



**Vergabekammer
bei der Bezirksregierung
Münster**

Beschluss

Amtliche Leitsätze

- 1. Die Bestimmung des Schwellenwertes erfolgt anhand objektiver Kriterien von Amts wegen.**
- 2. Die Vergabekammern prüfen keine verfassungsrechtlichen Bedenken gegen die Nichtzulassung einer Beschwerde gegen Vergabeverfahren im unterschwelligen Bereich.**

In dem Nachprüfungsverfahren wegen der Vergabe von Baumaßnahmen zum Bau eines Retentionsbodenfilterbeckens xxxxxxxx

VK 7/05

der Bietergemeinschaft
bestehend aus

der Firma xxxxx
Tief- und Straßenbau xxxxxxGmbH
xxxxxxxxxxxxxxxxxxxx
xxxxxxxxxxxx
und
dem Bauunternehmen xxxxxxxxxxx GmbH & Co KG
xxxxxxxxxxxxxxxxxxxx
xxxxxxxxxxxxxxxxxxxx

Antragstellerin

gegen

die Stadt xxxxxxx
Fachbereich 1
xxxxxxxxxxraße 1
xxxxxxxxxxxxxxxx

Antragsgegnerin

Beigeladene

Firma xxxxxxxxxxx GmbH & Co KG
xxxxxxxxxxxxxxxxxxxx
xxxxxxxxxxxxxxxx

Verfahrensbevollmächtigte

xxxxxxxxxxxxxxxx
xxmbH
xx

hat die Vergabekammer Münster ohne mündliche Verhandlung durch die Vorsitzende Diemon-Wies, den hauptamtlichen Beisitzer Stolz und die ehrenamtliche Beisitzerin Meißner

am **6. April 2005** entschieden:

1. Der Nachprüfungsantrag wird zurückgewiesen.
2. Die Kosten des Verfahrens werden auf xxxx Euro festgesetzt
3. Die Antragstellerin trägt die Kosten des Verfahrens.

Gründe

I.

Die Antragsgegnerin schrieb im Wege einer öffentlichen Ausschreibung im Januar 2005 den Bau eines Retentionsbodenfilterbeckens xxxxxxxxxxxx aus, nachdem sie die Kosten für die Baumaßnahme auf insgesamt 4.274.600,00 Euro für alle drei Lose geschätzt hatte. Neben dem im Streit stehenden Los 1 gab es noch das Los 2, das sich mit der Maschinenteknik (Antriebe etc.) befasste und das Los 3, das die elektrotechnischen Arbeiten beinhaltete.

In dem Formblatt „Aufforderung zur Abgabe eines Angebotes“, das den Bietern übersandt wurde, kreuzte die Antragsgegnerin unter Ziffer 10 als Nachprüfungsinstanzen die Vergabekammer, die Vergabeprüfstelle und die Allg. Fach- und Rechtsaufsicht an.

Die Antragsgegnerin erhielt insgesamt 17 Angebote, wovon 3 Angebote tatsächlich über dem für Baumaßnahmen erforderlichen Schwellenwert von 5 Millionen Euro lagen.

Die Antragstellerin, eine Bietergemeinschaft, bestehend aus zwei Unternehmen, legte ebenfalls ein Angebot vor, das nach dem Ergebnis des Submissionsprotokolls vom 10.02.2005 auf dem ersten Platz lag. Die mit Beschluss vom 18.03.2005 Beigeladene lag mit ihrem Angebot zunächst auf dem 14. Rang, hatte aber 10 Nebenangebote vorgelegt, die von der Antragsgegnerin gewertet wurden. Danach befand sich die Beigeladene auf dem 1. Rang, gefolgt von der Antragstellerin.

In einem Aufklärungsgespräch am 18.02.2005 hat die Antragsgegnerin sich die 10 Nebenangebote von der Beigeladenen erläutern lassen, diese dann gebilligt und als gleichwertig anerkannt. Im Vergabevorschlag vom 22.02.2005 hat die Antragsgegnerin die Ausführungen aus dem Protokoll vom 18.02.2005, soweit dies die Beigeladene betraf, wörtlich übernommen.

Am 22.02.2005 teilte die Antragsgegnerin gemäß § 27 VOB/A den Bietern mit, dass der Auftrag für das Los 1 an die Beigeladene vergeben werden soll.

Mit Schreiben vom 25.02. und 28.02.2005 rügte die Antragstellerin die Berücksichtigung der Nebenangebote der Beigeladenen als nicht ordnungsgemäß, weil sie es schlicht für nicht möglich hielt, dass die Nebenangebote ein Verbesserungspotential in Höhe von 1,140 Millionen Euro enthalten könnten.

Die Antragstellerin beantragte am 01.03.2005 die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens und Einsicht in die Vergabeunterlagen. Dem Antrag wurde stattgegeben, weil der tatsächliche Auftragswert nicht ohne weiteres ermittelt werden konnte und die Antragsgegnerin selbst die Vergabekammer als Nachprüfungsinstanz in ihren Unterlagen angegeben hatte.

Die Antragstellerin meint, allein durch die Benennung der Vergabekammer unter Hinweis auf § 104 GWB sei der Primärrechtsschutz eröffnet. Insofern käme es auf das Erreichen eines formalen Schwellenwertes nicht mehr an. Im Übrigen beruft sich die Antragstellerin vorsorglich auf die Verfassungswidrigkeit der Regelungen zum schwellenwertabhängigen Vergaberechtsschutz und macht u.a. Rechte aus Art 19 Abs. 4 in Verbindung mit Art 3 Abs. 1 GG geltend. Sie meint, das vor dem Bundesverfassungsgericht anhängig Verfahren bliebe abzuwarten.

Hinsichtlich der Nebenangebote verweist die Antragstellerin auf die EuGH-Rechtsprechung zu den Mindestanforderungen für Nebenangebote und behauptet zudem, die Nebenangebote der Beigeladenen würden vielleicht „brauchbar“, aber eben nicht gleichwertig sein.

Nachdem die Antragstellerin Akteneinsicht genommen hatte, konkretisiert sie ihren Vortrag hinsichtlich der Nebenangebote der Beigeladenen. Insbesondere hält sie das Nebenangebot Nr. 6 nicht für gleichwertig. Die Aufbereitung des vorhandenen Bodens, wie von der Beigeladenen vorgeschlagen, widerspreche dem Leistungsverzeichnis, weil dort die Lieferung von Material aus einer Kiesaufbereitung verlangt worden sei. Allein durch die Aufbereitung des vorhandenen Bodenaushubs sei diese Qualität nicht zu erreichen.

Auch die übrigen Nebenangebote der Beigeladenen hält die Antragstellerin entweder für vergaberechtswidrig oder nicht gleichwertig.

Die Antragstellerin beantragt,

1. die Antragsgegnerin zu verpflichten, die Absage vom 22.02.2005 zurückzunehmen und die Wertung unter Berücksichtigung des Angebotes der Antragstellerin und der Rechtsauffassung der Vergabekammer zu der (Nicht-) Wertbarkeit der Nebenangebote der Beigeladenen zu wiederholen und die Bieter über das Ergebnis begründet zu informieren,
2. der Antragsgegnerin die Kosten des Verfahrens aufzuerlegen.

Die Antragsgegnerin beantragt,

den Antrag wegen Nichterreichens des Schwellenwerts als unzulässig zurückzuweisen.

Die Antragsgegnerin meint, sie habe zurecht eine öffentliche Ausschreibung vorgenommen und die Vergabekammer als auch die Bezirksregierung als Aufsichtsbehörde angegeben, weil es sich bei dem Bauvorhaben um eine öffentlich geförderte Maßnahme handele.

Allerdings belaufe sich der geschätzte Gesamtauftragswert für alle 3 Lose lediglich auf 4,2 Millionen Euro. Demzufolge sei der erforderliche Schwellenwert von 5 Millionen Euro nicht überschritten worden. Die Lose 2 und 3 würden sich mit Arbeiten befassen, die naturgemäß von Erdbauunternehmen nicht fachgerecht ausgeführt werden könnten; dennoch seien bei der Schätzung des Auftragswertes ausweislich der in den Ausschreibungsunterlagen vorhandenen Schätzung aus Dezember 2003 diese Arbeiten miteinbezogen worden.

Weiterhin meint die Antragsgegnerin bei den Nebenangeboten der Beigeladenen handele es sich selbstverständlich um technisch wie tatsächlich gleichwertige Nebenangebote. Insofern verweist sie vollinhaltlich auf ein Protokoll vom 18.02.2005, das inhaltlich dem Vergabevermerk vom 22.02.2005 entspricht.

Auch die EuGH Rechtsprechung zu den Mindestanforderungen für Nebenangebote sei beachtet worden. Sie habe in ihrer Ausschreibung nicht einfach auf nationale Rechtsvorschriften verwiesen, sondern die Bedingungen, unter denen Nebenangebote in die Bewertung einfließen konnten, exakt definiert.

Im Übrigen meint die Antragsgegnerin, gehe es der Antragstellerin nur um die Akteneinsicht in die Sondervorschläge der Beigeladenen. Die Vergabekammer könne nicht dazu missbraucht werden, anders nicht zu erlangende technische Kenntnisse und Fertigkeiten eines Mitbewerbers durch Akteneinsichtnahme in Erfahrung zu bringen.

Die Beigeladene vertritt die Auffassung, dass die Gestattung der Akteneinsicht, insbesondere in den Vermerk vom 22.02.2005 unzulässig gewesen sei, denn die dort belassenen Einleitungssätze zu den Sondervorschlägen würden sehr wohl Geschäfts- bzw. Betriebsgeheimnisse der Beigeladenen enthalten, die der Antragstellerin nicht offenbart werden dürften.

Wenn –wie hier- der Schwellenwert ganz offensichtlich nicht überschritten wurde, so dass den Antragstellern der Rechtsweg zur Vergabekammer überhaupt nicht offen stehe, dürften Überprüfungen der Gleichwertigkeit von Nebenangeboten durch die Antragstellerin irrelevant sein.

Die Vergabekammer hat mit Verfügung vom 09.03.2005, zu der auch die Beigeladene ausdrücklich gehört wurde, den Umfang der Akteneinsicht für das gesamte Verfahren festgelegt. Auf diese Verfügung wird hiermit vollinhaltlich Bezug genommen.

Nach Überprüfung der vorgelegten Ausschreibungsunterlagen ist den Parteien mit Schreiben vom 09.03.2005 mitgeteilt worden, dass das Verfahren voraussichtlich wegen des Nichterreichens des Schwellenwertes als unzulässig zurückgewiesen wird. Die Antragstellerin hat ausdrücklich in einem Telefonat am 18.03.2005 erklärt, dass sie dennoch den Antrag nicht zurücknehmen werde, sondern eine Entscheidung in der Sache beantrage.

Mit Beschluss vom 21.03.2005, auf den hiermit vollinhaltlich Bezug genommen wird, ist Herr xxxxx, der zunächst als ehrenamtlicher Beisitzer für dieses Verfahren bestellt worden war, wegen Befangenheit abberufen worden. Als ehrenamtliche Beisitzerin wurde anschließend Frau xxxxxxxx bestellt.

Gemäß § 112 Abs. 1 Satz 2 GWB ist keine mündliche Verhandlung durchgeführt worden.

Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf die Ausschreibungsunterlagen und die Akte der Vergabekammer Bezug genommen.

II.

Die Vergabekammer Münster ist für die Entscheidung in diesem Verfahren zuständig, weil die Antragsgegnerin eine Gemeinde ist, die der mittelbaren Landesverwaltung angehört und von ihr zu 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 NpVf NRW).

Der Nachprüfungsantrag ist unzulässig.

Gemäß § 97 Abs. 7 GWB haben die Unternehmen Anspruch darauf, dass der Auftraggeber die Bestimmungen über das Vergabeverfahren einhält. Dieser Teil (§ 97 Abs. 7) gilt nach § 100 Abs. 1 GWB nur für Aufträge, welche die Auftragswerte erreichen oder überschreiten, die durch Rechtsverordnung nach § 127 festgelegt sind (Schwellenwerte).

Gemäß § 2 Nr. 4 VgV beträgt der Schwellenwert für Bauaufträge 5 Millionen Euro.

1. Gemäß § 3 Abs. 1 VgV ist bei der Schätzung des Auftrages von der geschätzten Gesamtvergütung für die vorgesehene Leistung auszugehen. Der Wert eines beabsichtigten Auftrages darf dabei nicht in der Absicht geschätzt oder aufgeteilt werden, ihn der Anwendung der Vergabeverordnung zu entziehen (§ 3 Abs. 2 VgV).

Ausweislich der vorgenommenen Schätzung der Gesamtvergütung für alle 3 Lose lag der Schwellenwert lediglich bei 4,2 Millionen Euro. Es sind keine Anhaltspunkte ersichtlich, wonach dieser Auftragswert im maßgeblichen Zeitpunkt (§ 3 Abs. 10 VgV) nicht ordnungsgemäß von der Antragsgegnerin geschätzt wurde.

Es handelt sich um einen Bauauftrag (Los 1), zu dem noch maschinentechnische und elektrotechnische Arbeiten (Lose 2 und 3) hinzukamen sind. Ausweislich des Vermerks vom Dezember 2003 (Kostenberechnung des Ing.-Büros xxxx) handelte es sich um die lfd. Nummern 44 (Schneckenpumpwerk), 45 (Pumpenschacht) und 46 (Mess- und Regeltechnik). Diese Arbeiten sind ebenfalls bei der Schätzung berücksichtigt worden, so dass das Erreichen oder Überschreiten des Schwellenwertes für Bauaufträge hier definitiv nicht festgestellt werden kann.

Auch aus der Tatsache, dass von 17 Angeboten lediglich 3 Angebote einen Auftragswert von über 5 Millionen Euro veranschlagten, lässt sich nachträglich schließen, dass die Schätzung der Antragsgegnerin offensichtlich ordnungsgemäß und sachlich zutreffend war.

2. Nicht entscheidend ist demgegenüber, dass die Antragsgegnerin in ihren Ausschreibungsunterlagen als Nachprüfungsinstanz u.a. auch die Vergabekammer angegeben hat.

Eine diesbezügliche Selbstbindung des Auftraggebers erstreckt sich jedenfalls nicht auf eine vom Gesetzgeber nicht vorgesehene Überprüfung der Rechtmäßigkeit des Vergabeverfahrens nach §§ 102 ff GWB (vgl. dazu OLG Düsseldorf, Beschluss vom 31.03.2004, Verg 74/03). Das Nachprüfungsverfahren ist nur eröffnet, wenn die Voraussetzungen des § 100 Abs. 1 GWB in Verbindung mit § 2 VgV tatsächlich vorliegen. Diese Voraussetzungen sind von Amts wegen zu prüfen.

3. Auch die Tatsache, dass es sich um eine geförderte Baumaßnahme handelt, eröffnet nicht den Rechtsweg zur Vergabekammer. Es gelten auch im Bereich der Fördermaßnahmen die Vorschriften der §§ 97 ff GWB, deren Voraussetzungen objektiv festgestellt werden müssen. Sollte –was hier allerdings nicht der Fall ist– eine andere Auffassung in einem Zuwendungsbescheid vertreten werden, so ist das unerheblich. Denn insofern wäre der Zuwendungsbescheid rechtswidrig. Der Rechtsweg zu den Vergabekammern unterliegt nicht

dem Dispositionsrecht der Parteien und kann deshalb auch nicht in einem Verwaltungsakt verfügt werden.

4. Die Antragstellerin kann sich gegenüber der Vergabekammer auch nicht auf Art 19 Abs. 4 GG berufen. Denn die Vergabekammern haben keine Handhabe, verfassungsrechtliche Bedenken gegen Vorschriften aufzugreifen.

Die Vergabekammern sind Behörden und keine Gerichte. Sie haben deshalb nach Art 100 Abs. 1 GG keine Aussetzungs- oder Verwerfungskompetenz, sondern sie haben die gesetzlichen Vorgaben einzuhalten und umzusetzen. Für den vorliegenden Fall bedeutet dies, dass hier die Voraussetzungen des § 100 Abs. 1 GWB zu prüfen sind, dass aber nicht überprüft wird, ob die Verweigerung eines Primärrechtsschutzes in Ausschreibungsverfahren unterhalb der sog. Schwellenwerte gegen Vorschriften aus dem Grundgesetz, namentlich hier Art 19 Abs. 4 GG, verstößt. Da keine Aussetzungskompetenz vorhanden ist, muss auch das Verfahren vor dem Bundesverfassungsgericht zur Verfassungsmäßigkeit (1 BvR 1160/03) nicht abgewartet werden.

Im Ergebnis ist der Nachprüfungsantrag deshalb wegen des Nichterreichens des Schwellenwertes als zulässig zurückzuweisen.

Da der Antrag gemäß § 100 Abs. 1 GWB bereits unzulässig ist, erfolgt keine Überprüfung der Nebenangebote der Beigeladenen mehr. Denn die Sondervorschläge hätten nur im Rahmen der Begründetheit geprüft werden können.

Die Vergabekammer hat gemäß § 112 Abs. 1 Satz 2 GWB hier ohne mündliche Verhandlung entschieden, da der Antrag wegen Unzulässigkeit zurückzuweisen war. Die Parteien sind zuvor schriftlich angehört worden.

III.

Gemäß § 128 Abs. 1 GWB werden für Amtshandlungen der Vergabekammern Kosten (Gebühren und Auslagen) zur Deckung des Verwaltungsaufwandes erhoben. Das Verwaltungskostengesetz findet Anwendung. Der Kostenrahmen ergibt sich aus § 128 Abs. 2 GWB. 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.

Ausgehend von dem Bruttoangebotspreis aus dem Angebot der Antragstellerin beträgt die Gebühr xxxx Euro. Die Antragstellerin hat als unterliegende Partei diese Gebühr zu tragen, wobei gemäß § 128 Abs. 3 Satz 2 GWB mehrere Kostenschuldner als Gesamtschuldner haften.

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

Meißner

