

Leitsätze Vergabekammer Hessen:

Spruchkörper: 2. Vergabekammer des Landes Hessen bei dem Regierungspräsidium Darmstadt

Aktenzeichen: 69 d – VK 44/ 2010

Entscheidungsdatum: 21.12.2010

Sofortige Beschwerde zum OLG Frankfurt: nein

Vorausgegangene Entscheidungen:

- **1. Vergabekammer Hessen:** Beschl. v. 16.02.2010 – 69 d – VK 59/ 2009
- **OLG Frankfurt:** Beschl. v. 04.06.2010 – 11 Verg 4/10 (Verlängerung d. aufsch. Wirkung)
- **OLG Frankfurt:** Beschl. v. 09.07.2010 – 11 Verg 5/10 (Beschwerdeentscheidung: Aufhebung des Beschlusses der VK Hessen)

Gegenstand der Entscheidung: Trockenbauarbeiten – Klinikum (Erweiterungsbau und Sockelgeschoss)

Art des Vergabeverfahrens: Offenes Verfahren nach VOB/A

Stichworte: Entscheidung ohne mündliche Verhandlung; offensichtliche Unbegründetheit; Bindungswirkung eines OLG-Beschlusses für eine Entscheidung der Vergabekammer.

Entscheidungserhebliche Normen: **GWB:** § 97 Abs. 1, 2

Leitsatz:

Hat das Oberlandesgericht rechtskräftig festgestellt, dass das Angebot eines Bieters (hier: Bietergemeinschaft) wegen Fehlens von Eignungsnachweisen nicht zuschlagsfähig ist, ist die Vergabestelle im fortgesetzten Vergabeverfahren und die Vergabekammer im nachfolgenden (erneuten) Nachprüfungsverfahren an diese Entscheidung gebunden. Dieser Bieter ist zwar antragsbefugt (§ 107 Abs. 2 GWB), sein Antrag aber offensichtlich unbegründet.

69 d · VK - 44/2010

Beschluss

In dem Nachprüfungsverfahren

Wegen

Trockenbauarbeiten für das Bauvorhaben Haus 3-6, THU -Bau-Erweiterungsbau und Sockelgeschosse des Klinikums der _____, Los 1-3, Vergabe- Nr. A. _____ Maßnahme -Nr. A. _____ (Offenes Verfahren nach VOB/A/2)

hat die 2. Vergabekammer des Landes Hessen bei dem Regierungspräsidium Darmstadt durch die Vorsitzende, RD' in Charlotte Mania, die hauptamtliche Beisitzerin ROR' in Jensen-Löbl und die ehrenamtliche Beisitzerin TAR' in Claudia Denz-Kinzel ohne mündliche Verhandlung gem. § 112 Abs. 1 Satz 3 GWB am 21. Dezember 2010 beschlossen:

- I. Der Nachprüfungsantrag wird zurückgewiesen.
- II. Die Antragstellerin trägt die Kosten des Verfahrens vor der Vergabekammer in Höhe von 5.275,00 Euro.
- III. Die Antragstellerin hat dem Antragsgegner und der Beigeladenen die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung/Rechtsverteidigung notwendigen Aufwendungen zu erstatten.
- IV. Die Hinzuziehung anwaltlicher Bevollmächtigung durch den Antragsgegner und die Beigeladene war notwendig.

Gründe:

I.

Mit europaweiter Bekanntmachung vom 10. September 2009 hat der Antragsgegner Trockenbauarbeiten für die Baumaßnahme „Klinikum der _____ Haus 23-6.THU-Bau-Erweiterungsbau und Sockelgeschosse“ in drei Losen im Offenen Verfahren ausgeschrieben.

Die Antragstellerin gab ihr Angebot am 19. Oktober 2009 ab. An dem Vergabeverfahren beteiligten sich laut Submissionsprotokoll vom 22. Oktober 2009 zehn Bieter. Das Angebot der Beigeladenen für die drei Lose war das zweitgünstigste, das Angebot der Antragstellerin, bezeichnet als aa _____ GmbH & Co. KG“ war das Erstplatzierte.

Mit am 2. Dezember 2009 übersandtem Schreiben, das am 4. Dezember 2009 bei der Beigeladenen einging, teilte der Antragsgegner ihr gemäß § 101 a GWB mit, es sei beabsichtigt, den Zuschlag am 18. Dezember 2009 auf das Angebot der Bietergemeinschaft „aa“ GmbH & Co. KG, „“ zu erteilen. Die Bietergemeinschaft habe ein niedrigeres Hauptangebot abgegeben.

Die Beigeladene rügte am 7. Dezember 2009 den beabsichtigten Zuschlag auf das Angebot der Bietergemeinschaft mit der Begründung, dieses Angebot sei aus formalen und aus inhaltlichen Gründen auszuschließen. Mit Schreiben vom 10. Dezember 2009 antwortete der Antragsgegner, half der Rüge aber nicht ab.

Daraufhin stellte die Beigeladene am 17. Dezember 2009 einen Nachprüfungsantrag, zu Begründung vertiefte sie im Wesentlichen ihr Rügevorbringen.

Die 1. Vergabekammer des Landes Hessen wies den Nachprüfungsantrag der Beigeladenen mit Beschluss vom 16. Februar 2010 (Aktenz. 69 d VK - 59/2009) zurück, da

ihr Angebot zu Recht wegen formeller Mängel (unvollständige Nachunternehmer-Erklärungen) ausgeschlossen worden sei und sie dies auch nicht rechtzeitig gerügt habe.

Auf die sofortige Beschwerde der Beigeladenen hob der Vergabesenat des OLG Frankfurt am Main mit Beschluss vom 9. Juli 2010 (Aktenz. 11 Verg 5/10) auf. Dem Antragsgegner wurde untersagt, den Zuschlag für den ausgeschriebenen Auftrag der Antragstellerin zu erteilen. In der Begründung des Beschlusses wurde ausgeführt, dass kein zwingender Ausschlussgrund in Bezug auf das Angebot der Beigeladene vorliege. Dagegen sei das Angebot der Antragstellerin zwingend auszuschließen, da es nicht alle von dem Antragsgegner zulässig geforderten Angaben enthalte. Es fehlten von einem Mitglied der Bietergemeinschaft die für die Prüfung der Eignung geforderten Referenzen.

Am 3. November 2010 teilte der Antragsgegner der Antragstellerin gem. § 101 a GWB mit, dass der Zuschlag auf das Angebot der Beigeladenen erteilt werden solle. Das Angebot der Antragstellerin könne nicht berücksichtigt werden, weil begründete Zweifel an ihrer Eignung im Hinblick auf die Leistungsfähigkeit bestünden. Das Angebot dürfe gemäß Beschluss des OLG Frankfurt nicht bezuschlagt werden.

Mit Schreiben vom 10. November 2010 - bei dem Antragsgegner am 11. November 2010 eingegangen - rügte die Antragstellerin die beabsichtigte Zuschlagserteilung und führte aus, ihre Eignung sei mit dem ursprünglich abgegebenen Angebot ausreichend dargelegt worden und es genüge, wenn die Nachweise zur Leistungsfähigkeit nur von einem Mitglied der Bietergemeinschaft vorgelegt würden.

Der Antragsgegner antwortete hierauf mit Schreiben vom 15. November 2010 und führte unter Hinweis auf den Beschluss des OLG Frankfurt aus, dass der Zuschlag nicht auf das Angebot der Antragstellerin erteilt werden könne. Daraufhin stellte die Antragstellerin am 18. November 2010 einen Nachprüfungsantrag mit dem Ziel, den Antragsgegner zur Neubewertung der Angebote zu verpflichten.

Zur Begründung führte sie im Wesentlichen aus, der Antragsgegner habe ihr Angebot nicht ausgeschlossen, dies sei ihm auch durch das OLG Frankfurt nicht aufgegeben worden. Es sei ausreichend, wenn Nachweise zur Fachkunde oder zur Leistungsfähigkeit für ein Mitglied der Bietergemeinschaft vorgelegt würden. Anderes könne nur gelten, wenn bereits in der Vergabebekanntmachung entsprechende Nachweise von allen Mitgliedern gefordert würden.

Die Antragstellerin hat beantragt, wie folgt zu entscheiden:

1. Dem Antragsgegner wird untersagt, den Zuschlag auf das Angebot der Beigeladenen zu erteilen;
2. dem Antragsgegner wird aufgegeben, die Angebotswertung unter Berücksichtigung des Angebotes der Antragstellerin und der Rechtsauffassung der Vergabekammer zu wiederholen;
3. dem Antragsgegner werden die Kosten des Verfahrens einschließlich der zweckentsprechenden Kosten der Rechtsverfolgung der Antragstellerin auferlegt,
4. es wird festgestellt, dass die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten durch die Antragstellerin notwendig war.

Der Antragsgegner hat beantragt, den Nachprüfungsantrag zurückzuweisen und die Beiziehung eines Prozessbevollmächtigten auf Seiten des Antragsgegners für notwendig zu erklären.

Zur Begründung hat er ausgeführt, der Beschluss des OLG Frankfurt vom 9. Juli 2010 sei in formeller und materieller Hinsicht Rechtskraft erwachsen; dies führe dazu, dass die Vergabestelle gehindert sei, den Zuschlag auf das Angebot der Antragstellerin zu erteilen. Ihr stehe daher auch keine Antragsbefugnis zu, denn aus dem behaupteten Vergabeverstoß erwachse ihr aufgrund des Zuschlagsverbotes kein Schaden.

Entgegen dem Vortrag der Antragstellerin sei ihr Angebot auch tatsächlich ausgeschlossen worden, denn ihr sei in der Bieterinformation mitgeteilt worden, dass ihr Angebot wegen begründeter Zweifel an der Leistungsfähigkeit nicht berücksichtigt werden könne.

Die mit Beschluss vom 22. November 2010 Beigeladene hält den Nachprüfungsantrag wegen der entgegenstehenden Entscheidung des OLG Frankfurt und der Versäumung der Rügefrist für unzulässig und wegen der genannten fehlenden Eignungsnachweise für unbegründet. Sie hat beantragt, der Antragstellerin die Kosten des Verfahrens einschließlich der zweckentsprechenden Kosten der Rechtsverfolgung der Beigeladenen aufzuerlegen und festzustellen, dass die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten auf Seiten der Beigeladenen notwendig war.

Die Beigeladene hat mit Schriftsatz vom 23. November 2010 eine Entscheidung ohne mündliche Verhandlung gem. § 112 Abs. 1 Satz 3 GWB angeregt. Der Antragsgegner teilte mit Schriftsatz vom 29. November 2010 mit, auch aus seiner Sicht könne auf die Durchführung der mündlichen Verhandlung verzichtet werden. Die Antragstellerin erklärte sich mit Schreiben vom selben Tag mit einer Entscheidung ohne

mündliche Verhandlung nicht einverstanden. Mit Verfügung vom 10. Dezember 2010 hat die Kammer den zunächst für den 16. Dezember anberaumten Verhandlungstermin abgesetzt und mitgeteilt, dass sie über den Nachprüfungsantrag gem. § 112 Abs. 1 Satz 3 GWB wegen offensichtlicher Unbegründetheit nach Lage der Akten entscheiden werde.

II.

1. Der Nachprüfungsantrag ist zulässig.

Die Antragstellerin hat mit Schreiben vom 10. November 2010, das am folgenden Tag beim Antragsgegner einging, noch unverzüglich die ihr am 4. November 2010 zugegangene Entscheidung über die beabsichtigte Zuschlagsentscheidung gerügt. Die Kammer hält im Regelfall eine Rüge innerhalb einer Woche bzw. drei bis vier Werktagen in Fällen durchschnittlicher Schwierigkeit und durchschnittlichen Umfangs noch für „unverzüglich“ im Sinne des § 107 Abs. 3 Nr. 1 GWB. Diese Frist wurde im vorliegenden Fall noch eingehalten.

Der Antragstellerin steht auch die Antragsbefugnis im Sinne des § 107 Absatz 2 GWB zu. Sie hat ein Interesse an dem ausgeschriebenen Auftrag und macht in Bezug auf das Vergabeverfahren, an dem sie sich beteiligt hat, eine Verletzung von eigenen Rechten gem. § 97 Abs. 7 GWB geltend, indem sie vorträgt, ihr Angebot habe nicht wegen fehlender Eignungsnachweise von der Wertung ausgeschlossen werden dürfen. Insofern reicht grundsätzlich aus, dass nach Darstellung der Antragstellerin eine Verletzung eigener Rechte und ein darauf beruhender Schaden möglich erscheinen.

Zwar ist im vorliegenden Fall ein Schaden auf Seiten der Antragstellerin möglicherweise deshalb ausgeschlossen, weil auf ihr Angebot – auch ohne den behaupteten Vergabefehler – der Zuschlag nicht erteilt werden könnte. Dem steht der Beschluss des OLG Frankfurt entgegen, der ausdrücklich die Zuschlagserteilung an die Antragstellerin untersagt. Hieraus folgt, dass das Angebot der Antragstellerin nicht allein wegen der im Schreiben gem. § 101 a GWB von der Antragsegenerin dargelegten Zweifel an ihrer Eignung sondern in erster Linie aufgrund des OLG-Beschlusses nicht zum Zuge kommen kann. Ein solcher Fall ist vergleichbar mit denjenigen, in welchen ein Angebot wegen eines zwingenden Angebotsausschlusses nicht gewertet werden kann. Hieraus folgt jedoch grundsätzlich nicht die Unzulässigkeit des Nachprüfungsantrages, da einem Bieter nicht der Zugang zum Nachprüfungsverfahren mit der Begründung verweigert werden kann, sein Angebot sei aus anderen als den mit dem Nachprüfungsantrag zur Überprüfung gestellten Gründen auszuschließen gewesen (vgl. z. B. VK Hessen, Beschl. vom 14.02.2005 – 69 d VK-90/2004). In einem solchen Fall sind die möglichen Ausschlussgründe vielmehr im Rahmen der Begründetheit zu überprüfen (vgl.; OLG Celle, Beschl. vom 02.10.2008 -13 Verg 4/08).

2. Der Nachprüfungsantrag ist jedoch offensichtlich unbegründet, denn der Antragstellerin ist aus dem behaupteten Vergaberechtsverstoß kein Schaden entstanden. Auch wenn, wie von ihr vorgetragen, die Vergabestelle ihr Angebot nicht wegen Fehlens von Eignungsnachweisen für beide Mitglieder der Bietergemeinschaft hätte ausschließen dürfen, so kann doch das von ihr erreichte Ziel, den ausgeschriebenen Auf-

trag zu erhalten, nicht erreicht werden. Auch im Falle des Obsiegens im vorliegenden Verfahren, also der beantragten Verpflichtung der Vergabestelle zur Neubewertung der Angebote, könnte diese Neubewertung nicht zu diesem Ergebnis führen. Dem steht der rechtskräftige Beschluss des OLG Frankfurt vom 9. Juli 2010 entgegen, der der Vergabestelle ausdrücklich für den ausgeschriebenen Auftrag die Zuschlagserteilung an die Antragstellerin untersagt und dies mit den fehlenden Eignungsnachweisen für beide Mitglieder der Bietergemeinschaft begründet. An diesen Beschluss sind sowohl die Vergabestelle als auch die Vergabekammer gebunden. Dies hat zur Folge, dass im vorliegenden Nachprüfungsverfahren die Antragstellerin die Verpflichtung der Vergabestelle zur Neubewertung nicht erreichen kann und der Nachprüfungsantrag daher insgesamt zurückzuweisen ist.

III.

Die Kostenentscheidung ist wie folgt zu begründen:

1. Gemäß § 128 Abs. 3 GWB hat ein Beteiligter die Kosten des Verfahrens zu tragen, soweit er im Verfahren unterliegt.
2. Die Festsetzung der Gebühr für das Verfahren bestimmt sich nach dem personellen und sachlichen Aufwand der Vergabekammer unter Berücksichtigung der wirtschaftlichen Bedeutung des Gegenstandes, § 128 Abs. 2 GWB. Aus der Höhe des Angebotes der Antragstellerin ergibt sich unter Berücksichtigung der von der Vergabekammer des Bundes erstellten die auch von der erkennenden Kammer angewandt wird, eine Gebühr von 5.275,00 Euro.
3. Die Antragstellerin hat die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Auslagen des Antragsgegners und der Beigeladenen gemäß § 128 Abs. 4 S. 1 GWB zu tragen.

Die Hinzuziehung von Bevollmächtigten auf Seiten des Antragsgegners und der Beigeladenen war angesichts der Schwierigkeit des Vergaberechts und des Umfangs des zu klärenden Sachverhalts notwendig, § 128 Abs. 4 GWB, § 80 HVwVfG.