

Beschluss

AZ: VK Hal 25/00F

Halle, 28.03.2002

<p>§ 25 Nr.1 Abs. 1b i.v.m. § 21 Abs. 1 VOB/A § 107 Abs. 2 GWB - fehlende Antragsbefugniss - Rechtsverbindlichkeit der Unterschrift</p>
---

In dem Feststellungsverfahren der

Firma.....GmbH & Co KG.....  
.....

Antragstellerin

gegen

die ..... gGmbH  
.....

Verfahrensbevollmächtigte  
..... GmbH

vertreten durch  
.....

Antragsgegnerin

wegen

des gerügten Vergabeverstoßes in der öffentlichen Ausschreibung zur Gestaltung der Außenanlagen Nördliche Straße im Rahmen des Erweiterungsbaus des ..... in ..... hat die Vergabekammer beim Regierungspräsidium Halle aufgrund der mündlichen Verhandlung am 07.03.2002 unter Mitwirkung des Regierungsrates Walther, der beamteten Beisitzerin Bauamtfrau Pönitz und des ehrenamtlichen Beisitzers Herrn Dolge beschlossen:

1. Die Anträge der Antragstellerin werden als unzulässig zurückgewiesen.
2. Die Kosten des Verfahrens trägt die Antragstellerin.

3. Die Gesamtkosten (Gebühren und Auslagen) belaufen sich auf ..... **Euro**.

## Gründe

### I.

Mit Veröffentlichung im Ausschreibungsanzeiger des Landes Sachsen-Anhalt vom ..... hat die ..... gGmbH für den Erweiterungsbau im Rahmen einer öffentlichen Ausschreibung die Gestaltung der Außenanlagen Nördliche Straße ausgeschrieben.

Gemäß den Bewerbungsbedingungen Punkt 3.4 und 3.8 waren die Angebote rechtsverbindlich zu unterschreiben. Zusätzlich dazu weist der Auftraggeber im Angebotsschreiben in der Zeile für die Unterschrift ausdrücklich darauf hin, dass Angebote die nicht rechtsgültig unterschrieben sind, von der Wertung ausgeschlossen werden.

Zum Eröffnungstermin am 07.07.2000 lagen der Antragsgegnerin sechs Angebote vor. Aus dem vorgelegten Vergabevorschlag geht hervor, dass nur das Angebot der Fa. .... aufgrund des verspäteten Einganges von der Wertung ausgeschlossen wurde. Alle anderen Angebote würden den formellen Anforderungen genügen und wurden in die rechnerische Prüfung einbezogen. Das niedrigste Angebot gab die Antragstellerin unter Berücksichtigung aller angebotenen Bedarfspositionen mit einer Bruttogesamtsumme von ..... DM ab. Bei der Wertung der Angebote wurde zur Ermittlung der Preisvergleiche nur der tatsächlich zur Beauftragung kommende Leistungsumfang durch die Herausnahme von Bedarfspositionen berücksichtigt. Dadurch verschob sich die Rangfolge, so dass die Antragsgegnerin als Mindestbieterin die ..... GmbH mit einer Bruttogesamtsumme von ..... DM gegenüber der Antragstellerin mit ..... DM ermittelte.

Auf telefonische Nachfrage teilte die Antragsgegnerin der Antragstellerin mit, dass sie nunmehr nicht mehr günstigste Bieterin sei.

Daraufhin legte die Antragstellerin mit Fax-Schreiben vom 11.08.2000 Beschwerde bei der Vergabekammer Halle ein.

Diese wurde der Antragsgegnerin am selben Tag zugestellt und über die Unzulässigkeit einer Zuschlagserteilung mit Zugang dieses Schreibens gemäß § 115 Absatz 1 Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) belehrt.

Nach Bekanntwerden der am 10.08.2000 erfolgten Zuschlagserteilung an die Fa. .... wandelte die Antragstellerin mittels Fax-Schreiben vom 17.08.2000 den Nachprüfungsantrag in einen Feststellungsantrag um.

Auf Nachfrage der Kammer bei der Antragstellerin, wer ihr Angebot unterschrieben habe, teilt diese mit, dass der Niederlassungsleiter der Firma ..... GmbH + Co KG ..... , Herr ..... , das Angebot unterschrieben hat.

Gemäß der Eintragung im Handelsregister (HRB ..... ) des Amtsgerichtes ..... ist die ..... mbH als persönlich haftende Gesellschafterin in die ..... GmbH + Co ..... am 29.03.1993 und am 10.12.2001 in die ..... GmbH + Co Kommanditgesellschaft eingetreten. Diese Gesellschaft hat einen oder mehrere Geschäftsführer. Im Handelsregisterauszug sind als Geschäftsführer Dipl.- Kaufmann ..... und Dipl.- Ing. .... benannt.

Jeder vertritt gemeinsam mit einem anderen Geschäftsführer oder gemeinsam mit einem Prokuristen. Ist nur ein Geschäftsführer vorhanden, so vertritt er allein. Einzelnen Geschäftsführern kann Alleinvertretungsrecht eingeräumt werden. Der Geschäftsführer ..... hat Alleinvertretungsrecht und ist befugt, die Gesellschaft bei der Vornahme von Rechtsgeschäften mit sich selbst uneingeschränkt zu vertreten.

Die Vergabekammer forderte von der Antragstellerin mit Schreiben vom 23.01.2002 den Originalnachweis, aus welchem ersichtlich ist, dass Herr ..... zum Zeitpunkt der Submission berechtigt war, Rechtsgeschäfte für die Firma ..... GmbH + Co KG zu tätigen. Daraufhin übersandte sie der Vergabekammer die Originalvollmacht vom 06.07.2000, adressiert an das Städtische Krankenhaus ..... GmbH und unterschrieben durch den Geschäftsführer Herrn .....

Mit Schreiben vom 29.01.2002 und vom 31.01.2002 wurde durch das Städtische Krankenhaus ..... und durch die ..... GmbH bestätigt, dass weder eine Vertretungsvollmacht für die ..... GmbH + Co KG ..... vorliegt noch mit ihr bereits geschäftliche Kontakte bestanden.

Hinsichtlich der erfolgten Zuschlagserteilung hat sich aufgrund von nachgeforderten Unterlagen durch die Vergabekammer ergeben, dass das Zuschlagsschreiben vom 10.08.2000 laut dem Rückschein nachweislich erst am 11.08.2000 bei der Fa. .... eingegangen ist. Zur Begründung des Antrages der Antragstellerin auf Einleitung eines Feststellungsverfahrens trägt diese vor, dass die durchgeführte Zuschlagserteilung rechtswidrig erfolgt sei, da sie ausweislich des Submissionsergebnisses mit ihrem Angebot an erster Stelle läge. Ihr Angebot habe sich wegen eines Rechenfehlers um ca. .... DM verbilligt. Die Wertung der Antragsgegnerin sei bezüglich der Alternativpositionen mit dem Gesamtpreis - anstatt nur mit dem Einheitspreis - sowie dem Wegfall von Eventualpositionen vollzogen worden. Deshalb habe sich die Angebotssumme zu Ungunsten der Antragstellerin verschoben, so dass sie dadurch nicht mehr günstigste Bieterin sei. Diese Verfahrensweise sei nach üblicher Auffassung nicht statthaft und daher auf der Grundlage der Vergabebestimmungen zu überprüfen.

Die Antragstellerin beantragt festzustellen, dass

die Zuschlagserteilung rechtsfehlerhaft erfolgte und das auf ihr Angebot der Zuschlag zu erteilen gewesen wäre.

Die Antragsgegnerin beantragt,

die Anträge als unzulässig zurückzuweisen.

Sie vertritt die Auffassung, die Beschwerde sei schon deshalb unzulässig, weil der am 11.08.2000 gestellte Nachprüfungsantrag aufgrund des am 10.08.2000 erteilten Zuschlages verspätet bei der Vergabekammer eingegangen sei. Zum Beschwerdeinhalt führt sie im Schreiben vom 16.08.2000 weitergehend aus, dass der Vergabeverstoß gegenüber dem Auftraggeber nicht gerügt worden sei.

Hinsichtlich der rechnerischen Prüfung sei es unzutreffend, dass sich die Angebotssumme um ca. .... DM reduziert habe. In der Position 1.2.4.19 sei als Gesamtpreis zwar irrtümlicherweise ..... DM, anstatt ..... DM eingetragen, jedoch wurde die Gesamttitelsumme richtig ermittelt. Im Titel 1.4.2 seien zwar die Gesamtpreise der einzelnen Positionen richtig ermittelt worden, aber die Titelsumme sei hingegen mit ..... DM falsch ausgewiesen. Demzufolge habe sich die Angebotssumme um über ..... DM erhöht. Trotz v.g. Additionsfehler sei das Angebot der Antragstellerin unter Berücksichtigung aller angebotenen Bedarfspositionen mit ..... DM gegenüber dem Zweitplatzierten mit ..... DM das niedrigste.

Unzutreffend sei des Weiteren die Aussage der Antragstellerin, dass Positionen, die in den Ausschreibungsunterlagen nur mit Einheitspreisen abgefordert wurden, bei der Ermittlung des Gesamtpreises berücksichtigt worden seien.

Die Ausschreibungsunterlagen enthielten in geringfügigem Maße Bedarfspositionen, die sowohl mit Mengenansatz als auch mit Gesamtpreis angegeben wurden. Diese Positionen seien zum Gesamtumfang von untergeordneter Bedeutung. Dies betreffe u.a. baugrundverbessernde Maßnahmen, zusätzliche Ausstattung für den Fahrradabstellplatz sowie eine Müll-

platzüberdachung. Nach Erstellung der Ausschreibungsunterlagen habe sich ergeben, dass die Bedarfspositionen nicht erforderlich seien. Auswertungsrelevant sei somit der tatsächlich zur Beauftragung kommende Leistungsumfang.

Bei der Auswertung durch den Fachplaner sei festgestellt worden, dass von der Antragstellerin bei den vorstehend benannten Bedarfspositionen ausnahmslos unauskömmliche Preise sog. Pfennigbeträge angeboten worden seien. Beispielgebend sei der angebotene Preis für die Überdachung in Position 1.3.6.5 mit ..... DM/Stck. im Gegensatz zum realistischen Preis von ..... DM genannt. Unter Berücksichtigung des tatsächlich zur Beauftragung und Ausführung kommenden Leistungsumfanges sei somit das Angebot der Antragstellerin nicht das nach § 25 Nr. 3 Absatz 3 VOB/A wirtschaftlich annehmbarste und der Zuschlag könne aufgrund von Zweifeln hinsichtlich der Auskömmlichkeit einzelner Preise nicht erteilt werden. Es handle sich beim Angebot der Antragstellerin um ein offensichtlich wettbewerbsverzerrendes „Spekulationsangebot“.

Darüber hinaus sei ein formeller Ausschluss des Angebotes wegen Nichtausfüllen der Angaben zur Preisermittlung gegeben.

Die Beteiligten hatten in der mündlichen Verhandlung Gelegenheit, ihren Vortrag zum Sachverhalt und zur rechtlichen Würdigung zu ergänzen.

Hinsichtlich der weiteren Einzelheiten zum Sachverhalt und zum Vortrag der Beteiligten wird auf deren Schriftsätze, auf das Protokoll der mündlichen Verhandlung sowie auf die vorgelegten Vergabeakten Bezug genommen.

## II.

Die Anträge der Antragstellerin sind unzulässig.

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

Bei der ausgeschriebenen Leistung - Gestaltung der Außenanlagen Nördliche Straße im Rahmen des Erweiterungsbaus des ..... Krankenhauses in ..... - handelt es sich um eine Bauleistung im Sinne § 1a VOB/A Fassung 1993. Da der Gesamtauftragswert des Krankenhauserweiterungsbaus die 5 Millionen Europäische Währungseinheiten überschreitet sind die Bestimmungen der a-Paragrafen zusätzlich zu den Basisparagrafen anzuwenden.

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

Die Antragsgegnerin ist öffentliche Auftraggeberin gemäß § 98 Nr. 2 GWB.

Soweit die Antragsgegnerin die Auffassung vertritt, dass die Beschwerdeeinlegung zum 11.08.2000 entsprechend den Regelungen des § 114 Abs. 2 GWB verfristet sei und somit unzulässig sei, vermag sie nicht durchzudringen. Der Zuschlag ist nicht bereits zum 10.08.2000 zustande gekommen.

Da es sich bei einem Zuschlagsschreiben um eine empfangsbedürftige Willenserklärung handelt, ist für den Zeitpunkt des Zustandekommens der vertraglichen Bindung ausschließlich der Zugang des Zuschlagsschreibens beim Anbieter von Bedeutung. Da gemäß dem Rückschein das Schriftstück nachweislich erst am 11.08.2000 bei der Zuschlagsempfängerin eingegangen ist und durch sie der Empfang bestätigt wurde, ist die Zuschlagserteilung erst an diesem Tag vollzogen worden.

Weitere Aufklärungen hinsichtlich der genauen zeitlichen Zusammenhänge von Nachprüfungsantrag und Zuschlagserteilung waren durch die Kammer hier entbehrlich, da es der Antragstellerin an der nach § 107 Abs. 2 GWB erforderlichen Antragsbefugnis fehlt.

Nach § 107 Abs. 2 GWB ist jedes Unternehmen antragsbefugt, das ein Interesse am Auftrag hat und eine Verletzung in seinen Rechten nach § 97 Abs. 7 GWB durch Nichtbeachtung von Vergabevorschriften geltend macht. Dabei ist darzulegen, dass dem Unternehmen durch die behauptete Verletzung der Vergabevorschriften ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht.

Es kann dahinstehen, ob seitens der Antragstellerin ein Interesse am Auftrag gegeben war und eine Verletzung ihrer Rechte vorlag, da es hier an einem bereits eingetretenen oder drohenden Schaden mangelt. Ein drohender Schaden liegt jedenfalls nicht vor, wenn der antragstellende Bieter trotz Beseitigung des geltend gemachten Vergabeverstößes keine Aussicht auf Erteilung des Zuschlages hat. (vgl. OLG Naumburg Beschluss vom 01.11.2000 – Verg 7/00 m.w.N.). Dies ist hier gegeben. Lässt man den von der Antragstellerin gerügten Vergabeverstoß einer eventuell rechtswidrigen Wertung der Antragsgegnerin außer Acht, so wäre dennoch eine Zuschlagserteilung zu ihren Gunsten aus zwingenden anderen Gründen nicht in Betracht gekommen. Denn auch ohne diesen gerügten Verstoß lag kein zuschlagfähiges Angebot der Antragstellerin vor, da das Angebot der Antragstellerin zwingend nach § 25 Nr. 1 Abs. 1 b) VOB/A auszuschließen gewesen wäre.

Nach § 25 Nr. 1 Abs. 1 b) VOB/A sind Angebote auszuschließen, die den Forderungen des § 21 Nr. 1 Abs. 1 Satz 2 VOB/A nicht entsprechen, da diese nicht rechtsverbindlich unterschrieben sind.

Das Angebot der Antragstellerin erfüllte nicht das Erfordernis der rechtsverbindlichen Unterschrift, da es durch den Niederlassungsleiter der Fa. .... GmbH + Co KG ..... , Herrn ..... unterzeichnet wurde, obwohl er ausweislich des vorliegenden Handelsregisterauszuges nicht berechtigt war, die Gesellschaft zu vertreten. Gemäß der Eintragung im Handelsregister (HRB ..... ) des Amtsgerichtes ..... ist die ..... mbH als persönlich haftende Gesellschafterin in die ..... GmbH + Co ..... am 29.03.1993 und am 10.12.2001 in die ..... GmbH + Co Kommanditgesellschaft eingetreten.

Aufgrund der Bestellung der Geschäftsführer ..... allein bzw. mit dem Geschäftsführer ..... oder gemeinsam mit einem Prokuristen sind diese berechtigt die Gesellschaft bei der Vornahme von Rechtsgeschäften zu vertreten.

Eine gültige Original-Vollmachtsurkunde, aus der ersichtlich ist, dass Herr ..... zum Zeitpunkt der Angebotsunterzeichnung oder spätestens zum Submissionstermin bevollmächtigt war, Rechtsgeschäfte für die ..... GmbH + Co KG ..... zu tätigen, wurde nicht nachgewiesen. Die durch die Antragstellerin an die Kammer übersandte Originalvollmacht vom 06.07.2000 ist bei der Antragsgegnerin nicht bekannt und darüber hinaus ist sie nur von Herrn ....., der nicht alleinvertretungsberechtigt ist, unterschrieben.

An die Rechtsverbindlichkeit einer Unterzeichnung des Angebotes sind insoweit hohe Anforderungen zu stellen, da es dem Bieter nicht überlassen werden darf, im Rahmen der Bindefrist sein Angebot wegen mangelnder rechtsgeschäftlicher Vertretungsmacht des Unterzeichnenden zurückzuziehen.

Zur Bewertung des Rechtsbindungswillens ist der Nachweis einer wirksamen Bevollmächtigung im Interesse eines chancengleichen Vergabewettbewerbes gemäß § 97 Abs. 2 GWB unbedingt erforderlich.

Soweit die Antragsgegnerin vorträgt, dass ihr die Antragstellerin weder im konkreten Bauvorhaben noch bei früheren Vorhaben als Vertragspartner bekannt ist, kann die ..... auch nicht vom Vorliegen einer Anscheins- bzw. Duldungsvollmacht ausgehen.

Kennzeichnend für das Vorliegen eines derartigen Ausnahmefalles wäre, dass der Auftraggeber die Duldung der Vertretung des Anbieters durch den konkret Unterzeichnenden zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung positiv kannte bzw. von einer derartigen Duldung ausgehen musste.

Die Beschwerde musste daher als unzulässig zurückgewiesen werden.

### III.

#### Kosten

Die Kostenentscheidung beruht auf § 128 Abs. 3 GWB. Die Antragstellerin hat die Kosten für das Verfahren 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.

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

Der Betrag, unter Abzug des bereits geleisteten Kostenvorschusses, in Höhe von ..... Euro ist fällig mit Eintritt der Rechtskraft des Beschlusses. Die Zahlung hat auf das Konto ..... bei der Landeszentralbank - LZB-Dessau -, BLZ 805 000 00 unter Verwendung des Kassensymbols ..... 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. Walther

gez. Pönitz

gez. Dolge