2. Vergabekammer
beim Landesverwaltungsamt Sachsen-Anhalt

Beschluss

Az.: VK 2 LVwA LSA – 17/07

In dem Nachprüfungsverfahren der

1. …

- Antragstellerin –

gegen die

2. …

- Antragsgegnerin –

3. …

- Beigeladene –

wegen der Vergabe zur Installation medizinischer Gase für den Neubau eines 5-geschossigen Neubaues einschließlich Heliport in der Ebene +6 für das … hat die 2. Vergabekammer beim Landesverwaltungsamt Sachsen-Anhalt am 02.10.2007 durch den Vorsitzenden Oberregierungsrat Oanea, die hauptamtliche Beisitzerin Krasper und den ehrenamtlichen Beisitzer Schmidt nach der mündlichen Verhandlung vom 24.09.2007 beschlossen:

Der Antragsgegnerin wird untersagt, den Zuschlag auf der Grundlage der vorgelegten Angebote zu erteilen.
Die Antragsgegnerin hat die Kosten des Verfahrens zu tragen. Die Kosten werden auf € … festgesetzt.

Die Antragsgegnerin hat der Antragstellerin die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung notwendigen Aufwendungen zu erstatten. Die Hinzuziehung eines Bevollmächtigten für die Antragstellerin war erforderlich.

Gründe

I.

Die Antragsgegnerin sandte am 06.06.2007 den Bekanntmachungstext zur Vergabe der Installation medizinischer Gase für den Neubau eines 5-geschossigen Neubaues einschließlich Heliport in der Ebene +6 für das … im Offenen Verfahren an das Amt für amtliche Veröffentlichungen der Europäischen Gemeinschaften.

Gemäß Bekanntmachung waren Varianten/Alternativen zulässig.
Bezuschlagt sollte das wirtschaftlichste Angebot werden. Bezüglich der Bekanntgabe der Zuschlagskriterien wurde auf die Verdingungsunterlagen verwiesen.
Hinsichtlich der finanziellen und fachlichen Leistungsfähigkeit waren von den Bietern u.a. folgende Angaben gefordert:

- III.2.1) Eignungsnachweise gemäß § 8 Nr. 3 Abs. 1 a) – g) VOB/A;
  Auszug aus dem Gewerbezentralregister, nicht älter als 6 Monate
- III.2.2) Unbedenklichkeitsbescheiningung:
  a) Berufsgenossenschaft
  b) Krankenkasse
  c) Finanzamt
- III.2.3) Referenzen der letzten 3 Jahre

In den Verdingungsunterlagen war unter den jeweiligen Punkten vermerkt:

- 3. Vorlage von Nachweisen, mit dem Angebot:
  3.1 Auszug aus dem Gewerbezentralregister, nicht älter als 3 Monate,
  3.2 Unterlagen nach § 8 Nr. 3 Abs. 1 a) – d)VOB/A und folgende sonstige Unterlagen:
  Unbedenklichkeitsbescheinigungen: a) Berufsgenossenschaft, b) Krankenkasse, c) Finanzamt, d) Auszug aus dem Gewerbezentralregister.
- 5.3 Zuschlagskriterien bei Haupt- und Nebenangeboten
  Das wirtschaftlichste Angebot bezüglich der Kriterien:
  1. Preis
  2. Qualität
  3. Funktionalität

4. technischer Wert

Die Gewichtung der Kriterien gab die Antragsgegnerin in den Verdingungsunterlagen nicht an, sie wurden in der Reihenfolge ihrer Bedeutung aufgelistet.
Vorgaben zu Mindestanforderungen für Nebenangebote fehlten gänzlich. Es blieb nach den Verdingungsunterlagen auch offen, ob, wie unter Punkt 5.2 gefordert, Nebenangebote zugelassen oder nicht zugelassen sind.

In Punkt 2.0 Abs. 2 der Leistungsbeschreibung legte die Antragsgegnerin fest, dass es dem Bieter überlassen bleibt, vom Leitfabrikat abzuweichen und ein Fabrikat seiner Wahl, das absolut gleichwertig ist, anzubieten. Das gewählte Fabrikat war mit Typenbezeichnung in den Leerzeilen der entsprechenden Positionen einzutragen. Der Bieter hatte außerdem Katalogunterlagen und technische Beschreibungen für das jeweilige gleichwertige Fabrikat seiner Wahl der Ausschreibung beizufügen. Bei Positionen, die aufgrund der technischen Spezifikation mit dem vorgegebenen Leitfabrikat angeboten werden müssen, hat der Bieter die Möglichkeit entsprechende Neben- bzw. Alternativangebote der Ausschreibung beizufügen. Betreffs des Nachweises der Gleichwertigkeit sind o.g. Anforderungen anzuwenden. Die zwingend geforderten technischen Unterlagen dienten der Prüfung der Gleichwertigkeit und waren vom Bieter mit seinem Angebot vorzulegen. Es kann sonst ein Ausschluss gemäß EVM (B) BwB/E erfolgen.

Weiterhin gab die Antragsgegnerin unter „Hinweis zur Kalkulation“ (Seite 25) vor, dass die vorgegebenen Leitfabrikate zwecks Lagerhaltung und Ersatzteilbeschaffung vom Bauherrn gewünscht wurden. Durch den Bieter war das Leistungsverzeichnis komplett mit den Leitfabrikaten zu kalkulieren und anzubieten. Es blieb dem Bieter überlassen, gleichwertige Fabrikate seiner Wahl anzubieten. Diese Fabrikate waren als Nebenangebot mit allen technischen Erläuterungen und Bebilderungen vorzulegen.

Gemäß Niederschrift zur Verdingungsverhandlung forderten 6 Unternehmen die Verdingungsunterlagen ab und legten zur Eröffungsverhandlung am 26.07.2007, 11:30 Uhr ihre Angebote vor. 2 Firmen, darunter die Beigeladene, gaben jeweils zusätzlich ein Nebenangebot ab. Das Hauptangebot der Antragstellerin ging preislich als das Mindestfordernde aus der Verdingungsverhandlung hervor.
Die kammerseitige Durchsicht der von der Antragsgegnerin vorgelegten Verdingungsunterlagen ergab hinsichtlich des Angebotes der Antragstellerin, dass bei den Positionen 1.1.04.001 und 2.1.03.001 anstatt das geforderte Fabrikat „Heyer Aerotech GmbH“ das Fab-

rikat „Dräger“ (Typ BKE 4) angeboten wurde. Technische Erläuterungen und Bebilderungen lagen dem Angebot nicht bei.

Hinsichtlich der Beigeladenen enthält das Angebot, obwohl auch hier in einigen Positionen andere Fabrikate angeboten werden, keine technische Erläuterungen und Bebilderungen. Zusätzlich fehlt bei der Position 2.1.02.001 die Typangabe und verschiedene geforderte Nachweise liegen nicht bzw. unvollständig vor.

Auch den übrigen Angeboten lagen nicht alle geforderten Erklärungen bzw. Eignungsnachweise bei.

Der Vergabevorschlag des Planungsbüros sagt jedoch aus, dass nach der formellen Prüfung kein Angebot ausgeschlossen werden musste und dass alle Angebote vollständig und technisch in Ordnung sind.
In Hinsicht auf die Eignung der Bieter wird im Vergabevorschlag lediglich festgestellt, dass die Beigeladene über die erforderliche Fachkunde, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit verfügt.
Außerdem beinhalte das Nebenangebot der Beigeladenen keine ausführungsbezogenen oder technischen Alternativen. Hierzu führte das Ingenieurbüro Folgendes aus:

1. Da die Preisreduzierung für die Position 1.5.01.001 an keine Bedingung geknüpft ist, verändere sie nicht den Charakter der Leistung. Die Preisreduzierung wurde im Angebot erfasst.
2. Bei den Positionen 1.1.03.005 und 2.1.02.005 werde nur die Lieferung bzw. Beistellung von Entnahmestellen für medizinische Gase gefordert. Die Preisangabe der Beigeladene berücksichtige in ihrem Angebot auch die Montage. Im Nebenangebot biete sie dagegen die geforderte Lieferung an den Hersteller der Versorgungseinheiten an. Deshalb korrigierte das Ingenieurbüro die angebotenen Preise aus dem Nebenangebot mit den Preisen des Angebotes.

Nach abschließender Prüfung belegt das Angebot der Beigeladenen den ersten Platz und wurde vom Ingenieurbüro zur Bezuschlagung vorgeschlagen. Die Vergabeakte enthält nur den Vergabevorschlages des Ingenieurbüros. Es wird nicht deutlich, ob die Antragsgegnerin sich diese Bewertung zu Eigen gemacht hat und letztendlich zustimmt. Ein Vergabevermerk gem. § 30a VOB/A ist nicht Gegenstand der Vergabeunterlagen.
Gemäß § 13 VgV unterrichtete die Antragsgegnerin mit Informationsschreiben vom 09.08.2007 alle die Bieter, deren Angebote nicht berücksichtigt werden sollen, über den Na-

men des Bieters, dessen Nebenangebot angenommen werden soll und über den Grund der vorgesehenen Nichtberücksichtigung.

Am 09.08.2007 rügte die Antragstellerin gegenüber der Antragsgegnerin die beabsichtigte Bezuschlagung des Nebenangebotes der Beigeladenen. Die Rüge begründete sie damit, dass die Antragsgegnerin in den Verdingungsunterlagen keine Mindestanforderungen für Nebenangebote benannt habe und deshalb Nebenangebote bei der Wertung unberücksichtigt bleiben müssten.

Die Antragsgegnerin beantwortete mit Schreiben vom 20.08.2007 (Posteingang am 22.08.2007) die Rüge der Antragstellerin dahingehend, dass nicht das Nebenangebot der Beigeladenen sondern unter Einbeziehung der Nachlässe, das preisgünstigste Hauptangebot bezuschlagt werden solle.

Mit Schreiben vom 23.08.2007 rügte die Antragstellerin erneut die Vergabeentscheidung, der Beigeladenen den Zuschlag auf das Nebenangebot zu erteilen. Zum Einen sei das Nebenangebot aufgrund fehlender Mindestbedingungen nicht zu berücksichtigen und zum Anderen dürften nachträglich gewährte Nachlässe sowie Nachlässe die unter Bedingung stehen nicht berücksichtigt werden. Das Hauptangebot der Beigeladenen sei deshalb aus vergaberechtlichen Gründen nicht zu berücksichtigen.

Mit Schriftsatz vom 23.08.2007 reichte die Antragstellerin einen Nachprüfungsantrag bei der 2. Vergabekammer beim Landesverwaltungsamt ein.

Die Vergabekammer hat diesen Antrag der Antragsgegnerin noch am gleichen Tage zugestellt.

Die Antragstellerin ist der Ansicht, dass die Antragsgegnerin zwar Varianten zugelassen habe, hierfür in den Verdingungsunterlagen aber keine Mindestanforderungen vorgegeben habe. Aufgrund dessen dürfe das Nebenangebot der Beigeladenen nicht bezuschlagt werden.
Nach Aussage des zuständigen Planungsbüros habe die Beigeladene einen Preisnachlass auf ihr Hauptangebot unter der Bedingung gewährt, dass auf bestimmte Teile der Leistung verzichtet werde. Dies wäre gemäß § 25 Nr. 1 Abs. 1b i.V.m. § 21 Nr.1 Abs. 3 VOB/A eine unzulässige Änderung an den Verdingungsunterlagen und bedeute ebenfalls die Nichtwertung des Nachlasses im Hauptangebot.

Sollte der Nachlass nach Ablauf der Angebotsfrist eingeräumt worden sein, entspräche dies nach § 24 Nr. 3 VOB/A einer unzulässigen Änderung des Angebotes, die nicht gewertet werden dürfte.

Die Vergabekammer hat die Beteiligten in der mündlichen Verhandlung vom 24.09.2007 darauf hingewiesen, dass nach ihrer vorläufigen Ansicht sämtliche Angebote aller Bieter mangelhaft wären. Dies bezweifelte die Antragstellerin. Sollte dies jedoch der Fall sein, seien alle Angebote gleich zu behandeln.

Die Antragstellerin beantragt,

der Antragsgegnerin zu untersagen, dass Vergabeverfahren durch die Zuschlagserteilung auf eines der vorliegenden Angebote zu beenden.

Die Antragsgegnerin beantragt,

den Antrag zurück zu weisen.

Sie macht in der mündlichen Verhandlung geltend, dass sie auf einen Ausschluss der Angebote der Antragstellerin und Beigeladenen bewusst verzichtet habe. Hinsichtlich der Antragstellerin seien ihr die angebotenen Fabrikate bekannt gewesen, es habe daher nicht weitere Gleichwertigkeitsnachweise bedurft. In Bezug auf die Beigeladene seien die von ihr geforderten Eignungsnachweise entbehrlich. Die Beigeladene habe sich in vorangegangenen Vergabeverfahren als geeignet erwiesen.
Sie vertritt weiter die Auffassung, dass es sich bei den eingeräumten Nachlässen des Nebenangebotes der Beigeladenen um kein Nebenangebot handele. Die Beigeladene biete keine ausführungsbezogenen oder technischen Alternativen an.
Die Preisreduzierung zur Position 1.5.01.001 Wartungsvertrag nach AMEV „Wartung 2002“ wäre an keine Bedingung geknüpft und veränderte in keiner Weise den Charakter der Leistung. Deshalb habe man den Nachlass bei der rechnerischen Prüfung dieser Position im Hauptangebot angesetzt.

Mit Schreiben vom 13.09.2007 wurde die Beigeladene zum Verfahren hinzugezogen.
Die Beigeladene stellte bis zur mündlichen Verhandlung keine eigenen Anträge.

Dort haben die Beteiligten ihr bisheriges Vorbringen ergänzt und vertieft. Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf das Protokoll der mündlichen Verhandlung verwiesen. Im Hinblick auf das weitere Vorbringen der Beteiligten wird auf die eingereichten Schriftsätze und auf die Verfahrensakte Bezug genommen.

II.

Der Antrag ist zulässig und begründet.

1.Zulässigkeit

a) Zuständigkeit

Gemäß § 104 Abs. 1 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) in der Fassung der Bekanntmachung vom 15. Juli 2005 (BGBl I S. 2140 ff.), geändert durch Artikel 2 Abs. 18 des Gesetzes vom 12. August 2005 (BGBl I S. 2354), zuletzt geändert durch Artikel 1 des Gesetzes vom 01. September 2005 (BGBl I S. 2676), 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, zuletzt geändert im MBL. LSA Nr. 26/2007 S. 568 ff) ist die 2. Vergabekammer beim Landesverwaltungsamt Sachsen-Anhalt für die Nachprüfung des vorliegenden Vergabeverfahrens örtlich zuständig.

Die Antragsgegnerin ist eine Gesellschaft privaten Rechts gem. § 98 Nr. 2 GWB und unterliegt dem Vergaberechtsregime.

Der maßgebliche Schwellenwert von 5.278.000 Euro für die Vergabe von Bauleistungen gemäß des zum Zeitpunkt der Veröffentlichung der Ausschreibung geltenden § 100 Abs. 1 GWB i.V.m. § 2 Nr. 4 der Vergabeverordnung (VgV) in der Fassung der Bekanntmachung vom 11. Februar 2003 (BGBl I S. 169 ff.), geändert durch Artikel 3 Abs. 37 des Gesetzes vom 7. Juli 2005 (BGBl I S. 1970), zuletzt geändert durch Artikel 2 des Gesetzes vom 1. September 2005 (BGBl I S. 2676), zuletzt geändert durch Artikel 1 u. 2 V v. 23.10.2006 (BGBI S. 2334), ist für dieses Vorhaben überschritten. Die Antragsgegnerin hat nicht von dem § 2 Nr. 7 VgV Gebrauch gemacht. Für die ausgeschriebene Leistung von unterhalb 1 Million € wählte sie die europaweite Ausschreibung.

b) Antragsbefugnis

Die Antragstellerin ist antragsbefugt, da sie durch Teilnahme an dem von der Antragsgegnerin durchgeführten Offenen Verfahrens ein Interesse am betreffenden Auftrag hat, eine Rechtsverletzung in ihren Rechten durch Nichtbeachtung von Vergabevorschriften geltend macht (§ 107 Abs. 2, Satz 1 GWB) und hinreichend darlegt, dass ihr durch Verletzung von Vergabevorschriften möglicherweise ein Schaden drohe (§ 107 Abs. 2, Satz 2 GWB).

Regelmäßig ist ein Bieter auch unabhängig davon antragsbefugt, ob sein Angebot an einen Ausschlussgrund leidet, wenn er die Nichtbeachtung von Vergabevorschriften darlegt und danach als vergaberechtsgemäße Maßnahme die Aufhebung der Ausschreibung in Betracht kommt, weil auch alle anderen Angebote unvollständig sind. Der Bieter hat dann die Chance, sich an einem neuen Vergabeverfahren mit einem Angebot zu beteiligen (BGH, Beschluss vom 26.09.2006-X ZB 14/06). Dies hat die Antragstellerin in der mündlichen Verhandlung, nach entsprechendem Hinweis der Vergabekammer, vorgebracht.

c) Rügeobliegenheit

Die Antragstellerin ist ihrer Rügenobliegenheit gemäß § 107 Abs. 3 Satz 1 GWB nachgekommen. Der Antrag ist unzulässig, soweit der Antragsteller den gerügten Verstoß gegen Vergabevorschriften bereits im Vergabeverfahren erkannt und gegenüber dem Auftraggeber nicht unverzüglich gerügt hat.

Nach der Rechtssprechung muss die Rüge aufgrund der kurzen Fristen, die im Vergabeablauf gelten, im Regelfall je nach Lage des Einzelfalls höchstens innerhalb von fünf Tagen erfolgen (vgl. OLG Naumburg, Beschluss vom 14.12.2004 – 1 Verg 17/04).

Die Antragstellerin hat am 09.08.2007 und am 23.08.2007 die vermuteten Verstöße gerügt. Sie reagierte dabei auf die Schreiben der Antragsgegnerin vom 09.08.2007 und 20.08.2007. Diese Rügen sind innerhalb von ein bis drei Tagen erfolgt und damit als unverzüglich anzusehen.

d) Form

Die in § 108 Abs. 2 GWB genannten Mindestanforderungen hat die Antragstellerin erfüllt.

2. Begründetheit

Der Nachprüfungsantrag ist begründet. Die Antragstellerin kann gemäß § 97 Abs. 7 GWB verlangen, dass der Antragsgegnerin untersagt wird, das Vergabeverfahren durch die Zuschlagserteilung auf eines der vorliegenden Angebote zu erteilen.

2.1. Mängel sämtlicher Angebote

Sämtliche Angebote weisen gleichwertige Mängel auf und sind daher nach § 25 Nr. 1 Abs. 1 b) VOB/A i.V. mit § 21 Nr. 1 Abs. 2 VOB/A bzw. § 25 Nr. 2 Abs. 1 VOB/A auszuschließen.

2.1.1 Unvollständige Angebote

Die Angebote der Antragstellerin, der Beigeladenen sowie der Mitbewerber (Fa. …) sind unvollständig und daher zwingend nach § 25 Nr. 1 Abs. 1b) in Verbindung mit § 21 Nr. 1 Abs. 2 VOB/A nicht zu berücksichtigen.

Im Einzelnen:

Die Antragsgegnerin hatte in der Leistungsbeschreibung unter Punkt 2.0 Abs. 2 ausgeführt, dass es dem Bieter überlassen bleibe, vom zugrunde gelegten Leitfabrikat abzuweichen und ein Fabrikat seiner Wahl, das absolut gleichwertig ist, anzubieten. In diesem Fall hat die Antragsgegnerin gefordert, dass die Bieter außerdem Katalogunterlagen und technische Beschreibungen für diese „gleichwertigen“ Fabrikate ihrer Wahl der Ausschreibung beizufügen haben.

Diesen Vorgaben ist keiner der o.g. Bieter nachgekommen. Sie sind vom Leitfabrikat abgewichen, haben jedoch keine entsprechenden Gleichwertigkeitsnachweise vorgelegt.

Es fehlten diese Unterlagen zu folgenden Positionen:

Antragstellerin: Positionen 1.1.04.001 und 2.1.03.001

Beigeladene: Positionen 1.1.01, 1.1.03, 1.1.03.001, 2.1.01, 2.1.02 und 2.1.02.001 (fehlende Typangabe)

Fa. …: Positionen 1.1.01, 1.1.03,1.1.03.001, 1.1.04.001, 2.1.01, 2.1.02, und 2.1.03.001

Fa. … Positionen 1.1.01, 1.1.03, 2.1.01 und 2.1.02

Im Falle eines unvollständigen Angebotes ist der Ausschluss auch zwingend. Hieran ändert sich nichts, dass § 21 Nr. 1 Abs. 2 VOB/A nur als Sollvorschrift formuliert ist. Nach dieser Vorschrift sollen die Angebote nur die Preise und die geforderten Erklärungen enthalten.

Das Angebot soll keine darüber hinausgehend Angaben beinhalten (sollen nur). Aus dem Wortlaut der Regelung folgt im Umkehrschluss, dass das Angebot unbedingt mit den geforderten Erklärungen versehen sein muss (Vergabekammer beim Regierungspräsidium Magdeburg, Beschluss vom 05.03.2003, A. 33-32571/07 VK 02/03 MD). Anderenfalls ist das Angebot unvollständig. Nach dem Wortlaut des § 25 Nr. 1 Abs. 1 VOB/A („ausgeschlossen werden“) hat die Antragsgegnerin bei Vorliegen der dort aufgestellten Voraussetzungen kein Recht zu einer wie auch immer gearteten großzügigen Handhabe. Sie ist vielmehr verpflichtet, die Angebote auszuschließen (BGH, Beschluss vom 18.02.2003 – X ZB 43/02).

Es ist daher unbeachtlich, dass die Antragsgegnerin sich in den Verdingungsunterlagen in diesen Fällen ein eigenes Ermessen vorbehalten hatte. Dies stand ihr angesichts des Wortlauts der vorgenannten Vorschrift nicht zu. Bei dieser Sachlage kommt es auch nicht darauf an, dass der Antragsgegnerin die angebotenen Fabrikate bekannt waren.

2.1.2 Fehlende Eignungsnachweise

Die Angebote der Mitbewerber (…) waren nach § 25 Nr. 2 Abs. 1 VOB/A vom weiteren Verfahren auszuschließen. Nach dieser Vorschrift muss die Antragsgegnerin zunächst die Eignung der Bieter prüfen. Dabei hat sie anhand der vorgelegten Nachweise die Angebote der Bieter auszuwählen, deren Eignung die für die Erfüllung der vertraglichen Verpflichtungen notwendigen Sicherheiten bietet. Dies bedeutet, dass die Bieter die erforderliche Fachkunde, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit besitzen und über ausreichende technische und wirtschaftliche Mittel verfügen müssen.

Die Antragsgegnerin hatte unter anderem in den Verdingungsunterlagen verlangt, dass mit dem Angebot Unterlagen nach § 8 a - d) VOB/A als Eignungsnachweise vorzulegen sind. Dieser Vorgabe ist weder die … noch die … nachgekommen. Auch einzelne übrige Bieter haben keine vollständigen Eignungsnachweise eingereicht. Dies braucht hier jedoch nicht weiter vertieft zu werden, da diese Bieter bereits nach § 25 Nr. 1 Abs. 1 VOB/A ausgeschlossen werden mussten (siehe 2.1.1).

Gemäß § 97 Abs. 1 GWB ist der öffentliche Auftraggeber verpflichtet, das Vergabeverfahren transparent durchzuführen. Der Bieter muss erkennen können, auf welcher Grundlage die Angebotswertung erfolgte (EuGH (Sechste Kammer) vom 12.12.2002; Rechtssache C-470/99). Hinsichtlich der von der Antragsgegnerin geforderten Nachweise und Erklärungen unterwarf diese sich der Selbstbindung hinsichtlich dieser Nachweise (VK Sachsen, Beschluss vom 25.04.2006-1/SVK/031-6). Durch die Festlegung in den Verdingungsunterlagen, dass der Bieter die Eignungsnachweise mit dem Angebot vorzulegen hat, zieht die unterbliebene oder nicht rechtzeitige Vorlage der zwingend geforderten Eignungsnachweise zwangsläufig den Ausschluss des betroffenen Angebotes nach sich. Der Antragsgegnerin steht somit kein Ermessen zu (VK Schleswig-Hollstein, Beschluss vom 16.09.2005, OLG Düsseldorf, Beschluss vom 19.01.2005 – Verg 58/04).

2.1.3 Gleichwertige Mängel

Im vorliegenden Fall sind die Angebote der Antragstellerin, der Beigeladenen und weiterer zwei Mitbewerber aufgrund von Unvollständigkeit auszuschließen, während zwei weitere Bieter ihre Eignung nicht nachgewiesen haben.

Die Antragstellerin kann verlangen, dass alle abgegebenen Angebote vom Vergabeverfahren ausgeschlossen werden.

Die Mängel sind vorliegend als gleichwertig einzustufen. Es kommt dabei nicht entscheidend darauf an, dass die zum Ausschluss führenden Mängel unterschiedliche Wertungsstufen (Vollständigkeitsprüfung einerseits / Eignungsprüfung andererseits) betreffen (vgl. OLG Frankfurt, Beschluss vom 23.12.2005 - 11 Verg 13/05 / andere Auffassung VK Sachsen, Beschluss vom 09.11.2006 – 1/SVK/095-06). Bei anderer Betrachtungsweise würde der Gleichbehandlungsgrundsatz zu Lasten der Antragstellerin verletzt. Für eine entsprechende Differenzierung ist kein Grund ersichtlich. Allein entscheidend ist, dass hinsichtlich aller Angebote gleichermaßen ein zwingender Ausschlussgrund besteht. Der Antragsgegnerin steht hierbei kein Ermessen zu. Bei dieser Sachlage wäre es nicht gerechtfertigt, wenn die Antragsgegnerin bei den hier vorliegenden Mängeln die Bieter unterschiedlich behandeln würde.

Zwar hat die Antragsgegnerin die Angebote nicht von sich aus ausgeschlossen. Damit hat sie gegen Vergabevorschriften verstoßen und Rechte der Antragstellerin verletzt. Sie hat auch nach §§ 97 Abs. 7 und 114 Abs. 1 GWB einen Anspruch auf Einhaltung der Vergabevorschriften, obwohl auch ihr Angebot zwingend auszuschließen ist (siehe auch Punkt 1.b)).

2.2 zu treffende Maßnahmen der Vergabekammer

Der Antragsgegnerin wird von der Vergabekammer untersagt, den Zuschlag auf ein vorliegendes Angebot zu erteilen. Sie kann nicht dazu verpflichtet werden, dass Vergabeverfahren aufzuheben. Die Antragsgegnerin steht insoweit vielmehr gemäß § 26 Nr. 1 a) oder c) VOB/A ein eigenes Ermessen zu. In den Fällen, in denen alle Angebote ausgeschlossen werden müssen, kann dem öffentlichen Auftraggeber auch eine andere Möglichkeit zu Gebote stehen, wenn diese im Einklang mit den Grundsätzen des Vergaberechts steht (BGH Beschluss vom 26.09.2006-X ZB 14/06; VK Sachsen Beschluss vom 09.11.2006-1/SVK/095-06). Das hat die Antragsgegnerin in eigener Verantwortung zu prüfen.

Sollte sie sich entscheiden, in dem laufenden Vergabeverfahren die dargestellten Mängel zu beheben, wäre sie gehalten, dies ab Erstellung der Verdingungsunterlagen zu wiederholen.

Die Antragsgegnerin hat bislang dort davon abgesehen, technische Mindestbedingungen für Nebenangebote zu benennen, obwohl sie hierzu nach § 25a Nr. 3 VOB/A verpflichtet war.

Sie hat es weiterhin unterlassen, einen Vergabevermerk zu fertigen, der den Anforderungen des § 30a VOB/A genügt. Dies hat sie nachzuholen bzw. bei Neuausschreibung zeitnah zu fertigen. Ein Vergabevorschlag eines Dritten ist insoweit ohne einen entsprechenden Zustimmungsvermerk der Antragsgegnerin nicht ausreichend.
Für den Fall einer Neuausschreibung hat sie ebenfalls die Mindestbedingungen für Nebenangebote zu benennen, sofern sie diese zulässt.

III.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 128 Abs. 1 i.V.m. Abs. 3 Satz 1 GWB. Nach dieser Vorschrift hat ein Beteiligter die Kosten zu tragen, soweit er im Verfahren unterliegt. Vor diesem Hintergrund ist die Antragsgegnerin als Unterliegende anzusehen. Die Antragstellerin ist mit ihrem Antrag in vollem Umfang durchgedrungen.

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 geschätzte Auftragswert in Höhe von € … (brutto) zugrunde gelegt.

Nach der Gebührentabelle der Vergabekammer, deren Grundlage die Formel € 2.500,-- plus 0,05 % des Auftragswertes ist, ergibt sich ein Richtwert von € …. Es 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. Die Antragsgegnerin ist hier als Unterliegende anzusehen.
Angesichts der sachlichen und rechtlichen Schwierigkeiten des Falls war die Hinzuziehung eines Bevollmächtigten für die Antragstellerin notwendig (§ 128 Abs. 4 Satz 3 GWB i.V.m. § 80 Abs. 2 VwVfG LSA).
Die Beigeladene hatte keinen eigenen Antrag gestellt. Sie wird nicht zur Kostenerstattung verpflichtet.

Der ehrenamtliche Beisitzer, Herr Schmidt, hat den Vorsitzenden und die hauptamtliche Beisitzerin der Vergabekammer ermächtigt, den Beschluss allein zu unterzeichnen. Ihm 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 Krasper