



hat die Vergabekammer bei der Bezirksregierung Münster auf die mündliche Verhandlung vom 13. Oktober 2004 durch die Vorsitzende Diemon-Wies, den hauptamtlichen Beisitzer Stolz und den ehrenamtlichen Beisitzer Schiborski

am 15. Oktober 2004 entschieden:

1. Die Antragsgegnerin wird verpflichtet, die Angebote der Bieter mit Ausnahme des Angebotes der Beigeladenen zu 1) erneut unter Beachtung der Rechtsauffassung der Vergabekammer zu werten.
2. Die Kosten des Verfahrens vor der Vergabekammer werden auf xxxx Euro festgesetzt.
3. Die Hinzuziehung von Verfahrensbevollmächtigten durch die Antragstellerin wird für notwendig erklärt.
4. Die Antragsgegnerin trägt die Kosten des Verfahrens und die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen der Antragstellerin.
5. Die Beigeladene zu 1) und zu 2) tragen ihre Kosten selbst.

## **Gründe**

### **I.**

Die Antragsgegnerin schrieb in einem offenen Verfahren nach der VOB/A im Wege eines Generalunternehmer Verfahrens zum Pauschalpreis den Abbruch und die Neuerrichtung von Unterkunfts- und Lehrsaalgebäuden für die xx Landes NRW in xxxxxxxxxxxxxxxaus. Der Auftrag soll in der Zeit vom 01.12.2004 bis zum 31.07.2006 durchgeführt werden.

In der Bekanntmachung forderte die Antragsgegnerin u. a. als Bedingungen für die Teilnahme ( Ziffer III. 2.) Angaben zur Situation des Bauunternehmers sowie Angaben und Formalitäten, die zur Beurteilung der Frage erforderlich sind, ob dieser die wirtschaftlichen und finanziellen Mindestanforderungen erfüllt. Folgende Nachweise waren gefordert: Eintragung in das Berufsregister des Sitzes oder Wohnsitzes; den Umsatz des Unternehmens in den letzten drei abgeschlossenen Geschäftsjahren, soweit es Bauleistungen und andere Leistungen betrifft, die mit der zu vergebenden Leistung vergleichbar sind; die Zahl der in den letzten drei abgeschlossenen Geschäftsjahren durchschnittlich beschäftigten Arbeitskräfte, gegliedert nach Berufsjahren; die dem Unternehmer für die Ausführung der zu vergebenden Leistung zur Verfügung stehende technischen Ausrüstung und das für die Leistung und Aufsicht vorgesehene technische Personal.

Den Verdingungsunterlagen lag ein Vordruck bei, in dem der Bieter Art und Umfang der durch Nachunternehmer auszuführenden Teilleistungen einzutragen hatte.

In der Leistungsbeschreibung war unter Ziffer 1.5 vermerkt, dass die beschriebenen Leistungen, mit Ausnahme von in der Leistungsbeschreibung besonders gekennzeichneten Fällen mit Benennung von Fabrikaten, den Qualitätsstandard vorgeben. An besonders gekennzeichneten Freistellen sollte der Bieter die von ihm angebotenen Fabrikate eintragen. Erfolgte keine Eintragung, so galt das vorgegebene Fabrikat. Darüber hinaus sollte die Festlegung der Farb- und Oberflächengestaltung durch den Auftraggeber erfolgen, und zwar aus den Standardfarb- und Musterkatalogen der Hersteller.

Die Antragsgegnerin erhielt 18 Angebote. Nach dem Submissionsprotokoll vom 06.08.2004 lag das Angebot der Beigeladenen zu 1) auf dem 1. Rang, gefolgt von dem Angebot der Antragstellerin. Das Angebot der Beigeladenen zu 2) befand sich auf dem 3. Rang.

Ausweislich des Vergabevermerks vom 26.08.2004 holte die Antragsgegnerin nach der formalen und technischen Prüfung der Angebote für die drei hier beteiligten Bieter Auskünfte bei der Creditreform ein und überprüfte hinsichtlich der Beigeladenen zu 1) einige Angaben aus der Referenzliste, die der Antragsgegnerin am 16.08.2004 vorgelegt wurde. Zudem legte die Beigeladene zu 1) auch eine Übersicht über ihre Mitarbeiter und ihre Arbeitsmaschinen vor. Zuvor hatte sie –nachdem sich eine Vergabe an die erstplatzierte Beigeladene zu 1) abzeichnete- am 23.08.2004 ein Bietergespräch mit der Beigeladenen zu 1) geführt, über das ein Protokoll gefertigt wurde, auf das hier vollinhaltlich Bezug genommen wird. Aus diesem Bietergespräch hat die Antragsgegnerin geschlossen, dass die Beigeladene zu 1) den Umfang der Planungsleistungen, den Aufwand der Generalunternehmer-Koordinationsleistung und die Wichtigkeit des Bauablaufs unter Festschreibung des Fertigstellungstermins erkannt hatte.

Weiterhin ergibt sich aus dem Protokoll, dass die Beigeladene zu 1) lediglich die Maurer- und Betonarbeiten im eigenen Betrieb durchführen will, die anderen Gewerke aber an Fremdfirmen vergeben wird.

Darüber hinaus ergänzte die Beigeladene zu 1) die fehlenden Angaben von Fabrikaten im TGA-Leistungskatalog nachträglich und reichte diesen komplett auf Nachforderung der Antragsgegnerin mit Schreiben vom 25.08.2004 nach.

Mit Schreiben vom 30.08.2004 teilte die Antragsgegnerin den Bietern mit, dass eine Auftragsvergabe an die Beigeladene zu 1) geplant sei.

Bereits mit Schreiben vom 11.08.2004 machte die Antragstellerin erfolglos Bedenken gegen die Eignung der Beigeladenen zu 1) geltend und beantragte am 09.09.2004 die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens.

Die Antragstellerin meint, dass ihr Angebot das wirtschaftlichste sei, weil die Bezuschlagung des Angebotes der Beigeladenen zu 1) gegen § 97 Abs. 4 GWB verstoße. Die Beigeladene zu 1) sei nicht geeignet, die geforderte Bauleistung in der vorgegebenen Ausführungsfrist vertragsgerecht zu erbringen. Die Antragsgegnerin habe insoweit ihr Ermessen nicht ordnungsgemäß ausgeübt. Bei einem derart großen Auftrag hätte die Antragsgegnerin sich nicht weitestgehend auf Auskünfte aus dem Bietergespräch verlassen dürfen, sondern hätte weitere Informationen, wie testierte Bilanzen, Bankauskünfte etc. einholen müssen.

Die Beigeladene zu 1) sei ein klassisches Wohnungsbauunternehmen mit ca. 40 Mitarbeitern und einem jährlichen Umsatz von durchschnittlich 5 bis 6 Mio. Euro. Die Antragstellerin behauptet, die Beigeladene zu 1) habe noch keine Planungsleistungen in dem geforderten Umfang ausgeführt. Das Auftragsvolumen mache knapp den dreifachen Jahresumsatz aus und die Vertragserfüllungsbürgschaft übersteige das Eigenkapital der Beigeladenen zu 1) um ein Vielfaches. Bestritten werde auch, dass die Beigeladene zu 1) die Umsätze der letzten drei Jahre angeben konnte, die sich auf Bauleistungen und andere Leistungen beziehen mussten, die mit der zu vergebenden Leistung vergleichbar sind.

Die Beigeladene zu 1) sei weder mit ihren personellen noch mit ihren maschinellen Kapazitäten in der Lage, den Auftrag fristgerecht durchzuführen. Die dazu in der Bekanntmachung geforderten Angaben habe die Beigeladene zu 1) nicht gemacht. Die

Berufszugehörigkeit sei beispielsweise nicht angegeben worden. Das sei zum Beispiel deshalb wichtig, weil die ausführende Firma einen Bauingenieur wegen der Konstruktionen einsetzen muss. Die Beigeladene verfüge aber lediglich über einen Hochbautechniker und Maurermeister.

Auch die Planungsleistungen seien Vertragsbestandteil. Die Beigeladene zu 1) habe aber unstrittig Planungsleistungen in der verlangten Größenordnung überhaupt noch nicht durchgeführt. Ausweislich des Bietergesprächs verfüge die Beigeladene zu 1) zum gegenwärtigen Zeitpunkt noch nicht einmal über ein Architekturbüro oder einen Sicherheitskoordinator.

Im Übrigen sei das Angebot der Beigeladenen zu 1) unvollständig und unvollständige Angebote seien nach der Rechtsprechung des BGH und des OLG Düsseldorf gemäß §§ 21 und 25 VOB/A von der Wertung auszuschließen. Ausweislich der Vergabeakte sei das Angebot der Beigeladenen zu 1) erst nach dem Submissionstermin vervollständigt worden, weil erst danach die Vorlage des TGA-Katalogs erfolgte.

Die Antragstellerin beantragt,

1. der Antragsgegnerin zu untersagen, den Zuschlag für die Baumaßnahme  
xx, Abbruch und Neuerrichtung von  
xx auf das Angebot der Beigeladenen zu 1) zu erteilen,
2. die Hinzuziehung des Verfahrensbevollmächtigten auf Seiten der Antragstellerin für notwendig zu erklären,
3. die Kosten des Verfahrens der Antragsgegnerin aufzuerlegen.

Die Antragsgegnerin beantragt,

1. das Verfahren für erledigt zu erklären,
2. hilfsweise  
den Antrag zurückzuweisen,
3. die Hinzuziehung des Verfahrensbevollmächtigten auf Seiten der Antragsgegnerin für notwendig zu erklären,
4. die Kosten des Verfahrens, einschließlich der außergerichtlichen Kosten der Antragsgegnerin, der Antragstellerin aufzuerlegen.

In der mündlichen Verhandlung führte die Antragsgegnerin aus, dass sie eine Neubewertung der Angebote vornehmen werde und dabei das Angebot der Beigeladenen zu 1) aus formalen Gründen nicht mehr berücksichtigen wird. Sie meint, dass sich das Nachprüfungsverfahren damit erledigt habe.

Vorsorglich trägt die Antragsgegnerin vor, die Antragstellerin habe nicht schlüssig dargelegt, dass die Beigeladene zu 1) personell und technisch nicht in der Lage sei, die Leistungen zu erbringen.

Der Nachprüfungsantrag sei im Übrigen unbegründet. Die Antragsgegnerin behauptet, sie habe sich mit der Frage der Geeignetheit der Beigeladenen zu 1) ausführlich befasst und sei schließlich zu dem Ergebnis gekommen, dass von einer Eignung ohne Weiteres auszugehen sei. Hinsichtlich der Referenzen habe sie sich bei der kommunalen Siedlungs- und Wohnungsbaugesellschaft mbH erkundigt. Dort habe die Beigeladene zu 1) eine

Baumaßnahme mit einem Volumen von ca. 16,5 Mio. Euro ohne Beanstandungen durchgeführt. Vom BLB Dortmund habe man erfahren, dass die Beigeladene zu 1) einen zweiten Bauabschnitt eines schlüsselfertigen Verwaltungsgebäudes problemlos erstellt habe. Die Beigeladene zu 1) verfüge zur Zeit über 65 Betriebsangehörige und diverse Baukräne. Weitere Maschinen könne sie im Falle der Auftragserteilung hinzumieten.

Die Antragsgegnerin meint, sie habe ihren Beurteilungsspielraum hinsichtlich der Eignung der Beigeladenen zu 1) ordnungsgemäß ausgeübt.

Zudem behauptet die Antragsgegnerin, das Angebot der Antragstellerin entspreche nicht den technischen Anforderungen. So habe die Antragstellerin für den Bereich der Gebäudeautomation den Hersteller „Hager“ angeboten. Die Firma Hager sei aber Herstellerin von Installationsmaterialien für den Bereich der allgemeinen Elektrotechnik. Der Einzelraumregler sei lediglich ein Nebenprodukt im Sortiment der Firma Hager und verfüge nicht über einen Regelkreis, so dass das angebotene Produkt von der ausgeschriebenen Leistung abweiche. Auch an anderen Stellen im Angebot der Antragstellerin zeige sich, dass sie keine Fabrikate mit der verlangten technischen Spezifikation angegeben habe.

Insofern könne das Angebot der Antragstellerin nicht bezuschlagt werden. Damit komme es nicht mehr darauf an, ob das Angebot der Beigeladenen zu 1) vergaberechtswidrig ist.

Hinsichtlich dem Angebot der Beigeladenen zu 2) meint die Antragsgegnerin, dass sie zwar verpflichtet sei, Nebenangebote zu werten, sie muss diese aber nicht berücksichtigen, insbesondere dann nicht, wenn sie diese nicht für annehmbar hält. Im Übrigen habe sie ausweislich der Ausschreibungsunterlagen im Vergabespiegel die Nebenangebote der Beigeladenen zu 2) gewertet.

Die Beigeladene zu 1) hat keinen Antrag gestellt.

Sie behauptet, sie verfüge über die erforderliche Fachkunde und Leistungsfähigkeit. Sie sei bereits für die Kommunale Siedlungs- und Wohnungsbaugesellschaft mbH (KSG) als Generalunternehmer tätig geworden und sei dort auch für die Koordinierung der beteiligten Gewerke verantwortlich gewesen. Hinsichtlich ihrer personellen und technischen Leistungsfähigkeit verweist die Beigeladene zu 1) auf ihren konkret genannten Mitarbeiterstamm und das Arbeitsmaschinenprofil. Ihre wirtschaftliche Leistungsfähigkeit lässt sie durch ein Schreiben der Sparkasse Westmünsterland vom 15.09.2004 bestätigen.

Die Beigeladene zu 1) behauptet, die Antragstellerin gehe von falschen Zahlen aus, wenn sie behaupte, das Auftragsvolumen betrage knapp den dreifachen Jahresumsatz. Das Auftragsvolumen verteile sich über den geplanten Ausführungszeitraum in etwa gleichwertig auf zwei Kalenderjahre in Höhe von ca. xxxxxxxxxxxxxx Euro jährlich.

Insgesamt könne nicht festgestellt werden, dass die Antragsgegnerin ihren Beurteilungsspielraum überschritten habe.

Die Beigeladene zu 2) hat keinen Antrag gestellt.

Sie meint, ihre Nebenangebote seien von der Antragsgegnerin nicht ordnungsgemäß gewertet worden. Die sachgerechte Berücksichtigung ihrer 4 Nebenangebote technischer Art würde zu einer Veränderung der Reihenfolge führen. Sie hätte dann das preisgünstigste Angebot

abgegeben. Sie könne nicht nachvollziehen, warum die Antragsgegnerin keine Gespräche zur technischen Klärung der Nebenangebote mit ihr geführt habe.

Im Übrigen bezweifele sie, dass die Beigeladene zu 1) aufgrund ihrer Größe und Struktur in der Lage sei, ein Objekt in dieser Größenordnung auszuführen.

Die Beiladung der Beigeladenen zu 1) und zu 2) erfolgte mit Beschluss vom 16.09.2004 und 01.10.2004.

Die Vorsitzende hat die Frist für die Entscheidung der Vergabekammer bis zum 04.11.2004 verlängert.

Am 13. Oktober 2004 hat eine mündliche Verhandlung stattgefunden. In der mündlichen Verhandlung stellte sich heraus, dass die Ausschreibungsunterlagen der Antragsgegnerin, soweit es um die in der Bekanntmachung gemäß Ziffer III. 2. geforderten Nachweise geht, nicht vollständig waren. Die Beigeladene zu 2) legte der Kammer eine Mappe vor, in der sie Kopien dieser „Nachweise“ zusammengestellt hatte und behauptete, dass sie diese Unterlagen der Antragsgegnerin übersandt habe, bevor ihr die Ausschreibungsunterlagen zugeleitet wurden. Auch die Antragstellerin legte glaubhaft dar, dass sie diese Nachweise der Antragsgegnerin übersandt hatte, bevor sie die Ausschreibungsunterlagen erhielt. Die Beigeladene zu 1) äußerte sich nicht dazu.

Die Antragsgegnerin erhält Gelegenheit, umgehend die Ausschreibungsunterlagen insoweit zu vervollständigen.

Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf die Akte der Vergabekammer, auf die Vergabeakten der Antragsgegnerin und auf die Niederschrift aus der mündlichen Verhandlung Bezug genommen.

## II.

Die Vergabekammer Münster ist für die Entscheidung zuständig, weil die Antragsgegnerin der mittelbaren Landesverwaltung angehört und von ihr vergebene Aufträge damit dem Land Nordrhein-Westfalen zuzurechnen sind (§ 104 Abs. 1 GWB) und die Antragsgegnerin als Vergabestelle ihren Sitz im Regierungsbezirk Münster hat (§ 2 Abs. 3 ZuStVO NpV NW).

Der geschätzte Auftragswert in Höhe von ca. 15,5 Mio Euro übersteigt den nach § 100 Abs. 1 GWB in Verbindung mit § 2 Nr. 4 VgV maßgeblichen Schwellenwert.

1. Der Nachprüfungsantrag ist zulässig.

Die Antragstellerin ist antragsbefugt nach § 107 Abs. 2 GWB, weil sie mit der Vorlage ihres Angebotes Interesse am Auftrag bekundete und sie reelle Chancen auf Erteilung des Zuschlages hat, wenn das Angebot der Beigeladenen zu 1) aus den von der Antragstellerin genannten Gründen ausgeschlossen werden müsste. Denn die Antragstellerin befindet sich auf dem 2. Rang. Da das Interesse am Auftrag weit auszulegen ist (vgl. BVerfG, Beschluss vom 29.07.2004, 2 BvR 2248/03), ist im Rahmen der Zulässigkeit nicht abschließend zu prüfen, ob dem Angebot der Antragstellerin ggf. das Angebot der Beigeladenen zu 2) im Rang vorgeht oder sie tatsächlich schlüssig eine Verletzung von Vergabevorschriften dargelegt hat. Jedenfalls kann nicht festgestellt werden, dass der Nachprüfungsantrag offensichtlich unzulässig im Sinne von § 110 Abs. 2 GWB ist.

Die Antragstellerin hat bereits mit Schreiben vom 11.08.2004 unverzüglich die beabsichtigte Vergabe an die Beigeladene zu 1) gerügt und verfolgt im Nachprüfungsverfahren diese Beanstandungen weiter.

2. Der Nachprüfungsantrag ist begründet.

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

a) Die Antragsgegnerin war verpflichtet, das Angebot der Beigeladenen zu 1) gemäß § 21 Nr. 1 Abs. 1 VOB/A auszuschließen, weil dem Angebot die geforderten Erklärungen fehlten. Gemäß § 21 Nr. 1 Abs. 1 Satz 3 VOB/A sollen die Angebote nur die Preise und die geforderten Erklärungen enthalten.

Nach der Rechtsprechung des BGH, Beschluss vom 18.02.2003, X ZB 43/02, und Beschluss vom 18.05.2004, X ZB 7/04, sind Angebote die die geforderten Erklärungen nicht enthalten, zwingend von der Wertung auszuschließen. Der öffentliche Auftraggeber wird gemäß § 97 Abs. 1 und 2 GWB zu einem transparenten und auf der Gleichbehandlung aller Bieter beruhenden Vergabeverfahren verpflichtet. Ein solches transparentes und auf Gleichbehandlung bedachtes Vergabeverfahren ist nur zu erreichen, wenn ausschließlich solche Angebote gewertet werden, die in jeder sich aus den Verdingungsunterlagen ergebenden Hinsicht vergleichbar sind (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 30.07.2004, Verg 32/03; Beschluss vom 26.11.2003, VII-Verg 53/03). Dies ist ein zwingender Ausschlussgrund. Das Angebot ist auszuschließen, wenn Angaben und Erklärungen fehlen, die der Auftraggeber in seinen Ausschreibungsunterlagen zulässigerweise gefordert hat und die infolge dessen als Umstände ausgewiesen sind, die für die Vergabeentscheidung relevant sein sollen.

Im Einzelnen:

aa) Dem Leistungsverzeichnis lag ein Vordruck bei, in dem die Bieter Art und Umfang der Nachunternehmerleistungen einzutragen hatten. Die Beigeladene zu 1) hat diesen Vordruck ohne Eintragungen mit ihrem Angebot zurückgegeben. Im Aufklärungsgespräch gibt sie ausweislich des Protokolls (Pkt. 2) an, dass sie die Maurer- und Betonarbeiten durch eigenes Personal ausführen will, sämtliche andere Gewerke aber an Fremdfirmen vergeben werde.

Die Nichtangabe des Umfangs des Nachunternehmereinsatzes führt zwingend zum Ausschluss des Angebotes der Beigeladenen zu 1). Im Vordruck wird die Angabe des Umfangs gefordert; Angebote, die zulässigerweise geforderte Erklärungen nicht enthalten, sind unvollständig und von der Wertung auszuschließen (vgl. auch OLG Frankfurt, Beschluss vom 16.05.2000, 11 Verg 1/99).

Die Abfrage dieser Anforderungen durch die Antragsgegnerin im Aufklärungsgespräch stellt eine unzulässige Nachverhandlung im Sinne von § 24 Nr. 1 Abs. 1 VOB/A dar. Denn im Wege der Nachverhandlung ist dem Auftraggeber lediglich eine Aufklärungsmaßnahme im engeren Sinne gestattet. Sie darf nicht dazu dienen, dem Bieter eine inhaltliche Änderung oder Ergänzung seines Angebotes zu ermöglichen; folglich können im Wege einer Nachverhandlung insbesondere fehlende Angaben, die zwingend zum Ausschluss des

Angebotes führen, nicht nachgeholt werden (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 30.07.2003, Verg 32/03).

Aus dem Gesamtangebot der Beigeladenen zu 1) ergibt sich an keiner Stelle, welche Gewerke sie selbst ausführen will und welche an Nachunternehmer vergeben werden sollen. Auch aus dem Umstand, dass es sich um eine Generalunternehmer Ausschreibung handelt, kann nicht gefolgert werden, dass denknötwendig Nachunternehmer eingesetzt werden und deshalb keine Angaben dazu zu machen sind. Gerade im Falle von Generalunternehmerverträgen ist es für den Auftraggeber besonders wichtig, Art und Umfang eines geplanten Nachunternehmereinsatzes zu erfahren, um aufgrund dieser Kenntnisse beispielsweise bessere Rückschlüsse auf die Eignung des Bieters vornehmen zu können. Daher hat die Antragsgegnerin den o.g. Vordruck beigefügt und damit gegenüber den Bietern zu erkennen gegeben, dass hierzu Aussagen zu machen waren. Dass sie nicht die Rückgabe des Vordruckes durch Ankreuzen verlangte, ist ohne Belang. Denn allein aus dem Vordruck erschließt sich für den Bieter, das er zu einem möglicherweise geplanten Einsatz von Nachunternehmern Angaben machen sollte. Ansonsten wäre die Beifügung des Vordruckes überflüssig gewesen.

bb) Das Angebot der Beigeladenen zu 1) ist zudem gemäß § 21 Nr. 1 Abs. 1 VOB/A auszuschließen, weil sie die im Leistungskatalog – Technische Gebäudeausrüstung- verlangten Eintragungen nicht gemacht hat.

Der Leistungskatalog – Technische Gebäudeausrüstung- enthielt einige Freistellen, in denen die Bieter Eintragungen vorzunehmen hatten. Die Antragsgegnerin hatte ausdrücklich unter Ziffer 1.5 (Technische Anforderungen) verfügt, dass die Bieter die von ihnen angebotenen Fabrikate in die dafür vorgesehenen Freistellen einzutragen hatten. Nur in den Fällen, in denen ein Fabrikat „vorgegeben“ war, war eine Eintragung nicht erforderlich.

Das Angebot der Beigeladenen zu 1) enthielt an einigen Stellen diese Eintragungen nicht. Vielmehr sind nach der Abgabe des Angebotes die fehlenden Fabrikatsangaben des TGA-Leistungskatalogs nachgereicht worden.

Stellt man allein auf die formale Betrachtungsweise ab, wie dies auch der BGH macht, dann fehlten im Zeitpunkt der Angebotsabgabe im Angebot der Beigeladenen zu 1) diese Angaben. Die geforderten Erklärungen waren somit unvollständig und mussten zwingend zum Ausschluss des Angebotes der Beigeladenen zu 1) gemäß § 21 Nr. 1 Abs. 1 VOB/A führen.

Dem steht auch nicht die Auffassung des BayObLG, Beschluss vom 27.07.2004, Verg 14/04, entgegen, weil hier jedenfalls ein Ausnahmetatbestand nicht vorliegt. Unter Berufung auf die Rechtsprechung des BGH führt das BayObLG aus, dass die strikte Anwendung des § 21 Nr. 1 Abs. 1 VOB/A dazu führen würde, dass auch Angebote von der Wertung auszuschließen wären, bei denen entweder nur unbedeutende oder sich auf den Wettbewerb in keiner Weise auswirkende Erklärungen fehlen. In derartig gelagerten Fällen sei das Angebot des Bieters nicht als unvollständig zu behandeln. Demgegenüber meint das OLG Koblenz in einem Beschluss vom 09.06.2004, 1 Verg 4/04, dass auch die Unvollständigkeit von nur untergeordneten Positionen des Leistungsverzeichnisses an der Ausschlussfolge nichts ändern würde. Der Entscheidung der VK Münster, Beschluss vom 09.05.2003, VK 07/03, lag eine Ausschreibung über eine Unterführung zugrunde, in der die dort fehlenden Fabrikatsangaben völlig belanglos waren. Zum Beispiel sollte eine Produktbezeichnung für ein vorkompromiertes Dichtband angegeben werden, wobei es sich um insgesamt 2 Meter handelte.

Im vorliegenden Fall sind im Angebot der Beigeladenen zu 1) drei unterschiedliche Gewerke davon betroffen. Es handelt sich bei den fehlenden Fabrikatsangaben um Angaben hinsichtlich der Fernmelde- und informationstechnischen Anlagen, der raumluftechnischen Anlagen und der Heizanlagen und zentralen Wassererwärmungsanlagen. Die Erstellung dieser Gewerke für die hier vorgesehene Baumaßnahme waren keinesfalls von untergeordneter Bedeutung. Der Umfang der geforderten Angaben waren für den Gesamtbaukomplex nicht unwesentlich. So wollte die Antragsgegnerin beispielsweise wissen, von welchem Hersteller Heizkörper in den Räumen installiert werden. Dass es sich nicht nur um unbedeutende Angaben handelte, zeigt auch die Reaktion der Antragsgegnerin, die im Wege der Aufklärungsgespräche diese Angaben nachforderte und sich den TGA-Leistungskatalog nochmals von der Beigeladenen zu 1) komplett ausgefüllt vorlegen ließ.

Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus der Ziffer 1.5 in der Leistungsbeschreibung. Zwar wollte die Antragsgegnerin bei der Farb- und Oberflächengestaltung noch mitwirken, allerdings sollten die Fabrikate angegeben werden. Anhand des Herstellerkatalogs hätte dann der konkrete Typ des Fabrikats noch in Absprache mit der Vergabestelle ausgesucht werden können.

Die Nachforderung dieser Herstellerangaben war auch nicht gemäß § 24 Nr. 1 Abs. 1 VOB/A zulässig. Nach der genannten Vorschrift darf der Auftraggeber nach der Öffnung der Angebote bis zur Zuschlagserteilung mit einem Bieter nur verhandeln, um sich über seine Eignung, insbesondere seine technische und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit, das Angebot selbst, etwaige Änderungsvorschläge und Nebenangebote, die geplante Art der Durchführung, etwaige Ursprungsorte oder Bezugsquellen von Stoffen oder Bauteilen sowie über die Angemessenheit der Preise zu unterrichten. Die Angabe von Fabrikaten fällt nicht darunter. Insbesondere handelt es sich nicht um eine Bezugsquelle von Bauteilen. Die Angabe von Fabrikaten ist eine Qualitätsaussage, die wesentliche Auswirkungen auf den Angebotspreis hat.

b) Auch aus der Ausschreibung als Generalunternehmer Vertrag lässt sich nicht entnehmen, dass die von der Antragsgegnerin in den Verdingungsunterlagen geforderten Angaben nicht zu erfolgen hatten. Die Antragsgegnerin hat zwar einen Pauschalpreis gefordert, aber hinsichtlich einzelner Gewerke ganz konkrete Angaben von den Bietern verlangt. Diese Angaben waren Inhalt des Angebotes des jeweiligen Bieters. Da im vorliegenden Fall die Ausführungsplanung noch nicht abschließend feststand, war es nachvollziehbar, dass die Antragsgegnerin diese Angaben zu den Herstellern verlangte.

c) Die Kammer lässt es hier dahingestellt, ob das Angebot der Beigeladenen zu 1) auch wegen fehlender Eignung gemäß § 25 Nr. 2 Abs. 1 VOB/A von der Wertung auszuschließen war. Denn darauf kommt es hier nicht mehr an.

### III.

Gemäß § 114 Abs. 1 GWB entscheidet die Vergabekammer, ob der Antragsteller in seinen Rechten verletzt ist und trifft die geeigneten Maßnahmen, um eine Rechtsverletzung zu beseitigen und eine Schädigung der betroffenen Interessen zu verhindern. Sie ist an die Anträge nicht gebunden und kann auch unabhängig davon auf die Rechtmäßigkeit des Vergabeverfahrens hinwirken.

Die Antragstellerin ist durch die vergaberechtswidrige Berücksichtigung des Angebotes der Beigeladenen zu 1) in ihren Rechten verletzt, weil sie unter Berücksichtigung des Preises mit ihrem Angebot auf dem 2. Rang liegt und mithin reelle Chancen auf Erteilung des Auftrages hat. Sie hat ein ordnungsgemäß ausgefülltes Angebot vorgelegt. Insbesondere hat sie im Verzeichnis der Nachunternehmerleistungen die entsprechenden Angaben gemacht, die nachvollziehbar Rückschlüsse auf den Umfang des Nachunternehmeranteils zulassen. In dem TGA Leistungskatalog hat sie alle geforderten Bietererklärungen eingetragen.

1. Soweit die Antragsgegnerin meint, das Angebot der Antragstellerin könne –entgegen ihren Ausführungen im Vergabevermerk vom 26.08.2004- nicht mehr bezuschlagt werden, weil die im TGA-Leistungskatalog von der Antragstellerin angebotenen Leistungen teilweise nicht dem technisch geforderten Standard entsprechen würden, ist dies eine Frage der Wertung. Es handelt sich hier insbesondere um die Fabrikatsangaben einzelner Anlagenteile (Seite 62 des TGA-Leistungskatalogs), in der die Antragstellerin das Fabrikat „Hager“ eingetragen hatte.

Die technische Beurteilung eines Angebotes unterliegt der Bewertung durch die Vergabestelle; diese Beurteilung kann nicht durch die Vergabekammer ersetzt werden (vgl. insofern OLG Düsseldorf, Beschluss vom 09.04.2003, Verg 66/02). Insofern hat nicht die Vergabekammer durch die Heranziehung von Sachverständigen diese Wertung vorzunehmen, sondern dies ist Aufgabe der Vergabestelle. Die Vergabestelle kann diesbzgl. Informationen bei den Herstellern einholen oder auch von dem Bieter, um sich dadurch ein umfassendes Bild über die tatsächliche Realisierbarkeit eines Angebotes zu machen. Die Abgleichung von Schnittstellen ist ebenfalls Sache der Vergabestelle. Diese Bewertung des Angebotes der Antragstellerin hat die Antragsgegnerin ausweislich des Vergabevermerks hier überhaupt nicht vorgenommen. Sie kann diese Bewertung aber nachholen, weil sie zu einer erneuten Wertung verpflichtet wird und das Angebot der Antragstellerin in der Wertung bleibt, da jedenfalls keine anderen Gesichtspunkte für den Ausschluss des Angebotes der Antragstellerin ersichtlich sind.

Für die neue Wertung des Angebotes der Antragstellerin gibt die Kammer hier folgende Hinweise:

a) Die Antragsgegnerin muss zwar Angebote, die nicht den Verdingungsunterlagen entsprechen, zwingend von der Wertung ausschließen, wobei dies nur ohne weiteres zulässig ist, wenn insofern die Verdingungsunterlagen eindeutig sind. Unvollständige oder mehrdeutige Verdingungsunterlagen würden die Aufhebung der Ausschreibung nachsichziehen, weil keine vergleichbaren Angebote vorhanden sind. Auch bei den Generalunternehmer Verfahren darf der öffentliche Auftraggeber nicht von jeder eigenen Planungstätigkeit absehen und diese gänzlich auf den Bieter übertragen. Die eigene Planung des Auftraggebers muss vor einer Ausschreibung vielmehr insoweit feststehen (vgl. auch § 16 Abs. 1 VOB/A), als die Kriterien für die spätere Angebotsbewertung festliegen und das Leistungsziel, die Rahmenbedingungen sowie die wesentlichen Einzelheiten der Leistung in der Weise bekannt sind, dass mit Veränderungen nicht mehr zu rechnen ist (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 05.10.2000, Verg 14/00). Das folgt aus dem selbstverständlichen Gebot, dass auch die funktionale Leistungsbeschreibung Missverständnisse bei den Bietern vermeiden und damit letztlich sicherstellen soll, dass miteinander vergleichbare Angebote abgegeben werden, die nachher einer ordnungsgemäßen Bewertung zugänglich sind.

Daraus folgt, dass die Antragsgegnerin zunächst genau feststellen sollte, ob ihre Ausschreibungsunterlagen tatsächlich eindeutig waren. Sollten Zweifel an der Eindeutigkeit

der Ausschreibungsunterlagen hinsichtlich der hier im Streit stehenden Regelungstechnik verbleiben und sollte sich überdies noch herausstellen, dass die Antragsgegnerin Kenntnisse von der Schnittstellenproblematik aufgrund Erfahrungen aus anderen Bauprojekten hatte, ohne dies in den Ausschreibungsunterlagen offen zu legen bzw. möglicherweise noch irreführende Angaben dazu gemacht hat, dann hat die Antragsgegnerin überhaupt keine vergleichbaren Angebote mehr. Die Konsequenz wäre dann, dass die Ausschreibung aufzuheben ist und nicht etwa, dass nur ein Angebot ausgeschlossen wird. Das Ergebnis dieser Überprüfung der eigenen Verdingungsunterlagen sollte die Antragsgegnerin aus Gründen der Transparenz in dem neu zu fertigenden Vergabevermerk niederlegen.

b) Weiterhin sollte die Antragsgegnerin ihre Dokumentationspflicht nach § 30 VOB/A auch bei der tatsächlichen Wertung der verbleibenden Angebote sorgfältig beachten. Nach § 30 Abs. 1 VOB/A ist über die Vergabe ein Vermerk zu fertigen, der die einzelnen Stufen des Verfahrens, die maßgeblichen Feststellungen sowie die Begründungen der einzelnen Entscheidungen enthält.

Es ist ein Gebot der Transparenz des Vergabeverfahrens, dass der öffentliche Auftraggeber den Gang und die wesentlichen Entscheidungen des Vergabeverfahrens in den Vergabeakten dokumentiert. Die Dokumentation dient dem Ziel, die Entscheidungen der Vergabestelle transparent und sowohl für die Nachprüfungsinstanzen als auch für die Bieter überprüfbar zu machen. Kommt der öffentliche Auftraggeber seiner Dokumentationspflicht nicht oder nicht ordnungsgemäß nach, kann darauf mit Erfolg ein Vergabenachprüfungsantrag gestützt werden (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 17.03.2004, VII-Verg 1/04). Ein Bieter kann seinen Nachprüfungsantrag allerdings nur dann auf eine fehlende oder unzureichende Dokumentation stützen, wenn sich die diesbezüglichen Mängel gerade auch auf seine Rechtsstellung im Vergabeverfahren nachteilig ausgewirkt haben können (OLG Düsseldorf, a.a.O.). Das ist in der Regel der Fall, wenn in Bezug auf die Wertung des eigenen Angebotes nicht nachvollziehbar dokumentiert wird, warum das Angebot ausgeschlossen werden soll.

2. Dem Ausschluss des Angebotes der Beigeladenen zu 1) wegen der Unvollständigkeit der geforderten Eintragungen steht nicht entgegen, dass die Antragstellerin diesen Vergabeverstöß nicht vor der Einleitung des Nachprüfungsverfahrens rügte.

Voraussetzung dafür, dass die Vergabekammer in der Sache tätig werden darf, ist ein zulässiger Nachprüfungsantrag. Diejenigen Vergaberechtsfehler, die nicht mehr zulässigerweise zum Gegenstand eines Nachprüfungsverfahrens gemacht werden können, sind einer Sachentscheidung durch die Vergabekammer entzogen (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 26.07.2002, Verg 22/02).

Dass die Antragstellerin die Unvollständigkeit des Angebotes der Beigeladenen zu 1) nicht vor der Einleitung des Nachprüfungsverfahrens rügte, ist hier ohne Belang, weil sie keine Kenntnisse hinsichtlich der Vollständigkeit der Angebote anderer Bieter haben konnte. Insofern konnte auch keine Präklusion eintreten (in diesem Sinne BayObLG, Beschluss vom 24.10.2000, Verg 6/00; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 29.12.2001, Verg 22/01). Erst nach der Akteneinsicht konnte die Antragstellerin den Verstoß rügen, weil den Ausschreibungsunterlagen der Antragsgegnerin zu entnehmen war, dass der TGA-Leistungskatalog komplett von der Beigeladenen zu 1) nachgereicht wurde.

3. Darüber hinaus ist hier ohne Belang, dass die in der Bekanntmachung unter Ziffer III. 2. geforderten Eignungsnachweise nicht in den Vergabeunterlagen der Antragsgegnerin zu finden waren.

Grundsätzlich sind Angebote, die von den Vorgaben der Bekanntmachung oder der Leistungsbeschreibung abweichen, zwingend von der Vergabe auszuschließen (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 25.11.2002, Verg 56/02; Beschluss vom 30.07.2003, Verg 20/03; Beschluss vom 19.11.2003, Verg 22/03). Die Kammer hat festgestellt, dass die geforderten Nachweise weder in den Angeboten der Bieter, die in die engere Wahl kamen, vorhanden waren noch den Ausschreibungsunterlagen der Antragsgegnerin beilagen.

In der mündlichen Verhandlung stellte sich heraus, dass die Ausschreibungsunterlagen der Antragsgegnerin insoweit unvollständig sein müssen. Denn die Antragstellerin hat glaubhaft versichert, dass sie die in der Bekanntmachung geforderten Nachweise der Antragsgegnerin vorlegte, bevor sie die Ausschreibungsunterlagen übersandt bekam. Sie hat zum wiederholten Male die Unvollständigkeit der Unterlagen der Vergabestelle angemahnt. Die Beigeladene zu 2) legte sogar Durchschriften von diesen Nachweisen in der mündlichen Verhandlung vor, die sie der Antragsgegnerin übersandt hatte. Die Antragsgegnerin ist diesen Behauptungen nicht entgegengetreten. Die Kammer hat bei dieser Sachlage keine Zweifel, dass zumindest die beiden in der Wertung verbleibenden Bieter die geforderten Nachweise ordnungsgemäß vorlegten.

4. Das Angebot der Beigeladenen zu 2) ist unter Berücksichtigung der o.g. Kriterien ebenfalls vollständig abgegeben worden. Nebenangebote waren nach der Bekanntmachung zugelassen, so dass sie auch grundsätzlich gemäß § 25 Nr. 5 VOB/A zu werten sind. Dabei unterliegt die Berücksichtigung von Nebenangeboten dem Beurteilungsspielraum der Vergabestelle. Sie hat somit zu entscheiden, ob sie ein bestimmtes Nebenangebot akzeptiert oder nicht. Sie ist nicht verpflichtet, mit dem Bieter über diese Nebenangebote Aufklärungsgespräche zu führen. Da die preisliche Differenz zwischen dem Angebot der Antragstellerin und der Beigeladenen zu 2) sehr gering ist, erscheint es sachgerecht, dass die Antragsgegnerin ihre Auswahlentscheidung ordnungsgemäß gemäß § 30 VOB/A dokumentiert. Aus der Übersichtstabelle (Vergabespiegel) in den Ausschreibungsunterlagen ergeben sich keine nachvollziehbaren Gründe, warum die Antragsgegnerin die Nebenangebote der Beigeladenen zu 2) nicht akzeptiert hat. Insofern wird auf die Ausführungen unter 1. b) verwiesen.

Vorsorglich weist die Kammer darauf hin, dass es hier nicht darauf ankommt, ob die Antragsgegnerin unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des EuGH (Urteil vom 16.10.2003, C-421/01) Mindestanforderungen für die Nebenangebote festgelegt hat. Dazu wäre sie zwar –so meint der EuGH– nach Art 19 Abs. 1 BKR verpflichtet gewesen, was sie aber weder in der Bekanntmachung noch in den Verdingungsunterlagen getan hat. Dieser Vergaberechtsverstoß kann aber in diesem Nachprüfungsverfahren nicht mehr berücksichtigt werden, weil es keine Rüge hinsichtlich der Ausschreibungsunterlagen hinsichtlich dieses Verstoßes gegeben hat und eine Rüge oder Beanstandung, die zum gegenwärtigen Zeitpunkt erhoben wird, nicht mehr gemäß § 107 Abs. 3 GWB zugelassen werden kann. Mit einem entsprechendem Vorbringen kann keine Partei mehr gehört werden. Der Antrag auf Nachprüfung, der sich auf diesen Vergaberechtsverstoß stützt, wäre gemäß § 107 Abs. 3 GWB wegen der fehlenden Rüge unzulässig. Die Kammer kann von Amts wegen gemäß § 114 Abs. 1 GWB nur solche Beanstandungen prüfen, die noch zulässigerweise zum Gegenstand eines Nachprüfungsverfahrens gemacht werden können (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 26.07.2002, Verg 22/02).

Im Ergebnis ist die Antragsgegnerin somit zu verpflichten, ihre Wertung unter Ausschluss des Angebotes der Beigeladenen zu 1) unter Beachtung der Rechtsauffassung der Vergabekammer zu wiederholen.

#### IV.

Gemäß § 128 Abs. 1 GWB werden für Amtshandlungen der Vergabekammern Kosten (Gebühren und Auslagen) zur Deckung des Verwaltungsaufwandes erhoben. Das Verwaltungskostengesetz findet Anwendung.

Die Vergabekammern des Bundes haben in Zusammenarbeit mit den Vergabekammern der Länder eine Gebührenstaffel erarbeitet, die die erkennende Vergabekammer im Interesse einer bundeseinheitlichen Handhabung übernimmt.

Danach ist bei einem Auftragswert ausgehend von dem Angebotspreis der Antragstellerin in Höhe von 15.449.000,00 Euro eine Gebühr in Höhe von xxxx Euro zu erheben. Die Vergabekammer sieht keine Billigkeitsgründe, die zu einer Verringerung der Gebühr ( § 128 Abs. 3 Satz 4 GWB) führen.

Die Antragsgegnerin hat als unterlegene Partei diese Gebühr zu tragen. Eine Gebührenbefreiung gemäß § 8 Abs. 1 des Verwaltungskostengesetzes des Bundes kommt nicht in Betracht, weil in § 8 Abs. 3 ausdrücklich festgestellt wird, dass dies nicht für Sondervermögen von Bundesbetrieben, entsprechend hier für Landesbetriebe, gilt (vgl. dazu Runderlass des Finanzministers vom 20.12.2000, Ziffer 1.1, Anweisungen über die Verwaltung und Organisation des Bau- und Liegenschaftsbetriebs NRW).

Da die Antragstellerin der Erledigungserklärung der Antragsgegnerin in der mündlichen Verhandlung widersprochen hat, war sowohl der Erledigungsantrag als auch der Hilfsantrag der Antragsgegnerin zurückzuweisen. Eine Kostenüberbürdung auf die Antragstellerin, die im Falle einer übereinstimmenden Erledigungserklärung nach der Rechtsprechung des BGH, Beschluss vom 09.12.2003, X ZB 14/03, möglich gewesen wäre, kommt somit nicht in Betracht.

#### V.

Soweit die Anrufung der Vergabekammer erfolgreich ist, oder dem Antrag durch die Vergabepflichtstelle abgeholfen wird, findet eine Erstattung der zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen statt (§ 128 Abs. 4 GWB). Soweit ein Beteiligter im Verfahren unterliegt, hat er die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung notwendigen Auslagen des Antragsgegners zu tragen. § 80 des Verwaltungsverfahrensgesetzes und die entsprechenden Vorschriften der Verwaltungsverfahrensgesetze der Länder gelten entsprechend.

Die Vergabekammer hält die Hinzuziehung von Verfahrensbevollmächtigten durch die Antragstellerin gemäß § 128 Abs. 4 Satz 3 GWB in Verbindung mit § 80 Abs. 3 VwVfG NW für notwendig, weil das Nachprüfungsverfahren sich nicht nur auf fachliche Details in den Ausschreibungsunterlagen konzentrierte, sondern allgemeine Grundsätze aus dem Vergaberecht und dem Verfahrensrecht streitentscheidend waren.

Als unterlegene Partei hat die Antragsgegnerin die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen der Antragstellerin zu tragen.

#### VI.

Für die Berechnung der zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Kosten wird die Vergabekammer den § 50 Abs. 2 GKG entsprechend zugrundelegen, soweit ein Antrag auf Festsetzung der Aufwendungen gestellt wird. Danach können als Gegenstandswert 5 % der Bruttoauftragssumme festgesetzt werden.

### **Rechtsmittelbelehrung**

Gegen die Entscheidung ist die sofortige Beschwerde zulässig. Sie steht den am Verfahren vor der Vergabekammer Beteiligten zu. Über die Beschwerde entscheidet ausschließlich der Vergabesenat des Oberlandesgerichtes Düsseldorf, Cecilienallee 3, 40474 Düsseldorf.

Die sofortige Beschwerde ist binnen einer Notfrist von zwei Wochen, die mit der Zustellung dieser Entscheidung beginnt, schriftlich bei dem Beschwerdegericht einzulegen.

Die sofortige Beschwerde ist zugleich mit ihrer Einlegung zu begründen. Die Beschwerdebegründung muss enthalten:

1. die Erklärung, inwieweit die Entscheidung der Vergabekammer angefochten und eine abweichende Entscheidung beantragt wird,
2. die Angabe der Tatsachen und Beweismittel, auf die sich die Beschwerde stützt.

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

Mit der Einlegung der Beschwerde sind die anderen Beteiligten des Verfahrens vor der Vergabekammer vom Beschwerdeführer durch Übermittlung einer Ausfertigung der Beschwerdeschrift zu unterrichten.

---

Diemon-Wies

---

Stolz

---

Schiborski

