

Leitsätze:

1. Auch nach der ständigen Rechtsprechung des BGH zu den "fehlenden Erklärungen" (z.B. BGH v. 18.02.2003 - X ZB 43/02) ist ein Angebotsausschluss nur dann zwingend, wenn trotz klaren Verlangens eine Erklärung nicht abgegeben worden ist. Eine objektive Mehrdeutigkeit in den geforderten Belegen darf nicht zum Nachteil eines Bieters ausschlagen.
2. Bei der Wertung verfügt der öffentliche Auftraggeber grundsätzlich über einen weiten Beurteilungsspielraum. Eine rechtswidrige Überschreitung dieses Beurteilungsspielraums liegt nur dann vor, wenn der Auftraggeber von unzutreffenden bzw. unvollständigen Tatsachen ausgegangen ist, er sachwidrige Erwägungen angestellt oder sich an den von ihm aufgestellten Beurteilungsmaßstab nicht hält.

Nachprüfungsantrag: ...
Bevollmächtigter:
...
(*Antragstellerin - ASt*)

Vergabestelle: ...
(*Vergabestelle - VSt*)

Beigeladene: ...
Bevollmächtigter:
...
(*Beigeladene - BGI*)

Bauvorhaben: ...
Neubau ...

Fachlos: *Rohbauarbeiten*

Die Vergabekammer Nordbayern bei der Regierung von Mittelfranken erlässt auf die mündliche Verhandlung vom 18.03.2008 durch die Vorsitzende ..., den hauptamtlichen Beisitzer ... und den ehrenamtlichen Beisitzer ... folgenden

B e s c h l u s s :

1. Der Antrag wird abgelehnt.
2. Die Antragstellerin trägt die Kosten des Verfahrens einschließlich der zur zweckentsprechenden Rechts-

verfolgung notwendigen Aufwendungen der Vergabestelle und der Beigeladenen.

3. Die Hinzuziehung eines Bevollmächtigten durch die Beigeladene war notwendig.
4. Die Gebühr für dieses Verfahren beträgt x.xxx,- €. Auslagen sind nicht angefallen.

Sachverhalt:

1.

Die VSt schrieb die Rohbauarbeiten für den Neubau eines ... im Offenen Verfahren nach § 3 a Nr. 1 VOB/A aus. Das Verfahren wurde im Amtsblatt der EU am xx.xx.xxxx veröffentlicht.

2.

In der Bekanntmachung heißt es unter Ziffer III.2) Teilnahmebedingungen:

- " III.2.1) *Persönliche Lage des Wirtschaftsteilnehmers sowie Auflagen hinsichtlich der Eintragung in einem Berufs- oder Handelsregister:*
Angaben und Formalitäten, die erforderlich sind, um die Einhaltung der Auflagen zu überprüfen: Vom Bieter sind zum Nachweis seiner Eignung mit dem Angebot die nachfolgenden unter III.2.1.1, III.2.1.2 und III.2.1.3 geforderten Angaben, Erklärungen und Unterlagen vorzulegen.
Rechtslage - Geforderte Nachweise:
Nachweise, dass Ausschlussgründe nach § 8 Nr.5 Abs.1 VOB/A nicht vorliegen.
- III.2.2) *Wirtschaftliche und finanzielle Leistungsfähigkeit:*
Angaben und Formalitäten, die erforderlich sind, um die Einhaltung der Auflagen zu überprüfen: Angaben nach § 8 Nr. 3 Abs, 1 a), c), f) VOB/A.
- III.2.3) *Technische Leistungsfähigkeit:*
Angaben und Formalitäten, die erforderlich sind, um die Einhaltung der Auflagen zu überprüfen: Angaben nach § 8 Nr. 5 Abs. 1 b), d), e) VOB/A. "

Mit dem Angebot waren u.a. folgende Nachweise vorzulegen:

- Unterlagen nach § 8 Nr. 3 Abs. 1 VOB/A (Ziff. 3.2 der Angebotsaufforderung)
- Nachweise, dass Ausschlussgründe nach § 8 Nr. 5 Abs. 1 VOB/A nicht vorliegen (Ziff. 4.4 der Angebotsaufforderung)

Unter Ziffer 5.4 der Angebotsaufforderung sind folgende Wertungskriterien genannt:

Preis	75 %	0 - 10 Punkte
Technischer Wert	12,5 %	0 - 10 Punkte
Vertragsbedingungen	12,5 %	0 - 10 Punkte

Beim Kriterium technischer Wert sind folgende Unterkriterien angegeben:

" (Die Kriterien sind in der Reihenfolge ihrer Bedeutung aufgelistet)

- Einhaltung der geforderten Qualitätsstandards
- Bauverfahren
- Bauablauf
- Qualitätssicherung
- Umweltschutz
- Geräteinsatz "

3.

Der Eröffnungstermin fand am xx.xx.xxxx statt. 10 Firmen haben sich am Wettbewerb beteiligt.

Nach rechnerischer Prüfung liegt das Angebot der BGI mit einer Endsumme von x.xxx.xxx,xx € brutto vor dem Angebot der ASt, das mit x.xxx.xxx,xx € brutto endet.

4.

Die VSt teilte im Schreiben vom 18.02.2008 (eingegangen bei der ASt am 20.02.2008) gemäß § 13 VgV ihre Absicht mit, den Zuschlag am 04.03.2008 auf das Angebot der BGI zu erteilen.

Gem. § 25 Nr. 3 Abs. 3 Satz 2 VOB/A könne der ASt der Zuschlag nicht erteilt werden, weil sie nicht das wirtschaftlichste Angebot abgegeben habe.

5.

Am 25.02.2008 rügte die ASt die Wertung der Angebote.

Unter Berücksichtigung der bekanntgegebenen Zuschlagskriterien Preis, technischer Wert und Vertragsbedingungen habe die ASt das wirtschaftlichste Angebot abgegeben.

Einen weiteren wirtschaftlichen Vorteil biete ihr Nebenangebot.

Die VSt hat am 28.02.2008 erwidert.

Die Prüfung der Wirtschaftlichkeit sei anhand der bekanntgegebenen Kriterien Preis, technischer Wert und Vertragsbedingungen erfolgt, das Angebot der ASt liege danach an zweiter Stelle hinter dem Angebot der BGI. Diese Reihenfolge würde auch nicht durch das Nebenangebot der ASt verändert.

6.

Mit Nachprüfungsantrag vom 29.02.2008 beantragt die ASt,

1. die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens gemäß §§ 107 ff GWB wegen Verstoßes gegen Vergabevorschriften bei der Durchführung des Vergabeverfahrens "... - Rohbauarbeiten, Vergabe-Nr. ...";
2. die VSt zu verpflichten, in dem unter Ziffer 1 benannten Vergabeverfahren eine Neubewertung der Angebote unter Berücksichtigung des Angebots der ASt sowie unter Berücksichtigung der Rechtauffassung der Vergabekammer vorzunehmen;
3. der ASt Einsicht in die Vergabeakten zu gewähren;
4. die Hinzuziehung des Verfahrensbevollmächtigten der ASt ist gem. § 128 IV GWB für notwendig zu erklären;
5. der VSt werden die Kosten des Verfahrens einschließlich der Kosten der zweckentsprechenden Rechtsverfolgung der ASt auferlegt.

Nach erster Ansicht der vergebenden Stelle sei das Angebot der BGI wegen formeller Mängel auszuschließen gewesen. Erst bei einer weiteren Prüfung sei entschieden worden, dass das Angebot gewertet werden könne. Ob diese rechtliche Einschätzung der VSt einer vergaberechtlichen Prüfung standhalten würde, könne die ASt derzeit nicht einschätzen, weil ihr die Gründe für die Entscheidung nicht bekannt seien.

Selbst bei Berücksichtigung des Angebots der BGI habe die ASt das wirtschaftlichste Angebot abgegeben.

7.

Die Vergabekammer hat den Nachprüfungsantrag am 29.02.2008 der VSt zugestellt und um Zusendung der Vergabeakten und Äußerung gebeten.

8.

Die VSt hat mit Schreiben vom 05.03.2008 die Vergabeakten vorgelegt und beantragt

die Anträge der ASt zurückzuweisen.

Es liege kein Grund vor, das Angebot der BGI wegen fehlender Nachweise auszuschließen. Die BGI habe die nach § 8 Nr. 5 Abs. 1 VOB/A geforderten Unterlagen vollständig vorgelegt. Der Handelsregisterauszug vom 07.05.2007 und die Bestätigung des Amtsgerichts Erfurt/Insolvenzabteilung vom 25.04.2005 seien als Bescheinigung ausreichend, dass keine Liquidation und kein Insolvenzverfahren gegen die BGI vorliegen würden.

9.

Die Fa. ... wurde am 05.03.2008 zum Verfahren beigelegt.

10.

Mit Schriftsatz vom 11.03.2008 schließt sich die BGI den Anträgen der VSt an und beantragt darüber hinaus,

1. die Zuziehung des Verfahrensbevollmächtigten der BGI wird für notwendig erklärt,
2. die ASt hat die Kosten der zweckentsprechenden Rechtsverfolgung der BGI zu zahlen.

Der Antrag sei bereits als unzulässig zurückzuweisen, da die ASt keine unverzügliche Rüge ausgesprochen habe. Der Nachprüfungsantrag sei außerdem unzulässig, weil er kein bestimmtes Begehren enthalte und die ASt zudem die Verletzung eigener Rechte nicht geltend gemacht habe.

Der Nachprüfungsantrag sei auch unbegründet.

Das Angebot der BGI sei zurecht gewertet worden und sei als das wirtschaftlich annehmbarste zu bezuschlagen.

Auf die Erwiderung der ASt vom 14.03.2008 wird verwiesen.

11.

Unter Wahrung des Geheimschutzes nach § 111 Abs. 2 GWB wurden Auszüge aus der Vergabeakte der ASt am 06.03.2008 und der BGI am 14.03.2008 zugesandt bzw. zugefaxt.

12.

Mit Schriftsatz vom 12.03.2008 trägt die ASt zur wirtschaftliche Wertung vor.

Es seien nicht alle bekannt gemachten Zuschlagskriterien berücksichtigt, sondern die Angebote nur über den Preis beurteilt worden.

Beim Kriterium technischer Wert könnten nicht alle Bieter die Höchstpunktzahl erreichen. Die ASt habe in der Leistungsposition 7.2.30 ein Schalsystem angeboten, das nicht saugend sei, wodurch sich ihr Angebot von der Konkurrenz abhebe. Ebenso würden sich die Angebote in Pos. 16.1.20 bezüglich dem Beschichtungssystem Gasraum unterscheiden, ohne dass dies in die Bewertung eingeflossen sei.

Zudem hätte beim technischen Wert der Angebote berücksichtigt werden müssen, dass die ASt - wie im Bietergespräch am 16.01.2008 erläutert - bereits mehrere ... in Spannbeton in der ausgeschriebenen Größe von 7.000 m³ errichtet habe.

Der Rüge bezüglich der wirtschaftlichen Wertung ist die VSt mit Schreiben vom 14.03.2008 entgegengetreten.

Aus den Angeboten und aus den von den Bietern vorgelegten Unterlagen könnten keine Angaben entnommen werden, die eine unterschiedliche Bewertung beim technischen Wert rechtfertigen würden. Diese gelte auch für die Position 7.2.30. Auf die Qualität des Bauwerks hätte der Anteil der Schalhautoberfläche keinen Einfluss. Auch bei der Position 16.1.20 hätten die BGI und die ASt technisch gleichwertige Produkte angeboten. Die Frage im Bietergespräch am 16.01.2008 nach vergleichbar ausgeführten Leistungen waren für die Beurteilung der Eignung relevant und dürften nicht mehr als Zuschlagskriterien herangezogen werden.

Auch die BGI geht in ihrem Schriftsatz vom 17.03.2008 von einer wirtschaftlichen Wertung der Angebote entsprechend den angegebenen Kriterien aus.

Dies zeige der Vergabevermerk des Ingenieurbüros ... über die Prüfung und die Wertung der Angebote. Dort sei dokumentiert, dass die Bieter im Rahmen der Angebotswertung in den Wertungskriterien technischer Wert und Vertragsbedingungen die volle Punktzahl erhielten, weil bei diesen Kriterien die Angebote der Ausschreibung entsprechen würden.

Selbst wenn das Angebot der ASt in der Leistungsposition 7.2.30 "Schalung und Traggerüst, innen" im Vergleich zum Angebot der BGI und der ausgeschriebenen Leistung höherwertig wäre, könne die Maximalpunktzahl nicht überschritten werden, weil die ausgeschriebene Bewertungsmethode keine Punkteboni hierfür vorsehen würde.

Die ASt könne den technischen Wert ihres Angebots nicht mit Referenzen verbessern. Anhand von Referenzen sei die Eignung eines Bieters zu beurteilen und nicht der technische Wert der angebotenen Leistung.

13.

In der mündlichen Verhandlung am 18.03.2008 hatten die Verfahrensbeteiligten Gelegenheit, sich zum streitgegenständlichen Vergabeverfahren zu äußern.

Auf das diesbezügliche Protokoll wird verwiesen.

Die Beteiligten bleiben bei ihren schriftsätzlich vorgetragenen Anträgen.

Begründung:

1.

Der Nachprüfungsantrag ist zulässig.

- a) Die Vergabekammer Nordbayern ist für das Nachprüfverfahren nach § 1 Abs. 2 und § 2 Abs. 2 Satz 2 BayNpV sachlich und örtlich zuständig.
- b) Bei dem ausgeschriebenen Vertrag handelt es sich um einen öffentlichen Bauauftrag im Sinne von § 99 Abs. 3 GWB.
- c) Die VSt ist den Auftraggebern zuzuordnen, welche gemäß § 98 Nr. 1 GWB in Verbindung mit § 6 VgV den 2. Abschnitt der VOB/A anzuwenden haben.
- d) Die Bauarbeiten an ... in ... mit einem geschätzten Gesamtauftragswert in Höhe von rd. x,x Mio. € überschreiten den Schwellenwert von 5,278 Mio. €. Die streitgegenständlichen Rohbauarbeiten mit einem Auftragsvolumen von über x,0 Mio. € sind ein Fachlos der Maßnahme (§ 2 Nr. 7 VgV) und unterliegen einem Nachprüfungsverfahren nach §§ 102 ff GWB.
- e) Die ASt hat als beteiligte Bieterin ein Interesse am Auftrag und schlüssig dargetan, dass ihr durch die behauptete Rechtsverletzung ein Schaden entsteht bzw. zu entstehen droht (§ 107 Abs. 2 GWB).
- f) Der Zuschlag wurde noch nicht erteilt (§ 114 Abs. 2 Satz 1 GWB).
- g) Die ASt hat mit Schreiben vom 25.02.2008 die wirtschaftliche Wertung der Angebote unverzüglich gerügt, nachdem ihr am 20.02.2008 die Absage zugestellt worden war.

2.

Der Antrag ist jedoch unbegründet.

Die ASt wird in ihren Rechten nach § 97 Abs. 7 GWB nicht verletzt.

- a) Die VSt war nicht gehindert, das Angebot der BGI zu werten, da es die geforderten Eignungsnachweise enthält.

Angebote, bei denen geforderte Erklärungen fehlen, sind auszuschließen (§ 25 Nr. 1 Abs. 1 Buchst. b i.V.m. § 21 Nr. 1 Abs. 2 Satz 5 VOB/A). Es ist schon zweifelhaft, ob unter dem Begriff "Erklärungen" im Sinne von § 21 Nr. 1 Abs. 2 Satz 5 VOB/A auch ein Nachweis der Eignung fällt. Das OLG Düsseldorf hat dies in seiner Entscheidung vom 09.06.2004 Az. Verg 11/04 jedenfalls verneint.

Für den vorliegenden Fall kann jedoch dahinstehen, ob wegen eines fehlenden Eignungsnachweises ein Angebot zwingend auszuschließen ist.

Die BGI hat mit dem Angebot ihre Eignung im geforderten Umfang nachgewiesen. Nach Ziffer 4.4 der Angebotsaufforderung hatten die Bieter mit dem Angebot Nachweise vorzulegen, dass Ausschlussgründe nach § 8 Nr. 5 Abs. 1 VOB/A nicht vorliegen.

Diese allgemein gehaltene Forderung lässt offen, um welche Art von Nachweis es sich dabei handeln soll. Auch nach der ständigen Rechtsprechung des BGH zu den "fehlenden Erklärungen" (z.B. BGH v. 18.02.2003 - X ZB 43/02) ist ein Angebotsausschluss nur dann zwingend, wenn trotz klaren Verlangens eine Erklärung nicht abgegeben worden ist. Eine objektive Mehrdeutigkeit in den geforderten Belegen darf nicht zum Nachteil eines Bieters ausschlagen (BayObLG v. 28.03.2003 - Verg 06/03).

Für den geforderten Nachweis, dass gegen die BGI kein Insolvenzverfahren eröffnet, beantragt oder abgelehnt worden ist, reicht der mit dem Angebot vorgelegte Ausdruck aus dem Handelsregister vom 07.05.2007 aus. Der Ausdruck eines vom zuständigen Amtsgericht erstellten Handelsregisterblattes ist als Beweismittel grundsätzlich geeignet, den Nachweis der Tatsache der Eintragung in das Handelsregister zu führen (OLG Düsseldorf v. 26.01.2006 - Verg 92/05).

Mit dem vorgelegten Handelsregisterauszug konnte die VSt zuverlässig feststellen, dass kein Ausschlussgrund nach § 8 Nr. 5 Abs. 1 Buchst. a VOB/A gegen die BGI vorliegt.

- b)** Das Angebot der BGI kann als das wirtschaftlichste gewertet werden.

Nach § 25 Nr. 3 Abs. 3 VOB/A soll der Zuschlag auf das Angebot erteilt werden, das unter Berücksichtigung aller Gesichtspunkte als das wirtschaftlichste erscheint. Bei der wirtschaftlichen Wertung müssen die Kriterien, die in der Bekanntmachung oder in den Vergabeunterlagen genannt sind, mit der angegebenen Gewichtung berücksichtigt werden (§§ 25a Nr. 1, 10 a Buchst. a VOB/A).

Entsprechend dieser Vorgaben hat die VSt das wirtschaftlichste Angebot ermittelt. Dies zeigt die vorgelegte Wertungsmatrix (Anlage 4a aus Prüfung und Wertung der Angebote, Stand 31.01.2008). Hiernach sind in die wirtschaftliche Wertung der Angebote die bekanntgegebenen Kriterien Preis mit 75 % Gewichtung, technischer Wert mit 12,5 % Gewichtung und Vertragsbedingungen mit 12,5 % Gewichtung eingegangen.

Bei der Wertung verfügt der öffentliche Auftraggeber grundsätzlich über einen weiten Beurteilungsspielraum. Eine rechtswidrige Überschreitung dieses Beurteilungsspielraums liegt nur dann vor, wenn der Auftraggeber von unzutreffenden bzw. unvollständigen Tatsachen ausgegangen ist, er sachwidrige Erwägungen angestellt oder sich an den von ihm aufgestellten Beurteilungsmaßstab nicht hält.

Die VSt hat bei der wirtschaftliche Wertung der Angebote diesen Beurteilungsspielraum nicht überschritten.

Das mit der technischen Beurteilung der Angebote beauftragte Ingenieurbüro ... hat in der mündlichen Verhandlung nachvollziehbar erläutert, warum das Angebot der BGI und das Angebot der ASt als technisch gleichwertig zu beurteilen und deshalb beim Kriterium technischer Wert jeweils mit der Höchstpunktzahl von 10 Punkten zu bewerten waren.

aa) Position 7.2.30

In dieser Position hatten die Bieter das Traggerüst und die Innenschalung des ... anzubieten. Die Schalhaut durfte schwach saugend nach Tabelle 5 des DBV-Merkblatts Sichtbeton sein.

Die ASt hat in ihrem Angebot den prozentualen Anteil der konstruktionsbedingt nicht saugenden Schalhautoberfläche mit 0 %, die BGI mit etwas mehr als 10 % angegeben. Beide Schalungen erfüllen damit die Vorgaben der Leistungsposition.

Wegen der nicht saugenden Schalhautoberfläche kann die ASt nicht mit Erfolg eine höhere Bepunktung beim Kriterium technischen Wert fordern.

Der Saugflächenanteil der Schalung selbst ist als Wertungskriterium nicht benannt und wirkt sich auf die Qualität des Bauwerks nicht aus. Eine Berücksichtigung beim technischen Wert mit den Unterkriterien Qualitätsstandard, Bauverfahren, Bauablauf, Qualitätssicherung, Umweltschutz und Geräteeinsatz ist deshalb nicht gerechtfertigt.

Zudem hat die ASt beim technischen Wert ihres Angebots ohnehin schon den höchst möglichen Punktwert erreicht. Die Vergabe von zusätzlichen Bonuspunkten für nicht geforderte Leistungen ist in den Verdingungsunterlagen nicht angegeben und kann deshalb nicht berücksichtigt werden.

bb) Position 16.1.20

Unter dieser Leistungsposition hatten die Bieter eine Beschichtung des ... anzubieten, die für den Schutz von Betonoberflächen nach DIN 28.052-3 zugelassen ist. Die von der BGI und der ASt angebotenen Beschichtungssysteme sind zugelassen.

Warum die von der ASt angebotene Beschichtung dem System der BGI überlegen sein soll, wurde von der ASt nicht vorgetragen. Selbst wenn der Vortrag der ASt zutreffen würde, dass ihr Beschichtungssystem rissüberbrückend und deswegen besonders gasdicht sei, kann ihr aus den bereits unter Punkt aa) dargelegten Gründen kein höherer Punktwert beim technischen Wert des Angebots zuerkannt werden.

cc) Referenzen

Die ASt kann den technischen Wert ihres Angebots nicht dadurch verbessern, indem sie auf ihre Referenzen im Spannbetonbehälterbau verweist.

Besondere Erfahrungen mit einer ausgeschriebenen Bauleistung können lediglich die Fachkunde und Leistungsfähigkeit eines Bieters aufzeigen und sind im Rahmen der Eignungsprüfung nach § 25 Nr. 2 Abs. 1 VOB/A zu beachten.

Die Erteilung des Zuschlags stützt sich dagegen auf das wirtschaftlich günstigste Angebot. Die Prüfung der Eignung der Bieter und die Ermittlung des wirtschaftlichsten Angebots sind zwei verschiedene Vorgänge, für die unterschiedliche Re-

geln gelten und deshalb nicht miteinander vermengt werden dürfen. Der öffentliche Auftraggeber darf deshalb die Eignung der Bieter nicht als Wirtschaftlichkeitskriterium berücksichtigen (EuGH v. 24.01.2008, Rs. C - 532/06).

3.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 128 GWB.

Die ASt hat die Kosten des Verfahrens und die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen der VSt und der BGI zu tragen, weil sie unterlegen ist (§ 128 Abs. 3 Satz 1 GWB).

a) Im Hinblick auf die Angebotssumme der ASt von x.xxx.xxx,xx € brutto und unter Zugrundelegung eines durchschnittlichen personellen und sachlichen Aufwands der Vergabekammer wird entsprechend der Tabelle des Bundeskartellamts eine Gebühr in Höhe von x.xxx,- € festgesetzt.
Ein Teilbetrag in Höhe von 2.500,00 € ist durch den eingezahlten Kostenvorschuss abgegolten. Die Kostenrechnung über den Restbetrag in Höhe von x.xxx,- € wird nachgereicht.

b) Die Kostenerstattungspflicht gegenüber der VSt ergibt sich aus § 128 Abs. 4 Satz 2 GWB.

c) Es entspricht der Billigkeit, der ASt die Kosten der BGI aufzuerlegen (§ 128 Abs. 4 Satz 3 GWB i.V.m. Art. 80 Abs. 2 Satz 2 BayVwVfG entspr.). Die ASt hat sich mit ihrem Nachprüfungsantrag in einen Interessengegensatz zu der BGI begeben. Die BGI hat sich aktiv am Verfahren vor der Vergabekammer beteiligt, indem sie Anträge gestellt und das Verfahren mit ihren Schriftsätzen gefördert hat (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 20.07.2000, Verg 2/99).

Die Hinzuziehung eines Rechtsanwaltes war für die BGI notwendig gemäß § 128 Abs. 4 Satz 3 GWB i.V.m. Art. 80 Abs. 2 Satz 3 BayVwVfG entspr. Es handelt sich um einen in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht nicht einfach gelagerten Fall, so dass es der BGI nicht zuzumuten war, das Verfahren vor der Vergabekammer selbst zu führen.

Rechtsmittelbelehrung:

.....

.....

.....