



SACHSEN-ANHALT
LANDESVERWALTUNGSAMT

**1. Vergabekammer
beim Landesverwaltungsamt**

Beschluss

dazu OLG-Entscheidung 1 Verg 11/05 vom 14.09.2005

AZ: 1 VK LVwA 31/05

Halle, 23.08.2005

§ 107 Abs. 3 GWB,
§ 25 Nr. 1 Abs. 1 Buchst. b) i.V.m. § 21 Nr. 1 Abs. 1 Satz 3 VOB/A
§ 8 Nr. 5 Abs. 1 VOB/A
§ 24 VOB/A
- unverzügliche Rüge
- kein Ausschluss bei fehlender Bewerbererklärung des Hauptauftragnehmers
- Nachverhandlungen
Werden beim Durcharbeiten des Leistungsverzeichnisses Ungenauigkeiten festgestellt, liegt bereits positive Kenntnis vor. Eine Rüge hat unmittelbar zu erfolgen und nicht erst nach Abschluss der Wertung.
Die Kenntnis der zuständigen Agentur für Arbeit ist weder relevant für den Nachweis der Fachkunde als auch für den Nachweis der Leistungsfähigkeit. Eine Befugnis für das Abfordern ist aus § 8 Nr. 3 Abs. 1 lit g), Abs. 2 VOB/A nicht herzuleiten. Erklärungen der Bewerbererklärung werden bereits mit dem neuen Formblatt Ang erfasst.
Einen Anspruch auf Nachverhandlung hat der Bieter, der ein unklares Angebot vorgelegt hat, grundsätzlich nicht.

In dem Nachprüfungsverfahren der

..... GmbH & Co. KG

.....

Antragstellerin zu 1)

..... GmbH

Verfahrensbevollmächtigte
RAe

.....

Antragstellerin zu 2)

gegen

die GmbH

.....

Antragsgegnerin

unter Beiladung der Bieterin

..... GmbH

.....

Verfahrensbevollmächtigte

.....Rechtsanwälte

.....

Beigeladene

wegen

der gerügten Vergabeverstöße zur Vergabe von Bauleistungen für den Neubau des
Los 41 Technische Gase - Reinraum hat die 1. Vergabekammer beim Landesverwaltungs-
amt aufgrund der mündlichen Verhandlung am 09.08.2005 unter Mitwirkung des Vorsitzen-
den Regierungsrat Herrn Kräuter, der beamteten Beisitzerin Regierungsamtsrätin Frau
Katzsch und des ehrenamtlichen Beisitzers Herrn Paul beschlossen:

1. Die Antragsgegnerin wird angewiesen, die Wertung der Angebote zu wieder-
holen.
2. Soweit die Antragstellerin zu 1) die Mängel am Leistungsverzeichnis rügt,
wird ihr Antrag verworfen.
3. Der Antrag der Antragstellerin zu 2) wird als unbegründet zurückgewiesen.
4. Die Antragsgegnerin und die Beigeladene tragen die Kosten zu je $\frac{2}{5}$ und die
Antragstellerin zu 2) zu $\frac{1}{5}$.
5. Die Gesamtkosten (Gebühren und Auslagen) werden auf
..... Euro festgesetzt.

Gründe

I.

Die Antragsgegnerin schrieb im Wege eines Nichtoffenen Verfahrens auf der Grundlage der
Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen (VOB) das Los 41 – Technische Gase –
Reinraum für den Neubau des aus. Die Bekanntmachung erfolgte
unter anderem durch das Amt für amtliche Veröffentlichungen der Europäischen Gemein-
schaften am2005. Daraufhin reichten 12 Bewerber ihre Teilnahmeunterlagen ein.
Aus diesen wählte die Antragsgegnerin fünf Firmen aus und forderte sie auf, ein Angebot
abzugeben.

Mit den Vergabeunterlagen wurden den Bietern unter anderem das Formblatt EVM (B) Ang –
Angebot -, die Bewerbungsbedingungen und die Bewerbererklärung, zuzüglich eines beson-
deren Hinweisblattes übergeben. Mit dem Formblatt Angebot forderte die Antragsgegnerin
nachstehende Erklärungen:

- Ziffer 2 – Mitglied der Berufsgenossenschaft, seit, unter Nr.

- Ziffer 3 – Ich/Wir erklären, dass ich/wir
 - meinen/unseren Verpflichtungen zur Zahlung der Steuern und Abgaben sowie der Beiträge zur gesetzlichen Sozialversicherung nachgekommen bin/sind,
 - wegen illegaler Beschäftigung von Arbeitskräften in den letzten 2 Jahren nicht mit einer Freiheitsstrafe von mehr als 3 Monaten oder einer Geldstrafe von mehr als 90 Tagessätzen oder einer Geldbuße von mehr als 2 500 € belegt worden bin/sind,
 - die gewerblichen Voraussetzungen für die Ausführung der angebotenen Leistung erfülle(n).
- Ziffer 5.1 – für Leistungen, auf die mein/unser Betrieb eingerichtet ist:
 - Ich/wir werde(n) nach § 4 Nr. 8 VOB/B die Leistung im eigenen Betrieb ausführen.
 - Mir/uns ist bekannt, dass ich/wir Leistungen, auf die mein Betrieb eingerichtet ist, nur mit schriftlicher Zustimmung des Auftraggebers an Nachunternehmer übertragen darf/dürfen und nach Vertragsabschluss mit einer Zustimmung hierzu nicht rechnen kann/können.
 - Ich/Wir werde(n) die in der vom mir/uns beigefügten EFB NU – 317 aufgeführten Leistungen an Nachunternehmer übertragen, obwohl mein/unser Betrieb auf diese Leistungen eingerichtet ist.
- Ziffer 5.2 – für Leistungen, auf die mein/unser Betrieb nicht eingerichtet ist:
 - Ich/Wir werde(n) die in der von mir/uns beigefügten EFB NU – 317 aufgeführten Leistungen an Nachunternehmer übertragen, weil mein/unser Betrieb auf diese Leistungen nicht eingerichtet ist.

Ferner ist in diesem Formblatt ausdrücklich die Vorlage der Bewerbererklärung mit Nachunternehmervverzeichnis gefordert. Der Bewerbererklärung wurde zusätzlich ein Hinweisblatt vorgeheftet auf dem es heißt: *„Im Falle des vorgesehenen Einsatzes von Nachunternehmern ist die Bewerbererklärung nicht nur vom Bieter, sondern auch von allen Nachunternehmern mit Originalunterschrift mit dem Angebot vorzulegen.“*

Zusätzlich zu den Angaben im bezeichneten Formblatt EVM (B) Ang - Angebot -enthält die Bewerbererklärung die Forderung nach der Angabe des zuständigen Arbeitsamtes und den Hinweis, dass wissentlich falsche Angaben den Ausschluss zur Folge haben können. Darüber hinaus soll der Auftraggeber nach Erhalt des Zuschlages wegen Verletzung einer vertraglichen Pflicht zur fristlosen Kündigung des Vertrages berechtigt sein, sowie im Fall der Kündigung des Vertrages wegen wissentlich falscher Angaben Schadensersatz geltend machen können. Abschließend erfolgt der Hinweis, dass ein Ausschluss auch von weiteren Auftragserteilungen erfolgen könne.

In den Bewerbungsbedingungen (vgl. Nr. 3.3) wurde auf das Erfordernis der Vollständigkeit des Angebotsinhaltes und der –bearbeitung durch die Bieter Bezug genommen.

Für die Ausschreibung wurde eine Leistungsbeschreibung mit Leistungsverzeichnis zum Angebot nach Einheitspreisen erstellt. Im Text des Leistungsverzeichnisses wird in den Vorbemerkungen zu Rohrleitungen und Zubehör Reinstgase gefordert, dass die die Schweißarbeiten ausführende Firma ein gültiges Prüfzeugnis nach DIN EN 729-2, an Schweißautomaten ausgebildetes Schweißpersonal und eine gültige Prüfbescheinigung nach DIN EN 287-1 und DIN EN 1418 nachweisen muss. Weiterhin waren Angaben zu Fabrikaten und Typenzeichnungen an den vorgeschriebenen Stellen einzutragen. Maßgebendes Kriterium für die Angebotswertung ist nach Ziffer 5.3 der Aufforderung zur Angebotsabgabe der Preis.

Zur Submission am 04.05.2005 lagen drei Hauptangebote, sechs Nebenangebote und zwei Nachlassgebote vor.

Den vorgelegten Auswertungsunterlagen bzw. dem Vergabevorschlag des beauftragten Planungsbüros bezüglich der Wertung der Angebote ist zu entnehmen, dass nach der formellen Prüfung zwei Bieter wegen fehlender Bewerbererklärung des Hauptunternehmers ausgeschlossen wurden. Lediglich ein Bieter habe vollständige Unterlagen eingereicht und wurde als annehmbarstes Angebot zur Zuschlagserteilung empfohlen. Zusätzlich wurde hinsichtlich der Angebotsunterlagen der Antragstellerin zu 2) festgestellt, dass sie zwei Positionen mit 0,00 € verpreiste. Hierzu heißt es, dass nach einem Beschluss des Bundesgerichtshofes (BGH) vom 18.05.2004 mit dem X. Zivilsenat von einem zwingenden Ausschluss eines solchen Angebotes gemäß § 25 Nr. 1 Abs. 1 b) i.V.m. § 21 Nr. 1 Abs. 1 S. 3 VOB/A auszugehen sei. Darüber hinaus fehlten bei der Antragstellerin zu 2) zur Angebotsabgabe die Bieter-textergänzungen, welche auf Anforderung durch das beauftragte Planungsbüro am 13.05.2005 nachgereicht wurden.

Am 13.06.2005 stimmte die Antragsgegnerin dem Vergabevorschlag zu, auf das Angebot der Beigeladenen den Zuschlag zu erteilen. Mit Schreiben vom 16.06.2005 (per Fax am 15.06.2005 versendet) teilte sie den Antragstellerinnen mit, dass sie beabsichtige, den Zuschlag auf das Angebot der Beigeladenen zu erteilen. Ihre Angebote seien jeweils wegen fehlender Bewerbererklärung im Original auszuschließen.

Infolgedessen rügte die Antragstellerin zu 1) mit Fax-Schreiben 28.06.2005 die beabsichtigte Zuschlagserteilung an die Beigeladene sowie die Nichtberücksichtigung ihres Angebotes gegenüber der Antragsgegnerin und begehrte für den Fall, dass der Ausschluss ihres Angebotes aufrecht erhalten würde, die Aufhebung der Ausschreibung. Sie vertritt darin die Auffassung, dass die Beigeladene kein gültiges Prüfzeugnis nach DIN EN 729-2 nachweisen könne. Einen Nachunternehmer, der dieses Zertifikat vorlegen könne, habe diese auch nicht benannt. Eine Zuschlagserteilung an diese Bieterin sei daher rechtswidrig.

Darüber hinaus habe sie im Zusammenhang mit der Abgabe von Nebenangeboten auf technisch falsche und nicht funktionsfähige Beschreibungen hingewiesen. Diese Bedenken seien bereits im Vorfeld geäußert worden. So seien die Abschnitte 03.02, 03.03, 03.04 und 03.05 zwar in ihren Einzelteilen technisch zu realisieren, stellen aber in der geplanten Kombination keine funktionsfähige Einheit dar. Gleiches gelte für die Abschnitte 03.09, 03.10 und 03.11, bei denen die Anordnungen der Armaturen gemäß Schema nicht sinnvoll seien und darüber hinaus dem Stand der Technik und den einschlägigen Regelwerken wie DGRL widersprächen. Aus diesem Grund sei die Ausschreibung gem. § 26 Nr. 1 b) VOB/A aufzuheben. Weiterhin führt sie aus, dass bereits mit den Teilnahmeunterlagen alle notwendigen und geforderten Angaben, die mit dem Inhalt der Bewerbererklärung gleichzusetzen seien, vorlagen. Den auf dem gesonderten Hinweisblatt unterstrichenen Abschnitt „...mit Originalunterschrift“ habe man so verstehen müssen, dass dies nicht die Abgabe der eigenen Bewerbererklärung, sondern die Bewerbererklärung des Nachunternehmers betreffe, die neben der Originalunterschrift des Nachunternehmers auch die Originalunterschrift des Hauptauftragnehmers aufweisen müsse. Der Umstand, dass dies entsprechend einer Information des beauftragten Planungsbüros von mehreren Anbietern bei mehreren Losen missverstanden worden sei, unterstütze die Vermutung, dass die gebrauchte Formulierung sich irreführend habe auswirken können. Die Aufhebung der Ausschreibung sei daher angezeigt.

Die Antragstellerin zu 2) beanstandete mit Fax-Schreiben vom 23.06.2005 den Ausschluss ihres Angebotes wegen fehlender Bewerbererklärung. Sie sandte dies jedoch an die Submissionsstelle der Stadt, die in den Vergabeunterlagen zwar nicht als Auftraggeber, aber als Abgabeort für die Angebote benannt war. Diese leitete die Rüge der Antragsgegnerin am 24.06.2005 zu. Nach Auffassung der Antragstellerin zu 2) sei kein Ausschlussgrund gegeben, da sie sämtliche Nachweise des § 8 Nr. 5 VOB/A dem Angebot beigefügt habe. Im Übrigen habe sich der Auftraggeber selbst dahingehend gebunden, dass er offenkundig fehlende Unterlagen nachgefordert habe.

Die Antragsgegnerin half weder dem Begehren der Antragstellerin zu 1) noch dem der Antragstellerin zu 2) ab. Im Ergebnis dessen beantragten diese mit Fax-Schreiben vom 28.06.2005 bzw. 29.06.2005 die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens bei der Vergabekammer.

Der Nachprüfungsantrag der Antragstellerin zu 1) ist der Antragsgegnerin mit Verfügung der Vergabekammer vom 28.06.2005 und der der Antragstellerin zu 2) mit Verfügung vom 29.06.2005 zugestellt worden.

Über die Unzulässigkeit einer Zuschlagserteilung gemäß § 115 Abs. 1 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) wurde die Antragsgegnerin mit Zustellung des Nachprüfungsantrages der Antragstellerin zu 1) belehrt. Ebenso wurde sie aufgefordert, die entsprechenden Unterlagen und eine Stellungnahme zu den Nachprüfungsanträgen vorzulegen.

Die Durchsicht der von der Antragsgegnerin vorgelegten Unterlagen ergab, dass alle Angebote rechnerisch geprüft wurden, wobei das Angebot der Beigeladenen um fast 20 % höher als das der anderen Bieter liegt. Dem Angebot der Antragstellerin zu 1) ist das Formblatt EVM(B) Ang vollständig ausgefüllt und unterzeichnet beigelegt. Bis auf den Eintrag - Mitglied der Berufsgenossenschaft seit... - unter Ziffer 2 enthält das Angebotsschreiben der Antragstellerin zu 2) ebenfalls alle geforderten Angaben. Eine Bescheinigung über die Mitgliedschaft in der Berufsgenossenschaft wurde von ihr bereits mit dem Teilnahmeantrag vorgelegt. Weiterhin ist jedem dieser Angebote ein ausgefülltes Nachunternehmerverzeichnis beigelegt. Ebenso befinden sich die Bewerbererklärungen der als Nachauftragnehmer benannten Unternehmen unterzeichnet bei den Angebotsunterlagen.

Das Angebot der Antragstellerin zu 1) weist jeweils auf den beiliegenden Bewerbererklärungen der Nachauftragnehmer zusätzlich die Unterschrift der Hauptauftragnehmerin selbst auf. Diesem Angebot ist ein Anschreiben mit Datum vom 02.05.2005 vorgeheftet, in welchem die Antragstellerin zu 1) ihre Bedenken gegen die technische Beschreibung und Darstellung der Abschnitte 3.2, 3.3, 3.4 und 3.5, unter Verweis auf ein entsprechendes Nebenangebot bekundet.

Von der Antragstellerin zu 2) liegt eine Kurzfassung des Leistungsverzeichnisses vor. Hierin bietet sie in den Pos. 3.10.8 und 3.11.8 die Leistung für jeweils 0 € an. Auf Hinterfragen der Kammer teilte sie mit, dass dies versehentlich erfolgte. Diese Nichteintragung sei jedoch unerheblich und könne nicht zum Ausschluss führen. Dort, wo Auswirkungen auf den nötigen kalkulatorischen Nachvollzug gering und nebensächlich sind, sei eine entsprechende Berücksichtigung dennoch möglich. So liege hier der Fall. Die Nichteintragungen seien nebensächlich, da diese Preise sich bereits aus anderen vergleichbaren Positionen ergäben. Darüber hinaus enthält die Kurzfassung des LV's keine Bietertextergänzungen, wie diese zu angebotenen Fabrikaten und Typenbezeichnungen gefordert waren; dies trifft auch auf die Daten der dem Angebot beigelegte Diskette zu.

Auf Nachfrage der Kammer im Zusammenhang mit den Feststellungen zur Unverzüglichkeit der Rüge, wann sie die Mängel im Leistungsverzeichnis erkannte und Kenntnis vom Informationsschreiben hatte, verwies die Antragstellerin zu 1) auf den Zeitpunkt der Erstellung des Angebotes am 02.05.2005 und teilte mit, dass ihr das Informationsschreiben gemäß § 13 VgV infolge einer Geschäftsreise der Geschäftsleitung erst am 22.06.2005 vorlag. Diesbezügliche Nachweise, wie z.B. Buchungsbestätigung, Übernachtungsrechnung, legte sie am 15.08.2005 vor. Kenntnis davon, dass die Mitbieterin nicht als Schweißfachbetrieb gemäß EN 729-2 zertifiziert sei, habe sie auf Grund von Hinweisen Dritter in der 25. Kalenderwoche erlangt. Auf weitere Nachfrage, wann sich ihr der Verdacht aufgedrängt habe, dass diese Bieterin auch keine Nachunternehmer benannte, erklärte sie, dass in dieser Angelegenheit am 27.06.2005 eine Besprechung zwischen der Geschäftsleitung und dem verantwortlichen Projektleiter stattgefunden habe. Erst dabei habe sich auf Grund weiterer Informationen von Geschäftspartnern herauskristallisiert, dass die Beigeladene wohl keinen Nachunternehmer angegeben habe. Die Erfüllung aller Voraussetzungen für eine Zertifizierung erschien ihr infolge der bis zum Auftragsbeginn verbleibenden Zeit unrealistisch. Im Hinblick auf die Antragstellerin zu 2) konnte die Kammer ermitteln, dass diese am 20.06.2005 um anwaltliche Vertretung ersuchte.

Im Ergebnis der Abforderung von Unterlagen der Beigeladenen legte diese Fax-Kopien einer Zertifizierung nach DIN EN 729-3 und DIN EN ISO 9001:2000 vor. In einem Fax-Schreiben der TÜV Industrie Service GmbH vom 29.07.2005 wird ihr in Aussicht gestellt, dass die HP 0 Zulassung nach DIN EN 729-2 erweitert werden wird.

Die Antragstellerin zu 1) vertritt die Auffassung, dass der beabsichtigte Ausschluss sie in ihren Rechten nach § 97 GWB verletze. Bei Nichtwertung ihres eingereichten Angebotes müsse die Ausschreibung aufgehoben werden. In ihrer Begründung stützt sie sich inhaltlich auf ihr Rügeschreiben.

Die Antragstellerin zu 2) ist der Ansicht, dass die Voraussetzungen zum Ausschluss ihres Angebotes nach § 25 Nr. 1 Abs. 1 VOB/A nicht vorlägen. Ergänzend zu ihrem Rügeschreiben trägt sie vor, dass mit der Bietererklärung nur diejenigen Fragen zur Abzeichnung und Erklärung gestellt worden seien, welche sich aus § 8 Nr. 5 VOB/A ergäben. Dem sei sie unabhängig von der Bewerbererklärung vollumfänglich nachgekommen.

Darüber hinaus habe die Antragsgegnerin andere Unterlagen, welche im Angebot zwar nicht enthalten jedoch zur Bewertung des Angebotes notwendig seien, vom beauftragten Planungsbüro nachgefordert. Wenn sich die Antragsgegnerin auf einen rein formalistischen Standpunkt stellen möchte, hätte sie in diesem Zusammenhang auch die Bewerbererklärung nachfordern müssen. Durch das Nachfordern von Unterlagen habe sich die Antragsgegnerin selbst gebunden, in dem sie ihr Ermessen dahingehend ausgeübt habe, offenkundig fehlende Unterlagen nachzufordern.

Im Übrigen wäre der Wettbewerb überhaupt nicht mehr vorhanden, wenn zwei Bieter von Dreien wegen des Fehlens dieser Erklärung ausgeschlossen werden. Damit sei der Wettbewerb auf Null reduziert. Sollte dies das Ergebnis sein, so müsse im Rückschluss daraus geschlossen werden, dass in einem solchem Fall eben der Ausschluss nicht möglich sein könne, da ansonsten niedrige formale Anforderungen über den Wettbewerb entscheiden und nicht Preis und Leistung. Aus diesem Grund sei im vorliegenden Fall bereits die Ausschreibung aufzuheben.

Die Antragstellerin zu 1) beantragt nunmehr in der mündlichen Verhandlung,

die Antragsgegnerin anzuweisen, eine erneute Wertung unter Berücksichtigung des Angebotes der Antragstellerin zu 1) durchzuführen, hilfsweise das Vergabeverfahren aufzuheben.

Die Antragstellerin zu 2) beantragt,

1. die Antragsgegnerin zu verpflichten, die Neuwertung unter Berücksichtigung ihres Angebotes durchzuführen,
2. die Hinzuziehung des Verfahrensbevollmächtigten gem. § 128 Abs. 4 GWB für notwendig zu erklären und
3. der Antragsgegnerin die Kosten des Verfahrens einschließlich die Kosten der zweckentsprechenden Rechtsverfolgung aufzuerlegen.

Den Schriftsätzen der Antragsgegnerin wurde der Antrag entnommen,

die Anträge der Antragstellerin zu 1) und 2) zurückzuweisen.

Sie vertritt die Ansicht,

dass Gründe zur Aufhebung des Vergabeverfahrens nicht ersichtlich seien. Das von ihr benannte Prüfzeugnis sei nicht mit dem Angebot gefordert worden. Aus diesem Grund bestehe aus ihrer Sicht ungeachtet der Tatsache, dass die Beigeladene dieses bisher tatsächlich nicht vorweisen könne, kein Ausschlussgrund für ihr Angebot. Somit entfalle die Voraussetzung, dass kein zuschlagfähiges Angebot vorläge.

Auch greife der Aufhebungsgrund der grundlegenden Änderung der Verdingungsunterlagen hier nicht. Richtig sei zwar, dass eine unsachgerechte Bedienung der Entspannungsstation der 1. Druckstufe zu einem erhöhten Verschleiß führen könne und so an den 5 Entspannungsstationen geringfügige technische Änderungen notwendig geworden seien. Diese führen jedoch im Zusammenhang mit den ausgeschriebenen Komponenten zu keiner signifikanten Massenänderung. Gleiches gelte für die Abschnitte 03.09, 03.10 und 03.11, bei denen die Anordnung der Armaturen gemäß dem vorgegebenen Schema nicht sinnvoll sei und darüber hinaus dem Stand der Technik und den einschlägigen Regelwerken wie DGRL widerspreche. Für die beschriebenen 3 Gase könne die Berstscheibenleitung nicht über die Strömungsbegrenzer in die Cleanventpatrone geleitet werden, sondern müsse mittels einer Bypassleitung direkt in die Cleanventpatrone abgeführt werden. Da nicht, wie die Darstellung der Antragstellerin zu 1) vermuten lasse, ganze Abschnitte fehlerhaft, sondern bestenfalls geringe Massenänderungen einzelner Positionen innerhalb dieser Abschnitte erforderlich seien, könne die Auffassung nicht geteilt werden, dass die Verdingungsunterlagen grundlegend geändert werden müssten. Selbst die weiterreichenden technischen Änderungsvorschläge der Antragstellerin zu 1) stellten noch keine grundlegenden Änderungen der Verdingungsunterlagen dar.

Im Übrigen sehe die Antragsgegnerin auch keine Veranlassung, die Ausschreibung wegen schwerwiegender Gründe aufzuheben. Ungeachtet der Frage, ob einzelne Formulierungen in den Ausschreibungsunterlagen irreführend waren und diese als schwerwiegende Gründe einzustufen seien, führe die Nichtvorlage der Bewerbererklärung zum Ausschluss der Angebote der Antragstellerin zu 1) und zu 2). Es entspreche der Spruchpraxis des OLG Naumburg (Beschluss vom 28.06.2004, Aktz. 1 Verg 5/04), dass das Fehlen der Bewerbererklärung bei der Angebotsabgabe einen zwingenden Ausschlussgrund darstelle, wenn die Unterlagen - wie geschehen - zur Submission gefordert waren. Weiterhin habe die Antragstellerin zu 2) in einigen Positionen 0 € eingetragen. Gestützt auf den Beschluss des Bundesgerichtshofes vom 18.05.2004 sei das Angebot auch schon aus diesem Grund auszuschließen. In diesem Beschluss habe der Bundesgerichtshof die Vorlagesache des Kammergerichts in der Frage entschieden, ob Angebote, in denen einzelne Positionen 0,01 € ausweisen, vom Wertungsprozess auszuschließen sind. Der X. Zivilsenat gehe von einem zwingenden Ausschluss eines solchen Angebotes gem. § 25 Nr. 1 Abs. 1 lit. b) i.V.m. § 21 Nr. 1 Abs. 1 S. 3 VOB/A aus.

Die Beigeladene beantragt,

1. die Nachprüfungsanträge der Antragstellerin zu 1) und zu 2) als unzulässig zu verwerfen, hilfsweise als unbegründet zurückzuweisen.
2. festzustellen, dass die Hinzuziehung eines Bevollmächtigten für die Beigeladene erforderlich gewesen ist.
3. der Antragstellerin zu 1) und zu 2) die Kosten des Verfahrens aufzuerlegen.

In ihrer Begründung trägt sie vor,

dass die Antragstellerin zu 1) nicht über die erforderliche Antragsbefugnis gem. § 107 Abs. 2 GWB verfüge, da diese nach ständiger Rechtsprechung sämtlicher Vergabekammern und Vergabesenate an den Oberlandesgerichten nur dann bestehe, wenn sie eine Chance auf den Zuschlag habe. Dies setze jedoch voraus, dass das Angebot der Antragstellerin zu 1) nicht aus zwingenden Gründen vom Vergabeverfahren auszuschließen sei. Diesbezüglich schließt sie sich der Auffassung der Antragsgegnerin an.

Hinsichtlich der Behauptung, dass die Beigeladene über keine Zertifizierung als Schweiß-fachbetrieb gem. DIN EB 729-2 verfüge, sei diese Feststellung falsch, da sie sehr wohl zerti-fiziert sei und diesen Nachweis erbracht habe. Selbst wenn man vom Nichtvorliegen dieser Zertifizierung der Beigeladenen ausgehen würde, bedinge dies keinen Ausschluss des An-gebotes, da diese Zertifizierung ausweislich der Vergabeunterlagen nicht mit dem Angebot gefordert gewesen sei.

Der Nachprüfungsantrag der Antragstellerin zu 2) sei ebenfalls unzulässig bzw. unbegründet. Die Antragstellerin zu 2) habe, wie sich aus dem Vergabevermerk der Antragsgegnerin er-gäbe, wegen des Vorliegens zwingender Ausschlussgründe für ihr Angebot keine Chance auf den Zuschlag. Sowohl die fehlende Bietererklärung, die fehlenden Bieterergänzungen als auch Leistungspositionen mit einem Einheitspreis von 0,00 € führen nach ihrer Auffassung zum zwingenden Ausschluss des Angebotes. Gemäß § 24 Nr. 1 VOB/A sei es dem Auftrag-geber zwischen Öffnung der Angebote und Zuschlagserteilung nur in begründeten Ausnah-mefällen gestattet, Verhandlungen zu führen. Die Antragsgegnerin habe mit dem Nachfor-dern der Erklärungen zu den Fabrikaten und Typenbezeichnungen erst ein vollständiges, wertbares Angebot der Antragstellerin zu 2) erhalten. Diese Vorgehensweise sei mit dem Zweck des § 24 VOB/A nicht vereinbar. Das Nachfordern der Erklärungen mit den Schreiben vom 12.05.2005 und 30.05.2005 sei somit rechtswidrig und nicht mit den Grundsätzen der Transparenz und Gleichbehandlung vereinbar. Das Angebot der Antragstellerin zu 2) sei daher wegen des Fehlens geforderter Erklärungen von der Angebotswertung auszuschlie-ßen.

In der mündlichen Verhandlung hatten die Beteiligten Gelegenheit, ihre Standpunkte vorzu-tragen und zu vertiefen. Die Beigeladene wurde über den Sinn und Zweck der Beiladung informiert. Insbesondere wurde darauf hingewiesen, dass in gleicher Sache nicht noch ein-mal verhandelt werden kann.

Am 25.07.2005 wurde durch die Vergabekammer der Beschluss gefasst, die zwei Nachprü-fungsverfahren mit den Aktenzeichen 1 VK LVwA 31/05 und 1 VK LVwA 33/05 zur gemein-samen Verhandlung und Entscheidung zu verbinden und nunmehr unter dem Aktenzeichen 1 VK LVwA 31/05 weiter zu führen.

Mit Beschluss vom 25.07.2005 wurde die Firma GmbH beigeladen, da sie in ihren Interessen durch die Anträge auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens schwerwiegend betroffen sein könnte.

Die Antragstellerin zu 2) hat mit ihrem Nachprüfungsersuchen vom 29.06.2005 und die Bei-geladene mit Schreiben vom 14.07.2005 Akteneinsicht gem. § 111 GWB beantragt, die je-weils mit Beschluss vom 29.07.2005 bzw. 26.07.2005 gewährt worden ist.

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

II.

Die Anträge der Antragstellerin zu 1) und zu 2) sind zulässig, soweit sie sich auf die mit Rüge vom 28.06.2005 beabsichtigte Zuschlagserteilung an die Beigeladene und den mit Rüge vom 23.06.2005 vorgetragenen Ausschluss wegen fehlender Bewerbererklärung der Angebote aus der Wertung beziehen.

Die sachliche Zuständigkeit der Vergabekammer richtet sich nach § 100 GWB bzw. Ab-schnitt 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 - Neubau, Los 41 Technische Gase - Reinraum - handelt es sich um Bauleistungen im Sinne von § 1a VOB/A Fassung 2002. Da der Gesamtauftragswert der Maßnahme 5 Millionen Euro überschreitet, sind die Bestimmungen des Abschnittes 2 der VOB/A anzuwenden.

Der Anwendungsbereich des 4. Teiles des GWB (§§ 97 ff.) ist eröffnet. Die 1. Vergabekammer beim Landesverwaltungsamt ist nach Abschnitt I Abs. 2 der gemeinsamen Geschäftsordnung der Vergabekammern (vgl. Bek. des MW vom 22.01.2004 - 42-32570-17, MBl. LSA Nr. 8/2004 v. 23.02.2004) örtlich zuständig, da die Antragsgegnerin ihren Sitz innerhalb der Grenzen der Stadt hat.

Die Antragsgegnerin ist öffentlicher Auftraggeber im Sinne von § 98 Nr. 2 GWB.

Die Anforderungen, die gem. §§ 107 Abs. 1 bis 3, 108 GWB an einen zulässigen Antrag zu stellen sind, wurden von der Antragstellerin zu 1) und zu 2) zumindest teilweise erfüllt.

Sie sind gem. § 107 Abs. 2 GWB antragsbefugt, da sie als Bieter ein Interesse am Auftrag haben und eine Verletzung von Rechten durch die Nichtbeachtung von Vergabevorschriften geltend machen, indem sie vortragen, dass die Beigeladene den Zuschlag nicht erhalten dürfe, sie zu Unrecht ausgeschlossen worden seien und sich durch die ungleiche Behandlung im Rahmen der Prüfung in ihren Rechten auf Einhaltung der Vergabevorschriften (§ 97 Abs. 2, 7 GWB) verletzt fühlen.

Voraussetzung für die Antragsbefugnis nach § 107 Abs. 2 GWB ist, dass das antragstellende Unternehmen einen durch die behauptete Rechtsverletzung entstandenen oder drohenden Schaden darlegt. Das bedeutet, dass der Antragsteller diejenigen Umstände aufzeigen muss, aus denen sich schlüssig die Möglichkeit eines solchen Schadens ergibt. Die diesbezüglichen Anforderungen oder die Darlegungslast dürfen nicht überspannt werden (vgl. Byok/Jaeger, VergabeR, § 107, Rn. 677, VK Bund vom 26.10.2004 – VK 1-177/04). Da sie ein Angebot zur verfahrensgegenständlichen Ausschreibung abgegeben haben, haben sie ein Interesse am Auftrag sowie ein entsprechendes Rechtsschutzbedürfnis dargelegt. Sie haben zumindest schlüssig vorgetragen, dass sie bei der aus ihrer Sicht erforderlichen Einbeziehung ihrer Angebote in eine vergaberechtskonforme Angebotswertung zumindest eine Chance auf den Zuschlag gehabt hätten bzw. bei Nichtbezuschlagung des Angebotes der Beigeladenen es nicht ausgeschlossen ist, dass das Vergabeverfahren wiederholt werden muss.

Entgegen der Auffassung der Beigeladenen ist es nicht erforderlich, dass die Antragstellerinnen auch schlüssig darlegen, dass sie bei vergabekonformem Verhalten der Antragsgegnerin den Zuschlag auch tatsächlich erhalten hätten. Diese Auffassung der erkennenden Kammer wird auch vom Bundesgerichtshof (vgl. Beschluss vom 18.05.2004 – X ZB 7/04) gestützt. Danach kann der Zugang zum Nachprüfungsverfahren nicht mit der Begründung verwehrt werden, dass ein Angebot aus anderen als mit dem Nachprüfungsantrag zur Überprüfung gestellten Gründen auszuschließen ist und somit wegen der von ihm behaupteten Rechtswidrigkeit kein Schaden erwachsen sei oder drohe. Dies entspreche auch der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes (Urt. V. 19.06.2003 – Rs C-249/01). Sollte das OLG Naumburg in der von der Beigeladenen angeführten Entscheidung (Aktz. 1 Verg 5/05) eine gegenteilige Auffassung vertreten, so ist diese im Zusammenhang mit der Zurückweisung eines Antrages auf vorzeitige Zuschlagserteilung ergangen und nicht ohne Weiteres auf den hier vorliegenden Fall anwendbar.

Der Nachprüfungsantrag der Antragstellerin zu 1) ist mangels vorheriger unverzüglicher Rüge unzulässig, soweit er sich auf vermeintliche Mängel des Leistungsverzeichnisses bezieht. Werden beim Durcharbeiten des Leistungsverzeichnisses Ungenauigkeiten festgestellt, liegt bereits positive Kenntnis vor (vgl. Byok/Jaeger, a.a.O., § 107 Rn. 681). Ausreichend für die positive Kenntnis eines Mangels im Sinne von § 107 Abs. 3 GWB ist bereits das Wissen um einen Sachverhalt, der den Schluss auf die Verletzung vergaberechtlicher Bestimmungen erlaubt und es bei vernünftiger Betrachtung gerechtfertigt erscheinen lässt, das Vergabeverfahren als fehlerhaft zu beanstanden (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss v. 22.08.2002, Aktz.: Verg 9/02). Es ist davon auszugehen, dass der Antragstellerin zu 1) die von ihr nunmehr geltend gemachten vermeintlichen Mängel des Leistungsverzeichnisses bereits kurz nach Erhalt der Vergabeunterlagen, spätestens aber bei Erstellung des Angebotes am 02.05.2005 aufgefallen sind. Dies gilt insbesondere hinsichtlich der erstmalig im Zuge des Nachprüfungsverfahrens beanstandeten Leistungspositionen 03.09, 03.10 und 03.11. Die erkennende Kammer hält es in diesem Fall für angemessen und geboten, dass hier eine Verpflichtung zur Rüge mittels Fax am gleichen Tag hätte erfolgen müssen. Denn der konkrete Stand des Vergabeverfahrens war bereits soweit fortgeschritten, dass die Submission unmittelbar bevorstand. Da die Rüge vorrangig dem Zweck dient, dem Auftraggeber die Möglichkeit zur Überprüfung seiner Entscheidung und gegebenenfalls der Korrektur seines eigenen Verhaltens zu geben, hätte ihm dies hier vor Submission eingeräumt werden müssen. Eine entsprechende unverzügliche Rüge gemäß § 107 Abs. 3 Satz 1 GWB erfolgte demnach nicht.

Im Übrigen erfolgten die Rügen der Antragstellerinnen nach § 107 Abs. 3 Satz 1 GWB jedoch unverzüglich.

Danach muss die Rüge nach Kenntniserlangung des Vergabeverstößes so bald erklärt werden, als es dem Antragsteller nach den Umständen möglich und zumutbar ist. Es ist ein für die Prüfung und Begründung der Rüge notwendiger Zeitraum anzuerkennen. Auf die Schwierigkeit der Sach- und Rechtslage ist auch bei der Fristenberechnung Rücksicht zu nehmen. Absolute Obergrenze sind hierbei entsprechend § 121 BGB je nach Einzelfall bis zu 14 Tage.

Das Rügeschreiben im Hinblick auf die beabsichtigte Zuschlagserteilung der Antragstellerin zu 1) erfolgte unverzüglich nach positiver Kenntnisnahme des Sachverhalts, den die Auftraggeberin der Antragstellerin durch ihr Schreiben vom 15.06.2005 mitgeteilt hatte, und damit rechtzeitig im Sinne des § 107 Abs. 3 Satz 1 GWB. Aus den der Kammer vorliegenden Unterlagen und dem Vortrag in der mündlichen Verhandlung sind keine Anhaltspunkte erkennbar, die einen früheren Rückschluss auf den Zeitpunkt des aufkommenden Zweifels an der Eignung der Beigeladenen zulassen. Die Kammer geht somit davon aus, dass die dieser Rüge vorausgehenden Schlussfolgerungen erst unmittelbar vor der Erstellung des Rügeschreibens am 27.06.2005 gezogen werden konnten.

Die Antragstellerin zu 1) konnte gegenüber der erkennenden Kammer glaubhaft machen, dass sie erst am 22.06.2005 Kenntnis über den Inhalt des Informationsschreibens - und damit über die beabsichtigte Zuschlagserteilung an die Beigeladene sowie den Ausschluss ihres Angebotes - erlangte, da die Geschäftsleitung des Unternehmens sich bis zu diesem Zeitpunkt auf Geschäftsreise befand. Weiterhin war ihr zwar in der 25. Kalenderwoche hinreichend bekannt, dass die Beigeladene die erforderliche Zertifizierung nicht vorweisen könne, jedoch hat sie den Rückschluss auf die Rechtswidrigkeit des mit diesen Tatsachen im Zusammenhang stehenden Verhaltens des Auftraggebers erst am 27.06.2005 bzw. in der mündlichen Verhandlung gezogen. Da es sich bei dem nach § 107 Abs. 3 S. 1 GWB erforderlichen Erkennen der vermeintlichen Rechtswidrigkeit um einen inneren Vorgang der Antragstellerin zu 1) handelt, der erst durch die Abfassung des Rügeschreibens nach Außen hin sichtbar wurde, ist es nicht möglich, den Zeitpunkt der Erkenntnis der vermeintlichen Rechtswidrigkeit nach rechtstaatlichen Gesichtspunkten abweichend vom Vortrag der Antragstellerin zu 1) zu bestimmen.

Überlegungen der Beigeladenen wegen der dargelegten Abwesenheit bis zum 22.06.2005 hinsichtlich eines Organisationsverschuldens der Antragstellerin führen im Hinblick auf den rechtlich relevanten Zeitpunkt des Erkennens zu keinem anderen Ergebnis. Es ist der Beigeladenen zuzustimmen, wenn sie von der Verpflichtung zur ordnungsgemäßen Organisation

des Geschäftsbereiches der Antragstellerin zu 1) ausgeht. Ein eventuelles Organisationsverschulden ist indes nur geeignet, eine nicht umgesetzte Handlungs- oder Unterlassungspflicht der Antragstellerin zu 1) zu beachten. Es ist jedoch nicht möglich, einen nicht stattgefundenen inneren Prozess zu ersetzen und ein vorzeitiges Erkennen der vermeintlichen Rechtswidrigkeit zu konstruieren (VK Münster, VK 01/04 v. 10.02.2004).

Soweit die Beigeladene dazu vorträgt, dass ein Bieter, der einem unzureichend organisierten Mitbieter gegenübersteht, grundsätzlich schlechter gestellt wäre und eine verbesserungsbefähigte Organisationsstruktur dem dafür verantwortlichen Bieter auf keinem Fall zum Vorteil gereichen dürfte, so vermag diese Äußerung nicht zu überzeugen. Der Bieter, der mit einem unzureichend organisierten Mitbieter konfrontiert wird, steht keinesfalls schlechter da. Eine optimierte Organisationsstruktur kann die Wahrscheinlichkeit des Erkennens eines vergaberechtlichen Verhaltens des Auftraggebers zwar erhöhen, ist jedoch nicht in der Lage, dieses Erkennen abzusichern. Da der Gesetzgeber sich dazu entschlossen hat, auf das tatsächliche Erkennen abzustellen, verbieten sich nach Auffassung der erkennenden Kammer derartige Erwägungen grundsätzlich. Dies gilt insbesondere auch insoweit, als die Beigeladene Überlegungen anstellt, dass die Erkennbarkeit des vermeintlichen Vergabeverstößes durch einen redlichen Dritten ersetzt werden müsse.

Auch der Vortrag, dass die Antragstellerin zu 1) Kenntnis von der Nichtzertifizierung bereits am 24.06.2005 hatte und eine Rüge am 28.06.2005 damit nicht unverzüglich sei, geht ins Leere. Allein diese Kenntnis reicht nach Auffassung der erkennenden Kammer nicht aus, eine sofortige Rügeverpflichtung zu begründen. Vielmehr bedurfte es der weiteren Erkenntnis, dass auch nicht anderweitig, hier durch Verpflichtung eines Nachunternehmers, diesem Erfordernis Rechnung getragen wurde. Diesen Rückschluss zog sie erkennbar erst am 27.06.2005. Die Rüge am 28.06.2005 war somit fristgemäß.

Die Rüge der Antragstellerin zu 2) zum 24.06.2005 erfolgte gegenüber der Antragsgegnerin rechtzeitig im Sinne des § 107 Abs. 3 S. 1 GWB.

Mit dem Eingang des Informationsschreibens am 15.06.2005 bei der Antragstellerin zu 2) erhielt diese Kenntnis, dass ihren Angebotsunterlagen keine Bewerbererklärung beigelegt habe. Dieser Umstand ist weder Gegenstand des anwaltlichen Rügeschreibens noch des Nachprüfungsantrages und somit für das Anlaufen der Rügefrist ohne Bedeutung. Rügeschreiben und Nachprüfungsantrag beinhalten vielmehr das Eingeständnis des Fehlens der abgeforderten Bewerbererklärung. Nur ausnahmsweise soll hier jedoch nicht von einer formellen Unvollständigkeit ausgegangen werden dürfen, da die durch die Bewerbererklärung abgeforderten Angaben an anderer Stelle in den Angebotsunterlagen enthalten gewesen seien. Damit stellen sich die Schlussfolgerungen der Antragsgegnerin diesbezüglich als fehlerhaft dar und der Ausschluss der Antragstellerin zu 2) erfolgte nicht vergaberechtskonform. Der für das Anlaufen der Rügefrist erforderliche Rückschluss einer vermeintlichen Rechtswidrigkeit der Vergabeentscheidung drängt sich somit nicht bereits durch das zur Kenntnisnehmen des Inhaltes des Informationsschreibens am 15.06.2005 auf.

Auch finden sich in den der Kammer zur Verfügung stehenden Unterlagen keine Anhaltspunkte dafür, dass vor bzw. mit der Beauftragung des Rechtsanwaltes am 20.06.2005 ein für das Anlaufen der Rügefrist ausreichendes Wissen um einen Sachverhalt gegeben war, der aus der Sicht der Antragstellerin den Schluss auf einen Vergaberechtsverstoß erlauben konnte. Die Mandatierung selbst zeigt lediglich auf, dass die Antragstellerin eine rechtskundige Prüfung der beabsichtigten Vergabeentscheidung beabsichtigte, um gegebenenfalls im Anschluss daran dem eigenen Ausschluss aus dem Vergabeverfahren entgegen wirken zu können. Wann der von der Antragstellerin zu 2) beauftragte Rechtsanwalt den Sachverhalt entsprechend aufgearbeitet hatte, so dass sich der Ausschluss nicht als vergaberechtskonform darstellen musste, kann mangels anderer Anhaltspunkte hier nur anhand des Zeitpunktes des Erstellens des anwaltlichen Rügeschreibens vom 23.06.2005 bestimmt werden. Erst dann bestand die Verpflichtung zum unverzüglichen Tätigwerden gegenüber der Antragsgegnerin. Dass das anwaltliche Rügeschreiben irrtümlich nicht an die Antragsgegnerin selbst, sondern an die Stadt als in diesem Sinne unbeteiligte Dritte per Fax über-

sandt wurde, ist hier unerheblich. Das Rügeschreiben erreichte die Antragsgegnerin zwar erst auf einem Umweg, dies aber bereits am 24.06.2005. Die Rüge erfolgte somit innerhalb von 24 Stunden und folglich rechtzeitig im Sinne des § 107 Abs. 3 S. 1 GWB.

Der Nachprüfungsantrag der Antragstellerin zu 1) ist auch begründet. Bereits der Ausschluss des Angebots im Rahmen der formellen Prüfung hinsichtlich der vollständigen Abgabe der geforderten Erklärungen ist rechtswidrig und verletzt die Antragstellerin in ihren Rechten gemäß § 97 Abs. 7 GWB. Danach ist ein Ausschluss des Angebotes wegen fehlender Erklärungen nach § 25 Nr. 1 Abs. 1 lit. b) i.V.m. § 21 Nr. 1 Abs. 1 Satz 3 VOB/A vorliegend nicht gerechtfertigt, da die Antragstellerin zu 1) im Gegensatz zu den Feststellungen der Antragsgegnerin ein formell vollständiges Angebot mit den geforderten Erklärungen abgegeben hat.

Nach den Feststellungen der erkennenden Kammer befinden sich die von der Antragsgegnerin mit dem Formblatt Bewerbererklärung geforderten Erklärungen der Antragstellerin zu 1) inhaltsgleich auch im Formblatt EVM (B) Ang – Angebot, welches zum Zeitpunkt der Submission ordnungsgemäß unterschrieben von der Antragstellerin zu 1) wie im Übrigen auch von der Antragstellerin zu 2) vorgelegen hat. Eines nochmaligen Abforderns der Erklärung auf einem gesonderten Formblatt bedarf es im Hinblick auf die Vergleichbarkeit der Angebote nicht. Nach Überzeugung der erkennenden Kammer ist es notwendig aber auch ausreichend, dass eine geforderte Erklärung zum Zeitpunkt der Submission inhaltlich vollständig und unmissverständlich dem Angebot entnommen werden kann. Das Fehlen eines zusätzlichen Formblatts macht das Angebot hingegen nicht formell unvollständig, wenn diesem kein eigenständiger Erklärungsinhalt entnommen werden kann. Dies ist vorliegend der Fall.

Soweit die Beigeladene richtigerweise darauf verwiesen hat, dass neben den inhaltsgleichen Erklärungen des Formblatts EVM (B) Ang – Angebot im Vergleich zum Formblatt Bewerbererklärung die Bewerbererklärung zusätzlich die Angabe des zuständigen Arbeitsamtes fordert, führt dies zu keiner anderen Bewertung. Nach § 97 Abs. 4 GWB setzt eine Auftragsvergabe die Fachkunde, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit eines Unternehmens voraus; andere oder weitergehende Anforderungen sind durch Gesetz vorzusehen. Gemäß § 8 Nr. 3 VOB/A darf die Vergabestelle Angaben der Bieter zum Nachweis ihrer Fachkunde, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit verlangen. Weiterhin können nach § 8 Nr. 5 Abs. 2 VOB/A Erklärungen über die in § 8 Nr. 5 Abs. 1 VOB/A aufgeführten Ausschlussgründe verlangt werden. Darüber hinausgehende Abforderungen der Bieter sind in der Vergabe- und Vertragsordnung nicht vorgesehen. Soweit der Runderlass des Ministeriums für Wirtschaft und Arbeit vom 05.03.2002 die Bewerbererklärung in der abgeforderten Fassung zur Anwendung vorschreibt, genügt dieser den formellen Voraussetzungen für eine weitergehende Anforderung im Sinne des § 97 Abs. 4 GWB nicht.

Die Erklärung ist bereits insoweit missverständlich, als die Arbeitsämter seit 2004 unter der Bezeichnung Agentur für Arbeit geführt werden.

Die Erklärung über die zuständige Agentur für Arbeit, bei mehreren die Angabe einer zuständigen Agentur, weist nach Überzeugung der erkennenden Kammer darüber hinaus keinen Wettbewerbsbezug und somit keine Legitimation gemäß § 8 VOB/A auf. So ist die Abforderung der Erklärung weder durch einen in § 8 Nr. 5 Abs. 1 VOB/A aufgeführten Tatbestand noch einen in § 8 Nr. 3 Abs. 1 VOB/A genannten Aspekt zu begründen. Die Kenntnis der zuständigen Agentur für Arbeit ist ebenso wenig relevant für den Nachweis der Fachkunde als auch für den Nachweis der Leistungsfähigkeit, so dass selbst nach § 8 Nr. 3 Abs. 1 lit g), Abs. 2 VOB/A eine Befugnis für das Abfordern nicht herzuleiten ist. Im Übrigen sind Anhaltspunkte über eine Einbindung arbeitsmarktpolitischer Instrumente, die eine Beteiligung der Agentur für Arbeit möglich erscheinen lassen, nicht erkennbar.

Der Nachprüfungsantrag der Antragstellerin zu 2) ist unbegründet. Mit ihrem Begehren, eine Neuwertung unter Berücksichtigung ihres Angebotes zu erreichen, kann diese nicht durchdringen. Das Angebot ist zwar nicht wie bereits zur Antragstellerin zu 1) dargelegt wegen fehlender Bewerbererklärung jedoch zwingend wegen fehlender Bieterergänzungen nach

§ 25 Nr. 1 Abs. 1 Buchst. b) i.V.m. § 21 Nr. 1 Abs. 1 Satz 3 VOB/A von der Wertung auszuschließen.

Auf der Grundlage ihres Angebotes ist eine Vergleichbarkeit mit den anderen Angeboten nicht gegeben, weil nur eine Kurzfassung des Leistungsverzeichnisses ohne Angabe der geforderten Bieterergänzungen, wie Fabrikat und Angaben zum Typ, zur Submission vorgelegt wurde. Nach § 25 Nr. 1 Abs. 1 lit. b VOB/A müssen Angebote ausgeschlossen werden, die die geforderten Erklärungen im Sinne des § 21 Nr. 1 Abs. 1 Satz 3 VOB/A nicht enthalten. Der Bundesgerichtshof hat wiederholt den zwingenden Charakter dieser Regelung betont und die damit verbundene Beschränkung des Beurteilungs- und Entscheidungsspielraums des Auftraggebers herausgestellt (vgl. z.B. Beschluss vom 18.05.2004, Az.: X ZB 7/04). Ein Ausschluss kommt nicht etwa nur dann in Betracht, wenn das betreffende Angebot im Ergebnis nicht mit den anderen Angeboten verglichen werden kann. Ein transparentes, auf Gleichbehandlung aller Bieter beruhendes Vergabeverfahren, wie es die VOB/A gewährleisten sollte, ist nur zu erreichen, wenn in jeder sich aus den Verdingungsunterlagen ergebenden Hinsicht vergleichbare Angebote abgegeben werden. Der BGH geht regelmäßig davon aus, dass der öffentliche Auftraggeber im Rahmen des § 25 Nr. 1 Abs. 1 VOB/A bei Vorliegen der dort aufgestellten Voraussetzungen kein Recht zu einer wie auch immer gearteten großzügigen Handhabe hat, sondern gezwungen ist, das betreffende Angebot aus der Wertung zu nehmen.

In diesem Zusammenhang stellt sich zugleich die Frage nach den Grenzen des Nachverhandlungsrechts und insbesondere des Nachforderungsrechts des Auftraggebers gemäß § 24 Abs. 1 VOB/A. Während die Folge des zwingenden Angebotsausschlusses bei Fehlen von Preisangaben zwischenzeitlich als geklärt gelten dürfte, lässt sich weder nach Auffassung des Schrifttums noch aus der in der Folge der BGH-Entscheidungen ergangenen obergerichtlichen Rechtsprechung ableiten, dass generell im Angebot fehlende aber nachgereichte Erklärungen zum zwingenden Ausschluss führen. Dies soll zumindest dann nicht gelten, wenn die nachgereichten Unterlagen oder Erklärungen objektiv betrachtet unter keinen Umständen die Gefahr einer Manipulation hervorrufen können (vgl. Kus, Anmerkung zum Urteil des BGH v. 07.01.2003 - X ZR 50/01, VergabeR 5/2003, S. 561, 562.).

Hingegen führt auch das Fehlen einer Vielzahl von produktidentifizierenden Angaben (z. B. Hersteller- und Typenbezeichnungen) regelmäßig zum zwingenden Angebotsausschluss (vgl. OLG Frankfurt, Beschluss vom 16.09.2003, Az.: 11 Verg 11/03). Fordern die Ausschreibungsunterlagen bezüglich einer Vielzahl von Positionen neben dem Fabrikat/ Hersteller auch Angaben zum Typ des angebotenen Produkts, so würde die Möglichkeit der nachträglichen Angabe eine wesentliche Verbesserung der Wettbewerbsstellung gegenüber den sonstigen Mitbietern bedeuten, so dass hier ein zwingender Ausschluss des Angebotes geboten ist. (BGH, a. a. O.; OLG Dresden, Beschluss v. 12.06.2002, W Verg 6/02).

Die Antragsgegnerin war daher nicht befugt, im Rahmen einer Nachverhandlung gemäß § 24 VOB/A der Antragsstellerin zu 2) das Nachreichen von klarstellenden Angaben zu ermöglichen. Einen Anspruch auf Nachverhandlung hat der Bieter, der ein in diesem Sinne unklares Angebot vorgelegt hat, grundsätzlich nicht (OLG Dresden, Beschluss vom 10.07.2003 W Verg 0015/02 m.w.N.). Soweit sich die Antragstellerin zu 2) darauf beruft, dass die Antragsgegnerin sich durch ihr Nachfordern selbst gebunden habe, ist ihr entgegenzuhalten, dass eine nach § 97 Abs. 2 GWB zu gewährleistende Gleichbehandlung aller Bieter durch das einseitige Nachfordern von wettbewerbsrelevanten Unterlagen in nicht hinnehmbarer Weise den Wettbewerb beeinträchtigen würde. Auch bei dieser Entscheidung steht der Vergabestelle kein Raum für eine großzügige Handhabe zu. Deshalb bleibt es auch bei zugelassener Nachreichung dieser Unterlagen bei der zwingenden Ausschlussfolge (BGH NZBau 2003, 293, 295)

Im Ausblick auf die aufgegebene Neuwertung der Angebote merkt die erkennende Kammer an, dass sich eine Bezuschlagung eines Angebotes ohne nachgewiesene Eignung zum Zeitpunkt der Submission als nicht vergabekonform darstellen würde. Denn nach § 25 Nr. 3 Abs.

3 VOB/A dürfen nur solche Angebote in die engere Wahl kommen, die unter Berücksichtigung rationellen Baubetriebs und sparsamer Wirtschaftsführung eine einwandfreie Ausführung erwarten lassen. Im Übrigen kann ein Angebot mit Einheitspreisen von 0,0 € nicht ohne Weiteres mit dem Verweis auf den angeführten Beschluss des Bundesgerichtshofes vom 18.05.2004 ausgeschlossen werden. Zuvor ist eine Aufklärung ist geboten.

III.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 128 Abs. 3 GWB. Die Antragstellerin zu 2), die Antragsgegnerin und die Beigeladene haben die Kosten des Verfahrens zu tragen.

Für die Festsetzung des Streitwertes kommt es nach dem Wortlaut des Gesetzes nicht auf die Zahl der Nachprüfungsanträge, sondern auf die Zahl der Verfahren an. Im vorliegenden Fall hat die Vergabekammer zwei Nachprüfungsanträge zu einem Nachprüfungsverfahren verbunden. Da sowohl die Antragsgegnerin als auch die Beigeladene ihr Antragsziel, Zuschlagserteilung an die Beigeladene, nicht erreichen, dieses Angebot jedoch das höhere strittige Angebot darstellt, werden die Gebühren auf Grundlage der Auftragssumme in Höhe von Euro festgesetzt.

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 allein dem Begehren der Antragstellerin zu 1) entsprochen. Somit kommt es zum Unterliegen des Antragsgegners und der Beigeladenen. Die Antragstellerin zu 2) hat im Ergebnis mit ihrem Antrag ebenfalls keinen Erfolg, da ihr Angebot aus anderen als in dem Informationsschreiben nach § 13 VgV angeführten Gründen auszuschließen war. Die Kosten des Verfahrens sind daher von der Antragstellerin zu 2), der Antragsgegnerin und der Beigeladenen zu tragen. Von den Gesamtkosten tragen die Antragsgegnerin und die Beigeladene je $\frac{2}{5}$, da sie mit ihren Anträgen vollumfänglich unterliegen. Der Antragstellerin zu 2) werden nur $\frac{1}{5}$ der Kosten auferlegt, da sich durch die Zusammenlegung der Verfahren die wirtschaftliche Bedeutung um 20 % erhöht hat. Eine quotenmäßige gleiche Belastung hält die Kammer daher für unangemessen.

Über die Hinzuziehung eines Bevollmächtigten durch die Antragstellerin zu 2) und durch die Beigeladene war nicht zu befinden.

Die Höhe der Gesamtkosten für das Verfahren beläuft sich hier auf

..... €

§ 128 Abs. 1 Satz 1 GWB. Die Kosten gliedern sich auf in Gebühren in Höhe von € (§ 128 Abs. 2 Satz 2 GWB) und Auslagen in Höhe von € (§ 128 GWB i.V.m. § 10 VwKostG LSA).

Die Einzahlung des Betrages in Höhe von je € hat durch die Antragsgegnerin unter Verwendung des Kassenzzeichens 3300-..... und durch die Beigeladene unter Verwendung des Kassenzzeichens 3300-..... jeweils auf das Konto bei der Landeshauptkasse Dessau, Deutsche Bundesbank Magdeburg, BLZ 810 000 00 zu erfolgen.

Der Antragstellerin zu 2) wird unter Beachtung des bereits geleisteten Vorschusses der Betrag in Höhe von € nach Eintritt der Bestandskraft des Beschlusses zurückerstattet.

Der seitens der Antragstellerin zu 1) bereits geleistete Kostenvorschuss von € wird dieser nach Eintritt der Bestandskraft des Beschlusses zurückerstattet.

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 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. Kräuter

gez. Katzsch

gez. Paul