



SACHSEN-ANHALT
LANDESVERWALTUNGSAMT

1. Vergabekammer
beim Landesverwaltungsamt

Beschluss

dazu OLG-Entscheidung 1 Verg 1/07 vom 30.04.2007

AZ: 1 VK LVwA 41/06

Halle, 11.01.2007

- Ausschluss des Angebotes der Beigeladenen
- fehlerhafte Wertung
§ 22 VOB/A
§ 8 Nr. 3 Abs. 3 VOB/A
Gemäß §§ 25 Nr. 1 Abs. 1, 21 Nr. 1 Abs. 1 VOB/A sind jene Angebote, die den Erfordernissen zur Feststellung des Vorliegens der zur ordnungsgemäßen Leistungserbringung notwendigen Fachkunde, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit nicht genügen, von der weiteren Wertung auszuschließen.

In dem Nachprüfungsverfahren der

Bietergemeinschaft
..... AG
Niederlassung

und

.....GmbH
.....

Verfahrensbevollmächtigte
Rechtsanwälte

.....
.....

Antragstellerin

gegen

die GmbH
.....

Antragsgegnerin

unter Beiladung der

Bietergemeinschaft

.....
.....

und

..... GmbH
.....

Beigeladene

wegen

des gerügten Vergabeverstößes im Offenen Verfahren für die Erschließung des Industrieparks Chemiestraße 2. BA, Los Nr. 3.1/4.1 – Trink- und Abwasser hat die 1. Vergabekammer beim Landesverwaltungsamt aufgrund der mündlichen Verhandlung unter Mitwirkung des Vorsitzenden Regierungsdirektor Thomas, der hauptamtlichen Beisitzerin Regierungsamtsrätin Katzsch und des ehrenamtlichen Beisitzers Herrn Foerster beschlossen:

1. Der Antragsgegnerin wird aufgegeben, die Wertung der Angebote unter Beachtung der Rechtsauffassung der Vergabekammer zu wiederholen.
2. Die Kosten des Verfahrens trägt die Antragsgegnerin.
3. Die Hinzuziehung des Bevollmächtigten der Antragstellerin wird zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung für notwendig erklärt.
4. Die Kosten (Gebühren und Auslagen) des Nachprüfungsverfahrens beziffern sich auf insgesamt **Euro**

Gründe

I.

Mit Veröffentlichung im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Union, abgesandt zur Bekanntmachung am, schrieb die Antragsgegnerin auf der Grundlage der Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen (VOB) das Los Nr. 3.1/4.1 – Trink- und Abwasser für die Erschließung des Industrieparks Chemiestraße 2. BA aus. In Abschnitt III 2.1) unter der Überschrift „Teilnahmebedingungen“ kündigte die Antragsgegnerin an, dass die Bieter zum Nachweis ihrer Fachkunde, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit Angaben gem. VOB/A § 8 Nr. 3 zu machen haben. Unter Pkt. 3.2 des mit den Vergabeunterlagen herausgegebenen Formblattes EVM (B) A EG - Aufforderung zur Abgabe eines Angebotes - verlangte sie, dass mit dem Angebot die Unterlagen nach § 8 Nr. 3 Abs. 1, Buchst. a – f VOB/A vorzulegen sind.

Zur Submission am 27.10.2006 lagen 13 Hauptangebote und 31 Nebenangebote vor.

Den der erkennenden Kammer vorgelegten Auswertungsunterlagen ist zu entnehmen, dass ein Angebot bereits während der Submission ausgeschlossen wurde, da in diesem die An-

gebotssumme an der vorgesehenen Stelle nicht eingetragen war. Hinsichtlich der übrigen Angebote stellte das auftraggeberseitig beauftragte Ingenieurbüro fest, dass alle geforderten Nachweise vorhanden und keine Bieter wegen mangelnder Eignung auszuschließen seien. Im Ergebnis der Prüfung wurde das Angebot der Beigeladenen als das annehmbarste Angebot ermittelt.

Mit Schreiben vom 27.11.2006 informierte die Antragsgegnerin sowohl die Antragstellerin als auch die anderen nicht am Nachprüfungsverfahren beteiligten Bieter, dass sie eine Zuschlagserteilung auf ihr Angebot nicht veranlassen könne, da ein niedrigeres Hauptangebot vorläge. Sie beabsichtige den Zuschlag auf das Angebot der Bietergemeinschaft GmbH zu erteilen.

Auf der Grundlage des Absageschreibens rügte die Antragstellerin mit Fax-Schreiben vom 28.11.2006, um 14.04 Uhr ihre Nichtberücksichtigung gegenüber der Vergabestelle. Dabei vertritt sie die Auffassung, dass eine Zuschlagserteilung gegenüber der Bietergemeinschaft nicht nachvollziehbar sei, da diese kein Hauptangebot abgegeben habe.

Mit Fax-Schreiben vom selbigen Tag hat die Antragstellerin gegen 14.52 Uhr die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens beantragt. Daraufhin ist der Nachprüfungsantrag mit Verfügung der Vergabekammer vom 29.11.2006 der Antragsgegnerin zugestellt worden. Über die Unzulässigkeit einer Zuschlagserteilung gemäß § 115 Abs. 1 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) wurde die Antragsgegnerin mit Zustellung des Nachprüfungsantrages belehrt. Gleichzeitig wurde sie aufgefordert, die entsprechenden Unterlagen und eine Stellungnahme zum Nachprüfungsantrag vorzulegen.

Die Durchsicht der von der Antragsgegnerin übergebenen Unterlagen ergab, dass das der Kammer vorgelegte Verdingungsprotokoll unter der lfd. Nr. 9 den Eintrag „.....“ enthält. In einem Vermerk zum Eintrag im Protokoll der Verdingungsverhandlung vom 27.10.2006 heißt es: „Die sofortige Aufklärung der Vertreter der Bieter nach Feststellung, dass es sich hier um eine Bietergemeinschaft GmbH handelt, wurde leider durch das Öffnen der Briefumschläge der Nebenangebote durch die Schriftführerin erst am 30.10.2006 im Submissionsprotokoll nachgetragen. Das Kopieren des Submissionsprotokolls war zu diesem Zeitpunkt bereits erfolgt.“

Im Angebot der Antragstellerin findet sich eine Eintragung, ausweislich derer das notwendige Personal bieterseitig erst angegeben werden könne, wenn der genaue Umfang des Bauvorhabens benannt sei. Gleichzeitig wird jedoch versichert, dass das technische Personal in ausreichender Zahl zur Verfügung stehe bzw. bei Auftragserteilung bekannt gegeben werde. Ungeachtet dessen finden sich bei den Unterlagen Zertifikate, welche eine bzw. mehrere Personen mit entsprechender fachlicher Qualifikation für sämtliche ausgeschriebene Fachgewerke benennen.

Ebenso verhält es sich beim Angebot der Beigeladenen. Auch dort findet sich eine Vielzahl von Zertifikaten, die die Qualifikation einer bzw. mehrerer Personen für sämtliche ausgeschriebene Fachgewerke nachweisen sollen. Darüber hinaus stellte die Kammer fest, dass von der GmbH als ein potentiell Mitglied der Bietergemeinschaft nicht alle geforderten Nachweise vorliegen. So enthält das der Kammer vorgelegte Angebot der Beigeladenen weder Angaben über die vorhandenen Arbeitskräfte gegliedert nach Berufsgruppen der letzten drei Jahre noch zur technischen Ausrüstung. Die Angebotsunterlagen weisen lediglich eine Bescheinigung der Stadt Halle auf, wonach die Beigeladene als zertifiziert gelten könne.

Die Antragstellerin vertritt die Auffassung, dass auf das Angebot der Beigeladenen der Zuschlag nicht erteilt werden dürfe, da sie kein Hauptangebot abgegeben habe, da zur Submission lediglich Nebenangebote der Beigeladenen verlesen worden seien.

Die Antragstellerin beantragt,

1. der Antragsgegnerin aufzugeben, die Wertung unter Beachtung der Rechtsauffassung der Vergabekammer erneut vorzunehmen,
2. die Kosten des Verfahrens der Antragsgegnerin aufzuerlegen und
3. die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten für notwendig zu erklären.

Die Antragsgegnerin beantragt,

den Nachprüfungsantrag zurückzuweisen.

Sie vertritt die Auffassung,

dass die Antragstellerin mit ihrem Nachprüfungsantrag nicht durchdringen könne.

Es sei richtig, dass nach der Öffnung des Angebotes der Beigeladenen nur der Bietername vorgelesen wurde. Erst beim Öffnen der Briefumschläge der Nebenangebote sei aufgrund des Briefkopfes festgestellt worden, dass es sich um eine Bietergemeinschaft handele. Dies habe man den Bietern im Submissionstermin auch mitgeteilt und gleichzeitig darum gebeten, den Bieternamen in den Mitschriften zu ändern. In diesem Zusammenhang sei auch erklärt worden, dass das Angebot inhaltlich auf eine beigeheftete Vollmacht nach der Angebotseröffnung geprüft werde. Da niemand eine Rückfrage gestellt habe, sei man mit der Angebotseröffnung fortgefahren. Das Verhalten der Bietervertreter habe demnach keinen Rückschluss auf bestehende Missverständnisse zugelassen. Von einer Ungleichbehandlung oder Benachteiligung der am Wettbewerb beteiligten Bieter könne demnach also keine Rede sein.

Die Beigeladene äußerte sich dahingehend,

dass sie ihr Angebot mit einem Kurier übersandt und daher an der Submittierung nicht teilgenommen habe. Wäre sie hingegen anwesend gewesen, so hätte sie den Verhandlungsleiter bei Öffnung ihres Angebotes darauf hingewiesen, dass es sich hier um ein Angebot einer Bietergemeinschaft handele. Im Übrigen werde lediglich die kaufmännische Leistung von der GmbH erbracht, so dass von diesem Bietergemeinschaftspartner nicht alle Erklärungen, insbesondere die Nachweise gem. § 8 Nr. 3 Abs. 1 Buchst. c) und d) VOB/A erforderlich gewesen seien.

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

Mit Beschluss vom 27.12.2006 hat die Kammer der Antragstellerin Einsicht in die Akten gewährt, jedoch nicht in die Angebote der Mitbieter und die Auswertungsunterlagen, welche Inhalte aus den Angeboten enthalten.

Die erkennende Kammer hat die BietergemeinschaftGmbH mit Beschluss vom 14.12.2006 beigeladen.

Hinsichtlich der weiteren Einzelheiten zum Sachverhalt wird neben den ausgetauschten Schriftsätzen auf das Protokoll zur mündlichen Verhandlung, die Verfahrensakte der Vergabekammer sowie die Vergabeakten, soweit sie der Vergabekammer vorgelegen haben, ergänzend Bezug genommen.

II.

Der Nachprüfungsantrag der Antragstellerin ist zulässig.

Die Vorschriften des § 97 ff. GWB sind anwendbar, da der maßgebliche Schwellenwert gem. § 100 Abs. 1 GWB in dem streitbefangenen Vergabeverfahren überschritten ist. Die nach § 127 Nr. 1 GWB vorgesehene Vergabeverordnung ist in ihrer geänderten Fassung vom 23.10.2006 wirksam.

Die sachliche und örtliche Zuständigkeit zur Überprüfung des Nachprüfungsantrages durch die Vergabekammer beim Landesverwaltungsamt ist in § 104 Abs. 1 GWB i.V.m. dem RdErl. des Ministeriums für Wirtschaft und Technologie (MW) – Richtlinie über die Einrichtung von Vergabekammern in Sachsen-Anhalt – vom 04.03.1999 -63-32570/03-, zuletzt geändert durch RdErl. des MW vom 08.12.2003 (MBI. LSA Nr. 57/2003), geregelt.

Der Antragsgegner ist öffentlicher Auftraggeber im Sinne von § 98 Nr. 2 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 die Bewertung der Angebote in ihren Rechten nach § 97 Abs. 7 GWB verletzt zu sein. Die Antragstellerin geht davon aus, dass die Beigeladene kein Hauptangebot abgegeben habe.

Im Ergebnis des Einganges des Informationsschreibens nach § 13 GVG am 27.11.2006 bei der Antragstellerin reagierte diese bereits mittels Faxschreiben vom darauf folgenden Tag und rügte das Auswahlverhalten der Antragsgegnerin. Dem Erfordernis der rechtzeitigen Rüge wurde daher unzweifelhaft entsprochen.

Gleiches gilt auch hinsichtlich der Anforderungen des § 108 GWB an die Form des Nachprüfungsantrages.

Der Nachprüfungsantrag ist ebenso begründet.

Hier kann dahinstehen, ob die durchgeführte Submission im streitbefangenen Vergabeverfahren tatsächlich den Erfordernissen des § 22 VOB/A widerspricht und schon aus diesem Grunde die Zuschlagsfähigkeit des Angebotes der Beigeladenen zu verneinen wäre, da jenes Angebot schon aus anderen zwingenden Gründen vom Verfahren auszuschließen ist.

Die Antragsgegnerin hat bereits die Prüfung der formellen Vollständigkeit des Angebotes der Beigeladenen nicht ordnungsgemäß durchgeführt und damit gegen bindende Bestimmungen über die Durchführung von Vergabeverfahren verstoßen, auf deren Einhaltung die Antragstellerin einen Anspruch gemäß § 97 Abs. 7 GWB hat.

Bei ordnungsgemäßer Durchsicht der Bieterunterlagen hätte dem Auftraggeber nicht entgehen dürfen, dass das Angebot der Beigeladenen im Gegensatz zu dem Angebot der Antragstellerin nicht dem hier relevanten Anforderungsprofil an die formelle Vollständigkeit genügt. Ausschlaggebend für die Bewertung der Angebote sind die in der Aufforderung zur Angebotsabgabe bezeichneten Nachweise und Erklärungen zur Eignungsprüfung, vgl. VOB/A § 8 Nr. 3 Abs. 3. Ausweislich Punkt 3.2 des Aufforderungsschreibens zur Abgabe eines Angebotes hat die Auftraggeberseite eine Konkretisierung des Zeitpunktes zur Vorlage der abgeforderten Nachweise und Erklärungen auf den Moment der Angebotsabgabe vorgenommen. Diese Festlegung der Antragsgegnerin ist für alle am Vergabeverfahren Beteiligten verbind-

lich. Es dürfen weder darüber hinausgehende Gesichtspunkte in die Wertung einfließen noch darf die auftraggeberseitig zu treffende Ermessensentscheidung auch nur Teile der oben benannten Anforderungen unberücksichtigt lassen. Hier waren demnach u. a. Angaben über die vorhandenen Arbeitskräfte gegliedert nach Berufsgruppen der letzten drei Jahre sowie zur technischen Ausrüstung mit den Angeboten vorzulegen.

In den der erkennenden Kammer übersandten Angebotsunterlagen der Beigeladenen finden sich zwar alle geforderten bieterbezogenen Nachweise eines Mitgliedes der Bietergemeinschaft, hier der, jedoch trifft dies nicht für den weiteren Bietergemeinschaftspartner zu. Von der GmbH liegen keine Angaben über die vorhandenen Arbeitskräfte gegliedert nach Berufsgruppen der letzten drei Jahre sowie zur technischen Ausrüstung vor.

Der Ausschluss des Angebotes der Beigeladenen ist somit zwingend. Gemäß §§ 25 Nr. 1 Abs. 1, 21 Nr. 1 Abs. 1 VOB/A sind jene Angebote, die den Erfordernissen zur Feststellung des Vorliegens der zur ordnungsgemäßen Leistungserbringung notwendigen Fachkunde, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit nicht genügen, von der weiteren Wertung auszuschließen.

In diesem Zusammenhang konnte die Beigeladene mit der Auffassung nicht überzeugen, dass die Nichtvorlage der geforderten Unterlagen hier ausnahmsweise unschädlich sei, da die GmbH nur Leistungen für den kaufmännischen Bereich erbringe. Zum einen ist anzumerken, dass dies aus den vorliegenden Angebotsunterlagen nicht erkennbar ist. Ungeachtet dessen hat sich die Eignungsprüfung auf das gesamte ausgeschriebene Leistungsspektrum zu erstreckt, demzufolge auch auf den kaufmännischen Bereich. Unter ordnungsgemäßer Handhabung der vergaberechtlichen Bestimmungen konnte die Antragsgegnerin in diesem konkreten Fall die Eignung der Beigeladenen zumindest für einen nicht unerheblichen Anteil der zu erbringenden Leistung auf der Grundlage der vorgelegten Erklärungen nicht positiv feststellen. Das Ermessen der Antragsgegnerin hat sich bezüglich des weiteren Umganges mit dem Angebot der Beigeladenen auf Null reduziert.

Dem Anspruch auf Neubewertung der eingegangenen Angebote stehen auch keine Gesichtspunkte entgegen, die aus dem Angebot der Antragstellerin selbst erwachsen.

Diesbezüglich ist festzustellen, dass die beigefügten Zertifikate die Qualifikation des vorhandenen Fachpersonals für sämtliche ausgeschriebene Fachgewerke gemäß dem Anforderungsprofil des § 8 Nr. 3 Abs. 1 Buchst. e) VOB/A in ausreichender Weise nachweisen. Die Darlegungen der Antragstellerin in ihren Angebotsunterlagen, dass das Personal erst benannt werden könne, wenn der genaue Umfang des Bauvorhabens bekannt sei bzw. werde, ist insofern unschädlich. Es kommt nicht darauf an, ob die Antragstellerseite selbst glaubte, die Anforderungen des Auftraggebers zu erfüllen. Einzig und allein relevant ist in diesem Zusammenhang der Umstand, dass die vorgelegten Zertifikate dem auftraggeberseitigen Anforderungsprofil entsprechen und diesen in den Stand versetzen, die ihm obliegenden Feststellungen ordnungsgemäß zu treffen.

III.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 128 Abs. 3 GWB. Die Antragsgegnerin hat die Kosten des Verfahrens zu tragen. Der Auftragswert wird auf € festgesetzt.

Die Hinzuziehung eines Bevollmächtigten durch die Antragstellerin war angesichts der sachlichen und rechtlichen Schwierigkeiten des Falles notwendig, § 128 Abs. 4 Satz 3 GWB in Verbindung mit § 80 Abs. 2 Verwaltungsverfahrensgesetz (VwVfG).

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 ent-

sprochen. Somit kommt es zum Unterliegen der Antragsgegnerin, so dass dieser die Kosten des Verfahrens zu tragen hat.

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 € hat nach Eintritt der Bestandskraft des Beschlusses durch die Antragsgegnerin unter Verwendung des Kassenzeichens 3300-..... auf das Konto 810 015 00 bei der Landeshauptkasse Dessau, Deutsche Bundesbank Magdeburg, BLZ 810 000 00 zu erfolgen.

Die Antragstellerin erhält den geleisteten Vorschuss 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. Thomas

gez. Katzsch

gez. Foerster