründeten Antrag unerlässlichen Zuschlagsfähigkeit ihres Angebotes bzw. liegen formell vollständige Angebote konkurrierender Mitbieter vor.

Auch das Angebot der Beigeladenen ist nicht zuschlagsfähig, denn sie hat mit ihrem Angebot nicht alle geforderten Erklärungen und Nachweise eingereicht. So enthält das Angebot lediglich einen Gewerbezentralregisterauszug vom 22.09.2004, so dass zum Zeitpunkt der Submission am 24.01.2005 dieser bereits älter als drei Monate war. Die Antragsgegnerin verwies im Aufforderungsschreiben zur Abgabe eines Angebotes unter Punkt 3.1 explizit auf den mit dem Angebot einzureichenden Gewerbezentralregisterauszug, der nicht älter als drei Monate sein dürfe. Auch hier hat die Antragsgegnerin durch diese Festlegung entsprechend den vorangegangenen Ausführungen eine sie selbst und die Bieter bindende wettbewerbsrelevante Anforderung begründet. Zudem wies die Antragsgegnerin in den Bewerbungsbedingungen und zusätzlich auf einem separaten Blatt in den Verdingungsunterlagen darauf hin, dass bei fehlenden Erklärungen das Angebot ausgeschlossen werden müsse. Die Nichtvorlage eines geforderten Nachweises ist mit der Vorlage eines veralteten Nachweises gleichzusetzen.

Darüber hinaus hat die Beigeladene im Nachunternehmerverzeichnis in der Spalte Ordnungszahlen lediglich diverse eingetragen. Die Positionsnummern aus dem Leistungsverzeichnis lassen sich nicht eindeutig auf die angegebenen Teilleistungen übertragen, so dass es dem Nachunternehmerverzeichnis an Eindeutigkeit und Klarheit mangelt.

Das Angebot der Beigeladenen ist demnach ebenfalls zwingend gemäß §§ 21 Nr. 1 Abs. 1 S. 3, 25 Nr. 1b) VOB/A aus der weiteren Wertung herauszunehmen, was im Zusammenhang mit der Zuschlagsfähigkeit mehrerer konkurrierender Angebote in dem streitbefangenen Vergabeverfahren zur Unbegründetheit des gestellten Antrages führen musste.

III.

Kosten

Die Kostenentscheidung beruht auf § 128 Abs. 3 GWB. Die Antragstellerin, die Beigeladene und die Antragsgegnerin haben die Kosten des Verfahrens zu je einem Drittel 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 werden nicht nur die Anträge der Antragstellerin zurückgewiesen; zugleich haben auch die Beigeladene und die Antragsgegnerin ihr Antragsziel, nämlich die Fortführung und den Abschluss des Vergabeverfahrens mit der avisierten Zuschlagserteilung, nicht erreicht (vgl. Beschluss des OLG Naumburg vom 28.09.2001 - 1Verg 9/01).

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

Die Gebühr (§ 128 Abs. 2 Satz 2 GWB) beträgt aufgrund des Angebotes der Antragstellerin unter Einbeziehung des Nachlasses gemäß der Gebührentabelle des Landes Sachsen-Anhalt Euro. Zu der fälligen Gebühr addieren sich Auslagen (§ 128 GWB i. V. m. § 10 Verwaltungskostengesetz des Landes Sachsen-Anhalt) in Höhe von Euro. Somit belaufen sich die Gesamtkosten hier auf

..... **Euro,**

§ 128 Abs. 1 Satz 1 GWB.

Die Antragstellerin, die Beigeladene sowie die Antragsgegnerin tragen die Kosten jeweils in Höhe von **Euro.**

Unter Anrechnung des bereits durch die Antragstellerin eingezahlten Kostenvorschusses von 2.500,00 € wird ihr der Betrag in Höhe von Euro nach Bestandskraft des Beschlusses zurückerstattet.

Die Beigeladene hat nach Eintritt der Bestandskraft des Beschlusses unter Verwendung des Kassenzzeichens den Betrag in Höhe von Euro und die Antragsgegnerin unter Verwendung des Kassenzzeichens **3300**-..... den Betrag in Höhe von Euro auf das Konto bei der Landeshauptkasse Dessau, Bundesbank Magdeburg, BLZ 810 000 00 einzuzahlen.

Rechtsbehelfsbelehrung

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

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

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

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

gez. Thomas

gez. Pönitz

gez. Dolge