



SACHSEN-ANHALT

Vergabekammer
beim Regierungspräsidium Halle

Beschluss

AZ: VK Hal 19/01

Halle, 22.11.2001

§ 107 Abs. 3 GWB, § 97 Abs. 1,2 GWB, § 2 VOB/A
§ 17a Nr. 2 VOB/A, § 8a Nr. 2 VOB/A, § 114 Abs. 1 GWB
- Pflicht zur Rüge
- Gleichbehandlungsgrundsatz
- Eignungskriterien

In dem Nachprüfungsverfahren der

Firma GmbH

Antragstellerin

gegen

dieStiftung

Antragsgegnerin

unter Beiladung der Bieter

..... GmbH

Beigeladene zu 1)

..... AG

Beigeladene zu 2)

.....GmbH

Beigeladene zu 3)

.....GmbH

Beigeladene zu 4)

..... GmbH
Beigeladene zu 5)

.....GmbH
Beigeladene zu 6)

.....GmbH & Co KG
Beigeladene zu 7)

..... GmbH & Co
Beigeladene zu 8)

..... GmbH
Verfahrensbevollmächtigte
Kanzlei
Beigeladene zu 9)

wegen

des gerügten Vergabeverstoßes zur Vergabe von Bauleistungen im Nichtoffenen Verfahren "....." hat die Vergabekammer beim Regierungspräsidium Halle nach mündlicher Verhandlung am 02.11.2001 unter Mitwirkung des Vorsitzenden Oberregierungsrat Thomas, der beamteten Beisitzerin Regierungsamtsrätin Katzsch und des ehrenamtlichen Beisitzers Herrn Hoppe beschlossen:

1. Dem Antrag der Antragstellerin wird stattgegeben.
2. Die Antragsgegnerin wird angewiesen, die Ausschreibung aufzuheben.
3. Die Kosten dieses Verfahrens tragen die Antragsgegnerin, die Beigeladenen zu 5) und zu 9) zu gleichen Teilen, jeweils in Höhe von DM (nachrichtlich Euro).
4. Die Gesamtkosten belaufen sich auf DM (nachrichtlich Euro).

Gründe

I.

Mit Veröffentlichung im Supplement zum Amtsblatt der EG, abgesandt zur Veröffentlichung am, hat die Antragsgegnerin im Nichtoffenen Verfahren die Baugründungsarbeiten zur Maßnahme „.....“ als Erweiterung des vorhandenen Krankenhauses in ausgeschrieben. Diese umfassen im Wesentlichen den Bodenaushub, die Errichtung von Bohrpfahlwänden und HDI-Sohlen sowie die Restwasserhaltung.

Gemäß der Bekanntmachung wurden unter Punkt 10 von den Bewerbern mit dem Teilnahmeantrag nachprüfbar Referenzen über gleichartige Arbeiten zum Nachweis der Fachkunde und Leistungsfähigkeit abgefordert. Eine Festsetzung einer Marge im Sinne des Artikels 22 der Baukoordinierungsrichtlinie (BKR) erfolgte nicht.

Am Teilnahmewettbewerb beteiligten sich 27 Bewerber. Die Auswertung der 27 Teilnahmeanträge erfolgte durch das beauftragte Architekturbüro in zwei Stufen. Zunächst wurden die Bewerber in drei Kategorien eingestuft:

- a) Spezialtiefbaufirmen
Hier geht der Auftraggeber davon aus, dass diese Firmen den Aufgaben gewachsen sind.
- b) Firmen für den allgemeinen Hoch- und Tiefbau mit Abteilungen für den Spezialtiefbau
Bei diesen Firmen war ausschlaggebend, welchen Anteil an Spezialtiefbauarbeiten die vorgelegten Referenzen ausweisen.
- c) Allgemeine Hoch- und Tiefbaufirmen ohne Abteilungen für den Spezialtiefbau
Diese Bewerber würden Subunternehmer aus der Gruppe a) einschalten. Dies führe nicht nur zu höheren Preisen, sondern belaste die Firmen auch mit einer Verantwortung, der sie möglicherweise nicht gewachsen sind.

In der zweiten Wertungsstufe wurden die Bewerber der Gruppe a) und b) nach der Aussagekraft der Bewerbungsunterlagen und den Kriterien des § 8 Nr. 3 VOB/A beurteilt. Dies geschah anhand einer tabellarischen Zusammenstellung unter Beachtung nachfolgender Kriterien:

- ◆ Referenzen
- ◆ Umsatz 2000
- ◆ Anzahl der Mitarbeiter 2000 einschließlich technischen Personals
- ◆ Geräteausstattung
- ◆ Sonstiges/Berufsregister.

Aus dem Vermerk zur Bewerberauswahl geht hervor, dass aus der Gruppe a) Spezialtiefbauunternehmen die Bewerbung der Antragstellerin ausgeschlossen werden sollte, da diese außer Referenzen zu HDI-Unterfangungen keine weiteren Angaben zur Beurteilung der Leistungsfähigkeit beilagen. Nach dem durchgeführten Auswahlverfahren verblieben 9 Bewerber, denen die Ausschreibungsunterlagen zugesandt wurden.

Am 01.10.2001 beantragte die Antragstellerin telefonisch, ihr die Gründe für die Nichtberücksichtigung ihrer Bewerbung schriftlich mitzuteilen. Daraufhin informierte die Antragsgegnerin sie vorerst mündlich über die Ausschlussgründe und sicherte eine schriftliche Begründung zu.

Diese schriftliche Begründung erfolgte seitens der Antragsgegnerin mit Schreiben vom 12.10.2001.

Die Submission wurde durch die Antragsgegnerin am 12.10.2001, 10.00 Uhr durchgeführt.

Gegen den Ausschluss der Bewerbung legte die Antragstellerin mit Schreiben vom 10.10.2001, eingegangen am 12.10.2001, Beschwerde bei der Vergabekammer Halle ein. Diese wurde der Antragsgegnerin am 15.10.2001 mit der Aufforderung zur Stellungnahme zugestellt.

Die Durchsicht der gegenüber der Antragsgegnerin abgeforderten Unterlagen ergab, dass den Bewerbungen der Antragstellerin sowie 20 weiteren konkurrierenden Bewerbern, Referenzen über gleichartige Arbeiten zum Nachweis der Fachkunde und Leistungsfähigkeit beiliegen.

Zur Begründung des Antrages der Antragstellerin auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens trägt diese vor, dass die Antragsgegnerin beabsichtige, sie nicht in den Wettbewerb aufzunehmen, obwohl ihrerseits die geforderten Nachweise erbracht worden seien.

Sie sei ein auf Spezialtiefbau ausgerichtetes Unternehmen. Die auszuführenden Hauptleistungen Bohrpfähle, Wasserhaltung und HDI-Sohle erbringe sie im eigenen Betrieb, was auch den eingereichten Referenzen zu entnehmen wäre. Eine Nichtberücksichtigung ihrerseits widerspräche demzufolge den Vergabevorschriften.

Die Antragstellerin beantragt,

die Aufnahme in den Wettbewerb.

Die Antragsgegnerin beantragt,

die Beschwerde zurückzuweisen.

Die Antragsgegnerin vertritt die Auffassung, dass das Auswahlverfahren nach den Vergabevorschriften erfolgt sei. Denn nach § 8a VOB/A sollen im Nichtoffenen Verfahren mindestens fünf geeignete Bewerber zur Angebotsabgabe aufgefordert werden. Dieser Forderung sei sie ausreichend nachgekommen, da sie neun Bewerber zur Angebotsabgabe aufforderte. Die Nichtberücksichtigung der Fa. läge ausschließlich daran, dass aufgrund der Forderungen in der Veröffentlichung nach dem Nachweis der Fachkunde und Leistungsfähigkeit im Sinne von § 8 Nr. 3 VOB/A von der überwiegenden Anzahl aller

Bewerber wesentlich aufschlussreichere Aussagen zu den Unternehmen vorgelegt worden seien.

Die Beteiligten zu 5) und 9) schließen sich insoweit dem Antrag der Antragsgegnerin an und beantragen,

die Beschwerde zurückzuweisen.

Die Beigeladene zu 5) vertritt die Auffassung, dass aus dem Bekanntmachungstext „nachprüfbare Referenzen über gleichartige Arbeiten zum Nachweis der Fachkunde und Leistungsfähigkeit“ schon zu erkennen sei, dass die Bewerber nicht nur die Referenzen, sondern zusätzliche Nachweise nach § 8 Abs. 3 VOB/A zur Beurteilung der Eignung vorzulegen haben.

Die Beigeladene zu 9) führt in der mündlichen Verhandlung eine Kommentierung des Beschlusses des Vergabeüberwachungsausschusses des Bundes vom 14.06.1996 an. Aus der Kommentierung des Beschlusses sei für die Beigeladene erkennbar, dass es dem Beurteilungsspielraum des Auftraggebers unterliege, die Eignung der Bieter festzustellen, wenn dafür keine zwingenden Vorgaben bestünden.

Durch Beschluss vom 25.10.2001 sind die Bieter GmbH, AG, GmbH, GmbH, GmbH, GmbH, GmbH & Co KG, GmbH & CO und GmbH zum Verfahren beigeladen worden.

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.

Der Antrag der Antragstellerin ist zulässig.

1. Die sachliche Zuständigkeit der Vergabekammer folgt aus § 100 Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) i.V.m. Abschnitt II Abs. 1 und 2 – Einrichtung und Zuständigkeit der Vergabekammer – des Runderlasses des Ministeriums für Wirtschaft und Technologie – Richtlinie über die Einrichtung von Vergabekammern in Sachsen-Anhalt – vom 04.03.1999-63-32570/03. Die Beschwerde wird im Rahmen eines Vergabeverfahrens erhoben, welches einen Bauauftrag i.S. von § 99 Abs. 1 und 3 GWB zum Gegenstand hat.

Bei der ausgeschriebenen Leistung - - handelt es sich um eine Bauleistung im Sinne § 1a VOB/A Fassung 2000. Da der Gesamtauftragswert der Baugrubenumschließung die 5 Millionen Europäische Währungseinheiten (9.779.150 DM) überschreitet sind die Bestimmungen der a-Paragrafen zusätzlich zu den Basisparagrafen anzuwenden.

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

2. Die Antragsgegnerin ist öffentlicher Auftraggeber gemäß § 98 Nr. 2 GWB.
3. Der Antrag ist trotz fehlender Rüge zulässig, da die Pflicht zur Rüge gemäß § 107 Abs. 3 GWB bei positiver Kenntnis eines Vergabeverstößes ausnahmsweise dann entfallen kann, wenn der Auftraggeber von vornherein im Verfahren eindeutig zu erkennen gegeben hat, dass er unter keinen Umständen und auch nicht auf eine Rüge des Bieters hin gewillt sei, einen ersichtlich vorliegenden Vergabeverstöß abzustellen. Der Zweck der Rügepflicht, dem Auftraggeber Gelegenheit zu geben, erkannte Fehler zu korrigieren, ist beim genannten Sachverhalt erkennbar nicht gegeben.
Am 01.10.2001 beantragte die Antragstellerin telefonisch, dass ihr die Gründe für die Nichtberücksichtigung ihrer Bewerbung schriftlich mitgeteilt werden. Daraufhin informierte die Antragsgegnerin sie vorerst mündlich über die Ausschlussgründe und sicherte eine schriftliche Begründung ausdrücklich zu. Da der Antragstellerin bis zum 10.10.2001 keine Mitteilung zugeing, musste sie davon ausgehen, dass die Submission unmittelbar bevorsteht und stellte somit am selben Tag einen Antrag auf Nachprüfung. Erst mit Schreiben vom 12.10.2001, am Tag der Submission, informierte die Antragsgegnerin sie über die Ausschlussgründe, so dass die Antragstellerin keine Gelegenheit zur Rüge hatte.

Die Antragstellerin war aus dieser Erwägung somit nicht gehindert einen Antrag auf Nachprüfung zu stellen. Die Antragsgegnerin hat sich somit selbst der Möglichkeit einer Abhilfeentscheidung beraubt und war daher nicht schutzwürdig.
4. Die Antragstellerin hat den Nachprüfungsantrag formgerecht und rechtzeitig gestellt und geltend gemacht, dass ihre Rechte nach § 97 Abs. 7 GWB durch einen Ausschluss vom Wettbewerb in dem Vergabeverfahren verletzt seien (vgl. § 107 Abs. 1, 2, § 108 GWB).

Der Antrag ist auch begründet.

Die Auftraggeberin hat bei der Auswahl der Bewerber gegen die Grundsätze des Wettbewerbsprinzips und der Chancengleichheit (§ 97 Abs. 1 und 2 GWB, § 2 VOB/A) sowie gegen § 97 Abs. 7 GWB verstoßen und somit die Antragstellerin durch den Ausschluss von der weiteren Teilnahme am Vergabeverfahren in ihren Rechten verletzt. Sie nahm Kriterien in die Auswahl der Bewerber auf, die nicht veröffentlicht worden sind.

§ 97 Abs. 2 GWB sieht vor, dass alle Bewerber an einem Vergabeverfahren gleich zu behandeln sind. Zur Gewährleistung dieses Gleichbehandlungsgrundsatzes ist es erforderlich, alle entscheidungsrelevanten Kriterien im Rahmen der Bekanntmachung (§ 17a Nr. 2 VOB/A) für die Bewerber transparent zu machen.

Die Eignung der Bewerber hinsichtlich Fachkunde, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit, die zur Angebotsabgabe aufgefördert werden sollen, ist durch den Auftraggeber nach § 8a Nr. 2 Satz 4 VOB/A anhand der mit dem Teilnahmeantrag vorgelegten Nachweise vorweg zu prüfen. Damit der Bewerber in der Lage ist, seine Eignung entsprechend nachzuweisen, ist es notwendig, dass der Auftraggeber bei der Bekanntmachung bereits erklärt, welche Nachweise er für die Beurteilung der Eignung der Bewerber verlangt.

Der Auftraggeber forderte in der Bekanntmachung unter Punkt 10, dass durch die Bewerber mit dem Teilnahmeantrag, als einziges Eignungskriterium, nachprüfbar Referenzen über gleichartige Arbeiten zum Nachweis der Fachkunde und Leistungsfähigkeit vorzulegen waren.

Diese Referenzen flossen zwar in die Auswertung der zweiten Stufe der Bewerberauswahl mit ein, darüber hinaus erfolgte die Auswertung nach nachträglich willkürlich vom Auftraggeber festgelegten Gesichtspunkten. Zunächst wurden die Bewerber in die Kategorien Spezialtiefbauunternehmen, Firmen für den allgemeinen Hoch- und Tiefbau mit Abteilungen für den Spezialtiefbau und ohne Abteilungen für den Spezialtiefbau eingestuft und bewertet. In der zweiten Wertungsstufe wurden die verbliebenen Bewerber anhand der Kriterien Referenzen, Umsatz 2000, Mitarbeiter 2000, Geräteausstattung und Sonstiges/Berufsregister beurteilt. Dies entspricht jedoch nicht den Anforderungen des § 97 Abs. 1 und 2 GWB, wonach Wettbewerber grundsätzlich entsprechend der veröffentlichten Kriterien gleich zu behandeln sind. Auf dieser Grundlage kann es ein Mehr an Eignung nicht geben. Da die Antragstellerin mit ihrem Teilnahmeantrag nachprüfbar Referenzen über gleichartige Arbeiten vorlegte, erfüllt sie die vom Auftraggeber auf ein Minimum beschränkten Eignungskriterien.

Die Kammer kann der in der mündlichen Verhandlung geäußerten Argumentation der Beigeladenen zu 5), dass aus dem Bekanntmachungstext für die Bewerber schon zu erkennen sei, dass nicht nur Referenzen, sondern zusätzliche Nachweise nach § 8 Nr. 3 VOB/A mit dem Teilnahmeantrag zur Beurteilung der Eignung vorzulegen waren, nicht folgen. Der § 8 Nr. 3 Abs. 1 VOB/A bestimmt, dass von den Bewerbern Angaben hinsichtlich des Nachweises der Fachkunde, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit gefordert werden „dürfen“. Sie müssen also nicht gefordert werden. Ob sie notwendig sind bzw. vom Auftraggeber für notwendig gehalten werden, hängt von den Umständen des Einzelfalles ab und wird vom Auftraggeber bestimmt. Hätte der Auftraggeber Nachweise entsprechend dem Katalog des § 8 Nr. 3 VOB/A zur Beurteilung benötigt, so muss er diese auch in der Bekanntmachung abfordern.

Die Beigeladene zu 9) irrt daher, wenn sie davon ausgeht, dass der Auftraggeber während des laufenden Vergabeverfahrens, seine Eignungskriterien nach Bedarf frei modifizieren könne. Sie verkennt, dass der Auftraggeber sich mit seiner Bekanntmachung an bestimmte Regelungen selbst bindet. Daran ändert auch der Hinweis auf den Beschluss des VÜA Bund vom 14.06.1996 nichts.

Im vorliegenden Fall ist der Auftraggeber verpflichtet, alle Bewerber, die gemäß der Bekanntmachung mit dem Teilnahmeantrag nachprüfbar Referenzen über gleichartige Arbeiten zum Nachweis der Fachkunde und Leistungsfähigkeit eingereicht haben, zur Angebotsabgabe aufzufordern. Dies ist bei allen Bewerbern, außer den Firmen, also auch der Antragstellerin, der Fall, so dass von den 27 Bewerbern 21 Bewerber am Vergabeverfahren hätten beteiligt werden müssen.

Nach § 8a Nr. 2 Satz 1 VOB/A müssen beim Nichtoffenen Verfahren mindestens 5 geeignete Bewerber zur Angebotsabgabe aufgefordert werden. Die analoge Bestimmung in § 8 VOB/A, wonach bei Beschränkter Ausschreibung im Allgemeinen nur 3 bis 8 Bewerber aufgefordert werden sollen, gilt hier nicht, da dies in § 8a Nr. 2 Satz 2 VOB/A ausdrücklich für europaweite Ausschreibungen ausgeschlossen ist. Beim Nichtoffenen Verfahren ist eine deutlich höhere Zahl von aufzufordernden Bewerbern erwünscht.

5 Bewerber sind die absolute Untergrenze. In der Regel werden deutlich mehr als 5 Bewerber aufzufordern sein, oftmals wird die Zahl zwischen 10 und 20 Bewerbern liegen. Entscheidend für die angemessene Anzahl ist das jeweilige Ergebnis des vorausgegangenen Teilnahmewettbewerbes. Haben sehr viele Bewerber ihr Interesse bekundet, so sind entsprechend viele zur Angebotsabgabe aufzufordern. Nach § 8a Nr. 2 Satz 3 VOB/A muss die Zahl der aufgeforderten Bewerber auf jeden Fall einen echten Wettbewerb sicherstellen (vgl. Kommentar Heiermann/Riedl/Rusam, A § 8a Rdn. 3).

Unter Gewährleistung des Wettbewerbsgrundsatzes kann der öffentliche Auftraggeber nach der BKR, Artikel 22 für die Vergabe eines Auftrages im Nichtoffenen Verfahren eine Marge bestimmen, innerhalb derer die Zahl der zur Angebotsabgabe aufgeforderten Unternehmen liegen wird. In einem solchen Fall ist die Marge stets in der Bekanntmachung anzugeben. Von dieser Möglichkeit hat die Antragsgegnerin hier keinen Gebrauch gemacht.

Aufgrund des Standes des Vergabeverfahrens ist es zur Herstellung der Rechtmäßigkeit des Verfahrens daher nach § 114 Abs. 1 GWB erforderlich, die Antragsgegnerin anzuweisen, die Ausschreibung aufzuheben.

III.

Kosten

Die Kostenentscheidung beruht auf § 128 Abs. 3 GWB. Die Antragsgegnerin und die Beigeladenen zu 5) und 9) haben die Kosten des Verfahrens zu gleichen Teilen zu tragen.

Die Hinzuziehung eines Bevollmächtigten durch die Beigeladene zu 9) war angesichts der sachlichen und rechtlichen Schwierigkeiten des Falles notwendig, § 128 Abs. 4 Satz 3 GWB in Verbindung mit § 80 Abs. 2 Verwaltungsverfahrensgesetz (VwVfG).

Die Höhe der Gesamtkosten beläuft sich hier auf

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

§ 128 Abs. 1 Satz 1 GWB. Die Kosten gliedern sich in Gebühren in Höhe von DM (§ 128 Abs. 2 Satz 2 GWB) und Auslagen in Höhe von DM (§ 128 GWB i. V. m. § 10 Verwaltungskostengesetz -VwKostG LSA-). Die Antragsgegnerin und die Beigeladenen zu 5) und 9) tragen die Kosten jeweils in Höhe von DM (nachrichtlich Euro).

Der Betrag ist fällig mit Eintritt der Rechtskraft des Beschlusses. Die Zahlung hat jeweils auf das Konto bei der Landeszentralbank - LZB-Dessau -, BLZ zu erfolgen. Die Antragsgegnerin hat die Einzahlung unter Verwendung des Kassenzeichens, die Beigeladene zu 5) unter dem Kassenzeichen und die Beigeladene zu 9) unter dem Kassenzeichen vorzunehmen.

Rechtsbehelfsbelehrung

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

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

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

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

gez. Thomas

gez. Katzsch

gez. Hoppe