



SACHSEN-ANHALT

Vergabekammer
beim Regierungspräsidium Halle

Beschluss

AZ: VK Hal 20/00

Halle, 27.07.2000

§ 97 Abs. 2 GWB, § 25 Nr. 3 VOB/A -Gleichbehandlungsgrundsatz, -Wirtschaftlichkeitsprüfung
--

In dem Nachprüfungsverfahren der

Firma GmbH

vertreten durch Frau H....- Justitiarin,
Herrn H.... - Geschäftsführer und
Herrn Sch.... – Techn. Leiter

Antragstellerin

gegen

die mbH

vertreten durch Herrn M.... – Geschäftsführer und
Herrn R.... – Projektleiter Rückbau

sowie den Landkreis
vertreten durch Frau T.... – Rechtsabteilung,
Herrn O....chbearbeiter Straßenbau
Frau S... und Herrn O..... - Planungsbüro

Antragsgegnerin

wegen

gerügtem Vergabeverstoß im Offenen Verfahren zur Baumaßnahme " Erschließung....., Maßnahme 2.19.1 und Errichtung einer Busspur -" hat die Vergabekammer beim Regierungspräsidium Halle aufgrund der mündlichen Verhandlung am 27. Juli 2000 unter Mitwirkung des Vorsitzenden Oberregierungsrat Thomas, der beamteten Beisitzerin Regierungsamtfrau Katzsch und dem ehrenamtlichen Beisitzer Neumann beschlossen:

1. Der Beschwerde wird stattgegeben. Die Ausschreibungsunterlagen sind von den Bewerbern zurückzufordern, unter folgenden Maßgaben zu verändern und an die Bewerber zurückzusenden.
 - a) Die Personalkosten für die geförderten Arbeitnehmer sind nicht isoliert in die preisliche Wertung einzubeziehen.
 - b) Die Kostenkalkulation für das geförderte Personal kann als vertragliche Nebenpflicht vom Auftraggeber abgefordert werden, jedoch nicht vor Auftragserteilung.
 - c) Die Kostenkalkulation hat sich grundsätzlich am Mindestlohn der Baumaßnahme bzw. bei Tarifgebundenheit am Tarifvertrag zu orientieren.
 - d) Die Ausschreibungsunterlagen sind entsprechend dem Erfordernis der produktneutralen Ausschreibung zu überarbeiten.
 - e) Die überarbeiteten Ausschreibungsunterlagen sind vor Übersendung an die Bewerber der Vergabekammer vorzulegen
2. Die Antragsgegner tragen die Kosten des Verfahrens.
3. Die von den Antragsgegnern zu zahlenden Gesamtkosten werden auf 7.088,66 DM festgesetzt.

Gründe

I

Mit Schreiben vom 29.06.2000 ging beim Regierungspräsidium Dessau die Beschwerde bezüglich der europaweiten Ausschreibung "Erschließung Maßnahme 2.19.1 und Errichtung einer Busspur -" ein. Nach Aufforderung der Antragstellerin (Fax vom 06.07.00) übersandte die Nachprüfstelle am 06.07.2000 die Beschwerde zuständigkeithalber an die Vergabekammer Halle.

Mit Verfügung der Vergabekammer vom 06.07.2000 wurden die Antragsgegner über den Inhalt der Beschwerde informiert und über die Unzulässigkeit einer Zuschlagerteilung gemäß § 115 Abs. 1 Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkung (GWB) belehrt. Gleichzeitig wurden sie aufgefordert die entsprechenden Unterlagen und eine Stellungnahme zum Beschwerdeinhalt vorzulegen.

Mit Ausschreibungsanzeiger Sachsen-Anhalt vom 19.05.2000 sowie mit öffentlicher Bekanntmachung im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften vom 23.05.2000 haben die Antragsgegner die vorbezeichneten Erschließungsmaßnahme bekannt gegeben. Die geschätzten Kosten der Gesamtmaßnahme ".....", die durch öffentliche Mittel zu 69,86 % gefördert wird, belaufen sich auf ca. 452 Mio. DM.

Die Bekanntmachung enthält keine Informationen bezüglich des Einsatzes von geförderten Arbeitnehmern. Es wurde lediglich bekundet, das auf das niedrigste Angebot der Zuschlag erteilt werden soll.

Das Aufforderungsschreiben zur Abgabe eines Angebotes enthält konkretisierte Zuschlagskriterien. Danach soll das Angebot das annehmbarste sein, welches die Kriterien Preis, Fristen, Qualität, Wirtschaftlichkeit und Funktionalität erfüllt.

Mit Schreiben vom 26.06.2000 erhielten die Bewerber Ergänzungen zu den Ausschreibungsunterlagen. Diese stehen im Zusammenhang mit dem Einsatz von zehn geförderten Arbeitnehmern nach §§ 272 – 279, 415 Abs. 1 und 2 SGB III.

Das Blatt B der neu herausgegebenen Verdingungsunterlagen fordert von den Bietern eine Kostenzusammenstellung für die geförderten Arbeitnehmer. Es handelt sich hierbei um Vertragspositionen nach Selbstkostenerstattung, welche Vertragsbestandteil werden sollen.

Als Grundlage für die Kalkulation der Personalkosten der förderfähigen Arbeitnehmer sollen die zugelassenen Tarife der Bieter herangezogen werden.

Im Ergänzungsblatt 6a zur detaillierten Umsetzung der Kalkulation heißt es unter

Pkt. 15.1

Bei der Festsetzung der Vergütung hat der Auftragnehmer ferner die Förderrichtlinien der Bundesanstalt für Arbeit zu §§ 272 – 279, 415, Abs. 1 und 2 SGB III in jeweiliger Fassung zu beachten. **Er hat die Eingruppierung der Arbeitnehmer nach den Tätigkeiten vorzunehmen, die der Arbeitnehmer vertragsgemäß im Rahmen der Maßnahme zu verrichten hat.** In diesem Zusammenhang sind die Bestimmungen des **anzuwendenden Tarifvertrages** zu beachten.

Im Leistungsverzeichnis, Gewerk 2 - Brauchwasser wurden in verschiedenen Positionen (Aufzählung nur beispielhaft) bei der Beschreibung der anzubietenden Produkte bzw. Erzeugnisse folgende Formulierungen (hier: auszugsweise) gewählt:

Titel 2.7

2.7.1 Absperrklappe DN 600
ROCO-Absperrklappe DN 600,
Fabrikat ERHARD-Armaturen oder gleichwertig liefern und einbauen.

.....

2.7.7 Schieber DN 200
Multamed-Schieber DN 200 nach DIN 3352-4B liefern und einbauen.
Fabrikat: ERHARD-Armaturen oder gleichwertig

.....

2.7.7 Be- u. Entlüftungsgarnitur DN 80
Be- und Entlüftungsgarnitur DN 80 PN 16 mit Flanschanschluss
nach DIN 20501 für den Erdeinbau liefern und einbauen.

Fabrikat: Hawle

max. Entlüftungsleistung: 3,2 m³/min

RD: 1,0 m

Material: Polyacatal und Bronze

Das Standrohr ist von der Rohrleitung bis zur Haube mit einer
Sickerpackung zu umgeben.

.....

Zusätzlich sind dem Los 2 zu der Be- und Entlüftungsgarnitur Prospektablich-
tungen der Firma "hawle armaturen" beigelegt.

Die Antragstellerin rügt,
dass die zu kalkulierenden Personalkosten für die einzusetzenden geförderten Ar-
beitnehmer in vollem Maße in die Wertung der Angebote einfließen sollen und nicht
wie es die Kommentierung der VOB/A vorsehe, von der Angebotssumme abzusetzen
sollen. Aus dieser Handhabung ergäbe sich für die dem Bautarif und die dem ver-
gleichsweise hohen Mindestlöhnen im Bauhandwerk unterliegenden Unternehmen
von vornherein eine Benachteiligung. Dies begründe gleichzeitig eine Wettbewerbs-
verzerrung zu Gunsten der nicht bautarifgebundenen Bieter.
Sie legt in der mündlichen Verhandlung dar, dass ihr Technischer Leiter, Herr Sch...,
mehrfach telefonische Gespräche mit dem Vergabesekretär der I....., Herrn Sch.....
geführt und eine Wettbewerbsverzerrung gerügt habe. In diesen Gesprächen habe
sie ihre Einwände gegen die geforderte Kalkulation der Personalkosten vorgebracht.

Sie beantragt daher,

die für die zehn zuzuweisenden Mitarbeiter zu kalkulierenden Personalkosten
nicht zum Kriterium der Wertung zu machen.

Die Antragsgegner beantragen,

den Antrag zurückzuweisen.

Sie vertreten die Auffassung, dass der Antrag wegen mangelnder Antragsbefugnis nicht zulässig sei. Als antragsbefugt sei nur derjenige anzusehen, der bereits ein Angebot abgegeben habe.

Der Antrag sei ferner nicht zulässig, weil die Antragstellerin ihre Pflicht zur vorherigen Rüge gegenüber den Antragsgegnern gemäß § 107 Abs. 3 GWB nicht erfüllt habe. Ihr sei daher die Möglichkeit genommen worden, den Verfahrensfehler selbst zu korrigieren. Die Antragstellerin sei nicht unverzüglich ihren Obliegenheiten nachgekommen. Sie hätte bereits den von ihr behaupteten Verstoß mit Zugang der spezifizierten Vergabeunterlagen mit Schreiben vom 26.06.2000 erkennen können.

Erfüllt sei auch nicht das Erfordernis der Begründung gemäß § 108 Abs. 1 GWB.

Es sei auch nicht erkennbar, wie die Antragstellerin in ihren subjektiven Rechten gemäß § 97 Abs. 7 GWB verletzt sein solle.

Die Antragstellerin gehe fälschlicherweise in ihrem Schreiben davon aus, dass in jedem Falle der Bautarif zu kalkulieren wäre. Nach dem Leistungsverzeichnis sei vorgeesehen, dass der jeweils beim Bieter vorhandene Tarif bezüglich der Personalkosten für die Wertung herangezogen werden müsse.

Gemäß der in Kopie beigefügten verbindlichen Auskunft der Bundesanstalt für Arbeit vom 17.03.2000 an die GmbH werde ausdrücklich zur konkreten Frage der Anwendung von Tarifen bezogen auf Strukturanpassungsmaßnahmen erklärt, dass der eigene Tarif des Unternehmens anzuwenden sei. Ferner werde ausgeführt, dass sich aus der Arbeitgeberfunktion zwingend die Tarifbindung ergebe. Die ausschreibende Stelle habe somit von der Antragstellerin nicht die Unterwerfung unter einen für sie nicht geltenden Tarifbereich verlangt.

Die Beschwerde sei daher gänzlich unberechtigt. Nach der zum Vertragsbestandteil erhobenen Kalkulationstabelle für Personalkosten in den Ausschreibungsunterlagen (S. 5, Blatt E der Ergänzung) stehe es dem Bieter frei, entsprechend dem vorgegebenen Vorschlag zehn einfache Hilfsarbeiter einzubeziehen oder Bauhelfer/Transportarbeiter abweichend anzubieten. Eine feste Vorgabe hierzu gebe es nicht.

Die Wertung der Angebote diene letztlich dazu, das wirtschaftlichste Angebot festzustellen, welches ggf. gemäß § 25 Abs. 3 VOB/A auch unter Berücksichtigung weiterer sachdienlicher Aspekte als annehmbarstes gelte. Unter Wertung im eigentlichen Sinne sei die vergleichende Betrachtung einzelner Angebote definiert. Der niedrigste Angebotspreis allein müsse dabei nicht entscheidend sein. Vielmehr könnten auch Unterschiede zwischen den Angeboten u.U. einen Mehrpreis rechtfertigen.

Der Auftraggeber habe hierbei diese Unterschiede zu quantifizieren, d. h. am sachgerechtesten durch Wirtschaftlichkeitsberechnungen darzustellen. Im Falle eines Vorteils für den Auftraggeber sei der fiktive Geldbetrag abzuziehen; im Falle eines Nachteils dem Angebotspreis hinzuzuaddieren, was die Auftragschancen jeweils vergrößert oder verringert.

Die so erhaltenen " fiktiven Angebotspreise" seien regelmäßig für die Bestimmung des annehmbarsten Angebotes maßgebend. Die streitgegenständliche Einbeziehung der SAM-Personalkosten in die Wertung stelle u.U. einen solchen objektiven berücksichtigungsfähigen Bewertungsgesichtspunkt dar. Der Unterschied zur Finanzierungsart zwischen Vergabe-ABM und SAM-Maßnahmen bestehe insbesondere darin, dass bei Vergabe-ABM Personalkosten überwiegend vollständig bezahlt werden, während bei SAM-Förderung nur eine feste Bezuschussung erfolgt. Der Differenzbetrag zwischen Tariflohn und Förderung ist vom Ausschreibenden zu tragen, so dass er diese finanziellen Auswirkungen in seine Entscheidung als Nachteils- oder Vorteilsabwägung einzustellen berechtigt sei. Selbstverständlich stehe es einem Wettbewerber frei, sich hochqualifiziertes Personal vom Arbeitsamt zuweisen zu lassen, dann allerdings mit dem Risiko, dass die ausschreibende Stelle nach Abwägung ihrer damit verbundenen zusätzlichen Kosten, welche durch das Förderungsdefizit entstünden, selbst wenn es das preisgünstigste wäre, dies zu Recht auch als nicht wirtschaftliches Angebot betrachte.

Diese Vorgehensweise wäre sachlich geboten und rechtlich zulässig.

II

Der Antrag der Antragstellerin ist zulässig.

Die Vorschriften des § 97 ff. GWB sind anwendbar, da der maßgebliche Schwellenwert für die Vergabe von Bauleistungen gem. § 100 Abs. 1 GWB i.V.m. § 3 Abs. 1 der Vergabeverordnung (VgV) vom 22.02.1994 (BGBl. I S. 321), ergänzt durch die Erste Verordnung zur Änderung der Vergabeverordnung vom 29.09.1997 (BGBl. I S. 2384) und § 1a VOB/A, mit einem geschätzten Gesamtauftragswert von insgesamt ca. 452 Mio. DM überschritten ist. Die Antragsgegner sind öffentlicher Auftraggeber im Sinne von § 98 Ziffer 2 GWB.

Die Zuständigkeit zur Überprüfung der Vergabebeschwerden durch die Vergabekammer beim Regierungspräsidium Halle ist in § 104 Abs. 1 GWB i.V.m. dem Rund-erlass des Ministeriums für Wirtschaft und Technologie – Richtlinie über die Einrichtung von Vergabekammern in Sachsen-Anhalt – vom 04.03.1999-63-32570/03-, Abschnitt II Abs. 1 und 2 geregelt.

Der Auffassung der Antragsgegner, die Beschwerde mangels Antragsbefugnis und wegen verspäteter Rüge zurückzuweisen, kann die Kammer nicht folgen. Weder die Argumentationen - die Antragstellerin sei nicht antragsbefugt, da sie noch keine Unterlagen eingereicht habe, noch die Zurückweisung wegen nicht unverzüglicher vorheriger Rüge - greifen hier.

Die Antragstellerin ist antragsbefugt.

In ihrer Stellungnahme zum Beschwerdeinhalt legen die Antragsgegner dar, dass regelmäßig derjenige als antragsbefugt anzusehen ist, der durch rechtswidrige Ausgestaltung eines Vergabeverfahrens an der Angebotsabgabe gehindert wird, sofern er im behaupteten rechtmäßigen Verfahren ein Angebot abgegeben hätte (vgl. § 107 Abs. 1 GWB).

Diese Auffassung ist rechtsfehlerhaft. Ähnlich wie bei § 42 Abs. 2 Verwaltungsgerichtsordnung (VwGO) ist für die Beschwerdebefugnis nicht erforderlich, dass die Rechtsverletzung bereits tatsächlich stattgefunden hat. Die Drohung derselben ist bereits ausreichend. Es kommt also hier nicht darauf an, ob bereits Vergabeunterlagen der Antragstellerin beim Auftraggeber vorliegen bzw. diese ausdrücklich erklärt, aufgrund der zu erwartenden Angebotsabgabe als Auftragnehmerin in Betracht zu kommen.

Die Antragstellerin hat mit der Abforderung der Vergabeunterlagen ihr Interesse am betreffenden Auftrag hinreichend bekundet und durch den Hinweis, dass laut den Ausschreibungsunterlagen neben der Anwendung der Mindestlöhne auch die Tarife des jeweiligen Anbieters in die als Wertungskriterien einzukalkulierenden Personalkosten einzubeziehen seien, eine mögliche Verletzung ihrer Rechte nach § 97 Abs. 7 GWB geltend gemacht.

Hinsichtlich der Rechtzeitigkeit einer Rüge gilt § 107 Abs. 3, S. 1 GWB. Die Antragstellerin hat den vermeintlich erkannten Verstoß gegen die Vergabevorschriften *unverzüglich* gegenüber den Auftraggebern zu *rügen*.

Dieser Obliegenheit hat die Antragstellerin entsprochen.

§ 107 Abs. 3 GWB stellt eine gesetzgeberische Konkretisierung des Grundsatzes von Treu und Glauben dar. Hier wird dem mit Inkrafttreten des GWB entstandenen subjektiven Anspruchs auf Einhaltung der vergaberechtlichen Bestimmungen (§ 97 Abs. 7 GWB) und der Notwendigkeit erkannte Vergabeverstöße als Auftraggeber selbst beseitigen zu können, in ausreichendem Maße Rechnung getragen.

Für den hier entscheidenden Begriff der unverzüglichen Rüge findet sich im Vergaberechtsänderungsgesetz keine eigene Definition. Nach der Legaldefinition in § 121 Abs. 1 BGB ist "*unverzüglich*" bedeutungsgleich dem Begriff "*ohne schuldhaftes Zögern*" (vgl. Münchener Kommentar, BGB, 3. Aufl., § 121 Rdnr. 5). Diese Ansicht, die für das gesamte Privatrecht gilt, wird auch auf das öffentliche Recht zur Auslegung des dort verwendeten Begriffs "*unverzüglich*" erstreckt (vgl. Palandt/Heinrichs, BGB, 52. Aufl., § 121 Rdnr. 3, m.w.N.).

Dem schließt sich der Bundesgerichtshof in einem Urteil zur Umsetzung der Vorschrift der VOB/B, § 2 Nr. 8 Abs. 2 [BGH, Urteil v. 23.06.1994 – VII ZR 163/93 (Celle)] an.

"Unverzüglich" ist demnach keinesfalls gleichbedeutend mit *"sofort"*, da dem Unternehmen über die eigentliche Prüfung und Erarbeitung hinaus auch eine angemessene Überlegungsfrist zuzubilligen ist. Unter Beachtung der Interessen der Auftraggeber sowie der etwaigen besonderen Verhältnisse im Einzelfall sind dem Unternehmen in der Regel zwei Wochen (als Obergrenze) bis zur Erklärung der Rüge zu belassen (vgl. Palandt/Heinrichs, BGB, 52. Aufl. § 121 Rdnr. 3).

Die Kammer folgt den Darlegungen der Antragstellerin, dass sie ihrer Rügepflicht mündlich rechtzeitig nachgekommen ist. Soweit auf Seiten der Antragsgegner lediglich mit Nichtwissen bestritten worden ist, dass eine derartige Mängelrüge stattgefunden habe, konnte dies die Kammer nicht überzeugen.

Danach ist die mündliche Rüge vor dem 06.07.2000 - im Hinblick auf den frühest möglichen Zugang der geänderten Verdingungsunterlagen zum 26.06.2000 - als *unverzüglich* und damit als rechtzeitig anzusehen.

Erfüllt ist ebenfalls das Erfordernis der Begründung gemäß § 108 Abs. 1 GWB.

Zwar hat die Antragstellerin die Beschreibung der behaupteten Rechtsverletzung mit Sachverhaltsdarstellung und die Bezeichnung der verfügbaren Beweismittel nicht explizit dargelegt, an das Formerfordernis des § 108 GWB dürfen jedoch keine übersteigerten Anforderungen gestellt werden. Insbesondere können die Anforderungen nicht größer sein, als die an die Form des § 117 GWB, der sofortigen Beschwerde vor dem zuständigen Oberlandesgericht.

Diesbezüglich hat das Oberlandesgericht Düsseldorf, Geschäfts-Nr.: Verg 1/99, festgestellt, dass § 117 Abs. 2 Nr. 1 GWB ersichtlich dem § 66 Abs. 4 Nr. 1 GWB n.F. (= § 65 Abs. 4 Nr. 1 GWB a.F.) aus dem Kartellbeschwerdeverfahrensrecht (vgl. auch den inhaltlich entsprechenden § 519 Abs. 3 Nr. 1 ZPO) nachgebildet ist. Zu § 66 Abs. 4 Nr. 1 GWB n.F. ist anerkannt, dass der Antragsteller keinen Antrag mit tenorierungsfähigem Inhalt ausformulieren und stellen muss. Vielmehr genügt es für die Zulässigkeit der Beschwerde, wenn sich das Beschwerdebegehren aus der Begründung ergibt; ferner reicht auch die Bezugnahme auf einen Antrag aus, der - erfolglos - bei den Antragsgegnern gestellt worden war und deren Verfügung nunmehr mit der Beschwerde angefochten wird (vgl. Immenga/Mestmäcker/ Schmidt, GWB 2. Aufl., § 65 Rdnr. 13; vgl. auch die inhaltlich entsprechende Auslegung des § 519 Abs. 3 Nr. 1 ZPO). Mit der Einreichung des Beschwerdeschreibens und der geänderten Vergabeunterlagen hat die Antragstellerin dem genügt.

Die Beschwerde ist begründet.

Die Antragsgegnerin hat die Bestimmungen über das Vergabeverfahren nicht eingehalten, auf deren Einhaltung die Antragstellerin ein Recht gemäß § 97 Abs. 7 GWB hat.

Durch die herausgegebenen Vergabebedingungen bezüglich der einzusetzenden geförderten Arbeitnehmer und der damit verbundenen beabsichtigten Wertung der Angebote verstoßen die Antragsgegner gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz des § 97 Abs. 2 GWB und § 2 Nr. 1 sowie § 8 Nr. 1 Satz 1 VOB/A und den Grundsatz des § 97 Abs. 4 GWB, dass bei der Zuschlagserteilung keine vergabefremden Kriterien berücksichtigt werden dürfen, wenn sie nicht auf Bundes- oder Landesgesetze beruhen.

Laut § 97 Abs. 2 GWB hat der Auftraggeber die Teilnehmer an einem Wettbewerb gleich zu behandeln, es sei denn, eine Differenzierung ist aufgrund der Regelungen des GWB selbst ausdrücklich geboten oder gestattet. Der in dieser Bestimmung normierte Gleichbehandlungsgrundsatz gehört zu den elementaren Prinzipien des Gemeinschaftsrechts und des deutschen Vergaberechts (vgl. BT-Drucksache 13/9340, Begründung zu 106 Abs. 2 GWB i.d.F. des Vergaberechtsänderungsgesetzes = § 97 Abs. 2 GWB). Die Antragsgegner haben gegen dieses Gleichbehandlungsgebot verstoßen, indem sie beabsichtigen, bei der Wirtschaftlichkeitsprüfung der Angebote auf die einzureichenden kalkulierten Personalkosten für die zehn geförderten Arbeitnehmer abzustellen, die je nach Tarifgebundenheit der Anbieter anhand des gesetzlichen Mindestlohnes für die ausgeschriebene Maßnahme oder den geltenden Haustarifen zu ermitteln sind. Das heißt, ein Angebot wäre dann für sie wirtschaftlich, wenn die Förderung durch das Bundesamt für Arbeit für sie so erfolgt, dass der zu erbringende Eigenanteil am geringsten ist. Dabei sollen höhere Investitionskosten bewusst billigend in Kauf genommen werden.

Dies entspricht jedoch nicht dem Wirtschaftlichkeitsbegriff des Vergabewesens und stellt darüber hinaus eine Ungleichbehandlung zwischen tarifgebundenen und nur dem gesetzlichen Mindestlohn unterworfenen Anbietern dar.

Der Tatsache, dass tarifgebundene Anbieter ohnehin zur Zahlung der tariflichen Entgelte verpflichtet sind, kommt hier keinerlei Entscheidungsrelevanz zu. Das Vergaberecht dient nicht zur Sicherstellung der Einhaltung von Tarifverträgen. Jeder Anbieter ist im Rahmen seiner kalkulatorischen Freiheit nicht gehindert, zwar Tariflöhne zu zahlen, diese jedoch nicht an dieser Stelle in die Kalkulation seines Angebotes einfließen zu lassen.

Zwangsläufig würde die beabsichtigte Wertung auch zu einem Verstoß gegen § 25 Nr. 3 VOB/A führen. Danach ist in der letzten Wertungsstufe (vgl. § 25 Nr. 3 Abs. 3 Satz 2 VOB/A) das Angebot zu ermitteln, welches unter Berücksichtigung aller technischen und wirtschaftlichen, gegebenenfalls auch gestalterischen und funktionsbedingten Gesichtspunkte als das annehmbarste erscheint. Hierbei sind bei einem EG-Verfahren nur die Wertungskriterien heranzuziehen, die den Bietern auch bekannt gegeben wurden.

Nach den EG-Vergaberichtlinien ist das für die Auftragsvergabe maßgebende Kriterium entweder ausschließlich der niedrigste Preis oder das wirtschaftlich günstigste Angebot unter Beachtung mehrerer von Auftrag zu Auftrag unterschiedlicher Kriterien, wie etwa: Lieferfrist, Ausführungsdauer, Betriebskosten, Rentabilität, Qualität, Ästhetik und Zweckmäßigkeit, technischer Wert, Kundendienst und technische Hilfe, Verpflichtungen hinsichtlich der Ersatzteile, Versorgungssicherheit und Preis (Artikel 30 Abs. 1 Baukoordinierungsrichtlinie 93/37/EWG vom 14. Juni 1993).

Nach ihren eigenen Festlegungen in den Vergabeunterlagen haben die Antragsgegner sich darauf geeinigt unter anderem die Kriterien Preis und Wirtschaftlichkeit bei der Angebotsauswertung heranzuziehen. Bei der Bewertung des Kriteriums der Wirtschaftlichkeit ist jedoch stets der Bezug zu den Preisen herzustellen. Es hat demnach ein Vergleich zwischen den technischen Inhalten der Angebote und den gebotenen Preisen zu erfolgen. Darüber hinaus können in der Betrachtung nur noch qualitative Unterschiede der angebotenen Leistung Berücksichtigung finden.

Dieser Beurteilungsspielraum würde überschritten, wenn die geforderten Kalkulationen für die geförderten Arbeitnehmer in die Wertung einbezogen würden. Wie oben bereits dargelegt unterfällt der Begriff der Wirtschaftlichkeit einer Gesamtbetrachtung

und kann nie unter dem Gesichtspunkt der zu erbringenden Eigenleistung definiert werden.

Die angedachte Vorgehensweise steht auch im Widerspruch zum Dritten Buch des Sozialgesetzbuches (SGB III). Danach kann zwar bei der Durchführung einer Maßnahme, die die Vergabe eines öffentlichen Auftrages an ein Wirtschaftsunternehmen vorsieht, als vertragliche Nebenpflicht für alle Bewerber der Einsatz von dem Auftraggeber zugewiesener und geförderter Arbeitnehmer aufgenommen werden, jedoch darf dabei kein Bewerber diskriminiert werden (vgl. § 262 Abs. 2 "Vergabe von Arbeiten").

Die beabsichtigte Wertung hinsichtlich der Eignung der Bieter würde zwangsläufig auch zu einem Verstoß gegen § 97 Abs. 4 GWB i.V.m. § 25 Nr. 2, Abs. 1 VOB/A führen. Danach sind anhand der vorgelegten Nachweise, die Angebote der Bieter auszuwählen, deren Eignung die für die Erfüllung der vertraglichen Verpflichtungen notwendige Sicherheiten bieten. Die Regelungen des § 97 Abs. 4 GWB stellen hier jedoch klar, dass weitergehende Kriterien, die in anderen Bundesgesetzen aufgeführt sind, nur nach Maßgabe der jeweiligen Regeln dieser Gesetze bei der Vergabe berücksichtigt werden können.

Bei der Festlegung der Inhalte für die Kriterien Leistungsfähigkeit, Fachkunde und Zuverlässigkeit besteht für den Auftraggeber zwar grundsätzlich ein Bewertungsspielraum, bei dem er jedoch kein Unternehmen diskriminieren darf. Im vorliegenden Fall kann als Kriterium lediglich die Bereitschaft der Unternehmen zur Beschäftigung von zehn geförderten Arbeitnehmern herangezogen werden. Der Auftraggeber ist hierbei verpflichtet, den Unternehmen **alle** erforderlichen Kenntnisse bezüglich der einzusetzenden Arbeitnehmer mitzuteilen. Insbesondere muss hier mit den Unterlagen festgelegt werden, welcher maßgebliche Mindestlohn für die Maßnahme anzusetzen ist.

Es ist demnach nicht statthaft, ein Unternehmen bei der Wertung nicht weiter zu berücksichtigen, wenn es die Bereitschaft erklärt, es setze zehn geförderte Arbeitnehmer ein. Es obliegt dem Auftraggeber in seinen Nebenbestimmungen die ihm auferlegten Förderbedingungen festzulegen.

Die Vergabekammer ist gem. § 114 Abs. 1 GWB bei ihrer Entscheidungsfindung an die Anträge nicht gebunden. Liegt eine Rechtsverletzung des Beschwerdeführers vor, kann sie andere als vom Beschwerdeführer ausdrücklich gerügte Verstöße prüfen und ihrer Entscheidung zugrunde legen. Ziel ihrer Entscheidung ist in jedem Falle die Einwirkung auf die Rechtmäßigkeit des Vergabeverfahrens.

Wie bereits im Sachverhalt dargelegt, beinhaltet das Leistungsverzeichnis Forderungen nach bestimmten Fabrikaten und Bezugsquellen.

Gemäß § 9 Nr. 5 Abs. 2 VOB/A dürfen Produkte oder Verfahrensbezeichnungen nur ausnahmsweise und nur mit dem Zusatz "oder gleichwertiger Art" aufgenommen werden, wenn eine Beschreibung durch hinreichend genaue, allgemein verständliche Bezeichnungen nicht möglich ist. Der Zusatz "oder gleichwertiger Art" ist in diesen Fällen jedoch stets unerlässlich. In der Position 2.7.7 fehlt dieser Zusatz gänzlich. Die gesetzliche Regelung soll verhindern, dass durch unnötige und durch den vorgesehenen Einsatzzweck nicht erforderliche Vorgaben der Wettbewerb beschränkt wird. Die Nennung eines Markennamens führt regelmäßig immer dann zu unerwünschten Wettbewerbsbeschränkungen, wenn es kaum Produkte mit identischen

Eigenschaften gibt oder das Fabrikat nur von wenigen Anbietern angeboten werden kann.

Verstöße gegen § 9 Nr. 5 VOB/A haben auch eine wichtige EG-rechtliche Komponente. Die Europäische Kommission hat die deutsche Bundesregierung mehrfach darauf hingewiesen, dass eine Verletzung des EG-Vertrages vorliegt, wenn ein Bieter praktisch gezwungen ist, nur deutsche technische Vorschriften oder Werknormen eines deutschen Produzenten anbieten oder übernehmen zu müssen.

Bei Fabrikatsvorgaben für technische Systeme ist demnach eine enge Auslegung des in § 9 Nr. 5 Abs. 2 VOB/A verwendeten Begriffs "ausnahmsweise" vorzunehmen. Hingegen kann bei einzelnen Stoffen, Bauteilen oder Produkten eine weitere Auslegung gestattet werden, wenn dies der Klarheit oder Vereinfachung dient oder der Verkehrssitte entspricht. Das dies im vorliegenden Fall so anzuwenden ist, haben die Antragsgegner nicht explizit dargelegt. Die Vergabekammer musste daher zur Auffassung gelangen, dass die Leistungsbeschreibung ohne Vorgabe eines Fabrikates hätte beschrieben werden können.

Ist ein Bieter ungeachtet des Zusatzes "oder gleichwertiger Art" aufgrund der technischen Spezifikationen der genannten Fabrikatsvorgabe gezwungen, den von vornherein aussichtslosen Versuch zu unternehmen, die Gleichwertigkeit eines anderen Produktes oder Systems nachzuweisen, so liegt ein Verstoß gegen § 9 Nr. 5 Abs. 2 VOB/A vor.

Eine unzulässige herstellerbezogene Systemvorgabe verstößt darüber hinaus gegen den Wettbewerbsgrundsatz des § 2 Nr. 1 Satz 2 VOB/A sowie gegen das Diskriminierungsverbot des § 2 Nr. 2 VOB/A.

Da die aufgezeigten Verstöße vor Submission bekannt wurden, ist die Vergabekammer verpflichtet, dies in ihre Interessenabwägung einfließen zu lassen. Dabei ist insbesondere das öffentliche Interesse, welches auch wirtschaftliche Gesichtspunkte im Hinblick auf zu erwartende Verzögerungen umfasst und das Interesse der einzelnen Bieter an der Einhaltung vergaberechtlicher Bestimmungen zu berücksichtigen. Die seitens der Antragsgegner abgegebene mündliche Begründung rechtfertigt ein Eingreifen der Ausnahmeregelung des § 9 Nr. 5 VOB/A nicht. Es ist nicht nachvollziehbar, weshalb z.B. Be- und Entlüftungsgarnituren unbedingt vom Fabrikat "Hawle" oder ein ERHARD-Überflurhydrant zur Anwendung kommen müssen. Die Vergabekammer trifft entsprechend der Regelung des § 114 Abs. 1 GWB geeignete Maßnahmen, um die festgestellten Rechtsverletzungen zu beseitigen und eine Schädigung der betroffenen Interessen zu verhindern.

Gemäß § 114 Abs. 1 GWB ist die Überarbeitung der Verdingungsunterlagen anzuordnen, da seitens der Antragsgegner Rechtsnormen (§ 97 Abs. 2, 4 und 7 GWB) und Verwaltungsvorschriften (§§ 2, 8 und 9 VOB/A) nicht pflichtgemäß umgesetzt wurden.

Aufgrund der vorgelegten Ausschreibungsunterlagen und dem Ablauf der mündlichen Verhandlung erscheint es zum Schutz der Interessen aller Verfahrensbeteiligten als unerlässlich, die abzuändernden Unterlagen der Vergabekammer vor Übersendung an die Bewerber zur Einsichtnahme vorzulegen.

Ein derartiges Vorgehen ist nach Auffassung der Kammer von § 114 Abs. 1 GWB gedeckt. Eine andere Maßnahme ist nicht geeignet, den Interessen aller Bieter ausreichend Rechnung zu tragen.

Kosten

Die Kostenentscheidung beruht auf § 128 Abs. 3 GWB. Die Antragsgegner haben die Kosten für das Verfahren zu tragen. Der geleistete Vorschuss wird der Antragstellerin zurückerstattet.

Die Höhe der Gesamtkosten beläuft sich hier auf 7.088,66 DM (§ 128 Abs. 1 Satz 1 GWB). Die Kosten entsprechend der im Land Sachsen-Anhalt anzuwendenden Gebührentabelle gliedern sich auf in Gebühren in Höhe von 6895,00 DM (§ 128 Abs. 2 Satz 2 GWB) und Auslagen in Höhe von 193,66 DM (§ 128 GWB i. V. m. § 10 VwKostG LSA).

Der Betrag ist fällig mit Eintritt der Rechtskraft des Beschlusses. Die Zahlung hat auf das Konto 805 015 00 bei der Landeszentralbank - LZB-Dessau -, BLZ 805 000 00 unter Verwendung des Kassenzeichens 3301- W09305-9 zu erfolgen.

Rechtsbehelfsbelehrung

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

Die sofortige Beschwerde ist zugleich mit ihrer Einlegung zu begründen. Die 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. Neumann