



SACHSEN-ANHALT
LANDESV ERWALTUNGSAMT

**1. Vergabekammer
beim Landesverwaltungsamt**

Beschluss

dazu OLG-Entscheidung 2 Verg 15/11 vom 23.02.2012

AZ: 1 VK LSA 31/11

Halle, 04.11.2011

§ 16 Abs. 1 Nr. 3 VOB/A

- Erfordernis zur Mengennennung in Nebenangeboten
- Nachfristsetzung

Das Erfordernis zur Mengennennung in Nebenangeboten ist als eine Erklärung im Sinne des § 16 Abs. 1 Nr. 3 VOB/A mit der Folge einzustufen, dass vor einer Herausnahme des Nebenangebotes aus der Wertung wegen Nichtangabe abgeforderter Mengenangaben eine erfolglose Nachfristsetzung gegenüber dem säumigen Anbieter auftraggeberseitig erfolgen muss.

In dem Nachprüfungsverfahren der

..... GmbH

.....

Antragstellerin

Verfahrensbevollmächtigte

.....

gegen

den

.....

Antragsgegner

unter Beiladung der

Firma

..... KG

Beigeladene

Verfahrensbevollmächtigte

.....

wegen

des gerügten Vergabeverstößes im Offenen Verfahren zur Baumaßnahme Neubau derhat die 1. Vergabekammer beim Landesverwaltungsamt aufgrund der mündlichen Verhandlung am 26.10.2011 unter Mitwirkung des Vorsitzenden Regierungsdirektor Thomas, der hauptamtlichen Beisitzerin Bauamtsrätin Pönitz und des ehrenamtlichen Beisitzers Herrn Dolge beschlossen:

1. Dem Antragsgegner wird untersagt, auf der Grundlage der jetzigen Bewertung den Zuschlag zu erteilen.
2. Dem Antragsgegner wird aufgegeben, entsprechend der Rechtsauffassung der erkennenden Kammer die Wertung zu wiederholen.
3. Der Antragsgegner trägt die Kosten des Verfahrens, einschließlich der Kosten der Rechtsverfolgung der Antragstellerin.
4. Die Verfahrenskosten (Gebühren und Auslagen) beziffern sich auf insgesamt Euro.
5. Die Hinzuziehung des Verfahrensbevollmächtigten der Antragstellerin wird für notwendig erklärt.

Gründe

I.

Mit Veröffentlichung im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften am2011 schrieb der Antragsgegner im Wege eines Offenen Verfahrens auf der Grundlage der Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen (VOB) im Rahmen des Neubaus der aus.

Ausweislich Punkt 7.1 des Aufforderungsschreibens zur Abgabe eines Angebotes waren Nebenangebote bedingt zugelassen. Hinsichtlich zu erfüllender Mindestanforderungen wurde unter Punkt 7.3 auf den Abschnitt 1.5 der Baubeschreibung sowie das einschlägige Regelwerk gemäß Vordruck HVA B-StB Mindestanforderungen Nebenangebote verwiesen. Entsprechend vorgenanntem Abschnitt der Baubeschreibung war unter der Überschrift „Flutbrücke“ festgelegt worden, dass bei Nebenangeboten folgende Grundlagen des Ausschreibungsentwurfes zwingend beizubehalten sind:

Zusätzlich zu Ziffer 5 der EU-Bewerbungsbedingungen und Ziffer 11 der Angebotsaufforderung soll gelten:

- Alle technisch und preislich bedeutsamen Abmessungen und Baustoffmengen für das Bauwerk müssen festgelegt sein. Mengenänderungen müssen plausibel und nachvollziehbar nachgewiesen werden.
- Für entscheidende Änderungen sind Detailpläne sowie die statische Machbarkeit mit dem Angebot einzureichen.

Außerdem wurde dargelegt, dass ein Fehlen dieser Unterlagen zum Ausschluss des Nebenangebotes führt.

Unter Ziffer 5 der Bewerbungsbedingungen war hinsichtlich der Nebenangebote folgendes vorgegeben:

- 5.1 Sind Nebenangebote zugelassen, müssen sie die geforderten Mindestanforderungen erfüllen; dies ist mit Angebotsabgabe nachzuweisen.
- 5.2. Der Bieter hat die in Nebenangeboten enthaltenen Leistungen eindeutig und erschöpfend zu beschreiben; die Gliederung des Leistungsverzeichnisses ist, soweit möglich, beizubehalten.
Nebenangebote müssen alle Leistungen umfassen, die zu einer einwandfreien Ausführung der Bauleistung erforderlich sind.

Soweit der Bieter eine Leistung anbietet, deren Ausführung nicht in Allgemeinen Technischen Vertragsbedingungen oder in den Vergabeunterlagen geregelt ist, hat er im Angebot entsprechende Angaben über Ausführung und Beschaffenheit dieser Leistung zu machen.
- 5.3 Nebenangebote sind, soweit sie Teilleistungen (Positionen) des Leistungsverzeichnisses beeinflussen (ändern, ersetzen, entfallen lassen, zusätzlich erfordern), nach Mengensätzen und Einzelpreisen aufzugliedern (auch bei Vergütung durch Pauschalsumme).
- 5.4 Nebenangebote, die den Nummern 5.1 bis 5.3 nicht entsprechen, werden von der Wertung ausgeschlossen

Der Auftraggeber gab als Auftragskriterien unter Ziffer 12.2 des Aufforderungsschreibens den Preis mit einer Gewichtung von 80 % sowie den technischen Wert mit einer Gewichtung von 20 % an. Im Kriterium technischer Wert wurden die Unterkriterien Qualitätssicherung und Bauablauf mit jeweils gleicher Gewichtung benannt. Die Bewertung der von den Bietern zu den Unterkriterien mit dem Angebot vorzulegenden Unterlagen sollte über eine Punktebewertung mit 3 bis 10 Punkten erfolgen.

Zum Einreichungstermin am 22.06.2011, 10.00 Uhr lagen 10 Hauptangebote, zahlreiche Nebenangebote und ein Nachlassgebot vor.

Nach Beendigung der Wertung teilte der Antragsgegner der Antragstellerin mit Fax-Schreiben vom 12.08.2011 mit, dass auf ihr Angebot der Zuschlag nicht erteilt werde. Als Begründung führte er an, dass das Angebot nicht das wirtschaftlichste sei und die eingereichten Nebenangebote 1 bis 3 für die Ermittlung der Wertungssumme nicht berücksichtigt werden konnten. Zudem sei beabsichtigt, frühestens am 23.08.2011 das Angebot der Beigeladenen zu bezuschlagen.

Daraufhin rügte die Antragstellerin per Fax mittels anwaltlichen Schriftsatzes vom 16.08.2011 die Nichtwertung des Nebenangebotes 1 als vergaberechtswidrig. Entgegen der Auffassung des Antragsgegners erfülle das Nebenangebot 1 die Mindestanforderungen der Ausschreibungsunterlagen. Die Antragstellerin habe mit dem Nebenangebot 1 ein Leistungsverzeichnis und Bauwerkspläne eingereicht. Durch die Bauwerkspläne seien die Abmessungen und Baustoffmengen für das Bauwerk eindeutig festgelegt. Die Mengenänderungen im Nebenangebot 1 würden Beton, Betonstahl und Spannstahl für den Überbau betreffen. Dazu habe die Antragstellerin mit dem Angebot eine EDV-technisch erstellte Vorstatik eingereicht, mittels derer die neuen Mengen des Nebenangebotsleistungsverzeichnisses ermittelt und insbesondere nachgewiesen worden seien. Der Vorstatik seien die tatsächlich benötigten Gesamtmengen zu entnehmen, wie sie sich in den jeweiligen Vordersätzen des LV des Nebenangebotes wiederfänden. Darüber hinaus habe der Auftraggeber ein besonderes Formular, in das die Bieter die Mengenänderungen in tabellarischer Form o. ä. einzutragen hatten, den Ausschreibungsunterlagen nicht beigelegt. So etwas sei ansonsten auch nicht gefordert worden.

Zudem seien im Vergabeverfahren nach VOB/A die Erklärungen so auszulegen, wie sie ein sach- und fachkundiger Bieter verstehen durfte. Da die Nichteinhaltung von Mindestbedingungen für den Bieter zum Verlust aller Chancen am Vergabeverfahren führe, müsse der Auftraggeber sie möglichst klar und für alle Bieter in gleicher Weise verständlich formulieren.

Hier sei bei den Mindestkriterien lediglich gefordert worden, dass die Mengenänderungen plausibel und nachvollziehbar nachgewiesen werden müssten. Auf welche Art und Weise dies zu erfolgen habe, sei nicht vorgegeben worden. Im Rahmen einer eventuell notwendig werdenden Auslegung seien daher der Inhalt der Ausschreibung, die dem Bieter übersandten Vergabeunterlagen und die späteren gegebenenfalls erfolgten Erläuterungen des Auftraggebers maßgeblich. Verbleiben hierbei Zweifel, müsse eine Auslegung wegen der für den Bieter verbundenen Nachteile restriktiv erfolgen. Lege man diesen Auslegungsmaßstab hier an, so erfülle die Antragstellerin mit der bereits aufwendig erstellten Statik die Mindestanforderungen. Ausweislich Ziffer 1.5 der Baubeschreibung sei verlangt worden, dass die Mengenänderungen plausibel und nachvollziehbar nachgewiesen werden müssen. Durch die Verwendung des Wortes „nachweisen“ habe der Auftraggeber bekannt gegeben, dass ein rechnerischer Beleg für die Mengenänderungen gefordert werde. Der Antragstellerin sei völlig unklar, was an der statischen Berechnung nicht plausibel sein solle. Denn die im Leistungsverzeichnis des Nebenangebotes 1 enthaltenen Mengen seien rein faktisch das Ergebnis der statischen Berechnung und somit per se plausibel. Darüber hinaus stelle die statische Berechnung auch den Nachweis der Mengen dar. Da gemäß den Ausschreibungsunterlagen den Bietern jeglicher Nachweis gestattet sei, müsse eine ausführliche statische Berechnung dementsprechend als besonders belastbarer Nachweis betrachtet werden.

Alle Angaben seien bereits mit der mit dem Angebot eingereichten Vorstatik enthalten. Letztendlich sei der geforderte Nachweis der Mengenänderung allein im Rahmen einer statischen Berechnung zu führen. Zur Prüfung der Gleichwertigkeit des Nebenangebotes müsse jedenfalls summarisch geprüft werden. Daraus könnten auftraggeberseitig bereits plausibel sämtliche Vordersätze entnommen werden. Dementsprechend sei das Nebenangebot in die Bewertung einzubeziehen. Darüber hinaus habe der Auftraggeber auch im Aufklärungsgespräch am 18.07.2011 ausdrücklich festgehalten, dass im Rahmen der formellen und rechnerischen Prüfung der Angebote keine Beanstandungen bestünden. Die Prüfung der Mindestanforderungen erfolge bereits auf der 1. Wertungsstufe. Der Ausschlussgrund erscheine der Antragstellerin daher im Nachhinein konstruiert.

Da der Antragsgegner mit Schreiben vom 18.08.2011 die Rüge vollinhaltlich zurückwies, hat die Antragstellerin mittels Fax-Schreiben vom 19.08.2011 die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens beantragt.

Der Nachprüfungsantrag ist dem Antragsgegner mit Verfügung der Vergabekammer vom 22.08.2011 zugestellt worden. Über die Unzulässigkeit einer Zuschlagserteilung gemäß § 115 Abs. 1 Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) wurde er mit Zustellung des Nachprüfungsantrages belehrt. Gleichzeitig erfolgte die Aufforderung, die entsprechenden Unterlagen und eine Stellungnahme zum Nachprüfungsantrag vorzulegen.

Die Antragstellerin stützt sich im Nachprüfungsantrag inhaltlich auf ihren Rügevortrag und lässt darüber hinaus anwaltlich ergänzend vortragen,

dass der Antragstellerin durch das rechtswidrige Vorgehen des Antragsgegners und die beabsichtigte Zuschlagserteilung gegenüber der Beigeladenen ein Schaden im Sinne des § 107 Abs. 2 GWB drohe. Dies gelte insbesondere, da ihr unter Berücksichtigung des nicht gewerteten Nebenangebotes 1 voraussichtlich der Zuschlag zu erteilen sei.

Durch die Positionierung des Antragsgegners im Nachgang zur Rüge sei deutlich geworden, dass er vergaberechtswidrig die bekannt gemachten Mindestkriterien verlasse und nachträglich Anforderungen geändert habe. Gemäß der Vorgabe der Baubeschreibung seien die Mengenänderungen im Nebenangebot plausibel und nachvollziehbar nachzuweisen gewesen. Im Gegensatz dazu werde auftraggeberseitig nunmehr geäußert, dass die angebotenen Mengenänderungen in den Unterlagen einfach nachvollziehbar dargelegt sein müssten. Dies sei nicht vorgegeben gewesen, denn ein rechnerischer Nachweis stelle etwas anderes dar, als eine simple Darlegung von Mengenänderungen. Zudem habe der Auftraggeber auch keinen exakten und nachvollziehbaren Nachweis gefordert. Wie die Rügebeantwortung ausweise, seien für den Auftraggeber die LV-Mengen plausibel nachvollziehbar gewesen, denn die geringfügigen Abweichungen aufgrund der Sicherheitszuschläge würden dem Nachweis nicht die Plausibilität nehmen. Hinzukomme, dass man bei der Erstellung eines Leistungsverzeichnisses üblicherweise die Mengen großzügig und nicht zu knapp bemesse. Grundlage einer Ausschreibung sei in der Regel eine Entwurfsplanung, die noch nicht den Detaillie-

rungsgrad und die Genauigkeit einer späteren Ausführungsplanung aufweise, nach der letztendlich gebaut werde. So liege es nahe einen Sicherheitszuschlag bei den Mengen zu berücksichtigen, um nicht in der Ausführungsphase aufgrund Mehrmengen erhebliche Mehrkosten gegenüber der ursprünglichen Auftragssumme zu riskieren.

Außerdem hätte aufgrund der unklaren Formulierungen in den Verdingungsunterlagen die auftraggeberseitige Verpflichtung zur Aufklärung gemäß § 15 Abs. 1 Nr. 1 VOB/A bestanden, bevor das Nebenangebot 1 ausgeschlossen werde. Die Gefahr einer Änderung des Angebotes habe nicht bestanden, weil das Nebenangebot alle geforderten Nachweise enthalten habe.

Auch seien die in den zwei Spiegelstrichen formulierten Mindestkriterien der Ziffer 1.5 der Baubeschreibung nicht kumulativ, sondern aufgrund des weitergehenden zweiten Spiegelstrichs alternativ zu verstehen. Das bedeute, dass bei wenig entscheidenden Änderungen die Nachweise im ersten Spiegelstrich mit dem Nebenangebot geführt werden müssten. Sofern jedoch ein Nebenangebot entscheidende Änderungen enthalte, müssten die im ersten Punkt allgemein geforderten Nachweise durch Detailpläne sowie eine statische Machbarkeitsstudie ersetzt werden. Keinesfalls könnten Unklarheiten zu Lasten des Bieters gehen. Darüber hinaus seien in ständiger Ausschreibungspraxis seitens des Auftraggebers die von der Antragstellerin eingereichten Nachweise als ausreichend betrachtet worden.

Im Nachgang der Akteneinsicht wird antragstellerseitig bemängelt, dass der Antragsgegner ausweislich seiner Vergabeakten das streitbefangene Nebenangebot bei der formalen und rechnerischen Prüfung am 09.08.2011 nicht beanstandet, sondern vielmehr unter Ziffer 1.5 des Formblattes angekreuzt habe, dass für das Nebenangebot alle geforderten Unterlagen vorlägen. Unter Ziffer 8.1 des Formulars finde sich jedoch ohne Angabe des Datums dann die Eintragung, dass das Nebenangebot die gestellten Mindestanforderungen nicht erfülle. Damit sei völlig unklar, wann die Wertung hinsichtlich der Mindestanforderungen dokumentiert worden sei. Eine ordnungsgemäße Dokumentation liege jedoch nur dann vor, wenn eine verbriefteste Festhaltung so zeitnah geschehe, dass sie die maßgeblichen Feststellungen hinreichend detailliert und zutreffend erfasse und somit Manipulationen auszuschließen seien. Durch das Weglassen des Datums auf der wertungsrelevanten Seite des Nebenangebotsprüfvermerks bleibe eine nachträgliche Änderung der betreffenden Seite mangels Erkennbarkeit folgenlos. Somit liege ein schwerwiegender Verstoß gegen den Transparenzgrundsatz und den daraus folgenden Dokumentationspflichten vor. Diese Dokumentationsmängel würden dazu führen, dass das Vergabeverfahren ab dem Zeitpunkt der unzureichenden Dokumentation zu wiederholen sei.

Zudem seien die als Mindestanforderungen in der Baubeschreibung im Abschnitt 1.5 keine Mindestanforderungen im eigentlichen Sinne, sondern rein formale Kriterien. Dies ergebe sich ebenso aus der Formulierung unter Punkt 1.5 der Baubeschreibung in Fettdruck. Demnach seien alle Mindestforderungen für Nebenangebote der Heftung „Angebotsaufforderung“ Vordruck „HVA B-StB-Mindestanforderungen“ zu entnehmen. Wenn aber alle Mindestforderungen dem Vordruck zu entnehmen seien, könne der nachfolgende Text keine Mindestanforderungen enthalten. Dies werde bezüglich der hier streitigen zwei Unterpunkte auf Seite 16 besonders deutlich, die auf Ziff. 5 der Bewerbungsbedingungen sowie auf Ziff. 11 der Aufforderung zur Angebotsaufforderung Bezug nehmen. In Ziff. 5 habe man nur formelle Anforderungen genannt und der Verweis auf Ziff. 11 laufe leer. Grundsätzlich könnten unter der Bezeichnung Mindestanforderungen nur leistungsbezogene, d.h. sachlich-technische Vorgaben, gemeint sein. Mindestanforderungen stelle man im Allgemeinen in technischer oder sonst funktioneller Hinsicht, insbesondere im Hinblick auf die Art und Weise der vorgesehenen Nutzung, bestimmter Leistungsdurchschnitte, Kapazitäten, Haltbarkeiten, Benutzungsvoraussetzungen. Durch Mindestanforderungen lege der Auftraggeber somit fest, welchen Standard ein Nebenangebot in bautechnischer Hinsicht mindestens erfüllen müsse. Formelle Anforderungen an ein Nebenangebot seien demnach keine Mindestkriterien im Sinne der Vergabekoordinierungsrichtlinie 2004/18/EG des europäischen Parlamentes und des Rates vom 31.03.2004 und der vergaberechtlichen Rechtsprechung. Damit stehe fest, dass der Auftraggeber das Nebenangebot 1 bereits im Rahmen der 1. Wertungsstufe hätte ausschließen müssen, wenn der vermeintlich geforderte Mengennachweis fehle. Nach der Bestätigung der Vollständigkeit des Nebenangebotes habe der Antragsgegner nochmals im Rahmen der Erfüllung der Mindestanforderungen die Vollständigkeit des Nebenangebotes

geprüft. Damit sei belegt worden, dass er die zusätzlich geforderte Unterlage nicht als technisches Mindestkriterium verstanden habe, sondern als einen vom Bieter geforderten Nachweis im Sinne des § 13 Abs. 1 Nr. 4 VOB/A, der für ein vollständiges Angebot notwendig wäre. Damit wäre der Auftraggeber verpflichtet gewesen, nach § 16 Abs. 1 Nr. 3 VOB/A die angeblich fehlenden Nachweise nachzufordern. Nach dieser Vorschrift sollen erst Angebote ausgeschlossen werden, wenn der Bieter nicht innerhalb von sechs Kalendertagen nach Aufforderung durch den Auftraggeber die fehlenden Unterlagen nachreiche. Nach diesem klaren Wortlaut habe der Auftraggeber kein Ermessen. Dies gelte ebenso für die Nichtwertung eines Nebenangebotes. So hätte der Auftraggeber die mit Rügeschreiben übergebenen Nachweise folglich im Rahmen der Angebotswertung berücksichtigen müssen. Es handele sich nicht um Preisangaben, sondern allenfalls um eine Zusammenstellung und erläuternde Berechnung der Vordersätze des Nebenangebotes, die nachvollziehbar in der mit dem Nebenangebot eingereichten Vorstatik enthalten seien.

Gegen eine Wertung spreche auch nicht der Hinweis unter Ziffer 1.5 der Baubeschreibung, dass ein Fehlen der unter den Spiegelstrichen geforderten Erklärungen zum Angebotsausschluss führe. § 6 Vergabeverordnung (VgV) lege für europaweite Vergaben fest, dass der 2. Abschnitt der VOB/A gelte, wodurch die VOB/A Gesetzesrang erhalte. Die entgegenstehende Klausel verstoße gegen geltendes Recht und sei damit unwirksam.

Im Übrigen habe der Auftraggeber im Rahmen der Angebotsauswertung nicht alle Erläuterungen und Nachweise der Antragstellerin bei der Bewertung der Unterkriterien berücksichtigt. Die Vorenthaltung eines Punktes zum Unterkriterium Qualitätssicherung im Punkt „Mustergeländer wird erstellt“ sei nicht gerechtfertigt. Denn ausweislich der Erläuterungen zu Bauablauf, Technologie und Qualität habe die Antragstellerin zugesichert, ein Mustergeländer vor Fertigungsbeginn zur Begutachtung und Auswahl durch den Antragsgegner herzustellen. Vorsorglich werde diese fehlerhafte Wertung der Unterkriterien gerügt. Dieser Fehler wirke sich zwar momentan nicht aus, da die Antragstellerin volle Punktzahl erhalten habe. Gleichwohl sei die fehlerhafte Wertung zu korrigieren.

Nach alledem sei nachgewiesen, dass die Nichtwertung des Nebenangebotes 1 zu Unrecht erfolgt sei.

Die Antragstellerin beantragt,

1. dem Antragsgegner zu untersagen, im Vergabeverfahren „Neubau der den Zuschlag auf das Angebot der Beigeladenen zu erteilen,
2. dem Antragsgegner aufzugeben, die Wertung unter Beachtung der Rechtsauffassung der Vergabekammer, unter Berücksichtigung des Nebenangebotes 1 der Antragstellerin, zu wiederholen,

hilfsweise,
die Zurückversetzung der Angebotswertung auf einen Zeitpunkt vor Ausschluss des Nebenangebotes der Antragstellerin,

hilfsweise,
aufgrund der unklaren Vorgaben die Ausschreibung auf den Stand vor Angebotsabgabe zurückzusetzen,

3. die Hinzuziehung der Verfahrensbevollmächtigten auf Seiten der Antragstellerin notwendig zu erklären sowie
4. dem Antragsgegner die Kosten des Nachprüfungsverfahrens aufzuerlegen.

Der Antragsgegner beantragt,

die Anträge zurückzuweisen.

Zur Begründung führt er aus, dass der Nachprüfungsantrag unbegründet sei. Das Nebenangebot 1 der Antragstellerin sei zu Recht ausgeschlossen worden, so dass sie nicht in ihren Rechten verletzt worden sei. Das Nebenangebot 1 enthalte keine plausiblen und nachvollziehbaren Nachweise für die Mengenänderungen.

Ein Nebenangebot setze begrifflich voraus, dass die Leistung durch die Bieter inhaltlich anders angeboten werde, als sie in den Unterlagen beschrieben sei. So müssten sie selbstverständlich so vollständig und klar sein, dass der Auftraggeber sich ein hinreichendes Bild über die Konsequenzen der Nebenangebote machen könne. Im vorliegenden Fall habe der Antragsgegner sogar Regelungen und Mindestanforderungen dafür aufgestellt, wie Nebenangebote gefasst werden sollten, um den Bietern Rahmenbedingungen vorzugeben. Diese Regelungen seien in Nr. 7.1 der Aufforderung zur Angebotsabgabe, in Nr. 5 der EU-Bewerbungsbedingungen, in Nr. 1.5 der Baubeschreibung sowie im Vordruck HVA B-StB Mindestanforderungen für Nebenangebote zu finden.

Nach Ziffer 1.5 der Baubeschreibung sei auftraggeberseitig festgelegt worden, dass alle technisch und preislich bedeutsamen Abmessungen und Baustoffmengen für das Bauwerk festgelegt sein müssen. Mengenänderungen müssten plausibel und nachvollziehbar nachgewiesen werden. Unter dem 2. Anstrich sei dargelegt, dass für entscheidende Änderungen Detailpläne sowie die statische Machbarkeit mit dem Angebot einzureichen seien. Außerdem ist dargelegt, dass ein Fehlen dieser Unterlagen zum Ausschluss des Nebenangebotes führe. Entgegen der antragstellerseitigen Auffassung, sei diesen Formulierungen eindeutig zu entnehmen, dass der plausible und nachvollziehbare Nachweis für alle Mengenänderungen ohne Einschränkungen bereits in den Ausschreibungsunterlagen gefordert worden sei. Im Übrigen seien die Mengenänderungen des Nebenangebotes wesentlich.

Die von der Antragstellerin bezüglich des Nebenangebotes 1 eingereichte umfassende Vorstatik, die Bauwerkspläne sowie das Leistungsverzeichnis entsprechen lediglich dem 2. Anstrich der vorgenannten Forderung. Die Voraussetzung des 1. Anstriches, Mengenänderungen plausibel und nachvollziehbar nachzuweisen, sei antragstellerseitig nicht erfüllt worden. Das bloße Vermerken der Vordersätze auf Seite 5 von 11 des Nebenangebotes 1 stelle keinen Nachweis dar. Zum Nachweis würden Erläuterungen bzw. Berechnungen gehören. Mengenangaben der Vordersätze seien der Vorstatik eben nicht auf direktem Wege zu entnehmen. Sie seien nur über mehrere Gedanken- und Rechenschritte sowie nur mit Erläuterungen des Bieters ermittelbar. Denn die Vordersätze würden anders als die Vorstatik selbst nach eigenen Angaben der Antragstellerin Sicherheitszuschläge, also Schätzungen und Rundungen enthalten. Die Ausschreibungsunterlagen seien seitens des Auftraggebers gerade deshalb so gestaltet worden, weil er vermeiden wolle, dass man sich bei der Wertung von Nebenangeboten aus 200 Seiten Vorstatik die einzelnen Zahlen zusammensuchen müsse und mehrere Rechenschritte zu vollziehen habe, um dann die Vordersätze mit möglicherweise vorhandenen Zuschlägen und nur mit Erklärungen des Bieters gegebenenfalls ermitteln zu können. Die Erläuterungen und Berechnungen sowie die Anmerkungen und die Rechenschritte, die mit der Rüge durch die Antragstellerin geliefert worden seien, hätten daher Bestandteil des Nachweises über die Plausibilität und Nachvollziehbarkeit der Mengenänderungen sein müssen. Da dieser Nachweis zum Zeitpunkt der Angebotsabgabe nicht vorgelegen habe, sei das Nebenangebot nach Nr. 5.4 der Bewerbungsbedingungen und Punkt 1.5 der Baubeschreibung auszuschließen gewesen.

Es könne im Übrigen nicht zugestanden werden, dass die Vordersätze korrekt ermittelt seien. Denn die Vorstatik sei entgegen der Darstellung der Antragstellerin noch nicht durch den Antragsgegner im Detail geprüft worden. Dies wäre erst ein weiterer Schritt bei der Wertung des Nebenangebotes.

Im Übrigen habe der Antragsgegner die Nachweise über die Mengenänderungen nach Nr. 5.1 der Bewerbungsbedingungen nicht nachfordern dürfen. Denn die Mindestanforderungen müssten mit Angebotsabgabe nachgewiesen werden. Die Formblätter für Ausschreibungen seien im Handbuch für die Vergabe und Ausführung von Bauleistungen im Straßen- und Brückenbau entnommen worden. Diese seien als interne Anweisung für den Antragsgegner verbindlich. Ausweislich 2.4 Nr. 17 dürfe ein Nebenangebot nicht durch Nachreichen von Unterlagen nachgebessert und damit gleichwertig gemacht werden.

Auch lägen keine Dokumentationsmängel vor. Richtig sei, dass der fehlende Nachweis nicht unter der formalen Prüfung entsprechend Punkt 1.1 bis 1.5, sondern als Mindestanforderung

für Nebenangebote erst unter den Nummern 8.1 und 8.2 berücksichtigt worden sei. Der Unterzeichner des Protokolls habe am 09.08.2011 das Nebenangebot geprüft und gewertet sowie das Protokoll entsprechend erstellt. Das gleiche Ergebnis finde sich auch in der Zusammenfassung der Prüfung und Wertung der Angebote der, die ebenfalls am 09.08.2011 erstellt worden sei. Im Vergabevermerk habe man unter Nr. 9.2 das Ergebnis der Gesamtbetrachtung des Nebenangebotes 1 auch entsprechend zusammengefasst.

Ausweislich des Kammerbeschlusses vom 06.09.2011 ist die Firma beigeladen worden.

Mittels Beschlüssen vom 05.09.2011 und 10.10.2011 sind der Antragstellerin sowie der Beigeladenen Einsicht in die Akten des Antragsgegners gewährt worden. Das Akteneinsichtsrecht erstreckte sich nicht auf die durch die Mitbieter eingereichten Unterlagen und die Auswertungsunterlagen, die Inhalte über diese enthalten.

Den Beteiligten ist in der mündlichen Verhandlung Gelegenheit gegeben worden, ihren Vortrag zum Sachverhalt sowie zur rechtlichen Würdigung zu ergänzen.

Hinsichtlich der weiteren Einzelheiten zum Sachverhalt und zum Vortrag der Beteiligten wird auf deren Schriftsätze sowie die vorgelegten Vergabeakten 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, Az.: 63-32570/03, geändert durch Runderlass des MW vom 08.12.2003, Az.: 42-32570/03.

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 v. 05.08.2009, MBl. LSA Nr. 33/2009) zuständig.

Bei der ausgeschriebenen Errichtung des Überführungsbauwerkes Rahmen des Neubaus der handelt es sich um eine Bauleistung im Sinne § 1a VOB/A, Fassung 2009. Da der Gesamtauftragswert der Maßnahme die 4.845.000 Europäischen Währungseinheiten überschreitet, sind die Bestimmungen der a-Paragraphen zusätzlich zu den Basisparagraphen anzuwenden.

Der Antragsgegner gilt als öffentlicher Auftraggeber gemäß § 98 Nr. 1 GWB.

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

Nach dieser Vorschrift ist jedes Unternehmen antragsbefugt, das ein Interesse an einem 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, dass ihr Nebenangebot 1 vergaberechtswidrig nicht gewertet worden sei, obwohl sie alle auftraggeberseitigen Forderungen eingehalten und somit ihre Chancen auf den Zuschlag verloren habe. Dies verletze sie in ihren Rechten. Dieser Vortrag ist für die Feststellung des Vorliegens der Antragsbefugnis ausreichend.

Ebenso ist die Voraussetzung einer unverzüglichen Rüge im Sinne des § 107 Abs. 3 Nr. 1 GWB erfüllt. Die Rüge erfolgte mittels anwaltlichen Schriftsatzes vom 16.08.2011 auf das Absageschreiben des Auftraggebers mit Faxschreiben vom 12.08.2011 und damit rechtzeitig im Sinne des § 107 Abs. 3 Nr. 1 GWB.

Zudem wurde dem Erfordernis des § 107 Abs. 3 Nr. 4 GWB durch die Antragstellerin entsprochen. Die auf das Rügeschreiben vom 16.08.2011 auftraggeberseitig folgende Nichtabhilfeerklärung ging bei der Antragstellerin am 18.08.2011 ein. Der mittels Faxschreiben am 22.18.2011 bei der erkennenden Kammer eingegangene Nachprüfungsantrag erfolgte somit innerhalb der vorgeschriebenen Antragsfrist von 15 Tagen entsprechend § 107 Abs. 3 Nr. 4 GWB.

Den Anforderungen des § 108 GWB wurde durch das Abfassen des Nachprüfungsantrages genügt.

Der Nachprüfungsantrag ist ebenfalls begründet.

Der Antrag ist begründet, da gegen ein drittschützendes Recht der Antragstellerin im Sinne des § 97 Abs. 7 GWB im Rahmen der Ausschreibung verstoßen worden ist.

Ausschlaggebend für diese Feststellung sind die hier an Nebenangebote anzulegenden auftraggeberseitigen Parameter. Danach wurde ausweislich Ziffer 7.3 des Aufforderungsschreibens zur Angebotsabgabe unter dem Begriff der einzuhaltenden Mindestanforderungen u. a. auf Abschnitt 1.5 der Baubeschreibung verwiesen. Dementsprechend gilt, dass

- alle technisch und preislich bedeutsamen Abmessungen und Baustoffmengen für das Bauwerk festgelegt sein müssen. Mengenänderungen müssen plausibel und nachvollziehbar nachgewiesen werden.
- Für entscheidende Änderungen sind Detailpläne sowie die statische Machbarkeit mit dem Angebot einzureichen.

Die erkennende Kammer kann der Auffassung der Antragstellerseite, es handele sich hier um lediglich alternativ wirkende Anforderungen nicht folgen. Nach hiesiger Auffassung steht vielmehr unzweifelhaft fest, dass die Anforderungen kumulativ zu behandeln sind. Während der erste Spiegelstrich ausdrücklich alle Mengenänderungen betrifft, erstreckt sich die Aufforderung zur Vorlage einer Detailplanung hingegen nur auf lediglich entscheidende Änderungen. Die erkennende Kammer muss daher auch der Argumentation der Antragstellerin eine Absage erteilen, die Anforderungen des Antragsgegners seien zumindest als missverständlich einzustufen.

Im vorliegenden Fall hat die Antragstellerin diesem hier verbindlichen Anforderungsprofil mit ihrem Nebenangebot 1 nicht genügt. Dabei kann dahingestellt bleiben, ob die Vordersätze als Mengenangaben im Sinne des auftraggeberseitigen Anforderungsprofils gewertet werden können. Es fehlt jedenfalls an einem plausiblen und nachvollziehbaren Mengennachweis. Entgegen der Argumentation der Antragstellerin liegt ein solcher nicht in der eingereichten Detailplanung. Sinn und Zweck des abgeforderten Nachweises ist die einfache Überprüfbarkeit der Plausibilität der eingegebenen Mengenangaben. Diesem legitimen Ansinnen der Auftraggeberseite wird nicht dadurch Genüge getan, dass man die Mengenansätze anhand der eingereichten Detailplanung erst ermittelt. Ob dies tatsächlich möglich ist, ist in diesem Zusammenhang daher auch ohne Belang. Sollte dieses Anforderungsprofil seitens der Antragstellerin für unverhältnismäßig erachtet werden, so wäre es an ihr gewesen, durch eine entsprechende Rüge auf die Herausnahme der entsprechenden Regelung zu drängen. Dies ist nicht erfolgt. Die Antragstellerin muss sich demnach an diesem Profil messen lassen.

Die seitens des Antragsgegners in diesem Sinne zu Recht getroffenen Feststellungen führten seinerseits jedoch zu fehlerhaften Schlussfolgerungen, so dass das Wertungsergebnis im Widerspruch zu den geltenden vergaberechtlichen Regelungen steht. In diesem Zusammenhang ist zunächst einmal festzustellen, dass Mindestbedingungen in Übereinstimmung

mit der auftraggeberseitigen Auffassung selbstverständlich mit der Angebotsabgabe erfüllt sein. Dies trifft ausweislich § 16 Abs. 1 Nr. 3 VOB/A in dieser Form jedoch seit der Neuregelung 2009 nicht für Erklärungen und Nachweise zu. Im Einklang mit dem OLG Düsseldorf (Beschluss vom 10.08.2011 - 1 Verg 66/11 -) ist das Erfordernis zur Mengennennung in Nebenangeboten als eine Erklärung im Sinne des § 16 Abs. 1 Nr. 3 VOB/A mit der Folge einzustufen, dass vor einer Herausnahme des Nebenangebotes aus der Wertung wegen Nichtangabe abgeforderter Mengenangaben eine erfolglose Nachfristsetzung gegenüber dem säumigen Anbieter auftraggeberseitig erfolgen muss. Dies hat vorliegend jedoch nicht stattgefunden, so dass die Bewertung durch den Antragsgegner als fehlerhaft einzustufen ist. Dieser Schlussfolgerung steht auch nicht entgegen, dass die auftraggeberseitig vorzunehmende Ausschlussfolge bereits in den Ausschreibungsunterlagen kund getan wurde. Es kann von einem durchschnittlichen Bieter nicht erwartet werden, dass er ausreichend rechtssicher zwischen noch zulässigen Mindestanforderungen und der Abforderungen von Erklärungen im Sinne des § 16 Abs. 1 Nr. 3 VOB/A differenzieren kann. Die Kammer geht hier nicht von einer Erkennbarkeit der Fehlerhaftigkeit der Ausschreibungsunterlagen der Antragstellerseite im Sinne des § 107 Abs. 3 Nr. 3 GWB aus. Sie ist demnach nicht gehindert, den Antragsgegner antragsgemäß dahingehend anzuweisen, seine Wertung entsprechend der Rechtsauffassung der erkennenden Kammer zu wiederholen. In diesem Zusammenhang ist dem Antragsgegner anzuraten zu prüfen, ob die im Rahmen der erfolgten Rüge ergänzend übermittelten Informationen nunmehr ausreichen, um das relevante Anforderungsprofil zu erfüllen. Wird dies bejaht, wäre eine Nachfristsetzung im Sinne des § 16 Abs. 1 Nr. 3 VOB/A obsolet.

Der Nachprüfungsantrag war demnach erfolgreich.

III.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 128 Abs. 3 GWB. Der Antragsgegner hat die Kosten (Gebühren und Auslagen) des Verfahrens zu tragen.

Die Hinzuziehung eines Bevollmächtigten durch die Antragstellerin war angesichts der sachlichen und rechtlichen Schwierigkeiten des Falles notwendig, § 128 Abs. 4 GWB in Verbindung mit § 80 Abs. 2 Verwaltungsverfahrensgesetz (VwVfG).

Ausgehend von der für die Vergabekammern geltenden Gebührentabelle des Landes Sachsen-Anhalt beträgt die Höhe der Verfahrensgebühr vor der Vergabekammer (§ 128 Abs. 2 Satz 1 GWB) aufgrund der Bruttoangebotssumme der Antragstellerin unter Berücksichtigung des Nebenangebotes 1 hier Euro.

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

Die Höhe der Gesamtkosten für das Hauptsacheverfahren beläuft sich demnach auf

..... Euro,

§ 128 Abs. 1 Satz 1 GWB.

Der Antragsgegner hat nach Eintritt der Bestandskraft des Beschlusses den Betrag in Höhe von Euro unter Verwendung des Kassenzzeichens 3300-..... auf das Konto 810 015 00 bei der Landeshauptkasse Sachsen-Anhalt, Deutsche Bundesbank Magdeburg, BLZ 810 000 00 einzuzahlen.

Der Antragstellerin wird nach Eintritt der Bestandskraft des Beschlusses der geleistete Vorschuss 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 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 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