



**SACHSEN-ANHALT**  
**LANDESV ERWALTUNGSAMT**

**1. Vergabekammer  
beim Landesverwaltungsamt**

**Beschluss**

**AZ: 1 VK LVwA 28/07**

**Halle, 19.12.2007**

§§ 25 Nr. 1 Abs. 1b), 21 Nr. 1 Abs. 2 Satz 5 VOB/A.

- Versicherungsnachweispflicht nicht genügt
- Aufhebung, da alle Angebote auszuschließen sind
- widersprüchliche Aussagen hinsichtlich des Nachunternehmereinsatzes

Soweit der Versicherungsschutz hinsichtlich der Betriebshaftpflicht für den vom Auftraggeber geforderten Zeitraum nicht hinreichend ausgewiesen ist, reicht auch der Hinweis zur automatisierten Verlängerung des bestehenden Versicherungsschutzes bei Nichtkündigung des Vertrages nicht aus. Es muss nachgewiesen werden, dass die Verlängerungsoption auch tatsächlich eingetreten ist. Notwendig ist ein Beleg des Versicherungsgebers, aus dem die Nichtkündigung des fraglichen Vertrages folgt.

Ausweislich des EFB-Preisblattes 1a wurde für Nachunternehmerleistungen ein bestimmter Zuschlag einkalkuliert, während an anderer Stelle des Angebotes ausdrücklich festgestellt wird, dass die Leistung im eigenen Betrieb ohne Nachunternehmereinsatz erbracht wird.

In dem Nachprüfungsverfahren der

..... GmbH  
.....

Antragstellerin

gegen

den Landkreis.....  
.....

Antragsgegner

unter Beiladung der

Firma

.....  
.....

Beigeladene

wegen

des gerügten Vergabeverstößes im Offenen Verfahren zur Baumaßnahme ..... – Metallbau/RS-Türen hat die 1. Vergabekammer beim Landesverwaltungsamt aufgrund der mündlichen Verhandlung am 14.12.2007 unter Mitwirkung des Vorsitzenden Regierungsdirektor Thomas, der hauptamtlichen Beisitzerin Bauamtsrätin Pönitz und des ehrenamtlichen Beisitzers Herrn Dolge beschlossen:

1. Der Antragsgegner wird angewiesen, entsprechend der Rechtsauffassung der erkennenden Kammer neu zu werten.
2. Der Antragsgegner trägt die Kosten des Verfahrens.
3. Die vom Antragsgegner zu zahlenden Kosten vor der Vergabekammer werden auf ..... **EUR** festgesetzt.

## Gründe

### I.

Mit Veröffentlichung im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften am .....2007 schrieb der Antragsgegner im Wege eines Offenen Verfahrens auf der Grundlage der Vergabe- und Vertragsordnung im Rahmen des Um- und Neubaus des .....-Metallbau/RS-Türen aus.

Ausweislich Punkt 5 des Aufforderungsschreibens zur Abgabe eines Angebotes waren die Bewerbungsbedingungen durch die Bieter zu beachten. Demnach wurde in Nr. 3.3) auf das Erfordernis der Vollständigkeit des Angebotsinhaltes Bezug genommen. Diesbezüglich erfolgte die Festlegung, dass das Angebot die Preise und die in den Verdingungsunterlagen geforderten Erklärungen und Angaben enthalten müsse. Außerdem bestimmte der Auftraggeber im Aufforderungsschreiben unter Punkt B), dass die Bieter u.a. die Erklärung gemäß Runderlass des MW vom 09.08.2006 zurück zu geben haben und diese Vertragsbestandteil werde. Auch im Angebotsschreiben wurde nochmals darauf hingewiesen, dass diese Anlage Inhalt des Angebotes sein müsse und zum Vertragsbestandteil werde. In diesem Formblatt ist vermerkt, dass diese Erklärung vom Hauptunternehmer sowie von allen Nachunternehmern im Original abzugeben ist.

Zudem waren entsprechend Punkt D) des Aufforderungsschreibens zur Abgabe eines Angebotes durch die Bieter die Formblätter EFB-Preis 311a und 311b sowie Preisblatt EFB-Preis 2 ausgefüllt dem Angebot beizufügen. Unter Ziffer 4 forderte der Auftraggeber u.a. die Einreichung der EFB-Preisblätter 311a (Preisermittlung bei Zuschlagskalkulation) und 311b (Preisermittlung bei Kalkulation über die Endsumme) mit der Abgabe des Angebotes nur

alternativ. In diesem Zusammenhang erfolgte der ausdrückliche Hinweis, dass die Nichtabgabe der Formblätter zum Ausschluss des Angebotes von der Wertung nach § 25 Nr. 1 Abs. 1b) VOB/A bzw. nach § 24 Nr. 2 VOB/A zur Nichtberücksichtigung desselben führe.

Im Angebotsformblatt findet sich u.a. ein Verweis auf die Formblätter 311 - Angabe zur Preisermittlung bei Zuschlagskalkulation, EFB-Preis 1 -, die soweit erforderlich auszufüllen und dem Angebotsschreiben als Anlagen beizufügen sind. Den Verdingungsunterlagen wurden beide Preisblätter (311a und 311b) als Anlagen beigelegt.

Weiterhin forderte der Auftraggeber unter Punkt 3 des Aufforderungsschreibens die Vorlage nachfolgender Nachweise bezüglich des Bieters und der von ihm im EFU U EG – 317 EG benannten Nachunternehmer mit Angebotsabgabe:

- Gewerbezentralregisterauszug, nicht älter als drei Monate,
- Unterlagen nach § 8 Nr. 3 Abs. 1 a-f) VOB/A sowie
- für das Jahr 2007 gültige Nachweise bezüglich der Krankenkasse, der Berufsgenossenschaft, des Finanzamtes, der Betriebshaftpflichtversicherung und der Handwerkskarte

Zum Eröffnungstermin am 18.09.2007 lagen sechs Hauptangebote vor.

Aus den vorgelegten Auswertungsunterlagen bzw. dem Vergabevermerk geht hervor, dass außer dem Angebot der Beigeladenen alle anderen Angebote im Rahmen der 1. bzw. 2. Wertungsstufe ausgeschlossen wurden. Die Auswertung weist die Abforderung der Preisblätter 311a und 311b als Alternative aus.

Im Ergebnis der Wertung teilte der Auftraggeber der Antragstellerin mittels Informationsschreiben gemäß § 13 der Vergabeverordnung (VgV) vom 05.10.2007 mit, dass ihr Angebot aufgrund des am 15.04.2007 abgelaufenen Nachweises über die Betriebshaftpflichtversicherung nicht gewertet worden sei und eine Zuschlagserteilung zugunsten des Angebotes der Beigeladenen angestrebt werde.

Auf der Grundlage des bei der Antragstellerin ausweislich des Eingangsstempels am 12.10.2007 eingegangenen Absageschreibens rügte diese gegenüber dem Antragsgegner mit Fax-Schreiben vom 15.10.2007, um 11.22 Uhr den Ausschluss ihres Angebotes. Zur Begründung führte sie aus, dass ihrem Angebot sehr wohl ein gültiger Allianz-Versicherungsschein beiliege, da sich ausweislich des Vermerkes im Satz 2 der Vertrag automatisch verlängere, wenn dieser nicht schriftlich gekündigt werde.

Die Antragstellerin hat mittels inhaltsgleichen Schreibens einen Nachprüfungsantrag bei der erkennenden Kammer um 11.35 Uhr gestellt. Dieser ist dem Antragsgegner am 16.10.2007 mit der Aufforderung zur Stellungnahme und Übergabe der Unterlagen zugestellt worden. Außerdem wurde über die Unzulässigkeit einer Zuschlagserteilung gemäß § 115 Abs. 1 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) mit Zustellung des Nachprüfungsantrages belehrt.

Die kammerseitig erfolgte Durchsicht der vom Antragsgegner vorgelegten Angebotsunterlagen ergab, dass dem Angebot der Antragstellerin ein Betriebshaftpflichtversicherungsschein für die Vertragsdauer vom 29.05.2002 bis zum 15.04.2007 beiliegt. Der Versicherungsschein enthält die Option, dass sich der Vertrag mit dem Ablauf um ein Jahr verlängert, wenn nicht drei Monate vor dem jeweiligen Ablauf der anderen Partei eine schriftliche Kündigung zugegangen ist. Eine diesbezügliche Aussage enthalten die Angebotsunterlagen nicht.

Die Beigeladene hat ihrem Angebot lediglich das EFB-Preisblatt 1a ausgefüllt beigelegt. Entgegen der Angabe im Nachunternehmerverzeichnis sind unter Punkt 2 im EFB-Preisblatt Zuschläge für Nachunternehmerleistungen eingetragen.

Die Antragstellerin vertritt die Ansicht, dass der Ausschluss ihres Angebotes vergaberechtswidrig erfolgt sei, da der mit Angebotsabgabe vorgelegte Nachweis über die Betriebshaftpflichtversicherung vollumfänglich Gültigkeit besitze sowie in dieser Form bundesweit verwendet werde. Im vorliegenden Fall sei zutreffend und nachprüfbar, dass der Nachweis nicht am 15.04.2007 abgelaufen sei, sondern sich der Vertrag entsprechend der Formulierung unter Satz 2 automatisch um ein Jahr verlängert habe. Denn keiner der Vertragspartner habe den Vertrag gekündigt.

Die Antragstellerin beantragt,

dem Antragsgegner aufzugeben, die Wertung entsprechend den Darlegungen der Vergabekammer zu wiederholen.

Der Antragsgegner beantragt,

den Nachprüfungsantrag zurückzuweisen.

Zur Begründung führt er aus, dass der Ausschluss rechtmäßig erfolgt sei. Er habe unter Punkt 3.3 des Aufforderungsschreibens zur Abgabe eines Angebotes die Vorlage eines für das Jahr 2007 gültigen Nachweises bezüglich der Betriebshaftpflichtversicherung mit Angebotsabgabe gefordert. Die Antragstellerin habe ihrem Angebot zwar einen Versicherungsnachweis beigelegt, der aber lediglich eine Vertragsdauer bis zum 15.04.2007 aufweise. Ein Nachweis, dass der Versicherungsvertrag auch nach dieser Zeit weiter bestehen würde, habe dem Angebot nicht beigelegt. Infolge dessen müsse das Angebot aufgrund der Unvollständigkeit von der Wertung ausgeschlossen werden.

Das Angebot der Beigeladenen sei hingegen zuschlagsfähig. Soweit diese im von ihr vorgelegten EFB Preisblatt 311.a unter Ziffer 2 Zuschläge in Prozent auch für Nachunternehmerleistungen ausweise, komme diesen Angaben keine vergaberechtliche Relevanz zu. Zum einen blieben diese ohne Einfluss auf die Vergabesumme, zum anderen läge auch kein Widerspruch zu der bieterseitig getätigten Äußerung, keinen Nachunternehmer vorgesehen zu haben, vor, da die Angabe im EFB-Preisblatt inhaltlich nur dann zum tragen komme, falls doch ein Nachunternehmereinsatz erforderlich würde.

Den Beteiligten wurde in der mündlichen Verhandlung die Gelegenheit gegeben, ihren Vortrag zum Sachverhalt und zur rechtlichen Würdigung zu vertiefen bzw. zu ergänzen.

Die erkennende Kammer hat die Firma ..... mit Beschluss vom 30.11.2007 beigelegt.

Hinsichtlich der weiteren Einzelheiten zum Sachverhalt wird neben den ausgetauschten Schreiben auf das Protokoll zur mündlichen Verhandlung, die Verfahrensakten der Vergabekammer sowie die Vergabeakten ergänzend Bezug genommen.

## II.

Der Nachprüfungsantrag der Antragstellerin ist zulässig.

Die sachliche Zuständigkeit der Vergabekammer richtet sich nach § 100 GWB bzw. Abschnitt II Abs.1 - Einrichtung und Zuständigkeit der Vergabekammer - des Runderlasses des Ministeriums für Wirtschaft und Technologie (MW) – Richtlinie über die Einrichtung von Vergabekammern in Sachsen-Anhalt – vom 04.03.1999, Aktz.: 63-32570/03, geändert durch Runderlass des MW vom 08.12.2003, Aktz.: 42-32570/03. Der Nachprüfungsantrag 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 – Metallbau- und Verglasungsarbeiten im Rahmen des Um- und Neubaus des ....., 3. Bauabschnitt - handelt es sich um eine Bauleistung im Sinne § 1a VOB/A, Fassung 2006. Da der Gesamtauftragswert der Maßnahme die 5.278.000 Europäischen Währungseinheiten überschreitet, sind die Bestimmungen der a-Paragrafen zusätzlich zu den Basisparagrafen anzuwenden.

Der Anwendungsbereich des 4. Teiles des GWB (§§ 97 ff.) ist eröffnet. Die 1. Vergabekammer beim Landesverwaltungsamt ist nach Abschnitt I § 2 Abs. 1 der gemeinsamen Geschäftsordnung der Vergabekammern (vgl. Bek. des MW vom 29.06.2007 - 42-32570-17, MBl. LSA Nr. 26/2007 v. 23.07.2007) örtlich zuständig, da der Antragsgegner seinen Sitz innerhalb der Grenzen des Saalekreises hat.

Der Antragsgegner ist öffentlicher Auftraggeber gemäß § 98 Nr. 1 GWB.

Die Antragstellerin ist nach § 107 Abs. 2 GWB antragsbefugt.

Nach dieser Vorschrift 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.

Die Antragstellerin trägt vor, durch den rechtswidrigen Ausschluss des Angebotes in ihren Rechten verletzt zu sein. Die Antragstellerin geht davon aus, dass sie bei rechtskonformer Wertung des Angebotes das preisgünstigste Angebot abgegeben habe. Dieser Vortrag ist für die Feststellung des Vorliegens der Antragsbefugnis ausreichend, s. a. Bundesgerichtshof, Beschluss v. 26.09.2006, X ZB 14/06).

Ebenso hat sie den Anforderungen der §§ 107 Abs. 3 und 108 GWB entsprochen.

Der Nachprüfungsantrag der Antragstellerin ist auch begründet.

Der Antragsgegner hat bei der Wertung der Angebote gegen §§ 25 Nr. 1 Abs. 1b), 21 Nr. 1 Abs. 2 Satz 5 VOB/A und damit gegen bindendes Vergaberecht verstoßen, auf deren Einhaltung die Antragstellerin unter dem Gesichtspunkt der Gleichbehandlung einen Anspruch gemäß § 97 Abs. 2 GWB hat.

Ungeachtet der auch durch die erkennende Kammer geteilten Rechtsauffassung des Antragsgegners zur formellen Unvollständigkeit des streitbefangenen Angebotes der Antragstellerin, verstößt die geplante Zuschlagserteilung zugunsten der Beigeladenen gegen das durch den Auftraggeber selbst gestaltete Anforderungsprofil an die formelle Vollständigkeit der einzureichenden Angebote. Dieses Anforderungsprofil umfasst selbstverständlich auch stets die Verpflichtung, keine sich inhaltlich widersprechenden Angaben gegenüber dem Auftraggeber zu tätigen.

Bei ordnungsgemäßer Durchsicht der Bieterunterlagen hätte dem Auftraggeber daher nicht entgehen dürfen, dass neben dem Angebot der Antragstellerin sowie denen der nicht am Nachprüfungsverfahren beteiligten konkurrierenden Bieter, auch das Angebot der Beigeladenen in zumindest einem Gesichtspunkt dem hier relevanten Anforderungsprofil nicht genügt und somit einer Zuschlagserteilung nicht zugänglich ist.

Zunächst einmal teilt die erkennende Kammer die Auffassung der Auftraggeberseite, wonach die Antragstellerin durch die Vorlage des Versicherungsscheines der Betriebshaftpflichtversicherung der ihr obliegenden Nachweispflicht nicht genügt hat. Der Versicherungsschein weist lediglich einen bestehenden Versicherungsschutz bis einschließlich 15.04.2007 nach. Entsprechend des durch den Antragsgegner festgelegten Anforderungsprofils war jedoch ein diesbezüglicher Nachweis bis Ende 2007 dem Angebot beizufügen. Soweit die Antragstellerin in diesem Zusammenhang auf eine vom Versicherungsschein ausgewiesene automatische Verlängerung bei Nichtkündigung des Vertrages verweist, kann dies zu keinem anderen Ergebnis führen. Es fehlt hier am Nachweis, dass die Verlängerungsoption auch tatsächlich eingetreten ist. Die Antragstellerin hätte einen Beleg des Versicherungsgebers vorlegen müssen, aus dem die Nichtkündigung des fraglichen Vertrages folgt. Erst dann hätte sie ihren Obliegenheiten entsprochen. Ob die Verlängerungsoption tatsächlich wirksam wurde, ist hier mangels Rechtzeitigkeit der Nachweiserbringung ohne Belang.

Während diese Fallkonstellation lange Zeit zu einem Scheitern des auf Wiederholung der Wertung gerichteten Nachprüfungsantrages geführt hätte, hat der BGH in einer durch die erkennende Kammer ausdrücklich begrüßten Entscheidung im vergangenen Jahr deutlich gemacht, dass unabhängig von der Zuschlagsfähigkeit des Angebotes der Antragstellerseite unter bestimmten Voraussetzungen dennoch ein Anspruch auf Untersagung der Bezuschlagung eines konkurrierenden Angebotes bestehen kann, BGH, Beschluss v. 26.09.2006, X ZB 14/06.

Dies ist immer dann der Fall, wenn - wie im vorliegenden Fall – auch alle übrigen Angebote ebenfalls keiner Zuschlagserteilung zugänglich sind. Ob der Mangel an Zuschlagsfähigkeit immer aus einer verwandten oder gar gleichen Ursache herrühren muss, kann hier dahingestellt bleiben, da alle abgegebenen Angebote im Rahmen der Anwendung der §§ 25 Nr. 1 Abs. 1b), 21 Nr. 1 Abs. 2 Satz 5 VOB/A aus der weiteren Wertung herausfallen.

So sind hinsichtlich der Angebote der nicht am Nachprüfungsverfahren beteiligten Bieter im vorliegenden Fall keine Gesichtspunkte erkennbar, die auf eine Fehlerhaftigkeit der Feststellungen der Auftraggeberseite zu deren fehlender Zuschlagsfähigkeit mangels formeller Vollständigkeit schließen ließen. Die betreffenden Angebote sind demnach einer Zuschlagerteilung ebenso nicht zugänglich.

Das Angebot der Beigeladenen weist inhaltliche Widersprüche auf, so dass es nicht als ordnungsgemäß abgegeben gelten kann. Unter Punkt 2 findet sich im EFB-Preisblatt 1a in diesem Zusammenhang eine Eintragung, wonach seitens der Beigeladenen für Nachunternehmerleistungen ein bestimmter Zuschlag einkalkuliert wurde, während die Beigeladene an anderer Stelle ihres Angebotes ausdrücklich feststellt, die Leistung im eigenen Betrieb und ohne Nachunternehmereinsatz zu erbringen. Auch hier scheidet eine Zuschlagserteilung demnach an §§ 25 Nr. 1 Abs. 1b), 21 Nr. 1 Abs. 2 Satz 5 VOB/A.

Hinsichtlich des Erfordernisses der Gleichwertigkeit des Mangels schließt sich die Kammer der Auffassung des OLG Frankfurt, Beschluss vom 19.12.2006 (AZ: 11 Verg 7/06) an, wonach von gleichwertigen Mängeln in Auslegung der Entscheidung des BGH immer dann auszugehen ist, wenn an ihr Vorliegen dieselben rechtlichen Folgen geknüpft sind.

Dies ist hier der Fall, da sämtliche Angebote im Rahmen der formellen Prüfung auszuschließen sind.

## Kosten

### III.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 128 Abs. 3 GWB. Der Antragsgegner hat die Kosten des Verfahrens zu tragen.

Gemäß § 128 Abs. 3 GWB sind die Kosten des Nachprüfungsverfahrens vor der Vergabekammer von demjenigen bzw. denjenigen zu tragen, die im Verfahren unterliegen. Für die Beurteilung des Obsiegens bzw. Unterliegens eines Beteiligten ist allein der Ausgang des Nachprüfungsverfahrens im Verhältnis zu dem von ihm gestellten Antrag in diesem Verfahren maßgeblich. In diesem Nachprüfungsverfahren wird dem Antrag der Antragstellerin entsprochen. Somit kommt es zum Unterliegen des Antragsgegners, so dass dieser die Kosten des Verfahrens zu tragen hat.

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.

Die Höhe der Gebühren (§ 128 Abs. 2 Satz 2 GWB) beträgt aufgrund der Bruttoangebotssumme der Antragstellerin (97.362,41 EUR) ..... Euro.

Zu den fälligen Gebühren addieren sich Auslagen (§ 128 GWB i. V. m. § 10 Verwaltungskostengesetz des Landes Sachsen-Anhalt) in Höhe von ..... Euro.

Die Höhe der Gesamtkosten für das Verfahren beläuft sich demnach auf

..... €

§ 128 Abs. 1 Satz 1 GWB.

Die Einzahlung des Betrages in Höhe von ..... € hat nach Eintritt der Bestandskraft des Beschlusses durch den Antragsgegner unter Verwendung des Kassenzeichens 3300-..... auf das Konto 810 015 00 bei der Landeshauptkasse Dessau, Deutsche Bundesbank Magdeburg, BLZ 810 000 00 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 Beschwerdebeurteilung 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 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. Pönitz

gez. Dolge