

2. Vergabekammer  
beim Landesverwaltungsamt Sachsen-Anhalt

**Beschluss**

Az.: VK 2 LVwA LSA – 7/06

In den Nachprüfungsverfahren, der Antragstellerin

- Antragstellerin –

gegen den

- Vergabestelle

–

-

- Beigeladene zu 1)

- Beigeladene zu 2) -

hat die 2. Vergabekammer beim Landesverwaltungsamt Sachsen-Anhalt am  
13.04.2006 durch den Vorsitzenden Oberregierungsrat Oanea, den hauptamtlichen  
Beisitzer Dipl.-Ing. Brodtrück und die ehrenamtliche Beisitzerin Dipl.-Ing. Hecker be-  
schlossen:

1. Der Vergabestelle wird aufgegeben, das Wertungsverfahren unter Beachtung der Rechtsauffassung der Vergabekammer zu wiederholen. Im Übrigen wird der Antrag zurück gewiesen.
2. Die Vergabestelle trägt die Kosten (Gebühren und Auslagen) dieses Verfahrens.  
Die Kosten des Verfahrens werden auf € ... festgesetzt.
3. Die Vergabestelle hat die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung bzw. Rechtsverteidigung notwendigen Aufwendungen der Antragstellerin zu tragen.  
Die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten war für die Antragstellerin notwendig.

## **Gründe**

### **I**

Die Vergabestelle hat im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften die Vergabe der Bauleistungen zum "Neubau des Brückenbauwerkes ... sowie einen Wirtschaftsweg sowie den Streckenbau BA ..." im Zuge der am 22.07.2005 zur Veröffentlichung veranlasst.

Nach der Nr. II.1.9 des Veröffentlichungstextes heißt es zur Aufteilung in Lose:

„Ja. Angebote sind möglich für: Alle Lose.“

In der Nr. II.1.10) ist aufgeführt, dass Nebenangebote / Alternativvorschläge berücksichtigt werden.

Als Vergabeverfahren hat sie das Offene Verfahren nach der VOB/A 2. Abschnitt, gewählt.

Unter der Nr. IV.2) sind als Zuschlagskriterien aufgeführt:

„Wirtschaftlichstes Angebot. Aufgrund der in den Unterlagen genannten Kriterien.“

Das Ende der Frist zur Abgabe der Angebote und gleichzeitig der Eröffnungstermin waren auf den 28.09.2005, 10:00 Uhr festgesetzt (Nr. IV. 3.3, IV.3.7.2).

In der Aufforderung zur Abgabe eines Angebotes [hier: Formblatt HVA B-StB-Aufforderung 2 (10/03)] sind unter Ziffer 8 u.a. folgende Kriterien für die Angebotswertung gemäß § 25 Nr. 3 Abs. 3 VOB/A aufgeführt:

- Preis, Betriebs- und Folgekosten, technischer Wert, Gestaltung
- Bei Nebenangeboten/Änderungsvorschlägen zusätzlich mindestens Gleichwertigkeit mit der geforderten Leistung.
- Wesentliche Kriterien für die Wertung von Nebenangeboten unter Punkt 7 der Baubeschreibung.
- Nebenangebote müssen den in der Leistungsbeschreibung aufgeführten Mindestanforderungen für Hauptangebote entsprechen.

In dem Formblatt HVA-StB – Bewerbungsbedingungen / E1 (10/03) heißt es unter der Nr. 3.3 u.a. wie folgt:

„Das Angebot muss vollständig sein; unvollständige Angebote können ausgeschlossen werden. Das Angebot muss die Preise und die in den Verdingungsunterlagen geforderten Erklärungen und Angaben enthalten.“

Nach der Nr. 4.1 der Bewerbungsbedingungen müssen „Nebenangebote oder Sondervorschläge auf besonderer Anlage gemacht werden und als solche deutlich gekennzeichnet werden; deren Anzahl ist an der im Angebot bezeichneten Stelle aufzuführen.“

Gemäß der Nr. 4.2 der Bewerbungsbedingungen „hat der Bieter die in Nebenangeboten oder Änderungsvorschlägen enthaltenen Leistungen eindeutig und erschöpfend zu beschreiben...“

Unter Punkt 1.5 Nebenangebote, Sondervorschläge ist folgendes aufgeführt:

„Bei Nebenangeboten/Sondervorschlägen hat der Bieter die Gleichwertigkeit, Durchführbarkeit und Vollständigkeit seines Nebenangebotes/Sondervorschlages mit Angebotsabgabe nachzuweisen. Bei Nebenangeboten/Änderungsvorschlägen bezüglich der Tragkonstruktion sind mit dem Angebot Unterlagen abzugeben, die die Gleichwertigkeit gegenüber dem Ausschreibungsentwurf dokumentieren (z.B. Bauwerkspläne).

Die in der Baubeschreibung zusammengestellten Bedingungen, insbesondere die Belastungsannahmen und Bemessungsgrundsätze nach Abs. 3.10 und die Zusätzlichen Technischen Vertragsbedingungen nach Abs. 5 gelten auch für Nebenangebote/Sondervorschläge. Änderungen dieser Bedingungen sind für die Ausführung nur maßgebend, wenn sie im Nebenangebot/Sondervorschlag als Abweichung deutlich hervorgehoben sind.

Die Nebenangebote/Sondervorschläge sind durch Entwurfszeichnungen mit Mengennachweisen und ausführlichen Erläuterungen so zu belegen, dass eine Beurteilung in statischer und konstruktiver Hinsicht zweifelsfrei möglich ist. Alle technisch und preislich bedeutenden Abmessungen und Mengen müssen festgelegt sein.

Fehlende Nebenangebotsunterlagen, die für die Angebotswertung notwendig sind, werden aus Wettbewerbsgründen vom AG nach der Submission nicht nachgefordert. Ist das Angebot technisch oder wirtschaftlich unklar, gilt das Nebenangebot als nicht eingereicht und wird von der Wertung ausgeschlossen.“

Bis zum Ablauf der Angebotsfrist am 28.09.2005, 10.00 Uhr, haben, laut Submissionsprotokoll, 16 Unternehmungen insgesamt 72 Angebote, davon 56 Nebenangebote bei der Vergabestelle eingereicht, darunter auch die Antragstellerin mit einem Hauptangebot sowie drei Nebenangeboten. Die Beigeladene zu 1) beteiligte sich mit ihrem Hauptangebot und sieben Nebenangeboten am Vergabeverfahren. Die Beigeladene zu 2) hatte ein Hauptangebot sowie ein Nebenangebot abgegeben. Daneben reichten mehrere Bieter Preisnachlässe zwischen 1 % und 4% bei der Vergabestelle mit ihren Angeboten ein.

Das Nebenangebot 2 der Antragstellerin beinhaltet im Wesentlichen eine Optimierung des Lagerungssystems und weitergehend eine Änderung der Übergangskonstruktionen. Für zu erwartende Verschiebungswege sollen in allen Achsen bewehrte Elastomerlager als reine Verformungslager verwendet werden. In Quer- und Längsrichtung wurde eine zwängungsarme elastische Lagerung entsprechend ASR 21/1999 und 8/2000 gewählt. Querfesthaltungen sollen die jeweils äußeren Lager an den Widerlagern erhalten, um so die Querverformungen im Bereich der Übergangskonstruktion zu vermeiden.

Auch könne der Wartungsgang in Achse 10 entfallen. Hierzu werde an beiden Widerlagern eine zulässige Spaltweite angeordnet. Durch die Begrenzung der möglichen Lagerverschiebungen über die Endanschläge sollen die zulässigen Dehnwege der ÜKO auch unter Berücksichtigung der Verformungen infolge Lagerverdrehung eingehalten werden. Die Fahrbahnübergänge sollen auf der Grundlage der gemessenen mittleren Bauwerkstemperatur vor Herstellung der endgültigen Verbindung mit der Konstruktion voreingestellt werden. Weiteres ist diesem Nebenangebot nicht zu entnehmen.

Im Nebenangebot 3 bietet die Antragstellerin eine Bauzeitverkürzung für die Erstellung des Brückenbauwerkes über die ... (hier: BW ...) von 4 Wochen zu dem geplanten Zwischentermin (hier: 27.04.2007) an. Hierdurch sollen sich Einsparungen aus der Position „Baustelleneinrichtung“ ergeben. Ferner sollen sich bei einer zeitigeren Überfahrbarkeit des Brückenbauwerkes Vorteile für den Streckenbau der ... einstellen.

Darüber hinaus hat die Antragstellerin in Bezug auf Los 2 des Hauptangebotes in 260 von insgesamt 269 Positionen identische Preise wie ein anderer am Verfahren beteiligter Bieter angeboten.

Nach dem durchgeführten Wertungslauf der Vergabestelle wurde das Angebot der Beigeladenen zu 1 (einschl. der Nebenangebote 2 und 6) auf € ... und das der Antragstellerin (einschl. ihres Nebenangebotes 1 und ihren Preisnachlass) auf € ... geprüft. Die weiteren von ihr eingereichten Nebenangebote 2 und 3 blieben unberücksichtigt. Das Angebot der Beigeladenen zu 2) wurde auf € ... geprüft.

Ausweislich des Vergabevermerkes hat die Vergabestelle die Angebote ausschließlich auf der Grundlage des Zuschlagskriteriums „Preis“ gewertet.

Mit Schreiben vom 26.10.2005 hatte die Vergabestelle die Bieter informiert, deren Angebote nicht in die engere Wahl für eine Zuschlagserteilung gelangten. Die Angebote der Beigeladenen zu 1) und zu 2) sollten wegen angeblicher Doppelbeteiligung vom Vergabeverfahren ausgeschlossen werden. Hiergegen wehrten sich die Betroffenen mit Erfolg, so dass sie wieder in die Wertung aufgenommen wurden.

Mit der Antragstellerin hatte die Vergabestelle am 27.10.2005 ein Bietergespräch über den Inhalt ihres Angebotes insbesondere zu ihren 3 Nebenangeboten geführt. Hierbei wurde ihr mitgeteilt, dass von ihren 3 Nebenangeboten lediglich das Nebenangebot 1 - Verfüllung Fugenfertigteile wertbar sei. Das Nebenangebot 2 – Optimierung des Lagerungssystems und 3 – Bauzeitverkürzung dagegen seien nicht wertbar; das Nebenangebot 2 sei im Zuschlagsfall aber eventuell beauftragbar. Das Protokoll dieses Bietergesprächs wurde sowohl von der Antragstellerin als auch von der Vergabestelle unterzeichnet.

Unter dem 01.11.2005, 20.12.2005 und 10.02.2006 hatte die Vergabestelle bei den am Verfahren beteiligten Unternehmen um Verlängerung der Zuschlags- und Bindefrist ersucht. Diesem Ersuchen sind alle Bieter nachgekommen.

Mit Schreiben vom 01.03.2006 informierte die Vergabestelle u.a. die Antragstellerin gemäß § 13 VgV dahingehend, dass sie beabsichtige, der Beigeladenen zu 1) den Zuschlag zu erteilen. In der Begründung hierzu gibt sie an, dass nach § 25 Nr. 3 Abs. 2 VOB/A auf ihr Angebot der Zuschlag nicht erteilt werden könne, weil sie nicht das wirtschaftlichste Angebot abgegeben habe. Im Übrigen seien auch ihre Nebenangebote 2 und 3 nicht wertbar, da sie nicht eindeutig beschrieben und die Gleichwertigkeit nicht nachgewiesen sei.

Mit Schreiben vom 06.03.2006 rügte die Antragstellerin gegenüber der Vergabestelle die Nichtberücksichtigung ihrer Nebenangebote 2 und 3. Sie bezieht sich hierbei auf das Informationsschreiben der Vergabestelle vom 01.03.2006. Sie vertritt die Auffassung, dass die seitens der Vergabestelle angeführten Gründe für einen Ausschluss ihrer Nebenangebote 2 und 3 nicht gegeben seien. Sie geht ferner davon aus, dass sie der Vergabestelle wertbare Nebenangebote vorgelegt und somit das insgesamt annehmbarste Angebot eingereicht habe. Darüber hinaus bezweifle sie die Wertbarkeit aller von der Beigeladenen zu 1) bei der Vergabestelle eingereichten sieben Nebenangebote. Ferner geht sie davon aus, dass es zwischen der Beigeladenen zu 1) und zu 2) offenbar zu Preisabsprachen gekommen sei, was eine wettbewerbsbeschränkende Verhaltensweise i.S. des § 2 Nr.1 VOB/A darstelle. Dies ziehe nach § 25 Nr. 1 Abs. 1 lit. c) VOB/A einen zwingenden Ausschluss der Angebote beider Beigeladenen nach sich. Weiterhin habe die Vergabestelle im Rahmen ihrer Wertung als Zuschlagskriterien nur den Preis zugrunde gelegt. Sie bat um Korrektur der

von ihr aufgeführten Beschwerdepunkte und um eine entsprechende Mitteilung bis zum 09.03.2006.

Mit Schreiben vom 09.03.2006 teilte die Vergabestelle der Antragstellerin mit, dass sie bei ihren Wertungsergebnissen bleibe. Sie führte weiterhin aus, dass ihre Nebenangebote 2 und 3 nicht die in der Ausschreibung geforderten Mindestbedingungen erfüllen. Zudem enthalte ihr Nebenangebot 2 weder zeichnerische Unterlagen aus denen hervorgeht, wie die Achse 10 bei Wegfall des Wartungsgangs ausgebildet sei. Weiterhin enthalte dieses Nebenangebot keine Mengenermittlungen, aus denen sich das angesprochene Einsparungspotential feststellen lasse. Ferner seien dem Nebenangebot keine statischen Nachweise beigelegt, die belegen, dass die Veränderung der Lager und Übergangskonstruktionen auch funktionstechnisch umsetzbar seien. Insoweit sei das Nebenangebot 2, weil technisch und wirtschaftlich unklar, aus der Wertung zu nehmen.

Das Nebenangebot 3 hinsichtlich der Bauzeitverkürzung ergäbe keinerlei Vorteile für die Vergabestelle, da sowohl der mit zur Vergabe anstehende Streckenabschnitt als auch weitere bereits vergebene Bauwerke ebenfalls nicht früher fertig gestellt seien. Insoweit sei das Brückenbauwerk für sich allein nicht nutzbar. Daher sei eine Gesamteinsparung für die Vergabestelle nicht erkennbar. Im Übrigen seien auch keine Preisabsprachen zwischen den Beigeladenen zu 1 und zu 2 erkennbar. Es könne auch nicht von einer Mehrfachbeteiligung eines Bieters an zwei Bietergemeinschaften ausgegangen werden.

Mit Schriftsatz vom 14.03.2006, Eingang bei der 2. Vergabekammer beim Landesverwaltungsamt Sachsen-Anhalt am selben Tag per Fax, hat die Antragstellerin einen Nachprüfungsantrag gestellt.

Sie trägt vor, dass die Vergabestelle über die in Ziffer 8 der Aufforderung zur Abgabe eines Angebotes aufgeführten Wertungskriterien hinaus unter der Ziff. 1.5 der Baubeschreibung weitere Anforderungen an Nebenangebote aufgestellt habe. Für die Wertung der Angebote sei aber nur der Preis als Zuschlagskriterium herangezogen worden. Im Übrigen sei für sie nicht erkennbar, mit welcher Gewichtung die Zuschlagskriterien in die Angebotswertung eingeflossen seien.

Ferner beanstandet sie für die beabsichtigte Zuschlagserteilung auf das Angebot der Beigeladenen zu 1), dass hierbei nach Abgabe der Angebote eine unzulässig zu-

sammengefasste Variante von Nebenangeboten der Beigeladenen herangezogen worden sei.

Sie meint weiter, dass die seitens der Vergabestelle genannten Gründe nicht geeignet seien, ihre Nebenangebote 2 und 3 bei der Angebotswertung unberücksichtigt zu lassen.

Aus der Wertung sei auch nicht erkennbar, ob und inwieweit die Vergabestelle eine losweise Vergabe geprüft hätte.

Ferner geht sie erstmalig davon aus, dass eine parallele Beteiligung der Beigeladenen zu 1) und der Beigeladenen zu 2) mit jeweils eigenen Angeboten wettbewerbswidrig sei, da an beiden Bietergemeinschaften Unternehmen der ... beteiligt seien. Es sei davon auszugehen, dass deren Verhaltensweise im Vergabeverfahren von der Konzernspitze gesteuert sei. Die entsprechenden Unternehmen hätten sich darüber hinaus in unzulässiger Weise jeweils einer Bietergemeinschaft angeschlossen. Sie seien auch allein in der Lage gewesen, die ausgeschriebenen Leistungen zu erbringen. Dies müsse demzufolge zum Ausschluss vom Vergabeverfahren führen. Sie verweist vollumfänglich auf den Inhalt ihres Rügeschreiben vom 06.03.2006.

Die Antragstellerin beantragt,

1. die Vergabestelle zu untersagen, auf das Angebot der Beigeladenen zu 1) den Zuschlag zu erteilen.
2. im Fall einer bereits erfolgten Auftragserteilung festzustellen, dass der geschlossene Vertrag nichtig sei.
3. festzustellen, dass die Antragstellerin in ihren Rechten verletzt sei und die Vergabestelle aufzufordern, die Angebotswertung unter Beachtung der Rechtsauffassung der Vergabekammer zu wiederholen.

Die Vergabestelle beantragt,

den Antrag der Antragstellerin als unbegründet zurückzuweisen.



Sie führt in ihrem Schriftsatz vom 16.03.2006 hierzu aus, dass der Antrag der Antragstellerin i.S. von § 107 Abs. 3 Satz 1 GWB unzulässig, in jedem Fall aber unbegründet sei. So sei sie bereits in einem am 17.10.2005 mit ihr geführten Aufklärungsgespräch gemäß § 24 VOB/A darüber informiert worden, dass, unter Angabe der Gründe, ihre Nebenangebote 2 und 3 nicht wertbar seien. Auch sei ihr gemäß § 13 VgV der Grund der vorgesehenen Nichtberücksichtigung ihres Angebotes und der Name des für den Zuschlag vorgesehenen Bieters mitgeteilt worden. Eine wie von ihr behauptete Preisabsprache in den Angeboten der Beigeladenen zu 1) und zu 2) sei für sie nicht erkennbar.

Des Weiteren läge keine Doppelbeteiligung von Unternehmen im hier streitgegenständlichen Verfahren vor.

Auch im Übrigen tritt sie dem Vorbringen der Antragstellerin entgegen.

Die Beigeladenen zu 1) und zu 2) haben sich im Wesentlichen dem Vorbringen der Vergabestelle angeschlossen, ohne jedoch eigene Anträge zu stellen.

Die Vergabekammer hat den Nachprüfungsantrag am 14.03.2006 zugestellt.

Wegen des weiteren Vorbringens der Parteien wird auf den Inhalt der eingereichten Schriftsätze Bezug genommen. In Bezug auf die weiteren Einzelheiten des Vergabeverfahrens wird auf die Vergabeakte verwiesen.

Der Antragstellerin und der Beigeladenen zu 1) wurde Akteneinsicht gewährt. Ausgenommen hiervon waren Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse der am Verfahren Beteiligten. Die Beigeladene zu 2) beantragte keine Akteneinsicht.

Die Beteiligten hatten im Termin der mündlichen Verhandlung vom 04.04.2006 Gelegenheit, ihr Vorbringen zu vertiefen und zu ergänzen. Insoweit wird auf das Protokoll der mündlichen Verhandlung Bezug genommen.

## II.

Der Nachprüfungsantrag ist teilweise zulässig und teilweise begründet.

### 1. Zulässigkeit

#### 1a. Zuständigkeit

Gemäß § 104 Abs. 1 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB), veröffentlicht im BGBL. I 1998 S. 2568 ff., i.V.m. der Richtlinie über die Einrichtung von Vergabekammern in Sachsen-Anhalt (RdErl. des MW LSA vom 04.03.1999 – 63 - 32570/03, veröffentlicht im MBL. LSA Nr. 13/1999 S. 441 ff., geändert durch RdErl. des MW vom 8.12.2003 – 42 – 32570/03, veröffentlicht im MBL LSA Nr. 57/2003) ist die 2. Vergabekammer beim Landesverwaltungsamt Sachsen-Anhalt für die Nachprüfung des vorliegenden Vergabeverfahrens örtlich zuständig. Die Vergabestelle ist öffentlicher Auftraggeber im Sinne von § 98 Ziffer 1 GWB.

Der maßgebliche Schwellenwert von 5 Mio. Euro für die Vergabe von Bauaufträgen gemäß § 100 Abs. 1 GWB i.V.m. § 2 Nr. 4 der Vergabeverordnung (VgV) ist für das Gesamtvorhaben (hier: Neubau B 6n) überschritten, so dass diese Maßnahme auch als Einzelmaßnahme gemäß § 1a, Nr. 1, Abs. 2, Spiegelstrich 1 VOB/A dem Anwendungsbereich der VOB/A 2. Abschnitt unterliegt. Insoweit sind für diese Maßnahme sowohl das GWB als auch die VgV einschlägig.

#### 1b. Antragsbefugnis

Die Antragstellerin ist antragsbefugt.

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

Können der Antragstellerin unabhängig von den geltend gemachten Vergaberechtsverstößen ersichtlich von vornherein keine Aussichten auf den Zuschlag zugebilligt werden, so fehlt es an einem Rechtsschutzbedürfnis (vgl. OLG Naumburg, Beschluss vom 15.03.2001, 1 Verg 11/00).

Das Angebot der Antragstellerin ist jedoch nicht nach § 25 Nr. 1 Abs. 1 lit. c) VOB/A vom Verfahren auszuschließen. Allein die Tatsache, dass sie in einer Vielzahl von Positionen in Bezug auf „Los 2“ identische Preise wie ein anderer Bieter angeboten hat, lässt nicht zwingend darauf schließen, dass sie eine Wettbewerbsabsprache getroffen hat. Vielmehr kann nicht ausgeschlossen werden, dass sie insoweit auf das gleiche Angebot eines Nachunternehmers zurückgegriffen hat wie der andere Bieter.

### 1c. Rügeobliegenheit durch die Antragstellerin

Die Antragstellerin ist ihrer Rügeobliegenheit gemäß § 107 Abs. 3 Satz 1 GWB teilweise nachgekommen.

Soweit sie ihre Rüge auf die Aussage, wonach ihre Nebenangebote 2 und 3 zu Unrecht nicht gewertet wurden, stützt, ist sie präkludiert. Gleiches gilt auch für ihre Forderung, wonach sowohl die Beigeladene zu 1) und zu 2) wegen angeblicher Doppelbeteiligung zwingend vom Verfahren auszuschließen seien.

Nach dieser Vorschrift ist ein Antrag unzulässig, soweit der Antragsteller den gerügten Verstoß gegen Vergabevorschriften bereits im Vergabeverfahren erkannt und gegenüber dem Auftraggeber nicht unverzüglich gerügt hat.

Nach dem Wortlaut der Vorschrift obliegt es dem Antragsteller, die geltend gemachten Vergabeverstöße zeitlich vor Stellung des Nachprüfungsantrages zu rügen. Die Vorschrift enthält eine Präklusionsregel unter dem Gesichtspunkt von Treu und Glauben zur Vermeidung unnötiger Verfahren. Erkennt der Unternehmer Fehler im Vergabeverfahren, muss er dem Auftraggeber Gelegenheit geben, diese vor Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens zu korrigieren.

Gemäß der o.a. Vorschrift beginnt die Rügefrist, wenn dem Bieter diejenigen Tatsachen bekannt sind, aus denen sich ein tatsächlicher oder vermeintlicher Vergabefehler ergibt. Darüber hinaus ist für das Entstehen der Rügepflicht eine zumindest laienhafte rechtliche Wertung des Bewerbers erforderlich, dass es sich in den betreffenden Punkten um rechtlich zu beanstandende Vergabeverstöße handelt. Deshalb besteht die Rügeobliegenheit nicht erst ab dem Zeitpunkt, in dem der Antragsteller Kenntnis von einem völlig zweifelsfreien und in jeder Beziehung nachweisbaren Vergabefehler erlangt.

Es genügt insoweit vielmehr die Kenntnis eines Sachverhaltes, der den Schluss auf die Verletzung vergaberechtlicher Bestimmungen erlaubt und der es bei vernünftiger Betrachtung gerechtfertigt erscheinen lässt, das Vergabeverfahren als fehlerhaft zu beanstanden (vgl. OLG Düsseldorf Verg 9/00 vom 22.08.2000).

Die Antragstellerin hatte nach Erhalt des Protokolls vom 27.10.2005 positive Kenntnis von dem von ihr behaupteten Vergabeverstoß in Bezug auf die Nichtberücksichtigung ihrer Nebenangebote 2 und 3. In diesem Protokoll hatte die Vergabestelle verbindlich zum Ausdruck gebracht, dass diese Nebenangebote aus ihrer Sicht nicht wertbar seien. Die Antragstellerin wurde gebeten, den Inhalt dieses Protokolls zu prüfen und gegebenenfalls Korrekturen vorzunehmen. Dies hatte die Vergabestelle in der mündlichen Verhandlung unwidersprochen ausgeführt. Die Antragstellerin hatte den Inhalt des Protokolls ohne Änderungen durch ihre Unterschrift bestätigt und somit anerkannt. Bei dieser Sachlage ist der Inhalt des Bietergespräches im Detail unerheblich. Allein entscheidend ist, dass die Antragstellerin durch das Protokoll abschließend darüber Kenntnis erlangte, dass ihre Nebenangebote 2 und 3 nicht gewertet werden.

Aus dem Protokoll ergibt sich nicht, dass die Antragstellerin hiergegen Einwände erhoben hätte. Dann hätte die Antragstellerin im Übrigen in diesem Bietergespräch der Vergabestelle gegenüber unzweifelhaft zu verstehen geben müssen, dass der Ausschluss ihrer Nebenangebote fehlerhaft war und dass ihr die letzte Chance eingeräumt werde, diesen Vergabeverstoß zu beseitigen. Dies hatte die Antragstellerin im Nachprüfungsverfahren selbst nicht vorgebracht. Auch die missverständliche Formulierung, „das Nebenangebot ist nicht wertbar, im Zuschlagsfall aber evtl. beauftragbar“, hätte für die Antragstellerin umso mehr Anlass sein müssen, dies zu rügen.

Die Vergabestelle hatte der Antragstellerin weiterhin nicht eindeutig von vornherein signalisiert, dass sie auch auf eine mögliche Rüge hin unter keinen Umständen bereit gewesen wäre, den geltend gemachten Vergabeverstoß abzustellen. Vor diesem Hintergrund konnte die Obliegenheit zur Rüge auch nicht ausnahmsweise entfallen.

Sie hat die vorgebrachten Vergabeverstöße erst mehrere Monate, nachdem sie über den Vergabeverstoß Kenntnis erlangte, gerügt. Dies ist nicht rechtzeitig. Die Rügefrist beträgt im Regelfall ein bis drei Tage (vergl. OLG Koblenz, Beschluss vom 25.05.2000, 1 Verg. 1 / 00; je nach Lage des Einzelfalles auch bis zu fünf Tagen OLG Naumburg, Beschluss vom ..... 17 / 04 ). Eine Rügefrist von zwei Wochen, die in der Rechtsprechung als Obergrenze anerkannt wird, kann dem Unternehmen allenfalls dann zugestanden werden, wenn eine verständliche Abfassung der Rüge durch schwierige Sach- und / oder Rechtslage erschwert wird und die Inanspruchnahme fachkundiger Unterstützung erfordert (OLG Koblenz a.a.O.). Dies war vorlie-

gend nicht der Fall. Im Übrigen hätte die Antragstellerin auch diese Frist nicht eingehalten.

Auch soweit die Antragstellerin im vorliegenden Vergabeverfahren eine unzulässige parallele Beteiligung der Beigeladenen zu 1) und zu 2) vorträgt, ist sie präkludiert. Dies hat sie nicht gerügt.

Sie bezog sich in ihrer anwaltlich vorgebrachten Rüge vom 06.03.2006 ausschließlich auf eine ihrer Auffassung nach zwischen einzelnen Mitgliedern der Beigeladenen zu 1) und zu 2) angeblich getätigten Preisabsprache. Hinsichtlich dieser Preisabsprachen läge eine wettbewerbsbeschränkende Verhaltensweise vor. Weitere Verstöße gegen das Wettbewerbsgebot hat sie nicht geltend gemacht. Die Antragstellerin hat in dem Rügeschreiben weder eine Doppelbeteiligung von Unternehmen der ... noch eine unzulässige Bildung von Bietergemeinschaften vorgetragen. Nach dem Wortlaut der Vorschrift des § 107 Abs. 3 Satz 1 GWB hat der Antragsteller jeden behaupteten Vergabeverstoß einzeln zu rügen. In diesem Zusammenhang kann der vorgetragene Vorwurf der Preisabsprachen nicht auf alle denkbaren weiteren wettbewerbsbeschränkenden Verhaltensweisen ausgedehnt werden. Es handelt sich vielmehr um andere Lebenssachverhalte, die jeweils für sich einen gesonderten Vergabeverstoß begründen würden. Diese hätten auch gesondert gerügt werden müssen. Es ist dabei unerheblich, dass die Vergabestelle hier aus der Vorgeschichte in ihrem Antwortschreiben auf die vorgebrachte Rüge vermutet hatte, dass keine Mehrfachbeteiligung eines Unternehmens vorliege. Das Rügeschreiben bezog sich jedenfalls hierauf nicht. Es kann auch davon ausgegangen werden, dass die anwaltlich vertretene Antragstellerin über sämtliche von ihr geltend gemachten Verstöße gegen das Wettbewerbsgebot (hier: unzulässige Doppelbeteiligung sowie die Bildung von Bietergemeinschaften) zum Zeitpunkt der Abfassung des Rügeschreibens Kenntnis in dem o.g. Sinne besaß. Die Vergabekammer hat sich in der mündlichen Verhandlung davon überzeugen können, dass der Verfahrensbevollmächtigte der Antragstellerin auf dem Gebiet des Vergaberechts über ein beträchtliches Wissen verfügte. Der Antragstellerin war bekannt, dass sich an dem Vergabeverfahren zwei Unternehmen der ... in jeweils einer anderen Bietergemeinschaft beteiligt hatten.

Soweit sich die Antragstellerin gegen Preisabsprachen und gegen eine nicht nachvollziehbare Wertung anhand der bekannt gegebenen Zuschlagskriterien wendet, ist

ihre Rüge jedoch rechtzeitig. Die Antragstellerin konnte ohne Akteneinsicht nicht erkennen, dass die Vergabestelle auf eine Einzelloswertung verzichtet hatte. Sie konnte auch nicht erkennen, dass mehrere Nebenangebote der Beigeladenen zu 1) bezuschlagt werden sollten.

## 2. Begründetheit

Der Antrag ist teilweise begründet

Die Antragstellerin hat nach § 97 Abs. 7 GWB einen Anspruch darauf, dass die Vergabestelle bei der Wertung der Angebote gemäß § 25a VOB/A die Zuschlagskriterien zugrunde legt, die sie auch bekannt gegeben hat. Dies hat die Vergabestelle bislang unterlassen. Sie hat auch davon abgesehen, bei der Wertung der Angebote eine Unterteilung in Losen vorzunehmen. Sie hat daher die Wertung der Angebote zu wiederholen und dies entsprechend zu dokumentieren. Im Übrigen ist der Antrag unbegründet. Die Antragstellerin kann bei dem derzeitigen Stand des Vergabeverfahrens insbesondere nicht verlangen, dass der Vergabestelle untersagt wird, der Beigeladenen zu 1) den Zuschlag zu erteilen.

Hierzu im Einzelnen:

Die Vergabestelle hat sich in der Vergabebekanntmachung auf die in den Verdingungsunterlagen benannten Zuschlagskriterien bezogen.

Nach Art. 30 Abs. 2 der Baukoordinierungsrichtlinie 93/37/EWG haben die öffentlichen Auftraggeber die Pflicht, den Bietern in der Vergabebekanntmachung oder in den Verdingungsunterlagen die Zuschlagskriterien, möglichst in der Reihenfolge, mitzuteilen. Dies deckt sich auch mit dem § 10a VOB/A. Nach § 25a VOB/A dürfen bei der Wertung der Angebote nur Kriterien berücksichtigt werden, die in der Bekanntmachung oder in den Verdingungsunterlagen genannt sind.

Sie hat ausweislich des Vergabevermerkes bei der Wertung der Angebote nur auf den Preis abgestellt. Sie hätte außer den Preis jedoch auch alle übrigen in der Aufforderung zur Angebotsabgabe aufgeführten Zuschlagskriterien (hier: Betriebs- und

Folgekosten, technischer Wert und Gestaltung) bei ihrer Wertung berücksichtigen und entsprechend dokumentieren müssen.

Die Vergabestelle hatte jedoch keine Wichtung der Zuschlagskriterien vorgegeben. Sie war dazu zum Zeitpunkt des Beginns des Verfahrens nach der damals geltenden Baukoordinierungsrichtlinie (BKR) auch nicht verpflichtet. Insoweit ist sie bei ihrer Neuwertung nicht gebunden. Sie hat auch die von ihr aufgestellten Mindestbedingungen (siehe u.a. Ziff. 8 der Angebotsaufforderung) in Bezug auf Nebenangebote bei der Wertung berücksichtigt.

Dagegen hatte die Vergabestelle in der Vergabebekanntmachung ausgeführt, dass eine Aufteilung in Losen möglich sei. Die Bieter seien jedoch gehalten, für alle Lose ein Angebot einzureichen. Bei der Wertung der Angebote hat die Vergabestelle vor diesem Hintergrund auch eine losweise Vergabe in Betracht zu ziehen und dies im Vergabevermerk niederzulegen.

Entgegen der Auffassung der Antragstellerin sind weiterhin die Angebote der Beigeladenen zu 1) und zu 2) nicht nach § 25 Nr. 1 Abs. 1 lit. c) VOB/A wegen einer Preisabsprache auszuschließen.

Sie hat weder in ihren Schriftsätzen noch in der mündlichen Verhandlung detailliert darlegen können, welche Art von Preisabsprachen die Beigeladenen zu 1) und zu 2) getätigt haben sollen.

Gegen eine derartige Absprache spricht insbesondere auch der erhebliche Preisunterschied von rd. € ... zwischen den Hauptangeboten der Beigeladenen zu 1) und zu 2) und über € ... in Bezug auf die gewerteten Nebenangebote der Beigeladenen zu 1). Der Preisunterschied bei Wertung aller von der Beigeladenen zu 1) abgegebenen Nebenangebote würde sich drastisch noch weiter erhöhen. Bei dieser Sachlage erschließt sich nicht, welchen Sinn eine derartige Abrede haben sollte. Es ist auch nicht plausibel, dass diese beträchtliche Preisdifferenz durch Beteiligung der anderen Unternehmen an der jeweiligen Bietergemeinschaft zu Stande gekommen ist. Es kann nämlich davon ausgegangen werden, dass sich bei diesen Preisunterschieden die Beigeladene zu 2) an dem Vergabeverfahren gar nicht beteiligt hätte, wenn sie im Vorfeld hiervon Kenntnis erlangt hätte.

In diesem Zusammenhang ist Voraussetzung für einen Angebotsausschluss beider am Verfahren beteiligter Unternehmen [hier: Beigeladene zu 1) und zu 2)] in jedem Fall der konkrete Nachweis, dass eine derartige wettbewerbsbeschränkende Abrede in Bezug auf die konkrete Vergabe getroffen wurde. Bloße Vermutungen erfüllen diesen Tatbestand nicht. Die Anforderungen sind anerkanntermaßen hoch (vgl. VK Schleswig-Holstein, Beschluss vom 02.02.2005 – VK-SH 01/05 m.w.N). Dieser Nachweis kann hier nicht geführt werden. Im Gegenteil sprechen gewichtige Anhaltspunkte gegen eine Preisabsprache.

Der Vergabestelle ist es schließlich nicht verwehrt, mehrere Nebenangebote für eine mögliche Beauftragung heranzuziehen. Dies setzt allerdings voraus, dass sich diese Nebenangebote nicht inhaltlich gegenseitig ausschließen. Hierbei ist auch zu berücksichtigen, dass sich die Nebenangebote der Beigeladenen zu 1) jeweils auf völlig unterschiedliche Positionen beziehen (wie im Übrigen bei der Antragstellerin selbst auch).

Es kommt nicht mehr darauf an, ob die Vergabestelle die Nebenangebote 2 und 3 der Antragstellerin zu Recht nicht berücksichtigt hatte, da dies nicht rechtzeitig gerügt wurde (siehe oben). Am Rande sei jedoch angemerkt, dass die Antragstellerin es bei ihrem Nebenangebot 2 versäumt hatte, die von der Vergabestelle hinsichtlich der Ausführbarkeit und der Gleichwertigkeit insgesamt geforderten Nachweise mit dem Angebot vorzulegen. In Bezug auf ihr Nebenangebot 3 hat sie bei einer Bauzeitverkürzung von 4 Wochen zu dem geplanten Zwischentermin auf eine Einsparung bei der Position „Baustelleneinrichtung“ verwiesen. Eine konkret zu beziffernde Einsparung hat sie jedoch nicht erbracht. Insoweit ist dieses Nebenangebot 3 zu unbestimmt.

Schließlich bleibt für den Antrag zu 2. kein Raum, da vorliegend der Zuschlag bislang nicht erteilt wurde.

### III.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 128 Abs. 3 Satz 1 GWB. Danach hat die Vergabestelle die Kosten zu tragen, da sie im Verfahren unterlegen ist. Sie wurde verpflichtet, die Wertung der Angebote zu wiederholen. Dies ist von erheblichem Gewicht. Demgegenüber tritt die Tatsache, dass auch die Antragstellerin mit ihren Anträgen zum Teil nicht durchgedrungen ist, zurück.



Rechtsgrundlage für die Bemessung der Höhe der Gebühren ist § 128 Abs. 2 Satz 1 GWB. Danach bestimmt sich die Höhe der Gebühren nach dem personellen und sachlichen Aufwand der Vergabekammer unter Berücksichtigung der wirtschaftlichen Bedeutung des Gegenstands des Nachprüfungsverfahrens. Als wirtschaftlicher Wert wurde der Endpreis des Hauptangebotes einschl. ihres Nebenangebotes 1 und eines 4 % tigen Nachlasses der Antragstellerin in Höhe von € ... zugrunde gelegt. Nach der Gebührentabelle der Vergabekammer, deren Grundlage die Formel € 2.500,-- plus 0,05 % des Auftragswertes ist, ergibt sich ein Richtwert von € .... Angesichts des mit der Bearbeitung des Nachprüfungsverfahrens verbundenen sachlichen und personellen Aufwandes besteht keine Veranlassung, von diesem Richtwert abzuweichen.

Nach § 128 Abs. 4 Satz 2 GWB hat ein Beteiligter die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung und Rechtsverteidigung notwendigen Aufwendungen des Antragsgegners zu tragen, soweit er im Verfahren unterliegt. Dies ist nach den vorangegangenen Ausführungen die Vergabestelle.

Angesichts der besonderen sachlichen und rechtlichen Schwierigkeiten des Nachprüfungsverfahrens war die Hinzuziehung eines Bevollmächtigten für die Antragstellerin notwendig (§ 128 Abs. 4 Satz 3 GWB i.V.m. § 1 Abs. 1 VwVfG LSA und § 80 Abs. 2 VwVfG).

Die Beigeladenen haben selbst keine Anträge gestellt. Sie sind deshalb nicht zur Erstattung der Verfahrenskosten vor der Vergabekammer und der Aufwendungen der anderen am Verfahren Beteiligten heranzuziehen (analog § 154 Abs. 3 VwGO).

Die ehrenamtliche Beisitzerin, Frau Hecker, hat den Vorsitzenden und den hauptamtlichen Beisitzer der Vergabekammer ermächtigt, den Beschluss allein zu unterzeichnen. Ihr lag dieser Beschluss hierzu vor.

### **Rechtsbehelfsbelehrung:**

Gegen diese Entscheidung kann das Oberlandesgericht Naumburg, Domplatz 10, 06118 Naumburg, innerhalb einer Frist von zwei Wochen, die mit der Zustellung dieser Entscheidung beginnt, schriftlich angerufen werden.

Die sofortige Beschwerde ist zugleich mit ihrer Einlegung zu begründen.

Die Beschwerde muss die Erklärung, inwieweit die Entscheidung der Vergabekammer angefochten und eine abweichende Entscheidung beantragt wird, sowie die Angabe der Tatsachen und Beweismittel, auf die sich die Beschwerde stützt, enthalten.

Die Beschwerdeschrift muss durch einen bei einem deutschen Gericht zugelassenen Rechtsanwalt unterzeichnet sein. Dies gilt nicht für Beschwerden von juristischen Personen des öffentlichen Rechts.

Oanea

Brodtrück