

Vergabekammer
beim Regierungspräsidium Magdeburg

Az: 33-32571/07 VK 37/ 99 MD

Beschluss

In dem Verfahren zur Nachprüfung des Vergabeverfahrens des

Klinikums.....

betreffend des

„Neubaus Funktionsgebäude - Los 2 - Spundung/Baustelleneinrichtung“

Verfahrensbeteiligte:

1.GmbH

.....

.....

Antragstellerin

Verfahrensbevollmächtigte:

Rechtsanwälte

München

2.Klinikum

.....Magdeburg

Vergabestelle

hat die Vergabekammer beim Regierungspräsidium Magdeburg am 30.08.1999 durch den Vorsitzenden Regierungsrat Oanea, den hauptamtlichen Beisitzer Brodrück und den ehrenamtlichen Beisitzer Presche im schriftlichen Verfahren beschlossen:

1. Der Antrag der Antragstellerin wird als offensichtlich unbegründet zurückgewiesen.
2. Die Kosten des Verfahrens trägt die Antragstellerin.

Gründe

I.

Die Vergabestelle hatte im Mai 1999 im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften sowie im Ausschreibungsanzeiger des Landes Sachsen-Anhalt für den Neubau eines Funktionsgebäudes amKlinikumu. a. das Los 2 - Spundung/ Baustelleneinrichtung - ausgeschrieben. Laut Bewerbererklärung sind Subunternehmerleistungen bis zu 50 % zugelassen.

Im Wege des Offenen Verfahrens forderte die Vergabestelle 15 Unternehmen, darunter die Antragstellerin, zur Angebotsabgabe auf. Die Antragstellerin reichte vor Ablauf der Angebotsfrist ein Hauptangebot mit zwei Sondervorschlägen und zwei Nebenangeboten bei der Vergabestelle ein. Das Hauptangebot enthält alle von der Vergabestelle im Leistungsverzeichnis vorgegebene und vom Bieter zu verpreisende Positionen.

Dagegen enthalten die Sondervorschläge und Nebenangebote der Antragstellerin nur zusammengefasste Preise. Sie beinhalten keine auf die Einzelpositionen aufgeschlüsselten Einheitspreise. In den Sondervorschlägen heißt es lediglich: "Der Sondervorschlag umfasst alle Leistungen der Positionen 3.1 bis einschließlich 3.13 und ersetzt diese". Im Übrigen wurde ausgeführt: "Weiterhin sind alle zusätzlichen Arbeiten enthalten, welche zur Erfüllung der vertraglich geschuldeten Leistung erforderlich sind".

Im Nebenangebot 1 ist ausgeführt, dass „bei Optimierung der Bauarbeiten nach Wahl des Auftragnehmers" und im Nebenangebot 2 "bei Ausführung der Wasserhaltungsar-

beiten, Titel 5 nach Wahl des Auftragnehmers" jeweils ein Nachlass gewährt werden könne.

Nach Darstellung der Antragstellerin habe die Vergabestelle ihr am 23.07.1999 fernmündlich mitgeteilt, dass ihre zwei Sondervorschläge und zwei Nebenangebote von der Wertung ausgeschlossen seien.

Dies hat die Antragstellerin mit Datum vom 27.07.1999 bei der Vergabestelle per Fax gerügt. Die Vergabestelle hatte daraufhin mit Schreiben vom 28.07.1999 ausgeführt, dass ein Bieter, der weniger als 50% der zu vergebenden Leistungen im eigenen Betrieb erbringe, ohne weitere Begründung von der Vergabe ausgeschlossen werden könne. Dem Schreiben war ein Auszug aus dem Wertungslauf vom 22.07.1999 beigelegt.

In den Wertungsläufen vom 22.07.1999 und 09.08.1999 wurden die Angebote der Antragstellerin einer fachlichen Beurteilung unterzogen. Insbesondere enthalten die Bewertungsläufe Angaben zur technischen und wirtschaftlichen Realisierbarkeit der Angebote.

Mit Fax vom 02.08.1999, hier eingegangen am selben Tag, hat die Antragstellerin bei der Vergabekammer die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens gemäß § 107 GWB beantragt. Sie beanstandet mehrere Elemente des genannten Vergabeverfahrens als fehlerhaft. Sie führt aus, es sei zu befürchten, dass ihr durch die Verletzung von Vergabevorschriften ein Schaden entstehe. Entgegen den Vorbringen der Vergabestelle erbringe sie die Leistung - mit Ausnahme der Wasserhaltung - nicht durch Subunternehmen. Des Weiteren gehe die Vergabestelle unzutreffenderweise davon aus, dass die Dichtigkeit der Spundwand nur mit ihrem vorgegebenen Verfahren zu erreichen sei. Die Antragstellerin meint dagegen, dass auch durch die Errichtung einer im Rüttel-Spül-Verfahren eingebrachten Stahlspundwand die Vorgaben hinsichtlich der Dichtigkeit erfüllt werden könnten. Sie führt weiter aus, dass bei zutreffender Bewertung insbesondere ihrer Sondervorschläge zu erwarten sei, dass dieses das wirtschaftlichste Angebot gemäß § 97 Nr. 5 GWB wäre, weshalb hierauf der Zuschlag zu erteilen sei. Bei Nichterteilung des Zuschlages entstünde der Antragstellerin ein Schaden, der mindestens in dem kalkulierten Unternehmergewinn bestehe, jedoch auch in den Deckungsbeiträgen zu den Fixkosten.

Sie beantragt,

die Vergabestelle zu verpflichten, das Angebot der Antragstellerin mit den zwei Sondervorschlägen und zwei Nebenangeboten in die Wertung zu nehmen.

Hilfsweise wird beantragt:

festzustellen, dass das Angebot der Antragstellerin mit ihren zwei Sondervorschlägen und zwei Nebenangeboten rechtswidrig vom Vergabeverfahren ausgeschlossen worden ist.

Die Vergabestelle beantragt sinngemäß,

den Antrag der Antragstellerin zurückzuweisen.

Sie führt aus, dass die Angebote der Antragstellerin nicht zuschlagsfähig seien, da in den Sondervorschlägen und Nebenangeboten eine konkrete für die Durchführbarkeit der Leistungen notwendige Leistungsbeschreibung fehle.

Der Antrag der Antragstellerin auf Nachprüfung o. g. Vergabeverfahrens wurde der Vergabestelle am 03.08.1999 zugestellt. Zu diesem Zeitpunkt war der Zuschlag noch nicht erteilt. Die Zustellung entfaltete damit die Sperrwirkung des § 115 Abs. 1 GWB. Hinsichtlich der weiteren Einzelheiten wird auf die Verfahrensakte sowie auf die Vergabeakten verwiesen.

II.

Das Begehren der Antragstellerin ist darauf gerichtet, gem. § 25 Nr. 3 Satz 1 VOB/A in die engere Wahl zur Auftragserteilung zu gelangen. Eine andere Auslegung des Hauptantrages ergäbe keinen Sinn. Eine vergaberechtswidrig unterlassene Wertung der Angebote der Antragstellerin ist im vorliegenden Fall nicht gegeben. Etwas anderes ergibt sich trotz des insoweit missverständlichen Wortlauts auch nicht aus dem Schreiben der Vergabestelle vom 27.07.1999. Hierin heißt es u. a. wie folgt: „... können Bieter ohne weitere Begründung ausgeschlossen werden.“ Dass ein tatsächlicher Ausschluß der Angebote der Antragstellerin nicht erfolgte, folgt jedoch bereits aus dem dem o. g. Schreiben beiliegenden Auszug aus der Angebotswertung

sowie aus dem Wertungslauf vom 09.08.1999, wo eine Wertung der Angebote vorgenommen wurde.

Der so verstandene Hauptantrag ist zulässig, aber offensichtlich unbegründet.

Gemäß § 104 Abs. 1 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB), veröffentlicht im BGBl. I S. 2568 ff., i. V. m. der Richtlinie über die Einrichtung von Vergabekammern in Sachsen-Anhalt (RdErl. des MW vom 4.3.1999 - 63-32570/03, veröffentlicht im MBl. LSA Nr. 13/1999 S. 441), ist die Vergabekammer beim Regierungspräsidium Magdeburg für die Nachprüfung der Vergabe öffentlicher Aufträge im Bereich des Regierungsbezirks örtlich zuständig.

Die Vergabestelle ist gemäß § 98 Nr. 1 GWB öffentlicher Auftraggeber.

Der Antrag ist gemäß § 107 Abs. 2 GWB zulässig. Bei o. g. Vergabeverfahren ist der Schwellenwert (hier: 5 Mill. ECU) für das Gesamtvorhaben um ein Vielfaches überschritten.

Die Antragstellerin ist auch antragsbefugt, weil sie durch Teilnahme an dem von der Vergabestelle durchgeführten Offenen Verfahren ein Interesse am betreffenden Auftrag hat, eine Verletzung in ihren Rechten durch Nichtbeachtung von Vergabevorschriften geltend macht und hinreichend darlegt, dass ihr durch Verletzung von Vergabevorschriften möglicherweise ein Schaden drohe.

Die Antragstellerin hat auch der Vergabestelle gegenüber den angeblichen Verstoß gegen Vergabevorschriften gerügt.

Der Hauptantrag ist jedoch unbegründet, da die Vergabestelle im Rahmen ihres Beurteilungsspielraumes die Sondervorschläge und Nebenangebote zu Recht nicht in die engere Wahl für die Beauftragung gefasst hat.

Seitens der Vergabestelle wurden alle Angebote, insbesondere die Sondervorschläge 1 und 2 sowie die Nebenangebote der Antragstellerin gewertet. Sie liegt mit ihrem Hauptangebot an 5. Stelle der Bieterfolge.

Die Vergabestelle hat als öffentlicher Auftraggeber die oben näher beschriebenen Leistungen im Offenen Verfahren EG-weit ausgeschrieben, wobei sie selbst sowohl in ihrer Angebotsaufforderung unter Ziff. 2a auf die VOB/A als auch in ihren Bewerbungsbedingungen EVM (B) BwB/E darauf hingewiesen hat, als Auftraggeber nach der VOB/A "Allgemeine Bestimmungen für die Vergabe von Bauleistungen" (VOB/A) zu verfahren.

Gemäß § 97 Abs. 7 GWB haben die Unternehmen Anspruch darauf, dass der Auftraggeber die Bestimmungen über das Vergabeverfahren einhält.

In diesem Rahmen hat sich die Vergabestelle bei der Auftragsvergabe an die Regeln der VOB/A zu halten und entsprechend zu verfahren (vgl. OLG Düsseldorf, Bau R, 1990, 197, 198). Das bedeutet, dass sich alle Beteiligten am Ausschreibungsverfahren der o.g. Leistungen darauf verlassen dürfen, dass die Vergabestelle den Zuschlag nach den in

§ 25 Nrn. 2 und 3 VOB/A festgelegten Grundsätzen erteilt (vgl. OLG Düsseldorf, BauR, 1996, 596, 598). Diese Vorgaben hat die Vergabestelle beachtet.

Gemäß § 25 Nr. 3 Abs. 3 VOB/A kommen nur solche Angebote in die engere Wahl, die unter Berücksichtigung rationellen Baubetriebs und sparsamer Wirtschaftsführung eine einwandfreie Ausführung einschließlich Gewährleistung erwarten lassen. Unter diesen Angeboten soll der Zuschlag auf das Angebot erteilt werden, das unter Berücksichtigung aller technischen und wirtschaftlichen, gegebenenfalls auch gestalterischen und funktionsbedingten Gesichtspunkte als das annehmbarste erscheint. Der niedrigste Angebotspreis hingegen ist allein nicht entscheidend. Dieser Sachverhalt ist auch von der Antragstellerin wie folgt erkannt worden: "Der Zuschlag hat auf das wirtschaftlichste Angebot zu erfolgen; § 97 Abs. 5 GWB".

Bei der Beantwortung der Frage, welches Angebot das annehmbarste ist, handelt es sich um eine Gesamtschau zahlreicher, die Entscheidung beeinflussender Einzelumstände und somit um eine Wertung, die im Gegensatz zur Anwendung bloßer Verfahrensregeln der VOB/A einen angemessenen Beurteilungsspielraum voraussetzt (vgl. OLG Düsseldorf, BauR, 1990, 597, 600).

Diesen Beurteilungsspielraum nutzend hat die Vergabestelle die Angebote, insbesondere die Sondervorschläge sowie Nebenangebote der Antragstellerin gewertet (Wertungsergebnis der Vergabestelle vom 09.08.1999 liegt vor).

Nach § 21 Nr. 2 VOB/A darf eine Leistung, die von den vorgesehenen technischen Spezifikationen abweicht, angeboten werden, wenn sie mit den geforderten Schutzniveau in Bezug auf Sicherheit, Gesundheit und Gebrauchstauglichkeit gleichwertig ist. Die Abweichung muß im Angebot eindeutig bezeichnet sein. Die Gleichwertigkeit ist mit dem Angebot nachzuweisen. Diese Forderungen sind ebenfalls Bestandteil der Nr. 4 der Bewerbungsbedingungen - EVM (B) BwB/E.

Die seitens der Antragstellerin in den Sondervorschlägen 1 und 2 aufgeführten allgemein gefassten Hinweise reichen bei weitem nicht aus, die Gleichwertigkeit nachzuweisen. Es ist nicht erkennbar, in welchen Punkten die Leistungen vom Hauptangebot abweichen. Der bloße Verweis auf das Hauptangebot genügt nicht; insbesondere deshalb nicht, da die Positionen 3.1 bis 3.13 ersetzt werden sollen.

Unter Pkt. 5.2 der Bewerbungsbedingungen - die einzuhalten seitens der Antragstellerin gefordert werden - ist geregelt, dass der Bieter die in Änderungsvorschlägen oder Nebenangeboten enthaltenen Leistungen eindeutig und erschöpfend zu beschreiben hat. Daraus folgt, dass seitens der Bieter Änderungsvorschläge und Nebenangebote so abzufassen sind, dass die Auftraggeberseite ohne besondere Schwierigkeiten in der Lage ist, diese zu beurteilen, insbesondere durch Vergleiche mit den entsprechenden Hauptpositionen. Die Gliederung des Leistungsverzeichnisses ist, soweit möglich, beizubehalten. Änderungsvorschläge oder Nebenangebote müssen alle Leistungen umfassen, die zu einer einwandfreien Ausführung der Bauleistung erforderlich sind.

Auch dies ist vorliegend nicht erfüllt. Die Sondervorschläge beinhalten insbesondere keine auf die Einzelpositionen bezogene Leistungsbeschreibung und somit auch keine Einheitspreise. Über die Art und den Umfang dieser Leistungen fehlt es weiterhin an substantieller Untersetzung. Der pauschale Hinweis, dass alle zusätzlichen Arbeiten enthalten sind, welche zur Erfüllung der vertraglich geschuldeten Leistung erforderlich sind, reicht bei weitem nicht aus. Vor allem bei möglichen Veränderungen der Leistungen während der Durchführungsphase des Vorhabens ist es der Vergabestelle

nicht möglich, das damit verbundene Kostenrisiko im Vorhinein sachgerecht einzuschätzen.

Auch die vagen Angaben aus den Nebenangeboten sind unzureichend und beinhalten unkalkulierbare Risiken für die Vergabestelle. Es ist nicht nachvollziehbar, was unter den Begriffen „Optimierung der Bauarbeiten“ bzw. „nach Wahl des Auftragnehmers“ zu verstehen ist.

Aufklärungsverhandlungen nach § 24 Nr. 3 VOB/A versprochen keinen Erfolg. Nach dieser Vorschrift sind Verhandlungen nur möglich, um unumgängliche technische Änderungen geringen Umfangs vorzusehen. Dies ist vorliegend ausgeschlossen, da die Sondervorschläge und Nebenangebote keine konkrete Beschreibung der Leistung enthalten. Die Unklarheiten könnten nur durch umfangreiche Verhandlungen ausgeräumt werden. Dies ist jedoch nach der vorgenannten Vorschrift unstatthaft. Damit ist vorliegend das Angebot der Antragstellerin auch nicht das wirtschaftlichste im Sinne des § 97 Abs. 5 GWB.

Es ist nicht ersichtlich, dass die Vergabestelle bei der Wertung der Angebote zu o. g. Vergabeverfahren die Grenzen des ihr eingeräumten Beurteilungsspielraumes überschritten hätte. Dem Hilfsantrag kommt zum gegenwärtigen Zeitpunkt gegenüber dem Hauptantrag keine eigenständige Bedeutung zu.

Die von der Antragstellerin begehrte Feststellung ist nach § 114 Abs. 2 Satz 2 GWB nur möglich, wenn sich das Vergabeverfahren erledigt hat. In dem vorliegenden Verfahren wurde der Zuschlag jedoch noch nicht erteilt.

Nach § 112 Abs. 1 Satz 2 GWB kann bei Unzulässigkeit oder offensichtlicher Unbegründetheit des Antrags nach Lage der Akten entschieden werden. Die Vergabekammer hat von der Durchführung einer mündlichen Verhandlung abgesehen, da aufgrund der Aktenlage eindeutig die Zurückweisung des Antrages erfolgen musste. Eine andere Bewertung hätte sich auch in einer mündlichen Verhandlung nicht ergeben können.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 128 Abs. 1 GWB. Die Höhe der Kosten ergibt sich aus einem gesonderten Kostenfestsetzungsbescheid, der der Antragstellerin mit diesem Beschluss zugestellt wird.

Rechtsbehelfsbelehrung:

Gegen diese Entscheidung kann das Oberlandesgericht Naumburg, Domplatz 10, 06118 Naumburg, innerhalb einer Frist von 2 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.

gez. Oanea

gez. Brodtrück

gez. Presche