



SACHSEN-ANHALT

Vergabekammer
beim Regierungspräsidium Halle

Beschluss

AZ: VK Hal 22/00

Halle, 21.12.2000

§ 22 VOB/A
- Aufhebung
- Antragsbefugnis
- Abforderung von Zweitangeboten

In dem Nachprüfungsverfahren der

Firma,
.....

Verfahrensbevollmächtigte
RAe,
.....

Antragstellerin zu 1)

Firma,
.....

Verfahrensbevollmächtigte
RA,
.....

Antragstellerin zu 2)

gegen

die,
.....,

Antragsgegnerin

unter Beiladung der

Bieterin,
Niederlassung,
.....

Beigeladene zu 1)

Bieterin,
.....,
Verfahrensbevollmächtigte
.....

Beigeladene zu 2)

Bieterin,
.....

Beigeladene zu 3)

wegen

gerügtem Vergabeverstoß im Offenen Verfahren zur Baumaßnahme " - hat die Vergabekammer beim Regierungspräsidium Halle aufgrund der mündlichen Verhandlung unter Mitwirkung des Vorsitzenden Oberregierungsrat Thomas, der beamteten Beisitzerin Regierungsamtfrau Katzsch und des ehrenamtlichen Beisitzers Herrn Foerster beschlossen:

- 1.) Der unter Ziffer 1 gestellte Haupt- und Hilfsantrag der Antragstellerin zu 2) wird als unzulässig zurückgewiesen.
- 2.) Der unter Ziffer 2 gestellte Antrag der Antragstellerin zu 1) wird als unzulässig zurückgewiesen
- 3.) Der unter Ziffer 3 gestellte Antrag der Beigeladenen zu 2) wird als unzulässig zurückgewiesen.
- 4.) Die Antragsgegnerin wird angewiesen die Ausschreibung mangels zuschlagsfähiger Angebote aufzuheben.
Die Kosten des Verfahrens tragen die Antragstellerin zu 1), die Antragstellerin zu 2), die Antragsgegnerin und die Beteiligten zu gleichen Teilen.
- 5.) Die Gesamtkosten belaufen sich auf DM (GebührDM, Auslagen DM).

Gründe

I.

Die Antragsgegnerin schrieb im Offenen Verfahren auf der Grundlage der Verdingungsordnung für Bauleistungen (VOB) für dieaus.

Mit Schreiben vom 31.07.2000 legte die Antragstellerin zu 1) bei der Vergabekammer Beschwerde bezüglich der vorgenannten europaweiten Ausschreibung ein.

Mit Verfügung der Vergabekammer vom 01.08.2000 wurde die Antragsgegnerin über den Inhalt der Beschwerde informiert und über die Unzulässigkeit einer Zuschlagserteilung gemäß § 115 Abs. 1 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkung (GWB) belehrt. Gleichzeitig wurde sie aufgefordert die entsprechenden Unterlagen und eine Stellungnahme zum Beschwerdeinhalt vorzulegen.

Gegen den am 24.08.2000 gefassten Beschluss, die Wertung der Angebote nochmals durchzuführen und das Angebot der Antragstellerin zu 1) in die inhaltliche Wertung aufzunehmen, legte die Antragstellerin zu 2) sofortige Beschwerde beim OLG Naumburg ein und beantragte gleichzeitig mit Schreiben vom 27.09.2000 die Einleitung eines weiteren Nachprüfungsverfahrens zu o.g. Ausschreibung vor der Vergabekammer.

Mit Beschluss des OLG Naumburg vom 01.11.2000 wurde die Entscheidung der Vergabekammer aufgehoben und an die Kammer unter Beachtung der Rechtsauffassung des Senates zur Neuentscheidung zurückverwiesen.

Zum Eröffnungstermin am 17.07.2000, 10.00 Uhr lagen dem Verhandlungsleiter zehn verschlossene Umschläge von insgesamt fünf Bietern vor. Die Umschläge waren äußerlich mit der Bezeichnung der jeweiligen Bieter und der Auftraggeberin sowie dem von der Auftraggeberin

berin herausgegeben Kennzettel für den Angebotsumschlag versehen. Auf dem Kennzettel waren durch die Bieter Angaben über die ausschreibende Stelle, Absender des Bieters, Baumaßnahme, Angebot für, Ort und Zeitpunkt des Eröffnungstermins einzutragen. Lediglich die Beigeladene zu 3) bezeichnete den Inhalt eines Umschlages als 1. Ausfertigung und den eines weiteren als 2. Ausfertigung ihres Angebotes.

Durch den Verhandlungsleiter wurden alle zehn Umschläge mit einer Eingangsnummer versehen, wobei ein Umschlag eines jeden Bieters mit dem Buchstaben a) zusätzlich zur Eingangsnummer beziffert wurde. Bei der Beigeladenen zu 3) wurde der Umschlag mit der Bezeichnung - 2. Ausfertigung - mit der Eingangsnummer plus Buchstabe a) versehen. Von den zehn Umschlägen wurden zum Eröffnungstermin durch den Verhandlungsleiter jedoch nur fünf geöffnet. Die sich darin befindlichen Angebote (hier: die Angebote, die auf dem Umschlag nur mit einer Eingangsnummer versehen wurden) wurden submitiert, d.h. gekennzeichnet durch Versiegeln und Lochstanzung.

Bei der wiederholten Vorlage der Ausschreibungsunterlagen waren nunmehr 6 Angebote gekennzeichnet. Bei dem nach der Submission gekennzeichnetem Angebot handelt es sich um den Inhalt des zweiten Umschlages der Antragstellerin zu 2), welcher ursprünglich mit dem zusätzlichen Buchstaben a) versehen, jedoch nicht geöffnet bzw. nicht submitiert wurde.

Nach der Öffnung der zehn Angebotsumschläge hat die Durchsicht ergeben, dass trotz der Versicherung eines jeden Bieters, seine Angebote seien identisch, in zahlreichen Fällen eine Ungleichheit besteht.

Beim Vergleich der Vergabeunterlagen wurde festgestellt, dass die jeweils abgegebenen zwei Angebote der Antragstellerinnen zu 1) und 2) und der Beigeladenen zu 3) nicht identisch sind. Bei der Antragstellerin zu 1) fehlen in dem zur Eröffnung nicht geöffneten Angebot die Einheitspreise zum Los 4.1, bei der Antragstellerin zu 2) die Einheitspreise der Seite 14 (hier: Proj.: 00037 TWL, Gas) und bei dem submitierten Angebot der Beigeladenen zu 3) im Los 4 zwei Einheitspreise.

Die Antragstellerin zu 2) ist der Auffassung, dass eine möglicherweise bestehende Absicht der Antragsgegnerin, die ausgeschriebenen Bauleistungen an die Antragstellerin zu 1) zu vergeben, rechtswidrig sei.

Nach allen vorliegenden Unterlagen sei der Auftrag an die Antragstellerin zu 2) zu vergeben, da nach den eindeutigen Ausführungen des OLG Naumburg eine Zuschlagserteilung an die Antragstellerin zu 1) nicht mehr in Betracht käme. Die Beigeladene zu 2) sei ebenfalls wegen Ungeeignetheit für Arbeiten in dem Bereich der auszuschließen. Danach habe die Vergabe wie ursprünglich beabsichtigt, an die Antragstellerin zu 2) zu erfolgen. Abwägungsfehler seien nicht erkennbar.

Im Übrigen sei dem Nachprüfungsantrag der Antragstellerin zu 1) der Erfolg zu versagen, weil der geltend gemachte Vergabeverstoß zu keiner Zeit vorgelegen habe oder auch nur einzutreten drohte. Auch sei zweifelhaft, ob der Antrag der Antragstellerin zu 1) überhaupt zulässig sei. Die Antragstellerin zu 1) habe keinerlei Aussicht, den Zuschlag zu erhalten. Sie habe insbesondere keinen Anspruch darauf, ihre ursprüngliche Versicherung, den Auftrag allein ausführen zu wollen, zu widerrufen und stattdessen nachträglich Nachunternehmer zu benennen.

Die Antragsgegnerin habe keinerlei Veranlassung anzunehmen, dass die Antragstellerin zu 1) entgegen ihrer ausdrücklichen Erklärung für den Bereich Signaltechnik oder für andere Bereiche – zugelassene – Nachunternehmer einsetzen wolle. Die Antragstellerin zu 1) habe ausdrücklich versichert, alle Arbeiten allein ausführen zu wollen. In ihrer weiteren Begründung beruft sie sich ausdrücklich auf den Beschluss des OLG Naumburg vom 01.11.2000.

Ergänzend vertritt sie mit Schriftsatz vom 19.12.2000 den Standpunkt, dass die Voraussetzungen einer Aufhebung der Ausschreibung nach § 26 VOB/A wegen fehlender schwerwiegender Gründe nicht vorlägen. Es würden fünf mit den Ausschreibungsbedingungen korres-

pondierende submittierte Angebote existieren, die trotz Öffnung der Zweitschriften durch die Vergabekammer ausnahmslos auch heute noch identifiziert werden könnten, wovon sie sich persönlich durch Akteneinsicht am 12.12.2000 überzeugt habe. Es sei festzuhalten, dass die Zweitschrift des Angebotes der Antragstellerin zu 2) in weiten Bereichen aufgrund der Stan- zung noch zusammengeheftet, also nicht durchgelesen wurde, dass aber in dem Bereich, in dem ein Blatt von ca. 200 bis 300 Blättern fehlte, die Blätter getrennt waren und die Lochung beschädigt sei. Auswirkungen auf das Vergabeverfahren dürfte dieser Umstand daher nicht haben.

Die Antragstellerin zu 2) beantragt:

1. Die Antragsgegnerin wird angewiesen, der Antragstellerin zu 2) den Zuschlag in dem Vergabeverfahren zu erteilen und hilfsweise, die Antragstellerin zu 1) aus dem Verfahren auszuschließen.
2. Die Kosten des Verfahrens VK Hal 22/00 werden der Antragstellerin zu 1) einschließlich der beim OLG Naumburg entstandenen Kosten, die Kosten des Verfahrens VK Hal 32/00 der Antragsgegnerin auferlegt.
3. Die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten wird für notwendig er- klärt.
4. Die Aufwendungen zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung werden der Antragstellerin zu 1) bzw. der Antragsgegnerin auferlegt.

Die Antragstellerin zu 1) tritt dem entgegen und beantragt:

1. Der Antrag der Antragstellerin zu 2), sie wegen Ungeeignetheit aus dem Ver- gabeverfahren auszuschließen, wird zurückgewiesen.
2. Die Antragstellerin zu 2) wird aus dem Vergabeverfahren ausgeschlossen, da nicht mehr festgestellt werden kann, welches Angebot submittiert worden ist.

Die Antragstellerin zu 1) rügt durch ausdrückliche Bezugnahme auf ihren Schriftsatz vom 13.12.2000 in der mündlichen Verhandlung am 21.12.2000, dass die Auftraggeberin beabsichtige, sie vom Angebotsverfahren auszuschließen, weil ihr Angebot unvollständig sei. Sie erkläre sich nicht damit einverstanden, dass das Versäumnis der Benennung von Nachauftragnehmern auf dem Formblatt EVM (B) Ang. unter Ziff. 5 zum Ausschluss führe. Dieses Versäumnis sei ihrer Meinung nach nicht relevant, da laut Titel 2.2 - Schranken und Antriebe - ausschließlich die Bauform ge- fordert sei. Eine Alternative hierzu sei nicht zu-gelassen. Aufgrund der vorgegebenen Formu- lierung der Antragsgegnerin sei sie davon ausgegangen, dass diese Teilleistung von der Fa. geliefert und montiert werden solle und daher habe sie diese auch konklud- ent in ihren Angebotsunterlagen angeboten. Diesbezüglich läge ihr auch ein Subunterneh- merangebot besagter Firma hinsichtlich der Lieferung und Montage der Sicherungseinrich- tungen vor. Aus ihrer Sicht wäre es demnach überhaupt nicht notwendig gewesen, die Fa.als Nachunternehmer zu benennen und dementsprechend auf dem Formblatt EVM (B) Ang das entsprechende Kreuz unter Ziff. 5 zu setzen.

Der Eintrag in den Vorbemerkungen - im eigenen Betrieb - stelle deshalb lediglich einen Formfehler dar, der keinen Einfluss auf die Angebotspreise habe. Ein Ausschluss vom Ver- gabeverfahren sei daher unbegründet.

Zur Begründung führt sie weiterhin aus, dass es auf dem Markt ohnehin nur drei Firmen gä- be, die für diese ausgeschriebenen Leistungen von der DB-AG zugelassen seien. Dies sei zum einen die geforderte Firma, die Firma und die Firma Da in den Ausschreibungsunterlagen ausdrücklich die Firma gefordert war, deren Fachkunde also vom Bauherren vorab zu prüfen gewesen wäre, wurde diese

auch angeboten. Von der Zulassung habe sie sich durch Abforderung des zertifizierten Qualitätsmanagementsystems selbst überzeugt. Sie führt weiterhin aus, dass lt. Auskunft des Niederlassungsleiters des Geschäftsbereiches, NL der DB-AG, für Arbeiten im Gleisbereich der DB-AG keine gesonderten Zulassungen erforderlich seien. Die Arbeiten seien lediglich durch Mitarbeiter der DB-AG oder deren Beauftragte zu überwachen.

Ein Ausschluss ihres Angebotes nach § 25 Nr. 1 Abs. 1 b) i.V.m. § 21 Nr. 1 Satz1 VOB/A wäre nicht geboten. Geringfügig fehlerhafte Angebote bedeuten keine Gefahr für eine ordnungsgemäße Durchführung der Vergabe (vgl. Ingenstau/ Korbion, VOB, 13. Auflage, A § 25 Nr. 1 Rdr. 14). Die geforderte Erklärung könne gem. § 24 Nr. 1 Abs. 1 VOB/A ohne weiteres nachgeholt werden, da sich hierdurch weder die Vergütung, noch die Beschaffenheit der Leistung, noch die Vertragsbedingungen nachträglich ändern, sondern allein ihre Eignung nach § 25 Nr. 2 VOB/A betroffen sei (so auch BayObLG, IBR 2000, 103 = NZBau 2000, 211 = BayObLG Z 99 Nr. 82).

Im Übrigen vertritt sie die Auffassung, dass es sich bei den nicht submittierten Angeboten um Zweitfertigungen handele, die nicht Gegenstand des Wettbewerbes seien. Die von der Antragsgegnerin geforderten Zweitfertigungen seien von der Antragsgegnerin gerade nicht geöffnet, gekennzeichnet und verlesen worden. Eine Einbeziehung in den Wettbewerb über § 22 Nr. 6 Abs. 1 VOB/A vorzunehmen, sei nicht möglich. Hier fehle es bereits an der Vergleichbarkeit der Regelung des § 22 Nr. 6 Abs. 1 VOB/A mit der hiesigen Situation.

Im vorliegenden Fall sei von allen Bietern ein Angebot bei der Eröffnung vorgelegt worden. Es bestehe daher überhaupt kein Grund, nachträglich auch die Zweitfertigungen in den Wettbewerb aufnehmen zu wollen. Eine derartige Verfahrensweise würde die Bieter unangemessen belasten, zumal das Abfordern von Zweitfertigungen gegenüber der Antragsgegnerin durch die Kammer bereits mehrfach gerügt wurde. Aus diesem Grund könne das Angebot der Antragstellerin zu 1) nicht deswegen vom Vergabeverfahren ausgeschlossen werden, weil in einem Angebot die Einheitspreise zum Los 4.1 fehlen, in dem anderen jedoch vorhanden seien. Da die Antragsgegnerin bzw. deren Erfüllungsgehilfe bislang nicht das Fehlen von Einheitspreisen zum Los 4.1 bemängelt habe, gehe die Antragstellerin zu 1) davon aus, dass das Angebot, welches submittiert worden ist, auch vollständig sei.

Anders verhalte es sich jedoch mit dem Angebot der Antragstellerin zu 2). Von ihr lägen nunmehr zwei submittierte Angebote vor. Hier könne nicht unterschieden werden, welches Angebot im Eröffnungstermin submittiert worden sei und welches nicht. Aus diesem Grund müsse die Antragstellerin zu 2) vom Vergabeverfahren ausgeschlossen werden, denn eine Auswahl der Antragsgegnerin zwischen diesen beiden Angeboten käme nicht in Betracht. Dies würde einen Wettbewerbsvorteil zugunsten der Antragstellerin zu 2) und zu Lasten sämtlicher Mitbieter, insbesondere der Antragstellerin zu 1), bedeuten.

Weiter sei für die Antragstellerin zu 1) eine eventuelle Aufhebung der Ausschreibung nicht nachvollziehbar. Hierfür fehle es am Vorliegen eines schwerwiegenden Grundes gemäß § 26 VOB/A. Es sei hier zu beachten, dass eine Ausschreibung nur unter engen Voraussetzungen aufgehoben werden könne. Insbesondere dürfe eine Aufhebung nicht aus Gründen erfolgen, welche von Anfang an bekannt oder vermeidbar waren. Denn ein Bieter dürfe erwarten, dass ein Auftraggeber nicht leichtfertig ausschreibt, sondern insbesondere die Ausschreibungsunterlagen mit der erforderlichen Sorgfalt sowie unter Berücksichtigung sämtlicher in Betracht zu ziehender Umstände gefertigt hat.

Auch im Hinblick auf die Erfordernisse einer Fachlosvergabe und produktneutralen Ausschreibung käme eine Aufhebung nicht in Betracht, da diese die Antragsgegnerin bereits im Rahmen der Fertigung der Ausschreibungsunterlagen hätte berücksichtigen müssen.

Die Antragsgegnerin trat den Anträgen nicht entgegen.

In ihren Schriftsätzen vertritt sie jedoch die Auffassung,

dass zum Submissionstermin lediglich fünf Angebote vorgelegen haben und auch nur fünf Angebote nach der Submission gesiegelt und perforiert worden seien. Die von der Stadt geforderten Zweitexemplare seien gemäß einer entsprechenden Anweisung im Hause - Die Angebote sind von den Bewerbern grundsätzlich in zweifacher Ausfertigung abzufordern. Die Übereinstimmung beider Exemplare ist vom Bewerber zu erklären. - grundsätzlich nicht geöffnet und submitiert worden. Die Öffnung erfolge nur im Ausnahmefall und ausschließlich auf speziellen Antrag des betroffenen Fachamtes und im Beisein desselben in der Submissionsstelle. Die Verfahrensweise zur Anforderung von zusätzlichen Zweitexemplaren im Rahmen der Ausschreibung beruhe auf Empfehlungen der Staatsanwaltschaft wie auch des Landesrechnungshofes des Landes Hessen zur Vermeidung von Manipulationen. Die danach seit 1994 durch den Baudezernenten im Hause angewiesene Verwaltungspraxis solle, wie ausgeführt, gerade etwaiger Manipulationsgefahr begegnen, sie solle indes nicht dazu dienen, die Anzahl der in die Submission aufzunehmenden Angebote zu erhöhen bzw. diese Zweitexemplare komplett ebenfalls als "Angebot" in die Wertung einzubeziehen. Die nicht geöffneten Zweitexemplare werden auf dem Umschlag mit dem zusätzlichen Buchstaben "a" gekennzeichnet. Die Erst- und Zweitexemplare seien so auch äußerlich unterscheidbar.

Entsprechend der Anweisung des Baudezernenten sei allerdings jedes ausnahmsweise geöffnete Zweitexemplar mit entsprechender Protokollierung sofort wieder durch die Vergabestelle, wann immer diese davon Kenntnis erhält, zu verschließen und zu siegeln, um den Zugriff auf geöffnete Zweitexemplare auszuschließen. Dementsprechend sei nach Rückgabe aller Angebote (Erst- und Zweitexemplare) an die Stadt durch die Vergabestelle im Hause so verfahren worden, da das Zweitexemplar der Antragstellerin zu 2) geöffnet war. Bei den anderen Zweitexemplaren konnte eine derartige Öffnung, da die Umschläge wieder ordnungsgemäß zugeklebt worden waren, offenbar nicht festgestellt werden. Hierzu trägt die Antragsgegnerin in einem weiteren Schriftsatz nochmals ausdrücklich vor, dass zur Eröffnung zehn Angebotsumschläge vorlagen.

Im Übrigen sei sie nicht der Auffassung, dass bei nicht identischen Angeboten der Bieter ein Ausschlussgrund vorläge. Im vorliegenden Fall handele es sich nicht um mehrere Hauptangebote mit unterschiedlichen Preisen eines Bieters, sondern um eine geforderte Kopie. Sie habe erhebliche Bedenken, ob im vorliegenden Fall die zweite Ausfertigung als zweites Angebot anzusehen sei bzw. angesehen werden dürfe und ob bei Abweichungen der Zweitausfertigung von dem ausschließlich in die Wertung einbezogenen Exemplar dann auch das eigentliche Angebot in Form des Erstexemplares in analoger Anwendung des § 25 VOB/A auszuschließen sei.

Die Beigeladene zu 2) beantragt:

1. Der unter Ziffer 2 gestellte Antrag der Antragstellerin zu 1) wird zurückgewiesen.
2. Der unter Ziffer 1) gestellte Antrag der Antragstellerin zu 2) wird zurückgewiesen.
3. Gemäß dem Hilfsantrag der Antragstellerin zu 2) ist der Antragsgegnerin die Erteilung des Zuschlages an die Antragstellerin zu 1) zu untersagen bzw. diese vom Verfahren auszuschließen.
4. Die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten wird für notwendig erklärt.

Zur Begründung führt sie aus, dass der Nachprüfungsantrag der Antragstellerin zu 1) bereits unzulässig sei, weil eine Aussicht der Antragstellerin zu 1) auf Erteilung des Zuschlages jedenfalls aus seinerzeitiger Sicht ganz sicher nicht bestehe. Diese sei vielmehr mangels Eignung zwingend auszuschließen.

Die Antragsgegnerin könne aufgrund der Angaben der Antragstellerin zu 1) nicht davon ausgehen, dass seitens dieser beabsichtigt war, überhaupt für bestimmte Leistungen Nachunternehmer einzusetzen. Dazu hätte sie zum einen die Angabe der Antragstellerin zu 1), dass die Leistungen im eigenen Betrieb ausgeführt werden, als falsch erkennen müssen. Dies dürfte schon eine sehr weitgehende Vorgabe sein. Dass die Antragsgegnerin diese Angabe als wahr unterstellt hat, hat sie im weiteren Verlauf klargestellt. Darüber hinaus hätte sie erkennen müssen, dass trotz fehlender Angaben über Nachunternehmer, die bei entsprechender Weitergabe von Leistungen hätten erfolgen müssen, gleichwohl beabsichtigt war, Leistungen weiterzugeben. Von daher habe das OLG Naumburg auch ausgeführt, dass nach dem ursprünglichen Angebot zwingend von einer Ausführung im eigenen Betrieb auszugehen war. Auf Seite 13 des Beschlusses vom 01.11.2000, insbesondere auf den Hinweis, dass das ursprünglich eingereichte Angebot nicht zur Wertung in Betracht komme, wird verwiesen.

Nach Auffassung des OLG Naumburg, komme es alleine auf die Frage an, ob es sich bei der zum 04.09.2000 vorgelegten Korrektur um eine zulässige Ergänzung handele oder um eine unzulässige Änderung.

Der Senat habe dabei zu erkennen gegeben, dass er der zitierten Entscheidung des OLG Frankfurt, BauR 2000, 1595 ff., durchaus zuneigen könne. Selbst wenn dem jedoch nicht so sein sollte, müsse der Senat dann die Frage dem Bundesgerichtshof aufgrund divergierender Entscheidungen vorlegen, § 124 Abs. 2 GWB.

Die Entscheidung des OLG Frankfurt sei auch zutreffend, insbesondere im vorliegenden Fall. Leistungen, auf die der Betrieb des Auftragnehmers nicht eingerichtet sei, können nicht ohne Zustimmung des Auftraggebers weitergegeben werden, § 4 Nr. 8 Abs. 1 Satz 3 VOB/B. Da der Auftraggeber dann in der Tat Gefahr laufe, dass ihm ungeeignete Auftragnehmer "aufgedrängt" würden, sei das Interesse an vorheriger Bekanntgabe etwaiger Nachunternehmerleistungen und der Nachunternehmer selbst evident, um deren Eignung gegebenenfalls prüfen zu können. Hierauf hatte die Auftraggeberin ausdrücklich und für jeden anderen Bieter ohne weiteres erkennbar besonderen Wert gelegt.

Im Übrigen handele es sich schon vom logischen Ablauf her eindeutig um eine Angebotsänderung, wenn die Aussage, dass alle Leistungen im eigenen Betrieb ausgeführt werden sollen, geändert werde in das – zumindest teilweise – genaue Gegenteil.

Ein Angebot sei zwingend auszuschließen, wenn bei Angebotseröffnung die ausdrücklich geforderte Erklärung über den Einsatz von Nachunternehmern fehle (VUA Sachsen-Anhalt, IBR 1999, 198). Dieser Auffassung habe sich das OLG Frankfurt angeschlossen (BauR 2000, 1599). Das vorliegend auch eine erhebliche Größenordnung angesprochen sei, dürfe außer Frage stehen.

Vorliegend dürfe im übrigen auch eine wissentlich falsche Beantwortung der Frage erfolgt sein, wenn, wie die Antragstellerin zu 1) behauptet, der Einsatz von Nachunternehmern von vornherein beabsichtigt gewesen wäre. Hierfür spräche zumindest die falsche Beantwortung der Frage und die fehlende Übergabe der Nachunternehmerliste.

Soweit die Antragstellerin zu 2) den Antrag stellt, die Antragsgegnerin anzuweisen, ihr den Zuschlag zu erteilen, fehle ihr bereits die Antragsbefugnis bzw. das Rechtsschutzbedürfnis. Die Antragstellerin zu 2) könne diese Maßnahme nicht auf eine Rechtsverletzung stützen. Sollte andererseits dem Hilfsantrag, der zuvor hauptsächlich gestellt war, stattgegeben werden, wäre nach eigenem Vortrag eine Rechtsverletzung auszuschließen.

Die Beigeladene zu 2) sei auch überrascht über die Ausführungen der Antragstellerin zu 2), wonach sie wegen grober Verstöße der Bahnvorschrift (z.B. Überziehung von B-Trasse) von der DB AG nicht bestätigt worden sein solle.

Da insoweit bei Erteilung des Zuschlags an die Antragstellerin zu 2) dieser zwingend verfahrensfehlerhaft erfolgen würde, sehe sich die Beigeladene zu 2) veranlasst, sich unmittelbar an die Antragsgegnerin zu wenden, um die angeblich groben Verstöße aufzuklären und mit hin auch die Zweifel an der Eignung auszuräumen. Dass es sich bei dem Angebot um das ansonsten – bei Ausschluss der Antragstellerin zu 1) – wirtschaftlichste handele, dürfe unstrittig sein.

Insoweit verweise die Beigeladene zu 2) auch auf die Entscheidung des Bundesgerichtshofes vom 26.10.1999 – Az. X ZR 30/98 –, wonach bei der Bewertung der Eignung eines Bieters die Berücksichtigung von Umständen ausgeschlossen seien, die nicht auf einer gesicherten Erkenntnis des Ausschreibenden beruhen. Vorliegend beruhe die Eignungsbeurteilung offensichtlich auf einer Einschätzung der DB AG, die der Beigeladenen zu 2) zudem völlig neu sei.

Im Übrigen vertritt die Beigeladene zu 2) die Auffassung, dass von jedem Bieter im rechtlichen Sinne als Willenserklärung zum Abschluss eines Vertrages nur ein Angebot abgegeben worden sei. Entsprechend den Maßgaben der Aufforderung zur Abgabe eines Angebots waren die Angebote 2-fach einzureichen. Diese 2-fache Angebotsabgabe führe jedoch in rechtlicher Hinsicht nicht dazu, dass nunmehr von jedem Bieter zwei Willenserklärungen abgegeben worden seien, um einen eventuellen Vertrag durch Zuschlagserteilung herbeizuführen. Dies gelte insbesondere vor dem Hintergrund, dass die Angebote identisch zu sein hatten. Völlig zutreffend wurde demzufolge jeweils nur eine Ausfertigung der eingereichten Angebotsunterlagen im Eröffnungstermin geöffnet und in ihren wesentlichen Teilen gekennzeichnet.

Richtig sei nach Durchführung der Akteneinsicht, dass offensichtlich beide Angebotsfassungen der Antragstellerin zu 2) in gesiegelter und durchstanzter Form vorliegen, wobei allerdings ein Exemplar in entsprechender handschriftlich gekennzeichnete Form vorliegt. Insoweit könne durch Vernehmung der Beteiligten beim Eröffnungstermin sicherlich Klarheit geschaffen werden.

Auch könne den rechtlichen Hinweisen der Vergabekammer nicht gefolgt werden, dass bei möglicher Nichtidentität zweier eingereichter Angebote beide Angebote auszuschließen seien, obgleich dies sicherlich für die Beigeladene zu 2) günstig wäre. Maßgeblich seien die Ausfertigungen, die geöffnet und verlesen wurden. Hierüber verhalte sich das Protokoll des Eröffnungstermins.

Im Bezug auf weitere Einzelheiten werden auf den Beschluss des OLG Naumburg, die Schriftsätze und das Protokoll zur mündlichen Verhandlung vom 21.12.2000 verwiesen.

II.

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

Die Antragsgegnerin ist öffentlicher Auftraggeber im Sinne von § 98 Ziffer 1 GWB.

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, überschritten ist.

Der Antragstellerin zu 2) fehlt es sowohl im Hinblick auf den Haupt- als auch auf den Hilfsantrag an der nach § 107 Abs. 2 GWB erforderlichen Antragsbefugnis. Nach dieser Vorschrift ist jedes Unternehmen antragsbefugt, dass 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.

Diese Voraussetzung liegt jedoch bei den Anträgen der Antragstellerin zu 2) nicht vor. Eine Rechtsverletzung und ein daraus drohender Schaden ist jedenfalls dann nicht möglich, wenn der antragstellende Bieter selbst dann evident keine Aussicht auf Erteilung des Zuschlages hat, wenn der geltend gemachte Vergabeverstoß ausgeräumt würde (vgl. OLG Naumburg Beschluss vom 01.11.2000 – Verg 7//00 m.w.N.). Dies ist hier gegeben. Lässt man den von der Antragstellerin zu 2) gerügten Vergabeverstoß einer eventuellen unrechtmäßigen Zuschlagserteilung an die Antragstellerin zu 1) außer acht, so käme dennoch eine Zuschlagserteilung aus zwingenden anderen Gründen nicht in Betracht. Denn auch ohne diesen gerügten Verstoß liegt kein zuschlagfähiges Angebot der Antragstellerin zu 2) vor. Dies ist jedoch grundlegende Voraussetzung, um eine Rechtsverletzung im Sinne von § 107 Abs. 2 GWB geltend machen zu können.

Entgegen der Auffassung der Antragstellerin zu 2) hat diese nicht ein Hauptangebot in zweifacher Ausfertigung eingereicht, sondern vielmehr zwei selbständige Angebote. Dies ergibt sich zum einen daraus, dass die Antragstellerin zu 2) verabsäumt hat, ihre dem Verhandlungsleiter vorgelegten Angebote äußerlich als Erst- und Zweitausfertigung zu kennzeichnen. Sie überließ es dem Verhandlungsleiter im Eröffnungstermin, ihre zwei eingereichten Angebote als Hauptangebot und Duplikat einzustufen. Dieses Vorgehen widerspricht jedoch den Grundsätzen eines ordnungsgemäßen Vergabeverfahrens. Alleinige Aufgabe des Verhandlungsleiters ist es, die Unversehrtheit **aller** vorgelegten Angebote zu prüfen, sie zu öffnen, zu kennzeichnen und zu verlesen. Im Hinblick auf die Einordnung eines eingereichten Angebotsexemplars als Hauptangebot, Nebenangebot oder Zweifertigung bzw. Duplikat bedarf es jedoch einer eindeutigen Willenserklärung seitens der Bieter. Um späteren Unklarheiten oder gar Manipulationsversuchen zu begegnen, kann dies nicht dem Verhandlungsleiter obliegen.

Darüber hinaus weisen die zwei unterbreiteten Angebote auch inhaltliche Differenzierungen auf. Bei einem Angebot fehlt in dem Los 4.8 die Seite 14 (Proj.: 00037 TWL, Gas) mit vom Auftraggeber geforderten Einheitspreisen. Reicht ein Bieter mehrere Hauptangebote mit gleichem technischen Inhalt, jedoch unterschiedlichen Preisen ein, muss vermutet werden, dass sich der Bieter davon Wettbewerbsvorteile gegenüber seinen Mitbieter verspricht. Die beiden Angebote könnten zu Manipulationsversuchen herangezogen werden. Und gerade das will die VOB verhindern, indem sie nicht nur ganz allgemein zu einer Verhinderung "ungesunder Begleiterscheinungen" anhält (§ 2 Nr. 1 VOB/A), sondern konkret den Auftraggeber auch verpflichtet, Angebote auszuschließen, bei denen Zweifel an den Eintragungen des Bieters bestehen. In § 21 Nr. 1 Abs. 1 VOB/A ist festgelegt, dass die Angebote die geforderten Preise enthalten und Änderungen eines Bieters an seinen Eintragungen zweifelsfrei sein müssen. Diese Bestimmung ist zwar primär auf "das Angebot" eines Bieters bezogen. Es erscheint jedoch von der Sache her gerechtfertigt, wenn man diesen Ausschließungstatbestand in sinngemäßer Übertragung auch auf den Fall erstreckt, dass ein Bieter sein Angebot dadurch "ändert", dass er daneben ein weiteres (zwar inhaltlich gleiches, aber preislich abweichendes) Angebot einreicht. Analog sind deshalb in einem solchen Fall beide Angebote zwingend

auszuschließen (vgl. Handkommentar zur VOB Heiermann/Riedl/Rusam, 9. Ausfertigung zu A § 25 Rdn. 157).

Nach den Vergabebedingungen der Auftraggeberin waren die Bieter gehalten, ihre Angebote zweifach in getrennten Umschlägen mit gleichem Inhalt und mit Originalunterschriften einzureichen. Sie sollten also eine Willenserklärung zweifach abgeben. Aufgrund der oben festgestellten Unterschiede in den Angeboten ist die Antragstellerin zu 2) dem jedoch nicht nachgekommen. Als Konsequenz waren die unterschiedlichen Ausfertigungen – wie oben dargelegt – als zwei Willenserklärungen und demnach als zwei eigenständige Hauptangebote zu behandeln und aufgrund fehlender Identität nach den oben angeführten Grundsätzen auszuschließen. Insoweit ist auch hier unbeachtlich, welches der beiden Angebote der Antragstellerin zu 2) zum Zeitpunkt der Eröffnung ordnungsgemäß submitiert und welches im nachhinein gekennzeichnet wurde.

Zwar hat sich auch die Antragsgegnerin durch Abforderung der Zweitausfertigung ihrerseits nicht VOB-konform verhalten, dies kann jedoch im Interesse eines fairen und vom Verdacht der Manipulation freien Wettbewerbs nicht zu einer für die Antragstellerin zu 2) positiven Entscheidung führen. Über möglicherweise daraus resultierende weitergehende Ansprüche der Bieter gegen die Antragsgegnerin ist jedoch im Rahmen dieses Verfahrens nicht zu entscheiden.

Der Antragstellerin zu 2) hätte es insoweit gem. § 107 Abs. 3 GWB obliegen, dieses nicht vergabekonforme Verhalten unverzüglich, d.h. vor dem Eröffnungstermin, zu rügen. Da sie dem jedoch nicht nachkam, muss sie sich auch jetzt daran festhalten lassen, dass ihre zwei eingereichten Angebote ausgeschlossen werden.

2.) Der Antrag zu Ziffer 2 der Antragstellerin zu 1) ist unzulässig.

Wie bereits zu den Anträgen der Antragstellerin zu 2) dargelegt, ist eine Antragsbefugnis gem. § 107 Abs. 2 GWB immer dann nicht gegeben, wenn dem Antragssteller mangels zuschlagsfähigem Angebot kein Schaden droht.

Im vorliegenden Fall wurde auch von der Antragstellerin zu 1) kein zuschlagsfähiges Angebot abgegeben. Die eingereichten Unterlagen enthalten wesentliche Mängel, die zu einem Angebotsausschluss führen müssen.

Wie auch im Falle der Antragstellerin zu 2) ist hinsichtlich der eingereichten Angebotsunterlagen zum Zeitpunkt der Submission eine Unterscheidung zwischen einer Erst- und Zweitausfertigung nicht möglich. Die beiden vorliegenden Exemplare sind äußerlich identisch und weisen keinerlei Kennzeichnung diesbezüglich auf. Die Sachlage ist daher insoweit kongruent mit der oben dargelegten. Die eingereichten Unterlagen sind nicht als Hauptangebot in zweifacher Ausfertigung anzusehen, sondern vielmehr als zwei selbständige Angebote.

Der nach Auffassung der Kammer notwendige Ausschluss der beiden Angebote der Antragstellerin zu 1) stützt sich auf die Tatsache, dass auch hier – wie im Falle der Antragstellerin zu 2) – inhaltliche Differenzierungen zwischen den eingereichten Angebotsunterlagen bestehen. Dies ergibt sich daraus, dass bei einem der beiden eingereichten Angebotsexemplare die gesamten geforderten Einheitspreise des Loses 4.1 fehlen.

3.) Die Antrag zu Ziffer 3 der Beigeladenen zu 2) ist unzulässig.

Auch hier fehlt es der an der nach § 107 Abs. 2 GWB erforderlichen Antragsbefugnis, da keines der eingereichten Angebote bezuschlagt werden kann.

Im Gegensatz zu den Angeboten der Antragstellerin zu 1) und 2) sind die beiden abgegebenen Angebote jedoch identisch.

Sie entsprechen zwar formell den Anforderungen der Vergabevorschriften, jedoch können ihre Angebote wegen mangelnder Eignung nicht weiter berücksichtigt werden. Trotz nochmaliger Aufforderung durch den Auftraggeber hat die Beigeladene zu 2) und nicht alle geforderten Eignungsnachweise bezüglich des Einsatzes der benannten Nachun-

ternehmer vorgelegt. Die Auffassung der Beigeladenen zu 2, dass es sich bei der geforderten Bewerbererklärung der Nachunternehmer nicht um solche Erklärungen handele, die dem § 21 Nr. 1 Abs. 1 VOB/A zuzuordnen sind, kann die Kammer nicht teilen. Wenn von einem Bieter beabsichtigt wird, Teile der geforderten Leistung an Nachunternehmer weiterzuvergeben, so ist auch deren Eignung in die Gesamtbeurteilung der Eignung des Bieters einzubeziehen. Im vorliegenden Fall wurden alle Bieter unter Fristsetzung nochmals aufgefordert fehlende Nachweise auch hinsichtlich der benannten Nachunternehmer nachzureichen. Dem kam die Beigeladene zu 2) nicht vollumfänglich nach. Sie hat es verabsäumt die geforderten Bewerbererklärungen nachzureichen. Nach Nr. 1 Satz 1 des Runderlasses des Ministeriums für Wirtschaft, Technologie und Europaangelegenheiten (MW) vom 29.11.1996 (MBI.LSA Nr. 2/1997) ist bei öffentlichen Aufträgen ab 20.000 DM – wie im vorliegenden Fall – von jeder Bewerberin oder jedem Bewerber eine Bewerbererklärung zu verlangen. Ein entsprechender Hinweis in den Anforderungen zur Abgabe eines Angebotes, dem Angebotsschreiben und speziell in den Bewerbungsbedingungen wies hier darauf hin, dass das Angebot zum einen die geforderten Erklärungen enthalten muss (Ziff 3.3 Satz 2 EVM (B) BwB/E) und nach den Besonderen Bewerbungsbedingungen (Ziff 1, Anlage 2) auch diese Erklärungen von den Nachunternehmern vor Zuschlagserteilung beizubringen sind. Auf ein Angebot, in dem diese Erklärungen fehlen, darf der Zuschlag nicht erteilt werden. Von Nachunternehmern können zwar die Bewerbererklärungen nachgereicht werden, dem kam aber die Beigeladene zu 2) trotz Nachforderung nicht nach.

In diesem Falle ist sein Angebot nicht weiter zu berücksichtigen, denn die Bestimmungen in § 2 Nr. 1 Satz 1 VOB/A stellen bestimmte Anforderungen an die Bewerber, wozu u.a. deren Zuverlässigkeit zählt. Dieses Erfordernis ist dann nicht erfüllt, wenn der Bieter trotz nochmaliger Fristsetzung seiner Bringepflicht nicht nachkommt. Würde dem Auftraggeber die Pflicht obliegen, solange nachzufordern bis ein Bieter bereit ist, seine Unterlagen zu vervollständigen, so würde dies den ungehinderten Bauablauf gefährden und dem Sinn und Zweck eines ordnungsgemäßen Vergabeverfahrens widersprechen. Eine andere Sichtweise verbietet sich, da in derartigen Fällen der säumige Anbieter letztlich den Zeitpunkt einer möglichen Zuschlagserteilung auf sein Angebot bestimmen könnte.

- 4.) Die Ausschreibung ist gem. § 26 Nr. 1 Buchst. a) VOB/A aufzuheben, da kein zuschlagsfähiges Angebot eingegangen ist.

Im Hinblick auf die Antragstellerin zu 1), zu 2) und die Beigeladene zu 2) wird auf die obigen Darlegungen verwiesen.

Die Angebote der Beigeladenen zu 1) entsprechen zwar den formellen Anforderungen der Vergabevorschriften, jedoch können ihre Angebote wegen mangelnder Eignung, wie bei der Beigeladenen zu 2) dargelegt, nicht berücksichtigt werden.

Das Angebot der Beigeladenen zu 3), welches mit dem Vermerk -1. Ausfertigung - versehen und submitiert wurde, genügt nicht den Anforderungen des § 21 Nr. 1 Abs. 1 VOB/A, da geforderte Einheitspreise fehlen.

Nach § 21 Nr. 1 Abs. 1 VOB/A sollen die Angebote nur die Preise und die in den Ausschreibungsunterlagen geforderten Erklärungen enthalten; ferner müssen sie rechtsverbindlich unterschrieben sein. Hieraus folgt im Umkehrschluss, dass die Angebote die Preise und geforderten Erklärungen enthalten müssen (Heiermann/ Riedl/Rusam, Handkommentar zur VOB, 8. Auflage, A § 21 Pkt. 1 Rdn. 4; Ingenstau/Korbion, A § 21, 1 Rdn. 4). Angebote, die diesen Anforderungen nicht entsprechen, sind unvollständig und müssen deshalb nach § 25 Nr. 1. Abs. 1 Buchst. b VOB/A von der Wertung ausgeschlossen werden.

Eine nachträgliche Einholung fehlender Preise bzw. Änderung der Preise ist nicht statthaft, da dieses Vorgehen einen Verstoß gegen § 24 Nr. 3 VOB/A darstellen würde. Das Verbot der Verhandlung über das Angebot bzw. die Preise beinhaltet das Verbot des nachträglichen Verschaffens fehlender Preise (Ingenstau/Korbion, aaO, A § 25, 3 Rdn. 19). Dies würde jedoch durch die Gewährung der Möglichkeit den fehlenden Preis nachzureichen, erfolgen und rechtfertigt Schadensersatzansprüche der anderen Bieter wegen Verschuldens bei Vertragsschluss, so dass davon abzusehen ist.

Diese Vorschriften gewährleisten die Vergleichbarkeit der Angebote und bilden damit die Grundlage eines ordnungsgemäßen Vergabewettbewerbs. Um diesen nicht in Gefahr zu bringen, dürfen Angebote und Angebotsverfahren in der Zeit zwischen Abgabe und Zuschlag nicht mehr geändert werden (Ingenstau/Korbion, Vor A §§ 21 ff. Rdnr. 2). Angebote sind deshalb so abzufassen, dass sie nachträglich nicht mehr verändert werden können. Sie müssen die geforderten Preise und Erklärungen in eindeutiger und zweifelsfreier Weise enthalten. Ob dies der Fall ist, ist nicht nach wirtschaftlichen, sondern nach rechtlichen Gesichtspunkten zu beurteilen (Ingenstau/Korbion Vor A §§ 21 ff. Rdn. 3). Ein Angebot, in dem geforderte Preisangaben fehlen, ist grundsätzlich auszuschließen.

§ 25 Nr. 1 Abs. 1 Buchst. b) VOB/A legt zwar fest, dass Angebot, die den Anforderungen des § 21 Nr. 1 Abs. 1 und 2 VOB/A nicht entsprechen, zwingend auszuschließen sind, jedoch gibt es hier auch Ausnahmen. Zwingende Voraussetzung hierfür ist jedoch, dass in einem Angebot nur Preise von im Vergleich zur Gesamtleistung untergeordneter Positionen fehlen, die angebotene Leistung aber auch ohne diese Positionen als in sich abgeschlossen gelten kann bzw. es möglich ist, die fehlenden Positionen ohne Schwierigkeit später gesondert in Auftrag zu geben. (vgl. OLG Oldenburg, Az: 8 U 248/95) Dies trifft hier nicht zu, da ohne die fehlenden Positionen – Rohrkreuzung im Graben unter Straße vor Einbringung des Straßenoberbaues herstellen - das geforderte Werk, nicht entsprechend den anerkannten Regeln der Technik, erstellt werden kann. Dieses Angebot ist daher vom Wettbewerb auszuschließen.

Ein Rückgriff auf die diesbezüglich vollständige 2. Ausfertigung ist schon aufgrund der eindeutigen Willenserklärung der Beigeladenen zu 3), die in der Bezeichnung als 2. Ausfertigung liegt, ausgeschlossen.

- 5.) Die Vergabekammer hält es in Anbetracht des erfolgten Ausschreibungsverfahrens für erforderlich nachstehende rechtliche Hinweise im Hinblick auf eine eventuelle Neuausschreibung zur Beachtung zu empfehlen:

Nach § 9 Nr. 5 Abs. 1 und 2 VOB/A dürfen bestimmte Erzeugnisse oder Verfahren sowie bestimmte Ursprungsorte und Bezugsquellen nur dann ausdrücklich vorgeschrieben werden, wenn dies durch die Art der geforderten Leistung gerechtfertigt ist. Bezeichnungen für bestimmte Erzeugnisse oder Verfahren (z.B. Markennamen, Warenzeichen) dürfen nur ausnahmsweise, jedoch nur mit dem Zusatz "oder gleichwertiger Art" verwendet werden, wenn eine Beschreibung durch hinreichend genaue, allgemeinverständliche Bezeichnungen nicht möglich ist.

Die Aufnahme der Bezeichnung "oder gleichwertig" ins Leistungsverzeichnis ersetzt nicht das Vorliegen des Erfordernisses der Unmöglichkeit, die Leistung allgemeinverständlich zu beschreiben. Es wird häufig verkannt, dass die unnötige Nennung eines Richtfabrikates die potentiellen Bewerber in Richtung dieses Richtfabrikates lenkt und somit den Wettbewerb negativ beeinflusst. Eine Ausnahme hierbei bilden nur solche Fälle, in denen nur ein bestimmtes Erzeugnis am Markt existiert bzw. zum Einsatz kommen kann. Dieser Tatbestand muss aber aus den Vergabeunterlagen hervorgehen. Im vorliegenden Fall hat die Antragsgegnerin selbst dokumentiert, dass es für den mindestens drei Anbieter gibt. Mit dem Verweis auf die Bauform wurden hier die Bieter auf einen ganz bestimmten Leistungserbringen gelenkt.

Der Wettbewerb, vor allem im Bauvertragswesen, muss jedem offen stehen, der in der Lage ist, im gewerblichen Verkehr Leistungen zu erbringen, also den Markt und damit den Wettbewerb in gesunder Weise zu bereichern. Deshalb dürfen Bezeichnungen für bestimmte Erzeugnisse oder Verfahren – insbesondere Markennamen – nur auf das unbedingt Notwendige im Rahmen der Leistungsbeschreibung abgestellt werden, da es grundsätzlich Sache des Auftragnehmers ist, zu entscheiden, welche Erzeugnisse er bei der betreffenden Bauausführung einsetzen will (Ingenstau/ Korbion, Kommentar zur VOB/A, 13. Aufl., A § 9 Nr. 5 Rdn. 85).

Eine zusätzliche negative Begleiterscheinung der Nennung eines Richtfabrikates ist auch, dass es potenziellen Bewerbern nur sehr schwer möglich ist, die Gleichwertigkeit eines anderen Produktes oder Systems gegenüber dem Richtfabrikat nachzuweisen.

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.

§ 2 Nr. 1 Satz 2 der VOB/A fordert, dass der Wettbewerb die Regel sein soll und entspricht mit dieser Forderung nach einem Wettbewerb dem Prinzip der marktwirtschaftlichen Grundsätze. Ziel eines uneingeschränkten Wettbewerbes soll es sein, allen in Betracht kommenden Firmen gleiche Chancen einzuräumen, § 97 Abs. 1 GWB.

Das Ziel der genannten Vorschriften besteht darin, den Marktzugang für alle Bieter offen zu halten und vor Beschränkungen und Verfälschungen des Wettbewerbs durch zu enge auf bestimmte Produkte zugeschnittene Leistungsbeschreibungen zu schützen. Gleichzeitig setzen die Festlegungen die Regelungen des Art. 10 Nr. 6 Baukoordinierungsrichtlinie um, sie sind unmittelbares primäres Gemeinschaftsrecht.

Die Regelungen im § 9 Nr. 5 VOB/A sind als "Ist-Bestimmung" einzuhalten, es bleibt also grundsätzlich kein darüber hinausgehender Ermessensspielraum. Angaben hinsichtlich bestimmter Erzeugnisse, Verfahren und Ursprungsorte sind grundsätzlich bei der Aufstellung der Beschreibung der Leistung zu vermeiden. Dies gilt auch im Hinblick auf ein bestimmtes Güte- oder Überwachungszeichen, wenn es gleichwertige Stoffe oder Bauteile auf dem Markt gibt (vgl. Handkommentar VOB, Ingenstau/Korbion 13. Aufl., A § 9 Nr. 5 Rdnr. 81 u. 83).

§ 97 Abs. 3 GWB manifestiert nunmehr auf der gesetzlichen Grundlage das Regelausnahme-Verhältnis des § 4 VOB/A, wonach grundsätzlich eine Teilung der Aufträge in Fach- und Teillose vorzunehmen ist. Im übrigen verpflichtet § 97 Abs. 3 GWB die öffentlichen Auftraggeber zusätzlich zur Berücksichtigung mittelständischer Interessen.

Aus dieser gesetzlichen Regelung folgt, dass die unmittelbare Vergabe von Aufträgen an mittelständische Unternehmen im Vordergrund stehen muss. Dieser Grundsatz gilt aber im Rahmen des § 97 Abs. 3 GWB auch nur insoweit, als die Aufteilung in Teil- oder Fachlose von der Sache her vertretbar ist.

§ 4 VOB/A befasst sich in der Grundlage mit dem Umfang der jeweiligen Bauvergabe, d.h. hier geht es um die Forderung nach einheitlicher Ausführung mit einer zweifelsfrei umfassenden Gewährleistung, um die Teil- und Fachlosvergabe. Welche Aufteilung erfolgen soll, hat der Auftraggeber vor der Ausschreibung zu entscheiden und festzulegen.

Der Auftraggeber hat im Regelfall (vgl. § 4 Nr. 3 Satz 1 VOB/A) Bauleistungen verschiedener Handwerks- oder Gewerbebranche nach Fachgebieten oder Gewerbebranchen getrennt zu vergeben". Eine Vergabe an einen Generalunternehmer soll im besonderen Ausnahmefall Anwendung finden, sie muss tendenziell durch wirtschaftliche oder technische Gesichtspunkte begründet und gerechtfertigt sein.

In einem Urteil des Landgerichtes Hannover (verkündet am 17.04.1997) heißt es hierzu: "Nach § 4 Nr. 3 Satz 1 VOB/A sind Bauleistungen verschiedener Hand-

werks- oder Gewerbebranche in der Regel nach Fachgebieten oder Gewerbebranchen (Fachlose) getrennt zu vergeben. Durch diese Vorgabe berücksichtigt die VOB die besondere Struktur der deutschen Bauwirtschaft und die Vorstellung der Bundesregierung zur Förderung der mittelständischen Unternehmen. Durch die Fachlosvergaben werden diese mittelständischen Unternehmen direkt Vertragspartner des öffentlichen Auftraggebers, während diese bei Paket- bzw. GU-Vergaben nur als Nachunternehmer tätig werden können und in keinem direkten Vertragsverhältnis zum öffentlichen Auftraggeber stehen. Hinzu kommt, dass die Generalunternehmer in ihren Nachunternehmerverträgen häufig ungünstigere Bedingungen aufnehmen als der öffentliche Auftraggeber. Angesichts dieser Zielsetzungen (Marktpflege) haben die Vergabestellen Mehraufwendungen durch Fachlosvergaben in ihrem Verwaltungsbereich, z.B. aus Koordinierung, Bauausführung und Gewerbeleistung hinzunehmen.“

Wird der Grundsatz, die Unterlagen sind bei einer Öffentlichen Ausschreibung an alle Bewerber abzugeben, die sich gewerbsmäßig mit der Ausführung von Leistungen der ausgeschriebenen Art befassen (§ 8 Nr. 2 Abs. 1 VOB/A), verletzt, ist es keinem dieser Unternehmen möglich, sich direkt am Wettbewerb zu beteiligen.

Der Ausschreibung läge dann kein ausreichender Wettbewerb zugrunde (§ 2 Nr. 1 Satz 2 und 3 VOB/A). § 2 Nr. 1 Satz 2 der VOB/A fordert, dass der Wettbewerb die Regel sein soll und entspricht mit dieser Forderung nach einem Wettbewerb dem Prinzip der marktwirtschaftlichen Grundsätze. Ziel eines uneingeschränkten Wettbewerbes soll es sein, allen in Betracht kommenden Firmen gleiche Chancen einzuräumen, § 97 Abs. 1 GWB.

Kosten

Die Kostenentscheidung beruht auf § 128 Abs. 3 GWB. Die Antragsgegnerin, die Antragstellerin zu 1 und 2) sowie die Beigeladene zu 2) haben die Kosten für das Verfahren zu gleichen Teilen zu tragen.

§ 128 Abs. 3 GWB orientiert sich demnach am allgemeinen zivilrechtlichen Grundsatz, dass ein Beteiligter, der im Verfahren unterliegt, die Kosten zu tragen hat. Unterlegener im Sinne dieser Vorschrift ist jeder, der als Beteiligter im Verfahren keinen Erfolg vor der Vergabekammer gehabt hat. Dabei ist es unbeachtlich, ob vom jeweiligen Kostenschuldner Anträge in der mündlichen Verhandlung gestellt worden sind.

Die Höhe der Gesamtkosten beläuft sich hier auf DM (§ 128 Abs. 1 Satz 1 GWB). Die Kosten gliedern sich entsprechend der im Land Sachsen-Anhalt anzuwendenden Gebührentabelle in Gebühren in Höhe von DM (§ 128 Abs. 2 Satz 2 GWB) und Auslagen in Höhe von DM (§ 128 GWB i.V.m. § 10 VwKostG LSA) auf. Die Antragsgegnerin, die Antragstellerin zu 1 und 2) und die Beigeladene zu 2) tragen die Kosten jeweils in Höhe von DM.

Die Beträge sind 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 Kassenzzeichens ,die Antragstellerin zu 1) unter dem Kassenzzeichen, die Antragstellerin zu 2) unter dem Kassenzzeichen und die Beigeladene zu 2) unter dem Kassenzzeichen 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 Beschwerdebe-
gründung muss die Erklärung enthalten, inwieweit der Beschluss der Vergabekammer ange-
fochten und eine abweichende Entscheidung beantragt wird sowie die Tatsachen und Be-
weismittel bezeichnen, auf die sich die Beschwerde stützt, § 117 Abs. 2 GWB.

Die Beschwerde muss durch einen bei einem Gericht zugelassenen Rechtsanwalt unter-
schrieben 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. Foerster