



SACHSEN-ANHALT
LANDESVERWALTUNGSAMT

**1. Vergabekammer
beim Landesverwaltungsamt**

Beschluss

AZ: 1 VK LVwA 18/07

Halle, 21.09.2007

§§ 25 Nr. 1 Abs. 1b), 21 Nr. 1 Abs. 2 und 3 VOB/A, § 107 Abs. 3 S. 1 GWB

- fehlende technische Nachweise
- Änderung der Verdingungsunterlagen
- Aufhebung bei gleichwertigem Mangel

- Die Zuschlagsfähigkeit eines Angebotes scheidet, wenn der Auftraggeber mit Angebotsabgabe zu allen angebotenen Produkten aussagekräftige technische Unterlagen inkl. Prüfprotokolle und GS-Zeichen fordert und ein Bieter diese Forderung nicht erfüllt.

- Unabhängig von der Zuschlagsfähigkeit des Angebotes der Antragstellerin sind die übrigen Angebote einer Zuschlagserteilung nicht zugänglich, wenn sie an einem gleichwertigen Mangel leiden.

- Weisen die Verdingungsunterlagen hinsichtlich der Wartung nach der Behauptung eines Bieters Mängel auf, ist davon auszugehen, dass er als fachkundiges Unternehmen bereits beim Lesen der Verdingungsunterlagen, spätestens jedoch beim Erstellen des Angebotes, den Rückschluss der vermeintlichen Vergaberechtswidrigkeit gezogen hat und das Rügeerfordernis entsprechend § 107 Abs. 3 S. 1 GWB somit ausgelöst wurde.

- Entspricht ein Angebot nicht den aufgestellten und transparent gemachten Anforderungen des Leistungsverzeichnisses, so liegt darin eine verbotswidrige Änderung der Verdingungsunterlagen nach § 21 Nr. 1 Abs. 3 VOB/A und ist auszuschließen.

In dem Nachprüfungsverfahren der

..... KG

.....

Verfahrensbevollmächtigte
Rechtsanwälte

.....

.....

Antragstellerin

gegen

den
.....
.....

Antragsgegner

unter Beiladung der

..... GmbH
.....

Verfahrensbevollmächtigte
RAe
.....

Beigeladene

wegen

des gerügten Vergabeverstößes im Offenen Verfahren im Rahmen des Umbaues und der Sanierung des Gebäudes als Forschungs- und Verfügungsgebäude im Baubereich IV, Lieferung und Montage von Laboreinrichtungen und die dezentrale Medienversorgung, hat die 1. Vergabekammer beim Landesverwaltungsamt aufgrund der mündlichen Verhandlung am 10.09.2007 unter Mitwirkung des Vorsitzenden Regierungsdirektor Thomas, der hauptamtlichen Beisitzerin Bauamtsrätin Pönitz und des ehrenamtlichen Beisitzers Herrn Dolge beschlossen:

1. Der Antragsgegner wird angewiesen, dass streitbefangene Vergabeverfahren aufzuheben.
2. Die Hinzuziehung der Bevollmächtigten der Antragstellerin wird für notwendig erklärt.
3. Dem Antragsgegner werden die Kosten des Verfahrens auferlegt.
4. Die Kosten (Gebühren und Auslagen) beziffern sich auf insgesamt Euro.

Gründe

I.

Mit Veröffentlichung im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften am2007 schrieb der Antragsgegner im Wege eines Offenen Verfahrens auf der Grundlage der Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen im Rahmen des Umbaues und der Sanierung des Gebäudes als Forschungs- und Verfügungsgebäude im Baubereich IV die Lieferung und Montage von Laboreinrichtungen und die dezentrale Medienversorgung für chemische und physikalische Labore aus.

Ausweislich Punkt 5 des Aufforderungsschreibens zur Abgabe eines Angebotes waren die Bewerbungsbedingungen durch die Bieter zu beachten. Demnach wurde in Nr. 3.3) auf das Erfordernis der Vollständigkeit des Angebotsinhaltes Bezug genommen. Diesbezüglich wurde festgelegt, dass das Angebot die Preise und die in den Verdingungsunterlagen geforderten Erklärungen und Angaben enthalten solle sowie Änderungen an den Verdingungsunterlagen unzulässig sind.

In Ergänzung der Aufforderung zur Angebotsabgabe waren entsprechend der mit den Vergabeunterlagen herausgegebenen Formblätter durch die Bieter u. a. das ausgefüllte EFB-Preisblatt 1a sowie das Verzeichnis der Unternehmerleistungen mit dem Angebot vorzulegen. In diesem Zusammenhang wurde ausdrücklich darauf hingewiesen, dass bei Nichtabgabe des Preisblattes das Angebot nach § 25 Nr. 1 Abs. 1b) VOB/A von der Wertung ausgeschlossen werde. Die Forderung des vollständig ausgefüllten Formblattes EFB-Preisblatt 2 erfolgte durch den Antragsgegner im Nachhinein mittels Schreiben vom 15.05.2007 gegenüber der Antragstellerin und der Beigeladenen.

Weiterhin bestimmte der Auftraggeber nach Punkt 6 der Leistungsbeschreibung, dass durch die Bieter zu allen angebotenen Produkten aussagekräftige technische Unterlagen inklusive vorhandener Prüfungsprotokolle und GS-Zeichen dem Angebot beizufügen waren. Den Verdingungsunterlagen lag weiterhin ein Formblatt mit der Bezeichnung „Aufstellung der im Leistungsverzeichnis angebotenen Fabrikate“ bei. Für darin aufgeführte Produkte sollte das angebotene Fabrikat einschließlich der Typenbezeichnung angegeben werden.

Ausweislich der entsprechenden Positionen des Leistungsverzeichnisses legte der Antragsgegner fest, dass die Bieter einen Standkühlschrank (z.B. Pos. 3.1.8.70) sowie einen Unterbaukühlschrank (z.B. Pos. 2.3.4.70) mit elektronischer Steuerung und digitaler Anzeige der Temperatur anbieten müssen. Hinsichtlich des Tieftemperaturgefrierschranks (z.B. Pos. 3.2.6.110) war in der entsprechenden Leistungsposition ein Temperaturbereich von -50 bis -85°C vorgegeben.

Alle drei technischen Gerätegruppen sind Bestandteil der Produkts- und Fabrikatsabfrage.

Maßgebende Kriterien für die Angebotswertung der Haupt- und Nebenangebote sind nach Ziffer 5.3 der Aufforderung zur Angebotsabgabe der Preis zu 70% sowie die Funktionalität zu 30%.

Zum Eröffnungstermin am 08.05.2007 lagen drei Hauptangebote vor, die alle einen Nachlass beinhalten.

Aus den vorgelegten Auswertungsunterlagen bzw. dem Vergabevermerk geht hervor, dass das Angebot der Bieterin GmbH & Co. KG wegen des unvollständig ausgefüllten EFB-Preisblattes 1a aus der Wertung ausgeschlossen wurde.

Im Rahmen der fachtechnischen und wirtschaftlichen Wertung wurde durch das vom Antragsgegner beauftragte Ingenieurbüro festgestellt, dass sowohl das Angebot der Antragstellerin als auch das der Beigeladenen vollumfänglich den Forderungen der Leistungsbeschreibung entspreche. Insbesondere würden die angebotenen Fabrikate mit der in der Ausschreibung geforderten Qualität übereinstimmen. Auch gelte für die in der Wertung verbliebenen Angebote der Antragstellerin sowie der Beigeladenen, dass die im Formblatt EFB-Preisblatt 2 angegebenen Zeit- und Kostenansätze vom Grundsatz her schlüssig seien. Im Gegensatz zum Angebot der Antragstellerin wurden die durch die Beigeladene kalkulierten Kosten für Inspektion und Wartung bei einer Vertragsbindung von vier Jahren als hoch eingeschätzt. Im Ergebnis der rechnerischen Prüfung durch den Antragsgegner sowie der fachtechnischen und wirtschaftlichen Prüfung durch das Ingenieurbüro ermittelte dieses das Angebot der Beigeladenen unter Einbeziehung des jeweils angebotenen Preisnachlasses als das Wirtschaftlichste.

Der Antragsgegner stimmte der Vergabeempfehlung zu, auf das Angebot der Beigeladenen den Zuschlag zu erteilen. Mittels Schreiben des Antragsgegners vom 18.06.2007 wurde der Antragstellerin mitgeteilt, dass ihr Angebot nicht das Wirtschaftlichste sei und der Zuschlag auf das Angebot der Beigeladenen erteilt werden solle.

Daraufhin rügte die Antragstellerin mittels Fax-Schreiben vom 21.06.2007 die Zulassung und Berücksichtigung des Angebotes der Beigeladenen und forderte den Antragsgegner auf, die Wertung zu wiederholen. Zur Begründung führt sie aus, dass die Beigeladene Nachweise und Zertifikate nicht für das angebotene Produkt „.....“, sondern für das Produkt „.....“ der Firma dem Angebot beigelegt habe. Entsprechend der Bestätigung der Firma fertige diese, die von der Beigeladenen vertriebenen Produkte nach deren Qualitätsstandards und Vorgaben. Aufgrund der abweichenden Ausführungen seien die Zertifikate des Produktes der Firma nicht auf das von der Beigeladenen angebotene Produkt anwendbar. Somit sei das Angebot der Beigeladenen auszuschließen.

Ein weiterer Ausschlussgrund liege darin, dass die Beigeladene die für den Wartungsvertrag abgeforderten Arbeitskarten und die anzugebenden Wartungsabstände nicht mit dem Angebot abgegeben habe, so dass der Auftraggeber den Umfang der Wartungsarbeiten nicht hätte erkennen können. Die Vorlagepflicht folge aus der mit den Verdingungsunterlagen übergebenen Anlage EVM Erg Wart 242.1.

Auch habe die Beigeladene die geforderten Angaben zu Fabrikaten und Typen entsprechend der vorgegebenen Auflistung des Antragsgegners nicht vollständig dem Angebot beigelegt. Für alle vorgenannten Ausschlussgründe sei gleichfalls zutreffend, dass ein Nachreichen der fehlenden Unterlagen bzw. Angaben oder eine Aufklärung nach § 24 VOB/A unzulässig wären.

Darüber hinaus habe die Beigeladene unzulässige Änderungen nach § 21 Nr. 1 VOB/A im Leistungsverzeichnis vorgenommen und sei auch aus diesem Grund nach § 25 VOB/A auszuschließen.

Zudem dürfe das Angebot gemäß § 25 Nr. 3 Satz 1 VOB/A wegen eines unangemessen niedrigen Preises nicht gewertet werden.

Der Antragsgegner reagierte mittels Schreiben vom 25.06.2007 und 27.06.2007 auf die Rüge der Antragstellerin, half dieser jedoch nicht ab. Infolgedessen hat die Antragstellerin mittels Schriftsatz vom 28.06.2007 einen Nachprüfungsantrag bei der Vergabekammer gestellt. Dieser ist dem Antragsgegner am 29.06.2007 mit der Aufforderung zur Stellungnahme und Übergabe der Unterlagen zugestellt worden. Außerdem wurde über die Unzulässigkeit einer Zuschlagserteilung gemäß § 115 Abs. 1 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) mit Zustellung des Nachprüfungsantrages belehrt.

Die kammerseitig erfolgte Durchsicht der vom Antragsgegner vorgelegten Angebotsunterlagen ergab hinsichtlich des Angebotes der Antragstellerin, dass die angebotenen Typen des Standkühlschranks sowie des Unterbaukühlschranks nicht über die elektronische Steuerung mit digitaler Anzeige der Temperatur verfügen. Nach Aussage des Herstellers seien diese Typen auch nicht nachrüstbar.

Hinsichtlich des durch die Beigeladene angebotenen Tieftemperaturgefrierschranks führte die auch in diesem Fall kammerseitig durchgeführte Nachfrage beim Hersteller zu der Erkenntnis, dass es keinen Tieftemperaturgefrierschrank mit einem Temperaturbereich von -50 °C bis -85°C dieses Herstellertyps gebe.

Die Firma GmbH & Co. KG legte ihrem Angebot das EFB-Preisblatt 1a unausgefüllt bei. Als Anlage wurde ein selbstgefertigtes Formular beigelegt, welches zur Ermittlung der Angebotssumme keine Eintragung hinsichtlich der Nachunternehmerleistungen enthält, obwohl die Bieterin ausweislich des Formblattes 317EG einen Nachunternehmer benannte.

Die Antragstellerin vertritt im Wesentlichen die Auffassung, dass das Angebot der Beigeladenen an mehreren Mängeln leide, die zur Nichtwertung desselben führen müssten. Die beabsichtigte Zuschlagserteilung zugunsten der Beigeladenen beeinträchtigt sie daher in vom Vergaberecht geschützten Rechtspositionen.

1. Hinsichtlich der an ihren Vortrag ausweislich § 108 GWB zu stellenden Anforderungen verweist sie auf die Geheimhaltung als Grundlage eines jeden Wettbewerbs. Es liege gewissermaßen in der Natur der Sache, dass ein vom Auftraggeber nicht ausgewählter Bieter über die konkurrenzseitig abgegebenen Angebote nur sehr wenig sagen könne. Daher

müsse es zur Gewährleistung der allgemeinen Rechtsschutzinteressen ausreichen, aufgrund außerhalb des konkreten Vergabeverfahrens liegender Erkenntnisquellen hinreichend wahrscheinliche Verdachtsmomente für einen Vergabeverstoß vorzutragen. Hilfreich sei in diesem Fall die relativ geringe Anzahl der Anbieter für Laboreinrichtungen, was dazu führe, dass man das übliche Angebotsverhalten der Konkurrenz recht gut kenne. Als Erkenntnisquellen seien insbesondere Erfahrungen aus anderen Vergabeverfahren, Internetauftritte, Informationen über Messen und Medienauftritte sowie Fachzeitschriften genutzt worden. Eine Beschränkung auf die sich daraus ergebenden und nachfolgend konkretisierten Verdachtsmomente dürfe der Feststellung der Zulässigkeit des Nachprüfungsantrages somit nicht entgegenstehen.

- a) Nicht zuschlagsfähig sei das Angebot der Beigeladenen mit großer Wahrscheinlichkeit u. a. deshalb, da dieses für die angebotenen Abzüge keinerlei Prüfberichte beinhalten dürfte, so dass die Arbeitssicherheit im Labor auf der Grundlage des Angebotes tatsächlich nicht überprüft werden könne. Denn aus den bisherigen Erfahrungen sei anzunehmen, dass die Beigeladene unabhängig von ihren Eintragungen in den Angebotsunterlagen zum Nachweis der Betriebssicherheit, Prüfberichte über Abzüge der Fa. beigefügt habe. Da die Beigeladene laut Erkenntnissen aus dem Internet auch Abzüge der Bezeichnung anbiete, spreche vieles dafür, dass auch im hier streitbefangenen Angebot eine Diskrepanz zwischen den in den einzelnen Positionen des Leistungsverzeichnisses ausgewiesenen und den in den beizufügenden Prüfberichten benannten Abzügen bestehe.
- b) Sollte die Beigeladene hingegen Abzüge der Fa. angeboten haben, so müsste sich u. a. auch diese Herstellerfirma unter dem Begriff „Labormöbel allgemein“ in der Aufstellung der im Leistungsverzeichnis angebotenen Fabrikate finden. Ist dies nicht der Fall, so wäre die Aufstellung nicht ordnungsgemäß erstellt, was ausweislich des sich dort befindenden auftraggeberseitigen Hinweises zwingend zum Ausschluss der Beigeladenen führen müsse. Soweit die Zugehörigkeit der Abzüge zur Kategorie der „Labormöbel allgemein“ mit dem Argument in Zweifel gezogen werde, dass die Abzüge bereits im Leistungsverzeichnis separat aufgeführt seien und durch die Fabrikatsliste keine Doppelabfrage erfolgen sollte, sei darauf verwiesen, dass auch andere Produkte, wie etwa Kühl- und Gefrierschränke (Pos. 3.1.8.70, 3.1.8.80), sowohl im Leistungsverzeichnis als auch in der Fabrikatsliste aufgeführt würden.
- c) Ein Mangel des Angebotes dürfte auch insoweit zu bejahen sein, als die Beigeladene, wie aus anderen Vergabeverfahren bekannt, auch in diesem Fall ihre Pflicht zur Vorlage der Verpflichtungserklärung der ihrerseits zu binden beabsichtigten Subunternehmer nicht erfüllt haben wird. Soweit eine Liste der einzubindenden Subunternehmer vorgelegt wurde, erfülle diese nicht die Voraussetzungen des § 8a Nr. 10 VOB/A. Als ebenso zweifelhaft müsse die Vollständigkeit der beizubringenden übrigen Nachweise gelten. In diesem Zusammenhang mag es zu Nachreichungen gekommen sein. Diese Unterlagen dürften im Verfahren jedoch keinerlei Berücksichtigung finden.
- d) Aus der augenfälligen Preisdifferenz von 14 % zwischen dem Angebot der Beigeladenen und dem der Antragstellerin folge angesichts der bekannten Markt- und Produktstruktur, dass der angebotene Preis der Beigeladenen nur mit Änderungen des Leistungsverzeichnisses erklärt werden könne. Soweit die Auftraggeberseite dies unter Hinweis auf die Angaben in den abgeforderten EFB- Preisblättern verneint, handele es sich dabei um keine ausreichende Beurteilungsgrundlage. Weitergehende Überprüfungen hätten stattfinden müssen, dies um so mehr, als der angebotene Preis weit unter den auftraggeberseitig geschätzten Kosten gelegen habe. Die Preisstruktur des Angebotes der Beigeladenen lasse zudem vermuten, dass Kosten für die Laboreinrichtungen in die Wartungskosten eingeflossen seien. Auch dies hätte einer entsprechenden Überprüfung bedurft. Bestätige sich dies, so handele es sich um eine unzulässige Mischkalkulation.

- e) Das Wertungsergebnis verstoße auch gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz, da durch die Einflussnahmemöglichkeit der einzelnen Bieter auf den Umfang der Wartung ein Vergleich der Angebote unmöglich gemacht und Wettbewerb verhindert werde. Durch die bieterseitig zu erstellenden und beizufügenden Arbeitskarten könne jeder Bieter auf den Umfang der Leistung einwirken. Ein Preisvergleich erscheine daher grundsätzlich ausgeschlossen. Ebenso berge die in Aussicht gestellte jährliche Verlängerungsmöglichkeit des Wartungsvertrages ein für die Bieter nicht zu beherrschendes kalkulatorisches Wagnis. Unklar sei in diesem Zusammenhang auch, inwieweit die Kosten für die Wartung in das Zuschlagskriterium des Preises einfließen.
- 2.a) Soweit seitens des Antragsgegners vorgetragen wird, dass die fehlerhafte Wertung nachgereichter Unterlagen nicht gerügt worden sei und somit ein Verstoß gegen § 107 Abs. 3 GWB vorliege, wird auf Ziffer 1 des Rügeschreibens verwiesen, ausweislich derer die Existenz unzulässiger Nachverhandlungen mit der Beigeladenen kritisiert werde. Unter dem Begriff der Nachverhandlung sei auch die Wertung nachgereichter Unterlagen zu verstehen.
- b) Hinsichtlich des vermuteten Unterpreisangebotes habe der Antragstellerin eine Verpflichtung zur Rüge erst mit dem Zeitpunkt obliegen, zu dem sie Kenntnis vom in diesem Zusammenhang stehenden Fehlverhalten der Antragsgegnerseite gehabt habe. Diese Kenntnis habe sie erst mit dem Zugang des Informationsschreibens am 19.06.2007 erhalten. Die diesbezügliche Rüge am 21.06.2007 sei somit rechtzeitig erfolgt.
3. Der Ausgang des Nachprüfungsverfahrens werde auch nicht durch eine fehlende Zuschlagsfähigkeit des Angebotes der Antragstellerin aufgrund des Nichterfüllens von Forderungen aus dem Leistungsverzeichnis beeinflusst. Das Angebot sei vielmehr Zuschlagsfähig und erfülle sämtliche auftraggeberseitigen Forderungen. Dies werde bereits dadurch gewährleistet, dass die Antragstellerin in ihrem Anschreiben zum Angebot erkläre, dass u. a. auch der durch den Antragsgegner benannte Kühlschrank nach den Vorgaben des Leistungsverzeichnisses hergestellt werde.

Die Antragstellerin beantragt daher,

1. den Antragsgegner zu verpflichten, die Wertung zu wiederholen,
2. festzustellen, dass die Hinzuziehung der Bevollmächtigten der Antragstellerin notwendig war und
3. dem Antragsgegner die Kosten des Verfahrens sowie die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Auslagen der Antragstellerin aufzuerlegen.

Der Antragsgegner beantragt,

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

Dazu trägt er im Einzelnen vor,

1. dass der Nachprüfungsantrag im Wesentlichen durch Behauptungen zum Angebot der Beigeladenen gekennzeichnet sei, für die der Antragstellerin jeder Anhaltspunkt fehle, so dass die Zulässigkeit desselben zumindest in Teilen gemäß § 108 GWB in Frage stehe.

- a) Ein unzulässiger da rechtsmissbräuchlicher Vortrag liege u. a. hinsichtlich der Behauptung vor, die Beigeladene habe bezüglich der angebotenen Abzüge keine entsprechenden Zertifikate beigefügt. Diese „ins Blaue hinein“ formulierte Vermutung sei zum einen unzutreffend, zum anderen durch den bundesgesetzlich gewährten Rechtsschutz nicht gedeckt. Ein allgemeiner Hinweis auf häufig auftretende Fehler genüge dem Erfordernis des schlüssigen Vortrages nach § 108 GWB nicht.
- b) Gleiches gelte hinsichtlich der Behauptung, die Beigeladene habe im Verzeichnis der Fabrikate falsche Erklärungen abgegeben.
- c) Auch der Hinweis auf eine eventuell fehlende Verpflichtungserklärung der einzusetzenden Nachunternehmer sei rein spekulativer Natur und von den Regelungen der §§ 97 ff. GWB ebenso nicht geschützt, wie allgemeine Ahnungen, die Beigeladene könnte einzureichende Nachweise nicht bzw. verspätet vorgelegt haben. In diesem Zusammenhang sei auch darauf verwiesen, dass keiner der am Nachprüfungsverfahren beteiligten Bieter auf der Grundlage nicht eingereichter Nachweise vom Verfahren ausgeschlossen worden sei, so dass auch unter diesem Gesichtspunkt keine Rechtsgutsverletzung vorgetragen werden könne.
2. Soweit die Leistungsbeschreibung gegen vergaberechtliche Regelungen verstoßen haben soll, sei darauf verwiesen, dass derartige Umstände dem Bieter im Rahmen der Angebotserarbeitung bekannt geworden sein müssten, so dass er mit einem entsprechenden Vortrag gemäß § 107 Abs. 3 GWB präkludiert wäre. Dies treffe z. B. auf den Vortrag der Antragstellerin hinsichtlich der Struktur der ausgeschriebenen Wartungsleistungen zu.
3. Hinsichtlich der Begründetheit des Nachprüfungsantrages wird ausgeführt, dass die Zuschlagsfähigkeit des Angebotes der Beigeladenen ebenso gegeben sei, wie die des Angebotes der Antragstellerin. Erstere scheitere insbesondere nicht an der Nichtvorlage abgeforderter Nachweise und technischer Erläuterungen. Die zwar grundsätzlich bei beiden Bietern unzureichende Angebotserstellung werde durch vorhandene Fachkenntnisse des den Antragsgegner beratenden Ingenieurbüros und weiterer Ermittlungen desselben bei den Produktherstellern in zulässiger Art und Weise ausgeglichen. In diesem Zusammenhang habe sich ergeben, dass der seitens der Antragstellerin angebotene Kühltischtyp der Fa. Liebherr weder die geforderte digitale Anzeige noch einen potentialfreien Kontakt besitze, ausschlaggebend sei hier jedoch, dass die Aufrüstung grundsätzlich möglich sei. Die seitens der Beigeladenen angebotenen und durch Zertifikate gesondert ausgewiesenen Abzüge der Fa. seien identisch und hätten darüber hinaus im Verzeichnis der verwendeten Fabrikate auch nicht aufgeführt werden müssen, da der Begriff „Labormöbel allgemein“ diese technischen Geräte nicht umfasse.
- Der Vortrag der Antragstellerseite, der seitens der Beigeladenen angebotene Preis sei auf nicht korrekt ausgefüllte Fabrikatslisten zurückzuführen, entbehre ebenfalls jeder Grundlage. Die Produkte und Fabrikate seien ordnungsgemäß geprüft worden und entsprächen ebenso wie die einzureichenden Nachweise und Erklärungen den Forderungen der Ausschreibung. Allgemein sei darauf verwiesen, dass Nachverhandlungen zu keinem Problemkreis stattgefunden hätten.
- Die Wertung der eingereichten Angebote sei auch im Hinblick auf die angebotenen Wartungsleistungen korrekt erfolgt. Da die Anforderungen an die Funktionalität der Wartung hinsichtlich aller am Vergabeverfahren Beteiligten gleich wäre, konnte als Wertungskriterium lediglich der Preis zugrunde gelegt werden. Dies sei hier auch erfolgt.
- Ebenso müsse der Vorwurf eines ungewöhnlich niedrigen Preisangebotes zurückgewiesen werden. Die auftraggeberseitige Analyse habe ergeben, dass die Preisdifferenz insbesondere auf Unterschiede in der Fertigung der Möbel aber auch auf die Höhe der Zuschläge auf Einzelkosten zurückzuführen sei. Eine Pflicht zu einer weiteren Überprüfung habe daher nicht bestanden.

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

Der Antragstellerin sowie der mittels Beschluss vom 03.09.2007 beige-ladenen GmbH sind mittels Beschlüssen vom 27.08.2007 bzw. 07.09.2007 Einsicht in die Akten gewährt worden, soweit diese nicht die Unterlagen der Mitbieter bzw. Informationen über diese enthalten.

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

II.

Der Nachprüfungsantrag 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 - Lieferung und Montage von Laboreinrichtungen und dezentrale Medienversorgung im Rahmen des Umbaus und der Sanierung des Gebäudes als Forschungs- und Verfügungsgebäude im Baubereich IV - handelt es sich um eine Bauleistung im Sinne § 1a VOB/A, Fassung 2006. Da der Gesamtauftragswert der Maßnahme die 5.278.000 Europäischen Währungseinheiten 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 29.06.2007 - 42-32570-17, MBl. LSA Nr. 26/2007 v. 23.07.2007) örtlich zuständig, da der Antragsgegner seinen Sitz innerhalb der Grenzen der Stadt Halle/Saale hat.

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

Im vorliegenden Fall kann dahinstehen, ob die durch den Antragsgegner teilweise in Zweifel gezogene Zulässigkeit des Vortrages der Antragstellerin wegen bloßer Verdachtsrügen „ins Blaue hinein“ ihre Rechtsfertigung findet. Sicher ist, dass der Vortrag der Antragstellerin zum möglichen Unterpreisangebot bzw. einer verbotswidrigen Mischkalkulation der Beigeladenen aufgrund der dargelegten Preisdifferenz von 14 % zwischen dem Angebot der Beigeladenen und dem der Antragstellerin die Anforderungen des § 108 GWB erfüllt. Denn im Gegensatz zum VOL-Verfahren erhalten die Bieter im VOB-Verfahren bereits beim Eröffnungstermin Informationen über die durch den jeweiligen Mitbieter angebotenen Preise. Die dem diesbezüglichen Vortrag zugrunde liegende Tatsachenkenntnis erlangte die Antragstellerin somit im Rahmen des streitbefangenen Vergabeverfahrens. Von einer Rüge „ins Blaue hinein“ kann somit zumindest hier nicht die Rede sein.

Die Antragstellerin ist nach § 107 Abs. 2 GWB auch antragsbefugt.

Nach dieser Vorschrift ist jedes Unternehmen antragsbefugt, das ein Interesse am Auftrag hat und eine Verletzung in seinen Rechten nach § 97 Abs. 7 GWB durch Nichtbeachtung von Vergabevorschriften geltend macht. Dabei ist darzulegen, dass dem Unternehmen durch die behauptete Verletzung der Vergabevorschriften ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht.

Die Antragstellerin trägt vor, durch die behauptete unsachgemäße Wertung des Angebotes der Beigeladenen in ihren Rechten nach § 97 Abs. 7 GWB verletzt zu sein. Sie geht davon aus, dass bei rechtskonformer Wertung der Angebote das Angebot der Beigeladenen auszu-schließen sei und somit sie den Zuschlag erhalten müsste. Dieser Vortrag ist für die Feststel-lung des Vorliegens der Antragsbefugnis ausreichend, s. a. Bundesgerichtshof, Beschluss v. 26.09.2006, X ZB 14/06).

Im Zusammenhang mit dem Erfordernis der Rechtzeitigkeit der Rüge geht die erkennende Kammer mit der Auffassung des Antragsgegners konform, dass die Antragstellerin mit ihrem Vorbringen zur Struktur der ausgeschriebenen Wartungsleistungen einschließlich der zu erstellenden Arbeitskarten gemäß § 107 Abs. 3 S. 1 GWB präkludiert ist. Denn mit den Ver-dingungsunterlagen wurde den Bietern ein Vertrag über die Inspektion und Wartung von technischen Anlagen und Einrichtungen einschließlich des Formblattes EVM Erg Wart 242.1 übergeben. Entsprechend dieses Formblattes waren durch die Bieter eine Arbeitskarte über die von ihnen vorgesehenen Wartungsarbeiten zu erstellen und die Wartungsabstände an-zugeben. Ausweislich des Angebotsschreibens sollte dieser Vertrag einschließlich aller An-lagen als Vertragsbestandteil dem Angebot beigefügt werden. Die erkennende Kammer ist davon überzeugt, dass die Antragstellerin als fachkundiges Unternehmen bereits beim Lesen der Verdingungsunterlagen, spätestens jedoch beim Erstellen des Angebotes den Rück-schluss der vermeintlichen Vergaberechtmäßigkeit hinsichtlich der Einflussmöglichkeit der einzelnen Bieter auf den Umfang der Wartung durch die Festlegung der bieterseitig zu erstel-lenden und beizufügenden Arbeitskarten gezogen hat und somit das Rügeerfordernis ausge-löst wurde.

Ausweislich des Rügevortrags vom 21.06.2007 wurde seitens der Antragstellerin im Zusam-menhang mit der anzubietenden Wartungsleistung lediglich die Unvollständigkeit des Beige-ladenenangebotes kritisiert. Zur Frage eines ungebührlichen Wagnisses bzw. der damit ver-bundenen Wettbewerbsverzerrung bezog die Antragstellerin erstmalig im Nachprüfungsan-trag selbst Position. Dies war somit zu spät.

Im Ergebnis betrifft dies auch den Aspekt, inwieweit die Wartung in das Zuschlagskriterium des Preises einfließen soll.

Hinsichtlich des weiteren Rügevorbringens hat die Antragstellerin die darüber hinausgehen-den vermeintlichen Vergabeverstöße gegenüber dem Antragsgegner rechtzeitig im Sinne des § 107 Abs. 3 Satz 1 GWB gerügt, da sie erst durch das am 19.06.2007 bei ihr eingegan-gene Informationsschreiben davon erfuhr, dass das Angebot der Beigeladenen den Zuschlag erhalten solle. Somit war die Rüge der Antragstellerin vom 21.06.2007 bezüglich der ver-meintlichen fehlerhaften Wertung des Angebotes der Beigeladenen auf der Grundlage eines die Leistung tatsächlich nicht widerspiegelnden Preises als unverzüglich zu bewerten.

Der Nachprüfungsantrag der Antragstellerin ist auch begründet.

Der Antragsgegner hat bei der Wertung der Angebote gegen §§ 25 Nr. 1 Abs. 1b), 21 Nr. 1 Abs. 2 und 3 VOB/A und damit gegen bindendes Vergaberecht verstoßen, auf deren Einhaltung die Antragstellerin unter dem Gesichtspunkt der Gleichbehandlung einen An-spruch gemäß § 97 Abs. 2 GWB hat. Die Antragstellerin ist folglich in ihren Rechten verletzt.

Die auftraggeberseitige Feststellung der Zuschlagsfähigkeit der Angebote der übrigen Betei-ligten am Nachprüfungsverfahren verstößt zum einen gegen die Verpflichtung zum Aus-schluss von Angeboten, die Änderungen der Verdingungsunterlagen enthalten, zum anderen blieb seitens des Antragsgegners unberücksichtigt, dass das durch ihn selbst gestaltete An-forderungsprofil an die formelle Vollständigkeit der einzureichenden Angebote seitens der Beigeladenen wie der Antragstellerin nicht beachtet wurde. Bei ordnungsgemäßer Durch-sicht der Bieterunterlagen hätte dem Auftraggeber daher nicht entgehen dürfen, dass nicht nur das Angebot der Firma GmbH & Co. KG, sondern auch die Angebote der restli-chen Bieter aus nachfolgenden Gesichtspunkten den vergaberechtlichen Vorgaben nicht genügen und somit allesamt einer Zuschlagserteilung nicht zugänglich sind.

- a) Das Angebot der Antragstellerin entspricht in mehreren Positionen des Leistungsverzeichnisses nicht den durch die Auftraggeberseite aufgestellten und transparent gemachten Anforderungen, so dass darin eine verbotswidrige Änderung der Verdingungsunterlagen nach § 21 Nr. 1 Abs. 3 VOB/A liegt.

Ausweislich der Festlegungen im Leistungsverzeichnis waren Standkühlschränke anzubieten, die entsprechend der beispielhaft herausgegriffenen Position 3.1.8.70 mit einer elektronischen Steuerung samt digitaler Anzeige der Temperatur ausgestattet sein mussten. Gleiches gilt für die u. a. in Position 2.3.4.70 geforderten Unterbaukühlschränke. Da die Antragstellerin entsprechend den Forderungen im Formblatt „Aufstellung der im Leistungsverzeichnis angebotenen Fabrikate“ sowohl die Fabrikats- als auch die jeweilige Typenbezeichnung der Standkühlschränke sowie der Unterbaukühlschränke unter Benennung der einzelnen Leistungspositionen angeben musste und auch angegeben hat, blieb der erkennenden Kammer hier nur die Schlussfolgerung, dass sich das abgeforderte Leistungsprofil mit der angebotenen Leistung nicht deckt. Denn ausweislich des Ergebnisses einer Nachfrage beim Hersteller der benannten Produkte, verfügen diese nicht über die hier geforderten Besonderheiten der elektronischen Steuerung samt digitaler Temperaturanzeige.

Die Positionierung des Herstellers wird sowohl seitens der Antragstellerin als auch seitens des Antragsgegners inhaltlich gestützt, jedoch von diesen anhand rechtlicher Fehlbewertungen für vergaberechtlich irrelevant erachtet. Beide Verfahrensbeteiligte verkennen, dass die Möglichkeit einer wie auch immer gearteten Nachrüstung unbeachtlich bleiben muss, da diese hier nicht als angeboten gelten kann. Denn die Antragstellerin hätte eine eventuell auch tatsächlich durch sie angedachte Aufrüstung erkennbar aber vor allen Dingen positionsbezogen zum Bestandteil des durch sie ausgefüllten Leistungsverzeichnisses machen müssen. Allgemeine Äußerungen zur Kongruenz von Anforderung und Angebot, wie diese durch die Antragstellerin in ihrem Angebotsschreiben zu Papier gebracht worden sind, sind in diesem Zusammenhang rechtlich ohne Bedeutung, da es ihnen an der erforderlichen Bestimmtheit mangelt und daraus resultierend eine auftraggeberseitige Nachvollziehbarkeit und somit eine Überprüfbarkeit unmöglich gemacht wird. Würde man derartige Äußerungen für ausreichend erachten, so hieße dies der bloßen Beteuerung eines am Wettbewerb teilnehmenden Bieters eine wettbewerbliche Relevanz einzuräumen. Dies würde an den Grundfesten von Transparenz und Wettbewerb rütteln und wird daher seitens der erkennenden Kammer abgelehnt.

Ergänzend sei in diesem Zusammenhang festgestellt, dass ein Auftraggeber verpflichtet ist, seine inneren Entscheidungsprozesse im Vergabevermerk zum Zwecke einer Fremdkontrolle transparent zu machen. Eine nachträgliche Ergänzung der Darlegungen scheidet aus. Dennoch findet sich hier nur die allgemeine Feststellung, dass die Angebote der Antragstellerin und der Beigeladenen ordnungsgemäß erstellt worden seien. Überlegungen zur rechtlichen Zulässigkeit einer Nachrüstung werden hingegen noch nicht einmal andeutungsweise erwähnt. Ein derartiger Vergabevermerk ist schlichtweg unbrauchbar.

- b) Darüber hinaus scheitert die Zuschlagsfähigkeit des Angebotes der Antragstellerin hier gemäß §§ 25 Nr. 1 Abs. 1b), 21 Nr. 1 Abs. 2 VOB/A an fehlenden technischen Nachweisen, die nach dem eigenen Dafürhalten der Antragstellerin im Nachprüfungsverfahren aufgrund der auftraggeberseitigen Festlegungen in Punkt 6 der Leistungsbeschreibung dem Angebot hätten beigefügt werden müssen. Danach hat der Bieter zu allen angebotenen Produkten aussagekräftige technische Unterlagen inklusive vorhandener Prüfprotokolle und GS-Zeichen dem Angebot beizulegen. Beispielhaft sei in diesem Zusammenhang auf die oben bereits erwähnten Stand- und Unterbaukühlschränke verwiesen. Hierzu finden sich keinerlei technische Unterlagen. Soweit für Laborabzüge eine Konformitätserklärung der Antragstellerin vorgelegt wurde, verweist die Kammer auch hier darauf, dass dem Vergaberecht ein sich Verlassen auf Beteuerungen eines Wettbewerbers grundsätzlich fremd ist. Verlangt ein Auftraggeber technische Nachweise, so trifft einen am Zuschlag ernsthaft interessierten Bieter die Verpflichtung zur rechtzeitigen Beibringung ebenso zwingend, wie den Auftraggeber die Verpflichtung zur Überprüfung derselben. Dieser Gesichtspunkt scheint beiden Seiten in seiner Absolutheit nicht hinreichend deutlich zu sein. Es sei daher auch hier darauf verwiesen, dass der BGH (Beschluss vom 18.02.2003, X ZB 43/02) in diesem Zusammenhang im Rahmen der Zurückweisung des

Antrages auf Divergenzbeschluss festgestellt hat, dass § 25 Nr. 1 VOB/A dem öffentlichen Auftraggeber kein Recht zu einer wie auch immer gearteten großzügigen Handhabung ermöglicht, sondern er vielmehr gezwungen ist, unvollständige Angebote aus der Wertung zu nehmen (s. a. BGH, Urteil vom 24.05.2005 – X ZR 243/02).

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

Dies ist immer dann gegeben, wenn - wie im vorliegenden Fall - die übrigen Angebote ebenfalls an einem gleichwertigen Mangel leiden und daher keiner Zuschlagserteilung zugänglich sind. Denn zu Recht hat der Antragsgegner das Angebot der Bieterin GmbH & Co. KG gemäß §§ 25 Nr. 1 Abs. 1b), 21 Nr. 1 Abs. 2 VOB/A von der Wertung ausgeschlossen, da das EFB-Preisblatt 1a die abgeforderte Angabe bezüglich der Nachunternehmerleistungen nicht enthält.

Fehlerhaft war es jedoch, das Angebot der Beigeladenen in der Wertung zu belassen.

- a) Der unter der Leistungsposition 3.2.6.110 seitens der Beigeladenen angebotene Tieftemperaturgefrierschrank erreicht nach Auskunft des durch diese in der Produkts- und Fabriksabfrage bezeichneten Herstellers nicht den geforderten Temperaturbereich von -50 bis -85 °C. Der Hersteller bietet ein diese Parameter erfüllendes Produkt generell nicht an. Auch hier liegt demnach eine Änderung der Verdingungsunterlagen vor, die gemäß §§ 25 Nr. 1 Abs. 1b), 21 Nr. 1 Abs. 3 VOB/A zum Ausschluss des Angebotes führt.
- b) Darüber hinaus fehlen auch hier die mit dem Angebot ausweislich Punkt 6 der Leistungsbeschreibung beizubringen technischen Nachweise hinsichtlich der durch die Beigeladene angebotenen Produkte, so dass auch die Zuschlagsfähigkeit dieses Angebotes ebenso an §§ 25 Nr. 1 Abs. 1b), 21 Nr. 1 Abs. 2 VOB/A scheitert. In diesem Zusammenhang bescheidet sich die erkennende Kammer mit einem Hinweis auf den oben bereits genauer bezeichneten Tieftemperaturgefrierschrank, über den im Angebot der Beigeladenen keine wie auch immer gearteten technischen Unterlagen zu finden sind.

Hinsichtlich des Erfordernisses der Gleichwertigkeit des Mangels schließt sich die Kammer der Auffassung des OLG Frankfurt, Beschluss vom 19.12.2006 (AZ: 11 Verg 7/06) an, wonach von gleichwertigen Mängeln in Auslegung der Entscheidung des BGH immer dann auszugehen ist, wenn an ihr Vorliegen dieselben rechtlichen Folgen geknüpft sind.

Dies ist hier der Fall, da sowohl das Angebot der Antragstellerin als auch das der Beigeladenen sowie das des bereits durch den Antragsgegner im Vergabeverfahren ausgeschlossenen dritten Bieters im Rahmen der formellen Prüfung auszuschließen sind.

Zur Beachtung des Gleichbehandlungsgrundsatzes und des Gebotes der Transparenz sah sich die Kammer zur Gewährleistung des freien Wettbewerbes und zur Herstellung der Rechtmäßigkeit der Vergabe befugt, den Antragsgegner über den Antrag der Antragstellerin hinaus gemäß § 97 Abs. 7 u. 2 GWB i. V. m. § 114 Abs. 1 GWB zur Aufhebung des Vergabeverfahrens zu verpflichten. Die Anweisung zur Aufhebung ist im Zusammenhang mit der Pflicht der Öffentlichen Hand zu gesetzeskonformem Verhalten in Verbindung mit den Darlegungen in diesem Beschluss ein probates Mittel, die festgestellten Rechtsverletzungen zu beseitigen und eine weitere Schädigung der betroffenen Interessen zu verhindern.

III.

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

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

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

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

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

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

Die Höhe der Gesamtkosten für das Verfahren beläuft sich demnach auf

..... €

§ 128 Abs. 1 Satz 1 GWB.

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

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

Rechtsbehelfsbelehrung

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

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

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

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

gez. Thomas

gez. Pönitz

gez. Dolge