



SACHSEN-ANHALT

Vergabekammer
beim Regierungspräsidium Halle

Beschluss

AZ: VK Hal 23/00

Halle, 2000-09-26

§ 97 Nr. 2 GWB, § 100 GWB
- Schwellenwertberechnung
- Gleichbehandlungsgrundsatz

In dem Nachprüfungsverfahren

.....GmbH
.....

vertreten durch:
den Geschäftsführer Herrn

Antragstellerin

gegen

die
.....GmbH
.....

vertreten durch:
den Geschäftsführer und Herrn

Antragsgegnerin

wegen

gerügtem Vergabeverstoß bezüglich des Vergabeverfahrens nach VOB/A zur Baumaßnahme "....." hat die Vergabekammer beim Regierungspräsidium Halle aufgrund der mündlichen Verhandlung am 14.09.2000 durch den Vorsitzenden Oberregierungsrat Thomas, die hauptamtliche Beisitzerin Regierungsamtfrau Katzsch und den ehrenamtlichen Beisitzer Herrn Dolge beschlossen:

1. Der Nachprüfungsantrag wird als teilweise unbegründet zurückgewiesen und im Übrigen für erledigt erklärt.
2. Die Kosten des Verfahrens (Gebühren und Auslagen) tragen die Antragstellerin und die Antragsgegnerin zu je ½.
3. Die Verfahrenskosten belaufen sich für die Antragstellerin und die Antragsgegnerin auf jeweils DM.

Gründe

I.

Mit Schreiben (Fax) vom 04.08.2000 legte die Antragstellerin zum bezeichneten Vergabeverfahren bei der Nachprüfstelle des Regierungspräsidiums Halle Beschwerde ein.

Die Nachprüfstelle ermittelte, dass in Bezug auf den Gesamtauftragswert der Baumaßnahme der maßgebliche Schwellenwert überschritten ist. Die Antragstellerin wurde über die veränderten Zuständigkeiten informiert. Sie richtete daraufhin ihren Nachprüfungsantrag mit Schreiben vom 07.08.2000 an die zuständige Vergabekammer.

Am selben Tage informierte die Kammer die Auftraggeberin vom Eingang der Beschwerde. Zugleich wies sie diese darauf hin, dass sie gemäß § 115 Abs. 1 GWB an der Zuschlagserteilung gehindert sei. Außerdem wurde sie aufgefordert, zum Beschwerdeinhalt Stellung zu nehmen.

Laut Ausschreibungstext waren die interessierten Bewerber aufgefordert worden, bis zum 14.07.2000 ihre Bewerbungsunterlagen bei dem für die Ausschreibung verantwortlichen Architekturbüro einzureichen.

Der Versand der Angebotsunterlagen sollte ab dem 24.07.2000 erfolgen.

Im Ausschreibungstext waren nachfolgende Nachweise zur Beurteilung der Eignung der Bewerber abgefordert worden:

1. Nachweis der Fachkunde: Firmengröße, Referenzen;
2. Auszug aus dem Handelsregister;
3. Nachweis der Leistungsfähigkeit: Angaben zum Umsatz der letzten 3 Jahre;
4. Nachweis der Zuverlässigkeit: Aussagen zur Anzahl der im Unternehmen beschäftigten Arbeitnehmer sowie zu den für die Leistung erforderlichen technischen Ausrüstungen;
5. Aussagen über bereits vorliegende Erfahrungen mit ABM-Vergabemaßnahmen.

Weitere Nachweise waren seitens der Vergabestelle ausdrücklich nicht verlangt.

Die Prüfung der durch die Antragsgegnerin der Kammer vorgelegten Bewerbungsunterlagen hat ergeben, dass lediglich die beiden Bewerber GmbH und GmbH Bewerbungsunterlagen eingereicht haben, in denen die geforderten Nachweise vollständig und im erforderlichen Umfang enthalten waren.

Alle weiteren Bewerbungen waren zwar ebenfalls fristgemäß eingereicht, dabei jedoch entweder offensichtlich unvollständig oder sie erfüllten die Anforderungen der Ausschreibung nicht im vollen Umfang.

Die Antragstellerin erhielt zunächst keine Vergabeunterlagen. Erst mit Datum vom 10.08.2000 übergab die Antragsgegnerin ihr nachträglich die Unterlagen zum vorliegenden Vergabeverfahren.

Die Antragstellerin reichte bis zum Submissionstermin am 29.08.2000 kein Angebot ein.

Sie trägt vor:

Nachdem sie bis zum in der Ausschreibung genannten Zeitpunkt keine Ausschreibungsunterlagen erhalten habe, sei ihr auf Nachfrage von der Auftraggeberseite unter dem 28.07.2000 mitgeteilt worden, dass ihre Bewerbung wegen unvollständiger Bewerbungsunterlagen nicht berücksichtigt werden könne. Namentlich wäre das Fehlen der Unbedenklichkeitsbescheinigungen des Finanzamtes und der Krankenkassen maßgeblich gewesen.

Im Weiteren führt sie bezüglich der von ihr vermuteten Vergabeverstöße an, dass keine ordnungsgemäße Durchführung des Auswahlverfahrens in Bezug auf die Teilnahmeanträge erfolgt sei und dass sie befürchte, dass im Rahmen der Angebotsauswertung an ein von ihr abgegebenes Angebot strengere Bewertungsmaßstäbe angelegt würden, als bei den Mitbewerbern und damit dieses letztlich bei der Vergabeentscheidung nicht berücksichtigt würde. Außerdem rügt sie die nicht EU-weite Ausschreibung des Vergabeverfahrens, von deren Notwendigkeit sie im Rahmen der Antragstellung durch die Nachprüfstelle erfahren habe.

Die Antragstellerin beantragt deshalb,

festzustellen, dass gegen Vergabevorschriften verstoßen worden sei.

Die Antragsgegnerin beantragt,

die Beschwerde zurückzuweisen.

Als Begründung für die Zurückweisung führt die Antragsgegnerin folgende Gesichtspunkte an:

Dem gerügten Vergabeverstoß der fehlerhaften Durchführung des Präqualifikationsverfahrens sei ihrerseits bereits abgeholfen worden. Sie habe die Antragstellerin nachträglich in das Wettbewerbsverfahren einbezogen.

Der vorgebrachte vermutete Vergabeverstoß bezüglich der zu erwartenden Benachteiligung im Wertungsverfahren sei unbegründet, da sie ihr Interesse an der Wettbewerbsteilnahme der Antragstellerin ausdrücklich bekundet habe.

Zum anderen habe die Antragsgegnerin in ihren Verdingungsunterlagen unmissverständlich festgeschrieben, dass das wirtschaftlichste Angebot den Zuschlag erhalten solle. Für den Fall, dass die Antragstellerin sich am weiteren Wettbewerb durch die Abgabe eines Angebotes beteiligt hätte und sie die günstigste Bieterin gewesen wäre, sei deshalb für die Antragsgegnerin nicht erkennbar, auf welche Art und Weise sich eine Benachteiligung für die Antragstellerin hätte ergeben können.

Die Wahl der von der Antragstellerin angegriffenen Vergabevorschrift sei aus ihrer Sicht gerechtfertigt, da der maßgebliche Schwellenwert nicht erreicht würde. Für die Anwendung der nationalen Bestimmungen sei die Berücksichtigung der gesetzlichen Regelungen im Zusammenhang mit dem Sozialgesetzbuch Teil III und IV sowie das Bestreben, Arbeitskräfte aus der Vergabe-ABM in den ersten Arbeitsmarkt überzuleiten, ausschlaggebend gewesen. Eine wirksame Integration von ABM-Kräften in die entsprechenden Unternehmen sei nur dann möglich, wenn Letztgenannte an die bundesdeutsche Arbeitsgesetzgebung gebunden wären. Gerade dies wäre bei international tätigen Firmen, deren Bewerbung bei einer europaweiten Ausschreibung zu erwarten sei, gerade nicht der Fall.

In Bezug auf die Erreichung des Schwellenwertes sei man von den bewilligten Mitteln für das ausgeschriebene Leistungspaket 1 und nicht vom Nettogesamtauftragswert ausgegangen, da aufgrund der ausschließlichen Finanzierung durch Fördermittel der Abschluss der Baumaßnahme insgesamt nicht gesichert bzw. der weitere zeitliche Ablauf der Gesamtbaumaßnahme nicht bestimmbar sei.

II.

Der Nachprüfungsantrag ist zulässig.

Die angerufene Vergabekammer ist für das vorliegende Beschwerdeverfahren zuständig.

Die sachliche Zuständigkeit der Vergabekammer richtet sich nach § 100 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) bzw. Abschnitt II Abs. 1 und 2 des Runderlasses des Ministeriums für Wirtschaft und Technologie vom 04.03.1999 ‚Richtlinie über die Einrichtung von Vergabekammern in Sachsen-Anhalt‘ (04.03.1999-63-32570/03, MBl. LSA Nr. 13/99). Die Beschwerde wird im Rahmen eines Vergabeverfahrens erhoben, welches einen öffentlichen Auftrag i. S. von § 99 Abs. 1 und 3 GWB zum Gegenstand hat.

Bei der ausgeschriebenen Leistung "....." handelt es sich um eine Bauleistung im Sinne von § 1a VOB/A, Ausgabe 1992. Denn die Bestimmungen der a-Paragrafen sind zusätzlich zu den Basisparagrafen anzuwenden, wenn der geschätzte Gesamtauftragswert der Baumaßnahme ohne Umsatzsteuer 5 Millionen Europäische Währungseinheiten erreicht oder überschreitet.

Maßgeblich für die Festlegung des geschätzten Nettogesamtauftragswertes ist das konkrete Bauvorhaben, und zwar im Sinne seiner bestimmungsgemäßen Nutzung.

Der geschätzte Auftragswert hat sich dabei auf das insgesamt zu errichtende Bauwerk oder die ganze sonstige Baumaßnahme zu beziehen, wobei für die betreffende bauliche Anlage alle Aufträge zusammenzurechnen sind, die für die vollständige Herstellung sowohl in technischer Hinsicht als auch im Hinblick auf die sachgerechte Nutzung erteilt werden müssen (vgl. Ingenstau/Korbion, VOB/A 13. Aufl., § 1a Rn. 2).

Mit der Argumentation, eine wirksame Integration von ABM-Kräften in die entsprechenden Unternehmen sei nur im Rahmen von nationalen Verfahren möglich, konnte die Antragsgegnerin die Kammer nicht davon überzeugen, dass es sich hier um eine Maßnahme handele, die dem § 1 VOB/A zuzuordnen sei. Da die Antragsgegnerin sich selbst durch ihre Darlegungen, dass der Nettogesamtauftragswert der Baumaßnahme auf der Grundlage des genehmigten Bauantrages ca. 20 Mio. DM betrage und zudem die Rohbaumaßnahme mit ca. 12 Mio. DM beziffert, gebunden hat, muss diese sich jetzt auch daran festhalten lassen. Somit ist für die streitbefangene Baumaßnahme die Baukoordinierungsrichtlinie anzuwenden.

§ 100 Abs. 1 GWB legt fest, dass für alle Vergabeverfahren, bei denen der EU-Schwellenwert überschritten wird, die Vergabekammern zuständig sind. Den Auftraggebern sollte es nicht freigestellt werden, durch eine willkürliche Wahl der Ausschreibungsart i.S.d. § 1a Abs. 2 VOB/A die Zuständigkeit der Kammer von sich aus zu beeinflussen.

Es ist somit der Anwendungsbereich des 4. Teiles des GWB (§§ 97ff) eröffnet.

Die Vergabekammer beim Regierungspräsidium Halle ist nach Abschnitt II Abs. 1 und 2 des o. g. Runderlasses auch territorial für die Beschwerde zuständig, da die Antragsgegnerin innerhalb der Grenzen des Regierungsbezirkes Halle ansässig ist.

Die Antragsgegnerin ist öffentliche Auftraggeberin i.S.d. § 98 Nr. 2 GWB.

Die Antragstellerin ist nach § 107 Abs. 2 GWB befugt, einen Nachprüfungsantrag zu stellen. Sie hat durch die Abgabe einer Bewerbung das Interesse an der Teilnahme am Vergabewettbewerb bekundet und hat die Verletzung in ihren Rechten durch Nichtbeachtung von Vergabevorschriften nach § 97 Abs. 7 GWB geltend gemacht. Dadurch, dass sie zunächst vom weiteren Teilnahmewettbewerb ausgeschlossen werden sollte, ist ein möglicher Schadensfall ausreichend dargelegt.

Des Weiteren steht der Beschwerde auch nicht eine durch die Antragstellerin nicht rechtzeitig gegenüber der Antragsgegnerin erfolgte Rüge nach § 107 Abs. 3 GWB entgegen, da die Antragstellerin den erkannten Vergabeverstoß der nicht ordnungsgemäßen Durchführung des Auswahlverfahrens bezüglich der Teilnahmeanträge unmittelbar nach dem Bekanntwerden gerügt hat.

Der Antrag hat sich teilweise erledigt und ist im Übrigen unbegründet.

Soweit die Antragstellerin im Rahmen ihrer Beschwerde beantragt, in den Wettbewerb aufgenommen zu werden, hat sich dieser Antragspunkt erledigt.

Die Erledigung ergibt sich aus der Tatsache, dass die Auftraggeberin der Antragstellerin durch Übersendung der Ausschreibungsunterlagen nachträglich die Möglichkeit eröffnet hat, sich am weiteren Vergabewettbewerb zu beteiligen, um eventuell den Zuschlag zu erhalten.

Die Antragsgegnerin hat dadurch den gerügten Vergabeverstoß der nicht ordnungsgemäßen Durchführung des Auswahlverfahrens in Bezug auf die Teilnahmebewerbungen letztlich anerkannt und die Möglichkeit der Korrektur bereits von sich aus genutzt. Eine Verletzung in ihren Rechten nach § 97 Nr. 2 und 7 GWB bezüglich eines entstandenen oder zu erwartenden Schadens liegt für die Antragstellerin nicht vor.

Die Antragstellerin hat nach Einleitung des Nachprüfungsverfahrens erkannt, dass sie im Verfahren unterliegen würde und ist daher einer entsprechenden Entscheidung der Vergabekammer durch die nachträgliche Aufnahme in das weitere Vergabeverfahren zuvorgekommen.

Die Erledigung ist wirksam, obwohl das durchgeführte Präqualifikationsverfahren nicht den Anforderungen der Vergabevorschriften entsprach. Bei einer Beschränkten Ausschreibung mit öffentlichem Teilnahmewettbewerb bzw. bei einem Nichtoffenen Verfahren hat der Auftraggeber vor Versendung der Vergabeunterlagen die Eignung der Bewerber anhand der bekanntgegebenen Kriterien zu prüfen. Unabhängig von einer nationalen oder europaweiten Ausschreibung darf der Auftraggeber nur solche Kriterien in die Prüfung einbeziehen, die er vorher benannt hat und die von den Bewerbern eingereicht wurden.

Im vorliegenden Fall hatte die Antragsgegnerin im Ausschreibungstext nur die im Sachverhalt aufgezeigten Nachweise zur Beurteilung der Eignung der Bewerber verlangt. Vergabeunterlagen wurden ihrerseits jedoch an Bewerber ausgereicht, die diese nicht voll umfänglich erbracht hatten.

So hatte sie einerseits u. a. auch bei der Antragstellerin Nachweise anerkannt, die unvollständig oder unrichtig waren, andererseits wurden Eignungskriterien heran gezogen, die nicht auf den Ausschreibungsunterlagen fußten, namentlich die streitbefangenen Nachweise von Finanzamt und Krankenkassen bei der Antragstellerin. Durch dieses Fehlverhalten hatte die Auftraggeberin den gesetzlich verbrieften Gleichbehandlungsgrundsatz des § 97 Nr. 2 GWB verletzt, in dem sie unterschiedliche Maßstäbe zur Bewertung der Eignungsnachweise anlegte. Diesem hat sie jedoch durch die nachträgliche Einbeziehung der Antragstellerin wirksam abgeholfen.

Soweit die Antragstellerin die Anwendung der falschen Vergabevorschrift rügt, ist dieser Antrag als unbegründet zurückzuweisen.

Zwar hat die Antragsgegnerin die Bestimmungen über die Einhaltung der Vergabevorschriften des § 1a Nr. 1 VOB/A (Verpflichtung zur Anwendung der a-Paragraphen), auf deren Einhaltung die Antragstellerin ein Recht gemäß § 97 Abs. 7 GWB hat, nicht eingehalten, jedoch führt dies nicht zu einer Verletzung der Rechte der Antragstellerin. Denn eine ausreichend begründete Beschwerde setzt voraus, dass ein Auftraggeber Vergabevorschriften missachtet, der oder die Auftragnehmer in ihren subjektiven Rechten verletzt werden und ihnen ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht. Dies ist durch die Wahl der falschen Vergabevorschrift nicht der Fall.

Soweit die Antragstellerin eine Benachteiligung im weiteren Vergabeverfahren befürchtet, ist dieser Antrag ebenfalls als unbegründet zurückzuweisen.

Die Antragstellerin konnte weder in ihren Schriftsätzen noch in der mündlichen Verhandlung die Kammer von etwaigen Benachteiligungen überzeugen. Eine Besorgnis, die sich nur auf ein in der Zukunft liegendes eventuell für sie nachteiliges Verhalten der Auftraggeberin bei der Wertung der Angebote stützen kann und deshalb lediglich auf Mutmaßungen beruht, reicht als Begründung für einen möglichen Vergabeverstoß nicht aus.

Hypothetische Verstöße sind für die rechtliche Beurteilung nicht relevant.

Durch die Nichtabgabe eines Angebotes hat die Antragstellerin der Auftraggeberin die Möglichkeit genommen, ihr entsprechend den vergaberechtlichen Vorschriften einen eventuellen Zuschlag zu erteilen.

Kosten

Die Kostenentscheidung beruht auf § 128 Abs. 3 GWB.

Die Kosten sind anteilig zu jeweils 50 v.H. durch die Antragsgegnerin und die Antragstellerin zu tragen.

Die Höhe der Kosten bestimmt sich nach dem personellen und sachlichen Verwaltungsaufwand, welchen der Antrag bei der Kammer verursacht hat, und der wirtschaftlichen Bedeutung des Gegenstandes des Nachprüfungsverfahrens, § 128 Abs. 2 GWB. Für die vorliegende Kammerentscheidung sind Kosten in Höhe von DM fällig. Die Kosten gliedern sich in Gebühren in Höhe von DM und Auslagen in Höhe von DM (§ 128 GWB i.V.m. § 10 VwKost LSA).

Die fälligen Gesamtbeträge beziffern sich wie folgt:

- | | | | |
|----------|------|-------|------------|
| 1) | GmbH | | DM |
| 2) | GmbH | | DM. |

Die Kostenerstattungspflicht der Antragsgegnerin ergibt sich aus ihrem Unterliegen in Bezug auf die nicht ordnungsgemäße Durchführung des Auswahlverfahrens bei der Bewertung der Teilnahmebewerbungen (vgl. Pkt. II der Begründung).

Die Pflicht der Auftraggeberin, die Kosten des Verfahrens zu tragen, ergibt sich aus § 128 Abs. 3 GWB. Die Verpflichtung zur Kostenübernahme resultiert in der vorliegenden Fallkonstellation daraus, dass die nachträgliche Aufnahme der Antragstellerin in den Vergabewettbewerb aus nachprüfungsantragsbezogenen Gründen als Unterliegen i.S.d. § 128 Abs. 3 GWB und als erfolgreiche Anrufung der Vergabekammer i.S.d. § 128 Abs. 4 Satz 1 GWB zu werten ist.

Diese Sichtweise entspricht der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichtes zu § 80 VwVfG, wonach im Widerspruchsverfahren die Rücknahme eines Verwaltungsaktes aus widerspruchsbezogenen Gründen durch die Ausgangsbehörde als erfolgreicher Widerspruch i.S.d. § 80 Abs. 1 VwVfG angesehen werden muss (vgl. BVerGE 100, 64, 69 ff.).

Andererseits hätte nämlich die Ausgangsbehörde durch Rücknahme des Verwaltungsaktes nach Widerspruch die Möglichkeit, die Erledigung des Verfahrens herbeizuführen und sich der Kostenerstattung zu entziehen.

Es darf ihr aber nicht ermöglicht werden, dadurch die Kostenlast auf die Antragstellerin abzuwälzen. Deshalb ist auch im vorliegenden Fall von einer erfolgreichen Anrufung der Kammer bzw. von einem Unterliegen der Antragsgegnerin auszugehen.

Da sich der Antrag der Antragstellerin über den erledigten Bereich hinaus erstreckt, der in der Folge durch die Kammer als unbegründet zurückzuweisen war, ergibt sich auch für diese eine Kostenerstattungspflicht gem. § 128 Abs. 3 GWB.

Die Beträge sind mit Eintritt der Rechtskraft fällig. Die Zahlung hat auf das Konto 805 015 00 bei der Landeszentralbank – LZB – Dessau, Bankleitzahl 805 000 00 unter Verwendung der Kassenzeichen

zu 1)

zu 2) 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 der 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 deutschen 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. Dolge